



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا  
عليكم يا صابغ  
الرماد

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

الإمام الفقيه

جلد ۱-۸

بیت

ابو القاسم الأصبغی الشافعی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الآراء الفقهيـه

كاتب:

هادى نجفى

نشرت فى الطباعة:

شب افروز

رقمى الناشر:

مركز القائمىـه باصفهان للتحرىات الكمبيوترىـه



## الفهرس

٥	الفهرس
٤٨	الأراء الفقيهه
٤٨	اشاره
٤٨	المجلد ١
٤٨	اشاره
٧١	الإهداء
٧٤	الأدلة العائنه في المكاسب المحرته
٧٤	اشاره
٧٨	الآيات العائنه
٧٨	اشاره
٧٨	الآيه الأولى
٨٠	الآيه الثانيه
٨١	الآيه الثالثه
٨٣	الروايات العائنه
٨٣	اشاره
٨٣	الروايه الأولى
٨٧	الروايه الثانيه
٨٧	اشاره
٨٧	الأمر الأول : دلالتها
٨٨	الأمر الثاني : سندها
٩٨	الروايه الثالثه
٩٨	اشاره
٩٨	المقام الأول : دلالتها
٩٩	المقام الثاني : سندها
١٠١	الروايه الرابعه
١٠٣	تنبيه
١٠٤	معنى حرمه الاكساب تكليفاً
١٠٤	اشاره
١٠٤	١ - أقول
١٠٤	٢ - القول الثاني
١٠٥	٣ - القول الثالث
١٠٥	٤ - القول الرابع
١٠٦	٥ - القول الخامس
١٠٦	٦ - القول السادس
١٠٧	معنى حرمه الاكساب وضعاً
١٠٨	النوع الأول : الاكساب بالأعيان النجسه
١٠٨	اشاره
١١٠	الأولى : يحرم المعاوضه على بول غير مأكول للحم
١١٠	اشاره
١١١	الفرع الأول : بيع أبوال ما يؤكل لحمه

١١٤	الفرع الثاني : بيع بول الإبل
١١٥	الثانيه : بيع العذره النجسه
١١٥	اشاره
١١٦	فرع : الأقوى جواز بيع الأرواح الطاهره :-
١١٧	الثالثه : الدَّم
١١٧	اشاره
١١٩	فرع : حكم الدم الطاهر
١٢٠	الرابعه : المنى
١٢٠	فروع ثلاثه
١٢٢	فروع مستحدثه
١٢٢	الفرع الأوّل :
١٢٢	الفرع الثاني :
١٢٢	الفرع الثالث :
١٢٢	الفرع الرابع :
١٢٣	الفرع الخامس :
١٢٤	الفرع السادس :
١٢٥	الفرع الثامن :
١٢٥	الفرع التاسع :
١٢٥	الفرع العاشر :
١٢٦	الفرع الحادى عشر :
١٢٧	الفرع الثانى عشر : الاستسناخ البشرى
١٢٨	الخامسه : بيع الميته
١٢٨	اشاره
١٢٨	المقام الأوّل : حكم الإنتفاع بالميته :
١٢٩	الطاقفه الأولى : تدل على حرمه الإنتفاع بالميته :
١٣٢	الطاقفه الثانيه : الروايات المجوزه على الإنتفاع بالميته :-
١٣٦	تبصره فيها فرع :-
١٣٨	فرعان
١٣٨	الأول : هل يجوز بيع المختلط بالميته ، المشتهيه بين المدكّي والميته معاً أم لا ؟
١٣٨	اشاره
١٣٩	الطوائف الثلاث من الروايات
١٣٩	الطاقفه الأولى : تدل على جواز بيع المختلط :
١٤١	الطاقفه الثانيه تدل على رميهما معاً إلى الكلاب :-
١٤٢	الطاقفه الثالثه :-
١٤٣	الثانى : يجوز بيع الميته من غير ذى النفس السائله .
١٤٣	اشاره
١٤٣	١ - المقام الأوّل : طهاره الميته من غير ذى النفس السائله :-
١٤٤	٢ - المقام الثانى : هل يجوز بيعه أم لا ؟
١٤٥	تكميلٌ فيه فرعٌ : الترقيع وزرع الأعضاء
١٤٧	فرع آخر : التشريع
١٥١	السادسه : الف : بيع الخنزير البرى

١٥١	اشاره
١٥١	الطوائف الثلاثة من الروايات
١٥١	الطائفة الأولى : مايدل على بطلان البيع :
١٥٢	الطائفة الثانية : مايدل على صحة البيع في الجملة :
١٥٣	الطائفة الثالثة : ما ورد في الإنفعا بجلد الخنزير وشعره وبعض أجزائه والعمل به .
١٥٨	السادس : ب : بيع الكلب البزى
١٥٨	اشاره
١٥٨	الطائفتان من الروايات
١٥٨	الطائفة الأولى مايدل على حرمه بيع الكلب مطلقاً :
١٦٠	الطائفة الثانية : مايدل على جواز بيع كلب الصيد
١٦٦	السابع : الخمر وكلّ مسكر مابح والفقاع
١٦٦	اشاره
١٦٦	أنا الخمر :
١٦٨	وأنا كلّ مسكر مابح :
١٧٣	أنا الفقاع
١٧٤	فرعان :
١٧٤	الأول : هل يجوز بيع الخمر للتخليل أم لا ؟
١٧٧	الثاني : هل يجوز التداوى بالخمر وبيعه لذلك أم لا ؟
١٧٩	تثبيته : هل يجوز بيع الكحول الطبيه والصناعيه أم لا ؟
١٨٠	الثامن : الأعيان المنتجسه
١٨٠	هل يحرم المعاوضه وبيع الأعيان المنتجسه أم لا ؟
١٨٦	فرغ :
١٨٨	حكم بيع المسوخ
١٩٤	مسائل أربع
١٩٤	الأولى : بيع المملوك الكافر
١٩٤	اشاره
١٩٤	١ - الكافر الأصلي :
١٩٥	٢ - القسم الثاني : الكافر المرتد الملى .
١٩٥	٣ - القسم الثالث : الكافر المرتد الفطرى .
١٩٦	فرغ :
١٩٧	المسأله الثانيه : بيع الكلب
١٩٧	المسأله الثالثه : العصير العنبى إذا غلى ولم يذهب ثلثاه
١٩٧	اشاره
٢٠٠	فرغ سيالً :
٢٠١	المسأله الرابعه : المعاوضه على الدهن المنتجس
٢٠١	اشاره
٢٠٥	ثم إنّ هنا فروعاً
٢٠٥	الأول : هل يُعتبر اشتراط الاستصباح ؟
٢٠٦	الثاني : لزوم الإغلام بنجاسه الدهن .
٢٠٦	اشاره
٢٠٧	قاعده : حرمه تغريب الجاهل

٢١١	أقسام الإغراء
٢١٣	الثالث : هل يجوز الاستصباح بالدهن المنتجس تحت الظلال ؟
٢١٤	الرابع : هل يجوز الانتفاع بالدهن المنتجس في غير الاستصباح ؟
٢١٤	اشاره
٢١٦	حكم الانتفاع بالمنتجسات والأعيان النجسه :
٢١٦	حق الاختصاص وحقيقته ومنشأ ثبوته :
٢٢٧	النوع الثاني : ما يحرم لتحریم ما يقصد به وهو على ثلاثة أقسام
٢٢٧	اشاره
٢٢٩	اشاره
٢٣٠	القسم الأول
٢٣٠	اشاره
٢٣٠	١ - منها : هياكل العباده الميتدهه :
٢٣٠	اشاره
٢٣٠	الأدله الداله على حرمتها
٢٣٠	الوجه الأول : الاجماع
٢٣٠	الوجه الثاني : روايه تحف العقول
٢٣١	الوجه الثالث :
٢٣١	الوجه الرابع :
٢٣٢	الوجه الخامس :
٢٣٢	الوجه السابع :
٢٣٣	الوجه الثامن : الدليل العقلي :
٢٣٣	اشاره
٢٣٤	فروع
٢٣٤	الفرع الأول :
٢٣٤	الفرع الثاني :
٢٣٥	الفرع الثالث :
٢٣٥	الفرع الرابع :
٢٣٥	الفرع الخامس :
٢٣٧	٢ - منها : آلات القمار
٢٣٩	٣ - ومنها : آلات اللهو
٢٤١	٤ - ومنها : أواني الذهب والفضه
٢٤٤	٥ - ومنها : بيع الدراهم المغشوشه
٢٤٤	اشاره
٢٥٠	فرع :
٢٥٠	اشاره
٢٥٠	فرع آخر :
٢٥١	القسم الثاني
٢٥١	اشاره
٢٥١	مسائل ثلاث :
٢٥١	المسأله الأولى
٢٥٨	المسأله الثانيه : حكم بيع الجاربه المغنثه

٢٥٨	.....	اشاره
٢٥٨	.....	المقام الأول : ما تقتضيه القواعد : .....
٢٦٠	.....	المقام الثاني : ما تقتضيه النصوص : .....
٢٦٤	.....	حرمة كسب المغتية .....
٢٦٤	.....	فرغ : .....
٢٦٧	.....	نقل مقال : .....
٢٦٧	.....	المسأله الثالثه : حكم بيع العنب ممن يعمله خمراً .....
٢٦٧	.....	اشاره .....
٢٦٨	.....	١ - القسم الأول : .....
٢٦٨	.....	٢ - القسم الثاني : .....
٢٦٨	.....	اشاره .....
٢٧٠	.....	١ - المقام الأول : .....
٢٧٠	.....	اشاره .....
٢٧٠	.....	الأول : حقيقه الإعانه ومفهومها : .....
٢٧٠	.....	الثاني : حكم الإعانه على الإثم .....
٢٧٤	.....	الثالث : حكم الإعانه على الإثم هل تقبل التخصيص أم لا ؟ .....
٢٧٥	.....	٢ - المقام الثاني : حكم المسأله بحسب الروايات الوارده .....
٢٧٩	.....	القسم الثالث .....
٢٧٩	.....	اشاره .....
٢٧٩	.....	بيع السلاح من أعداء الدين .....
٢٧٩	.....	الأقوال في المسأله : .....
٢٨١	.....	الروايات الوارده في مسألتنا على طوائف ثلاث : .....
٢٨١	.....	الطائفه الأولى : داله على حرمة بيع السلاح منهم مطلقاً : .....
٢٨٢	.....	الطائفه الثانيه : ما قد يقال : إنها تدلّ على الجواز مطلقاً : .....
٢٨٣	.....	الطائفه الثالثه : تدل على التفصيل في المقام : .....
٢٨٧	.....	ثم إن هاهنا فروعاً وأموراً لابدّ من التنبيه عليها : .....
٢٩١	.....	النوع الثالث: ما ليس فيه منفعه محلّله معتدّ بها .....
٢٩١	.....	اشاره .....
٢٩٣	.....	واستدلوا على بطلان بيع ما لا منفعه فيه بعدّه من الوجوه : .....
٢٩٦	.....	ثم إن هاهنا فروعاً لابدّ من التنبيه عليها : .....
٣٠١	.....	النوع الرابع: الاكتساب بما هو حرام في نفسه .....
٣٠١	.....	اشاره .....
٣٠٣	.....	اشاره .....
٣٠٣	.....	قد استدلوا على بطلان المعامله على المحزّمات بوجوه : .....
٣٠٦	.....	الاحتكار .....
٣٠٦	.....	اشاره .....
٣٠٦	.....	الجهه الأولى : الاحتكار في اللغه .....
٣٠٦	.....	الجهه الثانيه : الأقوال في الاحتكار .....
٣٠٩	.....	الجهه الثالثه : الروايات الوارده حول الإحتكار .....
٣٠٩	.....	اشاره .....
٣٠٩	.....	الروايات الوارده في المقام على طوائف : .....

٣٠٩	الطائفة الأولى : ما دلّ على المنع من الإحتكار مطلقاً :
٣١١	الطائفة الثانية : ما يدل على المنع في خصوص الطعام مطلقاً .
٣١٤	الطائفة الثالثة : ما يدل على التفصيل بين وجود الطعام في البلد وعدمه .
٣١٦	الطائفة الرابعة : ما يدل على التفصيل بين الأيام .
٣١٧	الطائفة الخامسة : ما يدل على أن الإحتكار إنما هي في أشياء خاصة .
٣١٩	الجهة الرابعة : حرمه مطلق الإحتكار .
٣٢١	الجهة الخامسة : هل يجزى المحتكر على البيع أم لا ؟
٣٢٣	الجهة السادسة : التسعير .
٣٢٣	الأقوال في التسعير :
٣٢٦	الروايات تدل على منع التسعير :
٣٢٩	البذاء .
٣٣٢	تدليس الماشطه .
٣٣٢	اشاره .
٣٣٢	الجهة الأولى : حكم حرقه الماشطه .
٣٣٣	الجهة الثانية : حكم الأعمال الأربعة .
٣٣٣	اشاره .
٣٣٤	العمل الأول : الوصل .
٣٣٧	العمل الثاني : التمنص .
٣٣٩	العمل الثالث والرابع : الوشم والوشر .
٣٤٠	تذكرة : جمع آخر بين الروايات .
٣٤١	الجهة الثالثة : تدليس الماشطه .
٣٤١	اشاره .
٣٤٤	فرع مستحدث .
٣٤٥	تزيين الرجل بما يحرم عليه .
٣٤٥	اشاره .
٣٤٥	المقام الأول : تزيين الرجل بالحريز والذهب .
٣٤٥	اشاره .
٣٤٥	الجهة الأولى : أدله حرمه الحريز إلا ما استثنى على الرجال .
٣٤٩	الجهة الثانية : أدله حرمه الذهب على الرجال .
٣٥٣	المقام الثاني : تشبته الرجل بالمرأة وعكسه .
٣٦١	هاهنا فروع لا بد منها .
٣٦١	الفرع الأول :
٣٦٢	الفرع الثاني :
٣٦٤	الفرع الثالث :
٣٦٦	الفرع الرابع : حكم الخنثى في التشبه .
٣٦٨	الفرع الخامس : حكم تغيير الجنسية .
٣٧٠	تنبيه :
٣٧١	التشبيب بالمرأة الأجنبية .
٣٧١	المراد بالتشبيب :
٣٨٢	الفرع الأول :
٣٨٣	الفرع الثاني :

٣٨٤	الفرع الثالث :
٣٨٤	الفرع الرابع :
٣٨٦	التصوير :
٣٨٦	أنواعه :
٣٨٦	الأقوال فيه :
٣٨٦	تنقسم الأقوال الرئيسية في المقام إلى الخمسة :
٣٨٩	الروايات :
٣٨٩	اشاره :
٣٨٩	الطائفة الأولى : ما يدل على حرمة التصوير مطلقاً :
٣٩٣	الطائفة الثانية : ما يدل على جواز مطلق التصوير لغير ذوات الأرواح :
٣٩٤	الطائفة الثالثة : ما يدل على حرمة مطلق التصوير لذوات الأرواح :
٤٠٦	تبصره : بيان المحقق الأردبيلي قدس سره ونقده :
٤٠٨	تنبيه : بيان الشيخ الأكبر وتلميذه (قدس سرهما) :
٤١١	فروع مسأله التصوير :
٤١١	اشاره :
٤١١	الأول : حكم تصوير الملك والجن والشيطان :
٤١٣	الثاني : لا يعتبر في حرمة التصوير كونها معجبة :
٤١٤	الثالث : هل يعتبر قصد الحكاية في حرمة التصوير أم لا ؟ :
٤١٤	اشاره :
٤١٦	الرابع : هل المحزم تصوير مجموع الأجزاء أو يكفي تصوير معظمها ؟ :
٤١٨	الخامس : حكم الشركه في التصوير :
٤٢٣	السادس : حكم إيجاد الصورة بالتنسيب :
٤٢٤	السابع : حكم إيجاد الصور بالمكائن والآلات الحديثه :
٤٢٨	الثامن : حكم تصوير الحيوان الخيالي :
٤٢٩	التاسع : حكم الصورة المشتركة بين الحيوان وغيره :
٤٣٠	العاشر : هل صور البيضه والعلقه والمضغه ملحقه بصوره الحيوان أم لا ؟ :
٤٣١	الحادي عشر : هل يجب منع غير المكلف إذا صور ؟ :
٤٣٢	الثاني عشر : اقتناء الصور والمعامله عليها :
٤٣٢	في المسأله قولان :
٤٣٢	اشاره :
٤٣٣	الوجه التسعه المستدله على حرمة اقتناء الصور و نقدها :
٤٤١	الروايات الداله على جواز اقتناء الصور والتماثيل :
٤٤٥	تنبيه: جواز المعامله على الصور والتماثيل :
٤٤٧	تذييل: هل يجوز النظر إلى صوره الأجنبيه :
٤٥١	التطفيف والبخس :
٤٥١	الكلمتان في اللغه :
٤٥٣	أدله حرمة التطفيف :
٤٥٧	هل المعامله المطفف فيها صحيحه أو فاسده :
٤٥٧	اشاره :
٤٥٧	المقام الأول : في حكم البيع والمعامله :
٤٥٩	المقام الثاني : في حكم الإجاره :

٤٦٠	التنجيم
٤٦٠	اشاره
٤٦٠	الأقوال :
٤٧٥	الروايات في المقام
٤٧٥	اشاره
٤٧٥	الطائفة الأولى : الروايات الناهيه والرادعه
٤٨٠	الطائفة الثانيه : الروايات المجوّزه
٤٨٨	المجلد ٢
٤٨٨	اشاره
٤٨٨	اشاره
٤٩٢	تمته النوع الرابع: الاكتساب بما هو حرام في نفسه
٤٩٢	حفظ كتب الضلال
٤٩٢	اشاره
٤٩٢	أما المراد بالحفظ
٤٩٦	وأما المراد من كتب الضلال
٥٠٣	الاستدلال على حرمه الحفظ بوجوه
٥٠٣	اشاره
٥٠٣	الأوّل : الإجماع
٥٠٦	الثاني : حكم العقل
٥٠٧	الثالث : قوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْغَدِيثِ
٥١٠	الرابع : قوله تعالى : «فَأَجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»
٥١١	الخامس : روايه تحف العقول
٥١٣	السادس : حسنه أو صحيحه عبد الملك بن أعين
٥١٤	السابع : صحيحه أبي عبيده العداء
٥١٤	الثامن : حرمه الإعانه على الإثم
٥١٥	التاسع : أنّها مشتمله على البدعه
٥١٥	العاشر : كتب الضلال ليست بأقل ضرراً من هياكل العباده
٥١٦	موارد الإستثناء على القول بوجوب الاتلاف مطلقاً
٥١٩	تنبيه : لا يخلو من فائده
٥٢١	حرمه حلق اللحيه
٥٢١	اشاره
٥٢١	الأقوال فيها :
٥٢٨	الوجوه التي أقيمت على الحرمه
٥٢٨	الوجه الأوّل : الإجماع
٥٢٨	الوجه الثاني : سيره المشرعه وارتكازهم
٥٢٩	الوجه الثالث : حلق اللحيه تشبه بأعداء الدين
٥٣٠	الوجه الرابع : حلق اللحيه داخل في التشبه بالنساء
٥٣٠	الوجه الخامس : آيه تغيير الخلقه
٥٣٣	الوجه السادس : آيه الحنيفيه
٥٣٤	الوجه السابع : الخبر المروى في الجعفریات
٥٣٥	الوجه الثامن : خير حيايه والبيهه



٥٣٧	الوجه التاسع : صحيحه البيهقي
٥٣٨	الوجه العاشر : الروايات الآمرة بإعفاء اللحي
٥٤١	ثم إن هاهنا فروعاً لا يذ من التنبيه عليها
٥٤١	الفرع الأول : الاكتساب بحلق اللحية
٥٤١	الفرع الثاني : هل يجوز حلقها مادام لم يصدق عليها اللحية ؟
٥٤٢	الفرع الثالث : هل يجوز حلق العارضين وإبقاء ما على الذقن ؟
٥٤٢	الفرع الرابع : هل تسقط حرمه حلق اللحية ؟
٥٤٢	الفرع الخامس : هل يفرق بين الحلق والتنشف وغيرها مما يوجب إزالة الشعر ؟
٥٤٢	الفرع السادس : هل للحية حدٌ في جانب القلّة والكثرة ؟
٥٤٥	الفرع السابع : حكم الشارب
٥٤٩	الربا
٥٤٩	اشاره
٥٤٩	تدل على حرمه الربا :
٥٤٩	من الكتاب :
٥٥١	ومن السنه :
٥٥٣	ومن الإجماع :
٥٥٣	ومن العقل :
٥٥٥	المقام الأول : الربا في القرض
٥٥٥	اشاره
٥٥٥	الجهه الأولى :
٥٥٧	الجهه الثانيه :
٥٥٨	الجهه الثالثه :
٥٦٠	الجهه الرابعه :
٥٦١	الجهه الخامسه :
٥٦٤	الجهه السادسه :
٥٦٥	الجهه السابعه :
٥٦٥	الجهه الثامنه :
٥٦٧	الجهه التاسعه :
٥٧٠	المقام الثاني : الربا في المعامله
٥٧٠	اشاره
٥٧٠	الشرط الأول : الاتحاد في الجنس
٥٧٥	تذكرة: « الأصل مع كل فرعٍ له واحد أم لا ؟ »
٥٨٠	الشرط الثاني : الكيل أو الوزن
٥٨٠	اشاره
٥٨٢	تنبيهة:
٥٨٣	تذكرة:
٥٨٤	فروع
٥٨٤	الأول : الربا يجرى في جميع المعاملات
٥٨٦	الثاني : موارد استثناء حرمه الربا
٦٠٤	الثالث : يجوز بيع درهم ودينار ، بدينارين ودرهمين
٦١٠	تنبيهة : حكم الأوراق النقدية

٦١١	الرابع : يمكن التخلص من الربا بوجود :
٦١٩	الخامس : ما يجب على أخذ الربا ؟ -
٦٢٧	الرشوه ..
٦٢٧	موضوعها:
٦٣٢	الأقوال في حرمه الرشوه -
٦٣٥	الاستدلال على حرمه الرشوه -
٦٣٥	الأول : الإجماع -
٦٣٤	الثاني : الكتاب المجيد -
٦٣٧	الثالث : الروايات المتواتره -
٦٤٢	الرابع : حكم العقل -
٦٤٣	حرمه أخذ الأجره على القضاء -
٦٤٧	تسبيبه :
٦٥٢	الاستدلال على حرمه أجره القضاء -
٦٥٢	اشاره -
٦٥٢	الأول : الإجماع -
٦٥٢	الثاني : الروايات -
٦٥٤	الثالث : القضاء من المناصب الالهيه -
٦٥٧	الرابع : القضاء واجب فلا يجوز أخذ الأجره عليها -
٦٥٨	أخذ الأجره على مقدمات القضاء -
٦٦٠	ارتزاق القاضي من بيت المال ..
٦٦٣	حكم الهديه للقاضي ..
٦٦٣	اشاره -
٦٦٤	الروايات الوارده في حكم الهديه -
٦٦٧	حكم الرشوه في غير الأحكام -
٦٦٩	حكم المعامله المحاباتييه مع القاضي ..
٦٧٠	حكم الرشوه وضعاً ووظيفه من أخذها -
٦٧٢	فروع اختلاف الدافع والقاضي -
٦٧٤	الست -
٦٧٤	اشاره -
٦٧٤	المقام الأول : ما معنى الست ؟ -
٦٨٠	المقام الثاني : أدله حرمه ست المؤمن -
٦٨٠	اشاره -
٦٨٠	الأول : الإجماع -
٦٨١	الثاني : حكم العقل والعقله -
٦٨١	الثالث : كتاب الله تعالى ..
٦٨٤	الرابع : ومن السنه الروايات المستفيضه -
٦٨٦	المقام الثالث : هل تخصص الحرمه بالمؤمن أو يعتم جميع الناس ؟ -
٦٩٠	المقام الرابع : المستثنيات من حرمه السب ..
٦٩٠	١ - المظالم بالفسق :
٦٩١	٢ - الفتيوح :
٦٩١	٣ - قد يقال بالاستثناء من الحرمه في ما لم يتأثر المسيوب عرفاً -

٤٩١	٤ - المولى وعبيده :
٤٩٢	٥ - المعلم والم-تعلم :
٤٩٣	٦ - الزوج والزوجه :
٤٩٣	٧ - الوالد وولده :
٤٩٥	٨ - النظم :
٤٩٥	٩ - يجوز السبت لدفع المنكر والحفظ عن الضرر :
٤٩٥	١٠ - النقيه :
٤٩٨	السحر
٤٩٨	اشاره
٤٩٨	المقام الأول : موضوعه
٧١٢	المقام الثاني : حكم السحر
٧١٢	اشاره
٧١٢	الأول : الإجماع
٧١٣	الثاني : الكتاب
٧١٤	الثالث : السنه
٧١٤	الرابع : حكم العقول
٧١٤	المقام الثالث : فروع البحث
٧١٤	اشاره
٧١٤	الفرع الأول: حرمة مطلقه من دون تقييد بالعمل الحرام أو نيته
٧١٨	الفرع الثاني: هل يجوز الحرمة بوجود المضر منه؟
٧١٩	الفرع الثالث : هل تختص الحرمة بوجود المضر منه ؟
٧٢٠	الفرع الرابع : هل يجوز زرع ضرر السحر بالسحر أو إبطاله به ؟
٧٢٢	الفرع الخامس : هل يجوز تعلم السحر لأجل دفع السحر وضرره أو إبطال المدعى للمناصب الإلهيه ؟
٧٢٣	الفرع السادس : هل يكون التسخير من السحر أم لا ؟
٧٢٧	الفرع السابع : إذا قتل الساحر أحداً بسحره هل يقتض منه ؟
٧٢٨	الفرع الثامن : هل يحكم بكفر الساحر ؟
٧٣٠	الفرع التاسع : حدّ الساحر
٧٣٢	الفرع العاشر : هل يؤثر السحر في النبي صلى الله عليه و آله وسلم والإمام عليه السلام أم لا ؟
٧٣٤	الشعوذة
٧٣٤	موضوعها وحكمها :
٧٤٠	أدله حرمة الشعوذة :
٧٤٠	الأول : الإجماع
٧٤١	الثاني : مرسله الإحتجاج
٧٤١	الثالث : الشعبة من الباطل
٧٤١	الرابع : أنها من اللهو
٧٤٣	الخامس : أنها تدخل في السحر
٧٤٤	الغش
٧٤٤	اشاره
٧٤٤	الجهة الأولى : موضوع الغش
٧٤٤	الجهة الثانية : أقسامه
٧٤٨	الجهة الثالثة : أقوال الأصحاب قدس سرهم

٧٤٩	الجيهه الرابعه : حكم العقل
٧٥٠	الجيهه الخامسه : الروايات
٧٥٣	الجيهه السادسه : هل يعتبر في صدق الغش قصد مفهومه أم لا ؟
٧٥٥	الجيهه السابعه : حكم المعامله المشتمله على الغش
٧٥٩	الجيهه الثامنه : تعارض الاسم والاشاره
٧٥٩	اشاره
٧٥٩	المقام الأول : تعارض الاسم والاشاره في صلاه الجماعه
٧٦١	المقام الثانى : تعارض الاسم والاشاره في المعاملات
٧٦٣	الجيهه التاسعه : ما قَبِدَ لَمْ يَقَعْ وما وَقَعَ لَمْ يَقْضَ
٧٦٣	الجيهه العاشره : هل حرمه الغشّ تعم الكافر ؟
٧٦٥	الغناء
٧٦٥	اشاره
٧٦٥	المقام الأول : موضوعه
٧٨١	المقام الثانى : أدله حرمه الغناء
٧٨١	اشاره
٧٨١	١ - الإجماع
٧٨٣	٢ - العقل
٧٨٣	٣ - الكتاب
٧٩١	٤ - السنه
٧٩٥	المقام الثالث : هل حرمه الغناء مختص بالكلام الباطل ؟
٨٠٠	المقام الرابع : هل حرمه الغناء ذاتى أو عرضى ؟
٨٠٨	المقام الخامس : مستفتيات الغناء
٨٠٨	اشاره
٨٠٨	١ - التغنى بالقرآن
٨١٢	٢ - مرأتى ائمه أهل البيت عليهم السلام
٨١٥	٣ - العرائس
٨١٩	٤ - الخنساء
٨١٩	اشاره
٨٢٣	فروع
٨٢٣	اشاره
٨٢٣	الأول
٨٢٥	الثانى
٨٢٥	الثالث : استماع الغناء حرام
٨٢٧	الرابع
٨٢٧	الخامس : حرمه أجر المفتى والمفتيه
٨٢٨	السادس : تعليم وتعلم الغناء بفعله
٨٢٩	السابع : يجوز بيع الجوارى المغنيات
٨٣١	الثامن : الموسيقى
٨٣١	اشاره
٨٤٠	تنبيه
٨٤٠	التاسع : استثناء الذف في العرس والختان

٨٤٥	العاشر : الرقص والتصفيق .....
٨٤٦	ما الدليل على حرمة الرقص ؟ .....
٨٤٩	الغيبه .....
٨٤٩	اشاره .....
٨٤٩	المقام الأول : موضوعها .....
٨٥٨	المقام الثاني : .....
٨٥٨	اشاره .....
٨٥٨	الأول : الاجماع .....
٨٦١	الثاني : الكتاب .....
٨٦٤	الثالث : الروايات المتواتره .....
٨٦٨	الرابع : حكم العقل .....
٨٦٨	المقام الثالث : فروع .....
٨٦٨	اشاره .....
٨٦٨	الأول : حرمة الغيبه منحصره بالمؤمن .....
٨٧١	الثاني : هل يشمل الحكم الصبي من المؤمنين أم لا ؟ .....
٨٧٢	الثالث : هل يشترط في حرمة الغيبه تأثر المعتاب ؟ .....
٨٧٢	الرابع : هل يعتبر في الغيبه قصد الهتك أو إضحاك الناس ؟ .....
٨٧٣	الخامس : ذكر الأوصاف الظاهره أو العاديه لم تكن من الغيبه .....
٨٧٤	السادس : الغيبه لا تنحصر باللسان .....
٨٧٥	السابع : المعتاب لابد أن يكون معلوماً .....
٨٧٦	الثامن : الغيبه من الكبار .....
٨٧٩	التاسع : استماع الغيبه حرام .....
٨٨٢	العاشر : وجوب رد غيبه المؤمن .....
٨٨٥	الحادي عشر : هل يجوز غيبه الراضي باغتيابه ؟ .....
٨٨٦	الثاني عشر : كفاره الغيبه .....
٨٨٨	ما هو الأصل العملي في المقام ؟ .....
٨٩٠	ما هو دليل الاستحلال من المعتاب (بالفتح) ؟ .....
٨٩٥	دليل الاستغفار للمعتاب (بالفتح) .....
٨٩٧	المقام الرابع : مستثنيات الغيبه .....
٨٩٧	اشاره .....
٨٩٧	الأول : المتجاهر بالفسق .....
٩٠٠	الثاني : النظم .....
٩٠٤	تنبيه : هل يجوز الغيبه في ترك الأولى أم لا ؟ .....
٩٠٦	الثالث : نُصح المستشير .....
٩٠٨	تنبيه : هل يجوز الغيبه في مطلق النصح أم لا ؟ .....
٩٠٩	الرابع : الاستفتاء .....
٩١٢	الخامس : النهي عن المنكر .....
٩١٣	السادس : ذكر المبتدعه .....
٩١٤	السابع : جرح الشهود والرواه .....
٩١٥	الثامن : دفع الضرر عن المعتاب (بالفتح) .....
٩١٦	التاسع : من ادعى نسباً ليس له .....

٩١٦	.....	العاشر : القدح في مقاله باطله
٩١٧	.....	الحادي عشر : تفضيل أرباب الفنون والعلماء
٩١٧	.....	الثاني عشر : ذكر العيب ثم تعقيبه بما يدلّ رفعه
٩١٧	.....	الثالث عشر : ذكر عيوب المرأة
٩١٧	.....	الرابع عشر : ذكر التابع والقريب تأديباً لهم
٩١٨	.....	المقام الخامس : تضاعف عقاب المغتاب (بالكسر)
٩٢١	.....	خاتمه : حقوق الإخوان
٩٢١	.....	اشاره
٩٢١	.....	وأما حقوقهم :
٩٢٩	.....	المجلد ٣
٩٢٩	.....	اشاره
٩٢٩	.....	اشاره
٩٣٣	.....	تتمه النوع الرابع : الاكتساب بما هو حرام في نفسه
٩٣٣	.....	القمار
٩٣٣	.....	اشاره
٩٣٣	.....	المقام الأول : ما هو القمار ؟
٩٣٦	.....	المقام الثاني : أدله حرمه القمار
٩٣٦	.....	اشاره
٩٣٦	.....	١ - من الكتاب
٩٤٠	.....	٢ - من السنه
٩٤١	.....	٣ - الاجماع
٩٤٣	.....	٤ - العقل
٩٤٤	.....	المقام الثالث : مسائل أربع
٩٤٤	.....	الأولى : اللعب بالآلات القمار مع المراهنه
٩٤٤	.....	الثانية : اللعب بالآلات المعدّه للقمار بدون المراهنه
٩٤٨	.....	الثالثة : المراهنه على اللعب بغير الآلات المعدّه للقمار
٩٥١	.....	الرابعة : المسابقه بغير رهان
٩٥٨	.....	المقام الرابع : حكم المال المأخوذ بالقمار
٩٥٩	.....	المقام الخامس : حكم اللعب بالشطرنج والرد من دون المراهنه
٩٥٩	.....	١ - الأقوال فيه :
٩٦٣	.....	٢ - وأما الروايات :
٩٦٨	.....	خاتمه : القمار من الكبائر
٩٧٠	.....	القياده
٩٧٠	.....	تعريفها
٩٧٠	.....	وتدلّ على حرمتها وعلى أنّها من الكبائر عدّه من الروايات :
٩٧٥	.....	القيافه
٩٧٥	.....	اشاره
٩٧٥	.....	المقام الأول : تعريف القيافه
٩٧٨	.....	المقام الثاني : أدله حرمتها
٩٧٨	.....	١ - الإجماع وعدم وجود المخالف في حرمتها :
٩٨٠	.....	٢ - النسب لا يثبت إلا بالأدله الشرعيه

٩٨٠	٣ - الروايات تنهى عن اتباع قول القائه
٩٨٤	الكذب
٩٨٤	اشاره
٩٨٤	الفصل الأول : تعريفه
٩٨٤	الفصل الثاني : أدله حرمه الكذب
٩٨٤	اشاره
٩٨٤	١ - الكتاب :
٩٨٥	٢ - السنه الشريفه :
٩٨٦	٣ - الإجماع :
٩٨٧	٤ - العقل :
٩٨٧	الفصل الثالث : هل الكذب مطلقاً من الكبائر ؟
٩٨٩	الفصل الرابع : هل يحرم الكذب في العزل أم لا ؟
٩٩١	الفصل الخامس : هل خلف الوعد يدخل في عنوان الكذب أم لا ؟
٩٩٣	الفصل السادس : هل المسالغه ونظائرها من الكذب أم لا ؟
٩٩٣	الفصل السابع : التوريه
٩٩٦	تنبيه
٩٩٧	الفصل الثامن : مسوغات الكذب :
٩٩٧	١ - جواز الكذب لدفع الضرر
٩٩٧	اشاره
٩٩٧	واستدلوا عليه بالأدله الأربعة :
٩٩٧	الف : الكتاب
٩٩٨	ب : الروايات
١٠٠١	ج : الإجماع
١٠٠١	د : العقل
١٠٠٢	٢ - جواز الكذب في الإصلاح
١٠٠٥	الكهانة
١٠٠٥	اشاره
١٠٠٥	تعريفها
١٠١٣	أدله حرمه الكهانه
١٠١٨	أما حكم الإخبار عن الأمور المستقبليه
١٠١٨	خاتمة : حدّ الكهانه
١٠٢١	اللهو
١٠٢١	هل اللهو مطلقاً حرام ؟
١٠٢١	تعريف اللهو واللعب واللغو
١٠٢٧	روايات حرمه اللهو
١٠٢٧	أربع طوائف من الروايات
١٠٣٠	أما اللعب
١٠٣١	وأما اللغو
١٠٣٤	مدح من يستحق الذم أو عكسه
١٠٣٤	اشاره
١٠٣٤	الاستدلال لحرمة بوجوه

١٠٣٨	وظيفة المادح والممدوح في الروايات
١٠٤٠	معونه الظالمين
١٠٤٠	اشاره
١٠٤١	وأما أدلتها :
١٠٤١	١ - الإجماع
١٠٤٢	٢ - حكم العقل
١٠٤٢	٣ - الكتاب
١٠٤٤	٤ - السنه المتواتره القطعيه
١٠٤٥	المقام الأول : حرمه إعانتهم على ظلمهم
١٠٤٧	المقام الثاني : حرمه كون الانسان من أعوانهم وفي جملتهم
١٠٤٨	المقام الثالث : حكم إعانه الظالم على الأفعال المباحه
١٠٥٢	ثم إن هاهنا تنبيهات :
١٠٥٢	الأول : هل الظالم يختص بمن ادعى الإمامه من العامه
١٠٥٢	الثاني : هل الظالم هنا يتحصر بالظالم للغير
١٠٥٤	الثالث : هل تجوز المعامله معهم ؟
١٠٥٤	الرابع : يجوز معونتهم للإضطراب
١٠٥٤	الخامس : إن معونتهم من الكيثار
١٠٥٦	التَّجْشِي
١٠٥٦	اشاره
١٠٥٦	المقام الأول : تعريفه
١٠٦٠	المقام الثاني : حكمه
١٠٦٠	اشاره
١٠٦٠	أما الحكم التكليفي
١٠٦٢	وأما الحكم الوضعي
١٠٦٤	ثم إن هاهنا فروعاً :
١٠٦٤	الأول : حكم التجش في غير البيع من المعاملات
١٠٦٨	التسميه
١٠٦٨	اشاره
١٠٦٨	المقام الأول : تعريفها
١٠٧١	المقام الثاني : حكمها
١٠٧١	اشاره
١٠٧١	الاستدلال عليها بالادله الأربعة
١٠٧١	١ - حكم العقل
١٠٧١	٢ - الإجماع
١٠٧٢	٣ - الكتاب
١٠٧٥	٤ - السنه
١٠٧٦	ثم إن هاهنا فروعاً لابد من التنبيه عليها :
١٠٧٦	الأول : هل التسميه مطلقاً تكون حراماً
١٠٧٦	الثاني : النسبه بينها وبين الغيبه وبينها وبين الكذب وبينها وبين ذي اللسانين والوجهين
١٠٧٦	الثالث: استماع التسميه
١٠٧٦	الرابع: لا تخص بالأقوال والأفعال



١٠٧٧	..... الخاس: لا تخص بكون المنقول قولاً أو عيباً أو
١٠٧٧	..... السادس : هل هي من الكيثر ؟
١٠٧٩	..... التياحه
١٠٧٩	..... تعريفها :
١٠٨٠	..... الأقوال في التياحه
١٠٨٢	..... الروايات
١٠٨٢	..... اشارة
١٠٨٢	..... الطائفة الأولى:
١٠٨٥	..... الطائفة الثانية:
١٠٨٥	..... الطائفة الثالثة:
١٠٨٨	..... الطائفة الرابعة:
١٠٨٩	..... الطائفة الخامسة:
١٠٩٠	..... التياحه على المعصومين عليهم السلام
١٠٩٦	..... الولايه من قبل الجائر
١٠٩٦	..... ما المراد من الولايه والجائر ؟
١٠٩٨	..... تطور البحث في كلمات الفقهاء
١١٠٦	..... هل الولايه من قبل الجائر محرم ذاتي أم لا ؟
١١٠٦	..... اشارة
١١٠٨	..... طوائف من الروايات
١١٠٨	..... الطائفة الأولى : ما دل على حرمتها الذاتية
١١١١	..... الطائفة الثانية : ما دل على حرمتها العرضيه
١١١٣	..... الطائفة الثالثة : ما دل على حرمة العمل لبني أمية والعباس المعاصرين للأئمه
١١١٥	..... الطائفة الرابعة : ما دل على معامله الجائر في الخراج والمقاسمه معامله العادل
١١١٦	..... وجه الجمع بين الطوائف الأربع
١١١٦	..... اشارة
١١١٧	..... فذلكه القول في المقام
١١١٧	..... يسوغ الولايه المذكوره أمران
١١١٧	..... الأول : القيام بمصالح العباد
١١١٧	..... اشارة
١١٢١	..... كيفيه الجمع بين هذه الروايات والطوائف الأربع الماضيه
١١٢٢	..... هل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يجوز الدخول في أعمالهم ؟
١١٢٣	..... الثاني : الإكراه والخوف
١١٢٥	..... وينبغي التنبيه على أمور :
١١٢٥	..... الأول : الإكراه يسوغ الدخول في الولايه فتكذلك يباح به ما يلزمها من المحرمات الأخرى
١١٢٨	..... الثاني : الإكراه يتحقق بماذا ؟
١١٣٠	..... الثالث : هل يعتبر العجز عن التنفي في الإكراه أم لا ؟
١١٣٠	..... الرابع : قبول الولايه عن الجائر مع الضرر المالي رخصه
١١٣١	..... الخامس : حرمة قتل المؤمن بالإكراه أو النقيه
١١٣٣	..... هجاء المؤمن
١١٣٣	..... موضوعه :
١١٣٤	..... ثم الأدله الأربعة تدل على حرمة الهجاء :

- ١١٣٤ ..... اشاره
- ١١٣٥ ..... ١ - فمن الكتاب
- ١١٣٦ ..... ٢ - ومن السنة
- ١١٣٨ ..... ٣ - أما الإجماع
- ١١٣٨ ..... ٤ - أما حكم العقل
- ١١٣٨ ..... ثم إن هاهنا فروعاً :
- ١١٣٨ ..... الأول : هل الحرمة تخص بالمؤمن ؟
- ١١٤٠ ..... الثاني : هل يجوز هجاء الفاسق المعلن ؟
- ١١٤١ ..... الثالث : حرمة استماع الهجو ثابت أم لا ؟
- ١١٤٢ ..... الرابع : يجوز هجو المبدع في الدين
- ١١٤٣ ..... الخامس : هل يجب إجماع الهجو كفايه ؟ !
- ١١٤٤ ..... الهجر
- ١١٤٤ ..... موضوعه :
- ١١٤٥ ..... وقد تدل على حرمة عدّه من الروايات المستفيضة :
- ١١٤٧ ..... تنبيه
- ١١٤٧ ..... نصرة
- ١١٤٨ ..... هجران المؤمن
- ١١٤٨ ..... اشاره
- ١١٤٨ ..... موضوعه
- ١١٤٨ ..... اشاره
- ١١٤٩ ..... تدل على حرمة عدّه من الروايات
- ١١٥٢ ..... النوع الخامس مما يحرم التكسب به
- ١١٥٢ ..... اشاره
- ١١٥٤ ..... أخذ الأجره على الواجب
- ١١٥٤ ..... كلمات الأصحاب فيه
- ١١٦٥ ..... أقوالهم فيه بلغ إلى أحد عشر قولاً
- ١١٦٧ ..... تبين موضوع البحث وحكمه
- ١١٦٩ ..... الاشكالات الثلاثة من الشيخ الأعظم على ما ذكره صاحبها شرح القواعد والجواهر وأجوبتها
- ١١٧١ ..... تصحيح العباده المستأجره
- ١١٧٦ ..... استدلال الشيخ الأكبر في عدم جواز أخذ الأجره على الواجب ونقده
- ١١٨١ ..... بيان المحقق النائيني ونقده
- ١١٨٢ ..... وأما النياه والإستيجار في العبادات
- ١١٨٤ ..... ثم إن هاهنا فروعاً لابد من التنبيه عليها :
- ١١٨٤ ..... الفرع الأول : لو استؤجر لإطافه غيره هل يجوز احتساب الطواف لنفسه أم لا ؟
- ١١٨٦ ..... الفرع الثاني : هل يجوز أخذ الأجره على الأذن أم لا ؟
- ١١٨٦ ..... اشاره
- ١١٩١ ..... تنبيه
- ١١٩١ ..... الفرع الثالث : حكم أخذ الأجره على الإمامه في الصلاة
- ١١٩٤ ..... الفرع الرابع : أخذ الأجره على تحقل الشهاده
- ١١٩٨ ..... الفرع الخامس : ما المراد من الإرتزاق من بيت المال ؟
- ١٢٠١ ..... خاتمة: تشمل على مسائل

١٢٠١	.....	اشاره
١٢٠٣	.....	الأولى : بيع المصحف
١٢٠٣	.....	اشاره
١٢٠٣	.....	نصوص كلمات الأصحاب
١٢٠٥	.....	الطائفتان من الروايات
١٢٠٥	.....	الطائفة الأولى : تدل على حرمه بيعه
١٢٠٧	.....	الطائفة الثانية : تدل على جواز بيعه
١٢٠٧	.....	اشاره
١٢١٠	.....	مؤيدات ونقدها
١٢١١	.....	المراد من حرمه بيع المصحف
١٢١٤	.....	تم إن هاهنا فروعاً كثيرة لابتد من التنبيه على بعضها
١٢١٤	.....	الأول : جواز أخذ الأجره على كتابه القرآن
١٢١٦	.....	الثاني : حكم تعشير المصحف
١٢١٨	.....	الثالث : هل يملك الكافر للمصحف
١٢١٩	.....	الرابع : بيع المصحف من الكافر
١٢٢١	.....	الاستدلال على البطلان بوجوه
١٢٢١	.....	الأول : فحوى ما دل على عدم تملك الكافر للمسلم
١٢٢٢	.....	الثاني : النبوى المشهور « الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه »
١٢٢٣	.....	الثالث : بيع المصحف من الكافر يوجب هتكه واستخفافه
١٢٢٣	.....	بيع المصحف من الكافر يستلزم تنجسه ، للعلم العادى بمس الكافر إياه بالرطوبة ، فيكون حراماً من هذه الجهة
١٢٢٤	.....	الخامس : حكم بيع أبعاض المصحف
١٢٢٥	.....	السادس : هل تلحق الأحاديث بالمصحف ؟
١٢٢٦	.....	السابع : هل يلحق اسم النبى صلى الله عليه و آله وسلم وآله عليهم السلام بأحاديثهم ؟
١٢٢٧	.....	الثامن : هبه المصحف
١٢٢٨	.....	التاسع : ما المراد من الهدية في معاملة المصحف ؟
١٢٢٩	.....	العاشر : هل يثبت الخيار بالعييب في الخط ؟
١٢٣٠	.....	الثانية : جوائز السلطان وعقاله
١٢٣٠	.....	اشاره
١٢٣٥	.....	العمال المأخوذ من الجائر تنقسم إلى أربعة أقسام
١٢٣٥	.....	القسم الأول :
١٢٣٥	.....	اشاره
١٢٣٥	.....	المراد من الأصل في كلام الشيخ :
١٢٣٧	.....	وأما المراد بالإجماع في كلامه
١٢٣٧	.....	وأما المراد بالروايات
١٢٣٩	.....	القسم الثاني :
١٢٣٩	.....	اشاره
١٢٤١	.....	هل أخذ الجائز من الجائر مكروه مع العلم بوجود الحرام في أمواله ؟
١٢٤٢	.....	الاستدلال عليها بوجوه
١٢٤٢	.....	اشاره
١٢٤٢	.....	الأول : الدليل قائم على جواز أخذها ظاهراً
١٢٤٣	.....	الثاني : الروايات الواردة على حسن الاحتياط ، وهي كثيرة :

١٢٤٤	الثالث : أخذ المال والجزاءه من الظالمين يوجب محبتهم ومودتهم
١٢٤٧	أمر ترتفع بها الكراهه
١٢٤٧	اشاره
١٢٤٧	منها : إخبار المجيز بحلتها
١٢٤٨	ومنها : إخراج الخمس
١٢٤٩	الاستدلال عليه بوجوده
١٢٤٩	اشاره
١٢٤٩	الأول : موثقه عمار
١٢٥٠	الثاني : الروايات الواردة حول وجوب الخمس في المال الحلال إذا اختلط بالحرام
١٢٥١	الثالث : الروايات الواردة حول وجوب الخمس في مطلق الجواز
١٢٥٤	ومنها : الأخذ لغيره
١٢٥٥	ومنها : الكراهه تزول بالانتقال
١٢٥٥	تنبيه : كيف يأخذ الأئمة عليهم السلام جوازهم مع ثبوت الكراهه في أخذها ؟
١٢٥٧	الصورة الثانيه من القسم الثاني
١٢٥٧	اشاره
١٢٥٧	فأما المقام الأول :
١٢٦٠	المقام الثاني : الروايات
١٢٦٠	اشاره
١٢٦٠	الطائفة الأولى : الروايات الواردة حول الربا
١٢٦١	الطائفة الثانيه : الروايات الداله على حليه الأشياء ما لم يعلم حرمتها
١٢٦٤	الطائفة الثالثه : الروايات الخاصه التي تدلّ على جواز أخذ الجزاءه من الظالم
١٢٦٨	القسم الثالث : الأخذ بعلم تفصيلاً بكون الجزاءه محرمه
١٢٦٨	اشاره
١٢٦٨	الفرع الأول : لو علم الأخذ بحرمه الجزاءه قبل وقوعها في يده لم يجز له أخذها
١٢٦٩	الفرع الثاني : لو لم يعلم الأخذ بحرمه الجزاءه ولكن علمها بعد وقوعها في يده
١٢٧١	الفرع الثالث : وجوب الرد هل يكون فوراً ؟
١٢٧١	الفرع الرابع : هل يتحقق الرد بمجرد التخليه بين المال وصاحبه أو يجب الإقباض ؟
١٢٧١	الفرع الخامس : وجوب الفحص عن المالك
١٢٧٦	الفرع السادس : هل يسمع قول من يدعيه ؟
١٢٧٦	وجوه ثلاثه
١٢٧٦	اشاره
١٢٧٦	الوجه الأول
١٢٧٨	وأما الوجه الثاني :
١٢٧٨	وأما الوجه الثالث :
١٢٧٨	تنبيه :
١٢٨٠	فرغ :
١٢٨٠	الفرع السابع : مقدار الفحص وكيفيته
١٢٨٢	الفرع الثامن : أجره الفحص على من ؟
١٢٨٢	الفرع التاسع : مصرف هذا المال بعد اليأس عن الظفر بصاحبه
١٢٨٢	الوجوه المتصوره
١٢٨٢	اشاره

- الوجه الأول : ..... ١٢٨٢
- الوجه الثاني : ..... ١٢٨٥
- الوجه الثالث : أن يكون لمن وضع يده عليه ..... ١٢٨٧
- الوجه الرابع : يتصدق به ..... ١٢٨٩
- الفرع العاشر : من يستحق هذه الصدقه ؟ ..... ١٢٩٢
- الفرع الحادي عشر : التصديق بمجهول المالك هل يوجب الضمان ، لو ظهر المالك ولم يرض به ؟ ..... ١٢٩٥
- الفرع الثاني عشر : هل هذه الأحكام تخص بالجائزه المأخوذه من يد السلطان ؟ ..... ١٢٩٦
- القسم الرابع: ..... ١٢٩٨
- اشاره ..... ١٢٩٨
- صورها الثمانية: ..... ١٢٩٨
- وأما حكم فروض الاشاعه والاشتراك : ..... ١٣٠٠
- وأما حكم فروض عدم حصول الإشاعه والاشتراك : ..... ١٣٠٣
- تتبيهان ..... ١٣٠٤
- اشاره ..... ١٣٠٤
- الأولى : حكم أخذ المال من الجائر ..... ١٣٠٤
- فرع : ..... ١٣٠٤
- الثانيه : هل تخرج أموال الناس من تركه الجائر ؟ ..... ١٣٠٦
- الثالثه : ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمه والزكاه ..... ١٣١٠
- اشاره ..... ١٣١٠
- تعريف الخراج والمقاسمه ..... ١٣١٠
- اشاره ..... ١٣١٠
- أقسام الأرضين و أحكامها ..... ١٣١٠
- كلمات الأصحاب في الخراج و المقاسمه ..... ١٣١٢
- تطور البحث ..... ١٣١٤
- أدله القائلين بالجواز ..... ١٣٢٧
- ينبغي التنبيه على أمور ..... ١٣٥٠
- الأول : هل يعتبر أخذ السلطان خارجاً في حليته الخراج أم لا ؟ ..... ١٣٥٠
- الثاني : هل يجوز منع الجائر من الخراج وعدم إعطائه أم لا ؟ ..... ١٣٥٢
- اشاره ..... ١٣٥٢
- أدله القائلين بجواز المنع وعدم الإعطاء له ..... ١٣٥٥
- الثالث : هل تخصص حليته الخراج بما يأخذه الجائر من الأراضي الخراجيه ؟ ..... ١٣٥٨
- الرابع : هل يختص الحكم بالسلطان المخالف ؟ ..... ١٣٦٠
- الخامس : هل يختص الحكم في المأخوذ منه بمن يعتقد إمامه الجائر ؟ ..... ١٣٦٢
- السادس : ليس للخراج قدر معين ..... ١٣٦٤
- السابع : هل يشترط أخذها من الجائر بالاستحقاق ؟ ..... ١٣٦٩
- الثامن : هل يجوز للجائر إقطاع شخص خاص من الأراضي الخراجيه ؟ ..... ١٣٧٢
- التاسع : إذا أخذ الجائر الزكاه فهل يجزى عن المأخوذ منه ؟ ..... ١٣٧٣
- العاشر : من الوالي على الخراج في عصر الغيبه ؟ ..... ١٣٧٩
- الحادي عشر : شرائط الأراضي الخراجيه ..... ١٣٨٢
- اشاره ..... ١٣٨٢
- الأول : أن تكون الأرض مفتوحه عنوه أو ضلحاً على أن تكون الأرض للمسلمين أو من الأفعال ..... ١٣٨٢

- ١٣٨٢ ..... اشارة
- ١٣٨٦ ..... وبعض الروايات تدلّ على أنّ مكة وسواد العراق فتحت عنوه :
- ١٣٨٧ ..... الثاني : أن يكون الفتح بإذن الإمام عليه السلام .
- ١٣٨٧ ..... اشارة
- ١٣٨٩ ..... منها : خبر جابر الجعفي .
- ١٣٩٠ ..... ومنها : ما هو المشهور من حضور الإمام أبي محمد الحسن عليه السلام في بعض الغزوات .
- ١٣٩٠ ..... ومنها : العلم بشاهد الحال برضى أمير المؤمنين عليه السلام .
- ١٣٩٢ ..... ومنها : قول الشيخ الأعظم : « يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاه من فتح البلاد على الوجه الصحيح وهو كونه بأمر الإمام عليه السلام »
- ١٣٩٣ ..... الثالث : أن تكون الأرض محياه حين الفتح .
- ١٣٩٦ ..... فرع : لو ماتت الأرض المحياه فهل تبقى على ملكيه مالكيها أم لا ؟
- ١٣٩٦ ..... اشارة
- ١٣٩٦ ..... وجوه بل أقوال ثمانية : .
- ١٣٩٩ ..... كلمات الأعلام في المقام .
- ١٣٩٩ ..... اشارة
- ١٤١١ ..... وأما الروايات الواردة في المقام .
- ١٤١٧ ..... الثاني عشر : هل تلحق الضرائب بالخراج والمقاسمه أم لا ؟
- ١٤١٧ ..... اشارة
- ١٤١٧ ..... أما الجبهه الأولى : هل يجوز للحاكم أن يأخذ الضرائب من رعاياه ؟
- ١٤١٩ ..... وأما العشور ما هي ؟
- ١٤٢٢ ..... الجبهه الثانيه : هل يجوز للغير أخذ هذه الضريبه من الحاكم ؟
- ١٤٢٤ ..... المجلد ٤
- ١٤٢٤ ..... اشارة
- ١٤٢٤ ..... اشارة
- ١٤٢٦ ..... تاريخ تصحيح الكتاب من نظم فضيله العلامه القدير الشاعر المُفلق .
- ١٤٢٨ ..... تقسيم الفقه .
- ١٤٣٠ ..... الإضافه الحاصله بين المال و مالكيه .
- ١٤٣٢ ..... تعريف البيع .
- ١٤٣٤ ..... تنبيهات .
- ١٤٣٤ ..... اشارة
- ١٤٣٤ ..... الأول: هل يعتبر في البيع كون المعوِّض من الأعيان؟
- ١٤٣٧ ..... الثاني: بيع الكلي .
- ١٤٣٨ ..... الثالث: الحقوق و بيعها .
- ١٤٣٨ ..... اشارة
- ١٤٤٠ ..... أقسام الحقوق بالنسبه إلى صحه النقل و الإسقاط .
- ١٤٤٧ ..... الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغه؟
- ١٤٤٧ ..... اشارة
- ١٤٤٨ ..... ترجمه السيد حسن ابن السيد جعفر من مشايخ الشهيد الثاني .
- ١٤٥٢ ..... تنبيه: .
- ١٤٥٥ ..... الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟
- ١٤٥٥ ..... اشارة
- ١٤٥٧ ..... ترجمه شيخنا الاستاذ آية الله الشيخ الميرزا جواد التبريزي قدس سره بمناسبه ارتحاله .

- ١٤٥٩ ..... تذكره لابد من التنبيه عليها: .....
- ١٤٦١ ..... ثمره هذا البحث: .....
- ١٤٧٠ ..... فضلُ: المعاطاة: .....
- ١٤٧٠ ..... اشاره: .....
- ١٤٧٢ ..... المعاطاة: .....
- ١٤٧٢ ..... اشاره: .....
- ١٤٧٣ ..... صورها بحسب قصد المتعاطين: .....
- ١٤٧٨ ..... الأقوال فيها: .....
- ١٤٨١ ..... المختار من الأقوال: .....
- ١٤٨٥ ..... وثمان: .....
- ١٤٨٩ ..... وينبغي التنبيه على امور: .....
- ١٤٨٩ ..... الأول: إعتبار شروط البيع في المعاطاه و عدمه و هل يلحق بها أحكام البيع أم لا؟ .....
- ١٤٨٩ ..... اشاره: .....
- ١٤٩٠ ..... المقام الأول: إعتبار شروط البيع فيها: .....
- ١٤٩٢ ..... المقام الثاني: لحوق أحكام البيع للمعاطاه: .....
- ١٤٩٣ ..... الثاني: لا يعتبر في المعاطاه قبض العوضين بل يكفي أحدهما: .....
- ١٤٩٣ ..... اشاره: .....
- ١٤٩٥ ..... فرعان تعرض لهما الشيخ الأعظم قدس سره: .....
- ١٤٩٨ ..... الثالث: بماذا يتميز البائع عن المشتري؟ .....
- ١٥٠١ ..... الرابع: الوجوه المتصوره بحسب قصد المتعاطين للمعاطاه: .....
- ١٥٠١ ..... اشاره: .....
- ١٥٠٢ ..... الوجه الأول: المقابله بين المالكين في الملكيه: .....
- ١٥٠٤ ..... الوجه الثاني: المقابله بين التملكين: .....
- ١٥٠٦ ..... الوجه الثالث: المقابله بين الإباحه و التملك: .....
- ١٥٠٧ ..... الوجه الرابع: المقابله بين الإباحين: .....
- ١٥١٦ ..... الخامس: جريان المعاطاه في جميع العقود و بعض الإيقاعات: .....
- ١٥١٦ ..... اشاره: .....
- ١٥٢٤ ..... ما يستثنى من المعاطاه: .....
- ١٥٢٨ ..... السادس: ملزمات المعاطاه: .....
- ١٥٢٨ ..... اشاره: .....
- ١٥٢٩ ..... ثمانية أوجه تدل على لزوم المعاطاه على القول بالملك: .....
- ١٥٢٩ ..... اشاره: .....
- ١٥٢٩ ..... ١- الاستصحاب: .....
- ١٥٣٣ ..... ٢- حديث السلطنه: .....
- ١٥٣٩ ..... ٣- حديث لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه: .....
- ١٥٤٥ ..... ٤- قوله تعالى: «و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض» .....
- ١٥٤٨ ..... ٥- قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» .....
- ١٥٥٠ ..... ٦- أخبار خيار المجلس: .....
- ١٥٥١ ..... ٧- قوله تعالى: «وفوا بالعقود» .....
- ١٥٥٦ ..... ٨- قوله صلى الله عليه و آله : «المؤمنون عند شروطهم» .....
- ١٥٦١ ..... ثم يقع الكلام في ملزمات المعاطاه على القول بأنها جائزه ذاتا: .....

- ١٥٤١ ..... منها: تلف العوضين - - - - -
- ١٥٤١ ..... اشاره - - - - -
- ١٥٧٠ ..... فذلكه القول في المقام - - - - -
- ١٥٧١ ..... و منها: تلف إحدى العينين - - - - -
- ١٥٨٠ ..... و منها: كون أحد العوضين ذنباً - - - - -
- ١٥٨٠ ..... اشاره - - - - -
- ١٥٨٦ ..... فذلكه القول في المقام - - - - -
- ١٥٨٨ ..... و منها: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز - - - - -
- ١٥٩٢ ..... و منها: لو باع العين ثالثاً فحولاً - - - - -
- ١٥٩٨ ..... و منها: امتزاج إحدى العينين بغيرها - - - - -
- ١٦٠٣ ..... و منها: التغيير في صورة إحدى العينين - - - - -
- ١٦٠٥ ..... و منها: موت أحد المتعاطيين - - - - -
- ١٦٠٦ ..... و منها: جنون أحد المتعاطيين - - - - -
- ١٦٠٦ ..... السابع: المعاطاه بيع - ولو بعد اللزوم - أو معاوضه مستقله؟ - - - - -
- ١٦٠٦ ..... اشاره - - - - -
- ١٦٠٩ ..... و أما جریان الخيارات في المعاطاه - - - - -
- ١٦١١ ..... الثامن: هل العقد الناقض لبعض شرائط الصيغه معاطاه؟ - - - - -
- ١٦١١ ..... مسألتان لابد من التنبيه عليهما ثم وجه الجمع بينهما: - - - - -
- ١٦١١ ..... أما الأولى منهما: المقبوض بالعقد الفاسد بوجب الضمان. - - - - -
- ١٦١٦ ..... و أما الثانيه منهما: و هو الإخلال بالشروط المعترفه في الصيغه جعل البيع معاطاه - - - - -
- ١٦١٩ ..... هاهنا فرعان، و كيفية الجمع بينهما - - - - -
- ١٦١٩ ..... اشاره - - - - -
- ١٦٢٠ ..... خفغ صاحب مفتاح الكرامه - - - - -
- ١٦٢١ ..... وجه جمع المحقق الخراساني - - - - -
- ١٦٢١ ..... ما هو المختار في المقام - - - - -
- ١٦٢٤ ..... فصل: عقد البيع - - - - -
- ١٦٢٤ ..... اشاره - - - - -
- ١٦٢٦ ..... تقديم أمور: - - - - -
- ١٦٢٦ ..... الأول: الأصل في العقود هل هو الصحة أم الفساد؟ - - - - -
- ١٦٢٨ ..... الثاني: هل يجوز التمسك بالإطلاقات عند - - - - -
- ١٦٢٨ ..... الثالث: هل العقود تحتاج إلى اللفظ و لا تحقق بدونه؟ - - - - -
- ١٦٣٢ ..... الرابع: هل تتحقق العقود بالكتابة؟ - - - - -
- ١٦٣٦ ..... الخامس: ما يُنشأ به لابد أن يكون صريحاً في العقد و الإيقاع - - - - -
- ١٦٣٦ ..... ١- اشاره - - - - -
- ١٦٣٦ ..... ٢- ثم لابد من التنبيه على فروع: - - - - -
- ١٦٣٦ ..... اشاره - - - - -
- ١٦٣٦ ..... الاختلاف في تعيين الموجب و القابل - - - - -
- ١٦٣٧ ..... هل تعتبر العربية في العقد؟ - - - - -
- ١٦٤٠ ..... هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغه تفصيلاً؟ - - - - -
- ١٦٤١ ..... اشتراط الماضويه في الصيغ - - - - -
- ١٦٤٤ ..... تقديم الإيجاب على القبول - - - - -



١٦٤٤	اشاره
١٦٤٨	أدله الأقوال
١٦٥١	فذلكه كلام الشيخ الأعظم في المقام و نقده
١٦٥٥	الموالاه بين الإيجاب و القبول
١٦٥٥	اشاره
١٦٥٧	أدله اعتبار الاتصال بين إيجاب العقد و قبوله
١٦٦١	تتبيهات
١٦٦١	اشاره
١٦٦١	الأول: فذلكه ما ذكره المحقق الثاني في المقام
١٦٦٢	الثاني: مقاله الشيخ الأعظم حول روايه سهل الساعدي
١٦٦٥	الثالث: الفاصل بين الإيجاب و القبول
١٦٦٥	اشاره
١٦٦٦	التنجز في العقود
١٦٦٦	اشاره
١٦٧٦	أقسام التعليق و أحكامها
١٦٨١	الوجوه المستدل بها على بطلان العقود بالتعليق:
١٦٨٨	التطابق بين الإيجاب و القبول
١٦٨٨	اشاره
١٦٩٤	أقسام التطابق بين الإيجاب و القبول
١٦٩٦	هل يجوز إنشاء أحد المتعاقدين في حال كون الآخر فاقدا لشرايطه؟
١٦٩٦	اشاره
١٧٠٠	القول المختار
١٧٠٢	فرع: اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغه
١٧٠٢	اشاره
١٧٠٢	مقاله الشيخ الأعظم في المقام
١٧٠٣	مناقشه مقاله الشيخ الأعظم قدس سره
١٧٠٥	مقاله المحقق الأصفهاني وركما
١٧٠٧	مقاله الفقيه البرزدي رحمه الله في المقام و مناقشتها
١٧١٠	وصل: أحكام المقبوض بالعقد الفاسد
١٧١٠	اشاره
١٧١٢	أحكام المقبوض بالعقد الفاسد
١٧١٢	اشاره
١٧١٢	الأول: لا يملك المشتري المقبوض بالعقد الفاسد
١٧١٤	الثاني: ضمان القابض
١٧١٤	استدل عليه بوجوده:
١٧١٤	الأول - الاجماع: بمعنى كون تلفه عليه
١٧١٤	الثاني - على اليد ما أخذت حتى تؤدى
١٧٢١	الثالث: الروايات الواردة في الأئمه المسروقه
١٧٢١	اشاره
١٧٢٣	بيان المحقق الثاني
١٧٢٥	مقاله المحقق الأصفهاني و مناقشتها

١٧٢٧	مقاله المحقق الإيرواني و نقدها
١٧٢٧	مقاله المحقق الخميني
١٧٢٩	الرابع: قاعده ما يُضمن بصحيحه يُضمن بفساده
١٧٢٩	اشاره
١٧٣٢	المقام الأول: معاني ألفاظ القاعده
١٧٣٢	اشاره
١٧٣٢	الجهة الأولى: ما المراد من العقد؟
١٧٣٥	الجهة الثانية: ما المراد من الضمان؟
١٧٣٥	اشاره
١٧٤٢	المختار في معنى الضمان
١٧٤٤	الجهة الثالثة: الموم في كل عقد هل يكون بلحاظ النوع أو الصنف أو الأشخاص؟
١٧٤٨	الجهة الرابعة: معنى الباء في القاعده
١٧٥٠	الجهة الخامسة: هل يعتبر فيها الضمان بمقتضى العقد أو تشمل الضمان بمقتضى الشرط؟
١٧٥٥	المقام الثاني: مدرك القاعده
١٧٥٥	الأول: قاعده الإقدام
١٧٥٩	الثاني: خير اليد:
١٧٥٩	اشاره
١٧٦٥	تنبيهة:
١٧٦٦	الثالث: قاعده الاحترام
١٧٦٦	اشاره
١٧٦٦	الأولى: ما دلّ على عدم حليه مال المسلم لغيره إلا عن طيب نفسه.
١٧٦٨	الثانية: ما دلّ على أنّ حرمه مال المسلم كحرمه دمه
١٧٦٩	الثالثة: ما ورد من الروايات من التعليل فيها بعدم ذهاب حقّ أحق.
١٧٧١	الرابع: قاعده نفي الضرر
١٧٧١	اشاره
١٧٧٤	تنبيهة:
١٧٧٩	المقام الثالث: هل يختص الضمان بصورة الجهل
١٧٧٩	اشاره
١٧٨٢	تذكرة:
١٧٨٣	قاعده ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفساده
١٧٨٣	اشاره
١٧٨٤	الجهة الأولى: دليل اعتبار قاعده ما لا يُضمن
١٧٨٤	الأول: الأولوية المستفاده
١٧٨٨	الثاني: عموم ما دلّ على أنّ من لم يُضئنه المالك فهو غير ضامن
١٧٩١	الثالث: عدم ثبوت الدليل على الضمان
١٧٩١	الرابع: إقدام المتعاقدين على المجانية
١٧٩١	الخامس: الأصل العملي: البراهه
١٧٩٢	الجهة الثانية: ما يمكن أن يعد من موارد نقضها
١٧٩٢	اشاره
١٧٩٢	منها: ضمان العين المستأجرة فاسد
١٧٩٦	و منها: الصيد الذي استعاره الفحرم من الفحل

١٨٠١	فرغ:
١٨٠١	و منها: المنافع غير المستوفاه من المبيع فاسدا
١٨٠٧	و منها: الضمان في حمل المبيع إذا كان البيع فاسدا
١٨١٠	و منها: الشركه الفاسده
١٨١٢	الثالث: وجوب رد المبيع فاسدا إلى مالكه فوراً
١٨١٢	اشاره
١٨١٢	الأول: الإجماع
١٨١٢	اشاره
١٨١٣	فرغ: مؤونه الرد على من؟
١٨١٥	الثاني: التوقيع الشريف
١٨١٦	الثالث: النبو الشريف
١٨١٩	الرابع: ضمان المنافع
١٨١٩	اشاره
١٨١٩	الجهه الأولى: المنافع المستوفاه
١٨١٩	اشاره
١٨٢١	المخالف في المسأله و دليله و مناقشته
١٨٢٢	ما الدليل على الضمان؟
١٨٢٢	اشاره
١٨٢٢	الأول: النبو المعروف: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»
١٨٢٢	الثاني: ما دلّ على حرمه مال المؤمن
١٨٢٣	الثالث: ما دلّ على عدم حليه مال امرى ء مسلم إلا يطيب نفسه
١٨٢٣	الرابع: قاعده الإلتلاف
١٨٢٧	الخامس: السيره العقلانيه
١٨٢٧	السادس: قاعده نفي الضرر
١٨٢٨	الجهه الثانيه: المنافع غير المستوفاه
١٨٢٨	اشاره
١٨٣١	أما الدليل على ضمان المنافع غير المستوفاه
١٨٣١	اشاره
١٨٣١	الأول: النبو المعروف
١٨٣١	الثاني: ما دلّ على حرمه مال المؤمن
١٨٣٢	الثالث: ما دلّ على عدم حليه مال امرى ء مسلم إلا يطيب نفسه
١٨٣٢	الرابع: قاعده الإلتلاف
١٨٣٢	الخامس: الإجماع
١٨٣٤	أما الدليل على عدم ضمانها فأمرؤ:
١٨٣٤	الأول: قاعده ما لا يضمن
١٨٣٥	الثاني: الروايات الوارده في الجاريه المسروقه المبيعه
١٨٣٧	الثالث: صحيحه محمد بن قيس
١٨٣٨	الرابع: صحيحه أبي ولّاد الحنطاط
١٨٤٠	الخامس: الأصل السليم
١٨٤١	فرغ: ضمان عمل الحز الكسوب المحبوس
١٨٤١	اشاره

١٨٤٦	أدله الضمان
١٨٤٦	الأول: الأيتان
١٨٤٦	الثاني: غعل الجُر مال
١٨٤٧	الثالث: حديث لا ضرر
١٨٤٨	الرابع: السيره العقلانيه
١٨٤٨	الخامس: عدم الفرق بين المسألتين لنا
١٨٥١	الخامس: ضمان المثلي يكون بالمثل
١٨٥١	تمهيد: في خلاف ابن الجنيدي الإسكافي
١٨٥٤	المقام الأول: تعريف المثلي
١٨٥٤	اشاره
١٨٥٤	أ: تعريف المشهور
١٨٦١	ب: تعريف العلامه في التحرير
١٨٦١	ج: تعريف الشهيد في الدروس
١٨٦٣	د: تعريف الشهيد في غايه المراد
١٨٦٤	ذ: تعريف الوحيد البهبهاني
١٨٦٤	ز: تعريف صاحب الجواهر
١٨٦٥	ز: تعريف المحقق الخراساني
١٨٦٥	ص: تعريف الفقيه البيزدي
١٨٦٥	ض: تعريف المحقق الإيرواني
١٨٦٦	ط: تعريف المحقق النائيني
١٨٦٦	ظ: تعريف المحقق الأصفهاني
١٨٦٧	ع: تعريف شيخنا الاستاذ قدس سره
١٨٦٨	هـ: التعريف الأول المنقول من العامه
١٨٦٩	و: التعريف الثاني من العامه
١٨٦٩	ي: التعريف الثالث لهم
١٨٧١	المقام الثاني: الدليل على ضمان المثل في المثلي
١٨٧١	الأول: أيه الاعتداء
١٨٨٦	الثاني: حديث علي اليد
١٨٨٨	الثالث: الروايات الداله على احترام مال المؤمن و أن حرمه ماله كحرمه دمه
١٨٨٨	الرابع: الروايات الداله على ضمان الولد إذا وُجِدَت الأتمه مسروقه
١٨٨٨	الخامس: عدّه من الروايات في مختلف الأبواب
١٨٩١	السادس: سيره العقلاء
١٨٩١	السابع: الإجماع
١٨٩٢	المقام الثالث: حكم الشك في كون التالف مثلثا أو قيمتا
١٨٩٨	السادس: هل يجب أداء المثل مع زياده قيمته؟
١٨٩٨	اشاره
١٩٠٢	تنبيه: في نقصان التيمه السوقيه
١٩٠٢	فرع: هل يجوز مطالبه المالك بالمثل في غير مكان التلف ولو كانت قيمته أزيد من قيمته في مكان التلف؟
١٩٠٥	فرع آخر: لو أعطى الضامن في مكان كان قيمته أقل من قيمه مكان التلف فهل
١٩٠٦	السابع: لو تعدّر المثل في المثلي
١٩٠٦	اشاره

١٩٠٦	الجهة الأولى: متى يتقلب الضمان من المثل إلى القيمة؟
١٩١٠	الجهة الثانية: متى قيمة يدفع الضامن إلى المالك؟
١٩١٢	الجهة الثالثة: انقلاب الضمان إلى القيمة هل يختص بالتعذر الظريء أم يعم الابتدائي؟
١٩١٦	الجهة الرابعة: ما هو المنط في تعذر المثل؟
١٩١٨	الجهة الخامسة: المعيار في قيمة المثل المتعذر
١٩١٩	الجهة السادسة: هل العبرة بقيمه بلد التلف أو المطالبه؟
١٩٢٠	الجهة السابعة: إذا سقط المثل من المالبه فهل ينتقل إلى القيمة؟
١٩٢٢	الثامن: ضمان القيمي بالقيمة
١٩٢٢	اشاره
١٩٢٢	المقام الأول: ما الدليل على أنّ ضمان القيمي بالقيمة؟
١٩٢٢	الأول: قال الشيخ الأعظم:
١٩٢٦	الثاني: الأخبار المتفرقة في كثير من القيميّات
١٩٢٧	الثالث: آيه الاعتداء
١٩٢٨	تنبيه:
١٩٣٠	دفع وهم:
١٩٣٢	تكميل:
١٩٣٤	المقام الثاني: تعيين القيمة في القيميّات
١٩٣٤	اشاره
١٩٣٤	القول الأول: قيمة يوم القبض أو الغصب
١٩٣٥	القول الثاني: قيمة يوم التلف
١٩٣٦	القول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف
١٩٣٧	القول الرابع: أعلى القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين ردّ القيمة
١٩٣٨	القول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء
١٩٣٨	القول السادس: قيمة يوم الأداء
١٩٣٨	القول السابع: قيمة يوم البيع
١٩٣٩	الاستدلال للقول الأول: قيمة يوم القبض أو الغصب
١٩٤٢	الاستدلال للقول الثاني: قيمة يوم التلف
١٩٤٦	الاستدلال للقول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف
١٩٧٣	الاستدلال للقول الرابع: أعلى القيم من حين الغصب إلى حين ردّ القيمة
١٩٧٥	الاستدلال للقول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء
١٩٧٥	الاستدلال للقول السادس: قيمة يوم الأداء
١٩٧٦	الاستدلال للقول السابع: قيمة يوم البيع في مسأله المقبوض بالبيع الفاسد
١٩٨٠	ثم لابدّ من تميم بحث القيمي بأمر:
١٩٨٠	الأول: حكم زياده ثمن القيمي بعد التلف
١٩٨٢	الثاني: حكم ارتفاع القيمة بحسب الأمكنه
١٩٨٤	الثالث: حكم ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينيّه
١٩٨٩	الرابع: كيفيه تقويم مال القيمي
١٩٩١	الخامس: اختلاف المؤمنين
١٩٩٣	وصل: فباحث بذل الخيلولة
١٩٩٣	اشاره
١٩٩٤	و البحث فيها يقع في ضمن مقابله:

١٩٩٤	المقام الأول: تعريفها ونقل الأقوال فيها
١٩٩٦	المقام الثاني: ما الدليل على بدل الحيلولة؟
١٩٩٦	اشاره
١٩٩٦	الأول: الروايات
٢٠٠٠	الثاني: قاعده لا ضرر
٢٠٠١	الثالث: قوله صلى الله عليه و آله : الناس مسلطون على أموالهم.
٢٠٠٣	الرابع: قاعده اليد
٢٠٠٤	الخامس: قاعده الإلتلاف
٢٠٠٥	السادس: الجمع بين الحقيين
٢٠٠٦	السابع: تسالم الأصحاب قدس سرهم على أن الحيلولة من موجبات الضمان
٢٠٠٧	الثامن: الإجماع
٢٠٠٧	فذلكه القول في بدل الحيلولة
٢٠٠٨	المقام الثالث: تحديد موضوعها
٢٠١٧	مسائل لا بدّ من التنبيه عليها
٢٠١٧	اشاره
٢٠١٧	الأولى: ما المراد بالتعذر؟
٢٠١٩	الثانية: يجوز للمالك الامتناع من أخذ بدل الحيلولة
٢٠٢٠	الثالثة: خروج العين عن المايه
٢٠٢١	الرابعة: هل مالك العين يملك بدل ماله؟
٢٠٢٦	الخامسه: لا تنتقل العين إلى دافع بدل الحيلولة
٢٠٣١	السادسه: إذا زال التعذر هل يجب ردّ العين؟
٢٠٣٣	السابعه: عدم ضمان ارتفاع قيمه و الزياده بعد دفع البدل
٢٠٣٦	الثامنه: أسباب الضمان عند الشيخ الأعظم قدس سره
٢٠٣٨	التاسعه: حكم المغضوب إذا خرج عن صورتها النوعيه ثم رجع إليها
٢٠٤١	العاشره: هل يعود ملك البدل إلى الغارم بعد تمكّنه من العين؟
٢٠٤٣	الحاديه عشره: هل للغاصب حيس العين إلى أن يأخذ البدل؟
٢٠٤٦	الثانيه عشره: لو حيس العين فتلفت هل يضمن بضمان جديد؟
٢٠٦٥	بعض منشورات مكتبه آيه الله النجفي
٢٠٦٦	المجلد ٥
٢٠٦٦	اشاره
٢٠٦٦	اشاره
٢٠٦٩	تقريب مع تاريخ وضع اللمسات الأخيره على الجزء الخامس من كتاب
٢٠٧٢	فُضِّلَ: شرائط المتعاقدين
٢٠٧٢	اشاره
٢٠٧٥	١- البلوغ:
٢٠٧٥	اشاره
٢٠٧٦	الأول: الاجماع
٢٠٨٠	الثاني: آيه الايلاء
٢٠٨٤	الثالث: حديث رفع القلم عن الصبي
٢٠٩٦	الرابع: عدم جواز أمر الصبي
٢٠٩٨	الخامس: النصوص الداله على أن عمد الصبي و خَطْوُهُ

- ٢١١٢ ..... ثم إن هاهنا فروعا لابد من التنبيه عليها:
- ٢١١٢ ..... الأول: ثبوت الضمان على الصبي .....
- ٢١١٢ ..... الثاني: هل يرتفع التعزير عن الصبي؟ .....
- ٢١١٣ ..... الثالث: هل يعتبر قصد الصبي أم لا؟ .....
- ٢١١٣ ..... الرابع: هل يصح قبض الصبي .....
- ٢١١٦ ..... الخامس: هل تنفذ وصية الصبي أم لا؟ .....
- ٢١١٩ ..... السابع: طلاق الصبي المميز .....
- ٢١١٩ ..... اشاره .....
- ٢١٢٤ ..... تتمه: .....
- ٢١٢٥ ..... الثامن: إسلام الصبي .....
- ٢١٣١ ..... التاسع: عبادات الصبي .....
- ٢١٣٧ ..... العاشر: التفصيل في معاملات الصبي بين الخطير والحقير .....
- ٢١٤٦ ..... الحادي عشر: التفصيل في معاملات الصبي بين استقلاله وألته .....
- ٢١٤٨ ..... الثاني عشر: هل معاملة الصبي تفيد إباحة التصرف؟ .....
- ٢١٥١ ..... ٢- العقل .....
- ٢١٥١ ..... اشاره .....
- ٢١٥٢ ..... أ: الكتاب .....
- ٢١٥٢ ..... ب: العقل .....
- ٢١٥٣ ..... ج: الإجماع .....
- ٢١٥٣ ..... د: السنة .....
- ٢١٥٤ ..... هـ : عدم اعتبار قصده .....
- ٢١٥٤ ..... اشاره .....
- ٢١٥٤ ..... فرعان: .....
- ٢١٥٤ ..... الأول: .....
- ٢١٥٤ ..... الثاني: .....
- ٢١٥٧ ..... ٣- القصد .....
- ٢١٥٧ ..... اشاره .....
- ٢١٥٨ ..... أقسام القصد .....
- ٢١٥٨ ..... اشاره .....
- ٢١٦١ ..... هل يعتبر تعيين المالكين في صحة البيع؟ .....
- ٢١٦١ ..... اشاره .....
- ٢١٦١ ..... توضيح مقاله صاحب المقاييس .....
- ٢١٦٣ ..... مسألة: ذكرها المحقق التستري على القول بالتعيين .....
- ٢١٧٠ ..... هل يعتبر تعيين من له العقد؟ .....
- ٢١٧٣ ..... ٤- الاختيار .....
- ٢١٧٣ ..... اشاره .....
- ٢١٧٣ ..... الأول: الإجماع .....
- ٢١٧٤ ..... الثاني: الكتاب .....
- ٢١٧٥ ..... الثالث: قوله صلى الله عليه وآله : لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه .....
- ٢١٧٥ ..... الرابع: حديث الرفع .....
- ٢١٧٥ ..... اشاره .....

٢١٧٨	ثم لا يذ من التذكير بأمر: .....
٢١٧٨	الأول: المراد من جمله: «المكروه قاصد إلى اللفظ دون المعنى» .....
٢١٨٢	الثاني: حقيقه الإكراه .....
٢١٨٥	الثالث: هل يعتبر في صدق الإكراه عدم إمكان النفي عن الضرر؟ .....
٢١٨٥	إشاره .....
٢١٨٥	المقام الأول: النفي من الإكراه بالتوريه .....
٢١٨٨	المقام الثاني: النفي من الإكراه بغير التوريه .....
٢١٩٠	الرابع: هل الفرق بين الإكراه في الحَكْمَيْنِ التكليفي والوضعي موجود أم لا؟ .....
٢١٩٣	الخامس: الإكراه على أحد الأمرين .....
٢١٩٣	إشاره .....
٢١٩٣	المقام الأول: الإكراه على الأمرين التكليفيين .....
٢١٩٥	المقام الثاني: الإكراه على الأمرين الوضعيين .....
٢٢٠٠	المقام الثالث: الإكراه على الأمرين أحدهما تكليفي والآخر وضعي .....
٢٢٠١	السادس: إكراه أحد الشخصين على فعل واحد .....
٢٢٠٢	السابع: متعلق الإكراه .....
٢٢٠٥	الثامن: الإكراه على بيع عبد من عبيد .....
٢٢٠٨	التاسع: لو أكره على معين فضم غيره إليه .....
٢٢١٠	العاشر: دعوى الإكراه .....
٢٢١١	الحادي عشر: طلاق المكروه .....
٢٢١٤	الثاني عشر: صحة عقد المكروه المتعقب بالرضا .....
٢٢١٤	إشاره .....
٢٢١٦	الأول: الإجماع .....
٢٢١٧	الثاني: مقارنة طيب النفس للعقد .....
٢٢١٧	الثالث: المكروه ليس له قصد .....
٢٢١٨	الرابع: ليس لعقد المكروه الصحة التأهليه .....
٢٢١٩	تأييد عدم اعتبار المقارنة بالبيع الفضولي .....
٢٢٢٠	التمسك بأيه التجاره على بطلان عقد المكروه المتعقب بالرضا .....
٢٢٢٢	و أننا التمسك بحديث الرفع لبطلان عقد المكروه المتعقب بالرضا .....
٢٢٢٥	الثالث عشر: الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ .....
٢٢٣١	الرابع عشر: الإكراه بحق .....
٢٢٣٢	الخامس عشر: لو حصل الرضا بعد العقد بالفضل و... ..
٢٢٣٣	السادس عشر: بيع التلجته .....
٢٢٣٤	٥- إذن السيد لو كان العاقد عبداً .....
٢٢٣٤	إشاره .....
٢٢٤٢	فرع: .....
٢٢٤٥	فرع: .....
٢٢٤٦	٦- أن يكونا مالكيين أو مأذونين من المالك أو الشارع .....
٢٢٥٠	عقد الفضولي .....
٢٢٥٠	تعريفه والأقوال فيه .....
٢٢٥٣	الاستدلال على صحة عقد الفضولي .....
٢٢٥٣	إشاره .....



٢٢٥٢	الوجه الأول: العمومات و الاطلاقات
٢٢٥٥	الوجه الثاني: حديث عروه البارقي
٢٢٤٣	الوجه الثالث: صحيحه محمّد بن قيس
٢٢٤٧	الوجه الرابع: فحوى مادّل على صحه نكاح الفضولي
٢٢٧٦	الوجه الخامس: ما ورد في عامل المضاربه
٢٢٨٤	الوجه السادس: الروايات الواردة في الإيجار بمال البئيم
٢٢٩١	الوجه السابع: روايه موسى بن أشّيم
٢٢٩٧	الوجه الثامن: صحيحه الحلبي
٢٣٠٧	الوجه التاسع: موثقه عبدالرحمن بن أبيعبدالله
٢٣١٢	الوجه العاشر: معتبره مسمع أبيستار
٢٣١٦	الوجه الحادي عشر: خبر أبيحمزه الثمالي
٢٣١٧	الوجه الثاني عشر: بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه وآله و بني هاشم
٢٣١٩	الوجه الثالث عشر: اجازة الوارث بالنسيه إلى الوصيه الزايدة على الثلث
٢٣٢٠	الوجه الرابع عشر: التصديق بمجهول المالك و اللقطه
٢٣٢٢	الوجه الخامس عشر: أخبار تحليل خمس المناجح و المساكن
٢٣٢٤	الوجه السادس عشر: اجازة السيد عقد العبد
٢٣٢٥	الاستدلال على بطلان عقد الفضولي
٢٣٢٥	اشاره
٢٣٢٥	١- الكتاب
٢٣٢٥	قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراض»
٢٣٢٥	اشاره
٢٣٢٥	التقريب الأول: الاستثناء يدل على الحصر في جواز أكل أموال الناس بالتجاره عن تراض فقط، و بيع الفضولي ليس تجاره عن تراض فأكل المال بسببه أكلٌ للمال بالباطل.
٢٣٢٥	التقريب الثاني: سياق التحديد لأنّ كلّ وصف ورد في مقام التحديد يدلّ على اختصاص الحكم بمورد الوصف وإن لم نقل بمفهوم الوصف، و من المعلوم أنّ قيد التراضي وصف ورد مورد التحديد فيدلّ على انحصار جواز الأكل بمورد التراضي فقط، و التراضي في بيع الفضولي
٢٣٣١	٢- السنه
٢٣٣١	تمشكوا لبطلان بيع الفضولي بعدّه من الروايات:
٢٣٣٥	و من العاميات:
٢٣٣٧	و أمّا غير عاميات:
٢٣٥٠	٣- الإجماع الفدعي على البطلان
٢٣٥٢	٤- العقل
٢٣٥٣	اشاره
٢٣٥٨	الاستدلال على بطلان بيع الفضولي بوجه أخرى
٢٣٥٨	الأول: الفضولي غير قادر على تسليم المبيع
٢٣٦٠	الثاني: الفضولي غير قاصد للنقل و الانتقال في عقده
٢٣٦١	الثالث: قصد النقل شرط في صحه العقد و هو مفقود في الفضولي
٢٣٦٢	الرابع: من لوازم صحه عقد البيع حتّىه التصرف
٢٣٦٣	الخامس: الرضا شرط في صحه العقد و المفروض انتفاؤه حال العقد
٢٣٦٤	السادس: البيع بالنسيه إلى الأصيل غررٌ
٢٣٦٤	السابع: أصل الفساد
٢٣٦٦	ثم لا بدّ هاهنا من التنبيه على أمور:
٢٣٦٦	الأول: هل الرضا بالعقد يخرجّه عن الفضولي؟
٢٣٧٣	الثاني: هل يجري الفضولي في الإقاعات؟

- الثالث: هل يجرى الفضولي فيما جرت فيه الوكاله من العبادات و نحوها؟ ..... ٢٣٧٥
- الرابع: صور بيع الفضولي - ..... ٢٣٧٦
- و أما المسأله الثانيه: ..... ٢٣٧٨
- اشاره - ..... ٢٣٧٨
- مستند القول بالفساد - ..... ٢٣٧٩
- مستند القول بالصحه: ..... ٢٣٨١
- ١- العمومات و الاطلاقات ..... ٢٣٨١
- ٢- و أما حديث عروه البارقي ..... ٢٣٨٢
- ٣- صحيحه محمّد بن قيس ..... ٢٣٨٢
- ٤- فحوى أدلّه نكاح العبد بدون إذن مولاه - ..... ٢٣٨٢
- ٥- الإتجار بمال اليتيم ..... ٢٣٨٤
- ٦- ما ورد في عامل المضاربه ..... ٢٣٨٤
- المسأله الثالثه: بيع الفضولي لنفسه ..... ٢٣٨٧
- اشاره - ..... ٢٣٨٧
- الأقوال في بيع الغاصب: ..... ٢٣٨٧
- اشاره ..... ٢٣٨٧
- القول الأوّل - ..... ٢٣٨٧
- و القول الثاني: هو البطلان مطلقا ..... ٢٣٨٨
- و القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس فإنّ المحكى ..... ٢٣٨٨
- و القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلّامه و ولده و الشهيد و قطب الدين بين - ..... ٢٣٨٨
- أدله صحه بيع الفضولي لنفسه ..... ٢٣٨٩
- ١- العمومات و الاطلاقات ..... ٢٣٨٩
- ٢- فحوى الصحه في النكاح ..... ٢٣٨٩
- ٣- صحيحه محمّد بن قيس ..... ٢٣٨٩
- ٤- الروايات الوارده في الإتجار بمال اليتيم ..... ٢٣٩٠
- ٥- معتبره مسمع أبي سيار ..... ٢٣٩٠
- أدله بطلان بيع الفضولي لنفسه و مناقشتها ..... ٢٣٩١
- اشاره ..... ٢٣٩١
- الوجه الأوّل: النبويان ..... ٢٣٩١
- الوجه الثاني: اعتبار عدم سبق منع المالك ..... ٢٣٩٢
- الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضه الحقيقيه ..... ٢٣٩٢
- اشاره - ..... ٢٣٩٢
- و أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الوجه بجوابين ..... ٢٣٩٣
- اشاره - ..... ٢٣٩٣
- الأوّل: الدليل أخص من المدعى لأنّه يختص بالغاصب ..... ٢٣٩٣
- الثاني: الغاصب بعد أن يدعى أنّه مالك يقصد المعاوضه الحقيقيه ..... ٢٣٩٣
- ثم اعترضوا على جوابي الشيخ الأعظم بأمر لا يتم بعضها: ..... ٢٣٩٣
- الاعتراض الأوّل: ..... ٢٣٩٣
- الاعتراض الثاني: قال المحقق الإيرواني ..... ٢٣٩٥
- الاعتراض الثالث: ..... ٢٣٩٦
- الاعتراض الرابع: ..... ٢٣٩٦

- ٢٣٩٧ ..... الاعتراف الخامس: .....
- ٢٣٩٧ ..... لأجل هذه الاعترافات تُصدى جماعه من الأعلام لدفع هذا الوجه الثالث و اليك أقوالهم: .....
- ٢٣٩٧ ..... جواب الفقيه السيد البيهقي: .....
- ٢٣٩٧ ..... جواب المحقق النائيني: .....
- ٢٣٩٩ ..... جواب المحقق الإيرواني: .....
- ٢٤٠١ ..... جواب المحقق الاصفهاني: .....
- ٢٤٠٢ ..... جواب المحقق السيد الخوئي: .....
- ٢٤٠٤ ..... جواب المحقق السيد الخميني رحمه الله : .....
- ٢٤٠٥ ..... المختار في الجواب و نقد القسم الأخير من جواب المحقق السيد الخميني: .....
- ٢٤٠٦ ..... تنبيه: .....
- ٢٤٠٨ ..... الوجه الرابع: المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأً .....
- ٢٤٠٨ ..... اشاره .....
- ٢٤١٢ ..... جواب الشيخ الأعظم: .....
- ٢٤١٣ ..... عدّ المحقق التستري كلام العلامة ثالث وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه .....
- ٢٤١٣ ..... و دَفَعُ الشَّيْخُ الأعظم نقض التستري بأن: العاقد الجاهل بالوكالة .....
- ٢٤١٦ ..... ثم تعرض الشيخ الأعظم لـ .....
- ٢٤٢٠ ..... الوجه الخامس: التسليط المجاني لا يكون بيما .....
- ٢٤٢٠ ..... اشاره .....
- ٢٤٢٥ ..... تنبيه: .....
- ٢٤٢٧ ..... بقي هنا أمران: .....
- ٢٤٢٧ ..... الأول: بيع الفضولي في الذمه .....
- ٢٤٢٧ ..... اشاره .....
- ٢٤٢٧ ..... المسألة الأولى و صورها: .....
- ٢٤٢٧ ..... اشاره .....
- ٢٤٢٧ ..... أ: أن يكون الكلي في ذمه غير الفضولي قبل البيع .....
- ٢٤٢٧ ..... ب: أن يكون الكلي في ذمه نفس الفضولي .....
- ٢٤٢٧ ..... ج: أن يجعل الكلي متعلقاً بذمه المالك بنفس بيع الفضولي .....
- ٢٤٣٠ ..... المسألة الثانية: جمع العاقد بين المتنافيين .....
- ٢٤٣٠ ..... اشاره .....
- ٢٤٣١ ..... ثم نقلَ الشيخ الأعظم كلاماً من العلامة الحلّي بطوله .....
- ٢٤٣٤ ..... بيان الفقيه السيد البيهقي رحمه الله : .....
- ٢٤٣٥ ..... بيان المحقق النائيني لتطبيق الفرع على القاعدة .....
- ٢٤٣٦ ..... بيان السيد الخوئي لتطبيقه على القواعد .....
- ٢٤٣٧ ..... الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة .....
- ٢٤٣٧ ..... اشاره .....
- ٢٤٣٩ ..... الاستدلال لاختصاص الفضولي بالعقد اللفظي .....
- ٢٤٣٩ ..... اشاره .....
- ٢٤٣٩ ..... الأمر الأول: .....
- ٢٤٤٠ ..... الأمر الثاني: .....
- ٢٤٤١ ..... الأمر الثالث: .....
- ٢٤٤٢ ..... الأمر الرابع: .....

٢٤٤٣	الأمر الخامس: .....
٢٤٤٤	و أننا بناءً على أن المعاطاة تفيد الإباحة: .....
٢٤٤٧	نقد مقاله الشيخ الأعظم على القول بأن المعاطاة تفيد الإباحة .....
٢٤٥٠	وصل: القول في الإجازة .....
٢٤٥٠	اشاره .....
٢٤٥٢	هل الإجازة كاشفة أو ناقلة أو غيرهما؟ .....
٢٤٥٢	اشاره .....
٢٤٥٤	ثم يقع الكلام في مقائنين: .....
٢٤٥٤	المقام الأول: قد يقال بامتناع قولي الكشف و النقل في مقام الثبوت .....
٢٤٥٥	المقام الثاني: دليل القولين في مقام الإثبات .....
٢٤٥٥	ما استدل به على الكشف .....
٢٤٥٥	الوجه الأول: حكى عن المحقق و الشهيد الثانيين بأن العقد بنفسه .....
٢٤٤٢	الوجه الثاني: للاستدلال على الكشف .....
٢٤٤٢	اشاره .....
٢٤٤٢	ثم أورد عليه الشيخ الأعظم بوجوه ثلاثة: .....
٢٤٤٢	الأول: مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقييد بزمان وقوعه .....
٢٤٤٦	الثاني: قال ما حاصله: سألنا كون مضمون العقد هو النقل المقيد .....
٢٤٤٩	الثالث: قال ما حاصله: الإجازة لا توجب نفوذ العقد من حين .....
٢٤٧٠	ترجمه شريف العلماء المازندراني .....
٢٤٧٢	وجوه الكشف في مقام الثبوت .....
٢٤٧٢	اشاره .....
٢٤٧٢	الأول: الكشف الحقيقي الشرطي .....
٢٤٧٢	الثاني: الكشف الحقيقي التعقيبي .....
٢٤٧٢	الثالث: الكشف الحقيقي التقديري .....
٢٤٧٢	الرابع: الكشف الحقيقي التام .....
٢٤٧٢	الخامس: الكشف الحقيقي الحصولي .....
٢٤٧٤	السادس: الكشف الحقيقي الدهري .....
٢٤٧٤	السابع: الكشف الحقيقي الحدوثي .....
٢٤٧٤	الثامن: الكشف الحكمي .....
٢٤٧٥	التاسع: الكشف الحكمي الإنفلاحي .....
٢٤٧٥	العاشر: الكشف الحكمي الصوري .....
٢٤٧٩	البحث حول الوجوه في مقام الثبوت .....
٢٤٧٩	الوجه الأول: الكشف الحقيقي الشرطي .....
٢٤٨٠	الوجه الثاني: الكشف الحقيقي التعقيبي .....
٢٤٨٠	الوجه الثالث: الكشف الحقيقي التقديري .....
٢٤٨١	الوجه الرابع: الكشف الحقيقي التام .....
٢٤٨١	الوجه الخامس: الكشف الحقيقي الحصولي .....
٢٤٨٢	الوجه السادس: الكشف الحقيقي الدهري .....
٢٤٨٣	الوجه السابع: الكشف الحقيقي الحدوثي .....
٢٤٨٤	الوجه الثامن: الكشف الحكمي .....
٢٤٨٥	الوجه التاسع: الكشف الحكمي الإنفلاحي .....

٢٤٨٧	الوجه العاشر: الكشف الحكمي الصوري
٢٤٩٣	الوجه في مقام الإتيان
٢٤٩٣	اشاره
٢٤٩٣	الأول: الإطلاقات و العمومات
٢٤٩٣	الثاني: حديث عروه البارقي
٢٤٩٤	الثالث: صحيحه محمد بن قيس
٢٤٩٤	الرابع: فحوى مادلّ على صحه تكاح الفضولي
٢٤٩٤	الخامس: الروايات الواردة في الإيجار بمال اليتيم
٢٤٩٤	السادس: معتبره مسمع أبيستار
٢٤٩٤	السابع: بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه و آله و بنيتهاشم
٢٤٩٤	الثامن: التصدق بمجهول المالك و اللقطه
٢٤٩٤	التاسع: أخبار تحليل خمس في الموارد الخاصه
٢٤٩٤	العاشر: إجازة السيد عقد العبد
٢٤٩٤	الحادي عشر: صحيحه أبيعبيده
٢٤٩٤	فذلكه القول في مقام الإتيان
٢٤٩٨	ثمره النزاع بين الكشف و أقسامه و النقل
٢٤٩٨	اشاره
٢٤٩٨	الوجه الاولي: الثمره بين قسمة الكشف الحقيقي
٢٤٩٩	الوجه الثانيه: الثمره بين الكشف الحقيقي و الحكمي
٢٤٩٩	اشاره
٢٥٠٠	ثم إنّ هاهنا فرغتين: تظهر الثمره فيهما:
٢٥٠٠	الفرغ الأول:
٢٥٠٢	الفرغ الثاني:
٢٥٠٢	اشاره
٢٥٠٢	النسخه الأولى: «لو نقل المالك أم الولد... و على المجيز قيمتها»
٢٥٠٣	و أما النسخه الثانيه: «لو نقل المالك الولد... و على المجيز قيمته»
٢٥٠٨	هل النسخه الصحيحه هي أم الولد أو الولد؟
٢٥٠٩	فذلكه القول في حكم التصرفات الصادره من المشتري
٢٥١٠	الوجه الثالثه: الثمره بين الكشف و النقل
٢٥١٠	اشاره
٢٥١٠	الأولي: النماء
٢٥١٠	اشاره
٢٥١٢	فرغ: تصرف المالك في النماء
٢٥١٢	الثانيه: جواز فسخ الأصيل بناءً على النقل
٢٥١٩	الثالثه: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه
٢٥١٩	اشاره
٢٥١٩	و استشهاد بفرعين:
٢٥١٩	الأول: لو باع المالك جاريته بالشراء الفضولي
٢٥١٩	الثاني: لو زوّجت الحزه نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير
٢٥١٩	اشاره
٢٥٢٢	و أما بناءً على الكشف: فقدّ قال الشيخ الأعظم:

٢٥٢٢	تم نقل الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه جواز تصرف
٢٥٢٢	تم نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كسفت عن
٢٥٢٤	هو - معاصره - هنا جدى الشيخ محمدينى صاحب الهدايه
٢٥٢٤	تم يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح
٢٥٢٥	اعترض عليه الشيخ الأعظم: بأن مذهب المشهور في الكشف
٢٥٢٥	تم ذكر توهمها و هو: «أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمه
٢٥٢٥	ولكن الشيخ الأعظم ردّ هذا الذى سفاه بالتوهم بأنه مبنئ
٢٥٢٦	تم تعرض الشيخ الأعظم لما سفاه دعوى: و هى إثبات جواز تصرف
٢٥٢٦	و دفعها بأمرين:
٢٥٢٦	اشاره
٢٥٢٦	الأول: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالك
٢٥٢٨	الثانى: جواز تصرف الناذر في المال المتذور المشروط قبل تحقّق
٢٥٢٨	اشاره
٢٥٢٨	يقع الكلام في جهتين:
٢٥٢٨	أما الجهة الأولى:
٢٥٣١	و أما الجهة الثانية: مسأله النذر المشروط
٢٥٣٨	تنبيه:
٢٥٤٤	الرابعه: سقوط أهليه التملك عن الأصيل
٢٥٥١	الخامسه: سقوط أحد العوضين عن المالبه
٢٥٥٤	السادسه: تجدد القابليه
٢٥٥٨	السابعه: فقد شرط العقد
٢٥٦٠	الثامنه: ثمرات متعدده
٢٥٦٦	التاسعه: العقود المترتبه
٢٥٦٦	اشاره
٢٥٦٧	تنبيهات الإجازة:
٢٥٦٧	الأول: ليس الخلاف في الكشف و النقل مفهوميًا
٢٥٧٠	الثانى: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟
٢٥٨٤	الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد
٢٥٩٣	الرابع: الإجازة حتى أو حكم؟
٢٥٩٥	الخامس: هل الإجازة إجازة في القبض و الإقباض للفضولي؟
٢٦٠٢	السادس: عدم اشتراط الإجازة بالفوريه
٢٦٠٧	السابع: تطابق الإجازة و العقد (المجاز)
٢٦٠٧	اشاره
٢٦٠٨	المسأله في رأى الشيخ الأعظم
٢٦٠٩	المسأله في رأى صاحب الهدايه
٢٦١٠	المختار في حكم المسأله
٢٦١٢	الثامن: هل يعتبر في الإجازة تعيين العقد؟
٢٦١٢	التاسع: عدم اشتراط الشروط المعترضه في البيع، في الإجازة
٢٦١٣	العاشر: بعض شرائط الإجازة
٢٦٢٨	المطبوع من آثار المؤلف
٢٦٣٠	بعض منشورات مكتبه آيه الله النجفى

٢٦٢١	المجلد ٦
٢٦٢١	اشاره
٢٦٢٢	اشاره
٢٦٢٣	تقريب آية الله العظمى السيد محمدمهدى الموسوي الخليلي - مدظله العالی
٢٦٢٤	تقريب فضيله العلامة المحقق الحجة
٢٦٢٦	وظف: القول في المجيز
٢٦٢٦	اشاره
٢٦٢٨	الأول: شرائط المجيز
٢٦٤٠	الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيز حين العقد؟
٢٦٤٠	اشاره
٢٦٤٠	الجهة الأولى: سير المسألة في كلمات الفقهاء
٢٦٤٤	الجهة الثانية: وجوه تصور عدم المجيز في العقد
٢٦٤٥	الجهة الثالثة: الاستدلال على وجود المجيز حين العقد بوجوه
٢٦٤٩	الجهة الرابعة: مادل على عدم اعتبار وجود المجيز حين العقد
٢٦٥٢	الجهة الخامسة: هل يدخل تحت هذا الاشتراط فرغ؟
٢٦٥٥	الثالث: هل يشترط كون المجيز جازئ التصرف حين العقد؟
٢٦٥٥	اشاره
٢٦٥٥	المسألة الأولى: إذا كان المالك حين العقد ممنوعاً من التصرف لجزء أو رهن
٢٦٥٩	المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثم ملكه
٢٦٥٩	اشاره
٢٦٦٠	الصورة الأولى:
٢٦٦٠	ويقع الكلام في ضمن جهات:
٢٦٦٠	الجهة الأولى: كلمات الفقهاء حول المسألة
٢٦٦٠	اشاره
٢٦٦٥	فذلكه القول في محتملات المسألة وأقوالها
٢٦٦٦	الجهة الثانية: إشكالات التستري على القول بالصحة
٢٦٦٦	اشاره
٢٦٦٨	الإشكال الأول
٢٦٦٨	الإشكال الثاني
٢٦٦٩	الإشكال الثالث
٢٦٦٩	اشاره
٢٦٦٩	جواب الشيخ الأعظم
٢٦٧٣	الإشكال الرابع
٢٦٧٤	الإشكال العام للمحقق التستري
٢٦٧٤	اشاره
٢٦٧٤	جوابه:
٢٦٧٤	اشاره
٢٦٧٤	ولكن الشيخ الأعظم أورد على جوابه بإيرادات أربعة:
٢٦٧٦	أجوبه الإعلام عن الإشكال العام
٢٦٧٦	٢- إجابته المحقق النائيني عن إشكال اجتماع المالكين على ملك واحد في مسألتنا
٢٦٧٦	اشاره

٢٦٧٦	١- إجابة السيد اليزدي
٢٦٧٨	٣- جواب المحقق الأيرواني
٢٦٧٩	٤- إجابة المحقق الأصفهاني
٢٦٨٠	٥- إجابة المحقق السيد الخوئي
٢٦٨١	الاشكال الخامس
٢٦٨١	اشاره
٢٦٨٢	وأجاب الشيخ الأعظم
٢٦٨٢	جواب السيد اليزدي عن الاشكال الخامس
٢٦٨٢	اشاره
٢٦٨٢	جواب الشيخ الأعظم عند المحقق الثاني
٢٦٨٤	إجابة الفقيه الشريعتمداري عن الشيخ الأعظم
٢٦٨٤	الجواب المختار للاشكال الخامس
٢٦٨٥	الاشكال السادس
٢٦٨٥	اشاره
٢٦٨٥	إجابة الشيخ الأعظم
٢٦٨٨	الاشكال السابع: الروايات الناهيه
٢٦٨٨	اشاره
٢٦٨٨	الطائفة الأولى: المطلقات
٢٦٩٠	الطائفة الثانية:
٢٦٩٢	الطائفة الثالثة:
٢٦٩٤	وأما المختار في المسألة
٢٦٩٥	فروع:
٢٦٩٥	الأول:
٢٦٩٥	الثاني:
٢٦٩٦	الثالث:
٢٦٩٧	الرابع:
٢٦٩٧	وأما الصورة الثانية:
٢٦٩٧	اشاره
٢٧٠٢	فروع:
٢٧٠٢	الصورة الثانية في رأي المحقق الثاني ونقده على الشيخ الأعظم:
٢٧٠٥	الصورة الثانية في رأي المحقق السيد الخوئي ونقده على استاذة المحقق الثاني:
٢٧٠٧	الصورة الثانية في رأي المحقق السيد الخميني
٢٧١١	المختار في الصورة الثانية:
٢٧١٢	المسألة الثالثة: لو باع بزم عدم جواز التصرف فيان جوازه
٢٧١٢	اشاره
٢٧١٢	الصورة الأولى: لو باع عن المالك فانتكسف كونه ولنا
٢٧١٢	اشاره
٢٧١٣	اعتراض الفقيه اليزدي على ردّ العلّامة
٢٧١٤	دفاع المحقق الثاني عن الشيخ الأعظم
٢٧١٤	اشاره
٢٧١٥	الأعلام الذين يَرَوْنَ اعتبار الإعلام في الإذن في المراد من عبارة القاضي



٢٧١٨	مخالفة المحقق السيد الخوئي مع الأعلام في الإعلام
٢٧١٩	تبعيه صاحب العقد التضيد للسيد الخوئي وردّه على المحقق الاصفهاني
٢٧١٩	المختار في حكم الصورة الأولى
٢٧٢٠	الصورة الثانية: لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً
٢٧٢٠	اشاره
٢٧٢١	اشكال المحقق الخراساني على الصورتين
٢٧٢١	اشاره
٢٧٢١	نقد المؤسس الحائري على استاذة الخراساني
٢٧٢١	اشاره
٢٧٢٣	اعتراض على نقد المؤسس الحائري
٢٧٢٤	الصورة الثالثة: لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا
٢٧٢٤	اشاره
٢٧٢٧	الأقوال
٢٧٢٧	اشاره
٢٧٢٧	الأول: الصحة مطلقاً كما عليه المحقق في الشرائع والعلامة في مناجر القواعد
٢٧٢٧	الثاني: الصحة مع صدور الإجازة المتأخره من المالك العاقد
٢٧٢٧	الثالث: البطالن
٢٧٢٧	وهنا قول رابع لصاحب الجواهر
٢٧٢٧	اشاره
٢٧٢٩	مستند الأقوال
٢٧٢٩	الأول: الصحة
٢٧٣٠	الثاني: الصحة مع الإجازة
٢٧٣٣	الثالث: البطالن
٢٧٣٥	الرابع: الصحة مع الخيار
٢٧٣٥	اشاره
٢٧٣٥	الاعتراض الأول:
٢٧٣٧	الاعتراض الثاني:
٢٧٣٧	الاعتراض الثالث:
٢٧٣٧	الاعتراض الرابع:
٢٧٣٨	تنبيه: في عدم ابناء هذه الصورة على القول بالصحة في بيع الفضولي
٢٧٣٨	الصورة الرابعة: لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له
٢٧٣٨	اشاره
٢٧٤١	تتميم:
٢٧٤٢	الصورة الخامسة:
٢٧٤٢	الصورة السادسة:
٢٧٤٢	اشاره
٢٧٤٢	صَوَّرَ سَبَّ، ذَكَرَهَا
٢٧٤٦	وَضَلَّ: القول في الفجاء
٢٧٤٦	اشاره
٢٧٤٧	اشاره
٢٧٤٨	ويتم البحث فيه ضمن أمور:

٢٧٤٨	الأول: اعتبار كون العقد المجاز جامعا للشروط
٢٧٤٨	اشاره
٢٧٥١	فذلكه القول في الأمر الأول
٢٧٥١	اشاره
٢٧٥٣	تنبيه: في نقل مقال الجد العلامه
٢٧٥٥	الثاني: هل يعتبر علم المجيز بالمجاز تفصيلاً؟
٢٧٥٥	اشاره
٢٧٥٥	أما المقام أ:
٢٧٥٥	اشاره
٢٧٥٥	مقاله الشيخ الأعظم ونقده:
٢٧٥٨	مقاله الثاني ونقده:
٢٧٦٠	مقاله المحقق الأصفهاني ونقده:
٢٧٦٢	وأما المقام ب:
٢٧٦٢	اشاره
٢٧٦٣	وأما ما ذكره الشيخ الأعظم
٢٧٦٤	الثالث: حكم العقود المترتبة على مال الغير
٢٧٦٤	اشاره
٢٧٧٨	العقود الواقعه على عين مال المالك
٢٧٧٩	العقود الواقعه على عوض مال المالك
٢٧٧٩	اشاره
٢٧٧٩	الإشكال على تتبع العقود إذا كان المشتري عالما بالنصب
٢٧٧٩	اشاره
٢٧٧٩	اشاره
٢٧٩٤	وأما القول في إنباء المقام الثاني على المقام الأول: فأقول: بناء على القول
٢٧٩٦	وَضَلَّ: في أحكام الرِّدَّة
٢٧٩٦	اشاره
٢٧٩٧	اشاره
٢٧٩٨	أحكام الرِّدَّة
٢٧٩٨	اشاره
٢٧٩٨	الجهة الأولى: الرد القولي
٢٧٩٩	الجهة الثانية: الرد الفعلي
٢٨٠٠	الجهة الثالثة: هل تُعدُّ التصرفات الناقله عن الملك رداً؟
٢٨٠٠	اشاره
٢٨٠٠	الأول: التصرفات التي تمنع عن رجوع العين إلى ملكه مالكيها الأول
٢٨٠٠	الثاني: التصرفات التي لا تمنع عن رجوع العين إلى ملكه مالكيها الأول
٢٨٠٠	اشاره
٢٨٠٠	١- وأما القسم الأول: الذي لا يمكن رجوع العين إلى مالكيها بوجه
٢٨٠٠	اشاره
٢٨٠٠	الأول: ذهب المحقق الثاني وتلميذه السيد الخوئي
٢٨٠١	الثاني: هذه التصرفات الناقله تكون باطله بالإجازه التي تأتي بعدها
٢٨٠١	اشاره

٢٨٠٢	١- صحیحہ اُبیعیہ الحداء
٢٨٠٢	٢- الوجه العقلي المذكور في كلام المحقق الأصفهاني رحمه الله
٢٨٠٢	اشاره
٢٨٠٤	المناقشه في دليل المحقق الأصفهاني
٢٨٠٦	٣- الوجه العقلي المذكور في مقاله المحقق الايرواني رحمه الله
٢٨٠٧	وأما إثبات التفصيل بناءً على الكشف الانقلاي:
٢٨٠٧	وهذه الموانع كلها مدفوعه:
٢٨٠٩	٢- القسم الثاني: التصرفات غير الناقله
٢٨٠٩	اشاره
٢٨٠٩	الأول: الاستيلاء
٢٨١٠	الثاني: تزويج الأمو
٢٨١١	الثالث: الاستيجار
٢٨١١	٣- القسم الثالث: التصرفات غير الناقله
٢٨١٣	٤- القسم الرابع: التصرفات التي لا تنافي المعامله الفضولي
٢٨١٣	اشاره
٢٨١٥	بقي الكلام في مثل الوصيه والوكاله:
٢٨١٦	وأما العقد الجائز:
٢٨١٧	وَضَلُّ مسائل حول بيع الفضولي
٢٨١٧	اشاره
٢٨١٩	المسأله الأولى: حكم المالك مع المشتري لو لم يجز
٢٨١٩	اشاره
٢٨٢٠	وأما الأوصاف
٢٨٢٠	اشاره
٢٨٢١	والأول حيثيته تقيديه:
٢٨٢١	والثاني حيثيته تعليليه:
٢٨٢١	تم هل يضمن ويغرم المشتري الأوصاف أم لا؟
٢٨٢١	اشاره
٢٨٢١	فرع:
٢٨٢٣	فرع آخر:
٢٨٢٤	اعتراض الاستاذ المحقق بأن التفصيل بين المنافع والأوصاف
٢٨٢٤	المسأله الثانيه: حكم المشتري مع البائع الفضولي
٢٨٢٤	اشاره
٢٨٢٤	وأما المقام الأول:
٢٨٢٤	اشاره
٢٨٢٨	مقاله المحقق الأصفهاني ونقده:
٢٨٣٢	مقاله المحقق السيد الخوئي ونقده:
٢٨٣٤	المختار في حكم الصوره الثالثه
٢٨٣٤	أما المقام الثاني: إذا كان المشتري عالما بالفضوليه والتمن باقيا
٢٨٣٤	اشاره
٢٨٣٤	الجهه الأولى: هل البائع يملك التمن بتسليط المشتري أو أنه لا يدخل في ملكه؟
٢٨٣٧	الجهه الثانيه: هل يجوز أن يتصرف البائع في التمن؟

٢٨٣٧	..... الجبهه الثالثه: إذا تلف الثمن الذى أخذه البائع فهل يكونُ ضامناً له للمشتري؟
٢٨٣٧	..... اشاره
٢٨٣٩	..... أُرْتَبَعُ إشكالات وأجوبتها من الشيخ الأعظم
٢٨٣٩	..... الأول:
٢٨٣٩	..... الثانى:
٢٨٤٠	..... الثالث:
٢٨٤١	..... الرابع:
٢٨٤١	..... اشاره
٢٨٤٢	..... أما القول المختار
٢٨٤٤	..... مقاله الاستاذ المحقق - مد ظله - فى وجه الضمان
٢٨٤٥	..... نقد مقاله المحقق الأصفهاني فى الاستدلال على عدم الضمان
٢٨٤٦	..... تنمّة: فروع استنشاها الشيخ الأعظم من القول بعدم الضمان
٢٨٤٩	..... المسألة الثالثه: حكم ما يعترمه المشتري للمالك
٢٨٤٩	..... اشاره
٢٨٤٩	..... القسم الأول: الغرامه التي لم يحصل نفع للمشتري فى مقابلها
٢٨٤٩	..... اشاره
٢٨٥١	..... الأول: قاعدة الغرور
٢٨٥١	..... اشاره
٢٨٥٤	..... فلا بأس بذكر بعض النصوص التي تستفاد منها قاعدة الغرور تثنيمًا للفائدة:
٢٨٦١	..... الثانى: قاعدة نفي الضرر
٢٨٦١	..... الثالث: السبب أقوى من المباشر
٢٨٦٢	..... الرابع: موثقه جميل بن ذرّاج
٢٨٦٦	..... القسم الثانى: الغرامه التي يحصل نفع للمشتري فى مقابلها
٢٨٦٦	..... اشاره
٢٨٦٩	..... أدله القائلين بجواز الرجوع
٢٨٦٩	..... الأول: الإجماع
٢٨٧٠	..... الثانى: قاعدة لا ضرر
٢٨٧٠	..... الثالث: قاعدة الغرور
٢٨٧٠	..... اشاره
٢٨٧٠	..... نقل كلام صاحب الرياض فى الإشكال على جريان قاعدة الغرور فى المقام
٢٨٧١	..... اعترض الشيخ الأعظم على سيد الرياض
٢٨٧٢	..... اعترض آخر من صاحب الجواهر على سيد الرياض
٢٨٧٢	..... ردّ من الشيخ الأعظم على اعتراض صاحب الجواهر على سيد الرياض
٢٨٧٥	..... مقال الأعلام الثلاثة فى ميزان النقد
٢٨٧٧	..... الرابع: موثقه جميل الماضيه
٢٨٧٧	..... اشاره
٢٨٧٩	..... تنبيه: تفصيل من السيد الخوئى رحمه الله فى المقام
٢٨٨١	..... القسم الثالث (أ): الغرامه التي يُعْتَرَفُهَا المشتري فى قبيل العين
٢٨٨١	..... اشاره
٢٨٨٢	..... إشكال فى ضمان البائع بالنسيبه إلى الزائد على الثمن المسمى
٢٨٨٢	..... اشاره

٢٨٨٤	وقد أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الإشكال بأن:
٢٨٨٤	القسم الثالث (ب): ما يغرمه المشتري في قبيل الجزء الثالث
٢٨٨٤	القسم الثالث (ج): ما يغرمه المشتري في قبيل تلف الوصف
٢٨٨٤	اشاره
٢٨٨٧	حكم ما يغرمه المشتري فيما إذا كان البيع فاسداً من غير جهة الفضوليه
٢٨٨٧	اشاره
٢٨٨٨	قاعده كآتيه: في رجوع المشتري إلى البائع الفضول أو الغاصب
٢٨٨٨	اشاره
٢٨٨٨	إشكال من الشيخ الأعظم على نفسه
٢٨٩٠	وَضَلُّ: تعاقب الأيدي
٢٨٩٠	اشاره
٢٨٩١	اشاره
٢٨٩٢	تعاقب الأيدي
٢٨٩٢	اشاره
٢٨٩٢	المشكلة: كيف يعقل ضمان أشخاص لمال واحد بالاستقلال في آنٍ واحد
٢٨٩٢	اشاره
٢٨٩٣	حلّ الشيخ الأعظم عن المشكلة
٢٨٩٣	اشاره
٢٨٩٤	١- ضمان المال على مسلك العامه حيث أنه ضمّ ذمه
٢٨٩٥	٢- «ضمان عهده العوضين لكلّ من البائع والمشتري عندنا
٢٨٩٦	٣- «ضمان الأعيان المضمونه على ما استقر به في التذكرة وقواه في الإيضاح»
٢٨٩٧	٤- «ضمان الأثنين لواحد»
٢٩٠٠	اعتراض المحقّق الثاني على جواب الشيخ الأعظم ومختاره في حلّ الإشكال
٢٩٠٠	اشاره
٢٩٠٩	اعتراض السيد الخوئي على أسناده الثاني
٢٩٠٩	اشاره
٢٩١١	مناقشه السيد الخوئي في بيان الأستاذ المحقّق - مدظله -
٢٩١٤	حلّ المشكلة في بيان المحقّق الخراساني ونقده
٢٩١٥	حلّ المحقّق العراقي ونقده
٢٩١٧	جواب المحقّق الإيرواني قدس سره لحلّ الإشكال
٢٩١٩	محاولة المحقّق الخميني قدس سره للإشكال
٢٩٢٣	حكم الأيدي المتعاقبه بعضها بالنسبه إلى بعض
٢٩٢٣	اشاره
٢٩٢٦	ثم إنّ هنا عويصه:
٢٩٢٦	اشاره
٢٩٢٦	١- جواب صاحب الجواهر رحمه الله
٢٩٢٦	اشاره
٢٩٢٧	مناقشه الشيخ الأعظم لصاحب الجواهر
٢٩٢٧	اشاره
٢٩٣٠	دفاع عن صاحب الجواهر قدس سره
٢٩٣٣	١/٢ - حلّ الشيخ الأعظم للمويصه

٢٩٣٣	.....	اشاره
٢٩٣٥	.....	أقول في توضيح مقاله الشيخ الأعظم: .....
٢٩٣٧	.....	اعتراض الفقيه السيد البيهقي على حل الشيخ الأعظم .....
٢٩٤٠	.....	ب - مقاله المحقق الثاني في الدفاع عن الشيخ الأعظم .....
٢٩٤٠	.....	اشاره
٢٩٤٣	.....	مناقشة السيد الخوئي لِتَوْجِيهِ الثاني .....
٢٩٤٣	.....	ج - توجيه كلام الاشيخ الأعظم قدس سره في بيان السيد الخميني .....
٢٩٤٣	.....	اشاره
٢٩٤٥	.....	نقد توجيه السيد الخميني رحمه الله .....
٢٩٤٦	.....	٣- محاولة للشيخ الرشتي لحل العويصه .....
٢٩٤٦	.....	اشاره
٢٩٤٧	.....	يمكن أن يُناقشَ حُلَّ الشَّيخ الرشتي .....
٢٩٤٨	.....	٤- جواب المحقق الخراساني عن العويصه .....
٢٩٤٨	.....	اشاره
٢٩٥٠	.....	الاعتراض على جواب المحقق الخراساني .....
٢٩٥٠	.....	٥- محاولة الفقيه السيد البيهقي رحمه الله لحل العويصه .....
٢٩٥٠	.....	اشاره
٢٩٥٢	.....	ردود على محاولة الفقيه السيد البيهقي .....
٢٩٥٥	.....	٦- حل السيد الخوئي للعويصه .....
٢٩٥٥	.....	اشاره
٢٩٥٦	.....	مناقشات على حل السيد الخوئي .....
٢٩٥٦	.....	اشاره
٢٩٥٨	.....	جواب المناقشات على حل السيد الخوئي .....
٢٩٦٠	.....	حكم بقاء العين عند بعض الأيدي المتعاقبه .....
٢٩٦٠	.....	اشاره
٢٩٦١	.....	ثم بقي هنا فروع: .....
٢٩٦١	.....	الأول: مؤونه رد العين على من؟ .....
٢٩٦٢	.....	الثاني: لو توقف استرجاع المالك لماله على مؤونه فعلى من؟ .....
٢٩٦٣	.....	الثالث: إذا كان المالك يقدر على استرداد ماله فقط .....
٢٩٦٤	.....	الرابع: إذا تغيرت العين .....
٢٩٦٦	.....	تكميل: فيه مسأله الإبراء .....
٢٩٦٦	.....	اشاره
٢٩٦٧	.....	مقاله المحقق الخميني حول الإبراء .....
٢٩٦٩	.....	تفصيل المحقق الرشتي في مسأله الإبراء ونقده .....
٢٩٧٤	.....	وَضَلُّ: تتمه مسائل حول بيع الفضولي .....
٢٩٧٤	.....	اشاره
٢٩٧٦	.....	المسأله الرابعه: بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره .....
٢٩٧٦	.....	أقوال الفقهاء حول المسأله .....
٢٩٩٩	.....	أدله صحه هذا البيع .....
٢٩٩٩	.....	١- الإجماع .....
٣٠٠٠	.....	٢- الإطلاقات والتفؤمات .....

٣٠٠٠	.....	٣- انحلال العقد
٣٠٠٠	.....	٤- صحيحه الصغار
٣٠٠١	.....	أدله البطلان
٣٠٠١	.....	١- التراضي والتعاقد إنما وقع على المجموع
٣٠٠٢	.....	٢- الإنشاء بسيط فلا ينحل إلى التعدد
٣٠٠٢	.....	٣- جهاله الثمن توجب بطلان البيع
٣٠٠٣	.....	كيفية تقسيط الثمن
٣٠٠٣	.....	اشاره
٣٠٠٣	.....	الطريق الأول وهو طريق مشهور الأصحاب قدس سرهم:
٣٠٠٤	.....	الطريق الثاني: وهو المنسوب إلى سلطان العلماء
٣٠٠٥	.....	الطريق الثالث: ما ذكره الفقيه السيد البيهقي رحمه الله قال: ..
٣٠٠٦	.....	وأما تقسيط الثمن في المنليات
٣٠٠٦	.....	اشاره
٣٠٠٦	.....	الصورة الأولى:
٣٠٠٦	.....	الصورة الثانية:
٣٠١٠	.....	المسألة الخامسة: لو باع من له نصف الدار، النصف
٣٠١٠	.....	اشاره
٣٠١٠	.....	الصورة الأولى:
٣٠١٠	.....	الصورة الثانية:
٣٠١٠	.....	الصورة الثالثة:
٣٠١٠	.....	اشاره
٣٠١٢	.....	اعتراض الشيخ الأعظم على فخرالمحققين
٣٠١٢	.....	اشاره
٣٠١٣	.....	محاولة المحقق النائيني لحل إجمال الشيخ الأعظم
٣٠١٣	.....	اشاره
٣٠١٥	.....	نقد محاولة المحقق النائيني
٣٠١٥	.....	محاولة المحقق الإيرواني لحل إجمال الشيخ الأعظم
٣٠١٥	.....	اشاره
٣٠١٧	.....	نقد محاولة المحقق الإيرواني
٣٠١٧	.....	محاولة المحقق السيد الخوئي
٣٠١٧	.....	اشاره
٣٠١٨	.....	نقد محاولة السيد الخوئي
٣٠٢٠	.....	المسألة في منظور الفقيه السيد البيهقي رحمه الله
٣٠٢٠	.....	اشاره
٣٠٢٣	.....	نقد المقام الأول من منظور الفقيه البيهقي
٣٠٢٥	.....	نقد المقام الثاني من منظور الفقيه السيد البيهقي
٣٠٢٥	.....	اشاره
٣٠٢٦	.....	تنبيه: حول حقيقه الملكيه المشاعه
٣٠٢٦	.....	اشاره
٣٠٢٨	.....	مختار الاستاذ المحقق - مدظله
٣٠٢٩	.....	المسألة في منظور المحقق الإصفهاني

٣٠٢٩	.....	اشاره
٣٠٣١	.....	توضيح مراد المحقق الإصفهاني
٣٠٣٣	.....	نقد منظور المحقق الإصفهاني
٣٠٣٦	.....	ثم هاهنا فروع لابد من الإشارة إليها:
٣٠٣٦	.....	الفرع الأول:
٣٠٣٦	.....	اشاره
٣٠٣٧	.....	تقرير شيخنا الاستاذ عن مقاله الشيخ الأعظم
٣٠٣٧	.....	اشاره
٣٠٣٨	.....	اعتراض المحقق الخراساني على الشيخ الأعظم
٣٠٣٨	.....	اشاره
٣٠٣٩	.....	نقد اعتراض المحقق الخراساني
٣٠٣٩	.....	اعتراض الشيخ الأعظم على نفسه المستفاد من كلام الشهيد الثاني
٣٠٣٩	.....	اشاره
٣٠٤٠	.....	إجابه الشيخ الأعظم عن الاعتراض:
٣٠٤١	.....	عدول الشيخ الأعظم رحمه الله عن مقاله في هذا الفرع الأول
٣٠٤٢	.....	الفرع الثاني:
٣٠٥٢	.....	الفرع الثالث:
٣٠٥٦	.....	الفرع الرابع:
٣٠٥٦	.....	اشاره
٣٠٥٨	.....	فتعرض الشيخ الأعظم لمسألتين أخرتين
٣٠٥٨	.....	اشاره
٣٠٥٨	.....	المسألة الأولى:
٣٠٦١	.....	المسألة الثانية:
٣٠٦٤	.....	الفرع الخامس: الإقرار بالنسب
٣٠٦٨	.....	المسألة السادسة: بيع ما يملكه المسلم وما لا يملكه
٣٠٦٨	.....	اشاره
٣٠٦٩	.....	القول الأول: صحة البيع في ما يملك وفساده في ما لا يملك
٣٠٦٩	.....	أدله صحة هذا البيع
٣٠٦٩	.....	١- صحيحه الصَّار
٣٠٧١	.....	٢- الأدلة العامه
٣٠٧١	.....	اشاره
٣٠٧١	.....	موانع صحة بيع ما يملك وما لا يملك
٣٠٧١	.....	الأول: البيع واحد
٣٠٧٢	.....	الثاني: قصد المجموع
٣٠٧٢	.....	الثالث: جهالة الثمن
٣٠٧٣	.....	الرابع: فساد الجزء مفسدًا لكل العقد
٣٠٧٤	.....	القول الثاني: التفصيل بين صورتي علم المشتري وجهله بعدم المملوكيه
٣٠٧٤	.....	اشاره
٣٠٧٧	.....	أدله هذا التفصيل
٣٠٧٧	.....	الدليل الأول:
٣٠٧٨	.....	الدليل الثاني:



٣٠٧٨	الدليل الثالث:
٣٠٧٩	القول الثالث: وهو مختار الأستاذ المحقق - مدظله -
٣٠٨٠	كيفية تسييط الثمن
٣٠٨٠	اشاره
٣٠٨٢	طريق معرفة قيمه غير المملوك
٣٠٨٥	المجلد ٧
٣٠٨٥	اشاره
٣٠٨٥	اشاره
٣٠٨٧	تقریظ شیخ المراجع
٣٠٩١	فُضِّلُ: الولايات
٣٠٩١	اشاره
٣٠٩٣	تمهیدات:
٣٠٩٣	الأول: الإنسان تارة يتصرف في ماله مباشرة، وأخرى يتصرف في مال غيره
٣٠٩٣	الثاني: الولايه في اللغه
٣٠٩٨	الثالث: الولايه في مصطلحها الفقهي
٣٠٩٨	الرابع: مقتضى الأصل في الولايه
٣٠٩٨	الخامس: قبل الورد في البحث لابد من نقل مقال المحقق الثاني ونقده:
٣٠٩٨	اشاره
٣٠٩٩	مقاله المحقق الثاني ونقده
٣٠٩٩	اشاره
٣٠٩٩	ويرد عليه: الولايه الثانيه مختصه بذات ذى الجلال والإكرام ولا تكون إلا له
٣١٠١	الأول: ولاية الأب والجد
٣١٠١	اشاره
٣١٠١	الدليل الأول: الإجماع
٣١٠١	الدليل الثاني: الروايات المستفيضه
٣١٠١	اشاره
٣١٠٣	مناقشه المحقق الإيرواني في دلالة الروايات المستفيضه ونقدها
٣١٠٤	الدليل الثالث: فحوى سلطنتهما على بُضْع البنت في باب النكاح
٣١٠٥	الدليل الرابع: السيره العقلانيه
٣١٠٥	اشاره
٣١٠٥	ثم إن هنا مسائل لابد من البحث حولها:
٣١٠٥	المسأله الأولى: عدم اعتبار العداله في ولايتهما
٣١٠٥	اشاره
٣١٠٦	الدليل الأول: الإجماع
٣١٠٦	الدليل الثاني: الإطلاقات
٣١٠٨	الدليل الثالث: الأصل
٣١١٥	الدليل الرابع: سيره العقلاء
٣١١٥	اشاره
٣١١٦	ادعاء تقييد المطلقات والسيره العقلانيه
٣١١٦	وأما المقيد العقلي
٣١١٨	وأما الدليل الشرعي

- ٣١١٨ ..... أ: وأما أيه الركون .....
- ٣١١٨ ..... اشاره .....
- ٣١١٩ ..... وأما أجوبه الأعلام .....
- ٣١١٩ ..... اشاره .....
- ٣١١٩ ..... ١- فمقاله المحقق الخراساني .....
- ٣١٢١ ..... ٢- إجابة المحقق الهمداني قدس سره .....
- ٣١٢٤ ..... ٣- جواب المحقق الإيرواني .....
- ٣١٢٥ ..... ٤- النسبه بين الفاسق والطالم ما هي؟ .....
- ٣١٢٦ ..... ٥- جواب السيد الخوئي .....
- ٣١٢٦ ..... ٦- جواب المختار .....
- ٣١٢٧ ..... ب: وأما أيه الثبأ .....
- ٣١٢٧ ..... اشاره .....
- ٣١٢٨ ..... ١- إجابة المحقق الخراساني .....
- ٣١٢٨ ..... ٢- جواب المحقق الأصفهاني .....
- ٣١٣٠ ..... ٣- إجابة المحقق السيد الخوئي .....
- ٣١٣١ ..... ٤- الجواب المختار .....
- ٣١٣١ ..... المسأله الثانيه: هل تشتترط المصلحه أو عدم المفسده في جواز تصرفاتهما .....
- ٣١٣١ ..... اشاره .....
- ٣١٣١ ..... الوجود والأقوال في المسأله .....
- ٣١٣١ ..... اشاره .....
- ٣١٣٦ ..... ١- أدله اشتراط ولايه الولي بوجود المصلحه .....
- ٣١٣٦ ..... أ. الكتاب .....
- ٣١٣٦ ..... اشاره .....
- ٣١٣٨ ..... وأما معاني القرب .....
- ٣١٤٠ ..... وأما معاني لفظ «الأحسن» .....
- ٣١٤٢ ..... ما هو مدلول نهى «لا تفرّوا»؟ .....
- ٣١٤٢ ..... اشاره .....
- ٣١٤٢ ..... المقام الأول: ما تفتّنيه الآيه الشريفه .....
- ٣١٤٤ ..... المقام الثاني: موانع ظهور الآيه الشريفه من حيث الاقتضاء الدلالي .....
- ٣١٤٤ ..... اشاره .....
- ٣١٤٤ ..... المانع .....
- ٣١٤٤ ..... اشاره .....
- ٣١٤٤ ..... الأول: .....
- ٣١٤٤ ..... الثاني: .....
- ٣١٤٦ ..... إجابة المحقق الاصفهاني .....
- ٣١٤٧ ..... جواب الاستاذ المحقق - مدظله - .....
- ٣١٤٨ ..... المناقشه في جواب الاستاذ - مدظله - .....
- ٣١٥٠ ..... ما المراد من الموصول في الآيه الشريفه؟ .....
- ٣١٥٢ ..... الاشكالات علي دلالة الآيه الشريفه علي اعتبار المصلحه في تصرفات الأب والجد .....
- ٣١٥٢ ..... اشاره .....
- ٣١٥٢ ..... الإشكال الأول .....

الإشكال الثاني	٣١٥٣
الإشكال الثالث	٣١٥٥
الإشكال الرابع	٣١٥٦
الإشكال الخامس	٣١٥٦
فذلكه القول في دلاله الآية الشريفه	٣١٥٧
ب: السنه	٣١٥٧
اشاره	٣١٥٧
التنافي المزعوم	٣١٥٨
جواب الميرزا الثاني عن التنافي	٣١٥٩
إجابه السيد الخوئي عن التنافي	٣١٦٠
ج: الإجماع	٣١٦٣
د: العقل	٣١٦٣
تنبيهات	٣١٦٥
الأولى: المراد من الجد	٣١٦٥
الثانية: هل ولاية الجد - في تزويج حفيده - مختصه بحال حياه الأب؟	٣١٦٧
الثالثة: مع فقدان الأب هل تختص الولاية بالجد أم يُشارِكُه أبوه و جدّه؟	٣١٧٣
الرابعة: المراد من الأب والجدّ النسبيين	٣١٧٥
الثاني: ولاية الفقيه	٣١٧٦
اشاره	٣١٧٦
الأول: البحث العلمي المحض لا السياسي	٣١٧٦
الثاني: تاريخ هذا البحث بالاجمال	٣١٧٦
الثالث: تحرير محل النزاع	٣١٨٠
الرابع: من هو الفقيه؟	٣١٨١
الخامس: ولايات الرسول صلى الله عليه و آله وأوصيائه المعصومين عليهم السلام	٣١٨٤
اشاره	٣١٨٤
أ: الكتاب	٣١٨٤
ب: السنه الشريفه	٣١٩٠
اشاره	٣١٩٠
حكاية لطيفه:	٣١٩٣
قال آية الله الحاج آقا حسين الطباطبائي البروجردى قدس سره في شأن حديث	٣١٩٥
ج: الإجماع	٣٢٠٣
د: العقل القطعي	٣٢٠٦
اشاره	٣٢٠٦
١- الدليل العقلي المستقل	٣٢٠٦
٢- الدليل العقلي غير المستقل	٣٢٠٧
السادس: أقسام ولاية النبي صلى الله عليه و آله وأوصيائه المعصومين عليهم السلام	٣٢٢٤
اشاره	٣٢٢٤
١- الولاية التكوينية	٣٢٢٤
٢- الولاية التشريعية	٣٢٢٧
٣- الولاية على تبليغ الأحكام الشرعية	٣٢٢٥
٤- الولاية الحكوميه أو الشخصيه	٣٢٢٧

٣٣٥٠	٥- ولاية على الأموال والأَنْس
٣٣٥٢	٦- ولاية القضاء وإجراء الحدود
٣٣٥٧	٧- ولاية الإذن والتَّظَاهِر على المصالح العامة
٣٣٦٥	٨- ولاية الإمامه
٣٣٦٩	السابع: مناصب الفقيه
٣٣٦٩	اشاره
٣٣٦٩	١- الإفتاء
٣٣٧٢	٢- القضاء
٣٣٧٤	٣- الولاية
٣٣٧٤	اشاره
٣٣٧٦	مراتب ولاية الفقيه
٣٣٧٩	أدله النيباه
٣٣٧٩	مقدمات ثلاثه
٣٣٧٩	اشاره
٣٣٧٩	المقدمه الاولى: إن الأحكام الثابتة للإمام عليه السلام على ثلاثة أقسام:
٣٣٧٩	المقدمه الثانيه: ما هو ضابط الموارد التي يعتبر فيها إذن الإمام؟
٣٣٨٠	المقدمه الثالثه: اشتراط ولاية الفقيه بمشروعيه الفعل في حدّ نفسه
٣٣٨١	١- إثبات ولاية الفقيه بالروايات
٣٣٨١	اشاره
٣٣٨١	١/١- منها: خبر أبي البختری
٣٣٨٤	٢/١- ومنها: معتبره السكونی
٣٣٨٦	٣/١- ومنها: مرسله ابن أبيشعبه الحرانی
٣٣٩٠	٤/١- ومنها: قوله صلى الله عليه و آله : علماء أمتی كأتبياه بنیاسرائیل
٣٣٩٣	٥/١- ومنها: مرسله الكراجکی
٣٣٩٥	٦/١- ومنها: مرسله الرضی
٣٣٩٨	٧/١- ومنها: ما روى الصدوق بالأسانید الثلاثه عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنه
٣٣٠٢	٨/١- ومنها: خبر على بن أبيخفزة
٣٣٠٤	٩/١- ومنها: صحيحه محمّد بن إسماعیل بن بزيع
٣٣٠٧	١٠/١- ومنها: صحيحه إسماعیل بن سعد الأشعری
٣٣٠٩	١١/١- ومنها: معتبره أبيخديجه
٣٣١٢	١٢/١- ومنها: ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله أنه قال: السلطان وليّ من لا وليّ له.
٣٣١٥	١٣/١- ومنها: التوقيع المروى بسند حسن عن إسحاق بن يعقوب
٣٣٣٣	١٤/١- ومنها: مقبوله عمر بن حنظله
٣٣٧٩	٢- إثبات ولاية الفقيه بالدليل العقلي
٣٣٩٧	٣- إثبات ولاية الفقيه بأنّ الحكومه جوهره الإسلام
٣٤١١	تتمة: حدود اختيارات وليّ الفقيه
٣٤٢٨	الثالث: ولاية عدول المؤمنين
٣٤٢٨	اشاره
٣٤٣٠	المسأله خلافیه
٣٤٣١	تأسيس الأصل في المسأله
٣٤٣٢	الأمور التي تعرض عليها الولاية على أقسام:

- الأول: ما يستقل العقل بحسنه مطلقاً ..... ٣٤٣٢
- الثاني: الأمور التي تختص بأشخاص معينين مبنًى لهم صفات خاصة ..... ٣٤٣٣
- الثالث: الأمور التي تشك في توثيقها واشتراطها على إذن الفقيه ..... ٣٤٣٤
- أدله ولايه عدول المؤمنين ..... ٣٤٣٤
- اشاره ..... ٣٤٣٤
- ١- الكتاب ..... ٣٤٣٥
- اشاره ..... ٣٤٣٥
- منها: قوله تعالى: «وَتَمَازُونَا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ..... ٣٤٣٥
- ومنها: قوله تعالى «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» ..... ٣٤٣٦
- ومنها: قوله تعالى: «وَلَنْتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ ..... ٣٤٣٦
- ومنها: قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» ..... ٣٤٣٧
- ومنها: قوله تعالى: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ..... ٣٤٣٨
- ٢- السنه ..... ٣٤٣٩
- أ: الروايات الخاصة ..... ٣٤٣٩
- اشاره ..... ٣٤٣٩
- منها: صحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع ..... ٣٤٣٩
- اشاره ..... ٣٤٣٩
- اعتراضات على مقاله الشيخ الأعظم ..... ٣٤٤١
- الأول: اعترض المحقق الثاني على الشيخ الأعظم ..... ٣٤٤١
- الثاني: ما ذكره المحقق الإصفهاني ..... ٣٤٤٢
- الثالث: ما ذكره المحقق الإصفهاني أيضا ..... ٣٤٤٥
- الرابع: ما ذكره المحقق الخميني رحمه الله ..... ٣٤٤٧
- ب: الروايات العامه ..... ٣٤٥٧
- اشاره ..... ٣٤٥٧
- منها: صحيحه ذريح ..... ٣٤٥٧
- ومنها: حسنه ابن القلاح ..... ٣٤٥٨
- ومنها: معتبره السكوني ..... ٣٤٥٨
- ومنها: مرسله القطب الراوندي ..... ٣٤٥٨
- ٣- الإجماع ..... ٣٤٤١
- ٤- العقل ..... ٣٤٤٢
- تم هاهنا فروع: ..... ٣٤٤٣
- الفرع الأول: مباشره الفاسق وتكليفه بالنسيه إلى نفسه ..... ٣٤٤٣
- الفرع الثاني: حكم فعل الفاسق إن كان متعلّقاً بفعل غيره ..... ٣٤٤٤
- الفرع الثالث: هل يجوز مزاحمه فقيه لفقيره آخر في الأمور الحسينيه؟ ..... ٣٤٤٧
- اشاره ..... ٣٤٤٧
- تقديم امور: ..... ٣٤٤٧
- اشاره ..... ٣٤٤٧
- الأول: عنوان البحث: «مزاحمه فقيه لفقيره آخر» ..... ٣٤٤٧
- الثاني: البحث هنا حول نزاحم فقيهين تُبَيَّنَّتْ فقاهتهما ..... ٣٤٤٧
- الثالث: المزاحمه عرفيه ويتوقف صدقها على الصدق العرفي ..... ٣٤٤٩
- الرابع: لا بدّ في هذا البحث من عدم التخليط بين مفاد أدله مزاحمه الفقيهين ..... ٣٤٤٩

٣٤٦٩	الخامس: هل الفقهاء كالكيلين المستقلين في أمر
٣٤٧٠	المقام الأول: ما يقتضيه الأدلة العنوان الأولى في مقام الثبوت
٣٤٧٠	اشاره
٣٤٧٠	أ: ما ذكره الشيخ الأعظم
٣٤٧٢	ب: المزاحمه غير معقوله ثبوتاً
٣٤٧٤	ج: لا يعقل تصور مزاحمه الفقهاء ثبوتاً
٣٤٧٥	د: لا يمكن شموله أدله ولايه الفقيه فرض التزام
٣٤٧٦	المقام الثاني: ما تقتضيه الأدلة العنوان الأولى في مقام اثبات
٣٤٧٦	أ: الأدلة الأولى غير مطلقه؟
٣٤٧٧	ب: لم تثبت الأدلة الأولى جواز المزاحمه
٣٤٧٨	ج: مسلك الشارع في جعل الولايات
٣٤٧٩	د: الأمور الحسيه
٣٤٨٠	ه: الإجماع
٣٤٨٢	ما يقتضيه الأصل العنقلى في مسأله تراحم الفقهاء
٣٤٨٢	اشاره
٣٤٨٢	الصوره الأولى: إذا قام فقيه بإعمال ولايته في خلال مقدمات عمله من
٣٤٨٣	الصوره الثانيه: إذا تصرف الفقيه الأول في ما يجوز له إعمال الولاية فيه
٣٤٨٥	الفرع الرابع: هل يجوز مزاحمه نقه أو عدل لثقه أو عدل آخر في الأمور الحسيه؟
٣٤٨٥	اشاره
٣٤٨٨	المقام الأول: ما تقتضيه الأدلة العائنه
٣٤٩٣	المقام الثاني: ما تقتضيه التوضيح الخاصه
٣٤٩٣	اشاره
٣٤٩٣	تنبيه: في جواز التمسك بالإطلاق على فرض وجوده
٣٤٩٥	تذكرة:
٣٤٩٧	مسأله: نقل العبد المسلم إلى الكافر
٣٤٩٧	اشاره
٣٤٩٧	نقل الأقوال
٣٥٠٣	أدله المشهور على البطان
٣٥٠٣	أ: آيه نفى السبيل
٣٥٠٨	ب: قياس الابتداء على الاستمامه
٣٥٠٩	ج: التمسك بالنص
٣٥١٠	د: النبوة المرسل
٣٥١٢	ل: الإجماع
٣٥١٢	ه: هذه المعامله سقيه
٣٥١٢	و: الشراء هنا غرريه
٣٥١٣	ي: لزوم إعزاز المسلم وتعظيمه
٣٥١٣	أدله الصحه
٣٥١٣	اشاره
٣٥١٤	تم هاهنا فروع لابد من البحث حولها
٣٥١٤	اشاره
٣٥١٤	١- تملك منافع المسلم للكافر

٣٥١٨	٢- رهن العبد المسلم عند الكافر
٣٥١٩	٣- إعارة العبد المسلم إلى الكافر والإيداع عنده
٣٥٢١	٤- وقف الكافر عبده المسلم على أهل الكفر
٣٥٢١	اشاره
٣٥٢١	المراد من الكافر
٣٥٢١	ما هو الإسلام؟
٣٥٢٢	الفرق بين الإسلام والإيمان
٣٥٢٠	هل يلحق بالكفار أطفالهم؟
٣٥٢٢	حكم شراء العبد المسلم للمخالف
٣٥٢٢	اشاره
٣٥٢٤	مستند حرمة تزويج المؤمنه من المخالف
٣٥٢٥	مستثنيات جواز تملك الكافر للعبد المسلم
٣٥٢٥	اشاره
٣٥٢٦	١- إذا كان الشراء مستغنيا للإعتاق
٣٥٢٦	اشاره
٣٥٢٦	أ: شراء الكافر من ينعقد عليه قهرا واقعا
٣٥٤٠	ب: شراء الكافر من ينعقد عليه ظاهرا
٣٥٤٢	ج: إذا قال كافر لمسلم: اعتق عبدك عنى بكذا فاعتقه
٣٥٤٢	تنبيه:
٣٥٤٩	حكم التملك القهرى
٣٥٤٩	اشاره
٣٥٥٣	فرع: هل يلحق بالإرث كل ملك قهرى؟
٣٥٥٤	لا يقتر العبد المسلم على ملك الكافر
٣٥٥٦	ثبوت الخيار للمالك الكافر وعدمه
٣٥٦٧	المجلد ٨
٣٥٦٧	اشاره
٣٥٦٧	اشاره
٣٥٦٩	تقريب الحكيم المتأله المرجع الدينى آية الله العظمى المرحوم السيد عز الدين
٣٥٧٥	فصل شرائط العوضين
٣٥٧٥	اشاره
٣٥٧٧	١_ المائنه
٣٥٨٥	٢_ الملكيه
٣٥٨٥	اشاره
٣٥٨٧	دليل اعتبار الملكيه ونقده
٣٥٩٠	أقسام الأرضين وأحكامها
٣٥٩٠	اشاره
٣٥٩١	١_ الأرض الموات بالأصله
٣٥٩١	اشاره
٣٥٩٣	الطاقفه الأولى: النصوص الداله على أنها من الأفعال
٣٥٩٤	الطاقفه الثانيه: النصوص الداله على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام
٣٥٩٥	الطاقفه الثالثه: النصوص العاميه

٣٥٩٥	اشاره
٣٥٩٦	مناقشه المحقق الإصفهاني في دلاله الروايات
٣٥٩٨	الجواب عن مناقشه المحقق الإصفهاني
٣٦٠٤	تنبيهات
٣٦٠٤	الأول: ما المراد من ملكيه الأنفال للإمام عليه السلام
٣٦٠٥	التنبيه الثاني: بماذا يتحقق احياء الأرض الميتة؟
٣٦١٣	الثالث: الإحياء سبب لملكيه الأرض للمحيى
٣٦١٤	٢_ الأرض العامره بالأصالة
٣٦١٤	اشاره
٣٦١٥	اعتراض الثاني على الشيخ الأعظم ونقده
٣٦١٦	مناقشه المحقق الإصفهاني للشيخ الأعظم
٣٦١٩	مناقشه الأستاذ المحقق _ مدظله _ للشيخ الأعظم
٣٦٢١	والمختار في المقام:
٣٦٢١	فرع: هل تملك الأرض العامره بالأصالة بالحيازه؟
٣٦٢١	اشاره
٣٦٢٠	فذلكه الكلام
٣٦٢١	٣_ الأرض العامره بالعرض
٣٦٢١	اشاره
٣٦٢٦	قولان رئيسيان في المسأله
٣٦٢٦	اشاره
٣٦٢٧	أدله القول الأول
٣٦٢٨	أدله القول الثاني
٣٦٢٨	اشاره
٣٦٤٥	اشكالات ثلاثه على القول الثاني
٣٦٤٩	فذلكه الكلام بين القولين والمختار منهما
٣٦٥٥	تنبيه
٣٦٥٦	تذكير: ثمرات البحث بين القولين
٣٦٥٧	تكميل: بعض أحكام هذا القسم
٣٦٥٧	تتميمان:
٣٦٥٧	الأول: هل يعتبر كون المحيى مسلماً؟
٣٦٥٧	اشاره
٣٦٥٧	١_ اعتبار اسلام المحيى
٣٦٦٠	أدله اعتبار اسلام المحيى
٣٦٦٢	٢_ عدم اعتبار اسلام المحيى وهو القول بالتعميم
٣٦٦٥	أدله عدم اعتبار اسلام المحيى
٣٦٦٧	الثاني: شرائط الإحياء
٣٦٦٧	اشاره
٣٦٦٧	١_ ألا يكون على الأرض يدٌ لمسلم
٣٦٦٩	٢_ أن لا يكون حريماً لعامرٍ
٣٦٧٥	٣_ أن لا يُتَّصِفَ الشرعُ مشعراً للعباده
٣٦٨٠	٤_ ألا يكون ممّا أقطعهُ إمام الأصل



٣٦٨٩	٥_ «ألا يسبق إليه سابق بالتججير»
٣٦٩٦	٦_ أن لا يكون قد حماه النبي صلى الله عليه و آله
٣٧١٢	حكم الأراضي المفتوحة عنوة
٣٧١٢	اشاره
٣٧١٣	إجماع فقهاءنا في المسأله وخلاف العامه فيها
٣٧٢٥	مستند فقهاء الطائفه
٣٧٢٥	اشاره
٣٧٢٢	الاحتمالات التي يمكن استفادتها من الروايات
٣٧٢٢	اشاره
٣٧٢٥	الموانع التي تمنع من الأخذ بظهور صحيحه الحلبي
٣٧٢٥	اشاره
٣٧٢٥	١_ الاشكال العقلي
٣٧٢٨	٢_ كيف تكون ملكيتها لعمامه المسلمين ثم يجوز استيجارها لهم؟
٣٧٢٨	٣_ كيف تجتمع الملكيه مع عدم جواز التصرفات الاعتياريه والخارجيه؟
٣٧٢٩	٤_ كيف تجتمع الملكيه مع عدم ثبوت الإرث فيها؟
٣٧٤٣	بعض أحكام الأراضي المفتوحة عنوه
٣٧٤٣	١_ هل تشمل فريضه الخمس الأرض المفتوحة عنوه أو أنها ملك خاص للمسلمين ولا يحتاج إلى أداء الخمس؟
٣٧٤٤	٢_ المتصدى للأراضي الخراجيه
٣٧٤٥	٣_ لا يجوز بيع الأراضي الخراجيه
٣٧٤٨	حكم الأراضي الصلحيه
٣٧٤٨	اشاره
٣٧٤٨	المقام الأول: مقتضى عقد الصلح
٣٧٤٨	المقام الثاني: مقتضى الروايات
٣٧٥٢	٣_ الطلْقِيَّةُ (التاميه)
٣٧٥٢	اشاره
٣٧٥٥	الأولى: ما معنى الطلْقِيه والتاميه؟
٣٧٥٩	الثانيه: فوارق القولين
٣٧٦٠	الثالثه: اعتراض المحقق الخراساني على مقاله الشيخ الأعظم ودفاع المحقق الإصفهاني عن الشيخ الأعظم
٣٧٦٢	الرابعه: الإشكالات الوارده على الشيخ الأعظم
٣٧٦٤	الخامسه: القول المختار في المقام وعدد مسائل هذه الشرطيه
٣٧٦٤	اشاره
٣٧٦٦	المسأله الأولى: عدم جواز بيع الوقف
٣٧٦٦	تمهيد: ما هي حقيقه الوقف؟
٣٧٦٦	اشاره
٣٧٦٦	القائلون بنأية مانعيه الوقف مع البيع وهذه هي الدليل الأزل لبطلان بيع الوقف
٣٧٦٦	اشاره
٣٧٦٦	القول الأول: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعه عن التصرفات
٣٧٦٦	القول الثاني: الوقف عباره عن قصر الملك على شخص أو جهه خاصه وهو
٣٧٧٠	اشكالات السيد الخميني على المحقق الإصفهاني
٣٧٧٠	الإشكال الأول وجوابه
٣٧٧١	الإشكال الثاني ونقده

الإشكال الثالث وَرَدُهُ	٣٧٧٢
الإشكال الرابع وَتَمَنُّهُ	٣٧٧٣
مقاله الثاني في حقيقه الوقف	٣٧٧٤
اشاره	٣٧٧٤
ظهور اليراد على السيد الخميني رحمه الله	٣٧٧٦
الدليل الثاني: الإجماع	٣٧٧٧
الدليل الثالث: الاطلاقات	٣٧٧٨
الدليل الرابع: الروايات العامه الوارده في باب الوقف	٣٧٧٩
اشاره	٣٧٧٩
اعترض المحقق الإيرواني ونقده	٣٧٨٠
ومنها: صحيحه أبي على بن راشد	٣٧٨٠
اشاره	٣٧٨٠
التقريب الأول:	٣٧٨٣
التقريب الثاني:	٣٧٨٤
التقريب الثالث:	٣٧٨٥
اشاره	٣٧٨٥
واعترض الشيخ الأعظم عليه بثلاث اعتراضات:	٣٧٨٦
اشاره	٣٧٨٦
ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم:	٣٧٨٧
تهافت في كلام الشيخ الأعظم	٣٧٨٧
اشاره	٣٧٨٧
محاولة المحقق الإصفهاني لرفع التهافت ونقدها	٣٧٨٨
اشاره	٣٧٨٨
نقدها: المحاولة عقيمه «لمخالفتها مع صريح كلام الشيخ القائل بأنه: «على تقدير	٣٧٨٨
تعليقه المحقق الإصفهاني على تقريب صاحب المقاس	٣٧٨٩
موانع بيع الوقف في رأى الشيخ الأعظم	٣٧٩٦
اشاره	٣٧٩٦
١_ أما حق الوقف	٣٧٩٦
٢_ وأما حقّ الله _ سبحانه وتعالى _	٣٧٩٨
٣_ وأما حقّ البطون المتأخره	٣٧٩٨
فذلكه القول	٣٨٠٣
فذلكه الكلام إلى هنا	٣٨٠٦
هل جواز البيع موجب لبطان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلا بالبيع الخارجى فيجوز إبطال الوقف بالبيع؟	٣٨٠٦
اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثلاثة ونقده	٣٨٠٧
الجهه الاولى: الخروج الموضوعى عن هذا الأصل الأولى	٣٨١١
اشاره	٣٨١١
أقوال	٣٨١١
القول الأول:	٣٨١١
القول الثاني:	٣٨١١
القول الثالث:	٣٨١١
القول الخامس:	٣٨١٣

٣٨١٣	القول السادس:
٣٨١٤	الجهة الأولى في الوقف المؤبد
٣٨١٤	إشاره
٣٨١٤	١_ الوقف التملكي: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم فلهم
٣٨١٤	٢_ الوقف التحريري: «ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحريير
٣٨١٦	وهاهنا فروع لا بد من البحث حولها:
٣٨١٦	الأول: حكم بيع المساجد
٣٨٢٩	الثاني: وأما أجزاءه وآلته وأئامته
٣٨٢٤	الثالث: ما الحقي بالمساجد
٣٨٣٧	الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟
٣٨٣٨	الخمس: الوقف على الموقوفات
٣٨٣٩	السادس: حكم كسوه الكعبه
٣٨٤٠	الجهة الثانيه: صور جواز بيع الوقف
٣٨٤٠	الصورة الأولى:
٣٨٤٠	إشاره
٣٨٤١	كلمات الفقهاء في المقام
٣٨٤٤	المقام الأول: تحقق المقتضى للبيع
٣٨٤٧	المقام الثاني: عدم المانع
٣٨٤٧	إشاره
٣٨٥٠	فذلكه القول في المقام
٣٨٥١	ثم إن هاهنا إشكالاً لا بد من الجواب عنه
٣٨٥١	الإشكال
٣٨٥٢	قد تعرض الأعلام لحل هذا الإشكال:
٣٨٥٢	محاولة المحقق الخراساني
٣٨٥٢	إشاره
٣٨٥٢	نقد الإصفهاني على محاولة الخراساني ثم توجيهها
٣٨٥٤	محاولة السيد اليزدي
٣٨٥٧	جواب السيد الخوئي
٣٨٦٤	إن هاهنا فروعاً لا بد من البحث حولها
٣٨٦٤	الفرع الأول: البديل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟
٣٨٦٦	الفرع الثاني: هل يحتاج البديل في كونه وفقاً إلى صيغه الوقف؟
٣٨٦٧	الفرع الثالث: هل يجوز بيع البديل من دون طرؤ مسوغات بيع الوقف؟
٣٨٦٨	الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟
٣٨٦٨	إشاره
٣٨٦٩	أدله القول بوجود شراء المماثل
٣٨٦٩	الدليل الأول: قياس المسأله بباب الضمان
٣٨٧١	الدليل الثاني: إهمال أدله جواز بيع الوقف
٣٨٧١	الدليل الثالث: لزوم مراعاة حق الوقف وغرضه
٣٨٧١	الدليل الرابع: قاعدة البدليه تقتضي المماثله
٣٨٧٢	الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟
٣٨٧٥	الفرع السادس: هل تسقط توليه المتولى عن بديل الوقف؟

٣٨٧٧	الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبدل مع بقاء عينه كالتقديين ماذا يُفَعَلُ بهما؟
٣٨٨٠	الفرع الثامن: لا فرق في جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه
٣٨٨١	الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعة الموجوده
٣٨٨٣	الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وبقي بعضه محتاجا إلى العمارة
٣٨٨٥	الفرع الحادي عشر: إذا لا يمكن الانتفاع في حق الموقوف عليهم
٣٨٨٥	الفرع الثاني عشر: سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بعد مدّه
٣٨٨٥	الصورة الثانية
٣٨٨٥	اشاره
٣٨٨٧	مقاله السيد الخوئي في توضيح ونقد كلام الشيخ الأظم
٣٨٨٩	تنبيه:
٣٨٨٩	اشاره
٣٨٩٠	إشكالات الشيخ الأظم على مقاله صاحب الجواهر
٣٨٩٠	اشاره
٣٨٩٠	مقاله صاحب الجواهر
٣٨٩٠	اشاره
٣٨٩٣	توضيح كلام صاحب الجواهر
٣٨٩٤	إشكال الشيخ الأظم
٣٩٠٠	الحكميه بين الشيوخين صاحبي الجواهر والمكاسب
٣٩٠٠	أقول: بالنسبه إلى الاعتراض الأول:
٣٩٠١	وأما بالنسبه إلى الاعتراض الثاني للشيخ الأظم فأقول:
٣٩٠٤	تنبيه: حول تفصيل المحقق الثاني ونقده وملاحظات النقد
٣٩٠٩	الصورة الثالثة
٣٩٠٩	اشاره
٣٩١١	نقد مقالات الأعلام الثلاثة
٣٩١١	اشاره
٣٩١٣	التنبيه على الأمرين (مقدمه على نقد كلام ابن إدريس)
٣٩١٤	الاشكال الورد على شيخنا الأنصاري
٣٩١٦	الصورة الرابعه
٣٩١٦	اشاره
٣٩٢٠	الاحتمالات الوارده في خبر جعفر بن حيان
٣٩٢٠	اشاره
٣٩٢٣	اشكالات الشيخ الأظم على خبر جعفر بن حيان
٣٩٢٧	وأما تقريب دلالتها:
٣٩٢٧	اشاره
٣٩٢٨	الاشكال على دلاله مكاتبه الحميرى
٣٩٢٨	الاشكالان المشتركان من الشيخ الأظم على الروايتين
٣٩٢٩	فذلكه الكلام في نقد دلاله المكاتبه
٣٩٣٠	الصورة الخامسه
٣٩٣٠	اشاره
٣٩٣١	دليل القائلين بالجواز
٣٩٣٣	دليل القائلين بالمنع

٣٩٣٤	.....	الصورة السادسة
٣٩٣٤	.....	اشاره
٣٩٣٥	.....	الأقوال في المسألة
٣٩٣٦	.....	ما المراد من الشرط هنا؟
٣٩٣٧	.....	هذه الصورة على اختلاف المباني
٣٩٣٧	.....	مبني المختار
٣٩٤٢	.....	الصورة السابعة
٣٩٤٢	.....	اشاره
٣٩٤٢	.....	الأول: إذا كان البقاء مؤدياً إلى
٣٩٤٢	.....	الثاني: إذا كان كذلك على وجه نص المنفعة لا سقوطها بالكلي.
٣٩٤٢	.....	اشاره
٣٩٤٢	.....	الدليل على جواز البيع في القسم الأول من هذه الصورة
٣٩٤٢	.....	١_ لزوم متابعه غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة
٣٩٤٤	.....	٢_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده:
٣٩٤٤	.....	٣_ الحقوق الثلاثة: المذكوره في كلام الشيخ الأعظم
٣٩٤٧	.....	٤_ ليس لأدله نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاقاً:
٣٩٤٩	.....	القسم الثاني من الصورة السابعة
٣٩٤٩	.....	اشاره
٣٩٤٩	.....	١_ عموم قوله عليه السلام : لا يجوز شراء الوقوف
٣٩٥٢	.....	٢_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها
٣٩٥٣	.....	٣_ عموم قوله عليه السلام : صدقه لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث
٣٩٥٤	.....	٤_ الاستصحاب
٣٩٥٤	.....	اشاره
٣٩٥٤	.....	تَوْهَبُ وَتَفَقَّهَ
٣٩٥٦	.....	القول المختار في القسم الثاني من الصورة السابعة
٣٩٥٦	.....	صور الثامنة والتاسعة والعاشره
٣٩٥٦	.....	الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف
٣٩٥٧	.....	الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف
٣٩٥٧	.....	الصورة العاشره: أن يلزم فساداً يستباح
٣٩٥٧	.....	اشاره
٣٩٦١	.....	مستند جواز البيع في هذه الصور الثلاث
٣٩٦١	.....	عوداً إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحه للحكم بالجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة
٣٩٦٢	.....	ثم ناقش في هذا المقال بثلاثه إشكالات:
٣٩٦٢	.....	اشاره
٣٩٦٢	.....	جواب اشكالات الشيخ الأعظم
٣٩٦٤	.....	كيفية الاستدلال للصور الثلاث بالصحيحه
٣٩٦٤	.....	تقريب الاستدلال للصوره الثامنه بها
٣٩٦٤	.....	اشاره
٣٩٦٤	.....	اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال
٣٩٦٥	.....	وأما تقريب الاستدلال للصوره التاسعه بالصحيحه: فمبني على حصول ضرر
٣٩٦٦	.....	وأما تقريب الاستدلال بالصحيحه للصوره العاشره:

٣٩٦٦	.....	اشاره
٣٩٦٦	.....	اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب
٣٩٦٧	.....	استظهار الشيخ الأعظم من الصحيحه
٣٩٦٧	.....	اشاره
٣٩٧٠	.....	فذلكه كلام الشيخ الأعظم ونقدها
٣٩٧٠	.....	مقاله المحقق الشيد الخوئي حول الصحيحه ونقدها
٣٩٧٤	.....	فذلكه الكلام في صحيحه عليين مهزيار
٣٩٧٥	.....	الاستدلال بِالصَّوَرِ الثَّلَاثِ الأخره بالقواعد العامه
٣٩٧٥	.....	اشاره
٣٩٧٥	.....	١_ قاعده التزام:
٣٩٧٨	.....	٢_ قاعده لا ضرر
٣٩٧٨	.....	الاستدلال للصور الثلاث بالشرط الضمني للوقف
٣٩٧٩	.....	الوقف المنقطع
٣٩٧٩	.....	اشاره
٣٩٨١	.....	الجهه الاولى: صحه وقف المنقطع الآخر وعدمها؟
٣٩٨١	.....	اشاره
٣٩٨٢	.....	أ: الأقوال في المسأله
٣٩٨٥	.....	ب: أدله صحه الوقف المنقطع الآخر
٣٩٩٢	.....	ج: ملكيه العين الموقوفه
٣٩٩٧	.....	د: بيع العين الموقوفه في الوقف المنقطع الآخر
٣٩٩٧	.....	اشاره
٣٩٩٧	.....	المناقشه في صحه هذا البيع بالغرر
٣٩٩٩	.....	مقاله المحققين الخراساني والاصفهاني في صحه المعامله
٣٩٩٩	.....	اشاره
٤٠٠١	.....	نقد مقالتهما في بيان الاستاذ المحقق
٤٠٠٣	.....	المختار في بيع العين الموقوفه في الوقف المنقطع الآخر
٤٠٠٦	.....	المسأله الثانيه: بيع أم الوَلَد
٤٠٠٦	.....	اشاره
٤٠٠٦	.....	المسأله إجماعية بين المسلمين
٤٠٠٧	.....	تبيين المسأله
٤٠١٠	.....	صور جواز بيع أم الوَلَد
٤٠١٠	.....	الصوره الأولى: جواز بيعها في ثمن رقبته الذي وقع في عقد المعاوضه:
٤٠١٢	.....	الصوره الثانيه: هي الصوره الأولى مع حياه مولاها
٤٠١٤	.....	الصوره الثالثه: بيع أم الولد في الدين الذي استقرضه المولى واشترى به الأمه.
٤٠١٤	.....	الصوره الرابعه: بيعها لوفاء الثمن الذي استدانه لوفاء ثمن الرقبه الذي كان في ذمه المولى.
٤٠١٥	.....	الصوره الخامسه: بيعها لأداء ما اشترط عليه في عقد المعاوضه
٤٠١٥	.....	الصوره السادسه: تعلّق ضمان اليد بها
٤٠١٥	.....	الصوره السابعه: إذا جنت على غير مولاها
٤٠١٦	.....	الصوره الثامنه: إذا عجز مولاها عن نفقتها
٤٠١٦	.....	الصوره التاسعه: إذا مات قريبها
٤٠١٦	.....	الصوره العاشره: إذا كان علوقها بعد الإرتهان

٤٠١٦	الصورة الحادية عشر: إذا كان علوقها بعد الافلاس
٤٠١٦	الصورة الثانية عشر: بيعها عن من تنتعق عليه
٤٠١٧	الصورة الثالثة عشر: جواز بيعها بشرط العتق
٤٠١٧	الصورة الرابعة عشر: بيعها في كفن سيدها
٤٠١٧	الصورة الخامسة عشر: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدّها
٤٠١٧	الصورة السادسة عشر: إذا كان ولدها غير وارث
٤٠١٧	الصورة الثامنة عشر: إذا لحقت أم الولد
٤٠١٧	الصورة التاسعة عشر: إذا كانت لمكاتب
٤٠١٧	الصورة العشرون: بيعها في حقّ المضمون للمولى
٤٠٢٠	المسألة الثالثة: بيع العين المرهونه
٤٠٢٠	اشاره
٤٠٢١	المانع من صحة بيع العين المرهونه
٤٠٢١	اشاره
٤٠٢٢	١_ الإجماع
٤٠٢٢	٢_ الأختيار
٤٠٢٥	٣_ المانع العقلي وهو التنافي بين البيع والرهن
٤٠٢٧	القولان في بيع العين المرهونه
٤٠٢٧	اشاره
٤٠٢٧	١_ أدله القول بالبطالان
٤٠٢٧	اشاره
٤٠٣٠	مناقشات الشيخ الأظم علي صاحب المقاييس ونقدّها
٤٠٣٥	٢_ أدله القول بالصحة بعد لحوق إذن المرتهن
٤٠٣٥	اشاره
٤٠٣٥	١_ الاستدلال بالأدله العامه
٤٠٣٦	٢_ التعليل الوارد في صحة نكاح العبد
٤٠٣٧	٣_ فحوى أدله صحه الفضولي
٤٠٣٨	مقاله المحقق الإيرواني في المقام ومتابعه المحقق الإصفهاني له
٤٠٤١	مقاله المؤسس الحائري في المقام
٤٠٤٧	ثم إن هنا قولاً آخر وهو انتقال حق الرهانه من العين إلى الثمن
٤٠٤٨	القول المختار في المسأله
٤٠٤٩	ثم إن هاهنا فروع لابد أن نبحث حولها:
٤٠٤٩	١_ الإجازة هنا كاشفه أو ناقله؟
٤٠٥٣	٢_ إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقّه أو أنها إسقاط لحقّه:
٤٠٥٦	٣_ حكم الإجازة بعد الردّ
٤٠٥٧	٤_ فك الرهن بعد البيع
٤٠٦٣	٥_ مسقطات حق الرهانه كاشفه أو ناقله؟
٤٠٦٤	٦_ هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونه أم لا يجب؟
٤٠٦٧	٧_ لو امتنع الراهن من فك الرهن هل يباع عليه أم لا؟
٤٠٩٥	تعريف مركز

سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور : الآراء الفقيهيه قسم المكاسب المحرمه / تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : اصفهان: مهر قائم، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۳ ج.

شابک : ۲۰۰۰۰۰ ریال: دوره: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۷-۷؛ ج. ۱: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۴-۶؛ ج. ۲: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۵-۲؛

ج. ۳: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۸۵-۲.

وضعیت فهرست نویسی : فاپا/ برون سپاری.

یادداشت : عربی.

یادداشت : ج. ۲ و ۳ ( چاپ اول: ۱۴۲۹ق. = ۱۳۸۷).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : کسب و کار حرام

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/ن۴۳۳/۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۲۴۵۴۱۷

ص: ۱







إلى روح والدى العلامه قدس سره (١)

الذى ربّانى وعلّمنى فقه أهل البيت عليهم السلام وحبهم وولايتهم منذ نعومه أظفارى حشره الله تعالى مع أئمه أهل البيت أميرالمؤمنين وأولاده المعصومين عليهم السلام .

ص: ٤

---

١- (١) قد كتبتُ فى ترجمته و ترجمه أجداده الأعلام الفقهاء - أعلى الله مقامهم - الذين خدموا بدورهم الشريعة المقدّسه كتابى «قبيله عالمان دين» فراجعه إن شئت.

تقریظ سماحه المرجع الدینی الکبیر آیہ اللہ العظمی الشیخ بشیر حسین النجفی

- دام ظلہ العالی - من النجف الأشرف.

ص: ۵

\* تاريخ تأليف الكتاب من نظم فضيله العلامة القدير الشاعر المُفلق السيد عبد الستار الحسنى البغدادى حفظه الله تعالى :

لله من سفر حوى (مقاصداً)\*\*\* (حدائق) (الرياض) منها نافحه

وكم زها ب- (روضه بهيه)\*\*\* أنظرنا إلى جناها طامحه

و(لمعه) كالشمس في إشراقها\*\*\* في أفق الحق المين لائحه

كالبحر منه تفتى (جواهر)\*\*\* عادية له الورى ورائحه

قد جاء في استدلاله (محبه)\*\*\* (بيضاء) ، وضاء سناها ، واضحه

ب- (العزوه الوثقى) له (مستمسك)\*\*\* وكفه - عند النزاع - راجحه

(كشف العطاء) فيه عن عوامض\*\*\* ومبهمات للفهوم فادحه

(آراؤه الفقيهيه) ازدانت بها\*\*\* مطالب لم تعدهن سانحه

(شرائع الإسلام) مدتها بما\*\*\* أزوت به صدى النفوس الصالحه

لها ب- (تنقيح المناط) منهج\*\*\* ينأى عن الإغفال والمسامحه

ب- (التقص والأبرام) موضوعاته\*\*\* زنادها من وري فكر قاده

ومعضلات في البحوث لم تزل\*\*\* مستغلقات - فى البيان - جامعته

قد فتح (الهادى) لنا رتاجها(1)\*\*\* إذ ملكت يمينه مفاتحه

فابن (أبى المجد) غدت آثاره\*\*\* له بإتقان الفنون مادحه

وذا كتاب مغرب عن فضله\*\*\* مقال التحقيق فيه صادحه

(فقه) به قد ازدهى تاريخه:\*\*\* (مكاسب الهادى أتنا رايحه)

ق ١٤٢٧ = ١٨٥ + ١٢٤٢

ص: ٦

الحمد لله العزى علم بالقلم ورفع درجات عباده بالعلم والعمل والصلاه والسّلام على رسول الله محمّد المصطفى الذى أسس قواعد الأحكام وجعل الشريعة طريقاً للأنام وعلى آله الغرّ الميامين أئمة الهدى ومصايح الدّجى وأعلام الورى .

لقد كان من فضل الله تعالى ومنه على أن وفّقنى لإلقاء محاضرات فقهيه فى المكاسب فى مدرسه الصدر بمدينة اصبهان على جماعه من الأفاضل حفظهم الله تعالى ووفّقهم لخدمه دينه . وقد ساعدنى التوفيق الإلهى بأن أدون هذه المحاضرات فى هذا الكتاب المسمى ب- « الآراء الفقهيه ، قسم المكاسب المحرمه » ، وقد رتبت المسائل على نفس ترتيب كتاب المكاسب لشيخنا الأعظم الأنصارى قدس سره وأمّياً منهج البحث فهو التعرض للمعنى اللغوى ثم المعنى الاصطلاحى ثم ذكر أقوال علمائنا الأصحاب الأبرار فى المسأله من زمن المشايخ الصدوق والمفيد والطوسى إلى زمن صاحب الجواهر وشيخنا الأنصارى قدس سرهم ، ثم ذكرت الأدله الشرعيه من الآيات الكريمه والروايات الشريفه وبيان مدى دلالتها وحجيتها واستفاده القول المختار منها .

وقد بحثت فى بعض المسائل المستحدثه التى لها علاقه بالمكاسب المحرمه كالتلقيح

الصناعى والترقيع وزرع الأعضاء والتشريح والموسيقى والرقص والتصفيق والشطرنج ونحوها .

وكما تناولت بعض المسائل التى لم يتعرض إليها شيخنا الأنصارى قدس سره فى المكاسب المحرّمة كمسائل الاحتكار والتسعير والربا وحلق اللحية والضرائب ونحوها بصورة مفصلة لما لها من العلاقة بالبحث .

وفى الختام أسأل الله تعالى أن يجعل هذا الجهد خالصاً لوجه الكريم ويورده فى سجل حسناتى فى يوم لا ينفع مال ولا بنون ، وأسأله تعالى بجاه مولانا أمير المؤمنين على بن أبى طالب وأولاده المعصومين عليهم السلام أن يوفقنى لإكمال بقيه بحوث المكاسب من البيع والخيارات فى هذه الموسوعه - الآراء الفقيهيه - أنه السميع المجيب .

وأشكر من العلامه المحقق سماحه حجه الإسلام والمسلمين السيد أحمد الحسينى الإشكورى - دامت بركاته - لأجل ملاحظاته وتصحيحاته على الكتاب قبيل الطبع .

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين .

٢٨ رجب المرجب ١٤٢٧

هادى النجفى

ص: ٨







قد يستفاد بعض الأحكام الكليته للمعاملات من الآيات الشريفه نتعرض لثلاث منها تيمناً وتبركاً وابتداءً بكلام الله تعالى :

### الآيه الأولى

قوله تعالى : «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا - كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحْبَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» (١).

سيذكر إن شاء الله تعالى فى أول البيع تعريفه ولكن هنا أقول : إن البيع مبادله عين بمال ، أو السبب المنشأ به ذلك من القول أو الفعل .

ويتحقق عند إنشاء البيع أو منه أمور :

١ - العقد المركب من الإيجاب والقبول ، أو التعاطى خارجاً بقصد تحقق المبادله ، ويقال له : « البيع السببى » .

٢ - البيع المسببى : حصول تبادل الاضافتين المتحقق باعتبار الطرفين وإنشائهما ،

ص: ١١

ويكون أمراً باقياً في عالم الاعتبار ما لم يتعقبه الفسخ من ذى الخيار أو الإقالة .

٣ - إضافة الملكيه الحادثه بين المشتري والمبيع والبائع والتمن ، وهذه نتيجته المبادله المذكوره .

٤ - حصول الربح أحياناً للطرفين .

٥ - جواز تصرف كل من المتعاملين فيما انتقل إليه أو في الربح الحاصل له .

ثم هل المحكوم بالحليه فى الآيه الشريفه البيع السببى أو البيع المسببى ، يعنى الأول أو الثانى . والأظهر من الآيه الشريفه من كلمتى « أحلّ » و « حرّم » نفس البيع والربا ، يعنى نفس المعاملتين ، أى ما يصدق عليه عنوان البيع فهو حلالٌ وما يصدق عليه عنوان الربا فهو حرام . والظاهر أنّ المراد بالحليه والحرمة هنا الوضعيان ، يعنى الصحه والفساد . فإذا كان دلالة الآيه الشريفه على حليه البيع وضعاً - يعنى البيع - كان صحيحاً .

والآيه الشريفه بنظرى القاصر : تدل على تشريع حرمة الربا وحليه البيع فى قبالتها ، ولذا كانت مطلقه بالنسبه إلى حليه جميع البيوع ، والشاهد على ذلك ما ورد فى صحيحه عمر بن يزيد بيّاع السابرى قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : جعلت فداك ، إنّ الناس يزعمون أنّ الربح على المضطرّ حرام وهو من الربا ؟ فقال عليه السلام : وهل رأيت أحداً اشترى - غنياً أو فقيراً - إلاّ من ضروره ؟ يا عمر ، قد أحلّ الله البيع وحرّم الربا ، فاربح ولا تُرب . قلت : وما الربا ؟ قال : دراهم بدراهم ، مثلاً بمثل (١) .

أقول : ورواها الشيخ فى التهذيب (٢) مع إضافه . والشاهد فى تطبيق الإمام عليه السلام الحكم بالصحه فى هذا البيع واستفادتها من إطلاق قوله عزّ وجلّ « أحلّ الله البيع » . فهذه الصحيحه مضافاً إلى ظهور الآيه الشريفه - تدل على إطلاق حليه البيع فى قوله تعالى « أحلّ الله البيع » .

وبالجمله ، يجوز التمسك بالآيه الشريفه والحكم بالصحه عند الشك فى صحه بعض

ص: ١٢

١- (١) الفقيه ٣ / ١٧٦ ح ٧٩٣ .

٢- (٢) التهذيب ٧ / ١٨ ح ٧٨ .

البيوع وشروطها وخصوصياتها شرعاً ، وهذا نتيجة إطلاق الآيه الشريفه .

## الآيه الثانيه

قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا » (١) .

أقول : « الأكل » الوارد فى الآيه الشريفه بقرينه « الأموال » بمعنى وضع اليد على المال والتصرف فيه بالتصرفات التى يقوم بها المـلـلـك ، وتعلق النهى بالأكل بالباطل يدل على فسادها فى الشرع المقدس ، يعنى يدل على الحكم الوضعى - أى الفساد - بأكل مال بالباطل مطلقاً ، أى سواء كان فاسداً هذا الأكل عند الشارع المقدس نحو : القمار والظلم والبخس والربا والبيع الغررى ونحوها ، أو عند العقلاء كالمعاملات الباطله عندهم ، لأن الخطاب الوارد فى الآيه الشريفه على نحو القضيـه الحقيقـيه فى شمل ، جميع المعاملات الباطله وأكل المال بالباطل عرفاً عند العقلاء ، فلا يختص بما كان فى ذلك الزمان من المعاملات الباطله نحو : القمار ، والأمر المذكوره فى الروايات الوارده فى ذيل الآيه الشريفه من قبيل المثال والتطبيق كما يظهر ذلك لمن راجعها .

نعم ، للشارع الحكومه على العرف توسعاً أو تضيقاً فى الموضوع ، ونتيجتها التخصيص لا التخصيص والخروج الحكمى كما فعله بالنسبه إلى بيع الخمر والميته والربا .

ثم إن الآيه الشريفه بعد الحكم بفساد أكل المال بالباطل ، استثنى فيها من ذلك « إلا أن تكون تجارة عن تراض » ، وهذا المستثنى منقطع ، يعنى ليست تجارته عن تراض من أول الأمر داخله فى الأكل بالباطل . فالاستثناء يدل على صحه كل تجارته يقع عن تراضى الطرفين . فالآيه الشريفه تدل على الحكمين المستقلين : فساد أكل المال بالباطل ، وصحه تجارته عن تراض . فلا يرد علينا بأن الأصل فى الكلام المستثنى لا المستثنى منه ، حيث يشكل بأنها ليست فى مقام البيان وليس لها إطلاق .

نعم ، فى الاستثناء المنقطع ينظر المتكلم إلى العقدين ، يعنى المستثنى والمستثنى منه ، فهو

ص: ١٣

من هذه الجهة في مقام البيان ، فالآية الشريفة مطلقه بالنسبة إلى صحه تجاره وقعت عن تراض . فعند الشك في شرائطها وخصوصيتها متمسك بالآية الشريفة ونحكم بالصحة . والحمد لله رب العالمين .

### الآية الثالثة

قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ» (١) .

أقول : الوفاء بالعقد يعنى القيام بمقتضاه . والعقد : العهد الموثق ، وأصل العقد : الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال بينهما . والمراد بالعقود : كل ما عقد الله تعالى على عباده وألزمهم إياه من الإيمان به وبملائكته وكتبه ورسله وأوصيائه وتحليل حاله وتحريم حرامه والإتيان بفرائضه ورعايه حدوده وأحكامه وأوامره ونواهيه ، وكل ما يعقده المؤمنون على أنفسهم لله وفيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات وغيرها .

والآية الشريفة تدل على وجوب الوفاء بجميع العقود ، ومنها : البيوع والتجارات والمعاملات .

وفي صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام : قوله : «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قال : بالعهود (٢) .

ولا يضر بالسند نقل العياشى (٣) هذه الرواية مع واسطه بعض أصحابنا بين النضر بن سويد وابن سنان ، لأن المذكور فى سند القمى بدون هذه الواسطه والنضر ينقل عن عبد الله بن سنان ، فالرواية صحيحه سنداً .

وفى مجمع البيان : «العقود جمع عقد بمعنى معقود ، وهو أوكد العهود ، والفرق بين العقد والعهد أنّ العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين متعاقدين ، والعهد قد ينفرد به

ص : ١٤

١- (١) سورة المائدة / ١ .

٢- (٢) تفسير القمى ١ / ١٦٠ .

٣- (٣) تفسير العياشى ٢ / ٤٠٤ ح ٥ .

الواحد ، فكلّ عقد عهد ولا يكون كلّ عهد عقداً . وأصله عقد الشيء بغيره ، وهو وصله به كما يعقد الحبل ، ويقال : أعقد العسل ، فهو معقّد وعقيد»(١) .

أقول : لا يتم هذا الفرق بين العهد والعقد الذى ذكره صاحب المجمع ، بعد تفسير الإمام عليه السلام العقد بالعهد ، فإن الآيه تدل على وجوب الوفاء حتّى بالعهود ، فالظاهر تساويهما .

والآيه الشريفه بإطلاقها تدل على وجوب الوفاء بالعقود والعهود الإجتماعيه والإقتصاديه . ومنها : المعاملات والبيوع والتجارات . وتدلل على صحه العقود والعهود والمعاملات بل تدل على وجوب الوفاء بها .

وبالجملة : مضافاً إلى استفاده صحه العقود والعهود من الآيه الشريفه ، يستفاد منها وجوب الوفاء بها ، يعنى الالتزام وال لزوم والوفاء والإيفاء بالعقود والعهود . وهذا الأمر - المستفاد من هذه الآيه - لا يُستفاد من الآيتين المذكورتين سابقاً ، وهذا أمرٌ مهم . أى أنّ الوفاء بالعقود والعهود لازم لا يجوز تركه إلا بالدليل . يعنى الآيه تدل على لزوم البيع والمعاملات .

سيما بعد ملاحظه لفظه « العقود » الجمع المحلّى باللام ، وبعد ملاحظه خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال على بن أبى طالب عليه السلام : نزلت المائده قبل أن يُقبَضَ النبى صلى الله عليه وآله وسلم بشهرين أو ثلاثه(٢) .

وهكذا ورد فى خبر عيسى بن عبد الله عن أبيه عن جدّه عن على عليه السلام قال : « القرآن يَنْسَخُ بعضه بعضاً ، وإنما كان يُؤخَذ من أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بآخره ، فكان من آخر ما نزل عليه سورة المائده ، فَنَسِيَتْ ما قبلها ولم يَنْسَخْهَا شَيْءٌ ... »(٣) .

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث

ص : ١٥

١- (١) مجمع البيان ٢ / ١٥١ .

٢- (٢) تفسير العياشى ٢ / ٣ ح ١ .

٣- (٣) تفسير العياشى ٢ / ٣ ح ٢ .

طويل: «... إنما نزلت المائدة قبل أن يُقبض بشهرين» (١).

فآية الشريفة نزلت في أواخر حياة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وتدل على لزوم الوفاء بكل عقد وعهد وبيع ومعامله وتجاره .

وبعد تفسير الامام عليه السلام العقد بالعهد ، يجوز التمسك بجميع الآيات الواردة في شأن الوفاء بالعهد في صحة المعاملات والبيع بل وجوبها أى لزومها ، نحو قوله تعالى : «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (٢) وقوله تعالى : «وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا» (٣) وقوله تعالى : «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ» (٤) وغيرها من الآيات الشريفة . والحمد لله رب العالمين .

## الروايات العامة

### إشاره

قد تمسك الشيخ الأعظم الأنصارى قدس سره (٥) بأربعة من الروايات تيمناً على سبيل الضابطه الكليه من حيث الحل والحرمه .

### الروايه الأولى :

ما رواها الشيخ الثقة الجليل أبو محمد الحسن بن على بن الحسين بن شعبه الحرّانى الحلبي من أعلام القرن الرابع ومن معاصرى الصدوق عليه الرحمه والراوى عن أبى على محمّد بن همام الثقة المتوفى عام ٣٣٦ ، فى كتابه تحف العقول عن آل الرسول عليهم السلام .

جمع كتابه من الروايات الواردة فى الخطب والمواعظ والأخلاقيات عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ثم عن أمير المؤمنين عليه السلام ثم الأئمه عليهم السلام من بعده على الترتيب وختمه بالإمام الحسن

ص: ١٦

١- (١) التهذيب ١ / ٣٦١ ح ١٠٩١ .

٢- (٢) سوره الاسراء / ٣٤ .

٣- (٣) سوره البقره / ١٧٧ .

٤- (٤) سوره المؤمنون / ٨ وسوره المعارج / ٣٢ .

٥- (٥) راجع المكاسب / ١ (١٣ - ٧) .

العسكري عليه السلام ، ثم جعل في آخر كتابه مناجاه الله لموسى وعيسى النبيين على نبينا وآله وعليهما السلام ، ثم ذكر مواعظ المسيح في الإنجيل وجعل في آخره وصيته المفضل بن عمر لجماعه الشيعة .

والكتاب محل اعتبار وأكثر رواياته موجوده في الكتب المعتره ، ولكن مع الأسف مؤلفه الجليل حذف أسانيد الروايات وقال في مقدمه كتابه ما نصّه : «...واسقطت الأسانيد تخفيفاً وإيجازاً وإن كان أكثره لى سماعاً ولأن أكثره آدابٌ وحكمٌ تشهد لأنفسها ، ولم أجمع ذلك للمنكر المخالف بل ألفتُه للمسلم للأئمه ، العارف بحقهم ، الراضى بقولهم ، الرّادّ إليهم ... »(١) .

فالروايه الوارده فيه أولاً : مرسله ، وثانياً : مضمرة هذا كلّ من جهه السند فلا اعتبار بها . ويمكن الذّب عن إضمارها بأن المؤلّف رواها في الروايات الوارده عن أبي عبد الله عليه السلام .

إن قلت : ضعف سندها منجبر بالشهره .

قلت : لم تشتهر الروايه من حيث أنّها روايه ولا- من حيث الفتوى ، أمّا من حيث الروايه فلعدم ورودها في الكتب المعتره المشهوره بل نقلها عنه صاحب الوسائل مختصراً في موضعين من كتابه(٢) وهكذا نقلها عنه مختصراً في الحدائق في المقدمه الثالثه من كتاب التجاره(٣) .

نعم ، نقلها عنه بتمامها العلامة المجلسى قدس سره في بحار الأنوار(٤) وهكذا منقوله في جامع أحاديث الشيعة(٥) .

وأنت خير بأن هذا لا يوجب الشهره الروايه . وهكذا لم يفت بمضمونها الأصحاب ، لا سيما بعد ورود بعض ما يخالف المذهب فيها كما سيأتى إن شاء الله تعالى . فلم تثبت شهرتها

ص: ١٧

١- (١) تحف العقول / ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٥٤ كتاب التجاره الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١ - ١٣ / ٢٤٢ الباب ١ من كتاب الاجاره .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٦٧ .

٤- (٤) بحار الأنوار ١٠٣ / ٤٤ طبع بيروت - كتاب العقود والايقاعات الباب ٤ من أبواب المكاسب .

٥- (٥) جامع أحاديث الشيعة ١٧ / ١٤٥ الباب ١ من أبواب ما يكتسب به ح ١٥ .



هذا كله على كلا المسلكين بانجبار ضعف السند بالشهره ، فلا يفيدنا فى المقام شيئاً .

وأما متنها : فمن أمعن النظر رأى الاغتشاش والقلق والاضطراب فيها وما لم يشبه كلام الإمام عليه السلام ، مع إنهم عليهم السلام أفصح الخلق وكلامهم عليهم السلام فوق كلام المخلوقين ودون كلام الخالق .

ومتنها أشبه شىء بكلمات المصنفين من حيث التقسيم والتشقيق . مضافاً إلى اضطرابها فى التعبير وتكرار جملها وألفاظها وكثره ضمائرها وتعقيدها ، وكلّ هذا ينفى كونها روايه .

هذا مع أنّ التقسيم الوارد فى الروايه من جهات معاش العباد والمعاملات إلى أربع جهات لم يرجع إلى محصل ولا يفيد فى المقام شيئاً ، مثلاً : جعل ولايه وواه العدل الذين أمر الله تعالى بولايتهم وتوليتهم على الناس - يعنى رساله والإمامه وهما من المناصب الإلهيه التى جعلت للعصمه الطاهره - من معاش العباد ومعاملاتهم مع وضوح خروجها عنها .

وهكذا جعل من صنوف الصناعات : الكتابه والحساب والتجاره والصابغ والسراج والبناء والحياكه والقصاره والخياطه وصنعه صنوف التصاوير ونحوها ، مع دخول كلّ ذلك إما فى الإجازات أو التجارات .

وهكذا خروج كثير من وسائل المعاش عن المقسم كالحيازات والنتاجات والاصطياد وإحياء الموات وإجراء القنوات والمزارعه والمساقاه والمضاربه والوكاله وأخذ الزكوات والأخماس ونحوها .

وبالجملة ، التقسيم الوارد فى الروايه لم يرجع إلى محصلٍ ونتيجه جامعٍ ، فالروايه صارت بهذه العبارات أساسها على بنیانٍ غير مرصوصٍ .

مضافاً إلى ورود فقرات فى الروايه لم يفت بها أحدٌ من المسلمين أو المؤمنين أو لم تكن مشهوره بين أصحابنا :

نحو : حرمة بيع جلود السباع ، مع أنّ المسلمين كلّهم - خاصةً وعامه - يجوزون بيعها ، نعم الخلاف بيننا وبينهم فى عدم جواز الصلاه فيها عندنا وجوازها عندهم .

ومنها : حرمة الانتفاع بالميتة ولو كانت طاهره ، مع أنّ الأصحاب على جواز الانتفاع بالميتة سواءً كانت طاهره أم نجسه ، يعنى سواءً كانت لها نفس سائله أم لا .

ومنها : حرمه بيع النجس مطلقاً ؛ مع أنّ الأصحاب على جواز بيع النجس لأجل منافعه المحلّله والإنتفاع به .

ومن جميع ذلك ظهر لك الوهن في القول بصدور هذه الرواية من الامام عليه السلام .

ولذا لم أتعرض لشرح فقراتها وبيان مافيها من الأحكام ، وغايه ما يمكن أن يقال : حيث ديدني عدم ردّ الروايات ، أنّها على فرض ثبوتها ليست دليلاً مستقلاً ولا يمكن الاعتماد عليها إلاّ من جهة التأييد والتأكيد .

ثمّ فليعلم أنّ الشيخ نقل الرواية عن الوسائل والحدايق لا عن أصل الكتاب ، وبين النقلين فرق بيّن ، ولعلّهما هدّباها أو اختصراها .

ثم قال الشيخ الأعظم : « وحكاه غير واحد عن رساله المحكم والمتشابه للسيد قدس سره »(١) .

أقول : حكاها عن رساله المحكم والمتشابه صاحباً الوسائل (٢) والحدايق (٣) . فاعلم أنّ رساله المحكم والمتشابه للسيد المرتضى قدس سره اختصر فيها تفسير الشيخ الجليل أبي عبد الله محمد ابن إبراهيم بن جعفر النعماني الكاتب المعروف بابن زينب ، والمطبوع جميعه في بحار الأنوار (٤) ، ولعلّ في تفسيره أزيد وأكثر من ذلك ولكن وصل إلينا اختصار السيد فقط باسم « المحكم والمتشابه » ، لأنّ الموجود من التفسير والرساله سيّان . ولكن المهم هنا عدم وجود هذه الرواية في تفسير النعماني المطبوع في البحار ولا في رساله المحكم والمتشابه للسيد ، وكما عرفت كلاهما واحداً .

نعم ، ورد في تفسير النعماني هذه الفقرات ، وهي غير هذه الرواية : « ... فأما ما جاء في القرآن من ذكر معاش الخلق وأسبابها فقد أعلمنا سبحانه ذلك من خمسه أوجه : وجه الإشاره (والظاهر كونها تصحيف الإمارة) ، ووجه العماره ، ووجه الإجاره ، ووجه التجاره ، ووجه الصدقات ... »(٥) ثمّ شرحها وأنت ترى أنّها غيرها .

ص: ١٩

١- (١) المكاسب ١ / ١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢ / ٥٧ - كتاب التجاره - الباب ٢ من ابواب ما يكتسب به .

٣- (٣) الحدايق ١٨ / ٧٠ - كتاب التجاره - المقدمه الثالثه .

٤- (٤) بحار الانوار ٩٠ / (٩٧ - ١) .

٥- (٥) بحار الانوار ٩٠ / ٤٦ .

ونقل صاحب الوسائل عن رساله المحكم والمتشابه للسيد عن تفسير النعماني هذه الروايه الأخيره فى كتابه(١).

## الروايه الثانيه :

### اشاره

ما ورد فى الفقه المنسوب إلى الإمام على بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء . ورد فى أول باب التجارات والبيوع والمكاسب منه، ونصه : « أعلم - يرحمك الله - أن كل ما مأمور به مميًا هو صلاح للعباد وقوام لهم فى أمورهم ، من وجوه الصلاح الذى لا يقيمهم غيره - ممًا يأكلون ويشربون ويلبسون وينكحون ويملكون ويستعملون - فهذا كله حلال بيعه وشراؤه وهبته وعاريته ، وكل أمر يكون فيه الفساد - ممًا قد نهى عنه ، مثل : الميتة والدم ولحم الخنزير والربا وجميع الفواحش ولحوم السباع والخمر وما أشبه ذلك - فحرام ضار للجسم وفساد للنفس»(٢) .

أقول : يقع الكلام حول هذه الروايه فى أمرين :

### الأمر الأول : دلالتها

الظاهر من الحليه والحرمة فى الروايه أعتم من التكليف والوضع يعنى ، إنهما مطلقان بالنسبه إلى الشرع وليس فى قباليهما منع من الشارع الأقدس ، ولذا صار أعتم من التكليف والوضع ويشملهما فيستفاد مثلاً من حليه البيع صحتها وترتيب آثار الصحة عليه ومن حليه الأكل جوازه تكليفاً . وبهذا البيان يندفع بعض ما استشكل على الروايه من أن كلامنا فى الحليه والحرمة الوضعيه - يعنى الصحة والفساد - والروايه تدل على الحليه والحرمة التكليفيه .

ولكن يرد الاشكال من جهتين فى الدلاله :

الأولى : الروايه تدل على حرمة استعمال ما نهى عنه ممًا فيه الفساد بجميع الاستعمالات حتى الإمساك ، مع أنه لم يفت به أحد من الأصحاب ، وكيف يمكن مثلاً الإفتاء

ص: ٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ٦ / ٣٤١ - كتاب الخمس الباب ٢ من ابواب ما يجب فيه الخمس ح ١٢ .

٢- (٢) الفقه الرضوى / ٢٥٠ .

بحرمه إمساك الدم والميته ولحوم السباع ونحوها ؟

ولكن يمكن أن يذَّب عن هذا الاشكال : بأنَّ المقصود من حرمه إمساكه لوجه الفساد ، يعنى بقصد أن يستعمل فى المآل فى الفساد ، فيندفع الاشكال كما قاله بعض الأساتذه فى المقام(١).

ويمكن أن يناقش فى هذا الذَّب : بأنَّ صرف قصد الاستعمال فى الفساد لا يوجب حرمه مطلق الإمساك ، لا سيما ما لم يترتب عليه عمل مَحْرَم بل بقى فى مرحله القصد والتهيئه . وبالجملة الحرام فى الشريعة فعله لا قصده كما هو واضح . فقصد ارتكاب الفساد بنفسه لا ينقلب حكم الإمساك فى هذه الأمور ، فعاد الاشكال من رأسه .

الثانيه : مقتضى قوله « فحرام ضارٌّ للجسم وفساد للنفس » . أنَّها على سبيل الضابطه الكليّه ، يعنى كلُّ ما يضرُّ بالجسم ويوجب فساد النفس فهو حرام ، وهذه الضابطه غير تامه كما هو واضح .

مثلاً:- كثير من المحرّمات - نحو بعض الملابس والمناكح وأكثر المشارب والمآكل - ليست ضاره بالجسم ولا توجب فساد النفس .

نعم ، على مسلك العدليه كلُّ الأحكام لها ملاكات وحكم ، ولا يكون حكمٌ إلاّ بالملاك الخاصّ به ولكن ليست جميع هذه الملاكات شخصيّه بل ربّما يكون الملاك إجتماعياً أو غيره ، ولكن أين هذا من الاستدلال للمسائل الفقهيّه واستنباط الأحكام الكليّه للمعاملات والتجارات ؟ !

هذا كلّ المناقشه فى دلالة الروايه ، مضافاً إلى أنّ من أمعن النظر فيها يرى أنَّها مأخوذه من الروايه الأولى على سبيل الإجمال والاختصار .

### الأمر الثاني : سندها

أول ظهور هذا الكتاب (الفقه الرضوى) كان فى عصر المجلسيين ، حيث جاء به السيد الثقة المحدّث القاضى أمير حسين عليه الرحمه بعد سنين من مجاورته لبيت الله الحرام

ص: ٢١

على رسم هديته ثمينه إلى المجلسي الأول من مكة المكرمة وقال له: «لما كنت في مكة المعظمه ، جاءني جماعه من أهل قم مع كتاب قديم ، كتب في زمان أبي الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام وكان في مواضع منه بخطه صلوات الله وسلامه عليه وكان على ذلك إجازات جماعه كثيره من الفضلاء بحيث حصل لي العلم العادي بأنه تأليفه عليه السلام ، فاستنسخت منه وقابلته مع النسخه» (١). انتهى كلام القاضي أمير حسين .

فأخذ المجلسي الأول هذه الهدية الثمينه واستنسخها واستفاد منها في شرحه الفارسي على الفقيه ، وهكذا اعتمد عليه نجله العلامة ووزع ما فيها في بحاره ، والعلامة بحر العلوم أيضاً ذهب إلى صحه هذه النسبه في فوائده (٢) .

ومن الذاهين إلى صحه هذه النسبه : الشيخ المحدث يوسف البحراني صاحب الحدائق الناضره وجعله حجه بنفسه ، ومنهم : المحقق المولى محمد مهدي النراقي الوالد صاحب اللوامع ، ومنهم : الفاضل الكاشاني شارح المفاتيح ، كما نقل كل ذلك عنهم الفاضل النراقي الولد في عوائده (٣) .

فهذا القول الأول في المقام ، أعني قبول صحه انتساب هذا الكتاب إلى الإمام الرضا عليه السلام . ولكن في المقام أقوال آخر نتعرض لبعضها ولبعض من يقول بها :

القول الثاني : عدم صحه هذا الانتساب وجهاله مؤلفه ، ذهب إليه صاحب الوسائل وعدّه من الكتب المجهوله (٤) وجدنا الأعلى صاحب هدايه المسترشدين (٥) ، وعمّن الأكرم صاحب الفصول (٦) ، وجدنا العلامة صاحب الوقايه حيث يقول في أحد كتبه الفقيه المسمى

ص: ٢٢

- 
- ١- (١) فوائد السيد بحر العلوم / ١٤٧ ومفاتيح الاصول / ٣٥١ ونقل عنهما في خاتمه مستدرك الوسائل ١ / ٢٣١ .
  - ٢- (٢) فوائد السيد بحر العلوم / ١٤٥ .
  - ٣- (٣) عوائد الأيام / ٢٥١ .
  - ٤- (٤) وسائل الشيعه ٣٠ / ١٦٠ .
  - ٥- (٥) قال في كتابه الفارسي المسمى ب- « رساله صلواتيه» ص ٤٠٠ مانصه : « در اعتماد بر آن كتاب (الفقه الرضوي) تأمل است» .
  - ٦- (٦) الفصول / ٣١٣ .

ب- « نُجَعَه المَرْتَاد فِي شَرْح نِجَاهِ الْعِبَادِ » : « وَاعْلَمْ أَنَّ هَذَا الْكِتَابَ (يَعْنِي الْفِقْهَ الْمَنْسُوبَ) عِنْدَنَا مِنَ الْوَهْنِ بِمَرْتَبِهِ لَا نَرْضَى أَنْ يَنْسَبَ إِلَيْهِ مَن يَعْرِفُ وَاضِحَاتِ النُّحُوِّ وَضُرُورِيَّاتِ الْفِقْهِ ، لَكثْرِهِ مَا فِيهِ مِنَ الْأَغْلَاطِ الشَّنِيعَةِ وَالْمُخَالَفَةِ لَضُرُورِيَّاتِ مَذْهَبِ الشِّيْعَةِ » (١) .

وهكذا نقل العلامة السيد جواد العاملي في مفتاح الكرامه (٢) عن أستاذه السيد محمد مهدي بحر العلوم الطباطبائي قدس سره نفي ثبوت الكتاب إلى مولانا الرضا عليه السلام . فالسيد بحر العلوم المتوفى سنة ١٢١٢ أيضاً من القائلين بهذا القول ، ولعله عدل عن القول الأوّل في مجلس بحثه الشريف .

وابن عمنا آية الله الحاج الشيخ مهدي النجفي رحمه الله المتوفى سنة ١٣٩٣ ق يقول في كتابه الأرائك بعد نقل كلام صاحب الوسائل في نفي هذا الانتساب : « أقول : بل يقرب صحه نفيه عنه عليه السلام ، لكثير من مضامينه مثل التخيير بين غسل الرجلين والمسح عليهما ، والتفصيل بين حليته المتعه للحاضر والمضطر المسافر فلا يجوز للأوّل ، ونفيه كون المعوذتين من القرآن ، وغير ذلك ، بل ربّما يروى عن بعض الأئمه عليهم السلام بوسائط متعدده ، فالظاهر أنّه من تأليفات بعض العلماء » (٣) .

القول الثالث : عدّ رواياته من جمله الأخبار القويّه ، قال السيد السند في المفاتيح : « ... وفي الاعتماد عليه بمجرد إشكال لعدم ثبوت كونه من مولانا الرضا عليه السلام بطريق صحيح ، ولكن لا بأس بأن تعدّ رواياته من الروايات القويّه ، التي ينجبر قصورها بنحو الشهره ، ... ولكن في بلوغه درجه الحجيه إشكال ، ولكن لأقل من عدّه قويّاً وعليه يمكن جعله مرجّحاً لأحد الخبرين المتعارضين على الآخر ... » (٤) .

القول الرابع : إنّه بعينه رساله على بن بابويه إلى ولده الصدوق المعروف ب- « شرائع

ص : ٢٣

١- (١) نجعه المرتاد في شرح نجاه العباد / ٤١٥ المطبوع ضمن « ميراث حوزة اصفهان » المجلد الأوّل .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٠ / ٤٤٦ طبع جماعه المدرسين .

٣- (٣) الأرائك / ١٧٢ .

٤- (٤) مفاتيح الأصول / ٣٥١ .

الدين» . وهذا المختار الأول للميرزا عبد الله الافندى صاحب رياض العلماء(١) وأستاذه العلامة الميرزا محمد بن الحسن الشيروانى الشهير بملاً ميرزا كما نقل عنه تلميذه فى الرياض(٢) . وذهب إليه العلامة والد السيد حسين القزوينى «قدهما» كما نقل عنه فى المستدرک(٣) .

القول الخامس : ما ذهب إليه جدنا من طريق الأُمّ السيد محمد باقر حجه الاسلام صاحب «مطالع الانوار» من احتمال كونه كتاب جعفر بن بشير البجلي الثقة المذكور فى فهرست الشيخ(٤) ، أو كتاب محمد بن على بن الحسين بن زيد الشهيد المذكور فى رجال النجاشى(٥) ، أو كتاب وُرَيْزَه بن مُحَمَّد العَسَانى المذكور فى رجال النجاشى(٦) ، أو كتاب على بن مهدى بن صدقه بن هشام بن غالب بن محمد بن على الرّقى الأنصارى المذكور فى رجال النجاشى(٧) . ونقل كل ذلك صاحب المستدرک(٨) من خطه طاب ثراه . المكتوب على ظهر نسخه من الكتاب .

القول السادس : أن يكون الكتاب ، كتاب المنقبه المنسوب إلى الإمام الحسن العسكرى عليه السلام ، فقد ذكر جماعه من الأصحاب أنّ للإمام العسكرى عليه السلام تصنيفاً بهذا الاسم مشتملاً على أكثر الأحكام ومتضمناً لأغلب مسائل الحلال والحرام ، منهم : ابن شهر آشوب فى المناقب(٩) والشيخ على بن يونس البياضى العاملى فى الصراط المستقيم على ما نقل عنه فى

ص: ٢٤

- ١- (١) رياض العلماء ٤٣ / ٦ .
- ٢- (٢) رياض العلماء ٣٠ / ٢ .
- ٣- (٣) خاتمه مستدرک الوسائل ٢٣٧ / ١ .
- ٤- (٤) فهرست الشيخ / ٤٣ الرقم ١٣١ .
- ٥- (٥) رجال النجاشى / ٣٦٦ الرقم ٩٢٢ .
- ٦- (٦) رجال النجاشى / ٤٣٢ الرقم ١١٦٣ .
- ٧- (٧) رجال النجاشى / ٢٧٧ الرقم ٢٨ .
- ٨- (٨) خاتمه مستدرک الوسائل ٣٢١ / ١ .
- ٩- (٩) المناقب ٤ / ٤٢٤ : أن له كتاب المقنعه .

خاتمه المستدرک (١). واحتمل هذا القول العلامة الميرزا محمد هاشم الجهارسوقى الخوانسارى فى رسالته الخاصه حول هذا الكتاب (٢).

القول السابع : أنّ الكتاب من مؤلفات بعض أولاد الأئمه عليهم السلام بأمر من الإمام الرضا عليه السلام .

ذهب إليه الوحيد البهبهانى قدس سره ولذا اعتنى به واعتمد عليه غاية الإعتماد .

ونقل ذلك عن الوحيد تلميذه السيد حسين القزوينى فى معارج الأحكام (٣).

القول الثامن : أنّه كتاب « التكليف » لمؤلفه محمد بن على الشلمغانى المكنى بأبيجعفر ويُعرف بابن أبى العزاقر ، كان متقدماً فى أصحابنا مستقيم الطريفة ، فحمله الحسد لأبى القاسم الحسين بن روح على ترك المذهب ، وظهرت منه مقالات منكره ، فتبرأت الشيعة منه وخرجت فيه توقيعات كثيرة من الناحية المقدسه ، وفى ذى القعدة الحرام عام ٣٢٢ ضربت عنقه بأمر من الخليفة الراضى بالله . ولكن كتاب التكليف صنّفه أيام استقامته وكانت الطائفة تعمل به وترويه عنه إلا فى موارد عديده :

منها : ما روى فى باب الشهادات : أنّه يجوز للرجل أن يشهد لأخيه إذا كان له شاهد واحد من غير علم . نقل عنه العلامة فى الخلاصه (٤).

ومنها : ما حكى عنه (٥) فى تحديد الكر من أنّه : ما لا يتحرك جنباه بطرح حجر فى وسطه .

ومنها : ما نقل عنه (٦) من كفايه غسل القدمين من المسح حيث قال : « وإن غسلت

ص : ٢٥

١- (١) خاتمه مستدرک الوسائل ١ / ٣٢٢ .

٢- (٢) رساله فى تحقيق حال فقه الرضا عليه السلام للخوانسارى / ٤١ .

٣- (٣) تحقيقى پيرامون كتاب فقه الرضا عليه السلام / ٩ .

٤- (٤) الخلاصه / ٢٥٤ .

٥- (٥) حكاة عنه الشهيد فى الذكري (١ / ٨١) والسيد العاملى فى مفتاح الكرامه (١ / ٢٩٦) .

٦- (٦) راجع فصل القضا / ٢٦٥ للسيد حسن الصدر الكاظمى قدس سره المطبوع فى مجله علوم الحديث ، العدد العاشر .



قدميك ونسيت المسح عليهما فإن ذلك يجزيك لأنك قد أتيت بأكثر ما عليك وقد ذكر الله الجميع في القرآن المسح والغسل ، قوله تعالى «أَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ» بفتح اللام أراد به الغسل وقوله «أَرْجُلَكُمْ» بكسر اللام أراد به المسح وكلاهما جائزان مرضيان الغسل والمسح .

وأول : من ذهب إلى هذا القول العلامة السيد حسن الصدر الكاظمي (١٢٧٢ - ١٣٥٤) في رسالته الخاصة حول هذا الكتاب المسماه ب- « فصل القضا في الكتاب المشتهر بفقهِ الرضا عليه السلام (١) » .

أمّا القول المختار : هو القول الثاني - يعني ما ذهب إليه صاحب الوسائل والسيد بحر العلوم على ما حكى عنه تلميذه صاحب مفتاح الكرامه وجدنا العلامة التقى صاحب الهدايه وعمنا الأكرم صاحب الفصول وجدنا العلامة أبي المجد وابن عمنا الجليل قدس سرهم وقد مرّت منّا أقوالهم - من عدم ثبوت صحه نسبه الكتاب إلى الإمام الرضا عليه السلام مع قريب إلى تسعمأه سنه بين تأليف الكتاب يعني عصر الرضا عليه السلام وظهور الكتاب ، فأين لنا الطريق المعتمد عليه في هذه القرون المتماديه ؟ وكيف يمكن أن ندخل الكتاب في الروايات المعتمده المرويّه بطريق ثقات أصحابنا مع فقدان الطريق والراوى ؟ هذا كلّه أولاً .

وثانياً : علم القاضي أمير حسين والمجلسيين وبحر العلوم - على أحد قوليّه - والشيخ يوسف البحراني والمولى محمد مهدي النراقي والفاضل الكاشاني قدس سرهم حجه في حقهم ولكن لا يفيد في حقنا شيئاً ، كما هو واضح .

وثالثاً : ما يوجب الريب والوهن في الكتاب وجود موارد فيه مخالف لمذهب أهل البيت عليهما السلام :

منها : كفايه الغسل عن المسح ، قال : « وإن غسلت قدميك ونسيت المسح عليهما فإن ذلك يجزيك لأنك قد أتيت بأكثر ما عليك ... » (٢) إلى آخر الكلام الذي مرّ منّا آنفاً من كتاب

ص : ٢٦

١- (١) قد طبعت أخيراً في مجله علوم الحديث ، العدد العاشر / (٣١٢ - ٢٢٧) بتحقيق ومراجعته العلامة الشيخ رضا الأستادي والسيد محمد رضا الحسيني الجلالى دامت بركاتهما .

٢- (٢) الفقه الرضوى / ٧٩ .

ومنها : تحديد الكر قال : « والعلامة في ذلك أن تأخذ الحجر فترمي به (في وسطه) فإن بلغت أمواجه من الحجر جنبى الغدير فهو دون الكر وإن لم يبلغ فهو كر» (١) .

وهذا التحديد قريب من مذهب أبي حنيفة .

ومنها : قوله « وانو عند افتتاح الصلاة ذكر الله وذكر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم واجعل واحداً من الأئمة نصب عينيك ... » (٢) .

ومنها : قوله « إنَّ المعوذتين من الرُّقيه ، ليستا من القرآن ، أدخلوها في القرآن وقيل : إنَّ جبرئيل عليه السلام علّمها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ... وأما المعوذتان فلا تقرأهما في الفرائض ولا بأس في النوافل» (٣) .

أقول : استقر الاجماع من العامه والخاصه على أنَّهما من القرآن ويجوز القراءه بهما في الفرض والنفل ، ونقل عن ابن مسعود فقط أنَّهما ليستا من القرآن .

ومنها : قال بعد تقسيم النكاح إلى أربعة أوجه : « منها : نكاح ميراث ، وهو بولى وشاهدين و مهر معلوم - ما يقع عليه التراضى من قليل وكثير - وأنه احتيج إلى الشهود ... » (٤) .

ومنها : قوله في باب اللباس وما يكره فيه الصلاة : « ... وكذلك الجلد ، فإن دباغته طهارته » (٥) .

ومنها : ما ورد في باب الشهاده من قوله : « وبلغنى عن العالم عليه السلام أنه قال : إذا كان لأخيك المؤمن على رجل حقٌ فدفعه عنه ولم يكن له من البيئه إلا واحد وكان الشاهد ثقّه فسألته عن شهادته فإذا أقامها عندك ، شهدت معه عند الحاكم على مثال ما شهد ، لئلا يُتوى

ص : ٢٧

١- (١) الفقه الرضوى / ٩١ .

٢- (٢) الفقه الرضوى / ١٠٥ .

٣- (٣) الفقه الرضوى / ١١٣ .

٤- (٤) الفقه الرضوى / ٢٣٢ .

٥- (٥) الفقه الرضوى / ٣٠٢ .

حقّ امرئ مسلم» (١).

تنبيه : حول نسخ الكتاب

من أمعن النظر حول الكتاب وتاريخه يجدله نسخاً في التاريخ :

١ - النسخة القميّة : التي جاء بها القميون إلى مكة المكرمة واستنسخها القاضي أمير حسين قدس سره وجاء بها إلى المجلسي الأوّل قدس سره واستنسخها واعتمد عليها ورؤجها ، وقد مرّ ذكرها .

٢ - النسخة الهنديّة : عزّفها السيد نعمه الله الجزائري قدس سره تلميذ العلامة المجلسي في المطلب السادس من مقدمات شرح التهذيب حيث قال : « ... وكم قد رأينا جماعه من العلماء ردّوا على الفاضلين بعض فتاواهما بعدم الدليل فرأينا دلائل تلك الفتاوى في غير الأصول الأربعة ، خصوصاً كتاب الفقه الرضوي الذي أتى به من بلاد الهند في هذه الأعصار إلى اصفهان ، وهو الآن في خزانه شيخنا المجلسي - أدام الله أيامه - فإنّه قد اشتمل على مدارك كثيره من الأحكام وقد خلت منها هذه الأصول الأربعة وغيرها» (٢) .

أقول : لعلّه أشار إلى هذه النسخة الهنديه العلامة المجلسي حيث يقول : « وجدت في بعض نسخ الفقه الرضوي صلوات الله عليه فصولاً في بيان أفعال الحج وأحكامه ولم يكن فيما وصل إلينا من النسخة المصحّحه التي أوردنا ذكرها في صدر الكتاب ، فأوردناه في باب مفرد لتمييز عمّا فرّقناه على الأبواب» (٣) .

٣ - النسخة المكيه : وهي غير القميّة التي جاء القميون بها من قم ، بل هي وجدت في مكة المكرمة . قال المحقق الخبير الميرزا عبد الله الاصفهاني قدس سره في رياض العلماء مانصه : « السيد السند الفاضل صدر الدين علي خان المدني ثم الهندي الحسيني الحسنی ابن الأمير نظام الدين - ثم ذكر نسبه إلى أحمد بن السكين بن جعفر بن محمّد بن محمّد بن زيد الشهيد ابن

ص: ٢٨

١- (١) الفقه الرضوي / ٣٠٨ .

٢- (٢) نقل عنه صاحب المستدرک في الخاتمه ١ / ٢٥١ .

٣- (٣) بحار الأنوار ٩٦ / ٣٣٣ .

على بن الحسين بن علي بن أبي طالب عليهم السلام - إلى أن قال : ثم اعلم أنّ احمد السكين ، وقد يقال : أحمد بن السكين هذا الذي قد كان في عهد مولانا الرضا صلوات الله عليه ، وكان مقرّباً عنده في الغايه ، وقد كتب الرضا عليه السلام لأجله كتاب فقه الرضا عليه السلام ، وهذا الكتاب بخط الرضا عليه السلام موجود في الطائف بمكة المعظمه ، في جملة كتب السيد علي خان المذكور ، التي بقيت في بلاد مكّه وهذه النسخه بالخط الكوفي وتاريخها سنه مائتين من الهجره وعليها اجازات العلماء وخطوطهم ، وقد ذكر الأمير غياث الدين - [وهو من أجداد السيد علي خان ] - أيضاً في بعض إجازاته بخطه هذه النسخه ، ثم أجاز هذا الكتاب لبعض الأفاضل ، وتلك الاجازه بخطه أيضاً موجوده في جملة كتب السيد علي خان عند أولاده بشيراز (١) .

أقول : إن هذه النسخه المكيه لو وجدت بالكيفيه المنقوله في كلام صاحب الرياض لا بدّ أن ينظر فيها بالدقه ، ويمكن أن ينقلب الرأى والنظر بعد رؤيتها كما هو واضح ولكن لم تصل إلينا ولم نعرف عنها شيئاً إلا ما ذكره ، فدون وجودها وثبوتها ووصولها إلينا خرط القتاد .

وما قاله بعض الأساتذه مد ظله العالى (٢) : من أنّ السيد بحر العلوم يشهد بأنّها عين فقه الرضا الموجود عندنا . غير تام ، لأن السيد رحمه الله يشهد برؤيه النسخه الموجوده في مكتبه الخزانة الرضويه على صاحبها آلاف التحية والسلام ، ونقل العبارة الموجوده في ختام هذه النسخه على يد كاتبها ، والنسخه الرضويه اتفق الفراغ من تسويدها في يوم الأحد رابع عشر شهر محرم سنه ألف وخمسين (سنه ١٠٥٠) في المشهد الرضوى على يد العبد الضعيف المحتاج إلى رحمه الله الملك المهيمن محمد مؤمن بن حاجي مظفر على الخطيب الاسفراينى .

وأنت ترى أنّها كتبت بعد سنه الألف . فلا يفيدنا شيئاً في المقام .

نعم ، كتب كاتبها في آخر النسخه عبارة من تلقاء نفسه بالفارسيه وعزّبها السيد بحر العلوم قدس سره في فوائده ونقلها عنه على ما هي عليه وهذه العبارة موجهة للقول بشهادته قدس سره أنّ

ص: ٢٩

١- (١) رياض العلماء ٣ / ٣٦٣ ونقل عنه في خاتمه مستدرک الوسائل ١ / ٢٤١ .

٢- (٢) دراسات في المكاسب المحرمه ١ / ١١٩ .

النسخه المكيه عين الفقه الرضوى الموجود ، ولذا نقلت هذه العبارة الفارسيه بعينها حتى يمعن القارئ النظر فيها بالدقه ليظهر له صحه كلامنا .

كتب الناسخ المذكور آنفاً فى آخر النسخه الرضويه بالفارسيه مانصه : « اين كتابيست كه حضرت إمام الجن والانس سلطان أبى الحسن على بن موسى الرضا عليه التحيه والثناء از جهت محمد بن السكين تصنيف نموده بوده اند واصل بخط مبارك حضرت در مكه است ، و حضرت مغفرت پناه مولانا ميرزا محمد محدث از خط شريف حضر [ ت ] كه بكوفى بوده بعربى انتقال نموده اند » (١) .

ثم أنت ترى هذا البيان من هذا الكاتب لا يفيدنا فى المقام شيئاً ولا يدل على رؤيه النسخه المكيه لا مِنْ قَبْلِهِ ولا مِنْ قَبْلِ غيره .  
ثم إنَّ هنا يقع المعارضه بين النقلين بأنَّ الكتاب كتب لأجل محمد بن السكين أو أحمد بن السكين .

محمد بن السكين الوارد فى الرجال هو ابن عمار النجفى الجمال ، ثقه له كتاب ، روى أبوه عن أبى عبد الله عليه السلام ، ذكره النجاشى (٢) والشيخ فى الفهرست (٣) . وروى هو بواسطتين (٤) وبواسطه (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام فى الكافى الشريف .

قال فى قاموس الرجال : « هذا ، ووصفه النجاشى بالجمال ولكن فى نوادر بعد كراهه ورهبانيه نكاحه عن محمد بن سكين الحناط (٦) وفى النجاشى فى ترجمه نوح بن دراج قال : « قال محمد بن سكين : دعانى نوح بن دراج إلى هذا الأمر » ويروى عن نوح فى مثل السلاح ... فإنه نقل روايه الحسن بن عتبه بن عبد الرحمن الكندى عنه فى فهرست الشيخ فى ترجمه

ص : ٣٠

١- (١) طبعت هذه الورقه من النسخه فى الفقه الرضوى / ٦٤ .

٢- (٢) رجال النجاشى / ٣٦١ الرقم ٩٦٩ .

٣- (٣) الفهرست / ١٥١ الرقم ٦٤٤ .

٤- (٤) الكافى ١ / ٢٣٨ باب مثل سلاح رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم .

٥- (٥) الكافى ٧ / ٨٨ باب ميراث ولد الولد .

٦- (٦) الكافى ٥ / ٤٩٧ .

معاويه بن عمار«(١).

وأما أحمد بن السكين العلوي المذكور في كلام الميرزا عبد الله الأفندي الأصفهاني بنحو « قد يقال » فهو مهمل في الرجال .  
نعم : ورد ذكره وذكر أولاده في بعض كتب الأنساب نحو عمده الطالب(٢) لابن عنه و الشجره المباركه(٣) للفخر الرازي  
ومعالم أنساب الطالبين(٤) للدكتور عبد الجواد الكلیدار .

وبالجملة ، الفقه الرضوي الموجود بأيدينا لم يثبت صحه انتسابه إلى الإمام الهمام علي بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء  
كما عليه أصحاب الوسائل والمصايح والهداياه والفصول والوقايه والأرائك أعلى الله مقامهم .

ولكن حيث ديدنا قبول الروايات لاردها ، لا بد لنا من المعامله مع رواياتها ومتنها ، معامله المراسيل فتصلح للتأييد والتأكيد فقط  
. والحمد لله رب العالمين .

### الروايه الثالثه :

### اشاره

ما رواها القاضي النعمان المصري رفعه عن الصادق عليه السلام أنه قال : « الحلال من البيوع كل ما هو حلال من المأكول  
والمشروب وغير ذلك ممّا هو قوام للناس وصلاح مباح لهم الانتفاع به ، وما كان محرّماً أصله منهيّاً عنه لم يجز بيعه ولا  
شراؤه»(٥) .

أقول : يقع الكلام عن هذه الروايه في مقامين :

### المقام الأوّل : دلالتها

الروايه تدل بفقره « وما كان محرّماً أصله منهيّاً عنه لم يجز بيعه ولا شراؤه » ، تدل على حرمة بيع الأشياء التي تعلق بها التحريم  
من جهه ما ، مع أنه ليس بحرام قطعاً ولا وضعاً ولا

ص : ٣١

١- (١) قاموس الرجال ٩ / ٢٩١ الرقم ٦٧٧٤ .

٢- (٢) عمده الطالب / ٢٧٦ و ٢٧٩ .

٣- (٣) الشجره المباركه / ١٣٩ و ١٤٠ .

٤- (٤) معالم أنساب الطالبين / ٢١٦ و ٢١٧ .

٥- (٥) دعائم الاسلام ٢ / ١٨ ح ٢٣ .

تكليفاً . هذا هو الإشكال العمده فى دالالتها .

ويمكن أن يذبّ عن الاشكال بأنّ المراد من هذه الفقرة : ما كان متمحصاً فى الفساد ، وأنّ لفظه « ما كان محرّماً » بنحو الإطلاق منصرفه إلى الأشياء التى كانت متمحصه فى الفساد .

وأما الإشكال فى الروايه من أنّ ظاهرها الحليّه والحرمة التكليفيان والكلام هنا فى الوضعيين ، فقد مرّ الجواب عنها فى الأبحاث الماضيه ، بأنّ الحليه والحرمة فى الكتاب والسنة ، وهذه الروايات أعمّ من الوضعيه والتكليفيه وتشملهما . والمراد بالحليّه هنا إطلاق الشىء من ناحيه الشرع والمراد بالحرمة محدوديته من ناحيه الشرع ، وإطلاق كلّ شىء ومحدوديته بحسب كلّ شىء يختلف : فتاره ينتج الوضع ، وتاره ينتج التكليف . وهذا امرٌ مهمٌ لا بدّ أن ينظر فيه بالدقه ويترتب عليه فروع كثيره ، وهذا مبنا فى الأدله الفقهيّه .

### المقام الثانى : سندها

نقل هذه الروايه مرسله القاضى أبو حنيفه النعمان بن محمد بن منصور المصرى الشيعى فى كتابه « دعائم الإسلام » الذى كان كتابه هذا على نحو القانون الرسمى والدستور من زمن تأليفه إلى نهايه الحكومه الفاطميه ، والقاضى النعمان توفى بالقاهره سنه ٣٦٣ وصلى عليه الخليفه الفاطمى المعزّ لدين الله .

والإشكال فى سند الروايه إرسالها ، لعدم ذكر الطريق المعتبر من القاضى إلى الإمام الصادق عليه السلام ، فالروايه تدخل فى المراسيل ، فلا تصلح إلاّ للتأييد ولا للتأكيد .

وأما جلاله مقام القاضى النعمان وفضله وعلمه ونبله وفقهه ونحو ذلك كلّه لا يفيدنا فى المقام شيئاً . كما أنّ الخلاف فى مذهبه من كونه إمامياً أو اسماعيلياً بعد استبصاره من المذهب المالكى أيضاً لا يهمنى ، لأنّ ابن شهر آشوب المتوفى عام ٥٨٨ نفى كونه إمامياً وقال : « ابن فياض القاضى النعمان بن محمد ، ليس بإمامى وكتبه حسان»<sup>(١)</sup> ثم ذكر بعض كتبه ، وتبعه صاحب الروضات قدس سره <sup>(٢)</sup> .

ص : ٣٢

١- (١) معالم العلماء / ١٢٦ الرقم ٨٥٣ .

٢- (٢) روضات الجنات ٨ / ١٤٩ الرقم ٧٢٥ .

ولكن كثيراً من الأصحاب ذهبوا إلى كون الرجل إمامياً وكان في الدولة الفاطمية في مقام التقيه ، واستدلوا على ذلك بوجه ، قد استقصى الكلام فيها المحدث النورى قدس سره في خاتمه مستدرك الوسائل (١) ، فراجعها إن شئت .

وقال العلامة الجدد ، الفقيه على التحقيق آيه الله أبى المجد الشيخ محمد الرضا النجفى الإصفهاني قدس سره في كتابه « نُجَعَه المرتاد في شرح نجاه العباد» في شأن المؤلف والمؤلف ما نصه : « وكتاب الدعائم من أصح الكتب و أتقنها وأخبارها لا تقصر عن مراسيل الكافي بل تزيد على أخبار الكافي في إتقان ضبط ألفاظ الروايات ، وكم من روايه معضله مضطربه المتن في الكافي زال عنها الإعضال بمراجعه الدعائم وتحقق بذلك عندنا صحه ما حدس به بعض مشايخنا - دام ظله - من أنّ نسخ الأصول التي كانت عند القاضي كانت أصح من التي كانت عند ثقة الإسلام . وأما جلاله قدر مولفه وكونه من أعظم الطائفه فهو أمر لا ريب فيه ، ومن أراد التفصيل فليرجع إلى ما ذكره شيخنا قدس سره في مستدرك الوسائل (٢) .

قال المؤلف : بيالى أننى قد سمعتُ مكرراً مِن بعض أساتذتنا - مد ظله - في مجلس بحثه الشريف من رفع الإعضال والإضطراب وربّما حتّى التعارض بين الروايات بمراجعه كتاب الدعائم لما في رواياته من قرائن أو نكات ترفع جميع ذلك .

والعمده في المقام ورود فروع كثيره في كتاب دعائم الإسلام مخالفه لمذهب أهل البيت عليهم السلام ، فلنذكر لك بعضها على سبيل المثال :

منها : جعله كلّ واحد من المذى والدود والحيات وحب القرع والدم والقيح الخارج من أحد المخرجين ناقضاً للوضوء (٣) .

ومنها : قوله في الوضوء : « ولا ينبغي أن يتعمد البدء بالمياسر ، وإن جهل ذلك أو نسيه حتى صلى لم تفسد صلاته » (٤) .

ص : ٣٣

١- (١) خاتمه مستدرك الوسائل ١ / (١٦٢ - ١٢٨) .

٢- (٢) نجعه المرتاد في شرح نجاه العباد / ٤١٤ . المطبوع ضمن ميراث حوزة اصفهان - المجلد الأول .

٣- (٣) دعائم الاسلام ١ / ١٠١ و ١٠٢ .

٤- (٤) المصدر ١ / ١٠٧ .



ومنها قوله فى مسح الرأس : « ثم أمروا بمسح الرأس مقبلاً ومدبراً ، يبدأ من وسط رأسه فيمّر يديه جميعاً على ما أقبل من الشعر إلى منقطعه من الجبهة ، ثم يردّ يديه من وسط الرأس إلى آخر الشعر من القفا ، ويمسح مع ذلك الأذنين ظاهرهما وباطنهما ويمسح عنقه»(١).

ومنها : قوله فى الرجلين : « ومن غسل رجله تنظفاً ومبالغه فى الوضوء لابتغاء الفضل وخلل أصابعه فقد أحسن»(٢).

ومنها : قوله فى مسجد الجبهه : « وكلّ ما يجوز لباسه والصلاه فيه يجوز السجود عليه ، والكفان والقدمان والركبتان من المساجد ، فإذا لباس ثوب الصوف والصلاه فيه فذلك ممّا يسجد عليه ، وكذلك يجزى السجود بالوجه عليه»(٣).

ومنها : إنكاره مشروعيه المتعه وقوله فيها : « هذا زناً ، وما يفعل هذا إلا فاجر»(٤).

أقول : أمثال هذه الفتاوى الموجوده فى كتابه يوجب خروجه عن الصحه والإعتماد عليه . ولكن حيث مخالفه جميعها للمذهب واضحه ، يمكن حمل صدورهما منه على التقيه التى ابتلى بها . والله سبحانه هو العالم .

#### الروايه الرابعه :

النبوى المشهور : إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه .

أقول : رواها الشيخ مرسلأ فى الخلاف(٥) واستدلّ بها لعدم جواز بيع المسوخ وسرجين مالا يؤكل لحمه .

ولم يرد ذكره فى كتب أصحابنا ، نعم ذكرها العلامة المجلسى نقلاً عن خط الشيخ محمد بن على الجباعى رحمه الله عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : إذا حرّم الله شيئاً حرّم ثمنه(٦) .

ص : ٣٤

١- (١) المصدر ١ / ١٠٨ .

٢- (٢) المصدر ١ / ١٠٨ .

٣- (٣) المصدر ١ / ١٧٨ .

٤- (٤) المصدر ٢ / ٢٢٩ .

٥- (٥) الخلاف ٣ / ١٨٤ و ١٨٥ .

٦- (٦) بحار الأنوار ١٠٠ / ٥٥ ح ٢٩ .

والمحدث النورى نقله من عوالى اللآلى مرفوعاً عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لعن الله اليهود ، حرّمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها [ أثمانها ] ، وإنّ الله تعالى اذا حرّم على قوم أكل شيء ، حرّم عليهم ثمنه(١).

فالروايه عاميّه وورد فيها ذكر كلمه الأكل فى أكثر رواياتهم :

منها : ما فى سنن أبى داود بسنده عن ابن عباس قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالساً عند الركن ، قال : فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال : لعن الله اليهود - ثلاثاً - إنّ الله تعالى حرّم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها ، وإنّ الله - تعالى - إذا حرّم على قوم أكل شيء حرّم عليهم ثمنه(٢).

ورواها أحمد فى مسنده(٣) والبيهقى فى سننه(٤) بسندهما عن ابن عباس .

نعم ، رواها أحمد فى موضع آخر من المسند(٥) بدون كلمه « الأكل » .

وبالجملة حيث لم يثبت فى رواياتهم الروايه بدون كلمه الأكل ، فلا يفيد فى المقام شيئاً ، ولا ينتج لنا قاعده كليّه فى المعاملات .

وعلى فرض عدم وجود كلمه « الأكل » فى الروايه أيضاً ، لا يمكن الأخذ بعموم الروايه ، وعمومها متروك عند الفريقين ، فإنّ كثيراً من الأشياء يحرم أكله ولا يحرم بيعه ، كما هو واضح .

هذا كلّ فى دلالة الروايه وقد عرفت من مطاوى كلامنا كيفيه سندها وأنّها مرسله عاميّه فلا يمكن الإستدلال بها .

فتحصّل إلى هنا عدم إنتاج شيء من الروايات الأربعة التى ذكرها الشيخ فى المقام ، فلا بدّ فى كلّ مسأله من ملاحظه دليلها الخاص أو الرجوع إلى الإطلاقات والعمومات الواردة فى الآيات الشريفه الماضيه من صحه العقود والبيوع والمعاملات . والحمد لله ربّ العالمين .

ص: ٣٥

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٣ ح ٨ - عوالى اللآلى ١ / ١٨١ ح ٢٤٠ .

٢- (٢) سنن أبى داود ٢ / ٢٥١ - كتاب الاجاره .

٣- (٣) مسند أحمد ١ / ٢٤٧ و ٢٩٣ .

٤- (٤) سنن البيهقى ٦ / ١٣ .

٥- (٥) مسند أحمد ١ / ٣٢٢ .

قال الشيخ: «... مع إمكان التمثيل للمستحب بمثل الزراعه والرعى مِمَّا ندب إليه الشرع وللواجب بالصناعه الواجبه كفايه خصوصاً إذا تعدّر قيام الغير به فتأمل» (١).

أقول: صرح باستحباب الزراعه العلامه في التذكره حيث يقول: «لا بأس بالزراعه بل هي مستحبه» (٢). ثم ذكر روايتين لاستحبابها، وراجع في أخبار فصل الزراعه والغرس إلى الكافي ٥ / ٢٦٠ وبحار الأنوار ١٠٠ / ٦٣ ووسائل الشيعه ١٧ / ٤١ الباب ١٠ من مقدمات التجاره ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢٦.

ومن نظر إلى هذه الروايات يجد الأمر والحثّ على الزراعه والحرث، وإن ذهب أحدٌ إلى القول باستحبابه شرعاً - كما لا يبعد لتواتر رواياته إجمالاً - فلا فرق حينئذ بين الاكتساب بهما ونفس العمل، لأنّ المتبادر والشايح نفس الزراعه والاكتساب بها وخروج هذا الفرد الشايح من تحت هذه الروايات مشكل. وبالجمله، بنظري القاصر إطلاق الروايات تشمل صورته الاكتساب بل هي الفرد الشايح الغالب، فلا وجه لخروجها. فيمكن القول باستحباب الزراعه والحرث حتّى على وجه الاكتساب بهما.

ويمكن التمثيل بالتجاره بدلاً من الرعى في كلام الشيخ لكثرة الروايات الواردة فيها. وحمل التجاره على صورته عدم الإكتساب حمل على الفرد النادر كما لا يخفى.

وأما الإتيان بالصناعه الواجبه كفايه مع عدم قيام الغير بها، إن قلنا بوجوبه لإختلال النظام بتركها كما هو الصحيح، ثم ذهبنا إلى خروج صورته الاكتساب بهذه الصنایع من تحت هذا الوجوب، لعلّ نفس هذا الخروج يوجب ترك الناس القيام بهذه الأمور، فصار هذا موجباً لإختلال النظام. وبالجمله إن ذهبنا إلى القول بالوجوب الكفائي بهذه الصنایع، فلا فرق بين صورته الاكتساب بها وبين الإتيان بها مجاناً، لأنّ الناس لا يأتون بها إلا لغرض التكبس بها، كما هو واضح. وحيث كان هذا ديدن الناس فنفس ترك هذا يوجب اختلال النظام، والبرهان باطلاقه يشمل صورته الاكتساب أيضاً. وعلى هذا لا وجه للإشكال على الشيخ قدس سره بهذه الأمثله الوارده، وهكذا لا وجه للأمر بالتأمل في كلامه قدس سره ظاهراً. والحمد لله رب العالمين.

ص: ٣٦

١- (١) المكاسب ١ / ١٣.

٢- (٢) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٨٩ مسأله ٦٩٥.

## إشارة

قال الشيخ: «ومعنى حرمه الاكتساب حرمه النقل والانتقال بقصد ترتب الأثر المحرّم، وأمّا حرمه أكل المال فى مقابلها فهو متفرّع على فساد البيع، لأنّه مال الغير وقع فى يده بلا سبب شرعى وإن قلنا بعدم التحريم، لأنّ ظاهر أدلّه تحريم بيع مثل الخمر منصرف إلى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرّمه، أما لو قصد الأثر المحلّل فلا دليل على تحريم معاملهه إلاّ من حيث التشريع» (١).

## ١ - أقول:

هذا أحد الأقوال فى المسأله، وهو مختار الشيخ ويرد عليه:

أولاً: تقييد دليل حرمه البيع بالقصد المذكور لا موجب له بعد إطلاق الدليل. ودعوى الإنصراف هنا جزافيه. والإلتزام بمثل هذه الانصرافات يستدعى تأسيس فقه جديد.

وثانياً: ولو سلمنا هذا الإنصراف فى التكليف، لماذا لا نقول به فى الوضع أيضاً لا سيما بعد التزام الشيخ بجعل الأحكام الوضعيه منتزعاً من الأحكام التكليفيه لا مستقلاً. يعنى قلنا بفساد معاملهه مع قصد ترتب الأثر المحرّم، ومقتضى ذلك جواز بيع الخمر للتخيل ونحوه.

وثالثاً: وأمّا التشريع المذكور فى آخر كلام الشيخ أيضاً ففى غير محلّه، لأنّ التشريع إنّما يصدق إذا أتى بالمعامله بقصد أن يكون صحيحاً فى الشرع ومع هذه النسبه إلى الشريعه. ونوع المتعاملين غافلون عن هذه القصود والنسب.

## ٢ - القول الثانى:

ما ذكره المحقق النائينى (٢): من أنّ الحرمه المتعلقة بالمعامله - يعنى حرمه تبديل المال أو المنفعه [كما أن تعريف معاملهه يعنى: تبديل طرف الإضافه بطرف إضافه أخرى الذى ينقسم إلى تبديل الأعيان بالأموال أو المنافع بها] - لا حرمه إنشاء معاملهه ولا حرمه آثارها كالتصرف فى الثمن والمثمن ولا قصد ترتب الأثر عليها. وبعبارة أخرى: نفس المنشأ بالعقد

ص: ٣٧

١- (١) المكاسب ١ / ١٣.

٢- (٢) منيه الطالب ١ / ١٧.

الذى هو أمرٌ إعتبارى وفعل إيجادى من المنشىء هو المحرّم ، لا آله الايجاد وهو التلفظ ولا القصد ولا الآثار .

وفيه : ظاهر أدله التحريم إلى فعل المكلف وجريه بلغ إلى نفس المُنشأ وتبديل طرفى الإضافه وتبديل المال والمنفعه مشكل جداً

### ٣ - القول الثالث :

ما ذهب إليه المحقق الإيروانى حيث قال : « بل معنى حرمة الاكتساب هو حرمة إنشاء النقل والانتقال بقصد ترتيب أثر المعامله ، أعنى التسليم والتسلم للمبيع وهو الثمن ، فلو خلى عن هذا القصد لم يتصف الإنشاء الساذج بالحرمة » (١).

وفيه : عدم وجود الدليل على هذا التقييد يعنى قصد ترتيب أثر المعامله فى الأدله ، اللهم إلا- أن يقال : بعدم تحقق المعامله الجدّيّه لو لم يقصدوا ترتيب آثار المعامله ، فصار عملهم لغواً وصورياً .

بعباره أخرى : الأدله الوارده فى المقام مطلق ، فلو كان مراده قدس سره تقييد الأدله بهذا الأمر خارجاً بنحو القيد الخارجى فلا يتم كلامه ، وإن كان مراده عدم تحقق المعامله الجدّيّه مع عدم قصد ترتب الآثار وعدم صدق المعامله عليه فلا يبعد ما ذكره قدس سره .

### ٤ - القول الرابع :

ما اختاره المحقق الخمينى (٢) قدس سره من أن المحرّم على فرض ثبوته هو المعامله العقلانيه ، أى إنشاء السبب جداً لغرض التسيب إلى النقل والانتقال ، لا النقل والانتقال ، ولا هو بقصد ترتب الأثر ، ولا تبديل المال أو المنفعه .

أقول : إن كان مراده من المعامله العقلانيه نفس المعامله العرفيه وكان الغرض فى نفس المعامله بعنوان صدق كون المعامله الجدّيّه من دون أن يكون الغرض جزءاً للموضوع فهو ، وإلا- إذا اعتبر بعنوان القيد الخارجى أو جزءاً للموضوع دون إثباته خرط الفتاد ، لعدم وجود الدليل عليه وإطلاق الأدله فى المقام ينفيه .

ص : ٣٨

١- (١) حاشيه المكاسب / ٣ - (١ / ٢١ من الطبعة الحديثه) .

٢- (٢) المكاسب المحرّمه ١ / ٤ و ٥ .

## ٥ - القول الخامس :

المراد من حرمه البيع ، حرمه إيجاده بقصد ترتب إمضاء العرف والشرع عليه بحيث لا يكفي مجرد صدوره من البائع خالياً عن ذلك القصد(١).

وفيه : قد مرّ منا أنّ الأدلة في المقام مطلقه ولم يكن في البين ما يوجب تقييدها ، فلا وجه لهذا التقييد ، ومن هنا لو باع الخمر مثلاً مع علمه بكونه منهياً عنه فقد ارتكب محرماً وإن كان غافلاً عن قصد ترتب إمضاء الشرع والعرف عليه ، فإنه لا دليل على دخاله قصد إمضائهما في حرمه بيع الخمر .

## ٦ - القول السادس :

ما ذكره المحقق الخوئي بقوله قدس سره : « إنّ ما يكون موضوعاً لحليّ البيع بعينه يكون موضوعاً لحرمته . بيان ذلك : أنّ البيع ليس عبارته عن الإنشاء الساذج ، سواء كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ - كما هو المعروف بين الأصوليين - أم كان بمعنى إظهار ما في النفس من الاعتبار كما هو المختار عندنا ، وإلاّ لزم تحقق البيع بلفظ « بعث » خالياً عن القصد ، ولا أنّ البيع عبارته عن مجرد الإعتبار النفساني من دون أن يكون له مُظهِرٌ وإلاّ - لزم صدق البائع على من اعتبر ملكيه ماله لشخص آخر في مقابل الثمن وإن لم يظهرها بمُظهِر ، كما يلزم حصول ملكيه ذلك المال للمشتري بذاك الإعتبار الساذج الخالي من المُبْزَر ، بل حقيقته البيع عبارته عن المجموع المركب من ذلك الإعتبار النفساني مع إظهاره بمُبرز خارجي ، سواء تعلق به الإمضاء من الشرع والعرف أم لم يتعلق ، بل سواء كان في العالم شرع وعُرف أم لم يكن »(٢).

وفيه : الظاهر وجود التنافي بين صدر كلامه وذيله ، لأنه قدس سره نفى في صدر كلامه كون البيع بمعنى الإنشاء الساذج ، ولكن اختاره في ذيل كلامه قدس سره على مختاره في بحث الإنشاء ، حيث يقول : حقيقته البيع عبارته عن المجموع المركب من ذلك الإعتبار النفساني مع إظهاره بمبرز خارجي . وحيث كان مسلكه في بحث الإنشاء هو الاعتبار مع الإظهار ، صار هذا المعنى على مسلكه نفس الإنشاء الساذج . وبالجملة اختار في الذيل ما نفاه في الصدر ، فتأمل .

ص : ٣٩

١- (١) حكاة المحقق الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ١ / ٢٩ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٣٠ .

نعم ، بناءً على مسلك المشهور في باب الإنشاء لم يرد هذا الاشكال .

ولكن ما ذكره قدس سره من أن ما يكون موضوعاً لحليته البيع بعينه يكون موضوعاً لحرمته فهو متين صحيح جداً .

والمختار في المقام أن نقول : إن الحرمة والحليته التكليفتان تتعلقان بفعل المكلفين ، والذي يصدر من المكلف في المعاملات هو الإنشاء لها بالقول أو الفعل ، نعم لا يصدق عليه المعاملة عرفاً إلا إذا كان ناشئاً عن قصد جدّي ، وهذا القصد داخل في صدق المعاملة لا أنه كان قيداً خارجياً كما مرّ منّا .

### معنى حرمة الإكتساب وضعاً

الحرمة الوضعيه في العقود عبارته عن فساد المعامله وبطلانها بحيث لا يترتب عليها أثر من الآثار وأنّ الفاسد والباطل عندنا وعند العامه غير الحنفيه واحدٌ . يعنى كلّ باطلٍ فاسدٌ وكلّ فاسدٍ باطلٌ . وأمّا الحنفيه فرّقوا بينهما ولا يهمنّا البحث في قولهم .

ص: ٤٠

## النوع الأول : الاكتساب بالأعيان النجسه

اشاره

ص: ٤١





قال الشيخ : « وكيف كان فالإكتساب المحرّم أنواع نذكر كلاً منها في طيّ مسائل : النوع الأوّل : الإكتساب بالأعيان النجسه عدا ما استثنى ، وفيه ثمان مسائل » (١) :

## الأولى : يحرم المعاوضه على بول غير مأكول اللحم

### إشاره

ذهب إلى بطلان بيع أبوال ما لا يؤكل لحمه المفيد في المقنعه (٢) والشيخ في النهايه (٣) والمبسوط (٤) والسلار في المراسم (٥) والمحقق في الشرايع (٦) والعلامه في القواعد (٧) والشهيد في المسالك (٨) والنراقى في المستند (٩) وغيرهم في غيرها .

وهذا هو المشهور بين الأصحاب بل كاد أن يكون إجماعاً .

لكن حيث استدلوا للمقام بأموّرٍ لا- تكشف إجماعهم على فرض ثبوته عن قول الإمام عليه السلام فلا بدّ من ملاحظه الأدله ، فنقول :

استدلوا على بطلان بيع أبوال غير مأكول اللحم بعدّه من الوجوه :

(منها) حرمة : حرمة شرب أبوال ما لا يؤكل لحمه واضح ولكن كيف يمكن إثبات

ص : ٤٣

١- (١) المكاسب ١ / ١٥ و ١٤ .

٢- (٢) المقنعه / ٥٨٧ .

٣- (٣) النهايه / ٣٦٤ .

٤- (٤) المبسوط ٢ / ١٦٥ .

٥- (٥) المراسم المطبوع ضمن الجوامع الفقهيّه / ٥٨٥ (المراسم / ١٧٠ من الطبعة الحديثه) .

٦- (٦) شرايع الإسلام ٢ / ٣ .

٧- (٧) قواعد الأحكام ١ / ١٢٠ .

٨- (٨) المسالك ١ / ١٦٤ - (٣ / ١٢١ من الطبعة الحديثه) .

٩- (٩) مستند الشيعه ٢ / ٣٣٤ - (١٤ / ٨٢ من الطبعة الحديثه) .

حرمه شربه ، بطلان بيعه ؟ !

(ومنها) نجاسته : نجاسه هذه الأبوال أيضاً ظاهره ولكن لا يمكن ثبوت بطلان البيع بواسطة النجاسه إلا على القول ببطلان معامله كل نجس ، ويأتى من الكلام فيها مفصلاً إن شاء الله تعالى ونذكر بطلان هذه القاعده ونثبت لك بأن النجاسه لا يمكن أن تكون مانعاً للبيع وصحته .

(ومنها) عدم الإنتفاع به منفعه محلله مقصوده : ولو فرض فى هذه الأعصار وجود منفعه محلله بالنسبه إلى هذه الأبوال ولو باستعمال المكائن الحديثه والوسائل الجديده ، فصارت ذات منفعه عقلايه مقصوده ، وخرجت من تحت هذا الدليل .

وبالجملة ، لو فرض وجود منفعه عقلايه لهذه الأبوال فيجوز بيعها ، والأدله القائمه على عدم صحه بيعها كلها عليه . والإجماع المدعى على فرض ثبوته فهو مدركى لا يثبت لنا شيئاً .

ثم تعرض الشيخ للفرعين (١) :

### الفرع الأول : بيع أبوال ما يؤكل لحمه

هل يجوز بيع أبوال ما يؤكل لحمه ؟ وفرع المسأله على جواز شربه وعدمه . ولكن لم ينحصر منفعته للشرب فقط ولذا لم يكن هذا التفرع وجيهاً ، وحيث ذهبنا إلى جواز بيع أبوال ما لا يؤكل لحمه إذا كانت فيها منفعه محلله عقلايه ، جواز البيع هنا أقوى وأظهر لعدم نجاسته بل لجواز شربه مطلقاً عندنا ، فمسأله صحه بيع أبوال ما يؤكل لحمه واضحه كما عليه المشهور ، وأما جواز شرب هذه الأبوال لا ينحصر فى صورته التداوى بل يجوز شربه مطلقاً ، وتدلل عليه عدّه من الروايات :

منها : خبر أبى البخترى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أنّ النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : لا بأس ببول ما أكل لحمه (٢) .

ص : ٤٤

١- (١) راجع المكاسب ١ / ٢١ و ١٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ١١٤ ح ٢ .

ومنها : موثقه عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كل ما أكل لحمه فلا بأس بما يخرج منه (١).

ومنها : خبر أبي صالح عجلان المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قدم على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قوم من بني ضبّه مرضى ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أقيموا عندي فإذا برئتم بعثتكم في سريه ، فقالوا : أخرجنا من المدينة ، فبعث بهم إلى إبل الصدقه يشربون من أبوالها ويأكلون من ألبانها ، فلما برئوا واشتدوا قتلوا ثلاثة ممن كان في الإبل ، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الخبر ، فبعث إليهم علياً عليه السلام وهم في واد تحيروا ليس يقدر أن يخرجوا منه - قريبا من أرض اليمن - فأسرهم وجاء بهم إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فنزلت هذه الآية «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلِّبُوا أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَعُوا مِنَ الْأَرْضِ» (٢) فاختر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القطع ، فقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف (٣).

بتقريب : أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أرسل إليهم إبل الصدقه حتى أنهم ليشربوا من أبوالها ، والقوم وإن كانوا مرضى ولكن يمكن أن يكون فيهم عدّه أشخاص لم يكونوا مرضى ويصح إطلاق المرضي على قوم كان أكثرهم مرضى ، ولم يقيد رسول الله جواز شرب بول الإبل للمرضى منهم خاصة ، وهكذا لم يقيد جواز الشرب بماداموا مرضى ، ولذا لهم أن يشربوا من أبوال إبل الصدقه حتى بعد برئهم من المرض . والدلاله على جواز الشرب مطلقاً من الروايه واضحه ولكن سندها ضعيف بأبي صالح عجلان المدائني لأنه مجهول .

ومنها : خبر الجعفرى قال : سمعت أبا الحسن موسى عليه السلام يقول : أبوال الإبل خير من ألبانها ويجعل الله الشفاء في ألبانها (٤).

لم تقيد الروايه جواز الشرب بصوره التداوى والإستشفاء فقط بل هي مطلقه ولكن

ص: ٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ٣ / ٤٠٩ ح ١٢ .

٢- (٢) سوره المائده / ٣٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٨ / ٣١٠ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٥ / ١١٤ ح ٣ .

سندها ضعيف بيكر بن صالح .

ومنها : خبر سماعه قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شرب الرجل أبوال الإبل والبقر والغنم ، تنعت له من الوجع هل يجوز له أن يشرب ؟ قال : نعم ، لا بأس به (١) .

بتقريب : أنّ جواب الإمام عليه السلام مطلق وإن كان التداوى فرض فى سؤال سماعه ، اللهم إلا أن يقال : بسكوت الروايه فى فرض عدم التداوى ، لا نفيًا ولا إثباتًا .

ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : الخبر المروى فى مكارم الأخلاق قال : وسئل عنه (أى عن أبى عبد الله عليه السلام) عن شرب أبوال الأتُن ؟ قال عليه السلام : لا بأس (٢) .

الأتُن : جمع الأتان ، وهى الحماره .

ومنها : موثقه عمار بن موسى السباطى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سئل عن بول البقر يشربه الرجل ؟ قال : إن كان محتاجاً إليه يتداوى به يشربه ، كذلك أبوال الإبل والغنم (٣) .

بتقريب : أنّ الأصل فى الكلام هو التأسيس ، وعلى هذا جعل التداوى عطف تفسير للإحتياج غير وجيه ، فلا بدّ هنا من وجود قيدين لجواز الشرب على وجه مانعه الخلو ، يعنى الإحتياج يوجب جواز الشرب وهكذا التداوى . والإحتياج هنا أعم من الإضطراب ، لأنّ الحكم فى الإضطراب واضح . يعنى مثلاً إذا كان الرجل فى الصحارى واحتاج فى الجملة إلى شربه فلا بأس به . فهذه الموثقه تدل على جواز الشرب فى فرض التداوى وغيره ولا ينحصر فى الإبل فقط ، بل ذكر فيها الغنم والبقر أيضاً ، وهذه الموثقه هى العمده فى المقام .

وبالجملة ، يجوز شرب أبوال ما يؤكل لحمه مطلقاً ، لا سيما فى صورته التداوى والإستشفاء بلا إشكال فيه والقاعده الأوليه أيضاً تقتضى جواز شربه لقاعده الحلّ وعدم ورود النهى عن ذلك .

ص : ٤٦

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٥ ح ٧ .

٢- (٢) مكارم الأخلاق / ١٩٤ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٢٨ / ٤٣٣ ح ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٣ ح ١ - الباب ٥٩ من أبواب الأطمعه المباحه .

المشهور ذهبوا إلى جواز بيعه ، والأمر على ما سلكناه واضح يجوز بيعه ويجوز شربه مطلقاً حتى في صورته عدم التداوى ، يدل عليه :

خبر الجعفرى عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال : أبوال إبل خير من ألبانها ويجعل الله الشفاء في ألبانها(١).

وتدل على جواز شربه في صورته الإستشفاء عده من الروايات :

خبر مفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السلام : أنه شكأ إليه الربو الشديد ، فقال : إشرب له أبوال اللقاح ، فشربت ذلك ، فمسح الله دائي(٢).

الربو : التهيج وتوارد النفس الذى يعرض للمسرع فى مشيه ، وقد يفسر بانتفاخ البطن . وأما اللقاح : فهي الإبل والناقه الحلوب .

ومنها : موقفه موسى بن عبد الله بن الحسين قال : سمعت أشيأنا يقولون : ألبان اللقاح شفاءً من كل داءٍ وعاهه ولصاحب البطن أبوالها(٣).

والروايه لم تنسب إلى المعصوم عليه السلام فلذا كانت موقوفه .

وبالجملة ، يجوز شرب بول الإبل حتى في حال الإختيار وصوره عدم التداوى ، ويجوز بيعه أيضاً مطلقاً . والحمد لله .

ص : ٤٧

١- (١) الكافي ٦ / ٣٣٨ ح ١ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٤ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٥ ح ٨ .

٣- (٣) الكافي ٦ / ٣٣٨ ح ٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٤ ح ٤ .

اشاره

استدلوا على بطلان بيعه بالإجماع الذى ادعاه الشيخ فى الخلاف (١) والعلامه فى التذكره (٢) ونهايه الأحكام (٣) وصاحب الجواهر (٤). وحيث كان الإجماع مدركياً على فرض ثبوته فلا بدّ من ملاحظه المدرك فى المسأله ، وهو الروايات الوارده فى المقام :

منها : خبر يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ثمن العذره من السحت (٥).

ومنها : خبر دعائم الإسلام قال : روينا عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الأحرار وعن بيع الميتة والخنزير والأصنام وعن عسب الفحل وعن ثمن الخمر وعن بيع العذره وقال : هى ميتة (٦).

وهذان الخبران يدلان على حرمة بيع العذره وبطلانها ، ولكن كلاهما ضعيف السند .

ومنها : موثقه سماعه قال : سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر فقال : إئتى رجل أبيع العذره فما تقول ؟ قال : حرامٌ بيعها وثمرتها ، وقال : لا بأس ببيع العذره (٧).

وهذه الموثقه إمّا أنّ تعدّد من الروايات المجوزه بتقريب : أنّ الجواب الأوّل من الإمام صدر تقيته وبعد رفع التقيه ذكر عليه السلام الحكم الواقعى للمسأله يعنى كلامه الأخير ، أو إذا كان كلامان للمتكلم الواحد يؤخذ بالأخير منهما ، لا سيما إذا كانا فى كلام واحد .

وإمّا أن لا يمكن الأخذ بها ، لأنه إذا وقع التعارض فى كلام واحد - كما هنا - سقط من

ص: ٤٨

١- (١) الخلاف ٣ / ١٨٥ .

٢- (٢) تذكره الفقهاء ١ / ٤٦٤ (١٠ / ٣١ من الطبعه الحديثه ) .

٣- (٣) نهايه الأحكام ٢ / ٤٦٣ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٥ ح ١ .

٦- (٦) مستدرك الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٥ .

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٥ ح ٢ .

الحجيه من رأسه ، فلا يصح عدّ هذه الموثقه من الروايات المانعه .

ومنها : حسنه محمد بن مضارب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس ببيع العذره (١) .

وهذه الحسنه تدل على جواز البيع وصحته ، والروايتان الماضيتان اللتان تدلان على المنع كانت ضعيفتا السند فلا تقاومان هذه الحسنه ، فلا بدّ من الأخذ بهذه الحسنه والحكم بصحة بيع العذره النجسه . هذا مع الإغماض عن موثقه سماعه التي هي بنظرنا تدل على الجواز أيضاً .

وعلى هذا يحمل السحت في روايات المنع على أنّ هذا العمل أو البيع كان عملاً رديئاً لا يناسب شأن الشرفاء والشخصيات . وبهذا تجمع بين الروايات .

ثم إن أبيت إلاّ- أن ترى التعارض بين الروايات وأنها تسقط به فتبقي الاطلاقات والعمومات على حليّه البيع وجوازه ونفوذ بلا معارض ونحكم بصحة البيع .

### فرع : الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهره :

الأرواث الطاهره للحيوانات المأكوله اللحم يجوز بيعها ، لوجود المنفعه المحلله العقلانيه فيها (٢) ، فثبت جواز بيعه ولم يرد من الشارع النهى عن ذلك ، فالحكم بالجواز ونفوذ بيعه عندنا على القاعده .

وأما ما للشيخ والقوم هذا استثناء من عدم جواز بيع العذره فلا بدّ لهم من إقامه الدليل على هذا الإستثناء ، فلذا التجأوا بالإجماع المدعى من المرتضى (٣) ونفى الخلاف الوارد في خلاف الشيخ (٤) ، ولهم أن يدعوا الإنصراف في الأدله المانعه من هذا الفرض . والإنصراف في محلّه .

ص : ٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٥ ح ٣ .

٢- (٢) وقال الصادق عليه السلام في شأنها في خبر توحيد المفضل : « ... وإنّ موقعها من الزروع والبقول والخضر أجمع الموقع الذى لا يعدله شيء » . بحار الأنوار ٣ / ١٣٦ .

٣- (٣) الانتصار / ٢٢١ .

٤- (٤) الخلاف ٣ / ١٨٥ .



قد استدل على بطلان بيعه بالإجماع فى نهايه الإحكام (١) للعلامه وشرح الإرشاد (٢) لولده فخر الدين والتنقيح (٣) للفاضل المقداد .

وفيه : الإجماع هنا مدركىّ فلا بدّ من ملاحظه غيره من الأدله .

وقد استدل على بطلان بيع الدم ببعض الآيات الشريفه ، نحو قوله تعالى : «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَهُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ» (٤) وقوله تعالى : «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالِدَمَّ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمِمَّا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ» (٥) ونحوهما قوله تعالى فى سورة النحل (٦) .

بتقريب : أن الحرمة - كما مرّ منّا - فى الكتاب والسنه أعم من الوضع والتكليف ، وحيث تعلق بالدم تشمل الحرمة الوضعيه أيضاً ، يعنى بطلان بيعه .

وفيه : أن سياق الآيات الشريفه لمن يلاحظها ورد فى مسأله الأكل ، ولذا ورد قبل الآيه الثانيه فى سورة البقره قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ» (٧) . يعنى أكل هذه الموارد حرام فى الشريعه المقدسه ، ومنها : الدم ، وجميع المسلمين من الخاصه والعامه يقولون بحرمة أكل الدم ، وليست للآيات الشريفه اطلاق حتى تشمل بيع الدم . وهكذا الأمر فى قوله تعالى : «قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ

ص : ٥٠

١- (١) نهايه الإحكام ٢ / ٤٦٣ .

٢- (٢) نقل عنه فى مفتاح الكرامه ٤ / ١٣ من الطبعه السابقه = ١٢ / ٦٥ من الطبعه الحديثه .

٣- (٣) التنقيح الرائع ٢ / ٥ .

٤- (٤) سورة المائده / ٣ .

٥- (٥) سورة البقره / ١٧٣ .

٦- (٦) سورة النحل / ١١٥ .

٧- (٧) سورة البقره / ١٧٢ .

إِلَى مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثَّتَهُ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ (١). وهذه الآيه الشريفه أيضاً ناظره إلى حرمه أكل الدم ولحم الخنزير .

ويمكن الإستدلال على بطلان البيع ببعض الروايات الواردة فى حرمه الدم :

منها : صحيحه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السلام قال : حرم من الشاه سبعة أشياء : الدم والخصيتان والقضيب والمثانه والغدد والطحال والمراره (٢) .

بتقريب : أن الحرمه الوارده فى الصحيحه أعم من الوضع والتكليف ، فتشمل بيع الدم أيضاً وتدل على بطلانه .

وفيه : حيث نسب الإمام الحرمه إلى الشاه - والمتعارف فى الشاه أكله - صارت الصحيحه ظاهره فى الأكل ، وحرمه أكل هذه العشره من الشاه فهى أجنبيه من بطلان بيع الدم والدلاله على الوضع .

ومنها : مرفوعه أبى يحيى الواسطى قال : مرّ أمير المؤمنين عليه السلام بالقصابين فنهاهم عن بيع سبعة أشياء من الشاه ، نهاهم عن بيع الدم والغدد وآذان الفؤاد والطحال والنخاع والخصى والقضيب ، فقال له بعض القصابين : يا أمير المؤمنين ما الطحال والكبد إلاّ سواء ، فقال : كذبت يا لكع إيتنى بتورين من ماء ، أتبتك بخلاف ما بينهما ، فأتى بكبد وطحال وتورين من ماء ، فقال : شقوا الكبد من وسطه والطحال من وسطه ثم أمر فمرسا فى الماء جميعاً ، فايضت الكبد ولم ينقص منها شىء ولم يبيض الطحال ، وخرج ما فيه كلاً وصار دماً كله حتى بقى جلد الطحال وعرقه ، فقال : هذا خلاف ما بينهما ، هذا لحم وهذا دم (٣) .

لكع : اللثيم الأحمق ، التور : إناء يشرب فيه ، مرس : أى نقهه فى الماء .

بتقريب : أن أمير المؤمنين عليه السلام نهى عن بيع الدم ، وظهور هذا النهى هو بطلان بيعه .

وفيه : أولاً : الروايه مرفوعه سنداً .

وثانياً : لا تدل على أزيد من حرمه أكل الدم كما هو مفاد الآيات الشريفه .

ص : ٥١

١- (١) سوره الأنعام / ١٤٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٧١ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٧١ ح ٢ .

غايه مايمكن أن يقال : حرمه بيعه بالنسبه إلى من أراد أكله ، وأما حرمه بيع الدم مطلقاً فلا يُستفاد من المرفوعه ، لا سيما مع ورود الدم فى سياق الموارد الأخرى فى الشاه التى يراد منها الأكل . وهذا واضح وظاهر من الروايه .

وبالجمله ، حيث لم يكن هنا دليل شرعى على حرمه بيع الدم وبطلانه وكان ذا منافع متعدده محلله عقلائيّه - نحو تزريقه للمرضى وغيره - فيجوز بيعه ويشمله الإطلاقات الوارده فى حليه البيوع ونفوذها والوفاء بها ، هذا كلّه فى الدم النجس .

### فرع : حكم الدم الطاهر

نحو المتخلف فى الذبيحه فحكمه على ما سلكتاه واضح لا بأس ببيعه ، وأما على ما سلكته المشهور من بطلان بيع الدم النجس فلا بدّ لهم من إقامه الدليل على الجواز . ولعلّ دليلهم إدعاء إنصراف أدله المنع بالدم النجس وخروج الدم الطاهر من تحتها ، وهذا الإنصراف فى محلّه .

ووجود المنافع المحلله العقلائيّه فيه ، فيجوز بيعه . ولذا قال الشيخ الأعظم : « فى جواز بيعه وجهان أقواهما الجواز »<sup>(١)</sup> .

ص: ٥٢

---

١- (١) المكاسب المحرمه / ٤ طبع تبريز ، ( ١ / ٢٧ من الطبعة الحديثه) .

فروع ثلاثة

قد ذكروا للمسأله ثلاثه فروع :

الأول : بيع المنى بعد ما خرج ووقع فى خارج الرحم .

الثانى : بيع المنى بعد ما وقع فى الرحم .

الثالث : بيع عسيب الفحل ، وهو ماؤه قبل الإستقرار فى الرحم . ويلحق بذلك إجاره الفحل للضراب .

والروايات وارده فى الفرع الثالث فقط لا- الفرعين الاولين ، وعلى هذا لو كان للمنى منافع محلله عقلائيه - كما هو كذلك - فيجوز بيعه فى جميع الفروع الثلاثه على القاعده التى مرّت منّا مراراً من الملازمه بين جواز الإنتفاع وجواز البيع ، والإطلاقات الوارده فى حلّيه البيع وجوازه ونفوذه ولزوم الوفاء به أيضاً تشمله إلا أن يثبت دليل شرعى على خلافه . والدليل هنا مفقود بنظرنا القاصر وقد أدمى وجوده بوروده فى روايات :

منها : خبر القاسم بن عبد الرحمن عن الإمام الباقر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن الحسين بن على عليه السلام فى حديث : أنّ رسول اللّٰه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن خصال تسعه : عن مهر البغى وعن عسيب الدابه - يعنى كسب الفحل - الحديث(١) .

ومنها : مرسله الصدوق قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن عسيب الفحل ، وهو أجر الضراب(٢) .

ومنها : خبر الجعفرىات بإسناده عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : من السحت : ثمن الميته و ثمن اللقاح ... وعسب الفحل ولا بأس أن يهدى له العلف ، الحديث(٣) .

ص : ٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٥ ح ١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١١١ ح ٣ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .

ومنها : خبر دعائم الإسلام قال : روينا عن أبي عبد الله عليه السلام عن آبائه عليهم السلام ، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الأحرار وعن بيع الميتة والخنزير والأصنام وعسب الفحل وعن ثمن الخمر وعن بيع العذرة ، وقال : هي ميتة (١) .

وهذه الروايات كما ترى وردت في الفرع الثالث وكلها ضعاف ، وفي قبالها روايتان تدلان على الجواز وهما :

١ - خبر حنان بن سدير قال : دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام ومعنا فرقد الحجام - إلى أن قال - فقال له : جعلني الله فداك إن لي تيساً أكرهه ، فما تقول في كسبه ؟ قال : كُئِلْ كسبه فإنه لك حلال ، والناس يكرهونه . قال حنان : قلت : لأي شيء يكرهونه وهو حلال ؟ قال : لتعير الناس بعضهم بعضاً (٢) .

٢ - صحيحه معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث ، قال : قلت له : أجر التيوس ؟ قال : إن كانت العرب لتعير به ، ولا بأس (٣) .

التيوس : جمع التيس وهو الذكر من المعز والظباء والوعول .

وهاتان الروايتان تدلان على الجواز وفيهما الصحيحه ، فلا بد من الأخذ بهما وحمل الروايات المانعه على أن في هذا الأمر إذا صار شغلاً لأحد كان موجباً لتعير الناس وعييبهم له ، ولا يناسب شأن الشرفاء والشخصيات البارزه .

والظاهر أن روايتي الجواز بنفسيهما تفسر الروايات المانعه والعلّه في المنع ، وهي تعير الناس ، فلا بد من الأخذ بهما الدالتين على الجواز . ومن المعلوم أن إطلاقهما يشمل صورتى البيع والإجاره .

ثم : إن أبيت إلا أن ترى التعارض بين الطائفتين من الروايات فسييلهما التساقط بالتعارض ، فلا بد من الرجوع إلى إطلاقات حليّه البيوع وجوازها ونفوذها ووجوب الوفاء بها .

ص : ٥٤

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١١١ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١١١ ح ٢ .

وبالجملة ، فى جميع الفروع الثلاثة يجوز بيع المنى إن كان له منفعه محلله عقلائيه . ثم إن هنا فروعاً حدثت فى زماننا هذا لا بد لنا من التكلم فيها :

### فروع مستحدثه

#### الفرع الأول :

هل يجوز أخذ منى الزوج وتزويقه فى رحم زوجته وأخذ الأجره على هذا العمل ؟

الظاهر جواز هذا العمل ، لأن للزوج كما له إراقه مائه فى رحم زوجته كذلك يجوز إدخال مائه بأى نحو كان فى رحم زوجته ، ويمكن للغير التصدى لهذا العمل لو لم يتبع حراماً شرعياً آخرأ ، وعلى هذا يجوز أخذ الأجره عليه . والله سبحانه هو العالم .

#### الفرع الثانى :

هل يجوز أخذ منى الزوج وتقويته فى الخارج ثم تزويقه فى رحم زوجته وأخذ الأجره على هذا العمل ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - إن الحكم فى هذا الفرع أيضاً كالفرع الأول .

#### الفرع الثالث :

هل يجوز أخذ منى الزوج والزوجه واختلاطهما فى الخارج وتقويتهما ثم غرس النطفه أو الجنين فى رحم الزوجه وأخذ الأجره على هذا العمل ؟

نعم ، لا بأس بأخذ منيهما ثم اختلاطهما وتقويتهما بالمواد الكيماويه اللازمه ثم غرس النطفه أو الجنين فى رحم الزوجه . وهكذا لو لم يتبع هذا العمل محرماً شرعياً يجوز للغير التصدى لذلك وأخذ الأجره عليه . والله سبحانه هو العالم .

#### الفرع الرابع :

هل يجوز أخذ النطفه والمنى من الزوج والزوجه ثم غرسه فى رحم الزوجه الأخرى الثانيه ؟

نعم ، يجوز أخذ المنى من الزوج وزوجه الأولى ثم اختلاطهما وتقويتهما بالمواد الكيماويه ثم غرسه فى رحم زوجته الثانيه . ويجوز للغير التصدى لذلك لو لم يتبع محرماً

شرعياً آخرًا ويجوز أخذ الأجره على ذلك . والله سبحانه هو العالم .

والولد فى جميع هذه الفروض يلحق بالزوج والزوجه وفى الأخير يلحق بالزوج بلا إشكال ، وتدلّ عليه صحيحه محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر وأبا عبد الله عليهما السلام يقولان : بينا الحسن بن على عليه السلام فى مجلس أمير المؤمنين عليه السلام إذ أقبل قوم ... إلى أن قال عليه السلام : ... ويردّ الولد إلى أبيه صاحب النطفه ، الحديث(١) .

ويؤيدها : حسنه عمرو بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام عن الحسن عليه السلام أنه قال فى حديث : ... ويلحق الولد بصاحب النطفه ، الحديث(٢) .

ومثلها خبر اسحاق بن عمار فراجع(٣) .

ويلحق الولد بالزوجتين على كلام فيه . يعنى لا يبعد أن يكون فى الفرع الرابع للولد أمان بدلاله الصحيحه والحسنه ولإطلاق قوله تعالى «إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا أَلْيَاءَ وَلَدَنَّهُمْ»(٤) .

### الفرع الخامس :

هل يجوز أخذ منى الزوج واختلاطه مع منى غيره ثم تزريقه فى رحم زوجته أم لا ؟

لا يجوز هذا العمل لا للزوج ولا لغيره ، لأنّ من المحرّمات الشرعيه التى ثبتت عندنا بواسطه روح الشرعيه المقدسه ومذاق الشارع إدخال الأجنبي ماءه فى رحم الأجنبيه ، سواء كان ذلك بالإيلاج الذى سمى بالزنا أو بغير إيلاج . فنفس إدخال ماء الأجنبي فى رحم الأجنبيه من المحرمات الشرعيه سواء تصدى لهذا العمل الأجنبي نفسه أو الزوج أو غيرهما .

ويدل عليه خبر إسحاق بن عمار قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : الزنى أشرّ أو شرب الخمر وكيف صار فى الخمر ثمانين وفى الزنى مائه ؟ فقال : يا إسحاق الحدّ واحد وزيد هذا لتضييعه النطفه ولوضعه إيّاها فى غير موضعها الذى أمره الله عزّ وجلّ به(٥) .

ص : ٥٦

١- (١) الكافى ٧ / ٢٠٣ ح ١ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٣٠ / ٤٧١ ح ١ .

٢- (٢) التهذيب ١٠ / ٥٨ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٣٠ / ٤٧٢ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٨ / ١٦٨ ح ٢ .

٤- (٤) سورته المجادله / ٢ .

٥- (٥) الكافى ٧ / ٢٦٢ ح ١٢ وعلل الشرائع ٥٤٣/ ونقل عنهما فى جامع أحاديث الشيعة ٣٠ / ٣٦٤ ح ٨ .

وخير سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنَّ أشدَّ الناس عذاباً يوم القيامة رجلٌ أقرَّ نطفته في رحم تحرم عليه (١) .

والرواية بإطلاقها تشمل إدخال الأجنبي ماءه في رحم الأجنبيه ، ورواها الصدوق بسنده عن علي بن سالم في عقاب الأعمال (٢) .

ومرسله الصدوق رفعه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : لن يعمل ابن آدم عملاً أعظم عند الله عزَّوجلَّ من رجل قتل نبيّاً أو إماماً أو هدم الكعبه التي جعلها الله قبله لعباده أو أفرغ ماءه في امرأه حراماً (٣) .

وعلى هذا لا يجوز أخذ منى الزوج واختلاطه مع منى غيره ثم تزريقه في رحم زوجته . وحيث كان العمل محرماً شرعياً لا يجوز للغير التصدي لذلك وأخذ الأجره عليه . والله سبحانه هو العالم .

### الفرع السادس :

هل يجوز أخذ منى الزوج والزوجه واختلاطهما مع منى امرأه أخرى أجنبيه في الخارج ثم تزريقهما أو غرس النطفه أو الجنين في رحم الزوجه أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - جواز هذا العمل وأخذ الأجره عليه لو لم يتبع محرماً شرعياً آخرًا ، لأنَّ المحرم الشرعى إدخال الأجنبي ماءه في رحم الأجنبيه مطلقاً ، يعنى التصدى لهذا العمل بنفسه أو غيره ، ولكن إدخال ماء المرأه في رحم غيرها أو اختلاط هذه المياه في الخارج وفي المكائن لا بأس به ولم يثبت في الشريعة حرمة ومع الشك في حرمة هذا العمل يجرى أصل البراءه في المقام .

نعم ، الأحوط في هذا الفرض إجراء صيغه النكاح بين الزوج والمرأه الأجنبيه لتصير أيضاً زوجته ثم الإتيان بهذا العمل لرفع توهم الإشكال في المسأله .

### الفرع السابع :

هل يجوز أخذ منى الزوج والمحافظة عليه في المكائن الحديثه ثم تزريقه بعد موته في

ص : ٥٧

١- (١) المحاسن ١ / ١٩٢ ح ١٠٧ .

٢- (٢) عقاب الأعمال / ٣١٣ ح ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠ / ٣١٨ ح ٢ .



رحم زوجته فى حال حياته أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - أن علقه الزوجيه بين الأحياء ولا- زوجيه بين الميت والحيه ، فلا يجوز هذا العمل ، لأن بعد الموت صار الزوج أجنبياً بالنسبه إلى الزوجه وانفسخ بينهما علقه النكاح وعقده ، ولذا يجوز لها الترويج بعد انقضاء العده فلا يجوز بعد موت الزوج إدخال مائه فى رحمها ، وأما جواز غسل أحد الزوجين الآخر بعد الموت ثبت بالدليل الشرعى والنص الخاص . وبالعمله لا يجوز هذا العمل لانفساخ علقه الزوجيه وعقده النكاح بعد الموت .

### الفرع الثامن :

هل يجوز أخذ منى الزوج والزوجه والمحافظة عليه وتزويقه بعد موت الزوجه فى الزوجه الأخرى للزوج أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - جواز هذا العمل ، لأن المرأه الثانيه أيضاً زوجته وإدخال مائه فى رحمها لا بأس به وهكذا لا بأس بأدخال ماء المرأه الأولى - يعنى الزوجه المتوفاه - فى رحم الثانيه ، لعدم وجدان دليل على الحرمة ، وجريان البراءه فى المقام كما مرّ منّا فى بعض الفروع السابقه ، فلا بأس بالعمل فى هذا الفرض بخلاف الفرع السابع ، ويجوز للغير التصدى لذلك لو لم يتبع محرماً شرعياً آخرأ وأخذ الأجره لهذا العمليه .

### الفرع التاسع :

هل يجوز أخذ منى الزوج والزوجه والمحافظة عليهما مدّه ثم اختلاطهما بعد موتهما فى المكائن والآلات الحديثه واستحصال الولد من الماكنه أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - جواز هذا العمل ، لعدم استلزامه حرمة شرعيه فى المقام . وكذا يجوز أخذ الأجره على ذلك منهما أو من ورثتهما .

### الفرع العاشر :

هل يجوز أخذ المنى من الأجنبى والأجنبيه واختلاطهما فى المكائن الحديثه واستحصال الولد من الماكنه أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - جواز هذا العمل ، لعدم ثبوت دليل على الحرمة فى

المقام وجريان أصل البراءة ، ويجوز أخذ الأجره على هذا العمل .

ثم بمن يلحق الولد في هذا الفرض ؟

يمكن أن يقال : الأحوط وجوباً مراعاة الإحتياط بالنسبه إلى النظر والنكاح والتوارث بين هذا الولد وصاحبي النطفه ، يعنى لو كان الولد ذكراً لا يجوز له النظر بالشهوه إلى امرأه التى أخذت منها النطفه ولا نكاحها والمصالحة فى الميراث ، وهكذا الأمر بالنسبه إلى البنت والرجل الذى أخذ منه النطفه .

ولكن الأقوى إلحاق الولد بصاحب النطفه أباً وأماً ، لدلاله صحيحه محمد بن مسلم (1) وحسنه عمرو بن عثمان (2) الماضيتين .

ثم هذا الولد ، هل هو ولد حلال أو شبهه أو زنا ؟ الأخير يُنفى لعدم وجوده وهكذا الوسط ، فيبقى الأول بلا معارض ، فهو ولد حلال ويجرى عليه أحكامه ، فيجوز له تصدى إمامه الجماعة ونحوها .

### الفرع الحادى عشر :

هل يجوز أخذ المنى من الأجنبي والأجنبيه وتقويتهما بمنى الأجنبي الآخر وأجنبيه أخرى واختلاطهما ثم جعلها فى المكائن الحديثه واستحصال الولد من الماكنه أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - جواز هذا العمل ، لعدم ثبوت دليل الحرمة فى المقام وجريان أصل البراءة ، ولذا يجوز أخذ الأجره على هذا العمل مع الشرط السابق ، وهذا الولد ولد حلال ، لا يبعد إلحاقه بأصحاب النطفه ، يعنى هنا له أبان وأمان وإن كان الإحتياط الذى مرّ فى الفرع السابق حسناً .

ولكن علم الطب اليوم ينفى تأثير النطفتين من الرجلين فى نطفه المرأه الواحده ، يعنى أن علم الطب يقول فى هذا الفرض بتأثير إحدى نطفتين من الرجلين وتأثر إحدى النطفتين من المرأتين . فللولد حينئذ ليس إلا أباً واحداً وأماً واحدهً وهما صاحبا النطفه لا غيرهما ، والأمر

ص : ٥٩

١- (١) الكافى ٧ / ٢٠٣ ح ١ .

٢- (٢) التهذيب ١٠ / ٥٨ .

## الفرع الثاني عشر : الاستنساخ البشري

هل يجوز أخذ المنى من الزوج والزوجه أو من الأجنبي والأجنبيه واختلاطهما فى الخارج وجعلها فى المكائن واستحصال الولد من الماكنه لكن لا واحداً بل متعدداً ، سواءً فى ذلك العدد القليل أو الكثير ، نحو استحصال ألف ولد أو أكثر من ذلك من الآف ولد كلهم يشبهون بالزوج أو الزوجه أو الأجنبي أو الأجنبيه على حسب مختارهم . هل يجوز هذه العمليه التى تسمى اليوم بالإستنساخ البشرى أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - قصور دليل الحرمة فى المقام وجريان البراءة فى ذلك ، فنفس هذا العمل لا بأس به ولكن لو اختلفت هذه العمليه بالنظام بحيث لا يمكن تشخيص هذه ألوف بعضهم عن بعض تحرم وبعبارة أخرى : هذه العمليه إن كانت توجب اختلال التعارف فى المجتمع البشرى حرمت من هذه الجهه ، يعنى من جهه اختلالها بالنظام وذهابها بالتعارف اللازم فى المجتمع الإنسانى . والظاهر أنّ هذه العمليه توجب الإختلال وتذهب بالتعارف فتحرم من هذه الجهه ، والله العالم .

تنبيه : ثم إنّ هنا فروعاً كثيرة تظهر حكمها ممّا سردناه عليك فى الفروع السابقه ومع تطبيق القواعد التى مرّ ممّا تحتها .

تبصره : فى جميع الفروع التى ذهبنا إلى الجواز يجوز للغير التصدى لذلك لولم يتبع عمله محرّماً شرعياً آخرأ وأخذ الأجره عليه ، وهكذا فى جميع الفروع المجرّزه ، يجوز بيع المنى والنطفه لذلك ، والولد فى هذه الفروع المجرّزه يلحق بالزوجين إن كان الزواج موجوداً وإلاّ- يلحق بصاحبى النطفه وعليه مراعاة الإحتياط فى النظر والنكاح والتوارث . وبالجملة الولد فى هذه الفروع المجرّزه هو الولد الحلال . والله سبحانه هو العالم والحمد لله .

إشاره

المشهور بين الأصحاب بل كاد أن يكون إجماعاً بطلان بيع الميته ، وادعى الإجماع الشيخ فى رهن الخلاف وقال : « إذا كان الرهن شاهً فماتت زال ملك الراهن عنها وانفسخ الرهن إجماعاً ... دليلنا : إجماع الفرقة على أن جلد الميته لا يطهر بالدباغ ، وإذا ثبت ذلك لم يعد الملك إجماعاً ... » (١).

وقال العلامة فى التذكرة : « يُشترط فى المعقود عليه الطهاره الأصلية ... ولو باع نجس العين كالخمر والميته والخنزير لم يصح إجماعاً ... » (٢).

وقال فى المنتهى : « ... وقد احتج العلماء كآفه على تحريم بيع الميته والخمر والخنزير بالنص والإجماع » (٣).

وقال السيورى فى ذيل قول المصنف : « الأوّل : الأعيان النجسه » ، قال : « إنّما حرّم بيعها لأنها محرّمه الإنتفاع ، وكلّ محرّمه الإنتفاع لا يصح بيعه . أمّا الصغرى فإجماعيه وأمّا الكبرى فلقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم ... » (٤).

ثم يقع الكلام هنا فى مقامين :

**المقام الأوّل : حكم الإنتفاع بالميته :**

هل يجوز الإنتفاع بالميته أم لا ؟

المشهور بين الأصحاب عدم جواز الإنتفاع بالميته ، ولكن المهمّ ملاحظه الأدله :

قد استدلوا على حرمة الإنتفاع بالميته بالآيه الشريفه « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُّ

ص : ٦١

١- (١) الخلاف ٣ / ٢٩٣ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١ / ٤٦٤ ( ١٠ / ٢٥ من الطبعة الحديثه ) .

٣- (٣) المنتهى ٢ / ١٠٠٨ .

٤- (٤) التنقيح الرائع ٢ / ٥ .

وَلَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ» (١).

بتقريب : أن حرمة الميتة فى الآيه الشريفه يقتضى حرمة جميع أنواع التصرف فيها ومنها الإنتفاع بها .

وفيه : الآيه الشريفه ونظائرها فى سوره البقره (٢) والأنعام (٣) والنحل (٤) كلَّها راجعه إلى الأكل بقريته السياق الوارد فى ذلك ، وحرمة أكل الميتة بين المسلمين خاصهً وعامهً إجماعى ، فلا يمكن التعدى إلى سائر الانتفاعات والتصرفات فى الميتة وغيرها .

وأما الأخبار الوارده حول الإنتفاع بالميتة على الطائفتين :

### الطائفة الأولى : تدل على حرمة الإنتفاع بالميتة :

منها : موثقه سماعه قال : سألته عن جلود السباع أينتفع بها ؟ فقال : إذا رميت وسميت ، فانتفع بجلده ، وأما الميتة فلا (٥) .

ولا بأس بإضمارها حيث أن مُضْمِرُهَا سَمَاعُهُ بن مهران والموثقه تدل على عدم جواز الإنتفاع بجلد الميتة .

ومنها : خبر على بن أبى المغيره قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : الميتة ينتفع منها بشىء ؟ فقال : لا ، قلت : بلغنا أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مرّ بشاه ميتة ، فقال : ما كان على أهل هذه الشاه إذا لم ينتفعوا بلحمها ، أن ينتفعوا بإهابها ، فقال : تلك شاه كانت لسوده بنت زمعه زوج النبى صلى الله عليه وآله وسلم وكانت شاه مهزوله لا ينتفع بلحمها فتركوها حتى ماتت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ما كان على أهلها إذا لم ينتفعوا بلحمها أن ينتفعوا بإهابها ، أى تذكى (٦) .

ولكن وردت هذه القضية بنحو آخر فى موثقه أبى مريم الأنصارى قال : قلت لأبى

ص : ٦٢

١- (١) سوره المائده / ٣ .

٢- (٢) سوره البقره / ١٧٣ و ١٧٢ .

٣- (٣) سوره الأنعام / ١٤٥ .

٤- (٤) سوره النحل / ١١٥ و ١١٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٥ ح ٤ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٤ ح ١ .

عبد الله عليه السلام : السخلة التي مرّ بها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهي ميتة ، فقال : ما ضرّ أهلها لو انتفعوا بإهابها ، قال : فقال أبو عبد الله عليه السلام : لم تكن ميتة يا أبا مريم ، لكنّها كانت مهزولة فذبحها أهلها ، فرموا بها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ما كان على أهلها لو انتفعوا بإهابها(١) .

وهذه الموثقة لا تدل على عدم جواز الإنتفاع بالميتة ويمكن إتحاد القضيتين . خلافاً لما احتمله صاحب الوسائل حيث يقول : « لا منافاه بينه وبين السابق ، لاحتمال تعدّد الشاه والقول(٢) . بل هذا الإحتمال بعيد واتحاد القضيتين محتمل قوياً . وعلى القول بالإتحاد خرجت القضية من نفي الإنتفاع بالميتة ، لأنه لا بدّ من الأخذ بالموثقة لصحة سندها .

ومع ذلك كلّه ، خبر على بن أبي المغيرة يدل على حرمة الإنتفاع بالميتة .

ومنها : خبر فتح بن يزيد الجرجاني عن أبي الحسن عليه السلام قال : كتبت إليه أسأله عن جلود الميتة التي يؤكل لحمها ذكياً ؟ فكتب عليه السلام : لا ينتفع من الميتة بإهاب ولا عصب وكلّها كان من السخال الصوف وإن جرزّ والشعر والوبر والانفحة والقرن ، ولا يتعدى إلى غيرها إن شاء الله(٣) .

يعنى يجوز الإنتفاع بهذه الأجزاء الأخيره من الميتة من السخال الصوف إلى آخر الحديث ، ولكن لا يتعدى منها إلى غيرها . فذيل الحديث يدل على جواز الانتفاع بهذه الأجزاء من الميتة التي لا تحلّها الحياه . ويأتى البحث حول ذلك إن شاء الله تعالى .

ومنها : خبر الكاهلي قال : سألت رجلاً أبا عبد الله عليه السلام قرأنا عنده - عن قطع أليات الغنم ؟ فقال : لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالك ، ثم قال : إنّ في كتاب علي عليه السلام : أنّ ما قطع منها ميت ، لا ينتفع به(٤) .

الرواية تدل على عدم جواز الإنتفاع بالميتة مطلقاً ، ولكنّها ضعيفه بالكاهلي لعدم ورود توثيقه . ولعلّ المراد منها عدم جواز الانتفاع بها مثل ما ينتفع بالمذكي ، والشاهد على

ص : ٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٥ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨١ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٤ / ٧١ ح ١ .

ذلك خير البزنطى صاحب الرضا عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له الغنم ، يقطع من إلياتها وهى أحياء ، أ يصلح أن ينتفع بما قطع ؟ قال : نعم ، يذبيها ويسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعها(١).

ومنها : خبر الحسن بن على الوشاء قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ، فقلت : جعلت فداك إنَّ أهل الجبل تثقل عندهم إليات الغنم فيقطعونها ، قال : هى حرام ، قلت : فنصطحح بها ؟ قال : أما تعلم أنَّه يصيب اليد والثوب وهو حرام ؟(٢).

اصطحح به : أسرج به للإضاءه . وإصابه النجس بالثوب واليد ليست من المحرّمات الشرعيه ، وهذا التعليل الوارد فى الروايه بجواز الانتفاع أدل من الدلاله على حرمة الإنتفاع كما هو الواضح لأهله .

ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الماشيه تكون لرجل فيموت بعضها ، أ يصلح له بيع جلودها ودباغها ويلبسها ؟ قال : لا ، وإن لبسها فلا يصلّى فيها(٣).

وجمله « إن لبسها » الوارده بعد لا- ، توجب انكسار اطلاق لفظه " لا- " ، يعنى لا الوارده فى الجواب ليست مطلقه بالنسبه إلى جميع الموارد ، بل إن لبسها فصلّى فيها صارت مورد نفي الروايه فتأمل .

ومنها : موثقه سماعه قال : سألته عن أكل الجبن وتقليد السيف وفيه الكيمخت والفراء ؟ فقال : لا بأس ما لم يعلم أنَّه ميته(٤).

يعنى فيه بأس إن علم أنَّه ميته ، فتدل على عدم جواز الإنتفاع بالميته . ولكن يمكن حملها على الكراهه بقريته موثقه أخرى لسماعه قال : سألته عن جلد الميته المملوح وهو الكيمخت ، فرخص فيه وقال : إن لم تمسه فهو أفضل(٥).

ص : ٦٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ / ٧٢ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ / ٧١ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٦ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٥ ح ٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٦ ح ٨ .

وهذه الموثقة صريحه بجواز الإنتفاع بالميتة وصارت قرينه على الموثقة سماعه السابقه من أن النهى فيها تحمل على الكراهه والتنزیه .

هذا كلها فى الروایات المانعه من الإنتفاع بالميتة ، وفى قبالها طائفه أخرى تدل على جواز الإنتفاع بالميتة .

### الطائفة الثانية : الروایات المجوزه على للإنتفاع بالميتة :

منها : موثقه سماعه (١) الماضيه آنفاً .

ومنها : خبر البزنطى (٢) الذى مرّ منّا .

ومنها : خبر أبى القاسم الصيقل وولده قال : كتبوا إلى الرجل عليه السلام : جعلنا الله فداك إنّا قوم نعمل السيوف ليست لنا معيشه ولا- تجاره غيرها ونحن مضطرون إليها ، وإنّما علاجنا جلود الميتة والبغال والحمير الأهليه لا يجوز فى أعمالنا غيرها ، فيحلّ لنا عملها وشراؤها وبيعها ومبيدتها وثيابنا ، ونحن نصلى فى ثيابنا ونحن محتاجون إلى جوابك فى هذه المسأله يا سيدنا لضرورتنا ؟ فكتب : اجعل ثوباً للصلاه .

وكتب إليه : جعلت فداك وقوائم السيف التى تُسمى السيفن نتخذها من جلود السمك ، فهل يجوز لى العمل بها ولسنا نأكل لحومها ؟ فكتب عليه السلام : لا بأس (٣) .

المراد بالرجل الإمام الهادى عليه السلام (٤) أو الإمام العسكرى عليه السلام أو الإمام الحجه عجل الله تعالى فرجه الشريف . السفن : جلد خشن يجعل على قوائم السيف .

هذه المكاتبه تدل على جواز الإنتفاع بالميتة ، والإضطرار المذكور فيها بمعنى الإضطرار الشغلى ، يعنى أنّهم فى عملهم يحتاجون إليها لا الإضطرار بالحمل الشايع الصناعى ، يعنى لو لم يكن هذا العمل والشغل يوجب الإختلال بالحياه أو المعيشه .

وعلى هذا الأساس كما هو الظاهر من المكاتبه ، تدل بالصراحه على جواز الإنتفاع بالميتة ، بل تدل على جواز بيع الميتة ، لأنّهم يعملون السيف وقوائمها وسفنها ثم يبيعونها .

ص: ٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٦ ح ٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ / ٧٢ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٣ ح ٤ .

٤- (٤) كما ذكره القهپائى فى مجمع الرجال ٧/١٩٤ .



ولكن فى سندها ضعف بأبى القاسم الصيقل وولده لأنهم مجاهيل . إلا أن يحذفوا من السند بأن يقال : محمد بن عيسى بن عبيد رأى صورته مكاتبتهم مع الإمام عليه السلام وجواب الإمام عليه السلام بخطه وهو ينقل الحديث بخطه عليه السلام ، ومع حذفهم من سند المكاتبه تصير المكاتبه صحيحه السند . والشاهد على ذلك كلمه " كتبوا " فى صدر الروايه ، لأنّ أبا القاسم الصيقل وولده إن كانوا موجودين فى سند المكاتبه وهم ينقلون المكاتبه فلا بدّ أن يقولوا ، « كتبتُ » أو « كتبنا » لا « كتبوا » ، وهكذا فى ذيل الروايه لا بدّ أن يكون هكذا بدل « كتب إليه » . وهذا الشاهد يدل على حذفهم فى السند ، ومع حذفهم تصير المكاتبه صحيحه السند .

وفيه : أن ظاهر السند وجودهم فيه ، لأنّ الوارد فى السند « محمد بن عيسى بن عبيد عن أبى القاسم الصيقل وولده » ، وظاهره ورودهم فيه ، فلا بدّ من أخذ هذا الظاهر . ومن له إلمام بالأحاديث والروايات ونقلها وكتابتها والنسخ الوارده فيها ، يعلم بأنّ الاستدلال بكلمه واحده بدل كلمه أخرى ليس بصحيح ، لكثرة النسخ وتبديلها . نعم يصح الاستدلال بمضمون الروايات ومفادها ، وهذا أمر مهمّ ظهر لنا بحمد الله تعالى بعد الممارسه سنين متماديه فى روايات أهل البيت عليهم السلام ، وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء والله ذو الفضل العظيم .

وبالجملة ، سند المكاتبه ضعيف لا يمكن تصحيحه بنظرنا القاصر وإن كانت دلالتها على الإنتفاع بالميتة وبيعها تام .

ومنها : خبر قاسم الصيقل : كتبت إلى الرضا عليه السلام : إننى أعمل أعماد السيوف من جلود الحمر الميتة فتصيب ثيابى فأصلّى فيها ؟ فكتب إليّ : إتخذ ثوباً لصلاتك .

فكتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام : كنت كتبت إلى أبيك عليه السلام بكذا وكذا ، فصعب عليّ ذلك فصرت أعملها من جلود الحمر الوحشيه الذكيه ، فكتب إليّ : كل أعمال البرّ بالصبر - يرحمك الله - فإن كان ما تعمل وحشياً ذكياً فلا بأس (١) .

الروايه تدل على جواز الإنتفاع بالميتة ولكن تعويض الثياب أو تطهيرها صار موجباً لصعوبه العمل على قاسم الصيقل ولذا بدّل الميتة بالذكيه وأنه يعمل بها ، ولذا أجابه الإمام

ص: ٦٦

أبو جعفر الثاني جواد الأئمة عليهم السلام: « كل أعمال البر بالصبر ».

ولكن سندها ضعيف . واحتمل بعض مشايخنا اتحاد هذه الروايه مع المكاتبه الماضيه ، والاتحاد بنظرنا بعيد ، لا سيما مع تعدد الأئمة المسؤولين عنهم عليهم السلام . والله العالم .

ومنها : خبر على بن أبي حمزه : إن رجلاً سأل أبا عبد الله عليه السلام - وأنا عنده - عن الرجل يتقلد السيف ويصلي فيه ؟ قال : نعم ، فقال الرجل : إن فيه الكيمخت ، قال : وما الكيمخت ؟ قال : جلود دواب منه ما يكون ذكياً ومنه ما يكون ميتة ، فقال : ما علمت أنه ميتة فلا تصل فيه (١) .

أجاب الإمام عليه السلام بعدم جواز الصلاه في ما علم أنه ميتة وأجاز ضمناً الإنتفاع بها لعدم تعرضه به وهو في مقام البيان ، فالروايه تدل على جواز الإنتفاع بالميتة ولكن في سندها ضعف .

ومنها : خبر أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصلاه في الفراء ؟ فقال : كان على بن الحسين عليه السلام رجلاً صرداً ، لا يدفنه فراء الحجاز ، لأن دباغها بالقرظ ، فكان يبعث إلى العراق فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه ، فإذا حضرت الصلاه ألقاه وألقى القميص الذي يليه ، فكان يسأل عن ذلك ؟ فقال : إن أهل العراق يستحلون لباس جلود الميتة ويزعمون أن دباغها ذكاته (٢) .

دلالة الروايه على الإنتفاع بالميتة واضحه ولكن في سندها ضعف .

ومنها : خبر زراره قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جلد الخنزير يجعل دلوأ يستقى به الماء ؟ قال : لا بأس (٣) .

بتقريب : عدم قبول التذكيه للخنزير ، فإنه ميتة لا محاله وأجاز الإمام عليه السلام الإنتفاع بجلده . ولكن في السند أبا زياد النهدي وهو مجهول ، فالسند ضعيف به .

وبالجملة ، هذه الطائفة من الروايات تدل على جواز الإنتفاع بالميتة والطائفة الأولى

ص : ٦٧

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٩١ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٤٦٢ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١ / ١٧٥ ح ١٤ .

صريحه فى عدم الجواز ، ويمكن الجمع بينهما بحمل الطائفة المانعه على الإنتفاعات التى يُنتفع بها فى المذكى كما يظهر ذلك أيضاً من بعضها نحو موثقه سماعه وخبر البنظى ونحوهما . وعلى هذا الروايات تدل على جواز الإنتفاع بالميته .

ولو أبيت إلا أن ترى التعارض بين الطائفتين من الروايات ، بعد التساقت لعدم وجود الترجيح بينهما ، فالمرجع هو قاعده الحلّ فى الإنتفاع بالميته .

وبعد جواز الإنتفاع بالميته ، على القاعده المذكوره ، من الملازمه بين جواز الإنتفاع وجواز البيع هل يحكم بجواز بيع الميته هنا أم لا ؟

نعم ، على القاعده الأولى لابدّ من الحكم بالجواز فى بيع الميته ، ولكن هذا إذا لم يرد من الشارع المقدس النهى عن بيعها ، وفى المقام ورد النهى من بيع الميته فى عده من الروايات :

منها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : السحت ثمن الميته ، و ثمن الكلب و ثمن الخمر ومهر البغى ، ولا رشوه فى الحكم وأجر الكاهن(١) .

وقد مرّ منّا أنّ لفظ « السحت » ظاهر فى الحرمة ، والحرمة فى المعاملات ظاهره فى الحرمة الوضعيه ، يعنى بطلان المعامله . وسند الروايه أيضاً معتبر ، فلا بأس بأخذها والإفتاء على طبقها .

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال عليه السلام : أجر الزانيه سحت ، و ثمن الكلب الذى ليس بكلب الصيد سحت ، و ثمن الخمر سحت وأجر الكاهن ، سحت و ثمن الميته سحت ، فأما الرشا فى الحكم فهو الكفر بالله العظيم(٢) .

ومنها : خبر وصيه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لأمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال صلى الله عليه وآله وسلم : يا على من السحت ثمن الميته و ثمن الكلب و ثمن الخمر ومهر الزانيه والرشوه فى الحكم وأجر الكاهن(٣) .

ومنها : خبر البنظى صاحب الرضا عليه السلام قال : سألته عن الرجل تكون له الغنم يقطع من ألياتها وهى أحياء يصلح له أن ينتفع بما قطع ؟ قال : نعم يذبيها ويسرج بها ولا يأكلها

ص: ٦٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٣ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٤ ح ٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٤ ح ٩ .

ولا يبيعهها (١).

ومنها : خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الماشيه تكون للرجل فيموت بعضها يصلح له بيع جلودها ودباغها ولبسها ؟ قال : لا ولو لبسها فلا يصل فيها (٢).

ومنها : خبر الجعفریات بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : من السحت ثمن الميتة ، الحديث (٣).

ومنها : خبر الدعائم قال : روينا عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آباءه عليهم السلام : أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الأحرار ، وعن بيع الميتة والخنزير والأصنام ، وعن عسب الفحل ، وعن ثمن الخمر ، وعن بيع العذره وقال : هي ميتة (٤).

هذه الروايات مع إفتاء المشهور على طبقها بل كاد أن يكون إجماعاً ، منعنا من الحكم بجواز بيع الميتة على القاعده الملازمه بين جواز الإنتفاع بالميتة وجواز بيعها ، وعلى طبق هذه الروايات نذهب إلى عدم صحه بيع الميتة وبطلانه . كما عليه المشهور بل الإجماع .

### تبصره فيها فرع :

يجوز الإنتفاع ببعض أجزاء الميتة نحو الصوف والشعر والريش والبيضة والنانب والقرن والأنفحه وغيرها من الأجزاء التي لا تحلها الحياه ، تدل على ذلك عدّه من الروايات :

منها : معتبره أبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : وأطلق في الميتة عشره أشياء : الصوف والشعر والريش والبيضة والنانب والقرن والظلف والأنفحه والإهاب واللبن وذلك إذا كان قائماً في الضرع (٥).

ص : ٦٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٦٨ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٦ ح ١٧ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٧٥ ح ١١ .

ومنها : خبر محمد بن جمهور عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : حرم من الذبيحه عشره أشياء وأحلّ من الميتة اثنتا عشره شيئاً ، فأما الذى يحرم من الذبيحه فالدم والفرث والغدد والطحال والقضيب والاثنيان والرحم والظلف والقرن والشعر ، وأما الذى يحلّ من الميتة : فالشعر والصوف والوبر والناب والقرن والضرس والظلف والبيض والأنفحة والظفر والمخلب والريش (١) .

ومنها : صحيحه حريز قال : قال أبو عبد الله عليه السلام لزراره ومحمد بن مسلم : اللبن واللباء والبيضة والشعر والصوف والقرن والناب والحافر وكلّ شيء يفصل من الشاه والدابته فهو ذكّيّ ، فإن أخذته منه بعد أن يموت فاغسله وصلّ فيه (٢) .

ومنها : حسنه الحسين بن زراره قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام وأبى يسأله عن السنّ [اللبن] من الميتة والبيضة من الميتة وإنفحه الميتة ، فقال : كلّ هذا ذكّيّ ، الحديث (٣) .

ومنها : معتبره غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام : فى بيضه خرجت من أست دجاجة ميتة ، قال : إن كانت اكتست البيضة الجلد الغليظ فلا بأس بها (٤) .

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال الصادق عليه السلام : عشره أشياء من الميتة ذكّيه : القرن والحافر والعظم والسنّ والإنفحة واللبن والشعر والصوف والريش والبيض (٥) .

ومنها : صحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الإنفحة تخرج من الجدى الميت ؟ قال : لا بأس به ، قلت : اللبن يكون فى ضرع الشاه وقد ماتت ؟ قال : لا بأس به ، قلت : والشعر وعظام الفيل والجلد والبيض يخرج من الدجاجة ؟ فقال : كل هذا لا بأس به (٦) .

ص : ٧٠

- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٧٧ ح ٢٠ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٠ ح ٣ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٠ ح ٤ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨١ ح ٦ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٢ ح ٩ .
- ٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٨٢ ح ١٠ .

ومنها : حسنه أخرى للحسين بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : سأله أبي عن الإنفحة تكون في بطن العناق أو الجدى وهو ميت ؟ قال : لا بأس به .

قال : وسأله أبي - وأنا حاضر - عن الرجل يسقط سنّه فيأخذ سنّ إنسان ميّت فيجعله مكانه ؟ فقال : لا بأس .

وقال : عظام الفيل تجعل شطرنجاً ؟ قال : لا بأس بمسّها .

وقال أبو عبد الله عليه السلام : العظم والشعر والصوف والريش كل ذلك نابت لا يكون ميتاً .

قال : وسألته عن البيضة تخرج من بطن الدجاجة الميتة ؟ قال : لا بأس بأكلها(١) .

ومنها : غير ذلك من الروايات الواردة في المقام .

تدل هذه الروايات على جواز الإنتفاع بهذه الأشياء من الميتة وأكثرها ممّا لا تحلّه الحياه ، ولذا يمكن تطهيرها أيضاً بعد انفصالها من الميتة . وحيث يجوز الإنتفاع بها ، يجوز بيع هذه الأجزاء ولا تشملها الروايات المانعه من بيع الميتة لأنّها جزءٌ للميتة المبانه منها ويجوز الإنتفاع بها فيجوز بيعها . وأمّا الصلاة فيها فلا تجوز كما هو الظاهر من المذهب ، والروايات المجرّزه للصلاه في هذه الأجزاء المبانه من الميتة تحمل على التقيه . والحمد لله وهو العالم .

## فرعان

### الاول : هل يجوز بيع المختلط بالميتة ، المشتبه بين المذكي والميتة معاً أم لا ؟

#### اشاره

يعنى مثلاً : هنا لحمان أحدهما مذكي والآخر ميتة واشتبه الأمر بينهما هل يجوز بيعهما أم لا ؟

المشهور بين الأصحاب جواز بيعه ممن يستحل الميتة كما ذهب إليه الشيخ في النهاية(٢) وابن حمزه في الوسيله(٣) ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع(٤) والمحقق في الشرائع(٥) والعلامه

ص : ٧١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٣ ح ١٢ .

٢- (٢) النهايه / ٥٨٦ .

٣- (٣) الوسيله / ٣٦٢ .

٤- (٤) الجامع للشرائع / ٧٥٢ .

٥- (٥) الشرائع ٣ / ١٧٥ .

فى الارشاد(١) وغيرهم فى غيرها .

ثم هل يجوز بيعه أم لا ؟ وعلى القول بالجواز هل يُعتبر بيعه مَمَّن يستحل الميتة فقط أم لا ؟ فلا بدّ من ملاحظه الأدله فى المقام ،  
تنقسم إلى ثلاث طوائف :

### الطوائف الثلاث من الروايات

#### الطائفة الأولى : تدل على جواز بيع المختلط :

منها : صحيحه الحلبي قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا اختلط الذكى والميتة باعه مَمَّن يستحل الميتة ويأكل  
ثمنه(٢) .

ومنها : صحيحه أخرى للحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سُئل عن رجل كان له غنم وبقر وكان يدرك الذكى منها فيعزله ،  
ويعزل الميتة ثم إن الميتة والذكى أختلط كيف يصنع به ؟ قال : يبيعه مَمَّن يستحل الميتة ويأكل ثمنه فإنه لا بأس(٣) .  
وهاتان الصحيحتان كالنص فى جواز بيع المختلط مَمَّن يستحل الميتة .

ومنها : صحيحه حفص بن البخترى عن أبي عبد الله عليه السلام فى العجين من الماء النجس كيف يصنع به ؟ قال : يباع مَمَّن  
يستحل الميتة(٤) .

هذه الصحيحه تدل على جواز بيع العجين النجس المتعین مَمَّن يستحل الميتة ، وحيث يجوز بيع هذا النجس المتعین كذلك  
يجوز بيع المختلط بطريق أولى .

ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن حُبّ دهن مات فيه فأره ؟ قال : لا تدهن به ولا  
تبعه من مسلم(٥) .

بتقريب : صارحبه الدهن بعضه أو كله نجساً بموت فأره فيه ، ونهى الإمام عليه السلام عن بيعه من المسلم لأجل نجاسته ، يعنى  
يجوز بيعه من الكافر ، فكما يجوز بيع هذا الدهن النجس من الكافر كذلك يجوز بيع المختلط من الكافر ومَمَّن يستحل الميتة .

ص : ٧٢

١- (١) الارشاد ٢ / ١١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٩ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٩ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٠ ح ٣ .





وبالجملة ، مفهوم خبر علي بن جعفر يدل على جواز بيع المختلط مَمَّن يستحل الميتة . ولكن في سنده ضعف .

ومنها : خبر زكريا بن آدم قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن قطره خمر أو نبيذ مسكر قطرت في قدر فيه لحم كثير ومرق كثير ؟ قال : يهراق المرق ، أو يطعمه أهل الذمه أو الكلب واللحم إغسله وكله .

قلت : فإنه قطر فيه الدم ، قال : الدم تأكله النار إن شاء الله .

قلت : فخمر أو نبيذ قطر في عجين أو دم ؟ قال : فقال : فسد .

قلت : أبيع من اليهود والنصارى وأبين لهم ؟ قال : نعم ، فإنهم يستحلون شربه .

قلت : والفقاع هو بتلك المنزلة إذا قطر في شيء من ذلك ؟ قال : فقال : أكره أن آكله إذا قطر في شيء من طعامي (١) .

بتقريب : أن الإمام عليه السلام جَوَّزَ إطعام أهل الذمه بالمرق النجس والإطعام لا يكون مجازياً قطعاً ، فيمكن بيع هذا المرق النجس لهم . وهكذا أجاز بيع العجين المتنجس بالخمر أو النبيذ أو الدم لهم ، وعلله عليه السلام بأنهم يستحلون شرب الخمر .

فالرواية بهاتين الفقرتين تدلان على جواز بيع المتنجس المتعين من أهل الذمه ، وحيث يجوز بيع المتنجس المتعين لهم كذلك يجوز بيع المختلط بطريق أولى .

فالرواية تدل على جواز بيع المختلط من أهل الذمه . ولكن سندها ضعيف بالحسن بن المبارك حيث لم يرد توثيقه .

### الطائفة الثانية تدل على رميها معاً إلى الكلاب :

منها : خبر الجعفریات بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام أنه سئل عن شاه مسلوخه وأخرى مذبوحة ، عُمِيَ على الراعي أو على صاحبها ، فلا يدري الذكيه من الميتة ؟ قال : يرمى بها جميعاً إلى الكلاب (٢) .

ص: ٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ٣ / ٤٧٠ ح ٨ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٣ ح ١ .

بتقريب : أن الروايه تدل على لزوم رمى المختلط إلى الكلاب وعلى هذا لا يجوز بيعه حتى مَمَّن يستحل الميتة .

وفيه : رمى المختلط إلى الكلاب لا يلزم عدم جواز بيعه مَمَّن يستحل ، لأنَّ الإمام عليه السلام جعلهما في عرض واحد في خبر زكريا بن آدم المتقدم ، حيث قال عليه السلام : « يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمه أو الكلب » . هذا أولاً .

وثانياً : سند الروايه ضعيف كما لا يخفى على أهله .

### الطائفة الثالثه :

تدل على عرضهما على النار فإن انقبض فهو ذكئ حلال وإن انبسط فهو ميتة حرام :

منها : خبر شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دخل قريه ، فأصاب بها لحماً لم يدر أذكئ هو أم ميت ؟ فقال : يطرحه على النار ، فكل ما انقبض فهو ذكئ ، وكل ما انبسط فهو ميت (١) .

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال الصادق عليه السلام : لا تأكل الجري - إلى أن قال - إذا وجدت لحماً ولم تعلم أذكئ هو أم ميتة ؟ فألق قطعه منه على النار ، فإن انقبض فهو ذكئ وإن استرخى على النار فهو ميتة (٢) .

بتقريب : أن الروايتين وردتا في اللحم المشتبه ، ولكن الملاك في المشتبه والمختلط واحد وهو عدم العلم بأنه ميتة أو ذكئ .

وأفتى الصدوق بمفادهما في المقنع (٣) والشهيد في الدروس حيث قال : « ... ويمكن اعتبار المختلط بذلك (يعنى بالمشتبه وطرحه على النار) إلا أنَّ الأصحاب والأخبار أهملت ذلك » (٤) .

وفيه : أن الروايتين وردتا في المشتبه ولم يفت الأصحاب على طبقهما ، بل المشهور

ص : ٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٨ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٩ ح ٢ .

٣- (٣) المقنع / ١٤٢ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٦ / ١٩٣ .

٤- (٤) الدروس ٣ / ١٣ .

ذهبوا إلى ترك اللحم المشتبه ، وبعد إعراض المشهور عنهما كيف يمكن التعدي منهما إلى المختلط .

هذا ، مع ضعف سند الأولى باسماعيل بن عمر وشعيب وكلاهما مجهولان والثانيه مرسله . وبالجملة لم يعمل الأصحاب بمفادهما في موردهما - يعنى اللحم المشتبه - فكيف يمكن الأخذ بهما في غير موردهما يعنى المختلط ؟ !

فبقى فى المقام الطائفة الثانيه والطائفة الأولى ، وحيث لا تنافى بينهما كما مرّت الإشاره إلى ذلك منّا ، فالروايات تدلّ على جواز بيع المختلط ممّن يستحيل الميتة ، فلا بدّ من الأخذ بها .

ولكن حيث لم يرد النهى من بيع المختلط ، بل النهى فقط ورد من بيع الميتة ، والمختلط ليست بالميتة ، يعنى الروايات الناهيه عن بيع الميتة لا تشمل بيع المختلط ، فيجوز بيع المختلط مطلقاً ، سواء كان المشتري مسلماً أو كان ذمياً .

وما ورد من الروايات فى جواز بيعه ممّن يستحلّ - يعنى الذمى - مثبت فى المقام ، ولا نفى فيه ، فجواز بيعه من المسلم صححه جواز الإنتفاع بالمختلط ، فيجوز بيعه ولم يرد النهى عن ذلك فى الشريعة المقدسه .

وبالجملة ، يجوز بيع المختلط مطلقاً ، لعدم ورود النهى عن ذلك وجواز الإنتفاع بها منفعه محلّله عقلائيّه .

## **الثانى : يجوز بيع الميتة من غير ذى النفس السائله .**

### **اشاره**

لابدّ لنا من البحث هنا فى مقامين :

### **١ - المقام الأوّل : طهاره الميتة من غير ذى النفس السائله :**

تدل عليه عدّه من الروايات :

منها : موثقه عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام : سئل عن الخنفساء والذباب والجراد والنمل وما أشبه ذلك يموت فى البئر والزيت والسمن وشبهه ؟ قال : كلّ ما ليس له دم فلا بأس (١) .

ص: ٧٥

---

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٤٦٣ ح ١ .

ومنها: موثقه حفص بن غياث عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: لا يفسد الماء إلا ما كانت له نفس سائله (١).

بتقريب: يعنى ما ليس له نفس سائله لا يفسد الماء بموته فيه، فصارت ميتة طاهره. ومثلها مرفوعه محمد بن يحيى (٢).

ومنها: موثقه سماعه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جرّه وجد فيها خنفساء قد ماتت؟ قال: ألقها وتوضأ منه، وإن كان عقرباً فأرق الماء وتوضأ من ماء غيره الحديث (٣).

ومنها: خبر ابن مسكان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: كلّ شيء يسقط في البئر ليس له دم - مثل العقارب والخنافس وأشباه ذلك - فلا بأس (٤).

والروايه الأخيره ضعيفه السند بمحمد بن سنان الراوى عن ابن مسكان.

وهذه الروايات ونظائرها داله على طهاره الميته من غير ذى النفس السائله. هذا كلّه فى المقام الأوّل.

## ٢ - المقام الثانى: هل يجوز بيعه أم لا؟

حيث كانت هذه الميتة طاهره ولها منافع محلّله عقلائيّه ولم يرد فى الشريعه النهى عن بيعه فيجوز بيعه مطلقاً.

إن قلت: النهى الوارد عن بيع الميتة يشمل هذه الميتة بإطلاقه، لأنّها ميتة أيضاً. كما ادعاه المحقق الشيرازى الثانى قدس سره فى حاشيته على المكاسب (٥).

قلت: النهى الوارد فى الميتة ورواياتها منصرف عن الميتة من غير ذى النفس السائله كانصراف ما لا يؤكل لحمه عن الإنسان، وهذا ظاهر لا غبار عليه.

وبالجملة، يجوز بيع الميتة الطاهره لعدم ورود النهى عن ذلك ولها منافع محلّله عقلائيّه. والحمد لله رب العالمين.

ص: ٧٦

١- (١) وسائل الشيعه ٣ / ٤٦٤ ح ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٣ / ٤٦٤ ح ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٣ / ٤٦٤ ح ٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٣ / ٤٦٤ ح ٣.

٥- (٥) حاشيه المكاسب / ١٢ للمحقق آيه الله الميرزا محمد تقى الشيرازى طاب ثراه.

هل يجوز قطع أعضاء الميت المسلم لأجل زرعها في المسلم الحي وترقيعها؟ وعلى فرض جوازه هل يجوز بيع هذه الأعضاء؟ وهل في قطع هذه الأعضاء ديه؟ والديه على مَنْ؟ على القاطع أو المسلم الحي المريض؟ وفي من تصرف هذه الدية؟

ثم هل الوصيه بذلك (يعنى بقطع العضو) نافذه من قبل الميت أم لا؟ وهل تعتبر رضی أولياء الميت في هذا القطع؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - أنه يجوز قطع أعضاء الميت المسلم لأجل زرعها في المسلم الحي مع توفر شرطين:

الأول: إن كان حفظ حياه المسلم مشروطاً بهذا القطع والترقيع.

الثاني: عدم إمكان تحصيل هذا العضو من الميت الكافر أو من أهل الذمه أو غير المسلم.

فمع هذين الشرطين يجوز قطع عضو الميت المسلم وزرعه في المسلم الحي. فمما ذكرنا من هذا الإشتراط ظهر أن الحكم بالجواز هنا ليس لأجل انصراف أدله حرمة المثل من هذا القطع، بل لأجل تقدم حفظ حياه المسلم على حرمة هذا القطع بقاعده التراحم كما قرّر في محلّه. ويؤيده مرسله زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن الرجل يسقط سنّه، فأخذ سنّ إنسان ميت فيجعله مكانه؟ قال لا بأس (١).

وفي فرض الجواز، الأحوط عدم جواز بيعه، لأن من المحتمل شمول أدله حرمة بيع الميتة لذلك. ويؤيده صحيح أيوب بن نوح عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا قطع من الرجل قطعه فهي ميتة، فإذا مسّه إنسان فكلّ ما كان فيه عظم فقد وجب على من

ص: ٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ٤ / ٤١٧ ح ٤ - الباب ٣١ من أبواب لباس المصلى.

يَمَسُّه الغسل ، فإن لم يكن فيه عظم فلا غسل عليه (١) .

نعم ، ثبت على القاطع ديه العضو ، لعموم أدله الديات وشمولها لهذا الفرض . وتدل عليه صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قطع رأس الميت ؟ قال : عليه الدية ، لأن حرمة ميتاً كحرمة وهي حيٌّ (٢) .

ونحوها خبر عبد الله بن مسكان (٣) وخبر محمد بن سنان عمّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام (٤) .

وتدل عليه أيضاً صحيحه جميل عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : قطع رأس الميت أشد من قطع رأس الحيِّ (٥) .

وراجع في ذلك الباب ٢٥ من أبواب ديات الأعضاء من وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٨ .

ويمكن أن يشترط القاطع أن يدفع ديه المسلم الحيِّ ، وحينئذ بعد أدائه الدية تسقط عنه .

وهذه الدية تصرف في وجوه البرّ للميت ، ولم يكن مالا له حتّى يُقسّم بين الورثة . وتدل عليه صحيحه حسين بن خالد قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قطع رأس رجل ميت ؟ فقال : إنّ الله عزّ وجلّ حرّم منه ميتاً كما حرّم منه حيّاً ، فمن فعل بميت فعلاً يكون في مثله اجتياح نفس الحي فعليه الدية .

فسألت عن ذلك أبا الحسن عليه السلام فقال : صدق أبو عبد الله عليه السلام ، هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

قلت : فمن قطع رأس ميت أو شق بطنه أو فعل به ما يكون فيه اجتياح نفس الحي فعليه ديه النفس كامله ؟ فقال : لا ، ولكن ديته ديه الجنين في بطن أمّه قبل أن تنشأ فيه الروح ،

ص : ٧٨

١- (١) وسائل الشيعة ٣ / ٢٩٤ ح ١ - الباب ٢ من أبواب غسل المس .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٧ ح ٤ - الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٧ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٧ ح ٥ .

٥- (٥) الكافي ٧ / ٣٤٨ ح ٢ .

وذلك مائه دينار ، وهي لورثته ، وديه هذا هي له لالورثة .

قلت : فما الفرق بينهما ؟ قال : إنّ الجنين أمرٌ مستقبل مرجوٌ نفعه وهذا قد مضى وذهبت منفعته ، فلما مثل به بعد موته صارت ديته بتلك المثله له لا لغيره ، يحجُّ بها عنه ويفعل بها أبواب الخير والبرّ من صدقه أو غيرها .

قلت : فإن أراد رجل أن يحفر له فيغسِّله في الحفرة فسدر الرجل ممّا يحفر فدير به فمالت مسحاته في يده فأصاب بطنه فشقّه فما عليه ؟ فقال : إذا كان هكذا فهو خطأ وكفّارته عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو صدقه على ستين مسكيناً ، مدٌّ لكلّ مسكين بمدّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم (١) .

أقول : ورواها أيضاً البرقي بسنده الصحيح عن الحسين بن خالد (٢) .

ثم : الوصيه بقطع العضو من جسده لم تكن نافذه مع فقد الشرطين المذكورين ، ومع وجودهما لا أثر لفقد الوصيه .

والأحوط الإستئذان من إولياء الميت لأجل القطع .

ثم بعد القطع والزرع يصير هذا العضو جزءً للحى ، فيطهر ويجوز الصلاه معه بلا-ريب وإشكال ، سواءً في ذلك بين الأعضاء والأجزاء الداخليه والخارجيه .

## فرع آخر : التشريح

وممّا ذكرنا ظهر حكم تشريح ، يعنى تقطيع جسد إنسان لأجل تعلّم الطب هل يجوز أم لا ؟

يجوز تشريح جسد المسلم مع حفظ الشرطين المذكورين سابقاً ، ومع عدمهما فلا يجوز . وورد في الروايات جواز شق بطن المرأه الميتة وخروج ولدها الحىّ وجواز تقطيع ولد الميت في بطن أمّه الحيه . وليست هذه الموارد إلّا-لحفظ حياه الحىّ . فإذا كان يجوز الشق والتشريح

ص : ٧٩

١- (١) الكافي ٧ / ٣٤٩ ح ٤ ونقل عنه في وسائل الشيعه ٢٩ / ٣٢٥ ح ٢ - الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء .

٢- (٢) المحاسن ٢ / ١٦ ح ١٦ .

لأجل حفظ حياة مسلم واحد ، يجوز ذلك إذا كان حفظ حياة المسلمين يستلزم ذلك ولو كان في المستقبل .

من الروايات المومى إليها :

منها : موثقه على بن يقطين قال : سألت العبد الصالح عليه السلام عن المرأة تموت وولدها فى بطنها ؟ قال : يشقّ بطنها ويخرج ولدها(١) .

ومنها : صحيحه أخرى لعلى بن يقطين قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن المرأة تموت وولدها فى بطنها يتحرك ؟ قال : يشقّ عن الولد(٢) .

ومنها : خبر وهب بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا ماتت المرأة وفى بطنها ولد يتحرك فيتخوف ، عليه فشقّ بطنها وأخرج الولد .

وقال : فى المرأة يموت ولدها فى بطنها فيتخوف عليها ، قال : لا- بأس أن يدخل الرجل يده فيقطعها ويخرجه إذا لم تفرق به النساء(٣) .

وبالجملة ، إذا كان حفظ حياة المسلمين ولو فى المستقبل منوطاً بالتشريح ولم يكن فى البين جسد الكافر ثم الدمى للتشريح ، يجوز تشريح جسد المسلم .

لا يقال : أدله حرمه المثلث والتشريح مطلقه تشمل المسلم والذمى والكافر ، فلماذا قدّمتم الكافر ثم الذمى ثم المسلم ؟ بل بعضها تختص بالكوافر وإن كانت تشمل المسلم بطريق الأولويه كما يفهم من جملة الروايات :

منها : صحيحه أبى حمزه الثمالى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا أراد أن يبعث سرّيه دعاهم فأجلسهم بين يديه ثم يقول : سيروا بسم الله وبالله وفى سبيل الله وعلى ملة رسول الله ، لا- تغلوا ولا- تمثّلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا شيخاً فاتياً ولا صبياً ولا امرأة ولا تقطعوا شجراً إلاّ أن تضطروا إليها ، وأيّما رجل من أدنى المسلمين أو أفضلهم نظر إلى أحد من المشركين فهو جار حتى يسمع كلام الله ، فإن تبعكم فأخوكم فى الدين وإن أبى فأبلغوا

ص: ٨٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢ / ٤٧٠ ح ٢ الباب ٤٦ من أبواب الإحتضار .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢ / ٤٧١ ح ٦ .

٣- (٣) الكافى ٣ / ٢٠٦ ح ٢ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ٤٧٠ ح ٣ .



مأمنه واستعينوا بالله (١).

ومنها : معتبره مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان إذا بعث أميراً له على سريره أمره بتقوى الله عزَّوجلَّ في خاصه نفسه ثم في أصحابه عامه ثم يقول : أغز بسم الله وفي سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدًا ولا متبتلاً في شاهق ولا تحرقوا النخل ، الحديث (٢).

ومنها : خبر عبد الرحمن بن جندب عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام : كان يأمر في كل موطن لقينا فيه عدونا فيقول : لا تقاتلوا القوم حتى يبدؤكم ، فإنكم بحمد الله على حجه وترككم أياهم حتى يبدؤكم حجه أخرى لكم ، فإذا هزمتموهم فلا تقتلوا مُدبراً ، ولا تجيزوا على جريح ولا تكشفوا عوره ولا تمثلوا بقتيل (٣).

ومنها : خبر مالك بن أعين عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال في حديث : ولا تمثلوا بقتيل ، الحديث (٤).

ومنها : مرسله الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام في وصيته للحسن والحسين عليهما السلام لما ضربه ابن ملجم لعنه الله : ... أنظروا إذا أنا متُّ من ضربته هذه فاضربوه ضربه بضربه ، ولا تمثلوا بالرجل ، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : إياكم والمثله ولو بالكلب العقور (٥).

لأننا نقول : نعم هذه الروايات - وإن لا ينكر شمول بعضها للكوافر فقط - ولكن نعلم من الخارج حرمة المسلم بالنسبة إليه ، وحيث نضطر في العمل من التشريح وهو في الحقيقة قسم من المثله فلا يجوز التشريح والمثله بالنسبة إلى جثه المسلم ما دمنا نجد جسد الكافر . وهكذا الأمر بالنسبة إلى الذمى ، لأن المسلم أعظم حرمة منه ، فلا يجوز تشريح المسلم وجسد الذمى موجود لذلك فثبت الترتيب والإشتراط ، بحيث لا يجوز تشريح جسد المسلم وجسد

ص : ٨١

- ١- (١) وسائل الشيعة ١٥ / ٥٨ ح ٢ - الباب ١٥ من أبواب جهاد العدو .
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٥٩ ح ٣ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٥ / ٩٢ ح ١ - الباب ٣٣ من أبواب جهاد العدو .
- ٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥ / ٩٥ ح ٣ - الباب ٣٤ من أبواب جهاد العدو .
- ٥- (٥) نهج البلاغه ، الكتاب ٤٦ .

الكافر ثم الذمي موجودان ، ويكفينا هذا في المقام . وأما مع عدمهما فتصل النوبه إلى جسد المسلم، ويجوز ذلك مع وجود الشرط الثاني ، وهو تحفظ حياه المسلمين على ذلك ولو كان في المستقبل .

وتدل على أنّ حرمة المؤمن حيّاً وميتاً سواءً عدة من الروايات :

منها : صحيحه صفوان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أبي الله أن يظنّ بالمؤمن إلاّ خيراً ، وكسرك عظامه حيّاً وميتاً سواءً (١).

ومنها : خبر العلاء بن سيّابه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : حرمة المسلم ميتاً كحرمة وهو حيّ سواءً (٢) .

ومنها : خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث وفاه الحسن عليه السلام ودفنه - قال : إنّ الله حرّم من المؤمنين أمواتاً ما حرّم منهم أحياءً (٣) .

والحاصل : يجوز تشريح جسد المسلم مع توفر الشرطين الماضيين ويتعلق بقطع أعضائه وكسر عظامه ونحوها الديه ، وديته تصرف في وجوه البرّ للميت ولا تقسم بين ورثته كما مرّ في البحث السابق .

وهكذا لا يجوز بيع جسد الميت للتشريح ، ولا تنفذ الوصيه بذلك والأحوط ، الإستئذان من أوليائه لأجل التشريح كما مرّ في البحث السابق آنفاً . والحمد لله العالم بأحكامه .

ص: ٨٢

١- (١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٩ ح ٤ - الباب ٢٥ من أبواب ديات الأعضاء .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٣ / ٢١٩ ح ١ - الباب ٥١ من أبواب الدفن - و ٢٩ / ٣٢٩ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٩ / ٣٢٨ ح ٣ .

اشاره

استدلوا على بطلان بيعه بالإجماع ، وادعاه الشيخ فى الخلاف (١) والمبسوط (٢) والعلامه فى التذكره (٣) والمنتهى (٤) ، وذهب إليه مشهور الخاصه والعامه .

والعمده فى المقام ملاحظه الروايات ، ومع وجودها يصير الإجماع على فرض وجوده مدركياً . والروايات الوارده حول الخنزير على طوائف :

الطوائف الثلاثه من الروايات

الطائفه الأولى : مايدل على بطلان البيع :

منها : خبر الجعفرىات بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : من السحت : ثمن الميتة و ... إلى أن قال : و ثمن الخنزير ، الحديث (٥) .

ومنها : ما ورد فى دعائم الاسلام قال : رويانا عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آباءه عليهم السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الأحرار وعن بيع الميتة والخنزير والأصنام ، الحديث (٦) .

وهكذا ورد حرمه بيعها فى خبر تحف العقول (٧) والفقه الرضوى (٨) أيضاً .

ومنها : خبر معاويه بن سعيد عن الرضا عليه السلام قال : سألت عن نصرانى أسلم وعنده

ص : ٨٣

١- (١) الخلاف ٣ / ١٨٤ .

٢- (٢) المبسوط ٢ / ١٦٥ .

٣- (٣) التذكره ١ / ٤٦٤ ، (١٠ / ٢٥ من الطبعة الحديثه) .

٤- (٤) المنتهى ٢ / ١٠٠٨ .

٥- (٥) مستدرك الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .

٦- (٦) مستدرك الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٥ .

٧- (٧) تحف العقول / ٣٣٣ .

٨- (٨) الفقه الرضوى / ٢٥٠ .

خمر وخنزير وعليه دين هل يبيع خمره وخنزيره ويقضى دينه؟ قال: لا(١).

ومنها: مضمرة يونس في مجوسى باع خمرأ أو خنازير إلى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال، قال: دراهمه(٢).

وقال: أسلم رجل وله خمر وخنزير ثم مات وهي ملكه وعليه دين، قال: يبيع ديانه أو ولى له غير مسلم خمره وخنزيره ويقضى دينه، وليس له أن يبيعه وهو حي ولا يمسه.

وظاهر هذه الطائفة من الروايات بطلان بيع الخنزير، ولكن كلفها ضعاف والأخير مضمرة لم تنسب إلى المعصوم عليه السلام إلا أن ذيلها تدل على بطلان البيع.

ومنها: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرأ وخنزير وهو ينظر فقضاه، فقال: لا بأس به، أما للمقتضى فحلال وأما للبائع فحرام(٣).

والحرمة بالنسبة إلى البائع تدل بوضوح على بطلان البيع. وروى نحوها في دعائم الإسلام(٤).

### الطائفة الثانية: ما يدل على صحة البيع في الجملة:

منها: صحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون لى عليه دراهم فيبيع بها خمرأ وخنزيراً ثم يقضى منها، قال: لا بأس، أو قال: خذها(٥).

والرواية تدل على صحة البيع، لأن المديون يقضى دينه من عين الدراهم التي أخذها ثمناً للخمر والخنزير، فلو كان يبعه باطلاً، لم يجوز أخذ الثمن الشخصي منه للدائن. الرواية مطلقة بالنسبة إلى الذمي والمسلم. ولكن الذي يُشكل الأمر في الرواية وجود الخمر فيها الذي

ص: ٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٦ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٧ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٢ ح ٢ .

٤- (٤) دعائم الإسلام ٢ / ١٩ ح ٢٥ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨٤ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٣ ح ٣ .

لا يمكن الذهاب إلى صحه بيعه ، فلذا لا بد من حمل هذه الصحيحه إما على الذمى أو الإعراض عنها . والأول أشبه .

ومنها : حسنه محمد بن يحيى الخنعمى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لنا عليه الدين فيبيع الخمر والخنازير فيقضينا ، فقال : لا بأس به ليس عليك من ذلك شيء (١) .

ومنها : خبر أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمراً وخنازير يأخذ ثمنه ، قال : لا بأس (٢) .

والأمر فى الأخيرتين أيضاً على نحو الأولى .

ومنها : موثقه منصور قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : لى على رجل ذمى دراهم فيبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر ، فيحل لى أخذها ؟ فقال : إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك (٣) .

والروايه سنداً موثقه بابن فضال ، والمنصور الراوى فيها هو ابن حازم بقرينه نقل يونس بن يعقوب عنه واشتهاره فى عصره وبين المسمين بهذا الإسم . والروايه تدل على صحه البيع بالنسبه إلى الذمى .

ومنها : خبر على بن جعفر بل صحيحته عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمراً أو خنزيراً إلى أجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحل لهما ثمنه بعد الإسلام ؟ قال : إنما له الثمن فلا بأس أن يأخذه (٤) .

### الطائفة الثالثه : ما ورد فى الإنتفاع بجلد الخنزير وشعره وبعض أجزائه والعمل به .

منها : خبر زراره قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جلد الخنزير يجعل دلوأ يُستقى به الماء ؟ قال : لا بأس (٥) .

ص : ٨٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٣ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٣ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٢ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٤ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١ / ١٧٥ ح ١٦ .

والروايه ضعيفه السند بأبي زياد النهدي لأنه مجهول ، وأما دلالتها على جواز الإنتفاع بجلد الخنزير واضحه .

ومنها : صحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الحبل يكون من شعر الخنزير يُستقى به الماء من البئر ، هل يتوضأ من ذلك الماء ؟ قال : لا بأس (١) .

وقد حملها صاحب الوسائل على التوضي بماء البئر لا ماء الدلو ، وقال : « وإن أُريد به ماء الدلو فإن الحبل لا يلاقيه بعد الانفصال عن البئر ويحتمل كون الدلو كراً » (٢) .

أقول : لا يخفى ما فى احتماله الأوّل والأخير ، فإن السائل يسأل عن ماء دلوه لا ماء البئر ، وهكذا احتمال كون الدلو كراً بمسافه من البعد . وبالجملة الصحيحه تدل على جواز الإنتفاع بشعره .

ومنها : حسنه الحسين بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث : قلت له : شعر الخنزير يُعمل حبلاً ويُستقى به من البئر التى يُشرب منها أو يُتوضأ منها ؟ فقال : لا بأس به (٣) .

ومنها : خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : إن رجلاً من مواليك يعمل الحمامل بشعر الخنزير ؟ قال : إذا فرغ فليغسل يده (٤) .

ومنها : خبر بُرد الإسكاف قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شعر الخنزير يُعمل به ؟ قال : خذ فاغسله بالماء حتى يذهب ثلث الماء ويبقى ثلثاه ثم اجعله فى فخاره جديده ليله بارده ، فإن جمده فلا تعمل به وإن لم يجمد فليس له دسم فاعمل به ، واغسل يدك إذا مسسته عند كل صلاه . قلت : ووضوء ؟ قال : لا يغسل يدك كما تمس الكلب (٥) .

ومنها : الخبر الثانى لبُرد الإسكاف قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إننى رجل خراز ولا

ص : ٨٦

١- (١) وسائل الشيعة ١ / ١٧٠ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١ / ١٧٠ ذيل ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١ / ١٧١ ح ٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٨ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٨ ح ٢ .

يستقيم عملنا إلا بشعر الخنزير نخرز به ؟ قال : خذ منه وبره فاجعلها في فخاره ، ثم أوقد تحتها حتى يذهب دسمها ثم اعمل به (١) .

ومنها : الخبر الثالث لبرد قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك إنا نعمل بشعر الخنزير ، فربما نسي الرجل فصلّي وفي يده شيء ؟ قال : لا ينبغي أن يصلّي وفي يده منه شيء ، فقال : خذوه فاغسلوه فما كان له دسم فلا تعملوا به وما لم يكن له دسم فاعملوا به واغسلوا أيديكم منه (٢) .

وهذه الطائفة من الروايات تدل على جواز الإنتفاع بشعر وجلد الخنزير ولا فرق بين شعره وجلده وسائر أجزائه ، كما لم يرد في الروايات صورته انحصار جواز الإنتفاع بالاضطرار ، كما أفتي به بعض الأصحاب وحملها على صورته الاضطرار ، وهو حمل للروايات بلا وجه تقييد بلا قيد . وعلى هذا كما يجوز الإنتفاع بأجزاء الخنزير يجوز بيعه على القاعده الكائنه التي مرّت منا من أنّ كلّ شيء يجوز الإنتفاع به يجوز بيعه وصح شراؤه ، فبيع أجزاء الخنزير صحيح لدلاله هذه الطائفة الأخيره من الأخبار .

إن قلت : الروايات الواردة في العمل بشعر الخنزير لا يُثبت جواز بيعه ، لأنّ موضوعها العمل به والعمل يمكن أن يكون بالإيجار أو مجاناً أو نحو ذلك ، ونعني أن العمل لا يستلزم البيع في جميع الموارد ، فلا تدل على المطلوب .

قلت : نعم ، العمل أعم من البيع فلا يشتهه ولكن حيث ثبت جواز العمل بالأجزاء ثبت جواز الإنتفاع بها ، وحيث ثبت جواز الإنتفاع ثبت جواز البيع .

وما ورد في الروايات من حديث غسلها وجعلها في الفخاره وذهاب دسمها كلّها إرشادات إلى كيفية ذهاب دسومه شعر الخنزير أو جلده لتقليل التنجس بها أو سهوله التطهير بعد التنجس بها ، ولا تدلّ على المولويه كما هو واضح .

وبالجملة ، حيث ثبت جواز الانتفاع بأجزاء الخنزير من شعره وجلده وغيرهما

ص: ٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٨ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٨ ح ٤ .

وثبت جواز بيع هذه الأجزاء ، فهل يمكن الذهاب إلى القول بجواز بيع كله - أعنى الخنزير بأجمعه - أم لا ؟ يدل على جواز بيعه عدم الفرق بين الأجزاء والكل ، وتدل على بطلان بيعه بعض روايات الطائفة الأولى مع إفتاء المشهور على طبقها ، فكيف صار الحكم في الخنزير ؟

القاعده الأولى تقتضى جواز بيعه مع فرض وجود المنافع المحلله فيه وجواز الإنتفاع به حياً أو ميتةً ، وفي هذا الفرض القاعده تقتضى جواز بيعه ، إلا أنه ثبت دليل شرعى على بطلان بيعه تعبداً فتأخذ به كما ورد ذلك في الميتة . فهل ورد هنا أيضاً دليل تعبدى على بطلان بيع الخنزير أم لا ؟

أما خبر الجعفریات فضعيف سنداً ، ويمكن المناقشه في دلالتة بأنه في صدد عدّ أنواع السحت ولا إطلاق له حتّى يشمل صورته بيع الخنزير لأجل منافعه المحلله المفروضه . وهكذا الأمر في خبر الدعائم سنداً ودلالةً .

وقد مرّ منّا ضعف خبر تحف العقول وعدم صحه انتساب الفقه الرضوى إلى الإمام على بن موسى الرضا عليه السلام فهذان الخبران أيضاً لا يفيدان في المقام شيئاً .

وأما خبر معاويه بن سعيد فضعيف به ، ولكن دلالتة على بطلان بيع المسلم للخنزير واضح .

وأما صحيحه محمد بن مسلم فهي العمده في المقام ، وهي تدل على بطلان البيع ، حيث أن الإمام عليه السلام قال فيها : « وأما للبائع فحرام » ، وهذا صريح في بطلان المعامله .

وبنظرنا القاصر هذه الصحيحه المباركه يمكن أن تكون شاهد الجمع بين الطائفتين من الروايات - أعنى الطائفة الأولى الداله على بطلان المعامله والطائفة الثانيه الداله على صحه المعامله إجمالاً بحيث يجوز أخذ الثمن للفرد الآخر - يعنى الدائن مثلاً تفضلاً من الله تعالى وتسهيلاً لأمر المتدينين ، ووزانها وزان ما ورد في تحليل الخمس بالنسبه إلى اليد الثانيه ، بأنه لو كان مالا صار متعلقاً للخمس في يد مالكة ثم انتقل إلى الثاني ، حلله الشارع المقدس للثاني بروايات التحليل ولكن ذمه الأول مشغوله به . هكذا الأمر في هذا البيع ، بتقريب : أن البيع هنا كان باطلاً ولكن الشارع أجاز للدائن أو الثاني أخذ هذا الثمن الشخصى تسهياً لأمرهم وتفضلاً منه عليهم ، وهذا مفاد قوله عليه السلام في صحيحه زراره : « لا بأس به للمقتضى فحلل



وأما للبائع فحرام» .

نعم ، بعض الروايات تدل على صحة البيع بالنسبة إلى الذمى :

منها : مضمرة يونس الماضيه ، حيث قال الإمام عليه السلام فيها : « يبيع دِيَانَه أو ولى له غير مسلم خمره وخنازيره ويقضى ، دينه وليس له أن يبيعه وهو حى ولا يمسه » .

بتقريب : أن الإمام أجاز قضاء دينه من ثمن الخمر والخنزير ، ولكن لو كان بائعه ولياً له غير مسلم وقدر متيقن هذا الولي أنه من أهل الذمه ، فأجاز الإمام عليه السلام هذا البيع ، فبيع الخمر والخنزير من جانب الذمى صار صحيحاً . وتدل على الصحة أيضاً صدر هذه المضمرة ، ولكن لو كان هذا الرجل الذى أسلم حديثاً كان حياً لا يجوز البيع بتوسطه والبيع منه باطل ، وهذا مفاد قوله عليه السلام : « وليس له أن يبيعه وهو حى » . وأما قوله عليه السلام : « ولا يمسه » فأما يحمل على كراهه إمساك المسلم الخمر والخنزير أو عدم جواز إمساكهما للبيع ونحو ذلك .

والعمده فى المقام تصحيح سند هذه المضمرة ، ولا بأس به ، لأن إسماعيل بن مرار من الحسان ولذا لا يضر وجوده فى السند ، وهو الراوى عن يونس بن عبد الرحمن ، فالمراد بيونس فى السند هو ابن عبد الرحمن ، وهو مع جلالته وفقاهته وكونه من أصحاب الإجماع وأمر الإمام الرضا عليه السلام بأخذ معالم الدين منه لا ينقل عن غير الإمام شيئاً ، فالإضمار فى الروايه لا يضر حيث كان مضمرة يونس بن عبد الرحمن .

وبالجملة ، بعض الروايات تدل على صحة بيع الذمى الخمر والخنزير فنأخذ بها ، وأما المسلم فيبيعه لهما باطل ، بدلاله بعض الروايات ، ومنها : صحيحه محمد بن مسلم ومضمرة يونس بن عبد الرحمن الماضيتين .

وأما أخذ ثمن هذه المعامله من الذمى أو من المسلم للمسلم الآخر فأجازه الإمام عليه السلام تسهياً لأمر المسلمين وسماحه للشريعه المقدسه وقد استفدنا هذا الأمر من صحيحه محمد ابن مسلم .

وأما جواز بيع أجزاء الخنزير الذى مرّ منا فلعدم ورود النهى عن ذلك ، وترتب المنفعه المحلله فيها ، فيجوز بيعه لمنافعه المحلله ، نحو حرمه بيع الميتة وجواز بيع بعض أجزائه لمنافعه المحلله التى مرّت منا البحث فيها . وهذا تمام الكلام فى حكم بيع الخنزير البرى والحمد لله رب العالمين .

اشاره

المشهور بين الأصحاب بطلان بيع الكلب ، واستثنى منه بيع كلاب الصيد سلوقياً كان أو غيره ، وبعضهم استثنى كلب الحائط الماشيه والزرع نحو الإسكافي على ما نقل عنه العلامة فى المختلف (١) وابن إدريس الحلّى فى السرائر (٢) وابن حمزه فى الوسيله (٣) والعلامة فى القواعد (٤) والتحرير (٥) والفاضل المقداد فى التنقيح (٦) وابن فهد الحلّى فى المهذب البارع (٧) والشهيد فى الدروس (٨) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد (٩) والمولى أحمد النراقى فى المستند (١٠) ، وغيرهم فى غيرها .

ثم هل يلحق بهذا الإستثناء كلّ الكلاب المعلمه أو كلّ الكلاب الذين لهم منافع محلّله ، كبيع كلاب الدار والتجسس وشرطه الأمن ونحوها أم لا ؟

فلا بدّ من ملاحظه الأدله الوارده فى المقام ، وهى روايات :

الطائفتان من الروايات

الطائفة الأولى ما يدل على حرمه بيع الكلب مطلقاً :

منها : خبر الحسن بن على الوشاء عن الرضا عليه السلام فى حديث قال : وثمن الكلب

ص : ٩٠

١- (١) مختلف الشيعة ١٢ / ٥ .

٢- (٢) السرائر ٢ / ٢٢٠ - ٢١٥ .

٣- (٣) الوسيله ٢٤٩ / .

٤- (٤) قواعد الأحكام ١ / ١٢٠ .

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٥٨ مسأله ٣٠٠٧ .

٦- (٦) التنقيح الرائع ٢ / ٧ .

٧- (٧) المهذب البارع ٢ / ٣٤٨ .

٨- (٨) الدروس ٣ / ١٦٨ .

٩- (٩) جامع المقاصد ٤ / ١٤ .

١٠- (١٠) مستند الشيعة ١٤ / ٨٦ .

ومنها : خبر جراح المدائني قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : من أكل السحت ثمن الخمر ونهى عن ثمن الكلب (٢).

ومنها : صحيحه إبراهيم بن أبي بلاد قال : قلت لأبي الحسن الأول عليه السلام : جعلت فداك إن رجلاً من مواليك عنده جوار مغنيات قيمتهن أربعة عشر ألف دينار ، وقد جعل لك ثلثها ، فقال : لا حاجة لي فيها ، إن ثمن الكلب والمغنيته سحت (٣).

ومنها : خبر آخر للحسن بن علي الوشاء قال : سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنيته ؟ قال : قد تكون للرجل الجارية تلهيه ، وما ثمنها إلا ثمن كلب و ثمن الكلب سحت والسحت في النار (٤).

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر البغي و الرشوة في الحكم وأجر الكاهن (٥).

ومنها : خبر وصيه النبي صلى الله عليه و آله وسلم لأمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : يا علي من السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر الزانية و الرشوة في الحكم وأجر الكاهن (٦).

ومنها : خبر القاسم بن عبد الرحمن عن محمد بن علي عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن الحسين بن علي عليه السلام في حديث : إن رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن خصال تسعه ، عن مهر البغي وعن عسيب الدابة - يعني كسب الفحل - وعن خاتم الذهب وعن ثمن الكلب وعن مياثر الأرجوان (٧).

- ١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٨ ح ٢ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٩ ح ٤ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٤ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٦ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٣ ح ٥ .
- ٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٤ ح ٩ .
- ٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٥ ح ١٣ .

ومنها : خبر الجعفریات یاسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن عليّ عليه السلام قال : من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - : وثمان الكلب ، الحديث (١).

ومنها : خبر ابن فضال عن الصادق عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : شر الكسب : ثمن الكلب ومهر البغى وكسب الحجام (٢).

ومنها : خبر عبد الله بن طلحة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : من أكل السحت سبعة : الرشوة فى الحكم ومهر البغى وأجر الكاهن وثمان الكلب والذين بينون البنيان على القبور والذين يصوّرون التماثيل وجعيله الأعرابي (٣).

ومنها : خبر دعائم الإسلام رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن ثمن الكلب العقور (٤).

ومنها : معتبره السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : بعثنى رسول الله إلى المدينة فقال : لا تدع صورته إلا محوتها ولا قبراً إلا سوّيته ولا كلباً إلا قتلته (٥).

وأمره صلى الله عليه وآله وسلم بقتل الكلاب تدل على عدم ماليتها ، فإذا لا يجوز بيعها .

### الطائفة الثانية : ما يدل على جواز بيع كلب الصيد

منها : خبر أبي عبد الله العامرى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذى لا يصيد ؟ فقال : سحت ، وأنا الصيود فلا بأس (٦).

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم وعبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت ، قال : ولا بأس بثمن الهرة (٧).

ص : ٩٢

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٠ ح ٢ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧١ ح ٦ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ٨٩ ح ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١١ / ٥٣٣ ح ١ الباب ٤٦ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٨ ح ١ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١١٩ ح ٣ .

مفهوم هذه الصحيحه يدل على جواز بيع كلب الصيد .

ومنها : خبر أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن كلب الصيد ؟ قال : لا بأس ، بثمانه ، والآخر لا يحلّ ثمنه (١) .

والآخر : يعنى الكلب الذى ليس بكلب الصيد لا يحلّ ثمنه فلا يجوز بيعه .

ومنها : خبر آخر لأبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث : أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : ثمن الخمر ومهر البغى وثمان الكلب الذى لا يصطاد من السحت (٢) .

مفهوم هذه الروايه يدل على أن ثمن الكلب الذى يصيد ليس بالسحت فيجوز بيعه .

ومنها : خبر قاسم بن الوليد العامرى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذى لا يصيد ، فقال : سحت ، وأما الصيود فلا بأس (٣) .

ومنها : مرسله الشيخ لأنه قال فى المبسوط يجوز بيع كلب الصيد . وروى : أنّ كلب الماشيه والحائط مثل ذلك (٤) .

هذه المرسله تدل على جواز بيع كلب الماشيه والحائط ، وهما غير كلب الصيد .

ومنها : خبر دعائم الإسلام رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : لا بأس بثمان كلب الصيد (٥) .

ومنها : صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا خير فى الكلاب إلا كلب صيد أو كلب ماشيه (٦) .

فى هذه الصحيحه ألحق كلب الماشيه بكلب الصيد ، فلما يجوز بيع كلب الصيد فيجوز بيعه . ولعل المراد بالخير وجود المنفعه أو المالىه فيها .

ص : ٩٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١١٩ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١١٩ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١١٩ ح ٧ .

٤- (٤) المبسوط ٢ / ١٦٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٠ ح ٩ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٠ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١١ / ٥٣٠ ح ٢ .

ومنها: معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام أنّ النبى صلى الله عليه وآله وسلم: رخص لأهل القاصيه فى كلب يتخذونه(١).

جواز إتخاذ الكلب وإن كان ظاهره التكليف ولكن إذا جاز أخذه وله منفعه فيجوز بيعه . ومن الواضح أنه غير كلب الصيد .

ومنها: معتبره أخرى للسكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: الكلاب الكرديه إذا عُلِّمت فهي بمنزله السلوقيه(٢).

وهذه المعتبره تدل على أنّ المدار فى جواز البيع كون الكلب معلماً ، فإذا كان معلماً يجوز بيعه وإلا فلا ، وإذا عُلِّمت الكلاب الكرديه فيجوز بيعها كالكلاب السلوقيه .

فالمدار فى التعليم ، وتعليم الكلب لا ينحصر فى الصيد بل ربّما يعلمونه للمحافظه أو للشرطه أو للأمن أو لوجدان الأشخاص المفقودين أو الأشياء المفقوده أو الأشياء المستوره والمخفيه نحو مواد التخدير ، أو للتهاجم إلى المجرمين وأخذهم وغيرها من المنافع . فكلّ هذه الكلاب المعلمه بالتعليل الوارد فى هذه المعتبره يجوز بيعها وتخرج من تحت الطائفه الأولى من الروايات .

والعجب من المحدث البحرانى حيث يقول: « وهذه الأخبار كلّها - كما ترى - متفقه على ما ذكرناه من أنّ ما عدا كلب الصيد فإنه لا- يجوز بيعه ولا شراؤه ، ولم أقف على خبر يتضمن استثناء غيره ، سوى ما فى عباره المبسوط من قوله « وروى أنّ كلب الماشيه والحائظ مثل ذلك » ، وفى الإعتقاد على مثل هذه الروايه فى تخصيص هذه الأخبار إشكال »(٣).

أقول: مع وجود معتبره السكونى كيف يقول قدس سره: « لم أقف على خبر يتضمن استثناء غيره سوى ما فى عباره المبسوط » . والروايه معتبره سنداً وتامه دلالة .

ويؤيد ما ذكرناه: مرسله الشيخ أبى الفتوح الرازى فى تفسيره رفعه إلى أبى رافع عن

ص: ٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١١ / ٥٣١ ح ٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ / ٣٥٥ ح ١ .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٨١ .

النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى حديث : أنه رخص فى اقتناء كلب الصيد وكل كلب فيه منفعة ، مثل كلب الماشيه و كلب الحائط والزرع ، رخصهم فى اقتنائه ... ، الحديث (١) .

هذه المرسله تدل على جواز اقتناء كل كلب فيه منفعة ومثل بـكلب الماشيه والحائط والزرع ، فتشمل غيرها من الكلاب المعلمه .  
وكما يجوز اقتنائها يجوز بيعها ، كما عطفها فى المرسله بـكلب الصيد والإجماع على جواز بيعه .

ويؤيده أيضاً : مرسله ابن أبى جمهور الإحسائى رفعه عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى حديث فقال : « لا أدع كلباً بالمدينه إلا قتلته » ، فهربت الكلاب حتى بلغت العوالى ، فقيل : يا رسول الله كيف الصيد بها وقد أمرت بقتلها ؟ فسكت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فجاء الوحي بإقتناء الكلاب التى ينتفع بها ، فاستثنى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كلاب الصيد و كلاب الماشيه و كلاب الحرث وأذن فى اتخاذها (٢) .

والأمر فى هذه المرسله كسابقتها .

وتدل على ما ذكرنا من صحه بيع الكلاب المعلمه ما ورد فى الروايات من تعيين مقدار ديه بعض الكلاب أو تقويمها ، وهذه الديه - بأى مقدار كانت أو تقويمها بدلاً منها - تدل بوضوح على ماليتها ، وحيث كانت مالاً يجوز بيعها بلا إشكال .

من الروايات الواردة فى هذا المقام :

صحيحه الوليد بن صبيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ديه الكلب السلوقى أربعون درهماً ، أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك أن يديه لبنى خزيمه (٣) .

ومنها : صحيحه أخرى للوليد بن صبيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ديه كلب الصيد السلوقى أربعون درهماً (٤) .

ويمكن اتحاد الصحيحتين .

ص : ٩٥

١- (١) تفسير أبى الفتوح الرازى ٢ / ١٠٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٠ ح ٧ .

٢- (٢) عوالى اللآلى ٢ / ١٤٨ ح ٤١٤ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٠ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ / ٢٢٦ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٩ / ٢٢٧ ح ٦ .

ومنها : حسنه عبد الأعلى بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام قال : فى كتاب على عليه السلام : ديه كلب الصيد أربعون درهماً (١) .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ديه الكلب السلوقى أربعون درهماً جعل ذلك له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وديه كلب الغنم كبشٌ ، وديه كلب الزرع جريب من بُرّ وديه كلب الأهل قفيز من تراب لأهله (٢) .  
الجريب والقفيز : يعنى مكيال .

ومنها : خبر ابن فضال عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ديه كلب الصيد أربعون درهماً ، وديه كلب الماشيه عشرون درهماً ، وديه كلب الذى ليس للصيد ولا للماشيه زنبيل من تراب على القاتل أن يعطى وعلى صاحبه أن يقبل (٣) .  
ومنها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام فى من قتل كلب الصيد ، قال : يقومه ، وكذلك البازى ، وكذلك كلب الغنم ، وكذلك كلب الحائط (٤) .

وهذه الروايات فى ديه الكلب تدل على لزوم إعطاء القاتل أعلى القيم من الديه المقدره يعنى أربعون درهماً أو قيمه الكلاب إلى صاحبها ، وهذه الديه والغرامه تدل على ماله الكلاب عند الشارع وحيث كانت مالاً ولها منافع محلله فيجوز بيعها مطلقاً يعنى بلا فرق بين كلب الصيد والحائط والماشيه والزرع والشرطه والأمن والسلوقى والبازى وغيرها .

لا يقال : جعل الشارع لقتل الكلاب الديه ، تدل على عدم ماليتها خلافاً لما ذكرناه لأنّ الشارع جعل الديات لأشياء لا قيمه لها قال الشهيد الثانى قدس سره :

« فإنّ ثبوت الديات لها ربّما دل على عدم جواز بيعها ، التفاتاً إلى أنّ ذلك فى مقابله قيمه ، فإنّك تجد كلّ ماله ديه لا قيمه له كما فى الحر وماله قيمه لا ديه له ، كما فى الحيوان المملوك غير

ص : ٩٦

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ / ٢٢٧ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩ / ٢٢٦ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٩ / ٢٢٧ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٩ / ٢٢٦ ح ٣ .



الآدمي»(١).

واستجوده في الحدائق(٢).

لأننا نقول: يردّ عليه أولاً: بالحلّ: بأنّ الوارد في الروايات ديه الكلب لا- ينحصر الديه بأربعين درهماً، بل ورد في معتبره السكوني تقويم الكلب وضمان القاتل بالقيمه، ونفس هذا التعبير دليل على ماله هذه الكلاب. وبنظرنا القاصر ذمه القاتل مشغول بأعلى الأمرين من أربعين درهماً أو قيمه الكلب.

وثانياً: بالنقض: ربّما يوجد في الأشياء التي جعل الشارع لها الديه، أشياء ذات مائيه والقيمه، نحو: البكاره وديه المملوك.

ص: ٩٧

---

١- (١) مسالك الأفهام ١ / ١٦٧ .

٢- (٢) الحدائق الناضره ١٨ / ٨٢ .

اشاره

النصوص الكثيره والإجماع من الأصحاب تدل على بطلان بيع الخمر وكل مسكر مايع والفقاع ، فلا بد من البحث فى كل واحد منهم :

أما الخمر :

الإجماع من المسلمين على حرمه بيع الخمر وضعاً وتكليفاً ، وتدلل عليه أيضاً النصوص :

منها : صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل ترك غلاماً له فى كرم له يبيعه عنباً أو عصيراً ، فانطلق الغلام فعصر خمراً ثم باعه ، قال : لا يصلح ثمنه . ثم قال : إن رجلاً من ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم راويتين من خمر ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأهريقتا ، وقال : إن الذى حرّم شربها حرّم ثمنها .

ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : إن أفضل خصال هذه التى باعها الغلام أن يتصدق بثمنها(١).

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سألته عن ثمن الخمر ؟ قال : أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم راويه خمر بعد ما حرمت الخمر ، فأمر بها أن تباع ، فلما مرّ بها الذى يبيعها ناداه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من خلفه : يا صاحب الراويه إن الذى حرّم شربها فقد حرّم ثمنها ، فأمر بها فصبّت فى الصعيد ، فقال : ثمن الخمر ومهر البغى وثمر الكلب الذى لا يصطاد من السحت(٢).

ومنها : موثقه زيد بن على عن آباءه عليهم السلام قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الخمر وعاصرها ومعتصرها وبائعها ومشتريها وساقياها وآكل ثمنها وشاربها وحاملها والمحموله إليه(٣).

ص : ٩٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٣ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٥ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٤ ح ٣ .

وهذه الموثقة مضافاً إلى دلالتها على فساد بيع الخمر ، تدل أيضاً على أنّ بيعها حرام تكليفاً لورود اللعن على بائعها ومشتريها وآكل ثمنها .

ومنها : خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في الخمر عشرة : غارسها وحارسها وعاصرها وشاربها وساقها وحاملها والمحمولة إليه وبائعها ومشتريها وآكل ثمنها(١) .

ونظيرها وردت في حديث المناهي(٢) .

وتدلّ عليه الروايات الواردة في أنّ ثمن الخمر سحت أو من السحت :

منها : صحيحه عمار بن مروان قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلول ؟ فقال : كلّ شيء غلّ من الإمام فهو سحت ، وأكل مال اليتيم وشبهه سحت والسحت أنواع كثيرة ، منها : أجور الفواجر و ثمن الخمر والنيبذ والمسكر والربا بعد البيئه ، فأما الرشا في الحكم فإنّ ذلك الكفر بالله العظيم جلّ اسمه وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم(٣) .

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر ومهر البغي والرشوه في الحكم وأجر الكاهن(٤) .

ومنها : موثقه سماعة قال : قال : السحت أنواع كثيرة : منها كسب الحجّام وأجر الزانية و ثمن الخمر(٥) .

ومنها : غير ذلك من الروايات(٦) .

ولمّا كان الأمر في الخمر واضحاً أدرجنا الكلام فيه .

ص : ٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٤ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٤ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٢ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٣ ح ٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٣ ح ٦ .

٦- (٦) راجع في هذا المجال الباب الخامس من أبواب ما يكتسب به من وسائل الشيعه ١٧ / ٩٢ ومستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ .

## وأما كل مسكر مائع :

تدل على حرمه شربه تكليفاً وبطلان بيعه نصوص متعددة :

منها : صحيحه الفضيل بن يسار قال : ابتدأني أبو عبد الله عليه السلام يوماً من غير أن أسأله فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : كل مسكر حرام ، قال : قلت : أصلحك الله كله حرام ؟ قال : نعم ، الجرعه منه حرام (١) .

بتقريب : الحرام في « كل مسكر حرام » ، مطلق يشمل حرمه شرب المسكر وحرمه بيعه وضعاً وتكليفاً .

ومنها : صحيحه أخرى للفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال : حرم الله الخمر بيعها وحرم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المسكر من كل شراب ، فأجاز الله له ذلك - إلى أن قال - : فكثير المسكر من الأشربة نهاهم عنه نهى حرام ، ولم يرخص فيه لأحد (٢) .

ومنها : حسنه كليب الصيداوى قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : خطب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال في خطبته : كل مسكر حرام (٣) .

ومنها : موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من شرب مسكراً لم يقبل منه صلاته أربعين ليلة (٤) .

هذه الموثقه تدل حرمه شرب المسكر فقط .

ومنها : معتبره أو صحيحه الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال : إن الله عز وجل عند كل ليلة من شهر رمضان عتقاء يعتقهم من النار ، إلا - من أفطر على مسكر ومن شرب مسكراً لم تحتسب له صلاته أربعين يوماً ومن مات فيها مات ميتة جاهليه (٥) .

ص: ١٠٠

- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٢٥ ح ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٢٥ ح ٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٢٥ ح ٣ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٢٧ ح ٩ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٢٨ ح ١٣ .

وهذه كسابقتها في الدلالة .

ومنها : موثقه أبي بصير عن أبي الحسن عليه السلام قال : إنّه احتضر أبى قال : يا بنىّ إنّه لا ينال شفاعتنا من استخفّ بالصلاه ، ولا يرد علينا الحوض من أدمن هذه الأشربه ، قلت : يا أبة واىّ الأشربه ؟ فقال : كل مسكر(١) .

هذه الموثقه أيضاً تدل على حرمة الشرب فقط .

ومنها : صحيحه أخرى للفضيل بن يسار قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : من شرب الخمر فسكر منها لم تقبل صلاته أربعين يوماً ، فإن ترك الصلاه فى هذه الأيام ضعف عليه العذاب لترك الصلاه(٢) .

بتقريب : أنّ المعيار السكر بلا فرق فى ذلك بين الخمر والمسكر .

ومنها : صحيحه اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام - فى حديث - قال : فحرم الله الخمر وحرم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كل مسكر ، فأجاز الله ذلك كله له(٣) .

ومنها : حسنه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام - فى حديث - قال : حرم الله الخمر بعينها وحرم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المسكر من كل شراب ، فأجاز الله له ذلك(٤) .

ومنها : صحيحه الحسن بن على الوشاء عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال : كل مسكر حرام وكلّ مُخَمَّرٍ حرام(٥) .

ومنها : خبر عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال : إنّ الله عزّ وجلّ حرم على شيعتنا الشراب من كل مسكرٍ وعوضهم عن ذلك المتعه(٦) .

هذه الروايات وإن كان ظاهرها حرمة شرب كل مسكرٍ ولكن عطف كل مسكرٍ

ص: ١٠١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٢٩ ح ١٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٣٠ ح ١٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٣٢ ح ٢٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٣٣ ح ٢٩ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٧ / ٦٥ ح ١ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ١٧ / ٦١ ح ١٤ .

بالخمر يدل على اشتراك كل مسكر مع الخمر في الأحكام ، فكما أنّ شرب الخمر حرام فكذلك شرب كلّ مسكرٍ حرام وهكذا ، كما أنّ بيع الخمر حرام كذلك بيع كلّ مسكر حرام أيضاً . هذا أولاً .

مضافاً إلى الإطلاق الوارد في بعض هذه الروايات نحو : « كلّ مسكر حرام » في حسنه كليب الصيدأوى ، و« فحرّم الله الخمر وحرّم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كلّ مسكر » في صحيحه اسحاق بن عمار ، و« حرّم الله الخمر بعينها وحرّم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المسكر من كلّ شراب » في حسنه أبي بصير . والحرمة في جميع هذه الروايات مطلقه بالنسبة إلى الحرمة الوضعيه والتكليفيه وتشملهما ، فتدلّ هذه الروايات بهذا البيان مضافاً إلى حرمة شرب كلّ مسكر تكليفاً ، على حرمة بيع كلّ مسكر يعنى بطلانه . وهذا كلّه ثانياً .

وثالثاً : في رواياتنا أطلق « الخمر » على معنى يعمّ المسكر أو يشمل على كلّ مسكر ، فحينئذ يترتب على كلّ مسكر جميع أحكام الخمر حتّى حرمة بيعه تكليفاً ، وتدل عليه عده من الروايات :

منها : صحيحه على بن يقطين عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال : إنّ الله عزّ وجل لم يحرم الخمر لاسمها ، ولكن حرّمها لعاقبتها ، فما كان عاقبته عاقبه الخمر فهو خمر (١) .

ومنها : خبر آخر لعلى بن يقطين عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : إنّ الله عزّ وجل لم يحرم الخمر لاسمها ولكن حرّمها لعاقبتها ، فما فعل فعل الخمر فهو خمر (٢) .

بتقريب : إنّ عاقبه الخمر وفعلها الإسكار ، وهذه العاقبه والفعله موجوده في كلّ مسكر ، فكلّ مسكر خمر .

ومنها : خبر محمد بن عبد الله عن بعض أصحابنا قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : لِمَ حرّم الله الخمر ؟ فقال : حرّمها لفعلها وفسادها (٣) .

ومنها : خبر أبي الجارود قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن النبيذ أحرّم هو ؟ فقال عليه السلام : ما

ص : ١٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٤٢ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٤٣ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٤٣ ح ٣ .

زاد على الترك جوده فهو خمر(١).

يعنى إن ما زاد شربه على تركه نشاطاً وفرحاً فى الطبع فهو خمر .

ومنها : خبر محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن موسى بن جعفر المروى فى دلائل الإمامه عن عمى أبيه الحسين وعلى ابني موسى عن أبيهما عليه السلام عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن فاطمه عليها السلام قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : يا حبيبه أبيها ، كل مسكر حرام وكل مسكر خمر(٢).

أقول : روى الكليني بسنده عن عطاء بن يسار عن أبى جعفر عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مثلها(٣).

ومنها : مرسله الشيخ أبى الفتوح الرازى فى تفسيره عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : كل شراب عاقبته كعاقبه الخمر فهو حرام(٤).

وهذه الروايات - وفيها ما هو معتبر - تدل على أن كل مسكر يطلق عليه الخمر يترتب عليه أحكام الخمر ، وعلى هذا نذهب إلى حرمة شرب كل مسكر تكليفاً وإلى حرمة بيعه وضاعاً وتكليفاً نحو الخمر ، يعنى أن بيعه كان حراماً تكليفاً أيضاً نحو بيع الخمر .

تنبيه : هل يلحق بالمسكرات المايعة ، الجامده منها نحو : الحشيش والأفيون والترياق وغيرها من مواد التخدير فى حرمة استعمالها وحرمة بيعها وضاعاً وتكليفاً أم لا ؟

يدل على الإلحاق اطلاق بعض الروايات الواردة ، نحو حسنه كليب الصيداوى عن أبى عبد الله عليه السلام فقد ورد فيها « كل مسكر حرام » ، وصحيحه إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام ورد فيها : « حرّم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كل مسكر » ، وصحيحه على بن يقطين « عن أبى الحسن الماضى عليه السلام قال : إن الله عز وجل لم يحرم الخمر لاسمها ولكن حرّمها لعاقبتها ، فما كان عاقبته عاقبه الخمر فهو خمر » ، والإطلاقات الواردة فى غيرها من الروايات الماضيه .

وفيه : يمكن تقييد هذه الإطلاقات الواردة على فرض وجود الإطلاق فيها ،

ص: ١٠٣

١- (١) الكافى ٦ / ٤١٢ ح ٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٤٣ ح ٤ .

٢- (٢) دلائل الإمامه ٦٩ / ٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧ / ٥٨ ح ٢ .

٣- (٣) الكافى ٦ / ٤٠٨ ح ٣ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٧ / ٦٦ ح ٣ .

بالروايات الواردة فيها لفظه « الشراب » أو « الأشربه » المايعة ، كما لا يبعد . وعدم صدق الخمر عرفاً على هذه المواد . والظاهر انصراف حتى مثل صحيحه على بن يقطين عن هذه المواد .

وبالجملة ، إلحاق المسكرات الجامده بالمايعه منها فى جميع الموارد التى ذكرناها بجهه الصناعه الفقهيّه والأدله التفصيليه فى غايه الإشكال .

نعم ، يمكن الحكم بحرمه استعمال المسكرات الجامده من جهه إضرارها على النفس ، وما يوجب من الإختلال فى المجتمع والنظام ، ومن هذه الجهه أيضاً يمكن الحكم ببطلان بيعها . وأما حرمه بيعها تكليفاً وثبوت نجاستها ولزوم حدّ شرب الخمر على من استعمالها فلا يمكن الذهاب إليها كما لا يخفى على من له إمام بالفقاهه . والحمد لله على ما انعم .

ص: ١٠٤



حرمه شرب الفقاع إجماعاً عندنا ، فلا يجوز بيعه ، ومن شربه فعليه الحدّ .

تدل على حرمه شربه وبطلان بيعه وحده الروايات المتكثرة :

منها : موثقه ابن فضال قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن الفقاع ، فكتب ينهاني عنه (١) .

ومنها : صحيحه الوشاء قال : كتبت إليه - يعنى الرضا عليه السلام - أسأله عن الفقاع ، قال : فكتب حرام وهو خمر ، ومن شربه كان بمنزله شارب الخمر .

قال : وقال أبو الحسن الأخير عليه السلام : لو أنّ الدار دارى لقتلت بايعه ولجلدت شاربه .

وقال أبو الحسن الأخير عليه السلام : حدّ شارب الخمر .

وقال عليه السلام : هي خُميره استصغرها الناس (٢) .

ومنها : صحيحه سليمان بن جعفر قال : قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : ما تقول فى شرب الفقاع ؟ فقال : خمر مجهول يا سليمان فلا تشربه ، أما إنّه يا سليمان لو كان الحكم لى والدار لى لجلدت شاربه ولقتلت بايعه (٣) .

ومنها : صحيحه محمد بن إسماعيل قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن شرب الفقاع ، فكرهه كراههً شديدةً (٤) .

ومنها : موثقه عمار بن موسى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفقاع ، فقال لى :

ص: ١٠٥

١- (١) الكافي ٦ / ٤٢٣ ح ٥ .

٢- (٢) الكافي ٦ / ٤٢٣ ح ٩ .

٣- (٣) الكافي ٦ / ٤٢٣ ح ١٠ .

٤- (٤) الكافي ٦ / ٤٢٤ ح ١١ .

هو خمر (١).

ومنها : موثقه ابن فضال قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن الفقاع ، قال : فكتب يقول : هو الخمر ، وفيه حدّ شارب الخمر (٢) .

ومنها : خبر عمار بن موسى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفقاع ، فقال : هو خمر (٣) .

ومنها : خبر محمد بن سنان قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الفقاع فقال : هو الخمر بعينها (٤) .

ومنها : خبر زاذان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال : لو أنّ لي سلطاناً على أسواق المسلمين لرفعت عنهم هذه الخمره - يعنى الفقاع - (٥) .

ومنها : خبر الحسن بن الجهم وابن فضال قالوا : سألتنا أبا الحسن عليه السلام عن الفقاع ، فقال : حرام ، وهو خمر مجهول ، وفيه حدّ شارب الخمر (٦) .

والروايات تدلّ بوضوح على حرمة شربه وبطلان بيعه وحرمة بيعه تكليفاً وترتب الحدّ على مَنْ شربه ، وحيث أنّ الأمر فيه واضح أدرجنا الكلام فيه .

## فرعان :

### الأول : هل يجوز بيع الخمر للتخليل أم لا ؟

الروايات تدل على جواز تخليل الخمر :

منها : صحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الخمر العتيقه تجعل خللاً؟ قال : لا بأس (٧) .

ص: ١٠٦

١- (١) الكافي ٦ / ٤٢٤ ح ١٣ .

٢- (٢) الكافي ٦ / ٤٢٤ ح ١٥ .

٣- (٣) الكافي ٦ / ٤٢٤ ح ٢ .

٤- (٤) الكافي ٦ / ٤٢٣ ح ٤ .

٥- (٥) الكافي ٦ / ٤٢٣ ح ٦ .

٦- (٦) الكافي ٦ / ٤٢٣ ح ٨ .

٧- (٧) الكافي ٦ / ٤٢٨ ح ٢ .

ومنها : موثقه عبيد بن زراره قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلًّا ، قال : لا بأس (١) .

ومنها : موثقه أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخمر تجعل خلًّا ، قال : لا بأس إذا لم يجعل فيها ما يغلبها (٢) .

ومنها : موثقه أخرى لعبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : في الرجل إذا باع عصيراً فحبسه السلطان حتى صار خمراً ، فجعله صاحبه خلًّا ، فقال : إذا تحوّل عن اسم الخمر فلا بأس به (٣) .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم وأبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن الخمر يجعل فيها الخلّ ؟ فقال : لا ، إلا ما جاء من قبل نفسه (٤) .

يعنى صار الخمر بنفسه خلًّا ، لا بإضافه الخلّ في الخمر وإراقته فيه .

ومنها : خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الخمر يكون أوله خمراً ثم يصير خلًّا ؟ قال : إذا ذهب سكره فلا بأس ، أيؤكل ؟ قال : نعم (٥) .

يمكن تصحيح سند هذه الرواية بأنّ لصاحب الوسائل سنداً صحيحاً إلى كتاب علي بن جعفر ، فصارت الرواية صحيحه السند .

وهذه الروايات كما ترى كلّها وردت في جعل الخمر خلًّا ولم ترد فيها جواز بيع الخمر للتخليل ، بل تدل على جواز التخليل وجواز أكل الخلّ الحاصل منه .

وقد استدلوا على جواز بيع الخمر للتخليل بهذه الرواية وهي :

صحيحه جميل قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يكون لي على الرجل دراهم ، فيعطيني بها خمراً ، فقال : خذها ثم أفسدها .

ص : ١٠٧

١- (١) الكافي ٦ / ٤٢٨ ح ٣ .

٢- (٢) الكافي ٦ / ٤٢٨ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٧١ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٧١ ح ٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٧٢ ح ١٠ .

قال عليّ: واجعلها خلّاً (١).

المراد بعليّ الوارد في آخر الصحيحه ، علي بن حديد المذكور في السند ، يعني هذا توضيح منه أو تتمه الروايه بنقله لا علي أمير المؤمنين عليه السلام كما هو واضح .

بتقريب : أجاز الإمام عليه السلام أخذ الخمر في قبال الدراهم ثم جعلها خلّاً ، ونفس هذا الأخذ معامله قهريه ، فكما يجوز ذلك يجوز بيعها للتخليل .

وأجاب الشيخ الأعظم قدس سره عن هذا الاستدلال بوجهين : الأوّل : « المراد به إمّا أخذ الخمر مجاناً ثم تخليلها » (٢).

الثاني : « أخذها وتخليلها لصاحبها ثم أخذ الخلّ وفاءً عن الدراهم » (٣).

وأورد في مصباح الفقاهه عليّ الأوّل : « بأنّ أخذها مجاناً ثم تخليلها لنفسه لا يوجب سقوط الدّين عن ذمه الغريم .

وعليّ الثاني : بأنّ تخليلها لصاحبها لا يصحّ أخذ الخلّ وفاءً ما لم يأذن المالك في ذلك ، والمالك إنّما أذن في أخذ الخمر وفاءً لا في أخذ الخلّ » (٤).

ودافع بعض الأساتذه - مدّ ظله - عن الشيخ وقال : « يمكن أن يدافع عن الوجه الأوّل : بأنّ قبول ما يعطيه المديون بعنوان دينه ملازم لإبراء ذمّته منه .

وعن الثاني : بأنّ إذنه تعلق بهذه العين الخارجيه بذاتها وفاءً ، وهو مطلق شامل لجميع حالاتها وتطوّراتها ، وليس مقيداً بحاله خمريتها فقط ، فتأمل » (٥).

وبالجملة ، يجوز نفس عمل تخليل الخمر كما تدلّ عليه هذه الروايات ، وأمّا رفع اليد عن الأدله الوارده في حرمه بيع الخمر وضعاً وتكليفاً في مورد التخليل فمشكل جداً ، وغايه ما يمكن أن يقال في صحيحه جميل الأخذ بها في موردها الخاص وعدم التعدي منه إلى البيع

ص: ١٠٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٧١ ح ٦ .

٢- (٢) المكاسب ١ / ٤٢ .

٣- (٣) المكاسب ١ / ٤٢ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٨٧ .

٥- (٥) دراسات في المكاسب المحرمه ١ / ٤٥٦ .

للتخليل .

فلا يجوز بيع الخمر للتخليل . والله سبحانه هو العالم .

### الثاني : هل يجوز التداوى بالخمر وبيعه لذلك أم لا ؟

ورد في عده من الروايات عدم جواز التداوى بالخمر :

منها : صحيحه عمر بن أذينة قال : كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يبعث له دواء من ريح البواسير فيشربه بقدر أسكرجه من نبيذ صلب ليس يريد به اللذّه وإنما يريد به الدواء ؟ فقال : لا ولا جرعه . ثم قال : إنّ الله عز وجل لم يجعل في شيءٍ ممّا حرّم شفاءً ولا دواءً (١) .

ومنها : موثقه الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دواء عجن بالخمر ، فقال : لا والله ما أحبّ أنظر إليه فكيف أتداوى به ، إنّه بمنزله الخنزير أو لحم الخنزير وإنّ أناساً ليتداوون به (٢) .

ومنها : موثقه أو صحيحه علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الكحل يعجن بالنبيذ أيصلح ذلك ؟ فقال : لا (٣) .

لم ترد هذه الروايه في صوره الإستشفاء والتداوى .

ومنها : صحيحه معاوية بن عمار قال : سألت رجلاً أبا عبد الله عليه السلام عن دواء عجن بالخمر نكتحل منها ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : ما جعل الله عزّ وجلّ فيما حرّم شفاءً (٤) .

ومنها : خبر الحلبي قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن دواء يعجن بخمر ، فقال : ما أحبّ أن أنظر إليه ولا أشمه فكيف أتداوى به (٥) .

ص: ١٠٩

١- (١) الكافي ٦ / ٤١٣ ح ٢ .

٢- (٢) الكافي ٦ / ٤١٤ ح ٤ .

٣- (٣) الكافي ٦ / ٤١٤ ح ٩ .

٤- (٤) الكافي ٦ / ٤١٤ ح ٦ .

٥- (٥) الكافي ٦ / ٤١٤ ح ١٠ .

ومنها: خبر إسماعيل بن محمّد قال: قال جعفر بن محمّد عليه السلام: نهى رسول الله عن الدواء الخبيث أن يتداوى به (٤).

قد حملت هذه الرواية على الدواء الذى صنع من الخمر والمسكر.

ومنها: موثقه ابن أبي يعفور قال: كان إذا أصابته هذه الأوجاع [الأرواح] فإذا اشتدّت به شرب الحسو من النبيذ فتسكن عنه، فدخل على أبي عبد الله عليه السلام إلى أن قال - فأخبره بوجعه وشربه النبيذ، فقال له: يا ابن أبي يعفور لا تشربه، فإنه حرام، إنّما هذا الشيطان موكل بك، فلو قد يئس منك ذهب، فلما رجع إلى الكوفة هاج به وجع أشدّ ممّا كان، فأقبل أهله عليه، فقال: لا - والله لا أذوق منه قطره أبداً، فأيسوا منه، وكان يهّم على شىء ولا يحلف، فلما سمعوا أيسوا منه، واشتدّ به الوجع أياماً، ثم أذهب الله عنه، فما عاد إليه حتى مات (١).

ومنها: معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون: ... والمضطرّ لا يشرب الخمر، لأنها تقتله، الحديث (٢).

ومنها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المضطرّ لا يشرب الخمر، فإنها لا تزيد إلا شراً، ولأنه إن شربها قتلته، فلا يشرب منه قطره (٣).

ومنها: خبر قايد بن طلحة أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن النبيذ يجعل فى الدواء، فقال: لا [ليس] ينبغى لأحد أن يستشفى بالحرام (٤).

ومنها: معتبره حمران عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال فى حديث طويل فى أخبار آخر الزمان: ... ورأيت أموال ذوى القربى تقسم فى الزور ويتقامر بها الخمر، ورأيت الخمر

ص: ١١٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٦ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٧ ح ١١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٧ ح ١٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٤٧ ح ١٣ .

يتداوى بها ويوصف للمريض ويستشفى بها ، الحديث (١).

بعد التأمل فى هذه الروايات ظهر لى أنّ الأئمة عليهم السلام كانوا بصدد نفى الإستشفاء والتداوى بالخمير وغيرها من المحرّمات ، ولذا أجابوا فى بعض الروايات فى جواب الاستشفاء بالخمير بنحو عام نحو صحيحه عمر بن أذينة حيث قال الإمام عليه السلام فيها : « إنّ الله عز وجل لم يجعل فى شىءٍ ممّا حرّم شفاءً ولا دواءً » ، وصحيحه معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام قال : « ما جعل الله عز وجل فيما حرّم شفاءً » وخبر قايد بن طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام قال :

« لا ينبغي لأحد أن يستشفى بالحرام » .

إنّهم عليهم السلام نفوا الإستشفاء والتداوى بالمحرّمات بنحو عام لئلا يلعب الناس بالمحرّمات بقصد الإستشفاء والتداوى أو بداعيها أو بدعواهما ، وعلى هذا لا فرق بين الخمر وغيرها من المسكرات والمحرّمات ، إذا كان المرض موجبا للضرر أو مهلكا وانحصر الدواء فى الخمر أو غيرها من المسكرات أو المحرّمات ، فتجر أدله الإضطرار وتنفى الحرمة التكليفية مادام الإضطرار باقيا .

فإذا جاز شربه ، جاز بيعه أيضاً لهذا الأمر ، وإن كان الأحوط حينئذ ترك صورته البيع والإتيان بالمعاوضه بطرق أخرى .

### تنبيه : هل يجوز بيع الكحول الطبيه والصناعيه أم لا ؟

نعم ، يجوز بيع هذه الكحول ، وهى محكومها بالطهاره للأصل ، ويجوز بيعها لوجود المنافع المحلله العقلايه فيها ، لأنصرف اسم الخمر عن هذه الكحول . ووجود بعض مراتب الإسكار فيها أو إمكان إعدادها للإسكار كما قيل ، لا يصدق عليها فعلاً اسم المسكر ، فلذا لا يصدق عليها خمر ولا مسكر ولا تشملها أدله بطلان بيعها .

فبقى جواز بيعها على القاعده الأوليه وتشملها إطلاقات حليه البيع وجوازه ونفوذه ولزوم الوفاء به . والحمد لله وهو العالم .

ص: ١١١

هل يحرم المعاوضه وبيع الأعيان المتنجسه أم لا ؟

فصل الشيخ الأعظم قدس سره بين الأعيان المتنجسه وذهب إلى عدم جواز بيعها إذا لم تكن قابله للتطهير وتوقف منافعتها المحلله المعتدّ بها على الطهاره . ومع فقد هذين الشرطين أو أحدهما ذهب إلى جواز بيعها(١) .

فلا بدّ لنا من البحث في المقام من أنّ النجاسه على الشيء هل هى بنفسها مانعه من البيع والمعاوضه أم لا ؟

قد تمسكوا فى إثبات أنّ النجاسه العارضه مانعه من البيع بعدّه وجوه :

منها : وجود الإجماع على بطلان بيع المتنجس الذى لا- يمكن تطهيره ، ادعاه ابن زهره فى الغنيه(٢) والعلامه فى المنتهى(٣) وظاهر ثانى الشهيدين فى المسالك(٤) وصریح النراقى فى المستند(٥) .

وفيه : أولاً : لم يتعرض قدماء الأصحاب لهذا الإجماع نحو الصدوق والمفيد والمرضى والطوسى قدس سرهم وغيرهم من أساطين الفقه ، وعدم تعرضهم لهذا الإجماع أقوى شاهد على عدم وجوده .

وثانياً : يمكن أن يكون هذا الإجماع مدركياً ، ومدركهم سائر الأدله الوارده فى المقام الذى نبحت فيه ، ومع وجود هذا الاحتمال لم يستكشف هذا الإجماع من قول المعصوم عليه السلام فلا بدّ من ملاحظه غيره من الأدله .

ص: ١١٢

١- (١) المكاسب ١ / ٤٣ .

٢- (١) الغنيه / ٥٨٦ .

٣- (٢) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٠ .

٤- (٣) المسالك ١ / ١٦٤ ، (٣ / ١١٩ من الطبعة الحديثه) .

٥- (٤) مستند الشيعه ١٤ / ٧٠ .



وثالثاً : على فرض تحقق هذا الإجماع ، الظاهر أنه منعقد على صورته عدم وجود منفعه محلله عقلائيه للمتنجس ، بحيث ألغى الشارع الماليه منه وإن عُدَّ عند غير الملزمين بالشريعة مآلاً .

وأما على فرض وجود المنفعة المحلله فيجوز بيعه والإجماع لا ينفيه .

ومنها : أصل الفساد الجارى فى موارد الشك فى صحه معامله ، يعنى إذا شككنا فى صحه بيع المتنجس الأصل فى ذلك فساد ، ويمكن التعبير عنه باستصحاب عدم ترتب الأثر .

وفيه : إذا كان شىء مآلاً عند العرف ثم نشك فى صحه معامله عليه ، يشملها الإطلاقات الوارده فى حليه البيوع ولزومها وتجاره عن تراض وجوازها . فبعد ورود هذه الإطلاقات يعنى - الأدله اللفظيه فى المقام لاتصل - النوبه إلى الأصل والاستصحاب .

ومنها : قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» (٥) .

بتقريب : لزوم الإجتناى فى الآيه الشريفه متفرع على الرجس ، يعنى العله التامه للإجتناى هى الرجس ، والرجس هو النجس ، وإطلاق الإجتناى يقتضى جميع التقلبات فيه ، ومنها البيع والمعاوضه .

وفيه : المراد بالرجس فى الآيه الشريفه غير النجس المصطلح ، لأن الوارد فيها الميسر والأنصاب والأزلام ، ولم يذهب أحد إلى نجاسه هذه الأشياء ، فلا يمكن أن يكون الرجس فى الآيه بمعنى النجس ، لأنه يوجب خروج الموارد المذكوره منها وهو مستهجن . والظاهر أن المراد بالرجس فى الآيه ما يقابل لفظه [ يلىدى ] فى الفارسيه ، وهذا غير النجاسه المصطلحه .

ومنها : قوله تعالى : «وَالرُّجْزَ فَاهْجُرُوا» (١) :

بتقريب : الرجز بمعنى الرجس والنجاسه ، وإطلاق الهجره منه يقتضى ترك جميع التقلبات فيه ، ومنها البيع والشراء والمعاوضه .

وفيه : تفسير الرجز والرجس بالنجاسه ، غير تام . روى صاحب مجمع البيان (٢) عن

ص: ١١٣

١- (١) سورة المائده / ٩٠ .

٢- (٢) سورة المدثر / ٥ .

المفسرين تفسير الرجز بالأصنام والأوثان والعذاب والمعاصي والفعل القبيح والخلق الذميمة وحب الدنيا ، وأين هذا من تفسيره بالنجاسة المصطلحه . فهذا الإستدلال أيضاً عليلٌ .

ومنها : قوله تعالى : «وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ» (١) .

بتقريب : أن النجس من أظهر مصاديق الخبائث ، وأن إطلاق تحريمها يشمل تحريم جميع التقلبات فيها ، ومنها البيع والمعاوضه .

وفيه : أولاً : أن الخبيث ليس مرادفاً للنجس ، بل الظاهر أن المراد به ما يكون بذاته ردياً وقبيحاً ، وتترتب عليه المضار والمفاسد . وهذا أعم من النجاسة المصطلحه .

وثانياً : أن الظاهر من تحريم الخبائث ، حيث نسبت الحرمة إلى الأعيان ، تحريم الإنتفاعات والآثار المناسبة لها ، نحو الأكل والشرب واللبس ونحوها ، لا تحريم البيع والمعاوضه . يعنى الحرمة مع إضافتها إلى الخبائث - وهى من الأعيان - ظاهرها الحرمة التكليفيه لا الوضعيه بحيث تشمل بطلان المعامله .

ومنها : روايه تحف العقول عن الصادق عليه السلام أنه قال : « أما الوجوه الحرام من البيع

والشراء فكل أمر يكون فيه الفساد ... إلى أن قال عليه السلام : أو البيع للميته أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحوش أو الطير أو جلودها أو الخمر أو شىء من وجوه النجس ، فهذا كله حرام ومحرم ، لأن ذلك كله منهي عن أكله وشربه ولبسه وملكه وإمساكه والتقلب فيه بوجه من الوجوه لما فيه من الفساد ، فجميع تقلبه فى ذلك حرام » (٢) .

وفيه : قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب ضعف سند هذه الروايه وإرسالها واضطرابها وعدم صلاحيتها للدليليه ، فراجع ما حررناه هناك .

ومنها : النبوى المشهور « إن الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه » .

بتقريب : أن الله تعالى حرّم المنتجس ، فحرّم ثمنه أيضاً ، وتحريم الثمن عبارته أخرى عن تحريم المعامله وبطلانها .

وفيه : قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب أن هذه الروايه عاميه لم ترد فى مصادرنا مسندهً ، وقد

ص: ١١٤

١- (٣) مجمع البيان ١٠ / ٣٨٥ .

٢- (١) تحف العقول / ٣٣٣ .

وردت فى أكثر نقولهم مع كلمه « الأكل » ، فصارت الروايه بهذا المعنى : إنَّ الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه أيضاً . فتدلّ على بطلان بيع المأكولات المتنجسه للأكل . ونحن نذهب إلى بطلان هذا ، ولكن أين هذا من بطلان المعامله على جميع المتنجسات !؟

وبالجمله ، الروايه ضعيفه سنداً ودلاله .

ومنها : إلغاء الخصوصيه من الروايات الوارده فى بطلان المعامله فى الأعيان النجسه الماضيه ، نحو : البول والغائط والميته والدم والمنى والكلب والخنزير وغيرها ، بأنّ الوجه المشترك فى هذه الأعيان والعله الغائيه فى بطلان المعامله عليها النجاسه ، فيبيع جميع أفراد النجس باطلّ .

وفيه : أولاً : هذا الاستدلال أشبه شيء بالقياس بل هو القياس بعينه ، وهو مردود فى مذهبنا مذهب أهل البيت عليهم السلام .

وثانياً : المنع الوارد فى الروايات بالنسبه إلى الأعيان النجسه المذكوره ، بلحاظ المنافع التى كانوا يشترونها لأجلها فى تلك الأعصار من الأكل والشرب وغيرها ، ولا تدلّ على أنّ النجاسه مانعه مستقله بذاتها .

ومنها : الروايات الوارده فى الأمر بإهراق الماء النجس المستلزم للنهى عن جميع أصداده الخاصه التى منها : بيعه وإمساكه وسائر التصرفات ، هكذا ذكره النراقى فى المستند (٢) .

ومن الروايات الآمره بإهراق الماء النجس موثقه سماعه قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل معه إناءان فيها ماء ، وقع فى أحدهما قدر لا يدرى أيهما هو ، وليس يقدر على ماء غيره ؟ قال : يهريقهما جميعاً ويتيمّم (١) .

ونظيرها موثقه أخرى لسماعه (٢) وموثقه أبى بصير (٣) وصحيحته (٤) وصحيحه

ص:البزنطى (٥) وغيرها من الروايات .

وفيه : أولاً : عدم قبول هذا المبني ، يعنى أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص .

وثانياً : الظاهر أنّ الأمر بالإهراق فى هذه الروايات لم يكن تعبيراً ، بل هو إشاره إلى عدم جواز التطهير والتوضى به . ولذا لم يذهب أحد من الأصحاب إلى وجوب إهراقه بحيث لو سقى أحد بهذا الماء دابته أو زرعه أو شجره كان عاصياً . فحينئذ لو فرض وجود منفعه محلله لهذه المياه المتنجسه

ص:١١٥

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ٧٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١ / ١٥١ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١ / ١٥٤ ح ١٠ .

٤-٤ (٤) وسائل الشيعة ١ / ١٥٢ ح ٤ .

٥-٥ (٥) وسائل الشيعة ١ / ١٥٣ ح ٧ .

، يجوز استعمالها فيها ويجوز بيعها لتلك . فإذا كان الأمر في الماء الوارد في الروايات هكذا ففي غيرها بطريق أولى . فهذا الاستدلال أيضاً عقيم .

ومنها : وهى العاشره : الأمر الوارد فى الروايات من إهراق المرقه المتنجسه بموت الفاره فيها ، أو قطرت قطره خمر أو نبيذ أو دم فيها ، نحو : خبر زكريا بن آدم قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن قطره خمر أو نبيذ مسكر قطرت فى قدر فيه لحم كثير ومرق كثير ؟ قال : بهراق المرق ، الحديث (١) .

ونحوه : خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (٢) ومعتبره السكونى (٣) .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا الإشكال فى أنّ الأمر بالشىء هل يقتضى النهى عن ضده الخاص .

وثانياً : الأمر بالإهراق فى المرق كناية عن نجاسته وعدم جواز أكله أو شربه ، ولكن

إذا كانت له منفعة عقلائية محلّله فيجوز استعمالها فى تلك ، فحينئذ يجوز بيعه .

كما وردت فى الروايات من بيع العجين بالماء النجس ممّن يستحل الميتة ، نحو صحيحه حفص بن البختري عن أبى عبد الله عليه السلام فى العجين من الماء النجس كيف يصنع به ؟ قال : يباع ممّن يستحل الميتة (٤) .

ص: ١١٦

١- (٦) وسائل الشيعه ٣ / ٤٧٠ ح ٨ .

٢- (٧) وسائل الشيعه ٣ / ٤٧٠ ح ٨ .

٣- (٨) وسائل الشيعه ١ / ٢٠٦ ح ٢ .

٤- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٠٠ ح ٣ .

فنفس هذا الأمر الوارد في الروايه بجواز بيع العجين ممّن يستحلّ الميتة ناقض للاستدلال .

وبالجملة ، جميع هذه الأدله العشر في المقام بالنسبه إلى إثبات بطلان بيع المتنجسات غير تامه . فحينئذ تجرى الإطلاقات الوارده في حليه البيوع وتجاره عن تراض ويحكم بصحه بيع المتنجسات .

### فرع :

ثم على القول المختار من صحه بيع المتنجسات وعدم كون النجاسه مانعه من صحه البيع هل يجب إعلام المشتري بالنجاسه أم لا ؟

الظاهر لزوم التفصيل في ذلك بين ما يُستعمل عاده في الأكل والشرب ولزوم الإعلام فيه ، وما يُستعمل عاده للصلاه ونحوها وعدم لزوم الإعلام في الثاني .

لأنّ عدم إعلام المشتري بالنجاسه لما يُستعمل في الأكل والشرب يوجب تسبب أكل أو شرب النجس وهو حرام . ولكن طهاره الثوب في الصلاه شرط علمي لا شرط واقعي والصلاه مع الثوب النجس مع الجهل بالنجاسه صحيح .

ويشهد لما ذكرناه في الأكل موثقه أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفاره تقع في السمن أو الزيت فتموت فيه ؟ فقال : إن كان جامداً فطرحها وما حولها ويؤكل ما بقى وإن كان ذائباً فأسرج به وأعلمهم إذا بعته (١) .

ونظيرها خبر معاويه بن وهب (٢) وخبر إسماعيل بن عبد الخالق (٣) .

ويشهد لما ذكرناه في الثوب موثقه ابن بكير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

أعار رجلاً ثوباً فصلّى فيه وهو لا يصلّى فيه ، قال : لا يُعلمه ، قال : قلت : فإن أعلمه ؟ قال : يعيد (٤) .

ص: ١١٧

١- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٣ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٤ .

٣- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٥ .

٤- (١) وسائل الشيعه ٣ / ٤٨٨ ح ٣ .

الأمر بالإعادة في ذيل الروايه إمّا محمول على الإستحباب أو الإعلام في أثناء الصلاه ، كما تدلّ على عدم لزوم الإعادة صحيحه العيص بن القاسم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل صلّى في ثوب رجل أياماً ، ثم إنَّ صاحب الثوب أخبره أنّه لا يصلّي فيه ؟ قال : لا يعيد شيئاً من صلاته(١).

ص: ١١٨

---

١- (٢) وسائل الشيعة ٣ / ٤٧٥ ح ٦ .

المسوخ على قسمين :

١ - بريّه : نحو القرد والدُّب والكلب والخنزير والدُّبب والفأره والضب والأرنب والطاوس والوطواط [ و الخطاف أو الخفّاش ]  
والعنقا والثعلب واليربوع والقنفذ والطافى [الذى هو قسم من الحيات ، وقيل : إنّها السمك الميت فى الماء فحينئذ يدخل فى  
القسم الثانى ] والفيل .

٢ - بحريّه : نحو الجرى والدعموص والضفادع والسلاحف والنمار والتمساح والسرطان ، وهو عقرب الماء له ثمانية أرجل وعينه  
فى كتفه وصدرة يمشى على جانب واحد . ذكر كلّ ذلك صاحب الجواهر قدس سره (١) .

وعدّ فى بعض الروايات المسوخ ، ومنها : خبر على بن مغيره عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه  
السلام قال : المسوخ من بنى آدم ثلاثه عشر صنفاً : منهم القردة والخنازير والخفّاش والضب والفيل والدُّب والدعموص  
والجزيث [ الجرى ] والعقرب وسهيل والقنفذ والزهره والعنكبوت ، الحديث (٢) .

ومنها : خبر معتب عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على بن أبى طالب عليه السلام قال : سألت رسول الله  
صلى الله عليه وآله وسلم عن المسوخ ؟ فقال : هم ثلاثه عشر : الفيل والدُّب والخنزير والقرد والجزيث [ الجرى ] والضب  
والوطواط والدعموص والعقرب والعنكبوت والأرنب وسهيل والزهره ، الحديث (٣) .

راجع للتوسع وسائل الشيعة ٢٤/١٠٤ الباب ٢ من أبواب أطعمه المحرمه ومستدرک

ص: ١١٩

١- (١) جواهر الكلام ٢٢ / ٣٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٠٩ ح ١٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١١٠ ح ١٣ .



الوسائل ١٦/١٦٦٦ وجامع احاديث الشيعة ٢٨/١٥٧ وبحار الانوار ٦٢/٢٢٠ طبعه بيروت وكتابنا موسوعه احاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠/٢٤٤ .

ثم اعلم أن الإجماع مّا ومن العامه منعقد على حرمة أكل لحم المسوخ ، وتدلّ عليه جملة من النصوص :

منها : حسنه الحسين بن خالد قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : أيحلّ أكل لحم الفيل ؟ فقال : لا ، فقلت : لِمَ ؟ قال : لأنّه مثله ، وقد حرّم الله لحوم الأمساخ ولحم ما مثل به في صورها(١) .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن أكل الضبّ ؟ فقال : إنّ الضبّ والفاره والقردة والخنازير مسوخ(٢) .

ومنها : موثقه سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : وحرّم الله ورسوله المسوخ جميعاً(٣) .

وأما طهاره المسوخ محلّ وفاق بين أصحابنا والإجماع مّا منعقد على انحصار النجس من الحيوان في الكلب والخنزير البريين فقط ، وتدل على طهاره المسوخ عدّه من الروايات :

منها : صحيحه الفضل أبي العباس قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن فضل الهرة والشاه والبقره والإبل والحمار والخيول والبغال والوحش والسباع ، فلم أترك شيئاً إلّا سألته عنه ؟ فقال : لا بأس به ، حتّى انتهيت إلى الكلب ؟ فقال : رجس نجس لا تتوضأ بفضله وأصعب ذلك الماء واغسله بالتراب أول مرّه ثم بالماء(٤) .

ومنها : خبر معاويه بن شريح قال : سألت عذافر أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن سؤر السنور والشاه والبقره والبصير والحمار والفرس والبغل والسباع ، يشرب منه أو يتوضأ منه ؟

ص: ١٢٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٠٤ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٠٤ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٤ / ١٠٥ ح ٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١ / ٢٢٦ ح ٤ الباب ١ من أبواب الأسأر .

فقال : نعم ، أشرب منه وتوضأ . قال : قلت له : الكلب ؟ قال : لا ، قلت : أليس هو سبيع ؟ قال : لا والله إنه نجس ، لا والله إنه نجس (١) .

وأما بيع المسوخ : فقد استدلوا على بطلان بيعها بعده من الوجوه :

منها : الإجماع منعقد على عدم جواز بيعها ، إدعاه الشيخ في الخلاف (٦) والمبسوط (٧) .

وفيه : أولاً : تحصيل الإجماع بل وجوده ممنوع ، نعم المشهور بين قدماء الأصحاب حرمه بيع المسوخ .

وثانياً : يمكن أن يكون هذا الإجماع مدركياً ، فلا بدّ من ملاحظه غيره من الأدله .

ومنها : المسوخ كلّها نجس ، وكلّ نجس لا يجوز بيعه ، فالمسوخ لا يجوز بيعها .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا طهاره المسوخ آنفاً ، وهذا منع الصغرى .

ثانياً : قد مرّ منّا أنّ النجاسة ليست مانعه مستقلة من البيع ، إذا كان للمبيع منفعة محلّله عقلائيّه ، وهذا منع الكبرى .

ومنها : الإجماع من المسلمين على حرمه أكل لحم المسوخ كما مرّ ، وورد في النبوى المشهور : « إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه » ، فإذا حرّم الله أكل المسوخ حرّم ثمنها أيضاً ، فتدل على بطلان معاملتها .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب أنّ النبوى لم يرد فى مصادرنا الروائيه مسنداً ، فالروايه ليست إلّا مرسله عاميه ، فلا تصلح للدليليه .

وثانياً : عدم وجود الملازمه بين حرمه أكلها وحرمه بيعها ، لا سيما إذا كان لها منافع محلّله عقلائيّه غير الأكل .

هذا ، وقد وردت فى عده من الروايات جواز الإنتفاع ببعض أجزاء المسوخ نحو : عظام الفيل والتمشط بها وجواز بيعها ، وهكذا وردت الإنتفاع بجلود السباع مطلقاً وبعضها

ص: ١٢١

من المسوخ :

منها : خبر عبد الحميد بن سعيد قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن عظام الفيل يحلّ بيعه أو شراؤه الذى يجعل منه الأمشاط ؟ فقال : لا بأس ، قد كان لأبى منه مشط أو أمشاط (١) .

ومنها : خبر موسى عن يزيد قال : رأيت أبا الحسن عليه السلام يتمشّط بمشط عاج واشتريته له (٢) .

ومثله : خبر موسى بن بكر (٣) .

وهذه الروايات - مضافاً إلى دلالتها على جواز الإنتفاع - تدل على جواز البيع أيضاً .

ومنها : خبر الحسن بن عاصم قال : دخلت على أبى إبراهيم عليه السلام وفى يده مشط عاج يتمشّط به ، فقلت له : جعلت فداك ، إنّ عندنا بالعراق من يزعم أنّه لا- يحلّ التمشّط بالعاج ، فقال : ولم ؟ فقد كان لأبى منها مشط أو مشطان ، ثم قال : تمشّطوا بالعاج ، فإن العاج يذهب بالبواب (٤) .

ومنها : روايه القاسم بن الوليد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عظام الفيل مداهنها وأمشاطها ؟ قال : لا بأس به (٥) .

ومنها : روايه عبد الله بن سليمان قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن العاج ؟ فقال : لا بأس به وإنّ لى منه لمشطاً (٦) .

وقد وردت عده من الروايات المعتبره فى جواز الإنتفاع بجلود السباع وهى تشمل باطلاقها المسوخ من السباع ، فتدلّ على جواز الإنتفاع بجلود المسوخ بإطلاقها :

ص: ١٢٢

١- (١) الخلاف ٣ / ١٨٤ .

٢- (٢) المبسوط ٢ / ١٦٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧١ ح ٢ .

٤- (١) وسائل الشيعه ٢ / ١٢٣ ح ٢ الباب ٧٢ من أبواب آداب الحمام .

٥- (٢) وسائل الشيعه ٢ / ١٢٢ ح ١ .

٦- (٣) وسائل الشيعه ٢ / ١٢٣ ح ٣ .

منها : صحيحه على بن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن لباس الفراء والسمور والفنك والثعالب وجميع الجلود ؟ قال : لا بأس بذلك (١) .

ومنها : موثقه سماعه قال : سألته عن لحوم السباع وجلودها ؟ فقال : أمّا لحوم السباع فمن الطير والدواب فإنّنا نكرهه ، وأمّا الجلود فاركبوا عليها ولا تلبسوا منها شيئاً تصلّون فيه (٢) .

لا يضر إضمار الروايه ، لأنّ مضميرَه سماعه ، وأمّا الكراهه الوارده فى الروايه بالنسبه إلى اللحوم هى الحرمة لا الكراهه المصطلحه .

ومنها : موثقه أخرى لسماعه قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن جلود السباع ؟ فقال : إركبوها ولا تلبسوا شيئاً منها تصلّون فيه (٣) .

ونظيرها موثقه ثالثه لسماعه فراجعها (٤) .

ومنها : معتبره على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن ركوب جلود السباع ؟ فقال : لا بأس ما لم يُسجد عليها (٥) .

ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن جلود السباع ويبيعها وركوبها أيصلح ذلك ؟ قال : لا بأس ما لم يسجد عليها (٦) .

من مجموع هذه الروايات ظهر جواز الإنتفاع بالمسوخ ، فإذا جاز الإنتفاع بها جاز بيعها على القاعده الكليه التى مرّت من الملازمه بين جواز الانتفاع وجواز البيع ، وعلى هذا لا بأس ببيع المسوخ كما عليه أكثر المتأخرين ، نحو : ثانى الشهيدين فى المسالك (٧) وصاحب الرياض (٨) وصاحب

ص: ١٢٣

١- (٤) وسائل الشيعه ٢ / ١٢٣ ح ٤ .

٢- (٥) وسائل الشيعه ٤ / ٣٥٢ ح ١ .

٣- (٦) وسائل الشيعه ٤ / ٣٥٣ ح ٣ .

٤- (٧) وسائل الشيعه ٤ / ٣٥٣ ح ٤ .

٥- (١) وسائل الشيعه ٤ / ٣٥٤ ح ٦ .

٦- (٢) وسائل الشيعه ٤ / ٣٥٣ ح ٥ .

٧- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٢ ح ٥ .

٨- (٤) مسالك الأفهام ١ / ١٦٥ .

الجواهر(١)والفاضل النراقي في مستند الشيعة(٢). مضافاً إلى دلالة الروايه الأخيره على جواز بيع جلود السباع ، وهى بإطلاقها تشمل المسوخ .

تمه : قد ورد النهى عن بيع القرده فى روايه ، وهى من المسوخ ، فهل يمكن التعدى منها إلى غيرها من المسوخ أم لا ؟

أما الروايه فهى : خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام قال : إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن القرد أن يُشترى وأن يُباع .

والروايه ضعيفه سنداً ، محموله على صوره عدم الإنتفاع المعتدّ بالقرد أو المحرّم ، كالإطافه به للعب كما هو الغالب فى تلك الأعصار ، أو محموله على الكراهه جمعاً بينها وبين الأدله السابقه .

ثم فليعلم أنّ للقرده منفعه عظيمه فى أعصارنا ، لأجل الفحوص الطبيه وكشف الأمراض والأدويه المفيد لها ، ولذا يجوز بيعها لأجل هذه المنافع . وحيث لا يمكن الأخذ بالروايه فى موردّها فكيف يمكن التعدى منها إلى غيرها . من المسوخ ؟ !

فيجوز بيع المسوخ من القرده وغيرها والله سبحانه هو العالم والحمد لله رب العالمين .

ص: ١٢٤

---

١- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٤٨ طبع آل البيت عليهم السلام .

٢- (٦) الجواهر ٢٢ / ٣٥ .

## الأولى : بيع المملوك الكافر

## إشاره

بناءً على أنّ النجاسه مانعه استقلالاً من جواز البيع نبحت عن هذه المسائل الأربع بعنوان المستثنيات من الأعيان النجسه أو المتنجسه ، وأما بناءً على مختارنا من عدم كون النجاسه مانعه استقلالاً من جواز البيع ، فجواز بيع هذه الأربع على القاعده الأولىه وليس من المستثنيات ، فنقول .

أما المملوك الكافر فينقسم إلى ثلاثه أقسام :

## ١ - الكافر الأصلي :

يعنى الأمه أو العبد الكافران اللذان لم يدخلا فى الإسلام ، وهذا القسم يجوز بيعه بلا خلاف ، وتدل عليه إطلاقات جواز بيع العبيد :

منها : معتبره عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رقيق أهل الذمه أشتري منهم شيئاً ؟ فقال : اشتر إذا أقرّوا لهم بالرق(١) .

ومنها : معتبره إسماعيل بن الفضل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء مملوك أهل الذمه ؟ قال : إذا أقرّوا لهم بذلك فاشتر وانكح(٢) .

ومنها : صحيحه رفاعه النخاس قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : إنّ الروم يغزون على الصقالبه والروم ، فيسرقون أولادهم من الجوارى والغلمان ، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار ، فما ترى فى شرائهم ونحن نعلم أنّهم قد سرقوا ، وإّما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم ؟ فقال : لا- بأس بشرائهم ، إّما أخرجوهم من الشرك إلى دار الإسلام(٣) .

ص: ١٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٤٣ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٤٣ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٤٤ ح ١ .

ومنها : صحيحه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام في شراء الروميات ، فقال : اشترهنّ وبعهنّ (١).

هذه الروايات بإطلاقها تدل على جواز بيع المملوك الكافر الأصلي .

## ٢ - القسم الثاني : الكافر المرتد الملى

يعنى العبد كان كافراً أولاً ثم دخل فى الإسلام ثم رجع إلى كفره ، فصار إرتداده إرتداداً ملىاً وحكمه : إن كان رجلاً يُستتاب ثلاثة أيام أو بمقدار يمكن معه الرجوع إلى الإسلام فإن تاب فهو وإلّا قتل ، ولا تزول منه أملاكه مادام حياً ، ولكن يفسخ العقد بينه وبين زوجته ويراعى انقضاء عدّتها ، فإن تاب فيها رجع إليها .

وإن كان إمراه لم تقتل بل تحبس ويضيق عليها حتى تتوب أو تخلد فى السجن .

ثم إذا كان العبد مرتداً ملىاً فهل يجوز بيعه أم لا ؟ المشهور بين الأصحاب بل ادعى عليه الإجماع الجواز ، لأنّ العبد المرتد الملى مال وله منافع محلّله فيجوز بيعه ويشمله الإطلاقات الواردة فى الروايات الماضيه وغيرها من جواز بيع العبيد والإماء .

## ٣ - القسم الثالث : الكافر المرتد الفطرى

يعنى العبد ولد على الإسلام - بأن كان أبواه أو أحدهما مسلماً ثم دخل فى الكفر - وحكمه : إن كان رجلاً لا تقبل توبته ظاهراً وإن كانت تقبل بينه وبين الله تعالى ، فيحكم الحاكم الشرعى بقتله و تبين منه زوجته وتعتدّ منه عدّه الوفاه وتقسم أمواله بين ورثته .

وإن كان إمراه لم تقتل بل تحبس ويضيق عليها حتى تتوب أو تخلد فى السجن .

قد استشكل جواز بيع العبد الكافر المرتد الفطرى بعض الأصحاب ، لأنّه فى معرض التلف لوجوب قتله .

وفيه : وجوب قتله بعد ثبوت الإرتداد عند الحاكم الشرعى و صدور الحكم منه على قتله ، ويلزم أيضاً بسط يد الحاكم الشرعى حتى يجرى حكمه ، وربّما يمكن عدم وجود الحاكم أو عدم بسط يده أو عدم ثبوت الإرتداد عنده أو فرار المرتد من الحكم والحاكم .

ص: ١٢٦

وبالجملة ، يمكن بقاء المرتد الفطرى عادةً وخارجاً فيجوز بيعه .

مضافاً إلى فرض إجراء الحكم عليه ، يمكن عتقه قبل إجراء الحكم كفارةً أو نذراً أو عهداً ونحوها ، فله المنفعة المحلله حتى فى هذه الصورة فيجوز بيعه .

نعم ، فى هذا الفرض الأخير صارت قيمته أقل مما كان سابقاً ، وقَّله القيمة لا تضرَّ بصحة البيع .

ففى جميع هذه الأقسام الثلاثة ، يجوز بيع العبد أو الأمه الكافرين .

## فرع:

فى زماننا هذا إذا باعوا امرأة أو رجلاً فى البلاد الاسلاميه أو بلاد الكفر هل يجوز شراؤهم وهل يحكم عليهم بأنهم رقٌّ وعبيدٌ وأماء يعنى هل يحكم عليهم أحكام العبيد والإماء أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - عدم ترتب أحكام العبيد والإماء عليهم ، فلا يجوز النظر إذا كانت امرأة أو وطئها مثلاً ، لأنَّ الوارد فى الروايات الماضيه أنَّ ملاك الرقيه والعبودية المصطلحه ، الإقرار من الناس وفى السوق وفى المجتمع بأنهم رقيقٌ وعبيدٌ نحو : معتبره عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال : اشتر إذا أقروا لهم بالرق(١) .

ومعتبره إسماعيل بن الفضل عن أبى عبد الله عليه السلام قال : إذا أقروا لهم بذلك فاشتر وانكح(٢) .

وخبر زكريا بن آدم عن الرضا عليه السلام قال : إذا أقروا لهم بالعبودية فلا بأس بشرائهم ، الحديث(٣) .

والظاهر من هذه الروايات أنَّ ملاك الرقيه الإقرار بها فى شأنهم فى السوق أو فى

ص: ١٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٤٣ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٤٣ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٤٥ ح ٣ .



المجتمع الإنساني أو عند الناس ، وهذا الإقرار في شأن هؤلاء الأفراد في زماننا هذا مفقود ، لأنه لا يتفوه أحدٌ بأنهم رقيق أو عبيد أو أماء ونحو ذلك ، فلا يحكم عليهم بأحكام العبيد والإماء ، فإذا لم يحكم بأنهم مملوكون فلا يجوز بيعهم وشرأؤهم ، لأنه لا يجوز بيع الأحرار .

وبالجملة ، لا يجوز بيع وشراء هؤلاء رجالاً ونساءً ، كفاراً كانوا أو مسلمين ، ولا يترتب عليهم أحكام العبيد والإماء المماليك في الشريعة المقدسه . والله سبحانه هو العالم .

### المسألة الثانية : بيع الكلب

قد مرّنا مفصلاً جواز بيع الكلاب المعلّمه ، سواءً كانت للصيد أو الحائط أو الزرع أو الحرس أو الماشيه أو للشرطه أو للأمن أو غيرها . والمدار في جواز بيع الكلب عندنا كونه معلماً بحيث صار ذا منفعة محلله عقلائيّه . هذا بناءً على المختار .

وأما بناءً على أنّ النجاسه مانعه مستقله للبيع ، فيبيع الكلب يكون من المستثنيات ، وقد مرّ أنّ النجاسه ليست مانعه مستقله من جواز البيع . فراجع ما حررناه هناك .

### المسألة الثالثه : العصير العنبي إذا غلى ولم يذهب ثلثاه

#### إشاره

هذه المسألة مبنيه على أمرين :

١ - نجاسه العصير العنبي إذا غلى ولم يذهب ثلثاه .

٢ - عدم جواز بيع النجاسات وهي مانعه مستقله من جواز البيع .

ويمكن المناقشه في كلا الأمرين :

أمّا الأول : قد يقال : بطهاره العصير العنبي إذا غلى ولم يذهب ثلثاه ، لعدم وجود دليل على نجاسته وأنّ الأصل في الأشياء هو الطهاره ، وما ورد من تشبيهه بالخمير فليس من جهه النجاسه بل من جهه حرمة شربه ، فإذا ذهبنا إلى طهارته يخرج هذا الفرض من تحت المستثنيات .

وأما الثاني : فقد مرّنا مفصلاً بأن النجاسه لم تكن مانعه مستقله من جواز البيع ، فلا نعيد الكلام فيه .

قد يقال : بوجود روايات مانعه من صحه بيع العصير العنبي أو غيره إذا غلى ، فيحكم

بطلان بيعه لهذه الروايات وإن كان مقتضى القاعده الأولى صحه البيع ولكن مع ورود هذه الروايات يحكم ببطلانه :

منها : خبر محمد بن الهيثم عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن العصير يطبخ بالنار حتى يغلى من ساعته ،  
أيشربه صاحبه ؟ فقال : اذا تغير عن حاله وغلى فلا خير فيه ، حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه(١) .

بتقريب : جواز بيعه وأخذ الثمن في قبالة من جمله الخير المنفى في الروايه ، فلا يجوز بيعه .

وفيه : أولاً : الروايه مرسله فلا يمكن الاعتماد عليها .

وثانياً : ظاهر سؤال السائل في جواز الشرب وعدمه ولا إطلاق فيه حتى يشمل البيع ، فالبيع أجنبي عن هذه المرسله .

ومنها : خبر أبي كهمس قال : سألت رجلاً أبا عبد الله عليه السلام عن العصير ، فقال : لى كرم وأنا أعصره كل سنه واجعله في  
الدنان وأبيعه قبل أن يغلى ، قال عليه السلام : لا بأس به ، وإن غلى فلا يحل بيعه .

ثم قال : هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرأ(٢) .

بتقريب : أن جمله « وإن غلى فلا يحل بيعه » نص في بطلان بيع العصير العنبي إذا غلى ، فلا يجوز بيعه بعد الغليان .

وفيه : أولاً : الروايه ضعيفه السند بأبي كهمس ، وهو كنيه للهيثم بن عبد الله أو الهيثم بن عبيد ، ولم يثبت وثاقتهمما ويمكن  
اتحادهما .

وثانياً : ظاهر جمله « وإن غلى فلا يحل بيعه » ، الغليان من قبل نفس العصير يعنى النشيش لا الغليان بالنار ، ولا أقل من احتمالاه ،  
فإذا جاء الإحتمال بطل الإستدال .

وثالثاً : من جواب الإمام عليه السلام فى ذيل الروايه من بيع تمره ممن يعلم أنه يصنعه خمرأ

ص: ١٢٩

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٢٨٥ ح ٧ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٠ ح ٦ .

يظهر أنّ سؤال السائل عن جواز بيع عصيره ممّن يعلم أنّه يصنعه خمراً أو عدمه ، وأجازه الإمام عليه السلام بقوله في ذيل الروايه : « هو ذا نحن نبيع تمرنا ممّن نعلم أنّه يصنعه خمراً » ، فلا إطلاق في الروايه حتّى تشمل عدم جواز بيع العصير العنبي بعد الغليان .

ورابعاً : على فرض وجود الإطلاق وشمولها لعدم جواز بيع العصير بعد الغليان ، تدلّ على عدم جواز بيعه إذا باعه للشرب في هذه الحاله ، ولكن إذا باعه لِمَنْ أراد أن يذهب ثلثاه ثم يشربه فلا بأس به .

ومنها : خبر أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن العصير قبل أن يغلى لمن يتناعه ليطبخه أو يجعله خمراً ؟ قال : إذا بعته قبل أن يكون خمراً وهو حلال فلا بأس (١) .

بتقريب : أن مفهوم هذه الروايه تدلّ على عدم جواز بيع العصير بعد حرّمته بالغليان ، لأنّ منطوقها جواز بيعه قبل أن يكون خمراً وهو حلال . فالروايه بمفهومها تدلّ على بطلان بيع العصير العنبي بعد الغليان .

وفيه : أولاً- : الروايه ضعيفه الإسناد بعلى بن أبي حمزه البطائني الراوي عن يحيى بن القاسم أو أبي القاسم الأسدي المكفوف الثقه .

وثانياً : سؤال السائل عن بيع العصير قبل غليانه لمن يجعله دسّاً بالغليان أو يجعله

خمراً ، ولعلّ العمده في السؤال هو الثاني ، يعني بيع العصير لمن يجعله خمراً وأجازه الإمام عليه السلام . وصار مفاد الروايه نحو مفاد خبر أبي كهيمس الماضيه . فلا تدلّ على حرّمه بيع العصير بعد الغليان .

وثالثاً : الروايه بصدد بيان حكم المنطوق لا المفهوم ، فلا إطلاق لها والتميقن منها فرض بيع العصير العنبي لمن يجعله خمراً .

ومنها : خبر أبي بصير قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام وسئل عن الطلا ، فقال : إن طبخ حتّى يذهب منه إثنان ويبقى واحد فهو حلال ، وما كان دون ذلك فليس فيه خير (٢) .

ص: ١٣٠

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٢٩ ح ٢ .

٢- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٢٨٥ ح ١ .

بتقريب : ما مرّ في خبر محمد بن الهيثم من جواز بيعه وأخذ الثمن في قبالة وأنه من جملة الخير المنفي في الروايه ، فلا يجوز بيعه بعد الغليان وقبل ذهاب ثلثيه .

وفيه : أولاً : الروايه ضعيفه السند بعلى بن أبي حمزه البطائني .

وثانياً : ظاهر السؤال عن جواز شربه لا بيعه ، ولا أقل من أنّ هذا محتمل ، وإذا جاء الإحتمال بطل الإستدال .

وثالثاً : لا إطلاق في الروايه حتّى تشمل حرمة البيع بعد الغليان .

وبالجملة ، هذه الروايات الأربع لا تدل على بطلان بيع العصير العنبي بعد غليانه وقبل ذهاب ثلثيه ، فاليوم باق على حليته ، فيجوز بيعه حينئذ كما عليه المشهور من أصحابنا رضوان الله تعالى عليهم أجمعين .

وبما ذكرنا ظهر ما في بيان المحقق النائيني قدس سره حيث يقول : « والإينصاف ظهور الروايات الخاصه في حرمة البيع ، فلو ثبت إعراض الأصحاب عنها فهو ، وإلاّ - فالجواز مشكل ، وإعلامه بغليانه لا يؤثر في الجواز بعد ظهور الأخبار ، لا سيما الأولين في حرمة بيعه فتأمل جيّداً » (١) .

مراده قدس سره بالأوليين خبر أبي كهمس وخبر أبي بصير الأوّل الماضيين ، ولعلّ أمره بالتأمل في آخر كلامه إشاره إلى ما ذكرناه في المتن .

## فرع سيال :

إذا غصب العصير العنبي ثم أغلاه ، هل يضمن ثلثيه أم لا ؟

الظاهر أن ضمان الغاصب منوط بالقيمه السوقيه للدبس مثلاً ، يعني إذا كانت القيمه السوقيه للدبس أكثر أو مساويه مع العصير فلا ضمان للغاصب ، لعدم تنزل مائيه الشيء في يده ، ولكن إذا كانت قيمته أقل كان الغاصب ضامناً بمقدار تقليل القيمه .

ثم هل يجوز للغاصب أن يدعى أجره مثل تبديل العصير بالدبس وأخذ الأجره من المالك ؟

ص: ١٣١

الظاهر أنه حيث عمل ذلك من غير أمر المالك وإذنه فلا يجوز له أخذ الأجره في قبالة وكان عمله هدرًا .

وهذا الفرع سيال يأتي في موارد متعدده ، مثلاً لو سرق شخص سيارة واحتاجت إلى التعمير وأعطى السارق أجره تعميرها ثم ردها إلى صاحبها ، فهل للسارق أن يأخذ من صاحب السيارة ما صرفه على التعمير أم لا ؟

الظاهر أنه لا يجوز للسارق هذا الإدعاء والأخذ وليس على المالك إعطاء هذه المصارف ، لأنه تصرف في ماله بغير إذنه ورضاه . نعم لو زاد السارق في السيارة بالأعيان المستقلة يجوز له أخذها من السيارة ، لأن السارق مالك لهذه الأعيان المستقلة وله أن يسترد ما ملكه .

### المسألة الرابعة : المعاوضة على الدهن المتنجس

#### إشارة

أدعى الإجماع على جواز بيع الدهن المتنجس ، ادعاه الشيخ في الخلاف (١) وابن زهره في الغنيه (٢) وابن إدريس في السرائر (٣) وصاحبها الجواهر (٤) والمستند (٥) .

ومن ذهب إلى أن النجاسه مانعه مستقلة من جواز البيع عنون هذا الفرض بنحو الاستثناء ، وأمّا على المختار من عدم مانعيه النجاسه للبيع فيطرح ويعنون على القاعده الأوليه الكليه من صحه بيعه .

وكيف ما كان تدل على جواز بيعه عدّه من الروايات المعتمره :

منها : صحيحه معاويه بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : جرد مات في زيت أو سمن أو عسل ، فقال : أمّا السمن والعسل فيؤخذ الجرد وما حوله ، والزيت يستصبح به (٦) .

ص: ١٣٢

١- (١) الخلاف ٣ / ١٨٧ .

٢- (٢) الغنيه / ٥٨٦ .

٣- (٣) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٣ .

٥- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ٧٢ .

٦- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٧ ح ١ و ٢٤ / ١٩٤ ح ١ .

يمكن المناقشه فى دلالة هذه الصحيحه على جواز البيع ، و غايه ما يُستفاد منها جواز الإنتفاع من الزيت المتنجس ، إلا أن يقال : بجواز بيع كل ما يجوز الإنتفاع به كما هو المختار .

نعم ، فى نقل الشيخ للروايه توجد هذه الزيادة : وقال عليه السلام فى بيع ذلك الزيت : يبيعه ويبيئه لمن اشتراه ليستصبح به (١) .

ومع وجود هذه الزيادة وإثباتها تدل الصحيحه على جواز بيعه من دون احتياج إلى القاعده الملازمه بين جواز الإنتفاع وجواز البيع .

والظاهر أنه لا بد من الأخذ بهذه الزيادة ، لأن الأصل عدم الزيادة وأنها من متن الروايه وليست بزيادة وإضافه من الراوى .

ومنها : صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال : إذا وقعت الفأره فى السمن فماتت فيه فإن كان جامداً فألقها وما يليها ، وإن كان ذائباً فلا تأكله واستصبح به ، والزيت مثل ذلك (٢) .

المناقشه فى هذه الصحيحه كالصحيحه الماضيه .

ومنها : صحيحه أبى بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفأره تقع فى السمن أو فى الزيت فتموت فيه ، فقال : إذا كان جامداً فطرحها وما حولها ويؤكل ما بقى ، وإن كان ذائباً فأسرج به وأعلمهم إذا بعته (٣) .

ومنها : موثقه معاويه بن وهب وغيره عن أبى عبد الله عليه السلام فى جرد مات فى زيت ، ما تقول فى بيع ذلك ؟ فقال : بعه ويبيئه لمن اشتراه ليستصبح به (٤) .

ومنها : صحيحه الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفأره والدابه تقع فى الطعام والشراب فتموت فيه ، فقال : إن كان سمناً أو عسلاً أو زيتاً فإنه ربماً يكون بعض هذا ، فإن كان

الشتاء فانزع ما حوله وكله ، وإن كان الصيف فارفعه حتى تسرج به ، وإن كان ثرداً فاطرح

ص: ١٣٣

١- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٩٤ ح ١ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٧ ح ٢ و ٢٤ / ١٩٤ ح ٢ .

٣- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٣ .

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٤ .

الذى كان عليه ، ولا تترك طعامك من أجل دابه ماتت عليه(١).

والمناقشه فى دلالة هذه الصحيحه على جواز البيع كالمناقشه فى الصحيحتين الأوليين الماضيتين .

ومنها : صحيحه سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام - فى حديث - أنه سأله عن الفأره تموت فى السمن والعسل ، فقال : قال على عليه السلام : خذ ما حولها وكل بقيته ، وعن الفأره تموت فى الزيت ، فقال : لا تأكله ، ولكن أسرج به(٢).

وهذه الصحيحه أيضاً لا تدل على جواز البيع إلا على القاعده الملازمه بين الإنتفاع والبيع . ومنها : موثقه سماعه قال : سألته عن السمن تقع فيه الميتة ؟ فقال : إن كان جامداً فألق ما حوله وكل الباقي ، فقلت : الزيت ؟ فقال : أسرج به(٣).

وهذه الموثقه أيضاً كالروايه الماضيه .

ومنها : خبر إسماعيل بن عبد الخالق عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سأله سعيد الأعرج السمان وأنا حاضر عن الزيت والسمن والعسل تقع فيه الفأره فتموت كيف يصنع به ؟ قال : أمّا الزيت فلا تبعه إلا لمن تبين له فيبتاع للسراج ، وأمّا الأكل فلا ، وأمّا السمن فإن كان ذائباً فهو كذلك ، وإن كان جامداً والفأره على أعلاه فيؤخذ ما تحتها وما حولها ثم لا بأس به ، والعسل كذلك إن كان جامداً(٤).

وبالجملة ، هذه الروايات تدل على جواز بيع الدهن المتنجس إما بصراحتها وإما مع ضم القاعده الملازمه بين جواز الانتفاع وجواز البيع ، وإلى هنا ثبت جواز بيعه .

وأمّا ما ورد فى بعض الروايات من النهى عن بيع الدهن المتنجس فلا بدّ من ملاحظتها : منها : خبر ابن إدريس نقلاً من جامع البزنطى صاحب الرضا عليه السلام قال : سألته عن الرجل تكون له الغنم يقطع من إلياتها وهى أحياء يصلح له أن ينتفع بما قطع ؟ قال : نعم يذبيها

ص: ١٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٩٥ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٩٥ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٩٥ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٥ .

ويسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعها(٥) .

بتقريب : أن المذاب من إليات الغنم صارت كالزيت أو السمن أو الدهن ، وورد في الروايه جواز الإنتفاع بها في الإسراج ولكن ورد في ذيلها النهى عن بيعها ، وجمله « لا يبيعها » تدلّ بطلان البيع .

وفيه : أولاً : الروايه ضعيفه الإسناد بل مرسله ، لأنّ ابن إدريس لم يذكر سنده إلى جامع البزنطى .

وثانياً : النهى الوارد في الروايه بمعنى عدم بيعها للأكل ، وأما إذا جاز الإستصباح بها فلم لا يجوز بيعها لهذه المنفعه ؟ لا سيما مع ورود الروايات المجوّزه .

ومنها : خبر على بن جعفر المروى في قرب الإسناد عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن حُبّ دهن ماتت فيه فأره ؟ قال : لا تدهن به ولا تبعه من مسلم(١) .

بتقريب : أن جملة « لا تبعه من مسلم » تدلّ على عدم جواز بيعه من المسلم سواء كان للإستصباح أو غيره .

وفيه : أولاً : الروايه ضعيفه الإسناد .

وثانياً : النهى الوارد عن بيعه من المسلم يمكن حمله على البيع للأكل أو البيع من دون الإعلام بالنجاسه ونحوها .

ومنها : خبر الجعفریات بإسناده عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أنّ عليّاً عليه السلام قال : في الخنفساء والعقرب والصرد إذا مات في الإدام ، فلا بأس بأكله ، قال : وإن كان شيئاً مات في الإدام وفيه الدم في العسل أو في الزيت أو في السمن وكان جامداً ، جُنبت ما فوقه وما تحته ثم يؤكل بقيته ، وإن كان ذائباً فلا يؤكل ، يُستسرج به ولا يباع(٢) .

بتقريب : أن جملة « لا يباع » في آخر الروايه تدلّ على بطلان بيع الدهن المتنجس .

وفيه : أولاً : الروايه ضعيفه الإسناد .

ص: ١٣٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٩٨ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٠ ح ٥ .



وثانياً : الظاهر من « لا يباع » يعنى لا يباع للأكل بقرينه « فلا يؤكل » الوارده قبلها .

وثالثاً : ورد الحكم بالجواز فى روايه فى نفس الكتاب والصفحه وهى : خبر الجعفرىات بنفس الإسناد عن على عليه السلام سئل عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت ، قال :

الزيت - خاصة - يبيعه لمن يعمله صابوناً(١) .

والحكم بجواز البيع لمن يعمل صابوناً ، يدل على جواز بيعه لمن يمكن أن ينتفع به منفعه محلله .

وبالجملة ، هذه الروايات مع ضعف سندها ودلالاتها وإعراض المشهور قديماً وحديثاً عنها لا تتعارض مع الروايات الماضيه الحاكمه بالجواز ، فهذه الروايات تطرح وتتخذ بالروايات المجوّزه .

إن قلت : لا يمكن طرح هذه الروايات ولا بدّ من الأخذ بها ، فصارت متعارضه مع الروايات المجوّزه .

قلت : على فرض تحقق المعارضه تقدّم الطائفه المجوّزه ، لأنّها موافقه لإطلاق الكتاب من جواز البيع وصحته ولزوم الوفاء بالعقود والبيوع والعهود ، مع ذهاب المشهور إليها وحكمهم بالجواز والأمر الوارد بأخذ المشهور كما ورد فى مقبوله عمر بن حفظله : « المجمع عليه عند أصحابك فيؤخذ به من حكمننا ويترك الشاذ الذى ليس بمشهور عند أصحابك فإنّ المجمع عليه لا ريب فيه ... »(٢) .

**ثم إن هنا فروعاً**

**الأول : هل يُعتبر اشتراط الاستصباح ؟**

هل صحه بيع الدهن المتنجس مشروط باشتراط الاستصباح بها فى المعامله أم لا يعتبر هذا الإشتراط ؟

ص: ١٣٦

١- (١) الجعفرىات / ٢٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٢ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ / ١٠٦ ح ١ .

ذهب إلى اعتبار الإشتراط ابن ادريس الحلى في سرائره(١) ودليله ظاهر بعض الروايات الواردة في المقام .

منها : صحيحه معاويه بن وهب وموثقته وصحيحه زراره وصحيحه أبيبصير وصحيحه الحلبي وصحيحه سعيد الأعرج وموثقه سماعه وخبر إسماعيل بن عبد الخالق الماضيات .

يعنى ورد في الروايات المرويه في جواز بيع الدهن المتنجس ذكر الإستصباح أو الإسراج ، وظاهرها إعتبار إشتراطها .

وفيه : ورود الإسراج أو الإستصباح في الروايات المجوّزه لبيع الدهن المتنجس لم يثبت إشتراطها في صحه البيع ، بل هي داله على وجود منفعه محلله فيها ، فيجوز البيع لذلك . أو لزوم إعلام نجاستها من بائعها لئلا يأكلها المشتري ، فلا تدلّ على هذا الإشتراط كما ذهب إليه كثير من الأصحاب قدس سرهم .

### الثانى : لزوم الإعلام بنجاسه الدهن

#### إشاره

هل يجب إعلام المشتري بنجاسه الدهن أم لا ؟ وهل يجب مطلقاً أم لا ؟ وهل هذا الوجوب نفسى أو شرطى ؟ بمعنى اعتبار إشتراطه في صحه البيع ، وجوه :

والمهم ملاحظه الروايات الواردة في المقام التى ورد فيها ذكر الإعلام :

منها : موثقه معاويه بن وهب وغيره عن أبى عبد الله عليه السلام فقال عليه السلام : بعه وبينه لمن اشتراه ليستصبح به(٢) .

ومنها : صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال في حديث : ... وإن كان ذائباً فأسرج به وأعلمهم إذا بعته(٣) .

ومنها : خبر إسماعيل بن عبد الخالق عن أبى عبد الله عليه السلام : ... قال عليه السلام : أما الزيت فلا

ص: ١٣٧

١- (٣) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٤ .

٣- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٣ .

تبعه إلا لمن تبين له فيبتاع للسراج ، الحديث (١) .

وظاهر هذه الروايات وجوب الإعلام على البائع للمشتري بنحو الوجوب النفسى لئلا يقع المشتري فى الحرام بأكلها أو نحوها .  
وقد مرّ منّا التفصيل فى الإعلام بين ما يُستعمل عادةً فى الأكل والشرب بلزوم الإعلام فيها ، وبين ما يُستعمل عادةً فى الصلاة ونحوها من الأثواب والأفراش بعدم لزوم الإعلام فيها ، فراجع ما حررناه هناك .

### قاعده : حرمه تغير الجاهل

ثم تعرض الشيخ الأعظم قدس سره لقاعده حرمه تغير الجاهل ونحن نقتفى أثره ، فقال قدس سره :

« ويشير إلى هذه القاعده كثير من الأخبار المتفرقه الداله على حرمه تغير الجاهل بالحكم أو الموضوع فى المحرّمات » (٢) .

أقول : يُستفاد من مذاق الشارع حرمه إلقاء الغير فى الحرام الواقعى مضافاً إلى دلالة الروايات فى الأبواب المختلفه على ذلك :

منها : ما دل على حرمه الإفتاء بغير علم ، فإنّها ربّما توجب التغير والتسيب وإلقاء المسلم فى الحرام الواقعى ، نحو صحيحه أبى عبيده الحذاء قال : قال أبو جعفر عليه السلام : من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكه الرحمه وملائكه العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه (٣) .

ومنها : ما دل على ثبوت أوزار المأمومين على الإمام فى صلاه الجماعه فى تقصير نشأ من الإمام ، نحو : خبر عبايه . قال كتب أمير المؤمنين عليه السلام الى محمد بن أبى بكر : ... أنظر يا محمد صلاتك كيف تصلّيها ، فإنّما أنت إمامٌ ينبغى لك أن تتمّها [ وأن تحفظها بالأركان ولا تخفّفها ] وأن تصلّيها لوقتها فإنّه ليس من إمام يصلّى يقوم فيكون فى صلاتهم نقص إلا كان

ص: ١٣٨

١- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٨ ح ٥ .

٢- (١) المكاسب المحرمه ٩ / طبع تبريز ، ٢ / ٧٣ من الطبعة الحديثه .

٣- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٠ ح ١ .

إثم ذلك عليه ولا ينقص ذلك من صلاتهم شيئاً ، الحديث(١) .

وابن شعبه الحرّاني نقل هذه الروايه هكذا : « ... ثم انظر صلاتك كيف هي ، فإنّك إمامٌ ، ليس من إمام يصلى بقوم فيكون في صلاتهم إلّا كان عليه أوزارهم ولا ينتقص من صلاتهم شيء ، ولا يتمّها إلّا كان له مثل أوزارهم ولا ينتقص من أوزارهم شيء »(٢) .

ومنها : ما دل على ضمان الإمام صلاه المأمومين إذا صلى بهم جنباً أو على غير طهر ، نحو صحيحه معاويه بن وهب قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أضمن الإمام صلاه الفريضة ، فإنّ هولاء يزعمون أنّه يضمن ؟ فقال : لا يضمن أيّ شيء يضمن ، إلّا أن يصلى بهم جنباً أو على غير طهر(٣) .

أقول : معنى الضمان هنا ، لزوم إعاده الصلاه على الإمام دون المأمومين ، وتدلّ عليه

صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يؤمّ القوم وهو على غير طهر فلا يعلم حتّى تنقضى صلاتهم ؟ قال : يعيد ، ولا يعيد من صلى خلفه وإن أعلمهم أنّه على غير طهر(٤) .

ونظيرها صحيحه أخرى لمحمد بن مسلم(٥) وصحيحه زراره(٦) وموثقه عبد الله بن أبي يعفور(٧) المرويات في نفس الباب .

نعم ورد في رواياتنا ضمان الإمام بالنسبه إلى القراءه فقط ، نحو :

موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام : أنّه سأله رجل عن القراءه خلف الإمام ؟ فقال : لا ،

ص: ١٣٩

١- (٣) الغارات ١ / ٢٤٤ ونقل عنه في بحار الأنوار ٨٥ / ٩٢ .

٢- (٤) تحف العقول / ١٧٩ .

٣- (٥) وسائل الشيعه ٨ / ٣٧٣ ح ٦ .

٤- (١) وسائل الشيعه ٨ / ٣٧٢ ح ٤ .

٥- (٢) وسائل الشيعه ٨ / ٣٧٢ ح ٣ .

٦- (٣) وسائل الشيعه ٨ / ٣٧٢ ح ٥ .

٧- (٤) وسائل الشيعه ٨ / ٣٧٣ ح ٧ .

إن الإمام ضامن للقراءة ، وليس يضمن الإمام صلاه الذين خلفه ، إنما يضمن القراءة(١).

أقول : معنى ضمان الإمام للقراءة أنه لا يجوز للمأموم أن يقرأ خلف الإمام .

والإنصاف أن دلاله هذا القسم الأخير من الروايات على قاعده حرمة تغيير الجاهل محل تأمل بل منع .

ومنها : الروايات الواردة في كراهيه إطعام الأتعمه والأشربه المحرمه للبهيمه نحو

موثقه غياث عن أبي عبد الله عليه السلام : أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن تُسقى الدواب الخمر(٢) .

وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن البهيمه البقره وغيرها تسقى أو تطعم مالا يحل للمسلم أكله أو شربه ، أيكره ذلك ؟ قال : نعم يكره ذلك(٣) .

وغايه ما يُستفاد من هذه الروايات الكراهه المغلظه بالنسبه إلى سقى أو إطعام الإنسان المكلف لا الحرمة التي استشعرها الشيخ الأعظم قدس سره (٤) .

ومنها : ما دلّ على حرمة سقى الخمر للصبي أو المملوك أو الكافر وأنّ على الساقى وزر من شربها ، نحو خبر أبي ربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث :

أقسم ربّي لا يشرب عبد لي خمرًا في الدنيا إلاّ سقيته مثل ما يشرب منها من الحميم معذبًا أو مغفورًا له ، ولا يسقيها عبد لي صبيًا أو مملوكًا إلاّ سقيته مثل ما سقاه من الحميم يوم القيامة معذبًا بعدّ أو مغفورًا له(٥) .

ومعتبره عجلان أبي صالح قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : يقول الله عز وجل : من شرب مسكرًا أو سقاه صبيًا لا يعقل ، سقيته من ماء الحميم مغفورًا له أو معذبًا ، من ترك المسكر ابتغاء مرضاتي أدخلته الجنة وسقيته من الرحيق المختوم وفعلت به من الكرامه ما

ص: ١٤٠

١- (٥) وسائل الشيعه ٨ / ٣٥٤ ح ٣ .

٢- (٦) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٠٨ ح ٤ .

٣- (٧) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٠٩ ح ٥ .

٤- (٨) المكاسب ٢ / ٧٤ .

٥- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٠٧ ح ١ .

فعلت بأوليائي (١).

وعن عقاب الأعمال بسنده إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث قال : ومن شرب الخمر سقاه الله من سمّ الأفاعى ومن سمّ العقارب - إلى أن قال - : ومن سقاها يهودياً أو نصرانياً أو صابئاً أو من كان من الناس فعليه كوزر من شربها (٢).

ويظهر من هذه الروايات عدم رضى الشارع المقدس بشرب الخمر حتى بالنسبة إلى الصبى أو الكفار نحو اليهود والنصارى ، ومن سقاها من المسلمين عليه كوزر من شربها .

ومنها : ما دل على إهراق المايعات المتنجسه نحو موثقه سماعه قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل معه إناء ان فيهما ماء ، وقع فى أحدهما قدر لا يدرى أيهما هو ، وليس يقدر على ماء غيره ؟ قال : يهريقهما جميعاً ويتيمّم (٣).

وموثقه عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث - قال : سئل عن رجل معه إناءان فيهما ماء ، وقع فى أحدهما قدر لا يدرى أيهما هو [ وحضرت الصلاة ] وليس يقدر على ماءٍ غيرهما ؟ قال : يهريقهما جميعاً ويتيمّم (٤).

بتقريب : أن الأمر بالإهراق يدلّ على عدم جواز إعطاء هذا الماء المشتبه للمسلم حتى يشربه أو يوضىء منه .

ومنها : ما دل على حرمة بيع المختلط إلاّ ممّن يستحلّ بالميتة ، نحو :

صحيحه الحلبي قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا اختلط الذكى والميتة باعه ممّن يستحلّ الميتة وأكل ثمنه (٥).

وصحيحه أخرى له عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن رجل كان له غنم وبقرو كان يدرك الذكى منها فيعزله ويعزل الميتة ، ثم إنّ الميتة والذكى اختلط كيف يصنع به ؟ قال : يبيعه

ص: ١٤١

١- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٠٨ ح ٣ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ٢٥ / ٣٠٩ ح ٧ .

٣- (٤) وسائل الشيعه ١ / ١٥١ ح ٢ .

٤- (٥) وسائل الشيعه ١ / ١٥٥ ح ١٤ .

٥- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٩ ح ١ .

مَمَّنْ يَسْتَحِلُّ الْمَيْتَةَ وَيَأْكُلُ ثَمَنَهُ فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ (١).

وقد مرَّ منَّا البحث حول بيع المختلط وجوازه ، فراجع ما حررناه هناك .

ومنها : ما ورد في العجين بالماء المتنجس ، نحو :

صحيحه حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في العجين من الماء النجس كيف يصنع به ؟ قال : يباع مَمَّنْ يَسْتَحِلُّ الْمَيْتَةَ (٢).

وفي روايه ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يذفن ولا يباع (٣).

ومنها : ما ورد في إهراق المرق المتنجس ، نحو :

خبر زكريا بن آدم قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن قطره خمر أو نبيذ مسكر قطرت في قدر فيه لحم كثير ومرق كثير ، قال : يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمه أو الكلب ، واللحم اغسله وكله . إلى أن قال : قلت : فخمير أو نبيذ قطر في عجين أو دم ؟ قال : فقال : فسد ، قلت : أبيع من اليهود والنصارى وأبين لهم ؟ قال : نعم ، فإنهم يستحلون شربه ، الحديث (٤).

وبالجملة ، يُستفاد من هذه الأخبار الكثيره في مواضع مختلفه حرمة تغير الجاهل بالحكم أو بالموضوع في المحرمات في موارد ، وأنَّ العالم بحرمه شيءٍ كما يحرم عليه أكله وشربه مباشرةً كذلك يحرم عليه تسيبه لأكل المسلم وشربه وإن كان الغير جاهلاً .

## أقسام الإغراء

ثمَّ بعد تماميه أصل هذه القاعده - أعنى حرمة تغير الجاهل - تعرض الشيخ

الأعظم (٥) قدس سره إلى تقسيم لا يرجع إلى محصّل ، مضافاً إلى تخليطه قدس سره بين المصطلحات العلميه ،

ص: ١٤٢

١- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٩ ح ٢ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٠٠ ح ٣ .

٣- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٠٠ ح ٤ .

٤- (٥) وسائل الشيعه ٣ / ٤٧٠ ح ٨ .

٥- (١) المكاسب ٢ / ٧٥ وما بعدها .

ولذا أغمضنا عن تقسيمه وتعرض لتقسيم صحيح آخر ، وهو :

تغريب الجاهل بأقسامه من التسيب والإغراء وإيجاد الداعى والسكوت فى قبال الفاعل المباشر وجهله ، ينقسم إلى قسمين رئيسيين :

الف : جهل الجاهل تاره يكون بالنسبه إلى الحكم الكلى الإلهى ، ولا-ريب فى وجوب إعلام الجاهل بها ، لوجوب تبليغ الأحكام الشرعيه على الناس جيلاً بعد جيل إلى يوم القيامة ، كما تدلّ عليه آيه النفر والروايات الوارده فى لزوم تعليم الأحكام الشرعيه وتعلّمه وبذل العلم .

ب : وتاره جهل الجاهل يكون بالنسبه إلى الموضوعات الخارجيه لا-الحكم الكلى الإلهى ، يعنى يكون جهله بالنسبه إلى الأحكام الجزئيه المترتبه على الموضوعات الشخصيه ، وهذا ينقسم إلى ثلاثه أقسام :

القسم الأول : تاره هذا الموضوع بحيث لا-يرضى الشارع بتركه وإهماله ولزم فيه الإحتياط - يعنى يكون الموضوع من الأمور المهمه عنده نحو الدماء والفروج والأموال - وتغريب الجاهل وعدم إعلام الموضوع فى هذا المورد من المحرّمات الشرعيه ، لأنّ الشارع لا يرضى بترك هذه الموارد ، أو الإتيان بها خطأ .

القسم الثانى : تاره يكون الموضوع من غير الموارد المهمه عند الشارع ، وهذا بحسب الحكم يختلف ، فمثلاً- تاره نعلم من الشارع بعدم جواز ذلك ، نحو : تقديم طعام النجس أو الحرام أو الخمر أو الفقاع إلى من لا يعلم ، فهذا حرام أيضاً ، لأنّ الفهم العرفى من خطابات هذه المحرمات عدم الفرق بين الإتيان بها مباشره أو بتسيب الغير جهلاً كان أو إكراهاً .

القسم الثالث : تاره يكون الموضوع من غير الموارد المهمه ونعلم من الشارع جواز ذلك وعدم لزوم الإعلام ، نحو : الطهاره والنجاسه فى الأثواب والألبسه ، لأننا نعلم من الخارج أنّ الطهاره والنجاسه بالنسبه إلى الصلوات شرط علمي لا شرط واقعي ، فلا بأس بعدم لزوم الإعلام فى هذه الموارد الأخيره وإبقاء الجاهل على جهله .

فهذه أربعه أقسام نذهب إلى حرمه تغريب الجاهل فى ثلاثه منها ويبقى واحد منها - وهو القسم الأخير - على عدم لزوم الإعلام فيه .



### الثالث : هل يجوز الإستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال ؟

المشهور بين قدماء أصحابنا عدم جواز الإستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال ، ولكن الروايات الواردة فى المقام ساكتة عن هذا التقييد . نعم قال الشيخ فى مبسوطه : « رووا أصحابنا أنه يُستصبح به تحت السماء دون السقف » (١) .

مع أن الشيخ بنفسه ترك هذا الخبر فى كتابيه « التهذيب والإستبصار » المعدان لنقل الروايات ، والظاهر أن مراد الشيخ من الروايه هنا ليست الروايه المصطلحه بل مراده قدس سره المستند إلى الروايه ، يعنى فتوى الأصحاب . وقد عرفت أن المشهور من القدماء ذهبوا إلى عدم جواز الإستصباح به تحت الظلال ، واستدلوا عليه بعدّه من الوجوه :

منها : الإجماع المدعى فى بعض الكلمات .

وفيه : أولاً : وجود الإجماع هنا ممنوع مع ذهاب بعض الأصحاب إلى خلافه .

وثانياً : الإجماع هنا على فرض وجوده لم يكن تعبدياً ، بل هو مدركى لاحتمال إستناده إلى الوجوه الآتية فى المسأله .

ومنها : الشهره الفتوايه .

وفيه : هذه وإن كانت محققه ولكنها ليست بحجه هنا ، لاحتمال كون مستند المشهور أحد الوجوه المذكوره .

ومنها : مرسله الشيخ المرويه فى المبسوط المذكوره آنفاً .

وفيه : أولاً : منعنا كونها روايه .

وثانياً : على فرض كونها روايه هى مرسله ومضمرة ، فليست بحجه .

وثالثاً : الراوى لهذه المرسله - أعنى الشيخ - لم يأخذ بها وذهب إلى كراهه الإستصباح به تحت الظلال ، فراجع أطعمه المبسوط (٢) حتى تعرف ما قلنا .

وبالجملة ، لا يمكن الأخذ بهذه المرسله .

ص: ١٤٤

١- (١) المبسوط ٦ / ٢٨٣ .

٢- (٢) المبسوط ٦ / ٢٨٣ .

ومنها: الإستصباح به يوجب تنجيس السقف لتصاعد بعض الأجزاء الدهنيه قبل إحاله النار أيها إلى أن تلاقى السقف فهو حرام

وفيه: أولاً: لا دليل على حرمة تنجيس السقف. نعم لا يجوز تنجيسه في المساجد

والمشاهد وأما في غيرها فلا دليل على حرمة تنجيسه.

وثانياً: دخان النجس ليس بنجس للإستحاله كرماده.

وثالثاً: مجرد احتمال صعود الأجزاء الدهنيه إلى السقف قبل الإستحاله، حيث كان مجرد احتمال محض، لا يمنع عن الإستصباح به تحت الظلال، لكونه مشكوكاً من أصله.

رابعاً: ربّما لا يؤثر الدخان في السقف إمّا لإرتفاعه أو لخروجه من الأطراف أو لقله زمان الإسراج أو لعدم وجود الدخان فيه. وبالجملة هذا الدليل أخص من المدعى.

والحاصل: حيث أن مستند المشهور لم يتم، والروايات خاليه عن هذا التقييد بل تدلّ على جواز الإستصباح به مطلقاً - سواء كان تحت الظلال أو تحت السماء - لا بدّ من القول بجواز الإستصباح به تحت الظلال.

ومما ذكرنا أيضاً ظهر حكم الدخان النجس من أنّه طاهر، ولا يوجب تنجيس شيء. واللّه سبحانه هو العالم.

#### الرابع: هل يجوز الانتفاع بالدهن المتنجس في غير الاستصباح؟

#### إشاره

القاعده الأوليه تقتضى جواز الإنتفاع بالدهن المتنجس في الإستصباح وغيره، وعدّه من الروايات الوارده في المقام أيضاً يؤيدها:

منها: خبر قرب الاسناد بإسناده عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: وسألته عن فأره أو كلب شربا من زيت أو سمن، قال: إن كان جرّه أو نحوها فلا تأكله ولكن ينتفع به لسراج أو نحوه، الحديث (١).

ويمكن تصحيح السند بأنّ علي بن جعفر رواها في كتابه (٢) كما قاله الشيخ الحر في

ص: ١٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٩٨ ح ٣.

٢- (٢) مسائل علي بن جعفر / ١٣٣ ح ١٢٨.

الوسائل (١) ، وله سند معتبر إلى كتاب علي بن جعفر .

ودلالاتها واضحة فإن الإمام عليه السلام أمر بالانتفاع به لسراج أو نحوه ، وإطلاق « نحوه » يشمل جميع الانتفاعات ، والأمر بالنسبه إلى الفأره على التنزه والاستحباب ، بقرينه غيرها من الروايات في عدم تنجس الجرّه بالفأره إذا شربت منها وخرجت حيّه ، كما مرّ بعضها .

ومنها : خبر الجعفریات بإسناده عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام أنه سئل

عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت ، قال : الزيت - خاصة - يبيعه لمن يعمله صابوناً (٢) .

ومنها : خبر النوادر بإسناده عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام سئل عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت ، فقال : يبيعه لمن يعمله صابوناً (٣) .

ومنها : خبر الدعائم رفعه عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن فأره وقعت في سمن ، قال : إن كان جامداً ألقاها وما حولها وأكل الباقي ، وإن كان مائعاً فسد كله يُستصبح به .

وسئل أمير المؤمنين عليه السلام عن الدواب تقع في السمن والعسل واللبن والزيت فتموت فيه ، قال : إن كان ذائباً أريق اللبن واستسرج بالزيت والسمن - إلى أن قال - وقال عليه السلام : في الزيت : يعمله صابوناً إن شاء (٤) .

وهذه الروايات وإن كان أكثرها ضعافاً إلا أن الأصل أيضاً يقتضي جواز الانتفاع به في كل مورد يمكن الانتفاع به ، وأمّا المذكور في الروايات المتعدده بالإسراج أو الإستصباح - بأن ينتفعوا بالدهن أو الزيت المتنجس فيه - فليس إلا بعنوان المثال أو انحصار الانتفاع به في تلك الأعصار فيه فقط أو أنه الفرد الغالب والظاهر للانتفاع . فلا تقييد الروايات الواردة في جواز بيعه في هذا الإستعمال والانتفاع .

وبالجملة ، يجوز الانتفاع بالدهن المتنجس في غير الإستصباح لما مرّ .

ص: ١٤٦

١- (٣) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٩٩ .

٢- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٢ ح ٢ .

٣- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٣ ح ٧ .

٤- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٧٢ ح ٤ .

## حكم الانتفاع بالمتنجسات والأعيان النجسه :

قد مرّ الكلام فيما سبق من الكتاب جواز بيع المتنجسات ، فإذا جاز بيعها جاز الانتفاع بها بطريق أولى . وهكذا ظهر الأمر بالنسبه إلى الأعيان النجسه من جواز بيعها إلاّ ما خرج بالدليل المعبر وورد النهى من بيعه ، نحو : الميتة والخنزير والكلب غير المعلم ونحوها على ما سبق ، فكما يجوز بيع بعض الأعيان النجسه فكذلك يجوز الانتفاع بها .

وأما الأعيان النجسه اللآتى لا يجوز بيعها نحو : الميتة والخنزير والكلب غير المعلم ، فيجوز الانتفاع بها ، لعدم ثبوت ردع معتبر شرعى عن الانتفاع بها ، وجريان البراءه الشرعيه والعقليه فى المقام .

وبالجمله ، يجوز الانتفاع بالأعيان النجسه مطلقاً سواءً جاز بيعها أم لم يجز ، وكذلك يجوز الانتفاع بالمتنجسات .

## حقّ الاختصاص وحقيقته ومنشأ ثبوته :

إذا حاز شخص شيئاً مباحاً أو سبق إلى مكان مشترك كالمساجد والمشاهد والمدارس ، أو سقط ملكه عن المالىه كحيوان له مات أو غنّب له صار خمراً أو الماء على الشط أو الأراضى المملوكه إذا جعلها الجائر بين الناس شرعاً سواءً كالطرق والشوارع المغصوبه ونحوها ، ثبت للحائز أو السابق أو المالك حقّ بالنسبه إلى الشىء المباح أو المكان المشترك أو المال أو الملك ويُسمى هذا بحقّ الإختصاص ، يجوز له أخذ المال وانتقال حقّه إلى البازل ، أو أخذ المال ورفع يده عن المشتركات أو ملكه .

ومن الواضح أنّ بين المال والملك عموم من وجه ، نحو : حبه من الحنطه ملك لمالكها ولا تعدّ مالاً ، ومثلها الماء على الشط إذ لا يبدل بإزائه المال .

وأشجار الغابات ونحوها أموال وليست ملكاً لشخص معين من الناس .

ودار زيد أو أرض له كانت ملكاً له ومالاً .

ثم لا يبعد أن يُدعى بأنّ أقوى دليل على وجود حقّ الإختصاص وثبوته السيره القطعيه الشرعيه والعقليه على ذلك ، والمتشرعه فى جميع الأعصار والأمصار وجيل بعد جيل ذهبوا إلى اعتباره ويأخذون المال فى قبالة ويعطون المال بإزائه .

ونفس هذه السيره القطعيه المتصله من زماننا هذا إلى زمن المعصومين عليهم السلام التي تستلزم تقريرهم عليهم السلام توجب ثبوت هذا الحقّ واعتباره عند الشارع المقدس وجواز معاوضه هذا الحقّ في قبال المال .

وهذا سرّ تلقى أصحابنا قدس سرهم هذا الحقّ بالقبول .

ولعله إلى هذا الاستدلال أشار صاحب مهذب الأحكام حيث يقول مستدلاً على ثبوت حق الإختصاص : « لظهور الإجماع عليه ولاعتبار العرف والعقلاء هذا الحقّ ولم يردع عنه الشارع » (١) .

واعترف بهذه السيره بعض المعاصرين قدس سره في تعليقه على المكاسب فقال : « ... وكيف كان بعد السيره وحديث السبق لا حاجه في إثبات المطلب إلى إتعاب النفس والتكلف في

إثباته (أى إثبات حق الإختصاص) بأمر آخر ... » (٢) .

إن قلت : ثبوت السيره فعلاً محرز ولكن إتصالها من زماننا هذا إلى زمن المعصومين عليهم السلام دون إثباته خرط القتاد .

قلت : إتصال السيره يحرز إلى زمن المعصومين عليهم السلام لمن تأمل في الروايات الوارده في هذا المبحث ، نحو ما دلّ على ثبوت الملكيه بالحيازه وجعل اليد ، وما دلّ على السبق إلى مكان من المسجد والمشهد والسوق بأنه أحق من غيره ، فإذا كان هو أحق من غيره فيجوز له أن يأخذ المال في قبال هذا الحقّ وانتقال حقّه إلى غيره .

وبالجمله ، هذه الروايات أقوى شاهد على اتصال هذه السيره إلى زمن المعصومين عليهم السلام .

بل ربّما يمكن أن يقال : بإثبات حق الإختصاص بنفس هذه الروايات من دون ضم السيره كما يأتي منّا البحث حول ذلك إن شاء الله تعالى ، فانتظر .

لا يقال : أخذ المال في قبال هذا الحقّ بالنسبه إلى مثل الخمر والميته والكلب في غير

ص: ١٤٨

١- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ٤٤ للفقيه الراحل السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري قدس سره .

٢- (١) غنيه الطالب في التعليقه على المكاسب ١ / ٨٤ للعلامه الفقيه الشيخ مرتضى بن محمد الأردكاني اليزدي قدس سره المتوفى عام ١٣٧٥ ش .

موارد استثنائه والخنزير لا يجوز ، لاحتمال دخوله تحت الإكتساب المحظور ، فيشمله ما استدل به المشهور على عدم الجواز .

لأننا نقول : معقد فتاواهم والمنساق من أدلتهم اللفظية إنما هو إذا جعل نفس العين مورد النقل والانتقال لا الحق القائم به .

ثم مضافاً إلى ما ذكرنا يمكن أن يُستدل على ثبوت حق الإختصاص بعده من الوجوه :

منها : أن حق الإختصاص سلطنه ضعيفه ثابتة للملاك في ملكهم ، بحيث لو زالت المالىة أو الملكيه يبقى هذا الحق ثابتاً ، فإذا مات حيوانه زالت مالىته ويبقى ملكه على الحيوان ، وبقاء الملك يبقى هذا الحق أيضاً . وهكذا الأمر بالنسبه إلى العصير العنبى إذا صار خمراً ، يبقى حق إختصاص مالكه له حتى إذا قلنا بإلغاء مالكيه الخمر من الشارع ، ولذا يجوز له التصرف فيها بصيرورتها خلاً أو المعاوضه على هذا الحق ليجعلها المشتري خلاً .

والدليل على ذلك حرمة التصرفات والتقلبات فى ملك الغير إلا برضاء مالكة ولو لم يكن هنا مالٌ ، فمثلاً هل يمكن أن يقال بجواز التصرف فى حبات قليلة من الحنطة لاتعتبر مالاً

ولكنها تعتبر ملكاً للغير ؟

ومن البديهي عدم جواز هذا التصرف ، عند الكلّ ونفس عدم جواز هذا التصرف يمكن أن يُستدل به على ثبوت حق الإختصاص وجواز المعاوضه عليه حتى إذا ذهب الملكيه .

فظهر ممّا ذكرنا ضعف ما فى مصباح الفقاهه رداً على هذا الوجه بعدم الدليل عليه فى مقام الإثبات(١) .

ومنها : أن حق الإختصاص مرتبه ضعيفه من الملكيه الإعتباريه ، فإذا زالت هذه الملكيه بحدها الأقوى بقيت بعض مراتبها الضعيفه ، لأنها مقوله بالتشكيك ، فوزانها وزان الكيفيات والألوان .

وفيه : أنه أورد عليه فى مصباح الفقاهه : « بأنّ الملكيه الحقيقيه من أيّه مقوله كانت -

ص: ١٤٩

جده أو إضافه - ليست قابله للشده والضعف حتى تعتبر بحدّها الضعيف تاره وبحدّها القوي تاره أخرى ، بل هي أمر بسيط ، فإذا زالت زالت بأصلها .

ولو سلمنا كون الملكيه الحقيقيه ذات مراتب لم يجر ذلك في الإعتباريه ، فإنّ إعتبار كلّ مرتبه مغاير لإعتبار المرتبه الأخرى ، وإذا زال إعتبار المرتبه القويه لم يبق بعده إعتبار آخر للمرتبه الضعيفه ، وعليه فلا يبقى هناك شيء آخر لكي يُسمى بالحقّ» (١)

أقول : نعم ، كلامنا في الملكيه الإعتباريه لا الحقيقيه ، وإعتبار كل مرتبه مغاير مع إعتبار المرتبه الأخرى كما ذكره قدس سره . وأمّا ما يقوله من أنه « إذا زال إعتبار المرتبه القويه لم يبق بعده إعتبار آخر للمرتبه الضعيفه » فمحل تأمل بل منع ، لأنّ هذا تابع لإعتبار المعتمّر ، فإذا اعتبره على بقاء المرتبه الضعيفه مع زوال المرتبه القويه يبقى ، والإعتبار سهل المؤنه وتابع لجعل معتبره ويكفي في تصحيحه عدم لغويته ، فيمكن بأن يجعل المعتمّر هنا إعتباران على نحو الطويله ، بأن يجعل أوّلاً إعتبار الحقّ ثمّ ثانياً إعتبار الملك ، وقد يجمع الإعتباران الحقّ والملك في الأموال ، وقد يفرّق بينهما بزوال الملك وبقاء الحقّ .

وبالجملة ، هذا كلّه تابع لجعل المعتمّر ، ولا إشكال فيه من جهه الثبوت . نعم من جهه الإثبات نحتاج إلى دليل ، وبنظرنا القاصر لا يبعد أن يكتفى في مرحله الإثبات بدليله السيره

القطعيه المتصله من زماننا هذا إلى زمن المعصومين عليهم السلام للمتشرع على ثبوت حقّ الإختصاص ، وجواز المعاوضه عليه . ومنها : لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك أو مال غيره إلاّ بطيب نفسه . وهذا الأمر من الثابتات في الشريعه المقدسه ، وقد دلّت عليه سيره العقلاء والمتشرع ، وتدلّ عليه أيضاً عدّه من الروايات المعتمّره ، نشير إلى بعضها ، فإذا زالت الملكيه وشككنا في زوال ذلك الحكم كان مقتضى الإستصحاب الحكم ببقائه .

فمن الروايات : موثقه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، وأكل لحمه معصيه ، وحرمة ماله كحرمة دمه (٢)

ص: ١٥٠

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ١٤٣ .

٢- (١) الكافي ٢ / ٣٥٩ ح ٢ .

وموثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من كانت عنده أمانه فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه (١).

ومرفوعه ابن شعبه الحرّاني عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال في خطبه الوداع: أيها الناس إنما المؤمنون إخوة، ولا يحل لمؤمن من مال أخيه إلا عن طيب نفسٍ منه (٢).

ومرفوعه أبي منصور الطبرسي عن توقيع صدر من صاحب الزمان - عجل الله تعالى فرجه الشريف - الوارد إلى محمد بن عثمان العمري قال: وأمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها وأداء الخراج منها وصرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتساباً للأجرو تقريباً إليكم، فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحل ذلك في مالنا؟ من فعل شيئاً من ذلك بغير أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم عليه، ومن أكل من أموالنا شيئاً فإنما يأكل في بطنه ناراً وسيصلى سعيراً (٣).

ومرسله ابن أبي جمهور الأحسائي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: المسلم أخو المسلم، لا يحلّ ماله إلا عن طيب نفسه (٤).

ومرفوعه النوري عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال في حديث: ولا يجوز أخذ مال المسلم بغير طيب نفسٍ منه (٥).

بتقريب: أن هذه الروايات وإن دلت بظاهرها على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا عن طيب مالكة، ولكن بعد التأمل فيها يظهر أن المدار حرمه التصرف في ملك الغير، ومال الغير بما أنه ملك للغير لا يجوز التصرف فيه، والملاك في هذه الحرمة أنها ظلم للغير وتعد

ص: ١٥١

١- (٢) وسائل الشيعة ٥ / ١٢٠ ح ١.

٢- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ١٢٠ ح ٣.

٣- (٤) الاحتجاج ٢ / ٥٥٩.

٤- (٥) مستدرک الوسائل ١ / ٢٢٢ من الطبعة الحجرية = (٣ / ٣٣١ ح ١) طبع آل البيت وهكذا رواها في الباب الأول من كتاب الغصب ١٧ / ٨٨ ح ٥.

٥- (١) مستدرک الوسائل ١٧ / ٨٨ ح ٣.



عليه . ولعلّ مال الغير المذكور في الروايات عنوان يشير إلى ملك الغير .

وإن أبيت وجمدت على ظاهر لفظ الروايات من أنّ الحرام التصرف في مال الغير لا ملكه ، نقول بعدم الفرق في ذلك ، بأنّ العرف لا يرى فرقاً بين التصرف في مال الغير والتصرف في ملك الغير إلا بطيب نفسه ، والمال ذكر في الروايات لأنه أظهر من الملك . ثم إذا زالت الملكيه وشككنا في بقاء هذا نستصحب .

ومع هذا التقريب لا يرد على الإستدلال ما ذكره المحقق الخوئي قدس سره « بعدم جريان الإستصحاب في الأحكام ، لمعارضته دائماً بأصالة عدم الجعل ، وأنّ موضوع حكم حرمة التصرف هو مال الغير ، فإذا سقط الشيء عن الماليه سقطت عنه حرمة التصرف حتّى إذا كان باقياً على صفه المملوكيه ، إذ لا دليل على حرمة التصرف في ملك الغير فكيف إذا زالت عنه الملكيه أيضاً » (١) .

وفيه : أولاً : أنّ المدار حرمة التصرف في ملك الغير والتصرف في مال الغير أيضاً حرام ، لأنه يستلزم التصرف في ملك الغير وهو ظلم وتعدّد عليه . أو لا- أقل من أنّ العرف لا يرى فرقاً بين التصرف في ملك الغير وماله ، وموضوع حكم الحرمة التصرف في ملك الغير ، وبتبعه ثبوت حرمة التصرف في ماله أو عدم الفرق بين الحرمتين ، يعنى كما لا يجوز التصرف في ملك الغير فكذلك في ماله في مرتبه واحده من دون تقدم أحدهما على الآخر ، فالدليل على حرمة التصرف في ملك الغير موجود .

وثانياً : من البعيد جداً أن يلتزم هو قدس سره بما قاله وأفتى به ، كيف يمكن القول بعدم حرمة التصرف في ملك الغير ولو لم يكن مالاً ؟ ولا يمكن الإفتاء بذلك من متفقهِ فكيف بفتيه الأمه

ومرجعها . وأظن أنّ هذا الكلام صدر منه قدس سره على سبيل الجدل والمحاورة ولا يلتزم هو بذلك ولا يسمع منه أن يفتى به . والعلم عند الله تعالى .

وثالثاً : يمكن أن يناقش في مبنى المحقق الخوئي قدس سره بعدم جريان الإستصحاب في الأحكام والجواب عن المعارضه المدعاه . والتفصيل يطلب من علم الأصول .

ص: ١٥٢

ومنها : ما يدلّ على ثبوت حقّ الإختصاص ، وهو المرسله المعروفه : « من حاز ملكك » .

وفيه : أولاً : إنّ هذه المرسله - وإن اشتهرت في ألسنه الفقهاء وكتبهم الإستدلاليه - ولكن لم توجد في كتب الحديث . والظاهر أنّها قاعده فقهيه مصطاده من الروايات الوارده في أبواب التحجير وإحياء الموات والصيد .

وثانياً : على فرض وجودها في كتب الحديث أنّها ضعيفه الاسناد وغير منجبر ضعفها بالشهره ، إذ لم يحرز استناد المشهور إليها ، ويمكن أن يكون ذكرها للتأييد فقط .

ولكن الإنصاف أنّ دلالتها على حقّ الإختصاص ثابتة ، لأنّها تدلّ على ملكيه المحاز للمحيز ولو لم يكن مალأ ، والحيازه ليست إلأ جعل يد المحيز على المحاز واستيلاء الشخص على الشىء وصيرورته في يده ، فإذا تحققت هذا الإستيلاء ثبتت الملكيه ، فكيف لا يقدر بقاء هذا الإستيلاء واليد بإثبات حقّ الإختصاص الذى هو أضعف من الملكيه بمراتب ؟

بالجمله ، الإستيلاء على الشىء وجعل اليد عليه ابتداءً كما يثبت الملكيه فكذلك يثبت بقاء هذا الإستيلاء واليد بعد زوال الماليه والملكيه ، حقّ الإختصاص وثبوته الذى هو أضعف من الملكيه بمراتب .

ومضافاً إلى ذلك ورود عده من الروايات داله على ثبوت الملكيه بجعل اليد على الشىء والإستيلاء عليه ، نحو :

موثقه يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام فى إمراه تموت قبل الرجل أو الرجل قبل المرأه ، قال : ما كان من متاع النساء فهو للمرأه وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ، ومن استولى على شىء منه فهو له (١) .

ومعتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : إنّ الطير إذا ملك جناحيه فهو صيد ، وهو حلال لمن أخذه (٢) .

ومعتبره أخرى للسكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال فى رجل

ص: ١٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦ / ٢١٦ ح ٣ .

٢- (٢) الكافى ٦ / ٢٢٣ ح ٥ .

أبصر طائراً فتبعه حتى سقط على شجره فجاء رجل آخر فأخذه ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : للعين ما رأت ولليد ما أخذت (١).

وصحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كَلَّت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقه حتى أحيها من الكلال ومن الموت ، فهي له ولا سبيل له عليها ، وإنما هي مثل الشيء المباح (٢).

ولكن يمكن أن يقال : بأن مفاد الصحيحه الأخيره ثبوت التملك بالأخذ والإحياء معاً .

وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : إن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد ، فقال : إن تركها في كلاً وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها ، وإن تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاً فهي لمن أصابها (٣).

وبالجملة ، هذه الروايات تدلّ على ثبوت الملكيه بجعل اليد على الشيء أو الحيوان . وحيث يمكن أن يثبت جعل اليد ملكيه الشيء فكذلك بقاء هذه اليد التي هي أقوى من حدوثها يمكن أن تثبت حق الإختصاص الذي هو أضعف من الملكيه بمراتب بطريق الأولويه .

ومنها : حديث السبق وتدّلّ عليه عدّه من الروايات ، نحو :

خبر محمد بن إسماعيل عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : نكون بمكة أو بالمدينه أو الحيره أو المواضع التي يرجى فيها الفضل ، فربّما خرج الرجل يتوضّأ فيجىء آخر مكانه ، قال : من سبق إلى موضع فهو أحقّ به يومه وليته (٤).

وخبر طلحه بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : سوق المسلمين كمسجدهم ، فمن سبق إلى مكان فهو أحقّ به إلى الليل ، وكان لا يأخذ على بيوت السوق

ص: ١٥٤

١- (١) الكافي ٦ / ٢٢٣ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٨ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٨ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٢٨٧ ح ١ .

وخبر عوالى اللآلى رفعه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم : من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحق به (١) .

بتقريب : أن حديث السبق أفتى بمضمونه الأصحاب فى المشتركات ، والشهره العمليه أيضاً ممّا يجبر بها ضعف السند ، وبهذا يجبر ضعف سند هذه الروايات .

وأما دلالتها : حيث أن الإستيلاء على الشىء وجعل اليد عليه موجب حدوث الحق ، فبقاء الإستيلاء واليد على الشىء بطريق أولى يوجب ذلك ، وهذا يعنى ثبوت حق الإختصاص .

وبما ذكرنا من التقريب يظهر ما فى كلام المحقق الخوئى قدس سره حيث يقول : « اما حديث السبق فيه أولاً : أنه ضعيف السند وغير منجبر بشىء صغرى وكبرى .

وثانياً : إن ما نحن فيه خارج عن حدود هذا الحديث ، فإنّ مورده الموارد المشتركه بين المسلمين ، بأن يكون لكل واحد منهم حق الإنتفاع بها ، كالأوقاف العامه من المساجد والمشاهد والمدارس والرباطات وغيرها ، فإذا سبق إليها أحد من الموقوف عليهم وأشغلها بالجهه التى انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته وممانعته من ذلك . ولو عممناه إلى موارد الحيازه فإنما يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز فى المحاز ، ولا يدل على بقاء العلقه بين المالك ومملكه بعد زوال الملكيه » (٢) .

ومنها : دعوى الإجماع على ثبوت حق الإختصاص .

وفيه : أولاً : لم يثبت وجود الإجماع المنقول فكيف بالمحصّل .

وثانياً : على فرض وجود الإجماع فهو مدركى ، فلا بدّ من ملاحظه مدركه ، وهو أحد الوجوه الماضيه أو جميعها .

وثالثاً : الإجماع عندنا ليس بحجه مستقله ، بل حجه إذا كان كاشفاً عن قول المعصوم عليه السلام ، الإجماع المدعى هنا ليس بهذا الحدّ ولم يستكشف عنه قول المعصوم عليه السلام .

١- (١) وسائل الشيعه ٥ / ٢٨٧ ح ٢ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ٣ / ١٤٩ ح ٤ من الطبع الحجرى = ١٧ / ١١١ ح ٤ طبع آل البيت .

وبالجملة ، ظهر من جميع ما ذكرنا ثبوت حق الإختصاص للمالك على المال والملك ولوزالت المالىه والملكيه ، ويجوز له المصالحه على هذا الحق بلا عوض أو مع العوض .

ولذا قال العلامة الجد الشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره فى شرحه على القواعد : « ... وعدم المِلْك لا ينافى ثبوت الإختصاص فيما له منفعه محلّله ، ودفع الشىء لإنفكاكه (١) يُشكُّ فى دخوله تحت الإكتساب المحظور ، فيبقى على أصل الجواز » (٢) .

وقال صاحب الجواهر : « نعم قد يقال : بأنّ له حق الإختصاص لمن سبق إليه لتحقق الظلم عرفاً بالمزاحمه له ، بل لعلّ دفع العوض لرفع يد الإختصاص عنه لا بأس به ، ضروره عدم صدق التكبب به لعدم دفع العوض عنه ... » (٣) .

وبما ذكره صاحب الجواهر يظهر المناقشه فى كلام شيخنا الأستاذ - مد ظله - حيث يقول : « اللهم إلا أن يقال : مقتضى سقوط الشىء عن المالىه شرعاً كونه كسائر ما لا- تكون له مالىه فى اعتبار العقلاء ، وأن أخذ المال ولو بعنوان المصالحه عليه أو الإعراض عنه أكل لذلك المال بالباطل ... » (٤) .

وقال - مد ظله - فى ختام التعليقه أيضاً : « أكل المال ولو بعنوان المصالحه عليها أو الإعراض عنها من أكله بالباطل كما فى سائر ما لا يكون مالا فى اعتبار العقلاء ، كما لا يخفى » (٥) .

أقول : الوجه فى ظهور المناقشه عدم صدق التكبب بأخذ المال فى قبال حق الإختصاص ، فلا يكون أكلاً للمال بالباطل ، فافهم . ولا أقل من الشك فى صدق عنوان التكبب ، فيجرى إصالة البراءه فى المقام .

ص: ١٥٦

١- (١) لإفتكاكه ، فى طبعه قم المحقّقه .

٢- (٢) شرح الشيخ جعفر على قواعد العلامة ابن المطهر / ١٣ طبع النجف الاشرف - ١ / ١٢٤ من طبع قم المقدسه .

٣- (٣) جواهر الكلام ٩ / ٢٢ .

٤- (٤) ارشاد الطالب ١ / ٧٠ .

٥- (٥) ارشاد الطالب ١ / ٧١ .

ومنه أيضاً ظهر ما فى كلام الفقيه الإصفهانى قدس سره بعد الإفتاء بثبوت حق الإختصاص ومعاوضه هذا الحقّ بالعوض حيث يقول : « ... لكنّه لا يخلو من إشكال ، بل لا يبعد دخوله فى الإكتساب المحظور . نعم لو بئذل الغير مالاً ليرفع يده ويعرض عنها فيحوزها البازل سلم من الإشكال ... » (٦) .

أقول : قد منعنا دخول المعاوضه على حق الإختصاص بالمال فى الاكتساب المحرّم ، و على فرض دخوله لا يخرجّه ما ذكره قدس سره فى آخر كلامه ، فلا يسلم من الإشكال . والحمد لله على كلّ حال .

النوع الثاني : ما يحرم لتحريم ما يقصد به وهو على ثلاثة أقسام

أشاره

ص: ١٥٨





اشاره

ص: ۱۶۰

إشارة

ما اشتمل على هيئة خاصة لا يقصد منه بهذه الهيئة إلا الحرام كالأصنام والصلبان وآلات القمار وآلات اللهو ونحو ذلك :

١ - منها : هياكل العبادة المبتدعه :

إشارة

كالصليب والصنم والوثن ، وقد استدل على حرمة بيعها بعدّه من الوجوه :

الأدلة الداله على حرمتها

الوجه الأول : الاجماع

قد ادعى الإجماع فى كلام جماعه من الأصحاب ، منهم : العلامة الحلّى فى المنتهى (١) ادعى عدم خلاف علمائنا على تحريم عمل الأصنام والصلبان وغيرهما من هياكل العباده المبتدعه ، وادعى الإجماع المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائده والبرهان (٢) والسيد على الطباطبائى فى الرياض (٣) والراقي فى مستند الشيعة (٤) وصاحب الجواهر فى كتابه (٥) .

وفيه : تحصيل الإجماع - وإن كان ممكناً فى كلمات الأصحاب - ولكنّه غير مفيد ، لاحتقال كونه مدركياً وأنّ مستندهم إحدى الوجوه الآتية فى المسأله .

الوجه الثانى : روايه تحف العقول

حيث ورد فيها : « فكلّ أمر يكون فيه الفساد ممّا هو منهى عنه من جهه ... » (٦) إلى أن

ص: ١٦١

١- (١) منتهى المطلب ٢ / ١٠١١ .

٢- (٢) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٤١ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٤٠ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ٨٨ .

٥- (٥) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥ .

٦- (٦) تحف العقول / ٣٣٣ .

قال : « وذلك إنما حرم الله الصناعات التي حرام هي كلها التي يجيء منها الفساد محضاً نظير

البرابط والمزامير والشطرنج وكل ملهؤ به والصلبان والأصنام» (١).

وفيه : قد منعنا عن كون هذه روايه أصلاً ، وعلى فرض أن تكون روايه فهي مرفوعه مرسله ، فلا تفيد في الفقه شيئاً .

### الوجه الثالث :

قوله تعالى : «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» (٢).

بتقريب : أن أكل المال بأزائها أكل له بالباطل ، والمراد بالباطل في الآية الشريفه الباطل الشرعى والعرفى معاً ، فلا يجوز بيعها .

وفيه : نعم الظاهر أن المراد بالباطل في الآية الشريفه ما يعم الباطل شرعاً وعرفاً ، ولكن الآية ليست بصدد بيان شرائط العوضين حتى يتمسك بإطلاقها في المقام .

### الوجه الرابع :

قوله تعالى في سورة المائدة : «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» (٣).

وقوله تعالى في سورة الحج : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَعْوَابِ» (٤).

وقوله تعالى في سورة المدثر : «وَالرُّجْزَ فَاهْجُرُوا» (٥).

قال الشيخ في ذيل الآية الأخيره : « قال ابن عباس ومجاهد وقتاده والزهرى : معناه فاهجر الأصنام» (٦).

ص: ١٦٢

١- (١) تحف العقول / ٣٣٥ .

٢- (٢) سورة النساء / ٢٩ .

٣- (٣) سورة المائدة / ٩٠ .

٤- (٤) سورة الحج / ٣٠ .

٥- (٥) سورة المدثر / ٥ .

٦- (٦) التبيان / ١٠ / ١٧٣ .

بتقريب : أن الاجتناب المطلق وكذا الهجر المطلق يقتضى الإجتنب عن البيع وحرمة .

وفيه : أن الاجتناب والهجر من الأصنام والأوثان يعنى ترك عبادتها وعدم القول

بقداستها ، وليس فى الآيات إطلاقٌ حتّى يشمل بطلان بيعها .

### الوجه الخامس :

الاستدلال بالنبوى المشهور : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ شَيْئًا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ » .

بتقريب : أنه حيث حرّمت فى الشريعة عباده الأصنام والأوثان والصلبان فكذلك حرّمت عملها وإحداثها لأجل العباده ، وكذلك حرّمت فيها بيعها وشراؤها وأخذ الثمن فى قبالتها .

وفيه : أنه قد ذكرنا فى أوّل الكتاب عدم ورود هذه الروايه من طرقنا إلا على نحو الإرسال والرفع ، ووجود كلمه « الأكل » فى موارد نقلها ، فلا تفيد فى الفقه ولا فى المقام شيئاً .

الوجه السادس : ما رواه فى دعائم الاسلام

قال : « رويانا عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الأحرار وعن بيع الميتة والدم والخنزير والأصنام ، وعن عسب الفحل وعن ثمن الخمر وعن بيع العذره وقال : هى ميتة » (١) .

بتقريب : أن النهى عن بيع الأصنام ظاهرٌ فى بطلانها .

وفيه : أن دلالة الروايه على بطلان بيعها تام ولكن سندها ضعيف بل مرسل بل مرفوع ، وقد مرّ منّا الكلام حول كتاب دعائم الاسلام فى أوّل ، الكتاب فراجع ما حررناه هناك .

### الوجه السابع :

الروايات الداله على النهى عن بيع الخشب ممّن يتخذة صليياً أو صنماً ، وحيث كان بيع الخشب الحلال فى نفسه صار حراماً من هذه الجهه ، فبيعهما أولى بالحرمة .

ص: ١٦٣

من الروايات : صحيحه عمر بن أذينة قال : كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه برابط ؟ فقال : لا بأس به . وعن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلباناً ؟ قال : لا (١) .

ومنها : خبر عمرو بن حريث قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التوت أبيع للصليب والصنم ؟ قال : لا (٣) .

قال المحقق الخوئي قدس سره : « وهذا هو الوجه الوجيه ، ويؤيده قيام السيره القطعيه المتصله إلى زمان المعصوم عليه السلام على حرمة بيع هياكل العباده ، ويؤيده أيضاً وجوب إتلافها حسماً لمادّه الفساد ، كما أئلف النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعلى عليه السلام أصنام مكه ، فإنه لو جاز بيعها لما جاز إتلافها » (٢) .

وبالجملة ، هذا الوجه تام لا- يمكن المناقشه فيه ولا ينبغي الإشكال في حرمة بيع هياكل العباده من الأصنام والأوثان ونظيرها الصلبان بعد هذا الدليل التام والدليل الآتي :

### الوجه الثامن : الدليل العقلي :

#### إشاره

العقل مستقل بقبح عباده الأوثان والأصنام وأنه مبغوض عند الشارع الأقدس ، فكيف يجعل الشارع وجوب الوفاء بعقد يترتب عليه هذا المبغوض عنده ، والعقل كما هو مستقل بقبح عباده الأوثان فكذلك مستقل بعدم جعل وجوب الوفاء على عقد يترتب عليه عباده الأوثان ، ولعلّ هذا سرّ عدم ورود حرمة بيعها مستقلاً في الروايات ، لأنّ العقل يستقل بحرمة بيعها فلا نحتاج إلى ورود روايه .

ولعله أشار إلى هذا البيان المحقق الخميني قدس سره حيث يقول : « لا ينبغي الاشكال في حرمة بيعها وبطلانه في الصور التي يترتب عليها الحرام ، لإستقلال العقل بقبح ما يترتب عليه عباده الأوثان ومبغوضيته ، بل قبح تنفيذ البيع وإيجاب الوفاء بالعقد المترتب عليه عباده غير الله تعالى » (٣) .

ص: ١٦٤

١- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٦ ح ١ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٦ ح ٢ .

٣- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ١٤٩ .

وأما استفادة حكم حرمه بيعها ممّا ورد من الروايات الواردة في تحريم الخمر ولعن بايعها ومشتريها وعاصرها وساقيتها وتحريم ثمنها وجعله سحتاً ، أو استفادتها من الرواية المستفيضة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام أنّهم عليهم السلام قالوا : مدمن الخمر كعابد وثن .

فأشبهه شيء بالقياس ، وهو سرايه حكم موضوع إلى موضوع آخر وإناطته إليه ، يعنى استفادة حرمه بيع هياكل العبادة من الروايات الواردة في باب الخمر وتحريمها وتشديد الشارع بالنسبة إليها بإدعاء أنّ الفساد مشترك بينهما ، بل بالنسبة إلى هياكل العبادة كان الأمر أشدّ والفساد أكثر . وهذه الدعوى أشبه شيء بالقياس كما ذكرت .

ثم بعد الفراغ عن الاستدلال على حرمه بيع هياكل العبادة ينبغى التعرض لفروع :

## فروع

### الفرع الأول :

إذا كانت لمادّة هياكل العبادة قيمه - بأنّها صُنعت من الذهب أو الفضة أو الجواهر الغالية ونحوها - فهل يجوز بيعها بالنظر إلى مادّتها التي هي ذات قيمه مع ترتب الفساد على هيتها أم لا ؟ وهل يجرى في هذا الفرض حكم بيع ما يملك وما لا يملك في معاملته واحده بأنّ يقسّط الثمن بإزائهما نحو بيع الشاه والخنزير معاً فالبيع بالنسبة إلى الشاه صحيح وبالنسبة إلى الخنزير باطل ويقسّط الثمن بينهما ، أم لا يجرى ؟

الظاهر صحه بيع ما يملك وما لا يملك إذا كان لكل واحد منهما وجود مستقل عن غيره نحو الشاه والخنزير ، وأما ما نحن فيه فالهيئه والماده - وإن كانا شيئين مختلفين متعددين بالدقه العقليه الفلسفيه - ولكنهما بنظر العرف ليس إلا شيئاً واحداً وهو الصنم أو الوثن أو الصليب ، ولذا لا يقسّط الثمن بأزاء المادّه والهيئه وليس نظير بيع ما يملك وما لا يملك .

وبالجملة ، إذا ترتب على بيعها فساد عبادتها فلا يجوز بيعها ولو كانت لمادّتها قيمه . والله سبحانه هو العالم .

### الفرع الثانى :

إذا لم يترتب على بيعها فساد عبادتها لانقراض عبّدها وكانت لمادّتها قيمه فهل يجوز بيعها أم لا ؟

الظاهر أن عله حرمه بيعها ليست إلا- من جهة حرمه الفساد المترتب عليها ، وإذا لم يكن فساد في البين وكانت لمادتها قيمه فيجوز حينئذ بيعها .

نعم ، الأحوط حينئذ تغيير هيئتها ثم بيعها .

### الفرع الثالث :

إذا لم يترتب على بيعها فساد عبادتها لانقراض عيادتها ولم تكن لمادتها قيمه - بأن صنعت من الخشب أو الحجر ونحوهما فهل - يجوز بيعها للتزين أو لحفظها في المتاحف ونحوها أم لا ؟

الظاهر يجوز بيعها حينئذ ، لعدم ترتب الفساد عليها . والله سبحانه هو العالم .

### الفرع الرابع :

هل يجب كسرها مطلقاً ؟ أو يجب في فرض وجود عيادتها فقط ؟ وهل على كاسرها

ومتلفها ضماناً بالنسبة إلى قيمتها أم لا ؟

الظاهر أنه يجب كسرها في فرض وجود عيادتها وترتب الفساد عليها ، وفي هذا الفرض حيث ألغى الشارع ماليتها فليس على كاسرها ومتلفها ضمان .

ولكن في غير هذا الفرض لم يجب كسرها ، وحيث كانت مالا ذا قيمه ولم يبلغ الشارع ماليتها وأتلفها الغير فهو له ضامن بقاعده الإلتلاف . والله سبحانه هو العالم .

### الفرع الخامس :

قال الشيخ الأعظم : « نعم ، لو فرض هيئه خاصه مشتركه بين هيكل العباده وآله أخرى لعمل محلل - بحيث لا تعد منفعه نادره - فالأقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعه المحلله كما اعترف به في المسالك (١) » (٢) .

الظاهر صحه ما ذكره الشيخ قدس سره ، لأنه بعد عدم كون المنفعه المحلله نادره فيجوز البيع بقصد تلك المنفعه المحلله ولو كانت الهيئه مشتركه بين العمل المحرم والمحلل ، وأما إذا قصد

١- (١) المسالك ٣ / ١٢٢ .

٢- (٢) المكاسب المحرمه / ١٥ طبع تبريز - (١ / ١٢ من الطبعه الحديثه) .



العمل الحرام والمنفعة المحرمة فلا يجوز بيعها .

والمراد بالقصد هنا ليس التيه حين معامله ، بل المراد به العمل الخارجى المترتب على الشيء ، يعنى أنّ البائع استفاد من الشيء عملاً فى الجبهه المحلله لا المحرمة . ثمّ هذا القصد والتيه أيضاً باعث له على بيعه .

ومما ذكرناه ظهر ما فى كلام المحقق الإيروانى قدس سره واستصوبه بعض أساتذتنا(١) - مدظله - حيث يقول : « بل الأقوى جواز البيع مطلقاً لعموم أدله صحه المعاملات ، مؤيدهً بعموم قوله عليه السلام : « وكلّ شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات » ، ولا دليل على اعتبار قصد المنفعة المحلله ... »(٢) .

## ٢ - منها : آيات القمار

قد ورد الإجماع على حرمة بيعها فى كلام بعض نحو أصحاب الرياض(٣) والمستند(٤)

والجواهر(٤) ، وقد نفى الشيخ الأعظم(٥) الخلاف فى المسأله .

مضافاً إلى ذلك تدلّ عليه الوجوه الماضيه فى المسأله السابقه وبعض الروايات الوارده فى المقام :

منها : خبر أبى الجارود المروى فى تفسير القمى عن أبى جعفر عليه السلام فى قوله تعالى : « إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ »(٦) قال : أمّا الخمر فكلّ مسكر من الشراب - الى أن قال - : وأمّا الميسر : فالنرد و الشطرنج وكلّ قمار ميسر ، وأمّا الأنصاب : فالأوثان التى كانت تعبدها المشركون ، وأمّا

ص: ١٦٧

١- (٣) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ١٧٤ .

٢- (٤) حاشيه المكاسب ١ / ٨٤ طبع عام ١٤٢١ .

٣- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٤٠ .

٤- (١) مستند الشيعة ١٤ / ٨٨ .

٥- (٢) الجواهر ٢٢ / ٢٥ .

٦- (٣) المكاسب المحرمة ١٥ / طبع تبريز - (١ / ١١٦ الطبعة الحديثه) .

الأزلام : فالأقداح التي كانت تستقسم بها المشركون من العرب في الجاهلية ، كل هذا يبيعه وشراؤه والإنتفاع بشيء من هذا حرام من الله محرم ، وهو رجس من عمل الشيطان ، وقرن الله الخمر والميسر مع الأوثان(١) .

دلالة الروايه على بطلان بيع آلات القمار واضحه ، ولكن في سندها ضعف وإرسال .

ومنها : خبر جامع البزنطى المروى في السرائر ، عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : بيع الشطرنج حرام وأكل ثمنه سحت واتخاذها كفر واللعب بها شرك ، والسلام على اللاهى بها معصيه وكبيره موبقه ، والخائض فيها يده كالخائض يده في لحم الخنزير ، لا- صلاه له حتى يغسل يده كما يغسلها من مس لحم الخنزير ، والناظر إليها كالناظر في فرج أمه ، واللاهى بها والناظر إليها في حال ما يلهى بها والسلام على اللاهى بها في حالته تلك في الإثم سواء ، ومن جلس على اللعب بها فقد تبوأ مقعده من النار ، وكان عيشه ذلك حسرّة عليه في القيامة ، وإيّاك ومجالسه اللاهى والمغرور بلعبها ، فإنّها من المجالس التي باء أهلها بسخط من الله يتوقعونه في كل ساعة فيعمك معهم(٢) .

الروايه تدل على بطلان بيع الشطرنج فقط ويمكن الاستدلال بها في غيرها من آلات القمار بعدم الفرق ، ولكن في سندها إرسال ، لأنّ الواسطه بين ابن ادريس الحلى والبزنطى صاحب الجامع غير مذكور في السرائر وغير معلوم لنا .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم إنّه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن اللعب بالنرد والشطرنج والكوبه والعربيه - وهى الطنبور والعود - ونهى عن بيع النرد(٣) .

الروايه تدلّ على بطلان بيع النرد ، وهو أحد آلات القمار ، ويمكن التعدى إلى غيرها بعدم الفرق ، ولكن في سندها ضعف .

ومنها : خبر الجعفرىات بإسناده عن على عليه السلام قال : من السحت : ثمن الميتة وثمان اللقاح ومهر البغى وكسب الحجام وأجر الكاهن وأجر القفيز وأجر الفرطون والميزان إلّا

ص: ١٦٨

١- (٤) سورة المائده / ٩٠ .

٢- (٥) تفسير القمى ١ / ١٨٠ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ح ١٢ .

٣- (١) الفقيه ٤ / ٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٥ ح ٦ .

قفيزاً يكيه صاحبه أو ميزاناً يزن به صاحبه ، وثمان الشطرنج وثمان النرد ، الحديث(١) .

والروايه تدلّ على بطلان بيع الشطرنج والنرد ، ويمكن التعدى بعدم الفرق بينهما وبين غيرهما من آلات القمار ، ولكن فى سندها ضعف .

وتدلّ على عدم الفرق بينهما وبين غيرهما من آلات القمار صحيحه معمر بن خلاد عن أبى الحسن عليه السلام قال : النرد والشطرنج والأربعه عشر بمنزله واحده وكلّ ما قومر عليه فهو ميسر(٢) .

وكيف ما كان حيث لا يترتب على بيع آلات القمار إلاّ الحرام - وهو القمار - فلا إشكال فى بطلان بيعها ، كما عليه المشهور بل الإجماع .

ثم فليعلم أنّ هنا مسائل ثلاث : ١ - صنع آلات القمار ٢ - بيعها ٣ - اللعب بها مطلقاً ، وكلّ ذلك حرام محرّم ولا يجوز أخذ شىء فى قبالتها .

### ٣ - ومنها : آلات اللهو

قد حكى الإجماع على بطلان بيع آلات اللهو مطلقاً فى عدّه من الكتب الفقيهيه نحو : مجمع الفائده والبرهان(٣) ورياض المسائل(٥) ومستند الشيعه(٦) وجواهر الكلام(٧) ، وتدللّ على بطلان بيعها - بعد الإجماع والوجوه الماضيه فى هياكل العباده المبتدعه - بعض الروايات الوارده فى المقام :

منها : خبر الشيخ أبى الفتوح الرازى فى تفسيره مرسلأ عن أبى أمامه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : إنّ الله تعالى بعثنى هدىً ورحمةً للعالمين وأمرنى أن أمحو المزامير والمعازف والأوتار والأوثان وأمور الجاهليه - إلى أن قال - : إنّ آلات المزامير شراؤها وبيعها وثمانها

ص: ١٦٩

١- (٢) الجعفریات / ١٨٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٦٩ ح ١ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٢٣ ح ١ .

٣- (٤) مجمع فائده والبرهان ٨ / ٤١ .

والتجاره بها حرام ، الحديث (١).

دلالة الروايه على بطلان بيع آلات اللهو واضحه ولكن فى سندها إرسال .

ومنها : خبر الجعفریات بإسناده إلى على عليه السلام أنه رفع إليه رجل كسر بربطاً فأبطله (٢).

بتقريب : إن إبطال الدعوى من قبيل أمير المؤمنين عليه السلام يدل على إلغاء ماليه البربط ، فإذا لم يكن مالاً فلا يجوز إعطاء المال بإزائه ، فلا يجوز بيعه . ومع إلحاق عدم الفرق بين البربط وغيرها من آلات اللهو يجرى الحكم ببطلان بيع آلات اللهو مطلقاً ، ولكن فى سند الروايه ضعف .

ومنها : خبر دعائم الاسلام رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنه رفع إليه رجل كسر بربطاً فأبطله ولم يوجب على الرجل شيئاً (٣) .

الكلام فى هذه الروايه كسابقته .

ومنها : خبر آخر للدعائم رفعه عن أبى عبد الله عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام : من تعدى على شىء مما لا يحلّ كسبه فأتلفه فلا شىء عليه فيه ، ورفع إليه رجل كسر بربطاً فأبطله (٤) .

الدلاله واضحه وفى السند إرسال .

ومنها : خبر ثالث للدعائم رفعه عن أبى جعفر عليه السلام أنه قال : من كسر بربطاً أو لعبه من اللعب أو بعض الملاهى أو خرق زق مسكراً أو خمر فقد أحسن ولا غرم عليه (٥) .

تدلّ الروايه على عدم ماليه هذه الأشياء فلا يجوز إعطاء المال بإزائها فبيعهها باطل ، ولكن فى السند إرسال .

ص: ١٧٠

١- (١) رياض المسائل ٨ / ١٤٠ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ٨٨ .

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٩ ح ١٦ .

٥- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٥ ح ٢ .

ومنها : خبر قطب الراوندى رفعه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : إنَّ الله حرّم الدف والكوبه والمزامير وما يلعب به (١) .

بتقريب : أن التحريم بالنسبه إلى هذه الآت ورد مطلقاً ، فيشمل بيعها أيضاً ، فإذا حرم بيعها كان البيع باطلاً ، ولكن فى السند إرسال .

ومنها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات (٢) .

بتقريب : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الزفن - وهو الرقص - والكوبه - وهى الطبل والصغير - والكبر - وهى الطبل - ونهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن هذه الأمور مطلقه ، فيشمل بيعها ، فصار بيعها باطلاً .

ومنها : غير ذلك من الروايات فراجع إن شئت إلى الباب ١٠٠ و ١٠١ من أبواب ما يكتسب به من وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٦ و ٣١٢ ، والباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به من مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٥ ، والباب ٢١ من أبواب ما يكتسب به وما لا يكتسب به من جامع أحاديث الشيعة ٢٢ / ٢٤٤ وفيه ثلاثون روايه ، وكتابنا موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٤ فى ذيل عنوان الموسيقى .

وبالجملة ، بطلان بيع آلات اللهو فى مذهبنا إجماعى ، وتدلل عليه مضافاً إلى الوجوه السابقه ، الروايات الوارده فى المقام .

ثم فليعلم أنّ هنا أيضاً مسائل ثلاث : ١ - صنع آلات اللهو ٢ - وبيعها ٣ - واللهو بها ، وكلّ ذلك حرام محرّم ولا يجوز أخذ شىء فى قبالتها كما مرّ فى آلات القمار .

#### ٤ - ومنها : أواني الذهب والفضه

إذا قلنا بتحريم اقتنائها وقصد المعاوضه على مجموع الهيئه والماده ، لا الماده فقط .

ثم هل القدر المتيقّن من حرمة استعمال أواني الذهب والفضه استعمالهما فى الأكل

ص: ١٧١

١- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٥ ح ٣ .

٢- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٨ ح ١١ .

والشرب أو مطلق اقتنائهما والترين بهما أيضاً حرام؟ فلا بدّ من ملاحظه الروايات الواردة في المقام :

منها : صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن آنيه الذهب والفضه فكرهها ، فقلت : قد روى بعض أصحابنا : أنّه كان لأبي الحسن مرآه ملتبسه فضّه ، فقال : لا - والحمد لله - إنّما كانت لها حلقة من فضه وهي عندي . ثم قال : إنّ العباس حين عذر عمل له قضيب ملتبس من فضّه من نحو ما يعمل للصبيان تكون فضّه نحواً من عشره دراهم ، فأمر به أبو الحسن عليه السلام فكسر(١) .

ذيل الروايه تدلّ حرمه مطلق التزين والاقتناء بالفضه ، ولكن الظاهر عدم إفتاء الأصحاب بها . ويمكن رفع اليد عن هذا الذيل بقريته الروايات الآتية .

ومنها : خبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام : لا تأكل في آنيه الذهب والفضه(٢) .

الروايه تدلّ على حرمه استعمالهما في الأكل والشرب فقط ، وفي السند ضعف بمعلى بن محمّد . ولكن رواها البرقي في المحاسن(٣) بسند صحيح .

ومنها : خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : أنّه نهى عن آنيه الذهب والفضه(٤) .

يمكن استفاده حرمه الإقتناء من الروايه إذا كان النهى فيه مطلقاً ، ولكن في السند ضعف بسهل بن زياد . ويمكن تقييد إطلاق النهى فيها بالروايات الخاصه بالأكل والشرب ، ويمكن تصحيح سندها بما رواه البرقي في المحاسن(٥) .

ومنها : خبر موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام قال : آنيه الذهب والفضه متاع الذين

ص: ١٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ٣ / ٥٠٥ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٣ / ٥٠٦ ح ٢ .

٣- (٣) المحاسن ٢ / ٤١١ ح ٦٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٣ / ٥٠٦ ح ٣ .

لا يوقنون(١) .

يمكن استيناس حرمه الإقتناء مطلقاً من الروايه ، وفي سندها ضعف بسهل وموسى بن بكر . ولكن يمكن تقييدها بغيرها من الروايات وتحسين سندها بما رواه البرقى فى المحاسن(٢) عن موسى بن بكر والذهاب إلى حسنه .

ونظيرها مرسله الصدوق عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم (٣) .

ومنها : موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا ينبغى الشرب فى آنيه الذهب والفضه(٤) .

« لا ينبغى » فى الروايه بقرينه غيرها من الروايات تحمل على الحرمة ، و هكذا بعدم الفرق بين الأكل والشرب يعرف حكمه .

ومنها : خبر يوسف بن يعقوب قال : كنت مع أبى عبد الله عليه السلام فى الحجر فاستسقى ماءً ، فأتى بقدر من صفر ، فقال رجل : إنَّ عباد بن كثير يكره الشرب فى الصفر ، فقال : لا بأس ، وقال عليه السلام للرجل : ألا سألته أذهب هو أم فضه(٥) ؟

الروايه تدلّ على حرمة الشرب فى آنيه الذهب والفضه ، والإمام عليه السلام أخذ حكمها معلوماً عند السائل ، ولكن فى السند ضعف بيوسف .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا تأكل فى آنيه ذهب ولا فضه(٦) .

سند الروايه صحيح ، لأنّ للصدوق قدس سره سند صحيح إلى كتاب أبان بن عثمان والرجل ثقّه ، وهو ينقل عن محمد بن مسلم لا أبان بن تغلب الثقه الذى فى سند الصدوق إلى كتابه

ص: ١٧٣

١- (١) المحاسن ٢ / ٤١٠ ح ٤١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٧ ح ٤ .

٣- (٣) المحاسن ٢ / ٤١١ ح ٤٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٨ ح ٨ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٧ ح ٥ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٣ / ٥٠٧ ح ٦ .

ضعف ، فالسند صحيح والتعبير عن الروايه بالخبر كما فى بعض المؤلفات غير تام . ودلالاتها أيضاً واضحه .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الشرب فى آنيه الذهب والفضه (١) .

دلالاتها واضحه ، ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام أنه كره آنيه الذهب والفضه والآنيه المفضّضه (٢) .

الكراهه بالنسبه إلى آنيه الذهب والفضه بقريته غيرها من الروايات تحمل على الأكل والشرب فيهما ، وبالنسبه إلى المفضّض تحمل على الكراهه المصطلحه لا- الحرمة ، كما يظهر الأخير لمن يلاحظ روايات الباب ٦٦ من أبواب النجاسات من وسائل الشيعه ٣ / ٥٠٩ .

ومنها : معتبره مسعده بن صدقه عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهاهم عن سيع : منها الشرب فى آنيه الذهب والفضه (٣) .

دلالة الروايه واضحه ، وسندها معتبر .

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - أنّ من تأمل فى هذه الروايات ظهر له أنّ الحرمة بالنسبه إلى آنيه الذهب والفضه تنحصر فى حرمة استعمالهما فى الأكل والشرب فقط ، فلا بأس بالتزّين بهما واقتنائهما ، فلا بأس ببيعهما مطلقاً .

نعم ، استعمالهما فى الأكل والشرب فقط حرام .

## ٥ - ومنها : بيع الدراهم المغشوشه

### إشاره

الدراهم المغشوشه على قسمين :

الأول : الدراهم الفاسده الخارجه من رواج المعامله ، صُنعت لأجل غش الناس

ص: ١٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ٣ / ٥٠٨ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٣ / ٥٠٨ ح ١٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٣ / ٥٠٨ ح ١١ .



وإغوائهم وتملك أموالهم . وعلى هذا القسم تحمل الروايات المانعه من بيعها والأمره بإفنائها حسماً لمادّه الفساد ، نحو : حسنه أو معتبره موسى بن بكر قال : كُنّا عند أبي الحسن عليه السلام وإذا

دنانير مصبوبة بين يديه ، فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثم قطعه بنصفين ، ثم قال لى : ألقه فى البالوعه حتّى لا يباع شىء فيه غش(١) .

دلالة الروايه على وجوب إفنائها قطعاً لمادّه الفساد واضحه ، ويأتى منّا اعتبار سندها فى بحث الغش(٢) .

ومنها : خبر المفضل بن عمر الجعفى قال : كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فألقى بين يديه دراهم ، فألقى إلى درهماً منها فقال : إيش هذا ؟ فقلت : ستوق ، فقال : وما الستوق ؟ فقلت : طبقتين فضه وطبقه من نحاس وطبقه من فضه ، فقال : اكسرها فإنّه لا يحلّ بيع هذا ولا إنفاقه(٣) .

دلالة الروايه على كسر الدرهم المغشوش واضحه . والظاهر أنّ المراد بالستوق وجود طبقتين من الفضه فى جانبى الدرهم وطبقه من النحاس فى وسطها بحيث يرى من إطرفها أنّها من الفضه ولكن فى جوفها كلّها النحاس . وأمر الإمام عليه السلام بكسر هذا الدرهم . والشاهد على ما ذكرنا فى تعريف الستوق خبر دعائم الإسلام الآتى ، ولكن فى السند ضعف بعلى بن الحسن الصيرفى ، لأنّه مجهول الحال ، والتعبير بالموتق فى شأنها كما عن بعض(٤) غير تام .

ومنها : حسنه جعفر بن عيسى قال : كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام ما تقول جعلت فداك فى الدراهم التى أعلم أنّها لا تجوز بين المسلمين إلّا بوضيعة ، تصير إلى من بعضهم بغير وضيعة بجهلى به ، وإنّما آخذه على أنّه جيد يجوز لى أن آخذه وأخرجه من يدى على حدّ ما صار إلى من قبلهم ؟ فكتب عليه السلام : لا يحلّ ذلك . وكتبت إليه : جعلت فداك هل يجوز إن وصلت إلى رده على صاحبه من غير معرفته به ، أو إبداله وهو لا يدري أنّى أبدله منه أو أردّه عليه ؟ فكتب : لا

ص: ١٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .

٢- (٢) راجع هذا الكتاب المجلد الثانى / ٢٥٤ .

٣- (٣) التهذيب ٧ / ١٠٩ ح ٧٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٦ ح ٥ .

٤- (٤) مهذب الاحكام ١٦ / ٦٣ .

يجوز(١).

بتقريب : أنه إذا كان لا- يجوز ذلك بالنسبة إلى الدراهم التي لا- تجوز بين المسلمين إلا بوضيعة ، فعدم الجواز بالنسبة إلى الدراهم المغشوشة رأساً بطريق أولى يجرى . وسند الرواية أيضاً حسنه ، لأن جعفر بن عيسى بن يقطين ممدوح .

ومنها : خبر دعائم الاسلام رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن إنفاق الدراهم المحمول عليها ، قال : إذا كان الغالب عليها الفضة فلا- بأس بإنفاقها ، وقال : في الستوق ، وهو المطبّق عليه الفضة وداخله نحاس ، يقطع ولا يحلّ أن ينفق ، وكذلك المزيبه والمكحله(٢) .

والرواية تدل على عدم جواز إنفاق الدرهم المغشوش وقطعه حسماً لمادّه الفساد ، ولكن في السند إرسال .

وبالجملة ، حيث كان إنفاق الدراهم المغشوشه غش في المعامله تشمله أيضاً الروايات الواردة في حرمه غش المسلمين .

منها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس منّا من غشنا(٣) .

ومنها : صحيحه أخرى له عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لرجل يبيع التمر : يا فلان أما علمت أنه ليس من المسلمين من غشهم ؟!(٤)

ومنها : صحيحه هشام بن الحكم قال : كنت أبيع السابري في الضلال فمرّ بي أبو الحسن الأول موسى عليه السلام ، فقال لى : يا هشام إن البيع في الظلال غش ، والغش لا يحلّ(٥) .

ولإثبات حرمه الغش راجع إلى وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ باب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢٠١ باب ٦٩ من أبواب ما يكتسب به ، وجامع احاديث الشيعة ٢٢ / ٤٢٦ ، وكتابتنا موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٠٤ .

ص: ١٧٦

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٧ ح ٨ .

٢- (١) دعائم الاسلام ٢ / ٢٩ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٥٠ ح ١ باب ٦ من أبواب الصرف .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ١ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ٢ .

٥- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .

والحاصل عدم جواز إنفاق الدراهم المغشوشه فى المعاملات ولزوم كسرهما وقطعها وإفنائها حسماً لمادّه الفساد وإخراجها من جريان المعاملات والسوق ودائرتهما .

ونظيرها فى زماننا هذا الأوراق النقدية المزوّره لأجل التديس على الناس وتزويرهم ، وهكذا الأمر فى غيرها من الأوراق الإعتباريه الموضوعه ، نحو الوثائق المزوّره الموضوعه وغيرها .

الثانى : الدراهم التى تكون رائجه بين المسلمين ومعاملاتهم وسوقهم ولكنّها خلطها

كثيراً بالنسبه إلى الدراهم الجيده ، والحكومه والسلطه فى الوقت تؤيدها وتعتبرها غالباً ، فهل يجوز المعامله بهذه الدراهم أم لا ؟  
الظاهر جواز البيع والمعامله بهذه الدراهم ، والأخبار بذلك مستفيضه :

منها : صحيحه فضل أبى العباس قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها ؟ فقال : إذا أنفقت ما يجوز بين أهل البلد فلا بأس ، وإن أنفقت ما لا يجوز بين أهل البلد فلا(١) .

ومنها : خبر حريز بن عبد الله قال : كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها ؟ فقال : لا بأس إذا كان جواز المصر(٢) .

ومنها : خبر محمّد بن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : جاءه رجلٌ من سجستان فقال له : إنّ عندنا دراهم يقال لها : « الشاهيه » ، تحمل على الدرهم دانقين ، فقال : لا بأس به إذا كانت تجوز(٣) .

ومنها : صحيحه محمّد بن مسلم قال : سألته عن الدراهم المحمول عليها ؟ فقال : لا بأس بإنفاقها(٤) .

لا بأس بالاضمار فى هذه الصحيحه حيث مُضمّرها محمّد بن مسلم .

ص: ١٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٨ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٨ ح ١٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٧ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٥ ح ١ .

ومنها : صحيحه أخرى لمحمد بن مسلم قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ، ثم يبيعها ، قال : إذا بين ذلك فلا بأس (١) .

ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشتري الشيء بالدراهم فأعطي الناقص الحبه والحبطين ، قال : لا حتى تبينه ، إلا أن يكون نحو هذه الدراهم الأوضاحيه التي تكون عندنا عدداً (٢) .

والظاهر أنّ الدراهم الأوضاحيه كانت من الدراهم الرائجه في ذلك العصر وكانت من الدراهم المحمول عليها ولكن رواجها موجب لعدم التبين في حقها .

ومنها : غيرها من الروايات الوارده في الباب العاشر من أبواب الصرف من وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٥ ، والباب التاسع من أبواب بيع الصرف من جامع أحاديث الشيعة ٢٣ / ٢٢٩ .

بعد التأمل في هذه الروايات ظهر جواز المعامله بهذه الدراهم بأحد شرطين على سبيل منع الخلو :

الأول : إذا كانت هذه الدراهم رائجه في المصر ، بلا فرق بين أن تكون الحكومه والسلطه في الوقت تعتبرها أم لا ؟ لعدم ذكر اعتبار الحكومه في الروايات ، وإن كان الرواج من دون اعتبارها خارجاً مشكل . تدلّ على هذا الشرط الروايات الثلاث الأول .

الثاني : إذا بين للبائع بكيفية الدراهم وأعلمه بذلك ، وقبل البائع فلا بأس به ، وتدللّ على هذا الشرط الروايتان الأخيرتان .

وأما الإطلاق الوارد في الصحيحه الأولى لمحمد بن مسلم (٣) يقيد بأحد هذين الشرطين المأخوذين من الروايات . وهكذا الأمر بالنسبه الى غيرها من الإطلاقات لو وُجدت .

ثم إنّ الظاهر من الجمع بين الروايات الوارده في المقام هو ما ذهبنا إليه من تقسيم هذه

ص: ١٧٨

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٥ ح ٢ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٧ ح ٧ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٥ ح ١ .

الدرهم إلى القسامين ، وأما ما ذهب إليه المحقق الخوئي قدس سره من حمل الطائفه الأولى على الكراهه (١) فخلافاً للظاهر .

قيود المعامله على قسامين :

القيود التي وردت في المعامله - سواء ذكرت في متن المعامله بنحو التوصيف أو التقييد أو الإشتراط أو انصرفت المعامله إليها أو وقعت المعامله مبتيه عليها إذا تخلف - فهي على قسامين رئيسين :

القسم الأول : أن يعدّ القيد عرفاً من مقومات الشيء ، كما إذا باعه على أنه فضه فبان رصاصاً ، أو على أنه عبد حبشي فبان أنها أمه مغريه ونحو ذلك . وحيث أنّ القيود والعناوين

في هذا الفرض من مقومات المبيع عرفاً فإذا تخلف بطل البيع . وفي ما نحن فيه إذا وقعت المعامله على الدرهم من الفضه المسكوك بسكه فلان السلطان فبان أنه رصاص أو أنه غير سكه السلطان الرائج في البلاد ، حيث أنّ العنوان والقيد من مقومات الشيء بطل العقد لما ذكرناه .

القسم الثاني : أن لا يعدّ القيد عرفاً من مقومات الشيء بل من جهات الفضل والكمال ، كما إذا باع عبداً على أنه كاتب فبان أنه أمى أو إذا باع اللبن على أنه من الغنم فبان أنه من البقر .

ففي هذا القسم صحت المعامله ولكن يثبت للمشتري خيار العيب أو خيار تخلف الوصف . وفي ما نحن فيه لو باع الدرهم على أنه سكه سنه كذا فبان أنه سكه سنه أخرى - حيث أنّ القيد والعنوان هنا ليس من مقومات الشيء بل من جهات الفضل والكمال - صحت المعامله وثبت خيار تخلف الوصف .

هذا كلّه إذا كان المتعاملان جاهلين ، ونحوها إذا كان المشتري فقط جاهلاً ، وأما إذا كان البائع جاهلاً والمشتري عالماً ففي القسم الأول - يعنى تخلف الذات - بطلت المعامله ولكن مع تخلف جهات الفضل والكمال صحت المعامله ولا خيار للمشتري لعلمه بالنقص . نعم ، يثبت

ص: ١٧٩

## فرع :

### إشاره

هل يجوز إعطاء الدراهم الفاسده الخارجه من رواج المعامله التى صنعت لأجل غش الناس وإغوائهم وتملك أموالهم باطلاً -  
يعنى القسم الأول من الدراهم المغشوشه التى ذهبنا إلى لزوم كسرها وإفنائها حسماً لمادّه الفساد - هل يجوز إعطاؤها إلى الظالم  
لدفع ظلمه أو العشار أو الجمارك ونحوها أم لا ؟

الظاهر جواز ذلك لدفع ظلمهم وتعديهم كما ذهب إليه صاحب الجواهر قدس سره (١) ، وأما أنّهم ينفقونها فى الناس ويجلبون  
بها أموال الناس ظلماً فلا يدفع الجواز ، لأنّ عملهم وفعالهم لا يردّ جواز فعل الآخر كما هو واضح . والله سبحانه هو العالم .

### فرع آخر :

هل يجوز التزّين بالدراهم المغشوشه وحفظها واقتنائها فى متاحف التزوير أم لا ؟ ثم على القول بالجواز هل يجوز بيعها لذلك  
أم لا ؟

الظاهر جواز التزّين بها وحفظها واقتنائها فى متاحف التزوير ، لعدم ترتب أىّ فساد حينئذ عليه كما ذهب إليه بعض أساتذتنا -  
مدظله (٢) - وهكذا يجوز بيعها لذلك .

وأما الأمر الوارد فى الروايات بكسرها وإفنائها فليس إلاّ - لجهه ترتب الفساد عليها وليس أمراً تكليفاً محضاً ، ولذا يجوز فى  
صوره عدم ترتب الفساد حفظها واقتناؤها ، بل يجوز بيعها مع علم المشتري بكيفيتها وأنّه يقصد التزّين بها أو حفظها فى معرضه  
أو متحفه ونحو ذلك . والله سبحانه هو العالم .

ص: ١٨٠

١- (١) الجواهر ٢٤ / ١٨ .

٢- (١) دراسات فى المكاسب المحرمه ٢ / ٢٠٨ .

ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرّمه ... فهنا مسائل ثلاث :

مسائل ثلاث:

المسأله الأولى

بيع العنب على أن يُعمل خمراً والخشب على أن يُعمل صنماً أو آله لهو أو قمار ، وإجاره المساكن لبيع أو يحرز فيها الخمر ، وكذا إجاره السفن والحموله لحملها .

فقد استدل على حرمه البيع أو الإجاره للمقاصد المذكوره بوجوه :

الأول : الإجماع ، ادعاه الشيخ في الخلاف (١) وابن زهره الحلبي في الغنيه (٢) والعلامه في المنتهى (٣) ، وقال النراقي بعد نقل الإجماع من المنتهى : « وهو الحجه فيه » (٤) . وقال صاحب الجواهر : « لا خلاف أجدها فيها » (٥) ، والشيخ الأعظم أيضاً ادعى عدم الخلاف في المسأله (٦) .

وفيه : إن الإجماع هنا - على فرض تحققه - ليس إلامدركياً ، فلا بدّ من ملاحظه غيره من الأدله والوجوه المذكوره في المقام .

الثاني : أن هذه المعامله بيعاً كانت أو إجاره إعانه على الإثم ، فتحرم لذلك .

وفيه : أولاً- : يأتي منّا معنى الإعانه على الإثم وأحكامها في ذيل المسأله الثالثه من هذا القسم إن شاء الله تعالى ، ومنعنا حرمه الإعانه على الإثم مطلقاً .

ص: ١٨١

١- (١) الخلاف ٣ / ٥٠٨ .

٢- (٢) الغنيه / ٢٨٥ والمطبوع في الجوامع الفقيهيه / ٥٣٨ .

٣- (٣) المنتهى ٢ / ١٠١١ .

٤- (٤) مستند الشيعه ١٤ / ٩٥ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٣٠ .

٦- (٦) المكاسب المحرمه / ١٦ ( ١ / ١٢٣ من الطبعة الحديثه) .

وثانياً : بفرض صدقها على هذه المعاملة وحرمتها ، بينهما عموم من وجه ، والإعانه

على الإثم لا تصدق إلا بالإقباض خارجاً مع العلم ، وهذا الإقباض ربّما يكون بغير البيع ، فبين البيع والإعانه عموم من وجه ، فلا يمكن الإستدلال بها على حرمة المعاملة مطلقاً .

وثالثاً : حرمة الإعانه على الإثم - على فرض ثبوتها - ليست إلا حرمة تكليفية وهي لا تدلّ على بطلان المعاملة وضعاً .

إن قلت : ورود الحرمة فى المعاملات تقتضى فسادها .

قلت : نعم ، إذا كانت الحرمة تعلقت بنفس المعاملة ، ولكن فى المقام تعلقت بعنوان الإعانه ، فلا تدلّ على فساد المعاملة .

ورابعاً : هذا الإشتراط فى المعاملة ليس إلا شرطاً فاسداً ، وفساد الشرط لا يسرى إلى فساد العقد ، لأنّ الشروط لا تقابل بجزء من الثمن حتّى يُحكم بفساد المعاملة بالنسبه إليها .

الثالث : إن صحّت هذه المعاملة كانت أكلاً للمال بالباطل ، المنهى عنه فى الآيه الشريفه .

وفيه : أولاً : إنّ الآيه الشريفه ليست بصدد شرائط العوضين كما مرّنا مراراً .

وثانياً : إنّ الشروط لا تقابل بجزء من الثمن ليصدق من فسادها أكل المال بالباطل بل هى مجرد التزامات لا يترتب على مخالفتها إلا الخيار .

الرابع : ما ذكره العلامة النراقى فى المستند ، وقال : « مع كونه بنفسه فعلاً - محرّماً لَمّا بينا فى موضعه : أنّ فعل المباح بقصد التوصل به إلى الحرام محرّم » (١) .

وفيه : أولاً : أنّ « مقدمه الحرام حرامٌ » ، ليست عندنا تامّه ، ولازم ذلك كون فاعل الحرام مرتكب لمحرّمات كثيره بعدد مقدماته ، ولا يلتزم به أحد .

وثانياً : حرمة مقدمه الحرام - على فرض ثبوتها - إنّما هى فى المقدمات التى لا- تنفك عن ذبيها ، نحو المقدمه الأخيره فى المقدمات الإعداديه والمقدمات التوليديه ، وأمّا غيرها من المقدمات ليست محرّمه ، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل ، لتمكن المشتري من عدم الوفاء

ص: ١٨٢



بالشرط خارجاً .

الخامس : أدله النهى عن المنكر تشمل المقام ، بدعوى أنّ دفع المنكر كرفعه واجب ، بل يمكن أن يقال : أنّه أولى بالوجوب .

وفيه : أولاً : يمكن المناقشه فى وجوب دفع المنكر ، وإن كان رفعه مع شرائطه واجباً .

وثانياً : على فرض وجوب دفع المنكر ، يترتب النهى التكليفى المحض على المعامله ، وهذا لا يقتضى فساد المعامله وضعاً كما مرّ سابقاً فى الدليل الثانى .

السادس : استدل بعض أساتذتنا - مدظله - على بطلان المعامله وحرمتها على وجه تفرد به - أدام الله أيامه - وقال : « ولو قلنا فى المسأله الآتیه - أعنى بيع الجاریه المغتبه - بالحرمة والفساد بمقتضى الأخبار الوارده فيها كما يأتى فثبوتها فى المقام أولى ، حيث إنّ الجاریه المغتبه تشمل على المنافع المحلله أيضاً ولم يسقطها البائع ، فإذا فرض الحرمة والفساد فيها بسبب لحاظ غنائها ففى المقام الذى أسقط البائع جميع المنافع المحلله وأسقط الشارع المنفعه المحرّمه يكون الحرمة والفساد أوضح ، إذ المبيع حينئذ يصير فى قوه من لا منفعه له أصلاً ... » (١) .

وفيه : أولاً : نحن ذهبنا إلى جواز بيع الجاریه المغتبه كما عليه عدّه من الأعلام ، ويأتى البحث حوله فيما بعد .

وثانياً : القول بتعدى حكم الحرمة والفساد من بيع الجاریه المغتبه إلى البيع والإجاره فى مسألتنا هذه بنظرنا القاصر أشبه شىءٍ بالقياس ، فلا يمكن الاستدلال به ، كما مرّ منّا نظير هذا الإشكال فى كلام بعض الأعيان قدس سره فى الوجه الثامن من الوجوه التى أقيمت على فساد بيع هياكل العباده المبتدعه ، فراجع ما حرّراه هناك .

السابع : الإستدلال بالروايات الوارده فى المقام :

منها : صحيحه جابر قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر ؟ قال : حرام أجره (٢) .

ص: ١٨٣

١- (١) دراسات فى المكاسب المحرمه ٢ / ٢٥٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٤ ح ١ .

وأما سندها : الراوى الأخير فى نقل الكافى (١) والاستبصار (٢) والطبعه الحديثه من مكاسب التهذيب (٣) « جابر » ، ولكن فى الطبعه السابقه من مكاسب التهذيب (٤) وفى المتاجر

من التهذيب فى كلتا الطبعتين (٥) (٦) « صابر » .

فعلى هذا الأقوى عندنا أنه « جابر » ، والمراد به جابر بن يزيد الجعفى ، وهو ثقة والمراد بعبد المؤمن ، الأنصارى أخو أبى مریم الأنصارى ، وكلاهما ثقتان ، ولذا صارت الروايه صحيحه الإسناد كما عتبرنا عنها بالصحيحه . ومن المحتمل أن « صابر » أيضاً فى بعض نسخ التهذيب كان مصحفاً لجابر .

وأما إن كان الراوى الأخير « صابر » فلم يحرز وثاقته وصارت الروايه ضعيفه الإسناد به كما عتبر عنها بعض الأصحاب بالخبر ، نحو صاحبى المستند (٧) والجواهر (٨) والشيخ الأعظم (٩) والنائينى (١٠) والإيروانى (١١) والخوئى (١٢) والخمينى (١٣) والسبزوارى (١٤) والتبريزى (١٥) وغيرهم قدس سرهم .

ص: ١٨٤

١- (٣) الكافى ٥ / ٢٢٧ ح ٨ .

٢- (٤) الاستبصار ٣ / ٥٥ .

٣- (٥) التهذيب ٦ / ٣٧١ ط . الحديثه .

٤- (٦) التهذيب ٢ / ١١١ ط . السابقه .

٥- (١) التهذيب ٧ / ١٣٤ ط . الحديثه .

٦- (٢) التهذيب ٢ / ١٥٤ ط . السابقه .

٧- (٣) مستند الشيعه ١٤ / ٩٤ .

٨- (٤) الجواهر ٢٢ / ٣٠ .

٩- (٥) المكاسب المحرمه / ١٦ طبع تبريز (١ / ١٢٣ من الطبعه الحديثه) .

١٠- (٦) منيه الطالب ١ / ٣٤ .

١١- (٧) حاشيه المكاسب ١ / ٩١ الطبعه الحديثه .

١٢- (٨) مصباح الفقاهه ١ / ١٦٥ .

١٣- (٩) المكاسب المحرمه ١ / ١٢٢ .

١٤- (١٠) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦٥ .

١٥- (١١) إرشاد الطالب ١ / ٨٠ .

وأما دلالتها : فعلى بطلان الإجاره واضحه ، لأنّ الظاهر من الحرمة فى المعاملات الحرمة الوضعيه ، وهى البطلان . وبعدم الفرق واتحاد الملاك بين الإجاره والبيع يعلم حكم البيع أيضاً .

ومنها : خبر عمرو بن حريث قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التوت أبيع للصليب والصنم ؟ قال : لا(١) .

دلالة الروايه على بطلان البيع واضحه ، ولكن فى السند ضعف .

ومنها : صحيحه عمر بن أذينه قال : كتبت إلى أبى عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه برابط ؟ فقال : لا بأس به .

وعن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه صلباناً ؟ قال : لا(٢) .

والروايه - وإن كانت صحيحه الإسناد - ولكن حكم فيها بصحة البيع فى البربط وهى آله لهو ، وببطلان البيع فى الصليب وهو من هياكل العباده المبتدعه ، مع أنّ الملاك فيهما واحد وهو وقوع العقد على استفاده الحرام من الشىء . فلا يمكن الإستدلال بهذه الصحيحه على طرفى القول بالجواز والحرمة فى المسأله . وأعنى أن هذه الروايه بنفسها صارت من المتعارضين ولا يمكن الأخذ بها ، وهى نظير ما مرّ منّا فى موثقه سماعه(٣) الوارده فى بيع العذره ، فراجع ما حرّره هناك .

أللهم إلا أن يقال : بأنّ الأهميه وشده الحرمة فى الصليب وهياكل العباده المبتدعه صارت عله الحرمة فى بيع الخشب ممّن يتخذه ، كما يأتى تفصيل ذلك فى المسأله الثالثه من هذا القسم إن شاء الله تعالى ، فانتظر .

ومنها : صحيحه أخرى لابن أذينه قال : كتبت إلى أبى عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته ودابته ممّن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنازير ؟ قال : لا بأس(٤) .

ص: ١٨٥

١- (١٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ٢ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ١ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٥ ح ٢ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٤ ح ٢ .

دلاله الروايه على صحه هذه الإجاره واضحه وسندها أيضاً صحيح .

فكيف يمكن الجمع بين هذه الصحيحه وصحيحه جابر أو خبره أو خبر صابر؟ الظاهر والله سبحانه هو العالم حمل صحيحه جابر أو خبره أو خبر صابر على صورته اشتراط الحرام أو التقييد به أو انصراف المعامله إلى الحرام أو وقعت مبتيه على الحرام ، وحمل صحيحه ابن أذينه على ما عدى ذلك ، نحو ما إذا اتفق الحمل خارجاً .

بتقريب رفع اليد عن ظاهر كلّ منهما بنص الآخر أو بالأخذ بالقدر المتيقن في كلّ منهما .

ويؤيد هذا الجمع خبر دعائم الاسلام رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : من اكرى دابه أو سفينه فحمل عليها المكترى خمراً أو خنازيراً أو ما يحرم ، لم يكن على صاحب الدابه شيء ، وإن تعاقدوا على حمل ذلك فالعقد فاسد والكرء على ذلك حرام (٤) .

وذهب إلى هذا الجمع جلّ أصحابنا المتقدمين وعدّه من أصحابنا المتأخرين قدس الله أسرارهم ، منهم : صاحبا الحدائق (١) والرياض (٢) والشيخ الأعظم (٣) والمحقق النائيني (٤) والفقيه السبزواري (٥) .

بنظرنا القاصر هذا هو الجمع الممكن بين روايات الباب ، وأما ما ذهب إليه بعض الأساطين نحو السيد الخوئي قدس سره من حمل روايه جابر على الكراهه (٦) فغير تام .

ثم إن صاحب الجواهر قدس سره ذهب إلى ترجيح صحيحه ابن أذينه والجواز في مسألتنا ، فقال بعد نقل الروايات المجوّزه بنظره : « فلا إشكال في دلالتها على المطلوب كما لا إشكال في قوّتها على المعارض من وجوه ، خصوصاً بعد تأييدها بالسيره على المعامله مع الملوّك والأمرء

ص: ١٨٦

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٢١ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٠٦ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٤٥ .

٤- (٤) المكاسب المحرمه / ١٦ ( ١ / ١٢٤ من الطبعة الحديثه) .

٥- (٥) منيه الطالب ١ / ٣٤ .

٦- (٦) مهذب الأحكام ١٦ / ٦٥ و ٦٦ .

فيما يعملون صرفه في تقوية الجند والعساكر المساعدين لهم على الظلم والباطل وإجاره الدور والمساكن والمراكب لهم لذلك ، وبيع المطاعم والمشارب للكفار في نهار شهر رمضان مع علمهم بأكلهم فيه وبيعهم بساتين العنب منهم مع العلم العادي يجعل بعضه خمراً ، وبيع القرطاس منهم مع العلم بأن منه ما يُتخذ كتب ضلال ...» (١).

وأنت خبير بأن هذه السيره المدعاه من قبله قدس سره - وإن كانت صحيحه جاريه - ولكن كلامنا في صوره اشتراط المعامله على الحرام أو التقييد بالحرام ونحو ذلك لا- في صوره علم البائع بأن المشتري يصرفه في الحرام ، والأخيره هي المسأله الثالثه الآتيه إن شاء الله ، والسيره جاريه فيها لا في مسألتنا . ونحن أيضاً نذهب إلى الجواز في المسأله الثالثه ، ويأتي البحث عنها آنفاً إن شاء الله تعالى . والحمد لله العالم بأحكامه وحلاله وحرامه .

ص: ١٨٧

---

١- (٧) مصباح الفقاهه ١ / ١٦٥ .

اشاره

نبحث عن المسأله فى مقامين :

المقام الأول : ما تقتضيه القواعد :

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره إلى أنّ للبيع هنا صوراً ثلاث :

الأولى : أنّ الصفات المحرّمه قد تكون داعيه إلى المعامله بأزيد من الثمن المتعارف ، وحيث أنّ تبعض المعامله وتقسيط الثمن بالنسبه إلى أصل العين ووصفها غير متعارف ، تبطل المعامله رأساً ، لأنّ تملك الثمن فى مقابل الوصف المذكور يدخل فى أكل المال بالباطل .

الثانيه : إذا اشترى العين التى لها الصفه الخاصه ولكن لا يقصدها المتعاملان بل يقصدان نفس العين ، مثلاً يشترى الجاربه المغنيه بما أنّها جاربه لا بما أنّها مغنيه ، فلا بأس بهذه المعامله وهى صحيحه .

الثالثه : إذا اشترى العين مع وجود الصفه فيها ، ولكن لم يقصدا الحرام من تلك الصفه بل يقصدان حلالها ، نحو شراء الجاربه المغنيه بوصف غنائها واشتراطها فى المعامله ولكن يقصدان كسبها المحلّل فقط ، كالغناء فى الأعراس على القول باستثنائها من حرمة الغناء . ففى هذه الصوره إذا كانت المنفعه المحلّله المترتبه على الوصف مقصوده للعقلاء ولم تكن نادره فلا بأس بهذه المعامله .

وأما إذا كانت المنفعه نادره ، فهل تلحق بالعين التى لها منفعه محرّمه غالباً ولها منفعه محلّله نادره بعدم جواز بيعها أم لا تلحق ؟

ذكر الشيخ الأعظم أنّ الأقوى عدم الإلحاق ، وحكم بصححه بيع الجاربه المغنيه بلحاظ أنّ الغناء صفه كمال تصرف فى الحلال ولو نادراً ، وأنّ النصوص فى حرمة بيعها منصرفه عن هذه الصوره .

هذا كله تقرير وبسط وتوضيح لكلام الشيخ الأعظم قدس سره (١) .

ص: ١٨٨

قد مرّ منّا في بحث الدراهم المغشوشه أنّ الأوصاف والقيود التي وردت في المعامله بأيّ نحو كانت ، تنقسم على قسمين رئيسين :

القسم الأوّل : أن يعدّ القيد عرفاً من مقومات الشيء ، كما إذا باعه على أنّه فضه فبان

رصاصاً ، ففي هذه الصورة تكون المعامله باطله مع تخلف الوصف والقيد .

القسم الثاني : أن لا يعدّ القيد عرفاً من مقومات الشيء بل من جهات الفضل والكمال ، كما إذا باع عبداً على أنّه كاتب فبان أنّه أمي ، ففي هذه الصورة تكون المعامله صحيحه ولكن للمشتري خيار تخلف الوصف .

وحيث أنّ وصف الغناء ليست من مقومات الجاربه بل هي من صفات الكمال عند أهلها ، فيقع تمام الثمن بإزاء نفس الجاربه ، لأنّها من الأموال عند العقلاء ، فحيث لا يقع في مقابل صفه التغني أيّ شيء من الثمن ، ولذا على القاعده الأوّليه تشملها إطلاقات حلّيه البيوع ، فتكون المعامله صحيحه .

هذا ما ذهب إليه المحقق الخوئي (١) قدس سره وبعض أساتذتنا (٢) - مدظله - في المقام ويقولان : بأن الحكم بفساد بيع الجاربه المغنيه على خلاف القواعد الأوّليه في المعاملات .

أقول : تقسيم الأوصاف والقيود التي وردت في المعامله على قسمين رئيسين كما مرّ منّا صحيح ، ولكن بنظرنا القاصر بيع الجاربه المغنيه لا يدخل في القسم الثاني بل يدخل في القسم الأوّل ، يعنى أهل الغناء واللهو يعتبرون هذه الصفه في الجاربه التي يشترونها بمنزله أحد مقوماتها ، بحيث لو لم تكن صفه الغناء فيها كأنّ لم يشتر شيئاً أبداً . ولذا ربّما يبذلون بإزائها أكثر من قيمه الجاربه بالآلاف وألوف .

وعلى هذا حيث كانت الصفه محرّمه شرعاً يكون أخذ المال بإزائها من أكل المال بالباطل ، فتكون المعامله على حسب القواعد الأوّليه باطله كما ذهب إليه الشيخ الأعظم (٣)

قدس سره .

ص: ١٨٩

١- (١) مصباح الاصول ١ / ١٦٧ .

٢- (٢) ارشاد الطالب ١ / ٨٦ .

٣- (٣) المكاسب ١ / ١٢٧ .

ويؤيد ما ذكرناه كلام بعض آخر من أساتذتنا - مدظله - في المقام حيث يقول : « ... إنَّ وصف الغناء في الجارية المغنّيه المعدّه له كان يعدّ ركنًا في المعامله عليها عند العرف ، وكان وزانه وزان هيئات آلات اللّهُو والقمار التي تعدّ ركنًا بحيث يستهلك فيها مادّتها وإن كانت لها قيمه . فكأنّ الجارية المغنّيه نوع برأسها في قبال ما يشتري للنكاح أو الخدمه ، وكان لها أهل خاص وسوق خاص ، وربّما لم يكن لها مع قطع النظر عن غنائها قيمه ولم يرغب فيها

أصلاً» (١).

ولكن مع ذلك كلّ يظهر لنا عند التأمل بأنّ التّغنى ليس من مقومات الجارية بل يكون داعياً للمشتري . ومن الظاهر أنّ الدواعى يمكن أن تكون مختلفات مع المقومات . وعلى هذا يقع بيع الجارية المغنّيه عليها ، وصفه الغناء تكون داعيه فقط ، فلذا يصح ما ذكره الأعلام من صحه بيعها على القواعد الأولى .

هذا كلّ في المقام الأوّل .

### المقام الثّاني : ما تقتضيه النصوص :

منها : صحيحه إبراهيم بن أبي البلاد قال : قلت لأبي الحسن الأوّل عليه السلام : جعلت فداك إنّ رجلاً من مواليك عنده جوار مغنّيات قيمتهنّ أربعة عشر ألف دينار ، قد جعل لك ثلثها ، فقال : لا حاجه لى فيها ، إنّ ثمن الكلب والمغنّيه سحت (٢) .

سند الروايه صحيح ودلالاتها على بطلان بيع المغنّيه واضحه ، حيث قال عليه السلام : إنّ الثمن سحت .

ومنها : خبر آخر لإبراهيم بن أبي البلاد قال : أوصى إسحاق بن عمر بجوار له مغنّيات أن يبيعهن ويحمل ثمنهنّ إلى أبي الحسن عليه السلام . قال إبراهيم : فبعت الجوارى بثلاثمائة ألف درهم وحملت الثمن إليه ، فقلت له : إنّ مولى لك يقال له : إسحاق بن عمر أوصى عند وفاته ببيع جوار له مغنّيات وحمل الثمن إليك وقد بعتهنّ وهذا الثمن ثلاثمائة ألف درهم ، فقال :

ص: ١٩٠

١- (١) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٢٧١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٣ ح ٤ .



لا حاجة لي فيه ، إن هذا سحتٌ وتعليمهنّ كفر والإستماع منهنّ نفاق وثمانهنّ سحت (١).

دلالة الروايه على بطلان بيعهنّ واضحه ، ولكن في السند إرسال .

ومنها : حسنه إسحاق بن يعقوب في التوقيعات التي وردت عليه من محمّد بن عثمان العمري بخط صاحب الزمان عليه السلام :  
أمّا ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك من أمر المنكرين لي - إلى أن قال - : وأمّا ما وصلتنا به فلا قبول عندنا إلّا لما طاب وطهر  
وثن المغنيه حرام (٢).

دلالة الحسنه على بطلان بيع المغنيه واضحه .

ومنها : خبر الحسن بن علي الوشاء قال : سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنيه ؟ قال : قد تكون للرجل الجاربه  
تلهيه ، وما ثمنها إلّا ثمن كلب سحت والسحت في النار (٣).

دلالتها على فساد بيعها واضحه ، ولكن في سندها ضعف بسهل بن زياد .

ومنها : خبر سعيد بن محمد الطاطري عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله رجل عن بيع الجوارى المغنيات ؟ فقال :  
شراؤهنّ وبيعهنّ حرام وتعليمهنّ كفر واستماعهنّ نفاق (٤).

دلالة الروايه واضحه ، ولكن في سندها ضعف .

ومنها : صحيحه معمر بن خلاد عن أبي الحسن الرضا عليه السلام أنه قال : خرجت وأنا أريد داود بن عيسى بن علي وكان ينزل  
بثرميمون وعليّ ثوبان غليظان ، فرأيت امرأه عجوزاً ومعها جاريتان ، فقلت : يا عجوز أتباع هاتان الجاريتان ؟ فقالت : نعم ولكن  
لا يشتريهما مثلك ، قلت : ولم ؟ قالت : لأنّ إحداهما مغتبه والأخرى زامره ، فدخلت علي داود بن عيسى فرفعني وأجلسني في  
مجلسي ، فلمّا خرجت من عنده قال لأصحابه : تعلمون من هذا ؟ هذا علي بن موسى الذي يزعم أهل العراق أنه مفروض  
الطاعه (٥).

ص: ١٩١

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٥ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٣ ح ٣ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٦ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٤ ح ٧ .

٥- (٣) الكافي ٦ / ٤٧٨ ح ٤ ونقل صدرها في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٤ .

بتقريب : أن العجوز إما عرفت أنّ الإمام عليه السلام هو الإمام المعصوم المفترض طاعته ، وإما لم تعرف بل وجدت في سيماء أثر العبادة والسجود وعرفت أنّه عليه السلام من الذين يذهبون في طريق الشريعة ، وفي كلا الفرضين الحكم حتى عند العجوز واضح من حرمة الغناء تكليفاً ومن عدم جواز بيع الجارية المغنّية والجارية الزامره في الشريعة وعند المشرعه ، ولذا قالت : « لا يشتريهما مثلك » . وقررها الإمام عليه السلام في حكمها . فالرواية تدل على بطلان بيعها في الشريعة المقدسه . مضافاً إلى دلالتها أيضاً على ما ذكر بعض الأعلام من أنّ أهل العرف والغناء يأخذون صفه الغناء من مقومات الجارية المغنّية ، ولذا قالت في جواب الإمام عليه السلام ولم ؟ لأنّ إحداهما مغنّية والأخرى زامره . وهذه الصحيحه مضافاً إلى دلالتها على حرمة الغناء تكليفاً وفساد بيع الجارية المغنّية ، يمكن أن يستفاد منها أنّ صفات التغنى والضرب بآلات اللهو والموسيقى وهكذا الرقص من مقومات الجارية عند أهلها ، ولذا حكم بفساد هذه

المعامله على القاعده الأوليه الشيخ الأعظم قدس سره .

ومنها : خبر دعائم الاسلام رفعه عن جعفر بن محمّد عليه السلام أنّه قال : لا يحلّ بيع الغناء ولا شراؤه واستماعه نفاق وتعلّمه كفر (١) .

بتقريب : أن عدم حليّه بيع الغناء يعني فساد بيع المغنّية لا أقل من شمولها له . ولكن في السند إرسال .

ومنها : خبر القطب الراوندى رفعه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : لا يحلّ بيع المغنّيات ولا شراؤهنّ وثمانهنّ حرام (٢) .

دلالتها واضحه ، ولكن في سندها إرسال .

ومنها : خبر ابن أبي جمهور الأحسائي رفعه عن النبي عليه السلام أنّه نهى عن بيع المغنّيات وشرائهنّ والتجاره فيهنّ وأكل ثمنهنّ (٣) .

دلالتّه واضحه ، ولكن في سنده ارسال .

ص: ١٩٢

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ ح ١ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ ح ٢ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ ح ٤ .

وبالجملة ، ظاهر هذه الروايات - وفيها الصحيحه والحسنه - تدلّ على بطلان بيع الجاربه المغنّيه . وقد يقال بوجود روايات تعارضها ، نحو :

خبر عبد الله بن الحسن الدينورى قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : جعلت فداك ما تقول فى النصرانيه أشتريها وأبيعها من النصرانى ؟ فقال : اشتر وبع ، قلت : فأنكح ؟ فسكت عن ذلك قليلاً ، ثم نظر إلّى وقال شبه الإخفاء : هى لك حلال .

قال : قلت : جعلت فداك فأشتري المغنّيه أو الجاربه أن تغنى أريد بها الرزق لا سوى ذلك ، قال : اشتر وبع (١) .

بتقريب : أن الإمام عليه السلام أجاز البيع إذا كان لطلب الرزق ، قال عليه السلام : اشتر وبع .

وفيه : أولاً : الروايه ضعيفه الإسناد بالدينورى وليس له إلا روايه واحده وهى هذه .

وثانياً : الظاهر أن مراد الإمام عليه السلام - على فرض صدوره منه عليه السلام - بيع المغنّيه بصفه

أنها جاربه لا أنها موصوفه بصفه الغناء ، وهذا ظاهر سؤال السائل « أريد بها الرزق » ، يعنى الرزق الحلال ، وأجازه الإمام .

وكذلك حملها المحقق النائينى قدس سره حيث يقول : « وأما لو قصد نفس الموصوف دون الصفه [ يعنى صفه التغنى ] فلا إشكال فى الصحه ، لأنه مال عرفاً وشرعاً ، لأنّ المبعوض هو أعمال الوصف فيما هو حرام شرعاً ، وأما ذات العبد والجاربه فلم يخرجها عن المائيه ، ويدل عليه ما فى ذيل روايه الدينورى ... » (٢) .

وثالثاً : ثمّ لو تنزلنا على فرض دلالة الروايه على جواز بيع الجاربه المغنّيه مع دخاله وصفها فى الثمن ، تحمل الروايه على التقيه . والشاهد على ذلك موجود فيها ، وهو كلام الدينورى : « فسكت عن ذلك قليلاً ثم نظر إلّى وقال شبه الإخفاء : هى لك حلال . »

ولو لم يكن مقام التقيه ، فلا وجه لهذا السكوت والنظر والمقال شبه الإخفاء ، فكلّ هذا

ص: ١٩٣

١- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٢ ح ١ .

٢- (١) منيه الطالب ١ / ٣٤ .

شاهد على أنّ الإمام عليه السلام فى مقام التقية لذا أجاز بيع الجارية المغنّيه تقيّةً .

رابعاً : على فرض تمامية الدلالة على جواز بيعهنّ ، وقع التعارض بين هذه الرواية وغيرها من الروايات الماضيه ، والترجيح مع الروايات الماضيه لكثرتها وشهرتها وصحة أسناد بعضها .

وأماً مرسله الصدوق قال : سأل رجل على بن الحسين عليه السلام عن شراء جارية لها صوت ؟ فقال : ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنيه - يعنى بقراءه القرآن والزهد والفضائل التى ليست بغناء ، فأما الغناء فمحظور(١) .

لا تدلّ هذه المرسله على جواز بيعهنّ ، لأنه أولاً : أنّها مرسله لا يمكن الإستدلال بها .

وثانياً : مورد السؤال ليست الجارية المغنّيه بل السؤال عن الجارية لها صوت ، وبينهما بون بعيد ، فمورد المرسله خارج عن محلّ كلامنا .

وثالثاً : الظاهر أنّ التفسير الوارد فيها من كلام الصدوق قدس سره لا من الإمام عليه السلام .

ومع ذلك كلّه يمكن حمل الروايات الناهيه على صورته قصد صفه التغنى فى الجارية ، وحمل هاتين الروايتين على صورته قصد الموصوف أى نفس الجارية .

وعلى هذا يمكن الجمع بين الروايات ونتيجتها الحكم بصحة بيع الجوارى المغنّيات إلّا

أن يقصد من البيع الغناء . ويأتى منّا الكلام حول جواز بيعهنّ فى بحث الغناء ، فانتظر .

### حرمه كسب المغنّيه

يظهر من الروايات حرمه كسب المغنّيه وضعاً وتكليفاً إلّا التى تزفّ العرائس ، تدلّ على هذا الحكم :

حسنه نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : المغنّيه ملعونه ، ملعون من أكل كسبها(٢) .

ظهور الحرمة من اللعن واضح ، والروايه تدل على حرمه الغناء بفقرتها الأولى أى

ص: ١٩٤

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٢ ح ٢ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٤ .

« المغنيه الملعونه » ، وتدلّ على حرمه اكتسابها أيضاً بفقرتها الثانيه ، وسندها لا بأس به .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كسب المغنّيات ؟ فقال : التى يدخل عليها الرجال حرام ، والتى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس ، وهو قول الله عزوجلّ : « وَمَنْ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ » (١)(٢) .

وردت فى الروايه حرمه كسب المغنّيات التى يدخل عليها الرجال وعدّ من مصاديق الآيه الشريفه ، وورد فيها أيضاً حكم الاستثناء ، يعنى جواز كسبهنّ فى الأعراس . ولكن فى السند ضعف بعلى بن أبى حمزه البطائنى .

ومنها : صحيحه أبى بصير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : أجر المغنّيه التى تزفّ العرائس ليس به بأس ، وليست بالتى يدخل عليها الرجال (٣) .

ومنها : خبر آخر لأبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : المغنّيه التى تزفّ العرائس لا بأس بكسبها (٤) .

الروايه ضعيفه بالحكم لأنه مجهول .

ويمكن اتحاد الروايتين الأخيرتين ، بل اتحادهما مع ما قبلهما من خبر أبى بصير ، ونفس

وجود هذا الاستثناء يدلّ على حرمه غيرها من كسب المغنّيات ، أو أنّ مفهومها يدلّ على حرمه كسب المغنّيات .

ومنها : خبر دعائم الإسلام عن أبى جعفر محمد بن على عليه السلام : أنّ رجلاً من شيعته أتاه فقال : يابن رسول الله وردت المدينه فنزلت على رجل أعرفه ولا أعرفه بشىء من اللهو ، فإذا جميع الملاهى عنده ، وقد وقعت فى أمر ما وقعت فى مثله ، فقال له : أحسن جوار القوم حتى تخرج من عندهم . فقال : يابن رسول الله فما ترى فى هذا الشأن ؟ قال : أمّا القينه التى تتخذ لهذا

ص: ١٩٥

١- (٢) سورة لقمان / ٦ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٠ ح ١ .

٣- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢١ ح ٣ .

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢١ ح ٢ .

فحرام ، وأما ما كان في العرس وأشباهه فلا بأس به (١) .

الظاهر من قوله عليه السلام « أحسن جوار القوم حتى تخرج من عندهم » يعني يلاحظ الرجل في معاشرتهم الخلق الحسن ، ولعله ناظر إلى أنهم لا يفيدهم النهي عن المنكر ، أو أنهم لا يرون بعض الملاحى من المنكرات كما هو مذهب القوم فتوى أو عملاً .

وأما قوله عليه السلام : « أما القينه التي تتخذ لهذا فحرام » يعني الأمة التي تغنى ، ويظهر هذا من استثنائه عليه السلام العرس . وأما ما ورد في ذيل الرواية من قوله « وأشباهه » لم يرد في غيرها ، فلا يمكن الأخذ به ، لا سيما مع الإرسال الموجود في الرواية . وعدم إفتاء الأصحاب في جواز التغنى في أشباه العرس .

وبالجملة ، هذه الروايات مع ضم الروايات الواردة في حرمة الغناء والروايات المذكورة سابقاً في بطلان بيع المغنّيات تدلّ بوضوح على حرمة كسب المغنّيات وضماً وتكليفاً ، وورد الإستثناء بالنسبة إلى كسب المغنّية التي تغنى في زف العرائس فقط .

قيّد بعض الفقهاء هذا الاستثناء بأمور ثلاثة : ١ - إذا لم تتكلم بالباطل ٢ - ولم تلعب بالملاحى ٣ - ولم يدخل عليها الرجال .

ولكن قال صاحب الجواهر قدس سره بعد هذه القيود المذكورة في كلام البعض : « لكن فيه أنّ ذلك كلّ محرّمات خارجه عنه لا مدخله له فيها خصوصاً الأخير... » (٢) وما ذكره قدس سره متين جداً .

## فرع :

هل يجوز كسب المغنّى وغناؤه في الأعراس في مجالس الرجال إلحاقاً له بالمغنّية أم لا ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - حرمة غناؤه حتى في مجالس الأعراس وحرمة كسبه فيها تكليفاً ووضماً ، لأنّ الحكم في المغنّية على خلاف القاعدة والأصل فيقتصر على مورد الخاص ، ولا يمكن التعدى منها إلى المغنّى كما قال صاحب الجواهر قدس سره : « نعم ينبغي

ص: ١٩٦

١- (١) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٥ ح ٧٥١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٩١ ح ٢ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٨ .

الإقتصار على خصوص المغنيّ دون المغنيّ وعلى العرس دون الختان ونحوه» (١).

## نقل مقال :

مع ذلك كلّ أنكر جدنا الشيخ الأ-كبر كاشف الغطاء قدس سره استثناء التغني في الأعراس من حرمة وادعى عدم جواز التخصيص فيه ، وقال في ختام كلامه : « ... وقد ظهر ممّا مرّ أنّه لا ينبغي صدور الإستثناء من أهل النظر ، كيف لا ؟ وتحريم الغناء كتحرّيم الزنا ، أخباره متواتره وأدلته متكاثره ، عبّر عنه بقول الزور وهو الحديث في القرآن ، ونادت الأخبار بأنّه المحرّك على الفجور والعصيان ، فكان تحريمه من الأمور العقلية التي لا تقبل تقييداً ولا تخصيصاً بالكليّة . وكيف يخطر بالبال أو يجرى في الخيال أن يقع مثل هذا الكلام من سادات الأنام ، الأمرين بترك الشبهات خوفاً من الوقوع في المحرمات ؟ ! مع أنّه مؤذن بجواز ما فيه معظم اللهو عن ذكر المعاد ومدنٍ إلى الزنا واللواط اللذين هما رأس الفساد . على أن في ضعف دلالة تلك الأخبار ما يخرجها عن محلّ الإعتبار وموافقته للتقيّه يرفع اعتبارها في مقابله ما مرّ بالكليّة ، ولو كانت في غايه الكثرة ما عادت فكيف مع أنّها في غايه الندره ؟ ! ولو فرّق بين الحقّ والباطل لرأيت من القسم الثاني بديهه ، وربّما كان قبحه في غير الأعراس أقلّ منه فيها .

ثم إنّ القول بالتحريم هو المشهور على الظاهر ، لأنّ كلّ من حرّم الغناء ولم يستثن فهو من المحرّمين وحاله كحال المصرّحين ، وهم عدد كثير من الفحول والأساطين ، لكنّه بعيد عن طريقه المخالفين والمتصوّفين» (٢).

أقول : يأتي ممّا تفصيل الكلام حول هذا الإستثناء في مبحث الغناء إن شاء الله تعالى ، فانتظر .

## المسألة الثالثة : حكم بيع العنب ممن يعمله خمراً

### إشاره

قد قسم الشيخ الأعظم هذا الفرع إلى قسمين :

ص: ١٩٧

١- (١) الجواهر ٢٢ / ٥٠ .

٢- (٢) شرح القواعد / ٣٧ من طبع النجف الاشرف ، و ١ / (٢٠١ - ١٩٩) من طبع قم المقدسه .

## ١ - القسم الأول :

بيع العنب ممن يعمله خمراً أو الخشب بقصد أن يعمله صنماً أو صليباً أو بربطاً ، يعنى قصد البائع المنفعة المحرّمة بنحو الداعى من دون أن يبذل بإزائه الثمن . وفى هذا القسم أيضاً ذهب الشيخ الأعظم إلى الحرمة وبطلان المعامله وقال : « ... لأن فيه إعانه على الإثم والعدوان ولا إشكال ولا خلاف فى ذلك» (١) .

واعترض عليه المحقق الخوئى قدس سره بوجوه أربعة :

أولاً:- أنّ مفهوم الإعانه على الإثم والعدوان - كمفهوم الإعانه على البرّ والتقوى - أمر واقعى لا- يتبدل بالقصد ، ولا يختلف بالوجوه والاعتبارات .

وثانياً: لا دليل على حرمة الإعانه على الإثم ما لم يكن التسبب والتسبب فى البين .

وثالثاً: إنّنا إذا سلّمنا حرمة البيع مع قصد الغايه المحرّمة لصديق الإعانه على الإثم عليه ، فلا بدّ من الإلتزام بحرمة البيع مع العلم بترتب الحرام أيضاً ، لصديق الإعانه على الإثم عليه . وإن قلنا بالجواز فى الثانى من جهه الأخبار المجوّزه فلا بدّ من القول بالجواز فى الأوّل أيضاً ، لعدم اختصاص الجواز الذى دلّت عليه الأخبار بفرض عدم القصد .

ورابعاً: لم يتبين لنا الفرق بين القسمين ، فإن القصد بمعنى الإراده والاختيار يستحيل أن يتعلق بالغايه المحرّمة فى محل الكلام ، لأنّها من فعل المشتري ، ... فلا- معنى لفرض تعلّق القصد بالغايه المحرّمة ، وأقياً القصد بمعنى العلم والالتفات فهو مفروض الوجود فى القسمين ، فلا وجه للتفصيل بينهما ...» (٢) .

أقول: ما ذكره قدس سره من الوجوه الأربعة تامه ، ولا فرق بين القسمين فى المقام .

## ٢ - القسم الثانى :

### إشاره

بيع العنب ممن يعمله خمراً وبيع الخشب ممن يعمله صنماً أو صليباً أو بربطاً أو آله لهو أو آله قمار من دون قصد البائع ذلك . ذهب الشيخ الأعظم قدس سره فى هذا القسم إلى الجواز وقال : « ... فالأكثر على عدم التحريم للأخبار المستفيضه ... » (٣) .

أقول: حيث أنّ القسمين ، بنظرنا على نمط واحد ولا فرق بينهما نبحت عنهما فى

ص: ١٩٨

١- (١) المكاسب المحرّمة / ١٦ ( ١ / ١٢٩ من الطبعة الحديثه) .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ١٧١ .



٣- (٣) المكاسب المحرمة / ١٦ (١ / ١٢٩ من الطبعة الحديثه).

## ١ - المقام الأول :

### إشاره

حكم المسأله بحسب القواعد العامه وعمدتها الإعانه على الإثم .

فلا بد لنا أن نبحت عن هذه القاعده العامه ، أعنى حرمه الإعانه على الإثم ، ويقع الكلام فى هذه القاعده فى أمور :

### الأول : حقيقه الإعانه ومفهومها :

الظاهر أن المراد من الإعانه ومفهومها العرفى هى : وقوع المعان عليه فى الخارج والعمل ، بلا فرق بين وجود قصد المعين الإعانه وعلمه أم لا ، وبلا فرق بين المقدمات القريبه والبعيده ، وغير ذلك من الأقوال فى مفهومها التى ربّما أنهاها البعض إلى سته (١) .

والشاهد على ذلك الاستعمالات العرفيه لها، نحو : كتبتُ باستعانه القلم ، أو أعاننى والدى فى تحصيل العلوم ، أو أعاننى الريح على تحمّل حراره الجوّ ، أو قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى مرفوعه الراوندى : « من تبسّم على وجه مُبتدعٍ فقد أعان على هدم الإسلام » (٢) ، إلى غير ذلك من استعمالاتها . ودعوى كونها مجازات ، جزافيه لعدم القرينه عليها .

والإعانه من الأمور الإضافيه ، أى تحتاج إلى وجود طرفى المعين والمعان فى الخارج ، وإلاّ لم يصدق عنوان الإعانه كما لا يخفى .

### الثانى : حكم الإعانه على الإثم

هل هى حرام أم لا ؟ الأصل الأوّلى يقتضى جوازها ، ولكن ذهب المشهور من فقهاءنا إلى حرمتها ، واستدلوا على ذلك بعدّه من الوجوه :

الأول : دعوى الإجماع على حرمه الإعانه على الإثم .

وفيه : أولاً : تحصيل الإجماع مشكل جداً ، نعم ذهب المشهور إلى الحرمة فى المقام .



وثانياً : على فرض وجود الإجماع ، من المحتمل أن يكون مستند المجمعين إحدى الوجوه المذكوره ، فصار الإجماع مدركياً ولم يكن تعديلاً ، فلا يفيدنا شيئاً .

الثانى : قوله تعالى «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»(١) .

بتقريب : أن الآيه الشريفه تدلّ على لزوم الإعانه على البرّ والحسنات والخير والتقوى ، وتنهى أيضاً عن الإعانه على الإثم والمعصيه والذنب وعدوان العباد ، والنهى ظاهر فى الحرمة .

وفيه : التعاون غير الإعانه ، التعاون عباره عن اجتماع أشخاص لإيجاد أمر من المعصيه أو الطاعه كهدم مسجد أو بنائه ، ولذا ينسب الفعل إلى الجميع لا إلى الشخص الواحد ، بخلاف الإعانه التى هى عباره عن تهيئه مقدمات فعل الغير مع استقلاله فى فعله ، كإعطاء الخشب لمن أراد أن يصنع آله لهو أو قمار . فبين الإعانه والتعاون بون بعيد ، والآيه الشريفه تدلّ على حرمة التعاون على الإثم والعدوان ، ولكن الإعانه غير التعاون فلا تدلّ على حرمة الإعانه .

الثالث : ترك الإعانه على الإثم دفع للمنكر ، ودفع المنكر كرفعه واجب ، فترك الإعانه على الإثم واجب ، فالإتيان بها حرام .

وفيه : أولاً : حرمة الإعانه على الإثم إنما تتم على هذا الاستدلال إذا ذهبنا إلى أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده العام ، ولم يذهب إلى هذا المبنى أحد من المحققين .

وثانياً : النهى عن المنكر وان كان من الواجبات الشرعيه بل بها تقام الفرائض إلا أن الدليل منحصر بوجوبه ، ولا يدلّ دليل على وجوب دفع المنكر ، وهو عباره عن تعجيز فاعله عن الإتيان به .

نعم ، إذا كان المنكر من الأمور التى اهتمّ الشارع بتركها - كقتل النفوس ، وهتك الأعراس ، ونهب الأموال المحترمه - يجب دفعها ، يعنى على كلّ مسلم أن يمنع من إحداث هذه

ص: ٢٠٠

الأُمور ، بل لعلَّ دفعها عين رفعها ، إذ لا معنى لرفع القتل أو الهتك أو النهب إلاَّ دفعها ، ولا يتحقق رفعها إلاَّ بدفعها . ففي هذه الأُمور نذهب إلى وجوب دفع المنكر ، وأما في غيرها فليس لنا دليل على ذلك .

وأما ما ذكره المحقق الخوئي قدس سره رداً على هذا الوجه بقوله : « وفيه : أولاً : إنَّ الاستدلال بدفع المنكر هنا إنما يتجه إذا علم المعين بانحصار دفع الإثم بتركه الإعانه عليه ، وأما مع الجهل

بالحال أو العلم بوقوع الإثم بإعانه الغير عليه فلا يتحقق مفهوم الدفع »(١) .

غير تام ، لأنَّ مع إتيان الغير لا يتحقق مفهوم الدفع بالنسبه إلى الجميع ولكن يتحقق الدفع بالنسبه إلى التارك وهو بنفسه لا يفعل الحرام ، وكلَّ إنسان مسؤل عن فعل نفسه لا غيره . فمع تركه الإعانه يتحقق مفهوم الدفع بالنسبه إليه ، وهذا يكفي في صحه الاستدلال ، فتأمل .

الرابع : الاستدلال بالروايات المستفيضه الوارده حول حرمة إعانه الظالمين وأعاونهم وتقويتهم وتعظيمهم ولو بمدّه قلم أو كتابه رقعته أو جبايه خراج ، فقد ورد في خبر على بن أبي حمزه الباطني قال : كان لي صديق من كتّاب بني أميه ، فقال لي : إستأذن لي عن أبي عبد الله عليه السلام ، فأستأذنت له عليه فأذن له ، فلما أن دخل سلّم وجلس ، ثم قال : جعلت فداك إنّي كنت في ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالاً كثيراً وأغمضت في مطالبه ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : لو لا أنّ بني أميه وجدوا من يكتب لهم ويحبي لهم الفء ويقاتل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلّبونا حقنا ، ولو تركهم الناس وما في أيديهم ما وجدوا شيئاً إلاَّ ما وقع في أيديهم ، الحديث(٢) .

وورد في صحيحه أبي بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمالهم ، فقال لي : يا أبا محمّد لا ولا مدّه قلم ، إنّ أحدهم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلاَّ أصابوا من دينه مثله أو قال : حتّى يصيبوا من دينه مثله - الوهم من ابن أبي عمير - (٣) .

ص: ٢٠١

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ١٨١ .

٢- (٢) الكافي ٥ / ١٠٦ ح ٤ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٩ ح ١ .

٣- (٣) الكافي ٥ / ١٠٦ ح ٥ .

وهذه الروايات وأمثالها تدلّ على حرمة إعانه الظالمين ، وبتنقيح المناط وعدم الفرق نذهب إلى حرمة الإعانه على كلِّ إثم .

وفيه : الجواب عن هذا الاستدلال واضح ، نقول بحرمة إعانه الظالمين ولو بمدّه قلم ولكن لا يمكن التعدى إلى حرمة الإعانه على كلِّ إثم ، ولا علم لنا بعدم الفرق بينهما ودون إثباته خرط القتاد ، وهذا الإستدلال أشبه شىء بالقياس بل هو بعينه .

وبالجملة ، لا- دليل على حرمة الإعانه على الإثم ، والأصل الأوّلى يقتضى جوازها ، فنذهب إلى جوازها خلافاً للمشهور وتبعاً لعدّه من المحققين منهم : السيد الخوئى قدس سره (١) وشيخنا

الأستاذ - مدظله - (٢) .

### الثالث : حكم الإعانه على الإثم هل تقبل التخصيص أم لا ؟

ذهب المحقق النائيني قدس سره إلى عدم جواز تخصيص حكمها وقال : « لا إشكال فى عدم إمكان تخصيصها بعد تحقق موضوعها ، لأنّ هذه من العناوين الغير قابله للتخصيص ، فإنّها كنفس المعصيه وكالظلم ، فإنّه كما لا يمكن أن يكون معصيه خاصه مباحه فكذلك لا يمكن أن تكون الإعانه على المعصيه مباحه ... » (٣) .

والحق أنّها تقبل التخصيص ويكفى فى ردّ المحقق النائيني قدس سره ما ذكره تلميذه المحقق الخوئى قدس سره فى المقام ، حيث قال : « ولكن الوجوه المتقدمه الداله على الجواز حجه عليه ، ومن هنا لو أكره الجائر أحداً على الإعانه على الإثم أو اضطر إليها لا شبهه حينئذ فى جوازها ، ولو كانت حرمتها كحرمة الظلم لا تختلف بالوجوه والإعتبار ولا تقبل التخصيص والتقييد لما كانت جائزه فى صورتى الإكراه والاضطرار أيضاً » (٤) .

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - أنّ حكم الإعانه سواء كان الجواز أو الحرمة قابل

ص: ٢٠٢

١- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ١٨٠ .

٢- (١) ارشاد الطالب ١ / ٩٠ .

٣- (٢) منيه الطالب ١ / ٣٦ .

٤- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ١٨٥ .

للتخصيص والتقييد وليس كالمعصية والظلم وحكمهما ، ولذا ذهبنا إلى جوازها . ولكن يقيّد هذا الجواز بروايات حرمة إعانه الظالمين ، وهكذا المشهور يقيّدون حرمتها بالروايات المجوّزه الوارده في مسألتنا هذه ، أعني بيع العنب ممّن يريد أن يصنعه خمراً . هذا كلّه في المقام الأول ، يعنى ما تقتضيه القواعد العامه في المقام .

## ٢ - المقام الثاني : حكم المسأله بحسب الروايات الوارده .

تدلّ عده من الروايات على جواز هذا البيع :

منها : صحيحه محمد الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع عصير العنب ممّن يجعله حراماً ؟ فقال : لا بأس به ، تبّيعه حلالاً ليُجعله حراماً ، فأبعده الله وأسحقه (٤) .

ومنها : صحيحه عمر بن أذينه قال : كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له كرم أبيع العنب والتمر ممّن يعلم أنّه يجعله خمراً أو مسكراً ؟ فقال : إنّما باعه حلالاً في الأبّان الذي يحلّ شربه أو أكله ، فلا بأس ببيعه (١) .

ومنها : صحيحه أخرى للحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سُئل عن بيع العصير ممّن يصنعه خمراً ؟ فقال : بعه ممّن يطبخه أو يصنعه خلاً أحبّ إليّ ولا أرى بالأوّل بأساً (٢) .

ومنها : صحيحه رفاعه بن موسى قال : سُئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن بيع العصير ممّن يخمره ، قال : حلال ، ألسنا نبيع تمرنا ممّن يجعله شراباً خبيثاً (٣) .

ومنها : صحيحه أبي المغرا قال : سأل يعقوب الأحمر أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر فقال : إنّ كان لى أخ وهلك وترك في حجرى يتيماً ولى أخ يلى ضيعه لنا وهو لنا وهو يبيع العصير ممّن يصنعه خمراً ويؤاجر الأرض بالطعام - إلى أن قال : - فقال : أما بيع العصير ممّن يصنعه خمراً فلا بأس ، خذ نصيب اليتيم منه (٤) .

ص: ٢٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٠ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٠ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣١ ح ٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣١ ح ٨ .

ومنها : خبر يزيد بن خليفة عن أبي عبد الله عليه السلام سأله رجل وأنا حاضر قال : إن لي الكرم ؟ قال : تبعه عنياً ، قال : فإنه يشتريه من يجعله خمراً ؟ قال : فبعه إذا عصيراً ، قال : فإنه يشتريه منى عصيراً فيجعله خمراً في قربتي ؟ قال : بعته حلالاً فجعله حراماً فأبعده الله ، ثم سكت هنيهة ثم قال : لا تدرن ثمنه عليه حتى يصير خمراً فتكون تأخذ ثمن الخمر (١) .

ومن هنا ظهر وجه الكراهة الواردة في خبر يزيد بن خليفة والنهي عن بيع العصير إلا بالنقد الواردة في صحيحه أحمد بن أبي نصر الآتيان ، والوجه في ذلك لثلا يؤخذ ثمن الخمر .

ومنها : خبر يزيد بن خليفة قال : كره أبو عبد الله عليه السلام بيع العصير بتأخير (٢) .

ومنها : صحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : سألت أبا الحسن عليه السلام بيع العصير

فيصير خمراً قبل أن يقبض الثمن ؟ فقال : لو باع ثمرته ممن يعلم أنه يجعله حراماً لم يكن بذلك بأس ، فأما إذا كان عصيراً فلا يباع إلا بالنقد (٣) .

ومنها : خبر أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن العصير قبل أن يغلى لمن يبتاعه ليطبخه أو يجعله خمراً ؟ قال : إذا بعته قبل أن يكون خمراً وهو حلال فلا بأس (٤) .

ومنها : خبر أبي كهمس قال : سألت رجلاً أبا عبد الله عليه السلام عن العصير فقال : لي كرم وأنا أعصره كل سنة وأجعله في الدنان وأبيعه قبل أن يغلى ، قال : لا بأس به وإن غلى فلا يحل بيعه ، ثم قال : هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمراً (٥) .

ومنها : خبر دعائم الاسلام رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن بيع العنب والتمر والزبيب والعصير ممن يصنعه خمراً ، قال : لا بأس بذلك إذا باعه حلالاً ، فليس عليه أن يجعله المشتري حراماً (٦) .

ص: ٢٠٤

١- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣١ ح ٧ .

٢- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣١ ح ١٠ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٩ ح ١ .

٤- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٩ ح ٢ .

٥- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٣٠ ح ٦ .

٦- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨٥ .



ومنها : حسنه محمد بن إسماعيل قال : سأل الرضا عليه السلام رجل - وأنا أسمع - عن العصير يبيعه من المجوس واليهود والنصارى والمسلمين قبل أن يختمر ويقبض ثمنه أو ينسأ ، قال : لا- بأس إذا بعته حالاً ، فهو أعلم ، يعنى : العصير ، وينسئ ثمنه (١) .

سندها حسن بعلى بن السندي ، لأنه لأقل من حسنه ، « فهو أعلم » يعنى المشتري أعلم بما هو وظيفته ، قوله « يعنى » من كلام الراوى .

وبالجملة ، أنت ترى أن جميع الروايات تدلّ على جواز بيع العنب ممّن يعمله خمراً .

وقد تخيل وجود التعارض بين هذه الطائفة من الروايات الداله على الجواز وبين الروايتين الآتيتين :

إحدهما : صحيحه ابن أذينه قال : كتبت إلى أبى عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه برابط ؟ فقال : لا بأس به وعن رجل له خشب فباعه ممّن يتخذه صلباناً ؟ قال : لا (٦) .

وثانيها : خبر عمرو بن حريث قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التوت أبيع للصليب والصنم ؟ قال : لا (٧) .

ولكن نحن لا- نرى المعارضه هنا ، لأنّ الفقره الأولى من صحيحه ابن أذينه تدلّ على الجواز بوضوح ، حيث أجاز الإمام عليه السلام بيع الخشب ممّن يتخذه بربطاً ، وأمّا الفقره الثانيه منها وخبر عمرو بن حريث فنأخذ بهما فى مورد هما ، وهو بيع الخشب ممّن يتخذه ويصنع منه هياكل العباده المبتدعه ، نحو : الأوثان والأصنام والصلبان ونذهب إلى عدم جواز هذا البيع ، لأنّ أمر التوحيد مهمّ بل إنّه من أهم الأمور ، وهذه الأشياء تعارض توحيد الله سبحانه وتدعو الناس إلى الشرك و « إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا

ص: ٢٠٥

١- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٠ ح ٢ - الباب ٣٨ من الأشربة المحرمه .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٦ ح ١ .

دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ افْتَرَىٰ إِثْمًا عَظِيمًا» (١) و «إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا بَعِيدًا» (٢).

ولذا لا نحتاج إلى وجوه الجمع في المقام التي أنهاها بعض أساتذتنا - مدظله - إلى ستة أوجه (٣).

واختار - مدظله - بعد نقلها ما اخترته في المقام وقال: «والصناعة الفقهية أيضاً تقتضى، الجواز لاستفاضه أخبار الجواز وصحة كثير منها وإفتاء الأكثر بها، وخبر المنع ورد في خصوص بيع الخشب ممن يتخذه صليباً أو صنماً. ويمكن التفصيل بين هياكل العبادة وبين غيرها مما ليست في حدّها من الأهميه والفساد، وإلقاء الخصوصيه إنّما يصح مع العلم بعدمها، ولا علم بذلك في المقام مع قوّه المفسده في هياكل العباده» (٤).

وهكذا اختار مختارنا في المقام المحقق الخوئي قدس سره (٥) وشيخنا الأستاذ - مدظله - وقال: «المتيقن هذا الوجه» (٦)، وقال الشيخ الأعظم في شأنه: «وهذا الجمع قول فصل لو لم يكن

قولاً بالفصل» (٧) والحمد لله على كل حال.

ص: ٢٠٦

١- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٦ ح ٢ .

٢- (٣) سورة النساء / ٤٨ .

٣- (٤) سورة النساء / ١١٦ .

٤- (٥) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٢٩٣ .

٥- (٦) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٢٩٧ .

٦- (٧) مصباح الفقاهه ١ / ١٧٥ .

٧- (١) المكاسب المحرمه ١٧ / (١) ١٣٢ من الطبعة الحديثه .

إشاره

ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنًا بمعنى ، أنّ من شأنه أن يقصد منه الحرام ، وتحريم هذا مقصور على النص ... كبيع السلاح من أعداء الدين ... .

بيع السلاح من أعداء الدين

الأقوال فى المسأله :

وقد ادعى الإجماع فى مسألتنا فى الجملة فى كلمات بعض فقهاءنا ، منهم :

المحدث البحرانى قدس سره قال : « المشهور بين الأصحاب بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه : تحريم بيع السلاح على أعداء الدين »(١).

وقال فى الرياض : « الثالث : ما يقصد به المساعدة على المحرّم كبيع السلاح مثل السيف والرمح لأعداء الدين مسلمين كانوا أم مشركين إذا كان فى حال الحرب مع أهله إجماعاً ، وهو الحجّه »(٢).

والنراقى قدس سره قال : « بيع السلاح لأعداء أهل الدين مسلمين كانوا أم مشركين وحرمة فى الجملة إجماعية هو الحجّه فيها »(٣).

وقال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره : « بيع أولياء الدين أو أعدائه السلاح ، وهو مطلق ما يتخذ للحرب ، ولو أريد خصوص الحديد كان مثلاً - وكذا مطلق نقله لأعداء الدين من إسلام أو مذهب ، أصل أو فرع ، قُصد به المساعدة أو لا ، مع قيام الحرب بين الظالمين والمظلومين وإن كانوا مسلمين ، مع احتمال انتفاعهم به فى تلك الحرب ، للإجماع وظاهر

ص: ٢٠٧

١- (١) الحدائق الناضره ١٨ / ٢٠٦ .

٢- (٢) رياض المسائل ٨ / ١٤١ .

٣- (٣) مستند الشيعة ١٤ / ٩٢ .

الأخبار ، ومع عدم قيام الحرب لا يحرم إلا مع القصد أو الشرط «(١)» .

وادعى الشيخ الأعظم قدس سره : عدم الخلاف فيها(٢) .

وقد أنهى الفقيه السيد اليزدى قدس سره الأقوال فى مسأله بيع السلاح من أعداء الدين إلى ثمانيه ، فقال : « والمتحصل من ظواهر كلماتهم أقوال :

أحدها : وهو ظاهر المشهور اختصاص الحرمه بحال قيام الحرب .

الثانى : التحريم فى حال المباينه وعدم الصلح ، وهو مختار جماعه .

الثالث : التحريم فى حال الحرب أو التهيؤ له ، وهو ظاهر المسالك(٣) .

الرابع : التحريم مطلقاً ، وهو المحكى عن حواشى الشهيد(٤) بل عن الشيخين(٥) والديلمى(٦) والحلبى(٧) والتذكرة(٨) ، وربما يستظهر(٩) من الشرائع أيضاً .

الخامس : التحريم مع قصد المساعدة فقط ، حكاها فى الجواهر(١٠) عن بعض ، ويمكن استظهاره من عبارته الشرائع .

السادس : التحريم مع أحد الأمرين من القصد إلى المساعدة أو قيام الحرب ، اختاره فى الجواهر(١١) .

ص: ٢٠٨

١- (٤) شرح القواعد / ٢٢ طبع النجف و ١ / ١٥٧ طبع قم المقدسه .

٢- (١) المكاسب المحرمه / ١٩ ( ١ / ١٤٧ من الطبعة الحديثه) .

٣- (٢) المسالك / ٣ / ١٢٣ .

٤- (٣) حكاها عنه فى مفتاح الكرامه ١٢ / ١١٦ عن حواشى الشهيد على القواعد .

٥- (٤) المقنعه / ٥٨٨ والنهايه / ٣٦٥ .

٦- (٥) المراسم / ١٧٠ .

٧- (٦) الكافى / ٢٨٢ .

٨- (٧) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٨٤ ، ولكن فيه : « يحرم بيع السلاح من أعداء الدين فى وقت الحرب ولا بأس به فى الهدنه » .

٩- (٨) المستظهر هو الفاضل الآبى تلميذ صاحب الشرائع فى كشف الرموز ١ / ٤٣٩ .

١٠- (٩) الجواهر ٢٢ / ٢٩ .

١١- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٢٨ .

السابع : التحريم مع الأمرين من القصد وقيام الحرب ، حكاه فى الجواهر(١).

الثامن : ما اختاره فى المستند(٢) من إطلاق المنع بالنسبه إلى المشركين والتفصيل بين

حال المباينه والصلح بالنسبه إلى المسلمين المعادين للدين ، وهو المحكى عن المذهب(٣) ، بل مقتضى عبارته المحكيه فى المستند أنّ إطلاق المنع بالنسبه إلى الكفار إجماعى ، وإنّما الخلاف بالنسبه إلى المسلمين فى الإطلاق والتقييد ... «(٤).

ثم اختار قدس سره التحريم وقال : « الأقوى هو التحريم مع القصد مطلقاً . ومع عدمه فى غير حال الصلح ، سواءً كان الحرب قائماً بالفعل أو كانوا متهيئين له أو لا ، فيكفى مطلق المباينه ... »(٥).

أقول : والعمده هى ملاحظه الروايات الوارده فى المقام .

الروايات

**الروايات الوارده فى مسألتنا على طوائف ثلاث :**

**الطائفة الأولى : داله على حرمه بيع السلاح منهم مطلقاً :**

منها : خبر وصيه النبى صلى الله عليه وآله وسلم لعلى عليه السلام أنّه قال : يا على كَفَرَ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ مِنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ عَشْرَةَ الْقَتَاتِ - إلى أن قال - : وبائع السلاح من أهل الحرب(٦).

والروايه وإن دلت على الحرمه إلا أن فى سندها ضعف ، ويمكن المناقشه فى دلالتها أيضاً ، بأنّ الظاهر من أهل الحرب القائمين به والمحاربين فعلاً ، فالروايه تدلّ على حرمه بيع السلاح منهم فى حال الحرب لا مطلقاً .

ص: ٢٠٩

١- (١١) الجواهر ٢٢ / ٢٩ .

٢- (١٢) مستند الشيعة ١٤ / ٩٢ .

٣- (١) المراد به المذهب البارع لابن فهد الحلّى فراجع كتابه ٢ / ٣٥٠ .

٤- (٢) حاشيه المكاسب / ١٠ للفقيه السيد الطباطبائى اليزدى قدس سره - (١ / ٧١ و ٧٠ من الطبعة الحديثه) .

٥- (٣) حاشيه المكاسب / ١١ (١ / ٧١) .

٦- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٣ ح ٧ .

ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجاره ، قال : إذا لم يحملوا سلاحاً فلا بأس (١) .

جوّز الإمام عليه السلام فيها التجاره معهم إذا لم تكن سلاحاً ، ومفهومها إذا حملوا السلاح ففي هذه التجاره بأس . فهذه الصحيحه تدلّ على حرمة بيع السلاح منهم بنحو الموجه الجزئيه ،

يعنى إذا حملوا السلاح فيه بأس ، ولو كان هذا البأس فى صورته قيام الحرب والمباينه .

وبالجملة ، الروايتان لا- تدلان على حرمة بيع السلاح منهم مطلقاً ، وعلى فرض دلالتهما عليه تدلان بنحو العموم ، وإذا وردت الروايات المفصلة وكانت بنحو الخصوص تقدّم عليهما بالصناعه الفقيهيه ، فانتظر .

### **الطائفة الثانيه : ما قد يقال : إنها تدلّ على الجواز مطلقاً :**

منها : خبر أبى القاسم الصيقل قال : كتبت إليه أتى رجل صيقل أشتري السيوف وأبيعهها من السلطان أجائز لى بيعها ؟ فكتب عليه السلام : لا بأس به (٢) .

السند ضعيف بأبى القاسم الصيقل ، لأنه مجهول ، مضافاً إلى وجود الإضممار فى الروايه وعدم تعين أنه كتب إلى الإمام عليه السلام أو إلى غيره . ثم إنّ الظاهر من السلطان الوارد فى الروايه سلاطين الجور من المسلمين الذين كانوا فى زمن الأئمه عليهم السلام ، كما اعترف بذلك المحقق الإيروانى قدس سره (٣) وإثنان من أساتيدنا - مد ظلهم (٤)(٥) - فى المقام . فالروايه لا تدلّ على جواز بيع السلاح من أعداء الدين مطلقاً .

ومنها : صحيحه محمد بن قيس قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفئتين تلتقيان من أهل الباطل أبيعهما السلاح ؟ فقال : بعهما ما يكنهما الدرع والخفين ونحو هذا (٦) .

ص: ٢١٠

١- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٠٣ ح ٦ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٠٣ ح ٥ .

٣- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٠٧ .

٤- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٠٤ .

٥- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمه ٢ / ٣٩٢ .

٦- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٠٢ ح ٣ .

الروايه صحيحه الإسناد ومورد السؤال عن بيع السلاح من أهل الباطل المقاتلين لغيرهم من أهل الباطل ، فالسلاح يُستفاد منه في حرب الباطل على الباطل ، ومع ذلك أجاز الإمام عليه السلام في هذه الصحيحه بيع الأدوات الدفاعيّه فقط لهم نحو الدرع ، ولذا لا بدّ من حملها على كونها محقوني الدم كأهل الذمه ، ولذا لا تدلّ الصحيحه على الجواز مطلقاً في مسألتنا هذه .

وبالجملة ، ليس في الروايات ما يدلّ على الجواز مطلقاً ، خلافاً لما ادعاه بعض .

### الطائفة الثالثه : تدل على التفصيل في المقام :

منها : حسنه بل صحيحه أبي بكر الحضرمي قال : دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام فقال له حكم السراج : ما تقول في من يحمل إلى الشام السروج وأداتها ؟ فقال : لا بأس ، أنتم اليوم بمنزله أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، إنكم في هدنه ، فإذا كانت المباينه حرم عليكم أن تحملوا إليهم السروج والسلاح(١) .

سند الروايه حسنه بعبد الله بن محمد الحضرمي بل صحيحه لأنّه ثقّه على الأقوى . وتدلّ على جواز حمل السروج وأداتها والسلاح إلى أهل الشام وهم أعداء الدين في فرض الهدنه ، يعني السكون من الفتن بالصلح معهم . والشاهد على ذلك استشهاد الإمام عليه السلام بقوله : « أنتم اليوم بمنزله أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم » ، يعني كما لا خلاف بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في زمن حياته صلى الله عليه وآله وسلم وكان بينهم الصلح والهدنه ، اليوم أنتم وهم كذلك كما هو الظاهر . وليس المراد بهذه الفقره يعني « الباقيين على صحبته ودينه بعد موته » كما استظهره المحدث البحراني قدس سره (٢) ، ولا المراد بها يعني من "الأصحاب" النفر اليسير الذين كانوا مع أمير المؤمنين عليه السلام بعد وفاه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « كما استظهره المحقق الإيرواني قدس سره (٣) .

ويؤيد ما ذكرناه كلام الفقيه اليزدي قدس سره في حاشيته على المكاسب حيث يقول : « الظاهر أنّ المراد أنتم وأهل الشام بمنزله أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حيث ، أنهم مع كون

ص: ٢١١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٠١ ح ١ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٠٧ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٠٧ .

بعضهم منافقاً ومع عداوه بعضهم لبعض في الواقع ، كانوا في الظاهر متوافقين ولم يكن بينهم نزاع ، فكذلك أنتم وأهل الشام ، فيكون المخاطب بأنتم مجموع الطرفين من أهل الحق وأهل الشام» (١).

وبالجملة ، الرواية داله على جواز حمل السلاح إلى أعداء الدين في صورة المصالحة والمداهنة .

ومنها : ما رواه المشايخ الثلاثة عن هند السراج قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام :

لحك الله إنني كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم ، فلما عرفني الله هذا الأمر ضقت بذلك وقلت : لا أحمل إلى أعداء الله ، فقال لي : إحمل إليهم ، فإن الله يدفع بهم عدونا وعدوكم - يعني :

الروم - وبعه ، فإذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا ، فمن حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك (٢) .

والرواية سنداً ضعيفه بأبي ساره وهند السراج ، لأنهما مجهولان ، ولكنها تدلّ بوضوح على جواز حمل السلاح إلى أعداء الدين في صورة مصالحتهم مع أهل الإيمان وعدم جوازه في صورة قيام الحرب .

ومنها : خبر السراد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : إنني أبيع السلاح ، قال : لا تبعه في فتنه (٣) .

ذكر في الوسائل الراوى الأخير بعنوان السراج فصارت الرواية ضعيفه الإسناد به لأنه مجهول ، ولكن ورد في الكافي (٤) والتهذيب (٥) السراد بدلاً من السراج ، والسراد إن أريد به الحسن بن محبوب كما هو لقب بالسراد والزرد وكلاهما بمعنى واحد يعني صانع الزرد و السرد وهما بمعنى الدرع فهو ثقة وقال العلامة في شأنه : « ثقة عين روى عن الرضا عليه السلام وكان

ص: ٢١٢

١- (٤) حاشية المكاسب / ١١ . (١ / ٧٤ من الطبعة الحديثه) .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠١ ح ٢ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٠٢ ح ٤ .

٤- (٣) الكافي ٥ / ١١٣ ح ٤ .

٥- (٤) التهذيب ٦ / ٣٥٤ ح ١٢٨ .



جليل القدر يعدّ في الأركان الأربعة» (١) فصارت الروايه صحيحه الإسناد ولكن لا- يمكن له أن ينقل عن الإمام الصادق عليه السلام بلا واسطه ، لأنه مات في آخر سنه أربع وعشرين ومائتين وكان من أبناء خمس وسبعين سنه ، فكانت ولادته عام تسع وأربعين ومائه ، واستشهد شيخ الأئمه الإمام الصادق عليه السلام في خمس وعشرين من شوال عام ثمان وأربعين ومائه وله خمس وستون سنه ودفن بالبقيع مع أبيه وجده وعمّه الحسن عليهم السلام كما ذكره الشيخ المفيد في الإرشاد (٢) . وحينئذ ولد الحسن بن محبوب السرد بعد استشهاد الإمام الصادق عليه السلام بسنه ، فكيف يمكن أن ينقل عنه عليه السلام بلا واسطه ؟ ! . واعترف بذلك المحقق الخوئي قدس سره وقال : « ... لعدم ثبوت روايه الحسن بن محبوب وهو السرد عن أبي عبد الله عليه السلام » (٣) .

ولذا نقل الشيخ في الاستبصار (٤) الروايه عن السرد عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام ، وبهذا السند - وإن صح نقل ابن محبوب - ولكن صارت الروايه مرسله لعدم تعيين هذا الرجل .

وكيف ما كان نقل صاحب الوسائل الراوى الأخير بعنوان السراج ولم يرد ذكره في مصادر الحديث التي بتناول أيدينا ، ولعله قدس سره صحف بين السراج والسرد ، وإن ورد ذكر سراج خادم أبي عبد الله عليه السلام في كتب الحديث (٥) والرجال (٦) . ويخطر بالبال أنّ السرد المذكور في السند غير الحسن بن محبوب ، ولكن في هذه العجالة لا يمكن تعيينه بشخصه .

وبالجمله ، إلى هنا لا يتمّ سند الروايه ، فصارت إمّا مرسله بسند الشيخ في الإستبصار أو ضعيفه لعدم تعيين وتوثيق هذا السرد في المعاجم الرجاليه .

وتتبه على كلّ ذلك المحدث البحراني قدس سره حيث يقول : « وفي التهذيب رواه عن السرد

ص: ٢١٣

١- (٥) خلاصه الأقوال / ٣٧ .

٢- (٦) الارشاد / ٢ / ١٨٠ .

٣- (٧) معجم رجال الحديث / ٢٣ / ١٠٣ .

٤- (١) الاستبصار / ٣ / ٥٧ ح ١ .

٥- (٢) الكافي / ٢ / ٤٢ ح ١ .

٦- (٣) معجم رجال الحديث / ٢٣ / ١٠٢ .

عن رجل عنه وهو الظاهر ، حيث أنّ السّراد المذكور إنّما يروى عن أبي عبد الله عليه السلام بالواسطة ، هذا إن حمل أنّه الحسن بن محبوب المشهور بهذا اللقب وإلا فلا ويكون الرجل مهملاً» (١).

ومراده قدس سره من « التهذيب » الإستبصار ، لأنّ بعض مهرة فن الحديث يعدّونه بعنوان تتمه التهذيب كما هو واضح عند أهله

هذا كلّ في سند الرواية .

وأما دلالتها : نهى عليه السلام عن بيع السلاح فى الفتنه ، ومن أظهر مصاديق الفتنه قيام الحرب والتهيؤ له ، فالروايه تدلّ على حرمة بيع السلاح فى الحرب من أعداء الدين .

فهذه الطائفة من الروايات تدلّ على جواز بيع السلاح من أعداء الدين فى صوره المصالحة والمداهنه معهم ، وحرمة فى صوره قيام الحرب أو التهيؤ له .

ولابدّ من الأخذ بها وتقديمها على الطائفة الأولى الداله على الحرمة مطلقاً ، لأنّها خاصه فى قبال العام ، فتقدّم على ما مرّ منّا فى ذيل الطائفة الأولى .

وأما الروايات الداله على الجواز مطلقاً قد ذكرنا أنّها لم توجد ، و على فرض وجودها

تقيّد بهذه الروايات المفصله . وهذا هو الجمع العرفى بين الروايات ، وذهب إليه المشهور من فقهاءنا فأفتوا بجواز بيع السلاح منهم فى الصلح وحرمة فى الحرب .

ثمّ إنّ المشهور ذهبوا إلى جواز بيع السلاح من أعداء الدين مشركين كانوا أم مسلمين فى صوره المصالحة والمداهنه وعدم الجواز فى صوره قيام الحرب أو التهيؤ له .

ولكن ظاهر صحيحه أبى بكر الحضرمى الماضيه جواز حمل السلاح إلى أعداء الدين من المسلمين فقط ، لأنّ مورد سؤال السائل حمل السروج وأداتها إلى أهل الشام وأهلها فى زمن الإمام الصادق عليه السلام كانوا من المسلمين ، وأجاب الإمام عليه السلام أيضاً بقوله : « فإذا كانت المباينه حرم عليكم أن تحملوا إليهم (يعنى إلى أهل الشام) السروج والسلاح » . فهذه الصحيحه - وهى العمده فى الروايات المفصله - منحصره بأعداء الدين من المسلمين فقط ولا تشمل المشركين الكافرين .

ص: ٢١٤

وهكذا الأمر في خبر هند السراج الماضي ، حيث سأل السائل عن حمل السلاح إلى أهل الشام فأجابه الإمام عليه السلام : « إحمل إليهم » يعني إلى أهل الشام وهم مسلمون ولكن كانوا من أعداء الدين يعني أعداء المذهب الحق الإثنى عشرى الإمامى . فهاتان الروايتان المفصّلتان منحصرتان بأعداء الدين من المسلمين فقط ولا تشملان المشركين .

وأما خبر السرد الماضي - وإن يمكن استفاده العموم منه وشموله في شأن المشركين والمسلمين - إلا أنّ في سنده إمّا إرسالٌ أو ضعف ، فلا يمكن الأخذ بإطلاقه أو شموله .

وعلى هذا يجوز بيع السلاح من أعداء الدين المسلمين المخالفين لمذهب الإماميه في حال المداهنه والمصالحة معهم ، ولا يجوز البيع منهم في حال قيام الحرب أو التهيؤ له .

وأما بيع السلاح من أعداء الدين من المشركين فبقى على حرمة ولم يرو ترخيص في شأنه ، سواء في حال المصالحة والمداهنه لهم أو في حال قيام الحرب والتهيؤ له . فهذا القول اختاره ابن فهد الحلبي في المهذب البارع(1) والتراقي في المستند(2) .

وبالجملة ، بنظرنا القاصر صحيحه على بن جعفر المذكوره تدلّ على حرمة حمل السلاح إلى المشركين مطلقاً ، فلا بدّ من الأخذ بإطلاقها . وأما الروايات المجوّزه منحصره ببيع

السلاح من أعداء الدين المسلمين فقط ، ولذا نأخذ بها وتكون النتيجة حرمة حمل السلاح وبيعه إلى أعداء الدين المشركين مطلقاً ، سواء في حال قيام الحرب أو في حال المصالحة والمداهنه وجواز حمل السلاح وبيعه إلى أعداء الدين من المسلمين في حال المصالحة والمداهنه فقط وحرمة بيعه منهم في حال قيام الحرب أو التهيؤ له .

هذا ما يخطر بالبال بعد التأمل التام في الروايات الواردة في المقام .

**ثم إن هاهنا فروعاً وأموراً لا بدّ من التنبيه عليها :**

الأوّل : كلّ ما يوجب تقوية المشركين وصار موجباً لشوكتهم بحيث يخاف منهم على

ص: ٢١٥

١- (١) المهذب البارع ٢ / ٣٥٠ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ٩٤ .

بيضة الإسلام والمذهب الحقّ حرام مطلقاً ، سواء في ذلك المشركين أو المخالفين . وهكذا لا فرق بين بيع السلاح أو الأدوات الدفاعية بل حتى العلاقات التجارية الموجبه لتقويتهم ، والدليل على ذلك لزوم المحافظه على الإسلام والمذهب وحرمة تضعيفهما كما هو واضح لمن له أدنى إلمام بالفقه .

الثانى : حرمة بيع السلاح من قطاع الطريق .

بيع السلاح من قطاع الطريق سواء كانوا من المسلمين أو المشركين بقى على حرمة لأدنى الترخيص الوارد فى الروايات ثبت بالنسبه إلى أعداء الدين من المسلمين فى حال المصالحة والمداهنه فقط وهم غير قطاع الطريق ، فبيع السلاح من قطاع الطريق بقى على حرمة ، ولأنّ بيع السلاح منهم من أظهر مصاديق معونه الظالمين وإعانتهم ، وهى حرامٌ إجماعاً ، حتّى على القول بعدم حرمة الإعانه على الأثم كما هو المختار . لأنّ من أظهر مصاديق الظالمين هم قطاع الطريق ، وحرمة معونتهم وإعانتهم إجماعى عندنا . والعجب من المحقق الخوئى قدس سره حيث جعل هذه المسأله من صغريات الإعانه على الإثم ويقول : « ... إن قلنا بحرمة الإعانه على الإثم فلا يجوز بيعه منهم وإلاّ جاز كما هو الظاهر » (١) .

فعلى ما ذكرنا لا نحتاج إلى الحكم بالحرمة هنا إلى إحراز البايع استعمال المشتري ذلك السلاح فى الإعتداء على الغير فلا يجوز حينئذ ، ومع عدم الإحراز فلا بأس كما ذهب إليه شيخنا الأستاذ - مد ظله - (٢) ، لأنّ نفس تمكينهم من السلاح وبيعه لهم من أظهر مصاديق

إعانه الظالمين ، وهى حرام أجماعاً .

الثالث : هل النهى فى المقام يدلّ على الفساد أم لا ؟

إذا تعلق النهى بأمر خارج عن البيع - نحو تقويه أعداء الدين وإعانتهم - فلا يدلّ على فساد المعامله ولا يفيد إلاّ الحرمة التكليفيه ، كما ذهب إلى هذا القول صاحب الحدائق (٣) .

ص: ٢١٦

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ١٩١ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٠٧ .

٣- (١) الحدائق ١٨ / ٢١٠ .

والشيخ الأعظم (١) والسيد اليزدي (٢) والمحققون النائيني (٣) والخوئي (٤) قدس سرهم وشيخنا الأستاذ (٥) - مد ظله - ، ولكن إذا قلنا بأن النهي تعلق بنفس المعامله - كما تدلّ عليه الروايات الواردة في المقام وقد مرّ ذكرها - صارت المعامله فاسده وأفادت الحرمه الوضعيه . وهذا هو المختار وذهب إليه ثاني الشهيدين في المسالك (٦) والمحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد (٧) وجدنا الفقيه الشيخ الأكبر كاشف الغطاء قدس سرهم في شرح القواعد (٨) .

ص: ٢١٧

- 
- ١- (٢) المكاسب المحرمه / ٢٠ - (١ / ١٥٢ من الطبعه الحديثه) .
  - ٢- (٣) حاشيه المكاسب / ١٢ - (١ / ٧٩ من الطبعه الحديثه) .
  - ٣- (٤) منيه الطالب / ١ / ٤٣ .
  - ٤- (٥) مصباح الفقاهه / ١ / ١٩١ .
  - ٥- (٦) إرشاد الطالب / ١ / ١٠٦ .
  - ٦- (٧) مسالك الأفهام / ٣ / ١٢٣ .
  - ٧- (٨) مجمع الفائده والبرهان في شرح إرشاد الاذهان / ٨ / ٤٦ .
  - ٨- (٩) شرح القواعد / ١ / ١٥٩ .



النوع الثالث: ما ليس فيه منفعة محلّله معتدّ بها

اشاره

ص: ٢١٩





تعرّض الشيخ الأعظم قدس سره في هذا القسم إلى بطلان بيع ما لا منفعه فيه ، منفعه معتدّاً بها عند العقلاء ومحلّه عند الشارع الأقدس .

### واستدلوا على بطلان بيع ما لا منفعه فيه بعدّه من الوجوه :

الأوّل : بيع ما ليس له نفع محلّل وأخذ الثمن في قبالة ، أكلٌ للمال بالباطل فيكون فاسداً وتدلّ عليه قوله تعالى : «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١) ، واستدل بهذا الدليل فخر المحققين قدس سره في إيضاح الفوائد (٢)

وفيه : أولاً : الآية الشريفة - كما مرّ منا - في مقام بيان الأسباب الصحيحة للمعاملة في مقابل الأسباب الفاسده لها فلا تكون في مقام بيان شرائط العوضين .

وثانياً : بعد التوافق على المعاملة والرضا بها دخلت في تجاره عن تراضٍ لا أكل المال بالباطل .

الثاني : الإجماع على بطلان بيع ما لا منفعه فيه ، وادعاه جماعه من الفقهاء نحو : صاحبى الغنيه (٣) والجواهر (٤) .

وفيه : أولاً : أنّ المحصّل منه غير حاصل والمنقول منه ليس بحجه .

وثانياً : من المحتمل بل المتعيّن أنّ استناد المجمعين إلى الوجوه المذكوره في المسأله ، فلا يكون الإجماع إجماعاً تعبدياً بل صار إجماعاً مدركياً ، فليس بحجه .

الثالث : قالوا في تعريف البيع أنه « مبادله مال بمالٍ » كما عن المصباح المنير (٥) ، وما

ص: ٢٢١

١- (١) سورة النساء / ٢٩ .

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١ / ٤٠١ .

٣- (٣) الغنيه / ٢١٣ من الطبعة الحديثه ، والمطبوع ضمن الجوامع الفقيهيه / ٥٢٤ .

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٢ / ٣٤ .

٥- (٥) المصباح المنير / ٦٩ .

ليس فيه المنفعة لم يعدّ مالاً فلا يصح بيعه .

وفيه : أولاً : قد كثر استعمال البيع والشراء فى غير المبادله المائيه فى الكتاب المجيد ،

نحو قوله تعالى : «إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعِندَ اللَّهِ حَقُّهُ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ وَالْقُرْآنِ وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ فَاسْتَبْشِرُوا بِنِعْمِ اللَّهِ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ وَذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ» (١).

وقوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَاللَّهُ رَؤُوفٌ بِالْعِبَادِ» (٢).

وقوله تعالى : «أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَهَ بِالْهُدَى وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ» (٣)

وقوله تعالى : «أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ» (٤)

وقوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُهِينٌ» (٥).

ومن الواضح أنّ « البيع والشراء يتلازمان » كما ذكره الراغب فى المفردات (٦) ، وقال الفيروزآبادى فى القاموس : « أنّ كل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه » (٧) .

وثانياً : فما عن المصباح مضافاً إلى عدم حجيه قوله ، أنه ليس تعريفاً حقيقياً بل مجرد شرح اسم ، فلا يبحث فيه طرداً وعكساً ، نقضاً وإبراماً .

وثالثاً : على فرض قبول تعريف المصباح لا يجرى فى المقام أحكام البيع ولكن يمكن

ص: ٢٢٢

١- (١) سورة التوبه / ١١١ .

٢- (٢) سورة البقره / ٢٠٧ .

٣- (٣) سورة البقره / ١٧٥ .

٤- (٤) سورة البقره / ٨٦ .

٥- (٥) سورة لقمان / ٦ .

٦- (٦) معجم مفردات ألفاظ القرآن / ٢٦٧ .

٧- (٧) قاموس اللغة / ماده شراء ، الطبعه الحجريه .

التمسك بإطلاقات «تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ» (١) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) ونحوهما .

الرابع : معاملة ما لا نفع فيه من المعاملات السفهيه ، فتكون فاسده لذلك .

وفيه : أولاً : منع الصغرى : المعامله إنَّما تكون سفهيه إذا انتفعت عنها الأغراض الشخصيه والنوعيه كليهما ، ولكن في هذه المعامله ربَّما تعلق الغرض الشخصى بالمعامله وإلاَّ

لم يتعرض البائع لها ، ونفس وجود الغرض الشخصى يخرج المعامله عن كونها سفهيه .

وثانياً : منع الكبرى : لم يدلَّ دليل على بطلان المعاملات السفهيه بعد شمول العمومات والإطلاقات الوارده في صحه البيع والتجاره والوفاء بالعقد ، نعم : قام الدليل على فساد المعامله السفهيه لكونه محجوراً عن التصرف ، ومن الواضح أنَّ معاملة السفهيه غير المعامله السفهيه .

الخامس : قد استدل الشيخ الأعظم قدس سره في بطلان بيع ما لا منفعه فيه ببعض فقرات روايه تحف العقول الماضيه في أوَّل الكتاب .

وفيه : أولاً : أنَّها روايه ضعيفه الإسناد بل مرسله .

وثانياً : لم يثبت عندنا كونها روايه كما مرَّ منَّا في محلِّها .

وثالثاً : دلالة الروايه على البطلان في مسألتنا هذه غير تامه .

فإلى هنا لم نجد ما يدلُّ على بطلان بيع ما لا منفعه فيه كما ذهب إليه المحقق الخوئى قدس سره (٣) .

وربَّما يؤيد ما ذكرناه بما ورد في صحه بيع الهزِّ ، نحو صحيحه محمد بن مسلم وعبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت ، ثم قال : ولا بأس بثمان الهزِّ (٤) .

وخبر دعائم الاسلام رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنَّه رأى رجلاً يحمل هزّه ، فقال : ما

ص: ٢٢٣

١- (٨) سورة النساء / ٢٩ .

٢- (٩) سورة المائدة / ١ .

٣- (١) مصباح الفقاهه ١ / (١٩٥ - ١٩٣) .

٤- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١١٩ ح ٣ .

تصنع بها؟ قال: أبيعها، فنهاه، قال: فلا حاجه لي بها، قال: فتصدّق إذًا بثمنها(١).

بتقريب: أنّ الهَرَّ في ذلك الزمان كان من الأشياء التي ليست لها منفعة معتدًا بها ومع ذلك ورد الترخيص في جواز بيعها، وقال العلامة قدس سره في التذكرة: «لا بأس ببيع الهَرَّ عند علمائنا، وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي»(٢).

وهكذا يؤيد ما ذكرناه، ما مرّ منّا من جواز بيع القردة في تتمه بحث بيع المسوخ(٣)، مع

أن القردة لا سيما في ذاك الزمان ليست لها منفعة معتدًا بها ومع ذلك جَوِّزنا بيعها.

### ثم إن هاهنا فروعاً لا بدّ من التنبيه عليها:

الأوّل:

يجوز بيع السباع لوقوع التذكية عليها وجواز الإنتفاع بجلودها في غير الصلاة، وتدل عليه عدّه من الروايات:

منها: موثقه سماعه قال: سألته عن جلود السباع، أينتفع بها؟ فقال: إذا رميت وسمّيت فانتفع بجلده وأمّا الميتة فلا(٤).

ومنّها: موثقه أخرى لسماعه قال: سألته عن لحوم السباع وجلودها؟ فقال: أمّا لحوم السباع فمن الطير والدواب فإنّا نكرهه، وأمّا الجلود فاركبوا عليها ولا تلبسوا منها شيئاً تصلون فيه(٥).

ومن الواضح دلالة الكراهه في لسان الأئمة عليهم السلام على الحرمة المصطلحه.

ومنّها: موثقه ثالثه لسماعه قال: سُئل أبو عبد الله عليه السلام عن جلود السباع؟ فقال:

ص: ٢٢٤

١- (٣) دعائم الاسلام ٢ / ٢٠ ح ٣٠ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٠ ح ٣.

٢- (٤) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٩.

٣- (٥) راجع الصفحة ١٢٤ من هذا المجلد.

٤- (١) وسائل الشيعه ٢٤ / ١٨٥ ح ٤ الباب ٣٤ من أبواب الأَطعمه المحرمه.

٥- (٢) وسائل الشيعه ٤ / ٣٥٣ ح ٣ - الباب ٥ من أبواب لباس المصلى.

اركبوها ولا تلبسوا شيئاً منها تصلون فيه (١).

وقد مرّ منّا جواز بيع السباع في بحث بيع المسوخ ، فراجع ما حررناه هناك (٢) إن شئت . فإذا كان الإنتفاع بجلودها جائز فيجوز بيعها على كلّ من المبنيين من عدم جواز بيع ما لا منفعه فيه وجوازه كما هو الظاهر .

الثاني :

يجوز الإنتفاع بعظام الفيل وعاجه وبيعها وشراؤها .

مع أنّ الفيل من المسوخ والسباع ، وقد مرّ منّا جواز التمشط بعاج الفيل وبيعها في بحث بيع المسوخ ، فراجع إن شئت ما حررناه هناك (٣) .

الثالث :

يمكن أن يستند عدم المنفعة المعتدّ بها إلى أمور :

الف : خسه الشيء : نحو كلّ ما ينفصل من الآدمي من شعر ومخاط ولعاب وظفر وغيره ، ومثّل بهذه الأشياء الشيخ الطوسي في المبسوط (٤) . وحشرات الأرض من العقارب والحيات والخنافس والجعلان والضفادع والديدان وكبعض أقسام الطيور من بُغائها (٥) والنسر (٦) والغربان والرّخم (٧) ، ومثّل بهذه المحقق الخوئي قدس سره في المصباح (٨) .

ب : قلّه الشيء : نحو جزء يسير من المال لا يبذل في مقابله مال ، كحبه من الحنطه أو

ص: ٢٢٥

١- (٣) وسائل الشيعه ٤ / ٣٥٣ ح ٤ - الباب ٥ من أبواب لباس المصلى .

٢- (٤) راجع من هذا المجلد الصفحه ١٢١ .

٣- (٥) راجع الصفحه ١٢٢ من هذا المجلد .

٤- (١) المبسوط ٢ / ١٦٧ .

٥- (٢) بغاث الطير : شرارها وما لا يصيد منها ، مفرده بغاثه كنعام ونعامه .

٦- (٣) النسر : بالفارسيه يقال له « باز » .

٧- (٤) الرّخم : جمع رَخَمَه ، طائر يأكل العذره ، يُعد من الخبائث حرام أكله ، يشبه النسر في الخلق لكنه يضعف عن الاصطياد وإن عُدّ من السباع . هكذا قاله الشيخ الأكبر كاشف الغطاء في شرحه على القواعد ١ / ١٦٤ طبع قم المقدسه عام ١٤٢٢ .

٨- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ١٩٢ .

الشعير وغيرهما . وهذه وإن كانت عند العرف والشرع من الأملاك إلا أن قَلَّتْها تخرجها من الماليه .

ج : كثره الشيء : نحو الماء في البحر أو الشط ، والتراب في بعض البلاد والرمل في العالج .

د : عدم الحاجه إلى الشيء : نحو الثلج في الشتاء .

ولعلّ الملاك الجامع في الجميع عدم الرغبه في شرائه وبذل المال بإزائه ، كما قاله بعض أساتذتنا(١) - مد ظله - في المقام .

الرابع :

قال المحقق الخوئي قدس سره : « لو حاز ما لا نفع له كالحشرات ثبت له الاختصاص به ، فيكون أولى به من غيره ، فليس لأحد أن يزاحمه في تصرفاته فيه للسيره القطعيه . على أن أخذ المحاز من المحيز قهراً عليه ظلم فهو حرام عقلاً وشرعاً . وأما حديث : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحقّ به »(٢) فقد تقدم أنه ضعيف السند غير منجبر

بشيءٍ »(٣) .

أقول : نعم لو حاز ما لا منفعه فيه ثبت له حقّ الإختصاص بل الملكيه ولكن قد مرّ منّا الجواب عن إشكاله قدس سره بحديث السبق فراجع ما حرّره في بحث حقّ الإختصاص(٤) .

الخامس :

هل في غضب ما لا نفع فيه ضمانٌ أم لا ؟ ذهب إلى عدم الضمان مطلقاً العلامة في التذكرة(٥) وشيخنا الأستاذ(٦) - مد ظله - وإلى الضمان في المثلى وعدمه في القيمي الشيخ

ص: ٢٢٤

١- (٦) دراسات في المكاسب المحرمة ٢ / ٤٥٠ .

٢- (٧) مستدرک الوسائل ١٧ / ١١١ ح ٤ .

٣- (١) مصباح الفقاهه ١ / ١٩٧ .

٤- (٢) راجع الصفحه ١٥٥ من هذا المجلد .

٥- (٣) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٣٥ .

٦- (٤) ارشاد الطالب ١ / ١١٠ .

الأعظم قدس سره (١)، وإلى الضمان مطلقاً السيد اليزدى قدس سره (٢) والمحقق الخوئي قدس سره (٣) والمحقق الأردكاني قدس سره (٤) وبعض أساتذتنا (٥) - مد ظله - .

والفرق بين مقاله القائلين بالضمان مطلقاً ، أنّ السيد الخوئي قدس سره يرى بقاء مشغوليته ذمّه الغاصب إلى يوم القيامة في القيمي ، إذ لا قيمة لهذا المال ، كما تبقى مشغوليته الذمه للمفلس أيضاً .

والشيخ الأردكاني يرى ثبوت الضمان في المثلى بمجرد الغصب وفي القيمي يتوقف على غصب ما يصير بضمه إليه مالاً ليدخل في موضوع دليل الضمان ، فالفرق بينهما أنّ الضمان في الأوّل غير مترتب وفي الثاني مترتب ، ثم أمر قدس سره بالتأمل .

ولكن الأستاذ - مد ظله - يرى إمكان إرضاء الغاصب المالك بإعطاء المال له لا بعنوان القيمي بل بقصد إرضائه .

والسيد اليزدى قدس سره قال : « الحق الضمان مطلقاً برّد المثل في المثلى وما يكون بقدره من

شئ آخر في القيمي وإن كان قليلاً لا يقابل بالمال ، فإنّ العوض لا بدّ وأن يكون بقدر المعوّض وصالحاً للعوضيّة لا أن يكون مالاً فتدبر » (٦) .

أقول : الظاهر ثبوت الضمان مطلقاً يعنى في المثلى والقيمي ، والدليل على ذلك : السيره القطعيه من العقلاء والمتشرعه على الضمان ، وهذه السيره المستمره القطعيه من زماننا هذا إلى زمن المعصومين عليهم السلام جاريه ، وهي حجه في المقام ، فلا بدّ من الأخذ بها ، وهي مطلقه تشمل ضمان ما لا نفع فيه قيمياً كان أو مثلياً . ويؤيدها :

أولاً : قاعده الإلتلاف ، بأنّ « من أتلف مال الغير فهو له ضامن » .

ص: ٢٢٧

١- (٥) المكاسب المحرمه / ٢١ - (١ / ١٦١ من الطبعه الحديثه) .

٢- (٦) حاشيه المكاسب / ١٥ - (١ / ٩٠ من الطبعه الحديثه) .

٣- (٧) مصباح الفقاهه ١ / ١٩٦ .

٤- (٨) غنيه الطالب ١ / ١٠٥ .

٥- (٩) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٤٥٣ .

٦- (١) حاشيه المكاسب / ١٥ - (١ / ٩٠ من الطبعه الحديثه) .

بتقريب : أن الإلتلاف يوجب الضمان سواءً في ذلك بين المال والملك ، والتعبير بالمال لأنه أظهر مصاديقه وكان شائعاً ، وإلا لا فرق بين المال والملك في أن إلتافهما موجب للضمان .

وثانياً : قاعده ضمان اليد ، بأن « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » .

بتقريب : أن « ما أخذت » أعم من المال أو الملك ، فيشمل المقام ، فلو أخذ شخص ملك الغير ولو لم يكن مالاً كان عليه الضمان .

وأنت ترى بأن السيره جاريه في المقام ، يعنى حتى في ضمان ما إذا لم يكن الشيء لقلته مالاً ولو مع عدم الإنضمام إلى سائر أجزائه ، خلافاً لما ذكره شيخنا الأستاذ - مد ظله - .

وبأن الدليل يشمل القيمي كما يشمل المثلى ، فلا فرق بينهما ، فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره .

وهكذا لا يتوقف ثبوت الضمان في القيمي على غضب ما يصير بضمه إليه مالاً- ليكون الضمان فيه مترتباً ، فلا- يتم ما ذكره المحقق الأردكاني قدس سره .

ويمكن أن يخرج الغاصب من مشغوليته ذمته في القيمي بالنسبه إلى المالك بإرضائه بمال أو الإستحلال منه ، فلا يتم ما ذكره المحقق الخوئي قدس سره من بقاء مشغوليته ذمته للمالك إلى يوم القيامة .

وبالجملة ، نحن نلتزم بأن الضمان من أحكام الملك وليس من أحكام المال فقط ، بل يجرى في المال أيضاً ، لأنه كان ملكاً غالباً ، والله سبحانه هو العالم والحمد له .



النوع الرابع: الاكتساب بما هو حرام في نفسه

اشاره

ص: ٢٢٩



قال الشيخ الأعظم قدس سره : « النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملاً محرماً في نفسه ، وهذا النوع وإن كان أفراداً هي جميع الأعمال المحرمة القابلة لمقابله المال بها في الإجاره والجعله وغيرهما ، إلا أنه جرت عادة الأصحاب بذكر كثير مما من شأنه الإكتساب به من المحرمات ، بل وغير ذلك ممّا لم يتعارف الإكتساب به كالغيبه والكذب ونحوهما . وكيف ما كان فنقتفى آثارهم بذكر أكثرها في مسائل مرتبه بترتيب حروف أوائل عنواناتها إن شاء الله » (١).

أقول : قبل الورد في العناوين المطروحه لابد لنا أن نتكلم في الإكتساب بالمحرمات وهل هو حرام وضعي بمعنى بطلانه أم لا ؟ فهاهنا بحثان :

الأول : حرمة نفس هذه الاعمال والعناوين المطروحه ، بمعنى الحرمة التكليفيه نبحت عنها في ذيلها .

الثاني : حرمة الإكتساب بالمحرمات بمعنى الحرمة الوضعيه يعني بطلانها .

الشيخ الأعظم قدس سره ترك هذا البحث الأخير ، ولعله كان عنده بمكان من الوضوح . ولكن لابد لنا من البحث حوله فنقول :

#### قد استدلوا على بطلان المعامله على المحرمات بوجوه :

١ - منها : إنّ العمل المحرم ليس مالا في نظر الشارع ، ولهذا لو منع شخص عن تغني جاريه مغنيه لا يكون ضامناً بالنسبه إلى المنفعه المحرمه بلا- إشكال وإن كانت أجيره لذلك ، وما لا- يكون مالا في محيط الشرع لا تكون المعامله عليه معامله . وإن شئت قلت : إنّ سلب الماليه عن شيء شرعاً وإسقاطها دليل على ردع المعامله به . ذكره المحقق الخميني قدس سره في كتابه (٢).

ص: ٢٣١

١- (١) المكاسب / ٢١ - (١ / ١٦٤ و ١٦٣ من الطبعة الحديثه) .

٢- (٢) المكاسب المحرمه ١ / ١٦٧ .

وفيه : إنَّ هذا الاستدلال تام على المشهور ، ولكن بناءً على مختارنا من عدم لزوم المايه فى البيع وصحته ، لا يتم كبرى هذا الإستدلال . يعنى سلب المايه عن المحرّمات الشرعيه فى نظر الشارع تام ولكن البيع لا يلزم فى صحته ماليه المبيع كما مرّ منّا فى النوع

الثالث ، فلا يتم هذا الاستدلال على القول المختار .

٢ - ومنها : ما ذكره قدس سره أيضاً : أنّ مقتضى ذات المعامله لدى العقلاء إمكان التسليم والتسلم ، ومع منع الشارع عن تسليم المنفعه المحرّمه وتسلمها ، لا- يعقل أن تكون المعامله نافذه عند الشارع ، فمنع التسليم والتسلم دليل على الردع عن المعامله ، فتقع باطله(١) .

أقول : هذا الاستدلال على بطلان المعامله على المحرّمات تام ، لأنّ مع عدم إمكان التسليم والتسلم كانت المعامله باطله شرعاً وعقلاً ، وحيث لا يمكن تسليمها فى المحرّمات شرعاً ، فالمعامله باطله .

٣ - ومنها : ما ذكره قدس سره أيضاً بقوله : « إنّ الآيه الكريمه أعنى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»(٢) وإن كان الموضوع فيها البطلان العرفى والعقلانى لا الشرعى ، لكن بتحكيم ما دلّ على نفى المايه أو نفى تسليم المنفعه ينسلك فى مفاد الآيه ، فإنّ أخذ مال الغير بلا انتقال منفعه إليه أكل المال بالباطل ، ويؤيده النبوى وروايه التحف «(٣) .

وفيه : قد مرّ مراراً فى هذا الكتاب أنّ الآيه الشريفه ليست فى مقام بيان شرائط العوضين حتى يتم هذا الاستدلال ، بل الآيه الشريفه فى مقام بيان عدم جواز أكل المال بالأسباب الباطله ، نحو الرشوه والقمار ومثلهما ، فلا يتم هذا الاستدلال .

وكذا لا يتم التأييد ، لأنّ النبوى : « إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه » وروايه التحف قد مرّ منّا الإشكال فى سندهما ودالتهما فى أوائل الكتاب ، فراجع ما حرّناه هناك .

٤ - ومنها : ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره من : « أنّه يكفى فى عدم جواز المعامله على الأعمال المحرّمه مادّ على حرمتها من الأدله الأوليه ، إذ مقتضى أدله صحه العقود لزوم الوفاء

ص: ٢٣٢

١- (١) المكاسب المحرمه ١ / ١٦٧ .

٢- (٢) سوره النساء / ٢٩ .

٣- (٣) المكاسب المحرمه ١ / ١٦٨ .

بها ، ومقتضى أدله المحرّمات حرمة الإتيان بها ، وهما لا يجتمعان» (١).

أقول : وهذا الاستدلال أيضاً تام .

٥ - ومنها : ما ذكره الفقيه اليزدي قدس سره في تعليقه على المكاسب : « عدم جواز أخذ الأجره على العمل المحرّم لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ » فَإِنَّ الْمُرَادَ مِنَ الثَّمَنِ

مطلق العوض» (٢).

وقد اعترض عليه المحقق الخوئي بعد المناقشه في سند الحديث بقوله : « إِنَّا نَمْنَعُ صَدَقَ الثَّمَنِ عَلَى مَطْلُقِ الْعَوْضِ » (٣).

أقول : قد مرّ منا المناقشه في سند الحديث ودلالته في أوائل الكتاب ، وهكذا يصح منع الثمن على مطلق العوض ، ولكن الظاهر أنّ مراد الفقيه اليزدي قدس سره إلقاء الخصوصيه وتنقيح المناط القطعي وإسراء حكم البيع إلى غيره من المعاملات ، كما يساعد على ذلك الإعتبار العقلي وفهم العقلاء ، كما نبه عليه بعض أساتذتنا - مد ظله - (٤) في المقام .

وهذا البيان وإن كان رافعاً للإشكال المحقق الخوئي على السيد اليزدي قدس سره ولكن قد مرّ منا ضعف سند الحديث ودلالته ، فلا يفيد في المقام شيئاً .

ثم بعد ثبوت بطلان المعاملات على المحرّمات والحرمة الوضعيه بالنسبه إلى الاكتساب بها ، لا بدّ من البحث عن المحرّمات بترتيب حروف الهجاء ، والشيخ الأعظم قدس سره ابتدأ بتدليس الماشطه وإن تعرض لبحث الإحتكار في آخر بحث بيعه (٥) ولكن الظاهر تقديم البحث حول الإحتكار ، ولذا نقول :

ص : ٢٣٣

١- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ١٩٧ .

٢- (١) حاشيه المكاسب / ١٥ - (١) / ٩٢ من الطبعة الحديثه .

٣- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ١٩٨ .

٤- (٣) دراسات في المكاسب المحرّمه ٢ / ٤٦١ .

٥- (٤) المكاسب / ٢١٣ و ٢١٢ . [ ٤ / (٣٧٤ - ٣٦٣) من الطبعة الحديثه ] .

وفيه جهات من البحث :

### الجهه الأولى : الاحتكار فى اللغه

« الحُكر : إدخار الطعام للتربص ، وصاحبه محتكر » كذا فى لسان العرب (١).

وفى النهايه الأثيريه فيه : « من احتكر طعاماً فهو كذا» أى اشتراه وحبسه ليقبّل فيغلو (٢).

وفى الصحاح : « احتكار الطعام : جمعه وحبسه يتربّص به الغلاء ، وهو الحُكره بالضمّ » (٣).

والظاهر : أنّ للغه « الإحتكار » معنى عام يشمل الجمع والحبس لكلّ شىءٍ ممّا يحتاج الناس إليه ليغلو ثمنه ، فلا يختص لغّه بشىءٍ دون شىءٍ .

### الجهه الثانيه : الأقوال فى الاحتكار

قال العلامه فى التذكره : « فى الإحتكار قولان لعلمائنا : التحريم وهو أصح قولى الشافعى لما رواه العامه عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنه قال : « لا يحتكر إلاّ خاطيء » أى آثم و ... ، والكراهه ، للأصل » (٤).

وقال أيضاً فى المختلف : « اختلف علماءونا فى الاحتكار هل هو محرّم أو مكروه ، قال الصدوق فى مقنعه أنه حرام وبه قال ابن البراج ، والظاهر من كلام ابن إدريس ، وقال الشيخ فى

ص: ٢٣٤

١- (١) لسان العرب ٢٠٨ / ٤ .

٢- (٢) النهايه ١ / ٤١٧ .

٣- (٣) الصحاح ٢ / ٦٣٥ .

٤- (٤) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٦٥ .

المبسوط والمفيد أنه مكروه ، وبه قال أبو الصلاح فى المكاسب من الكافى . وقال فى فصل البيع

أنه حرام . والأقرب : الكراهه ، لنا الأصل عدم التحريم وما رواه ... «(١)» .

وقال الشهيد معلّقاً على كلام العلامة الحلّى فى إرشاد الأذهان حيث يقول : « والاحتكار على رأى » ، « أقول : هذا عطف على المكروه ، وهو مذهب المفيد(٢) رحمهم الله والشيخ فى المبسوط(٣) وأبى الصلاح فى المكاسب(٤) ، لأصالة العدم ولتسليط الإنسان على ماله ، ويؤيده روايه الحلبي(٥) فى الحسن عن الصادق عليه السلام ... ، وقال الصدوق(٦) وابن البراج(٧) وأبو الصلاح فى فصل البيع(٨) : هو حرام ، وهو ظاهر كلام ابن إدريس(٩) ، لما رواه إسماعيل ابن أبى زياد(١٠) فى الصحيح عن الصادق عليه السلام ... ولأنه يجبر على البيع ... «(١١)» .

وقال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه : « والاحتكار منهى عنه إجماعاً كما فى نهايه الأحكام(١٢) ، ومراده ما هو أعم من المكروه بقرينه ما بعده ، وقد حكم المصنف بأنّه حرام وفقاً للمقنع والفقيه فى ظاهره والهدايه للصدوق على ما نسب إليها(١٣) والإستبصار(١٤)

ص: ٢٣٥

- ١- (١) مختلف الشيعة ٣٨ / ٥ .
- ٢- (٢) المقنعه / ٦١٦ .
- ٣- (٣) المبسوط ١٩٥ / ٢ .
- ٤- (٤) الكافى فى الفقه / ٢٨٣ .
- ٥- (٥) الكافى ١٦٥ / ٥ ح ٥ .
- ٦- (٦) المقنع / ٣٧٢ .
- ٧- (٧) المهذب ١ / ٣٤٦ .
- ٨- (٨) الكافى فى الفقه / ٣٦٠ .
- ٩- (٩) السرائر ٢ / ٢١٨ و ٢٣٨ - ٢٣٩ .
- ١٠- (١٠) الفقيه ٣ / ١٦٩ ح ٧٤٩ .
- ١١- (١١) غايه المراد فى شرح نكت الإرشاد ٢ / ٥ و ٤ .
- ١٢- (١٢) نهايه الإحكام ٢ / ٥١٣ .
- ١٣- (١٣) الناسب هو المحدث البحرانى فى الحدائق ١٨ / ٥٩ و ٥٨ .
- ١٤- (١٤) الإستبصار ٣ / ١١٤ .

والسرائر والتحرير (١) والتذكرة والدروس (٢) وجامع المقاصد (١٧) والمسالك (١٨) والروضه (١٩) ،

وهو قوى كما فى التنقيح (٣) والميسيه ، وهو المنقول عن القاضى والحلبى فى أحد قولىه والمنتهى (٤) ... والقول بالكراهه خيره المقنعه والنهايه (٥) والمبسوط والمراسم (٦) والشرائع (٧) والنافع (٨) والإرشاد (٩) والمختلف وإيضاح النافع ، وهو المنقول عن التتقى فى القول الآخر « (١٠) .

وقال أستاذة الشيخ الأكبر كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد : « يحرم عقلاً ونقلاً الاحتكار بالمعنى الأعم - ولو مجازاً - وهو حبس كل ما يحتاجه أرباب النفوس المحترمه ويضطرون إليه ولا مندوحة لهم عنه من مأكول أو مشروب أو ملبوس أو غيرها ، ولا يقتيد هذا بزمان دون زمان ولا بأعيان دون أعيان ولا انتقال بعقد ولا تحديد بحد ، إذ المدار على حصول الإضرار - إلى أن قال قدس سره - : وفى مقابله هذا القول قول بالكراهه ، يعادله بل يقوى عليه فتوى ودليلاً ، ومن أدلته : أصاله الإباحه وقاعده تسليط الملاك على أموالهم يصنعون بها ما شاؤوا و ... « (١١) .

ص: ٢٣٦

- ١- (١٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٥٤ .
- ٢- (١٦) الدروس الشرعيه ٣ / ١٨٠ .
- ٣- (١) جامع المقاصد ٤ / ٤١ .
- ٤- (٢) المسالك ٣ / ١٩١ .
- ٥- (٣) الروضه البهيه ٣ / ٢٩٨ .
- ٦- (٤) التنقيح الرائع ٢ / ٤٢ .
- ٧- (٥) منتهى المطلب ٢ / ١٠٠٦ الطبع الحجرى .
- ٨- (٦) النهايه ٣٧٤ .
- ٩- (٧) المراسم ١٨٢ / ١٨٢ .
- ١٠- (٨) الشرائع ٢ / ١٥ .
- ١١- (٩) المختصر النافع ١٢٠ / ١٢٠ .



وبالجملة ، ظهر من كلمات الأصحاب قدس سرهم قولان حول الإحتكار ، الحرمة والكراهه ، والعمده ملاحظه الأدله الوارده فى المقام ، وعمدتها الروايات .

### الجهه الثالثه : الروايات الوارده حول الإحتكار

#### اشاره

(١)

#### الروايات الوارده فى المقام على طوائف :

#### الطائفه الأولى : ما دلّ على المنع من الإحتكار مطلقاً :

منها : خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون (٢) .

ومنها : مرسله الصدوق قال : نهى أمير المؤمنين عليه السلام عن الحُكره فى الأمصار (٣) .

ومنها : مرسله الرضى رفعه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كتب فى عهده إلى الأشتر النخعى : فامنع من الإحتكار ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم منع منه ، وليكن بيعاً سمحاً بموازين عدل وأسعار لا يجحف بالفريقين من البائع والمبتاع ، فمن قارف حُكره بعد نهيك إياه فنكّل به وعاقبه فى غير إسراف (٤) .

أقول : للنجاشى والشيخ الطوسى سند معتبر إلى هذا العهد الشريف ، فالروايه معتبره الإسناد .

ومنها : مرسله ورام بن أبى فراس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن جبرئيل قال : اطلعت فى النار فرأيت وادياً فى جهنم يغلى ، فقلت : يا مالک لمن هذا ؟ فقال : لثلاثه المحتكرين والمدمنين للخمر والقوادين (٥) .

ص: ٢٣٧

- ١- (١٠) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٦ .
- ٢- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٤ ح ٣ .
- ٣- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٦ ح ٩ .
- ٤- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٧ ح ١٣ .
- ٥- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٦ ح ١١ .

ومنها: خبر الحسن بن أبي الحسن البصرى عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث طويل: ثم مشى حتى دخل سوق البصره، فظفر إلى الناس يبيعون ويشترون، فبكى عليه السلام بكاءً شديداً، ثم قال: يا عبید الدنيا وعمال أهلها إذا كنتم بالنهار تحلفون وبالليل فى فرسكم تنامون وفى خلال ذلك عن الآخرة تغفلون فمتى تحرزون الزاد وتفكرون فى المعاد؟

فقال له رجل: يا أمير المؤمنين إنه لا بد لنا من المعاش، فكيف نصنع؟ فقال أمير

المؤمنين عليه السلام: إن طلب المعاش من حلّه لا يشغل عن عمل الآخرة.

فإن قلت: لا بد لنا من الإحتكار لم نكن معذوراً، فولّى الرجل باكياً، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: أقبل علىّ أزدك بياناً، فعاد الرجل إليه، فقال له: أعلم يا عبد الله أن كلّ عامل فى الدنيا للآخرة لا بدّ أن يوفى أجر عمله فى الآخرة، وكلّ عامل دنياً للدنيا عمالته فى الآخرة نار جهنم. ثم تلا أمير المؤمنين عليه السلام قوله تعالى: «فَأَمَّا مَنْ طَغَى وَآثَرَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا فَإِنَّ الْجَحِيمَ هِيَ الْمَأْوَى» (١)(٢).

أقول: إذا لم يكن المحتكر معذوراً من الإحتكار يعنى أنه فى إحتكاره غير معذور وهو آثم وعاصٍ، فالروايه تدل على حرمه مطلق الإحتكار.

ومنها: مرسله دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كتب إلى رفاعه: أنه عن الحُكره، فمن ركب النهى فأوجعه، ثم عاقبه بإظهار ما احتكر (٣).

ومنها: مرسله أخرى للدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: المحتكر آثم عاصٍ (٤).

ومنها: مرسله ثالثه للدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: كلّ حُكره تضر بالناس وتغلى السعر عليهم فلا خير فيها (٥).

ويمكن المناقشه فى دلالتها على الحرمة، لأنّ ظهور جملة «لا خير فيها» فى الحرمة مشكّل.

ص: ٢٣٨

١- (١) سورة النازعات / (٣٩ - ٣٧).

٢- (٢) أمالى المفيد، المجلس الرابع عشر ح ١١٨ / ٣.

٣- (٣) دعائم الإسلام ٢ / ٣٦ ح ٨٠.

٤- (٤) دعائم الإسلام ٢ / ٣٥ ح ٧٧.

٥- (٥) دعائم الإسلام ٢ / ٣٦ ح ٧٩.

ومنها : مرسله الآمدى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : الإحتكار شيمه الفجّار(١) .

ومنها : مرسله أخرى للآمدى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : كن مقتدراً ولا تكن محتكراً(٢) .

تلك عشره كامله من الروايات الوارده فى النهى عن مطلق الإحتكار ، ومعتبرها سنداً

ما ورد فى ذيل عهد الأشر النخعى ، وأمياً غيرها من الروايات - وأن كانت كلّها من حيث السند ضعيفه - ولكن من تعددها يمكن الوثوق بصدور بعضها من الأئمه عليهم السلام ولو إجمالاً ، فثبت ورود النهى عن مطلق الإحتكار . هذه كلّها الطائفه الأولى .

### الطائفه الثانيه : ما يدل على المنع فى خصوص الطعام مطلقاً

منها : خبر إسحاق بن عمار قال : دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فخبّرتّه أنّه ولد لى غلام ، فقال : ألا سمّيته محمّداً ؟ قال : قلت : قد فعلت ، قال : فلا- تضرب محمّداً ولا تسبّه ، جعله الله قرّه عين لك فى حياتك وخلف صدق من بعدك ، فقلت : جعلت فداك فى أىّ الأعمال أضعه ؟ قال : إذا عدلته عن خمسه أشياء فضعه حيث شئت : لاتسلّمه صيرفياً فإنّ الصيرفى لا يسلم من الربا ، ولا تسلّمه ببيع الأكفان فإن صاحب الأكفان يسره الوباء إذا كان ، ولاتسلّمه ببيع الطعام فإنّه لا يسلم من الإحتكار ، ولا تسلّمه جزّاراً فإنّ الجزّار تُسلب منه الرحمه ، ولا تسلّمه نخاساً فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : شرّ الناس من باع الناس(٣) .

بيع الطعام مكروه لأنّه مظنه الإحتكار الحرام .

منها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحتكر الطعام إلاّ خاطيء(٤) .

ص: ٢٣٩

١- (٦) غرر الحكم ح ٦٠٦ .

٢- (٧) غرر الحكم ح ٧١٣٩ .

٣- (١) الكافى ٥ / ١١٤ ح ٤ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١ / ١١٥ ح ١ .

٤- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٦ ح ١٢ .

ظهور الخطأ في المعصية واضح .

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحتكر الطعام إلا خاطيء (١) .

ومنها : خبر السكوني عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : طرق طائفه من بنى اسرائيل ليلاً عذاباً ، فأصبحوا وقد فقدوا أربعة أصناف : الطبايين والمغنين والمحتكرين للطعام والصيارفه آكله الربا منهم (٢) .

ومنها : معتبره الثمالي بل صحيحته قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : إن الله عزّ و ٢٣٩

جل تطوّل

على عباده بالحبه فسلط عليها القمله ، ولو لا ذلك لخزنتها الملوك كما يخزنون الذهب والفضه (٣) .

ومنها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الله تطوّل على عباده بثلاثه : ألقى عليهم الريح بعد الروح ولولا- ذلك ما دفن حميمٌ حميماً ، وألقى عليهم السلوه ولولا ذلك لأنقطع النسل ، وألقى على هذه الحبه الدابه ولو لا ذلك لكنزها ملوكهم كما يكتزون الذهب والفضه (٤) .

وروى الصدوق نحوها بسنده الصحيح عن هشام بن سالم في الخصال ١ / ١١٢ ح ٨٧ وعلل الشرائع ١ / ٢٩٩ ح ١ . والظاهر أنّ المراد بالريح بعد الروح : ظهور الرائحة الخبيثه بعد الموت وقبض الروح . السلوه : الصبر والنسيان .

ومنها : خبر الأصبع بن نباته قال : سبّ الناس هذه الدابه التي تكون في الطعام ، فقال على عليه السلام : لا تسبّوها ، فوالذي نفسى بيده لولا هذه الدابه لخزنها عندهم كما يخزنون الذهب والفضه (٥) .

ص: ٢٤٠

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ٨ .

٢- (٤) جامع الأحاديث ٩٦ . ونقل عنه في بحار الأنوار ١٠٠ / ٧٩ ح ١١ . ونقل عن البحار في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٣ ح ٢ .

٣- (١) علل الشرائع ١ / ٢٩٩ ح ٢ ورواها في بحار الأنوار ١٠٠ / ٨٧ ح ٣ (٤٢ / ٦٠) .

٤- (٢) المحاسن ٢ / ٣٤ ح ٣٥ .

٥- (٣) المحاسن ٢ / ٣٤ ح ٣٧ .

أقول: رجال السند كلهم ثقات إلا أبا جميله مفضل بن صالح، فلم يثبت توثيقه بل رمى بالضعف، ولذا عبرنا عن الرواية بالخبر. ومنها: مرسله أبي العباس المستغفرى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: من احتكر على المسلمين طعاماً ضربه الله بالجذام والإفلاس (١).

ظهور الرواية في الحرمة واضح، لأن الله عاقبه في الدنيا بالجذام والإفلاس مضافاً إلى عقابه الأخرى.

والحاصل: تقريب دلالة الروايات الثلاث الأخيرة على حرمة احتكار الطعام: كما أن تخزين وتكثير الذهب والفضة منهي عنه في الشريعة المقدسه لقوله تعالى: «الَّذِينَ يَكْتِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ يَوْمَ يُحْمَى عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَى بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وظُهُورُهُمْ هَذَا مَا كَنْزْتُمْ لِأَنْفُسِكُمْ فَذُوقُوا مَا كُنْتُمْ تَكْتِزُونَ» (٢).

فهكذا تخزين واحتكار الطعام والحبوب منه أيضاً منهي عنه في الشريعة المقدسه. وظهور النهى في الحرمة.

أقول: لا يمكن تخصيص هذه المطلقات الواردة في الطعام بالروايات الصحاح الواردة في ذيل قوله تعالى: «وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ» (٣)، حيث فسر الطعام فيها بالعدس والحمص والبقول والحبوب وأشباه ذلك، فراجع إن شئت إلى وسائل الشيعة ٢٤ / ٢٠٣ باب ٥١ من أبواب الأطحمة المحرمة.

لأن الروايات المذكورة هناك فسرت الآية الشريفة ولم ترد في مقام تعيين الطعام مطلقاً، أعنى أنه إذا ذكر الطعام في أى موضع يكون المراد به الحبوب ونحوها، فلذا لا يمكن تخصيص مطلق الطعام بهذه الروايات كما هو ظاهر.

وهكذا لا يمكن تخصيص الروايات المطلقة في الطائفة الأولى بهذه الطائفة الثانية،

ص: ٢٤١

١- (٤) طب النبي صلى الله عليه وآله وسلم / ٢٢ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٥ ح ٩.

٢- (١) سورة التوبة / ٣٥ و ٣٤.

٣- (٢) سورة المائدة / ٥.

أعنى انحصار الإحتكار فى الطعام ، لأنَّ ورود النهى عن احتكار الطعام من أظهر مصاديق الإحتكار بل فرده الشائع والغالب ، ولاحتمال تعدد الحكم ، بأنَّ الإحتكار حرام وفى الطعام أشدَّ حرمةً .

### الطائفة الثالثة : مايدل على التفصيل بين وجود الطعام فى البلد وعدمه

منها : صحيحه سالم الحنات قال : قال لى أبو عبد الله عليه السلام : ما عملك ؟ قلت : حنات ، وربما قدمت على نفاق وربما قدمت على كساد فحبت ، قال : فما يقول من قبلك فيه ؟ قلت : يقولون : محتكر ، فقال : يبيعه أحد غيرك ؟ قلت : ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً ، قال : لا- بأس ، إنما كان ذلكك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام ، وكان إذا دخل الطعام المدينه اشتراه كله ، فمرَّ عليه النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر (١) .

وذكروا فى الرجال سلم الحنات وسالم الخياط وكلاهما ثقتان ولا يبعد الإتحاد ، فالروايه صحيحه الاسناد ، والمراد بالنفاق : الزواج .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن الحُكره ؟ فقال : إنما الحُكره أن تشتري طعاماً وليس فى المصر غيره فتحته ، فإن كان فى المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل (٢) .

ومنها : صحيحه حماد ، روى فيها نحو الحديث الماضى ثم زاد : وقال : وسألته عن الزيت ؟ فقال : إذا كان عند غيرك فلا بأس بإمساكه (٣) .

ومنها : صحيحه أخرى للحلبى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به هل يجوز ذلك ؟ قال : إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به ، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام (٤) .

ص: ٢٤٢

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٨ ح ٣ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٧ ح ١ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٧ ح ٢ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٤ ح ٢ .

ومن المعلوم أنّ الكراهه الواردة في كلماتهم تُحمل على الحرمة المصطلحه ، كما ذهب إليه في نفس الروايه المحدث الخبير صاحب الوسائل .

ومنها : صحيحه سلمه الحنات عن أبي عبد الله عليه السلام قال : متى كان في المصر طعام غير ما يشتريه الواحد من الناس فجائز له أن يلمس بسلمته الفضل ، لأنّه اذا كان في المصر طعام غيره يسع الناس لم يغلّ الطعام لأجله ، وإنّما يغلّو إذا اشترى الواحد من الناس جميع ما يدخل المدينة(١) .

الظاهر أن سلمه الحنات هو نفس سالم أو سلم الحنات أو الخياط أبو الفضل الثقه ، فالسند صحيح .

ومنها : خبر حذيفه بن منصور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : نغد [ فقد ] الطعام على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فأتاه المسلمون فقالوا : يا رسول الله قد نغد الطعام ولم يبق منه شيء إلا عند فلان فمره ببيعه . قال : فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : يا فلان إنّ المسلمين ذكروا أنّ الطعام قد نغد إلا شيء عندك ، فأخرجه وبعه كيف شئت ولا تحبسه(٢) .

ومنها : صحيحه سالم أبي الفضيل قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام إنني أجب الطعام الى

الكوفه فأحبسه رجاء أن يرجع إلى ثمنه أو أربح فيه ، فقال : أنت محتكر وإنّ الحُكره لا تصلح . قال : فسألني هل في بلادك غير هذا الطعام ؟ قال : قلت : نعم كثير . قال : فقال : لست بمحتكر ، إنّ المحتكر أن يشتري طعاماً ليس في المصر غيره(٣) .

سالم أبو الفضيل يحتمل قوياً أن يكون هو سالم أو سلم الحنات الثقه والراوى عنه هو عاصم بن حميد الحنات الثقه ، فالروايه صحيحه الإسناد .

ومنها : مرسله دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال : إنّما الحُكره أن يشتري طعاماً ليس في المصر غيره فيحتكره ، فإن كان في المصر طعام أو متاع غيره ، أو كان كثيراً يجد الناس ما يشترون فلا بأس به ، وإن لم يوجد فإنه يكره أن يحتكر ، وإنّما كان النهي من

ص: ٢٤٣

١- (٤) التوحيد / ٣٨٩ ونقل عنه في جامع أحاديث الشيعة ٢٣ / ١١٦ ح ٥ .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٩ ح ١ .

٣- (١) كتاب عاصم بن حميد الحنات / ٢٦ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٦ ح ١ .

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الحُكره ، أنّ رجلاً من قريش يقال له حكيم بن حزام كان إذا دخل المدينة طعام اشتراه كَلَّه ، فمَرَّ عليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال له : يا حكيم إياك أن تحتكر (١) .

هذه الطائفة من الروايات تدلّ على التفصيل في احتكار الطعام بين وجود الطعام في البلد وعدمه وبين وجود بائع آخر للطعام وانحصاره ، فحكم بحرمة الإحتكار في صورته عدم الطعام في البلد وانحصار البائع به ، وجوازه إذا وُجد الطعام في البلد وكثر بائعه .

وعلى موازين الصناعات الفقهية هذه الطائفة الأخيرة تقيد الروايات الواردة في احتكار الطعام ، فاحتكار الطعام في هاتين الصورتين حرام على سبيل منع الخلو ، يعنى إذا فقد الطعام في البلد أو انحصر البائع بالمحتكر .

### الطائفة الرابعة : ما يدل على التفصيل بين الأيام

منها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الحُكره في الخصب أربعون يوماً وفي الشدّة والبلاء ثلاثة أيام ، فمأزاد على الأربعين يوماً في الخصب فصاحبه ملعون ، ومأزاد على ثلاثة أيام في العسره فصاحبه ملعون (٢) .

ومنها : خبر أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أيما رجل اشترى طعاماً فكبسه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدّق بثمنه لم يكن

كفاره لما صنع (٣) .

الكبس : الجمع .

ومنها : صحيحه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام في حديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : وأمّا الحنّاط فإنّه يحتكر الطعام على أمتي ، ولئن يلقى الله العبد سارقاً أحبّ إليّ من أن يلقاه قد احتكر الطعام أربعين يوماً ، الحديث (٤) .

ومنها : مرسله جعفر بن أحمد القمي عن هشام بن عروه عن أبيه عن جده قال : قال

ص: ٢٤٤

١- (٢) دعائم الاسلام ٢ / ٣٥ ح ٧٨ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٦ ح ٢ .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٣ ح ١ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٥ ح ٦ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٧ ح ٤ .



رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من احتكر فوق أربعين يوماً فإنَّ الجنة توجد ريحها من مسيره خمسمائه عام وإنه لحرام عليه (١).

ومنها : مرسله أبي العباس المستغفرى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : من جمع طعاماً يتربص به الغلاء أربعين يوماً فقد برىء من الله وبرئ منه (٢).

هذه الطائفة تقيد احتكار الطعام فى القحط والغلاء بثلاثة أيام وفى الرخص والخصب والسعه بأربعين يوماً ، فلا بد من الأخذ بها وتقييد احتكار الطعام بهذه الأيام . وذهب إلى هذا التقييد الشيخ فى النهاية (٣) والقاضى ابن البراج كما نقل عنه العلامة فى المختلف (٤) وابن حمزه فى الوسيله (٥).

اللهم إلا- أن يقال : إنَّ هذا التحديد بلحاظ الأعم الأغلب والمدار بتحقيق الضيق والغلاء واحتياج الناس إليه ، ولو لم يتحقق الأربعون فى الرخص أو الثلاثة فى الغلاء . وذهب إليه المفيد فى المقنعه (٦) وأبو الصلاح فى الكافى (٧) وابن زهره فى الغنيه (٨) والشهيد الأول فى

الدروس (٩) والشهيد الثانى فى الروضه (١٠) وبعض أساتيدنا - مد ظله - (١١).

### الطائفة الخامسة : ما يدل على أن الاحتكار إنما هي فى أشياء خاصه

منها : موثقه غياث عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ليس الحكره إلا فى الحنطه والشعير

ص: ٢٤٥

- ١- (٣) الأعمال المانعه من الجنه / ٢٩٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٣ ح ١ .
- ٢- (٤) طب النبى صلى الله عليه وآله وسلم / ٢٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٥ ح ٩ .
- ٣- (٥) النهاية / ٣٧٤ .
- ٤- (٦) مختلف الشيعه ٥ / ٤٠ .
- ٥- (٧) الوسيله ، المطبوع ضمن الجوامع الفقيهيه / ٧٤٥ .
- ٦- (٨) المقنعه / ٩٦ .
- ٧- (٩) الكافى / ٣٦٠ .
- ٨- (١٠) الغنيه / ٢٣١ طبع عام ١٤١٧ .
- ٩- (١) الدروس ٣ / ١٨٠ .
- ١٠- (٢) الروضه البهيه ٣ / ٢٩٩ .
- ١١- (٣) دراسات فى ولايه الفقيه ٢ / ٦٢٩ ، ونظام الحكم فى الإسلام / ٣٨٣ .

والتمر والزبيب والسمن (١).

ومنها : حسنه السكونى عن الصادق عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : الحُكْرَه فى سته أشياء : فى الحنطه والشعير والتمر والزيت والسمن والزبيب (٢).

والروايه حسنه سنداً بحمزه بن محمد العلوى القزوينى شيخ الصدوق .

ومنها : خبر أبى البختري عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أن علياً عليه السلام كان ينهى عن الحُكْرَه فى الأمصار ، فقال : ليس الحُكْرَه إلا فى الحنطه والشعير والتمر والزبيب والسمن (٣).

ومنها : مرسله دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : ليس الحُكْرَه إلا فى الحنطه والشعير والزبيب والزيت والتمر (٤).

ومنها : مرسله أبى العباس المستغفرى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : الإحتكار فى عشره والمحتكر ملعون : البر والشعير والزبيب والذره والسمن والعسل والجبن والجوز والزيت (٥).

الصناعه الفقهيّه تقتضى تقديم الطائفه الخامسه على الطوائف السابقه ، لأنها تحصر الإحتكار المحرّم فى الأشياء الخاصه وأسنادها ودلالاتها تام ، فلا بدّ من الأخذ بها وتقييد غيرها بها ، لا سيما بعد ورود كلمتى « ليس » و « إلا » الواردتين فى رواياتها .

وعلى هذا نذهب إلى حرمة الإحتكار فى الحنطه والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت فقط ولا حرمة فى غيرها ، وكذلك ذهب المشهور من فقهاءنا رضوان الله تعالى عليهم .

إن قلت : قد تُحمل أخبار هذه الطائفه الخامسه على أنّ الأشياء المذكوره كانت عمدته ما يحتاج الناس إليه فى عصر صدور الروايات ، أو أنّها صدرت للنهى عن عمل الخلفاء وعمّالهم فى البلاد فى تلك الأعصار ، لأنهم كانوا يتعرضون لأموال الناس باسم المنع عن الحُكْرَه ، وبالجمله روايات هذه الطائفه ناظره إلى القضايا الخارجيه ولم تصدر بنحو القضيّه

ص: ٢٤٦

١- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٥ ح ٤ .

٢- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٦ ح ١٠ .

٣- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٦ ح ٧ .

٤- (٧) دعائم الإسلام ٢ / ٣٥ ح ٧٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٥ ح ٥ .

٥- (٨) طب النبى / ٢٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٥ ح ٨ .

الحقيقيه ، الداله على الحكم الفقهي الثابت فى الأعصار والأمصار(١) .

قلت : هذا الحمل خلاف ظاهر الروايات ، فإن ظاهرها أنها صدرت من الأئمة عليهم السلام بنحو القضايا الحقيقيه ، وهى تدلّ على الحكم الفقهي الثابت فى الأعصار جيلاً بعد جيل وفى الأمصار نسلًا بعد نسل ، فان بيان الحكم الفقهي الثابت من شؤون الأئمة عليهم السلام لثبوت الولاية التشريعيه عندنا فى حقهم .

وأما إثبات أنها بنحو القضايا الخارجيه فهو خلاف الظاهر ويحتاج إلى القرينه ، وهى مفقوده فى المقام وفى كلامه - مد ظله - .

### الجهه الرابعه : حرمه مطلق الإحتكار

ثم على القول بانحصار حرمه الإحتكار فى الأشياء الستة المذكوره كما هو المختار ، فما حكم الإحتكار فى غيرها من الأشياء التى يحتاج الناس إليها ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - أنه يمكن القول بحرمه إحتكار كل ما يحتاج الناس إليه وتضطر النفوس المحترمه إليه من مأكول أو مشروب أو ملبوس أو دواء أو وسيله أو غيرها .

والدليل على ذلك ليست الروايات الماضيه حيث تم الكلام بأنها تدلّ على حرمه الإحتكار فى الأشياء الستة فقط .

وهكذا ليس دليلنا صحيحتى الحلبي الماضيتين(٢) فى الطائفه الثالثه من الروايات ، لعدم إمكان استفاده التعليل منها فى المقام بحيث يعمّ الحكم ويخصّص به ، كما استدلّ بذلك المحقق الحائرى قدس سره (٣) وبعض أساتيدنا - مد ظله - (٤) فى المقام .

ص: ٢٤٧

١- (١) كما يظهر من دراسات فى ولاية الفقيه ٢ / ٦٤٧ ، ونظام الحكم فى الإسلام / ٣٩٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٤ ح ٢ و ١٧ / ٤٢٧ ح ١ .

٣- (٣) ابتغاء الفضيله فى شرح الوسيله ١ / ١٩٧ .

وهكذا ليس دليلنا قاعدتي نفى الحرج والضرر كما تمسك بهما المحقق الحائري قدس سره (١)، لأن القاعدتين كما قرّر في محلّهما في علم الأصول من القواعد الإمتنانية ورفعت الأحكام بهما ولم يثبت بهما حكم، ولذا لا يمكن إثبات الحرمة بهما كما هو المعلوم المقرّر في محلّه .

وهكذا ليس دليلنا الإضطرار كما تمسك به الفقيه صاحب الجواهر قدس سره (٢) لأن الإضطرار أيضاً من الأدلة الإمتنانية يرفع به الحكم ولا يمكن إثبات الحكم به نحو ما مرّ منّا في قاعدتي نفى الحرج والضرر كما قرّر في محلّه .

بل دليلنا الوحيد الإختلال بالنظام، حيث أنّ إحتكار ما يحتاج الناس إليه مختل بنظام معاشهم، وكلّ ما أوجب اختلال النظام حرام، فالإحتكار حرام، وهذا الدليل عام يشمل مطلق الإحتكار .

وممن وافقنا في نتیجه الإستدلال - يعني حرمة مطلق الإحتكار - من المتأخرين جماعه :

منهم : صاحب الجواهر قدس سره بعد ما ذهب إلى كراهه الإحتكار بذاته وحرمة مع قصد الإضرار بفعله أو بإطباق المعظم عليه ، قال : « بل هو كذلك في كلّ حبس لكلّ ما تحتاجه النفوس المحترمه ويضطرون إليه ولا مندوحة لهم عنه من مأكول أو مشروب أو ملبوس أو غيرها ، من غير تقييد بزمان دون زمان ولا أعيان دون أعيان ولا انتقال بعقد ولا تحديد بحدّ بعد فرض حصول الإضطرار ... » (٣) .

ومنهم : المحقق الحائري قدس سره قال : « إذا فرض الإحتياج إلى غير الطعام من الأمور الضرورية للمسلمين فمقتضى ما تقدم من دلالة دليل الحرج والضرر حرمة ... » (٤) .

ومنهم : بعض أساتيدنا - مدظله - وحّتى ذهب إلى أن تعيين موضوعات الحُكره من شؤون الحاكم بحسب ما يراه من احتياجات الناس في عصره ومجال حكمه (٥) .

ص: ٢٤٨

١- (١) دراسات في ولاية الفقيه ٢ / ٦٤٥ و ٦٥٠ ، ونظام الحكم في الإسلام / ٣٨٩ .

٢- (٢) ابتغاء الفضيله في شرح الوسيله ١ / ١٩٧ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٨١ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٤٨١ .

٥- (٥) ابتغاء الفضيله في شرح الوسيله ١ / ١٩٧ .

## الجهه الخامسة : هل يجبر المحتكر على البيع أم لا ؟

الظاهر إتفاق الأصحاب على أنه يجبر المحتكر على البيع ، حتّى ذهب إليه القائلون بالكراهه فى نفس الاحتكار .

وقال الشيخ الأكبر كاشف الغطاء : « وليس بينه (أى بين الإيجابار على البيع) وبين التحريم ملازمه ولا بينه وبين الكراهه منافاه »(١).

وقال تلميذه فى مفتاح الكرامه : « وقد يُستدل بذلك (أى على الإيجابار على البيع) على التحريم وليس كذلك للاتفاق عليه والإختلاف فى التحريم ، والجبر قد يكون على المحتسب كزياره النبى صلى الله عليه وآله وسلم فتأمل »(٢).

وقد اعترف بثبوت الإيجابار على قولى التحريم والكراهه فى الاحتكار تلميذه الآخر صاحب الجواهر قدس سره فى كتابه(٣).

واعترف به أيضاً الشيخ الأعظم قدس سره فى المكاسب(٤).

فالكلّ يعترفون بلزوم إيجابار المحتكر على البيع حتّى القائلين بالكراهه فى نفس الإحتكار . ذهب إليه المفيد فى المقنعه(٥) والشيخ فى النهايه(٦) والمبسوط(٧) وأبو الصلح الحلبي فى الكافى(٨) وابن حمزه فى الوسيله(٩) وابن إدريس فى السرائر(١٠) والمحقق الحلبي فى الشرائع(١١).

ص: ٢٤٩

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٢٠ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٠٩ / ٤ - (١٢ / ٣٦١ من طبعه جماعه المدرسين) .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٨٥ .

٤- (٤) المكاسب / ٢١٣ - (٤ / ٣٧٣ من الطبعه الحديثه) .

٥- (٥) المقنعه / ٩٦ .

٦- (٦) النهايه / ٣٧٤ .

٧- (٧) المبسوط ٢ / ١٩٥ .

٨- (٨) الكافى / ٣٦٠ .

٩- (٩) الوسيله المطبوع فى الجوامع الفقهيّه / ٧٤٥ .

١٠- (١٠) السرائر ٢ / ٢٣٩ .

١١- (١١) الشرائع ٢ / ٢١ .

والمختصر (١) والعلامة فى القواعد (١٣) والتذكرة (١٤) والشهيد فى الدروس (١٥) ، وغيرهم فى غيرها .

وادعى عليه الإجماع كما فى المذهب البارع (٢) ، ولا كلام فيه كما فى إيضاح النافع (٣) ، رولا نعلم فيه خلافاً كما فى التنقيح (٤) . وقد نفى الخلاف بين الأصحاب فى إجبار المحتكر أصحاب الحدائق (٥) ومفتاح الكرامة (٦) والجواهر (٧) والمكاسب (٨) .

وادعى عليه الإجماع أيضاً الشيخ الأكبر كاشف الغطاء قدس سره حيث قال : « للإجماع المنقول على لسان جماعه والأخبار ... » (٩) وصاحباً الرياض (١٠) والمستند (١١) قدس سرهم .

والحاصل : إن إجبار المحتكر على البيع من قبل أصحابنا إجماعى ولا خلاف فيه حتى القائلين بالكراهه يقولون به ، وتدلّ عليه بعد هذا الإجماع ، الروايات :

منها : خبر ضممه عن على بن أبى طالب عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه صلى الله عليه وآله وسلم : مرّ بالمحتكرين ، فأمر بحكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق ، وحيث تنظر الأبصار إليها ، فقليل لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لو قومت عليهم ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حتى عرف الغضب فى وجهه ،

ص : ٢٥٠

- 
- ١- (١٢) المختصر النافع / ١٢٠ .
  - ٢- (١) القواعد ١ / ١٢٢ .
  - ٣- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٦٨ .
  - ٤- (٣) الدروس ٣ / ١٨٠ .
  - ٥- (٤) المذهب البارع ٢ / ٣٧٠ .
  - ٦- (٥) إيضاح النافع فى شرح مختصر الشرائع للشيخ ابراهيم بن سليمان القطيفى المعاصر للمحقق الكركى ونقل عنه فى مفتاح الكرامة ٤ / ١٠٩ . (١٢ / ٣٦١) .
  - ٧- (٦) التنقيح ٢ / ٤٢ .
  - ٨- (٧) الحدائق ١٨ / ٦٤ .
  - ٩- (٨) مفتاح الكرامة ٤ / ١٠٩ . (١٢ / ٣٦١ من طبعه جماعه المدرسين) .
  - ١٠- (٩) الجواهر ٢٢ / ٤٨٥ .
  - ١١- (١٠) المكاسب للشيخ الانصارى قدس سره / ٢١٣ - (٤ / ٣٧٣ من الطبعه الحديثه) .

فقال : أنا أقوم عليهم ، إنما السعر إلى الله يرفعه إذا شاء ويخفضه إذا شاء(١) .

سند الشيخ إلى ضممه ضعيف ولكن روى الصدوق هذه الرواية بسنده المعتبر عن

غياث بن ابراهيم في كتابه التوحيد(٢) ، ودلالاتها على إجبار المحتكرين على البيع واضح .

ومنها : خبر حذيفه بن منصور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : نفذ الطعام على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فأتاه المسلمون فقالوا : يا رسول الله قد نفذ الطعام ، لم يبق منه شيء إلا عند فلان فمُرَّ ببيعه .

قال : فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : يا فلان إن المسلمين ذكروا أن الطعام قد نفذ إلا شيء عندك ، فأخرجه وبعه كيف شئت ولا تحبسه(٣) .

دلالة الرواية على المطلوب واضحة ولكن سندها ضعيف .

ومنها : مرسله دعائم الاسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه كتب إلى رفاعه : إنّه عن الحُكره ، فمن ركب النهي فأوجعه ثم عاقبه بإظهار ما احتكر(٤) .

### الوجه السادس : التسعير

### الأقوال في التسعير :

المشهور على منع التسعير كما ذهب إليه الشيخ في النهاية(٥) والمبسوط(٦) ، وابن زهره في الغنيه(٧) وابن إدريس في السرائر(٨) والمحقق في الشرائع(٩) والمختصر(١٠) والعلامه في القواعد

ص: ٢٥١

١- (١١) شرح القواعد ١ / ٣٢٠ .

٢- (١) التوحيد / ٣٨٨ ح ٣٣ .

٣- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٤٢٩ ح ١ .

٤- (٣) دعائم الإسلام ٢ / ٣٦ ح ٨٠ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٧ ح ١ .

٥- (٤) النهاية / ٣٧٤ .

٦- (٥) المبسوط ٢ / ١٩٥ .

٧- (٦) الغنيه / ٢٣١ .

٨- (٧) السرائر ٢ / ٢٣٩ .

٩- (٨) الشرائع ٢ / ٢١ .





قال : « ويجبر على البيع ، لا التسعير على رأى »(١) وقال فى التذكرة : « ... فإنه لا يجوز أن يسعّر حاله الرخص عندنا ... وأما حاله الغلاء فكذلك عندنا »(٢) يعنى ذهب قدس سره إلى عدم جواز

التسعير فى حالتى الرخص والغلاء .

ومن المتأخرين السيد الطباطبائى فى رياض المسائل(٣) والشيخ الأعظم فى المكاسب(٤) .

ثم فى قبال المشهور ، القول ، بالجواز وهو خير المفيد فى المقنعه(٥) والديلمى فى المراسم(٦) ، ومال إليه جدنا الفقيه الشيخ الأكبر كاشف الغطاء فى شرح القواعد(٧) .

ثم إن هاهنا قولاً ثالثاً ، وهو جواز التسعير إن أجحف المحتكر فى الثمن ، ذهب إليه ابن حمزه فى الوسيله(٨) والعلامه فى المختلف(٩) ونجله فى إيضاح الفوائد(١٠) والشهيد فى الدروس(١١) واللمعه(١٢) وابن فهد الحلّى فى المقتصر(١٣) والفاضل المقداد فى التنقيح(١٤) والمحقق

ص: ٢٥٢

١- (١٠) القواعد ١ / ١٢٢ - (٢ / ١١ طبع جماعه المدرسين) .

٢- (١١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٦٩ .

٣- (١) رياض المسائل ٨ / ٢٨٨ .

٤- (٢) المكاسب / ٢١٣ - (٤ / ٣٧٣ من الطبعة الحديثه) .

٥- (٣) المقنعه / ٩٦ .

٦- (٤) المراسم / ١٨٢ .

٧- (٥) شرح القواعد ١ / ٣٢٢ .

٨- (٦) الوسيله / ٢٦٠ .

٩- (٧) مختلف الشيعه ٥ / ٤٢ .

١٠- (٨) إيضاح الفوائد ١ / ٤٠٩ .

١١- (٩) الدروس ٣ / ١٨٠ .

١٢- (١٠) اللمعه المطبوع مع شرحه الروضه البهيه ٣ / ٢٩٩ .

١٣- (١١) المقتصر من شرح المختصر - لابن فهد الحلّى ، اختصر فيه شرحه الكبير على المختصر النافع المسمى بالمهذب البارع

ونقل عن المقتصر فى مفتاح الكرامه ٤ / ١٠٩ - (١٢ / ٣٦٢) .

١٤- (١٢) التنقيح الرائع ٢ / ٤٣ .

الكركي في جامع المقاصد (١). والنراقي في المستند (٢) وصاحب الجواهر نفى البعد عن هذا القول (٣).

فالأقوال في التسعير صارت ثلاثة .

أما الروايات

### الروايات تدل على منع التسعير :

منها : معتبره غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام قال : مرّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالمحتكرين فأمر بحُكْرَتِهِمْ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى بَطُونِ الْأَسْوَاقِ وَحَيْثُ تَنْظُرُ الْأَبْصَارُ إِلَيْهَا ، فَقِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ : لَوْ قَوَّمْتَ عَلَيْهِمْ ، فَغَضِبَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حَتَّى عُرِفَ الْغَضَبُ فِي وَجْهِهِ وَقَالَ : أَنَا أَقْوَمٌ عَلَيْهِمْ ؟ ! إِنَّمَا السَّعْرُ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ يَرْفَعُهُ إِذَا شَاءَ وَيُخْفِضُهُ إِذَا شَاءَ .

وقيل لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لو أسعرت لنا سعراً فإنّ الأسعار تزيد وتنقص ، فقال صلى الله عليه وآله وسلم : ما كنت لألقى الله عزّ وجل ببدعه لم يحدث لى فيها شيئاً ، فدعوا عباد الله يأكل بعضهم من بعض (٤) .

سند الروايه تام وظهورها فى عدم جواز التسعير واضح .

ويؤيد عدم جواز التسعير الروايات الوارده : بأنّ الله وكلّ بالأسعار ملكاً يدبرها ، حيث جعل الله أمر السعر بيد ملك وما جعله على يد غيره :

منها : صحيحه أبى حمزه الثمالى عن على بن الحسين عليه السلام قال : إنّ الله تبارك وتعالى وكلّ بالسعر ملكاً يُدبّرُهُ بأمره .

وقال أبو حمزه الثمالى : ذكر عند على بن الحسين عليه السلام غلاء السعر ، فقال : و ما علىّ من غلائه إن غلا فهو عليه وإن رخص فهو عليه (٥) .

ص: ٢٥٣

١- (١٣) جامع المقاصد ٤ / ٤٢ .

٢- (١٤) مستند الشيعة ١٤ / ٥٢ .

٣- (١٥) جواهر الكلام ٢٢ / ٤٨٦ .

٤- (١) التوحيد / ٣٨٨ ح ٣٣ وروى نحوها فى وسائل الشيعة ١٧ / ٤٣٠ ح ١ و ٢ .

٥- (٢) التوحيد / ٣٨٩ ح ٣٤ وروى نحوها فى وسائل الشيعة ١٧ / ٤٣١ ح ٣ و ٤ .

ومنها: خبر محمد بن أسلم عمن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الله عز وجل وكل بالسعر ملكاً، فلن يغلو من قله ولن يرخص من كثره (١).

ومنها: خبر يعقوب بن يزيد عمن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الله وكل بالأسعار ملكاً يدبرها (٢).

ويمكن المناقشه في دلالة هذه الروايات: بأن التسعير إذا كان في مسيره الطبيعي هذه

الروايات ناظره إليه، ولكن إذا خرج من سيره العادي بواسطة الإحتكار والحبس، والقحط والغلاء المصنوعيان، فهذه الروايات لم تنظر إليه. وأشار إلى ما قلناه صدوق الأئمة قدس سره بعد نقل هذه الروايات حيث يقول: « الغلاء هو الزيادة في أسعار الأشياء حتى يُباع الشيء بأكثر مما كان يُباع في ذلك الموضع، والرخص هو النقصان في ذلك، فما كان من الرخص والغلاء عن سعه الأشياء وقتلها فإن ذلك من الله عز وجل ويجب الرضا بذلك والتسليم له، وما كان من الغلاء والرخص بما يأخذ الناس به لغير قله الأشياء وكثرتها من غير رضی منهم به أو كان من جهه شراء واحدٍ من الناس جميع طعام بلدٍ فيغلو الطعام لذلك فذلك من المسعير والمتعدى بشرى طعام المصر كله كما فعله حكيم بن حزام ... » (٣).

ولعل الروايات الواردة (٤) في عدم تسعير النبي يوسف عليه السلام في أيام القحط أيضاً شاهده على ما ذكرنا، حيث كان القحط والغلاء في مصر طبيعياً عادياً ولم يكن صناعياً.

ومن الروايات التي تدل على عدم جواز التسعير: مرسله دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن التسعير، فقال: ما سعر أمير المؤمنين عليه السلام على أحد، ولكن من نقص عن بيع الناس، قيل له: يع كما يبيع الناس وإلا فارفع عن السوق، إلا أن يكون طعامه أطيب من طعام الناس (٥).

ص: ٢٥٤

١- (٣) وسائل الشيعة / ٤٣١ ح ٥ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ٢٥٣ عه ١٧ / ٤٣٢ ح ٦ .

٣- (١) التوحيد / ٣٨٩ .

٤- (٢) راجع وسائل الشيعة ١٧ / ٤٣٢ ح ٧، و ١٧ / ٤٣٣ ح ٩ ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٨ ح ٢ .

٥- (٣) دعائم الاسلام ٢ / ٣٦ ح ٨١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٧٧ ح ١ .

والحاصل : معتبره غياث بن إبراهيم المذكوره فيما مضى يكفى فى الحكم بعدم جواز التسعير من قبل الحاكم . نعم ، عليه أن يلاحظ البيع بحيث لا- يتضرر منه كل من البائع والمشتري كما ورد ذلك فى ما كتب أمير المؤمنين عليه السلام فى عهده إلى الأشر النخعى ، حيث كتب عليه السلام : فامنع من الإحتكار ، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم منع منه ، وليكن البيع بيعاً سمحاً بموازين عدل وأسعار لا يجحف بالفريقين من البائع والمبتاع ، فمن قارف حُكره بعد نهيك إياه فنكّل به وعاقبه فى غير إسراف(١).

وقد مرّ منا أنّ لهذا العهد سنداً معتبراً للنجاشى والشيخ فى فهرستهما(٢).

وبعبارة أخرى : ليس للحاكم الشرعى التسعير ، ولكن ينظر هو بأن لا يجحف بالبائع والمشتري ، وكلّ منهما إن أراد الاجحاف بصاحبه على الحاكم أن يمنعه .

هذا تمام الكلام فى بحث الإحتكار ، والحمد لله ربّ الأسعار .

ص: ٢٥٥

---

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٧ ح ١٣ .

٢- (٥) راجع رجال النجاشى / ٨ الرقم ٥ ، والفهرست للشيخ الطوسى / ٨٨ الرقم ١١٩ .

وهو الفحش وعدم المبالاه بالقول وسوء اللسان وخبثه ، وهو حرام . وتدلل على حرمة - مضافاً إلى الأدله الوارده فى حرمة إيذاء المؤمن وحرمة الفحش - عدّه من الروايات :

منها : صحيحه أبى عبيده الحذاء عن أبى عبد الله عليه السلام قال : الحياء من الإيمان والإيمان فى الجنه ، والبذاء من الجفاء والجفاء فى النار(١) .

ومنها : صحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إذا رأيتم الرجل لا يبالى ما قال ولا ما قيل له فإنه لغيته أو شرك شيطان(٢) .

اللغية : الزنا ، وتشريك الشيطان للانسان فى الأموال يعنى حمله إياه على تحصيلها من الحرام وإنفاقها فيه ، وأما مشاركته له فى الأولاد إدخاله معه فى النكاح إذا لم يسم الله ولكن النطفه واحده . ودلاله الروايه على حرمة عدم المبالاه بالقول واضحه ، وسندها أيضاً صحيح كما مرّ .

ومنها : حسنه أو معتبره سليم بن قيس عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إن الله حرّم الجنه على كلّ فحاش بذيء ، قليل الحياء ، لا يبالى ما قال ولا ما قيل له ، فإنك إن فتشته لم تجده إلا لغيته أو شرك شيطان ، فقيل : يا رسول الله وفى الناس شرك شيطان ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أما تقرأ قول الله عز وجل : «وَشَارِكُهُمْ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ»(٣) الحديث(٤) .

ص: ٢٥٦

١- (١) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٦ ح ٥ - الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس .

٢- (٢) الكافي ٢ / ٣٢٣ ح ٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٦ / ٣٥ ح ١ مع اختلاف .

٣- (٣) سورة الإسراء / ٦٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٥ ح ٢ .

دلالتها على حرمة البذاء واضحه ، وسندها لا بأس به ، لأنّ رجاله كلّهم ثقات إلّا أبان بن أبي عياش لم يرد توثيقه ، ولكن حيث تلقى الأصحاب كتاب سليم بن قيس الهلالي بالقبول

ولم ينقل كتابه إلّا من طريق ابن أبي عياش ، فهذا القبول يدلّ على اعتباره ولأقل من حسنه .

ومنها : خبر الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنّ الفحش والبذاء والسلاطه من النفاق(١) .

السلاطه : شدّه اللسان ، ودلاله الروايه على الحرمة واضحه ، لأنّ النفاق من المحرّمات الشرعيه ، ولكن في سندها ضعف بمحمّد بن سنان على القول بضعفه ، والحسن بن زياد الصيقل لأنّه مجهول أو ضعيف .

ومنها : خبر عبد الله بن القاسم عمّن حدثه قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أرى الرجل من أصحابنا ممّن يقول بقولنا خبيث اللسان ، خبيث الخلطه ، قليل الوفاء بالميعاد ، فيغمّنى غمّاً شديداً ، وأرى الرجل من المخالفين علينا حسن السمّت ، حسن الهدى ، وفتياً بالميعاد ، فاغتمّ لذلك غمّاً شديداً ، فقال عليه السلام : أو تدري لم ذاك ؟ قلت : لا ، قال : إنّ الله تبارك وتعالى خلط الطيبتين فعر كهما ، وقال بيده هكذا راحتيه جميعاً واحده على الأخرى ، ثم فلقهما ، فقال : هذه إلى الجنه وهذه إلى النار ولا أبالي ، فالذى رأيت من خبث اللسان والبذاء وسوء الخلطه وقلة الوفاء بالميعاد من الرجل الذى هو من أصحابكم يقول بقولكم ، فيما إلتطخ بهذه من الطينه الخبيثه وهو عائد إلى طينته ، والذى رأيت من حسن الهدى وحسن السمّت وحسن الخلطه والوفاء بالميعاد من الرجال من المخالفين ، فما إلتطخ به من الطينه الطيبه . فقلت : جعلت فداك فزجت عنّي فرج الله عنك(٢) .

سند الروايه مرسل ، ويمكن المناقشه فى دلالتها على الحرمة أيضاً بما لا يخفى .

ولتفصيل روايات الباب راجع الكافي ٢ / ٢٣٢ والوافى ٥ / ٩٥٣ وبحار الأنوار ٧٦ / ١٠٣ ووسائل الشيعه ١٦ / ٣٤ ومستدرک الوسائل ١٢ / ٨٢ وجامع أحاديث الشيعه

ص: ٢٥٧

- ١- (١) الكافي ٢ / ٣٢٥ ح ١٠ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٨ ح ٢ .
- ٢- (٢) المحاسن ١ / ٢٣٠ ح ٢١ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٣٠ ح ٨ .

والحاصل ، أن الروايات تدل على حرمة البذاء تكليفاً ، وأما أخذ شيء في قبال هذا العمل المحرّم أيضاً حرام بالحرمة الوضعيه ، يعني لا- يجوز أخذ الشيء في قبالة ولا يدخل في ملك القابض ، لقوله تعالى : «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (١) ، وأكل المال في مقابله

هذا الحرام من مصاديق أكل المال بالباطل ، حتّى على ما ذهبنا إليه من أنّ الآية الشريفه تنهى عن أكل المال بالأسباب الباطله ، نحو : القمار والظلم والفحش والربا ، ومنها : البذاء . فأخذ المال في قبال البذاء باطل وفساد وحرام بالحرمة الوضعيه ، فلا يجوز الإكتساب بها ، فينبغى ذكرها في المكاسب المحرّمه كما ذكرنا ، لا- سيما مع خلو حرف الباء من عنوانٍ ، ويأتى منّا عنوان « الهُجر » - وهو الفحش - في محلّه . والحمد لله رب المحامد كلّها .

ص : ٢٥٨

يقع البحث في جهات :

### الجهه الأولى : حكم حرفه المشاطه

لا بأس بكسب المشاطه و عملها ، وتدلّ عليه عدّه من الروايات المعتمره :

منها : صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث أم حبيب الخافضه - قال : وكانت لأمّ حبيب أخت يقال لها : أمّ عطيه - وكانت مقينه - يعنى ماشطه - فلما انصرفت أمّ حبيب إلى أختها فأخبرتها بما قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأقبلت أمّ عطيه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته بما قالت لها أختها ، فقال لها : أدن مني يا أمّ عطيه إذا أتت قيتن الجاريه فلا تغسلي وجهها بالخرقه ، فإنّ الخرقه تشرب ماء الوجه (١) .

الروايه صحيحه الاسناد . الثقيّن : التزيّن ، المقينه : المزينه . دلالتها على جواز التقيّن وتزيّن المرأه واضحه ، حيث لم ينه النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمّ عطيه عن عملها بل أوصتها فقط بعدم اغتسالها وجه المرأه بالخرقه .

ومنها : خبر ابن أبي عمير عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : دخلت ماشطه على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال لها : هل تركت عملك أو أقمت عليه ؟ فقالت : يا رسول الله أنا أعمله إلا أن تنهاني عنه فأنتهى عنه ، فقال : إفعلى ، فإذا مشطت فلا تجلى الوجه بالخرق فإنّه يذهب بماء الوجه ، ولا تصلى الشعر بالشعر (٢) .

دلالتها على جواز عمل المشاطه واضحه ، حيث لم ينه النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن عملها بل نهاها عن الفعلين فقط ، و لكن سند الروايه ضعيف بعلى بن احمد بن أشيم ، لأنّه مجهولٌ ، وفيها أيضاً إرسالٌ .

ص: ٢٥٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٣١ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٣١ ح ٢ .



ومنها : خبر القاسم بن محمد الجوهري عن علي بن أبي حمزه البطائني قال : سألته عن إمرأه مسلمه تمشط العرائس ليس لها معيشه غير ذلك وقد دخلها ضيق ؟ قال : لا ، بأس ولكن

لا تصل الشعر بالشعر(١).

الظاهر : المروى عنه هو موسى بن جعفر عليه السلام ، ولكن الروايه ضعيفه ومضمرة من حيث السند ، وأما دلالتها على جواز مشاطه فواضحه .

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال عليه السلام : لا بأس بكسب الماشطه ما لم تشارط وقبليت ما تعطى ولا تصل شعر المرأه بشعر إمرأه غيرها ، وأما شعر المعز فلا بأس بأن توصله بشعر المرأه(٢).

الروايه تدلّ على جواز كسبها ، وأما النهي عن إشتراطها الأجره فكالنهي كذلك في حقّ الحجام لا- تدلّ أزيد من كراهه إشتراطهما الأجره ، ولكن في سندها إرسال وإضمار .

ومنها : خبر سعد الإسكاف عن أبي جعفر عليه السلام قال : سُئل عن القرامل التي تصنعها النساء في رؤوسهنّ يصلنه بشعورهنّ ؟ فقال : لا بأس على المرأه بما تزينت به لزوجها ، الحديث(٣).

الروايه تدلّ على جواز تزين المرأه لزوجها ، والتزين يمكن أن يكون بعملها مباشره ويمكن أن يكون بعمل غيرها ، وتلك الغير ليست إلا الماشطه ، فيجوز عمل الماشطه ، فإذا كان عملها جازياً ، كذلك يجوز لها أخذ الأجره عليه ، ولكن في سندها ضعف .  
والحاصل : عمل المشاطه في نفسها لا بأس به ويجوز أخذ الأجره عليه .

## الجهه الثانيه : حكم الأعمال الأربعة

### إشاره

قد وردت في عدّه من الروايات النهي عن « الوصل » و « النمص » و « الوشم » و « الوشر » فلا بدّ من البحث حول هذه الأعمال الأربعة :

ص: ٢٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٣٢ ح ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٣٣ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠ / ١٨٧ ح ٢ الباب ١٠١ من أبواب مقدمات النكاح .

إن كان المراد به ما ورد في بعض الروايات من تفسير الواصلة بالفاجره والموصوله بالقواد ، فحرمته من الضروريات بين المسلمين :

منها : خبر سعد الإسكاف عن أبي جعفر عليه السلام قال : سئل عن القرامل التي تصنعها النساء في رؤوسهنَّ يصلنه بشعورهنَّ ؟ فقال : لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها . قال :

فقلت : بلغنا أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لعن الواصلة والموصوله ، فقال : ليس هناك ، إنّما لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الواصلة والموصوله التي تزني في شبابها ، فلما كبرت قادت النساء إلى الرجال ، فتلك الواصلة والموصوله (١) .

ومنها : معتبره إبراهيم بن أبي زياد الكرخي قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الواصلة والمستوصلة ، يعني : الزانية والقوادة (٢) .

سند الرواية لا يبعد حسنه ، لأنّ الحسين بن إبراهيم بن أحمد بن هشام المكتب ، شيخ الصدوق ، لو لم يكن ثقة لا أقل من حسنه ، وأمّا إبراهيم بن أبي زياد الكرخي أيضاً لا يبعد حسنه ، وأمّا غيرهما من رجال السند فكلّهم ثقات ، فالرواية لا يبعد أن تكون حسنه سنداً .

ومنها : مرسله عمار الساباطي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّ الناس يروون : أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لعن الواصلة والموصوله ، قال : نعم ، قلت : التي تمتشط وتجعل في الشعر القرامل ؟ قال : فقال لي : ليس بهذا بأس ، قلت : فما الواصلة والموصوله ؟ قال : الفاجره والقوادة (٣) .

فمع ورود هذا التفسير لا يبد من حمل روايات اللعن الوارده في شأن الواصلة والموصوله بالفاجره والقوادة . وليس فيه عجب ، خلافاً لابن حنبل - لما ذكر له ذلك - قال : « ما سمعت

ص: ٢٤١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٧ ح ٢ - و ١٧ / ١٣٢ ح ٣ .

٢- (٢) معاني الأخبار / ٢٥٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٨ ح ٤ .

بأعجب من ذلك» . كما نقل عنه ابن الأثير في نهايته (١) والعلامة المجلسي قدس سره في مرآة العقول (٢) وملاذ الأخيار (٣) .

وأما إن كان المراد بالوصل ما ورد في تفسير علي بن غراب من أنّ «الواصله التي تصل شعر المرأة بشعر إمرأه والمستوصله التي يفعل ذلك بها» (٤) .

وفيه : أولاً : عدم حجيه تفسير وفهم علي بن غراب لنا .

وثانياً : بورود الروايات المذكوره فيما مضى علي خلاف تفسيره كما مرّت .

وثالثاً : من المحتمل أن ابن غراب أخذ تفسيره هذا من العامه ، كما أنّ مضمونه روى في سنن البيهقي (٥) .

ورابعاً : علي فرض إعتبار تفسيره ، لا بدّ من حملة علي الكراهه جمعاً بينه وبين غيره من الروايات ، لأنّ الروايات الوارده في حكم وصل الشعر علي طوائف الثلاث :

الطائفة الأولى : تدل علي الجواز مطلقاً ، نحو : خبر سعد الإسكاف (٦) ومرسله عمار الساباطي (٧) المتقدمتين .

والطائفة الثانيه : تدل علي المنع مطلقاً ، نحو : خبر ابن أبي عمير عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (٨) وخبر علي بن أبي حمزه البطائني (٩) الماضيين .

والطائفة الثالثه : تدل علي التفصيل بين وصل الصوف وشعر المعز وشعر المرأة بنفسها وبين المرأة الأخرى ، فحكمت بالجواز في الأولى وبعدمه في الثانيه ، نحو :

ص: ٢٦٢

١- (٤) النهايه ٥ / ١٩٢ .

٢- (٥) مرآة العقول ١٩ / ٧٩ .

٣- (٦) ملاذ الأخيار ١٠ / ٣٤٢ .

٤- (٧) معاني الأخبار / ٢٥٠ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٧ / ١٣٣ ح ٧ .

٥- (١) سنن البيهقي ٧ / ٣١٢ كتاب القسم والنشوز ، باب ما لا يجوز للمرأة أن تترين به .

٦- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ / ١٨٧ ح ٢ .

٧- (٣) وسائل الشيعه ٢٠ / ١٨٨ ح ٤ .

٨- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٣١ ح ٢ .

٩- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٣٢ ح ٤ .

خبر عبد الله بن الحسن قال : سألته عن القرامل ، قال : وما القرامل ؟ قلت : صوف تجعله النساء في رؤوسهن ، قال : إذا كان صوفاً فلا بأس ، وإن كان شعراً فلا خير فيه من الواصلة والموصولة(١).

والرواية تدلّ على جواز وصل الصوف بشعرها ولكن نفت جواز وصل الشعر بشعرها مطلقاً ، ولكن في سندها ضعف وإضمار .

ومنها : خبر ثابت بن سعيد قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن النساء يجعل في رؤوسهن القرامل ، قال : يصلح الصوف وما كان من شعر امرأه لنفسها ، وكره للمرأة أن تجعل القرامل من شعر غيرها ، فإن وصلت شعرها بصوف أو بشعر نفسها فلا يضرّها(٢) .

دلالتها على التفصيل واضحه ، ولكن في سندها ضعف لأن ثابتاً مجهولٌ .

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال عليه السلام : لا بأس بكسب الماشطه ما لم تشارط وقبلت ما تعطى ، ولا تصل شعر المرأة بشعر إمرأه غيرها ، وأما شعر المعز فلا بأس بأن توصله بشعر المرأة(٣) .

والرواية تدلّ على التفصيل ، ولكن في سندها إرسال وإضمار .

ومقتضى الجمع بين الروايات الجواز بالنسبه إلى وصل الصوف أو شعر الحيوانات نحو المعز وشعر المرأة نفسها بشعرها ، وأما وصل شعر المرأة الأخرى بشعرها فلا يجوز ، إلا أن الأصحاب ذهبوا في وصل شعر المرأة الأخرى بشعرها إلى الكراهه نحو : الشيخ في الخلاف(٤) والعلامة في المنتهى(٥) والشيخ الأعظم في المكاسب(٦) وصاحب الجواهر قدس سرهم في كتابه(٧).

ص: ٢٤٣

١- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٢ ح ٥ .

٢- (٧) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٧ ح ١ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٣ ح ٦ .

٤- (٢) الخلاف ١ / ٤٩٢ المسألة ٢٣٤ من الصلاة .

٥- (٣) منتهى المطلب ١ / ١٨٤ من كتاب الطهاره ، المقصد الخامس البحث الثاني - (٣ / ٣١٦ من الطبعة الحديثه) .

٦- (٤) المكاسب المحرمه ٢١ - (١ / ١٦٩ من الطبعة الحديثه) .

٧- (٥) جواهر الكلام ٢٢ / ١١٤ .

وتلميذه السيد على بحر العلوم رحمهم الله في برهان الفقه (١) والمحقق الإيرواني في حاشيه المكاسب (٢) والمحقق الأردكاني في غنيه الطالب (٣) وشيخنا الأستاذ - مدظله - في إرشاد الطالب (٤) وبعض أساتذتنا - مدظله - في دراساته (٥) . ولكن استشكل الفقيه السبزواري قدس سره في استفاده الكراهه من الروايات (٦) ، وهكذا قبله الفقيه السيد اليزدي قدس سره ذهب إلى الكراهه ثم استشكل فيه وقال : « ومن ذلك يظهر أنّ الحكم بالكراهه في المذكورات أيضاً مشكّل ، إلا من باب قاعده التسامح العقلي أو الشرعي بملاحظه النبوي بعد دعوى ظهورها في المرجوحيه في حدّ نفسه

فيصدق البلوغ ... » (٧) .

أما المحقق الخوئي قدس سره فقد ذهب إلى الجواز مطلقاً حتّى في وصل شعر المرأه الأخرى بشعرها ، لضعف ما دلّت على الكراهه سنداً ، ولذا قال : « ولكنّها جميعاً ضعيفه السند ، وإذن فمقتضى الأصل هو الجواز مطلقاً » (٨) . وتبعه تلميذه في عمده المطالب (٩) ، وقبلهما ذهب إلى الجواز العلامه الحلي قدس سره في تذكرته حيث قال : « وإذا لم يحصل تدليس بالوصل ، لم يكن به بأس » (١٠) . وما ذكره العلامه الحلي والمحقق الخوئي « قدس سرهما » تام ، وإن كان الأحوط الذهاب إلى الكراهه في وصل شعر المرأه الأخرى بشعرها موافقه للمشهور وعملاً برواياتها .

## العمل الثاني : النمص

وهو حفّ الشعر ونتفه فما حكمه ؟ تدلّ على عدم جواز النمص خبر علي بن غراب عن

ص: ٢٤٤

- ١- (٦) برهان الفقه / كتاب التجاره / ٣٩ من الطبع الحجري .
- ٢- (٧) حاشيه المكاسب ١ / ١١٨ .
- ٣- (٨) غنيه الطالب ١ / ١٠٧ و ١٠٦ .
- ٤- (٩) إرشاد الطالب ١ / ١١٣ .
- ٥- (١٠) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٤٧٩ .
- ٦- (١١) مهذب الأحكام ١٦ / ٧٧ .
- ٧- (١) حاشيه المكاسب / ١٥ - (١) / ٩٣ من الطبعه الحديثه) .
- ٨- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٠٣ .
- ٩- (٣) عمده المطالب ١ / ١٥٧ للفقيه السيد تقى بن حسين الطباطبائي القمي - مدظله - .
- ١٠- (٤) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٣ .

جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم التامصه والمنتمصه والواشره والمستوشره والواصله والمستوصله والواشمه والمستوشمه .

بانضمام تفسير علي بن غراب قال : التامصه التي تنتف الشعر من الوجه والمنتمصه التي يفعل ذلك بها . والواشره التي تشر أسنان المرأه وتفلجها وتحددها ، والمستوشره التي يفعل ذلك بها . والواصله التي تصل شعر المرأه بشعر امرأه غيرها ، والمستوصله التي يفعل ذلك بها . والواشمه التي تشم وشماً في يد المرأه أو في شيء من بدنها ، وهو أن تغرز يديها أو ظهر كفها أو شيئاً من بدنها بإبره حتى تؤثر فيه ثم تحشوه بالكحل أو بالنوره فيخضر ، والمستوشمه التي يفعل ذلك بها (١) .

وقد مرّ منّا ضعف سند الروايه وعدم حجيه تفسير علي بن غراب وعدم إفتاء الأصحاب على مدلولها فلا تفيد شيئاً في المقام ، مضافاً إلى ورود الروايات بجوازها :

منها : صحيحه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن المرأه ،

أتحف الشعر عن وجهها ؟ قال : لا بأس (٢) .

ومنها : خبر علي بن جعفر أنه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن المرأه تحف الشعر من وجهها ؟ قال : لا بأس (٣) .

ولا يبعد إتحاد الروايتين .

ومنها : مرسله أبي بصير قال : سألته عن قصه النواصي تريد المرأه الزينه لزوجها وعن الحفّ والقراطل والصوف وما أشبه ذلك ؟ قال : لا بأس بذلك كله (٤) .

قال بعض أساتيدنا في ذيل الروايه : « القصه : بضم القاف ، الخصله من الشعر ، وقصه النواصي : الخصله من الشعر تجمع في الناصيه للزينه ، نحو ما هو المتعارف في عصرنا

ص: ٢٤٥

١- (٥) معاني الأخبار / ٢٤٩ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٣ ح ٧ .

٢- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٩ ح ٦ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٣ ح ٨ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٩ ح ٥ .

أيضاً «(١)» .

فمع ورود صحيحه على بن جعفر الماضيه فى جواز حفّ الشعر و نطفه فلا مجال إلا الإفتاء بها والحكم بجوازه .

### العمل الثالث والرابع : الوشم والوشر

وقد مرّ خبر على بن غراب وتفسيره فى الوشم والوشر آنفاً ، وقد مرّ منّا أيضاً إشكالنا فيه .

وأما خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : الواشمه والموتشمه والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه وآله وسلم (٢) .

فيمكن أن يُستدل به على عدم جواز الوشم ، لأنّ ظهور اللعن فى الحرمة واضح .

وفيه : أولاً : قد يقال : الروايه ضعيفه سنداً بمحمد بن سنان وإن وثقه المفيد قدس سره فى الإرشاد(٣) واعتمد عليه المجلسى قدس سره فى الوجيزه(٧) ومال إلى الإعتماد عليه جدنا من طريق الأئمّ حجه الإسلام الشفتى رحمه الله فى رسائله الرجاليه(٤) وجدنا الأعلى العلامة الشيخ محمّد تقى قدس سره صاحب هدايه المسترشدين فى فقهه « تبصره الفقهاء »(٥) ونحن أيضاً نذهب إلى وثاقته واعتباره .

وثانياً : لم يفت أحد من الأصحاب بالحرمة فيهما لهاتين الروايتين ، فلا يمكن الإفتاء عليهما . وغايه ما يمكن أن يقال فيهما ، القول بالكراهه و دون إثباتها خرط القتاد .

ص: ٢٦٦

١- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمه ٢ / ٤٨٠ .

٢- (٥) الكافي ٥ / ٥٥٩ ح ١٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ٢٠ / ٢٣٩ ح ١ - الباب ١٣٧ من ابواب مقدمات النكاح .

٣- (٦) الارشاد ٢ / ٢٤٨ .

٤- (١) الوجيزه / ١٦١ الرقم ١٦٩١ .

٥- (٢) الرسائل الرجاليه / (٦٣٧ - ٦٠٩) .

ذهب جدنا الشيخ الأكبر الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره إلى جمع آخرين الروايات الظاهرة في الحرمة نحو خبر علي بن غراب وغيرها وبين الروايات المجوزة : بأن هذه الأعمال جائزه إذا كانت للزوج ، ومحرمه إذا كانت لغيره ، قال قدس سره بعد ذكر تفسير ابن غراب في النبوى : « ... ويخصّص أمثاله بما كان لغير الزوج ونحوه ، لما دلّ على استحباب التزيّن له بأنواع الزينه وعلى خصوص الوصل بالشعر . ولا عيب في الصلاه من جهته كما ظنّ ، فيخصّص المنع بالتدليس ، ومع تنقيح المناط يعمّ كلّ تدليس ، ولا يُشترط إذن الزوج إلا فيما يخشى منه النقص في محاسن الزوجه بانهدام أسنانها أو ضرر في بدنها ونحو ذلك ، وأما المالک فيلزم استثنائه مطلقاً» (١).

وتبعه بعض أساتيدنا - مدظله - في غير الوصل ، فقال : « وأما الخصال الثلاث الأخر فهي من أوضح مصاديق الزينه ، فإن وقعت بقصد التدليس أو بقصد جذب الفساق من الأجانب - على ما كانت تصنعه الفواجر - كانت محرّمه بلا إشكال ، وإلا فلا وجه لحرمتها بل ولا - كراهتها ، ولا - سيما فيما إذا تزّنت بها المرأة لزوجها وأخفتها عن الأجانب ، بل يمكن القول بحسنها عقلاً واستحبابها شرعاً في هذه الصورة ، لإعفاف الزوج وإقناعه وكفّنه عن المحرّمات ، وعلى ذلك استقرت سيره العقلاء بل والملتشرعه أيضاً ، وتحمل أخبار النهي واللعن على موارد التدليس وقصد الفساد أو المعرضيّة لهما ، ولا سيما بعد تفسير الوصل فيها بالقياده التي لا إشكال في حرمتها ، فتدبر » (٢).

أقول : هذا الجمع حسن متين ترضى النفس به ، وأما إخراج الوصل عن بقيه الأمور كما صنعه الأستاذ - مدظله - غير تام على ما يخطر بالبال ، وقبلهما ذهب إلى هذا الجمع المحقق البحراني قدس سره في الحدائق (٣) . وهذا تمام الكلام في حكم هذه الأعمال ، والحمد لله العالم بالأحكام والأحوال .

ص: ٢٤٧

١- (٣) تبصره الفقهاء ١ / ١٨١ .

٢- (١) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٤٨٤ .

٣- (٢) الحدائق ١٨ / ١٩٥ و ١٩٧ .



قال فى الحدائق : « والمراد بذلك : ما إذا أرادت تزويج إمراه برجل ومثله بيع أمه ، بأن تستر عيوبها وتظهر لها محاسن ليست فيها ، كتحمير وجهها ووصل شعرها ونحو ذلك مما يوجب رغبه الزوج فى تزويجها أو المالك فى شرائها » (١).

هذا الكلام من صاحب الحدائق قدس سره يبين لنا محط نظر الأصحاب فى البحث ، وهو : إرادته الماشطه المدلسه تزويج المراه أو بيع الأمه ، يعنى يصدق على نفس فعل الماشطه التدليس . وبعبارة أخرى : الماشطه هى التى تريد تزويج المراه أو بيع الأمه بالتدليس ، والشاهد على ما ذكرنا ملاحظه كلمات أصحابنا قدس سرهم فى المقام ، نحو :

١ - المحقق الأردبيلي قدس سره قال : « المراد تدليس المراه التى تريد تزويج امراه برجل أو بيع أمه ، بأن تستر عيبتها وتظهر ما يحسنها من تحمير وجهها ووصل شعرها مع عدم علم الزوج والمشتري بذلك » (٢).

٢ - قال الفقيه السيد على الطباطبائي فى الرياض : « تدليس الماشطه بإظهارها فى المراه محاسن ليست فيها من تحمير وجهها ووصل شعرها ونحو ذلك إرادته منها تزويج كسادها » (٣).

يعنى أرادت الماشطه بنفسها تزويج كسادها .

٣ - وقال الفاضل النراقي قدس سره : « تدليس الماشطه بإظهارها فى المراه محاسن ليست فيها لتزويج كسادها ... » (٤).

٤ - وقال الفقيه صاحب الجواهر : « تدليس الماشطه مثلاً للإمرأه على خطابها والجاريه على مشتريها بإظهار حسن ليس فيها وإخفاء قبحها كتحمير وجهها ووصل شعرها ونحو ذلك » (٥).

ص: ٢٤٨

١- (٣) الحدائق ١٨ / ١٩٤ .

٢- (٤) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٣ .

٣- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٧٢ .

٤- (١) مستند الشيعه ١٤ / ١٧١ .

٥- (٢) الجواهر ٢٢ / ١١٣ .

٥ - وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم قدس سره : « ومن أفراد الغش تدليس الماشطه بفعل ما ترى المرأه لخاطبها أو الأمه لمشتريها فى محاسن ليست فيها واقعاً كتحمير وجهها وتسويد شعرها وغير ذلك مع فرض حصول الغش والتدليس به ، فيحرم لحرمة الغش ويلزمه حرمة عوض العمل ... » (١).

والغرض من نقل كلمات هؤلاء وهم من أساطين الفقه ، أنّ محط البحث والكلام فى مورد تدليس واقع على يد الماشطه ، وهى عالمه قاصده به ، مضافاً إلى هذه التصريحات تدلّ عليه بيانهم بأنّ ذكر الماشطه وقع على سبيل المثال ، ولو أنّ المرأه بنفسها قامت بهذا التدليس فعملها أيضاً محرّم ولذا قال المحقق الأردبيلى : « بل ولو فعلت المرأه بنفسها ذلك كذلك » (٢) ، ونحوه عبارته ثانى الشهيدين فى كتابه المسالك (٣) كما نقل عنه فى مفتاح الكرامه (٤) .

وقال المحقق البحرانى : « والظاهر أنّ ذكر الماشطه فى كلامهم إنّما مخرج التمثيل وإلاّ لو فعلت المرأه بنفسها ذلك للغرض المذكور فالظاهر أنّ الحكم فيها كذلك » (٥) .

فعلى ما ذكرنا بطوله من كلمات الأصحاب ظهر لك أنّ محلّ البحث فى تدليس الماشطه أعنى فعل التدليس الذى وقع على يد الماشطه كما يُشعر بذلك عنوان البحث ، ولذا لم يرد عليهم ما ذكره المحقق الإيروانى : « أنّ الماشطه لا ينطبق على فعلها غشّ ولا تدليس ، إنّما الغشّ

والتدليس يكون بفعل من يعرض المغشوش والمدلس فيه على البيع ، نعم الماشطه أعدت المرأه لأنّ يغشّ بها ، وحالها كحال الحائك الذى بفعله تعدّد العمامه لأنّ يدلس بلبسها وكفعل السبحة المعدّ لها لأنّ يدلس بالتسبيح بها رياءً » (٦) .

ص: ٢٤٩

١- (٣) برهان الفقه / كتاب التجاره / ٣٩ .

٢- (٤) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٣ .

٣- (٥) مسالك الأفهام ٣ / ١٣٠ .

٤- (٦) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٨ - (١٢ / ١٩٤ من طبعه جماعه المدرسين) .

٥- (٧) الحدائق ١٨ / ١٩٤ .

٦- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١١٧ .

واستجوده المحقق الخوئي في تقارير بحثه (١).

ولكن قد عرفت أنّ المحقق الإيرواني قدس سره أخرج كلام الأصحاب عن مورده ثم استشكل عليه ، والحق ما ذكرناه .

ثم بعد ظهور محل الكلام في البحث لابد من ذكر الأدلة التي أقيمت على حرمه تدليس الماشطه فنقول :

الدليل الأول : الإجماع قام على تحريم تدليس الماشطه :

أول من ادعى عليه الإجماع المحقق الأردبيلي (٢) ثم تبعه أصحاب الرياض (٣) والمستند (٤) وشرح القواعد (٥) ومفتاح الكرامه (٦) والجواهر (٧) وحاشيه المكاسب (٨) .

وفيه : أولاً : تحصيل الإجماع في كلمات القدماء من أصحابنا مشكل ، وهو الحجه في المقام .

وثانياً : يحتمل أن يكون الإجماع مدركياً وكون مدركهم الدليل الآتي .

الدليل الثاني : الغش والتدليس حرام بالروايات الصحاح ، وهذا العمل من الماشطه أيضاً تدليس ، فهذا العمل حرام .

ويأتي منّا أدله حرمه الغش في بحثه إن شاء الله تعالى ، ولم يرد في خصوص تدليس الماشطه روايه خاصه كما اعترف به المحقق البحراني قدس سره في الحدائق (٩) ، ولا نحتاج إليه بعد

ص: ٢٧٠

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ١٩٨ .

٢- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٨٣ .

٣- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٧٢ .

٤- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ١٧١ .

٥- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٢ للشيخ الأكبر كاشف الغطاء .

٦- (٧) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٨ - (١٢ / ١٩٣ من طبعه جماعه المدرسين) .

٧- (٨) الجواهر ٢٢ / ١١٣ .

٨- (٩) حاشيه المكاسب / ١٥ للفقيه الطباطبائي اليزدي (١ / ٩١) .

٩- (١٠) الحدائق ١٨ / ١٩٤ .

دخول فعلها في التدليس والغش الثابت حرمتها بالروايات الصحاح .

فعلى ما ذكرنا ظهر ما في كلام الفقيه اليزدي قدس سره من الحكم بالحرمة على فعل الماشطه مع قصد التدليس(١) .

والوجه في ذلك : أنّ التدليس والغش فعل خارجي لا يحتاج إلى القصد والنية ، فلو أنّ شخصاً لم يقصد التدليس والغش ولكن صدق على فعله أنّه غشّ أو دلّس كان فعله محرّماً ، والأمر في الماشطه أيضاً كذلك .

وبالجملة ، تدليس الماشطه بما أنّه تدليس وغشّ يشمل الأدله العامه في حرمة الغش فهو حرام . هذا كلّ إذا صدق على فعل الماشطه أنّها تغش أو تدلّس ، بأن تصدى هي بنفسها لتزويج المرأه أو بيع الأمه .

ولكن إذا لم تتصد الماشطه ذلك للتزويج أو البيع ، والولى أو المرأه بنفسهما تصدياً للتزويج والمالك تصدى لبيع أمته ، والماشطه مشغوله بفعلها يعنى المشاطه والتزوين فقط . فحينئذ تاره تعلم الماشطه بأن يُغشّ أو يُدلّس بفعلها وتاره لا تعلم ، فعلى فرض علمها يمكن الحكم بحرمة فعلها على القول بحرمة الإعانه على الإثم مطلقاً ، وقد مرّ منّا الإشكال في ذلك .

وعلى فرض عدم علمها لا يمكن الحكم بالحرمة مطلقاً ، لعدم الدليل عليها .

### فرع مستحدث

ظهر ممّا ذكرنا في حكم تدليس الماشطه ، حكم العمليه الجراحيه البلاستيكيه المعموله في عصرنا هذا على وجوه النساء وأعضائهنّ وحتى على فروجهنّ من تضييقه وتحسينه وترميم بكارته ، من عدم حرمة هذه العمليه من هذه الجبهه إلا إذا صدق عليها عنوان الغش والتدليس ، وهو لا يصدق على فعل الجراح إلا في موارد نادره كما لا يخفى .

وهذا تمام الكلام في بحث تدليس الماشطه والحمد لله أولاً وآخراً وهو العالم بأحكامه .

ص: ٢٧١

**إشارة**

قد تعرّض الشيخ الأعظم قدس سره (١) تحت هذا العنوان لمسألتين :

١ - تزيين الرجل بالحرير والذهب .

٢ - تشبّه الرجل بالمرأه وعكسه ولذا نبحت عنهما في مقامين :

**المقام الأوّل : تزيين الرجل بالحرير والذهب**

**إشارة**

هل المحرّم على الرجل عنوان التزيّن بالحرير والذهب أو لبسهما فلو لم يصدق التزيين ؟ لأنّ بينهما عموم وخصوص من وجه ، قد يصدق الزينه ولا يصدق اللبس كما إذا خيط بالحرير أو الذهب الثوب ، أو شدّ الأسنان بالذهب أو تعليق الساعه على اللباس بالذهب ، وقد يصدق اللبس ولا يصدق الزينه كلبسهما تحت الألبسه وتختم الرجل بالذهب للتجربه والإمتحان ، وقد يصدق اللبس والزينه معاً كمن لبس لباساً من الحرير خاصه أو الحرير والذهب ممزوجاً ونحوهما . فلا بدّ من ملاحظه الأدله في المقام حيث ثبت أنّ المحرّم فيها عنوان التزيين أو اللبس أو كليهما ، ولذا نبحت عنها في جهتين :

**الجهه الأولى : أدله حرمة الحرير إلا ما استثنى على الرجال**

الدليل الأوّل : أدعى المحقق الأردبيلي قدس سره الإجماع على حرمة التزيين بهما للرجال وهكذا في المسأله الثانيه أعنى التشبّه ، ولكن استشكل فيه بقوله : « والإجماع غير ظاهر فيما قيل » (٢) .

ولكن ادعى الفقيه السيد على الطباطبائي قدس سره الإجماع على حرمة تزيين الرجل

ص: ٢٧٢

١- (١) المكاسب ١ / ١٧٣ .

٢- (٢) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٥ .

بالذهب وإن قلّ والحريز إلا ما استثنى (١)، وهكذا الفاضل النراقي (٢).

وذهب صاحب الجواهر إلى الإجماع بين المسلمين في عدم جواز لبس الحريز المحض

للرجال، وإلى الإجماع عندنا في عدم جواز الصلاة فيه إذا كان ممّا تتمّ به الصلاة (٣).

فالدليل الأول على حرمة الحريز على الرجال هو الإجماع بين المسلمين والفريقين.

وفيه: ثبوت إتفاق الفقهاء من العامه والخاصه على حرمة الحريز للرجل متحقق، ولكن هل هذا على نحو اللبس أو التزيين غير معلوم، هذا أولاً.

وثانياً: تحصيل الإجماع المحصّل في المقام مشكل كما مرّ من المحقق الأردبيلي قدس سره.

وثالثاً: الإجماع على فرض ثبوته مدركي ومأخذه الروايات الواردة في المقام، فلا يفيد الإجماع شيئاً ولا بدّ من ملاحظه الروايات.

الدليل الثاني: الروايات تدلّ على حرمة لبس الحريز على الرجل.

منها: معتبره محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا يصلح لباس الحريز والديباج، فأما بيعهما فلا بأس (٤).

بقريته الحكم والموضوع وغيرها من الروايات، فإن الرواية تدلّ على حرمة لبس الحريز والديباج على الرجل مطلقاً، يعني في حال الصلاة وغيرها. والسند قوى ومعتبر.

ومنها: خبر جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام إنّه كان يكره أن يلبس القميص المكفوف بالديباج، ويكره لباس الحريز ولباس الوشي [القسى]، ويكره الميثره الحمراء فإنّها ميثره إبليس (٥).

والرواية تدلّ على حرمة لبس الحريز والديباج على الرجل، ومن المعلوم أنّ الكراهه في لسان الأئمة عليهم السلام تحمل على الحرمة.

ص: ٢٧٣

١- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٧٣ .

٢- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٧٣ .

٣- (١) الجواهر ٨ / ١١٤ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٣٦٨ ح ٣ - الباب ١١ من أبواب لباس المصلي .

٥- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٠ ح ٩ .

والوشى فى اللغة : تحسين الشىء وتزيينه(١) ، ولباس الوشى لعله كان لباساً فى تلك الأعصار يزئونه بالحرير ، وتظهر من مكاتبه الحميرى أنه يعمل من قزو أبريسم(٢) . وأما إذا كان لباس القسى - كما فى نسخه - فالمراد به ثيابٌ يوتى بها من اليمن كما فى معجم مقاييس اللغة(٣) أو ثياب فيها حرير تجلب من مصر ، نسبة إلى قريه تصنع بها كما فى لسان العرب(٧) ، ولم

ينقل لنا كفيته ولكن الظاهر أنه أيضاً يصنع من الحرير والديباج بقريته عطفه فى كلامه عليه السلام بلباس الحرير .

وأما الميثره : شىء يحسن بقطن أو صوف ويجعله الراكب تحته ، وجمعه مياثر ومؤاثر(٤) . وعلى هذا المعنى لابد من حمل النهى عن الميثره الحمراء على الكراهه كما هو واضح .

وبالجملة ، الروايه تدلّ على حرمة لبس الحرير والديباج على الرجال ، ولكن سندها ضعيف بقاسم بن سليمان ، لأنّ الرجاليين توقفوا فيه ولم يوثقوه .

ومنها : معتبره مسعده بن صدقه عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهاهم عن سبع خصال : منها لباس الإستبرق والحرير والقز والأرجوان(٥) .

والروايه تدلّ حرمة لبس الحرير ، لأنّ النهى ظهوره فى الحرمة ، والسند لا بأس به .

ومنها : معتبره إسماعيل بن الفضل عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا يصلح للرجل أن يلبس الحرير إلا فى الحرب(٦) .

النهى يدلّ على حرمة لبس الحرير للرجال ، والإستثناء يدلّ على جوازه فى الحرب .

ص: ٢٧٤

١- (٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١١٤ / ٦ .

٢- (٥) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٥ ح ٨ الباب ١٣ من أبواب لباس المصلى .

٣- (٦) معجم مقاييس اللغة ١٠ / ٥ .

٤- (١) لسان العرب ٦ / ١٧٥ .

٥- (٢) مجمع البحرين ٣ / ٥٠٩ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧١ ح ١١ .

وسند الروايه معتبر بعبد الله بن محمد بن عيسى أخى أحمد الثقه ، وعبد الله كان معتمداً عليه ، وإسماعيل بن الفضل هو الهاشمى الثقه .

ومنها : موثقه ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا يلبس الرجل الحرير والديباج إلا فى الحرب(١) .  
ظهور النهى فى الحرمة واضح ، ولكن فى سند الروايه إرسال .

ومنها : موثقه سماعه بن مهران قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لباس الحرير والديباج ، فقال : أما فى الحرب فلا بأس به وإن كان فيه تماثيل(٢) .

فى هذه الموثقه إشعار بأن فى غير الحرب به بأس ، يعنى يحرم فى غير الحرب .

ومنها : مرسله الصدوق قال : لم يطلق النبى صلى الله عليه وآله وسلم لبس الحرير لأحد من الرجال إلا لعبد الرحمن بن عوف وأنه كان رجلاً قميلاً(٣) .

دلالتها على حرمة لبس الحرير للرجال واضحة ، ولكن فى سندها إرسال .

ومنها : صحيحه زراره قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام ينهى عن لباس الحرير للرجال والنساء إلا ما كان من حرير مخلوط بخزّ لحمته أو سداه خزّ أو كتان أو قطن ، وإنما يكره الحرير المحض للرجال والنساء(٤) .

الروايه تدلّ على حرمة لبس الحرير المحض للنساء والرجال ، ولكن النساء خرجنّ بواسطه غيرها من الروايات من هذه الحرمة الى الجواز وبقي الرجال فى الحكم بالحرمة .

وبالجملة ، هذه الروايات كما ترى تدلّ على حرمة لبس الحرير للرجال فقط ولم يرد فيها عنوان التزيين ، فما حرم على الرجال لبس الحرير المحض وبطلت صلاتهم فيها كما تدلّ عليه الروايات(٥) . نعم استثنى لهم ما لا تتمّ الصلاة فيه كالقلنسوه ونحوها .

ص: ٢٧٥

١- (٤) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧١ ح ١ الباب ١٢ من أبواب لباس المصلى .

٢- (٥) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٢ ح ٢ .

٣- (١) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٢ ح ٣ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٢ ح ٤ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ٤ / ٣٧٤ ح ٥ - الباب ١٣ من أبواب لباس المصلى .



تدلّ عدّه من الروايات على حرمه لبس الذهب على الرجال :

منها : موثقه روح بن عبد الرحيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لأمير المؤمنين عليه السلام : لا تتختم بالذهب فإنه زينتك في الآخرة (١).

نهى صلى الله عليه وآله وسلم عن التختم بالذهب ، والتختم من أظهر مصاديق الزينه وإن صدق في لسان العرب عليه اللبس ، والتعليل أيضاً فيه إشعار بحرمه هذا التزيين في الدنيا . وسند الروايه موثق ، لأن المراد بغالب بن عثمان هو المنقرى الثقه وإن كان واقفياً بقرينه روايه ابن فضال عنه وروايته عن روح بن عبد الرحيم ، فالروايه موثقه سنداً به وبابن فضال .

ومنها : خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام : أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لعليّ عليه السلام : إنني أحبّ

لك ما أحبّ لنفسى وأكره لك ما أكره لنفسى ، لا تتختم بخاتم ذهب فإنه زينتك في الآخرة ، الحديث (٢).

ومنها : خبر حنان بن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعليّ عليه السلام : إياك أن تتختم بالذهب ، فإنه حليتك في الجنة ، وإياك أن تلبس القسي (٣).

ومنها : خبر جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تجعل في يدك خاتماً من الذهب (٤).

ومنها : معتبره عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : لا يلبس الرجل الذهب ولا يصلّي فيه ، لأنه من لباس أهل الجنة (٥).

هذه الروايه تدلّ على حرمه لبس الذهب على الرجال وبطلان الصلاه فيه وسندها معتبر .

ص: ٢٧٦

١- (٤) فراجع وسائل الشيعه ٣٧٦ / ٤ الباب ١١ من أبواب لباس المصلّى .

٢- (١) وسائل الشيعه ٤ / ٤١٤ ح ٦ .

٣- (٢) وسائل الشيعه ٤ / ٤١٦ ح ١١ .

٤- (٣) وسائل الشيعه ٤ / ٤١٣ ح ٢ .

٥- (٤) وسائل الشيعه ٤ / ٤١٣ ح ٤ .

ومنها: خبر موسى بن أكييل النميري عن أبي عبد الله عليه السلام في الحديد: إنّه حليه أهل النار والذهب أنّه حليه أهل الجنة، وجعل الله الذهب في الدنيا زينه النساء، فحرّم على الرجال لبسه والصلاه فيه، الحديث (١).

في الروايه إشعار بحرمة التزين بالذهب على الرجال، والتلبس به من أحد مصاديقه.

ومنها: معتبره مسعده بن صدقه عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام: أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهاهم عن سبع، منها: التختّم بالذهب (٢).

ومنها: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن الرجل هل يصلح له أن يتختّم بالذهب؟ قال: لا (٣).

الظاهر أن النهي في عدم جواز التختّم بالذهب بعنوان أحد مصاديق التزين والتحلي

به، ولا نرى الفرق بين التختّم بالذهب وغيره من الحلّي والزينه. وسند الروايه صحيح، لأنّ لصاحب الوسائل سنداً صحيحاً إلى كتاب على بن جعفر العريضي قدس سره.

ومنها: خبر البراء بن عازب قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن سبع وأمر بسبع، نهانا أن نتختّم بالذهب وعن الشرب في آنيه الذهب والفضه وقال: من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة، وعن ركوب المياثر، وعن لبس القسيّ، وعن لبس الحرير والديباج والإستبرق، وأمرنا باتباع الجنائز وعياده المريض وتسميت العاطس ونصره المظلوم وإفشاء السلام وإجابه الداعى وإبراء القسم (٤).

سند الروايه ضعيف بعدّه من الضعاف والمجاهيل.

ومنها: خبر ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال في حجه الوداع: إنّ من أشراط القيامة إضاعه الصلاه - إلى أن قال: - فعند ذلك تحلّى ذكور أمتي بالذهب ويلبسون الحرير والديباج، الحديث (٥).

ص: ٢٧٧

١- (٥) وسائل الشيعه ٤ / ٤١٤ ح ٥.

٢- (٦) وسائل الشيعه ٤ / ٤١٥ ح ٩.

٣- (٧) مسائل على بن جعفر العريضي / ١٦٢ ح ٢٥١ ونقل عنه في وسائل الشيعه ٤ / ٤١٥ ح ١٠.

٤- (١) وسائل الشيعه ٤ / ٤١٥ ح ٨.

٥- (٢) وسائل الشيعه ١٥ / ٣٤٨ ح ٢٢ - الباب ٤٩ من أبواب جهاد النفس.

ومنها : خبر جابر الجعفي عن الباقر عليه السلام أنه قال : ليس على النساء أذان ولا إقامه إلى أن قال : ويجوز للمرأة لبس الديباج والحرير في غير صلاه وإحرام وحرم ذلك على الرجال إلا في الجهاد ، ويجوز أن تتختم بالذهب وتصلّي فيه وحرم ذلك على الرجال [ إلا- في الجهاد ] ، قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : يا علي لا- تتختم بالذهب فإنه زينتك في الجنه ، ولا تلبس الحرير فإنه لباسك في الجنه ، الحديث (١).

ومنها : مرسله دعائم الإسلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى الرجال عن حليه الذهب ، قال : هي حرام في الدنيا (٢).

ومنها : مرفوعه القطب الراوندي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه خرج وفي إحدى يديه ذهب والأخرى حرير وقال : إن هذين محرمان على ذكور أمتي ، حل لأناثها (٣).

ظاهر هذه الروايات بقربنه تناسب حكمها وموضوعها أن التزيين والتزين بالذهب

والتلبس به على الرجال حرام ، ولا تنحصر الحرمة بالتلبس بالذهب فقط بخلاف الحرير ، فإن التلبس به كان على الرجال حراماً . وأما الذهب حرمة لا تنحصر بالتلبس بل تشمل التزيين أيضاً . ويؤيد ما ذكرنا قوله تعالى : «جَنَّاتٌ عَدْنٍ يَدْخُلُونَهَا يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ» (٤).

حيث جعل الله تعالى الذهب حلّي أهل الجنه وزينتهم وجعل لباسهم الحرير . والروايات أيضاً أشارت إلى الآيه الشريفه حيث ورد فيها : « فإنه (أى الذهب) زينتك في الآخره أو في الجنه » .

وبالجملة ، مدار الحرمة في الذهب على التزيين والتلبس معاً على الرجال وفي الحرير على اللبس فقط عليهم .

فعلى ما ذكرنا تمت الحرمة التكليفية الوارده في كلام صاحب العروه قدس سره لا الحرمة

ص: ٢٧٨

١- (٣) الخصال ٢ / ٥٨٨ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ٣ / ٢١٨ ح ٥ .

٢- (٤) دعائم الاسلام ٢ / ١٦٤ ح ٥٨٨ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ٣ / ٢١٨ ح ٣ .

٣- (٥) مستدرك الوسائل ٣ / ٢١٩ ح ٦ .

٤- (١) سورة فاطر / ٣٣ .

الوضعيه ، حيث يقول في المسأله ٢٣ من شرائط لباس المصلى : « ... نعم إذا كان زنجير الساعه من الذهب وعلقه على رقبته أو وضعه في جيبه لكن علق رأس الزنجير يحرم ، لأنه تزيين بالذهب ولا تصح الصلاه فيه أيضاً» (١).

لأننا استفدنا حرمة التزيين بالذهب على الرجال من الروايات ، وأما الحرمة الوضعيه بالنسبه إلى الصلاه - يعنى بطلانها - فيدور مدار لبس الذهب وصدق عنوان الصلاه فيه ، يعنى إذا صدق أنه صلى في الذهب كانت صلاته باطله . وفي صدق التلبس وإقامه الصلاه فيه فى مثل تعليق الزنجير الذى ذكره فى هذه المسأله مشكل جداً بل منع ظاهر . كما وافقنا فى هذا الفرض بعض المحشين للعروه ، نحو : بعض أساتيدنا - مد ظله - (٢) والسيد السيستانى (٣) - مد ظله - وقبلهما تنظر السيد الحكيم قدس سره فى بطلان الصلاه (٤) . وأما شدّ الأسنان بالذهب فلا يصدق عليه عنوان التزيين عرفاً ، وعلى فرض صدقه عرفاً فهو مقام العلاج ويكون من الضرورات التى تبيح المحظور ، مضافاً إلى ورود روايه صحيحه تجوز شدّ الأسنان بالذهب ،

وهى :

صحيحه محمد بن مسلم قال : رأيت أبا جعفر عليه السلام يمضغ علكاً ، فقال : يا محمد نقضت الوسمه أضراسى فمضغت هذا العلك لأشدّها ، قال : وكانت استرخت فشدّها بالذهب (٥) .

والروايه بقريته تناسب الحكم والموضوع وعدم الفرق بين الأضراس وغيرها من الأسنان تشمل الأسنان البارزه أيضاً ، فيجوز شدّ الأسنان بالذهب مطلقاً إذا كان الشدّ فى مقام العلاج ، والله العالم .

هذا تمام الكلام فى المقام الأوّل والمسأله الأولى .

ص: ٢٧٩

١- (٢) العروه الوثقى / المسأله ٢٣ من شرائط لباس المصلى .

٢- (٣) التعليقه على العروه الوثقى ١ / ٢٦١ .

٣- (٤) العروه الوثقى مع تعليقه السيد السيستانى ٢ / ٥١ .

٤- (٥) العروه الوثقى ٢ / ٣٤٣ طبع جماعه المدرسين بقم المقدسه مع ١٥ حاشيه من أعلام الفقهاء والمراجع .

٥- (١) وسائل الشيعه ٢ / ٩٣ ح ٣ - الباب ٤٩ من أبواب آداب الحمام . و ٤ / ٤١٦ ح ١ الباب ٣١ من أبواب لباس المصلى .

هل المحرّم على الرجل والمرأه تزيى أحدهما بزى الآخر فى اللباس والزينه وظهوره فى المجتمع بهيئه الآخر ، أو المحرّم عليها اللواط والمساحقه ، أو التزى التى مآلها إلى الإرتباطات الجنسيه المنحرفه لأنهما من أظهر مصاديق التأنت والتذكر ؟ فلا بدّ من مراجعه روايات الباب حتّى يظهر الجواب :

فمنها : خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم - فى حديث - لعن الله المحلل والمحلل له ، ومن تولّى غير مواليه ، ومن ادعى نسباً لا يعرف ، والمتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال ، ومن أحدث حدثاً فى الإسلام أو آوى محدثاً ، ومن قتل غير قاتله أو ضرب غير ضاربه(١) .

الروايه تدلّ على حرمة مطلق تشبه الرجل والمرأه بالآخر ، ومنها : التشبه بالزى واللباس والهيئه والجنسيه وغيرها ، كما اعترف بهذه الدلاله عدّه من الأعلام منهم : الفقيه السيد محمد كاظم الطباطبائى(٢) والمحقق الإيروانى(٣) وناقش فيها الشيخ الأعظم(٤) والمحقق

الخوئى(٥) قدس سرهم .

نعم ، جواز اشتغال الرجل بأعمال المرأه نحو الغزل والخياطه وتغسيل الثوب وتنظيف البيت والكنس ، واشتغالها بأعماله نحو : البيع والشراء والسقى والزرع والحصد والأعمال التى تقع فى خارج البيت ، لا ينتقض علينا ، لأنّ خروج هذه الإشتغالات من محلّ البحث تخصصاً واضح ، ولم يذهب فقيه إلى حرمتها بإطلاق حرمة التشبه ، فلا يتم ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره فى

ص: ٢٨٠

١- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٤٨ ح ١ الباب ٨٧ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٣) حاشيه المكاسب / ١٦ - (١) / ٩٩ من الطبعه الحديثه) .

٣- (٤) حاشيه كتاب المكاسب ١ / ١٢٢ .

٤- (٥) المكاسب المحرمه / ٢٢ - (١) / ١٧٤ من الطبعه الحديثه) .

٥- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٠٨ .

المقام ، فراجع تمام كلامه فى مصباحه(١) .

وأما ضعف سندها فمنجبر بالشهره كما اعترف به الفقيه اليزدى قدس سره (٢) .

ومنها : معتبره بل موثقه عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آباءه عليهم السلام عن على عليه السلام أنه رأى رجلاً به تأنيث فى مسجد رسول الله ، فقال له : أخرج من مسجد رسول الله يا من لعنه رسول الله ، ثم قال على عليه السلام : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال(٣) .

وفى حديث آخر : أخرجوهم من بيوتكم فإنهم أقدر شئ(٤) .

الروايه تدلّ على حرمه تشبّه الرجل بالمرأه وعكسه مطلقاً ، واختصاصها باللواط واضح المنع ، لعدم لزوم خروج الملوّط من مسجد رسول الله وعدم إمكان الإتيان بالفعل الشنيع فيه ، فظهور الروايه فى الرجل الذى تشبّه بالنساء فى الزى والهيهه واللباس والزينه ونحوها ثابتٌ .

وأما سندها موثق أو معتبر أقلّ ، لأنّ جلاله ووثاقه الصدوق ووالده ومحمد بن يحيى ومحمد بن أحمد وأحمد بن أبى عبد الله البرقى واضح ، وأما أبو الجوزاء فهو منبه بن عبد الله الثقه ، والحسين بن علوان الكلبى أيضاً ثقّه أو معتبر ، نعم فى مذهبه خلاف من أنه عامى أو هو من الخاصه مع ثبوت وثاقه أخيه الحسن وكونه إمامياً . وعمرو بن خالد الواسطى ثقّه وقد يقال بأنّه من العامه ، ولكنّه بالزبديه أقرب من العامه ، لأنّ أكثر ما يروى عن زيد بن على بن

الحسين عليهم السلام .

فالظاهر أنّ السند بنظرنا القاصر موثق أو معتبرٌ ولا أقل من حسنه ، فلا إشكال فى السند ، والدلاله أيضاً معلومه . فالروايه تدلّ على حرمه مطلق التشبه .

ومنها : موثقه أو معتبره أخرى لعمرو بن خالد عن زيد بن على عن آباءه عليهم السلام عن

ص: ٢٨١

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٠٨ .

٢- (٣) حاشيه المكاسب / ١٦ ، (١ / ١٠٠ من الطبعه الحديثه) .

٣- (٤) علل الشرائع / ٦٠٢ ح ٦٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٤ ح ٢ و ٢٠ / ٣٣٧ ح ٩ .

٤- (٥) علل الشرائع / ٦٠٢ ح ٦٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٥ ح ٣ و ٢٠ / ٣٣٨ ح ١٠ .

على عليه السلام قال : كنت مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالساً في المسجد حتى أتاه رجل به تأنيث ، فسلم عليه فردّ عليه ، ثم أكب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في الأرض يسترجع ، ثم قال : مثل هؤلاء في أمتي ، إنه لم يكن مثل هؤلاء في أمه إلا عُذبت قبل الساعة(١) .

دلالة هذه الرواية على حرمة مطلق التشبه مشكّل ، ولمستشكل أن يقول : إنّ المراد بالتأنيث كون الرجل ملوطاً . ولكن الصحيح أن كونه ملوطاً من أظهر مصاديق التأنيث ، لا أنّ التأنيث منحصر به .

نعم ، لا إطلاق في الرواية حتى تدلّ على حرمة مطلق التشبه كما مرّ .

ومنها : خبر جابر بن يزيد الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال : لا يجوز لها (أى للمرأة) أن تشبه بالرجال ، لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لعن المتشبهين من الرجال بالنساء ولعن المتشبهات من النساء بالرجال(٢) .

ودلالتها على حرمة مطلق التشبه واضح ، ولكن في سندها ضعف .

ومنها : خبر عروه بن عبد الله بن قشير [ بشير ] قال : دخلت على فاطمة بنت علي بن أبي طالب عليه السلام وهي عجوزه كبيره وفي عنقها خرز وفي يدها مسكتان ، فقالت : يكره للنساء أن يتشبهن بالرجال ، الحديث(٣) .

الرواية أقوى شاهد على ما ذكرنا ، حيث استفادت بنت أمير المؤمنين عليه السلام ، فيها تزيينها مع كبر سنّها من حرمة تشبه النساء بالرجال من ترك الزينه وتعطيلها ، وهذه الإستفاده إحدى مصاديق التشبه . وفي سندها ضعف ظاهر .

لا يقال : إنّ هذه الرواية مقطوعة لم تنقل عن المعصوم شيئاً ، فلا تفيدنا في المقام .

لأننا نقول : نعم هذه الرواية مقطوعة ولم تنقل من المعصوم شيئاً ، ولكن يظهر منها أنّ

حرمة تشبه النساء بالرجال أمرٌ متسالم عليه بين المسلمين في تلك الأعصار ، ولذا استدلت واحتجّت فاطمة بنت أمير المؤمنين عليه السلام على ما في الرواية على عدم تعطيلها وتركها للزينة

ص: ٢٨٢

١- (١) علل الشرائع/٢/٦٠٢ ح ٦٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧/٢٨٥ ح ٤ و ٢٠/٣٣٨ ح ١١ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ٣/ ٢٤٦ ح ١ - الباب ٩ من أبواب أحكام الملابس .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ٣/ ٢٤٦ ح ٣ .

بأن ترك الزينه وتعطيلها للنساء كان أمراً منهيّاً عنه في الشريعه المقدسه ، لأنها من مصاديق تشبّه النساء بالرجال ، وهو حرام .

فإذا صار تشبّه النساء بالرجال حراماً ، كان عكسه - يعنى تشبّه الرجال بالنساء - أيضاً حراماً ، لعدم القول بالفصل .

فهذه الروايه دلت على حرمه مطلق التشبّه .

ومنها : خبر أبى هريره قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المختنين [ من الرجال المتشبهين بالنساء ، والمترجلات من النساء المتشبهات بالرجال ، الحديث (١) ] .

دلالة الروايه على الإطلاق مشكل ، وفي سندها ضعف ظاهر .

ومنها : خبر جبير بن نقيير الحضرمي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لعن الله من أمنت الملائكه على رجل تأنث وامرأه تذكّرت ، الحديث (٢) .

دلالتها وسندها كالروايه السابقه .

ومنها : مرسله الطبرسي رفعه عن أبى أمامه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : أربع لعنهم الله من فوق عرشه وأمنت عليه ملائكته : الذى يحصر نفسه فلا يتزوج ، ولا يتسرّى لثلاث يولد له ، والرجل يتشبه بالنساء وقد خلقه الله ذكراً ، والمرأه تشبهه بالرجال وقد خلقها الله أنثى (٣) .

دلالتها على حرمه مطلق التشبّه تام ، ولكن فى سندها إرسالٌ .

ومنها : مرسله دعائم الاسلام رفعها عن الصادق عليه السلام أنّه قال : إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى النساء أن يكنّ معطلات من الحلى ، ولا يتشبهن بالرجال ، ولعن من فعل ذلك منهنّ (٤) .

الروايه تدلّ على حرمه مطلق تشبّه النساء بالرجال ومنها ، تعطيلهنّ الزينه والحلى كما مرّ منّا فى ذيل روايه عروه بن عبد الله الماضيه ، ولكن فى سندها إرسالٌ .

وأما ما ورد فى بعض الروايات من تفسير تشبّه النساء بالرجال بالمساحقه ، وتفسير

ص: ٢٨٣

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٠٢ ح ١ الباب ٧٠ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٠٣ ح ٣ .

٣- (٣) مجمع البيان ٤ / ١٤٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٠٣ ح ٢ .

٤- (٤) دعائم الاسلام ٢ / ١٦٣ ح ٥٨٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٧ ح ٤ .



تشبه الرجال بالنساء باللواط ، مضافاً إلى ضعف سندها ، ذكرت فيها إحدى مصاديق هذا التشبه لا أنها انحصرت التشبه بهما فقط أو ذكرت فيها أظهر مصاديق التشبه . كما ذهب إليه شيخنا الأستاذ - مد ظله - من احتمال أنها أقوى مراتب التشبه ، لا - تمام مراتبه (١) .

أضف إلى ذلك ما لو كان المراد بالتشبه ما وردت هكذا ، فما الفرق بين مدلول هذه الروايات والروايات الواردة في حرمه اللواط والمساحقه ؟ فلا بد حينئذٍ عدّها منهنّ ، مع أنّ ظاهر روايات التشبه إفادته معنى أعم منها كما بيّناه .

وأما الروايات التفسير اثنتان :

إحداهما : خبر يعقوب بن جعفر قال : سألت رجلاً أبا عبد الله عليه السلام أو أبا إبراهيم عليه السلام عن المرأة تساحق المرأة ، وكان متكئاً فجلس وقال : ملعونه ملعونه الراكبه والمركوبه وملعونه حتى تخرج من إثوابها ، فإنّ الله وملائكته وأوليائه يلعنونها ، وأنا ومن بقى في أصلاب الرجال وأرحام النساء ، فهو والله الزنا الأكبر ، ولا والله ما لهنّ توبه ، قتل الله لاقيس بنت إبليس ماذا جاءت به . فقال الرجل : هذا ما جاء به أهل العراق . فقال : والله لقد كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قبل أن يكون العراق ، وفيهنّ قال رسول الله : لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء ولعن المتشبهين من الرجال بالنساء (٢) .

وأخراهما : رواه أبو خديجه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال ، وهم المختنون واللاتى ينكحن بعضهن بعضاً (٣) .

وتؤيد ما ذكرنا من أنّ المساحقه واللواط من أظهر مصاديق التشبه لا أنها تنحصر بهما ، الروايات الواردة في النهي عن تشبه كلّ من المرأة والرجل بالآخر في اللباس نذكر بعضها :

منها : موثقه سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجزّ ثوبه ، قال : إننى لأكره

ص: ٢٨٤

١- (١) ارشاد الطالب ١ / ١١٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ / ٣٤٥ ح ٥ الباب ٢٤ من أبواب النكاح المحرّم .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠ / ٣٤٦ ح ٦ .

أن يتشبه بالنساء<sup>(١)</sup> .

لا يخفى أنّ هذه الروايه رواها أيضاً صاحب مكارم الأخلاق<sup>(٢)</sup> مرسلًا كما نقل عنه في الوسائل<sup>(٣)</sup> ، ولكن رواها هنا مسنداً عن الكافي الشريف<sup>(٤)</sup> .

ولا تنافى بين ما ذكرنا وعدم إفتاء الأصحاب بالحرمة في إسبال الثوب وجزّه ، لأننا استفدنا من التشبيه الوارد في الروايه فقط من أنّ الامام عليه السلام شبه الرجل الذى جرّ ثوبه بالنساء وقال عليه السلام : « إنى لأكره أن يتشبه بالنساء » ، فيظهر أن التشبه يمكن أن يكون فى اللباس ونحوه من الزينه والزى والهيئه والجنسيه وغيرها ، ويمكن أن يكون بعض مصاديق التشبه المكروه إذا كانت ضعيفه ، نحو جرّ الثوب ، وبعض مراتبها محرّمه إذا كانت قويّه شديدته نحو السحق واللواط .

ومنها : مرسله الطبرسى صاحب مكارم الأخلاق رفعه عن أبى عبد الله عليه السلام عن آباءه عليهم السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يزرّ الرجل أن يتشبه بالنساء وينهى المرأة أن تتشبه بالرجال فى لباسها<sup>(٥)</sup> .

دلالة الروايه على حرمة تشبه كلّ من الرجل والمرأة بالآخر فى اللباس تامه ، فما ذكره الشيخ الأعظم من أنّها تدلّ على الكراهه<sup>(٦)</sup> غير تام .

ويمكن أن يُستدل لما ذكرناه من الحرمة فى المقام بالروايات الوارده فى لباس الشهره ، ولعلّ أوّل من استدلّ بها على ما بدا لى بعد فحصى فى هذه العجاله جدنا الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره فى شرحه على القواعد<sup>(٧)</sup> ، وتبعه بعده أعلام تلاميذه وغيرهم منهم : السيد

ص: ٢٨٥

- ١- (٤) وسائل الشيعه ٥ / ٤٢ ح ٤ . الباب ٢٣ من أبواب أحكام الملابس .
- ٢- (١) مكارم الأخلاق / ١١٨ .
- ٣- (٢) وسائل الشيعه ٥ / ٢٥ ح ١ . الباب ١٣ من أبواب أحكام الملابس .
- ٤- (٣) الكافي ٦ / ٤٥٨ ح ١٢ .
- ٥- (٤) مكارم الأخلاق / ١١٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ٥ / ٢٥ ح ٢ .
- ٦- (٥) المكاسب المحرمه / ٢٢ - (١ / ١٧٥ من الطبعة الحديثه) .
- ٧- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٣ .

الطبائبي في الرياض (١) والفاضل النراقي في المستند (٢) والسيد العاملي في مفتاح الكرامه (٣) وصاحب الجواهر (١٠) وتلميذه السيد علي آل بحر العلوم في برهان الفقه (١١) قدس سرهم .

بتقريب : أنه أفتى الأصحاب بحرمه لباس الشهره ، وأظهر مصاديق لباس الشهره لبس الرجل ما يختص بالمرأه وعكسه ، فالتلبس به حرام .

وهذا الإستدلال تام لا ريب فيه ، وتدلل على حرمه لباس الشهره عدّه من الروايات :

منها : صحيحه أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنّ الله يبغض شهره اللباس (٤) .

ودلالاتها على الحرمة واضحة وسندها صحيح .

ومنها : صحيحه حماد بن عثمان قال : كنت حاضراً عند أبي عبد الله عليه السلام إذ قال له رجل : أصلحك الله ذكرت أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يلبس الخشن ، يلبس القميص بأربعة دراهم وما أشبه ذلك ونرى عليك اللباس الجيد ؟ قال : فقال له : إنّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يلبس ذلك في زمان لا ينكر ، ولو لبس مثل ذلك اليوم لشهر به ، فخير لباس كلّ زمان لباس أهله ، غير أنّ قائمنا إذا قام لبس لباس علي عليه السلام وسار بسيرته (٥) .

إذا صار لباس علي عليه السلام في زمن الصادق عليه السلام لباس شهره ، فمصادقيه ما نحن فيه من الألبسه للباس الشهره بطريق أولى واضح .

ومنها : روايه ابن مسكان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كفى بالمرء خزيّاً يلبس ثوباً يشهره أو يركب دابّه تشهره (٦) .

ص: ٢٨٤

١- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٧٣ .

٢- (٨) مستند الشيعة ١٤ / ١٧٣ .

٣- (٩) مفتاح الكرامه ٤ / ٦٠ (١٢ / ١٩٨ من طبعه جماعه المدرسين) .

٤- (١) الجواهر ٢٢ / ١١٥ .

٥- (٢) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٤١ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ٢٤ ح ١ . الباب ١٢ من ابواب احكام الملابس .

قال بعض أساتيدنا - مدظله - فى ذيل الروايه : « قد فسّر الخزى تاره بالذلّ والهوان وتاره بالعذاب والعقاب ، وعلى الأول لا دلالة له على الحرمه ، مضافاً إلى إرسال الروايه » (١).

وفيه : الخزى حتّى لو فسّر بالذلّ والهوان يدلّ على الحرمه ، لأنه ليس على المؤمن أن يذلّ نفسه ، وأنّ الله لم يأذن للمؤمن أن يذلّ نفسه ، تدلّ على حرمه ذلك عدّه من الروايات : نحو موثقه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : إنّ الله تبارك وتعالى فوّض إلى المؤمن كلّ شىء إلاّ إذلال نفسه (٢).

ومثلها فى الدلالة موثقتين لسماعه (٣) ، وقد ذكرت رواياتها فى كتابى « ألف حديث فى المؤمن / ١١٢ » و « موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٣٢ / ٤ » فراجعهما أن شئت .

ومنها : موثق عثمان بن عيسى عمّن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام قال : الشهره خيرها وشرّها فى النار (٤).

الروايه مرسله سنداً وتدلّ على قبح الشهره ومنها : لباسها ، وبقرينه غيرها من الروايات يحكم مضافاً إلى قبح لباس الشهره إلى حرمتها . أو أنّ الروايه تدلّ على الحرمه بقريئه النار التى وردت فيها ، ولكن تحمل خبر الشهره بمعرضيتها للنار نحو : الإتيان بالعبادات والطاعات والخيرات رياءً وسمعه أو إيجاد العُجب والفخر فى نفسه بسببها .

ومنها : روايه أبى سعيد عن الحسين عليه السلام قال : من لبس ثوباً يشهره ، كساه الله يوم القيامة ثوباً من النار (٥).

دلالتها على الحرمه واضحه ، حتّى اعترف بها صاحب الوسائل (٦) الذى ذهب إلى الكراهه فى لباس الشهره بحيث جعل عنوان بابها : « كراهه الشهره فى الملابس وغيرها » (٧).

ص: ٢٨٧

- 
- ١- (٤) الكافى ٤٤٤ / ٦ ح ١٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ٥ ح ٧ . الباب ٧ من ابواب احكام الملابس .
  - ٢- (١) الكافى ٥ / ٦٣ .
  - ٣- (٢) الكافى ٥ / ٦٣ و ٦٤ .
  - ٤- (٣) وسائل الشيعه ٥ / ٢٤ ح ٣ .
  - ٥- (٤) وسائل الشيعه ٥ / ٢٤ ح ٤ .
  - ٦- (٥) وسائل الشيعه ٥ / ٢٥ .
  - ٧- (٦) وسائل الشيعه ٥ / ٢٤ .

والمراد بأبي سعيد في سندها هو سعد بن مالك أبو سعيد الخدري الصحابي ، ولا أقل من حسنه إن لم نعه من الثقات ، وعده الكشي من السابقين الذين رجعوا إلى أمير المؤمنين عليه السلام (١) ، فالرجل كان شيعياً أيضاً .

ولكن في السند محمد بن سنان وأبي الجارود ، وبالأخير صارت الروايه ضعيفه الإسناد لثبوت وثاقه الأول وضعف الثاني عندنا .

ورواها سبط الطبرسي مرسلًا عن الحسن بن علي عليهما السلام في مشكاة الأنوار (٨) .

ومنها : مرسله ابن أبي جمهور الأحسائي رفعه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : من لبس ثوب شهره في الدنيا ألبسه الله ثوب مذله في الآخرة (٢) .

دلالتها على الحرمة واضحة ، ولكن في سندها إرسالٌ .

ومنها : مرسله سبط الطبرسي نقلًا عن المحاسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الله يبغض الشهرتين : شهره اللباس ، وشهره الصلاة (٣) .

دلالتها على حرمة لباس الشهره واضحة ، ولكن في سندها إرسال ولم أجدها في المحاسن المطبوع لأنها فقدت من أصلها عدّه من الأجزاء ، ولعل هذه الروايه كانت في الأجزاء المفقوده . والعلم عند الله تعالى .

ثم إن هاهنا فروعاً لا بدّ من البحث فيها :

## هاهنا فروع لا بد منها

### الفرع الأول :

التشبه المحرم حتى إذا كان بنحو التلبس يختلف باختلاف الأعصار والأمصار والبلدان والمُدُن والأجيال ، حتى بالنسبه إلى عصر واحد ومصر واحد وجيل واحد يختلف باختلاف الفقر والغنى ، ومستند كل ذلك الصدق العرفي للتشبه كما قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره :

ص: ٢٨٨

١- (٧) اختيار معرفه الرجال / ٣٨ ح ٧٨ .

٢- (١) مشكاة الأنوار / ٣٢٠ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٥ ح ٤ .

٣- (٢) مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٥ ح ١ .

« وباختلاف الأحوال و المحالّ تختلف ملابس النساء والرجال ، فقد يختلف حال العجم وحال العرب وحال الفقراء وحال أرباب الرتب»(١).

ونحوها عبارته تلميذه في الجواهر(٢).

وقال السيد في الرياض : « وتختلف باختلاف الأوقات والأزمان»(٣).

ونحوها عبارته المستند(٤).

وقال السيد العاملي : « وباختلاف البلدان والأحوال تختلف ملابس النساء والرجال»(٥).

وقال السيد علي آل بحر العلوم من تلاميذ صاحب الجواهر : « يختلف الحكم فيه باختلاف الأزمان والبلاد والطوائف والحالات وغيرها ، ضروره تبعيته الحكم لعاده الرجال والنساء المختلفه باختلاف المزبور بالضروره»(٦).

وقال الفقيه اليزدي : « تنبيهات : الأوّل : لا- يخفى أنّ مختصات الرجال والنساء تختلف باختلاف الأزمان والبلدان ، فيختلف الحكم باختلافهما»(٧).

## الفرع الثاني :

لا بأس بتلبس كلّ من الرجل والمرأة بلباس الآخر أو زيّه إذا كان لغرض عقلائيّ ، لانصراف أدله حرمه التشبيه من هذه الصوره ، نحو : تلبس الرجل لباس المرأة لبردٍ أو حرّاً أو للستر الواجب عند الناظر المحترم أو للستر الواجب في الصلاة أو لإقامه التعزیه للإمام الحسين عليه السلام وتجسّم ما وقع في كربلاء أو الشركه في الأفلام العصريه .

ص: ٢٨٩

١- (٣) مستدرک الوسائل ٣ / ٢٤٥ ح ٢ .

٢- (٤) شرح القواعد ١ / ٢١٤ .

٣- (٥) الجواهر ٢٢ / ١١٦ .

٤- (٦) رياض المسائل ٨ / ١٧٣ .

٥- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٧٣ .

٦- (٢) مفتاح الكرامه ٤ / ٦٠ - (١٢ / ١٩٩ من طبعه جماعه المدرسين) .

٧- (٣) برهان الفقه . كتاب التجاره ٤١ / ٤١ .

والدليل على ذلك - مضافاً إلى انصراف الأدلة من هذه الفروض والأمثله - صحيحه العيص بن القاسم التي رواها المشايخ الثلاثة ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يصلّي في ثوب المرأه وإزارها ويعتمّ بخمارها ، قال : نعم إذا كانت مأمونه (١) .

والروايه تدلّ على جواز لبس الرجل لباس المرأه لغرض عقلائي نحو الصلاه فيه ، والقيد الذي أشار إليه الإمام عليه السلام « إذا كانت مأمونه » يعنى من حيث الطهاره والنجاسه وتقيدها بالطهاره وسندها كما مر صحيح .

واعترف بذلك المحقق الخوئي وقال قدس سره : « وقد تجلى ممّا ذكرناه أنّه لا شك في جواز لبس

الرجل لبس المرأه لإظهار الحزن وتجسّم قضيه الطف وإقامه التعزیه لسيد شباب أهل الجنه عليه السلام ، وتوهم حرمة لأخبار النهى عن التشبه ناشيء من الوسوس الشيطانيه ... » (٢) .

وقال بعض أساتيدنا - مدظله - : « ... فالظاهر من هذه الروايه [ يعنى مرسله الطبرسى صاحب مكارم الأخلاق الماضيه ] وأمثالها صورته اتخاذ أحدهما لباس الآخر لباساً لنفسه في حياته وتعيّشه الإجتماعى ، فلا يشمل اللبس الموقت لغرض عقلائي كما في الأفلام والتعاوى المتداوله والإراة للخياط مثلاً ونحو ذلك » (٣) .

ولذا علّق - مدظله - على المسأله ٤٢ من شرائط لباس المصلى من العروه الوثقى بقوله : « ... وكذا يحرم على الأحوط لبس الرجال ما يختص بالنساء وبالعكس ، والأحوط ترك الصلاه فيهما وإن كان الأقوى عدم البطلان » (٤) . والدليل عليه هو ما ذكره في المقام ، فراجع تعليقه على العروه الوثقى (٥) إن شئت .

وعلق السيد السيستاني - مد ظله - على هذه المسأله من العروه بقوله : « لا ينبغي

ص: ٢٩٠

١- (٤) حاشيه المكاسب / ١٧ / (١) / ٩٩ من الطبعة الحديثه) .

٢- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٠ .

٣- (٢) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٥١٠ .

٤- (٣) العروه الوثقى - المسأله ٤٢ من مسائل شرائط لباس المصلى .

٥- (٤) التعليقه على العروه الوثقى ١ / ٢٦٣ .

الإشكال في جواز أن يلبس الرجل قميص المرأة ويصلى فيه كما تدل عليه صحيحه العيص ، فمورد الإحتياط المذكور خصوص صيروره أحدهما بهيئه الآخر وتزييه بزيه «(١)» .

وقبلهما ذهب المحققون النائيني والشيخ محمد رضا آل ياسين والخوئي قدس سرهم في تعاليقهم على العروه الوثقى إلى الجواز إذا كان اللبس لمدّه يسيره أو لغرضٍ عقلائي(٢) .

### الفرع الثالث :

هل يعتبر القصد في حرمه التشبه أم لا ؟ بأن يتشبه الرجل في لباسه وزيه بالمرأه ولكن لم يقصد هذا التشبه هل هذا حرام عليه أم لا-؟ وهل يعتبر العلم في حرمه التشبه أم لا-؟ بأن تلبس الرجل بلباس المرأه وزيه من دون علمه بذلك بل صدر منه غفله أو جهلاً هل يصدق

عليه أنه تشبه بالمرأه أم لا ؟ وعلى القول باعتبار العلم ينحصر بالعلم التفصيلي أو يكفي العلم الاجمالي ؟ وجوه بل أقوال :

ذهب الشيخ الأعظم إلى اعتبار العلم حيث قال : « بأن الظاهر عن التشبه صورته علم المتشبه »(٣) .

وظاهر الشيخ حيث عنوانه في ذيل بحث الخنثى اعتبار العلم التفصيلي ، ولذا ينقض عليه المحشون على المكاسب بكفايه العلم الإجمالي على فرض اعتبار العلم ، نحو : الفقيه اليزدي(٤) والمحققون الإيرواني(٥) والخوئي(٦) والأردكاني(٧) قدس سرهم وبعض أساتيدنا(٨) - مد ظله - .

ص: ٢٩١

١- (٥) العروه الوثقى مع تعليقه السيد السيستاني ٢ / ٥٦ .

٢- (٦) العروه الوثقى ٢ / ٣٥١ طبع جماعه المدرسين مع ١٥ تعليقه من أعلام الفقهاء .

٣- (١) المكاسب المحرمه / ٢٢ ( ١ / ١٧٦ من الطبعة الحديثه) .

٤- (٢) حاشيه المكاسب / ١٧ ( ١ / ٩٩ من الطبعة الحديثه) .

٥- (٣) الحاشيه على المكاسب ١ / ١٢٣ .

٦- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢١١ .

٧- (٥) غنيه الطالب ١ / ١١٠ .

٨- (٦) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٥١٧ .



وذهب السيد الخوئي إلى اعتبار العلم ولكن كفايه العلم الإجمالي في صدق عنوان التشبه ، حيث يقول : « لا إشكال في اعتبار العلم بصدور الفعل في تحقق عنوان التشبه إلا أنه لا يختص بالعلم التفصيلي بل يكفي في ذلك العلم الاجمالي أيضاً ... » (١).

قال المحقق الأردكاني بعد منع دخل العلم في عنوان التشبه : « فإن أقصى ما يمكن أن يقال باعتباره فيه هو القصد ... » (٢).

وقبله المحقق الإيرواني قدس سره نفى البعد عن اعتبار القصد والغرض عند إطلاق التشبه وانصراف إطلاق التشبه إلى صورته القصد والغرض (٣).

أقول : الظاهر من الأدلة عدم اعتبار القصد والعلم مطلقاً ، نحو ما ورد في موثقه سماعه بن مهرا ن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجزّ ثوبه ، قال : إنّي لأكره أن يتشبه بالنساء (٤).

حيث طبق الإمام عليه السلام التشبه بمجرد جزّ الثوب مع عدم القصد والعلم التفصيلي أو الإجمالي بالتشبه كما هو الظاهر .

ومن المعلوم أن عنوان التشبه لم يكن من العناوين القصدية بحيث لم يتحقق في الخارج إلا مع القصد ، وهكذا لم يكن من العناوين التي يُعتبر فيها العلم بقسميه التفصيلي والإجمالي بحيث لم يتحقق في الخارج إلا مع العلم به .

بل صدق عنوان التشبه يدور مدار العرف ، فإذا صدّق العرف في مورد أنه من التشبه فهو وإلا فلا ، كما في غيره من المفاهيم والموضوعات .

لا ينتقض علينا بعدم صدق التشبه عند العرف لمجرد جزّ الثوب الوارد في موثقه سماعه الماضيه . لأنّ جزّ الثوب عادة من لباس النساء والأعراس لا سيما المحترّات منهنّ ، ولذا تبه الإمام عليه السلام على هذا الصدق العرفي .

وهكذا لا ينتقض علينا بعدم إفتاء الأصحاب قدس سرهم بالحرمة في مجرد جزّ الثوب . لأنّ

ص: ٢٩٢

١- (٧) مصباح الفقاهه ١ / ٢١١ .

٢- (٨) غنية الطالب ١ / ١٠٩ .

٣- (٩) الحاشيه على المكاسب ١ / ١٢٣ و ١٢٤ .

٤- (١٠) وسائل الشيعة ٥ / ٤٢ ح ٤ .

ظهور الموثقه فى الحرمة واضح والكراهه المستعمله فى لسان الأئمه عليهم السلام تحمل على الحرمة لا الكراهه المصطلحه ، ولكن نرفع اليد عن هذا الظهور بالقرائن الداخليه والخارجيه ، ومنها ما ذكر من عدم إفتاء الأصحاب قدس سرهم بالحرمة فى المقام ، ولذا يمكن أن نذهب إلى الكراهه فى مجرد جزّ الثوب للرجال .

وبالجمله ، لا يُعتبر القصد والعلم بقسميه فى صدق التشبه لا عرفاً ولا شرعاً . نعم على القول بحرمة التشبه كما ذهبنا إليه ، يترتب عليه العقاب . وتنجز التكليف منوط بالعلم كما فى غيرها من التكاليف الشرعيه والله العالم باحكامه .

### الفرع الرابع : حكم الخنثى فى التشبه

ما هو حكم الخنثى فى مسأله التشبه ؟ هل يجوز لها التلبس بلباس كلّ من الرجل والمرأه والتشبه بهما أم لا ؟

قبل بيان الحكم فى المقام لابدّ من تذكّر أمر مهم ، وهو تقسيم الخنثى إلى القسمين المفروضين :

١ - الخنثى غير المشكل : هى التى ألحقت بالإمارات الوارده فى كتاب الميراث(١) بأحد

الجنسين ، نحو : إلحاقها بالموضع الذى تبول منه ، وإن بالت من الفرجين فتلحق بمن سبق منه بولها ، وإن ابتداء معاً فتلحق بمن يبعث بولها ويخرج بالشده ، وإن بالت منهما بالسويه ومن دون فرق بينهما فهذه هى الخنثى المشكل .

وأما الخنثى غير المشكل فتلحق بأحد الجنسين من الذكر والأنثى ولها حكمه ، فهى إما ألحقت بالرجل فعليها أحكام الرجال وإما ألحقت بالمرأه فلها أحكامها .

٢ - الخنثى المشكل ، وهى التى لم يتبين إلحاقها بأحد الجنسين ، فما حكمها بالنسبه إلى الأحكام المختصه بالرجال والنساء ومنها : حرمة التشبه ؟

وقع الخلاف بين الأصحاب بكونها طبيعه ثالثه فى قبال الذكر والأنثى أو هى فى الواقع

ص: ٢٩٣

١- (١) راجع وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٨٣ أبواب ميراث الخنثى .

من إحداهما وإن لم يتبين لنا أنها من أيهما؟ كما ذهب إلى الأول الفقيه اليزدي (١) وبعض آخر، ولعل المشهور على الثاني .

فلذا نقول: إن أمكن إلحاق الخنثى المشكل - ولو بالعملية الجراحية - بأحد الجنسين فهو، وإن لم يمكن هذه العملية فبقيت تحت عنوان الخنثى المشكل فما هو حكمها؟

إن ذهبنا إلى أنها طبيعه ثالثه في مقابل الرجل والمرأه، فلها أن تجرى البراءه بالنسبه إلى التكاليف الخاصه بالجنسين عليها والعمل بالتكليف الوارد في شأن الانسان فقط لا الجنسين، وعليها العمل بالتكليف الوارده في شأن الانسان فقط لا الجنسين. فمثلاً في صحه صلاتها تكفي الوضوء وستر العوره فقط نحو الرجال المصلين وفي المقام لها أن تتلبس بزينه أيهما شاءت.

وأما إن قلنا بأنها تلحق بأحد الجنسين في الواقع وليست بطبيعه ثالثه فلها أن تحتاط في عملها بين تكاليف الجنسين والإجتنا ب من محرما تهما لوجود العلم الإجمالي بالنسبه إليها. وفي المقام عليها الإجتنا ب من الألبسه المختصه بالجنسين، ولذا قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر: «ويجب على الخنثى ترك الزيتين ولها العمل بما جاز لكلا النوعين» (٢).

وقال تلميذه السيد العاملي: «والخنثى يجب عليها ترك الزيتين وتلبس ما جاز لهما معاً» (٣).

وقال تلميذه الآخر في الجواهر بعد نقل كلام أستاذه: «... وهو جيد، أما الثاني فواضح وأما الأول فللقطع بكونه مكلفاً بأحد الأمرين، ولا يتم العلم بامثاله إلا باجتنا ب الزيتين، والله أعلم» (٤).

ثم إن الظاهر من الروايات عدم كونها طبيعه ثالثه بل هي ملحقه بأحد الجنسين إما ذكر في الواقع وإما أنثى، ومع عدم إمكان لحوقها فهي الخنثى المشكل التي في الواقع ونفس

ص: ٢٩٤

١- (١) حاشيه المكاسب / ١٦ - (١ / ٩٩ و ٩٨ من الطبعه الحديثه).

٢- (٢) شرح القواعد / ١ / ٢١٤.

٣- (٣) مفتاح الكرامه / ٤ / ٦٠ (١٢ / ١٩٩ من طبعه جماعه المدرسين).

٤- (١) الجواهر / ٢٢ / ١١٦.

الأمر إما مذكر أو مؤنث لا أنّها طبيعته ثالثه ، فحينئذٍ يجب عليها ترك الزينتين والعمل بما جاز لهما .

### الفرع الخامس : حكم تغيير الجنيه

هل يجوز تغيير الجنيه مطلقاً أو يجوز إذا كانت سبباً لظهور الجنس وتعيينه لو كان في الخفاء نحو بعض الخنثى ؟

الظاهر - والله سبحانه هو العالم - بعد ما استظهرنا من الروايات الواردة في حرمة تشبه الرجل بالمرأه وعكسه ، حرمة هذا التشبه مطلقاً ، سواء كان في اللباس والهيئة والزيّ والرابطة الجنيهية ونحوها ، صار تغيير الجنيه من أعلى مراتب هذا التشبه عرفاً ، ولذا يحكم عليها بالحرمة .

إن قلت : ليس تغيير الجنيه من مصاديق التشبه المحرم ، بل هو خروج من موضوع إلى موضوع آخر ، فكل موضوع حكم خاص ، نحو : وجوب صيام شهر رمضان المبارك للحاضر ووجوب إفطاره للمسافر ، فإذا سافر الرجل في شهر الله لزمه حكمه . وفي المقام الرجل متى يكون رجلاً - حرم عليه التشبه بالنساء ، وأمّا إذا صار بعملية التغيير امرأه حرم عليها التشبه بالرجال . والخروج من موضوع إلى موضوع آخر بيد المكلف ، نحو الحضور والسفر في المثال القادم .

قلت : نعم ، الكبرى تام في موارد يمكن الخروج من موضوع حكم إلى موضوع حكم آخر ولكل حكمه الخاص ، ولكن العرف يرى في المقام العملية الخاصه المسماه بتغيير الجنيه من أظهر وأتم وأعلى مراتب التشبه ، ونظر العرف في تعيين الموضوعات متبع ، فهذه العملية حرام .

وتدلّ على ما ذكرنا قوله تعالى ناقلاً من الشيطان وعمله «وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا وَلَا ضِلَّيْنَهُمْ وَلَا مَنِّينَهُمْ وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيُبْتِئَنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَعْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا» (١) .

ص: ٢٩٥

بتقريب : أن أمر الشيطان لعنه الله بالتغيير فى خلق الله ومنها تبكّن آذان الأنعام ، ذكر الله سبحانه تبكّن آذان الأنعام بعنوان الخاص الذى يلى بعده ذكر العام ، فهذا التبكّن من أحد مصاديق التغيير فى خلق الله تعالى الذى أمر الشيطان به ، ومن أظهر هذه التغييرات فى خلق الله الذى أمر الشيطان به تغيير الجنسيه ولذا يحرم ، لأنه من أوامر الشيطان الذى من يتخذه ولياً وأطاع أوامره فقد خسر خسراناً ميبناً .

لا يقال : لا يمكن الأخذ بإطلاق الآيه الشريفه ، لأنها بإطلاقها تدلّ على حرمة مطلق التغيير فى نظام الطبيعه ولم يلتزم به أحد ، لأن جميع الصنائع والحرف والإختراعات والإكتشافات نوع من التغيير فى نظام الطبيعه ولم يقل أحد بحرمتها .

لأننا نقول : نعم ، الإختراعات والإكتشافات والصنائع والحرف غالباً توجب تغيير النظام فى الطبيعه والوجود ، ولكن خروجها من تغيير خلق الله الذى أمر الشيطان به بالتخصّص لا بالتخصيص ولذا لم يقل أحد بحرمتها .

ومن هنا يمكن الأخذ بالآيه الشريفه وعدّ تغيير الجنسيه من أظهر مصاديق تغيير خلق الله الذى أمر الشيطان به ، كيف « تبكّن آذان الأنعام » تعدّ فى الآيه الشريفه من أوامر الشيطان ولا تعدّ تغيير الجنسيه من التغيير الذى أمر الشيطان به فى خلق الله ؟ !

وبالجمله ، بنظرنا القاصر تغيير الجنسيه تعدّ من التغيير الذى أمر الشيطان به فى خلق الله ، فيكون محرّماً بالآيه الشريفه وظهورها فيما ذكرناه واضح .

والحاصل : تغيير الجنسيه حرام مطلقاً لدلاله الآيه الشريفه ، وبما أنه من أظهر وأتم وأعلى مراتب التشبه المحرّم .

نعم ، اذا كانت الآله التناسليه خفيّة بحيث لا يعدّ الشخص بحسب ظاهره أنه ذكرٌ أو أنثى وعدّ من الخناثى ، يجوز عليه العمليه الجراحية وإخراج آله التناسليه من الخفاء إلى الظهور ، وبذلك الظهور خرج من تحت الخنثى ودخل تحت أحد الجنسين .

وهذه العمليه الجراحية لم تكن فى الحقيقه تغيير الجنسيه بل هى ظهور الجنسيه

الخفيّة ، ولذا يجوز بل ربّما يجب فى الموارد التى يوجب الخطأ فى التكاليف الشرعيه أو النكاح ونحوها .

فهذه العمليته تجوز على التي ظاهرها كانت الختني ولكن واقعها أحد الجنسين لخروجها إلى أحد الجنسين وتبين حالها من أنها من أحد الجنسين . أو على الذي ظاهره غير واقعه ، فتجوز هذه العمليته له لظهور واقعه وكشف حاله من الجنسيه .

#### تنبيه :

لو عصى ورضى بتغيير الجنسيه ووقعت العمليه الجراحيه عليه وكان رجلاً سابقاً وله زوجه هل نكاحه السابق يبقى أم يفسخ ؟  
الظاهر انفساخ النكاح بتغيير الجنسيه ، سواء وقعت من جانب الزوج أو الزوجه ، ولزمه تمام المهر إن كانت بعد الدخول ونصف المهر إن كانت قبل الدخول ، ولا يحتاج إلى الطلاق لانفساخ النكاح بتغيير الجنسيه لعدم وجود الزوج أو الزوجه فى البين . ولو تغيراً معاً فالأقوى إنفساخ النكاح أيضاً ، لأن الزوج والزوجه المعينين من مقومات النكاح ، وإن كان الأحوط إجراء صيغه الطلاق من الزوج السابق . والله سبحانه هو العالم بأحكامه .

ص: ٢٩٧

المراد بالتشبيب :

ذكر محاسنها وشده حبها ونحو ذلك بالشعر ، ويقال : النسب أيضاً كما قاله المحقق الثاني في جامع المقاصد(١).

وقال أهل اللغة : تشبيب الشعر : ترقيقه بذكر النساء كما في النهايه(٢).

والتشبيب : النسب ، يقال : هو يشبب بفلان ، أى ينسب بها كما في الصحاح(٣).

وشبب الشاعر بفلانته تشبيهاً : قال فيها الغزل وعرض حبها ، وشبب قصيده : حسنها وزينها بذكر النساء ، كما في المصباح المنير(٤).

إذا عرفت معنى التشبيب فليعلم أنه لم يرد فيه نص خاص وبعنوانه ، ولهذا استدلوا على حرمة بعده من الوجه :

الوجه الأول : إن التشبيب هتكٌ للمشَبَّب بها وإهانته لها فيكون حراماً .

وفيه : أولاً- : إن النسبه بين التشبيب وبين عنواني الهتك والإهانته عموم من وجه ، إذ ربما يتحقق الهتك والإهانته بغير التشبيب وربما يتحقق التشبيب ولا هتك ولا إهانته ، كما لو أنشأ الشعر في الخلوه أو أنشده لمن يريد أن يخطبها تحريكاً له وترويجاً لها .

وثانياً : لو سلمنا كون التشبيب هتكاً للمرأة ، فإن ذلك لا يختص بالشعر ، لإمكان هذا الهتك والإهانته بالنثر أيضاً ، ولا يختص بالأجنبيه ولا بالمؤمنه ، لإمكانه بالنسبه إلى المخالفه أو الذميه بل يمكن بالنسبه إلى الزوجه وغيرها من المحارم والأمه أيضاً .

وثالثاً : عنوان التشبيب غير عنواني الهتك والإهانته ، فلا يسرى حكم أحد العنوانين

ص: ٢٩٨

١- (١) جامع المقاصد ٢٨ / ٤ .

٢- (٢) النهايه ٢ / ٤٣٩ .

٣- (٣) الصحاح ١ / ١٥١ .

٤- (٤) المصباح المنير / ٣٠٢ .

إلى الآخر وإن تلازما خارجاً .

وبعبارة أخرى : بحثنا في حرمه التشبيب بعنوانه الأولى ، فإثبات حرمة بعنوان آخر

عرضى خروج عن محل البحث .

الوجه الثاني : التشبيب إيذاء للمشَبَّب بها وهو حرام .

وفيه : أولاً- لا- دليل على حرمه كلِّ فعل يتأذى منه الغير قهراً ، إذا كان الفعل سائغاً في نفسه كتأذى بعض الناس من اشتغال بعض آخر بالتجاره والتحصيل والتدريس والتأليف والحج والعمرة والزيارة وغيرها من المباحات أو المستحبات أو الواجبات .

وثانياً : النسبه بين الإيذاء والتشبيب عموم من وجه ، لإمكان الإيذاء بغير التشبيب ويمكن التشبيب من دون الإيذاء ، كالتشبيب بالمتبرجات التي يفرحن بذلك .

وثالثاً : حرمه الإيذاء لا تختص بالمؤمنه أو الأجنبيه فقط ، بل تجرى في حق المخالفه والذميّه والزوجه وغيرها من المحارم والأمه أيضاً .

ورابعاً : عنوان التشبيب غير عنوان الإيذاء ، فلا يسرى حكم أحد العنوانين إلى الآخر وإن تلازما خارجاً كما مرّ آنفاً .

الوجه الثالث : التشبيب يكون من اللهو والباطل ، وعمومات حرمه اللهو والباطل تشملانه ، وسوف يأتي منّا هذه الأدله تبعاً لشيخنا الأعظم قدس سره في بحث الغناء ، فالتشبيب يكون من مصاديقهما ، فيكون حراماً .

وفيه : أولاً- منع الصغرى ، إذ يمكن أن لا- يكون التشبيب لهواً أو باطلاً- ، كتعلقه بغرض عقلائي ، نحو تحريك الرجل على خطبتها ونكاحها شرعاً ، أو يكون النظم بحيث يندرج فيه المطالب العالیه واللطائف الراقیه .

وثانياً : منع الكبرى ، لا- دليل على حرمه مطلق اللهو والباطل ، إذ كلُّ ما أشغل عن ذكر الله تعالى وذكر رسوله صلى الله عليه وآله وسلم والقيامه والنار والجنه وما أشبهها لهو وباطل ، بل أطلق عنوان اللهو على الحياه الدنيا ومظاهرها في قوله تعالى : «وَمَا هَذِهِ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا لَهْوٌ وَلَعِبٌ»(١) وقوله تعالى : «اعْلَمُوا أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهْوٌ»(٢) . وليس لأحدٍ الذهاب

ص: ٢٩٩

١- (١) سورة العنكبوت / ٦٤ .

٢- (٢) سورة الحديد / ٢٠ .



إلى حرمة جميع هذه الأمور .

وثالثاً : لو سلم حرمتها على الإطلاق ، فحكم كلّ عنوان ثابت لنفسه ولا- يتعدى منه إلى غيره ، ولو فرض ملازمتها في مورد خارجاً كما مرّ .

الوجه الرابع : التشبيب من مصاديق الفحشاء والمنكر المنهى عنهما في القرآن الكريم وسنّه النبيّ الأ-عظم صلى الله عليه وآله وسلم ، نحو قوله تعالى : «وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ»(١) .

وفيه : أولاً- : نمنع أن يكون التشبيب مطلقاً من مصاديق الفحشاء والمنكر ، فهل يكون من مصاديق الفحشاء إذا كان لغرض تحريك الرجل لأجل خطبتها ونكاحها شرعاً ؟ ! أو يكون من الرجل بالنسبة إلى زوجته أو أمته أو حليلته و ليس بينهما أحد ؟ !

وثانياً : لو تمّ هذا الوجه لدلّ على حرمة التشبيب مطلقاً ، سواء كان بالشعر أو بالثر ، وسواء كان بالأنثى أو بالذكر ، وسواء كانت الأنثى مؤمنة أو مخالفة أو ذمّية أو زوجه أو أمه أو تكون من محارم الرجل ، فلا وجه لتخصيصه بالشعر أو بالمؤمنة كما يظهر من بعض . وهذا الإشكال مشترك بين الوجوه السابقة والآتيه أيضاً ، ولذا لم أذكره فيما بعد . وهكذا إشكال تعدد عنواني البحث وعدم سرايه الحرمة من عنوان إلى آخر ، ونظيرهما الإشكال الثالث ، أعنى وجود نسبه العموم من وجه بين هذه العناوين وعنوان التشبيب .

الوجه الخامس : التشبيب يوجب إغراء الفساق للمشبّب بها ، وهو حرام .

وفيه : يجرى في هذا الوجه الإشكالات الثلاثة الماضية آنفاً ، فلا يتم بالمطلوب الاستدلال به .

الوجه السادس : التشبيب ينافى العفاف المعتبر في العدالة ، المأخوذ في صحيحه ابن أبي يعفور قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتّى تقبل شهادته لهم وعليهم ؟ فقال عليه السلام : أن تعرفوه بالستر والعفاف وكفّ البطن والفرج واليد واللسان ، ويعرف باجتنب الكبائر التي أوعده الله عليها النار من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وغير ذلك ، الحديث(٢) .

ص: ٣٠٠

١- (١) سورة النحل / ٩٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ / ٣٩١ ح ١ - الباب ٤١ من أبواب الشهادات .

وفيه : المعبر في العدالة العفاف من المحرّمات واجتنابها ، وكون التشيب منها أوّل الكلام .

الوجه السابع : الروايات الداله على حرمه ما يثير الشهوه إلى غير الحليه حتّى بالأسباب البعيده ، وهى كثيره وقد وردت فى مواضع مختلفه :

منها : ما ورد فى النهى عن النظر إلى الأجنبيه ، نحو :

معتبره عبد الله بن يحيى الكاهلى قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : النظره بعد النظره تزرع فى القلب الشهوه ، وكفى بها لصاحبها فتنه (١) .

وحسنه عقبه بن خالد الأسدى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : النظره سهم من سهام إبليس مسموم ، وكم من نظره أورثت حسره طويله (٢) .

وخير أبى جميله عن أبى جعفر وأبى عبد الله عليهما السلام قالوا : ما من أحد إلا وهو يصيب حظاً من الزنا ، فزنا العينين النظر وزنا الفم القبلة وزنا اليدين اللمس ، صدق الفرج ذلك أو كذب (٣) .

وسند الروايه ضعيف بأبى جميله .

وحسنه عقبه قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : النظره سهم من سهام إبليس مسموم ، من تركها لله عزّ وجل لا لغيره أعقبه الله أمناً وإيماناً يجد طعمه (٤) .

وخير محمّد بن سنان عن الرضا عليه السلام فيما كتبه إليه جواب مسائله : وحرم النظر إلى شعور النساء والمحجوبات بالأزواج وإلى غيرهنّ من النساء لما فيه تهيج ، الرجال وما يدعو إليه التهيج من الفساد والدخول فيما لا يحلّ ولا يجمل ، وكذلك ما أشبه الشعور ، الحديث (٥) .

وإلى غير ذلك من روايات الباب ، فراجع إن شئت إلى وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٠

ص: ٣٠١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٢ ح ٦ . الباب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩١ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٢ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٢ ح ٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٩٣ ح ١٢ .

ومستدرک الوسائل ١٤ / ٢٦٨ وجامع أحاديث الشيعة ٢٥ / ٣٥٨ وكتابنا موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ٣٧٣ .

بتقريب : أنه إذا كان النظر سهماً من سهام إبليس وسمى بزنا العين لما فيه من تهيج الرجال إلى الفساد والدخول فيما لا يحل ،  
ظاهر هذا الأمر - يعنى التهيج إلى الفساد - موجود فى التشبيح بطريق أولى ، لأن تأثير الكلام أشد من تأثير النظر وإن من  
الكلام لسحراً ، يعنى يؤثر كتأثير السحر . بحيث لا يمكن أن يخلص السامع نفسه منه .

وفيه : أن بين عنوان التشبيح وعنوان التهيج إلى الشهوه والفساد عموم من وجه ، إذ

ربما شَبَّب بزوجه أو إحدى محارمه ، وهو إما غير مهيج إلى الحرام كما فى الزوجه وإما غير مهيج إلى الشهوه كما فى المحارم  
، هذا أولاً .

وثانياً : لكل عنوان حكمه ، وعلى فرض تلازم العنوانين خارجاً فحكم كل عنوان ثابت لنفسه ولا يسرى إلى العنوان الآخر .

منها : ما ورد فى النهى عن الخلوه بالأجنبيه ، وهى كثيره نحو :

خبر مسمع أبى سيار عن أبى عبد الله عليه السلام قال : فيما أخذ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم البيعه على النساء ، أن لا  
يحتبين ولا يقعدن مع الرجال فى الخلاء(١) .

وخبر موسى بن إبراهيم عن موسى بن جعفر عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال :  
من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يبيت فى موضع يسمع نفسَ إمراه ليست له بمحرم(٢) .

بين المبيت فى الموضع الذى يسمع نفسَ المراه التى ليست له بمحرم وبين الخلوه لم تكن ملازمه دائماً ، بل بينهما عموم من  
وجه كما تبه عليه المحقق الخوئى قدس سره(٣) ، ولكنه تحصل غالباً هذه البيوته بالخلوه ، وبمناسبه الحكم والموضوع يرى  
العرف الخلوه فيها دخيلاً . وعلى ما ذكرنا يمكن أن يستأنس حكم الخلوه أيضاً من الروايه ، ولكن فى سندها ضعف ، وسيأتى  
منا

ص: ٣٠٢

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٥ ح ١ الباب ٩٩ من أبواب مقدمات النكاح .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٥ ح ٢ .

٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٧ .

كلام فى تماميه دلالة هذه الروايه على حرمه الخلوه بالأجنيه بعد صفحتين ، فانتظر .

وخبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : لما دعا نوح ربّه عزّ وجل على قومه ، أتاه إبليس فقال : يا نوح إنّ لك عندى يداً أريد أن أكافئك عليها - إلى أن قال - أذكرنى فى ثلاث مواطن ، فأنتى أقرب ما أكون إلى العبد إذا كان فى إحداهنّ : أذكرنى إذا غضبت ، واذكرنى إذا حكمت بين اثنين ، واذكرنى إذا كنت مع إمراه خالياً وليس معكما أحد(١) .

وحسنه سعدان بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : بينما موسى بن عمران عليه السلام جالس إذ أقبل إليه إبليس - إلى أن قال - ثم قال له : أوصيك بثلاث خصال : يا موسى لا تخل بامرأه ولا تخل بك ، فإنه لا يخلو رجل بامرأه ولا تخلو به ، إلا كنت صاحبه من

دون أصحابى ، الحديث(٢) .

وخبر أبى المجتبى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أربعه مفسده للقلوب : الخلوه بالنساء ، والإستماع منهنّ ، والأخذ برأيهنّ ، ومجالسه الموتى فقيل له : يا رسول الله وما مجالسه الموتى ؟ قال : مجالسه كل ضال عن الإيمان وجائر فى الأحكام(٣) .

والروايات فى هذا المجال متعدده ، فإن شئت راجع وسائل الشيعه ٢٠ / ١٨٥ ومستدرک الوسائل ١٤ / ٢٦٤ وجامع أحاديث الشيعه ٢٥ / ٣٩٩ .

بتقريب : أن الخلوه مع الأجنيه محرّمه لأنها توجب تهيج الشهوه إلى الحرام ، وتهيج الشهوه إلى الحرام موجود فى التشبيب ، فلذا صار حراماً .

وبعبارة أخرى : ملاك الحرمة فى الخلوه مع الأجنيه ليس إلا تهيج ، الشهوه وهذا الملاك بعينه موجود فى التشبيب ، ولذا يحكم فى التشبيب أيضاً بالحرمة .

وفيه : أجاب المحقق الخوئى قدس سره عن هذا الاستدلال بوجوه :

أولاً : إنّ الروايات الواردة فى النهى عن الخلوه بالأجنيه كلّها ضعيفه السند وغير

ص: ٣٠٣

١- (٤) مستدرک الوسائل ١٤ / ٢٦٥ ح ٤ . الباب ٧٨ من ابواب مقدمات النكاح .

٢- (١) مستدرک الوسائل ١٤ / ٢٦٦ ح ٧ .

٣- (٢) أمالى المفيد ، المجلس السابع الثلاثون ح ٦ / ٣١٥ ، ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٣ / ٣٣٩

وثانياً : استشكل قدس سره في دلاله بعض الروايات ، مثلاً أنه قدس سره يرى ظهور روايه مسمع أبي سيار في النهي عن قعود النساء مع الرجال في بيت الخلاء لقضاء الحاجة (٢) ، ويرى قدس سره عدم وجود الملازمه بين سماع النفس والخلوه دائماً في روايه موسى بن إبراهيم (٣) ، وحمل قدس سره ما ورد من النهي عن الخلوه مع الأجنبية على أنها من المقدمات القريبه للزنا ، وحيث أن الغرض المهم هو النهي عن الزنا فلا- موضوعيه لعنوان الخلوه بوجه ، وإنما تعلق النهي بالخلوه لكونها من المقدمات القريبه له (٤) . وقال قدس سره بعد أسطر : « بل يمكن أن يقال : إنه لو ورد نص صريح في النهي عن الخلوه مع الأجنبية فلا موضوعيه لها أيضاً ، وإنما نهى عنها لكونها من المقدمات القريبه للزنا ، فإن أهميه حفظ الأعراض في نظر الشارع المقدس تقتضى النهي عن الزنا وعن كل ما يؤدي إليه عرفاً » (٥) .

وثالثاً : لو سلمنا وجود الدليل على حرمة الخلوه ، فإنه لا ملازمه بين حرمة الخلوه وحرمة التشبيب ولو بالفحوى ، إذ لا طريق لنا إلى العلم بأن ملاك الحرمة في الخلوه هو إثارة القوه الشهويه حتى يقاس عليها كل ما يوجب تهيجها . ومن هنا علم أنه لا وجه لقياس التشبيب على شيء يوجب تهيج القوه الشهويه (٦) .

أقول : يمكن أن يلاحظ على هذا المحقق الجليل قدس سره ، أولاً : لم تكن الروايات كلها الوارده في الخلوه بالأجنبيه ضعيفه الإسناد ، بل فيها روايات يمكن الذهاب إلى اعتبار سندها ، نحو حسنه سعدان بن مسلم الماضيه آنفاً .

وثانياً : لا يتم ما ناقشه في دلاله الروايات - نحو خبر مسمع أبي سيار - التي ظاهرها

١- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٨ .

٢- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٧ .

٣- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٧ .

٤- (٦) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٧ .

٥- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٨ .

٦- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٨ .

النهي عن الخلوه بالأجنبيه ، ولذا لم يدع أحد قبله قدس سره ما ذهب إليه من ظهور الروايه عن قعود النساء مع الرجال في بيت الخلاء ، وكيف يمكن خفاء هذا الظهور على الجميع حتى ظهر له قدس سره ؟ وما يقول قدس سره في معنى هذه الروايه التي رفعها الآمدي إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : كُنْ في الملاء وَقُوراً ، وكن في الخلاء ذُكُوراً(١) ؟ ! ومن الواضح استعملت كلمه الخلاء في مقابل الملاء ، يعنى الخلوه في مقابل أعين الناس والجلوه .

وأما ما ذهب إليه في روايه موسى بن إبراهيم من عدم الملازمه بين سماع نَفَس الأجنبيه والخلوه بها دائماً ، وإن كان كذلك بالنظر الدقي العقلي ولكن العرف إذا عرضت عليه هذه الروايه لا يرى فرقاً بين سماع نَفَسها والخلوه بها ، بل يرى سماع نَفَسها من ملازمات الخلوه بها وتبعاتها ، ولذا دلالة هذه الروايه عندهم على حرمة الخلوه بالأجنبيه تامه . وإن شككت فيما ذكرت لك فالعرف بابابك ، وقد مرّ منّا أيضاً كلام في ذيل الروايه ، فراجعه .

وأما ما ذكر قدس سره من أنّ الخلوه بالأجنبيه من مقدمات الزنا فيحمل النهي عنها للمقدميه فقط ، أيضاً غير تام . نعم : الخلوه من مقدمات الزنا غالباً ، ولكن لا مانع من تعلق النهي من

قبل الشارع بها بعنوانها الأصلي لا التبعي أو المقدميه فقط ، نحو : نهى الشارع عن الأكل على مائده يُشرب عليها الخمر ، أو في الواجبات ومقدماتها ، الأمر الوارد في الطهارات الثلاث . وظهور روايات الحرمة في المقام في الحرمة الأصليه لا المقدميه ، كما ادعاه قدس سره . وما ذكره أخيراً من أهميه حفظ الأعراض في نظر الشارع المقدس أيضاً يقتضى حمل حرمة الخلوه على الحرمة الأصليه لا المقدميه كما هو الواضح .

وثالثاً : وما ذكره قدس سره من عدم العلم بأنّ ملاك الحرمة في الخلوه هو إثارة القوه الشهويه أيضاً غير تام ، لظهور هذا الملاك عند كلّ من يسمع بحرمتها وقد اعترف قدس سره بأنّها من المقدمات القريبه للزنا ، وكيف يمكن أن يكون شيئاً من المقدمات القريبه للزنا ولم تكن لإثارة القوه الشهويه فيها دخل ؟ !

نعم ، لأحد أن يقال : بعدم إحراز أن تمام الملاك فيها تهيج القوه الشهويه ، ويمكن أن

ص: ٣٠٥

١- (٣) غرر الحكم ح ٧١٤٥ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٣ / ٣٤٠ ح ٨ .

يكون فيها على وجه الحكمة لا العله ، لا سيما العليه التامه حتى يقاس عليها التشيب .

والحاصل ، بعد ورود الروايات المتعدده النهايه عن الخلوه بالأجنيه لابد لنا من القول بحرمتها ، ولكن قياس التشيب عليها غير تام كما قال المحقق الخوئي قدس سره : « لا ملازمه بين حرمة الخلوه وحرمة التشيب ولو بالفحوى »(١).

ومنها : ما ورد من النهى التنزيهى الدال على الكراهه فى أمور ، نحو :

الف : النهى عن جلوس الرجل فى مكان المرأه حتى يبرد ، نحو : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إذا جلست المرأه مجلساً فقامت عنه فلا يجلس فى مجلسها رجل حتى يبرد(٢).

ب : ما ورد من رجحان تستر المرأه عن نساء أهل الذمه وكراهه إنكشافها لهن ، نحو : صحيحه حفص بن البختري عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا ينبغى للمرأه أن تنكشف بين يدي اليهوديه والنصرانيه ، فإنهنَّ يصفن ذلك لأزواجهنَّ(٣).

ج : ما ورد من التستر عن الصبى المميز ، نحو : معتبره السكونى عن أبيعبد الله عليه السلام قال : سئل أمير المؤمنين عليه السلام عن الصبى يحجم المرأه ؟ قال : إذا كان يحسن يصف فلا(٤).

بتقريب : أن نهى الشارع المقدس عن هذه الأمور تنزيهى ، لكونها موجه لتهييج الشهوه ، فيمكن أن يُستدل بفحواها على حرمة التشيب ، لكونه أقوى من هذه الأمور فى إثارة الشهوه وتهييجها .

وفيه : غايه ما يُستفاد من الروايات المذكوره كراهه الأمور الثلاثه ، فكيف يمكن الذهاب منها إلى حرمة التشيب ، حتى على القول بالقياس الباطل . مضافاً إلى عدم ظهور مناط الكراهه فيها من تهيج الشهوه وإثارته .

وبالجمله ، هذا الوجه السابع بطوله أيضاً غير تام كالوجوه الستة الماضيه .

ص: ٣٠٦

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢١٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ / ٢٤٨ ح ١ . الباب ١٤٥ من أبواب مقدمات النكاح .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠ / ١٨٤ ح ١ . الباب ٩٨ من أبواب مقدمات النكاح .

الوجه الثامن : قوله تعالى فى سورة الأحزاب : «يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ» (١).

أمر الله سبحانه فى الآيه الشريفه بالإحتفاظ الأكثر بالنسبه إلى نساء النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، لأنّ لهنّ احتراماً خاصاً لتعلقهنّ بالنبى الأكرم صلى الله عليه وآله وسلم . ووجوب هذا الإحتفاظ الأكثر فى حقهنّ معلوم ، وأمّا فى حقّ غيرهنّ من النساء أيضاً مستحب ومرغوب فيه . ويمكن أن يُستأنس من الآيه الشريفه رجحان احتفاظ غيرهنّ من النساء أو لزومه ، ولكن أين هذا من حرمة التشبيب ؟ !

الإحتفاظ فعل النساء والتشبيب فعل الغير ، فكيف يمكن إستنتاج حرمة فعل الغير من وجوب فعلهنّ ؟ !

مضافاً إلى ما مرّ منّا من الإشكالات السابقه المشتركه بين الوجوه ، فراجع ما حررناه هناك .

الوجه التاسع : قوله تعالى فى سورة النور : «وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ» (٢) .

بتقريب : أنه نهى الله سبحانه النساء من ضرب أرجلهنّ على الأرض لئلا يبدى زينتهنّ لأن إبداء زينتهنّ يوجب إثارة الشهوه وتهيجها ، فكلّ ما يوجب إثارة الشهوه وتحيجها حرام ، ومنها : التشبيب .

وفيه : غايه الأمر فى الآيه الشريفه أنها تدلّ على حرمة ضرب النساء أرجلهنّ على الأرض لئلا يبدو ما تخفى من زينتهنّ ، فهذه الحرمة ثابتة على النساء وكيف يمكن منها استفاده حرمة التشبيب وهو فعل الغير ؟ ! وبالجملة ليس لنا دليل على هذا التعدى .

مضافاً إلى ورود الإشكالات المشتركه الماضيه .

الوجه العاشر : التشبيب نوع من الفحش والفحش حرام ، فالتشبيب مثله حرام .

ص: ٣٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠ / ٢٣٣ ح ٢ الباب ١٣٠ من أبواب مقدمات النكاح .

٢- (٢) سورة الأحزاب / ٣٢ .



وفيه : ، نعم الفحش حرام إلا- أنه لا- يرتبط ذلك بالتشبيب بعنوانه الأولى الذى هو محل الكلام فى المقام كما ذكره فى المصباح(١).

والحاصل : أن هذه الوجوه العشره غير تامه فى الاستدلال على حرمه نفس التشبيب ، مع ذلك كله لنعم ما قال المحقق الخوئى طاب ثراه : « لا شبهه فى حرمه ذكر الأجنبية والتشبيب بها كحرمه ذكر الغلمان والتشبيب بهم بالشعر وغيره ، إذا كان التشبيب لتمنى الحرام وترجى الوصول إلى المعاصى والفواحش كالزنا واللواط ونحوهما ، فإنّ ذلك هتك لأحكام الشارع وجرأه على معصيته ، ومن هنا حرم طلب الحرام من الله بالدعاء ، ولا- يفرق فى ذلك بين كون [المرأه] المذكوره مؤمنه أو كافره ، وعلى كل حال فحرمه ذلك ليس من جهه التشبيب »(٢).

وهكذا يحرم التشبيب إذا انطبق عليه بعض العناوين المحرّمه ، نحو : هتك النفوس المحترمه ، أو تسييب إيذائهن أو إغراء الفساق بهنّ أو الفحش أو غيرها .

ويؤيد ما ذكرناه خبر أبى هريره وعبد الله بن عباس فى آخر خطبه خطبها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : مَنْ وصف إمرأه لرجل وذكر جمالها له فافتتن بها الرجل فأصاب منها فاحشه لم يخرج من الدنيا حتّى يغضب الله عليه ومن غضب الله عليه غضبت عليه السماوات السبع ، والأرضون السبع وكان عليه من الوزر مثل الذى أصابها . قيل : يا رسول الله فإن تابا وأصلحا ؟ قال : يتوب الله تعالى عليهما ، ولم يقبل توبه الذى يخطبها بعد الذى وصفها(٣).

أقول : الموجود فى المتن المطبوع من عقاب الأعمال ما نقلته لك مع تدكّر وجود

« يخطبها » فى بعض النسخ بدلا من « يخطبها » فى آخر الحديث ، وهكذا نقله فى جامع أحاديث

ص: ٣٠٨

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٢٠ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢١١ .

٣- (٣) عقاب الأعمال / ٣٣٧ .

الشيعة (١) ، ولكن نقل آخره في وسائل الشيعة (٢) هكذا : « قيل : يا رسول الله فإن تاب وأصلح ؟ قال : يتوب الله عليه » .

والذى يختلج بالبال فى تصحيح آخر الروايه - والعلم عند الله تعالى - أن يكون هكذا :

« قيل : يا رسول الله فإن تابا وأصلحا ؟ قال : يتوب الله عليهما ولم يقبل توبه الذى يصفها بعد الذى وصَّيَها » . وصارت جمله « بعد الذى وصفها » توضيحيه ليصفها . والمراد بها : إنَّ الله تبارك وتعالى يقبل توبه الزانى والزانيه ولا يقبل توبه هذا الواصف بعد وصفه أيها .

وهكذا يمكن تصحيح الروايه مع نسخه بدلها يعنى « يخطيها » : صارت معناها إنَّ الله لم يقبل توبه الذى يخطيها أى يوجب خطأ المرأ وانحرافها من جاده الشريعه بالزنا ، وصارت جمله « بعد الذى وصفها » تعليليه لما قبلها ، يعنى تعليل ليخطيها ، وحاصل معناها : إنَّ الله لم يقبل توبه الذى صار وصفه إيها موجبا لفسادها وارتكابها الزنا .

ولكن الظاهر أن التصحيح الأول أولى .

وبالجمله ، الروايه تدلّ على حرمه وصف الأجنبيات والتشبيب بهنّ ، ولكن فى سندها ضعف ظاهر .

ثم إنَّ هاهنا فروعا :

### الفرع الأول :

يمكن أن يكون توصيف المرأ والتشبيب بها فى مورد خاص مستحسنا مرغوبا فيه شرعا ، وهو إذا كان لسامع معلوم بالنسبه إلى المرأ المخلاصه لغرض تشويقه فى خطبتها والسعى فى نكاحها ، وبهذا يخرج عن عنوان توصيف المحرّم وتشبيبه إلى عنوان تزويج المؤمن ، وهذا العنوان من المستحبات المؤكده فى الشريعه المقدسه ، وتدللّ عليه عدّه من الروايات :

منها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : أفضل

ص: ٣٠٩

١- (١) جامع أحاديث الشيعة ٢٥ / ٣٨٩ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ١٨٤ ح ٢ .

الشفاعات أن تشفع بين إثنين في نكاح حتى يجمع الله بينهما(٣) .

ومنها : موثقه سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من زوج أعزباً ، كان ممن ينظر الله عز وجل إليه يوم القيامة(١) .

## الفرع الثاني :

على القول بحرمة التشييب ، فهل يجوز التشييب بالنسبه إلى المرأه المبهمه أم لا ؟ ظاهر كلمات الأصحاب جواز التشييب بالنسبه إلى المرأه المبهمه ، لاسيما إذا كان الإبهام واقعياً كأكثر ما يتعزل به منظوماً . والوجه في عدم حرمة ، عدم ترتب أى مفسده من المفساد الماضيه عليه ، وأيضاً عدم ترتب العناوين المحرّمه عليه .

وأما إذا كانت المرأه معينه عند القائل و مبهمه عند السامع ، فهل يحرم التشييب بها أم لا ؟ ظهر حكم هذا الفرض أيضاً ممّا مرّ آنفاً ، حيث لم يترتب عليه مفسده ولم ينطبق عليه العناوين المحرّمه ، فلا- دليل على الحرمة حينئذ . خلافاً للمحقق الثاني(٢) والشهيد قدس سرهما حيث ذهب الأول إلى صدق هتك عرضها والثاني إلى حرمة الإستماع على السامع على التقديرين(٣) .

ووفقاً لظاهر الشيخ الأكبر قدس سره في شرحه على القواعد(٤) وصریح تلميذه قدس سره في مفتاح الكرامه حيث يقول : « إذا لم تكن معروفه عند السامع لا يحرم عليه الإستماع ولا يحرم على القائل التشييب ، كما هو الظاهر الموافق للإعتبار وللمتبادر من الإطلاق »(٥) .

وأما إذا كانت المرأه معينه عند القائل ومعلومه عند السامع لكن لا بالعلم التفصيلي بل بالعلم الإجمالي مع حصر أطرافه ، فحينئذ يمكن القول بالحرمة لإتيان المفساد الماضيه وترتب

ص: ٣١٠

١- (١) الكافي ٥ / ٣٣١ ونقلت عنه في كتابي ألف حديث في المؤمن / ١٤٦ .

٢- (٢) الكافي ٥ / ٣٣١ ونقلت عنه في كتابي ألف حديث في المؤمن / ١٤٦ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٨ .

٤- (٤) ونقل عنهما في مفتاح الكرامه ٤ / ٦٩ - (١٢ / ٢٢٥) .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٣٧ .

وأما مع عدم حصر أطراف العلم الإجمالي فلا يمكن الذهاب إلى القول بالحرمة ، لعدم

إتيان المفسد وعدم ترتب العناوين المحرّمة . كما تبيّه على الفرض الأخير المحقق الأردكاني قدس سره في تعليقه على المكاسب(١) .

### الفرع الثالث :

على القول بحرمة التشبيب - وهو فعل القائل والمتكلّم والناظم - هل يحرم الإستماع إليه وهو فعل المستمع أم لا ؟

الظاهر والله العالم لو أمكن القول بحرمة التشبيب يمكن القول بحرمة الإستماع ، لأنّ غالب المفسد والعناوين المحرّمة لم يترتب عليه مع عدم وجود المستمع كما هو ظاهر .

وحكم القارئ أيضاً حكم المستمع إذا كان التشبيب مكتوباً . ووافقنا على هذا الفرع الشهيد قدس سره والسيد العامل قدس سره صاحب مفتاح الكرامة على ما مرّ من كلامهما في الفرع السابق .

ولما ذكرنا ظهر ضعف ما ذهب إليه السيد الفقيه اليزدي قدس سره ولذا أمر بالتدبر في آخر كلامه حيث يقول : « بل يمكن دعوى عدم حرمة الإستماع مطلقاً ولو كان محرّماً بالنسبة إلى القائل ، فتدبر »(٢) .

### الفرع الرابع :

على القول بحرمة التشبيب بالأجنبي ، هل التشبيب بالغلام وبالمرد الحسان حرام أم لا- ؟ إذا كان التشبيب بالمرد الحسان باعثاً على التهيج على الحرام فهو حرام بلا إشكال ، ويترتب عليه المفسد والعناوين المحرّمة الماضية بطريق أشدّ وأولى .

وأما في تنظر الفيض الكاشاني في إطلاق هذا الحكم في كتابه مفاتيح الشرائع(٣) وتبعيته

ص: ٣١١

١- (١) غنية الطالب ١ / ١١١ .

٢- (٢) حاشية المكاسب / ١٧ - (١ / ١٠٢ من الطبعة الحديثه) .

٣- (٣) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٠ مفتاح ٤٦٥ .

المحقق السبزواری له فی کتابه کفایه الأحکام(١) ، نظر بَین . لأنَّ التشیب بالغلام أشدّ مفسده وحرمه .

ولذا قال الشهيد فی الدروس : « ... والتشیب بها معینه وبالغلمان مطلقاً ... »(٢) . وقال

ثانی الشهدین فی المسالك : « ... وكذا التشیب بالغلام محرّم مطلقاً لتحريم متعلقه »(٣) .

وقال المحقق الثانی فی جامع المقاصد : « ... وأما التشیب بالغلام فحرام على کلّ حالٍ »(٤) . وذهب الفاضل الإصبهانی أيضاً إلى حرمة التشیب بالغلام مطلقاً فراجع کتابه كشف اللثام(٥) .

وقال جدنا الفقيه الشیخ الأکبر کاشف الغطاء قدس سره : « وأما التشیب بالمرء الحسن من الکفار والمؤمنین المعروفین والمبهمین فهو من السفه وباعث على التهیج على الحرام ومعدود من الفحش ، وظاهر نظر المفاتیح لا یُنظر إليه »(٦) .

وتبعه تلمیذاه صاحباً الجواهر(٧) والمفتاح(٨) .

وفی هذا المقدار کفایه لمن أراد الحقیقه فی الحکم ، واللّه سبحانه هو العالم والحمد له .

ص: ٣١٢

- 
- ١- (٤) کفایه الأحکام / ٢٨١ الطبع الحجری - (ولکن فی المطبوع منها حديثاً لم تذكر التبعية فراجع ١ / ٤٤٠) .
  - ٢- (٥) الدروس الشرعیة ٣ / ١٦٣ .
  - ٣- (١) المسالك ٢ / ٤٠٤ الطبع الحجری - (١٤ / ١٨٢) .
  - ٤- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٨ .
  - ٥- (٣) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ من طبع جماعه المدرسين .
  - ٦- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٣٨ .
  - ٧- (٥) الجواهر ٤١ / ٤٩ .
  - ٨- (٦) مفتاح الکرامه ٤ / ٦٩ (١٢ / ٢٢٥) .

ينقسم التصوير إلى أربعة أنواع : الصورة إما لذي روح من إنسان أو حيوان ، وإما لغير ذي روح ، وكلّ منهما إما بنحو التجسيم بحيث يوجد له الظلّ ، وإما بنحو الصورة والنقش فقط من دون تجسيم ، فهذه أربعة أقسام .

وهكذا يمكن تقسيم التصوير إلى أقسام آخر ، نحو إيجاده بعمل اليد والمباشره أو بالمكائن والمطابع والآلات الحديثه نحو الكاميرا وهى الآله المصوّره والحاسب الآلى وهو الكامبيوتر ونحوهما .

أو إيجاد الصورة كاملاً- كإنسان أو حيوان قائماً أو إيجاده ناقصاً نحو : رأس الإنسان أو الحيوان فقط أو مع ضمّ بعض الأجزاء الآخر كتصويرهما قاعداً .

أو إيجاد الصورة لشيء حقيقى يوجد فى الخارج ويراه الإنسان بعينه أو إيجاد الصورة لشيء لم يره الإنسان نوعاً أو أصلاً ، نحو التصوير الخيالى للجن أو الملك أو الغول أو العنقاء ومثلها .

وهذه بعض أقسام الصورة ، ويمكن تقسيمه بإنقسامات آخر أيضاً لا يهمننا ذكرها هنا ويأتى البحث حولها فى فروع المسأله إن شاء الله تعالى .

### الأقوال فيه

#### تنقسم الأقوال الرئيسية فى المقام إلى الخمسه :

الأول : حرمه التصوير مطلقاً بأقسامه الأربعة ، يعنى سواء كان للحيوان أو لغيره ، وسواء كان بنحو التجسيم أو الصورة والنقش فقط ، استظهره العلامة الحلّى قدس سره فى المختلف(١)

ص: ٣١٣

من كلامى القاضى ابن البراج (١) وأبى الصلاح الحلبي (٣) .

الثانى : حرمه المجسّد مه فقط ، سواء كانت لذى روح أو لغيره ، نسبه العلامه فى المختلف (٢) إلى الشيخين المفيد (٣) والطوسى (٤) ، وسألا (٥) واختاره العلامه نفسه فى إرشاد الأذهان (٦) وتذكره الفقهاء (٧) .

الثالث : حرمه ما كان لذى روح فقط ، سواء كان بنحو التجسيم أو بالصوره والنقش ، نسبه الشيخ الأعظم (٨) قدس سره إلى ظاهر النهايه (٩) وصريح السرائر (١٠) والمحكى عن حواشى الشهيد (١١) والميسيه (١٢) والمسالك (١٣) وإيضاح النافع (١٤) والكفايه (١٥) ومجمع البرهان (١٦) وغيرهم .

ص: ٣١٤

١- (٢) المهدب ١ / ٣٤٤ .

٢- (١) الكافى / ٢٨١ .

٣- (٢) المختلف ٥ / ١٤ .

٤- (٣) المقنعه / ٥٨٧ .

٥- (٤) النهايه / ٣٦٣ .

٦- (٥) المراسم / ١٧٠ .

٧- (٦) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ ، والارشاد المطبوع مع غايه المراد ٢ / ٨ .

٨- (٧) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٨٨ مسأله ٦٩٣ .

٩- (٨) المكاسب / ٢٣ - (١) / ١٨٣ من الطبعه الحديثه) .

١٠- (٩) النهايه / ٣٦٣ .

١١- (١٠) السرائر ٢ / ٢١٥ .

١٢- (١١) كما نقل عنه فى مفتاح الكرامه ٤ / ٤٨ - (١٢) / ١٥٨ من طبعه جماعه المدرسين) .

١٣- (١٢) الميسيه / كما نقل عنه فى مفتاح الكرامه ٤ / ٤٨ - (١٢) / ١٥٨ .

١٤- (١٣) مسالك الإفهام ٣ / ١٢٦ .

١٥- (١٤) إيضاح النافع / كما نقل عنه فى مفتاح الكرامه ٤ / ٤٨ - (١٢) / ١٥٨ .

١٦- (١٥) كفايه الأحكام / ٨٥ - (١) / ٤٢٧ من طبعه جماعه المدرسين) .

أقول : واختاره الشهيد الثاني في حواشيه على الإرشاد(١) ، والشرائع(٢) والنافع(٣) .

الرابع : اختصاص الحرمه بخصوص المجسّم من ذوات الأرواح فقط ، وادعى عليه الإجماع ونفى الخلاف في كلمات جماعه من الأعلام ، نحو : المحقق الثاني في جامع المقاصد(٤) والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائده والبرهان(٥) والسبزواري في كفايه الأحكام(٦) واختاره جدنا الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء في شرحه على القواعد(٧) وتلميذه صاحب الجواهر(٨) والمحقق الخميني في المكاسب المحرمه(٩) وشيخنا الأستاذ - مدظله - في إرشاد الطالب(١٠) وبعض المعاصرين - مدظله - في كتابه المسائل المستحدثه(١١) .

الخامس : ظاهر المشايخ الطوسي والطبرسي والميرزا محمد المشهدي قدس سرهم في تفاسيرهم التبيان(١٢) ومجمع البيان(١٣) وكنز الدقائق(١٤) كراهه عمل الصور مطلقاً لا- الحرمه في ذيل قوله تعالى في سورة البقره : «وَإِذْ وَاَعِدْنَا مُوسَىٰ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً ثُمَّ اتَّخَذْتُمُ الْعِجْلَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَنْتُمْ ظَالِمُونَ»(١٥) .

ص: ٣١٥

- ١- (١٦) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٥٤ .
- ٢- (١٧) حاشيه الارشاد المطبوعه مع غايه المراد ٢ / ٨ - ومستقلاً / ١٦٤ .
- ٣- (١٨) حاشيه شرايع الإسلام / ٣٢٦ .
- ٤- (١) جامع المقاصد ٤ / ٢٣ .
- ٥- (٢) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٥٤ .
- ٦- (٣) كفايه الأحكام / ٨٥ - (١) / ٤٢٧ من طبعه جماعه المدرسين) .
- ٧- (٤) شرح القواعد ١ / ١٨٦ .
- ٨- (٥) الجواهر ٢٢ / ٤١ .
- ٩- (٦) المكاسب المحرمه ١ / ١٦٨ .
- ١٠- (٧) إرشاد الطالب ١ / ١٢٠ .
- ١١- (٨) المسائل المستحدثه / ٢١٤ للفقيه السيد محمد صادق الروحاني مدظله .
- ١٢- (٩) التبيان ١ / ٢٣٦ .
- ١٣- (١٠) مجمع البيان ١ / ١٠٩ .
- ١٤- (١١) كنز الدقائق ١ / ٢٤٥ .
- ١٥- (١٢) سورة البقره / ٥١ .



ومن المعلوم أنّ تأليف التبيان متأخر عن كتب الشيخ الفقيه كما صرح بذلك ابن إدريس الحلبي الذي هو من أسباط الشيخ في مسأله ولايه الأب والجد على البنت في النكاح من سرائره ، وقال : « وأيضاً فشيخنا أبو جعفر الطوسي قد رجح وسلّم المذهب بالكليه في كتابه كتاب التبيان ورجح عمّا ذكره في نهايته وسائر كتبه ، لأنّ كتاب التبيان صنّفه بعد كتبه جميعها واستحكام عمله وسيره للأشياء ووقفه عليها وتحقيقه لها » (١٣) .

فهذه عمدته الأقوال في حكم التصوير ، فلا بدّ لنا من ملاحظه الروايات الواردة في المقام حتّى نرى إمكان تأييد أى قول من الأقوال الخمسه بها وبالجمع بين طوائفها ؟ !

## الروايات

### اشاره

الروايات الواردة حول مسأله التصوير على طوائف :

### الطائفة الأولى : ما يدلّ على حرمة التصوير مطلقاً

منها : موثقه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ جبرئيل أتانى فقال : يا محمّد إنّ ربك يقرؤك السلام وينهى عن تزويق البيوت . قال أبو بصير : قلت : ما التزويق ؟ قال : تصاوير التماثيل (١) .

ورواها فى الكافى (٢) بسند فيه ضعف لدخول على بن أبى حمزه البطانى فيه ونقل عنهما فى الوسائل (٣) . والمراد بالتزويق يعنى التزيين والتحسين .

ومنها : خبر آخر لأبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أتانى جبرئيل فقال : يا محمّد إنّ ربك ينهى عن التماثيل (٤) .

وفى السند ضعف بعلى بن أبى حمزه البطانى ، ويمكن اتحاد الروايتين وكون الثانى

ص: ٣١٦

١- (١) السرائر ٢ / ٥٦٣ .

٢- (٢) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٧ .

٣- (٣) الكافى ٦ / ٥٢٦ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٣ ح ١ . الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن .

تلخيصاً للأول .

ومنها : خبر الأصعب بن نباته قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من جدّد قبراً أو مثّل مثلاً فقد خرج عن الإسلام(١) .

ورواه الصدوق مرفوعاً إلى أمير المؤمنين عليه السلام فى الفقيه(٢) والشيخ مسنداً عنه عليه السلام فى التهذيب(٣) ، والسند ضعيف بأبى الجارود ، وفى ألفاظ الروايه ومعانيها وجوه سوف يأتى

التعرض لها فيما بعد إن شاء الله تعالى ، فانتظر .

ومنها : خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا تبنوا على القبور ولا تصوّروا سقوف البيوت ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كره ذلك(٤) .

والكراهه فى لسان الأئمه عليهم السلام تحمل على الحرمة لا الكراهه المصطلحه عند الفقهاء ، لاسيما فى هذه الروايه المؤيده بظهور النهى فى الحرمة أيضاً فى « لا تصوّروا » ، ولكن فى السند ضعف بالقاسم بن سليمان ، لأنّه لم يوثق . وأمّا جراح المدائنى فيمكن الذهاب إلى حسنه كما ذهب إليه العلامة المامقانى قدس سره فى تنقيح المقال(٥) .

ومنها : خبر سعد بن ظريف عن أبى جعفر عليه السلام قال : « إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ »(٦) : هم المصوّرون ، يكلّفون يوم القيامة أن ينفخوا فيها الروح(٧) .

والسند ضعيف بأبى جميله وسعد بن ظريف ، ولكن الروايه تدلّ على حرمة التصوير .

ومنها : صحيحه يحيى بن العلاء عن أبى عبد الله عليه السلام : أنّه كره الصور فى البيوت(٨) .

ص: ٣١٧

١- (٥) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١١ .

٢- (٦) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٦ ح ١٠ .

٣- (٧) الفقيه ١ / ١٨٩ ح ٥٧٩ .

٤- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٦ ح ٩ .

٥- (٢) تنقيح المقال ١ / ٢٠٩ الرقم ١٦٩٧ من الطبع الحجرى .

٦- (٣) سوره الأحزاب / ٥٧ .

٧- (٤) المحاسن ٢ / ٤٥٥ ح ٤٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٢ .

٨- (٥) المحاسن ٢ / ٤٥٦ ح ٤٦ .

الصحيحه تدلّ على الحرمه ، لأنّه مرّ متّياً أنّ الكراهه فى لسان الأئمه عليهم السلام تحمل على الحرمه . ونظيرها خير المثنى (١) وخير حاتم بن إسماعيل المدينى (٢) .

ومنها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى المدينه فقال : لا تدع صوره إلّا محوتها ، ولا قبراً إلّا سوّيته ، ولا كلباً إلّا قتلته (٣) .

ومنها : حسنه عبد الله بن ميمون القداح عن أبى عبد الله عليه السلام عن آباءه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : أرسلنى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى هدم القبور وكسر الصور (٩) .

ورواها بسنده فى الكافى (٤) وفى السند سهل بن زياد آلامى القمى .

ومنها : صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : إنّ جبرئيل قال : إنّنا لا ندخل بيتاً فيه كلب ، ولا صوره إنسان ، ولا بيتاً فيه تمثال (٥) .

ورواها بسند معتبر فى الكافى (٦) ، ونحوها أيضاً خير محمد بن مروان المروى فى الكافى (٧) والمحاسن (٨) ، وخبر عمر بن خلّاد المروى فى المحاسن (٩) . ونظيرها مرفوعه الأحسائى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى كتابه درر اللآلى (١٠) .

ومنها : خبر عبد الله بن طلحه النهدى عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال : من أكل السحت

ص: ٣١٨

- ١- (٦) المحاسن ٢ / ٤٥٦ ح ٤٥ .
- ٢- (٧) المحاسن ٢ / ٤٥٦ ح ٤٧ .
- ٣- (٨) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٤ والكافى ٦ / ٥٢٨ ح ١٤ ونقل عنهما فى وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٦ ح ٨ .
- ٤- (١) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٥ .
- ٥- (٢) الكافى ٦ / ٥٢٨ ح ١١ .
- ٦- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٤ ح ٣٨ .
- ٧- (٤) الكافى ٦ / ٥٢٧ ح ٣ .
- ٨- (٥) الكافى ٦ / ٥٢٦ ح ٢ .
- ٩- (٦) المحاسن ٢ / ٤٥٤ ح ٣٩ .
- ١٠- (٧) المحاسن ٢ / ٤٥٤ ح ٤٠ .

سبعه - إلى أن قال - والذين يصوّرون التماثيل ، الخبر (١) .

ومنها : خبر أبي بصير ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : أمير المؤمنين عليه السلام : إياكم وعمل الصور ، فإنكم تسألون عنها يوم القيامة ، الخبر (٢) .

منها : ما رواه الصدوق بسند صحيح عن محمد بن أحمد بن يحيى بإسناده رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يسلم على أربعة : على السكران في سكره ، وعلى من يعمل التماثيل ، وعلى من يلعب بالنرد ، وعلى من يلعب بالأربعة عشر ، وأنا أزيدكم الخامسة أنهاكم أن تسلموا على أصحاب الشطرنج (٣) .

ومنها : مرفوعه ومضمرة القطب الراوندى قال : روى أنه يخرج عنق من النار

فيقول : أين من كذب على الله ؟ وأين من ضاد الله ؟ وأين من استخف بالله ؟ فيقولون : ومن هذه الأصناف الثلاثة ؟ فيقول : من سحر فقد كذب على الله ، ومن صور التماثيل فقد ضاد الله ، ومن تراءى في عمله فقد استخف بالله (٤) .

ومنها : مرفوعه الشهيد الثانى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : أشد الناس عذاباً يوم القيامة : رجل قتل نبياً أو قتله نبياً ، أو رجل يضل الناس بغير علم ، أو مصوراً يصور التماثيل (٥) .

ومنها : مرفوعه الأحسائى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : المصوّرون يعدّبون يوم القيامة ، يقال : أحيوا ما خلقتكم (٦)

فهذه الروايات كلها نُقِلت من طرقنا وفيها الصحيحه والموثقه والمعتبره والحسنه من

ص: ٣١٩

- ١- (٨) درر اللآلى ١ / ١١٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٤٥٣ ح ٣ .
- ٢- (٩) كتاب جعفر بن محمد بن شريح الحضرمى / ٧٦ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٠ ح ٢ .
- ٣- (١٠) الخصال / ٦٣٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٠ ح ١ .
- ٤- (١) لب اللباب / مخطوط ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٣ / ٤٥٤ ح ٥ ، و ١٣ / ٢١٠ ح ٣ .
- ٥- (٢) منيه المريد / ٢٨١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٠ ح ٤ .
- ٦- (٣) عوالى اللآلى ١ / ١٤٨ ح ٩١ ونقل عنه مع اختلاف يسير فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١١ ح ٥ .

حيث السند ، وتدلّ على مبعوضيه بل حرمه عمل الصور والتماثيل مطلقاً .

### الطائفة الثانية : ما يدلّ على جواز مطلق التصوير لغير ذوات الأرواح

منها : موثقه أو صحيحه أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ : «يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَتَمَاثِيلَ» (١) فقال : والله ما هي تماثيل الرجال والنساء ولكنها الشجر وشبهه (٢) .

ومنها : خبر آخر للفضل أبي العباس قال : قلت لأبي جعفر قول الله عزّ وجلّ : «يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَتَمَاثِيلَ وَجَفَانٍ كَالْجَوَابِ» قال : ما هي تماثيل الرجال والنساء ولكنها تماثيل الشجر وشبهه (٣) .

رجال السند كلّهم ثقات إلا سهل ، ويمكن اتحاده مع الموثقه الماضيه .

ومنها : صحيحه أحمد بن محمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي قال : كنت عند أبي الحسن الرضا عليه السلام فأخرج إلينا خاتم أبي عبد الله عليه السلام وخاتم أبي الحسن عليه السلام وكان خاتم أبي عبد الله عليه السلام « أنت ثقتي فاعصمني من الناس » ونقش خاتم أبي الحسن عليه السلام « حسبي الله » وفيه ورده وهلال في أعلاه (٤) .

ومنها : صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا بأس بتماثيل الشجر (٥) .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر ؟ فقال : لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان (٦) .

ص: ٣٢٠

١- (٤) سورة سبأ / ١٣ .

٢- (٥) الكافي ٦ / ٥٢٧ ح ٧ والمحاسن ٢ / ٤٥٨ ح ٥٣ ونقل عنهما في وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٥ ح ١ . الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به ، و ٥ / ٣٠٤ ح ٤ . الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن .

٣- (٦) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٥ ح ٦ .

٤- (١) الكافي ٦ / ٤٧٣ ح ٤ ونقل عنه مختصرها في وسائل الشيعة ٤ / ٤٤٣ ح ١ . الباب ٤٦ من أبواب لباس المصلي .

٥- (٢) المحاسن ٢ / ٤٥٨ ح ٥٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٢ .

٦- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٨ ح ٥٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٦ ح ٣ .

ومنها : مرفوعه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ربّما قمت أُصَلِّي وبين يدي وساده فيها تماثيل طائر فجعلت عليه ثوباً ، وقال : قد أهديت إليّ طنفسه من الشام فيها تماثيل طائر فأمرت به فغَيّر رأسه فجعل كهيئته الشجر ، وقال : إنّ الشيطان أشدّ ما يهَمّ بالإنسان إذا كان وحده(١) .

والروايه تدلّ على عدم الحرمة في صوره الشجر وإلاّ لما أمر الإمام عليه السلام بتغييرها إليها .

ومنها : مرفوعه ابن شعبه الحرّاني عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث أنّه قال في عداد الصنائع المحلّله : وصنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحاني(٢) .

والحاصل ، ان هذه الروايات وفيها صحيحه الإسناد والموثقه تدلّ على جواز عمل صور غير ذوات الأرواح مطلقاً سواء كانت مجسّمه أم غير مجسّمه ، وبها نقيّد المطلقات الوارده في حرمة عمل الصور بناءً على قانون الإطلاق والتقيد . ويؤيده السيره القطعيه المتصله إلى زمن المعصومين عليهم السلام من عمل تصوير غير ذوات الأرواح بنحو التجسيم وغيره ولم ينكره أحد ، وبعض الناس يطلبون الرزق بعمل هذه الصور ويكتسبون بها ولم يرتدع أحد منها .

### الطائفة الثالثه : ما يدلّ على حرمة مطلق التصوير لذوات الأرواح

منها : ما رواها الصدوق قدس سره في الفقيه بإسناده إلى حديث مناهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم : أنّه نهى عن التختّم بخاتم صفر أو حديد ، ونهى أن ينقش شيء من الحيوان على الخاتم ، الحديث(٣) .

ظهور النهى في الحرمة واضحه ، ولكن في السند ضعف لدخول عدّه من المجاهيل فيه .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم الماضيه قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر ؟ فقال : لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان(٤) .

ص: ٣٢١

١- (٤) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٩ ح ٧ . الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن .

٢- (٥) تحف العقول / ٣٣٥ .

٣- (١) الفقيه ٤ / ١٠ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٧ / ٢٩٧ ح ٦ .

٤- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٩٦ ح ٣ .

هذه الصحيحه بمفهومها تدلّ على حرمة تصوير ذوات الأرواح مطلقاً ، لأنّ مفهومها إن كان شيئاً من الحيوان ففيه بأس . وكما أن « لا بأس » يدل على الجواز ، ف- « فيه بأس » أيضاً يدلّ على الحرمة .

ومنها : الروايات الواردة في تكليف المصوّرين يوم القيامة بأن ينفخوا الروح في صورهم ويحيوهم : نحو :

١ - حسنه الحسين بن المنذر قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : ثلاثه معدّبون يوم القيامة : رجل كذب في رؤياه يكلف أن يعقد بين شعيرتين وليس بعاقد بينهما ، رجلٌ صوّر تماثيل يكلف أن ينفخ فيها وليس بنافخ (١) .

أقول : إلى هنا انتهى نقل الكليني ، ولكن رواها البرقي في المحاسن بسند فيه ضعف ، وتمّمها هكذا : « والمستمع بين قوم وهم له كارهون ، يصبّ في أذنيه الآنك وهون الأسرب » (٢) وهكذا تمّمها الصدوق بسنده عن محمد بن مروان الكلبى في الخصال (٣) والرجل لم يثبت وثاقته ولذا كان التعبير بالصحيحه في شأن خبر محمد بن مروان كما عبر به ثانى الشهيدين قدس سره في المسالك (٤) غير تام .

٢ - وخبر ابن أبي عمير عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من مثّل تمثلاً كلف يوم القيامة أن ينفخ فيه الروح (٥) .

ورواها البرقي في المحاسن (٦) أيضاً .

٣ - وخبر الحسين بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث مناهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : ونهى أن يكذب الرجل في رؤياه متعمداً وقال : يكلفه الله يوم القيامة أن يعقد شعيره وما هو

ص: ٣٢٢

١- (٣) الكافي ٥٢٨ / ٦ ح ١٠ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٣٠٥ / ٥ ح ٥ .

٢- (٤) المحاسن ٢ / ٤٥٦ ح ٤٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٣٠٥ / ٥ ح ٥ .

٣- (٥) الخصال ١ / ١٠٨ ح ٧٦ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٦٦ / ٦ ح ٩ .

٤- (٦) المسالك ٣ / ١٢٦ .

٥- (١) الكافي ٥٢٧ / ٦ ح ٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٣٠٤ / ٥ ح ٢ .

٦- (٢) المحاسن ٢ / ٤٥٥ ح ٤٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٣٠٤ / ٥ ح ٢ .

بعاقدها ، ونهى عن التصاوير وقال : من صَوَّرَ صورَه كَلَّفَه اللهُ يومَ القيامة أن ينفخَ فيها وليس بِنافخ ، الحديث (١) .

٤ - وخبر ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من صَوَّرَ صورَه عُذِّبَ وكُلِّفَ أن ينفخَ فيها وليس بفاعل ، ومن كذب في حلمه عُذِّبَ وكُلِّفَ أن يعقد بين شعيرتين وليس بفاعل ، ومن استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون يُصَبِّ في أذنيه الآتِك يومَ القيامة (٢) .

قال سفيان (وهو من رجال السند) : الآتِك : الرصاص .

٥ - وخبر سعد بن ظريف عن أبي جعفر عليه السلام قال : «إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» (٣) هم المصوِّرون يكلفون يومَ القيامة أن ينفخوا فيها الروح (٤) .

٦ - ومرفوعه الأحسائي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : المصوِّرون يعذِّبون يومَ القيامة ، يقال : أحيوا ما خلقتم (٥) .

٧ - مرفوعه أخرى للأحسائي عن خالد الحذاء عن عكرمه عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال في حديث : ومن صَوَّرَ صورَه عُذِّبَ حتَّى ينفخَ فيها الروح وليس بِنافخ (٦) .

وقد حكم المحقق الخوئي (٧) قدس سره باستفاضه هذه الأخبار من طرق الفريقين ، وتبعه تلميذه شيخنا الأستاذ (٨) - مد ظله - وقد يقال في شأنها : « والظاهر أن نقل هذا المضمون مستفيض في أخبار الفريقين ، بل يمكن القول بتواتره إجمالاً ، بمعنى العلم إجمالاً بصدور بعضها ،

ص: ٣٢٣

١- (٣) الفقيه ٤ / ٥ ح ٤٩٤٦ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٧ ح ٦ .

٢- (٤) الخصال ١ / ١٠٩ ح ٧٧ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٧ ح ٩ .

٣- (٥) سورة الأحزاب / ٥٧ .

٤- (٦) المحاسن ٢ / ٤٥٥ ح ٤٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٢ .

٥- (٧) عوالي اللآلي ١ / ١٤٨ ح ٩١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١١ ح ٥ .

٦- (٨) عوالي اللآلي ١ / ١٢٢ ح ٥١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١١ ح ٦ .

٧- (٩) مصباح الفقاهة ١ / ٢٢٤ .

٨- (١) ارشاد الطالب ١ / ١٢١ .



ولا أقل من الإطمئنان والثوق بذلك» (١)... «وكيف كان فهذه الروايات ... قد كثرت من طرق الفريقين بحيث تطمئن النفس بصدور بعضها ولو واحده منها ، فتكون حجه إجمالاً ، وظاهر الجميع هي الحرمة ...» (٢).

أقول : الظاهر من هذه الروايات الأمره بالنفخ يوم القيامة للمصوّرين ، أمرهم سبحانه وتعالى بإحياء ما صوّره ، فلا بد أنّ هذه الصورة يمكن إحيائها ، يعنى كانت صورته حيوان فقط ، سواء كانت بنحو التجسيم أو غير مجسمه .

نعم ، خرجت من تحت هذه الأخبار صور غير الحيوان لعدم إمكان إحيائها .

فحمل الروايات الأمره بالنفخ على المجسمه من الحيوان فقط بدعوى : أنّ الصورة حيوان لا ينقص منه شيء سوى الروح ، كما ذهب إليه جدنا الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره فى شرحه على القواعد (٣) وتبعه تلميذه صاحب الجواهر (٤) وتبعهما المحققون الإيروانى (٥) والخمينى (٦) والأردكانى (٧) قدس سرهم والأستاذ - مد ظله - فى آخر كلامه فى المقام تحت عنوان « اللهم إلا ان يقال » (٨) وبعض آخر من أساتيدنا (٩) - أدام الله تعالى ظله - غير تام لما مرّ منّا أنّ النفخ ظاهر فى الإحياء ، والإحياء كما صح أن يتعلق بالمجسمه من الحيوان صح أن يتعلق بغير المجسمه منه أيضاً .

ويؤيد ما ذكرناه صحيحه على بن يقطين فى قضيه إحياء الإمام موسى بن جعفر عليه السلام

ص: ٣٢٤

- ١- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٥٧٤ .
- ٢- (٣) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٥٧٩ .
- ٣- (٤) شرح القواعد ١ / ١٨٨ .
- ٤- (٥) الجواهر ٢٢ / ٤٢ .
- ٥- (٦) الحاشيه على المكاسب ١ / ١٢٨ .
- ٦- (٧) المكاسب المحرمة ١ / ١٧٢ و ١٧١ .
- ٧- (٨) غنيه الطالب ١ / ١١٢ .
- ٨- (٩) إرشاد الطالب ١ / ١٢١ .
- ٩- (١٠) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٥٨١ .

أسداً مصوراً كان على بعض الستور فقال له : يا أسد الله خذ عدو الله ، قال [ على بن يقطين ] : فوثبت تلك الصورة كأعظم ما يكون من السباع فافترت ذلك المَعَزَم (١) ، فخر هارون وندماؤه على وجوههم مغشياً عليهم وطارت عقولهم خوفاً من هؤل ما رأوه ، الحديث (٢) .

وهكذا يؤيدنا خبر محمد بن زياد ومحمد بن سيار عن الإمام الحسن العسكري عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن الرضا عليه السلام في قضيته في مجلس المأمون ، حيث يقول حميد بن مهران للإمام عليه السلام : ... فأما المطر المعتاد مجيئه فلست أنت أحق بأن يكون جاء بدعائك من غيرك الذي دعا ، كما دعوت ، وكان الحاجب أشار إلى أسدين مصورين على مسند المأمون الذي كان مستنداً إليه ، وكانا متقابلين على المسند ، فغضب على بن موسى عليه السلام وصاح بالصورتين : دونكما الفاجر ، فافترساه ولم يبقا له عيناً ولا أثراً ، فوثبت الصورتان وقد عادتا أسدين فتناولوا الحاجب ورضاه [ رضاه (٣) ] وهشماه (٤) وأكلاه ولحسا (٥) دمه والقوم ينظرون متحيرين ممياً يبصرون ... إلى أن قال الرضا عليه السلام : عودا إلى مقركما كما كنتما ، فصارا إلى المسند وصارا صورتين كما كانتا ، الحديث (٦) .

والحاصل ، المراد بالنفخ هو الإحياء ، ولذا يتعلق بذوات الأرواح مطلقاً ، سواء كانت بنحو المجسمه أو غير المجسمه . ولم يرد علينا أولاً : لزوم قابليه المحل بأن ينفخ فيه ، وهذا ليس إلا في المجسمه من الحيوان .

وثانياً : إذا كانت صورته الحيوان بنحو غير المجسمه لزم من النفخ فيه تبديل اللون وهو العرض بالجسم وهو الجوهر ، وتبديل العرض بالجوهر محال .

ص: ٣٢٥

١- (١) المَعَزَم : الرجل الذي عنده العزيمه والرقى .

٢- (٢) أمالي الصدوق ، المجلس التاسع والعشرون ح ٢٠ / ٢١٢ الرقم ٢٣٦ .

٣- (٣) رضه : دقه وجرشه ، رضض الشيء : بالغ في رضه .

٤- (٤) هشم الشيء : كسره .

٥- (٥) لحس القصبه : لعقها وأخذ ما علق بجوانبها بلسانه أو باصبعه .

٦- (٦) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٧١ .

لأنه قد مرّ مراراً: أنّ المراد بالنفخ الإحياء كما اعترف به المحقق الإيرواني(١)، ويكفي في تعلق الإحياء به كونه من ذوات الأرواح مطلقاً، سواء كانت مجسّمه أو غير مجسّمه. والإحياء يمكن أن يتعلق بصورة الحيوان ولو كانت غير مجسّمه. وهذا الأمر بالإحياء ليس إلّا للتعجيز، ولم يُشترط في الأوامر التعجيزية قدره على متعلقها وإلّا لم يصدق التعجيز.

ومن هنا ظهر عدم الحاجة إلى جوابات الشيخ الأعظم(٢) عن الإشكاليين، حتّى يناقشه السيد الخوئي(٣) في جوابه الأول وقبوله الجواب الآخر.

حيث أجاب الشيخ الأعظم: أولاً: بأنّ النفخ يتصوّر في النقش أيضاً بملاحظه محلّه حيث أنّ النقش حالّ في الجسم.

وثانياً: أدلّ الدليل على إمكان الشيء وقوعه كما قد وقع في أمر الإمامين عليهما السلام في مجلس هارون وابنه مأمون.

وثالثاً: أنّ النقش ليس عرضاً بل هو في الحقيقة أجزاء لطيفه من الصبغ فيكون جسماً(٤).

وناقش السيد الخوئي بعد الإعراف بأنّ الظاهر من أخبار النفخ التكليف بالإحياء، فقال: «إنّ التكليف إنّما هو بإحياء نفس الصورة دون محلّها»(٥)، وسكت بالنسبة إلى الجواب الثاني وقبل الجواب الثالث.

فظهر ممّا ذكرنا عدم الحاجة إلى هذه الجوابات لعدم ورود الإشكالات، لأنّ المراد بالنفخ هو الإحياء والإحياء كما يتعلق بالمجسّم يتعلّق بغير المجسّم أيضاً، وليست الروايات ظاهره في المجسّم فقط بل تعمّ غيره.

ص: ٣٢٦

١- (٧) حاشية المكاسب ١ / ١٢٩ .

٢- (١) المكاسب المحرّمه / ٢٣ - (١ / ١٨٤ من الطبعة الحديثه) .

٣- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٢٦ .

٤- (٣) المكاسب المحرّمه / ٢٣ - (١ / ١٨٤) .

٥- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٢٦ .

وهكذا لا يتم ما ذكره المحققان الإيرواني (١) والخميني (٢)، فراجع كتابيهما . وتبعهما بعض أساتيدنا - مد ظله - في المقام (٣) .

ووافقنا على نتيجة هذا البيان جمع من المحققين ، منهم : الشيخ الأعظم (٤) قدس سره والفقيه السيد اليزدي (٥) والسيد على آل بحر العلوم (٦) من تلاميذ صاحب الجواهر ، والسيد الخوئي (٧) والسيد عبد الأعلى السبزواري (٨) وبعض المعاصرين (٩) - مد ظله - .

وبالجملة ، هذه الروايات الآمره بالنفخ تدلّ على حرمة مطلق تصوير ذوات الأرواح سواء كانت مجسّمه أو غير مجسّمه .

ومنها : أى من الروايات الواردة فى الطائفة الثالثة الداله على حرمة مطلق التصوير لذوات الأرواح : خبر الأصبغ بن نباته [ الذى قد سبق ذكره ] قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من جدّد قبراً أو مثلاً مثلاً فقد خرج من الإسلام (١٠) .

بتقريب : أن المثل والصورة مترادفان كما قال الفاضل الأصبهاني قدس سره : « المعروف - كما فى اللغة - ترادف التماثيل والتصاوير والصور بمعنى التصاوير » (١١) .

فالروايه تدلّ على حرمة مطلق التصوير ، ولكن الروايات الواردة فى جواز تصوير غير ذوات الأرواح تخصصها ، فبقيت تحتها مطلق تصاوير ذوات الأرواح سواء بنحو

ص: ٣٢٧

١- (٥) حاشيه المكاسب ١ / ١٢٨ .

٢- (٦) المكاسب المحرمة ١ / ١٧٢ و ١٧١ .

٣- (٧) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٥٨٢ و ٥٨١ .

٤- (١) المكاسب المحرمة ٢٣ / - (١ / ١٨٦ من الطبعة الحديثه) .

٥- (٢) حاشيه المكاسب / ١٧ - (١ / ١٠٢ من الطبعة الحديثه) .

٦- (٣) برهان الفقه - كتاب التجاره / ١٦ .

٧- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٢٦ .

٨- (٥) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٣ .

٩- (٦) عمده الطالب ١ / ١٦٨ .

١٠- (٧) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٦ ح ١٠ .

١١- (٨) كشف اللثام ٣ / ٣٠٨ طبع جماعه المدرسين .

التجسيم أو غيره .

وفيه : أولاً : فى سندها ضعف ظاهر بأبى الجارود كما مرّ منا .

وثانياً : فى دلالة هذا الحديث ومفاد معناه مناقشات كثيرة نذكر لك كلام بعض الأعلام فى المقام حتّى يظهر بعضها :

قال الصدوق بعد نقل الرواية : « واختلف مشايخنا فى معنى هذا الخبر :

فقال محمد بن الحسن الصفار رحمه الله : هو جدّد بالجيم لا غير . وكان شيخنا محمد ابن الحسن بن أحمد بن الوليد رضى الله عنه يحكى عنه أنّه قال : لا يجوز تجديد القبر ولا تطيين جميعه بعد

مرور الأيام عليه وبعد ما طين فى الأوّل ، ولكن إذا مات ميت وطين قبره فجائز أن يرمّ سائر القبور من غير أن يجدد .

وذكر [ ابن الوليد ] عن سعد بن عبد الله رحمه الله أنّه كان يقول : إنّما هو من حدّد قبراً - بالحاء غير المعجمه - يعنى به من سّم قبراً .

وذكر [ ابن الوليد ] عن أحمد بن أبى عبد الله البرقى أنّه قال : إنّما هو من جدث قبراً ، تفسير الجدث : القبر فلا ندرى ما عنى به

والذى أذهب إليه : أنّه جدّد بالجيم ومعناه نبش قبراً ، لأنّ من نبش قبراً فقد جدّده وأحوج إلى تجديده وقد جعله جدثاً محفوراً

وأقول : إنّ التجديد على المعنى الذى ذهب إليه محمد بن الحسن الصفار والتحديد بالحاء غير المعجمه الذى ذهب إليه سعد بن عبد الله والذى قاله البرقى من أنّه جدث كلّ داخل فى معنى الحديث ، وأنّ من خالف الإمام عليه السلام فى التجديد والتسينم والنبش واستحلّ شيئاً من ذلك فقد خرج من الإسلام .

والذى أقوله فى قوله عليه السلام « من مثل مثلاً » يعنى به أنّه من أبدع بدعاً ودعا إليها ، أو وضع ديناً فقد خرج من الإسلام ، وقولى فى ذلك قول أئمتى عليهم السلام ، فإن أصبت فمن الله على ألسنتهم وإن أخطأت فمن عند نفسى « (١) » .

ص: ٣٢٨

الشيخ في التهذيب بعد نقل الروايه والاختلاف الذى مرّ من الصدوق في معناها قال بعد نقل مقال البرقى توضيحاً لكلامه : « ويمكن أن يكون المعنى بهذه الروايه : النهى أن يجعل القبر دفعه أخرى قبراً لإنسان آخر ، لأنّ الجداث هو القبر ، فيجوز أن يكون الفعل مأخوذاً منه » (١). ثم نقل كلام أستاذة المفيد في آخر بياناته وقال : « وكان شيخنا محمد بن محمد بن النعمان رحمه الله يقول : إنّ الخبر بالخاء والدالين وذلك مأخوذ من قوله تعالى : « قُتِلَ أَصِيحَابُ الْأُخُدُودِ » (٢) ، والخد : هو الشق ، يقال : خددت الارض خدداً : أى شققتها . وعلى هذه الروايات يكون النهى تناول شق القبر إمّا ليُدفن فيه أو على جهه النبش على ما ذهب إليه محمد بن على ، وكل ما ذكرناه من الروايات والمعانى محتمل ، والله أعلم بالمراد والذى صدر الخبر عنه عليه السّلام » (٣) .

وهكذا نقل المحقق هذا الاختلاف في المعبر ، وبعد بيان ضعف السند قال : « فإذن الروايه ساقطه فلا ضروره إلى التشاغل بتحقيق نقلها » (٤) .

وأجابه الشهيد في الذكرى بقوله : « اشتغال هؤلاء الأفاضل بتحقيق هذه اللفظه مؤذن بصحه الحديث عندهم وإن كان طريقه ضعيفاً ، كما في أحاديث كثيره اشتهرت وعلم موردها وإن ضعف إسنادها ، فلا يرد ما ذكره في المعبر من ضعف محمد بن سنان وأبى الجارود راوييه ، على أنّه قد ورد نحوه من طريق أبى الهياج السالف ، وقد نقله الشيخ في الخلاف ، وهو من صحاح العامه ، وهو يعطى صحه الروايه بالخاء المهمله لدلاله الإشراف والتسويه عليه ، ويعطى أنّ المثال هنا هو التمثال هناك ، وهو الصوره ، وقد ورد في النهى عن التصوير وفي إزاله التصاوير أخبار مشهوره » (٥) .

أقول : أبو الهياج - وهو حيان بن حصين الأسدى الكوفى - روى عن

ص: ٣٢٩

١- (٢) التهذيب ١ / ٤٥٩ .

٢- (٣) سورة البروج / ٤ .

٣- (١) التهذيب ١ / ٤٦٠ .

٤- (٢) المعبر في شرح المختصر ١ / ٣٠٤ .

٥- (٣) ذكرى الشيعة ٢ / ٤٠ .

أمير المؤمنين عليه السلام وعمار وكان كاتباً له ، وروى عنه جرير ومنصور إبناه وأبو وائل والشعبي ، ووثقه ابن حبان والعجلي ، قال : كل ذلك ابن حجر(١) .

ونقل الشيخ روايته هكذا : « وروى أبو الهياج الأسدي قال : قال لي علي عليه السلام : أبعثك علي ما بعثني عليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، لا ترى قبراً مشرفاً إلا سويته ، ولا تمثالاً إلا طمسته »(٢) .

وهذه الرواية عامية رويت في مسلم(٣) والنسائي(٤) والترمذي(٥) باختلاف يسير في ألفاظها .

وقال العلامة المجلسي بعد نقل الرواية وكلام الصدوق والشيخ والشهيد : « وربما يقال : علي تقدير أن يكون اللفظ « جَدَّد » بالجيم والبدال ، و« جَدَّث » بالجيم والثاء ، يحتمل أن يكون

المراد قتل مؤمنٍ عدواناً ، لأن من قتله فقد جَدَّد قبراً مجرداً بين القبور ، وجعله جدثاً وهو مستقلٌ في هذا التجديد ، فيجوز إسناده إليه ، بخلاف ما لو قتل بحكم الشرع ، وهذا أنسب بالمبالغة بخروجه من الإسلام ، ويحتمل أن يكون المراد بالمثال الصنم للعبادة .

أقول : لا يخفى بُعد ما ذكره في التجديد ، وأما المثال فهو قريب .

وربما يقال : المراد به إقامة رجل بحذاه كما يفعله المتكبرون ، ويؤيده ما ذكره الصدوق قدس سره في كتاب معاني الأخبار عن محمد بن علي ماجيلويه عن عمه محمد بن أبي القاسم عن أحمد بن أبي عبد الله عن النهيكي بإسناده رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : من مثل مثلاً أو اقتنى كلباً فقد خرج من الإسلام ، فليل له : هلك إذا كثيراً من الناس ، فقال : ليس حيث ذهبتم ، إني عنيت بقولي : « من مثل مثلاً - » من نصب ديناً غير دين الله ودعا الناس إليه ، وبقولي : « من اقتنى كلباً » مبغضاً لنا أهل البيت اقتناه وأطعمه وسقاه ، من فعل ذلك فقد خرج

ص: ٣٣٠

١- (٤) تهذيب التهذيب ٣ / ٦٧ .

٢- (٥) الخلاف ١ / ٧٠٧ مسألة ٥٠٥ .

٣- (٦) صحيح مسلم ٢ / ٦٦٦ الحديث ٩٦٩ .

٤- (٧) سنن النسائي ٤ / ٨٨ .

٥- (٨) سنن الترمذي ٣ / ٣٦٦ الحديث ١٠٤٩ .

ثم اعلم أنّ للإسلام والإيمان في الأخبار معانٍ شتى ، فيمكن أن يراد هنا معنى يخرج ارتكاب بعض المعاصي عنه . أما إثبات حكم بمجرد تلك القراءات والإحتمالات بخبر واحد فلا يخفى ما فيه ، وما ذكره القوم من التفسيرات والتأويلات لا يدلّ على تصحيحها والعمل بها . نعم : يصلح مؤيداً لأخبار أخرى ، وردت في كلّ من تلك الأحكام ، ولعلّه يصحّ لإثبات الكراهه أو الإستحباب ، وإن كان فيه أيضاً مجال مناقشه «(٢)» .

وأيد بعض الأساتيد - مد ظله - كلام المجلسي قدس سره بعنوان : « ربما يقال : المراد به إقامة رجل بحذاه كما يفعله المتكبرون » . قال : « ويمكن أن يستأنس للإحتمال الأخير بالحديث الذي مرّ عن نهائه ابن الأثير في لغه مثل ، حيث قال : « فيه : من سرّه أن يمثّل له الناس قياماً فليتبوّأ مقعده من النار »(٣)(٤) .

وقال شيخنا التستري قدس سره بعد نقل الأقوال في الروايه : « ثمّ إنّ « جدّد » بالجيم أقرب للجميع و« جدث » أبعداها ، لأنّه لم يسمع بفعل من « جدث » سوى « اجثث » بمعنى اتخذ قبراً ، ولعلّه لذا قال ابن الوليد - بعد نقل كلام البرقي - : « وتفسير الجدث بالقبر فلا ندرى ما عنى به » ، ولكن قال الشيخ : « يمكن أن يكون المعنى النهي أن يجعل القبر دفعهً أخرى قبراً لإنسان آخر ، لأنّ الجدث هو القبر ، فيجوز أن يكون الفعل مأخوذاً منه .

قلت : قد عرفت عدم استعمال فعل من جدث مجرداً ... وقد أفتى البهائي في جامعه (٥) بكراهه تجديد القبر ... «(٦)» .

أقول : هذا بعض ما ذكره الأعلام في المقام ، ومع ذلك كلّ ظهور المثل في الصورة

ص: ٣٣١

١- (١) معاني الأخبار / ١٨١ .

٢- (٢) بحار الانوار ٧٩ / ١٩ و ١٨ = ٣٢ / ٥٠١ من الطبعة الحديثه في بيروت .

٣- (٣) النهايه ٤ / ٢٩٤ .

٤- (٤) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٥٨٩ .

٥- (١) جامع عباسي / ٢٣ الطبع الحجري (٧٥/ من طبعه جماعه المدرسين عام ١٣٨٦ ش) .

٦- (٢) الأخبار الدخيله ١ / ٥١ و ٥٠ .



منعقدٌ ولا يمكن إنكاره لأحد ، فالفقره الثانيه للروايه تدلّ على حرمة التصوير وتقيدها بالطائفه الثانيه من الروايات يعنى ما ورد فى جواز تصوير غير ذوات الأرواح مطلقاً ، فتنحصر الحرمة بتصوير ذوات الأرواح مطلقاً . وهكذا الفقره الأولى منها تدلّ على حرمة نبش القبر مطلقاً كما قاله الصدوق ، وتدخل فيها جميع الأقوال أو كثير منها . ولكن مع ذلك كلّ سند الروايه ضعيف كما مرّ مراراً .

والحاصل ، انتهى الأمر بنا إلى هنا فى الجمع بين الروايات من الالتزام بالحرمة فى تصوير ذوات الأرواح مطلقاً سواء كان بنحو المجسّم أم غير مجسّم ، وبالجملة فى تصوير غير ذوات الأرواح مطلقاً سواء كان بنحو المجسّم أم غير مجسّم .

واقفنا على هذا الجمع ، جماعة من الأصحاب قديماً وحديثاً ، وهو خيرُه الشيخ الأعظم (١) وقد نسبه إلى عدّه من الأعلام ، حيث مرّ كلامه فى أوّل البحث ، واختاره الحلبي فى الكافي (٢) والقاضى ابن السراج فى المهذب (٣) (٤) وابن إدريس الحلبي فى السرائر (٥) ، وعدّه العلامة من المكاسب المحرمة على رأى فى التلخيص (٦) وثانى الشهيدين فى المسالك (٩)

وحواشى النافع (٧) والشرائع (٨) والإرشاد (٩) والمحدث البحرانى فى الحقائق (١٠) والسيد

ص: ٣٣٢

- 
- ١- (٣) المكاسب المحرمة / ٢٣ - (١ / ١٨٧ من الطبعة الحديثه) .
  - ٢- (٤) الكافي فى الفقه / ٢٨١ .
  - ٣- (٥) المهذب / ١ / ٣٤٤ .
  - ٤- (٦) كما نقل عنهما فى مفتاح الكرامه ٤ / ٤٨ (١٢ / ١٦٥) وإلا عبارتهما بالنسبه إلى جميع التماثيل كما حمل على ظاهرهما العلامه فى مختلفه ٥ / ١٣ .
  - ٥- (٧) السرائر / ٢ / ٢١٥ .
  - ٦- (٨) تلخيص المرام فى معرفه الاحكام / ٩١ .
  - ٧- (١) المسالك / ٣ / ١٢٦ .
  - ٨- (٢) حاشيه مختصر النافع / ٩١ .
  - ٩- (٣) حاشيه شرائع الاسلام / ٣٢٦ .
  - ١٠- (٤) حاشيه الإرشاد المطبوعه مع غايه المراد ٢ / ٨ - ومستقلاً / ١٦٤ .

الطباطبائي في الرياض (١) والنراقي في المستند (٢) والسيد علي آل بحر العلوم في برهان الفقه (٣) والفقيه اليزدي في حاشيه المكاسب (٤) والمؤسس الحائري في المكاسب المحرمه (٥) والمحقق الخوئي في مصباح الفقاهه (٦) والسيد السبزواري في مهذب الأحكام (٧) قدس سرهم والسيد القمي - مدظله - في عمده المطالب (٨) .

### تبصره : بيان المحقق الأردبيلي قدس سره ونقده

قال في مجمع الفائده والبرهان مانصه : « ... ثم إنه تدلّ روايات كثيره على جواز إبقاء الصور مطلقاً ، وهو يُشعر بجوازه ، وقد نقلنا من قبل روايات صحيحه داله عليه .

وتؤيده روايه أبي بصير قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إننا نبسط عندنا الوسائد فيها التماثيل وونفترشها ، قال : لا بأس بما يبسط منها ويفترش ويوطأ ، إنما يكره ما نصب منها على الحائط والسرير (٩) .

وبعد ثبوت التحريم فيما ثبت يشكل جواز الإبقاء ، لأنّ الظاهر أنّ الغرض من التحريم

عدم خلق شيء يشبه بخلق الله وبقائه ، لا مجرد التصوير .

فيحمل ما يدلّ على جواز الإبقاء من الروايات الكثيره (١٠) الصحيحه وغيرها على ما يجوز منها ، فهي من أدله جواز التصوير في الجملة على البسط والستر والحيطان والثياب ،

ص: ٣٣٣

- ١- (٥) الحدائق ١٨ / ١٠٠ .
- ٢- (٦) رياض المسائل ٨ / ١٥٤ .
- ٣- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٨ .
- ٤- (٨) برهان الفقه / كتاب التجاره / ١٦ الطبع الحجري .
- ٥- (٩) حاشيه المكاسب / ١٧ - (١ / ١٠٢ من الطبعة الحديثه) .
- ٦- (١٠) المكاسب المحرمه / ١٠٣ و ١٠٤ - لمقرره آيه الله الشيخ محمد علي الأراكي قدس سره .
- ٧- (١١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٢٦ .
- ٨- (١٢) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٣ .
- ٩- (١٣) عمده المطالب ١ / ١٦٧ .
- ١٠- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٣ الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن .

وهي التي تدلّ الأخبار على جواز إبقائها فيها ، لا ذو الروح التي لها ظلّ على حدّته التي هي حرام بالإجماع .

والإجتنا ب مطلقاً من الإحداث والإبقاء من جميع أنواعه أحوط كما يشعر به الروايه : أن الملك لا يدخل بيتاً فيه صوره «(١)(٢)» .

ملخص ما أفاده قدس سره : إنّ الغرض والحكمه والعلة من الحكم بتحريم عمل الصور ، هو عدم خلق شىء يشبه بخلق الله وبقائه ، وعلى هذا حرمة عمل الصور تستلزم حرمة إبقائها وهكذا حرمة إبقائها تستشعر بحرمة عملها ، وحيث وردت في عدّه من الروايات الصحاح جواز إبقاء الصور وعدم لزوم إفنائها وإعدامها ، فظهر منها أنّ عملها أيضاً جائز ، ولذا تُحمل الروايات المانعه على الكراهه .

نعم ، عمل المجسّمه من الحيوان حرام لأنّه إجماعيّ . ثم احتاط في آخر كلامه قدس سره في الصور مطلقاً من الإحداث والإبقاء . هذا ملخص بيانه قدس سره مع توضيح وترتيب .

أقول : لا- يقيم قدس سره أى دليل على وجود الملازمه بين حرمة الإحداث وحرمة الإبقاء وبين جوازهما إلا- أنّه قال : « إنّ الغرض من التحريم عدم خلق شىء يشبه بخلق الله وبقائه لا- مجرد التصوير » . وأنت ترى أنّ هذا البيان إدعاء بلا دليل ، ولذا نقول بعدم وجود الملازمه بين الإحداث والإبقاء ، لعدم وجود الدليل عليها بل الدليل على خلافها ، حيث ورد النهى من عمل صور الحيوان ولكن ورد الترخيص في إبقائها وعدم وجوب إفنائها . حتّى ورد الترخيص بالنسبه إلى بقاء المجسّمه من الحيوان مع أنّه قدس سره اعترف بأنّ حرمة عملها إجماعيّ .

ولأنّ الإحداث والإبقاء فعلا ن مختلفان يصدران من شخصين غالباً ولكلّ واحد منهما حكم فعله الخاص .

والحاصل ، سيأتى فى فروع مسأله التصوير حكم إبقائها وأنّه يجوز ولكن لا يمكن رفع

اليد عن أدله حرمة عمل الصور للحيوان ، وليس بينهما ملازمه ، بخلاف ما ادعاه المحقق

ص: ٣٣٤

١- (٢) الكافي ٣ / ٣٩٣ - الفقيه ١ / ٢٤٦ مضموناً لا عيناً .

٢- (٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٥٦ و ٥٧ .

الأردبيلي قدس سره ، فما ذكره قدس سره غير تام . والله سبحانه هو العالم بالأحكام .

### تنبيه : بيان الشيخ الأكبر وتلميذه (قدس سرهما)

قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره : « وأما غير المجسمه للحيوان ففيها قولان : أفواهما الجواز ، للأصل وإطلاق الآيات والروايات في الاكتساب والمشى في طلب الرزق بأيّ نحو كان ، وما في الأخبار من الصور والمثال والتمثال ظاهر في الحيوانيه ، ويؤيده أنّ في بعضها صورته إنسان(١) وصورته الطير(٢) وتمثال جسد(٣) ، وفي المجسمه ، لأنّ في بعضها : « لا بأس اذا غيرت رؤوسها »(٤) وفي بعض آخر « قطعت »(٥) وفي آخر « كسرت »(٦) ، وفي الأخبار الكثيره(٧) المعلّله بنفخ الروح إشعار بذلك وأنّ الصوره حيوان لا ينقص منه شيء سوى الروح ، مع أنّ الظاهر في ذلك صنعها على نحو الأصنام .

وفي حديث المناهى عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بعد النهى عن التصوير وأنّ المصوّر يكلف بنفخ الروح قال : ونهى أنّ ينقش شيء من الحيوان على الخاتم(٨) ، وظاهر المقابله يعطى خروج ما لم يكن جسماً عن اسم الصورة .

يؤيده أيضاً فهم المشهور من الصور خصوص المجسمه ، والأخبار المجوّزه للتماثيل على الفرش والوسائد الداله على استعمال الأئمه عليهم السلام لها ، المستثنيه لما نصب على الحائط والسرير(٩) مرشده إلى ذلك وإن لم تكن صريحه فيه ، لأنّ حرمة الإبتداء لا تستلزم حرمة

ص: ٣٣٥

- ١- (١) وسائل الشيعه ٥ / ١٧٥ ح ٢ و ٣ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٥ / ١٧٣ ح ١٠ و ١٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٥ / ١٧٤ ح ١ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٩ ح ٤ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ٥ / ١٧١ ح ٥ ، و ٥ / ١٧٣ ح ١٢ .
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ٥ / ١٧٢ ح ١٠ .
- ٧- (٧) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٩٧ ح ٦ و ٧ و ٨ و ٩ .
- ٨- (٨) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٩٧ ح ٦ .
- ٩- (٩) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٩٦ ح ٤ ، و ٥ / ١٧٠ ح ٢ ، و ٥ / ٣٩٠ ح ٤ و ٧ .

الاستداه ، لكن استعمالهم لها وكثره وجودها في منازلهم يرشد إلى ذلك . وفي الأخبار ما يدلّ

على منع الاستداه أيضاً<sup>(١)</sup> . وعلى كل حال فليس في الأخبار ما يصلح للإستدلال به على تحريم الصور الغير المجسّمه للحيوان «(٢) . انتهى ما أردنا نقله منه قدس سره .

وتبعه تلميذه في الجواهر وقال : « لكن قد يقال ما في بعض النصوص التي تقدمت في كتاب الصلاة من أنّه : لا بأس إذا غيرت رؤوسها ، وفي آخر : قطعت ، وفي ثالث : كسرت ، نوع إشعار بالتجسيم ، كالتعليل بالنفخ في الأخبار الأخر ، ونحوها ممّا هي ظاهره في كون الصورة حيواناً لا- ينقص منه شيء سوى الروح ، بل قد يظهر من مقابله النقش للصورة في خبر المناهي ذلك أيضاً ، ومن ذلك كلّه يقوى حينئذ القول بالجواز في غير المجسّمه الموافق للأصل وإطلاق الآيات والروايات في الإكتساب والمشى في طلب الرزق بأيّ نحو كان ، كقوّه القول بجواز التصوير لغير ذى الروح مجسّمأ أو غير مجسّم لذلك أيضاً ، وللنصوص السابقة المنجبره بالشهره التي كادت تكون إجماعاً «(٣) .

أقول : ذهب صاحب الجواهر وأستاذه قدس سرهما إلى اختصاص الحرمة بالمجسّمه من الحيوان فقط ، وجواز التصوير في غير المجسّمه من الحيوان بالأدله التاليه :

الأول : إطلاق الآيات والروايات الوارده في الإكتساب وطلب الرزق ، وهكذا الأصل العلمى في المقام أيضاً هو الجواز .

وفيه : بعد ورود أدله الحرمة في المقام كما مرّ لا وجه للتمسك بالإطلاق والأصل كما لا يخفى .

الثانى : الروايات الوارده في كتاب الصلاة وغيرها من الأمر بتغيير الرؤوس أو قطعها أو كسرها ، الظاهره في كون الصور من المجسّمه .

وفيه : أولاً : أنّ قطع الرأس وتغييره كما يصدق في المجسّمه فكذلك يصدق في غيرها ،

ص: ٣٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٦ ح ٨ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / (١٨٩ - ١٨٦) .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٢ .

فلا- ظهور لها في المجسمه فقط ، مضافاً إلى الروايات الواردة في جواز الجلوس عليها(١) وأن كل شيء يوطأ فلا بأس به(٢) وجعلها تحت رجلك(٣) ، أو رجليك(٤) وإذا جعلتها تحتك(٥) ، وتلطيخ

رؤوس التصاوير(٦) الظاهره في غير المجسمه .

وثانياً : أن الكلام هنا في عمل الصور ، وهو غير مرتبط بالصلاه في بيت فيه تماثيل ، بل الصلاه فيه كالصلاه في الموارد المكروهه ، كما ذكره السيد الخوئي(٧) قدس سره .

الثالث : الروايات الآمره بالنفخ الظاهره في كونها من المجسمه .

وفيه : أولاً : عدم ظهور الروايات الآمره بالنفخ في المجسمه بالتفصيل الذي مرّ منا .

وثانياً : على فرض ظهورها في المجسمه ، الأخبار الوارده في الحرمة لا تنحصر بها .

الرابع : مقابله النقش والصوره في خبر المناهى ، حيث ورد فيه : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن التصاوير ... - ثم قال بعد أربع صحائف : - ونهى أن ينقش شيء من الحيوان على الخاتم ، الحديث(٨) . وحيث كان النقش بنحو التجسم فلا بد أن تكون الصوره على نحو غير المجسمه .

وفيه : أولاً : سند خبر المناهى ضعيف كما مرّ منا سابقاً .

وثانياً : المقابله بينهما بعيد بل غير ظاهر ، حيث نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن التصوير أولاً ثم بعد بيانات في أربع صحائف(٩) نهى صلى الله عليه وآله وسلم أن ينقش شيء من الحيوان على الخاتم ، وهذا نهى

ص: ٣٣٧

- ١- (٤) وسائل الشيعه ٣٠٩ / ٥ ح ٤ ، و ٣١٠ / ٥ ح ٨ .
- ٢- (٥) وسائل الشيعه ٣٠٨ / ٥ ح ٢ ، و ٣٠٩ / ٥ ح ٥ .
- ٣- (١) وسائل الشيعه ١٧٠ / ٥ ح ١ ، و ١٧١ / ٥ ح ٤ .
- ٤- (٢) وسائل الشيعه ١٧٣ / ٥ ح ١١ .
- ٥- (٣) وسائل الشيعه ١٧١ / ٥ ح ٧ .
- ٦- (٤) وسائل الشيعه ١٧٢ / ٥ ح ١٠ .

عن الخاص بعد ورود النهى عن العام ، وهو متعارف ورائج فى النواهى وكذلك فى الأوامر .

وثالثاً : هذا الدليل ينقض الدليل السابق ، لأنّ الوارد فى الحديث : نهى صلى الله عليه وآله وسلم عن التصوير وأنّ المصوّر يكلف بنفخ الروح ، وقد حمل الشيخ الأكبر وصاحب الجواهر ، التصوير بقريته المقابله مع النقش على غير المجسّم ، والحديث يقول : إنّ المصوّر يكلف بنفخ الروح فى التصوير . مع أن الدليل السابق يقول : بظهور نفخ الروح فى المجسّمه فقط . وبالجملة لا يمكن الجمع بين هذين الدليلين ، والعجب منهما قدس سرهم كيف يجمعان بين هذين الإستدلالتين وسبحان من لا يسهو .

والحاصل ، لا يدلّ دليل على انحصار الحرمة بالمجسّمه من الحيوان فقط ، بل يدلّ على الحرمة من صورته الحيوان مطلقاً سواء كانت بنحو المجسّمه أو غيرها .

## فروع مسأله التصوير

### اشاره

ثم إنّ هاهنا فروعاً لابدّ أن نتكلم ونبحث حولها تمييزاً للفائده :

## الأول : حكم تصوير الملك والجن والشيطان

هل الحيوان يصدق على الملك والجن والشيطان فيحرم تصويرهم حينئذ ؟ أم الحيوان منصرف عنهم فيجوز تصويرهم ؟

ذهب جدنا الشيخ الأكبر قدس سره إلى الحرمة ، حيث قال : « والأقوى إلحاق صورته الملك والجنّى بالحيوان » (١) .

وتبعه تلميذه صاحب الجواهر وقال : « والظاهر إلحاق تصوير الملك والجنّى بذلك » (٢) أى بالحيوان .

وقال تلميذه الآخر فى مفتاح الكرامه : « ويبقى الكلام فى صورته الجنّى والملك إن أمكن تصوير ذلك ، ولعلّ الظاهر إلحاقها بصوره الإنسان » (٣) .

ص: ٣٣٨

١- (١) شرح القواعد ١ / ١٩١ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٠ - (١٢ / ١٦٦ من طبعه جماعه المدرسين) .

وتبعهم السيد على آل بحر العلوم تلميذ صاحب الجواهر وقال : « وصوره ذى الروح فى النص والفتوى تشمل الإنس والجن والملائكة» (١).

وذهب الفقيه اليزدى إلى الحرمة وقال بعد أدله الجواز : « ولكن يمكن تقويه المنع بوجهين : أحدهما : أنّ المتعارف من تصوير الجن والملك ما هو بشكل واحد من الحيوانات فيحرم من هذه الجهة ... »

الثانى : دعوى أنّ المراد من الحيوان المعنى اللغوى ، وهو مطلق الحيّ لا العرفى ، أو

دعوى أنّه مثال لمطلق ذى الروح ، ولا يبعد الحكم بظهور إحدى الدعويين ، فالأقوى الحكم بالحرمة ، خصوصاً إذا كان على الوجه المتعارف الآن» (٢).

واختار المحقق الخوئى قدس سره أيضاً الحكم بالحرمة وقال : « إنّ المراد من الحيوان هنا ما هو المعروف فى مصطلح أهل المعقول من كونه جسماً حسّاساً متحرّكاً بالإرادة ، ومن البديهي أنّ هذا المفهوم يصدق على كلّ مادّة ذات روح ، سواء كانت من عالم العناصر أم من عالم آخر هو فوقه ، وعليه فلا-قصور فى شمول صحيحه محمد بن مسلم لملك والجن والشيطان ، فيحكم بحرمة تصويرهم» (٣).

أقول : الظاهر - والله العالم - أنّ المراد بالحيوان فى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال : « لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان» (٤) ، كلّ من له نعمه الحياه أو كان حيّاً أو كان ذاروح ، وكلّ ذلك يصدق على الملك والجن والشيطان ، فيحرم تصويرهم كما مرّ من بعض الأعلام رحمهم الله ، ومع ذلك كلّ لا ينقضى تعجبي من السيد الخوئى قدس سره كيف حمل كلام الإمام عليه السلام على مصطلح الفلاسفة ؟ !

ومع ذلك كلّ يمكن الحاق صورهم بالحيوان الخيالى الذى يأتى حكمه فى الفرع الثامن فأنتظر .

ص: ٣٣٩

١- (٤) برهان الفقه - كتاب التجاره / ١٧ .

٢- (١) حاشيه المكاسب / ١ / ١٠٩ من الطبعة الحديثه عام ١٤٢٣ .

٣- (٢) مصباح الفقاهه / ١ / ٢٢٨ .

٤- (٣) وسائل الشيعه / ١٧ / ٢٩٦ ح ٣ .



## الثانى : لا يعتبر فى حرمه التصوير كونها معجبه

ظاهر الشيخ الأعظم قدس سره إلى اعتبار الإعجاب فى حرمه التصوير (١).

ولكن ردّه المحقق الإيروانى بقوله : « لا- يُعتبر الإعجاب فى موضوع الحرام ، مع أنّ كلّ صورته هى معجبه فى بدو النظر إليها وإنّما يزول الإعجاب شيئاً فشيئاً . مع أنّ الإعجاب الحاصل عند مشاهدته الصورة إنّما هو من نفس الصورة لكشفها عن كمال مهاره النقاش ولو كانت صورته نمل أو دود ، ولذا لا يحصل ذلك الإعجاب من مشاهدته ذى الصورة» (٢).

وقال السيد الخوئى قدس سره : « إنّ ما دلّ على حرمه التصوير لم يقيد بكون الصورة أو ذى الصورة معجبه ، فلا وجه لجعل الإعجاب شرطاً فى حرمه التصوير » (٣).

وقال المحقق الأردكانى رحمه الله : « لا- يخفى أنّه لا- دليل على اعتبار الإعجاب فى الحرمه ، فإنّ إطلاق دليل الحرمه يشمل تصوير المعجبه من الحيوانى وغيرها كالديدان والخنافس » (٤).

أقول : الظاهر أنّ الحقّ مع هؤلاء الأعلام ، لعدم ورود قيد الإعجاب فى الروايات الداله على الحرمه ، فلا يمكن تقييد الحرمه به ، ولذا قال بعض الأساتيد - مد ظله - : « لا دليل على اعتبار وصف الإعجاب » (٥).

اللهم إلا أن يقال : ليس مراد الشيخ الأعظم قدس سره أن يكون قيد الإعجاب من القيود الخارجيه فى حرمه تصوير الحيوان حتّى ينقض عليه بعدم وروده فى نصوص الحرمه وأنّها مطلقه بالنسبه إلى هذا القيد ، بل لعل مراده أن قيد الإعجاب من القيود الداخليه ، يعنى أنّه معتبر فى صدق التصوير عرفاً ، ولا يصدق على الصورة أنّها صورته إلاّ بعد الإعجاب . وعلى هذا الإحتمال يرتفع إشكال الأعلام على الشيخ الأعظم ، ولكن دون إثباته خرط القتاد ، حيث

ص: ٣٤٠

١- (٤) المكاسب المحرمه / ٢٣ - (١ / ١٨٨ من الطبعة الحديثه) .

٢- (٥) حاشيه المكاسب / ١ / ١٣١ .

٣- (١) مصباح الفقاهه / ١ / ٢٣٠ .

٤- (٢) غنيه الطالب / ١ / ١١٢ .

٥- (٣) دراسات فى المكاسب المحرمه / ٢ / ٦٠٦ .

أن العرف لا يعتبر في صدق الصورة كونها معجبه . والله سبحانه هو العالم .

### الثالث : هل يعتبر قصد الحكايه فى حرمه التصوير أم لا ؟

#### إشاره

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره إلى اعتبار قصد الحكايه فى حرمه التصوير ، بحيث لو لم يقصد الحكايه لم يحرم وقال : « فلو دعت الحاجه إلى عمل شىء شبيهاً بشىء من خلق الله ولو كان حيواناً من غير قصد الحكايه فلا بأس قطعاً » (١) .

واستشكل عليه الفقيه اليزدى وقال : « ظاهره أن المناط فى عدم الحرمه قصد الحكايه ولو كان عالماً بأنه يصير على شكل الحيوان ، ولازمه جواز ذلك مع عدم قضاء الحاجه أيضاً . وهو مشكل ، إذ مع العلم بأن هذا الموجود صورته الحيوان يكون الفعل حراماً وإن لم يكن غرضه الحكايه ، والسُّرُّ أن القصد القهرى حاصل مع العلم ، غايه الأمر عدم كونه غرضاً له .

وحمله على إرادته صورته عدم العلم واتفاق ذلك بعيد ، فإنه واضح لا يحتاج الى البيان كما أن صورته النسيان والغفله كذلك ... فالأولى أن يقال : إن الوجه فى الجواز كون الصورة حينئذ مشتركه بين الحيوان وغيره ، فيكون تميزه بالقصد ، ولعله مراده قدس سره وإن كانت العبارة قاصره عن إفادته » (٢) .

واعترض المحقق الإيروانى على الشيخ بقوله : « إن أراد اعتبار القصد لعنوان التصوير فى وقوعه على صفه المعصيه فذلك ممّا لا إشكال فيه ، فإن حصول عنوان الحرام قهراً ليس بمعصيه وإن تعلق القصد بذات الحرام ، كما إذا قصده بعنوان أنه ماء فظهر أنه خمر .

وإن أراد اعتبار ما يزيد على ذلك - كما هو ظاهر العبارة - بأن يكون الغرض من التصوير حكاية ذى الصورة وانتقال الناظر إلى الصورة إلى ذبيها فذاك ممّا لا دليل عليه ، بل إطلاقات الأدله تردّه » (٣) .

ولكن السيد الخوئى قدس سره يؤيد مقاله الشيخ الأعظم ، وقال توضيحاً لكلامه : « لا شبهه

ص: ٣٤١

١- (٤) المكاسب المحرمه / ٢٣ - (١ / ١٨٩ من الطبعة الحديثه) .

٢- (١) حاشيه المكاسب / ١ / ١١٠ .

٣- (٢) حاشيه المكاسب / ١ / ١٣٢ .

فى اعتبار قصد حكاية ذى الصورة فى حرمة التصوير ، لأنّ المذكور فى الروايات النهى عن التصوير والتمثيل ، ولا يصدق ذلك إذا حصل التشابه بالمصادفه والإتفاق من غير قصد للحكاية ، وهذا نظير اعتبار قصد الحكاية فى صحه استعمال الألفاظ فى معانيها وبدون ذلك ليس هناك استعمال «(١)» .

أقول : إن أراد الشيخ أنّ قصد الحكاية والتمثيل من القيود المعتره فى حرمة التصوير بحيث لو صوّر شيئاً من دون قصد الحكاية فلا حرمة فيه ، فهذا ممّا لا دليل عليه ، لأنّ الروايات الواردة فى الحرمة مطلقه من هذه الجهه ولم يرد فيها هذا القيد .  
وإن أراد أنّ التصوير من العناوين القصديه ، فبطلانه أوضح من أن يخفى على مثله .

وإن أراد توقف عنوان الحرام على قصده ، وهو وإن كان صحيحاً لأنّ حصول عنوان الحرام قهراً ليس بمعصيه كما لو شرب مايعاً على أنّه ماء فظهر أنّه خمّر ، فلم يعص حينئذٍ ومآل هذا القيد إلى اعتبار العلم فى ترتب عنوان الحرام ، وهذا الإحتمال وإن كان فى الواقع صحيحاً ولكنّه بعيد عن عباره الشيخ الأعظم وتعليه .

وإن أراد أنّ الحكايه وقصد التمثيل من الأمور المعتره فى صدق عنوان التصوير ، بحيث لو لم يقصد التمثيل والحكاية لم يصدق التصوير أصلاً فهو بمكان من الإمكان ولكن دون إثباته خرط القتاد . والوجه فى ذلك أنه لو جمع عدّه من الأشخاص وصدر من كلّ واحد منهم خطوطاً من دون قصد ، الحكايه والتمثيل ولكن فى النهايه صار صورة شجر أو ورد أو غيرهما ، فهل يصدق عليها عرفاً أنّها صورة الشجر أو الورد أو غيرهما أو الصدق العرفى منوطٌ بإحراز قصد أصحاب الخطوط ؟

ومن الواضح أنّ العرف يحكم بكونها صورة من دون توقف على إحراز القصد ، وهذا أقوى شاهد على عدم اعتبار هذا القصد ، مضافاً إلى عدم وجود دليل شرعاً على اعتباره .

فلا- يرد علينا ما ذكره المحقق الخوئى بقوله : « فإذا احتاج أحدٌ إلى عمل شىءٍ من المكائن أو آلاتها أو غيرهما من الأشياء اللازمه على صورته حيوان فلا يكون ذلك حراماً ،

ص: ٣٤٢

لعدم صدق التصوير عليه بوجه والمثال ، الواضح لذلك الطائرات المصنوعه فى زماننا ، فإنها شبيهه بالطيور ومع ذلك لم يفعل صانعها فعلاً محرماً ... «(١)» .

والوجه فى ذلك : أنه عمل ما يحتاج إليه ولم يصوّر ولم يمثّل شيئاً فلا حرمه فى فعله ، ولذا لم يذهب إلى الحرمة أحد من الفقهاء . والله سبحانه هو العالم .

#### الرابع : هل المحرّم تصوير مجموع الأجزاء أو يكفى تصوير معظمها ؟

قال الشيخ الأكبر : « والمدار فى صوره الحيوان على صدق الاسم ، وتصوير البعض مع عدم صدقه عليه لا مانع منه »(٢) .

وقال تلميذه فى الجواهر : « ثم إنّ المدار فى صوره الحيوان على صدق الاسم وتصوير البعض مع عدم صدقه عليه وكون المقصود من أوّل الأمر البعض خاصه لا مانع منه »(٣) .

وقال تلميذه الآخر فى مفتاح الكرامه : « والمدار فى صوره الانسان على صدق الاسم وتصوير البعض مع عدم صدقه لا مانع منه »(٤) .

وقال الشيخ الأعظم : « ثم إنّ المرجع فى الصورة إلى العرف فلا يقدح فى الحرمة نقص بعض الأجزاء »(٥) .

وقال المحقق الإيروانى : « يظهر منه المفروغية عن أنّ الصورة لا بدّ أن تكون صوره حيوان تام ، فلا يحرم نقش بعض الصورة ، مع أنّ من المختص قريباً حرمه كلّ جزءٍ جزءٍ ، أو ما يعمّ الجزء والكلّ ، فنقش كلّ جزءٍ حرام مستقل إذا لم ينضمّ إليه نقش بقيه الأجزاء وإلاّ كان الكلّ مصداقاً واحداً للحرام . ويحتمل أن يكون المحرّم هو الإتيان بالهيئة الإجتماعيه ، فلا يكون لتصوير كلّ جزء بأسّ ما لم ينضمّ إليه تصوير بقيه الأجزاء المحقّق للهيئة الإجتماعيه ... »(٦) .

ص: ٣٤٣

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣١ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٤- (٤) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٠ - (١٢ / ١٦٦) .

٥- (١) المكاسب المحرمه / ٢٣ (١ / ١٨٩ من الطبعة الحديثه) .

٦- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٣٢ .

وقال السيد الخوئي : « يُعتبر في تحقق الصورة في الخارج الصدق العرفي ، فإن الأدلة المتقدمة التي دلت على حرمه التصوير إنما تقتضى حرمه الصورة العرفيه التامه الأعضاء والجوارح بحيث يصدق عليها أنها مثال بالحمل الشائع ، وعليه فإذا صور أحد نصف حيوان من رأسه إلى وسطه أو بعض أجزائه فإن قَدْر الباقي موجوداً فهو حرام ، كما إذا صور إنساناً جالساً لا يتبين نصف بدنه أو كان بعض أجزائه ظاهراً وبعضه مقدرًا بأن صور إنساناً وراء جدار أو فرس أو يسبح في الماء ورأسه ظاهر ، وإن قصد النصف فقط فلا يكون حراماً ، فإن الحيوان لا يصدق على بعض أجزائه كرجله ويده ورأسه ، نعم : إذا صدق الحيوان على هذا النصف كان تصويره حراماً » (١).

ونقل المحقق الأردكاني عن بعض الأعلام حرمه تصوير أعضاء الحيوان مطلقاً مدعيًا صدق مثال الروحاني عليها وشمول إطلاق قوله عليه السلام : « من صور صورته أو مثل مثلاً » - الخ . ثم استشكل عليه وقال : - وفيه : « دعوى الإنصراف عنها غير بعيدة » (٢).

أقول : الظاهر تبعاً للأعلام أن الصدق العرفي معتبر في حرمه التصوير ، فإذا صدق العرف في مورد أنها صورته فهي حرام وإلا فلا ، سواء كانت تامه الأجزاء أو ناقصتها ، وأما إذا لم يصدق عليها أنها حيوان فلا حرمه في البين خلافاً لما نقله المحقق الأردكاني عن بعض الأعلام .

وأما ما ذكره المحقق الإيرواني (٣) من الإحتمالات الثلاث :

١ - حرمه كل جزء جزء ٢ - حرمه ما يعم من الجزء أو الكل ٣ - حرمه الإتيان بالهيئة الإجتماعيه فحينئذٍ آخر الأجزاء يكون حراماً لأن بها حصلت الهيئة الإجتماعيه .

فكلها غير تامه ، أما الأول : فلعدم صدق الحيوان على الجزء منه عرفاً ، فلا يصدق على اليد أو الرجل أو العين أنها حيوان .

وأما الثاني : فيظهر بطلانه من بطلان الاحتمال الأول ، لأنه حيث لا يصدق على الجزء

ص: ٣٤٤

١- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣٢ .

٢- (٤) غنيه الطالب ١ / ١١٢ .

٣- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٣٢ .

أنه حيوانٌ فلا يصح تعميم الحرمة للجزء .

وأما الثالث : فلأن موضوعات الأحكام تؤخذ من العرف لا من الإحتمالات البعيده وبالذقه الفلسفيه ، والعرف لم يتنبه على هذا الاحتمال قبل بيانه . وتوضيحه ، ولذا قال بعض الأساتيد - مد ظله - فى نقده : « وأما احتمال كون المحرّم الهيئه الاجتماعيه فالظاهر أنه احتمال مدرسيّ لا- ينقدح فى أذهان من راجع أخبار المسأله ، إذ الحكم فيها مترتب على عنوان تصوير الحيوان ، وهو فعل تدريجيّ مركّب بحسب تركّب الحيوان من الأجزاء ... » (١).

ولعلّ المحقق الإيروانى تفتن إلى هذه الإيرادات ، ولذا قال بعد أسطر فى تعليق آخر : « ... إنّما المدار صدق كون الصوره صورته حيوان تامّ أو إنسان تامّ ، على قيام أو قعود أو اضطجاع ، عارياً أو لابساً للباس أو ملتقاً بالرداء ومغطىً باللحاف ، فربّما لا يكون منقوشاً من أجزاء بدننه سوى وجهه ، بل قد عرفت أنّ النقش الغير المجسّم دائماً هو نقش جانب من جوانب ذى الصوره وصوره جزء منه» (٢).

وهذا البيان منه قدس سره اعتراف بأنّ المدار فى الصوره الصدق العرفى على أنّها صورته حيوان تامّه كانت أو ناقصه كما مرّ منّا ، والحمد لله ربّ العالمين .

### الخامس : حكم الشركه فى التصوير

قال الشيخ الأكبر : « ولو حصل الصنع من اثنين دفعهً كانا مصوّرين ومع التدريج المدار على الأخير ، والتعلّق بالأوّل أيضاً مع النيه قوى ومع التفريق يتعلّق الحكم

بالجامع » (٣).

وقال تلميذه فى الجواهر : « ولو حصل الصنع من اثنين دفعهً كانا مصوّرين ومع التدريج ففى شرح الأستاذ أنّ المدار على الأخير ، قلت : لعلّ الأقوى التعلّق بالأوّل أيضاً ، إذا فرض كون المقصود لهما ذلك من أوّل الأمر لصدق الاستناد إليهما ، ومنه يظهر ما فى إطلاق قوله

ص: ٣٤٥

١- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمه ٢ / ٦١١ .

٢- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٣٣ .

٣- (١) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

أيضاً بعد ذلك : « ومع التفريق يتعلق الحكم بالجامع » (١).

وقال السيد على آل بحر العلوم تلميذ صاحب الجواهر : « وإذا اشترك اثنان في تصوير دفعه أتما معاً ، أو تدريجاً فالمتّم ، قصد الأوّل الإتمام فبدا له أو الإقتصار ، وفي جواهر الاستاذ بل والأوّل أيضاً إذا قصد الإتمام ثم بدا له ، ولعلّ نظره إلى أن فعله البعض بقصد الإتمام يتمحض للجزئية ، فيشمله المنع عند فعله له باعتبار منعه عن الكل . وفيه : إنّه ينبغي حينئذ أن يكون مراعىً بالإتمام ، فإن أتمه انكشف تعلق الحرمة وإلّا تبين عدم الحرمة من البدء ، وتعيّن كونه جزء بمجرد القصد حتّى مع عدم الإتمام ممنوع » (٢).

أقول : الظاهر أنّه قدس سره نقل معنى كلام أستاذه لانصه الذى مرّ منّا .

وقال الشيخ الأعظم : « وإن قصد النصف لا غير لم يحرم إلّا مع صدق الحيوان على هذا النصف ، ولو بدا له فى إتمامه حرّم الإتمام لصدق التصوير بإكمال الصورة لأنّه إيجاد لها ... » (٣).

وظاهر الشيخ الأعظم وإطلاقه صدق التصوير بإكمال الصورة ولو كان الإكمال بتوسط شخص آخر ، فيحرم فعل المكمل فقط لا فعل البادئ الذى أتى بها ناقصاً .

وحمل السيد اليزدى كلام الشيخ الأعظم على ما قلناه فقال : « لازم ذلك الحكم بالحرمة أيضاً فيما إذا كان القدر الموجود بفعل غيره ، لأنّه يصدق عليه أنّه أوجد الصورة ، لأنّ ما كان موجوداً لم يكن صورته بل بعضها ، سواء كان ذلك الموجود بفعل مكلف آخر أو غيره كالصبي والمجنون ، بل ولو لم يكن قصد الفاعل له إيجاد الصورة أيضاً ، لأنّ المناط هو صدق الإيجاد بالنسبة إلى هذا المتّم . ولا يخفى أنّ الالتزام به مشكّل ، والمسألة مبتيه على أنّ المحرّم هو فعل التصوير أو إيجاد الصورة . وبعبارة أخرى : المحرّم عنوان فعل مركب ، أو عنوان بسيط

يكون الفعل الخارجى المركب محققاً ومحضاً له ، على الأوّل يكون حرمة الفعل نفسياً وعلى الثانى مقدمياً . فلو قلنا بالأوّل لا يكون الإتمام حراماً ، لعدم كونه تصويراً ، إذ إيجاد البعض لا يكون إيجاداً للصورة التى هى مركبه بالفرض ، سواء كان البعض الأوّل من فعله أو من فعل

ص: ٣٤٤

١- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٢- (٣) برهان الفقه - كتاب التجاره / ١٧ الطبع الحجرى .

٣- (٤) المكاسب المحرّمه / ٢٣ - (١ / ١٨٩) .

غيره ، وسواء كان إيجاده له على الوجه المحرّم - كما لو كان بائياً على التصوير وبعد الإتيان بالبعض بدا له في الإتمام ثم بعد ذلك أتمه - أو على وجه محلّل ، وإن قلنا بالثاني يكون الإتمام حراماً في الجميع ، هذا .

والظاهر من الأخبار هو المعنى الأوّل كما لا يخفى ، وهو الظاهر من المصنف فيما ذكره في الفرع الآتي . ولا يمكن أن يراد من الأخبار الأمان معاً ، أعنى حرمة نفس الفعل ذاتاً وحرمة العنوان البسيط - أعنى إيجاد الصورة ليكون الفعل الأوّل المركب حراماً مقدماً - لأنه مستلزم للإستعمال في أكثر من معنى ، مع أنّه يستلزم كون الفعل الخارجى محرّماً من جهتين .

نعم ، يمكن أن يدعى أنّ الظاهر من الأخبار وإن كان حرمة نفس الفعل ، لكن يستفاد من فحواها حرمة الإيجاد أيضاً إذا لم يكن تمام المركب حراماً ، ومقتضاه حرمة الإتمام أيضاً في الصورة المذكورة ، فتدبر [\(١\)](#) .

والمحقق الإيروانى في ذيل قول الشيخ الأعظم : « ولو بدا له في إتمامه حرم الإتمام » [\(٢\)](#) ، قال : « أمّا إذا أتمه غيره لم يحرم ، فإن المتمم كالبادئ آت بجزء من الحرام وجزء الحرام ليس بحرام » [\(٣\)](#) .

وذيل كلام الشيخ الأعظم : « ومن أنّ حرمة الفعل عرفاً ليس إلّا حرمة الاشتغال به عمداً ، فلا تراعى الحرمة بإتمام العمل ... » [\(٤\)](#) بقوله : « لا - وجه لهذا الكلام بعد فرض كون المحرّم هو تصوير صورته المجموع ، من حيث المجموع فإن تحصيل المجموع يكون بالجزء الأخير ، فإذا اشتغل ولم يتم العمل لم يكن آتياً بالحرام ، كما أنّه لو تمّ عمل غيره لم يكن آتياً به ، فالمتمّصّف بالحرمة هو مجموع العمل من بدوه إلى ختامة .

ودعوى : أن العرف يفهم من تحريم المركب حرمة الأخذ والشروع فيه ، رفض للمبني ،

فإنّ معنى هذا حرمة ذلك الجزء الذى شرع به هو خلف ، إذ قد فرض أنّ معروض الحرمة هو

ص: ٣٤٧

١- (١) حاشية المكاسب ١ / ١١٢ و ١١١ .

٢- (٢) المكاسب المحرّمه / ٢٣ - (١ / ١٨٩) .

٣- (٣) حاشية المكاسب ١ / ١٣٣ .

٤- (٤) المكاسب المحرّمه / ٢٣ - (١ / ١٩٠) .



المجموع من حيث المجموع ، ومع ذلك لا يكون شروعه محرماً ما لم ينته إلى الختام» (١).

قال المحقق الخميني : « لو اشترك إثنان أو أكثر في عمل صورته ، فالظاهر قصور الأدله عن إثبات الحرمة لفعل كل من الفاعلين أو أكثر بعدم صدق عنوان : صور الصور أو مثل المثال على واحد منهما بلا-ريب ، ضروره أنّ التمثال والصورة عبارته عن مجموع الصورة الخارجيه ، والأجزاء لا تكون تمثالاً لحيوان ولا صورته له ، والفاعل للجزء لا يكون مصوراً للحيوان ، من غير فرق بين اشتغالهما بتصويره من الأوّل إلى الآخر أو تصوير أحدهما نصفه والآخر نصفه الآخر ، أو عمل واحد منهما الأجزاء وتركيب الآخر بينها ، لعدم الصدق في شيء منها ، فإنّ الظاهر من قوله : « من صور صورته » ، كون صدور الصورة - أي هذا الموجود الخارجى الذى يقال له التمثال - من فاعل ، والفرض عدم صدورهما منه ... واحتمال أن يكون المراد بهما أنه من أوجد هيئته الصورة أو هيئته المثال وهو صادق على من أتمهما ، إمّا بإتيان النصف الباقي أو بتركيب الأجزاء ، بعيد عن ظاهر اللفظ ومخالف للمتفاهم من الأخبار» (٢).

وقال المحقق الخوئي : « إذا اشترك أشخاص عديده في صنعته صورته محرّمه ، فإن قصد كل واحد منهم التصوير المحرّم فهو حرام ، وإلا فلا يحرم غير تركيب الأجزاء المتشتمته» (٣).

وقال المحقق الأردكاني : « فرع : لو بدله في إتمامه وأتمه آخر ففى حرمة فعل كلّ من الأوّل والأخير ، أو عدم حرمة ، أو حرمة فعل الأخير دون الأوّل ، وجوه إن قلنا باختصاص الحرمة بالمجموع فلا يكون فعل واحد منهما محرّماً ، وإن قلنا أنّ المحرّم هو الإتيان بالهيئته الإجتماعيه فلا إشكال فى حرمة فعل الأخير إذ بفعله تحصل الهيئته الإجتماعيه ، و على هذا يحتمل حرمة فعل الأوّل أيضاً ، إذ لو لا سبق فعله لما حصلت الهيئته الإجتماعيه ، فيكون لفعل كلّ منهما دخل فى حصولها فيكون محرّماً» (٤).

وقال شيخنا الأستاذ - مدظله - : « فإنّ العنوان المحرّم إذا كان بحيث لا يصدق إلا على

ص: ٣٤٨

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٣٤ .

٢- (٢) المكاسب المحرّمه ١ / ١٨٣ .

٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣٣ .

٤- (٤) غنيه الطالب ١ / ١١٣ .

المجموع كما هو المفروض ، لأنّ المنهى عنه تصوير الحيوان أو الإنسان وعمل تمثالهما وهذا يكون بنقشهما أو تجسيهما من قرنهما إلى قدمهما ، فيكون اتصاف الجزء الأوّل بكونه حراماً مشروطاً بتحقق الجزء كما فى الواجبات الإرتباطيه ، فالتفرقه بين الواجبات والمحرمات فى ذلك بلا وجه .

ولو اشتغل اثنان بتصوير حيوان - بأن قصد هذا تصوير بعضه والآخر تصوير بعضه الآخر وكان ذلك بعلم كلّ منهما بفعل صاحبه - فلا يبعد الإلتزام بحرمه تصوير البعض فى الفرض ، أخذاً بقوله سبحانه : «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» ، حيث أن مقتضى الأدله الأوّليه عدم جواز تصوير كلّ مكلف تمام الحيوان ، ومقتضى الآيه حرمه الإشتراك فى تحقّق ذلك الحرام كما لا يخفى ، وليس المحرّم بحسب الأدله هو إتمام الصوره ، كما إذا قصد أحد تصوير جسد الحيوان مثلاً بلا رأس ، بلا علم منه أنّ الآخر يكمله ، وأكمله الآخر برسم الرأس له ، فلا يكون فعل الثانى حراماً باعتبار كونه إتماماً لتلك الصوره ، فإن المحرّم هو تصوير كلّ مكلف الحيوان أو الإنسان لا إتمام صورتها ، وتصويرهما لا يصدق على مجرد إتمامهما ، كما أنّه لا يصدق على تصوير بعضهما ... «(1)» .

أقول : الظاهر من الأدله عدم صدق الصوره أو التمثال على بعضهما أو جزئهما ، فلا يحرم البعض أو الجزء . وعلى هذا لو أتى شخص بهذا الجزء أو البعض لم يكن فعله محرّماً ، ثم لو أتى آخر ببقية الأجزاء وأتمّها لم يكن فعله أيضاً محرّماً ، لأنّ الثانى أيضاً صور بعض الأجزاء والبعض لا يكون حراماً .

نعم ، يمكن أن يقال تبعاً للأستاذ - مد ظله - لو علم الأوّل أنّ الثانى أتمّه والثانى أيضاً يعيّن على الأوّل تصوير بعض أجزائها وأن يأتى الأوّل بها ، بأن يقسما الصوره مثلاً - بأن يأتى الأوّل بالرأس والثانى ببقية الصوره - يصدق على فعلهما التعاون على الإثم والعدوان ، فيحرم فعل كلّ منهما .

ولعله أشار إلى هذا الفرع الأخير بعض أساتيدنا - مدظله - حيث يقول : « ولو سلّم

ص: ٣٤٩

عدم حرمة فعل من أوجد الجزء بعنوان التصوير بما أنه فعل تدريجيّ مركّب فلا أقل من حرمة بعنوان التعاون على الأثم ، كيف والمتعارف في إيجاد التصاوير والتماثيل وقوعه بنحو المشاركة والتعاون ، فلو لم يكن هذا حراماً صار هذا طريقاً ووسيلة إلى ارتكاب المحرّمات بنحو الشركه فراراً عن وقوع الحرام ، وهذا أمر لا يقبله ذوق من أطلع على مذاق الشارع

المقدّس ، فتدبّر «(١)» .

### السادس : حكم ايجاد الصورة بالتسيب

قال الفقيه اليزدي : « الظاهر أنّه لا فرق في التصوير بين المباشرة والتسيب ، كما أنّه لو أكره غيره أو بعثه عليه من غير إكراه فيما لو كان المباشر ضعيفاً ، بحيث يسند الفعل إليه ، وذلك لأنّ قوله عليه السلام : « من صوّر صورته » ونحوه أعم من الأمرين وإن كانت الأفعال ظاهره في المباشرة ، فإنّه يمكن فهم الأعميه بسبب القرائن ، كما في قوله صلى الله عليه وآله وسلم « من أتلف » ، وقوله « من قتل نفساً » فكذا ، وهكذا .

والحاصل ، أنّ ظاهر الفعل وإن كان خصوص صورته المباشرة إلا أنّه يمكن استفادته التعميم من القرينه ، وهي في مثل المقام ملاحظه مناط الحكم . والظاهر أنّ هذه الإستفاده مختصه بالأفعال المتعدّيه دون اللازمه ، والسرّ في ذلك أنّ معنى مثل قوله « من قتل نفساً » ، مثلاً - من أوجد القتل ، فيمكن أن يُراد منه الأعم من الأمرين ، وإن كان ظاهراً - من حيث هو - في خصوص المباشرة ، بخلاف مثل قوله « من جلس » أو « ذهب » أو نحو ذلك ، فإنّ المراد منه من قام به الجلوس أو الذهاب ، فلا يقبل أن يكون أعم ، إذ جلوس الغير قائم بذلك الغير ، فلا يمكن أن يكون جلوساً للسبب الباعث ، بخلاف القتل الصادر منه ، فإنّه يمكن نسبته إلى السبب ، فتدبّر ... «(٢)» .

وقال المحقق الخوئي ناظراً إلى مقاله السيد اليزدي : « قد عرفت في البحث عن حرمة تغيير الجاهل أنّ إلقاء الغير في الحرام الواقعي حرامٌ ، وعليه فلا فرق في حرمة التصوير بين

ص: ٣٥٠

١- (١) دراسات في المكاسب المحرمة ٢ / ٦٢٠ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١١٢ .

المباشره والتسيب . بل قد عرفت في المبحث المذكور ، أن نفس الأدله الأوليه تقتضى عدم الفرق بين المباشره والتسيب في إيجاد المحرّمات ، وعلى هذا فلا نحتاج في استفاده التعميم وملاحظه المناط كما في حاشيه السيد رحمه الله «(١)» .

أقول : الظاهر من الأدله الأوليه الداله على حرمة المحرّمات ، تشمل صورتى المباشره والتسيب بحسب الفهم العرفى ، من دون إحتياج إلى القرينه للتعميم ، وعلى هذا في حرمة

التصوير أيضاً تحرم المباشره للفعل أو التسيب له كما عليه العَلَمين قدس سرهم مع إختلاف فى الاستدلال .

### السابع : حكم إيجاد الصور بالمكائن والآلات الحديثه

قال المحقق الخمينى : « إنَّ الظاهر من الأدله هو حرمة تصوير الصور وتمثيل المثل ، وهما لايشملان إلا للمصنوع بيد الفاعل مباشره ، بمعنى صدور عمل التصوير منه وبيده ، كما كانت صنعه الصور كذلك فى عصر صدور الروايات ، فلايشملان لإيجاد الصور كيف ما كان ، فلو فرضت مكينه صنعت لإيجاد المجسّمات وباشراً أحد لإتصال القوه البرقيه بها فخرجت لأجلها الصور المجسّمه منها ، لم يفعل حراماً ولم تدلّ تلك الأدله على حرمة ، لعدم صدق تصوير الصور وتمثيل المثل عليه ، فلو نسباً إليه كان بضرب من التأويل والتجوّز ، فإنّ ظاهر « من صوّر صوراً » أو « مثل مثلاً » سيما فى تلك الأعصار صدورهما من قوّته الفاعله ، فيكون هو المباشر لتصويرها ، فكما أن قوله « من كتب كتاباً » لا يشمل من أوجد الكتابه بالمطابع المتعارفه أو أخذ العكس منه ، فمباشر عمل المطبعه وأخذ العكوس ليس كاتباً ولا كتب شيئاً ، كذلك صاحب المكينه العامله للصوّر ، وكذا العكّاس ليسا مصوّرين وممثّلين للصور والمُـثّل ، إلا بضرب من التأويل والتجوّز ، ولايصار إليه بدليل وقرينه من غير فرق بين العكوس المنطبعه فى الزجاجه والمنعكسه منها إلى الصحائف وإن كان عدم الصدق فى الأوّل أوضح «(٢)» .

ص: ٣٥١

١- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣٣ .

٢- (١) المكاسب المحرّمه ١ / ١٧٧ .

ولكن قال السيد الخوئي : « الظاهر من الأدلة المتقدمة الناهية عن التصوير والتمثيل هو النهى عن إيجاد الصورة ، كما أنّ النهى عن سائر الأفعال المحرّمة نهى عن إيجادها في الخارج ، وعليه فلا يفرق في حرمة التصوير بين أن يكون باليد أو بالطبع أو بالصياغة أو بالنسج ، سواء أكان ذلك أمراً دفعياً - كما إذا كان بالآلة الطابعة - أم تدريجياً ... » (١).

وقال المحقق السيد عبد الأعلى السبزواري قدس سره بعد الحكم بأن ليس من التصوير المحرّم أخذ الصورة بالأجهزة المعدّة لذلك بجميع أقسامها وكيفياتها ، مستنداً عليه : « للأصل بعد أن كان المنساق من الأدلة ما كان بعمل اليد الشائع في الأزمنة القديمة ، والشك في الشمول يكفي في

عدم الشمول ، لأنّ التمسك بالدليل حينئذ تمسك به في الموضوع المشتبه ، والمرجع فيه حينئذ هو الأصل . وكذا المجسّمات المصنوعة في عصرنا الحاضر من البلاستيك الذي تصبه المكائن الخاصة في قوالب مخصوصه ، للشك في كونها من التصوير المحرّم فيرجع فيها إلى الأصل ، وفي كون القالب من التصوير المحرّم إشكال لانصراف الأدلة عنه » (٢).

أقول : الظاهر من الأدلة الواردة في حرمة التصوير هو عمل الصورة والمثال بمباشره اليد وآلاته الخاصة ، نحو القلم بأنواعه و المسمار وغيرهما . وأمّا إحداث الصورة بالمطابع أو إحداث المثال والمجسّمه بالمكائن الحديثه فهو خارج عن دلاله أدله الحرمة في المقام ، كما مرّ من المحقّقين الخميني والسبزواري قدس سرهما وخلافاً للمحقق الخوئي قدس سره .

لا أدعى : أنه لم تكن هذه المطابع والمكائن والآلات الحديثه في زمن صدور الروايات ولذا تنصرف الروايات عن العمل بها والأفعال الصادره باستخدامها .

بل أدعى : أنّ العرف لا يُطلق على عمل العامل بهذه المطابع والمكائن والآلات الحديثه أنّه صور صورته أو مثل مثلاً ، بل يُطلق على عمله أنّه عامل في المعمل أو المطبعه أو غيرهما ، ولا يصدق عليه أنّه مصوّر أو ممثّل .

وإتصال الآله بالقوه الكهربائيه أو الإتيان بالمواد اللازمه للعمل نحو الأوراق أو المواد

ص: ٣٥٢

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣٣ .

٢- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٤ .

البلاستيكية ونحوها لم يكن محرماً كما هو واضح .

قد ظهر ممياً ذكرنا جواز إيجاد الصور والمُثل بالآلات الحديثه نحو : الكاميرا وهى الآله المصوّره وأخذ العكوس والأفلام ، أو إيجاد الصورة بالكامبيوتر أو بالمطابع أو بالمكائن أو نحوها .

وبالجملة ، نحن لا نرى فرقاً بين إيجاد الصور بالمطابع والمكائن والكاميرا والآلات المصوّره الحديثه والكامبيوتر ونحوها ، فلذا يجوز أخذ العكس المتداول فى زماننا أيضاً .

وممياً ذكرنا ظهر ضعف مقاله السيد اليزدى قدس سره حيث يقول : « لا- فرق بين أنحاء إيجاد الصورة من النقش بالتخطيط وبالحدك وبغير ذلك ، فيشمل العكس المتداول فى زماننا ، فإنه أيضاً تصوير كما لا يخفى ، فتدبر »(١) .

ولكن المحقق الخوئى قدس سره مع ذهابه إلى حرمة إيجاد الصورة بالمطابع والمكائن والآلات

الحديثه - كما مرّ بيانه - ذهب إلى جواز أخذ العكس وقال : « ... فلا- يحرم أخذ العكس المتعارف فى زماننا ، لعدم كونه إيجاداً للصورة المحرّمه وإنما هو أخذ للظلّ وإبقاء له بواسطة الدواء ، فإن الإنسان إذا وقف فى مقابل المكينه العكاسه كان حائلاً بينها وبين النور ، فيقع ظلّه على المكينه ويثبت فيها لأجل الدواء ، فيكون صورته لذى ظلّ ، وأين هذا من التصوير المحرّم ؟ ! »(٢) .

ولكن استشكل على السيد الخوئى بعض أعلام تلاميذه وغيرهم مد ظلّهم :

فمن الأول : صاحب فقه الصادق - مد ظلّه - فى كتابه المسائل المستحدثه يقول : « ... فى أخذ الصورة بالآله أمرين ، الأول : ما ذكره من وقوع الظل على الآله وإثباته فيها بالدواء ، الثانى : أخذ الصورة من ذلك الظل المحفوظ هناك ، والأوّل لا يصدق عليه الصورة وإنما هو عكس الصورة ولهذا لا-يحرم ، و أممياً الثانى فهو صورته حقيقه ويصدق على فعله أنه إيجاد الصورة ... فتحصل : أنه على القول بحرمة التصوير مطلقاً يحرم أخذ الصورة بالآله - أى العمل

ص: ٣٥٣

١- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٠٩ .

٢- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣٣ .

الثانى الذى يعملهُ المصوّر ولكن قد عرفت اختصاص الحرمة بالمجسّمه ، فلا إشكال فى الجواز» (١).

ومن الأوّل أيضاً صاحب عمده المطالب - مدظله - حيث يقول : « إنّ الميزان فى استفاده المقاصد من الألفاظ العرف ، وبعبارة أخرى العرف مُحكّم فى تشخيص المفاهيم ، ولا إشكال فى أنّ التصوير بماله من المفهوم العرفى يصدق على العكس المتداول فى زماننا ، فيترتب عليها الحكم ، أى الحرمة » (٢).

ومن الثانى بعض أساتيدنا - مد ظله - يقول مستشكلاً عليه قدس سره : « بعد ما عمّم أولاً التصوير المحرّم بالنسبه إلى جميع أقسامه لا- نرى وجهاً لإستثناء العكس المتعارف منها ، إذ يصدق عليه الصورة وعلى فاعله المصوّر بلا إشكال ، وقد حصل بمباشرة العكاس واستخدام الآله وأبقيت بالدواء كما قال رحمه الله ... » (٣).

ولكن شيخنا الأستاذ - مد ظله - يؤيد أستاذه ويقول : « ثم لا يخفى أنّ ما دلّ على حرمة

التصوير - ولو نقشاً على تقدير تمامه - لا- يعم التصوير المتعارف فى زماننا المعبر عنه بالفارسيه (عكس گرفتن) ، وذلك فإنّ ظاهر ما تقدم حرمة إيجاد الصورة وعملها نقشاً ومجسّمه . وأمّا العمل على بقاء الصورة الواقعه من الشىء فى شىء آخر كما فى هذا التصوير المتعارف فغير داخل فى مدلولها ... » (٤).

أقول : بناءً على ما ذكرنا من جواز إيجاد الصورة بالمطابع والمكائن والآلات الحديثه فحكم العكس وجوازه واضح . وأمّا بناءً على ما ذهب إليه المحقق الخوئى قدس سره من حرمة إيجاد الصورة بالآلات الحديثه أيضاً فحكمه هو الجواز ، لانصراف أدله الحرمة عن مثل هذا الإيجاد كما اختاره المحقق الخوئى قدس سره وشيخنا الأستاذ - مد ظله - وهكذا يرى الفقيه الإصبهاني قدس سره المسأله فى وسيلته حيث يقول : « الظاهر أنّه ليس من التصوير العكس المتداول فى زماننا ، فلا

ص: ٣٥٤

١- (٢) المسائل المستحدثه / ٢١٥ للفقيه السيد محمد صادق الروحاني دام ظله .

٢- (٣) عمده المطالب ١ / ١٧٢ للفقيه السيد تقى الطباطبائي القمى مدظله .

٣- (٤) دراسات فى المكاسب المحرمة ٢ / ٦٢٤ .

٤- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٢٣ .

بأس به إذا لم يترتب عليه مفسده» (١).

### الثامن : حكم تصوير الحيوان الخيالي

قال صاحب الجواهر : « بل قد يقوى جريان الحكم (أى الحرمة) فى تصوير ما يتخيله فى ذهنه من صورته حيوان مشارك للموجود فى الخارج من الحيوان فى كلى الأجزاء دون أعدادها وأوضاعها مثلاً» (٢).

وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم قدس سره : « إذا صوّر مثلاً فرساً ذيله مثلاً عشرون ذراعاً تعلق الحرمة وإن لم يوجد فرس كذلك ، إكتفاءً بوجود النوع ، نعم : لو صوّر حيواناً مخترعاً بالنوع لم يحرم بناءً على اختصاص الحرمة بذى الروح» (٣).

ولكن الفقيه اليزدى قدس سره ذهب إلى الحرمة فى تصوير الحيوان الخيالي مطلقاً وقال : « لا- فرق فى الحيوان - بناءً على الاختصاص به - بين كونه من نوعه موجوداً فى الخارج أولاً- ، فلو اخترع صورته حيوان غير موجود فى الخارج أصلاً - كما إذا صوّر حيواناً له رؤوس عديدة وأجنحه كثيره على شكل غريب - كان حراماً أيضاً لإطلاق الأدله» (٥).

وتبعه المحقق الخوئى قدس سره وقال : « ... فيحرم تصوير الصورة للحيوانات مطلقاً سواء ما كان منها فرداً لنوع من الحيوانات الموجوده ، وما لم يكن كذلك كالعقلاء ونحوه من الحيوانات الخياليه ، وذلك لإطلاق الأدله» (٤).

وتبعهما المحقق السبزواري قدس سره وقال : « لصدق الحيوان عليه أيضاً فتشمله الإطلاقات» (٥).

وتبعهم بعض أساتيدنا - مدظله - وقال : « بناءً على اختصاص الحرمة بالحيوان ،

ص: ٣٥٥

١- (٢) وسيله النجاه ٢ / ٥ .

٢- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٣- (٤) برهان الفقه - كتاب التجاره / ١٧ .

٤- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٠٧ .

٥- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣٣ .



فالظاهر عدم الفرق بين كونه موجوداً في الخارج أو موجوداً خيالياً كالعنقاء مثلاً أو فرس ذى أجنحه ، ولا سيما إذا كانت بنحو التجسيم ، لإطلاق الأدله وشمول روايات الأمر بالنفخ ونحوها . وانصرافه إلى الحيوان الخارجى الموجود انصرافاً بدوياً فلا يضّر «(١)» .

أقول : قد مرّ منّا فى الفرع الأوّل من هذا البحث أنّ المراد بالحيوان من كان له نعمه الحياه أو حيّاً أو ذا روح ، وعلى أساس هذا التعريف من الحيوان إذا كانت الصورة للحيوان الخيالى سواء كان نوعه موجوداً نحو فرس ذيله عشرون ذراعاً أو لم يكن نوعه موجود نحو العنقاء أو الفرس الذى رأسه رأس إنسان أو كان ذو أجنحه كثيره ونحوها ، حيث لم يكن لهذا الحيوان الخيالى حياه ولم يكن حيّاً أو ذا روح ، فيخرج من مصطلحنا من الحيوان فى المقام ، فلا- يمكننا الحكم بالحرمة فى صورته الحيوان الخيالى بأى وجه كان . ووافقنا فى بعض الفروض صاحب الجواهر وتلميذه صاحب برهان الفقه قدس سرهما كما مرّ كلامهما آنفاً .

فإذا ثبت جواز تصوير الحيوان الخيالى مطلقاً ، ظهر منه حكم الصور الدارجه فى زماننا هذا المسماه بالصور الكاريكاتوريه والكارتونيه من جوازهما ، سواء كانت تعمل باليد والقلم أو بالآلات الحديثه نحو الكامبيوتر ، لعدم صدق الحيوان المصطلح فى المقام لهما ، والله العالم بالأحكام .

وهكذا ظهر ممّا ذكرنا حكم ما يسمى اليوم بالروبوت ، وهو جسم خاص يشبه الإنسان أو الحيوان صنّع لغرض عقلاى ، فلا بأس بصنعه وعمله لعدم صدق الحيوان

المصطلح فى المقام عليه ، فيجوز عمل الروبوتات بأى نحو كانت ، سواء أشبهت إنساناً أو حيواناً خاصاً أو لم يشبه . والله سبحانه هو العالم .

### التاسع : حكم الصورة المشتركه بين الحيوان وغيره

قال الشيخ الأكبر قدس سره : « ولو اشتركت الصورة بين الحيوان وغيره أتبع القصد ، إن لم يكن لأحدهما ظهور فيها » «(٢)» .

ص: ٣٥٦

١- (٣) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٤ .

٢- (١) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

وقال تلميذه فى الجواهر قدس سره : « ولو اشتركت الصوره بين الحيوان أو غيره اتبع القصد ، إن لم يكن لأحدهما ظهور فيها » (١) .

وقال الفقيه اليزدى قدس سره : « الصوره المشتركة بين الحيوان وغيره يكون المدار فيها على القصد كما أشرنا إليه ، على ما هو المقرّر فى سائر المقامات من كون تمييز المشتركات بالقصد .

ولكن قد يقال بعدم حرمتها مطلقاً ، لأنها كما تدخل فى دليل المنع ، تدخل فى دليل الجواز أيضاً ، فالأصل الإباحه .

وفيه : أنّ هذا إنّما يصح لو لم يكن القصد معتبراً فى الحكم نفيّاً وإثباتاً ، إذ حينئذٍ تدخل تحت الدليلين ويكونان متعارضين ، مع أنّه يمكن على هذا التقدير كونه من باب التراحم والترجيح لجهه الحرمة ، فتأمل .

وأما مع اعتبار القصد - كما هو الواقع - فيصدق تصوير الحيوان مع قصده وتصور غيره مع قصد الغير . هذا ، ولكن يشكل الحال فيما إذا قصد القدر الجامع ، بمعنى أن لا يقصد إلا إيجاد هذه الصوره التى يعلم أنّها مشتركة من غير قصد الخصوصيه ، ولا يبعد الحكم بعدم الحرمة حينئذٍ ، فتدبر « (٢) .

وقال المحقق الخوئى قدس سره : « إذا صوّر صوره مشتركة بين الحيوان وغيره ، لم يكن ذلك حراماً إلا إذا قصد الحكايه عن الحيوان » (٣) .

أقول : الصوره المشتركة إذا قصد مصوّرها أنّها صوره حيوان ، فتدخل فى تصوير

الحيوان وتحرم بذلك ، أمّا إذا قصد غيرها أو لم يقصد شيئاً أصلاً فلم تدخل فى تصوير الحيوان فلا تحرم ، والله العالم بالأحكام .

### **العاشر : هل صور البيضه والعلقه والمضغه ملحقه بصوره الحيوان أم لا ؟**

قال الشيخ الأكبر : « وليس من المحظور تصوير البيضه والعلقه والمضغه

ص: ٣٥٧

١- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٢- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٠٧ .

٣- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣٣ .

وبزر القزّ (١) « (٢) .

وقال تلميذه فى المفتاح : « ولا يلحق بالحيوان صورته البيضة والعلقه ونحو ذلك ممّا هو منشأ الحيوان » (٣) .

وقال تلميذه الآخر صاحب الجواهر : « وتصوير البيضة والعلقه والمضغه وبزر القزّ ونحو ذلك ممّا هو نشوء الحيوان لا بأس به » (٤) .

أقول : الظاهر من الأدله حرمه تصوير الحيوان ، وحيث لا يصدق على صورته البيضة أو العلقه أو المضغه أو بزر القزّ ونحو ذلك ممّا هو منشأ الحيوان ، أنّها صورته حيوان عرفاً فلا بأس بتصويرها وعمل صورها ، والله سبحانه هو العالم .

### الحادى عشر : هل يجب منع غير المكلف إذا صوّر ؟

قال الشيخ الأكبر : « القول بوجوب منع الصبيان عنه لا يخلو من قوّه » (٥) .

ولكن ردّ تلميذه صاحب الجواهر على الأستاذ وقال : « لا بأس بعدم منع الصبيان ونحوهم ممّن هو غير مكلف عن العمل أيضاً ، للأصل وغيره ، لكن فى شرح الأستاذ أنّ القول بوجوب المنع لا يخلو من قوّه » (٦) .

وذهب إلى عدم وجوب الردع فى المقام الفقيه اليزدى قدس سره حيث يقول : « الظاهر عدم

وجوب منع غير المكلف إذا باشر ذلك بنفسه ، بل جواز تمكينه أيضاً إذا لم يكن بحيث يسند الفعل إلى الممكّن ، وذلك لعدم الدليل على وجوب المنع أو حرمه التمكين كما فى سائر المحرّمات التى لم يعلم من أدلتها أو من الخارج إهتمام الشارع بها بحيث لا يريد وجودها فى الخارج أصلاً ، فإنّه لا يجب منع غير المكلف منها .

ص: ٣٥٨

١- (١) بزر القزّ : يقال له بالفارسيه : « پيله كرم ابريشم » .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٠ - (١٢ / ١٦٧) .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٤٣ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ١٩١ .

٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

نعم ، فيما كان من قبيل ما لم يرد الشارع وجوده - كقتل النفس وهتك عرض المؤمن ونحو ذلك - يجب المنع ولو صدر من البهائم ، ومعلوم أنّ المقام ليس من هذا القبيل ، ... وكذا لا يجب منع المكلف الجاهل والغافل ونحوهما مَنْ هو معذور ، نعم : يجب تنبيه الجاهل بالحكم من باب وجوب الإرشاد للجَّهال في الأحكام الشرعيه . وهل يجوز تمكينهما أيضاً ، بمعنى تهيئته المقدمات وبعثهما عليه مع فرض عدم إسناد الفعل إليه عرفاً كما قلنا في غير المكلف أو لا ؟ الظاهر عدم الجواز ، والفرق بينهما وبين غير المكلف - مثل الصبي - أنّ فعل غير المكلف غير مبغوض واقعاً أيضاً ، لأنه غير مكلف أصلاً بخلاف ، فعل الجاهل والغافل فإنه محرّم في الواقع غايه الأمر كونهما معذورين ، فتمكينهما تمكين على إيجاد المحرّم وهذا غير جائز على ما أسلفنا الكلام فيه ، فتدبر [\(١\)](#) .

أقول : الحاصل من كلامهم أنه لا يجب منع الصبي ونحوه من غير المكلفين إذا باشر بنفسه التصوير ، لأنهم ليسوا بمكلفين . نعم : يجب إرشاد الجاهل بالحكم من باب وجوب تعليم الأحكام .

وأما تمكين المكلف وتهيئته أسباب التصوير لهم فلا بأس بالنسبة إلى الصبي والمجنون ، لعدم ورود التكليف في حقهما أصلاً . وأما تمكينه بالنسبة إلى الجاهل أو الناسي أو الغافل فلا يجوز ، لأنّ التكليف في حقهما موجودٌ ولكن لم ينتجز . ولبعض أساتيدنا - مدظله - في المقام توضيح ، فراجع إن شئت إلى كتابه [\(٢\)](#) .

## الثاني عشر : اقتناء الصور والمعامله عليها

بعد تسليم حرمة تصوير الحيوان مطلقاً فهل يجوز اقتناء الصور بعد ما وجدت نسياناً أو جهلاً أو غفلةً أو عصياناً أو لا يجوز اقتناؤها بل يجب إفناؤها وإحائها وتكون وزانها وزان الأصنام وآلات القمار وغيرها ممّا لا يجوز إبقاؤها ؟

## في المسأله قولان :

### إشاره

ص: ٣٥٩

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١١٣ .

٢- (٢) دراسات في المكاسب المحرمه ٢ / ٦٢٣ .

١ - المعروف بين القدماء هي حرمه بيع الصور وابتاعها والتكسب بها ، بل حرمه اقتنائها ، أفتى بذلك الشيخان في المقنعه (١) و النهايه (٢) والديلمى فى المراسم ، (٣) وهذا مقتضى إطلاق كلام أبى الصلاح الحلبي فى الكافى (٤) وابن إدريس الحلبي فى السرائر (٥) .

٢ - ولكن ذهب المحقق الثانى الكركي فى جامع المقاصد (٦) إلى جواز اقتنائها ، وتبعه جماعه من أعلام التحقيق ، منهم : المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائده (٧) وجدنا الفقيه الشيخ الأ-كبر فى شرح القواعد (٨) وتلميذه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٩) وصاحب الجواهر (١٠) ، والنراقى فى المستند (١١) والشيخ الأعظم فى المكاسب المحرمه (١٢) .

ويمكن أن يُستدل لحرمه اقتناء الصور بعده من الوجوه :

الأول : إنّ النهى تعلق بإيجاد الصور ولكن أنّ الإيجاد والوجود متحدان ذاتاً ومختلفان بالإعتبار ، فإن الصادر من الفاعل بالنسبه إليه إيجاداً وبالنسبه إلى القابل وجوداً ، فإذا كان الإيجاد منهياً عنه وحراماً صار الوجود حراماً أيضاً .

وفيه : أن النهى تعلق بإيجاد الصورة بما أنه فعل للمصوّر ، فلا يدلّ على كون وجود الصورة مبغوضاً عند الشارع .

ص: ٣٦٠

١- (١) المقنعه / ٥٨٧ .

٢- (٢) النهايه / ٣٦٣ .

٣- (٣) المراسم / ١٧٠ .

٤- (٤) الكافى / ٢٨٣ .

٥- (٥) السرائر ٢ / ٢١٥ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ١٦ .

٧- (٧) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٥٦ .

٨- (٨) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

٩- (٩) مفتاح الكرامه ٤ / ٤٩ - (١٢ / ١٦٥) .

١٠- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

١١- (١١) مستند الشيعة ١٤ / ١١٠ .

١٢- (١٢) المكاسب المحرمه / ٢٥ - (١ / ١٩٣) .

وبعبارة أخرى : النهى تعلق بالعنوان المصدرى للصوره يعنى إحداثها وإيجادها وترسيمها وعملها ولم يتعلق بالعنوان اسم المصدرى لها يعنى بقاؤها ووجودها وحفظها واقتناؤها .

نعم ، ربّما يكون النهى مع وجود قرينه تدلّ على الملازمه بين حرمة الإحداث والإبقاء ، نحو ، حرمة إيجاد النجاسه فى المسجد ، ولكن القرينه هنا مفقوده .

الثانى : صحيحه محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر ؟ فقال : لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان(١) .

بتقريب : أنّ السؤال عن شىء يقع غالباً عمّا يكون مورداً لابتلاء السائل وأمثاله ، وما يكون مورداً للإبتلاء فى المقام هو إقتناء الصور والترتيز بها وبيعها وشراؤها ، وأمّا عمل الصور وإحداثها فهو فعل تخصصى يختص بعده من الخواص فقط ، ولذا لا بدّ من حمل هذه الصحيحه على حرمة اقتناء الصور وبيعها إذا كانت من الحيوان .

إن قلت : غايه ما يُستفاد من الصحيحه ثبوت البأس ، وهو أعظم من التحريم كما عليه المحقق الإيروانى(٢) قدس سره .

قلت : ما ذكره هذا المحقق الجليل غير تام ، لأنّ كلمه « البأس » فى التحريم ظاهره كما أن كلمه « لا بأس » ظاهره فى الجواز المطلق .

وفيه : بعد التأمل التام فى الروايه ظهر أن المراد بها وسؤال السائل عن حكم عمل الصور وإحداثها مع كون هذا العمل عملاً تخصصياً يختص بالخواص ، لأنّ السائل فى الروايه وروايها محمد بن مسلم وهو من الفقهاء والمشايخ من أصحاب الصادقين عليهما السلام ومثل محمد بن مسلم يسأل عن جميع المسائل الفقهيّه حتّى المسائل التى لا يتلى بها إلا الخواص ، لأنّه فقيه لا بدّ أن يعلم جميعها .

والحاصل : إنّنا لا نسلم ظهور الروايه فى الإقتناء ، بل ندعى ظهورها فى عمل الصور ،

ص: ٣٦١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٩٦ ح ٣ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٣٥ .

مضافاً إلى أن احتمال حرمة الإقتناء فرع حرمة عملها ، إذ لا يحتمل حرمة اقتناء ما لا يحرم عمله كما تفتن عليه الشيخ الأعظم (١) .  
قدس سره .

ثم : لو تنزلنا عن ظهور الصحيحه في عمل الصور فغايه ما يمكن أن يقال : إطلاقها بحيث تشمل العمل والإقتناء معاً ، فتدل على حرمة عمل الصور واقتنائها معاً كما عليه الفقيه اليزدى قدس سره وقال : « الإنصاف أنها أعم من العمل والإقتناء وغيرهما ... » (٢)

وعلى فرض إطلاقها ودلائلها على حرمة الاقتناء ، تعارضها الروايات الواردة في جواز اقتناء الصور . والعمل على الروايات المجوّزه ، وتحمل الصحيحه على الكراهه .

ولو سلّمنا ظهورها في الاقتناء تعارضها الروايات المجوّزه فلا بدّ من حمل الصحيحه على الكراهه أيضاً .

الثالث : الحصر الوارد في روايه تحف العقول : « إنّما حرّم الله الصناعه التي حرام هي كلّها التي يجيء منها الفساد محضاً نظير البرابط والمزامير ... وما يكون منه وفيه الفساد محضاً ولا يكون فيه ولا منه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه والعمل به وأخذ الأجر عليه وجميع التقلّب فيه من جميع وجوه الحركات كلّها » (٣) .

وقد ورد فيها أيضاً حرمة صنعه التصاوير لذوات الأرواح ، حيث قال عليه السلام : « وصنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحاني » (٤) .

ويعنى أنه ورد فيها حرمة صنعه صور الحيوان ، وكلّ صناعه تكون حراماً تكون جميع وجوه الحركات والتقلبات فيها حراماً ، ومن التقلبات اقتنائها فيكون حراماً .

وفيه : أولاً : الروايه مرسله ليس لها سنداً ، فلا يمكن الاستناد إليها ، مضافاً إلى اضطراب متنها كما مرّ منّا في أوّل هذا الكتاب .

وثانياً : حرمة عمل التصوير لا يسرى إلى الإقتناء ، فهما فعلان ربّما صدرا من

ص: ٣٤٢

١- (٣) المكاسب المحرمه / ٢٤ - (١ / ١٩٤) .

٢- (١) حاشيه المكاسب / ١ / ١٢٠ .

٣- (٢) تحف العقول / ٣٣٥ .

٤- (٣) تحف العقول / ٣٣٥ .

فاعلين ، وعمل الصور فعل المصوّر والروايات تدلّ على حرمة إذا كانت الصورة لذات روح ، وأما سريان هذه الحرمة إلى اقتناء الصور فلا وجه لها ولا ملازمه بين الفعلين كما هو واضح .

وثالثاً : يمكن أن يناقش في أنّ عمل الصور ممّا يجيء منه الفساد محضاً ، لأنّ كثيراً ما يترتب عليها المنافع المحلّلة والمباحه ، نحو : التعليم والتعلّم وحفظ صور بعض الأعاظم والعلماء . فلا تدخل في الحصر الوارد في روايه تحف العقول ، وإذا لم يدخل عمل الصور في

الحصر فبالطريق الأولى لم يدخل الاقتناء فيه .

الرابع : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى المدينة فقال : لا تدع صورته إلاّ محوتها ولا قبراً إلاّ سوّيته ولا كلباً إلاّ قتلتها (١) .

والمعتبره بظهورها تدلّ على لزوم محو الصورة ، يعنى لا يجوز إبقاؤها واقتناؤها بل وجب إفناؤها وإمحاؤها .

ونظير هذه المعتبره فى الدلالة خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى هدم القبور وكسر الصور (٢) .

وروى البرقى الروايه الأولى بسند معتبر ، والروايه الثانيه بسند حسن فى كتابه المحاسن (٣) .

فالإشكال فى الروايتين بضعف السند - كما ورد فى مصباح الفقاهه (٤) بالنسبه إلى الروايه الأولى - غير تام .

وفيه : أولاً : قرينه السياق تقتضى حمل الأمر الوارد فى محو الصور على الإستحباب وكراهه إبقائها .

ولكن يمكن أن يناقش فى هذا الردّ بعدم حجيه قرينه السياق ، أعنى عدم وجودها .

ص: ٣٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٦ ح ٨ . الباب ٣ من ابواب احكام المساكن .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٥ ح ٧ .

٣- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٣ ح ٣٤ و ٣٥ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٣٥ .



فهذا الإشكال على الاستدلال غير تام .

وثانياً : يمكن أن يقال : إنّ الروایتين واردتان في قضيه خاصه شخصيه مجهوله الخصوصيات ، فلا يمكن أن يُستدل بها في المقام .

وبعبارة أخرى : إنّهما وردتا في قضيه في واقعه - أى واقعه شخصيه - ولذا قال المحقق الإيروانى : « إنّ النبوى وارد في موضوع شخصي ، فلعل تصاویر المدینه كانت أصناماً وكلابها مؤذيات وقبورها مسنّات ... » (١).

ولكن يمكن أن يناقش في هذا الردّ أيضاً بأنّه خلاف ظاهر الروايه ، والظهور حجه في العرف .

وثالثاً : وهى العمده في الإشكال : لو تمت دلالة الروایتين على لزوم إمحاء الصور وإفنائها ، بقريته الروايات الواردة في تجويز اقتناء الصور تحملاً على الكراهه جمعاً بين الأخبار ، ولذا قال شيخنا الأستاذ - مدظله - : « ... نعم نلتزم بحمل النهى عن إبقاء الصورة على الكراهه ، لكن لا بقريته السياق بل للروايات الآتية الظاهره في الترخيص في اقتنائها » (٢).

الخامس : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن التماثيل هل يصلح أن يلعب بها ؟ قال : لا (٣).

روى البرقى نحوها بسند صحيح عن على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام أنّه سأل أباه عن التماثيل ؟ فقال : لا يصلح أن يلعب بها (٤).

ونظيرها مرفوعه المثنى ومضمرة قال : التماثيل لا يصلح أن يلعب بها (٥).

بتقريب : يتم الاستدلال بالروايه مع تماميه الأمور الثلاثة الآتية :

ص: ٣٦٤

١- (٥) حاشيه المكاسب ١ / ١٣٧ .

٢- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٢٩ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٨ ح ١٠ .

٤- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٨ ح ٥٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٥ .

٥- (٤) المحاسن ٢ / ٤٥٧ ح ٥١ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٦ .

الأول : التماثيل الواردة في الروايه مطلقه تشمل جميع الصور ولا تنحصر بالتماثيل التي يلعب بها في الشطرنج .

الثانى : ظهور كلمه « لا يصلح » فى الحرمه .

الثالث : أنّ اللعب لا خصوصيه له ، والمراد بحرمته حرمه جميع التصرفات والتقلبات فى الصور ، ومنها : اقتناؤها .

وفيه : يمكن أن يناقش فى جميع الأمور الثلاثه :

أما الأول : فبأنّ اللعب بالتماثيل غير معهود إلا فى الشطرنج ، ولا أقل من احتمال إختصاصها ، فإذا جاء الإحتمال بطل الاستدلال .

وأما الثانى : فبعدم ظهور كلمه « لا يصلح » فى الحرمه ، بل هى فى الكراهه أظهر من

الحرمه .

وأما الثالث : فحرمه اللعب أعم من حرمه الإقتناء ، لأنّه يمكن أن تقنى الصور ولا يلعب بها ، ولا ملازمه بينهما .

لا يقال : صحيحه أخرى لعلى بن جعفر تدلّ على تعارف اللعب بمطلق الصور والتماثيل ولا ينحصر اللعب بالتماثيل الشطرنجيه ، روى على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن البيت فيه صوره سمكه أو طير أو شبيهها ، يعث به أهل البيت ، هل تصلح الصلاه فيه ؟ فقال : لا حتّى يقطع رأسه منه ويفسد ، وإن كان قد صلّى فليست عليه إعادته(١) .

لأننا نقول : نعم ، الصحيحه تدلّ على تعارف أو إمكان اللعب بمطلق الصور والتماثيل كما اعترف به بعض أساتيدنا - مدظله - (٢) ولكن لا تدل على حرمه اللعب بها ، بل تدل على كراهه الصلاه فى مكان يوجد فيه صوره أو تمثال لم يقطع رأسه أو لم يفسد ، وبينهما برزخ لا يبغيان .

السادس : موثقه أو صحيحه أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عزّ وجل :

ص: ٣٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ٥ / ١٧٣ ح ١٢ . الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلى .

٢- (٢) دراسات فى المكاسب المحرمه ٢ / ٦٥١ .

«يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَتَمَاثِيلٍ» (١) فقال : والله ما هي تماثيل الرجال والنساء ولكنها الشجر وشبهه (٢) .

بتقريب : أنه أنكر الإمام عليه السلام إنشاء سليمان عليه السلام تماثيل الرجال والنساء وأن الجن لم يعملوا له ذلك ، و من المعلوم أن عمل الصور وإحداثها للأجنه وعمل النبي سليمان عليه السلام إقتنائها ، حيث أن الإمام أنكر إحداث الصور الحيوانيه بأمر سليمان عليه السلام ، فهذا الإنكار يشمل إقتناء هذه الصور أيضاً ، فيدل على حرمة الإقتناء .

وفيه : ظهور الصحيحه في حرمة عمل الصور الحيوانيه واضح ، لأن النبي سليمان عليه السلام أمر بالصور وليس للأجنه التخطي عن أمره ، كما يشهد بذلك قوله تعالى : «فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ مَا دَلَّهُمْ عَلَى مَوْتِهِ إِلَّا دَابَّهٗ الْأَرْضِ تَأْكُلُ مِنْسَأَتُهُ فَلَمَّا خَرَّ تَبَيَّنَتِ الْجِنَّ أَنْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ الْغَيْبِ مَا لَبِثُوا فِي الْعَذَابِ الْمُهِينِ» (٥) .

وحيث كان الأمر والمسبب هنا أقوى من المباشر ، فيستند عمل الصور إليه ، ولذا نفى الإمام عليه السلام كون هذه الصور من الصور الحيوانيه وحملها على غيرها . هذا كله أولاً .

وثانياً : على فرض تسليم ظهورها في الإقتناء لا تدل الصحيحه على حرمة اقتنائها ، وغايه الأمر أن النبي سليمان عليه السلام لم يقتن هذه الصور ، لأنها من الأمور اللاهيه وغير اللاتقه بمنصب رجال الدين والعلماء فضلاً عن مقام النبوه ، وأين هذا من الحرمة !؟

السابع : صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا بأس بأن تكون التماثيل في البيوت إذا غيّرت رؤوسها منها وترك ما سوى ذلك (٣) .

بتقريب : أن الصحيحه بمفهومها تدل على حرمة اقتناء الصور والتماثيل في البيوت إذا لم يغير رؤوسها ، وهذا الاستدلال مبني على أمرين :

١ - عدم خصوصيه للبيت الذي يصلى فيه غالباً .

ص: ٣٦٦

١- (٣) سورة سبأ / ١٣ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٩٥ ح ١ .

٣- (١) سورة سبأ / ١٤ .

٢ - كون البأس ظاهراً في الحرمه .

وفيه : أولاً : يمكن أن ندعى بأن للبيت الذى يصلى فيه خصوصيه ، ولذا أفتى المشهور بكراهه الصلاه فى البيت الذى فيه الصور والتماثيل .

وثانياً : البأس - وإن كان ظاهراً فى الحرمه - ولكن فى المقام لابد أن نرفع اليد عن هذا الظهور ، بقريته الروايات المجوّزه الوارده فى اقتناء الصور .

الثامن : خبر المثنى عن أبى عبد الله عليه السلام : أن علياً كره الصور فى البيوت(١) .

وخبر حاتم بن إسماعيل عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أن علياً كان يكره الصوره فى البيوت(٢) .

بتقريب : أن الكراهه فى لسان الأئمه عليهم السلام تحمل على الحرمه لا الكراهه المصطلحه ، مضافاً إلى ما ورد فى ذيل صحيحه سيف التمار عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث : ... ولم يكن على عليه السلام يكره الحلال(٣) .

فإذا لم يكن اقتناء الصور حلالاً كان حراماً .

وفيه : أولاً : خبر المثنى وحاتم كلاهما ضعيفا السند ، فلم يثبت بهما كراهه أمير المؤمنين عليه السلام للصور .

وثانياً : يمكن وجود الخصوصيه فى البيت لمكان الصلاه فيه .

وثالثاً : على فرض تماميه استنتاج الحرمه من الروايتين ، لابد وأن يحتملان على الكراهه جمعاً بينها وبين الروايات المجوّزه الوارده فى اقتناء الصور .

التاسع : مرسله الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ربّما قمت أصلى وبين يدي وساده فيها تماثيل طائر فجعلت عليه ثوباً ، وقال : قد أهديت إلى طنفسه من الشام فيها تماثيل طائر فأمرت به فغدير رأسه فجعل كهيئه الشجر ، وقال : إن الشيطان أشد ما يهّم بالإنسان إذا كان وحده(٤) .

ص: ٣٦٧

١- (٢) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٨ ح ٣ .

٢- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٤ ح ٣ .

٣- (٤) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٧ ح ١٤ .

٤- (١) وسائل الشيعة ٥ / ٣٠٩ ح ٧ .

الطنفسه : بالمثلثه فى الطاء والفاء ، البساط والحصير والثوب ، جمعه طنافس .

بتقريب : أن أمر الإمام عليه السلام فى الطنفسه التى أهديت إليه بتغيير رأس الصورة وجعلها كهيئه الشجر ، فهذا الأمر يدل على حرمة إبقاء الصورة والتمثال من غير تغيير فيهما ، وإلا لم يأمر الإمام عليه السلام بهذا التغيير .

وفيه : أولاً : الروايه مرسله لا يمكن الاستناد إليها .

وثانياً : أمر الإمام بهذا التغيير كفعله عليه السلام لا تدل على وجوب التغيير ولا على حرمة اقتناء الصور ، بل لعله أمر الإمام عليه السلام بهذا التغيير لوجود الحزازه فى اقتناء الصور الذى لا يناسب شأنه ، كما مرّ فى قضية النبى سليمان عليه السلام ، ومن البديهي أن الفعل فى مورد خاص لا يدل على الوجوب .

وثالثاً : من الممكن أن الطنفسه كانت فى البيت الذى يصلى الإمام عليه السلام فيه ولذا أمر بهذا التغيير لكراهه الصلاه فى البيت الذى فيه التماثيل ، كما يشهد لذلك صدر المرسله .

فهذه تسعه أدله أقيمت على حرمة الإقتناء ، وقد عرفت عدم تماميتها وأن جميعها قابله للمناقشه ، ولو سلم ظهورها وتماميتها فى حرمة الاقتناء فهى معارضه بما هى أظهر وأكثر ، أعنى الروايات المجوّزه ، فلا بدّ من حمل الأدله الماضيه على الكراهه جمعاً بينها وبين الروايات المجوّزه آتية أنفاً إن شاء الله تعالى .

### الروايات الداله على جواز اقتناء الصور والتماثيل

الروايات الوارده فى الجواز كثيره نذكر لك بعضها :

فمنها : ١ - صحيحه الحلبي قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : ربّما قمت فأصلى وبين يدي الوساده فيها تماثيل طير ، فجعلت عليها ثوباً (١) .

٢ - ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن مسجد يكون فيه تصاوير وتماثيل ، يصلى فيه ؟ فقال : تكسر رؤوس التماثيل وتلطح رؤوس التصاوير

ص: ٣٦٨

ويصلى فيه ولا بأس . قال : وسألته عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل سبع أو طير أيصلى فيه ؟ قال : لا بأس (١) .

٣ - ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن البيت فيه صورته سمكه أو طير أو شبهها يعبث به أهل البيت ، هل تصلح الصلاة فيه ؟ فقال : لا حتى يقطع رأسه منه ويفسد ، وإن كان قد صلى فليست عليه إعادته (٢) .

بتقريب : أنه قرر الإمام عليه السلام كون الصورة في البيت ولعب أهل البيت بها ، فهذا التقرير يدل على الجواز ، وإنما أمر بقطع رأسه بوجه الصلاة في مكان توجد فيه الصورة .

٤ - ومنها : موثقه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الوساده والبساط يكون فيه التماثيل ؟ فقال : لا بأس به يكون في البيت ، قلت : التماثيل ؟ فقال : كل شيء يؤطأ فلا بأس به (٣) .

إطلاقها تشمل تماثيل الحيوانات ، ولكن أجاز الإمام عليه السلام فيها غير المجسمات منها فقط بقريته إمكان وطئها .

٥ - ومنها : خبر أبي بصير قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إننا نسط عندنا الوسائد فيها التماثيل ونفترشها ، فقال : لا بأس بما يسط منها ويفترش ويؤطأ ، إنما يكره منها ما نصب على

الحائط والسرير (٤) .

والاستدلال بالفقره الأولى من جواب الإمام عليه السلام ، والفقره الثانيه بنظرنا ظاهره في الحرمة ، لأن الكراهه في لسان الأئمه عليهم السلام ظهورها في الحرمة واضح كما مرّ مراراً ، ولكن بقريته غيرها من الروايات المجوّزه تحمل على الكراهه .

٦ - ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : وسألته عن رجل كان في بيته تماثيل أو في ستر ولم يعلم بها وهو يصلى في ذلك البيت ثم علم ، ما عليه ؟ قال : ليس عليه فيما لا

ص: ٣٤٩

١- (٢) وسائل الشيعه ٥ / ١٧٢ ح ١٠ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ٥ / ١٧٣ ح ١٢ .

٣- (٤) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٨ ح ٢ . الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن .

٤- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٩٦ ح ٤ . الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به .

يعلم شيء فإذا علم فليترع الستر وليكسر رؤوس التماثيل (١).

وتقرير الإمام عليه السلام في أصل وجودها في البيت يدل على جواز اقتناؤها ، والأمر بالكسر والترع لأجل الصلاة .

٧ - ومنها : صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا بأس بأن تكون التماثيل في البيوت إذا غيّرت رؤوسها منها وترك ما سوى ذلك (٢) .

بقرينه الروايات الأخرى يحمل ثبوت البأس فيها بل بلحاظ إقامه الصلاة ، وأما في غير موضع الصلاة فلا بأس باقتنائها حتى مع عدم التغيير فيها .

٨ - ومنها : صحيحه محمد بن مسلم قال : سألت أحدهما عليهما السلام عن التماثيل في البيت ؟ فقال : لا بأس إذا كانت عن يمينك وعن شمالك وعن خلفك أو تحت رجلك ، وإن كانت في القبلة فألق عليها ثوباً (٣) .

٩ - ومنها : صحيحه أخرى له قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : أصلى والتماثيل قدامي وأنا أنظر إليها ؟ قال : لا ، إطرح عليها ثوباً ، ولا بأس بها إذا كانت عن يمينك أو شمالك أو خلفك أو تحت رجلك أو فوق رأسك ، وإن كانت في القبلة فألق عليها ثوباً وصل (٤) .

١٠ - ومنها : صحيحه بسنديهما ثالثه له عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا بأس بالتماثيل أن تكون عن يمينك وعن شمالك وخلفك وتحت رجلك ، فإن كانت في القبلة فألق عليها ثوباً إذا صليت (٥) .

١١ - ومنها : صحيحه رابعه له عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا بأس أن تصلى على كل التماثيل إذا جعلتها تحتك (٦) .

ص: ٣٧٠

١- (٢) وسائل الشيعه ٤ / ٤٤١ ح ٢٠ . الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلى .

٢- (٣) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٨ ح ٣ . الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن .

٣- (٤) وسائل الشيعه ٤ / ٤٣٦ ح ١ .

٤- (٥) وسائل الشيعه ٤ / ٤٣٨ ح ٦ .

٥- (١) وسائل الشيعه ٥ / ١٧٣ ح ١١ . الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلى .

٦- (٢) وسائل الشيعه ٤ / ٤٣٩ ح ١٠ - الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلى .

١٢ - ومنها : صحيحه خامسه له قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يصلى وفى ثوبه دراهم فيها تماثيل ؟ فقال : لا بأس بذلك (١).

١٣ - ومنها : صحيحه سادسه له عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال له رجل : رحمك الله ما هذه التماثيل التى أراها فى بيوتكم ؟ فقال : هذا للنساء أو بيوت النساء (٢).

١٤ - ومنها : خبر جعفر بن بشير عمّن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام قال : كانت لعلى بن الحسين عليه السلام وسائد وأنماط فيها تماثيل يجلس عليها (٣).

١٥ - ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الدراهم السود تكون مع الرجل وهو يصلى مربوطه أو غير مربوطه ؟ فقال : ما أشتهى أن يصلى ومعه هذه الدراهم التى فيها التماثيل ، ثم قال عليه السلام : ما للناس بدّ من حفظ بضائعهم ، فإن صلى وهى معه فلتكن من خلفه ولا يجعل شيئاً منها بينه وبين القبلة (٤).

١٦ - ومنها : صحيحه حماد بن عثمان قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدراهم السود فيها التماثيل ، أىصلى الرجل وهى معه ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا كانت مواراه (٥).

١٧ - ومنها : فى حديث الأربعمائه عن على عليه السلام قال : لا يسجد الرجل على صورته ولا على بساط فيه صورته ، ويجوز أن تكون الصورة تحت قدميه أو يطرح عليها ما يوارىها ، لا يعقد الرجل الدراهم التى فيها صورته فى ثوبه وهو يصلى ، ويجوز أن تكون الدراهم فى هميان أو فى ثوب إذا خاف ويجعلها إلى ظهره (٨).

١٨ - ومنها : خبر ليث المرادى قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : الوسائد تكون فى البيت فيها التماثيل عن يمين أو شمال ، فقال : لا بأس ما لم تكن تجاه القبلة ، فإن كان شىء منها بين

ص: ٣٧١

١- (٣) وسائل الشيعه ٤ / ٤٣٩ ح ٩ .

٢- (٤) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٩ ح ٦ . الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن .

٣- (٥) وسائل الشيعه ٥ / ٣٠٩ ح ٤ .

٤- (٦) وسائل الشيعه ٤ / ٤٣٧ ح ٣ .

٥- (٧) وسائل الشيعه ٤ / ٤٣٩ ح ٨ .



يديك ممّا يلي القبلة فغطّه وصلّ ، وإذا كانت معك دراهم سود فيها تماثيل فلا تجعلها من بين يديك واجعلها من خلفك(١).

١٩ - ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يصلح له أن يصلّى في بيت على بابه ستر خارج فيه تماثيل ، ودونه ممّا يلي البيت ستر آخر ليس فيه تماثيل ، هل يصلح له أن يرخي الستر الذى ليس فيه تماثيل ؟ هل يحوّل بينه وبين الستر الذى فيه التماثيل أو يجيف الباب دونه ويصلّى فيه ؟ قال : لا بأس .

وسألته عن الثوب يكون فيه تماثيل ، أو فى علمه أيصلّى فيه ؟ قال : لا يصلّى فيه(٢).

روى الحميرى الفقرة الأولى فى كتابه قرب الإسناد / ١٨٥ ح ٦٨٩ .

والشاهد فى تقرير الإمام عليه السلام استعمال الستر الذى فيه تماثيل على باب البيت .

٢٠ - ومنها : صحيحه أبى الحسين محمد بن جعفر الأسدى فيما ورد عليه من الشيخ أبى جعفر محمد بن عثمان قدس سره فى جواب مسأله من صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف فى حديث : وأمّا ما سألت عنه من أمر المصلّى والنار والصوره والسراج بين يديه هل تجوز صلاته ، فإن الناس اختلفوا فى ذلك قبلك ؟ فإنه جائز لمن لم يكن من أولاد عبده الأصنام أو عبده النيران أن يصلّى والنار والصوره والسراج بين يديه ، ولا يجوز ذلك لمن كان من أولاد عبده الأصنام والنيران ، الحديث(٣).

دلالة هذه الروايات على جواز اقتناء الصور واضحه ، والمتتبع يجد أكثر ممّا ذكرناه هنا ، فإن شئت فى هذا المجال راجع وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٦ الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلّى ، و ٥ / ١٧٠ الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلّى ، و ٥ / ٣٠٨ الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن وباب قبله ، و ١٧ / ٢٩٥ الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به .

### تنبيه: جواز المعامله على الصور والتماثيل

تنبيه : فإذا جاز إقتناء الصور والتماثيل والإنتفاع بها فى التعليم والترتين ، جاز

المعامله عليها ، لأنّ لها منافع مقصوده محلّله توجب ماليتها ، فيجوز بيعها والمعامله عليها على

ص: ٣٧٢

١- (١) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٨ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٤ / ٤٣٩ ح ١١ .

٣- (٣) المحاسن ٢ / ٤٥٧ ح ٤٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٤ / ٤٤٠ ح ١٦ .

ما هو مقتضى إطلاقات التجاره والمعامله ، كما عليه المحققون من أصحابنا قدس سرهم .

ولذا قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره : « وفي جواز بيع الصوره واقتنائها واستعمالها والانتفاع بها والنظر إليها مع بقائها على حالها وجهان ، أقربهما ذلك . وفي الأخبار ما يدل على منعه ، وحمله على الكراهه - لأنه خلاف الأصل وظاهر الأكثر - أقوى ، وليس ممّا صنع للحرام حتّى يلزمه إتلافه بل من الصنع الحرام » (١).

واختاره الفاضل النراقي قدس سره وقال : « وهل يجوز ابتياع ما يحرم عمله أو ما فيه ذلك ؟ الأقوى : نعم ، للأصل ، إلا إذا كان إعانه على عمله فيحرم ... » (٢).

والسيد جواد العاملي قدس سره قال : « فقد تحصّل أنه يجوز اقتناء ذى الصوره وبيعه والانتفاع به على كراهيه ، إذ ليس هو ممّا صنع للحرام حتّى يلزم إتلافه ، بل هو من الصنع الحرام ، فليحظ ذلك وليتأمل فيه » (٣).

وصاحب الجواهر قدس سره قال : « وأما بيعها واقتنائها واستعمالها والانتفاع بها والنظر إليها ونحو ذلك ، فالأصل والعمومات والإطلاقات تقتضى جوازه ، وما يشعر به بعض النصوص من حرمة الإبقاء - كأخبار عدم نزول الملائكه ونحوها - محمول على الكراهه ، أو غير ذلك . خصوصاً مع أنّا لم نجد من أفتى بذلك عدا ما يحكى من الأردبيلي من حرمة الإبقاء . ويمكن ، دعوى الإجماع على خلافه ... » (٤).

والفقيه اليزدى قدس سره بعد اختيار جواز الاقتناء قال : « بناءً على جواز الاقتناء لا إشكال فى جواز بيع الصور المجسمه وإن كان لا مالیه لموادها إلاّ بلحاظها ، وكذا فى جواز بيع محالّ النقوش كالثياب والستور وإن كان بعض الثمن لأجلها ... » (٥).

ص: ٣٧٣

١- (١) شرح القواعد ١ / ١٩٠ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١١١ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٤ / ٤٩ - (١٢ / ١٦٥) .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

٥- (٥) حاشيه المكاسب ١ / ١٢٢ .

وتبعهم جماعه من الأعلام منهم : المحققون الخوئي في مصباح الفقاهه(١) والخميني في المكاسب المحرمه(٢) والسيزواري في مهذب الأحكام(٣) وشيخنا الأستاذ - مدظله - في إرشاد الطالب(٤) وبعض أساتيدنا - مدظله - في دراساته(٥) وصاحب عمده المطالب(٦) - دامت بركاتة - .

### تذييل: هل يجوز النظر إلى صوره الأجنبية

تذييل : هل يجوز النظر إلى الصوره أو التمثال إذا كان بين الناظر والمنظور إليه اختلاف في الجنس ؟ فهل يجوز النظر إلى صوره الأجنبية أم لا ؟

فيه وجوه بل أقوال :

١ - حرمه النظر إلى صوره الأجنبيه ، لأنّ الصوره مرآه لذيها ، وإذا حرم النظر إليها حرم النظر إلى مرآتها وصورتها . وادعاء العلم بعدم الفرق بين المرأه وصورتها في مسأله النظر في العرف يعنى المسامحه العرفيه أو تنقيح المناط في المقام ، ولعلّ هذا هو المشهور بين الأصحاب قدس سرهم ، واختاره المحقق الأردبيلي حيث قال : « ... فلا يبعد تحريم النظر إلى جاريه الغير في المرآه وكذا الأجنبي ، فتأمل »(٧) .

وفيه : أولاً : حرمه النظر إلى المرأه لا تقتضى حرمه النظر إلى صورتها .

وثانياً : ادعاء العلم بعدم الفرق صرف ادعاء ، والعرف يرى الفرق بينهما بوضوح ، فالمسامحه العرفيه لا تجرى هنا .

وثالثاً : تنقيح المناط هنا ليس من القطعيات ، فلا يجرى في المقام .

ولكن مع ذلك كله استشكل على القول بالجواز بعض أساتيدنا - مدظله - (٨) .

ص: ٣٧٤

١- (٦) مصباح الفقاهه ١ / ٢٤٠ .

٢- (١) المكاسب المحرمه ١ / ١٩٧ .

٣- (٢) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٥ .

٤- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٣٢ .

٥- (٤) دراساته في المكاسب المحرمه ٢ / ٦٦١ .

٦- (٥) عمده المطالب ١ / ١٧٥ .

٧- (٦) مجمع الفائده والبرهان ١٠ / ٣٢٤ .

٨- (٧) دراساته في المكاسب المحرمه ٢ / ٦٣٧ .

٢ - ما ثبت في الشريعة المقدسه من حرمة النظر إلى الأجنبيه ، وأما النظر إلى صورتها في الماء أو المرآه أو نفس الصوره (عكس) أو صورتها في الأفلام أو تمثالها ونحوها - حيث لم يصدق أنه نظر إليها بل نظر إلى صورتها - فليس لنا دليل يثبت به حرمة النظر إلى الصوره .

والفرق بين الصوره وذيها واضح ، فحينئذ يجوز النظر إلى صورتها مطلقاً ، أعني لا فرق في ذلك بين معرفتها عنده وعدمه ، ولا فرق بين البرامج المباشره وغير المباشره وهذا هو المختار ، ويقتضيه الأصل العملي في المقام ، وهو البراءه .

نعم ، النظر إلى صوره الأجنبيه إذا وصل إلى حدّ الريبه والتلذذ الجنسي فالأحوط هو الترك وإن كان الجواز لا يخلو من قوه .

وممن وافقنا على ذلك جمع من محققى أصحابنا قدس سرهم ، منهم : المحقق الثاني في حاشيته على الإرشاد قال : « ... ولا دليل على تحريم النظر إلى الصور المجسمه » (١) .

والسيد العاملي يقول : « وقد يُستفاد من ذلك أنه لا يحرم النظر بدون شهوه إلى صوره النساء المنقوشات على الجدران ونحوها ولا- إلى صوره المرآه المخصوصه إذا قوبلت بالمرآه ، كما يرشد إلى ذلك خبر الخنثى ، فليتأمل . لكن قد فهم المقدس الأردبيلي من التذكرة في باب الوديعه أن مجرد النظر في كتاب الغير والنسخ منه تصرف وإن لم يفتحه ولم يضع يده عليه وأنه ليس كالجلوس تحت حائط الغير ، وفرع على ذلك أنه لا يجوز النظر إلى جاريه الغير والأجنبيه في المرآه ، والماء فليلاحظ ذلك » (٢) .

وقال صاحب الجواهر : « ومن ذلك يظهر لك جواز النظر إلى الصوره في المرآه ونحوها مع عدم الشهوه ، إذ احتمال الفرق بالخصوصيه وعدمها لا وجه له كما هو واضح ، والله أعلم » (٣) .

وقال الفقيه اليزدى قدس سره : « لا ينبغي الإشكال في جواز النظر إليها ولو كانت صوره

ص: ٣٧٥

١- (١) حاشيه إرشاد الأذهان / ٣١٩ المطبوعه ضمن حياه المحقق الثاني وآثاره ، المجلد التاسع في عام ١٤٢٣ بتحقيق علامه الشيخ محمد الحسنون .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٤ / ٤٩ - (١٢ / ١٦٥) .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

إنسان مخالف للناظر في الذكوره والأنوثة ، ولا- فرق في ذلك بين عورتها وغيرها ، وبين كون النظر شهوه أولاً ، وبين كون الصورة لشخص معين وغيره «(١)» .

ولكن مع ذلك أفتى في عروته بحرمة النظر في المرآه والماء الصافي حتّى مع عدم التلذذ ، قال : « الظاهر حرمة النظر إلى ما يحرم النظر إليه في المرآه والماء الصافي مع عدم التلذذ ، وأمّا معه فلا إشكال في حرمة «(٢)» .

أقول : لم يكن بين القولين مناقضه ، بل نظره العلمى ما كتب في الحاشيه ولكن في مقام العمل والإفتاء احتاط ، والاحتياط في العمل هو ديدن الفقهاء والأصحاب ومن الواضح أنّه طريق النجاه .  
وقال المحقق الإيروانى قدس سره : « لا إشكال في جواز النظر إليها وإن كانت الصورة أجنبيّه «(٣)» .

وقال الفقيه السبزوارى قدس سره : « لا بأس بالنظر إلى صورته الإنسان وتمثيلهم وإن اختلفت مع الناظر في الذكوره والأنوثة ، للأصل بعد عدم دليل على الخلاف «(٤)» .

أقول : نعم إذا صار النظر إلى صور الأجنبيّه أو أفلامها موجباً لإشاعه الفحشاء والمنكر في المجتمع ، يكون حراماً ، فالنظر إلى الصور والأفلام الخلائقيه من هذه الجهه حرام ، والله سبحانه هو العالم .

٣ - التفصيل بين كونها معروفه معينه عند الناظر وعدمها ، فيحرم في الأول ويجوز في الثانى .

وبعد ثبوت واختيار القول الثانى فلا وجه لهذا التفصيل ، والله العالم .

تبصره : هل يجوز أخذ الأجره على عمل الصور الحيوانيه بالإجاره أو الجعاله

ص: ٣٧٦

١- (٤) حاشيه المكاسب ١ / ١٢٣ .

٢- (١) العروه الوثقى - كتاب الصلاه . فصل في الستر والساتر . المسأله الثانيه . ١ / ٤١٥ طبع بيروت عام ١٤١٠ .

٣- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٣٤ .

٤- (٣) مهذب الأحكام ١٦ / ٨٧ .

ونحوهما أو لا يجوز؟

الظاهر حرمه أخذ الأجره على عمل الصور المحرّمه مطلقاً ، سواء أخذت بعقد الاجاره أو الجعاله أو غيرهما ، وسواء صدقت الإعانه على الإثم أو لم تصدق . لأنه إذا صار العمل باطلاً في الشريعة فلا يقابله مالٌ وأخذ الأجره عليه حرام ، ومن هنا اختلف حكم الإجاره والبيع في الصور كما لا يخفى .

ولكن قال الفاضل النراقى : « وأما أجر عمل المحرّم من الصور فالظاهر من كلماتهم الحرمة ، فإن ثبت الإجماع فيه بخصوصه أو في أجر كلّ محرّم فهو المتّبع ، وإلا ففي تحريم أخذه

نظر ، وإن كان إعطاؤه محرّماً لكونه إعانه على الإثم » (١) .

وردّ عليه الفقيه اليزدى قدس سره وقال : « لا إشكال في حرمه أخذ الأجره على عمل الصور المحرّم ، سواء كان بعقد الإجاره أو الجعاله أو غيرهما ، لما مرّ من قوله عليه السلام : « إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه » وغيره ، ولكن استشكل في ذلك في المستند لو لا إجماع ، ... (ثم نقل مقاله النراقى بتمامها ، ثم قال : ) ولا يخفى ما فيه ، مع أنّ الإجماع على كلى القاعده أيضاً متحقّق ، كما لا يخفى على الناظر في كلماتهم في جزئياتها » (٢) .

واختار المحقق الخمينى قدس سره أيضاً الحرمة وقال : « إنّ أخذ الأجره على التصوير المحرّم غير جائز ، لأنّ الإجاره لذلك حرام وفاسد ، لما ذكرناه فيما سلف من أنّ الفعل المحرّم الذى يجب على الناس منع الفاعل عنه يادله النهى عن المنكر لا يكون محترماً ومالاً ، ولهذا لا يضمن المانع عنه أجره المثل للعمل بلا شبهه ، فلو منع عبد غيره من عمل الصورة المجسّمه لا يكون ضامناً ، فلا يكون ذلك العمل مالاً لدى الشارع ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه ويكون الأخذ أكلاً للمال بالباطل » (٣) .

ص: ٣٧٧

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١١١ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٢٤ .

٣- (٣) المكاسب المحرّمه ١ / ١٩٧ .

هاتان الكلمتان في اللغة تدل على التقليل والنقص كما نص عليه أربابه :

ففي الصحاح : « الطفيف : القليل ... والتطيف : نقص المكيال (١) .

« والبخس : الناقص ، يقال : شروه بثمان بخس ، وقد بخسه حقه ببخسه : إذا نقصه » (٢) .

وفي لسان العرب : « التطيف في المكيال : أن يقرب الإناء من الامتلاء ... وطفّف على الرجل : إذا أعطاه أقل ممّا أخذ منه .  
والتطيف : البخس في الكيل والوزن ونقص المكيال ، وهو أن لا تملأه إلى إصباره ... فأما قوله تعالى : « وَيُلِّ لِلْمُطَفِّينَ » . فقيل :  
التطيف : نقص يخون به صاحبه في كيل أو وزن ... قال أبو اسحاق : المطفّفون : الذين ينقصون المكيال والميزان ، قال : وإنما  
قيل للفاعل « مطفّف » لأنه لا يكاد يسرق في المكيال والميزان إلا الشيء الخفيف الطفيف ، وإنما أخذ من طف الشيء وهو  
جانبه ... » (٣) .

« والبخس : النقص ، بخس ببخسه بخساً : إذا نقصه » (٤) .

وفي معجم مقاييس اللغة : « طف ، الطاء والفاء يدلّ على قلّه الشيء ، يقال : هذا شيءٌ طفيف ... والتطيف : نقص المكيال  
والميزان . وقال بعض أهل العلم : إنّما سمي بذلك لأن الذي ينقصه منه يكون طفيفاً » (٥) .

« بخس : الباء والخاء والسين أصل واحد وهو النقص ، قال الله تعالى : « وَشَرَوْهُ

ص: ٣٧٨

١- (١) الصحاح ٤ / ١٣٩٥ .

٢- (٢) الصحاح ٣ / ٩٠٧ .

٣- (٣) لسان العرب ٩ / ٢٢١ و ٢٢٢ .

٤- (٤) لسان العرب ٦ / ٢٤ .

٥- (٥) معجم مقاييس اللغة ٣ / ٤٠٥ .

بَثْمَنٍ بَخْسٍ» أى نقص . ومن هذا الباب قوله فى المَخِّ : بَخَسَ تَبْخِيسًا : إذا صار فى السُّلامى والعين ، وذلك حين نقصانه وذهابه من سائر البدن ... «(٦) .

وفى أساس البلاغه للزمخشري : « ط ف ف - قتل الحسين عليه السلام بَطْفُ الفرات وهو شاطئه وما ارتفع من جانبه . وخذ ما طَفَّ لك واستطفَّ : ما ارتفع لك ... وأعطاني طفاف المكيال وطُفاهه وطُفَّفه وطُفَّه : مقدارُه الناقص عن ملئه ، ... وطُفَّفَ المكيال وشيءٌ طفيفٌ : قليل »(١) .

« ب خ س : بَخَسَ الكَيْالَى مكيالَه »(٢) .

وفى المصباح المنير للفيومي : الطَفِيفُ : مثل القليل وزناً ومعنى ، ومنه قيل لتطفيف المكيال والميزان تطفيفٌ ، وقد طَفَّفَه فهو مُطَفَّفٌ إذا كَالَ أو وَزَنَ وَلَمْ يُوفِ ... «(٣) .

« بخسه : بَخَسًا من باب نَفَع ، نَقَصَه أو غَابَه ، وَيَتَعَدَّى إلى مفعولين ، وفى التنزيل «وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ» ، وَبَخَسْتُ الكَيْلَ بخسًا : نَقَصْتُهُ ، وثمان بخس : ناقص »(٤) .

وفى مفردات الراغب : « الطفيف : الشئء النزر ، ومنه الطفاهه لما لا يتعدَّ به ، وطُفَّفَ الكيل : قَلَّ نصيب المكيل له فى إيفائه واستيفائه »(٥) .

« البخس : نقص الشئء على سبيل الظلم ... »(٦) .

وقد أنهى النقل عن أرباب اللغة بكلام فصل لشيخ الطائفة قدس سره فى تفسيره التبيان حيث قال : « المطفف : المقلل حقَّ صاحبه بنقصانه عن الحقِّ فى كيل أو وزن . والطفيف : النزر القليل ، وهو مأخوذ من طفَّ الشئء وهو جانبه . والتطفيف : التنقيص على وجه الخيانه فى

ص: ٣٧٩

١- (١) معجم مقاييس اللغة ١ / ٢٠٥ .

٢- (٢) أساس البلاغه / ٢٨١ .

٣- (٣) أساس البلاغه / ١٦ .

٤- (٤) المصباح المنير / ٣٧٤ .

٥- (٥) المصباح المنير / ٣٧ .

٦- (٦) المفردات / ٣١٤ .



الكيل أو الوزن» (١).

وقد ظهر لك ممّا ذكرنا من كلمات أرباب اللغة وبيان شيخ الطائفة قدس سره عدم تماميه ما ذكره المحقق الإيروانى قدس سره فى تعليقه على الكتاب حيث يقول : « إنّ الظاهر بل المقطوع به أنّ التطيف بنفسه ليس عنواناً من العناوين المحرّمة - أعنى الكيل بالمكيال الناقص - وكذا

البخس فى الميزان مع وفاء الحق كاملاً ، كما إذا كان ذلك لنفسه أو تمّم حقّ المشتري من الخارج أو أراد المقاصه منه أو نحو ذلك» (٢).

ووجه عدم تماميته : أنّ المأخوذ فى التطيف والبخس لغه هو الأخذ من طفّ المال يعنى القليل منه أو إعطاء صاحب الحقّ إلّا قليلاً- منه ، على سبيل الظلم والجنايه والسرقة وعدم الوفاء بالحقّ لصاحبه ، أعنى أن عنوان الظلم والخيانه والسرقة مستتر فى التطيف والبخس . ومن المعلوم أنّ كلّ ما صدق هذا العنوان صدق الحرام أيضاً فما ذكره قدس سره لم يكن تطيفاً أو بخساً أصلاً ، لا أنّه تطيف أو بخس ولم يكن حراماً .

### أدله حرمة التطيف :

تدل على حرمة التطيف والبخس الأدله الأربعة :

١ - فمن الكتاب الآيات المتعدده منها :

قوله تعالى فى سورة الأعراف : «وإلى مدينَ أخاهم شعيباً قال يا قوم اعبدوا الله ما لكم من إله غيرُه قد جاءكم بينه من ربّكم فأوفوا الكيلَ والميزانَ ولا تبخسوا الناسَ أشياءهم ولا تفسدوا فى الأرضِ بعدَ إصلاحها ذلكم خيرٌ لكم إن كنتم مؤمنين» (٣).

وقوله تعالى فى سورة هود : «وإلى مدينَ أخاهم شعيباً قال يا قوم اعبدوا الله ما لكم من إله غيرُه ولا تنقصوا المكيالَ والميزانَ إننى أراكم بخيرٍ وإننى أخافُ عليكم عذابَ يومٍ مُحيطٍ \* ويا قومِ أوفوا المكيالَ والميزانَ بالقسطِ ولا تبخسوا الناسَ أشياءهم ولا

ص: ٣٨٠

١- (٧) المفردات / ٣٥ .

٢- (١) حاشيه المكاسب / ١ / ١٣٧ .

٣- (٢) سورة الأعراف / ٨٥ .

تَعْتَوُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ» (١).

وقوله تعالى في سورة الشعراء نقلاً عن شعيب النبي عليه السلام أيضاً: «أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ \* وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ \* وَلَا تَبْخُسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتَوُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ» (٢).

وقوله تعالى في سورة المطففين: «وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ \* الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ

يَسْتَوْفُونَ \* وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ \* أَلَا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ \* لِيَوْمٍ عَظِيمٍ \* يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ» (٣).

وقوله تعالى في سورة الرحمن: «وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ \* أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ \* وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ» (٤).

٢ - ومن السنة الروايات الكثيرة الدالة على حرمتها:

منها: خبر صفوان بن مهران الجمال قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إن فيكم خصلتين هلك بهما من قبلكم من الأمم، قالوا: وما هما يا بن رسول الله؟ قال: المكيال والميزان (٥).

ومنها: صحيحه أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إذا ظهر الزنا من بعدى كثر موت الفجاءة، وإذا طفف الميزان والمكيال أخذهم الله بالسنين والنقص، الحديث (٦).

ومنها: صحيحه أبان الأحمر عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: خمس إن أدركتموهن فتعوذوا بالله منهن: لم تظهر الفاحشه في قوم قط حتى يعلنوها إلا ظهر فيهم الطاعون والأوجاع التي لم تكن في أسلافهم الذين مضوا، ولم ينقصوا المكيال والميزان إلا

ص: ٣٨١

١- (٣) سورة هود / ٨٤ و ٨٥.

٢- (٤) سورة الشعراء / ١٨١ و ١٨٢ و ١٨٣.

٣- (١) سورة المطففين / (٦ - ١).

٤- (٢) سورة الرحمن / (٩ - ٧).

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٩٣ ح ٧. الباب ٧ من أبواب آداب التجاره.

٦- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٣ ح ٢. الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهي.

أخذوا بالسنين وشده المؤونه وجور السلطان ، الحديث (١) .

ومنها : معتبره حمران عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل ، قال : ورأيت الرجل معيشته من بخس المكيال والميزان ،  
الحديث (٢) .

ومنها : معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون جعل في عداد الكبائر : « البخس في المكيال  
والميزان » ، الحديث (٣) .

ومنها : خبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليه السلام - في حديث شرائع الدين - قال :

والكبائر محرّمه ، وهي الشرك بالله - إلى أن قال عليه السلام : - والبخس في الميزان والمكيال ، الحديث (٤) .

ومنها : صحيحه عمرو بن أبي المقدم عن أبي جعفر عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام عندكم بالكوفة ، يغتدى  
في كل يوم من القصر فيطوف في أسواق الكوفة سوقاً سوقاً ومعه الدرّه على عاتقه ، وكان لها طرفان وكانت تسمى السبيبه ، قال  
: فيقف على أهل كل سوق فينادى فيهم : يا معشر التجار ، قدّموا الإستخاره وتبركوا بالسهوله واقتربوا من المتاعين وتزيّنوا  
بالحلم وتناهوا عن اليمين وجانبوا الكذب وتجافوا عن الظلم وأنصفوا المظلومين ولا تقربوا الربا « وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ » (٥) و  
« وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ » (٦) . قال : فيطوف في جميع الأسواق - أسواق الكوفة - ثم يرجع  
فيقعد للناس . قال : وكانوا إذا نظروا إليه قد أقبل إليهم قال « يا معشر الناس » أمسكوا أيديهم وأصغوا إليه بأذانهم ورمقوه  
بأعينهم حتى يفرغ من كلامه ، فإذا فرغ قالوا : السمع والطاعة يا أمير المؤمنين (٧) .

ص: ٣٨٢

١- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٢ ح ١ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٥ ح ٦ .

٣- (٧) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٥- (٢) سورة الأنعام / ١٥٢ .

٦- (٣) سورة هود / ٨٥ .

٧- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٤٩ ح ١ . الباب ٣ من أبواب آداب التجاره .

ومنها: خبر محمد بن سالم عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث طويل - قال: **إِنَّ اللَّهَ لَمَّا أذنَ لمحمد صلى الله عليه وآله وسلم في الخروج من مكة إلى المدينة أنزل عليه الحدود وقسمه الفرائض وأخبره بالمعاصي التي أوجب الله عليها وبها النار لمن عمل بها - إلى أن قال - : وأنزل في الكيل: «وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ» ولم يجعل الويل لأحدٍ حتى يسميه كافراً قال الله تعالى: «فَوَيْلٌ لِلَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ مَّشْهَدِ يَوْمٍ عَظِيمٍ» (١)، الحديث (٢).**

ومنها: خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام في ذيل قوله تعالى: **«وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ»** قال: نزلت على نبي الله حين قدم المدينة، وهم يؤمنون أسوأ الناس كيلاً، فأحسنوا الكيل، وأما الويل فبلغنا - والله أعلم - أنه بئرٌ في جهنم (٧).

ومنها: مقطوعه ابن عباس في قوله تعالى: **«الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ \* وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ»** قال: كانوا إذا اشتروا يستوفون بمكيال راجح، وإذا باعوا بخسوا المكيال والميزان، فكان هذا فيهم فانتهوا (٣).

تلك عشرة كاملة من الروايات الدالة بوضوح على حرمة التطفيف والبخس.

٣ - ومن العقل: من البديهي أن تنقيص حق الناس وعدم الوفاء به ظلمٌ في حق الغير، والعقل حاكم بقبح الظلم، والقاعده الملازمه بين حكمى العقل والشرع بعد جريانها تدل على حرمة التطفيف والبخس شرعاً.

٤ - ومن الإجماع: فإنه قائم على حرمتها، كما ادعاه العلامة في تذكره الفقهاء (٤).

وفيه: وجود الإجماع على حرمة التطفيف والبخس - وإن كان لا ينكر - ولكن كون هذا الإجماع تعبدياً على الحكم بعيد في الغايه، ومن المحتمل جداً أن يكون مدرك المجمعين الأدله الماضيه، فعلى هذا صار الإجماع مدركياً.

ص: ٣٨٣

١- (٥) سورة مريم / ٣٧ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١ / ٣٤ ح ١٤ . الباب ٢ من أبواب مقدمه العبادات .

٣- (١) تفسير القمى ٢ / ٤١٠ ونقل عنه في البرهان في تفسير القرآن ٥ / ٦٠٤ ح ٢ .

٤- (٢) تفسير القمى ٢ / ٤١٠ ونقل عنه في البرهان في تفسير القرآن ٥ / ٦٠٤ ح ٣ .

اشاره

يقع الكلام فى مقامين :

المقام الأول : فى حكم البيع والمعامله

صور هذه المعامله ستة :

لأنّ المعامله :

الف : قد تقع على الكلى فى الذمه .

ب : وقد تقع على الكلى فى المعين الخارجى .

ج : وقد تقع على الشخص المعين الموجود فى الخارج المشار إليه بالإشاره الحسيه ، هذا .

والعوضين إما أن يكونا من جنس واحد فيتطرق فيهما الربا مع التفاوت وإما أن لا يكونا كذلك ، فصارت الصور ستة .

إذا وقعت المعامله على الكلى فى الذمه : وطفف البائع ، صحت المعامله ولم تفسد بالتطيف أو البخس الخارجيين ، ولكن ذمه البائع مشغوله بما نقص عن الحق . ولا فرق فى هذه الصوره بين كون المعامله من جنس واحد أو من جنسين .

وهكذا الأمر إذا وقعت المعامله على الكلى فى المعين الخارجى ، صحت المعامله بلا إشكال ولكن ذمه البائع مشغوله بما نقص من الحق ، بلا فرق بين كون المعامله من جنس واحد أو من جنسين اللذين لم يتطرق فيهما الربا .

فهذا حكم أربع صور من الصور الست .

وأما إذا وقعت المعامله على الشخص المعين الموجود فى الخارج المشار إليه بالإشاره الحسيه وكانا من الجنسين المختلفين :

الظاهر أنّ الصور المتصوره فى المقام على ثلاثة أقسام :

الأول : أن يكون إنشاء البيع معلقاً على كون المبيع بوزنٍ خاصٍ ، بأن يقول « بعثك هذا المتاع الخارجى على أن يكون متناً » ، فظهر الخلاف والتنقيص . فهذه المعامله باطله ، لا من

جهه تخلف الوصف ولا- من جهه التطفيف أو البخس بل لقيام الإجماع على بطلان التعليق فى الإنشاء ، وحيث أن المعامله والإنشاء وقعت معلقه فلذا كانت باطله .

الثانى : أن ينشأ البيع منجزاً على المتاع الخارجى بشرط كونه كذا مقداراً ثم يظهر الخلاف . ولا إشكال حينئذ فى صحته ، لأنّ تخلف الأوصاف غير المقومه للصوره النوعيه لا يوجب بطلان المعامله ، بل غايه الأمر أنّه يوجب الخيار للمشتري .

الثالث : أن يكون مقصود البائع بيع الموجود الخارجى فقط ، وكان غرضه من الاشتراط الإشاره إلى تعيين مقدار العوضين ووقوع كلّ منهما فى مقابل الآخر بحيث يقسّط الثمن على أجزاء المثلث . ففى هذه الصوره إذا ظهر الخلاف صح البيع فى المقدار الموجود وبطل فى غيره ، نظير بيع ما يملك وما لا يملك كالخنزير مع الشاه والخمر مع الخل .

والظاهر حمل المعامله على هذه الصوره الثالثه الأخيره ، لأنّ مقصود البائع من الاشتراط المذكور ليس إلا بيان مقدار المبيع ، من غير تعليق فى الإنشاء ولا اعتبار شرط فى المعامله . وعلى ما ذكرناه صحت المعامله بالنسبه إلى المقدار الموجود وبطلت بالنسبه إلى المقدار الناقص ، وللمشتري خيار تبعض الصفقه ، كما ثبت فى محلّه .

هذا كله إذا لم يكن البيع ربوياً ، يعنى كانا من الجنسين المختلفين .

وأما إذا وقعت المعامله على الشخص المعين الموجود فى الخارج المشار إليه بالإشاره

الحسيه وكانا من الجنس الواحد بحيث يتطرق فيها الربا ، فيمكن أن تجرى فيها الصور الثلاث المتصوره أيضاً :

الأولى : أن يكون أنشأ البيع معلقاً على كون المبيع بوزنٍ خاصٍ . فهذه باطله جزماً ، لا- لجهه التطفيف أو تخلف الوصف أو تطرق الربا ، بل من جهه التعليق فى الإنشاء ، كما مرّ الكلام فيه .

الثانيه : أن ينشأ البيع منجزاً على المتاع الخارجى بشرط كونه مقداراً ثم ظهر الخلاف . بطل البيع لكونه ربوياً ، مع قطع النظر عن تخلف الشرط .

الثالثه : إن كان الغرض من الإشتراط ، الإشاره إلى تعيين مقدار العوضين ووقوع كلّ منهما فى مقابل الآخر بحيث يقسّط الثمن على أجزاء المثلث كما هو الظاهر من هذه المعاملات ،

فحينئذ من جهة تخلف المقدار واتحاد الجنس يقسّط الثمن على الأجزاء والمقدار الموجود ، فصح البيع في المقدار الموجود وبطل في غيره .

قد يقال : بطلان المعاملة في الفرضين من الصورة الثالثة ، بدعوى : أنّ ما هو موجود في الخارج غير معنون بذلك العنوان ، وما هو معنون بعنوان كذا غير موجود في الخارج ، فالمعاملة باطله .

وفيه : لا وجه للبطلان إذا تخلف العنوان في المقام ، فإنّه ههنا ليس من العناوين المقوّمة ، فإن العنوان إذا اختلفت الصور النوعية عند العرف ، فلذا كانت المعاملة باطله . كما إذا باع أمه روميّة فظهر أنّه عبد حبشي ، أو باع صندوقاً فظهر أنّه طبل ، أو باع بغلاً فظهر أنّه حمار .

وأما إذا لم يكن العنوان من العناوين المقوّمة كما في المقام ، بل هو إما مأخوذ على نحو الشرطيه أو الجزئيه ، فالمعاملة صحيحة ، غايه الأمر للمشتري خيار الفسخ لجهه تخلف الشرط أو تبعض الصفقه .  
هذا كلّه في المقام الأول .

### **المقام الثاني : في حكم الإجاره**

بعد ما استفادنا حرمة عمل التطفيف والبخس تكليفاً من الأدله الأربعة ، فأخذ الأجره على هذا العمل المحرّم أيضاً حرام ، لبطلان عقد الإجاره .

فلذا لو أجار شخص نفسه على التطفيف والبخس المحرّمين ، بطلت الإجاره كما في

غيرهما من الأفعال المحرّمه . فهذه الإجاره محرّمه تكليفاً ووضعاً .

والحمد لله ربّ العالمين .

قبل الخوض في الاستدلال لابد من ملاحظه الأقوال في المقام لتعيين محل النزاع وتحريه والإطلاع على كيفية استدلالهم وسيرها :

### الأقوال :

١ - قال الشيخ المفيد قدس سره في كتاب المقالات - على ما نقل عنه السيد ابن طاوس الحلي قدس سره في كتابه « فرج المهموم بمعرفته علم النجوم » : « أقول : إن الشمس والقمر وسائر النجوم أجسام نارية لا حياه لها ولا موت ولا تميز ، خلقها الله تعالى لينتفع بها عباده وجعلها زينه لسماواته وآيات من آياته كما قال سبحانه : «هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسُ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَّرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عِدَدَ السِّنِينَ وَالْحِسَابَ مَا خَلَقَ اللَّهُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْحَقِّ يُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ» (١) وقال تعالى : «وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ النُّجُومَ لِتَهْتَدُوا بِهَا فِي ظُلُمَاتِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ قَدْ فَضَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ» (٢) وقال تعالى : «وَعَلَامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ» (٣) وقال تعالى : «وَزَيَّنَّا السَّمَاءَ الدُّنْيَا بِمَصَابِيحٍ» (٤) ، فأما الأحكام على الكائنات بدلائلها أو الكلام على مدلول حركاتها فإن العقل لا يمنع منه ، ولسنا ندفع أن يكون الله تعالى أعلمه بعض أنبيائه وجعله علماً له على صدقه ، غير أنا لا نقطع عليه ولا نعتقد استمراره في الناس إلى هذه الغايه . أما ما نجده من أحكام المنجمين في هذا الوقت وإصابه بعضهم فيه ، فإنه لا ينكر أن يكون ذلك بضرب من التجربه وبدليل عاده ، وقد تختلف أحياناً ويخطيء المعتمد عليه كثيراً ولا يصح إصابته فيه أبداً ، لأنه ليس بجار مجرى دلائل العقول ولا

ص: ٣٨٧

١- (١) سورة يونس / ٥ .

٢- (٢) سورة الأنعام / ٩٧ .

٣- (٣) سورة النحل / ١٦ .

٤- (٤) سورة فصلت / ١٢ .



براهين الكتاب وأخبار الرسول صلى الله عليه وآله وسلم . وهذا مذهب جمهور متكلمي أهل العدل ، وإليه ذهب

بنو نوبخت من الإماميه ، وأبو القاسم وأبو علي من المعتزله «(١)» .

أقول : لم أجد هذا الكلام من المفيد في النسخه المطبوعه من أوائل المقالات ، وهكذا لم يجده العلامة المجلسي قدس سره ، ولذا قال : « وإن لم نجد فيما عندنا من نسخه »(٢) .

ومع ذلك كله ابن طاوس قدس سره ثقه في نقله ، فلا بد من تصديقه مع ما رأينا بأعيننا من تلاعب الزمان وأهله بالنسخ مخطوطه كانت أو مطبوعه ، وإلى الله المشتكى !!

وكتب علم الهدى الشريف المرتضى رساله في الرد على المنجمين وذهب إلى تحريمه فيها وبالغ في فساد أحكامهم ، وقال فيها : « من أدل الدليل على بطلان أحكام النجوم ، أنا قد علمنا أنّ من جمله معجزات الأنبياء عليهم السلام الإخبار عن الغيوب ، وعدّ ذلك خارقاً للعادات ، كإحياء الميت وإبراء الأكمه والأبرص ، لو كان العلم بما يحدث طريقاً نجومياً ، لم يكن ما ذكرناه معجزاً ولا خارقاً للعاده .

وكيف يشتهه على مسلم بطلان أحكام النجوم ؟ وقد أجمع المسلمون قديماً وحديثاً على تكذيب المنجمين ، والشهاده بفساد مذاهبهم وبطلان أحكامهم .

ومعلوم من دين الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ضروره التكذيب بما يدعيه المنجمون والإزرار عليهم والتعجيز لهم .

وفي الروايات عنه عليه السلام من ذلك ما لا يحصى كثره ، وكذا عن علماء أهل بيته عليهم السلام وخيار أصحابه ، فما زالوا يبرؤون من مذاهب المنجمين ويعدونها ضلالاً ومحالاً .

وما اشتهر هذه الشهره في دين الإسلام كيف يغترّ بخلافه منتسب إلى المله ومصلاً إلى القبله ؟ ! ... «(٣)» .

وهكذا ردّ السيد المرتضى قدس سره في كتابه « تنزيه الأنبياء » نسبه هذا العلم إلى بعض الأنبياء عليهم السلام ، فراجع إلى كلامه في كتابه .

ص: ٣٨٨

١- (١) فرج المهموم بمعرفه علم النجوم / ٣٨ .

٢- (٢) بحار الأنوار ٥٥ / ٢٧٨ ( ٢٢ / ٣٩٩ من طبع عام ١٤٢١ ) ، كلاهما من طبع بيروت .

٣- (٣) رسائل الشريف المرتضى ٢ / ٣١١ و ٣١٠ .

وقال الشيخ محمد بن الحسين الكيدري في شرحه على نهج البلاغه المسمى بحدائق الحقائق: « كيف يمكن أن يكون الإنسان يعرف الحوادث وأسبابها في الأحوال حتى يعرف المسببات في المستقبل كما في الجزر والمدّ ، ومن ادعى أنه يعرف أسباب الكائنات فمقدماته

ليست برهانيه وإتما هي تجربيه أو شعريه أو خطابيه مؤلفه من المشهورات في الظاهر أو المقبولات والمظنونات ، ومع ذلك فلا يمكنه أن يتعرّض إلاّ- لجنس من أجناس الأسباب ، وهو يتعرّض بعض الأسباب العلويّه ، ولا يمكنه أن يتعرّض لجميع الأسباب السماويّه والقوابل . وإذا تغيّرت القوابل عن أحوالها تغيّر أثر الفاعل فيها ، فإنّ النار في الحطب اليابس مؤثره تأثيراً لا تؤثر في الرماد ، وكذا معرفه بقائها على استعداد القبول شرط ، ويمكن أن يكون للقوابل عوائق ، فلا يعلم تلك الأسباب والمسببات إلاّ الله تعالى . وأيضاً فإنّ المنجم يحكم على مفردات الكواكب ولا يحكم على جميعها ممتزجه « إلى آخر كلامه قدس سره ، فإنّه شتّع على المنجمين كثيراً من اختلافهم وتناقضاتهم ، فراجع إلى كتابه(١) .

وقال الشيخ أبو الفتح محمد بن علي الكراجكي في كتابه كنز الفوائد في كلام طويل له في الرد على المنجمين على ما حكى عنه ابن طاوس الحسنى : « ... وأنا أذكر لك بعد هذا مقالتنا في النجوم وما نعتقده فيها لتعرف الطريقه في ذلك فتعتمد عليها ، أعلم - أيدك الله - أنّ الشمس والقمر والنجوم أجناس محدثه من جنس هذا العالم مؤلفه من أجزاء تحلّها الأعراض ، وليست فاعله في الحقيقه ولا ناطقه ولا حيه قادره ... إلى أن قال : وفيها للخلق مصالح لا يعلمها إلاّ الله تعالى . فأما التأثير المنسوب إليها ، فإننا لا- ندفع كون الشمس والقمر مؤثرين في العالم ... ومن ذا الذي ينكر تأثير الشمس والقمر وهو شاهد ، وإن كان تأثير الشمس أظهر للحسّ وأبين من تأثير القمر في الأزمان والبلدان والنبات والحيوان . وأما غيرهما من الكواكب فلسنا نجد لها تأثيراً يُحسّ ، ولا نقطع وجوبه بالعقل ، وهو أيضاً ليس من الممتنع المستحيل ، بل هو من الجائر في العقول ، لأنّ لها شعاعاً متصلاً في الأرض ، ... وليس فيما ذكرناه رجوع إلى قول أصحاب الأحكام ، ولا- قول بما أنكرناه عليهم في متقدم الكلام ، لأننا أنكرنا عليهم إضافه

ص: ٣٨٩

١- (١) حدائق الحقائق ١ / (٣٧٣ - ٣٦٩) ونقل عنه في بحار الأنوار ٥٥ / (٢٨١ - ٢٧٩) = (٢٢ / ٤٠٠) .

تأثيرات الشمس والقمر إليهما من دون الله سبحانه وقطعهم على ما جوّزناه من تأثيرات الكواكب بغير حجه عقليّه ولا سمعيّه وإضافتهم إليها جميع الأفعال فى الحقيقه مع دعواهم لها الحياه والقدرة . وأنكرنا أن تكون الشمس والقمر أو شىء من الكواكب موجباً لشىء من أفعالنا بشهاده العقل الصحيح ، فإنّ أفعالنا لو كانت مخترعه فينا أو كانت عن سبب أوجبها من غيرنا ، لم تصح بحسب قصودنا وإرادتنا ، ولا- كان فرق بينها وبين جميع ما يفعل فينا من صحتنا وسقمنا وتأليف أجسامنا ، وحصول الفرق لكلّ دلالة على اختصاصها بنا وبرهان

واضح بأنّها حدثت من قدرتنا وأنّه لا سبب لها غير اختيارنا .

وأنكرنا عليهم قولهم أنّ الله تعالى لا- يفعل فى العالم فعلاً إلاّ والكواكب داله عليه ، فإنّ كلّ شىء يدل عليه لا بدّ من كونه - وهذا باطل - يثبت لها تأثيراً أو دلالة ، فإنّ الله أجرى تلك العاده وليس يستحيل منه تغيير تلك العاده لما يراه من المصلحه ، وقد يصرف الله تعالى السوء عن عبده بدعوه ، ويزيد فى أجله بصله رحم أو صدقه ، فهذا الذى ثبتت لنا عليه الأدله ، وهو الموافق للشريعه ، وليس هو بملائم لما يدّعيه المنجمون ، والحمد لله .

وأنكرنا عليهم إعتمادهم فى الأحكام على أصول مناقضه ودعاوى مضمونه متعارضه وليس على شىء منها بيّنه ، فإن كان لهذا العلم أصل صحيح على وجه يسوغ فى العقل ويجوز ، فليس هو ما فى أيديهم ولا من جملة دعاويهم «(١)» .

أقول : لم أجد هذه مقاله من الكراچكى فى المطبوع من كتابه كنز الفوائد ، ولكن ابن طاوس ثقّه فى نقله ولا بدّ من تصديقه وأنها سقطت من النسخ ، ولذا ألحقها بالكتاب محققه الجليل فى طبعه عام ١٤٠٥ ببيروت ، تحت عنوان نصوص مفقوده من نسخه الكتاب (٢) ، فله من الله تعالى جزيل الأجر .

وقال الشيخ أبو على الحسين بن عبد الله بن سينا ، الشيخ الرئيس أعلى الله مقامه الشريف فى فصل المبدأ والمعاد من إلهيات كتابه الشفاء : « لو أمكن إنساناً من الناس أن يعرف

ص: ٣٩٠

١- (١) فرج المهموم / (٧٤ - ٦٠) .

٢- (٢) كنز الفوائد ٢ / (٢٣٦ - ٢٢٤) .

الحوادث التي في الأرض والسماء جميعاً وطبائعها لفهم كَيْفِيَّه ما يحدث في المستقبل ، وهذا المنجم القائل بالأحكام - مع أن أوضاعه الأولى ومقدماته ليست مستنده إلى برهان بل عسى أن يدعى فيها التجربه أو الوحي وربما حاول قياسات شعريه أو خطاييه في إثباتها - فإنه إنما يعوّل على دلائل جنس واحد من أسباب الكائنات وهي التي في السماء ، على أنه لا يضمن من عنده الإحاطه بجميع الأحوال التي في السماء ولو ضمن لنا في ذلك ووفى به لم يمكنه أن يجعلنا بحيث نقف على وجود جميعها في كل وقت ، وإن كان جميعها - من حيث فعله وطبعه - معلوماً عنده . - إلى أن قال : - فليس لنا إذن اعتماد على أقوالهم ، وإن سلمنا متبرعين أن جميع ما يعطونا من مقدماتهم الحكميه صادقه <sup>(١)</sup> .

وقال المتكلم الجليل الشيخ سديد الدين محمود بن علي الحمصي قدس سره في الرد على الصابئه : « وأما الصابئه فإنه قد يحكى عنهم أنهم يقولون : للعالم صانع أحكم الفلك وجعل نجومه مدبره لما في العالم ، أضافوا ما يحدث في العالم من الحيوان والنبات إلى النجوم ، وأنهم يعبدون النجوم ، ثم نحتوا الأصنام على صورها يعبدونها بالنهار إذا غابت النجوم ، ويذهبون إلى أن النجوم توجب بطاعها التدبير في العالم ، وربما قالوا : بأنها قديمه .

والردّ عليهم هو أن نقول : لا شك في أن النجوم أجسام والجسم لا يكون إلا محدثاً على ما بيناه ، ثم وهي ليست أحياء فكيف يصدر عنها الأفعال . وأقوى ما يُستدل به على كونها غير أحياء ، إجماع المسلمين على أنها مسخرات ، وقد استدل على أنها مسخرات غير متحيرات بحركتها التي تجرى على طريقه واحده ، إذ الحيّ القادر المختار لا بدّ من أن تختلف حرركاته لاختلاف دواعيه .

وقد استدل على كون الشمس غير حيّه على الخصوص بحرارتها المفرطه التي يستحيل أن يبقى معها الحياه ، ولو سلمنا أنها أحياء قادره لما كانت قادره إلا بقدره كما في غيرها من الأجسام التي هي أحياء قادره ، وإذا كانت كذلك كان يجب أن لا يقدر على

ص: ٣٩١

---

١- (٣) الشفاء - الالهيات / ٤٤٠ مقاله العاشره ، الفصل الأول ، ونقل عنه الشيخ البهائي في الحديقه الهلاليه / ١٤٢ و ١٤١ ، ونقل المجلسي عن البهائي في بحار الأنوار / ٥٥ / ٢٩٢ (٢٢ / ٤٠٨) .

الإختراع ، كما لا يقدر غيرها من القادرين بالقدره . فكيف تؤثر في الأجسام الأرضيه من الحيوان والنبات على بعدها منها ، وكان لا يصحّ منها أصول النعم التي بها تستحق العباده ، كما لا يقدر عليها غيرها من القادرين بالقدره فلا يحسن عبادتها» (١).

أقول : قد نقل العلامة المجلسي كلاماً آخرأ من الشيخ سديد الدين الحمصي رحمه الله بواسطه ابن طاوس في كتابه فرج المهموم (٢) .

وقال المحقق الحلبي في المعبر : « ولا اعتبار بالجدول ، لأن أصل ذلك مأخوذ من الحساب النجومى في ضبط مسير القمر واجتماعه بالشمس ، ولا يجوز التعويل على قول المنجم ، لأنه مبنئ على قواعد ظنيّه مستفاده من الحدس الذى يخطئ أكثر ممّا يصيب ، ولا يجوز التعويل على قوله ، لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم : « من صدّق كاهناً أو منجماً فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله وسلم » (٣) .

وقال العلامة المجلسي قدس سره فى شأن ابن طاوس وكتابه فرج المهموم : « والسيد الجليل النبيل على بن طاوس رحمه الله لأنس قليل له بهذا العلم ، عمل فى ذلك رساله وبالغ فى الإنكار على من اعتقد أنّ النجوم ذوات إرادته أو فاعله أو مؤثره ، واستدلّ على ذلك بدلائل كثيره وأيده بكلام جمّ غفير من الأفاضل ، إلّا أنّه أنكر على السيد الأجل المرتضى قدس سره فى تحريمه ، وذهب إلى أنّه من العلوم المباحات ، وأنّ النجوم علامات ودلالات على الحادثات ، لكن يجوز للقادر الحكيم أن يغيّر بالبرّ والصدقه والدعاء وغير ذلك من الأسباب والدواعى على وفق إرادته وحكمته ، وجوز تعليم النجوم وتعلّمه والنظر فيه والعمل به إذا لم يعتقد أنّها مؤثره ، وحمل أخبار النهى والذم على ما إذا اعتقدت ذلك ، ثم ذكر رحمه الله تأييداً لصحة هذا العلم أسماء جماعه من الشيعة كانوا عارفين به ... » (٤) .

وذكر أيضاً نظير هذا البيان فى كتابه « مرآه العقول فى شرح أخبار آل

ص: ٣٩٢

١- (١) المنقذ من التقليد ١ / ١٤٨ .

٢- (٢) فراجع إن شئت بحار الأنوار ٥٥ / ٢٩٨ (٢٢ / ٤١١) .

٣- (١) المعبر ٢ / ٦٨٨ .

الرسول عليهم السلام» (١).

وقال الشيخ إبراهيم بن نوبخت في كتابه الياقوت: «قول المنجمين يبطله قدم الصانع واشتراط إختياره، ويلزم عليهم أن لا يستقر الفعل على حالٍ من الأحوال، وقول أهل الطبائع يبطل بمثل ذلك» (٢).

وقال آية الله على الإطلاق العلامة الحلبي قدس سره في شرحه على الياقوت: «اختلف قول المنجمين على قسمين: أحدهما قول مَنْ قال: إن الكواكب السبعة حثيه مختاره، والثاني قول من قال: إنها موجبه، والقولان باطلان:

أما الأول: فلائها أجسام محدثه فلا تكون آلهه، ولأنها محتاجه إلى محدث غير جسم، فلا بد من القول بالصانع.

وأما الثاني: فلائ الكوكب المعين كالمريخ مثلاً إذا كان مقتضياً للحرب لزم دوام وقوع الهرج والمرج في العالم، وأن لا يستقر أفعالهم على حالٍ من الأحوال، ولما كان ذلك باطلاً كان ما ذكره باطلاً.

وأما القائلون بالطبائع الذين يسندون الأفعال إلى مجرد الطبيعه، فيبطل قولهم بمثل ذلك أيضاً، فإن الطبيعه قوه جسمانيه وكل جسم محدث، فكل قوه حاله فهي محدثه تفتقر إلى محدث غير طبيعته، وإلا لزم التسلسل، فلا بد من القول بالصانع سبحانه وتعالى» (٣).

وقال العلامة الحلبي في القواعد: «التنجيم حرام، وكذا تعلم النجوم مع اعتقاد تأثيرها بالاستقلال أو لها مدخل فيه» (٤).

وقال في التذكرة: «التنجيم حرام وكذا تعلم النجوم مع اعتقاد تأثيرها في عالم العنصريّات على ما يقوله الفلاسفه» (٥).

ص: ٣٩٣

١- (٢) بحار الانوار ٥٥ / ٥٢٩ و ٥٢٨ (٢٢ / ٤١٢).

٢- (٣) مرآه العقول ٢٦ / ٤٦١.

٣- (١) أنوار الملكوت / ٢٠٠ و ١٩٩.

٤- (٢) قواعد الأحكام ٢ / ٩.

٥- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ مسأله ٦٥٠.

وقال في المنتهى: «التنجيم حرام، وكذا تعلم النجوم مع اعتقاد أنها مؤثره، أو أنّ لها مدخلاً في تأثير بالنفع والضرر، وبالجملة كل من يعتقد ربط الحركات النفسانية والطبيعية بالحركات الفلكية والإتصالات الكوكبية كافرٌ، وأخذ الأجره على ذلك حرام، وأما من يتعلم النجوم فيعرف قدر سير الكواكب وبعده وأحواله من التربيع والكسف وغيرهما فإنه لا بأس به»(١).

وقال نحوه في كتابه تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الاماميه(٢) فراجعه .

ولكن العلامة نفسه قال في أجوبه المسائل المهنايه الثالثه حيث سأل عنه السيد مهناً ابن سنان: «ما يقول سيدنا فيما يقال: إنّ كسوف الشمس بسبب حيلولة جرم القمر بينه وبين الشمس، وإنّ سبب خسوف القمر حيلولة الأرض، ويدلّ على ذلك ما يخبر به أهل التقويم فيطابق أخبارهم؟ وإذا كان الأمر على هذه الصوره فلم أمرنا بالخوف عند ذلك والفرع إلى الدعاء والصلاه في المساجد؟ فأجاب قدس سره: استناد الكسوف والخسوف إلى ما ذكره - أدام الله أيامه - مستند إلى الرصد، وهو أمر ظني غير يقيني، ولو سلم لم يضر في التكليف بالصلاه وسؤال الله ردّ النور، بأن أمثال هذه الأفعال مستنده إلى الله تعالى بالإختيار، فحسّن الدعاء والصلاه في طلب ردّ النور. ويجوز أن يكون هذا الحادث سبباً لتجدد حادث في الأرض من

خير أو شرّ، فجاز أن تكون العباده رافعه لما نيظ بذلك الحادث من الشرّ والخوف بسبب ذلك .

ثم سأل عن أخبار المنجمين وأصحاب الرمل بالأشياء المغيبه، فأجاب بأن هذا كله تخمين لا حقيقه له، وما يوافق قولهم من الحوادث فإنه يقع على سبيل الإتفاق، وعلم الرمل ينسب إلى إدريس عليه السلام وليس بمحقّق، ولكنّه جرى لنا وقائع غريبه عجيبه وامتحانات طابقت حكمه، لكن لا يثمر ذلك علماً محققاً»(٣).

ص: ٣٩٤

١- (٤) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ من فروع كتاب التجاره .

٢- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦١ طبع مؤسسه الامام الصادق عليه السلام - قم المقدسه ١٤٢٠ .

٣- (١) أجوبه المسائل المهنايه الثالثه / ١٤٤ و ١٤٥ المسأله ٩ و ١٠، ونقل عنه في بحار الأنوار ٥٥ / ٣٠٨ (٢٢ / ٤١٩) .

وقال ولده فخر المحققين في بحث السحر : « المراد بالسحر استحداث الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانية أو بالإستعانة بالفلكيات فقط أو ... وقد خص أهل المعقول الأول باسم السحر والثاني بدعوه الكواكب و ... واختلف الفقهاء في أنّ السحر لا بمعنى دعوه الكواكب ، فإنّ الكواكب لا تأثير لها قطعاً ، هل له حقيقه (أى تأثير) أو تخيل لا حقيقه له ، بمعنى عدم التأثير ... » (١).

أقول : يأتى تمام كلامه قدس سره فى بحث السحر إن شاء الله تعالى .

قال الشهيد فى الدروس : « يحرم اعتقاد تأثير النجوم مستقلة أو بالشركه والإخبار عن الكائنات بسببها ، أما لو أخبر بجريان العاده أنّ الله تعالى يفعل كذا عند كذا لم يحرم وإن كره ، على أنّ العاده فيها لا تطرد إلاّ فيما قلّ . وأما علم النجوم فقد حرّمه بعض الأصحاب ، ولعلّه لما فيه من التعرّض للمحذور من اعتقاد التأثير ، أو لأن أحكامه تخميتيه ، أما علم هيئه الأفلاك فليست حراماً ، بل ربّما كان مستحباً لما فيه من الإطلاع على حكم الله وعظم قدرته » (٢).

وقال فى قواعده : « كلُّ من اعتقد فى الكواكب أنّها مدبّره لهذا العالم وموجده ما فيه فلا ريب أنّه كافّر ، وإن اعتقد أنّها تفعل الآثار المنسوبة إليها والله هو المؤثر الأعظم - كما يقوله أهل العدل - فهو مخطىء ، إذ لا حياه لهذه الكواكب ثابتةً بدليل عقلى ولا- نقلى . وبعض الأشعريه يكفّرون هذا كما يكفّرون الأول ، وأوردوا على أنفسهم عدم تكفير المعتزله ، وكلّ من قال بفعل العبد فرّقوا بأنّ الإنسان وغيره من الحيوان يوجد فعله من أنّ التذللّ ظاهر عليه ، فلا يحصل منه اهتضام لجانب الربوبيه ، بخلاف الكواكب فإنّها غائبه عنه ، فرّبما أدى ذلك إلى إعتقاد استقلالها وفتح باب الكفر .

وأما ما يقال : من أنّ استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار وغيرها من العاديات بمعنى أنّ الله تعالى أجرى عادته أنّها إذا كانت على شكل مخصوص أو وضع

ص: ٣٩٥

١- (٢) إيضاح الفوائد ١ / ٤٠٥ .

٢- (٣) الدروس الشرعيه ٣ / ١٦٥ .



مخصوص يفعل ما ينسب إليها ، ويكون ربط المسببات بها كـ ربط مسببات الأدويه والأغذية بها مجازاً باعتبار الربط العادي لا الفعل الحقيقي فهذا لا- يكفر معتقده ولكنه مخطيء أيضاً ، وإن كان أقل خطأً من الأول ، لأن وقوع هذه الآثار عندها ليس بدائم ولا أكثرى» (١).

قال المحقق الثاني قدس سره فى جامع المقاصد : « التنجيم : الإخبار عن أحكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية والاتصالات الكوكبية التى مرجعها إلى القياس والتخمين ، فإنّ كون الحركة المعينه والاتصال المعين سبباً لوجود ذلك ، إنّما يرجع المنجمون فيه إلى مشاهدتهم وجود مثله عند وجود مثلهما ، وذلك لا يوجب العلم بسببتهما له ، لجواز وجود أمور أخرى لها مدخل فى سببته لم تحصل الإحاطه بها ، فإنّ القوه البشرية لا سبيل لها إلى ضبطها ، ولهذا كان كذب المنجمين وخطوهم أكثرى ، وقد ورد من صاحب الشرع النهى عن تعلّم النجوم بأبلغ وجوهه ... .

إذا تقرر ذلك فاعلم : أنّ التنجيم - مع اعتقاد أنّ للنجوم تأثيراً فى الموجودات السفليه ولو على جهه المدخلية - حرام ، وكذا تعلّم النجوم على هذا الوجه ، بل هذا الاعتقاد كفرٌ فى نفسه ، نعوذ بالله منه .

أمّا التنجيم لا على هذا الوجه مع التحرز من الكذب فإنّه جائز ، فقد ثبت كراهيه التزوج وسفر الحج والقمر فى العقر ، وذلك من هذا القبيل . نعم هو مكروه ، لأنّه ينجزّ إلى الاعتقاد الفاسد ، وقد ورد النهى عنه مطلقاً حسماً للماده ، وتحريم الأجره وعدمه تابع للفعل ... » (٢).

قال المحقق الأردبيلي بعد نقل كلام العلامة فى المنتهى وتأنيده : « ... وقد يفهم من قوله تعالى حكاية عن إبراهيم عليه السلام : «فَنظَرَ نَظْرَةً فِي النُّجُومِ \* فَقَالَ إِنِّي سَقِيمٌ» (٣) الاعتبار

بأمثال ذلك ، بل أكثر وإن إجاب عنه السيد المرتضى فى « التنزيه » ، ولقد صنف على بن طاوس قدس سره كتاباً فى تحقيق النجوم وحليته هذا العلم وجواز التأثير ، واستدلّ عليها بالآيات

ص: ٣٩٤

١- (١) القواعد والفوائد ٢ / ٣٦ و ٣٥ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٣٢ و ٣١ .

٣- (٣) سورة الصافات / ٨٩ و ٨٨ .

والأخبار والإعتبار ، وردّ كلام مَنْ قال بتحريمه وكراهيته ، فمن أراد التفصيل فليرجع إليه .

وأما دليل كفر مَنْ يعتقد إستقلال الفلكيات فى التأثير فى الأرضيات وتحريم الإشتراك فى التأثير كأنّه إجماعٌ ، والعلم الضرورى شرعاً بأنّ الله تعالى هو المؤثر فى الأرضيات ، ووجوب إعتقاد أنّه هو المستقل فى التأثير فى الأرضيات من غير مدخلية شىءٍ «(١)» .

وقال الشيخ بهاء الدين محمد العاملى قدس سره فى الحديقه الهلاليه : « ما يدّعيه المنجمون من إرتباط بعض الحوادث السفليه بالأجرام العلويه ، إن زعموا أن تلك الأجرام هى العلّه المؤثره فى تلك الحوادث بالاستقلال أو أنّها شريكه فى التأثير فهذا لا يحلّ للمسلم اعتقاده ، وعلم النجوم المبتنى على هذا كفر والعياذ بالله ، وعلى هذا حمل ما ورد فى الحديث من التحذير عن علم النجوم والنهى عن اعتقاد صحته ، وإن قالوا : إنّ اتصالات تلك الأجرام وما يعرض لها من الأوضاع علامات على بعض حوادث هذا العالم ممّا يوجدّه الله سبحانه بقدرته وإرادته ، كما أنّ حركات النبض واختلافات أوضاعه علامات يستدلّ بها الطبيب على ما يعرض للبدن من قرب الصحه أو اشتداد المرض ونحو ذلك ، وكما يستدلّ باختلاج بعض الأعضاء على بعض الأحوال المستقبليه ، فهذا لا مانع منه ولا حرج فى اعتقاده ، وما روى من صحه علم النجوم وجواز نقله محمول على هذا المعنى .

ثم قال قدس سره : الأمور التى يحكم بها المنجمون من الحوادث الإستقباليه أصول ، بعضها مأخوذه من أصحاب الوحي سلام الله عليهم ، وبعض الأصول يدعون فيها التجربه ، وبعضها مبتنٍ على أمور متشعبه لا تفى القوه البشريه بضبطها والإحاطه بها ، كما يؤمى إليه قول الصادق عليه السلام : « كثيره لا يدرك وقليله لا ينتج (٢) » ، فلذلك وجد الاختلاف فى كلامهم وتطرّق الخطأ إلى بعض أحكامهم ، ومن اتفق له الجرى على الأصول الصحيحه صحّ كلامه وصدقت أحكامه لا محاله كما نطق به كلام الصادق عليه السلام فى الروايه المذكوره ... ولكن هذا أمر عزيز المنال ، لا يظفر به إلا القليل والله الهادى إلى سواء السبيل «(٣)

ص: ٣٩٧

١- (١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨١ و ٨٠ .

٢- (٢) الكافي ٨ / ١٩٥ ح ٢٣٣ .

وَعَدَّ الْفَيْضُ الْكَاشَانِيُّ قَدْسَ سِرِّهِ فِي كِتَابِهِ مِفَاتِيحَ الشَّرَائِعِ مِنَ الْمَعَاصِي الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا الْإِخْبَارُ عَنِ الْغَائِبَاتِ عَلَى الْبَيِّنَاتِ لَغَيْرِ نَبِيٍّ أَوْ وَصِيِّ نَبِيٍّ ، سِوَاكَ كَانَ بِالْتَّنْجِيمِ أَوْ الْكِهَانَةِ أَوْ الْقِيَافَةِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . ثُمَّ ذَكَرَ أَخْبَاراً دَالَةً عَلَى تَحْرِيمِ الْكِهَانَةِ وَالتَّنْجِيمِ ، ثُمَّ قَالَ : « وَإِنْ كَانَ الْإِخْبَارُ عَلَى سَبِيلِ التَّفَاوُلِ مِنْ دُونَ جِزْمٍ ، فَالظَّاهِرُ جَوَازُهُ ، لِأَنَّ أَسْلَماً هَذِهِ الْعُلُومُ حَقٌّ وَلَكِنْ الْإِحَاطَةُ بِهَا لَا يَتَيَسَّرُ لِكُلِّ أَحَدٍ وَالْحُكْمُ بِهَا لَا يُوَافِقُ الْمَصْلَحَةَ » (١) .

وَقَالَ فِي الْوَافِي فِي بَحْثِ الْبِدَاءِ : « ... فَاعْلَمْ أَنَّ الْقُوَى الْمَنْطَبِعَةَ الْفَلَكيَّةَ لَمْ تَحْطُ بِتَفَاصِيلِ مَا سَيَقَعُ مِنَ الْأُمُورِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، لِعَدَمِ تَنَاهِي تِلْكَ الْأُمُورِ ، بَلْ إِنَّمَا يَنْتَقِشُ فِيهَا الْحَوَادِثُ شَيْئاً فَشَيْئاً وَجَمَلُهُ فَجَمَلُهُ مَعَ أَسْبَابِهَا وَعِلَلِّهَا عَلَى نَهْجٍ مُسْتَمِرٍّ وَنِظَامٍ مُسْتَقَرٍّ . فَإِنَّ مَا يَحْدُثُ فِي عَالَمِ الْكُونِ وَالْفَسَادِ ، إِنَّمَا هُوَ مِنْ لَوَازِمِ حَرَكَاتِ الْأَفْلَاقِ الْمَسْخَرَةِ لِلَّهِ وَنَتَائِجِ بَرَكَاتِهَا ، فَهِيَ تَعْلَمُ أَنَّ كَلِّمَا كَانَ كَذَا كَانَ كَذَا ، فَمَهْمَا حَصَلَ لَهَا الْعِلْمُ بِأَسْبَابِ حُدُوثِ أَمْرٍ مَا فِي هَذَا الْعَالَمِ حَكَمَتْ بِوُقُوعِهِ فِيهِ ، فَيَنْتَقِشُ فِيهَا ذَلِكَ الْحُكْمُ . وَرَبَّمَا تَأَخَّرَ بَعْضُ الْأَسْبَابِ الْمَوْجِبِ لَوُقُوعِ الْحَادِثِ عَلَى خِلَافِ مَا يُوْجِبُهُ بَقِيَّةُ الْأَسْبَابِ لَوْ لَا ذَلِكَ السَّبَبُ وَلَمْ يَحْصُلْ لَهَا الْعِلْمُ بِذَلِكَ بَعْدَ لِعَدَمِ إِطْلَاعِهَا عَلَى سَبَبِ ذَلِكَ السَّبَبِ ، ثُمَّ لَمَّا جَاءَ أَوَانُهُ وَاطَّلَعَتْ عَلَيْهِ حَكَمَتْ بِخِلَافِ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ فَيُتِمَّحَا عَنْهَا نَقْشَ الْحُكْمِ السَّابِقِ وَيُثَبَّتَ الْحُكْمُ الْآخَرَ ، مِثْلًا ... » (٢) .

وَقَالَ الْمُحَقِّقُ السَّبِزَوَارِيُّ فِي الْكِفَايَةِ : « عِلْمُ النُّجُومِ حَرَمُهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ وَالْأَقْرَبُ الْجَوَازُ لِظَاهِرِ بَعْضِ الرِّوَايَاتِ الْمَعْتَبَرَةِ ، وَصَنَّفَ ابْنُ طَاوُوسٍ رِسَالَهُ أَكْثَرَ فِيهَا مِنَ الْإِسْتِشْهَادِ عَلَى صِحَّتِهِ وَجَوَازِهِ » (٣) .

وَقَالَ الشَّيْخُ الْحَرَامِلِيُّ قَدْسَ سِرِّهِ : « قَدْ صَرَّحَ عُلَمَاؤُنَا بِتَحْرِيمِ عِلْمِ النُّجُومِ وَالْعَمَلِ بِهِ ، وَصَرَّحُوا بِكُفْرٍ مِنْ اعْتِقَادِ تَأْثِيرِ النُّجُومِ أَوْ مَدْخَلِيَّتِهَا فِي التَّأْثِيرِ ، وَذَكَرُوا أَنَّ بَطْلَانَ ذَلِكَ مِنْ ضَرُورِيَّاتِ الدِّينِ ، وَنَقَلُوا الْإِجْمَاعَ عَلَى ذَلِكَ ، فَمَنْ صَرَّحَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ : الشَّيْخُ الْمَفِيدُ وَالْمُرْتَضَى فِي الدَّرْرِ وَالغُرْرِ وَالشَّيْخُ الشَّهِيدُ فِي قَوَاعِدِهِ وَالدَّرُوسِ وَالْعَلَامَةُ فِي التَّذَكُّرِ وَالْمُنْتَهَى وَالْقَوَاعِدُ

ص: ٣٩٨

١- (١) الْحَدِيدِيَّةُ الْهَلَالِيَّةُ / ١٤٠ - ١٣٩ وَنَقَلَ عَنْهُ فِي بَحَارِ الْأَنْوَارِ ٥٥ / ٢٩٢ - ٢٩١ (٢٢ / ٤٠٨ وَ ٤٠٧) .

٢- (٢) مِفَاتِيحُ الشَّرَائِعِ ٢ / ٢٤ وَ ٢٣ وَنَقَلَ عَنْهُ فِي مِفْتَاحِ الْكِرَامَةِ ٤ / ٧٤ - (١٢ / ٢٤٢) .

٣- (٣) الْوَافِي ١ / ٥٠٨ وَ ٥٠٧ .

والتحرير والشيخ على في شرح القواعد والشهيد الثاني في شرح الشرائع والمحقق في المعبر

والكراچكى في كتر الفوائد وغيرهم ، ولا يظهر منهم مخالف في ذلك على ما يحضرنى «(١)» .

وقال العلامة المجلسى في آخر باب علم النجوم : « إذا أحطت خُبراً بما تلونا عليك من الأخبار والأقوال ، لا يخفى عليك أن القول باستقلال النجوم في تأثيرها بل القول بكونها علّه فاعليته بالإرادته والاختيار - وإن توقّف تأثيرها على شرائط - كفرّ ومخالفه لضروره الدين .

والقول بالتأثير الناقص يحتمل وجهين :

الأوّل : تأثيرها بالكيفيه كحراره الشمس وإضاءتها وسائر الكواكب وتبريد القمر ، فلا سبيل إلى إنكار ذلك ، ولكن الكلام في أنّها مؤثّرات أو معدّات لتأثير الربّ سبحانه ، أنّه تعالى أجرى العاده بخلق الحراره أو الضوء عقيب محاذاه الشمس مثلاً ، والأكثر على الأخير .

والثانى : كون حركاتها وأوضاعها ومقارناتها وإتصالاتها مؤثره ناقصه في خلق الحوادث على أحد الوجوه الثلاثه المتقدمه ، فلا ريب أن القول به فسق وقول بما لا- يعلم ، ولا- دليل يدلّ عليه من عقل ولا نقل ، بل ظواهر الآيات والأخبار خلافه ، والقول به جرأه على الله ، أمّا أنّه ينتهى إلى حد الكفر فيشكل الحكم به وإن لم يكن مستبعداً ... .

أمّا كونها أمارات وعلامات جعلها الله دلالة على حدوث الحوادث في عالم الكون والفساد فغير بعيد عن السداد ، وقد عرفت أنّ كثيراً من الأخبار تدلّ على ذلك ، وهى إمّا مفيده للعلم العادى لكّنه مخصوص ببعض الأنبياء والأئمّه عليهم السلام ومن أخذها منهم لأن الطريق إلى العلم بعدم ما يرفع دلالتها من وحى أو إلهام والإحاطه بجميع الشرائط والموانع والقوابل مختصه بهم ، أو مفيده للظن ووقوع مدلولتها مشروط بتحقق شروط ورفع موانع ، وما فى أيدى الناس ليس ذلك العلم أصلاً أو بعضه منه لكّنه غير معلوم بخصوصه ، ولا يفيد العلم قطعاً ، وإفادته نوعاً من الظن مشكوك فيه ... «(٢)» إلى آخر ما ذكره فى بحار أنواره قدس سره .

وذكر نحوه مختصراً فى مرآه العقول(٣) .

ص: ٣٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٤١ .

٢- (٢) بحار الأنوار ٥٥ / ٣٠٩ و ٣٠٨ / ٢٢ / ٤٢٠ و ٤١٩ .

٣- (٣) مرآه العقول ٢٦ / ٤٨١ و ٤٨٠ .

وقال جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره : « ... وطريق الجمع بين الأخبار - كما تشهد به طائفة منها - وبين كلام الأصحاب - كما يشهد به كلام طائفة منهم - أنّ التنجيم الحلال ما كان مع اعتقاد أنّ النجوم مسخّرات وليس لها في حدّ ذاتها تأثيرات ، وأنّ الأمر إلى خالق الأرضين

والسماوات ، على التفصيل الذى اخترناه والنحو الذى ذكرناه ، وقد مرّ منّا سابقاً أنّ العلم والإدراك متصفان بالحسن - تعلقاً بالأفلاك أو غير الأفلاك - ما لم تفسد المقاصد أو تترتب المفاسد . فإذن لا يجوز الطعن فى المنجّمين حتّى يظهر الحال ويستبين ، فمن فسدت فى الظاهر نيته ظهرت معصيته وإلا حمل على الوجوه الحسان ، ولا أعرف سواها من أصحابنا المنجّمين فى هذا الزمان وصلاحيّتهم من فيض ساداتهم وأئمتهم ... فمن تعلّم علم النجوم أو غيره من العلوم للتوصل إلى بعض المحرّمات كان من العصاه . وكذا من أسند التأثير إلى صنعته كالطبيب فى طبابته والبيطار فى بيطرته وعلم الهياه والرمل وغيرها مع اعتقاد لزوم ترتب الأحكام ... » (١) .

وقال النراقى فى المستند فى شأن علم النجوم : « أمّا تحريمه لأجل فساد المذهب فمما لا وجه له ، إذ لا مدخلية للمذهب واعتقاد التأثير من الكواكب فى التنجيم ، لأن غاية ما يترتب عليه أنّه يحدث كذا عند وضع كذا .

وأما أنّه هل هو من تأثير النجم مستقلاً أو اشتراكاً حتّى يكون اعتقاده حراماً ، أو من باب العلامات والأمارات على ما أجراه الله تعالى بعبادته عقبيها حتّى لم يحرم اعتقاده على ما صرح به الأكثر كالسيد والمفيد والكراجكى وابن طاووس والمحقق الثانى وشيخنا البهائى والمجلسى وغيرهم ، أو من قبيل تسخين النار وتبريد الماء ... أو غير ذلك .

فليس من مسائل النجوم ولا من متفرّعاتها ، بل هو من المسائل الطبيعیه .

وليس التنجيم إلّا كالطب ، فكما لا يبتنى الطب على اعتقاد أن تأثير الدواء هل هو من جهه نفسه أو من الله سبحانه ، فكذلك النجوم ، والظاهر أنّ فساد اعتقاد بعض المنجّمين أوجب توهم بعضهم أنّه ناشىء من جهه التنجيم .

ص: ٤٠٠

وأما من حيث كونه قولاً - بما لا - يعلم ، فمع أنه لا - يحرم التعليم ولا - يختص بالتنجيم ، يوجب التحريم إذا كان الحكم بالبت مع ظنيته ، فلا يحرم إذا حكم بالظن كما هو الطريقه ، أو بالقطع إذا حصل من تكرار التجارب .

وأما من جهة أنه الإخبار بما لم يقع ، ففيه : أن تحريمه مطلقاً ممنوع ، فبقي أن يكون الوجه فيه هو الروايات ، وهي كثيره (١) :

ثم ذكر أخبار الباب وقال في آخرها : وحمل الأخبار المانعه على اعتقاد التأثير أو الحكم بالبت والعمل في غيرهما بمقتضى الأصل متعين (٢) .

وقال في الجواهر في آخر بحث علم النجوم : « والتحقيق ما عرفت ، من أنه لا بأس بالنظر في هذا العلم وتعلمه وتعليمه ، والإخبار عمياً يقتضيه ممياً وصل إليه من قواعده لا على جهة الجزم ، بل على معنى جريان عادة الله تعالى بفعل كذا عند كذا ، وعدم إطراد العاده غير قادح ، فإن الله يمحو «مَا يَشَاءُ وَيُثَبِّتُ وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ» (٣) بل قد يتوقف في الكراهه فضلاً عن الحرمة ، بل يمكن حصول زياده العرفان بمعرفته والترقى إلى بعض درجات الإيمان بممارسته .

ودعوى أن فيه تعريضاً للوقوع في المحذور من اعتقاد التأثير فيحرم لذلك ، أو لأن أحكامه تخمينيه كما ترى ، خصوصاً الثاني ، ضروره عدم حرمة مراعاة الظنون في أمثال ذلك ، بل لعلّ المعلوم من سيره الناس وطريقتهم خلافه في الطب وغيره ، والتعريض المزبور - مع أنه ممنوع - لا يكفي في الحرمة ، وإلا لحرّم النظر في علم الكلام الذي خطره أعظم من ذلك .

فلا ريب في رجحان ما ذكرناه ، بل لا يبعد أن يكون النظر فيه نحو النظر في علم هيئه الأفلاك الذي يحصل بسببه الاطلاع على حكمه الله وعظم قدرته ، نعم : لا ينبغي الجزم بشيء من مقتضياته ، لاستيثار الله بعلم الغيب (٤) .

ص: ٤٠١

١- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٠ و ١١٩ .

٢- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٤ .

٣- (٢) سورة الرعد / ٣٩ .

٤- (٣) الجواهر ٢٢ / ١٠٨ .

وقال المحدث الخبير الحاج الميرزا حسين النورى قدس سره : « يحمل ما دلّ على النهى عن النظر بل تكفير المنجم على من اعتقد قدم الأفلاك والكواكب ، أو أنّ اختلاف حركاتها وأوضاعها علل تامه لصدور الحوادث ، أو أنّ لها حياةً ونفوساً تصدر عنها الحوادث بالإراداه والإختيار ، وغير ذلك من العقائد الفاسده المباينه لأصول الملل وأساس الشرائع ، وما دلّ على الجواز على أنّها أمارات وعلامات على حدوث الحوادث منه تعالى أو ما يقرب من ذلك ، ممّا ليس فيه ما ينافى الشرع ، ويرتفع شرّها بالبِرِّ والدعاء والصدقه ، والله العالم » (١)

## الروايات فى المقام

### اشاره

الأخبار الوارده حول التنجيم يمكن حملها على طائفتين :

### الطائفه الأولى : الروايات الناهيه والرادعه

وهى عدّه أحاديث وردت فى النهى عن علم النجوم وعمل المنجمين والإعتقاد به وبهم :

منها : خبر عبد الله بن عوف بن الأحمر قال : لما أراد أمير المؤمنين عليه السلام : المسير إلى النهروان أتاه منجم ، فقال له : يا أمير المؤمنين لا تسر هذه الساعه وسرّ فى ثلاث ساعات يمضين من النهار ، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : ولم ذاك ؟ قال : لأنك إن سرت فى هذه الساعه أصابك وأصاب أصحابك أذى وضرّ شديد ، وإن سرت فى الساعه التى أمرتك ظفرت وظهّرت وأصبّت كلّ ما طلبت .

فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : تدرى ما فى بطن هذه الدابه أذكر أم أنثى ؟ قال : إن حسبت علمت ، قال له أمير المؤمنين عليه السلام : من صدّقك على هذا القول كذب بالقرآن «إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ» (٢) ، ما كان محمد صلى الله عليه وآله وسلم يدعى ما ادّعت ، أتزعم أنّك تهدى إلى الساعه التى من سار فيها صرف عنه السوء والساعه التى من سار فيها

ص: ٤٠٢

١- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٥ .

٢- (١) سورة لقمان / ٣٤ .

حاق به الضرّ؟ مَنْ صدّقك بهذا استغنى بقولك عن الإستعانه بالله عزّ وجلّ في ذلك الوجه ، وأحوج إلى الرغبه إليك في دفع المكروه عنه ، وينبغي له أن يوليئك الحمد دون ربّه عزّ وجلّ ، فمن آمن لك بهذا فقد اتخذك من دون الله ندّاً وضدّاً .

ثم قال : اللهم لا- طير إلا- طيرك ، ولا- ضير إلا- ضيرك ، ولا خير إلا- خيرك ، ولا اله غيرك . ثم التفت إلى المنجم فقال : بل نكذبك ونخالفك ونسير في الساعه التي نهيت عنها(١) .

الروايه ضعيفه الإسناد . وتدلّ على لزوم الإستعانه بالله تعالى والتوكل عليه في الأمور كلّها وعدم الإتكال على النجوم وإخبار المنجمين ، ولا تدلّ على حرمة هذا العلم ولا على استعماله .

وقد رُوي أنّ المنجم الذي قال لأمير المؤمنين عليه السلام كان عفيف بن قيس أخوا الأشعث المعروف كما ذكره العلامة المجلسي في بحار الأنوار(٢) .

ومنها : خبر أبي الحصين قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الساعه ؟ فقال : عند إيمان بالنجوم وتكذيب بالقدر(٣) .

الروايه ضعيفه الإسناد ، ويمكن حملها على أنّ الناس في آخر الزمان يؤمنون بالنجوم ويتوجهون إليها ويتكلمون عليها بدلاً عن الإيمان والتوجه والإتكال على الله تعالى ، وهذا الاعتقاد والتوجه والإتكال بالنجوم شمله النهي لا نفس علم النجوم .

ومنها : خبر الحسين بن زيد الشهيد عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أربعه لا- تزال في أمّتي إلى يوم القيامة : الفخر بالأحساب ، والطعن في الأنساب ، والإستقسام بالنجوم ، والنياحه . وإنّ النائح إذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة وعليها سربال من قطران ودرع من جرب(٤) .

ص: ٤٠٣

١- (٢) أمالي الصدوق ، المجلس الرابع والستون ح ١٦ / ٥٠٠ الرقم ٦٨٧ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١١ / ٣٧١ ح ٤ . الباب ١٤ من أبواب آداب السفر .

٢- (١) بحار الأنوار ٥٥ / ٢٢٤ (٢٢ / ٣٦٤) .

٣- (٢) الخصال ١ / ٦٢ ح ٨٧ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ٦ الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٣) الخصال ١ / ٢٢٤ ح ٦٠ ونقل عنه في بحار الأنوار ٥٥ / ٢٢٥ ح ٦ (٢٢ / ٣٦٤) .



الروايه ضعيفه الإسناد . و الإستسقاء بالنجوم : يعنى الاعتقاد بأنّ للنجوم تأثيراً فى نزول المطر . ويمكن حملها على الاعتقاد بتأثيرها بالاستقلال أو فى عرض إرادته الربّ عزّ وجلّ ، وبطلان هذا الإعتقاد عند المتشرعه واضح .

ومنها : معتبره نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : المنجمّ ملعونٌ ، والكاهن ملعونٌ ، والساحر ملعونٌ ، والمغنيه ملعونهٌ ، ومن آواها وأكل كسبها ملعونٌ .

وقال عليه السلام : المنجمّ كالكاهنِ ، والكاهنُ كالساحرِ ، والساحرُ كالكافرِ ، والكافرُ فى النارِ (١) .

وهذه الروايه من حيث السند تامهٌ ، لأنّ وثاقه ابنى وليد والصفار معلومه ، والمراد بالحسن بن على الكوفى المذكور فى السند هو الحسن بن على بن عبد الله بن المغيره البجليّ ثقة ثقة كما ذكره النجاشى (٢) ، والمراد باسحاق بن إبراهيم هو الحضيفى وهو ثقة على الأقوى ،

ونصر بن قابوس أيضاً ثقة على الأقوى كما ذكرهما المامقانى فى نتائج التنقيح (٣) ، فالسند صحيح ولا أقل من إعتباره .

ولكن الكلام فى دلالتها : فهل يمكن القول بكفر كلّ المنجمين وأنهم ملعونون ؟

إستفاده هذا الإطلاق من الروايه مشكله جداً ، ولذا حملها الصدوق قدس سره على الكفار منهم ، فقال بعد نقل الروايه : « المنجم الملعون هو الذى يقول بقدوم الفلك ولا يقول بمفلكه وخالفه عزّ وجلّ » (٤) .

ومنها : خبر القاسم بن عبد الرحمن الأنصارى عن الباقر عليه السلام عن جده الحسين بن على عليه السلام قال : لمّا افتتح رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خيبر دعا بقوسه فاتكأ سيتها ، ثم حمد الله وأثنى عليه وذكر ما فتح الله له ونصره به ونهى عن خصال تسعه : عن مهر البغى ، وعن كسب الدابه - يعنى عسب الفحل - وعن خاتم الذهب ، وعن ثمن الكلب ، وعن مياثر الأرجوان - قال

ص: ٤٠٤

١- (٤) الخصال ١ / ٢٩٧ ح ٦٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ٧ .

٢- (٥) رجال النجاشى / ٦٢ الرقم ١٤٧ .

٣- (١) نتائج التنقيح / ١٢ و ١٥٨ .

٤- (٢) الخصال ١ / ٢٩٨ .

أبو عروبه (وهو أحد رواه الحديث) عن مياثر الحمر - وعن لبوس ثياب القسي - وهي ثياب تنسج بالشام - وعن أكل لحوم السباع ، وعن صرف الذهب بالذهب والفضه بالفضه بينهما فضل ، وعن النظر في النجوم (١).

هذه الروايه مطلقه وظهور النهى فى الحرمة واضح ، فالروايه تدلّ على حرمة النظر فى النجوم ، ولكن فى سندها ضعف ظاهر . ويمكن تخصيصها بالروايات المجوّزه الآتية ، فانظر .

ومنها : صحيحه عبد الملك بن أعين قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : إننى قد ابتليت بهذا العلم فأريد الحاجه ، فإذا نظرتُ إلى الطالع ورأيتُ الطالع الشرّ جلستُ ولم أذهب فيها ، وإذا رأيتُ الطالع الخير ذهبتُ فى الحاجه ، فقال لى : تقضى ؟ قلت : نعم ، قال : أحرق كتبك (٢).

سند الروايه تام ، وتحمل على ما ذكرنا فى الروايات السابقه من الإيمان بالنجوم والإتكال عليها والتوجه إليها فقط ، ولذا أمر الإمام عليه السلام فى هذه الحاله بإحراق كتبه فى هذا العلم حتى يمكن تخلصه من هذه الحاله .

والظاهر من الروايه أنّ ابتلاء عبد الملك بن أعين بعلم النجوم صار فى حدّ يوجب

إختلال أمر معاشه وحياته ، ولذا أمر الإمام عليه السلام بإحراق كتبه حتى يتمكن من التخلص من النجوم ومحاسباته والعمل على طبقه ، وبهذا التخلص أقام مجدداً أمر معاشه وحياته .

ومنها : خبر أبى خالد الكابلى عن على بن الحسين عليه السلام قال فى حديث : الذنوب التى تظلم الهواء : السحر والكهانه والإيمان بالنجوم والتكذيب بالقدر ، الحديث (٣).

قال العلامة المجلسى فى تفسيرها : « ظلمه الهواء كناية عن التحير فى الأمور أو شدّه البليّه وظهور آثار غضب الله فى الجو » (٤).

أقول : سند الروايه ضعيف ، ودلائها على حرمة الإيمان بالنجوم فى قبال الإيمان بالله تعالى واضح ، ولا تدلّ على حرمة علم النجوم مطلقاً .

ص: ٤٠٥

١- (٣) الخصال ٢ / ٤١٧ ح ١٠ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٢ ح ٥ .

٢- (٤) الفقيه ٢ / ٢٦٧ ح ٢٤٠٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١١ / ٣٧٠ ح ١ .

٣- (١) معانى الأخبار ٢٧١ ح ٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١١ / ٣٧٢ ح ٦ .

٤- (٢) بحار الأنوار ٥٥ / ٢٧٤ (٢٢ / ٣٩٦) .

ومنها : مرسله الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال لبعض أصحابه لما عزم المسير إلى الخوارج وقد قال له : إن سرت يا أمير المؤمنين في هذا الوقت خشيتُ ألا تظفر بمرادك من طريق علم النجوم ، فقال عليه السلام : أتزعم أنك تهدي إلى الساعة التي من سار فيها صُيرف عنه سوء ؟ وتُخَوِّفُ من الساعة التي من سار فيها حاق به الضُّرُّ ؟ فمن صدَّقك بهذا فقد كَذَّب القرآن ، واستغنى عن الإستعانه بالله في نيل المحبوب ودفع المكروه ، وتبتغى في قولك للعامل بأمرك أن يُؤليكَ الحمد دون ربِّه ، لأنك - بزعمك - أنت هديته إلى الساعة التي نال فيها النفع وأمن الضُّرُّ !!!

أيها الناس إِيَّاكُمْ وتعلّم النجوم إلّا- ما يُهتدى به في برٍّ أو بحرٍ ، فإنّها تدعو إلى الكهانة والمنجم كالكاهن والكاهن كالساحر والساحر كالكافر والكافر في النار ، سيروا على اسم الله (١).

ورواها أبو منصور الطبرسي مرفوعاً في الإحتجاج ١ / ٢٤٠ ، وأضاف في آخرها : سيروا على اسم الله وعونه ، ومضى فظفر بمراده صلوات الله عليه .

وقد ورد النهي في المرفوعه - كما ترى - عن الإستغناء عن الإستعانه بالله تعالى ، حيث علم النجوم ربّما يوجب ذلك ، فورد النهي عنه أيضاً تبعاً .

ومنها : مرفوعه أبي منصور الطبرسي عن الصادق عليه السلام في احتجاجه على الزنادقه

حيث سأله : فما تقول في علم النجوم ؟ قال عليه السلام : هو علم قلت منافعه وكثرت مضراته ، لأنه لا يدفع به المقدور ولا يتقى به المحذور ، إنّ المنجم بالبلاء لم ينجه التحرز من القضاء ، إن أخبر هو بخير لم يستطع تعجيله ، وإن حدث به سوء لم يمكنه صرفه ، والمنجم يضاد الله في علمه ، بزعمه أن يردّ قضاء الله عن خلقه (٢).

ومنها : مرفوعه الفاضلان والشهيد الثاني عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : من صدّق كاهناً أو منجماً فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله وسلم (٣).

ص: ٤٠٦

١- (٣) نهج البلاغه . الخطبه ٧٩ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١١ / ٣٧٣ ح ٨ .

٢- (١) الإحتجاج ٢ / ٣٨٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ١٠ .

٣- (٢) المعتمد ٢ / ٦٨٨ وتذكره الفقهاء ٦ / ١٣٧ ومسالك الأفهام ٢ / ٥٣ ونقل عنهم في وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٤ ح ١١ .

تلك عشره كامله من الروايات الوارده فى النهى عن تعلم النجوم والنظر فيها ، وأنت ترى أن مصب النهى فيها هو الإيمان بالنجوم والإتكال عليها فى قبال الإيمان بالله والإتكال عليه تعالى ، وهذا الإيمان والإتكال غير نفس علم النجوم ، العلم شىء والإيمان بشىء والإتكال عليه شىء آخر .

مضافاً إلى ورود الطائفة الثانيه من الروايات - أعنى الروايات المجوّزه فى المقام - وهى كثيره نذكر لك بعضها :

### الطائفة الثانيه : الروايات المجوّزه

ورد الترخيص بالنسبه إلى علم النجوم والنظر فيه وتعلمه ومحاسباته فى عدّه من الروايات :

منها : خبر عبد الرحمن بن سيباه قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : جعلت لك الفداء إنّ الناس يقولون : إنّ النجوم لا يحلّ النظر فيها وهى تعجبني فإن كانت تضرّ بديني فلا حاجه لى فى شىء يضرّ بديني ، وإن كانت لا تضرّ بديني فوالله إنى لاشتيتها وأشتهى النظر فيها ؟ فقال : ليس كما يقولون ، لا تضرّ بدينك . ثم قال : إنكم تنظرون فى شىء منها كثيره لا يدرك وقليله لا ينتفع به ، تحسبون على طالع القمر . ثم قال : أتدرى كم بين المشتري والزهره من دقيقه ؟ قلت : لا والله ، قال : أتدرى كم بين الزهره وبين القمر من دقيقه ؟ قلت : لا- ، قال : أتدرى كم بين الشمس وبين السنبله وبين اللوح المحفوظ من دقيقه ؟ قلت : لا والله ما سمعته من منجم قطّ ، قال : ما بين كلّ واحد منهما إلى صاحبه ستون أو سبعون دقيقه ، شك عبد الرحمن .

ثم قال : يا عبد الرحمن هذا حساب إذا حسبه الرجل ووقع عليه عرف القصبه التى وسط الأجمه وعدد ما عن يمينها وعدد ما عن يسارها وعدد ما خلفها وعدد ما أمامها حتى لا يخفى عليه من قصب الأجمه واحده (1).

رجال السنند كلهم ثقات إلا الحسن بن أسباط ، فإنه إمامي مجهول ، فالسنند به ضعيف . ولكن دلالتها على جواز النظر فى علم النجوم واضحه ، وهكذا فى عدم إفادته ناقصاً شيئاً .

ص: ٤٠٧

١- (١) الكافي ٨ / ١٩٥ ح ٢٣٣ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٤١ ح ١ .

ومنها: خبر معلى بن خنيس قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النجوم أحقُّ هي؟ فقال: نعم، إنَّ الله عزَّ وجل بعث المشتري إلى الأرض في صورته رجل فأخذ رجلاً من العجم فعلمه النجوم حتى ظنَّ أنه قد بلغ، ثم قال له: أنظر أين المشتري؟ فقال ما أراه في الفلك وما أدرى أين هو؟ قال: فنحاه وأخذ بيد رجل من الهند فعلمه حتى ظنَّ أنه قد بلغ وقال: أنظر إلى المشتري أين هو؟ فقال: إنَّ حسابي ليبدل على أنك أنت المشتري، قال: وشهق شهقه فمات وورث علمه أهله فالعلم هناك (١).

الرواية ضعيفه الإسناد ودلالاتها على الجواز واضحة، والعجب من المجلسي قدس سره حيث يقول في ذيل الرواية: «قوله «أحقُّ هي؟ فقال: نعم» يدل على أن النجوم علامات للكائنات يعرفها أهلها، ولا يدل على أنه يجوز تعليمه وتعلمه واستخراج الأحكام منه لسائر الخلق» (٢).

ومنها: في الصحيح عن جميل بن صالح عمَّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن النجوم؟ قال: ما يعلمها إلا أهل بيت من العرب وأهل بيت من الهند (٣).

ومنها: خبر هشام الخفاف قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام: كيف بصرك بالنجوم؟ قال: قلت: ما خلّفت بالعراق أبصر بالنجوم منى، فقال: كيف دوران الفلك عندكم؟ قال: فأخذت قلنسوتي عن رأسي فأدرتها، قال: فقال: إن كان الأمر على ما تقول فما بال بنات النعش والجدى والفرقدين لا يرون يدورون يوماً من الدهر في القبلة؟ قال: قلت: هذا والله شئ لا أعرفه ولا سمعت أحداً من أهل الحساب يذكره، فقال لى: كم السكينة من الزهره جزءاً في ضوئها؟ قال: قلت: هذا والله نجم ما سمعت به ولا سمعت أحداً من الناس يذكره، فقال: سبحان الله فأسقطتم نجماً بأسره، فعلى ما تحسبون؟! ثم قال: فكم الزهره من القمر جزءاً في ضوئه؟ قال: قلت: هذا شئ لا يعلمه إلا الله عزَّ وجل.

قال: فكم القمر جزءاً من الشمس في ضوئها؟ قال: قلت: ما أعرف هذا. قال: صدقت.

ص: ٤٠٨

١- (٢) الكافي ٨ / ٣٣٠ ح ٥٠٧ ونقل عنه مختصراً في وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٢ ح ٣.

٢- (٣) مرآة العقول ٢٦ / ٤٥٧.

٣- (٤) الكافي ٨ / ٣٣٠ ح ٥٠٨ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٢ ح ٤.

ثم قال : ما بال العسكرين يلتقيان في هذا حاسب وفي هذا حاسب فيحسب هذا لصاحبه بالظفر ويحسب هذا لصاحبه بالظفر ، ثم يلتقيان فيهمز أحدهما الآخر ، فأين كانت النحوس ؟ قال : قلت : لا والله ما أعلم ذلك . قال : فقال : صدقت إن أصل الحساب حقٌّ ولكن لا يعلم ذلك إلا مَنْ علم مواليد الخلق كلهم(١) .

الرواية ضعيفه الإسناد ، وتدلّ على حقيقه علم النجوم ، كما اعترف بذلك العلامة المجلسي قدس سره القدوسي في كتابه بحار الأنوار(٢) ومرآه العقول(٣) .

ومنها : صحيحه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام : أنّ آزر أبا إبراهيم عليه السلام كان منجماً لنمرود ولم يكن يصدر إلاّ عن أمره ، فنظر ليله في النجوم فأصبح وهو يقول لنمرود : لقد رأيتُ عجيباً ، قال : وما هو ؟ قال : رأيت مولوداً يولد في أرضنا يكون هلاكنا على يديه ولا- يلبث إلاّ قليلاً حتّى يُحمل به . قال : فتعجب من ذلك وقال : هل حملت به النساء ؟ قال : لا ، قال : فحجب النساء من الرجال فلم يدع امرأه إلاّ- جعلها في المدينة لا- يخلص إليها ووقع آزر بأهله فعلمت بابراهيم عليه السلام ، الحديث(٤) .

سند الرواية صحيح ودلالاتها على حقيقه علم النجوم واضحه ، كما اعترف به العلامة المجلسي قدس سره وقال في ذيل الرواية : « ولقد علمت أنّه يدلّ على كون النجوم علامات للكائنات »(٥) . ولكن المشكله في الرواية انتساب النبي إبراهيم عليه السلام إلى آزر ، مع أنّ والدّه تارخٌ وآزر كان عمّاً مريباً له . ومع ذلك كلّ هذا لا يضرّ بالرواية وبما استفدنا منها من حقيقه علم النجوم وجواز النظر إليها .

قال ابن طائوس بعد نقل الرواية : « ورويتُ هذا الحديث عن إبراهيم الخزاز عن أبي

ص: ٤٠٩

١- (١) الكافي ٨ / ٣٥١ ح ٥٤٩ ونقل عنه مختصراً في وسائل الشيعة ١٧ / ١٤١ ح ٢ .

٢- (٢) بحار الأنوار ٥٥ / ٢٤٤ (٢٢ / ٣٧٦) .

٣- (٣) مرآه العقول ٢٦ / ٥١٦ .

٤- (٤) الكافي ٨ / ٣٦٦ ح ٥٥٨ ونقل عنه في بحار الأنوار ٥٥ / ٢٤٨ ح ٢٨ (٢٢ / ٣٧٨) .

٥- (٥) مرآه العقول ٢٦ / ٥٥٠ .

بصير عن أبي عبد الله عليه السلام من أصل قُرئ على هارون بن موسى التلعكبري رحمه الله ، وقد روى هذا الحديث على بن إبراهيم في كتاب تفسير القرآن (١) بأبسط من هذه الرواية ، ورواه أيضاً أبو جعفر محمد بن جرير الطبري في الجزء الأول من تاريخه (٢) ورواه ، أيضاً سعيد بن هبة الله الراوندي في كتاب قصص الأنبياء (٣) ، ورواه الثعلبي في تفسيره (٤) وغيره من العلماء (٥) .

ومنها : الصحيح عن علي بن أسباط الثقه عمّن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان بيني وبين رجل قسمه أرض ، وكان الرجل صاحب نجوم ، وكان يتوخى ساعه السعود فيخرج فيها وأخرج أنا في ساعه النحوس ، فاققسمنا فخرج لي خير القسمين ، فضرب الرجل يده اليمنى على اليسرى ثم قال : ما رأيت كاليوم قطّ ، قلت : ويل الآخر وما ذاك ؟ قال : إني صاحب نجوم أخرجتك في ساعه النحوس وخرجت أنا في ساعه السعود ثم قسمنا فخرج لك خير القسمين ، فقلت : ألا أحدّثك بحديث حدّثني به أبي ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من سرّه أن يدفع الله عنه نحس يومه فليفتتح يومه بصدقه يذهب الله بها عنه نحس يومه ، ومن أحبّ أن يذهب الله عنه نحس ليلته فليفتتح ليلته بصدقه يدفع الله عنه نحس ليلته ، فقلت : وإني افتتحت خروجي بصدقه ، فهذا خير لك من علم النجوم (٦) .

رواها محمد بن محمد بن الأشعث في الجعفریات / ٥٦ والقاضي النعمان المصري في دعائم الاسلام ٢ / ٣٣٢ والسيد فضل الله الراوندي في النوادر / ٢٢٨ ح ٤٦٦ والقطب الراوندي في الدعوات / ١١٢ ح ٢٥١ .

يتوخى : أى يتحراه ويطلبه ، وحيث لم يمه الإمام عليه السلام عن النظر في النجوم فتقريره يدلّ على جواز النظر في علم النجوم وجواز العمل على طبق حساباته .

ص: ٤١٠

١- (١) تفسير القمي ١ / ٢٠٦ .

٢- (٢) تاريخ الطبري ١ / ١٤٤ .

٣- (٣) قصص الأنبياء / ١٠٣ .

٤- (٤) الكشف والبيان ٤ / ١٦٢ .

٥- (٥) فرج المهموم / ٢٥ ونقل عنه في بحار الأنوار ٥٥ / ٢٣٨ - (٢٢ / ٣٧٢) .

٦- (٦) الكافي ٤ / ٦ ح ٩ ونقل عنه في بحار الأنوار ٥٥ / ٢٧٣ ح ٦٤ (٢٢ / ٣٩٦) .

ومنها : صحيحه ابن أبي عمير أنه قال : كنت أنظر في النجوم وأعرفها وأعرف الطالع

فيدخلني من ذلك شيء ، فشكوت ذلك إلى أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام فقال : إذا وقع في نفسك شيء فتصدق على أول مسكين ثم امض ، فإن الله عز وجل يدفع عنك (١) .

سند الروايه صحيح ، ولم ينهه الإمام عليه السلام عن النظر في النجوم وحساباته بل هداه إلى كيفية تخلّصه ممّا وقع في نفسه بالصدقه على أول مسكين رآه . وهذه الروايه تدلّ على جواز النظر في النجوم ، بل العمل على طبق محاسباتها .

ورويها في المحاسن ٢ / ٨٦ ح ١٢٢٨ بسند صحيح عن سفيان بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام ، والرجل مهمل فسند المحاسن ضعيف .

ومنها : خبر أبان بن تغلب قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل من أهل اليمن فسلم عليه ، فردّ عليه السلام وقال له : مرحباً بك يا سعد ، فقال له الرجل : بهذا الإسم سمّيتي أمي وما أقلّ من يعرفني به ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : صدقت يا سعد المولى ، فقال الرجل : جعلت فداك بهذا كنت ألقب ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : لا خير في اللقب ، إنّ الله تبارك وتعالى يقول في كتابه : «وَلَا تَنَابَرُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْإِسْمُ الْفُسُوقُ بَعِيدَ الْأَيْمَانِ» (٢) ، وما صناعتك يا سعد ؟ فقال : جعلت فداك أنا من أهل بيت ننظر في النجوم لا نقول : إنّ باليمن أحداً أعلم بالنجوم منّا ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : فأسألك ؟ فقال اليماني : سل عما أحببت من النجوم فإنّي أجيبك عن ذلك بعلم . ثمّ سأله أبو عبد الله عليه السلام عن مسائل في جواب كلّ ذلك يقول المنجم اليماني : لا أدري ، ثمّ قال عليه السلام : يا أخا اليمن عندكم علماء ؟ فقال اليماني : نعم ، جعلت فداك إنّ باليمن قوماً ليسوا كأحد من الناس في علمهم ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : وما يبلغ من علم عالمهم ؟ فقال له اليماني : إنّ عالمهم ليزجر الطير ويقفو الأثر في الساعه الواحده مسيره شهر للراكب المجدّد . فقال أبو عبد الله عليه السلام : فإنّ عالم المدينة أعلم من عالم اليمن ، فقال اليماني : وما بلغ من علم عالم المدينة ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : علم عالم المدينة ينتهي إلى حيث لا يقفو

ص: ٤١١

١- (١) الفقيه ٢ / ٢٦٩ ح ٢٤٠٦ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١١ / ٣٧٦ ح ٣ .

٢- (٢) سوره الحجرات / ١١ .



الأثر ويزجر الطير ويعلم ما فى اللحظة الواحده مسيره الشمس تقطع إثنى عشر بروجاً وإثنى عشر برّاً وإثنى عشر بحرّاً وإثنى عشر عالمّاً . قال : فقال له اليمانى : جعلت فداك ما ظننت أنّ أحداً يعلم هذا أو يدرى كنهه ، قال : ثمّ قام اليمانى فخرج (١) .

سند الروايه ضعيف ، ولكن حيث لم ينه الإمام عليه السلام اليمانى عن النجوم تدلّ على جواز النظر فيها .

ومنها : مرسله أبى بصير قال : رأيت رجلاً يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن النجوم ، فلمّا خرج من عنده قلت له : هذا علم له أصل ؟ قال : نعم ، قلت : حدّثنى عنه ، قال : أحدثك عنه بالسعد ولا أحدثك بالنحس ، الحديث (٢) .

ومنها : ما رواه ابن طاوس بإسناده عن معاويه بن حكيم عن محمد بن زياد عن محمد بن يحيى الخثعمى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النجوم حقّ هي ؟ قال لى : نعم ، فقلت له : وفى الأرض من يعلمها ؟ قال : نعم ، وفى الأرض من يعلمها (٣) .

ومنها : ما رواه ابن طاوس عن أصل عتيق اسمه كتاب التجمّل عن محمد وهارون ابني أبى سهل وكتبا إلى أبى عبد الله عليه السلام : إنّ أبانا وجدنا كانا ينظران فى النجوم ، فهل يحلّ النظر فيها ؟ فكتب : نعم (٤) .

ومنها : ما رواه ابن طاوس أيضاً عن كتاب التجمّل أنّهما كتبا إلى أبى عبد الله عليه السلام : نحن ولد بنى نوبخت المنجم ، وقد كنا كتبنا إليك هل يحلّ النظر فيها ؟ فكتبت : نعم ، والمنجمون يختلفون فى صفه الفلك فبعضهم يقول : إنّ الفلك فيه النجوم والشمس والقمر معلقّ بالسماء

ص: ٤١٢

١- (٣) الخصال ٢ / ٤٨٩ ح ٦٨ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٦٩ ح ٥٨ (٢٢ / ٣٩٣) .

٢- (١) المناقب ٤ / ٢٦٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٨ / ١٢٤ ح ٤ الباب ١١ من أبواب آداب السفر إلى الحج وغيره .

٣- (٢) فرج المهموم / ٩١ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٤٩ ح ٣٠ (٢٢ / ٣٧٩) ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٠ ح ٣ .

٤- (٣) فرج المهموم / ١٠٠ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٥٠ ح ٣٥ (٢٢ / ٣٨٠) ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٢ ح ٧ .

وهو دون السماء ، وهو الذى يدور بالنجوم والشمس والقمر والسماء فإنها لا تتحرك ولا تدور ، ويقولون : دوران الفلك تحت الأرض ، وإن الشمس تدور مع الفلك تحت الأرض ، فتغيب فى المغرب تحت الأرض وتطلع بالغداه من المشرق . فكتب عليه السلام : نعم يحل ما لم يخرج من التوحيد(١) .

ومنها : قال ابن طاوس : رويتُ بعدّه طرق إلى يونس بن عبد الرحمن فى جامعه

الصغير بإسناده قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : جعلت فداك أخبرنى عن علوم النجوم ما هى ؟ فقال : هو علم من علم الأنبياء . قال : فقلت : كان على بن أبى طالب عليه السلام خبيراً بعلمه ؟ فقال : كان أعلم الناس به(٢) .

ومنها : ما رواه أبو منصور الطبرسى مرفوعاً عن سعيد بن جبیر قال : استقبل أمير المؤمنين عليه السلام دهقان من دهاقين الفرس ، فقال له - بعد التهتهه - : يا أمير المؤمنين تناحست النجوم الطالعات وتناحست السعود بالنحوس ، وإذا كان مثل هذا اليوم وجب على الحكيم الإختفاء ، ويومك هذا صعب قد اتصلت فيه كوكبان وانقدح من برجك النيران وليس لك الحرب بمكان ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : ويحك يا دهقان المنبىء بآثار والمحدّر من الأقدار ، ما قصه صاحب الميزان وقصه صاحب السرطان ؟ وكم المطالع من الأسد والساعات فى المحركات ؟ وكم بين السرارى والذرارى ؟ قال : سأنظر . وأومى بيده إلى كفه وأخرج منه اصطرلاباً ينظر فيه .

فتبسّم على عليه السلام وقال : أتدرى ما حدث البارحه ؟ وقع بيت بالصين ، وانفرج برج ماجين ، وسقط سور سرنديب ، وانهزم بطريق الروم بأرمينية ، وفقد ديّان اليهود بأبله ، وهاج النمل بوادى النمل ، وهلك ملك أفريقيه ، أكنت عالماً بهذا ؟

قال : لا يا أمير المؤمنين . فقال عليه السلام : البارحه سعد سبعون ألف عالم وولد فى كل عام سبعون ألفاً ، والليله يموت مثلهم وهذا منهم - وأومى بيده إلى سعد بن مسعده الحارثى - لعنه

ص: ٤١٣

١- (٤) فرج المهموم / ١٠٠ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٥٠ ح ٣٦ (٢٢ / ٣٨٠) ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٢ ح ٨ .

٢- (١) فرج المهموم / ٢ و ٢٤ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٣٥ ح ٣٥ (٢٢ / ٣٧٠) .

اللّه - وكان جاسوساً للخوارج في عسكر أمير المؤمنين عليه السلام ، فظنّ الملعون أنّه يقول خذوه فأخذ بنفسه فمات فخر الدهقان ساجداً .

فقال له أمير المؤمنين : ألم أُرّوك من عين التوفيق ؟ قال : بلى يا أمير المؤمنين . فقال أمير المؤمنين عليه السلام : أنا وأصحابي لا- شريقيون ولا- غريبون ، نحن ناشئه القطب وأعلام الفلك ، وأما قولك « انقذح من برجك النيران » فكان الواجب عليك أن تحكم لى به لا على ، أما نوره وضياؤه فعندى ، وأما حريقه ولهبه فذاهب عني ، وهذه مسأله عميقه إحسبها إن كنت حاسباً(1) .

وجه الاستدلال بهذه المرفوعه تصحيح أمير المؤمنين عليه السلام حسابات المنجم

وتقريره عليه السلام فى أصل النجوم ، حيث لم ينهه ولم يردعه عن النجوم .

فهذه أربع عشره روايه تدلّ على جواز النظر فى علم النجوم فى الجملة ، وإن أردت أكثر من هذا فعليك بمراجعته كتاب فرج المهموم بمعرفه علم النجوم تصنيف السيد الجليل ابن طاوس الحسنى قدس سره ، قد أكثر النقل عنه العلامة المجلسى فى باب علم النجوم والعمل به وحال المنجمين فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢١٧ ( ٢٢ / ٣٥٩ ) وروى فيه أكثر من ثمانين روايه ، فراجعه إن شئت .

وبالجملة ، حيث حملنا الروايات الناهيه إلى الإيمان بالنجوم والإستعانه بها والإتكال عليها فى أعمال الإنسان ونشاطاته فى قبال الإيمان باللّه تعالى والإستعانه به والإتكال عليه ، وبعد ورود الروايات المجرّزه الماضيه فلا بدّ من القول بالجواز فى علم النجوم وتعليمه وتعلّمه وحساباته والإخبار به على الأمور الآتية بنحو الجزم إن استند إلى برهان أو دليل قطعى وإلا بنحو الظن إن استند إلى أمارات تدلّ عليه . وهكذا يجوز ترتيب الأثر العملى على وفقه وطبقه ، ولكن مع كمال التوجّه والتنبّه إلى اللّه تعالى والإيمان بأنّ النجوم مسخرات لأمره ، وأنّ الأمور كلّها بيد اللّه تعالى ، فيجب على العبد الإيمان به والإستعانه منه والتوكّل عليه تعالى ، و الإعتقاد بأنّه لم يقع فى العالم شىء إلا بعد تعلق إرادته اللّه به وأمره كن فيكون . وهذا تمام الكلام فى علم النجوم والحمد لله ربّ النجوم والسموات والأرضين والعالمين .

ص: ٤١٤

١- (٢) الاحتجاج ١ / ٢٣٩ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٥٥ / ٢٢١ ح ٢ ( ٢٢ / ٣٦١ ) .

سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور : الاراء الفقهیه قسم المكاسب المحرمه / تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : اصفهان: مهر قائم، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۳ ج.

شابک : ۲۰۰۰۰۰ ریال: دوره: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۷-۷؛ ج. ۱: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۴-۶؛ ج. ۲: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۵-۲؛

ج. ۳: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۸۵-۲

وضعیت فهرست نویسی : فاپا/ برون سپاری.

یادداشت : عربی.

یادداشت : ج. ۲ و ۳ ( چاپ اول: ۱۴۲۹ق. = ۱۳۸۷).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : کسب و کار حرام

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/ن۴۳۳ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۲۴۵۴۱۷

ص: ۱



الاراء الفقهيہ قسم المكاسب المحرمه

تالیف هادی النجفی

ص: ۳



## حفظ كتب الضلال

### اشاره

التعرض لمعنى العنوان هو الأولى ، كما قال الشيخ الأعظم : « لا بدّ من تنقيح هذا العنوان »<sup>(١)</sup> ، فما المراد بالحفظ وماهى كتب الضلال هنا ؟

### أما المراد بالحفظ

فقال الشهيد الثانى : « المراد حفظها من التلف أو على ظهر القلب وكلاهما محرّم لغير النقض والحجه على أهلها لمن له أهليتها لا مطلقاً ، خوفاً على ضعفاء البصيره من الشبهه . ومثله نُسخها . وكذا يجوزان للتقيه . وبدونها يجب إتلافها إن لم يمكن أفراد مواضع الضلال ، وإلا اقتصر عليها حذراً من إتلاف ما يعدّ مالاً من الجلد والورق ، إذا كان لمسلم أو محترم المال »<sup>(٢)</sup> .

وقال المحقق الثانى فى معنى الحفظ : « أى حفظها فى الصدر أو حفظها بمعنى صيانتها عن أسباب التلف ... »<sup>(٣)</sup> .

وقال المحقق الأردبيلى : « من المحرّم حفظ كتب الضلال ، كأنّ المراد أعم من حفظها عن التلف أو على الصدر ، والأوّل أظهر . وكأنّ نسخها أيضاً كذلك ، بل هو أولى »<sup>(٤)</sup> .

وقال جدنا الشيخ الأكبر كاشف الغطاء : « (حفظ كتب الضلال) أو ضلالها فى الصدر أو عن التلف (ونسختها) متعلقاً بأصل أو فرع ، مع صدق الإسم عليها لإعدادها له أو كثرته

ص: ٥

١- (١) المكاسب المحرمه / ٣٠ - (١ / ٢٣٥) .

٢- (٢) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٧ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

٤- (٤) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٧٥ .



فيها ... «(١)» .

وقال صاحب الرياض « (وحفظ كتب الضلال) عن الإندراس أو عن ظهر «القلب» (ونسخها) وتعليمها وتعلمها ... »(٢) .

وقال النراقي : « حفظ كتب الضلال عن الإندراس ونسخها وتعليمها وتعلمها ... »(٣) .

وقال السيد جواد العاملى : « ... وقضيه قولهم « يحرم حفظها » أنه يجب إتلافها كما صرح بذلك المحقق الثانى والشهيد الثانى والقطيفى وغيرهم ... »(٤) .

وقال صاحب الجواهر : « ... والمراد حفظها عن التلف أو على ظهر القلب ، بل يحرم مطالعتها وتدريسها ، بل الظاهر أن حرمة الحفظ لوجوب إتلافها باعتبار دخولها تحت الوضع للحرام وتحت ما من شأنه ترتب الفساد عليه ، بل هى أولى حيثئذ بالحرمة من هياكل العبادة المبتدعه ... »(٥) .

وقال الشيخ الأعمش فى آخر البحث : « ثم الحفظ المحرّم يُراد به الأعم من الحفظ بظهر القلب والنسخ و المذاكره وجميع ماله دخل فى بقاء المطالب المضلّه »(٦) .

وقال المحقق الإيروانى : « مقتضى دليله وجوب العمد إلى إتلاف كتب الضلال ، فيكون المراد من الحفظ عدم التعرض للإتلاف ، لكنّه بعيد من العبارة .

ويُحتمل أن يكون المراد الحفظ من إثبات اليد عليها واقتنائها .

وثالث الإحتمالات الذى هو ظاهر لفظ « الحفظ » حفظه عن التلف ، فيختص بما إذا كان فى عرضه التلف ومتوجّهاً إليه غرق أو حرق فيحفظه عن ذلك ... لكن الأدله إن تمت

ص:٦

١- (٥) شرح القواعد ١ / ٢١٦ .

٢- (١) رياض المسائل ٨ / ١٦٤ .

٣- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ .

٤- (٣) مفتاح الكرامه ٤ / ٦٢ - (١٢ / ٢٠٦) .

٥- (٤) جواهر الكلام ٢٢ / ٥٦ .

٦- (٥) المكاسب المحرمه / ٣٠ - (١ / ٢٣٨) .

قضت بوجوب الإتلاف والعمد إلى المحو والإعلام في آية مكنبه كانت «(١)» .

وقال المحقق الأردكاني : « أمّا الحفظ فكانت محتملاته أيضاً ثلاثاً :

الأول : أن يراد منه عدم الإتلاف .

الثاني : إثبات اليد عليها .

الثالث : صيانته عن التلف إذا كان في معرضه كالغرق والحرق .

إلا أنّ المستفاد من بعض أدله حرمه الحفظ هو وجوب الإتلاف ، ولازمه إرادته المعنى الأول من الحفظ هنا «(٢)» .

وقال شيخنا الأستاذ - مدظله - : « المراد بحفظ كتب الضلال ما يعمّ اقتناءها واستنساخها » «(٣)» .

وقال بعض أساتيدنا - مدظله - : « أمّا الحفظ فقد مرّ عن المحقق الإيرواني قدس سره فيه ثلاثة احتمالات ، وأنّ الظاهر من الأدله حرمه الحفظ في مقابل الإتلاف ، فيجب محو كتب الضلال وإتلافها أينما كانت . ويضاف إليها احتمال رابع ، وهو حفظها بظهر القلب » «(٤)» .

أقول : ما المراد بالحفظ هنا ؟ وجوه :

١ - الحفظ بظهر القلب وإيداعها في الحافظه وقوه الذاكره .

٢ - إثبات اليد عليها واقتناؤها .

٣ - المحافظه عليها من إتلافها إذا كانت في معرض التلف أو الإتلاف .

٤ - استنساخها وتكثيرها وطبعها وتوزيعها ، بحيث لا يتمكن أحدٌ من إتلاف هذا المحتوى ، أو فقل في زماننا هذا إرسالها إلى الإنترنت وإطلاع الناس عليها .

٥ - المراد بالحفظ هنا عدم الإتلاف .

ظاهر العبائر ومقتضى الأدله هو الأخير ، يعنى أنّ المراد بالحفظ ما يقابل الإتلاف ،

ص:٧

١- (٦) حاشيه المكاسب ١ / ١٥١ .

٢- (٧) غنيه الطالب ١ / ١٢٢ .

٣- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٤٠ .



وإنَّ الحفظ بهذا المعنى العام يشمل غيره من المعانى المذكوره ، فالجميع داخل فى حرمه الحفظ ، والأدله إذا تَمَّت تقتضى حرمه جميعها كما صرح بذلك الشيخ الأعظم فى عبارته التى مرّت منّا . والله سبحانه هو العالم .

### وأما المراد من كتب الضلال

فقال الشيخ الطوسى : « إذا وُجد فى المغنم كتبٌ نظر فيها فإن كانت مباحه يجوز إقرار اليد عليها ، مثل كتب الطب والشعر واللغه والمكاتبات ، فجميع ذلك غنيمه ، وكذلك المصاحف وعلوم الشريعة كالفقه والحديث ونحوه ، لأنّ هذا مال يباع ويشترى كالثياب . وإن كانت كتباً لا تحلّ إمساكها كالكفر والزندقه وما أشبه ذلك ، كلّ ذلك لا يجوز بيعه ، وينظر فيه ، فإن كان ممّا ينتفع بأوعيته إذا غُسل كالجلود ونحوها فإنها غنيمه ، وإن كان ممّا لا ينتفع بأوعيته كالكاغذ فإنّه يمزق ولا يحرق لأنّه ما من كاغذ إلا وله قيمه وكلم التوراه والانجيل

هكذا ، كالكاغذ فإنّه يمزق لأنّه كتاب مغتير مُبدل» (١).

وقال أيضاً : « إذا أوصى بشىء يكتب به التوراه والإنجيل والزبور وغير ذلك من الكتب القديمه ، فالوصيه باطله لأنها كتب مغتيره مُبدله ، قال الله تعالى : «يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ مَوَاضِعِهِ» (٢) وقال عزّ وجل : «فَوَيْلٌ لِلَّذِينَ يَكْتُبُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ» (٣) ، وهى أيضاً منسوخه ، فلا يجوز نسخها لأنّه معصيه ، والوصيه بها باطله ... » (٤).

أقول : فألحق الشيخ كتب التوراه والإنجيل وغيرهما من الكتب المنسوخه بالكتب الباطله والضالّه .

وقال العلامة فى مغنم التذكره : « الكتب التى لهم : فإن كان الإنتفاع بها حلالاً - كالطب

ص: ٨

١- (١) المبسوط ٢ / ٣٠ .

٢- (٢) سوره المائده / ١٣ .

٣- (٣) سوره البقره / ٧٩ .

٤- (٤) المبسوط ٢ / ٦٣ .

والأدب والحساب والتواريخ - فهي غنيمه ، وإن حرم الإنتفاع بها مثل كتب الكفر والهجو والفحش المحض فلا يترك بحاله ، بل يغسل إن كان على رَقٍّ أو كاغِذٍ ثخينٍ يمكن غسله ، ثم هو كسائر الأموال ، فإن للممَرَّق قيمه وإن قَلَّت . وكذا كتب التوراه والإنجيل ، لأنها مبدَّله محرَّفه ، فلا يجوز الإنتفاع بها ، وإنما تُقرَّر في أيدي أهل الذمه لاعتقادهم كما يُقرَّون على الخمر . والأولى أنَّها لا تُحرق لما فيها من أسماء الله تعالى» (١).

وقال المحقق الثاني : « والظاهر عدم الفرق في كتب الضلال بين كتب الأصول والفروع ، لأنَّ ابتناء فروعها على الأصول الفاسده ... هذان (التوراه والإنجيل) من كتب الضلال بل من رؤوسها لكونهما محرَّفين ... » (٢).

وقال المحقق الأردبيلي : « ولعلَّ المراد بها أعم من كتب الأديان المنسوخه والكتب المخالفه للحقِّ أصولاً وفروعاً ، والأحاديث المعلوم كونها موضوعه ، لا الأحاديث التي رواها الضعفاء لمذهبهم ولفسقهم مع احتمال الصدور ، فحينئذ يجوز حفظ الصحاح الستة مثلاً - غير الموضوع المعلوم - كالأحاديث التي في كتبنا مع ضعف رواتها لكونها زيديَّه وفضحيه وواقفيه . فلا ينبغي الإعراض عن الأخبار النبويه التي رواها العامه ، فإنَّها ليست إلا مثل ما

ذكرناها» (٣).

وقال جدنا الشيخ الأكبر كاشف الغطاء : « وكشف الحال : أنه ليس الغرض من كتب الضلال ما اشتمل على الضلال في الجملة ، وإلا لم يمكن الرجوع إلى كتب اللغه والعربيه والتفسير وغيرها من كتب المقدمات ووجب إتلافها لعدم الخلو من ذلك ، ولا ما كان من الكتب مشتملاً على ما يحتاجه الفقيه في طرق الإستدلال للإطلاع على مذاهب القوم ممَّا يتوقَّف عليه ترجيح الروايات بعضها من بعض ، ولا ما كان مستنداً إلى أهل الضلال وكان فيه رشاد كالكتب الأصوليه المشتمله على الضوابط الشرعيه الموصله إلى تحصيل معرفه الاستدلال ، فإنَّ ذلك من الواجبات للتوصل إلى معرفه الأحكام الشرعيه .

ص: ٩

١- (٥) تذكره الفقهاء ٩ / ١٢٧ .

٢- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

٣- (١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٧٥ .

بل المراد - والله أعلم - أنّ الكتب التي وضعت للاستدلال على تقوية الضلال يجب إتلافها فضلاً عن غيره - من نسخ و غيره - إلا مع قصد الإبطال ونحوه كما ذكرناه...» (١).

وقال السيد العاملي: « معرفه كتب الضلال فالظاهر من الأصحاب ما كان كلّها ضلالاً... وهو الذي تقتضيه حقيقه اللفظ من دون تجوّز ، وهو معقد الإجماع ومصبّ الفتاوى كالتوراه والإنجيل... وككتب القدماء من الحكماء القائلين بقدم العالم وإيجاب الصانع وعدم المعاد ، وكتب عبده الأصنام ومنكرى الصانع ، وأمّا كتب البدع في هذه المله فهي أصناف : منها : كتب الجبر ونفى الغرض المفردة التي ليس معها غيرها... »

وأما ما اشتمل على ذلك من كتبهم مع كونه مشحوناً بما يوافق العدليه - ككتب المعتزله وبعض كتب الأشاعره وتفاسيرهم وأصول فقهم والصحاح الستّ - فلا حرمه ، فيها كما نصّ على بعض ذلك صاحب إيضاح النافع والبعض الآخر المولى الأردبيلي... » (٢).

وقال النراقي: « والمراد بالضلال ما خالف الحقّ واقعاً ، كما يخالف الضروري أو بحسب علم المكلف خاصه ، وأمّا ما خالفه بحسب ظنه فلا» (٣).

وصاحب الجواهر بعد نقل كلام أستاذة كاشف الغطاء ، نقلَ كلام صاحب مفتاح الكرامه بعنوان بعض مشايخنا وقال في نقده : « وفيه : ما عرفت من أنّه ليس في النصوص هذا اللفظ كى يقتصر على المنساق منها من كونه معدداً أو كون مجموعه ضلالاً أو نحو ذلك ، وإنّما العمده ما سمعته من الدليل الذي لا فرق فيه بين المعدّ وغيره والكلّ والبعض ، والأصلى والفرعى الذي علم كونه ضلالاً ولو للتقصير في الإجتهد ونحوه . ولعلّ ملاحظه الأصحاب كتب فروع العامه وذكرها في كتبهم ، لأنّ لها مدخليه في تمييز الحق باعتبار ما ورد من الأمر بأخذ ما خالفهم وطرح ما وافقهم ، وهو موقوف على ذلك ، وهو واضح . كما أنّه قد يقال : بخروج غالب كتب المخالفين والملل الفاسده عن الضلال في هذه الأوقات باعتبار ما وقع من جمله من أصحابنا من نقضها وإفسادها ، فهي حينئذ كالتالفه ، فلا يجب حينئذ إتلافها بمعنى

ص: ١٠

١- (٢) شرح القواعد ١ / ٢١٨ .

٢- (٣) مفتاح الكرامه ٤ / ٦٢ و ٦٣ - (١٢ / ٢٠٨ و ٢٠٧) .

٣- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٨ .

إعدامها عن الوجود ، بل لا- بأس ببيعها وشرائها والاستيجار على كتابتها ونحو ذلك ، ضروره صيرورتها بذلك كالكلام المنقوض فى كتب أهل الحق مثل الشافى وكشف الحق ونحوهما ، إذ من المعلوم أعميه النقض للأمرين معاً ، فتأمل جيداً .

وليس من كتب الضلال كتب الأنبياء السابقين ما لم يكن فيها تحريف ، إذ النسخ لا يصيرها ضلالاً ، ولذا كان بعضها عند أئمتنا عليهم السلام مثل الزبور ونحوه من أحسن كتب الرشد ، لأنها ليست إلا الموعظ ونحوها على حسب ما رأيناها ، والله أعلم»(١)

وقال الشيخ الأعظم قدس سره : «...فلا بدّ من تنقيح هذا العنوان وأنّ المراد بالضلال ما يكون باطلاً فى نفسه ، فالمراد الكتب المشتمله على المطالب الباطله ، أو أنّ المراد به مقابل الهدايه ؟ فيحتمل أن يراد بكتبه ما وضع لحصول الضلال ، وأن يراد ما أوجب الضلال وإن كان مطالبها حقّه ، كبعض كتب العرفاء والحكماء المشتمله على ظواهر منكره يدعون أن المراد غير ظاهرها ، فهذه أيضاً كتب ضلال على تقدير حقيتها»(٢) .

وقال المحقق التقى الشيرازى : « المنصرف من الضلال : هو الضلال عن الدين بالإنكار أو الشك فى أحد المعارف الخمس وما يتبعها ، ويحتمل أن يراد به فى المقام أعّم من ذلك وممّا يوجب الإقدام على المعاصى ، كالكتب المصنّفه فى علم السحر والشعبذه والكهانه ونحوها ، ويدلّ عليه عموم بعض الأدله الآتية»(٣) .

وقال المحقق الإيروانى : « ثمّ المراد من كتب الضلال يُحتمل أن يكون كلّ كتاب وضع على الكذب والباطل فى الأصول كان أو فى الفروع ، فى الموضوعات كان أو فى الأحكام ، بل كلّ كتاب لم تكن له غايه عقلائيّه ، فيشمل ما وضع لأجل التلهى به - مثل كتب القصص

والحكايات وإن كانت صادقّه .

ويُحتمل أن يكون المراد به كل كتاب أوجب الضلاله والخطأ فى الإعتقاد فى الأصول أو الفروع أو الموضوعات ، وهذا يجتمع مع حقيته ما تضمّنه ، وإنّما كانت الضلاله لقصور الناظر

ص: ١١

١- (١) الجواهر ٢٢ / ٥٩ و ٦٠ .

٢- (٢) المكاسب المحرمه / ٣٠ - (١ / ٢٣٥) .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ٧١ .

فيه ، كما ضلّ كثيرون من مطالعه الكتاب العزيز والأحاديث الشريفه . ويُحتمل أن يكون المراد به كلّ كتاب وضع لغرض الإضلال ولغايه إغواء العوام»(١).

وقال المحقق الخوئي : « ثم إنّ المراد بكتب الضلال كلّ ما وضع لغرض الإضلال وإغواء الناس وأوجب الضلاله والغوايه فى الإعتقادات أو الفروع ، فيشمل كتب الفحش والهجو والسّخرية وكتب القصص والحكايات والجرائد المشتمله على الضلاله وبعض كتب الحكمه والعرفان والسحر والكهانه ونحوها ممّا يوجب الإضلال»(٢).

وقال المحقق الأردكاني فى بيان المراد من كتب الضلال : « ففیه ثلاث احتمالات :

الأوّل : أن يكون المراد بها كلّ كتاب مشتمل على الأكاذيب والمطالب الباطله من الأصول والفروع و الموضوعات ، فتدخل فيها الكتب المشتمله على الحكايات الكاذبه والقصص المجهوله .

الثانى : أن يكون المراد بها كلّ كتاب من شأنه الإضلال كان فى الأصول والفروع أو الموضوعات ، ويدخل فيه بعض مصنفات بعض العرفاء كمحى الدين لإشتماله على المطالب المنكره ، وإن ادعى عدم إرادته ظواهرها .

الثالث : أن يُراد بها ما وضع لغرض الإضلال وإغواء العوام ، كالكتب المؤلفه فى الجبر وإثبات المذاهب الفاسده .

والذى يقوى فى النظر هو المعنى الثانى ، فإنّ غايه ما يُستفاد من الأدله حرمه حفظ كتب الضلال بهذا المعنى ، فلا يدخل فيها بعض كتب الأشعار المتضمن للأوهام والخيالات والكتب المشتمله على الأمور المجهوله من القصص والحكايات ، خصوصاً إذا كان الغرض من تأليفها النصيحه والمطالب الأدبيه .

والعجب من الشيخ قدس سره أنّه اقتصر على ذكره الوجوه المحتمله للضلال ولم يرجح واحداً منها ، مع أنّه قال : « لا بدّ من تنقيح هذا العنوان»(٣).

ص: ١٢

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٥١ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٥٤ .

٣- (٣) غنيه الطالب ١ / ١٢٢ .



وقال بعض أساتيدنا - مدظله - فى تعليقه على كلام الشيخ الأعظم قدس سره فى معنى الضلال : « احتمال المصنف - كما ترى - فى معنى الضلال ثلاثة احتمالات ، ولعلّ أظهرها هو الإحتمال الثالث ، ولكن لا- بمعنى إيجابه الضلال ولو لفرد ما إحياناً ولجهله وسذاجته ، وإلاّ لزم كون جميع الكتب حتى مثل القرآن الكريم وكتب الحديث كتب ضلال ، بل بمعنى إيجابه الضلال لكثير ممن يراجع من المتوسطين خالى الذهن ، لاشتماله على مطالب باطله مشابهه للحقّ من دون نفع فى وجوده» (١).

أقول : الظاهر - والله العالم - أنّ المراد بكتب الضلال كلّ ما صُنف أو كُتب لإضلال الناس وإغوائهم وتوجب الضلاله فى الأصول أو الفروع ، فيشمل أكثر المعانى المذكوره فى كلمات القوم نحو ، كتب القصص والحكايات والجرائد والمجلات التى توجب الفساد والفحشاء فى المجتمع بين آحاده لاسيما شبابه ، وكتب الهجو والسخرية والفحش والكذب بالنسبه إلى خدام المجتمع الإنسانى لاسيما بالنسبه إلى علماء الدين ورجاله ، وبعض كتب التصوف والعرفان ونحو ذلك .

وأما الكتب السماويه المحرّفة المنسوخه - نحو التوراه والإنجيل وغيرهما - فقد ألحقها الشيخ الطوسى والعلامة الحلى وغيرهما من الأصحاب قدس سرهم بكتب الضلال .

والإلحاق جيّدٌ ومتمينٌ ، كما مرّت كلماتهم فى مطاوى ما ذكرناه (٢) . ووجود مثل كتاب الزبور الواقعى عند أئمتنا عليهم السلام وأنّ كلّها مواعظ كما ذكره صاحب الجواهر (٣) لا- ينافى ما ذكرناه ، لأننا قيّدنا الكتب السماويه بأمرين : ١ - المحرّفه ٢ - المنسوخه . و من الواضح أن الموجود عندهم عليهم السلام غير المحرّفه .

وأما تصانيف المخالفين فى العلوم الإسلاميه لاسيما فى الحديث والتفسير والفقّه وأصوله واللغه والأدب والتاريخ والأخلاق وغيرها ، فلم تكن من مصاديق كتب الضلال إلاّ- ما ألف لإثبات موضوع خاص ، نحو : إثبات تفضيل الخلفاء أو فضائلهم أو الجبر أو غيرها من

ص: ١٣

١- (١) دراسات فى المكاسب المحرمه ٣ / ٩٩ .

٢- (٢) مضافاً إلى ما ذكرناه فراجع إلى تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ للعلامة الحلى .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٦٠ .

ولذا قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر : « وأما ما كان من كتب أهل الضلال ممّا وضع لمعرفة كيفية الاستدلال أو الاهتداء إلى معرفه معانى الكتاب والسنة والكتب المنسوخه مع

قصد الإطلاع على المواعظ كالزبور ونحوه من كتب الأنبياء أو على التواريخ والسير والأمور السالفه فلا بأس به وربّما وجب» (١).

والعجب من العلامة الفقيه السيد مهدي بحر العلوم الطباطبائي المتوفى عام ١٢١٢ قدس سره كيف لم يستقر رأيه في تحرير موضوع كتب الضلال وحفظها ، فإن تلميذه السيد جواد العاملى قدس سره نقل عنه في كتابه وقال : « وكان الأستاذ الشريف قدس الله روحه وحشره مع آباءه الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين منذ سبعة عشر سنة تقريباً يوم قراءتنا هذه المسأله عنده مستشكلاً في تحرير الموضوع وخرجنا من عنده ولم يستقر رأيه المبارك على شيء» (٢).

ويؤيد أنّ المراد بالأستاذ في كلام صاحب المفتاح هو بحر العلوم ما ذكره حفيده الفقيه السيد على آل بحر العلوم قدس سره في كتابه برهان الفقه قال : « إنّما الكلام في تعيين موضوع الحرمه من حيث المراد بكتاب الضلال كميّاً وكيفاً ومن حيث المراد بحفظها ونسخها ، واختلفت كلماتهم في ذلك على وجه حكى في مفتاح الكرامه عن أستاذة جدى العلامة أنّه لم يستقر رأيه على شيء في تشخيصه عند قراءته عليه ... » (٣).

وأعجب منه كلام صاحب الحدائق قدس سره حيث تعرض لمشايخ الطائفة وأساطينها وحكم بكون كتب أصول الفقه من مصاديق كتب الضلال ، وقال فيه ما قال ، ولا يمكننى كتابه مقالته لما فيه من ... فراجعها إن شئت (٤).

وأجابه السيد العاملى وعدّ كلامه من الضلال المحض الذى يجب إتلافه فراجع مفتاح

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢١٨ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٤ / ٦٣ - (١٢ / ٢٠٩) .

٣- (٣) برهان الفقه - كتاب التجاره / ٢٥ .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١٤٤ و ١٤٥ .

الكرامه إن شئت (١).

ولنعم ما قال العلامة الجد كاشف الغطاء في آخر هذا المبحث : « ... فليتأمل في هذا المقام ، فإنه من مزال الأقدام ، وقد زلت به قدم بعض الأعلام حتى تسرى إلى القدح في أعيان الأعيان ، الذين من قَدَحَ فيهم فقد قدح في الإسلام والإيمان» (٢).

وهكذا تبعه تلميذه في الجواهر وقال : « وكيف ما كان فمن الغريب بعد ذلك ما وقع للمحدث البحراني من إنكار أصل الحكم لعدم نص بالخصوص على ذلك ، حتى أنه ربما أساء

الأدب مع الأصحاب الذين هم حفاظ السنه والكتاب ، نسأل الله العفو عنا وعنه» (٣).

أقول : قد ذكرت - ولا - نقلت - هذه المناظرات لتعلم آداب صيانه القلم وحفظ أدب البحث لنفسى - لا لغيرى - غفر الله لى ولجميع الأصحاب ولصاحب الحدائق قدس سرهم جميع العثرات والزلات والآثام وهو العفو الغفور .

### الاستدلال على حرمه الحفظ بوجوه

#### إشاره

قد استدلوا على حرمه الحفظ بوجوه :

#### الأول : الإجماع

ادعى العلامة الحلبي قدس سره في مسألتنا هذه « عدم الخلاف » في كتابيه المنتهى (٤) وتذكره الفقهاء (٥) ، واستفاد منه المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده والبرهان الإجماع وقال : « وقد يكون إجماعاً أيضاً يفهم من المنتهى» (٦).

ص: ١٥

١- (٥) مفتاح الكرامه ٤ / ٦٣ - (١٢ / ٢٠٩) .

٢- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٩ .

٣- (١) الجواهر ٢٢ / ٥٧ .

٤- (٢) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٣ كتاب التجاره .

٥- (٣) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٤ مسأله ٦٤٩ .

٦- (٤) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٧٥ .

وتبعه في هذا الفهم صاحب الحدائق وقال: « بل ظاهر المنتهى أنه إجماع» (١).

وقال جدنا الشيخ جعفر: « ولنفي الخلاف عنه ممن لا خلاف في الإجماع عليه» (٢).

وقال السيد الطباطبائي: « مضافاً إلى عدم الخلاف فيها ، بل وعليه الإجماع عن ظاهر المنتهى» (٣).

وقال النراقي: « على المعروف من مذهب الإصحاب ، بل بلا خلاف بينهم كما في المنتهى» (٤).

وقال صاحب الجواهر: « كما صرح به غير واحد ، بل عن التذكرة والمنتهى نفى الخلاف عنه» (٥).

وقال تلميذه: « فالظاهر الإجماع على حرمة مجملاً وهو الحجة» (٦).

وقال الشيخ الأعظم: « ... فلا دليل على الحرمة إلا أن يثبت إجماع أو يلتزم بإطلاق عنوان معقد نفى الخلاف الذي لا يقصر عن نقل الإجماع» (٧).

يعنى استفاد قدس سره أيضاً من نفى الخلاف ، الاجماع تبعاً للأردبيلي وصاحبى الحدائق والرياض .

واعترض الفقيه اليزدى على الشيخ الأعظم وعلق على كلامه: « نفى الخلاف الذي لا يقصر عن نقل الإجماع» وقال: « يعنى في خصوص المقام من جهة الضمان الخارجيه ، وإلا فهو في حد نفسه قاصر عنه كما لا يخفى» (٨).

ص: ١٦

١- (٥) الحدائق ١٨ / ١٤١ .

٢- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٧ .

٣- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٦٥ .

٤- (٨) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ .

٥- (٩) الجواهر ٢٢ / ٥٦ .

٦- (١٠) برهان الفقه - كتاب التجاره / ٢٥ .

٧- (١) المكاسب المحرمه / ٣٠ - (١) / ٢٣٤ .

٨- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٢٩ .

ويردّ على الإجماع: أولاً: تحصيل الإجماع ممنوع لوجود المخالف وهو صاحب الحدائق، قال: «وعندى فى الحكم من أصله توقف لعدم النص، والتحرير والوجوب ونحوهما أحكام شرعية يتوقف القول بها على دليل شرعى، ومجرد هذه التعليقات الشائعة فى كلامهم لا تصلح عندى لتأسيس الأحكام الشرعية»<sup>(١)</sup>.

ولكن يمكن أن يجاب عن هذا الإشكال: بأنّ مخالفه المحدث البحرانى قدس سره لا يضرّ بالإجماع على فرض وجوده، لأنّ وجه مخالفته واضح على مسلكه وصرّح به أيضاً فى كلامه «لعدم وجود النص» كما مرّ منه، ومثل هذه المخالفه لا يضرّ بالإجماع التعبدى على فرض وجوده كما عليه أساطين الفقه.

وثانياً: لا يُستفاد من عدم الخلاف الذى ادعاه العلامة، الإجماع خلافاً للأردبيلى وصاحبى الحدائق والرياض والشيخ الأعظم، وحتّى فى المقام خلافاً للسيد اليزدى فى حاشيه المكاسب، لأنّ نفى الخلاف يتحقق حتّى مع وجود جماعه قليله تعرضوا لحكم المسأله ولكن الإجماع لم يتحقق بذلك، فبينهما فرق، ونفى الخلاف أقل من الإجماع بكثير فى المقام وغيره.

ولذا قال شيخنا الأستاذ - مدظله -: «ما ذكره من دعوى الإجماع واستفادته من نفى الخلاف غير صحيح، فإن الإجماع لا يحرز إلاّ فى مسأله تعرض لحكمها معظم الفقهاء أو جميعهم مع اتفاقهم على ذلك الحكم، ونفى الخلاف يكفى فيه اتفاق جماعه قليله تعرضوا للمسأله، فكيف تكون دعوى نفى الخلاف كاشفه عن الإجماع ...»<sup>(٢)</sup>.

وقال بعض أساتيدنا - مدظله - فى تعليقه على الكلام الذى مرّ من الشيخ الأعظم: «عدم قصور نفى الخلاف عن الإجماع المصطلح ممنوع، إذ يمكن عدم عنوان المسأله إلاّ من قبل جمع قليل لا يكشف اتفاقهم وعدم خلافهم عن تلقى المسأله عن المعصومين عليهم السلام»<sup>(٣)</sup>.

وثالثاً: على فرض وجود الإجماع حتّى المحصّل منه فى المقام لا يفيد شيئاً، لأنّه من

ص: ١٧

١- (٣) الحدائق ١٨ / ١٤١.

٢- (٤) إرشاد الطالب ١ / ١٤٢.

٣- (١) دراسات فى المكاسب المحرّمه ٣ / ٩٩.

المحتمل جداً أن يكون مدرَكياً كما اعترف بذلك المحققون نحو: السيد الخوئي قدس سره (١) والأستاذان (٢) - مدظلهما - .

## الثاني : حكم العقل

بتقريب : أن العقل حاكم بوجوب قلع وحسم ماله الفساد ، ولا فساد أكبر من الضلاله .

واعترض عليه المحقق الإيرواني بقوله : « العقل لو حكم بذلك لحكم بوجوب قتل الكافر ، بل مطلق مَنْ يضلّ عن سبيل الله بعين ذلك الملاك ولحكم أيضاً بوجوب حفظ مال الغير عن التلف ، لكن حكمه بذلك ممنوع والمتيقن من حكمه هو حكمه بقبح إلقاء الفساد ، ومصادقه فيما نحن فيه تأليف كتب الضلال ، لا حفظ المؤلّف منها ، أو عدم التعرّض لإتلافها ، أو إثبات اليد عليها» (٣) .

أقول : الإعتراض غير وارد ، لأنّ بعد قبول حكم العقل بقبح إلقاء الفساد ، فمن الفساد إلقاء الضلاله والغوايه ، ومن مصاديق إلقاء الضلاله تأليف كتب الضلال لأجل انحراف الناس عن دين الله تعالى . وبعد قبول كلّ ذلك فلا فرق بين تأليف كتب الضلال وطبعها ونشرها وبيعها وحفظها عن التلف ، لأنّ كل ذلك يوجب إلقاء الضلاله والغوايه والعقل حاكم بقبح إلقاء الفساد وقلع مادته .

وأما نقضه قدس سره : بوجوب قتل الكافر بل مطلق مَنْ يضلّ عن سبيل الله أيضاً فغير تام ، لأنّ وجود الكافر ومطلق من يضلّ عن سبيل الله لا يوجب ضلاله الآخرين بل هو بنفسه ضالّ . نعم لو كان مضللاً يوجب ضلاله الآخرين مع أقواله وأعماله وكتاباتهِ وكلّ ما صدر

عنه ، صار مصداقاً لما يوجب الضلاله ويجرى عليه حكمه . فما ذكره المحقق الإيرواني رداً للإستدلال غير تام .

نعم ، يرد على هذا الاستدلال ما ذكره المحقق الخوئي من قوله : « إنّ مدرَك حكمه (أى

ص: ١٨

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٥٧ .

٢- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٤٢ ودراسات في المكاسب المحرمه ٣ / ٩١ .

٣- (٤) حاشيه المكاسب ١ / ١٥٢ .

حكم العقل) إن كان هو حسن العدل وقبح الظلم - بدعوى أن قلع مادة الفساد حسن وحفظها ظلم وهتك للشارع - فيرد عليه : أنه لا- دليل على وجوب دفع الظلم فى جميع الموارد ، وإلا لوجب على الله وعلى الأنبياء والأوصياء الممانعة عن الظلم تكويناً ، مع أنه تعالى هو الذى أقدر الإنسان على فعل الخير والشر وهده السبيل إما شاكراً وإما كفوراً .

وإن كان مدرك حكمه وجوب الإطاعة وحرمة المعصية لأمره تعالى بقلع مادة الفساد فلا دليل على ذلك إلا فى موارد خاصة ، كما فى كسر الأصنام والصلبان وسائر هياكل العبادة ... .

نعم ، إذا كان الفساد موجباً لو هن الحقّ وسدّ بابه وإحياء الباطل وتشديد كلمته وجب دفعه لأهمّيته حفظ الشريعة المقدسه ، ولكنّه أيضاً وجوب شرعى فى مورد خاص ، فلا يرتبط بحكم العقل بقلع مادة الفساد«(١) .

وتبعه تلميذه وقال : « حكم العقل غير مسلّم وإلا- لاستقل العقل بإزاله كل ما فيه أو منه الفساد ، كالهجوم على أهل الكفر والشرك ومحو شوكتهم ومعابدهم وكتبهم ، فإنهم وما معهم منشأ الفساد على الأرض ، ولا استقلال للعقل بذلك ، ووجوب الجهاد حكم شرعى تعبدى لا لحكم العقل بلزوم قهر الناس على الإيمان مع أنّ الدنيا دار إمتحان يكون فيها الخيار بين الهدى والضلال والكفر والإيمان«(٢) .

### الثالث : قوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ

الثالث : قوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا أُولَٰئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ»(٣) .

قال الشيخ الطوسى فى تفسير الآيه الشريفه : « قيل فى معناه قولان :

أحدهما : أنه يشتري كتاباً فيه لهو الحديث .

الثانى : أنه يشتري لهو الحديث عن الحديث .

واللهو : الأخذ فى ما يصرف الهمّ من غير الحقّ ... والحديث : الخبر عن حوادث

ص: ١٩

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٥٤ و ٢٥٥ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٤٠ .

٣- (٣) سوره لقمان / ٦ .

الزمان . ... وقيل : كلما كان من الحديث ملهياً عن سبيل الله الذي أمر باتباعه إلى ما نهى عنه فهو لهو الحديث .

وقيل : الآية نزلت في النضر بن الحارث بن كلده ، كان اشترى كتباً فيها أحاديث الفرس من حديث رستم واسفنديار ، فكان يلهيهم بذلك ويطرف به ، ليصد عن سماع القرآن وتدبر ما فيه .

وقوله : «لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ» أى ليتشاغل بما يلهيه عن سبيل الله ... .

وقوله : «وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا» أى يتخذ سبيل الله سخرية ، فلا يتبعها ويشغل غيره عن اتباعها ... «(١)» .

وفى المطبوع من تفسير القمى : « فى روايه أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام فى قوله : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ» : فهو النضر بن الحارث بن علقمه بن كلده من بنى عبد الدار بن قصى ، وكان النضر راوياً لأحاديث الناس وأشعارهم ، يقول الله عز وجل : «وَإِذَا تُلَىٰ عَلَيْهِ آيَاتُنَا وَلَّىٰ مُسِيئَتِكَبِرًا كَأَن لَّمْ يَسْمَعْهَا كَأَنَّ فِي أُذُنَيْهِ وَقْرًا فَبَسَّرَهُ بَعْدَآبِ أَلِيمٍ» (٢) «(٣)» .

وقال الطبرسى : « نزل قوله : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ» فى النضر ابن الحرث بن علقمه بن كلده بن عبد الدار بن قصى بن كلاب ، كان يتجر فيخرج إلى فارس فيشترى أخبار الأعاجم ويحدث بها قريشاً ويقول لهم : إن محمداً يحدثكم بحديث عاد وثمود وأنا أحدثكم بحديث رستم وإسفنديار وأخبار الأكاسره ، فيستمعون حديثه ويتركون استماع القرآن ، ... وروى أيضاً عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال : هو الطعن فى الحق والاستهزاء به وما كان أبو جهل وأصحابه يجيئون به ، إذ قال : يا معشر قريش ألا أطمعكم من الزقوم الذى يخوفكم به صاحبكم ، ثم أرسل إلى زيد وتمر فقال : هذا هو الزقوم الذى يخوفكم به ، ... فعلى هذا يدخل فيه كل شىء يلهى عن سبيل الله وعن طاعته من الأباطيل والمزامير والملاهى

ص : ٢٠

١- (١) التبيان ٨ / ٢٧١ و ٢٧٢ .

٢- (٢) سورة لقمان / ٧ .

٣- (٣) تفسير القمى ٢ / ١٦١ .



والمعازف ويدخل فيه السخرية بالقرآن واللغو فيه كما قاله أبو مسلم ، والتّرهات والبسائس (١) على ما قاله عطا ، وكلّ لهو ولعب على ما قاله قتاده ، والأحاديث الكاذبه

والأساطير الملهيه عن القرآن على ما قاله الكلبي ... « (٢) .

هذا ما ذكره أعلام التفسير فى ذيل الآيه الشريفه وأما تقريب الاستدلال بها :

أستفدت من الآيه الشريفه : حرمه كلّ ما يقع فى طريق الإضلال ، ومنه حفظ كتب الضلال .

وقال المحقق الأردكاني فى تقريب الاستدلال بها : « إنّ الآيه وإن كانت ظاهره فى ترتب الضلاله فى الفروع على اشتراء اللهو وهى الإعراض عن طاعه الله عزّ وجل والإقدام على المعاصى البدنيه الناشئه من تهيج القوى الشهويه الحاصل من الملهيات ، والمدعى أعم منها ومن الضلاله فى الأصول ، إلّا أنّه يتمّ المدعى بالأولويه القطعيه وعدم القول بالفصل . ويمكن أن يقال : إن العبره بإطلاق العله وقضيته مبغوضيته كلّما يوجب الضلاله كان فى الأصول أو فى الفروع ، ومن مصاديقه كتب الضلال ، فالعله هنا معّممه ولا اعتبار بخصوصيه المورد ، ويلزم من مبغوضيه وجود ما يوجب الضلاله وجوب إتلافه» (٣) .

وفيه : أن ما ذكره هذا المحقق الجليل قدس سره من ادعاء ظهور الآيه الشريفه فى ترتب الضلاله فى الفروع ثم عمّم الحكم فى الأصول بالأولويه القطعيه وعدم القول بالفصل ، غير تام لأنّ ظهور الآيه الشريفه مع مراجعته شأن نزولها إمّا ظاهر بترتب الضلاله فى الأصول فقط أو الأعم من الأصول والفروع ، والثانى يؤيّد بمراجعته الروايات الوارده فى ذيل الآيه الشريفه المفسره بالغناء .

فلا- نحتاج إلى ظهور الآيه الشريفه فى ترتب الضلاله فى الأصول إلى ما ذكره قدس سره من الأولويه القطعيه وعدم القول بالفصل وإن كان كلاهما موجودين . نعى اننا نستشكل عليه ادعاء ظهوره ، وعليه لا- ندرى كيف يردّ بيانه . هذا ما ذكره المحقق الإيروانى من الإشكال

ص: ٢١

١- (٤) الترهات البسائس : الأباطيل والكذب .

٢- (١) مجمع البيان ٧ / ٣١٣ .

٣- (٢) غنيه الطالب ١ / ١٢٣ .

ثم يردّ على الاستدلال بالآيه الشريفه :

أولاً: قال الإيروانى : « الظاهر أنّ المراد بالإشتراء هو التعاطى ، وهو كناية عن التحدث ، به وهذا داخل فى الإضلال عن سبيل الله بسبب التحدّث بلهو الحديث ، ولا إشكال فى حرمه الإضلال ، وذلك غير ما نحن فيه من إعدام ما يوجب الإضلال»(١).

وثانياً : قال الخوئى : « ... إذا سلمنا ذلك فالمستفاد من الآيه حرمه اشتراء كتب الضلال ، ولا- دلالة فيها على حرمه إبقائها وحفظها بعد الشراء ، كما أن التصوير حرام وأما اقتناؤه فليس بحرام ، والزنا حرام وتربيته أولاد الزنا ليس بحرام ... »(٢).

وثالثاً : ما ذكره شيخنا الأستاذ - مدظله - : « على تقدير كون المراد بالإشتراء ما يعم مطلق الأخذ والإقتناء ، فلا تكون فى الآيه دلالة على الحرمة فيما إذا لم يكن غرضه إضلال الناس وميلهم عن الهدايه ، كما إذا جعل الكتاب المزبور فى مكتبته حتى يكون فيها من كلّ باب كتاب»(٣).

### الرابع : قوله تعالى : « فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَعْيُنِ وَأَجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ »

(٤).

بتقريب : أن الشيخ الطوسى قال فى تفسير الآيه : « يعنى الكذب ، وروى أصحابنا أنه يدخل فيه الغناء وسائر الأقوال الملهيه بغير حق»(٥).

الآيه الشريفه أمرت باجتنب قول الزور ، والمراد به الكذب والباطل ، والعرف لا يرى فرقاً بين الكذب والباطل وقول الزور إذا كان مقولاً بالقول أو مكتوباً بالقلم ، وحكمت بأن كلاهما قول الزور ويجب الاجتناب عنه . فتدخل كتب الضلال فى قول الزور الذى أمرنا بالاجتناب عنه .

ص: ٢٢

١- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٥٢ .

٢- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٥٥ .

٣- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٤٠ .

٤- (٣) سوره الحج / ٣٠ .

٥- (٤) التبيان ٧ / ٣١٣ .

ولذا قال صاحب الجواهر: « بل قد يُستفاد حرمة أيضاً ممّا دل على وجوب اجتناب قول الزور ولهو الحديث والكذب والافتراء على الله ... »(١).

وقال الشيخ الأعظم فى الاستدلال على حرمة حفظ كتب الضلال: « ... والأمر بالاجتناب عن قول الزور ... »(٢).

وقال المحقق التقى الشيرازى: « وحاصله: أنّ المستفاد من أمثال تلك العبارات الاجتناب عن مطلق ما يدلّ على الباطل قولاً كان أو كتابه ، وكذا حجيه كلّ صادر من العادل ممّا يحكى عن الواقع قولاً كان أو فعلاً »(٣).

وقال السيد اليزدى: « ... يمكن دعوى شمول الآيه وعمومها ، فإنّ مقتضى إطلاق الاجتناب عن قول الزور الاجتناب عنه بجميع الأنحاء ، الذى منها ما نحن فيه ، فتأمل »(٤).

وفيه: أنه يُستفاد من الآيه الشريفه الاجتناب من قول الزور ، يعنى عدم إيجاد الكذب والإفتراء والباطل بالقول والتكلم والحديث ، وغايه الأمر أن تدخل الكتابه بهذه الأمور تحت الآيه الشريفه ، ومع ذلك لا تدلّ على لزوم إتلاف القول أو التكلم والكتابه إذا كان لهما البقاء ، نحو ضبطهما فى الأشرطه والكتاب .

وبالجمله ، حرمة الإيجاد لا تدلّ على وجوب الإتلاف إذا كان للشئ بقاءً ، كما أنّ حرمة إيجاد التصوير لا تدلّ على لزوم فناء الصورة وحرمة اقتنائها .

والحاصل: وجوب إتلاف كتب الضلال لم يُستفد من الآيه الشريفه .

### الخامس: روايه تحف العقول

فقرات من روايه تحف العقول تدلّ على حرمة حفظ كتب الضلال:

منها: قوله عليه السلام: « ... فهذا كلّ حرام ومحرم لأن ذلك كلّ منهى عن ... والتقلب فيه بوجه من الوجوه لما فيه من الفساد فجميع تقلبه فى ذلك حرام ، وكذلك بيع ملهوّ به وكل منهى

ص: ٢٣

١- (٥) الجواهر ٢٢ / ٥٦ .

٢- (٦) المكاسب المحرمه / ٢٩ - (١) / (٢٣٣) .

٣- (٧) حاشيه المكاسب / ١ / ٧٢ .

٤- (١) حاشيه المكاسب / ١ / ١٢٨ .

عنه ممّا يتقرّب به لغير الله ، أو يقوى به باب من أبواب الضلاله أو باب من أبواب الباطل أو باب يوهن به الحقّ فهو حرام محرّم ، حرام بيعه وشراؤه وإمساكه وملكّه وهبته وعاريته وجميع التقلب فيه ، إلاّ فى حال تدعو الضروره فيه إلى ذلك» (١).

ومنها : قوله عليه السلام : « إنّما حرم الله الصناعه التى حرام هى كلّها التى يجيئ منها الفساد محضاً ، نظير البرابط والمزامير والشطرنج وكلّ ملهوّ به والصلبان والأصنام وما أشبه ذلك ... » (٢).

بتقريب : أن من الواضح أن كتب الضلال ممّا يقوى به الضلاله و ممّا يتقرّب به لغير الله ومن أبواب الباطل وممّا يوجب وهن الحقّ ، فهو حرام محرّم جميع التقلب فيه ، ومن التقلب فيه حفظها وعدم إتلافها وإمساكها .

وهكذا لا يترتب على كتب الضلال إلاّ الضلاله والفساد ، ولا يجيئ منها إلاّ الفساد محضاً « فحرام تعليمه وتعلّمه والعمل به وأخذ الأجره عليه وجميع التقلب فيه من جميع وجوه

الحركات كلّها» (٣) ، فحفظ كتب الضلال وعدم إتلافها حرام .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا فى أوّل الكتاب إرسال الروايه واضطرابها ، بل عدم ثبوت كونها روايه .

وثانياً : حرمة الصناعه لا تلازم وجوب إتلاف المصنوع ، كما فى حرمة التصوير وجواز إبقائها .

وثالثاً : بين حفظ كتب الضلال وتقويه الكفر وإهانته الحقّ عموم من وجه ، إذ قد لا يترتب عليه تقويه الكفر وإهانته الحقّ كما هو واضح .

ورابعاً : الحفظ لا يصدق عليه عنوان التقلّب ، لاسيما إذا كان غرض الحافظ عدم وقوع كتب الضلال فى أيدي الناس حتّى توجب ضلالتهم .

وخامساً : « لا تعمّ الروايه ما إذا كانت فى استنساخ كتب الضلال واقتنائها مصلحه

ص: ٢٤

١- (٢) تحف العقول / ٣٣٣ .

٢- (٣) تحف العقول / ٣٣٥ .

٣- (١) اقتباس من روايه تحف العقول / ٣٣٦ .

مباحه غير نادره» كما ذكره شيخنا الأستاذ - مدظله - (١).

وأما إشكال المحقق الإيروانى قدس سره على الاستدلال بالروايه بأن موردها هي الصنعه (٢) غير تام .

لأن مورد الفقره المذكوره الثانيه هي الصنعه ، وأما مورد الفقره الأولى فليست بالصنعه ، بل موردها التجارات بالمعنى الأعم .

### السادس : حسنه أو صحيحه عبد الملك بن أعين

صحيحه عبد الملك بن أعين الماضيه فى بحث النجوم ، قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : إننى قد ابتليت بهذا العلم فأريد الحاجه ، فإذا نظرتُ إلى الطالع ورأيتُ الطالع الشرّ جلستُ ولم أذهب فيها ، وإذا رأيتُ الطالع الخير ذهبتُ فى الحاجه ، فقال لى : تقضى ؟ قلت : نعم ، قال : أحرق كتبك (٣).

بتقريب : أن أمر الإمام عليه السلام بإحراق كتبه فى علم النجوم مع القضاء على طبقها ، وكتب الضلال لا تقلّ من كتب النجوم إفساداً ، فإذا وجب إحراق كتب النجوم وإتلافها ، يجرى الحكم فى كتب الضلال بطريق أولى ، فوجب إتلافها وحرّم حفظها .

وفيه : أولاً : لم يأمر الإمام عليه السلام بإحراق كتب النجوم مطلقاً ، بل استفسر من عبد الملك أنه يقضى ؟ فقال : نعم ، ثم أمر الإمام عليه السلام بالإحراق ، وقد سبق فى بحث النجوم فى ذيل الروايه أن أمر معاش عبد الملك إختل بجهه هذه الكتب والإعتماد عليها ، ولذا أمر عليه السلام بالإحراق لأجل نجاته من هذا الإختلال . فالروايه لاتدلّ على لزوم إحراق مطلق كتب النجوم حتّى يتعدى المستدلّ منها إلى كتب الضلال .

وثانياً : لو سلمنا وذهبنا إلى التعدى من كتب النجوم إلى كتب الضلال وقلنا أن كتب النجوم من إحدى مصاديق كتب الضلال ، مع ذلك لا يمكن القول بوجود إتلاف كتب الضلال مطلقاً وحرّمه حفظها كذلك ، لأن الإمام عليه السلام فضّل بين القضاء وعدمه ، والتفصيل قاطع

ص: ٢٥

١- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٤١ .

٢- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٥٣ .

٣- (٤) الفقيه ٢ / ٢٦٧ ح ٢٤٠٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١١ / ٣٧٠ ح ١ .

للشركة ، وهو جواز الحفظ مع عدم الحكم .

### السابع : صحيحه أبي عبيده الحذاء

نقل الكليني عن علي بن إبراهيم عن أحمد بن محمد البرقي عن محمد بن عبد الحميد عن العلاء بن رزين عن أبي عبيده الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام قال : من علم باب هدى فله مثل أجر من عمل به ولا ينقص أولئك من أجورهم شيئاً ، ومن علم باب ضلال كان عليه مثل أوزار من عمل به ولا ينقص أولئك من أوزارهم شيئاً (١) .

بتقريب : أن سند الرواية كما ترى صحيح ، وهي تدلّ على حرمة تعليم وتعلم الضلال ، ولم يحرم هذا التعليم والتعلم إلا من جهه أنّهما يوجبان الضلال ، فكلّ أمر يوجب الضلال فهو حرام ، ومنها حفظ كتب الضلال ، فصار حراماً .

وقد استدل على الحرمة بهذه الرواية الفاضل النراقي في المستند (٢) من دون البحث في السند سندها وتقريب الاستدلال .

وفيه : الصحيحه داله على حرمة تعليم وتعلم الضلال وعلى المعلم أوزار المتعلمين من دون نقص من أوزارهم ، ولكن لا تدلّ على وجوب إتلاف كلّ شيء يوجب الضلال ، وإلا لزم القول بوجوب إتلاف معلم الضلال أيضاً ولم يقل به أحد . فالصحيحه لا تدلّ على حرمة حفظ كتب الضلال .

### الثامن : حرمة الإعانة على الإثم

الضلال وما يوجهه إثم وحفظ كتب الضلال حيث يوجب الضلاله نوع إعانه على

الإثم ، وحرمة الإعانة على الإثم واضح ، فحفظ كتب الضلال بما أنه إعانه على الإثم حرام . ذهب إلى هذا الاستدلال السيد العاملي وقال : « ... إن في ذلك نوع إعانه على الإثم ... » (٣) .

وفيه : أولاً : قد مرّ منّا عدم حرمة كلّ إعانه على الإثم ، وما هو الحرام ليس إلا التعاون على الإثم .

ص: ٢٦

١- (١) الكافي ١ / ٣٥ ح ٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٦ / ١٧٣ ح ٢ - الباب ١٦ من أبواب الأمر والنهي .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ .

٣- (١) مفتاح الكرامة ٤ / ٦٢ - (١٢ / ٢٠٧) .

وثانياً : لو سلّمنا حرمة الإعانة على الإثم ، الدليل أخص من المدعى ، لأنّ حفظها لا يلزم الضلال دائماً كما هو واضح ، فهذه القاعدة لا يمكننا الحكم بحرمة الحفظ مطلقاً ، كما قال الفاضل النراقي : « والتمسك بحرمة المعاونه على الإثم غير مطرد» (١).

### التاسع : أنها مشتمله على البدعه

كتب الضلال مشتمله على البدعه ويجب دفعها من باب النهي عن المنكر ، كما ذهب إلى هذا الاستدلال المحقق الأردبيلي (٢) وتبعه السيد العاملي (٣) .

وفيه : أولاً : نهى المنكر واجب ، ولكن وجوب دفعه أيضاً ، محل تأمل بل منع كما مرّ منّا سابقاً .

وثانياً : على فرض وجوب دفع المنكر « أنّ المراد بالمنكر في المقام هو الفعل المحرّم الذي يصدر من الشخص ، لا الأباطيل والأكاذيب المكتوبه في الكتب ، فلا دليل على وجوب إتلافها» كما قاله بعض أساتيدنا - مدظله - (٤) .

### العاشر : كتب الضلال ليست بأقل ضرراً من هياكل العباده

كتب الضلال ليست بأقل ضرراً من هياكل العباده المبتدعه ، فكما يجب إتلافها يجب اتلاف كتب الضلال أيضاً ويحرم حفظها . قال في الجواهر : « بل هي أولى حينئذ (يعنى حين ترتب الفساد) بالحرمة من هياكل العباده المبتدعه» (٥) .

ومال إلى هذا الاستدلال أيضاً الفقيه اليزدي في تعليقه على المكاسب (٦) .

وفيه : أن هياكل العباده ووجوب إتلافها مورداً للنصوص ، وهي في حقّ كتب

ص: ٢٧

١- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ .

٢- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٧٥ .

٣- (٤) مفتاح الكرامه ٤ / ٦٢ - (١٢ / ٢٠٧) .

٤- (٥) دراسات في المكاسب المحرّمه ٣ / ٩٨ .

٥- (٦) الجواهر ٢٢ / ٥٦ .

٦- (٧) راجع حاشيه المكاسب ١ / ١٢٨ .

الضلال مفقوده كما اعترف بذلك صاحب الحدائق وقال : « وعندي في الحكم من أصله توقف لعدم النص»<sup>(١)</sup> ، فقياسها بها مع الفارق .

نعم ، إذا ترتب الضلال فعلاً عليها يجب إتلافها بحكم العقل والشرع ، ولكن هذا غير حرمه حفظها مطلقاً .

تلك عشره كامله من الأدله على حرمه حفظ كتب الضلال ووجوب إتلافها ، وأنت ترى عدم تماميتها ، ومع ذلك نقول : إذا ترتب الضلال والغوايه فعلاً عليها وجب إتلافها ، وهكذا إذا كانت في معرض هذا الترتب ، وهذا بحكم العقل والشرع الناهيان عن الضلال والفساد كما مرّ منّا آنفاً . وهذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب ، بل ادعى عليه الإجماع ، ولذا قال السيد العاملي في ثبوت هذا الحكم : « فلا تصغ إلى ما بزقشه<sup>(٢)</sup> بعض متأخري المتأخرين من الخرافات وأورده من الترهات»<sup>(٣)</sup> .

والحاصل ، وجوب إتلاف كتب الضلال وحرمه حفظها مطلقاً ممّا لا دليل عليه ، إلا إذا كان ترتب الضلال عليها فعلياً أو كان في معرض ترتب الضلال ، والله العالم .

### موارد الإستثناء على القول بوجوب الاتلاف مطلقاً

القائلون بحرمه الحفظ ووجوب الإتلاف قد ذكروا موارد يستثنون الحكم فيها ، ولكن على ما سلكتناه من عدم الإطلاق في وجوب الإتلاف وحرمه الحفظ ، هذه الموارد على طبق القاعده ، ونفس وجود هذه الموارد دليل على عدم إطلاق في المقام ، وأمّا موارد الاستثناء :

استثنى ابن إدريس الحلبي من حرمه حفظ كتب الضلال مورداً ، وهو : « من غير نقض لها»<sup>(٤)</sup> .

ص: ٢٨

١- (١) الحدائق ١٨ / ١٤١ .

٢- (٢) برقشه في الكلام : خلط .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٤ / ٦٢ - (١٢ / ٢٠٧) .

٤- (٤) السرائر ٢ / ٢١٨ .



وأضاف العلامة أمراً آخرافصار أمرين : « ١ - لغير النقض ٢ - أو الحجج » (١).

وقال ثانى الشهيدين توضيحاً : « لمن له أهليتها لا مطلقاً خوفاً على ضعفاء البصيره

من الشبهه » (٢).

وقال المحقق الثانى فى تعليقه على كلام العلامة : « أى : نقض مسائل الضلال ، أو الحجج على مسائل الحق من كتب الضلال ، وظاهره حصر جواز الحفظ والنسخ فى الأمرين ، والحق أنّ فوائده كثيره ، فلو أريد نقل المسائل أو الفروع الزائده أو معرفه بعض أصول المسائل أو الدلائل ونحو ذلك جاز الحفظ و النسخ أيضاً ، لمن له أهليه النقض لا مطلقاً ، لأنّ ضعفاء البصيره لا يؤمنّ عليهم خلل الاعتقاد » (٣).

وقال المحقق الأردبيلي : « ... وكذا بيعها وسائر التكسب بها ، على أنه يجوز كله للأغراض الصحيحه ، بل قد يجب كالتقيه والنقض والحججه واستنباط الفروع ونقل أدلتها إلى كتبنا وتحصيل القوه وملكه البحث لأهلها » (٤).

وقال جدنا الشيخ الأ-كبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء فى شرحه على كلام العلامة : « وأمّا لهما (أى للنقض بها أو الحججه على أهلها) فربّما وجب ، إذ الجهاد بالأقلام أعظم نفعاً من الجهاد بالسهم ، وإتلاف بعض آحادها لا يقضى برفع فسادها ، والإبطال لكّلها إنّما يتحقق بإبطالها من أصلها ، وحيث أن مقصد الشرع فيها الإبطال كان الأقوى فى حصوله الردّ بطريق الاستدلال » (٥).

وقال السيد الطباطبائى : « لغير النقض لها والحججه على أربابها بما اشتملت عليه ممّا يصلح دليلاً لإثبات الحق أو نقض الباطل لمن كان من أهلها ، ويلحق به الحفظ للتقيه أو

ص: ٢٩

١- (٥) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٣ - تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ - منتهى المطلب ٢ / ١٠١٣ قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٢- (١) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٧ .

٣- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .

٤- (٣) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٧٦ .

٥- (٤) شرح القواعد ١ / ٢١٧ .

لغرض الاطلاع على المذاهب والآراء ليكون على بصيره في تمييز الصحيح عن الفاسد ، أو لغرض الإعانه على التحقيق ، أو تحصيل ملكه للبحث والاطلاع على الطرق الفاسده ليتحرّز عنها ، أو غير ذلك من الأغراض الصحيحه كما ذكره جماعه ، وينبغي تقييده بشرط الأمن على نفسه من الميل إلى الباطل بسببها ، وأما بدونه فمشكل مطلقاً ، لاحتمال الضرر الواجب الدفع عن النفس ولو من باب المقدمه إجماعاً» (١) .

وقال الفاضل النراقي بعد استثناء التقيه والموردين : « وفاقاً لصريح المشهور ، لما رواه

الشيخ الحر في الفصول المهمه عن الصادق عليه السلام : « أن كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات فهذا كله حلال بيعه وشراؤه وإمساكه واستعماله وهبته وعاريتة » (٢) . ومقتضى ذلك وإن كان استثناء كل ما إذا ترتب عليه مقصد صحيح ، كتحصيل البصيره بالاطلاع على الآراء والمذاهب وتمييز الصحيح من الفاسد والاستعانه على التحقيق وتحصيل ملكه البحث و النظر وغير ذلك - كما ذكره المحقق الثانى وصاحب الكفايه (٣) - إلا أن ضعف الروايه وعدم انجبارها إلا في النقض والاحتجاج يمنع من استثناء غيرهما» (٤) .

أقول : وأنت ترى أن النراقي حصر الاستثناء فى الموردين المشهورين ، وفيه ما لا يخفى على أهله .

وتبعه صاحب الجواهر وقال : « ... ومنه يظهر الوجه فى استثناء النقض ، لأنه إتلاف لكلها الذى هو أولى من إتلاف آحادها الغير المقتضى لرفع فسادها بخلاف ردّها بطريق الاستدلال ، وأما الحجه على أهلها فإن رجع إلى ذلك وإلا كان استثناءه لا يخلو من إشكال ... » (٥) .

ص: ٣٠

١- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦٤ .

٢- (١) تحف العقول / ٣٣٣ .

٣- (٢) الكفايه / ٨٦ من الطبع الحجرى ( ١ / ٤٣٦ و ٤٣٥ من طبعه جماعه المدرسين) .

٤- (٣) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٧ و ١٥٨ .

٥- (٤) الجواهر ٢٢ / ٥٧ .

أقول: لا أدري كيف فُرق قدس سره بين النقض والرد بطريق الاستدلال؟ وهكذا الحجج على أهلها إن لم يرجع إلى النقض، فكيف صار استثنائه لا يخلو من إشكال؟ مع تعرض مشهور الأصحاب لهذه الاستثناء.

وبالجمله، لا ينحصر الاستثناء بالموردين المشهورين، بل يمكن التعدى إلى غيرهما من المنافع والفوائد، وقد مرّ منّا في ضمن نقل كلمات الأصحاب بعضها، ونفس وجود هذه المستثنيات دال على أنّ الحكم بوجود إتلاف كتب الضلال أو حرمة حفظها ليس بمطلق بل ينحصر بموارد خاصه، كما مرّ منّا في أوّل هذا البحث، أعنى في صورته ترتب الإضلال، خارجاً أو فقل: غايه الأمر في صورته معرضيتها لترتب الإضلال.

### تنبيه: لا يخلو من فائده

قال الفقيه اليزدى: «مقتضى الوجوه المذكوره وجوب تفويت جميع ما يكون موجّباً

للضلال ولا- خصوصيه للكتب في ذلك، فيحرم حفظ غيرها أيضاً مما من شأنه الإضلال كالمزار والمقبره والمدرسه ونحو ذلك، فكان الأولى تعميم العنوان، ولعلّ غرضهم المثال، لكون الكتب من الأفراد الغالبه لهذا العنوان. نعم يمكن الاستدلال على الخصوصيه بروايه الحذاء: من علّم باب ضلال كان عليه مثل وزر من عمل به، فتأمل»<sup>(١)</sup>.

وتبعه المحقق الأردكاني وقال: «ويمكن أن يقال: إنّ العبره بإطلاق العله وقضيته مبغوضيه كلّما يوجب الضلاله كان في الأصول أو الفروع، ومن مصاديقه: كتب الضلال، فالعله هنا معتمه ولا اعتبار بخصوصيه المورد، ويلزم من مبغوضيه وجود ما يوجب الضلاله وجوب إتلافه»<sup>(٢)</sup>.

أقول: الأدله لو تمت تقتضى ما ذكره المحققان، ولكنّها لم تتم. وأمّا روايه الحذاء لا تقدر على التخصيص لو تم التعميم، ولعلّ أمره بالتأمل إشاره إليه. ومع ذلك كلّه يمكن أن

ص: ٣١

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٢٧.

٢- (٢) غنيه الطالب ١ / ١٢٣.

يقال : إذا ترتب على وجود شيءٍ إضلال الناس فعلاً وتوقف منع إضلالهم خارجاً على إتلاف الشيء ، وجب إتلافه لمنعه من الضلال وإرشادهم إلى الهدايه ، والحمد لله رب العالمين .

ص: ٣٢

إشاره

لم يتعرض الشيخ الأعظم قدس سره لمسألتنا هذه ، مع أنّها من المسائل المبتلى بها في عصرنا الحاضر وقد يكتسب بها ، فإن ذهبنا إلى حرمه حلقها فلاكتساب بها أيضاً حرام فلذا تصدينا للبحث عنها بإذن الله تعالى وعونه ، ونقول :

لم يتعرض القدماء من أصحابنا لهذه المسأله في كتبهم ، ولعل سرّ عدم تعرضهم لذلك أنّ المنع عندهم واضح وسيره المتشرعه أيضاً كانت على وجود اللحي وعدم حلقها ، ولذا لم يحتاجوا إلى ذكر المسأله والبحث حولها .

وأما متأخر المتأخرين من أصحابنا فابتلوا بها ، ولذا بحثوا عنها وكتبوا حولها رسائل مستقله (١) وأفتى المشهور منهم بالحرمة بل كاد أن يكون إجماعاً . ونذكر هنا بعض كلماتهم لتكون على بصيره من الأمر :

الأقوال فيها :

١ - قال يحيى بن سعيد الحلبي : « ويكره القَرْع ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم : أعفوا اللحي وحفوا الشوارب ، وينبغي أن يؤخذ من اللحيه ما جاوز القبضه ، ويكره نشف الشيب ، وكان على عليه السلام لا يرى بأساً بجزه» (٢) .

القَرْع : جمع قزعه : أخذ بعض الشعر وترك بعضه .

ودلاله كلام ابن سعيد قدس سره على الحرمة غير واضحه .

ص: ٣٣

---

١- (١) قد عدّ العلامة الشيخ رضا الأستادى - دامت بركاتاه - أكثر من أربعين رساله مستقله في هذا الموضوع ، فراجع إلى رسالته بالفارسيه في هذا المجال المسماه ب- « تحقيقي در يك مسأله فقهي (ريش تراشي) » المطبوع ضمن « ده رساله » / ٢٥١ طبع جماعه المدرسين بقم المقدسه ١٣٨٠ هـ . ش .

٢- (٢) الجامع للشرائع / ٣٠ .

٢ - قال العلامة : « وقال عليه السلام : حَفَّوا الشوارب واعفوا اللحى ولا تشبَّهوا باليهود . ونظر صلى الله عليه وآله وسلم إلى رجل طويل اللحية فقال : ما كان على هذا لو هتياً من لحيته ، فبلغ الرجل ذلك فهتياً لحيته بين اللحيين ، ثم دخل على النبي صلى الله عليه وآله وسلم فلما رآه قال : هكذا فافعلوا» .

وقال عليه السلام : إنَّ المجوس جَزَّوا لحاهم ووفَّروا شواربهم ، وأما نحن نجزُّ الشوارب ونعفى اللحى ، وهي الفطره ... «(١)» .

٣ - وقد أفتى بالحرمة ولده فخر المحققين في حواشيه الفخرية على قواعد والده العلامة ، كما نقل عنه الشيخ البلاغى في رسالته (٢) .

٤ - قال الشهيد الأوَّل : « لا يجوز له (أى للخنثى) حلق لحيته ، لجواز رجوليته» (٣) .

وهذا الكلام ظاهر في حرمة حلق اللحية للرجال .

٥ - وتبعه الفاضل المقداد وقال أيضاً : « ... ولا يجوز له (أى للخنثى) حلق لحيته ، لجواز رجوليته ... » (٤) .

٦ - قال الشيخ البهائي قدس سره في رسالته الاعتقادية : « ونقول بتحريم الربا والرشوه والسحر والقمار وحلق اللحية وأكل السمك الذى لا فلس له ... » (٥) .

واستفاد العلامة الشيخ جواد البلاغى من هذا البيان الإجماع على الحرمة (٦) .

٧ - وقال السيد الداماد في رساله شارع النجاه ما معرَّبه : « لا يجوز حلق اللحية وأنه

ص: ٣٤

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢ / ٢٥٣ .

٢- (٢) رساله فى حرمة حلق اللحية / ١٥٥ .

٣- (٣) القواعد والفوائد ١ / ٢٣١ .

٤- (٤) نضد القواعد الفقيهيه / ١٦٤ .

٥- (٥) الاعتقاديه / ٨ ، والمطبوعه فى ضمن نصوص ورسائل من تراث اصفهان العلمى الخالد ٤ / ١١٨ بتحقيق المحقق القدير جويها نبخش - حفظه الله تعالى - .

٦- (٦) رساله فى حرمة حلق اللحية / ١٥٥ المطبوعه ضمن الرسائل الأربعة عشره للشيخ رضا الأستاذى دامت بركاتہ .

٨ - وقال الفيض الكاشاني في عدّ المعاصي : « وحلق اللحية ، لأنه خلاف السنه التي هي إعفاؤها ولمسح طائفه بسببه ... »(٢).

٩ - وقال الفيض في كتابه منهاج النجاه : « ... ومن المعاصي ترك الواجبات وإتيان البدع والقعود في المسجد جنباً أو حائضاً ... وحلق اللحية وهجاء المؤمنين وإيذاؤهم»(٣).

١٠ - وقال أيضاً في الوافي : « ... وقد مضى في كتاب الحجه حديث عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّ أقواماً حلقوا اللحي وفتلوا الشوارب فمسخوا ، وقد أفتى جماعه من فقهائنا بتحريم حلق اللحية ، وربما يستشهد لهم بقوله سبحانه حكايه عن إبليس اللعين : «... وَلَا مَرْتَنَهُمْ فَلْيَعْبِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ...»(٤)(٥).

أقول : الحديث المذكور هو خبر حبابه الوالبيه المروى في الكافي ١ / ٣٤٦ ح ٤ ، ويأتي البحث حوله إن شاء الله تعالى ، فانتظر .

١١ - قال المحدث البحراني : « الظاهر - كما استظهره جملة من الأصحاب كما عرفت - تحريم حلق اللحية ، لخبر المسخ المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام ، فإنه لا يقع إلا على ارتكاب أمر محرّم بالغ في التحريم ، وأما الاستدلال بآيه «وَلَا مَرْتَنَهُمْ فَلْيَعْبِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ» ، ففيه : أنه قد ورد عنهم عليهم السلام : أنّ المراد دين الله ، فيشكل الإستدلال بها على ذلك وإن كان ظاهر اللفظ يساعده»(٦).

١٢ - وقال المجلسي الأوّل : « ... ورد في الكافي مع حكم الكليني بصره أخباره عن

ص: ٣٥

١- (٧) شارع النجاه / ١٠٣ المطبوع ضمن إثني عشر رساله السيد الداماد . طبعت بإهتمام المرحوم السيد جمال الدين الميردامادي قدس سره .

٢- (٨) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٠ .

٣- (٩) منهاج النجاه / ٧٠ .

٤- (١) سوره النساء / ١١٩ .

٥- (٢) الوافي ٦ / ٦٥٨ .

٦- (٣) الحدائق ٥ / ٥٦١ .

أمير المؤمنين سلام الله عليه ، أن أقواماً حلقوا اللحي وفتلوا الشوارب فمسخوا ، ويظهر من الأوامر بإعفاء اللحي وهذا الخبر ، ومن أنه زى اليهود وجزه زى المجوس ، الحرمه ، ولم يذكره فيما رأينا منهم غير الشهيد رحمه الله ، فإنه ذكر حرمه الحلق بلا ذكر خلاف ، والمسموع من المشايخ أيضاً حرمته . ويؤيده أنه لم ينقل تجويزه من النبي والأئمه صلوات الله عليهم ، ولو كان جائزاً لفعلوه مره لبيان الجواز كما فى كثير من المكروهات ، أو وقع منهم الرخصه لأحد ، مع أنه معلوم منهم متواتراً بل من أصحابهم المداومه وإعفاء اللحيه . والحاصل أن الإحتياط فى الدين ترك حلق اللحيه ، بل الشارب وترك جز اللحيه كالحلق ، فإنهما كالضروريات من الدين ، بل ترك إطاله الشوارب وفتلهما أيضاً ، وترك إطاله اللحيه زياده عن القبضه ، فإنه ورد فى الأخبار الكثيره أن الزائد عن القبضه فى النار ، وأنه تقبض بيدك اللحيه وتجز ما فضل ...» (١).

أقول : فى هذا المجال أيضاً راجع إلى شرحه على الفقيه باللغه الفارسيه (٢) .

١٣ - وقال ولده العلامة المجلسى فى ذيل الروايه : « واستدل به على حرمه حلق اللحيه بل تطويل الشارب ، ويرد عليه أنه إنما يدل على حرمتها أو أحدهما فى شرع من قبلنا لا فى شرعنا .

فان قيل : ذكره عليه السلام ذلك فى مقام الذم يدل على حرمتها فى هذه الشريعه أيضاً .

قلنا : ليس الإمام عليه السلام فى مقام ذم هذين الفعلين ، بل فى مقام ذم بيع المسوخ بهذا السبب ، كما أن مسوخ بنى إسرائيل مسخوا لصيد السبب ، وذكرهم هنا لا يدل على تحريمه . نعم يدل بعض الأخبار على التحريم ، وفى سندها أو دلالتها كلام ليس هذا المقام محل إيراد» (٣) .

١٤ - وقد أفتى بالتحريم الشيخ على سبط الشهيد الثانى فى كتابه « الدر المنثور» (٤) .

١٥ - وذهب الشيخ الحر العاملى فى كتابه « هدايه الأئمه» إلى عدم جواز حلق

ص: ٣٤

١- (٤) روضه المتقين ١ / ٣٣٣ .

٢- (٥) لوامع الصاحبقرانى ١ / ٢٤٢ .

٣- (١) مرآه العقول ٤ / ٧٩ .

٤- (٢) الدر المنثور ٢ / ٢٩١ .



١٦ - وقال السيد عبد الله شبر: « من المعاصى المنصوص عليها ترك الواجبات ... وحلق اللحية لأنه خلاف السنه التي هي إغفاؤها ولمسح طائفه بسببه» (٢).

١٧ - قال جدنا الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره: « خامسها: تخفيف اللحية وتدويرها والأخذ من العارضين وتبطين اللحية وقص ما زاد عن القبضه من اللحية، فإن ما زاد عن القبضه في النار، وعن الصادق عليه السلام: يعتبر عقل الرجل في ثلاث في طول لحيته ونقش خاتمه وفي كنيته (٣). ويحرم حلقها، ويستحب توفيرها قدر قبضته من يد صاحبها مع استوائها واستوائه، وإلا اعتبر المقدار ممّا لا يلائم خلقته» (٤).

١٨ - قال صاحب الجواهر في شرح قول المحقق: « (وليس على النساء حلق): لا- تعييناً ولا تخيراً، بلا خلاف أجده بل عن التحرير والمنتهى الإجماع عليه، وهو الحجه بعد قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم في وصيته لعلى عليه السلام: ليس على النساء جمعه - إلى أن قال - : ولا- استلام الحجر ولا الحلق، والصادق عليه السلام في صحيح الحلبي: ليس على النساء حلق ويجزيهنّ التقصير، بل يحرم عليهنّ ذلك، بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل عن المختلف الإجماع عليه، وهو الحجه بعد

المرتضوى: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن تحلق المرأة رأسها، أى في الإحلال لا مطلقاً، فإن الظاهر عدم حرمة عليها في غير المصاب المقتضى للجزع، للأصل السالم عن معارضة دليل معتبر. اللهم إلا أن يكون هناك شهره بين الأصحاب تصلح جابراً لنحو المرسل المزبور، بناءً على إرادته الإطلاق، فيكون كحلق اللحية للرجال» (٥).

١٩ - قد أفتى بالتحريم الشيخ الأعظم الأنصارى (٦) وكل من المعروفين بالتقليد من زمنه إلى يومنا هذا في رسائلهم العمليه:

ص: ٣٧

١- (٣) هدايه الأئمه إلى أحكام الأئمه عليهم السلام ١ / ١٥٤ طبع الآستانه المقدسه الرضويه عليه السلام عام ١٤١٢ هـ .

٢- (٤) حق اليقين ٢ / ٢١٣ .

٣- (٥) الخصال ١ / ١٠٣ - مكارم الأخلاق / ٦٨ .

٤- (٦) كشف الغطاء ٢ / ٤١٨ .

٥- (١) الجواهر ١٩ / ٢٣٦ .

٦- (٢) مجمع المسائل - أواخرها في المسائل المتفرقه كما نقل عنه العلامة الطبسي في المنيه / ٨٥ و البلاغى في رسالته / ١٥٦

٢٠ - ومنهم : خالنا العلامة الفقيه السيد إسماعيل الصدر قدس سره ، فقد قال في بعض تعاليقه الفتاويه : « قد حررت هذه المسأله مفصلاً ، وأرجو العذر عن مقدار ما عرضت به ، ومن يقول بعدم حرمة فلا يخلو حاله من أحد الأمرين : إما لعدم كونه من الراسخين في العلم ، أو يروم بذلك إظهار فضيلته ، والله العالم . حرره الراجي ابن صدر الدين العاملي» (١).

٢١ - وممن صرح بالحرمة آيه الله الميرزا الشيرازي الكبير كما نقل عنه صاحب المنية (٢).

٢٢ - ومنهم : الفقيه السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي في ترجمه العروه الوثقى المسماه بالغايه القصوى (٣).

٢٣ - ومنهم : آيه الله الشيخ عبد الكريم الحائري اليزدي قال : « أما الدليل الكاشف عن الحرمة فمن الكتاب قوله تعالى : «فَلْيَعْبُرْنَ خَلْقَ اللَّهِ» .

بتقريب : أنّ إبليس في مقام إضلاله يقول : لآمرئهم بتغيير الخلقه ، مخالفاً لمقتضى المقام الذى هو بيان إضلاله ، ومن جمله ما هو تغيير في الخلقه حلق اللحية» (٤).

٢٤ - ومنهم : الفقيه السيد أبو الحسن الأصفهاني قال ما معرّبه : « حلق اللحية حرام ولو بالماكنه إذا كان مثل الحلق ، وفي هذا الحكم جميع الناس سيان ، وحكم الله لا يتغير بالاستهزاء والسخرية» (٥).

٢٥ - ومنهم : الفقيه الحجه الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء قال : « الظاهر تحقق الإجماع على الحرمة» (٦).

٢٦ - ومنهم : آيه الله الحاج آقا حسين القمي يقول ما يقرب هذا المضمون : « إنّ ارتكاز المسلم بما هو مسلم أنّ حلق اللحية حرام ، ويؤيده ما نقل من الإجماع على

ص: ٣٨

١- (٣) ونقل عنه في المنية / ٨٦ .

٢- (٤) المنية / ٨٨ .

٣- (٥) غايه القصوى ٢ / ٧١ المسأله ٦٣ و ٦٤ .

٤- (٦) نقل عنه تلميذه العلامة آيه الله الشيخ محمد رضا الطبسى النجفى قدس سره في كتابه المنية / ٨٨ .

٥- (٧) توضيح المسائل / ٤٥٨ المسأله ٢٨٤٤ .

٦- (١) نقل عنه في المنية / ٩٣ .

٢٧ - وقال العلامة المامقاني : « ويحرم حلق اللحية لما ورد من النهي عن ذلك ... وقد ورد بسند محكوم بالصحة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنّ حلق اللحية من المثله وأنّ علي من يفعله لعنه الله ... »(٢).

٢٨ - وفي الفقه على المذاهب الأربعة « نقل عن الشافعية : أمّا اللحية فإنه يكره حلقها والمبالغة في قصّها ، فإذا زادت على القبضة فإنّ الأمر فيه سهل ، خصوصاً إذا ترتب عليه تشويهه للخلق أو تعريضه به أو نحو ذلك ... »

وعن الحنفية : يحرم حلق لحيه الرجل ، ويُسنّ أن لا يزيد في طولها على القبضة ، فمما زاد على القبضة تُقصّ ، ولا بأس بأخذ أطراف اللحية وحلق الشعر الذي تحت الإبطين وتنف الشيب ، وتُسنّ المبالغة في قصّ الشارب ... »

وعن المالكية : يحرم حلق اللحية ويُسنّ حلق الشارب ... »

وعن الحنابلة : يحرم حلق اللحية ولا بأس بأخذ ما زاد على القبضة منها ، فلا يكره قصّه كما لا يكره تركه . وكذا لا يكره أخذ ما تحت حلقة الدبر من الشعر ، ويكره تنف الشيب ، ويُسنّ المبالغة في قصّ الشارب ... »(٣).

أقول : أنت ترى نقل صاحب الفقه على المذاهب الأربعة عن الشافعية القول بكرهه حلق اللحية ، ولكن نقل الشيخ على محفوظ أحد مدرسي الأزهر القول بالحرمة عن بعضهم ، حيث قال : « الثالث : مذهب السادة الشافعية ، قال في شرح العباب : فائده : قال الشيخان : يكره حلق اللحية ، واعترضه ابن الرفعه بأنّ الشافعي نصّ في الأمّ على التحريم . وقال

الأذرعي : الصواب تحريم حلقها جملة لغيره بها . انتهى . ومثله في حاشية ابن قاسم العبادي في الكتاب المذكور»(٤)(٥) .

ص: ٣٩

١- (٢) نقل عنه ولده الفقيه الحاج آقا تقى القمي في عمده الطالب ١ / ١٩٨ .

٢- (٣) مرآة الكمال / ١٠٩ .

٣- (٤) الفقه على المذاهب الأربعة ٢ / ٤٤ .

٤- (١) الإبداع في مضارّ الإبتداع / ٤٠٦ الطبعة الرابعة . ونقل عنه العلامة الأمينى قدس سره في كتابه الغدير ١١ / ١٥٦ الطبعة الأولى .

٥- (٢) راجع إعانه الطالبين ٢ / ٣٨٦ للبكري الدمياطى وحواشى الشروانى ٩ / ٣٧٦ .

وبالجملة ، فجميع مذاهب الأربعة يذهبون إلى الحرمة ، نعم نقل عن بعض الشافعية القول بالكرهه .

## الوجه التي أقيمت على الحرمة

### الوجه الأول : الإجماع

قد مرّ منا عند نقل الأقوال دعوى الإجماع على حرمة حلق اللحية من عدّه من الأصحاب :

منهم : الشيخ بهاء الدين محمد العاملى والشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء قدس سرهما .

وفيه : أولاً : لم يكن فى كلام الشيخ البهائى دعوى الإجماع كما سبق نقل كلامه آنفاً .

وثانياً : عدم إمكان تحصيل الإجماع ، لأن المساله لم تكن معنونه فى كتب القدماء من أصحابنا .

وثالثاً : على فرض تحقق الإجماع لا يفيد فى المقام شيئاً ، لأنه إجماع مدركى ولم يكن تعبدياً ، ومن المحتمل أن يكون مستند المجمعين نفس هذه الوجوه التي تعرضنا لذكرها ، فلا بدّ من ملاحظتها .

### الوجه الثانى : سيره المتشرعه وارتكازهم

سيره المتشرعه من أصحابنا المتصله إلى زمن المعصومين عليهم السلام على إبقاء اللحية وعدم حلقها ، بل إنهم يذمّون حالقها ويعاملون معه معامله الفساق ولا يحكمون بعدالته . والدليل على إتصال السيره ما ورد فى الروايات المتعدده من الأمر بإعفاء اللحية ، أو خبر حيابه الواليه من تفسير أمير المؤمنين عليه السلام جند بنى مروان بأنهم أقوام حلقوا اللحية وقتلوا الشارب ، ونحوها .

وهكذا الراسخ فى أذهان المتشرعه وارتكازهم حرمة حلق اللحية ويعدّ عندهم

الحالق كالفاسق ، ووجود نفس هذا الإرتكاز جيلاً بعد جيل يكشف عن وجود حكم شرعى فى المقام وهو الحرمة . ولعلّ نفس وجود هذه السيره والإرتكاز هو السرّ فى عدم تعرض قدماء أصحابنا لهذه المسأله وتركوها لوضوحها وعدم الحاجه إلى بيانها .

وهذه السيره والإرتكاز لا تختص بأصحابنا ، بل تجرى بالنسبه إلى المسلمين عامه ،

بل قد يقال : بجريانها بالنسبه إلى جميع الأديان السماويه .

ولكن العمده فى المقام جريانها بالنسبه إلى أصحابنا واتصالها بزمن المعصومين عليهم السلام وتقريرهم عليهم السلام لها .

ووجود هذه السيره والإرتكاز ممّا لا ينكر ، وإنكار إتصالها إلى زمن المعصومين عليهم السلام مكابره ،وقد مرّ ممّا ظهور الإتصال من الروايات ، فلا يمكن المناقشه فى هذا الوجه بوجه يكون تاماً .

### الوجه الثالث : حلق اللحيه تشبه بأعداء الدين

التشبه بالكفار وأعداء الدين حرام ، ومن شعارهم وزيمهم حلق اللحيه كما ورد ذلك بالنسبه إلى المجوس ، فلا يجوز للمسلم التشبه بهم فى حلق اللحيه فلا يجوز حلقها .

ومن الروايات الناهيه عن التشبه بالكفار معتبره السكونى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : أوحى الله إلى نبيّ من الأنبياء أن قلّ لقومك : لا- تلبسوا لباس أعدائى ، ولا- تطعموا مطاعم أعدائى ، ولا تشاكلوا بما شاكل أعدائى ، فتكونوا أعدائى كما هم أعدائى(١) .

ومنها : معتبره أخرى لإسماعيل بن مسلم - وهو السكونى - عن الصادق عليه السلام قال : أوحى الله إلى نبيّ من أنبيائه قل للمؤمنين : لا- تلبسوا لباس أعدائى ، ولا- تطعموا مطاعم أعدائى ، ولا- تسلكوا مسالك أعدائى ، فتكونوا أعدائى كما هم أعدائى(٢) .

وفيه : أن المراد من هذه الروايات وعدم جواز التشبه بهم ، رفض المسلم هويته وتراثه وفكره وتاريخه وجعل نفسه تابعاً محضاً لهم ، فصار من مقلديهم فى العمل والفكر والعقيدته وحتى فى اللباس والزى والشكل واللسان ونحوها ، بحيث يعدّون منهم عرفاً . وأما مجرد الإتصاف بوصف من أوصافهم لا سيما مع عدم قصد التشبه ، فلا يصدق عليه عنوان التشبه عادة ، فلا يتمّ هذا الوجه .

نعم ، صدق عنوان التشبه بحسب اختلاف الأزمنه والأمكنه مختلف كما هو واضح .

ص: ٤١

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ / ١٤٦ ح ١ الباب ٦٤ من ابواب جهاد العدو .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٤ / ٣٨٥ ح ٨ الباب ١٩ من أبواب لباس المصلى .

## الوجه الرابع : حلق اللحية داخل في التشبه بالنساء

قد سبق في البحوث الماضية أن تشبه كل من الرجل والمرأة بالآخر حراماً مطلقاً ومن الواضح أن من أظهر مصاديق تشبه الرجل بالمرأة حلق اللحية .

وفيه : نعم التشبه حرام مطلقاً ولكن إذا صدق عنوان التشبه عرفاً ، وصرف حلق اللحية فقط لا يصدق عليه التشبه إذا لم يكن معه أمور أخرى . لاسيما في زمان أو مكان دارج أمر حلق اللحية بين رجاله ، فلا يصدق عنوان التشبه أصلاً . والعرف خير حاكم بما ذكرناه .

## الوجه الخامس : آية تغيير الخلقه

وهي قوله تعالى حكاية عن الشيطان : «لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا \* وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي سُنُوبِكُمْ وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي سُنُوبِكُمْ وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي سُنُوبِكُمْ وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي سُنُوبِكُمْ» (١) .

بتقريب : أن حلق اللحية من مصاديق تغيير خلق الله ، وظاهر الآيه حرمة مطلقاً إلا ما خرج بالدليل أو لم يكن عند العرف من مصاديقه . والأول نحو : الختان وحلق الرأس والعانة والإبطين وقص الأظفار ونحوها ، والثاني مثل : قطع الأشجار وحفر الآبار وجرى الأنهار وكسر الأحجار ونحوها .

وأما غيرهما من أنواع التصرفات فتدخل في الآيه الشريفه وهي حرام نحو ، قرض آذان الأنعام وشقها وجذع أنفهم وحلق اللحية وإخفاء الناس ونحوها ، فالآيه الشريفه تدل على حرمة حلق اللحية .

وعلى ما ذكرنا تدخل في الآيه الشريفه جميع ما ذكره المفسرون ، لأن كل ذلك من التغيير في خلق الله .

قال الشيخ الطوسي : « وقوله : «وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي سُنُوبِكُمْ» اختلّفوا في معناه ، فقال ابن عباس والربيع بن أنس عن أنس : أنه الإخفاء وكرهوا الإخفاء في البهائم ، وبه قال سفيان وشهر بن حوشب وعكرمه وأبو صالح . وفي روايه أخرى عن ابن عباس فليغيرن دين

ص: ٤٢

اللَّهِ ، وبه قال إبراهيم ومجاهد ، وروى ذلك عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام ، قال مجاهد : كذب العبد - يعنى  
عكرمه - فى قوله : أنه الإخصاء ، وإنما هو تغيير دين الله الذى فطر الناس عليه فى قوله : «فَطَرَهُ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا  
تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ» (١) ، وهو قول قتاده والحسن والسدى والضحاك وابن زيد .

وقال قوم : هو الوشم ، روى ذلك عن الحسن والضحاك وإبراهيم أيضاً والمغيرات خلق الله ، قال الزجاج : خَلَقَ اللَّهُ تَعَالَى  
الْأَنْعَامَ لِيَأْكُلُوا فِجْرَمُوهَا عَلَى أَنْفُسِهِمْ ، وَخَلَقَ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ وَالْحِجَارَةَ مَسْخَرَةً لِلنَّاسِ يَنْتَفِعُونَ بِهَا فَعَبَدَهَا الْمُشْرِكُونَ ، وَأَقْوَى  
الْأَقْوَالِ مَنْ قَالَ : فليغيرن خلق الله بمعنى دين الله ، بدلاله قوله : «فَطَرَهُ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ  
الْقَيِّمُ» ، ويدخل فى ذلك جميع ما قاله المفسرون ، لأنه إذا كان ذلك خلاف الدين فالآيه تتناوله» (٢) .

وذكر نحوها الطبرسى فى مجمع البيان ، فراجع كلامه (٣) .

قال الزمخشري : « وتبتئكمهم الآذان فعلهم بالبحائر (٤) ، كانوا يشقون أذن الناقة إذا ولدت خمسه أبطن وجاء الخامس ذكراً ،  
وحرموا على أنفسهم الانتفاع بها . وتغيرهم خلق الله : فقء عين الحامى وإعفاؤه عن الركوب . وقيل : الخصاء وهو فى قول عامه  
العلماء مباح فى البهائم وأما فى بنى آدم فمحظور ، وعند أبى حنيفة يكره شراء الخصيان وإمساكهم واستخدامهم ، لأن الرغبه  
فيهم تدعو إلى خصائهم . وقيل : فطره الله هى دين الإسلام . وقيل للحسن : إن عكرمه يقول هو الخصاء فقال : كذب عكرمه ،  
هو دين الله . وعن ابن مسعود : هو الوشم ، وعنه : لعن الله الواشرات والمتنمصات والمستوشمات المغيرات خلق الله . وقيل :  
التخنث» (٥) .

ص: ٤٣

١- (١) سورة الروم / ٣٠ .

٢- (٢) التبيان ٣ / ٣٣٤ .

٣- (٣) مجمع البيان ٣ / ١١٣ .

٤- (٤) بحر الناقة : شق أذنها ، فهى بحيره جمعها بحائر وبُحر .

٥- (٥) الكشاف ١ / ٥٦٦ .

وقال البيضاوى : « فَلْيَبْتَكَرَنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ » يشقونها لتحريم ما أحله الله ، وهى عبارته عما كانت العرب تفعل بالبحاير والسوايب ، وإشارته إلى تحريم كل ما أحل ، ونقص كل ما خلق كاملاً بالفعل أو بالقوه .

«وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ» عن وجهه صورته أو صفه ، ويندرج فيه ما قيل : من فقؤ عين الحامى وخصاء العبيد ، والوشم والوشر واللواطه والسحق ونحو ذلك وعباده

الشمس والقمر ، وتغيير فطره الله التى هى الإسلام ، واستعمال الجوارح والقوى فيما لا يعود على النفس كمالاً ولا يوجب لها من الله زلفى ، وعموم اللفظ يمنع الخصاء مطلقاً ولكن الفقهاء رخصوا فى خصاء البهائم للحاجه ... «(١)» .

أقول : فعلى ما ذكر المفسرون يدخل فى الآيه الشريفه ما ورد من الروايات من تفسير خلق الله بدين الله أو أمره أو نهيه ، نحو مرفوعتى جابر حيث فسّر الإمام أبى جعفر الباقر عليه السلام فيهما خلق الله بدين الله وأمر الله بما أمر به (٢) . وغيرها من الروايات (٣) .

والحاصل ، لا منافاه بين الأخذ بهذه التفاسير والقول بحرمه تغيير خلق الله وبين تفسير خلق الله بدين الله وأمره ونهيه ، لأنّ دين الله وفطره الله وأمره ونهيه أيضاً من خلقه ، فالتغيير فى كل ذلك حرام بمفاد الآيه الشريفه .

والعلامه الخبير الفيض الكاشانى قدس سره أيضاً جمع بين الروايات وأقوال المفسرين بمثل ما جمعناه وقال فى ذيل قوله تعالى : « خَلَقَ اللَّهُ » فيه (أى فى المجمع) عنه (أى عن الصادق عليه السلام) يريد دين الله وأمره ونهيه ، ويؤيده قوله سبحانه : « فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ » أقول : ويزيده تأييداً قوله عزّ وجل عقيب ذا « ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ » (٤) وتفسيرهم فطره الله بالإسلام ، ولعله يندرج فيه كلّ تغيير لخلق الله عن وجهه صورته أو صفته من دون إذن من الله ، كفقئهم عين الفحل الذى طال مكثه عندهم

ص: ٤٤

- ١- (١) أنوار التنزيل / ٢٠٦ الطبع الحجرى .
- ٢- (٢) تفسير العياشى ١ / ٤٤٤ ح ٢٧٨ و ٢٧٩ .
- ٣- (٣) راجع تفسير العياشى ١ / ٤٤٤ ح ٢٧٧ و البرهان فى تفسير القرآن ٢ / ١٧٥ .
- ٤- (٤) سورة الروم / ٣٠ .



وإعفائه عن الركوب ، وخصاء العبيد وكل مثله ، ولا ينافيه التفسير بالدين والأمر ، لأن ذلك كله داخل فيهما»(١).

وتبعه في ذلك المشهدى في كنز الدقائق(٢) والعلامة الطباطبائي في الميزان(٣) ومال إلى هذا الجمع الشيخ الطوسي أعلى الله مقامه والقاضي البضاوى كما مرّ كلامهما .

فعلى ما ذكرنا كل تغيير فى خلق الله حرام ، ومنها : حلق اللحية .

ولا يرد علينا عدم تطبيق التغيير فى خلق الله على حلق اللحية فى كلمات

المفسرين ، وكما أصرّ عليه بعض الأستاذ(٤) - مدظله - ، لأن ما ذكره ليس إلا بعنوان المثال ، وحيث لم يتداول حلق اللحية فى ذلك الزمان بين المسلمين فلم يذكروها .

فالآيه الشريفه تدلّ بإطلاقها على حرمة تغيير خلق الله ومنها : حلق اللحية .

وجماعه من الأصحاب أيضاً استدلوا بهذه الآيه لحرمة حلق اللحية ، منهم الفقيه السيد اليزدى والشيخ المؤسس الحائرى(٥) والشيخ البلاغى(٦) وصاحب المنيه(٧) وغيرهم أعلى الله مقامهم .

### الوجه السادس : آيه الحنيفيه

وهى قوله تعالى : «ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ»(٨) .

قد أمرنا عزّ وجلّ باتباع مله إبراهيم حنيفاً ، وعدّ من الحنيفيه إعفاء اللحي ، كما قال

ص: ٤٥

١- (٥) تفسير الصافى / ١٢٥ الطبع الحجرى .

٢- (٦) كنز الدقائق / ٢ / ٦١٧ .

٣- (٧) الميزان / ٥ / ٨٧ .

٤- (١) دراسات فى المكاسب المحرمة / ٣ / ١١٣ و ١١٤ .

٥- (٢) كما نقل عنهما فى المنيه / ٣٤ .

٦- (٣) فى رسالته فى حرمة حلق اللحية / ١٥٣ المطبوعه ضمن الرسائل الأربعة عشر .

٧- (٤) المنيه / ٣٠ وما بعدها .

٨- (٥) سورة النحل / ١٢٣ .

على بن إبراهيم القمي في تفسيره : « وهى الحنيفيه العشره التى جاء بها إبراهيم عليه السلام : خمسہ فى البدن وخمسہ فى الرأس ، فأما التى فى البدن فالغسل من الجنابه والطهور بالماء وتقليم الأظفار وحلق الشعر من البدن والختان ، وأما التى فى الرأس فطمّ الشعر(١) وأخذ الشارب وإعفاء اللحي والسواك والخلال . فهذه فلم تنسخ إلى يوم القيامة»(٢) .

والروايه كما ترى مقطوعه لم تنسب إلى معصوم ، ولكن نسب الطبرسى هذه الروايه إلى الصادق عليه السلام وقال بعد نقلها : « ذكره على بن إبراهيم بن هاشم فى تفسيره»(٣) .

وهكذا نقل صاحب الوسائل(٤) عن الطبرسى .

فيمكن نسبه الروايه إلى المعصوم عليه السلام ، وعدّ من الحنيفيه التى أمرنا باتباعها إعفاء اللحي ، فإذا وجب إعفاء اللحي حرم حلقتها .

وفيه : على فرض تماميه نسبه الروايه إلى المعصوم عليه السلام ، مع ذلك ليس لها سند وتكون

مرسله فلا يمكن الإعتماد عليها . ويأتى البحث حول إعفاء اللحي بعد نقل رواياتها .

### الوجه السابع : الخبر المروى فى الجعفریات

نقل محمد بن محمد بن الأشعث عن موسى بن إسماعيل بن موسى بن جعفر عن أبيه عن جده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على بن أبى طالب عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : حلق اللحيه من المثلثه ، ومن مثل فعليه لعنه الله(٥) .

بتقريب : أن المثلثه حرام فى الشريعه المقدسه ، والروايه عدّت حلق اللحيه منها فتكون حراماً .

وفيه : نعم ، المثلثه حرام فى الشريعه ولكن كون حلق اللحيه من المثلثه فى العرف محل تأمل . وأما الذهاب إلى ثبوت حكم المثلثه عليها تعبداً بواسطة هذه الروايه ، فغير تام ، لأنّ

ص: ٤٦

١- (٦) طمّ الشعر : جزّه أو عقصه ، عَقَصَتِ المرأه شَعْرَها : شدّته فى قفاها .

٢- (٧) تفسير القمي ١ / ٣٩١ .

٣- (٨) مجمع البيان ١ / ٢٠٠ - ذيل آيه ١٢٤ من سوره البقره .

٤- (٩) وسائل الشيعه ٢ / ١١٧ ح ٥ . الباب ٦٧ من أبواب آداب الحمام .

٥- (١) الجعفریات / ١٥٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١ / ٤٠٦ ح ١ .

الروايه من حيث السند ضعيفه ولم يثبت صحه انتساب الكتاب إلى ابن الأشعث الكوفى .

وأما الإشكال فى الروايه فبعدم صدق المثلث على حلق اللحيه ، لأنّ المعتبر فى صدق المثلث أمران : أحدهما : إيقاع النقص بالغير ، وثانيهما : كون الإيقاع بقصد هتكه وتحقيره ، فلا يتحقق عنوان المثلث فيما إذا حلق الإنسان لحيته بداعى التجميل ونحوه . كما قاله شيخنا الأستاذ - مدظله - (١) وأستاده (٢) قدس سره .

وهذا غير تام ، لورود النهى عن المثلث فى الشريعة حتّى بالنسبه إلى الحيوانات والكلب العقور ومن الواضح انه لم يصدق فيها قصد التحقير والهتك بالنسبه إليهم .

وهكذا لا يتم ما ذكره المحقق الخوئى قدس سره من اجتماع اللعن مع الكراهه ، واستدل ببعض الروايات الوارده فى موارد استعمال اللعن فى مقام الكراهه (٣) .

لأنّ ظهور اللعن فى الحرمة واضح عند العرف ، نعم يمكن استعماله فى الكراهه مع وجود قرينه عليها ، ومن القرائن علم السامع بعدم الحرمة كما فى الأمثله التى ذكرها هذا المحقق الجليل ، نحو : آكل زاده وحده وراكب الفلاه وحده والنائم فى بيت وحده .

ولذا صار مثل اللعن مثل السحت ، كما أن ظهور السحت فى الحرمة واضح ولكن ربّما يُستعمل فى الكراهه ، هكذا الأمر بالنسبه الى اللعن . وقد تتبّه على هذا الإشكال شيخنا

الاستاذ - مدظله - فراجع كلامه فى كتابه (٤) .

والحاصل ، الإشكال فى الاستدلال بهذه الروايه منحصر بما ذكرناه ، من أنّ الروايه ضعيفه سنداً ، مضافاً إلى عدم ثبوت انتساب الكتاب إلى ابن الأشعث ، فلا يمكن الإعتماد عليها . وإلحاق حلق اللحيه بالمثلث تعبداً فى حكمها - وهى الحرمة - مشكّل .

### الوجه الثامن : خبر حبابه الواليه

روى الكلينى والصدوق بسند فيه ضعف عن حبابه أنّها قالت : رأيت

ص: ٤٧

١- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٤٧ .

٢- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٢٥٩ .

٣- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٦٠ .

٤- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٤٧ .

أمير المؤمنين عليه السلام في شرطه الخميس ومعه درّه لها سبابتان يضرب بها يتاعى الجريّ والمارماهي والزمار ويقول لهم : يا يتاعى مسوخ بنى إسرائيل وجند بنى مروان ، فقام إليه فرات بن أحنف ، فقال : يا أمير المؤمنين عليه السلام وما جند بنى مروان ؟ قال : فقال له : أقوامٌ حلقوا اللحي وفتلوا الشوارب فمسخوا ، الحديث (١) .

الجريّ : نوع من السمك لا فلس له ، وكذا المارماهي والزمار ، والقتل : الإزالة .

بتقريب : أن المسخ عقوبه شديده لا تترتب إلا على ارتكاب المحرّمات الشديده والمغلّظه ، وحيث تترتب على حلق اللحي وفتل الشارب فيكونان من المحرّمات الشرعيه .

وفيه : أولاً- الروايه ضعيفه الإسناد بسنديها ، لا يمكن الإعتماد عليها في الأحكام الشرعيه ، والعجب من العلامه البلاغي حيث حكم باعتبار سندها بروايه الصدوق (٢) .

وثانياً : الروايه تدلّ على أن حلق اللحي وفتل الشارب - أي إزالته معاً - من المحرّمات كما فعله المجوس ، ولم يقل أحدٌ بأنّ فتل الشوارب فقط من المحرّمات ، أعنى الروايه تدلّ على أنّ فتل الشارب من المحرّمات والإجماع قائم على خلافه ، فالأخذ بها مشكل .

اللهم إلا- أن يقال : هذا الإجماع مانع من حمل الحرمة على فتل الشوارب ، ولكن لا يمنع من حمل الحرمة على حلق اللحي أو على حلقهما معاً .

وثالثاً : الروايه حيث تترتب المسخ على حلق اللحي ، تدلّ على أنّها من الكبائر ، والإلتزام بأنّها من الكبائر مشكل .

ورابعاً : الروايه تدلّ على حرمتها في الأديان السالفه المنسوخه ، وثبوت الحرمة في الأديان المنسوخه لا تقتضى حرمتها في شرعنا وديننا .

ولكن مع ذلك كلّ ظهور الروايه في حرمة حلق اللحي ممّا لا ينكر ، إلا أنّ العمده ضعف إسنادها .

ص: ٤٨

١- (٢) الكافي ١ / ٣٤٦ ح ٣ وكمال الدين / ٥٣٦ ح ١ ونقل عنهما في وسائل الشيعه ٢ / ١١٦ ح ٤ .

٢- (٣) رساله في حرمة حلق اللحي / ١٥١ المطبوع ضمن الرسائل الأربعه عشر .

روى ابن إدريس فى آخر السرائر نقلاً عن كتاب الجامع لأحمد بن محمد بن أبى نصر البزنطى صاحب الرضا عليه السلام قال : وسألته عن الرجل هل يصلح لأحد أن يأخذ من لحيته ؟ قال : أمّا من عارضيه فلا بأس وأمّا من مقدّمها فلا(١).

ورواها الحميرى فى قرب الإسناد(٢) وعلى بن جعفر العريضى فى كتابه(٣) إلا أنه قال فى آخره : فلا يأخذ .

ورواها فى بحار الأنوار(٤) عن قرب الإسناد والسرائر .

لم يذكر ابن إدريس سنده إلى جامع البزنطى ، فالروايه مرسله . ولكن لصاحب الوسائل سنداً صحيحاً إلى كتاب على بن جعفر ، وهو ثقة ، فهذا السند صحيح .

وأما سند الحميرى فى قرب الإسناد فضعيف بعبد الله بن الحسن حفيد على بن جعفر لأنه لم يرد توثيقه ، اللهم إلا أن يقال باعتباره .

وأما دلالة الصحيحه على حرمه حلق اللحية وأخذها ولو بالنتف ونحوه واضحه ، لأنّ الإمام عليه السلام نهى عن الأخذ من مقدّمها مطلقاً ، ومن البديهي أنّ الأخذ من مقدّمها بمعنى إصلاحها أو تقصيرها إذا جاوزت عن القبضه أو تدويرها أو تبطنها لا بأس بها ، فأى شىء به بأس ؟ لم يبق إلا الحلق ، فالصحيحه تدلّ على حرمه حلق مقدّم اللحية حيث نهى الإمام عليه السلام عنه ، وأمّا حلق العارضين فلا بأس به ، فالروايه تدلّ - مضافاً على حرمه حلق اللحية - على جواز ما شاع فى عصرنا الحاضر من حلق العارضين وإبقاء ما على الذقن . وقد خالف فى هذه الدلالة بعض الأساتيد(٥) - مدظله - .

ص: ٤٩

١- (١) السرائر ٣ / ٥٧٤ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١١ ح ٥ الباب ٦٣ من أبواب آداب الحمام .

٢- (٢) قرب الاسناد / ٢٩٦ ح ١١٦٩ .

٣- (٣) مسائل على بن جعفر / ١٣٩ ح ١٥٣ .

٤- (٤) بحار الانوار ٧٣ / ١٠٩ ح ٢ و ٣ (٣٠ / ١٩٠) .

٥- (٥) منيه الطالب فى حكم اللحية والشارب / ٤٤ ودراسات فى المكاسب المحرمه ٣ / ١٢٥ .

والإشكال فيها : بأنّ « مفادها (لا يصلح) وهو أعم من الحرمة على ما هو المعروف بين الفقهاء» كما قاله بعض المعاصرين (١) .  
قدس سره غير تام .

لأنه : أولاً : ورد في نقل علي بن جعفر « فلا يأخذ» ، ولم يكن مفاده لا يصلح حتّى يناقش فيها ، ومن الواضح ظهور كلمه « لا يأخذ» في الحرمة ، لأنها نهى صريح .

وثانياً : على فرض أنّ يكون مفادها « لا يصلح» فهذه أيضاً ظاهره في الحرمة ، لأنّ ظهور النهى في الحرمة ، إلاّ ما ورد فيه الترخيص أو قامت قرينه على غيرها ، وكلاهما مفقودان في المقام .

### الوجه العاشر : الروايات الآمره بإعفاء اللحي

عدّه من الروايات تأمرنا بإعفاء اللحي :

منها : مرسله الصدوق قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : حفّوا الشوارب واعفوا اللحي ولا تشبّوها باليهود (٢) .

ومنها : مرسله أخرى له قال : رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إنّ المجوس جزّوا لحاهم ووفّزوا شواربهم ، وإنّا نجزّ الشوارب ونعفى اللحي ، وهي الفطره (٣) .

ورواهما مرسلًا العلامة في التذكرة (٤) والشهيد في الذكرى (٥) ونجل الطبرسي في مكارم الأخلاق (٦) ، ونقل عنه في بحار الأنوار (٧) .

ومنها : خبر علي بن غراب عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام قال :

قال

ص: ٥٠

١- (٦) وهو الفقيه السيد عبد الأعلى السبزواري في مهذب الأحكام ١٦ / ٨٠ .

٢- (١) الفقيه ١ / ١٣٠ ح ٣٢٩ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٦ ح ١ الباب ٦٧ من أبواب آداب الحمام .

٣- (٢) الفقيه ١ / ١٣٠ ح ٣٣١ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٦ ح ٢ .

٤- (٣) تذكرة الفقهاء ٢ / ٢٥٣ .

٥- (٤) ذكرى الشيعة ١ / ١٥٩ .

٦- (٥) مكارم الأخلاق ١ / ١٥٦ .

٧- (٦) بحار الأنوار ٧٣ / ١١٢ (٣٠ / ١٩٢ ح ١٤) .

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : حَفَّوا الشَّوَارِبَ وَاغْفُوا اللَّحَى وَلَا تَشْبِهُوا بِالْمَجُوسِ (١).

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : قصوا سبالكم ووفروا عثانينكم وخالفوا أهل الكتاب (٢).

السبال : جمع سبله وهي الشارب . العُثُون : اللحية .

ومنها : مرسله الشيخ أبي الفتوح الرازي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : احفوا

الشوارب واعفوا اللحي (٣).

ومنها : خبر جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ليس منّا من سلق ولا خرق ولا حلق (٤).

سلقه بلسانه : خاطبه بما يكره . الخرق : الجهل والحمق . وقال الأحسائي : الحلق هي حلق اللحية .

ومنها : قال النوري : قال الكازروني في المنتقى في حوادث السنه السادسة بعد ذكر كتابه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى الملوک : وأنه كتب كسرى إلى عامل اليمن بازان أن يبعثه إليه ، وأنه بعث كاتبه بانويه ورجلاً آخر يقال له : خرخسك إليه صلى الله عليه وآله وسلم ، قال : وكانا قد دخلا على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقد حلقا لحاهما وأعفيا شواربهما ، فكره النظر إليهما وقال : ويلكما من أمركما بهذا ؟ قال : أمرنا بهذا ربنا - يعنينا كسرى - فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لكن ربّي أمرني بإعفاء لحيتي وقصّ شاربي ، الخبر (٥).

أقول : روى نحوها الطبري في تاريخه (٦) وابن الأثير في

« الكامل في

ص: ٥١

١- (٧) معاني الأخبار / ٢٩١ ح ١ ونقلًا عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٦ ح ٣ وبحار الأنوار ٧٣ / ١١١ ح ١٠ (٣٠ / ١٩١) .

٢- (٨) دعائم الاسلام ١ / ١٢٥ ونقل عنه العلامة البلاغي في رسالته في حرمه حلق اللحية / ١٤٤ .

٣- (١) روض الجنان ١ / ٢٨٧ .

٤- (٢) عوالي اللآلي ١ / ١١١ ح ١٩ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١ / ٤٠٦ ح ٢ .

٥- (٣) مستدرک الوسائل ١ / ٤٠٧ .

٦- (٤) تاريخ الطبري ٣ / ١٥٧٣ .

وقد روى بطرق العامه أيضاً الأمر بإعفاء اللحي ، فإن شئت راجع في هذا المجال رساله العلامة البلاغى فى حرمه حلق اللحيه(٢) والغدير(٣) للعلامه الأمينى .

وبعد مراجعه روايات الفريقين فى المقام ، لا- محيص لنا من الإذعان بصدور الأمر بالإعفاء من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والأئمه عليهم السلام من أهل بيته ، كما اعترف بعض الأساتيد - مدظله - بأنها « مستفيضه من طرق الفريقين »(٤) . فما فى مصباح الفقاهه من : « أنها ضعيفه السند »(٥) غير تام .

وأما دلالتها : ورد الأمر بالإعفاء والتوفير بالنسبه إلى اللحيه ، والإعفاء مستلزم

لإبقائه وعدم حلقه ، والأمر بالإعفاء يستلزم وجود اللحيه وإبقائها وعدم حلقها ، فالروايات تدلّ على الأمرين : لزوم التوفير استحباباً ولزوم إبقاء اللحيه ووجودها وجوباً . وهكذا استفاد العلامة الفيض قدس سره من الروايات حيث قال : « فذكر الإعفاء عقيب الإحفاء ثم النهى عن التشبه باليهود دليل على أنّ المراد بالإعفاء أن لا يستأصل ويؤخذ منها من دون استقصاء بل مع توفير وإبقاء ... »(٦) .

وتبعه العلامة البلاغى فى الاستفاده من هذه الروايات واستنتج حرمه الحلق منها ، فراجع رسالته فى حرمه حلق اللحيه(٧) .

وذكر بعض الأساتيد - مدظله - ما ذكرناه بعنوان احتمال فى رسالته(٨)

ص: ٥٣

١- (٥) الكامل فى التاريخ ٢ / ٢١٤ .

٢- (٦) رساله فى حرمه حلق اللحيه / (١٤٩ - ١٣٩) .

٣- (٧) الغدير ١١ / (١٥١ - ١٤٩) الطبعة الأولى .

٤- (٨) منيه الطالب فى حكم اللحيه والشارب / ٣٠ ودراسات فى المكاسب المحرمه ٣ / ١١٨ .

٥- (٩) مصباح الفقاهه ١ / ٢٥٩ .

٦- (١) الوافى ٦ / ٦٥٨ .

٧- (٢) رساله فى حرمه حلق اللحيه / ١٤٩ .

٨- (٣) منيه الطالب فى حكم اللحيه والشارب / ٣٥ .



وكتابه (١).

والحاصل ، أنّ الروايات الآمره بالإعفاء تدلّ على وجوب وجود اللحية للمسلم ، فليس له حلقها . نعم : غايه الأمر أنّ توفيرها وتطويلها ليس بواجب ، لما ورد من جواز تقصيرها وإصلاحها وتدويرها .

وبالجملة ، تلك عشره كامله من الأدله التي أقيمت على حرمه حلق اللحية ، وقد عرفت تماميه بعضها والمناقشه في بعضها الآخر ، وأمّا اللاتي تمت فهى عندنا :

١ - سيره المتشرعه وارتكازهم

٢ - الإطلاق الوارد في الآيه من حرمه تغيير الخلقه

٣ - صحيحه البنزطى

٤ - الروايات الآمره بإعفاء اللحي .

وهذه الأدله الأربعة تدلّ على حرمه حلق اللحية .

**ثم إن هاهنا فروعاً لا بدّ من التنبيه عليها**

**الفرع الأول : الاكتساب بحلق اللحية**

حيث ذهبنا إلى حرمه حلق اللحية ، فالإكتساب بها أيضاً حرام ، يعنى أخذ الأجره في

مقابل حلق اللحية حرام ، فيدخل في المكاسب المحرمه .

**الفرع الثانى : هل يجوز حلقها مادام لم يصدق عليها اللحية ؟**

إذا لم يصدق على الشعر النابت على الوجه بأنها لحيهٌ يجوز حلقها ، لأنها ليست بلحيه ، نحو الشعر النابت على وجوه الأطفال الذين لم يبلغوا الحُلُم ، وأمّا إذا كانت كثيفه كثيره بحيث صدقت عليها أنها لحيه عرفاً فلا يجوز حلقها . وأمّا بالنسبه إلى البالغين الذين لهم لحي ولكنهم حلقوها كلّ يوم لم يصدق على النابت اللحية ، يصدق على فعلهم الحلق عرفاً ، فلذا يكون فعلهم هذا حراماً ، مضافاً إلى أنّ الواجب على المسلم كونه ذا لحيه ، وهو ليس كذلك ،

ص: ٥٣

ففعله حرام .

### الفرع الثالث : هل يجوز حلق العارضين وإبقاء ما على الذقن ؟

قد مرّ منّا في ذيل صحيحه البنزطى أنّ المراد من الأخذ فيها الحلق ، فالصحيحه تدلّ على جواز هذه الكيفيه من اللحيه ، فيجوز حلق العارضين وإبقاء ما على الذقن .

مضافاً إلى أن العرف يراهم ذا لحيه ، لا الحالق لها . ونفس هذا يكفى فى جواز عملهم ، لأنّ ما وجب على المسلم كونه ذا لحيه كما حملنا الروايات الآمره بإعفاء اللحي على ذلك ، وهذا ذو لحيه عند العرف .

نعم ، الأحوط الإجتناّب عنه كما هو واضح .

### الفرع الرابع : هل تسقط حرمة حلق اللحيه ؟

حيث ذهبنا إلى حرمة حلق اللحيه فصارت كغيرها من التكاليف المحرّمه ، بحيث تسقط عند الاضطرار أو الإكراه أو المزاحمه بتكليف آخر أهم منها ، ففى كلّ هذه الصور تسقط الحرمة كما فى غيرها من المحرّمات ، وثبّه على هذا الفرع شيخنا الأستاذ(١) - مدظله - .

### الفرع الخامس : هل يفرق بين الحلق والتنف وغيرهما ممّا يوجب إزاله الشعر ؟

الظاهر أنّ موضوع حرمة حلق اللحيه إعدامها ، بأيّ نحو كان ، فعليه لا- يفرق فى إعدام اللحيه وإزالتها بين الحلق والتنف واستعمال الأدويه عليها أو أكل الأقراص لإزالتها وغيرها ممّا يوجب إزاله الشعر عن اللحيه . وثبّه على هذا الفرع المحقق الخوئى(٢) قدس سره .

### الفرع السادس : هل للحيه حدّ فى جانب القله والكثره ؟

فى جانب القله لم يرد فى تحديد اللحيه نص خاص ، ولذا يكون المدار فيه على الصدق

العرفى . وعلى هذا فإذا أخذ المكلف من اللحيه بمثل المكينه والمقراض ونحوهما بحيث لم تصدق اللحيه على الباقي عرفاً كان فعله حراماً . كما ثبّه عليه المحقق الخوئى(٣) قدس سره .

١- (١) ارشاد الطالب ١ / ١٤٨ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٦٢ .

٣- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٦٢ .

وأما في جانب الكثرة : قد يُستفاد من بعض الروايات النهى عن تجاوز اللحية عن القبضه :

منها : ما رواه الكليني في الصحيح عن محمد بن أبي حمزه عمن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ما زاد على القبضه ففي النار ، يعنى اللحية(١) .

ومنها : خبر معلى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ما زاد من اللحية عن القبضه فهو في النار(٢) .

رواها الصدوق مرسلًا في الفقيه(٣) عن الصادق عليه السلام .

ومنها : ما رواه الكليني في الصحيح عن يونس عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام في قدر اللحية ، قال : تقبض بيدك على اللحية وتجزّ ما فضل(٤) .

رواها الصدوق مرسلًا في الفقيه(٥) عن الصادق عليه السلام .

ومنها : خبر درست عن أبي عبد الله عليه السلام قال : مرّ بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم رجل طويل اللحية ، فقال : ما كان على هذا لو هيتاً من لحيته ، فبلغ ذلك الرجل فهتأ لحيته بين اللحيين ثم دخل على النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فلما رآه قال : هكذا فافعلوا(٦) .

ورواها الصدوق في الفقيه(٧) مرسلًا .

ومنها : ما رواه محمد بن محمد بن الأشعث بإسناده إلى الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام إنه كان يقول : « ما جاوز القبضه من مقدّم اللحية فيجزّوه »(٨) .

ص: ٥٥

- ١- (٢) الكافي ٦ / ٤٨٧ ح ١٠ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٢ ح ١ الباب ٦٥ من أبواب آداب الحمام .
- ٢- (٣) الكافي ٦ / ٤٨٦ ح ٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٣ ح ٢ .
- ٣- (٤) الفقيه ١ / ١٣٠ ح ٣٣٢ .
- ٤- (٥) الكافي ٦ / ٤٨٧ ح ٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٣ ح ٣ .
- ٥- (٦) الفقيه ١ / ١٣٠ ح ٣٣٤ .
- ٦- (٧) الكافي ٦ / ٤٨٨ ح ١٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١١ ح ٣ الباب ٦٣ من أبواب آداب الحمام .
- ٧- (٨) الفقيه ١ / ١٣٠ ح ٣٣٠ .
- ٨- (٩) الجعفریات / ١٥٧ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١ / ٤٠٤ ح ١ الباب ٣٨ من أبواب آداب الحمام .

وهذه الروايات حددت اللحية في جانب الكثرة بالقبضه ، لكنها كلها ضعاف من حيث السند ، مضافاً إلى الخلاف المنقول (١) في معنى القبضه ، ولذا لم يفت الأصحاب على مفادها ، يعنى حرمه ما زاد عن القبضه .

نعم ، قد يقال بكراهيه ما زاد على القبضه بهذه الروايات ، وهى لا بأس بها إن أغمضنا عن ضعف أسنادها أو ذهبنا إلى بلوغها مرتبه الاستفاضه كما عن بعض - الأساتيذ - (٢) مدظله .

وفيه : لا يتم القول بالكراهه أيضاً ، لعدم تماميه التسامح فى أدلتها عندنا ، بل لا يتم القول بالتسامح فى أدله السنن حتى يقاس المقام بها .

ولعمري كيف ذهب بعض الأعلام إلى الحكم بحرمه ما نقص عن القبضه بهذه الروايات (٣) ؟ !

وحمل العلامه البلاغى هذه الروايات على التشبه باليهود (٤) . وهو متين وله وجه . وقال بعض الأساتيذ - مدظله - : « ولعلّ النظر فى هذه الروايات إلى من كان يريد بذلك التشبه باليهود أو رثاء الناس وتغريهم بلحيته ، كما قد يرى فى أعصارنا من بعض من يتكلف لإدخال نفسه فى عداد أهل الفضل بهذه الوسيله » (٥) .

وفيه : أن الروايات وإن تشمل ما ذكره - مدظله - بإطلاقها ، ولكن لاوجه لتخصيصها به وتقييدها .

### الفرع السابع : حكم الشارب

من السنن المؤكده الأخذ من الشارب وإحفائه ، وقد ورد فيه عدّه من الروايات

ص: ٥٦

١- (١٠) راجع الوافى ٦ / ٦٥٦ - ومهذب الاحكام ١٦ / ٨٠ .

٢- (١) دراسات فى المكاسب المحرمه ٣ / ١٣٧ .

٣- (٢) نقل ذلك العلامه الطبسى قدس سره صاحب المنيه عن بعض الأعلام من أساتيده ، ثم قال : ولكن لا دليل عليه . راجع المنيه / ١١٢ .

٤- (٣) رساله فى حرمه حلق اللحية / ١٥٨ .

٥- (٤) منيه الطالب فى حكم اللحية والشارب / ٦٧ - دراسات فى المكاسب المحرمه ٣ / ١٣٧ .

منها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن قصّ الشارب أمن السنه ؟ قال : نعم (١) .

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ من السنه أن تأخذ من الشارب حتّى يبلغ الإطار (٢) .

الإطار - ككتاب - : ما يفصل بين الشفه وبين شعرات الشارب ، وكلّ شيء أحاط بشيءٍ فهو إطار له .

ومنها : معتبره أخرى للسكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يطولنّ أحدكم شاربهُ ، فإنّ الشيطان يتّخذها مخبأً يستتر به (٣) .

رواها في الفقيه (٤) مرسلًا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

ومنها : موثق ابن فضال عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ذكرنا الأخذ من الشارب ، فقال : نُشْرُهُ وهو من السنه (٥) .

ومنها : خبر عبد الله بن عثمان أنّه رأى أبا عبد الله عليه السلام أحفى شاربهُ حتّى ألصقه بالعسيب (٦) .

العسيب : منبت الشعر .

ومنها : معتبره ثالثة لإسماعيل بن مسلم السكوني عن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : لا يطولنّ أحدكم شاربهُ ولا شعر إبطيه ولا عانته ، فإنّ الشيطان يتّخذها

ص: ٥٧

١- (٥) الكافي ٦ / ٤٨٧ ح ٧ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٤ ح ١ الباب ٦٦ من أبواب آداب الحمام .

٢- (٦) الكافي ٦ / ٤٨٧ ح ٦ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٤ ح ٢ .

٣- (١) الكافي ٦ / ٤٨٧ ح ١١ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٤ ح ٣ .

٤- (٢) الفقيه ١ / ١٢٧ ح ٣٠٧ .

٥- (٣) الكافي ٦ / ٤٨٧ ح ٨ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٤ ح ٤ .

٦- (٤) الكافي ٦ / ٤٨٧ ح ٩ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢ / ١١٥ ح ٥ .

مخائباً يستتر بها(١).

ومنها: موثقه الحسن بن الجهم قال: قال أبو الحسن موسى عليه السلام: خمس من السنن في الرأس وخمس في الجسد، فأما التي في الرأس: فالسواك، وأخذ الشارب، وفرق الشعر، والمضمضه، والاستنشاق. وأما التي في الجسد: فالختان، وحلق العانة، وبتف الإبطين، وتقليم الأظفار، والإستنجاء(٢).

ومنها: معتبره مسعده بن صدقه عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ليأخذ أحدكم من شاربته والشعر الذي في أنفه وليتعاهد نفسه، فإن ذلك يزيد في جماله، وقال: كفى بالماء طيباً(٣).

ومنها: حسنه حفص ابن البحتري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تقليم الأظفار وأخذ الشارب من الجمعة إلى الجمعة أمان من الجذام(٤).

رواها في الفقيه(٥) مرسلأ إلى الصادق عليه السلام بالنسبه إلى أخذ الشارب فقط .

ومنها: خبر أبي كهشم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: علمنى دعاء استنزل به الرزق. فقال لى: خذ من شاربك وأظفارك وليكن ذلك فى يوم الجمعة(٦).

وأيضاً روى الصدوق مثلها فى الدلاله فى الفقيه(٧)، وهى صحيحه عبد الله بن أبى يعفور .

هذه الروايات المعبره تدل بوضوح على أن الأخذ من الشارب والمبالغه فى إحفائه

ص: ٥٨

١- (٥) علل الشرائع / ٥١٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٥ ح ٦ .

٢- (٦) الخصال ١ / ٢٧١ ح ١١ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١ ح ٢٣ ، الباب ١ من أبواب السواك .

٣- (٧) قرب الإسناد / ٦٧ ح ٢١٥ و ٢١٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢ / ١١٨ ح ٢ الباب ٦٨ من أبواب آداب الحمام .

٤- (١) الخصال ١ / ٣٩ ح ٢٤ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٣ / ١١٠ ح ٤ (٣٠ / ١٩٠) .

٥- (٢) الفقيه ١ / ١٢٧ ح ٣٠٥ .

٦- (٣) الخصال ١ / ٣٩١ ح ٨٦ وثواب الأعمال / ٤٣ ونقل عنهما فى بحار الأنوار ٧٣ / ١١٠ ح ٥ (٣٠ / ١٩٠) .

٧- (٤) الفقيه ١ / ١٢٧ ح ٣١٠ .

وقصّه من السنن المؤكده فى الشريعه المقدسه ، فإعفاؤه مع نسبه هذه الإعفاء إلى الشريعه أو المعصومين عليهم السلام تكون من أظهر مصاديق التشريع المحرّم أو الإفتراء والكذب على المعصومين عليهم السلام ، كما يظهر ذلك من بعض طوائف الصوفيه خذ لهم الله تعالى ونجا دينه منهم .

ص: ٥٩



لم يتعرض الشيخ الأعظم قدس سره لبحث الربا في المكاسب المحرمة وتبعه أكثر الأصحاب قدس سرهم من بعده ، ولكن ينبغي التعرض لهذا البحث لكثرة إبتلاء الناس به من دون قصد منهم إلى ذلك أو معه .

ولأئنه من المكاسب ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في شأنه : شر المكاسب كسب الربا كما في مرسله الصدوق (١) ، أو قال صلى الله عليه وآله وسلم : أخبث المكاسب كسب الربا كما في خبر سعد بن طريف (٢) ، أو قال صلى الله عليه وآله وسلم : شر الكسب كسب الربا كما في موثقه ابن فضال (٣) .

فتعرض له مع كمال الإختصار والإيجاز وللتطويل والتفصيل محل آخرٌ بحيث يمكن تدوين كتاب مستقل تحت عنوان « كتاب الربا » ، كما عمله الشهيد في الدروس (٤) والسيد اليزدي في العروة الوثقى (٥) .

فنقول بعونه تعالى : الربا في اللغة « الزيادة » كما في قوله تعالى : «فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ» (٦) وأخذ من قولهم : ربا الشيء يربو : إذا زاد ، والربا هو الزيادة على رأس المال ، وأربنى الرجل : إذا عامل في الربا . ويأتي موضوعه في الشريعة المقدسه إن شاء الله تعالى .

### تدل على حرمة الربا :

### من الكتاب :

آيات منها : قوله تعالى في سورة البقره : «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ

ص: ٦٠

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٢٢ ح ١٣ الباب ١ من أبواب الربا .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١١٨ ح ٢ .
- ٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٢٩ ح ١ الباب ١ من أبواب الربا .
- ٤- (٤) الدروس ٣ / ٢٩١ .
- ٥- (٥) العروة الوثقى ٦ / ٥ طبع جماعه المدرسين عام ١٤٢٣ .
- ٦- (٦) سورة الروم / ٣٩ .

الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكِ بَأْتَهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلَ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ \* يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ» (١).

التخبط من الخبط وهو الضرب على غير استواء ، ويقال للذى يتصرف فى أمرٍ ولا- يهتدى فيه : هو يخط ، والتخبط : المس بالجنون .

وقد فسر الموعظه هنا فى الروايات بالتوبه ، كما فى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال : الموعظه : التوبه (٢) .

ومنها : قوله تعالى فيها : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ \* فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا فَلَئِمَّ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَّا تَظْلَمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (٣) .

قال الشيخ الطوسى قدس سره : « روى عن أبى جعفر عليه السلام أن الوليد بن المغيرة كان يربى فى الجاهليه وقد بقى له بقايا على ثقيف ، فأراد خالد بن الوليد المطالبه بها بعد أن أسلم فنزلت الآيه فى المنع من ذلك » (٤) .

ورواها الطبرسى فى مجمع البيان (٥) .

وقال على بن ابراهيم القمى : « سبب نزولها أنه لما أنزل الله : « الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ » قام خالد بن الوليد إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقال : يا رسول الله أربى أبى فى ثقيف وقد أوصانى عند موته بأخذه ، فأنزل الله تبارك وتعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ \*

ص: ٦١

١- (١) سورة البقره ٢٧٦ و ٢٧٥ .

٢- (٢) التهذيب ٧ / ١٥ ح ٦٨ ونقل عنه فى البرهان ١ / ٥٥٤ ح ٤ .

٣- (٣) سورة البقره / ٢٧٨ و ٢٧٩ .

٤- (٤) التبيان ٢ / ٣٦٥ .

٥- (٥) مجمع البيان ١ / ٣٩٢ .

فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَادْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ» فقال : من أخذ الربا وجب عليه القتل وكل من أربى وجب عليه القتل «(١).

وقال الطبرسى : « روى عن ابن عباس وابن عمر : أن آخر ما نزلت من القرآن آى الربا »(٢).

ومنها : قوله تعالى فى سورة آل عمران : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا

أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ \* وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ»(٣).

ومنها : قوله تعالى حكاية عن فعل اليهود : «فَظَلَمْنَا مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّدِهِمْ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا \* وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا»(٤).

### ومن السنة :

عدّه من الروايات المستفيضه بل المتواتره تدل على حرمة :

منها : ما رواه المشايخ الثلاثة بسند صحيح عن هشام بن سالم الثقه عن أبى عبد الله عليه السلام قال : درهم ربا [ عند الله كما فى الفقيه ] أشد من سبعين زنيه كلها بذات محرّم(٥).

ومنها : موثقه سماعه قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : إتنى رأيت الله تعالى قد ذكر الربا فى غير آيه وكرره . قال : أو تدرى ولم ذاك ؟ قلت : لا ، قال : لئلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف(٦).

ومنها : موثقه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قلت له : إتنى سمعت الله يقول : «يَمْحَقُ اللَّهُ الرُّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ»وقد أرى من يأكل الربا يربوا ماله ! فقال : أى محق

ص:٦٢

١- (٦) تفسير القمى ١ / ٩٣ ونقل عنه فى البرهان ١ / ٥٥٧ ح ٥ .

٢- (٧) مجمع البيان ١ / ٣٩٤ .

٣- (١) سورة آل عمران / ١٣١ و ١٣٠ .

٤- (٢) سورة النساء / ١٦١ و ١٦٠ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٧ ح ١ الباب ١ من أبواب الربا .

٦- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٨ ح ٣ .

أمحق من درهم ربا يمحق الدين ، وإن تاب منه ذهب ماله وافتقر(١).

ومنها : صحيحه هشام بن الحكم أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن عله تحريم الربا ؟ قال : إنه لو كان الربا حلالاً لترك الناس التجارات وما يحتاجون إليه ، فحرم الله الربا لتنفّر الناس من الحرام إلى الحلال وإلى التجارات من البيع والشراء ، فيبقى ذلك بينهم في القرض(٢).

ومنها : خبر ابن عباس في آخر خطبه خطبها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه : ... ومن أكل الربا ملأ الله بطنه من نار جهنم بقدر ما أكل ، وإن اكتسب منه مالاً لا يقبل الله تعالى منه شيئاً من عمله ، ولم يزل في لعنه الله والملائكة ما كان عنده منه قيراطٌ [ واحدٌ(٣) ] .

ومنها : صحيحه هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لَمَّا أُسْرِيَ بِي إِلَى السَّمَاءِ رَأَيْتُ قَوْمًا يَرِيدُ أَحَدَهُمْ أَنْ يَقُومَ وَلَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ مِنْ عَظْمِ بَطْنِهِ ، قَالَ : قُلْتُ : مَنْ هَؤُلَاءِ يَا جَبْرَيْلُ ؟ قَالَ : هَؤُلَاءِ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا(٤) .

ومنها : صحيحه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الربا سبعون باباً أهونها عند الله كالذى ينكح أمه(٥) .

ومنها : صحيحه أخرى له عن أبي عبد الله عليه السلام قال : درهم ربا أعظم عند الله من سبعين زتيه كلّها بذات محرّم في بيت الله الحرام(٦) .

ومنها : موثقه ابن بكير قال : بلغ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنه كان يأكل الربا ويسميه اللباء ، فقال : لئن أمكنني الله منه لأضربن عنقه(٧) .

اللباء : أول اللبن من التناج .

ص: ٦٣

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٩ ح ٧ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٠ ح ٨ .

٣- (٧) عقاب الأعمال / ٣٣٦ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٢ ح ١٥ .

٤- (١) تفسير القمي ١ / ٩٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٣ ح ١٦ .

٥- (٢) تفسير القمي ١ / ٩٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٣ ح ١٨ .

٦- (٣) تفسير القمي ١ / ٩٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٣ ح ١٩ .

٧- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٥ ح ١ . الباب ٢ من أبواب الربا .

ومنها : معتبره عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آباءه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال : لعن رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم : الربا و آكله و بائعه و مشتريه و كاتبه و شاهديه (١) .

تلك عشره كامله من الروايات تدلّ على حرمة الربا ، وقد مرّ أنها مستفيضه أو متواتره .

### ومن الإجماع :

قام إجماع المؤمنين بل المسلمين على حرمة ، بل لا يبعد كونه من ضروريات الدين ، كما صرح بذلك صاحب الجواهر قدس سره (٢) .

### ومن العقل :

حكم العقل أيضاً يقتضى فساد الربا و حرمة ، لأنّ الربا يوجب تعطيل التجارات والأسواق ويصل بعض الناس إلى حدّ الإفلاس كما شاهدناهم في هذه الأزمان ، وبعضهم يتقاضى أرباحاً كثيره من دون عمل أو تجاره أو خدمه . وبالجملة الربا يحزّف مسيره اقتصاد المجتمع السالم إلى الفساد . وفيه مضافاً إلى المفاصد الإقتصاديّه كثيرٌ من المفاصد الاجتماعيّه بل المفاصد السياسيّه .

ولعله أشارت إلى ما ذكرنا بعض الروايات الماضيّه ، نحو : موثقه سماعه (٣) وصحيحه هشام بن الحكم (٤) ، ونحوهما خبر محمد بن سنان عن علي بن موسى الرضا عليه السلام أنّه كتب في جواب مسائله : وعلّه تحريم الربا نهى الله عزّ وجلّ عنه ، ولما فيه من فساد الأموال ، لأنّ الإنسان إذا اشترى الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهماً و ثمن الآخر باطلاً ، فيبيع الربا و شراؤه و كسّ على كل حالٍ على المشتري وعلى البائع ، فحزّم الله عزّ وجلّ على العباد الربا لعلّه فساد الأموال ، كما حظر على السفينه أن يدفع إليه ماله ، لما يتخوّف عليه من فساده حتّى يؤنس منه رشد ، فلهذه العلّه حرم الله عزّ وجلّ الربا وبيع الدرهم بالدرهمين ، وعلّه تحريم

ص: ٦٤

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٧ ح ٢ . الباب ٤ من أبواب الربا .

٢- (٦) الجواهر ٢٣ / ٣٣٢ ، و ٢٥ / ٥ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٨ ح ٣ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٠ ح ٨ .

الربا بعد البينه لما فيه من الاستخفاف بالحرام المحرّم ، وهي كبيره بعد البيان وتحريم الله عزّ وجل لها ، لم يكن إلا استخفافاً منه بالمحرّم الحرام ، والاستخاف بذلك دخول في الكفر ، وعلّه تحريم الربا بالنسيئه لعلّه ذهاب المعروف وتلف الأموال ورغبه الناس في الربح وتركهم القرض ، والقرض صنائع المعروف ، ولما في ذلك من الفساد والظلم وفناء الأموال ، الحديث (١).

وَكَسُ الشَّيْءُ : نَقَصَهُ ، وَكَسَ التَّاجِرُ فِي تِجَارَتِهِ : خَسِرَ فِي تِجَارَتِهِ فَذَهَبَ مَالُهُ .

والحاصل ، إن العقل حاكم بحرمه الربا ، لأنّه يوجب فساد اقتصاد المجتمع الإنساني ، وما يوجب فساده يوجب هدم المجتمع وفساده ولعله إلى ما ذكرنا أشارت مرسله الطبرسي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : إذا أراد الله بقريه هلاكاً ظهر فيهم الربا (٢) .

ومرسله القطب الراوندي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : إذا ظهر الزنا والربا في قريه أُذِنَ في هلاكها (٣) .

ثمّ إنّ للربا قسمين رئيسيين ، وهما : ١ - الربا في القرض ، ٢ - الربا في البيع أو المعامله .

فلذا نبحت عنه في مقامين باختصار وإجمال ، وتفصيلهما في كتابي القرض والبيع .

ص : ٦٥

---

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٢١ ح ١١ الباب ١ من أبواب الربا .

٢- (٤) مجمع البيان ١ / ٣٩٠ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٨ / ١٢٣ ح ١٧ .

٣- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٣٢ ح ١١ .

اشترط الزيادة والنفع في القرض حرام لأنه ربا :

قال ثانی الشہیدین ذیل قول المحقق : « فلو شرط النفع حرم » قال : « هذا الحكم إجماعی » (١).

وقال المحقق السبزواری : « لا أعلم فيه خلافاً بينهم » (٢).

وقال صاحب الحدائق : « لا خلاف بين الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم في تحريم اشتراط النفع في القرض ، بل نقل بعض محققى متأخرى المتأخرين إجماع المسلمين على ذلك » (٣).

وتبعهم صاحب الجواهر وقال : « بلا خلاف فيه ، بل إجماع بقسميه عليه ، بل ربما قيل : إنه إجماع المسلمين لأنه ربا » (٤).

تدل على الحرمة الإجماع وأنه ربا وما مرّ منا من الأدله في تحريم الربا .

ونبحث هذا المقام في ضمن جهات :

### الجهه الأولى :

هذه المنفعة تكون تاره في الزيادة العينيه من نفس الجنس ، يعنى من جنس مال القرض ، كما إذا أقرض من شخص لآخر مائه درهم على أن يؤدي مائه وعشره دراهم ، تدل على حرمتها عدّه من الروايات :

منها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : وسألته عن رجل أعطى رجلاً مائه درهم على أن يعطيه خمسه دراهم أو أقل أو أكثر ؟ قال : هذا الربا المحض (٥).

ص: ٦٦

١- (١) المسالك ٣ / ٤٤٣ .

٢- (٢) كفايه الفقه ١ / ٥٢٨ .

٣- (٣) الحدائق ٢٠ / ١١٠ .

٤- (٤) الجواهر ٢٥ / ٥ .

٥- (٥) مسائل على بن جعفر / ١٢٥ ح ٩٠ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٨ / ٣٥٩ ح ١٨ الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض .

ومنها : خبر خالد بن الحجاج قال : سألته عن الرجل كانت لى عليه مائه درهم عدداً قضانيها مائه درهم وزناً ؟ قال : لا بأس ما لم يشترط . قال : وقال : جاء الربا من قبل الشروط ، إنما يفسده الشروط (١) .

الروايه ضعيفه سنداً بخالد بن الحجاج لأنه إمامى مجهولٌ ، وهى مضمره .

ومنها : ما رواه المشايخ الثلاثة بسند صحيح عن الحلبي الثقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطى سوداً [ وزناً ] ، وقد عرف أنها أثقل مما أخذ وتطيب نفسه أن يجعل له فضلها ؟ قال : لا بأس به إذا لم يكن فيه شرط ، ولو وهبها له كلها صلح (٢) .

يعنى : إذا كان بينهما شرط فى أخذ الزيادة من الدراهم ففيه بأس أى حرام .

ونظيرها سنداً ودلاله صحيحه أخرى له عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا أقرضت الدراهم ثم أتاك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط (٣) .

ومنها : حسنه أبى الربيع العنزى الشامى - وهو خالد أو خليد بن أوفى - قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلاً دراهم فردّ عليه أجود منها بطيبه نفسه وقد علم المستقرض والقارض أنه إنما أقرضه ليعطيه أجود منها ؟ قال : لا بأس إذا طابت نفس المستقرض (٤) .

سند الروايه حسنٌ كما مرّ ، لأن ابن جرير حسن وأبى الربيع فى أعلى مراتب الحسن ، وغيرهما من رجال السند كلهم ثقات .

وأما دلالتها على جواز إعطاء الأجود أو الأكثر وقبضه ، حتى إذا علم القارض أنّ المستقرض يعطيه عند الأداء الأجود ، فيجوز له القرض والأخذ والقبض عند الأداء مادام لم يشترط شيئاً ، ولا فرق بين الأجود والأكثر كما هو واضح .

ص: ٦٧

١- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٠ ح ١ الباب ١٢ من أبواب الصرف .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩١ ح ٢ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩١ ح ٣ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٢ ح ٤ .



ومنها : صحيحه يعقوب بن شعيب التي رواها المشايخ الثلاثة : أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه جلّه من بسرّفأخذ منه جلّه من رطب مكانها وهي أقل منها ؟ قال : لا بأس . قال : قلت : فيكون لى جلّه من بسرّفأخذ مكانها جلّه من تمر وهي أكثر منها ؟ قال : لا بأس إذا كان معروفاً بينكما(١) .

الجلّه : وعاء التمر . أجاز الإمام عليه السلام أخذ الأكثر إذا كان بنحو المعروف ، يعنى طابت

نفس المستقرض بإعطائها ، ولا يجوز الأخذ إذا كان بنحو الإشتراط .

ويكفى هذه الأدله فى حرمه الزيادة العينيه .

### الجهه الثانيه :

وتاره الزيادة تكون من غير جنس مال القرض ، سواء كانت بنحو العينيه - كما إذا أقرضه مائه درهم على أن يعطيه مائه درهم وخمسه دنانير - أو كانت عملاً نحو خياطه ثوب ، أو كانت منفعه أو انتفاعاً كالانتفاع بالعين المرهونه عنده . تدلّ على حرمتها أيضاً عدّه من الروايات :

منها : صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال : من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها ، فإن جوزى أجود منها فليقبل ، ولا يأخذ أحدٌ منكم ركوب دابه أو عاريه متاع يشترطه من أجل قرض ورقه(٢) .

دلّاله الصحيحه على حرمه الزيادة من غير الجنس - نحو ركوب دابه أو عاريه متاع - واضحه .

ومنها : خبر إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً فيعطيه الشىء من ربحه مخافه أن يقطع ذلك عنه ، فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه ؟ قال : لا بأس بذلك مالم يكن شرطاً(٣) .

دلّاله الروايه واضحه ، لأن الشىء من الربح بإطلاقه يشمل غير المال أيضاً ، فإذا

ص: ٤٨

١- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٠١ ح ٧ . الباب ٩ من أبواب السلف .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٥٧ ح ١١ . الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض .

٣- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٥٤ ح ٣ .

شُرط يصير حراماً . ولكن في السند ضعف بموسى بن سعدان .

ومنها : موثقه له أيضاً قال : قلت لأبى إبراهيم عليه السلام : الرجل يكون له على الرجل المال قرضاً فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منه منفعه فينبه الرجل الشىء بعد الشىء كراهيه أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعه ، أيحل ذلك له ؟ قال : لا بأس إذا لم يكن بشرط (١) .

دلالتها نحو روايته الأخرى .

ومنها : موثقه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأتيه النبط بأحمالهم فيبيعه لهم بالأجر ، فيقولون له : أقرضنا دنائير فإننا نجد من يبيع لنا غيرك ، ولكنا

نخصيك بأحمالنا من أجل أنك تقرضنا ، فقال : لا بأس به ، إنما يأخذ دنائير مثل دنائيره ، وليس بثوب إن لبسه كسر ثمنه ولا دابه إن ركبها كسرهما ، وإنما هو معروف يصنعه إليهم (٢) .

### الجهه الثالثه :

الزياده يمكن أن تكون زياده وصفيه غير راجعه إلى الكميه ، مثل كون أحدهما فضه تير والآخر مضروبه ، أو أن يقرضه دنائير مكسوره على أن يؤديها صحيحاً . قد نقل عن بعض الأصحاب (٣) قدس سرهم جوازها ، ولكن تدل على حرمتها عدّه من الروايات :

منها : خبر داود الأزارى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا يصلح أن تقرض ثمره وتأخذ أجود منها بأرض أخرى غير التي أقرضت فيها (٤) .

سند الروايه ضعيف بـداود لأنّه أمامى مجهول ، وأمّا دلالتها واضحه ، إذ يمكن فرض الجوده فى الثمره مع عدم اختلاف فى الوزن . وأمّا شرط أداء القرض فى الأرض الأخرى فلا

ص: ٦٩

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٥٧ ح ١٣ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٥٦ ح ١٠ .

٣- (٢) منهم الشيخ فى النهايه / ٣١٢ وأبو الصلاح الحلبي فى الكافي / ٣٣١ وابن حمزه فى الوسيله / ٢٧٣ ومال إليه الأردبيلي فى مجمع الفوائد ٩ / ٦٦ .

٤- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٤ ح ١٠ . الباب ١٢ من أبواب الصرف - وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٤ ح ١ الباب ١٢ من أبواب الربا .

بأس به ، كما يأتي التعرض لذلك في الجبهه الثامنه .

فينحصر إشكال الإمام عليه السلام في اشتراط أخذ الأجدود ، ومن المعلوم أنّ الأجدوديه من الزيادة الوصفيه ، وأما ظهور كلمه « لا تصلح » في الحرمة أيضاً واضح ، فدلاله الروايه على حرمة أخذ الزيادة الوصفيه ظاهره ، ولكن قد مرّ ضعف سندها .

ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقترض من الرجل الدرهم فيردّ عليه المثقال ، ويستقرض المثقال فيردّ عليه الدراهم ؟ فقال : إذا لم يكن شرط فلا بأس ، وذلك هو الفضل ، إنّ أبى عليه السلام كان يستقرض الدراهم الفسوله فيدخل عليه الدراهم الجياد فيقول : يا بنى ردها على الذى استقرضتها منه ، فأقول : يا أبه إنّ دراهمه كانت فسوله وهذه خير منها ، فيقول : يا بنى إنّ هذا هو الفضل ، فأعطه إيّاها(١) .

سند الروايه صحيح ، ودلالته بأنّ محط نظر السائل إلى أنّ الدراهم مضروبه ولكن المثقال فضه تبر ولذا تختلف قيمتها مع تساوى وزنها ، والإمام عليه السلام أجاز أخذ الزيادة من دون اشتراط ومعه فلا .

ومنها : موثقه عبد الملك بن عتبه عن عبد صالح عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأتيني يستقرض منى الدراهم فأوطن نفسى على أن أؤخره بها شهراً للذى يتجاوز به عنى ، فإنه يأخذ منى فضه تبر على أن يعطينى مضروبه ، إلا أنّ ذلك وزناً بوزنٍ سواءً ، هل يستقيم هذا ، إلا أنّى لا أسمى له تأخيراً ، إنّما أشهد لها عليه فيرضى ؟ قال : لا أحبّه(٢) .

سند الروايه موثق ، وظهورها في الإشتراط واضح . وأمّا « لا أحبّه » هل يُحمل على الكراهه كما عليه ظاهر اللفظ وذهب إليه صاحب الوسائل وبعض مشايخنا(٣) قدس سره ، أو أنه يحمل على الحرمة بقريته غيرها من الروايات ؟ الظاهر هو الأخير .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال : إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك

ص: ٧٠

١- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٣ ح ٧ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٤ ح ٩ .

٣- (٢) الفقيه الورع آيه الله الشيخ محمد على الأراكى قدس سره فى كتابه المكاسب المحرمه / ١٢ .

بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط (١).

يعنى إذا كان بينهما شرط ففيه بأس أى حرام .

ولا يعارضها صحيحه يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغله فيأخذ منها الدراهم الطازجيه طيبه بها نفسه ؟ فقال : لا بأس ، وذُكر ذلك عن علي عليه السلام (٢) .

الدراهم الطازجيه : الدراهم الجيده البيض الخالصه . الدراهم الغله : الدراهم المكسوره وغير الخالصه .

والمراد بهذه الروايه : جواز الأخذ من المقارض إن طابت نفس المقترض فى الإعطاء من دون اشتراط ، فلا ينافى مع ما ذكرناها ، والله العالم .

### الجهه الرابعه :

إنما حرمت الزياده مع الاشتراط ، وإما بدونه فلا بأس بها ، بل تستحب . وتدلّ عليه عدّه من الروايات قد ذكرنا بعضها ضمن الجهات السابقه من البحث ، فلا نعيدها بل نذكر هنا ماورد فى خبر خالد بن الحجاج (٣) وصحيحه الحلبي (٤) وصحيحه أخرى له (٥) وصحيحه

محمد بن قيس (٦) وخبر إسحاق بن عمار (٧) وموثقته (٨) وصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (٩) ، وهذه الروايات كلّها قد مرّ ذكرها .

ص: ٧١

- ١- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩١ ح ٣ و ١٨ / ٣٦٠ ح ١ الباب ٢٠ من أبواب الدين والقرض .
- ٢- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٢ ح ٥ .
- ٣- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٠ ح ١ .
- ٤- (٦) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩١ ح ٢ .
- ٥- (٧) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩١ ح ٣ .
- ٦- (٨) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٥٧ ح ١١ .
- ٧- (٩) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٥٤ ح ٣ .
- ٨- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٥٧ ح ١٣ .
- ٩- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٣ ح ٧ .

ومنها : معتبره حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الرباء ان : أحدهما ربا حلال والآخر ، حرام فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل قرضاً طمعاً أن يزيد ويعوضه بأكثر مما أخذ بلا شرط بينهما ، فإن أعطاه أكثر مما أخذ بلا شرط بينهما فهو مباح له وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه ، وهو قوله عز وجل : «فَلَا يَزْبُوا عِنْدَ اللَّهِ» (١) ، وأمّا الربا الحرام : فهو الرجل يقرض قرضاً ويشترط أن يردّ أكثر مما أخذ فهذا هو الحرام (٢) .

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : من أقرض ورقاً فلا يشترط إلا ردّ مثلها ، فإن قُضى أجود منها فليقبل (٣) .

## الجهه الخامسة :

هل الحرمة من ناحيه اشتراط الزيادة تصل إلى أصل القرض ويوجب بطلانه وضعاً ؟

قال المحقق في الشرائع : « فلو شرط النفع حرم ولم يفد الملك » (٤) .

وذيله ثاني الشهيدين بقوله : « هذا الحكم إجماعى ، ومستنده ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : « كل قرض يجزّ منفعه فهو حرام » (٥) . والمراد مع الشرط ، إذ لا خلاف في جواز التبرع بالزائد وغيره من الأخبار ... ومتى فسد العقد لم يجز للمقترض أخذه ، فلو قبضه كان مضموناً عليه كالبيع الفاسد ، للقاعده المشهوره من أنّ « كل ما ضمن بصحيحه ضمن بفاسده » خلافاً لابن حمزه هنا ، فإنه ذهب إلى كونه أمانه (٦) ، وهو ضعيف (٧) .

قد عرفت ادعاء الإجماع في المسألة من صاحب المسالك قدس سره مع إقراره بخلاف ابن

حمزه في المقام ، واعترض عليه المحدث البحراني قدس سره وقال : « أمّا ما ذكره من تحريم الشرط

ص: ٧٢

١- (٥) سورة الروم / ٣٩ .

٢- (٦) وسائل الشيعه ١٨ / ١٦٠ ح ١ الباب ١٨ من أبواب الربا .

٣- (٧) دعائم الاسلام ٢ / ٦١ ح ١٦٩ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٤٠٩ ح ٢ .

٤- (٨) شرائع الاسلام ٢ / ٦١ .

٥- (٩) سنن البيهقي ٥ / ٣٥٠ : وفيه : فهو وجه من وجوه الربا .

٦- (١٠) الوسيله / ٢٧٣ .

٧- (١١) المسالك ٣ / ٤٤٣ .

المذكور فهو ممّا لا إشكال فيه ، وما ذكره من بطلان أصل العقد فإن كان من حيث اشتماله على الشرط الفاسد وكلّ عقد كان كذلك فهو باطل ، فقد عرفت الخلاف في ذلك فيما تقدم ، إلا أنّ الظاهر أنّه ليس البطلان هنا عندهم مبيّناً على ذلك ، ولهذا إنّما استند شيخنا المتقدم ذكره بعد دعوى الإجماع إلى الخبر النبوي المذكور ، وهو صريح فيما ذكره . إلا أنّ الظاهر أنّ الخبر المذكور إنّما هو من طريق العامه ، فإنّي لم أقف عليه بعد التتبع في شيء من كتب أخبارنا ، وأخبار المسأله المتقدمه على كثرتها وتعددها ليس فيها إشعار فضلاً عن الدلاله الصريحه ببطلان أصل العقد ، بل الظاهر منها إنّما هو بطلان الشرط ، فإنّ مفهوم نفى البأس مع عدم الشرط في كثير ممّا تقدم من الأخبار إنّما توجه إلى الزيادة كما لا يخفى على المتأمل فيها» (١) .

ولكن صاحب الجواهر حكم بضعف قول ابن حمزه وقال : « وأضعف منه توقف المحدث البحراني في ذلك» (٢) . وذهب إلى بطلان القرض مع اشتراط الزيادة وقال : « فيحرم على المستقرض التصرف فيه ، وهو مضمون عليه لكونه مقبوضاً على ذلك ، ولأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» (٣) .

أقول : إن تمّ الإجماع في المقام فهو كما ادعاه صاحب المسالك (٤) وقبله العلامة في المختلف قال : « ... للإجماع على أنّه إذا أقرضه شيئاً وشرط عليه أن يردّ خيراً ممّا أقرضه كان حراماً وبطل القرض ... » (٥) . ولكن دون إثباته خرط القناد ويمكن إرجاع إجماع العلامة قدس سره بالحرمة فقط دون البطلان .

وأما ابتناء بطلان القرض على مسأله فساد الشرط يقتضى فساد العقد أيضاً فغير تام ، لأن المشهور ذهبوا إلى بطلان القرض مع عدم ذهابهم إلى أن الشرط الفاسد مفسد .

وأما التمسك بالنبوي أيضاً غير تام ، لعدم وروده من طرقنا ، بل ورد من طرقنا جواز

ص: ٧٣

١- (١) الحدائق ٢٠ / ١١٧ .

٢- (٢) الجواهر ٢٥ / ٧ .

٣- (٣) الجواهر ٢٥ / ٦ .

٤- (٤) المسالك ٣ / ٤٤٣ .

٥- (٥) مختلف الشيعة ٥ / ٣٩١ .

الإنتفاع بمنفعه القرض من دون اشتراط ، كما فى صحيحه محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إما خادماً وإما آنيه وإما ثياباً ،

فيحتاج إلى شىء من منفعتة فيستأذن فيه فيأذن له ؟ قال : إذا طابت نفسه فلا بأس . قلت : إن من عندنا يروون أن كل قرضٍ يجزّ منفعه فهو فاسد ، فقال : أو ليس خير القرض ما جزّ منفعه (١) .

والمراد بأبى أيوب فى سند الروايه هو إبراهيم بن عثمان المكنى بأبى أيوب الخزاز الثقه .

وأما التمسك بقاعده « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » كما عن صاحب الجواهر فليس إلا مصادره بالمطلوب ، أعنى أنه يحتاج إلى إثبات فساد القرض أولاً وهو أول الكلام ، ثم يرتب على القاعده .

فكل ما ذكره الأعلام فى المقام من دليل بطلان القرض مع اشتراط الزيادة غير تام ، مضافاً إلى عدم ذكر بطلان القرض من رأسه فى رواياتنا كما مرّ الاعتراف بذلك من صاحب الحدائق (٢) ، فلا بدّ من القول ببطلان شرط الزيادة وصحة القرض . وذهب إلى ما ذكرنا مضافاً إلى صاحب الحدائق (٣) ، صاحب الجواهر (٤) والعروه (٥) ، واختاره أيضاً العلامة المؤسس الحائرى قدس سره فى تقريرات بحثه الشريف (٦) ، وتبعه بعض تلاميذه نحو السيد الخمينى والشيخ الأراكى قدس سرهم وبعض الأساتيد (٧) - مدظله - .

اللهم إلا أن يقال : حَكَمَ الشارع بفساد اشتراط النفع وبطلانه ، فيقتضى هذا بطلان

ص: ٧٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٤ ح ٤ الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض .

٢- (٢) الحدائق ٢٠ / ١١٧ .

٣- (٣) الحدائق ٢٠ / ١١٨ .

٤- (٤) الجواهر ٢٣ / ٣٩٧ ، حيث ذهب إلى وجوب ردّ الزيادة خاصه فى كتاب التجاره ، ولكن اختار البطلان فى كتاب القرض ٢٥ / ٦ كما مرّ كلامه آنفاً .

٥- (٥) العروه الوثقى ٦ / ١٦ .

٦- (٦) المكاسب المحرمه ١٣ / بقلم مقرره شيخنا آيه الله الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٧- (٧) تازره هاى أحكام / ٥٤ لمحمد حسن موحدى ساوجى .

نفس القرض ، لأنّ الشارع حكم بفساد الإنتفاع والمقرض أيضاً لا يرضى بالتصرف في ماله بدون هذا الإنتفاع ، فصار أصل القرض باطلاً .

وفيه : أن إثبات الأحكام الشرعيه بهذه الإستحسانات العقلية مشكل ، وفيه ما لا يخفى .

والحاصل ، إن ثبت الإجماع في المقام فهو وإلاّ دون إثباته بالإدله الماضيه خرط القتاد .

ولكن بطلان شرط الزيادة وحرمة أخذها يُستفاد بوضوح من جملة من الروايات

المذكوره فيما سلف : كصحيحتي الحلبي(١) وصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج(٢) وخبر خالد بن الحجاج(٣) وغيرها ، والله العالم .

### الجهه السادسة :

إنّما يحرم شرط الزيادة للمقرض على المقترض لا عكسه .

أدله حرمة إشتراط النفع في القرض يختص بصوره اشتراط النفع للمقرض ولكن إذا يصل النفع إلى المقترض فلا يشملها ، ولذا نذهب إلى عدم البأس به ، كما إذا أقرضه مائه درهم على أن يؤدي تسعين ، أو أقرضه دراهم صحيحه على أن يؤدي مكسوره ، أو كما خاف المقرض من وجود المال عنده من سرقة أو ضياع أو أخذه بتوسط ظالم فأقرضه شخصاً وشرط له شيئاً من العين أو المنفعه . ففي كلّ هذه الموارد حيث ينتقل النفع إلى المقترض حتّى مع الاشتراط فلا بأس بها ويجوز ، لأنّ أدله حرمة الربا في القرض تنحصر في صوره رجوع النفع إلى المقرض فقط ولخروج هذا الفرض عن الربا موضوعاً .

وتدلّ على الجواز أو تويده صحيحه يعقوب بن شعيب أنّه سأل أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه جلّه من بسر فأخذ منه جلّه من رطب مكانها وهي أقل منها ؟ قال : لا بأس ، الحديث(٤) .

ص:٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩١ ح ٢ و ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٣ ح ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٠ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٠١ ح ٧ الباب ٩ من أبواب السلف .



إذا شرط في القرض شرط ليس فيه نفع لأحد الطرفين جاز .

لما مرّ فيما سلف أنّ أدله حرمه إشتراط النفع في القرض تنحصر فيما إذا كان النفع يرجع إلى المقرض فقط ، ففي هذا الفرض حيث لا يرجع نفع إلى المقرض فلا بأس به . مضافاً إلى ما ذكرنا أنه تدلّ عليه موثقه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأتيه النبط بأحمالهم فيبيعه لهم بالأجر ، فيقولون له : أقرضنا دنائير فإننا نجد من يبيع لنا غيرك ولكننا نخصّيك بأحمالنا من أجل إنك تقرضنا ، فقال عليه السلام : لا بأس به ، إنّما يأخذ دنائير مثل دنائيره ، وليس بثوب إن لبسه كسر ثمنه ولا دابّه إن ركبها كسرهما ، وإنما هو معروف يصنعه إليهم (١) .

فعلى ما ذكرنا يجوز اشتراط كلّ شيء ليس فيه نفع لأحد الطرفين ، مثل اشتراط البيع أو الإجاره بالثمن أو الأجره المتعارفين ، لصدق أنّ المقرض يأخذ دراهماً مثل دراهمه .

وهكذا يجوز اشتراط كلّ شيء لا يكون فيه نفع للمقرض ولو كان فيه مصلحة ، له نحو : إعطاء الرهن أو الضامن أو الكفيل أو الإشهاد ونحوها ، لأنه ليس للمقرض فيه نفعاً وإن كان فيه مصلحة ، لأن المصلحة غير النفع عرفاً .

لو اشترط على المقرض أداء القرض وتسليمه في بلد معين جاز وضح إن كان فيه نفع للمقرض .

اشتراط أداء القرض في بلد معين غير بلد الإقراض من طرف المقرض نافذ ولزم على المقرض أدائه في ذلك البلد وإن كان في حمله إليه يحتاج إلى مؤنه زائده ، وهذا النفع - وإن كان يرجع إلى المقرض - ولكن حكمت بصحة هذا القرض الروايات المتعدده :

منها : صحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بأرض أخرى ويشترط عليه ذلك ؟ قال : لا بأس (٢) .

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٥٦ ح ١٠ الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٦ ح ١ الباب ١٤ من أبواب الصرف .

ومنها : صحيحه أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يبعث بمال إلى أرض ، فقال للذي يريد أن يبعث به : أقرضنيه وأنا أوفيك إذا قدمت الأرض ، قال عليه السلام : لا بأس (١).

ومنها : صحيحه أبان في الرجل يسلف الرجل دراهم ينقدها إياه بأرض أخرى ، قال أبو عبد الله عليه السلام : لا بأس به (٢).

ومنها : صحيحه إسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : يدفع إليّ الرجل الدراهم فأشترط عليه أن يدفعها بأرض أخرى سوداً بوزنها ، وأشترط ذلك عليه ؟ قال : لا بأس (٣).

ومنها : معتبره عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يُسلف الرجل الدراهم ينقدها إياه بأرض أخرى والدراهم عدداً ؟ قال : لا بأس (٤).

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا بأس بأن يأخذ الرجل الدراهم بمكة ويكتب لهم سفاتج أن يعطوها بالكوفه (٥).

السفاتج : جمع سُفْتَجِه ، وهي أن يعطى مالاً لآخر ، وللآخر مال في بلد المعطى فيوفيه أيّاه هناك ، فيستفيد أمن الطريق أو يأمن به خطر الطريق .

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه رخص في السفاتج هي المال يستسلفه الرجل بأرض ويقبضه بأخرى (٦).

ومنها : مرسله أخرى له عن أمير المؤمنين عليه السلام إنه أعطى مالاً في المدينة ثم أخذه

ص: ٧٧

١- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٦ ح ٢ الباب ١٤ من أبواب الصرف .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٧ ح ٤ .

٣- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٧ ح ٥ .

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٧ ح ٧ .

٥- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٦ ح ٣ .

٦- (٢) دعائم الاسلام ٢ / ٦٢ ح ١٧٢ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٥٢ ح ١ الباب ٨ من أبواب الصرف .

بأرض أخرى (١).

ولا- ينافى هذه الروايات المتعدده بل المعتبره المستفيضه خبر داود الأزارى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا يصلح أن تقرض ثمره وتأخذ أجود منها بأرض أخرى غير التى أقرضت فيها (٢).

لأنه قد مرّ فى الجبهه الثالثه من هذه الجهات :

أولاً : ضعف سندها بداود لأنه إمامي مجهول .

وثانياً : بأنها تحمل على أخذ الزيادة الوصفيه مع الاشتراط وحرمتها .

وثالثاً : على فرض حملها على ظاهرها لا يمكن مقابله هذه الروايه الواحده مع عدّه كثيره من الروايات المعتبره المنافيه لها ، فلا بدّ من الأخذ بهذه الروايات وحمل هذه الروايه بما مرّ منّا .

والحاصل ، جواز اشتراط أداء القرض فى بلد معين وأخذه فى غير بلد الإقراض من طرف المقرض .

هذا كلّه إذا اشترط المقرض الدفع إليه فى بلد معين ، وإلاّ لزم على المقرض الدفع إليه فى بلد القرض وعلى المقرض القبول .  
وأما الدفع فى غير بلد القرض فيحتاج إلى التراضى من

الطرفين ، وإن كان الأحوط للمقرض الأداء مع عدم الضرر وعدم الاحتياج إلى مؤنه الحمل لو طالبه المقرض فيه ، والله سبحانه هو العالم .

### الجبهه التاسعه :

لا فرق فى اشتراط النفع بين كونه فى عقد القرض أو فى ضمن عقد لازم خارج عنه .

نحو : إقراضه مائه ألف تومان للمقرض إلى سنه كامله ولكن شرط عليه فى هذا القرض بيع شىءٍ يساوى ألفاً بخمسائه ، فيصدق على هذا القرض أنّه يجزّ نفعاً مع الإشتراط

ص: ٧٨

١- (٣) دعائم الاسلام ٢ / ٦٢ ح ١٧١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٥٢ ح ١ الباب ٨ من أبواب الصرف .

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٩٤ ح ١٠ ، و وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٤ ح ١ .

فيصدق عليه الربا .

أو إقراضه مائه ألف تومان للمقترض إلى سنه كامله ولكن شرط عليه إجاره داره إلى سنه كامله ما يساوى بعشرين ألفاً ، بألفٍ فقط ، فهذا أيضاً يصدق عليه إشتراط النفع في القرض فيصدق عليه الربا .

فكلّ هذه الموارد يصدق عليها عنوان الربا ، وإطلاق أدله حرمه الإشتراط في القرض يشمل المقام ، أعنى إذا شُروط في عقد القرض عقد لازم خارج عنه ، بحيث بعد الإقتراض لا بدّ لهما من الإلتزام بالعقد الثاني أيضاً وليس للمقترض الإختيار في العقد الثاني ، بل بعد القرض لا بدّ له من الوفاء بالعقد الثاني أيضاً وفيه الزيادة أو النفع للمقترض .

وهذا الفرض أيضاً يدخل في الإشتراط في القرض ولهذا حرم بإطلاق أدلتها .

الجهه العاشره : الربا القرضى حرام مطلقاً

قد يُقسّم الربا القرضى إلى قسمين : ١ - الربا الاستهلاكي

٢ - الربا الاستنتاجى .

وقد يُسمع من بعض من عاصرناه(١) بانحصار الحرمة في القسم الأول وجواز الثانى .

والمراد بالربا الاستهلاكي : إذا استقرض شخص من الآخر ولكن هلك المال في ضروريات حياته ومعاشه من مصارفه ومخارجه الشخصيه أو العائليه بحيث لم يبق له من المال شيئاً .

والمراد بالربا الاستنتاجى : أنه إذا استقرض المال ولكنه لم يصرفه في مصارفه

ومخارجه الضروريه بل يجعله رأس ماله ويعمل به ، أو باع به شيئاً من الوسائل أو الدكاكين ويعمل به ، ونحو ذلك بحيث يستثمر المال ويصير إلى الزيادة يوماً فيوماً .

بعد قبول هذين التعريفين للربا ، يشملهما إطلاق أدله حرمه الربا ، فلا وجه لتخصيص الحرمة بالأول دون الثانى . فالربا القرضى حرام مطلقاً بلا فرق بين الإستهلاكى منه أو

ص: ٧٩

١- (١) مجمع المسائل ١ / ٣٨٤ - للشيخ يوسف الصانعى دامت بركاتة .

الإستتاجى .

هذا مجمل الكلام فى الربا فى القرض ومحلّ تفصيله فى كتاب القرض ، وفقنا الله تعالى لتحريره وبحثه إن شاء الله تعالى وله  
الحمد .

ص: ٨٠

يجرى الربا في البيع مع شرطين في الثمن والمثمن : ١ - الإتحاد في الجنس ، ٢ - وكونهما من المكييل أو الموزون إذا باع بالتفاضل .

### الشرط الأول : الإتحاد في الجنس

وهو أن يصدق على الثمن والمثمن أنهما من جنس واحد ، ويشملهما اللفظ الخاص الكاشف عن اتحاد حقيقتهما النوعيه ، فكل ما يصدق عليه الحنطه أو الأرز أو العنب أو التمر أو نحوها جنس واحد وإن اختلفت صفاتها وخواصها .

قال المحقق في الشرائع : « الأول : في بيان الجنس ، وضابطه : كل شيئين يتناولهما لفظ خاص كالحنطه بمثلها والأرز بمثله » (١) .

وقال العلامة في القواعد : « وضابط الإتيافاق في الجنس شمول اللفظ الخاص لهما كالحنطه والأرز ، لا كالمطعموم المختلفه أفراده » (٢) .

وقال في الإرشاد : « والجنس هنا الحقيقيه النوعيه كالحنطه والأرز والتمر ، ولا- تخرج الحقيقيه باختلاف الصفات العارضه ، فالحنطه ودقيقها جنس ، والتمر ودبسه جنس ، والعنب والزبيب جنس ، واللبن والمخيض (٣) والحليب واحد ، وجيد كل جنسٍ ورديوه واحد ، وثمره النخل جنس وكذا الكرم (٤) ، واللحوم مختلفه ، فلحم البقر والجاموس واحد ، ولحم البقر والغنم جنسان ، والوحشى مخالف لأنسيه » (٥) .

وقال المحقق الثاني في شرح قول العلامة في القواعد : « المراد باللفظ الخاص : ما يكون مفهومه نوعاً بالإضافة إلى ما تحته ، فالجنس في عبارته هو ما يعبر عنه في المنطق بالنوع ،

ص: ٨١

١- (١) الشرائع ٢ / ٣٨ .

٢- (٢) القواعد ٢ / ٦٠ .

٣- (٣) وهو الذي قد مخض وأخذ زبده .

٤- (٤) الكرم : العنب ، جمعه الكرموم .

٥- (٥) ارشاد الاذهان ١ / ٣٧٨ .

وأهل اللغة يسمونه جنساً ، وهذا وإن عَزَّ الوقوف عليه إلاَّ أنَّ بعض الأشياء قد قام القاطع على بيان نوعها ، فالحنطه بالنسبه إلى ما تحتها نوع بالنص والإجماع ، فالحمراء والبيضاء وغيرهما واحد ، وكذا الأرز ...» (١).

وقال ثانی الشهيدين في شرح قول المحقق في الشرائع : « المراد باللفظ الخاص ما يكون مفهومه نوعاً بالإضافة إلى ما تحته ، فالجنس في هذا الباب هو المعبر عنه في المنطق بالنوع وأهل اللغة يسمونه جنساً أيضاً ، ولا مشاحه في الإصطلاح ، والمراد بالشيئين اللذين يتناولهما اللفظ أفراد ذلك النوع كالصفراء والحمراء في الحنطه ...» (٢).

وقال المحقق الأردبيلي في شرح قول العلامة في الإرشاد : « أشار بلفظ « هنا » أي الفقه والأصول أو باب الربا ، إلى أنَّ الجنس له إطلاق آخر ، وهو الجنس المنطقي المقابل للنوع ، فهذا الاصطلاح عكس ذلك في الجنس والنوع ، والأمر في ذلك هين .

ولكن تحقيق ما يُعرف به الجنس مشكل جداً ، فإنَّه تارة يُعلم أنَّ المراد به النوع ، فكلمًا تحقق حقيقه واتفاق أفرادها فيها فهو النوع الواحد المراد بالجنس الواحد الذي هو شرط الربا ، وتحقيقه متعسر جداً ، بل قد ادعى كونه متعذراً .

وتارة أنَّ المراد به ما يشمله لفظ واحد ويخصه ، مثل الحنطه والأرز ولاتمر ، فإنَّ لكلِّ واحدٍ اسماً خاصاً وتحته أفراد متكثره ، وإن وجد بين الأفراد اختلاف كثير إلاَّ- أنه ليس له اسم خاص ولا حقيقه خاصه ، بل الاختلاف بالصنف وإن كان له اسم فهو بانضمام الاسم الأوَّل ... .

ولعلمك تفهم اتحاد الجنس بملا-حظه كلتا الضابطين ويتبع كلامهم ، فما يكون له اسم واحد وحقيقه واحده - بحسب الظاهر والذي يجده العقل بحسب تفاهم العرف كذلك - فهو جنس واحد مع فروعهِ ، وما يُعمل منه أو ما يخرج عن الحقيقه بعمل فيها عن أصلها ، وإن خرج عن ذلك الاسم والحقيقه عرفاً وخاصيَّه وطعماً ، فاستفهم الله يفهمك» (٣).

ص: ٨٢

١- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٢٦٦ .

٢- (١) مسالك الافهام ٣ / ٣١٧ .

٣- (٢) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / (٤٦٧ - ٤٦٥) .

هذا كله بعض كلمات الأعلام في المقام ، وتدلّ على اعتبار اتحاد واشتراك الجنسيّة عدّه من الروايات :

منها : صحيحه عمر بن يزيد بيّاع السابري عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - أنّه قال : يا عمر قد أحلّ الله البيع وحرم الربا ، بع واربح ولا تربه . قلت : وما الربا ؟ قال : دراهم بدراهم مثلين بمثل ، وحنطه بحنطه مثلين بمثل (١) .

سند الصدوق إلى عمر بن محمد بن يزيد بياع السابري مولى ثقيف صحيح وهو ثقة جليل ، فالروايه صحيحه الإسناد . وتدلّ فقره « حنطه بحنطه » بوضوح على الإتحاد في الجنس في تطرق الربا في البيع .

ومنها : حسنه أبي الربيع الشامي قال : كره أبو عبد الله عليه السلام قفيز لوز بقفيزين لوز ، وقفيزاً من تمر بقفيزين من تمر (٢) .

سند الروايه حسنه بخالد بن جرير وأبي الربيع الشامي ، وهو خليلد أو خالد بن أوفى في أعلى درجه الحسن . ودلالاتها واضحه ، لأنّ الكراهه هنا تُحمل على الحرمة لما يأتي في ذيل صحيحه عبد الله بن سنان ، فانتظر .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال : إذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثلين بمثل يداً بيد (٣) .

ودلالاتها بالمفهوم على الإتحاد واضحه .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد ، فأما نَظَرَه فلا يصلح (٤) .

الروايه صحيحه الإسناد . وأما دلالتها بالمفهوم على المراد واضحه ، لأنّ مفهومها هكذا : ما كان من طعام متحد أو متاع متحد أو شيء من الأشياء متحد يتفاضل ففيه بأس

ص: ٨٣

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٣ ح ٢ . الباب ٦ من أبواب الربا .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٤ ح ٤ .

٣- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٤ ح ١ . الباب ١٣ من أبواب الربا .

٤- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٥ ح ٢ .



بيعه مثلين بمثل .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال : الكيل يجرى مجرى واحد ، قال : ويكره قفيز لوز بقفيزين ، وقفيز تمر بقفيزين ، ولكن صاع حنطه بصاعين تمر ، وصاع تمر بصاعين زبيب إذا اختلف هذا ، والفاكهه اليابسه تجرى مجرى واحداً . وقال : لا بأس بمعاوضه المتاع ما لم يكن كيلاً أو لا وزناً (١) .

ومنها : موثقه سماعه قال : سألته عن الطعام والتمر والزبيب ؟ فقال : لا يصلح شيء منه إثنان بواحد ، إلا أن يصرفه نوعاً إلى نوع آخر ، فإذا صرفته فلا بأس اثنتين بواحد وأكثر (٢) .

ومنها : موثقه أخرى لسماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المختلف مثلان بمثل يداً بيد لا بأس (٣) .  
دلالتها بالمفهوم واضحه .

ومنها : صحيحه عبد الله بن سنان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كان على عليه السلام يكره أن يستبدل وسقاً من تمر خبير بوسقين من تمر المدينه ، لأنّ تمر خبير أجودهما (٤) .

بضميمه صحيحه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : ولم يكن على عليه السلام يكره الحلال (٥) .

وبالجملة ، هذه الروايات المعتمده تكفي في إثبات الشرط الأول الذي لا خلاف فيه ، أعني الإتحاد في الجنس في تطرق الربا .  
تنبيه : حكم الشارع تعبداً باتحاد جنس الحنطه والشعير ، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مع التفاضل ، وتدلل على هذا الحكم عدّه من الروايات المستفيضه :

ص: ٨٤

١- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٦ ح ٣ .

٢- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٦ ح ٥ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٧ ح ٩ .

٤- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٥١ ح ٢ . الباب ١٥ من أبواب الربا .

٥- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٥١ ح ١ .

منها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سُئِلَ عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له : خذ منى مكان كل قفيز حنطه قفيزين من شعير حتى تستوفى ما نقص من الكيل . قال : لا يصلح ، لأن أصل الشعير من الحنطه ، ولكن يرّد عليه الدراهم بحساب ما ينقص من الكيل (١) .

ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أيجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، ثم قال : إن الشعير من الحنطه (٢) .

ومنها : صحيحه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الحنطه والشعير رأساً برأس ، لا يزداد واحد منهما على الآخر (٣) .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال : لا يباع مختومان من شعير بمختوم من حنطه ، ولا يباع إلا مثلاً بمثل ، والتمر مثل ذلك .

قال : وسئل عن الرجل يشتري الحنطه فلا يجد صاحبها إلا شعيراً يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد ؟ قال : لا ، إنما أصلهما واحد ، وكان على عليه السلام يعدّ الشعير بالحنطه (٤) .

ومنها : صحيحه أخرى للحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال : ولا يصلح الشعير بالحنطه إلا واحد بواحد (٥) .

ومنها : خبر أحمد بن محمد بن عبد الله بن عيسى بن جعفر العلوي العمري عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام أنه سئل : ممّا خلق الله الشعير ؟ فقال : إن الله تبارك وتعالى أمر آدم : أن أزرع ممياً اخترت لنفسك ، وجاءه جبرئيل بقبضه من الحنطه ، فقبض آدم على قبضه وقبضت حواء على أخرى ، وقال آدم لحواء : لا تزرعى أنت ، فلم تقبل أمر آدم ، فكلما زرع آدم جاء

ص: ٨٥

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٧ ح ١ . الباب ٨ من أبواب الربا .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٨ ح ٢ .

٣- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٨ ح ٣ .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٨ ح ٤ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٩ ح ٥ .

حنطه وكلما زرعت حواء جاء شعيراً» (١).

وهذه الروايات المعتبرة المستفيضة تدلّ على أنّ الحنطه والشعير في حكم الجنس الواحد تعبيداً في تطرق الربا ، فلا ينظر إلى اختلافهما عرفاً واسماً وجنساً . وهكذا لا يسمع إلى خلاف القديمين (٢) كما نقل عنهما العلامة في المختلف (٣) ، وتبعهما ابن ادريس الحلبي في السرائر (٤) .

نعم ، الحكم مختص بالربا ، فلا يحكم باتحادهما في سائر الأبواب كالزكاه والنذور والغرامات والإقرار وغيرها كما ذكره صاحب العروه (٥) .

### تذكرة: «الأصل مع كل فرع له واحد أم لا؟»

تذكرة : قال العلامة في تذكرة الفقهاء : «الأصل مع كل فرع له واحد ، وكذا فروع كل أصل واحد - وذلك كاللبن الحليب مع الزُّبْد والسمن والمخيض واللُّبُّ والشيراز (٦) والأقِط والمَصْل (٧) والجبن والترجين (٨) والكشك والكامخ (٩) والسَّمْسَم مع الشيرج والكُشْب (١٠)

والراشى ، وبرز الكتّيان مع حبه ، والحنطه مع الدقيق والخبز على اختلاف أصنافه من الرقاق والفرن وغيرها ومع الهريسه ، والشعير مع السويق ، والتمر مع السيلان والدبس والخَلّ منه والعصير منه ، والعنب مع دبسه وخَلّه ، والعسل مع خَلّه ، والزيت مع الزيتون وغير ذلك - عند علمائنا أجمع ، فلا يجوز التفاضل بين اللبن والزُّبْد والسمن والمخيض واللُّبُّ والأقِط وغير ذلك ممّا تقدم ، بل يجب التماثل نقداً ، ولا يجوز نسيئته لا متماثلاً ولا متفاضلاً ، ولا فرق في ذلك بين أن

ص: ٨٦

- ١- (٣) علل الشرائع ٢ / ٥٧٤ ح ٢ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٤٤ ح ٢ .
- ٢- (٤) ابن الجنيد في كتابه المفقود المسمى بالأحمدى في الفقه المحمدى وابن أبي عقيل العماني .
- ٣- (٥) مختلف الشيعة ٥ / ٨٩ .
- ٤- (٦) السرائر ٢ / ٢٥٤ .
- ٥- (٧) العروه الوثقى ٦ / ٤٢ .
- ٦- (٨) الشيراز : اللبن الرائب المستخرج مأوه .
- ٧- (٩) المَصْل : ما سال من الأقِط إذا طبخ ثم عصر .
- ٨- (١٠) ارتجن الزُّبْد : طبخ فلم يَصْفُ وفسد .
- ٩- (١١) الكامخ : إدام يُؤْتدم به ، وخصه بعضهم بالمخلّات التي تُستعمل لتشهّي الطعام ، جمعه الكوامخ .
- ١٠- (١٢) الكُشْب : عصاره الدهن .

بياع الأصل مع فرعه أو بعض فروع مع البعض» (١).

أقول : العلامة الحلى ادعى قاعدةً مهمه فى المقام ، وهى : الأصل مع كلِّ فرع له واحد وكذا فروع كلِّ أصل واحد ، ثمَّ مثلَّ بأمثله واستدل عليها بإجماع علمائنا ، والمشهور وافقوه فى هذه القاعدة الكلّيه المدعاه ، لو لم تكن إجماعيه .

ولكن بعض فقهاءنا أنكروا هذه القاعدة الكلّيه واقتصروا فيها فى موارد النص ولم يتعدوا من موارد النص إلى هذه القاعدة الكلّيه .

منهم : المحقق الأردبيلى ، ولعله أول من خالف العلامة ، قال مستشكلاً على هذه القاعدة : « ... إلا أنّ الدليل على الكلّيه غير واضح ، لأنّه ما وجد شيءٌ صحيح صريح فى الكلّيه ، والاسم غير صادق والاختلاف ممكن حقيقه بل هو الظاهر ، لاختلاف الخواص مثل الخلّ والتمر والجبن والحليب ... وبالجملة الدليل غير قائم على الإتحاد بين الشيء الربوى وأصله كلّيه بل قائم على عدمه ، والأصل وأدله إباحه البيع دليل الجواز ، إلا أنّ كلام الأصحاب ذلك ، فالخروج عنه مشكل والمسأله من المشكلات يحلّها محلّها ، وقد ادعى الإجماع فى أكثرها فى التذكرة ... فما ثبت الإجماع فيه لا يمكن الخروج عنه ، وظاهر التذكرة الإجماع فى كلِّ أصل مع فرعه وفرع كلِّ أصل مع آخر ، فتأمل » (٢).

ومنهم : السيد اليزدى صاحب العروه قدس سره قال : « الإنصاف عدم استفاده الكلّيه من الأخبار المذكوره ، إذ هى مختصه بمثل الحنطه والدقيق والسويق والعنب والزبيب ، فلا- دلالة فيها على إتحاد مثل الحليب والزبد والتمر والعنب مع الخلّ منهنّما ونحو ذلك .

ودعوى الإتمام بعدم القول بالفصل كما ترى ، وإجماع التذكرة ممنوع ... فالأظهر عدم التعدى عن موارد الأخبار من مثل الدقيق والسويق إلّا- إلى أمثالهما لا كلِّ أصل وفرع ، والفرق بين تغيير صورته شيء إلى شيء آخر ، وبين استخراج شيء من شيء أو تركيب شيء من شيء

بحيث صار شيئاً ثالثاً ... فتحصل أنّ الأظهر التفصيل بين تغيير صورته شيء إلى شيء وبين

ص: ٨٧

١- (١) تذكره الفقهاء ١٠ / ١٦٣ المسأله ٨٤ .

٢- (٢) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٤٧٥ و ٤٧٦ .

استخراج شيء من شيء أو تركيب شيء من أشياء بحيث يصير شيئاً آخر وحقيقته أخرى» (١).

ومنهم : المؤسس الشيخ عبد الكريم الحائري اليزدي قدس سره ، قال على ما في تقارير بحثه الشريف : « ... فيبقى في المقام بعض الأخبار الخاصة ببعض الموارد ... وهذه أيضاً لا يمكن التعدى عن مواردنا واستكشاف قاعده كليته منها تطرد في كل ما هو من قبيلها مثل التمر وخله واللبن وفروعه وغير ذلك ممّا هو دائر في كتبهم - رضوان الله عليهم - وبالجملة ، ما ذكره من إتحاد كل أصل مع فرعه خصوصاً إتحاد فروع الأصل الواحد بعضها مع بعض ... يكون استخراجها من الأخبار في غايه الصعوبه إلا في الموارد الخاصه المنصوصه ، وقد تفتن له المقدس الأردبيلي قدس سره » (٢).

أقول : بعد هذا الخلاف الثابت بين المشهور والأعلام الثلاثة فلا بدّ من ملاحظه الروايات الوارده في المقام حتّى يتبيّن جليته الحال من إمكان التعدى منها إلى القاعده الكليه أو عدمه :

منها : موثقه سماعه قال : سألته عن الحنطه والشعير ؟ فقال : إذا كانا سواء فلا بأس . قال : وسألته عن الحنطه والدقيق ؟ فقال : إذا كانا سواء فلا بأس (٣).

وهذه الموثقه تدلّ على أن الحنطه ودقيقها واحد في الجنس الربوي ، ويمكن التعدى إلى إتحاد الحبوب مع دقيقها في الربا .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم وزراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : الحنطه بالدقيق مثلاً بمثل ، والسويق بالسويق مثلاً بمثل ، والشعير بالحنطه مثلاً بمثل لا بأس به (٤).

مفهوم الصحيحه دالّ على مدلول الموثقه الماضيه .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يدفع إلى

ص: ٨٨

١- (١) العروه الوثقى ٤ / ٤٧ و ٤٨ .

٢- (٢) المكاسب المحرمه / ٢٩ لشيخنا آيه الله الشيخ محمد على الأراكي قدس سره .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٩ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤١ ح ٢ .

الطحان الطعام فيقطعه على أن يعطى لكلّ عشره أرطال إثني عشر دقيقاً؟ قال : لا . قلت : فالرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن له لكلّ صاع أرطالاً مسماه؟ قال : لا(١) .

هذه الصحيحه تدلّ على إتحد الحبوب ودقيقها ، والسمسم وزيتها في الجنس الربوى .

وغايه الأمر يمكن التعدى من السمسم وزيتها إلى الحبوب الدهنيه وأزياتها .

ومنها : صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال : الدقيق بالحنطه والسويق بالدقيق مثل بمثل لا بأس به(٢) .

وهذه الصحيحه تدلّ على إتحد الحنطه ودقيقها وسويقها في الجنس الربوى .

ومنها : موثقه سماعه قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب؟ قال : لا يصلح إلاّ مثلاً بمثل ، قال : والتمر والرطب مثلاً بمثل(٣) .

سند هذه الروايه موثقه ، لأنّ المراد بأبى أيوب الراوى عن سماعه هو ابراهيم ابن عثمان أو عيسى أبى أيوب الخزاز الثقه . وتدلّ على إتحد العنب والزبيب ، والتمر والرطب ، في الجنس الربوى .

ومنها : حسنه أبى الربيع الشامى قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : ماترى في التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل؟ قال : لا بأس ، قلت : فالبخنج والعنب مثلاً بمثل؟ قال : لا بأس(٤) .

هذه الحسنه بمفهومها تدلّ على إتحد التمر والبسر الأحمر ، والبخنج والعنب في الجنس الربوى . والمراد بالبسر : التمر إذا لَوّن ولم ينضج ، الواحده بُسرّه وجمعها بسار . والمراد بالبخنج : العصير المطبوخ .

وأنت ترى أنّ هذه الروايات قاصره عن إثبات القاعده الكليه المدعاه في المقام . نعم لابدّ من قبول إتحد الجنس في مذكورات النصوص تبعداً ، وأثماً في غيرها التعدى والحكم بإتحد الجنس في كلّ أصل وكلّ فرع له أو إتحد كلّ فرع مع فرع آخر منه ، فمشكل في الغايه

ص: ٨٩

١- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤١ ح ٣ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٢ ح ٤ .

٣- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٩ ح ٣ .

٤- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٥٠ ح ٥ .

عند أولى الدرايه .

قد تمسك القائلون بالتعدى بالروايات الواردة في إتحاد جنسى الحنطه والشعير في الربا ، حيث عُلل هذا الإتحاد في بعضها بأن : « إنّما أصلهما واحد » كما في صحيحه الحلبي (١) أو : « أنّ الشعير من الحنطه » كما في صحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢)

وفيه : أنه لا- يمكن التعدى بهاتين الروايتين وأمثالهما ، وإن يمكن التعدى فيمكن القول بأنّ الأصل في جميع الأشياء أوجلّها واحد ، ولا يذهب إليه أحد .

فلا بدّ من الذهاب إلى انحصار في المذكورات في النصوص فقط .

وأما التمسك للتعدى بمرسله ومضمرة على بن إبراهيم القمي عن رجاله عمّن ذكره « قال : الذهب بالذهب والفضه بالفضه وزناً بوزن سواء ليس لبعضه فضل على بعض ، ... إلى أن قال : وما كيل أو وزن ممّا أصله واحد فليس لبعضه فضل على بعض كيل بكيل ووزن بوزن ، فإذا اختلف أصل ما يكال فلا بأس به إثتان بواحد ... » (٣) .

أيضاً غير تام لأنه : أولاً : الروايه مرسله .

وثانياً : أنّها مضمرة ، لم تنسب إلى المعصوم عليه السلام .

وثالثاً : من المحتمل قوياً أنّها فتوى القائل التي استفادها من التعليل الوارد في أخبار إتحاد الحنطه والشعير في الجنس الربوى ، وقد مرّ الكلام فيها .

نعم ، دلالتها لا بأس بها ، ولكن إفاده دلالتها بعد ثبوت كونها من كلام الإمام عليه السلام .

وبالجمله ، حيث لم تثبت كونها روايه فلا يثبت بها شيئاً .

والحاصل ، التعدى من المذكورات في الروايات إلى ما ذكره العلامه وتبعه المشهور مشكل غايه الإشكال ، لولا الإجماع .

نعم ، ينبغي الإحتياط في المقام للخروج عن مخالفه المشهور ، والله سبحانه هو العالم .

هذا كلّه في الشرط الأوّل .

ص: ٩٠

١- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٨ ح ٤ .

٢- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٨ ح ٢ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٥٨ ح ١٢ .

يُشترط في تحقق الربا كون الثمن والمثمن من المكييل والموزون ، فلا ربا في غيرهما .

قد ادعى العلامة الإجماع على هذا الاشتراط في كتابه « تذكره الفقهاء » (١) .

وقال صاحب الجواهر في ذيل هذا الاشتراط : « إذا كان المبيع والثمن كذلك (أى من المكييل والموزون) مع اتحاد الجنس حرّم الربا فيهما إجماعاً بقسميه ، وسنّه وكتاباً ، بل كاد يكون ضرورياً » (٢) .

وتدلّ على هذا الاشتراط - مضافاً إلى الإجماع - النصوص المستفيضة :

منها : صحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن (٣) .

ومنها : موثقه عبيد بن زراره قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن (٤) .

والروايتان تدلان على انحصار الربا البيعى فيما يكال أو يوزن ، لأنّ الاستثناء بعد النفى يدل على الحصر .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بمعاوضه المتاع ما لم يكن كيلاً ولا وزناً (٥) .

يُستفاد من الروايه أنّ المعاوضه بالمتاع لا بأس بها إلا مع التفاضل في المكييل والموزون .

ومنها : موثقه بل صحيحه منصور بن حازم قال : سألته عن الشاه بالشاتين والبيضه

ص: ٩١

١- (٢) تذكره الفقهاء ١٠ / ١٩٤ .

٢- (٣) الجواهر ٢٣ / ٣٥٨ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٢ ح ١ . الباب ٦ من أبواب الربا .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٣ ح ٣ .

٥- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥٥ ح ٣ . الباب ١٧ من أبواب الربا .



بالبیضتین ؟ قال : لا بأس ما لم یکن کیلاً أو وزناً (۱) .

سند الروایه تام ، لأن المراد بالعباس هو أبو الفضل ابن عامر بن ریح الثقفی القصبابی ، الشیخ الصدوق الثقه کثیر الحدیث ، بقرینه روایه آیوب بن نوح عنه وداود بن الحصین موثق کالصحیح ، فسند الروایه موثق بل صحیح . هذا کله فی سند الکلینی وسند الشیخ موثق ، فالتعبیر عنها بالخبر کما فی الجواهر (۲) وتبعه صاحب العروه (۳) غیر تام .

ودلالتها علی المطلوب واضحه .

ومنها : موثقه له - أي لمنصور بن حازم - عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في حديث : كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد ، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فلا بأس به إثنين بواحد (۴) .

سند الشیخ إلى حفید سماعه موثق ، والمراد بابن رباط فی السند هو أبو الحسن علی بن الحسن بن رباط البجلی الکوفی الثقه ، بقرینه نقل کتابه بواسطه الحسن بن محمد بن سماعه وروایته عن عبد الله بن مسکان . وبقیته رجال السند کلهم ثقات ، فالروایه موثقه سنداً ، كما عبر عن سندها بالموثق فی الجواهر (۵) وتبعه صاحب العروه (۶) .

ودلالتها کالنص علی المطلوب .

ومنها : حسنه داود بن الحصین أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الشاه بالشاتين والبيضة بالبيضتين ؟ فقال : لا بأس ما لم یکن مکیلاً أو موزوناً (۷) .

سند الصدوق إلى داود بن الحصین حسنٌ ، لورود الحكم بن مسکین المکفوف فیہ وهو

ص: ۹۲

۱- (۴) وسائل الشیعه ۱۸ / ۱۵۲ ح ۱ . الباب ۱۶ من أبواب الربا .

۲- (۵) الجواهر ۲۳ / ۳۵۹ .

۳- (۶) العروه الوثقی ۶ / ۴۹ .

۴- (۷) وسائل الشیعه ۱۸ / ۱۵۳ ح ۳ .

۵- (۱) الجواهر ۲۳ / ۳۵۸ .

۶- (۲) العروه الوثقی ۶ / ۴۹ .

۷- (۳) وسائل الشیعه ۱۸ / ۱۵۵ ح ۲ . الباب ۱۷ من أبواب الربا .

حسن ، كما فى نتائج التنقيح (١) ، وعبر عن هذا السند والد المجلسى بقوى كالصحيح (٢) وولده قدس سره بقوى (٣) .

وداود بن الحصين موثق كالصحيح ، فسند الروايه حسن عندنا .

ودلالاتها بالمفهوم واضحه .

وهذه الروايات المعتمده تكفى فى إثبات هذا الحكم الإجماعى ، يعنى اشتراط الكيل والوزن فى البيع الربوى .

### تنبيه:

الظاهر من الروايات الماضيه أنّ الحكم يدور مدار وصفى المكيلىه والموزونيه من غير دخل زمان فيه أصلاً ، فما يذكر من اختصاص الحكم بما كان من المكييل أو الموزون فى عصر النبى صلى الله عليه وآله وسلم - كما عن الشيخ فى ظاهر المبسوط (٤) والفاضل المقداد فى التنقيح الرائع (٥) وادعاء الاجماع عليه - غير تام .

وهكذا ما ذكره من أنّ المدار فى المكييل والموزون ما كان فى عصر النبى صلى الله عليه وآله وسلم من غير فرق بين بلده وسائر البلاد إذا استقر أهلها عليه ، فما كان مكيلاً أو موزوناً فى عصره صلى الله عليه وآله وسلم فى

جميع البلدان أو كل بلد جرى فيه الربا وإن تغير بعد ذلك ، وما لم يكن من أحدهما فى عصره صلى الله عليه وآله وسلم لا يجرى فيه الربا وإن صار من أحدهما بعد عصر النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

وهذان القولان ضعيفان ، لأنّ الحكم فى الروايات الماضيه وغيرها يدور مدار وصفى المكيلىه والموزونيه ، ولا تنحصران بعصر النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، فما كان مكيلاً أو موزوناً فى أى عصرٍ وزمانٍ وأى بلدٍ ومكانٍ يجرى فيه الربا إن بيع مع التفاضل .

فعلى ما ذكرنا لو كان شىء موزوناً فى عصر النبى صلى الله عليه وآله وسلم ولكن الآن يباع عدداً فلا يجرى فيه

ص: ٩٣

١- (٤) نتائج التنقيح / ٤٤ .

٢- (٥) روضه المتقين ١٤ / ١١٣ .

٣- (٦) الوجيزه فى علم الرجال / ٢٢٩ الرقم ١٤١ .

٤- (٧) المبسوط ٢ / ٩٠ .

٥- (٨) التنقيح الرائع ٢ / ٩١ .

الربا ، ولو كان شىء يباع عدداً فى عصره صلى الله عليه و آله وسلم ولكن الآن يباع موزوناً يجرى فيه الربا . والله سبحانه هو العالم .

### تذكرة:

إن اختلفت البلدان فى الكيل أو الوزن أو العدّ أو غيرها ، فلكلّ بلد حكم نفسه ، فيجرى الربا فى بلد الكيل والوزن ولا يجرى فى بلد العدّ ، وذلك لما ذكرنا من أنّ الحكم يدور مدار الوصف . فما نسب إلى الشيخ فى النهاية (١) وسأّر بن عبد العزيز الديلمى فى المراسم (٢) وقوّاه فخر المحققين فى إيضاح الفوائد (٣) من تغليب جانب الحرمة غير تام بما ذكرناه .

وإن اختلف فى بلد واحد ، يعنى يباع فيه تاره بالوزن وتاره بالعدّ نحو الخبز فى عصرنا الحاضر ، فلا يدخل تحت إطلاق أحد الخطابين من حرمة الربا وحليّ البيع ، لعدم إمكان دخوله تحتها معاً ، والدخول فى تحت أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح ، فتصل النوبة إلى الأصل العملى ، وهو يقتضى البراءة من الحرمة ، يعنى جواز بيعه مع التفاضل .

وما نسب إلى المفيد (٤) من اختصاص الجواز بالأغلب ومع التساوى يرجح جانب الحرمة ، أيضاً غير تام بما ذكرناه . نعم : قوله قدس سره موافق للإحتياط الحسن ، ولكن الاستدلال له بما رواه الأحسائى مرفوعاً عن النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : ما اجتمع الحرام والحلال إلاّ غلب الحرام الحلال (٥) ، غير تام . لضعفها سنداً ودلالةً .

ولذا قال صاحب الجواهر قدس سره بعد نقل كلام المفيد وموافقته للإحتياط والاستدلال له

بالمرسلة : « ... لكن لا- يخفى عليك عدم وجوب مراعاة الأوّل (يعنى الإحتياط) عندنا وعدم تناول الثانى (يعنى المرسلة) لما نحن فيه » (٦) .

ص: ٩٤

١- (١) النهاية ٢ / ١٢٢ و ١٢٣ .

٢- (٢) المراسم / ١٧٩ .

٣- (٣) إيضاح الفوائد ١ / ٤٧٦ .

٤- (٤) المقنعه / ٦٠٤ .

٥- (٥) عوالى اللآلى ٢ / ١٣٢ ح ٣٥٨ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٢ / ٢٧٢ ح ٦ (١ / ٣٥٨) .

٦- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٦٥ .

ثم إن هاهنا فروعاً لا بدّ من التنبيه عليها

## فروع

### الأول: الربا يجرى في جميع المعاملات

هل الربا يجرى في جميع المعاوزات والمعاملات الماليه أو يختص بعقدى البيع والقرض ؟ ذهب المشهور إلى الأول ، وذهب ابن إدريس الحلبي والعلامة إلى الثاني(١) .

قال الفقيه المتتبع السيد جواد العاملى قدس سره : « ... وهذا التعريف [ يعنى أنه يجرى فى جميع المعاوزات الماليه ] يناسب ما حُكى عن الأ-كثر ، حكاها المقدس الأردبيلى فى آياته(٢) ، وقد حكى(٣) عن السيد والشيخ والقاضى وابن المتوج وفخر المحققين من أنه يثبت فى كلِّ معاوضه ولا- يختص بالبيع ، وهو خيره الشهيدان فى صلح الدروس(٤) والمسالك(٥) والروضه(٦) وغصب الأولين(٧) ، وأبى العباس فى صلح المهذب(٨) والمقتصر(٩) والفخر فى صلح الإيضاح(١٠) والصالح القطيفى والمحقق الثانى(١١) والفاضل الميسى والمقدس الأردبيلى(١٢) وغيرهم(١٣) ، وهو صريح الشرائع(١٤) فى باب الغصب وظاهره فى باب

ص: ٩٥

- ١- (٢) نقل عنهما صاحب الجواهر فى كتابه ٢٣ / ٣٣٨ .
- ٢- (٣) زبده البيان / ٤٣٢ .
- ٣- (٤) حكاها السيد الطباطبائى فى الرياض ٨ / ٢٧٩ .
- ٤- (٥) الدروس ٣ / ٣٢٨ .
- ٥- (٦) المسالك ٤ / ٢٦٩ .
- ٦- (٧) الروضه البهيه ٤ / ١٨٠ .
- ٧- (٨) الدروس ٣ / ١١٦ والمسالك ١٢ / ١٨٩ .
- ٨- (٩) المهذب البارع ٢ / ٥٣٧ .
- ٩- (١٠) المقتصر / ١٩٨ .
- ١٠- (١١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٠٤ .
- ١١- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٦٦ .
- ١٢- (١٣) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٤٥٧ .
- ١٣- (١٤) كالسيد الطباطبائى فى الرياض ٨ / ٢٧٩ .
- ١٤- (١٥) الشرائع ٣ / ٢٤٠ .

الصلح (١) ... « (٢) .

وقال صاحب الجواهر : « ... بل قيل إنّ الفاضل [ العلامة الحلبي ] قد رجع عنه في كتاب الصلح من القواعد ، فينحصر الخلاف حينئذ بالحلي [ ابن إدريس ] ... « (٣) .

أقول : العبارة الموجودة في المطبوعه من صلح القواعد هكذا : « ولو صالح على عين بأخرى في الربويّات ففي إلحاقه بالبيع نظر ، وكذا في الدين بمثله ، فإن ألحقناه فسد ... « (٤) .

وأنت ترى عدم ظهور العبارة في رجوعه قدس سره عن قوله ، والله سبحانه هو العالم .

فلا بدّ من ملاحظه الروايات الواردة في المقام حتّى يتبيّن اختصاص الربا بعقدي البيع والقرض فقط أو جريانه في جميع المعاملات والمعاوضات الماليه :

منها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الفضه بالفضه مثلاً بمثل ، ليس فيه زياده ولا نقصان ، الزائد والمستزيد في النار (٥) .

بتقريب : عدم ورود التخصيص بالبيع ، بل الروايه مطلقه ، فيجرى الربا في جميع المعاوزات .

ومنها : صحيحه أبي بصير وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الحنطه والشعير رأساً برأس ، لا يزداد واحد منهما على الآخر (٦) .

بتقريب : ما قد مرّ آنفاً من عدم ورود التخصيص بل أنّها مطلقه ، فتشمل جميع المعاوزات والمعاملات الماليه .

ومنها : صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : الدقيق بالحنطه والسويق بالدقيق مثل بمثل لا بأس به (٧) .

ص: ٩٧

١- (١٦) الشرائع ٢ / ١٢١ .

٢- (١٧) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٠٢ - (٨ / ١٤) .

٣- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٣٨ .

٤- (٢) قواعد الاحكام ٢ / ١٧٣ .

٥- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٦٥ ح ١ . الباب ١ من أبواب الصرف .

٦- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٨ ح ٣ . الباب ٨ من أبواب الربا .

٧- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤٢ ح ٤ . الباب ٩ من أبواب الربا .

ومنها : صححه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أيجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، ثم قال : إنَّ الشعير من الحنطه (١) .

ومنها : صححه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطى لكلِّ عشره أرطال إثني عشر دقيقاً ؟ قال : لا . قلت : فالرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن له لكلِّ صاع أرطالاً مسماه ؟ قال : لا (٢) .

قال صاحب الجواهر بعد نقل هذه الصحيحه : « بل قيل : إنَّه صريح في المطلوب » (٣) . يعنى أن هذه الروايه كالنص في التعدى من البيع إلى غيره من المعاوضات الماليه . وهى كذلك .

ومنها : صححه سيف التمار قال : قلت لأبي بصير : أحبُّ أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصره فيها تمر مشقَّق . قال : فسأله أبو بصير عن ذلك فقال عليه السلام : هذا مكروه ، فقال : إنَّ على بن أبي طالب عليه السلام كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خبير ، لأنَّ تمر المدينة أدونهما ، ولم يكن على عليه السلام يكره الحلال (٤) .

بتقريب : أن الاستبدال أعم من البيع وغيره من المعاوضات الماليه .

والحاصل ، هذه الروايات كلها مطلقة تشمل جميع المعاوضات الماليه ولا تختص بالبيع ، ودعوى الاختصاص به والانصراف لغلبه البيع ممنوع . فالربا يجرى فى جميع المعاوضات والمعاملات الماليه كما عليه المشهور . والله سبحانه هو العالم .

## الثانى : موارد استثناء حرمه الربا

قد استثنوا من حرمه الربا أربعة موارد :

الف : الربا بين الوالد وولده

ب : وبين السيد وعبده

ج : وبين الرجل وزوجته

ص : ٩٧

١- (٦) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٨ ح ٢ . الباب ٨ من أبواب الربا .

٢- (٧) وسائل الشيعه ١٨ / ١٤١ ح ٣ . الباب ٩ من أبواب الربا .

٣- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٣٧ .

٤-٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥١ ح ١ . الباب ١٥ من أبواب الربا .

د : وبين المسلم والحربي ، إذا أخذه المسلم . ويثبت بين المسلم والذمي .

وهذا الحكم إجماعى عند أصحابنا لم يخالف فى كئيته أحد<sup>(١)</sup> ، إلا الشريف المرتضى قدس سره فى المسائل الموصليات الثانية ، وأنقل هنا تمام كلامه لما فيه من فوائد وتظهر لك كيفيه استنباطه ، قال قدس سره : « وباللّه التوفيق ، إنّ كثيراً من أصحابنا قد ذهبوا إلى نفي الربا بين الوالد وولده وبين الزوج وزوجته والذمي والمسلم ، وشرط قوم من فقهاء أصحابنا فى هذا الموضوع شرطاً ، وهو أن يكون الفضل مع الوالد إلا أن يكون له وارث أو عليه دين .

وكذلك قالوا : أنه لا-ربا بين العبد وسيده إذا كان لا شريك له فيه ، وإن كان له شريك حرم الربا بينهما ، وكذلك العبد المأذون له فى التجاره ، حرم الربا بينه وبين سيده إذا كان العبد قد استدان مالاً عليه .

وعوّلوا فى ذلك على ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام من قوله : ليس بين الرجل وبين ولده ربا ، وليس بين السيد وبين عبده ربا<sup>(٢)</sup> . ورووا عن الصادق عليه السلام أنه قال : ليس بين المسلم وبين الذمي ربا ، ولا بين المرأه وزوجها<sup>(٣)</sup> . وأما العبد وسيده فلا شبهه فى انتفاء الربا بينهما .

ويوافقنا على ذلك أبوحنيفه وأصحابه الثورى والليث والحسن بن صالح بن حى والشافعى . ويخالف مالك الجماعة فى هذه المسأله ، لأن مالكاً يذهب إلى أن العبد يملك ما فى يده مع الرق ، والجماعه التى ذكرناها تذهب إلى أن الرق يمنع من الملك ، وهو الصحيح .

وإذا كان ما فى يد العبد ملكاً لمولاه لم يدخل الربا بينهما ، لأن المالىين فى الحكم مال واحد والمالك واحد ، ولهذا يتعب<sup>(٤)</sup> حكم المأذون له فى التجاره ، يتعلق على<sup>(٥)</sup> الغرماء بما فى يده ،

ص : ٩٨

١- (٣) السيد جواد العاملى ادعى الإجماع على المسائل الفرعيه المذكوره ونقله عن عدّه من الكتب ، راجع مفتاح الكرامه ٤ / ٥٢٩ و ٥٣٠ و ٥٣١ ( ١٤ / ٩٥ و ٩٨ و ١٠١ و ١٠٢ ) - وتبعه فى الجواهر وادعى الإجماع بقسميه على هذه المسائل راجع الجواهر ٢٣ / ٣٧٨ و ٣٨٠ و ٣٨١ و ٣٨٢ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٥ ح ١ .

٣- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٦ ح ٥ .

٤- (٣) ظ : يتغير .

٥- (٤) ظ : ويتعلق حق الغرماء بما فى يده .



وكذلك يتغير في هذا الحكم حال العبد بين شريكين ، فالشبهه في انتفاء الربا بين العبد وسيده مرتفعه .

وإنما الكلام في باقى المسائل التى ذكرناها ، فالأمر فيها مشكل .

والذى يقوى فى نفسى أن الربا محرم بين الوالد وولده والزوج وزوجته والذمى والمسلم ، كتحريمه بين غريبين .

فأما الأخبار التى وردت و فى ظاهرها أنه لا رباء فى هذه المواضع ، إذا جاز العمل بها جاز أن نحملها على تغليظ تحريم الربا فى هذه المواضع ، كما قال الله تعالى : «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» (١) ولم يرد أن الرفث فى غير الحج لا يكون رفثاً ولا محرماً ، وكذلك الفسوق ، وإنما أراد بذلك تغليظ تحريمه والنهى عنه .

ومن شأن أهل اللغة إذا أكدوا تحريم شىء أدخلوا فيه لفظ النفى ، لينبىء عن تحقيق

التحريم وتأكيديه وتغليظه ، كما أن فى مقابله ذلك إذا أرادوا أن يؤكدوا ويغلظوا الإيجاب استعملوا فيه لفظ الخبر والإثبات ، كما قال الله تعالى : «وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا» (٢) وإنما أكد بذلك وجوب أمانه ، وكان هذا القول أكد من أن يقول : فأمنوا من دخله ولا تخيفوه .

وكذلك قوله عليه السلام « العاربه مردوده ، والزعيم غارم » (٣) وإنما المراد به أنه يجب رد العاربه ، وغرامه الزعيم الذى هو الضامن ، وأخرج الكلام منخرج الخبر للتأكيد والتغليظ ، فهذا فى باب الإيجاب نظير ما ذكرنا فى باب الحظر والتحريم .

فإن قيل : فأى فائده فى تخصيص هذه المواضع نفى الربا فيها مع إرادته التحريم والتغليظ ، والربا محرم بين كل واحد وفى كل واحد وفى كل موضع .

قلنا : فى تخصيص هذه المواضع بالذكر مما يدل على أن غيرها مما لم يذكر بخلافها . وهذا مذهب قد اختلف فيه أصحاب أصول الفقه ، والصحيح ما ذكرناه . ومع هذا فغير ممتنع أن يكون للتخصيص فائده .

ص: ٩٩

١- (٥) سورة البقره / ١٩٧ .

٢- (١) سورة آل عمران / ٩٧ .

٣- (٢) جامع الأصول ٩ / ١١٠ .

أما الوالد وولده والحرمة بينهما عظيمه متأكده ، فما حظر بين غيرهما وقبح في الشريعة ، فهو المحرّمه بينهما أقبح وأشدّ حظراً . وكذلك الزوج وزوجته ، فيكون لهذا المعنى وقع التخصيص للذكر .

وأما الذمي والمسلم فيمكن أن يكون وجه تخصيصهما هو أن الشريعة قد أباحت - لفضل الإسلام وشرفه على سائر الملل - أن يرث المسلم الذمي والكافر وإن لم يرث الذمي المسلم . وثبت حق الشفعه للمسلم على الذمي ، ولا يثبت حق الشفعه للمسلم على الذمي ، فخص نفى الربا بالذمي والمسلم على سبيل الحظر بظن ظاهر (١) ، فإنه يجوز للمسلم أن يأخذ من الذمي الفضل في الموضع الذي يكون فيه ربا ، وإن لم يجز ذلك للذمي ، كما جاز في الميراث والشفعه .

فإن قيل : فما الذي يدعو إلى الإنصراف عن ظواهر الأخبار المرويه في نفى الربا بين الجماعة المذكوره إلى هذا التعسف من التأويل .

قلنا : ما عدلنا عن ظاهر إلى تأويل متعسف ، لأن لفظه النفي في الشريعة إذا وردت في مثل هذه المواضع التي ذكرناها ، لم يكن ظاهرها للإباحه دون التحريم والتغليظ ، بل هي

محتمله لكل واحد من الأمرين احتمالاً واحداً ، ولا تعسف في أحدهما .

ولم يبق إلا أن يقال : فإذا احتملت الأمرين فلم حملتموها على أحدهما بغير دليل .

وها هنا دليل يقتضى ما فعلناه ، وهو أن الله تعالى حرّم الربا في آيات محكمات من الكتاب لا إشكال فيها ، فقال تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ» (٢) وقال : «لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا» (٣) وقال جلّ اسمه : «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ» (٤) .

والأخبار الوارده عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وعن ولده من الأئمه عليهم السلام في تحريم الربا

ص: ١٠٠

١- (٣) كذا في النسخه .

٢- (١) سوره البقره / ٢٨٧ .

٣- (٢) سوره آل عمران / ١٣٠ .

٤- (٣) سوره البقره / ٢٧٥ .

وحظره ، والنهي عن أكله ، والوعيد الشديد على من خالف فيه أكثر من أن تحصى .

وقد علمنا أن لفظه « الربا » إنما معناه الزيادة ، وقررت الشريعة في هذه اللفظة أنها زيادة في أجناس وأعيان مخصوصه . وخطاب الله تعالى وخطاب رسوله يجب حملهما على العرف الشرعي دون اللغوي ، فيجب على هذا أن يفهم من ظواهر الآيات والأخبار أن الربا الذي هو التفاضل في الأجناس المخصوصه محرّم على جميع المخاطبين بالكتاب على العموم ، فيدخل في ذلك الولد والزوج والذمي مع المسلم ، وكلّ من أخذ وأعطى فضلاً .

فإذا أوردت أخبار تنفي الربا بين بعض من تناوله ذلك العموم ، حملنا النفي فيها على ما ذكرناه بما يطابق تلك الآيات ويوافقها ، ولا يوجب تخصيصها وترك ظواهرها» (١) . انتهى كلامه في المسائل الموصليات الثانية .

ولكنه قدس سره رجح عن هذا القول في كتابه « الانتصار » وقال فيه : « وممّا انفردت به الإمامية : القول بأنّه لا ربا بين الولد والوالده ولا بين الزوج وزوجته ، ولا بين الذمي والمسلم ، ولا بين العبد ومولاه . وخالف باقي الفقهاء في ذلك وأثبتوا الربا بين كلّ من عددناه (٢) .

وقد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت من الموصل تأوّلت الأخبار التي يرويها أصحابنا المتضمّنه لنفي الربا بين من ذكرناه على أنّ المراد بذلك - وإن كان بلفظ الخبر - معنى الأمر ، كأنّه قال : يجب أن لا يقع بين من ذكرناه ربا ، كما قال تعالى : « وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا » (٣) ، وكقوله تعالى : « فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ » (٤) ، وقوله عليه السلام : العاربه مردوده والزعيم غارم (٥) . ومعنى ذلك كلّ معنى الأمر والنهي وإن كان بلفظ الخبر .

فأما العبد وسيّده فلا شبهه في نفي الربا بينهما ، لأنّ العبد لا يملك شيئاً ، والمال الذي في يده مال لسيّده ، ولا يدخل الربا بين الإنسان ونفسه ؛ ولهذا ذهب أصحابنا إلى أنّ العبد إذا كان

ص: ١٠١

١- (٤) رسائل الشريف المرتضى ١ / (١٨٥ - ١٨١) .

٢- (٥) المجموع ، ج ٩ ص ٣٩١ - ٣٩٢ .

٣- (١) سورة آل عمران / ٩٧ .

٤- (٢) سورة البقره / ١٩٧ .

٥- (٣) عوالي اللآلي / ج ١ ص ٣١٠ ح ٢١ .

لمولاه شريك فيه حرم الربا بينه وبينه .

واعتمدنا في نصره هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن ، وأنَّ الله تعالى حرّم الربا على كلّ متعاقدين ، وقوله تعالى : «لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا» (١) ، وهذا الظاهر يدخل تحته الوالد وولده والزوج والزوجه .

ثمّ لمّا تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب ؛ لأنّني وجدت أصحابنا مجمعين على نفى الربا بين من ذكرناه ، وغير مختلفين فيه في وقت من الأوقات ، وإجماع هذه الطائفة قد ثبت أنّه حجّج ويخصّ بمثله ظواهر الكتاب ، والصحيح نفى الربا بين من ذكرناه .

وإذا كان الربا حكماً شرعياً جاز أن يثبت في موضع دون آخر ، كما يثبت في جنس دون جنس وعلى وجه دون وجه ، فإذا دلّت الأدلة على تخصيص من ذكرناه وجب القول بموجب الدليل .

وممّا يمكن أن يعارض ظواهره به من ظاهر الكتاب : أنّ الله تعالى قد أمر بالإحسان والإنعام ، مضافاً إلى ما دلّت عليه العقول من ذلك ، وحدّ الإحسان : إيصال النفع لا على وجه الاستحقاق إلى الغير مع القصد إلى كونه إحساناً ، ومعنى الإحسان ثابت في من أخذ من غيره درهماً بدرهمين ؛ لأنّ من أعطى الكثير بالقليل وقصد به إلى نفعه به فهو محسن إليه ، وإنّما أخرجنا من عدا من استثنياه من الوالد وولده والزوج وزوجته بدليل قاهر تركنا له الظواهر . وهذا ليس مع المخالف في المسائل التي خالفنا فيها .

فظاهر أمر الله تعالى بالإحسان في القرآن في مواضع كثيرة كقوله تعالى : «وَأَحْسِنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ» (٢) ،

وقوله تعالى : «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ» (٣) يعارض الآيات التي ظاهرها عامّ في تحريم الربا ، فإذا قالوا تخصّص آيات الإحسان لأجل آيات الربا ، قلنا : ما الفرق بينكم وبين من خصّص آيات الربا لعموم آيات الأمر بالإحسان ؟ وهذه طريقه إذا سلكت كانت

ص: ١٠٢

١- (٤) سورة آل عمران / ١٣٠ .

٢- (٥) سورة القصص / ٧٧ .

٣- (١) سورة النحل / ٩٠ .

أقول : الشريف المرتضى لم ينقض الإجماع بل رجع قدس سره إلى الإجماع ، ورجوعه بواسطة الإجماع يؤيد ويؤكد الإجماع ، قال العلامة المؤسس الحائري قدس سره في هذا المجال وفي ردّ استدلال المرتضى قدس سره في الموصليات : « ولا يخفى أنّ كلامه قدس سره هذا ممّا يؤكّد ما اشتهر من نفي تحريم الربا بين المذكورين غايه التأكيد ، لكونه في ذلك العصر من المسلمات التي لم يمكن السيد الفتوى بخلافها . هذا مضافاً إلى إمكان استفادته ذلك من نفس هذا التركيب مع قطع النظر عن هذا أيضاً ، فإنّ ما ذكره السيد من كون المراد نفي موضوع الربا المقصود به نفي جوازه وإباحته - كما في نفي الضرر في الحديث والرفث والفسوق في الآيه - وإن كان حقاً لكنّه ليس مطّرداً في هذا التركيب ، وإتّما المُسَيِّم منه ما إذا كان سوقه ابتداءً بلا سابقه تشريع حكم في الموضوع الذي وقع تلو النفي كما في نفي الضرر ، فإنّ المنساق من نفي الموضوع حينئذ نفي إباحته وتشريع جوازه ، وأمّا إذا كان مسبقاً بأحد الأحكام الخمسه وبعد تشريع الحكم فيه على سبيل الكليه ثم سيق هذا التركيب في بعض الأصناف ، فالمنساق منه حينئذ هو نفي ذلك الحكم المجعول فيه على وجه الكليه كما في الربا ، فإنّ حرمة ضروريه بين المسلمين ، ونادى بتحريمه الكتاب العزيز ، فبعد هذا لو ورد « لا ربا بين الرجل وولده » الخ ، فلا شبهه أنّ أظهر الآثار الثابتة للربا في الأذهان هو التحريم ، فيرجع النفي إليه ، فيكون المقصود جوازه بين المذكورين .

أمّا آيه : «فَلَا رَفَثَ» الآيه ، حيث أنّه مع سبق الحكم بتحريم الفسوق والجداول حكماً بأنّ المراد به نفي الجواز لا نفي التحريم ، فلشهادته قرينه المقام على ذلك حيث لا يتبادر إلى ذهن أحد أن يكون حال الحج أسوأ من سائر الأحوال «(٢)» .

والحاصل ، الإجماع قائم على كليه هذه المسائل الأربع من نفي الربا وعدم حرمة بين هؤلاء المذكورين ، وأمّا جزئياتها فتأتي في ضمن البحث عن هذه المسائل منفرداً إن شاء الله تعالى .

ص: ١٠٣

١- (٢) الانتصار / (٤٤٣ - ٤٤١) ، طبع جماعه المدرسين عام ١٤١٥ .

٢- (٣) المكاسب المحرمه / ٤١ لشيخنا آيه الله الشيخ محمد علي الأراكي قدس سره .

يدلّ على عدم حرمة الربا بين الوالد وولده - بعد الإجماع الذي قد مرّ ذكره - بعض الروايات :

منها : حسنه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده ، وبينه وبين عبده ، ولا بين أهله ربا ، إنّما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك ، الحديث (١) .

رجال السند كلهم ثقات إلا ياسين الضرير وهو في أول درجات الحسن ، فالرواية به حسنه سنداً ، فالتعبير بالصحيح عن سندها كما عن الجواهر (٢) في الموضوعين عجيب . وأما دلالتها فواضحه .

ومنها : حسنه زراره ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده ولا بينه وبين عبده ولا بين أهله ربا ، إنّما الربا في ما بينك وبين ما لا تملك ، الحديث (٣) .

الرواية من حيث السند حسنه بياسين الضرير ، وأما دلالتها فواضحه . ويمكن إتحداهما مع الرواية الماضية ، أعنى حسنه زراره .

ومنها : خبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : ليس بين الرجل وولده ربا ، وليس بين السيد وعبده ربا (٤) .

أما رجال السند فحميد بن زياد النينواني موثق ، والخشاب لقب لثلاثة أشخاص : أولهم : الحسن بن موسى الخشاب وهو حسن ، وثانيهم : عمران بن موسى الخشاب وهو مهمل ، وثالثهم : حجاج بن رفاعه الخشاب وهو ثقة ، ولعلّ الأظهر في المقام أنّ المراد به هو الأوّل . والمراد بابن بقاح هو الحسن بن علي بن بقاح الثقة . ومعاذ بن ثابت حسن ولكن عمرو بن جميع الراوى الأخير ضعيف ، فالرواية به ضعيفه الإسناد . ولكن دلالتها واضحة .

ومنها : ما في الفقه الرضوى : ليس بين الوالد وولده ربا ، ولا بين الزوج والمرأه ربا ،

ص: ١٠٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٣ . الباب ٧ من أبواب الربا .

٢- (٢) الجواهر ٢٣ / ٣٧٩ و ٣٨١ .

٣- (٣) التهذيب ٧ / ١٧ ح ٧٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ١ .

ولا بين المولى والعبد ، ولا بين المسلم والذمي (١) .

وذكر الصدوق مثلها في المقنع (٢) .

هذه الروايات الواضحة بعد الإجماع تدلّ على جواز أخذ الربا بين الوالد وولده .

ثم يجوز أخذ الزيادة لكلّ منهما ، لإطلاق الروايات الواردة ، وأفتى به في السرائر (٣) والشرائع (٤) والتذكرة (٥) والتحرير (٦) والنهاية (٧) والدروس (٨) وإيضاح النافع (٩) والمسالك (١٠) والروضه (١١) وغيرها (١٢) ، وفي المفاتيح (١٣) والرياض (١٤) أنّه لا خلاف فيه إلّا من الإسكافي (١٥) حيث خصّ الزيادة بالولد دون الوالد ويشترط أن لا يكون للوالد وارث ولا عليه دين ، وهو شاذ كما قاله جماعه ، وزاد في الحقائق (١٦) : « وأقواله غالباً لا تخرج عن مذهب العامه » . كما

ص: ١٠٥

- 
- ١- (٥) الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام / ٢٨٥ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٣٩ ح ١ وجامع أحاديث الشيعة ٢٣ / ٢٠٨ ح ٣ .
  - ٢- (٦) المقنع / ١٢٦ .
  - ٣- (١) السرائر ٢ / ٢٥٢ .
  - ٤- (٢) شرائع الاسلام ٢ / ٤٠ .
  - ٥- (٣) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٧ المسأله ١٠٥ .
  - ٦- (٤) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٣١٢ . الخامس .
  - ٧- (٥) نهايه الأحكام ٢ / ٥٥٣ .
  - ٨- (٦) الدروس ٣ / ٢٩٩ - يُستفاد من إطلاق كلامه عليه السلام .
  - ٩- (٧) إيضاح النافع / للفاضل القطيفي ونقل عنه في مفتاح الكرامه ٤ / ٥٢٩ - (١٤ / ٩٨) .
  - ١٠- (٨) مسالك الأفهام ٣ / ٣٢٧ .
  - ١١- (٩) الروضه البهيه ٣ / ٤٤٥ .
  - ١٢- (١٠) كالمهذب ١ / ٣٧٢ والكفايه ١ / ٥٠١ .
  - ١٣- (١١) مفاتيح الشرائع ٣ / ٦٣ .
  - ١٤- (١٢) رياض المسائل ٨ / ٤٣٣ .
  - ١٥- (١٣) نقل عنه العلامه في المختلف ٥ / ٧٩ .
  - ١٦- (١٤) الحقائق ١٩ / ٢٦٠ .

قاله السيد العاملي في مفتاح الكرامه (١).

وقال الوحيد البهبهاني في حاشيته على مجمع الفائده والبرهان بالنسبه إلى تفصيل ابن الجنيد الإسكافي : « وهذا غريب بالنظر إلى الأخبار » (٢).

ولا فرق هنا في إطلاق الولد بين الذكر والأنثى كما قال العلامة في تذكره الفقهاء : « ولا فرق بين الولد الذكر والأنثى ، لشمول اسم الولد لهما » (٣). وقال المحقق الثاني : « ولا فرق في الولد بين الذكر والأنثى لشمول الاسم » (٤).

وهكذا لا فرق بين الولد وولد الولد وإن نزل كما يشمله لفظ « الولد » وإطلاقه ، والعمل بالعموم والحكم بثبوت الربا بعد ورود المخصص بلا- وجه وإطلاق « الولد » على ولد الولد ليس بمجاز ، بل يُطلق عليه حقيقه . فالصحيح في المقام ما ذهب إليه الشهيد قدس سره في الدروس (٥) من الحكم بعدم ثبوت الربا بين الجد وولد الولد . ولا يتم ما ذهب إليه ثاني الشهيدين (٦) من ثبوت الربا بين الجد وولد الولد .

نعم ، الحكم يختص بالولد النسبي ، فلا يجري في حق الولد الرضاعي ، لأنه ليس بولد حقيقه ، كما أنه يختص بالأب فلا يجري في حق الأم ، كما هو واضح .

وأما ولد الزنا فهل يثبت هذا الحكم بينه وبين من له من نطفته أم لا ؟ الظاهر بعد الحكم بأن ولد الزنا أيضاً ولد في الحقيقه فلذا لا يجوز له نكاحها لو كانت بنتاً ، إلا أن النسب منقطع في الإرث فقط ، وأما في غير الإرث بالنسبه إليهما جميع أحكام النسب باقيه ، فيجري الحكم بالجواز بالنسبه إليهما .

ص: ١٠٦

١- (١٥) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٢٩ - (١٤ / ٩٦) .

٢- (١٦) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٢٩٥ .

٣- (١٧) تذكره الفقهاء ١٠ / ٢٠٩ .

٤- (١٨) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٠ .

٥- (١) الدروس ٣ / ٢٩٩ .

٦- (٢) حاشيه الإرشاد / ١٨٤ وفي المطبوعه ضمن غايه المراد في شرح نكت الارشاد للشهيد الأول ٢ / ١٢٤ .



ب : لا ربا بين السيد وعبد

تدلّ على عدم ثبوت الربا بين السيد ومملوكه بعد الإجماع ، بعض الروايات :

منها : صحيحه على بن جعفر أنه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على أن يؤدي العبد كلّ شهر عشرة دراهم ، أيحلّ ذلك ؟ قال : لا بأس (١).

وسند الشيخ إلى هذه الرواية حسن بنان بن محمد بن عيسى .

ومنها : حسنه زراره (٢) وحسنه زراره ومحمد بن مسلم (٣) وخبر عمرو بن جميع (٤) المذكوره فيما سبق .

وهذه الروايات وفيها صحيحه السند تدلّ على عدم ثبوت حكم الربا بين السيد وعبده وجواز أخذ السيد الزيادة من عبده ، وهذا الحكم بناءً على القول بأنّ العبد لا يملك واضح وبناءً على ثبوت ملكيه العبد أيضاً تدلّ عليه الروايات ومنها الصحيحه ، فلا وجه

لمناقشه الأردبيلي حيث قال : « وأما على القول الآخر [ يعنى مالكيه العبد ] فلا يظهر ، إذ الروايه غير صحيحه ولا نعرف غيرها ، إلاّ أن يدعى الإجماع فيقتصر على موضعه وهو القن الخاص ، لا المكاتب مطلقاً ولا المشترك كما تشعر به الروايه المتقدمه » (٥).

وفيه : بعد ورود صحيحه على بن جعفر وغيرها من الروايات تمّ ما ذكرناه ولا يصح قوله قدس سره : « إذ الروايه غير صحيحه » ، ولعلّه غفل عنها . وسبحان من لا يسهو .

نعم ، يثبت الربا بين السيد وعبده المشترك بينه وبين غيره ، كما تدلّ عليه حسنه زراره ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده ولا بينه وبين عبده ولا بين أهله ربا ، إنّما الربا في ما بينك وبين ما لا تملك . قلت : فالمشركون بيني وبينهم ربا ؟ قال : نعم ،

ص: ١٠٧

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٦ ح ٦ - وأورد تمامها في وسائل الشيعه ١٨ / ٣٠٨ ح ١٢ . الباب ١١ من أبواب السلف .

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٥ ح ٣ .

٣- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٦ ح ٤ .

٤- (٦) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٥ ح ١ .

٥- (١) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٤٨٩ .

قلت : فإنهم مماليك ؟ فقال : إنك لست تملكهم ، إنما تملكهم مع غيرك ، أنت وغيرك فيهم سواء ، والذي بينك وبينهم ليس من ذلك ، لأن عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك (١) .

ونحوها حسنه زراره (٢) .

وعلى هذا العبد المشترك لا يجوز أخذ الربا منه ، وبه صرح العلامة في القواعد (٣) وتذكره الفقهاء (٤) وتحريم الأحكام (٥) ونهايه الإحكام (٦) ومختلف الشيعة (٧) والشهيد في الدروس (٨) والفاضل المقداد في التنقيح (٩) والمحقق الثاني في جامع المقاصد (١٠) والقطفى في إيضاح النافع (١١) والشهيد الثاني في المسالك (١٢) والسيد الطباطبائي في الرياض (١٣) والسيد العاملى في مفتاح الكرامه (١٤) .

خلافاً لصاحب الجواهر حيث قال : « العبد المشترك بين المالكين الذى يمكن القول فيه بحلّيه الربا فيه بالنسبه إلى كل من موليه » (١٥) وقال فى توجيه حسنه الماضيه : « على أن الخبر

ص: ١٠٨

- ١- (٢) التهذيب ١٧ / ٧ ح ٧٥ .
- ٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٣ .
- ٣- (٤) قواعد الأحكام ٢ / ٦٣ .
- ٤- (٥) تذكره الفقهاء ١٠ / ٢٠٩ .
- ٥- (٦) تحرير الأحكام ٢ / ٣١٢ . الرابع .
- ٦- (٧) نهايه الإحكام ٢ / ٥٥٤ .
- ٧- (٨) مختلف الشيعة ٥ / ٨٣ .
- ٨- (٩) الدروس ٣ / ٢٩٩ .
- ٩- (١٠) التنقيح الرائع ٢ / ٩٣ .
- ١٠- (١١) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٠ .
- ١١- (١٢) إيضاح النافع ، كما نقل عنه العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٠ - (١٤ / ١٠٠) .
- ١٢- (١٣) مسالك الإفهام ٣ / ٣٢٨ .
- ١٣- (١٤) رياض المسائل ٨ / ٤٣٣ .
- ١٤- (١٥) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٠ - (١٤ / ٩٩) .
- ١٥- (١) الجواهر ٢٣ / ٣٨١ .

المزبور مع احتمال العله فيه إقناعيته لما تسمع في المشترك الجزئي ، ظاهر في نحو المشترك الجنسي الذي هو بين المسلمين ، لا مثل المشترك بين شخصين مثلاً»(١).

ولكن الصحيح مذهب المشهور من ثبوت الرباين العبد المشترك ومالكيه لحسنه زراره ومحمد بن مسلم الماضيه ، وما ذكره صاحب الجواهر في توجيهها غير ظاهر .

وأما العبد المبعوض الذي بعضه رقّ وبعضه حرّ أيضاً ملحق بالمشترك ، فلا يجوز أخذ الربا منه ، خلافاً لما إليه صاحب الجواهر(٢).

وأما القنّ والمدبّر وأم الولد والمكاتب بقسميه(٣) فيدخل في الاستثناء من حكم الربا ، فيجوز أخذ الربا منهم ، إلا إذا دخل الآخر في المبعوض ، فيجرى فيه حكمه .

وهكذا لا فرق بين كون المالك رجلاً أو امرأة كما هو الظاهر من « لفظ السيد » الوارد في الحسنه . و « الرجل » الوارد في صحيحه على بن جعفر لا يختص الحكم به . وذهب إلى ما ذكرناه الفقيه اليزدي في عروته ، ولكن قال : « وإن كان الأحوط الاقتصار على الأوّل »(٤) . ولا وجه لهذا الإحتياط إلا حسنه الذاتى وأنه حسن على كل حال وطريق النجاه ، أو التمسك بصحيحه على بن جعفر الماضيه .

ج : لا ربا بين الرجل وزوجته

تدلّ عليه بعد الإجماع حسنه زراره(٥) وحسنه زراره ومحمد بن مسلم(٦) ومرسله

ص: ١٠٩

١- (٢) الجواهر ٢٣ / ٣٨١ .

٢- (٣) الجواهر ٢٣ / ٣٨١ .

٣- (٤) قال المحقق في الشرائع : « الكتابه قسمان : مشروطه ومطلقه ، المطلقة أن يقتصر على العقد وذكر الأجل والعوض والتيه ، والمشرطه : أن يقول مع ذلك « فإن عجزت فأنت رُدُّ في الرق » ، فمتى عجز كان للمولى ردّه رقاً ولا يعيد عليه ما أخذ » . شرائع الاسلام ٣ / ٩٦ .

٤- (٥) العروه الوثقى ٦ / ٧٢ المسأله ٥٢ .

٥- (٦) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٥ ح ٣ .

٦- (٧) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٦ ح ٤ .

الصدوق(١) السابقه الذكر ، على أنّ المراد بالأهل فى الأولتين الزوجه كما هو الظاهر .

ولا- فرق فى الزوجه بين المعقوده بالعقد الدائم والموقت لصدق الزوجيه والأهليه فى زمان العقد . وذهب إليه الشهيد فى الدروس(٢) واللمعه(٣) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٤) والشهيد الثانى فى المسالك(٥) والروضه(٦) . وصاحباً الجواهر(٧) والعروه(٨) .

وأما العلامه الحلى فى التذکره(٩) فذهب إلى ثبوت الربا بين الرجل وبين زوجته بالعقد المنقطع ، وتبعه الأردبیلی فى مجمع الفائده(١٠) والسيد الطباطبائى فى الرياض(١١) مع اعترافه بأنّ أكثر الأصحاب عمّموا الزوجه للمنقطع(١٢) ، والسيد العاملى فى مفتاح الكرامه(١٣) .

والحق هو الإلحاق والظهور كما مرّ منّا .

نعم ، الأمر مشكل بالنسبه إلى المتمتع بها إذا كان زمانها قليلاً ، نحو ساعه أو ساعتين ويوم أو يومين ، لا لعدم صدق الزوجه عليها فى زمان العقد ، بل لعدم صدق عنوان الأهل المأخوذ فى الحسنتين الماضيتين . فلذا الأمر بالنسبه إليها مشكل ، وليس للإجماع إطلاق حتّى

ص: ١١٠

١- (٨) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٦ ح ٥ .

٢- (١) الدروس ٣ / ٢٩٩ .

٣- (٢) اللمعه / ١٩٣ .

٤- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٠ .

٥- (٤) مسالك الأفهام ٣ / ٣٢٧ .

٦- (٥) الروضه البهيه ٣ / ٤٣٩ .

٧- (٦) الجواهر ٢٣ / ٣٨١ .

٨- (٧) العروه الوثقى ٦ / ٧٣ المسأله ٥٣ .

٩- (٨) تذکره الفقهاء ١٠ / ٢٠٩ .

١٠- (٩) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٤٩٠ .

١١- (١٠) رياض المسائل ٨ / ٤٣٤ .

١٢- (١١) رياض المسائل ٨ / ٤٣٥ .

١٣- (١٢) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣١ - (١٤ / ١٠٢) .

يشمل المقام ، فحينئذ يجرى دليل حرمة الربا فيها ، والإحتياط أيضاً يقتضى الترك .

وأما المطلقة الرجعية فهنا فى حكم الأجنبيّه ، إذ يمنع صدق الأهل عليها ، فلا يلحقها حكم الجواز . كما فى الجواهر(١) والعروه(٢) .

ثم يجوز أخذ الزيادة لكل واحد منهما من صاحبه ، كما اعترف به العلامة فى تذكره الفقهاء(٣) .

د : يجوز الربا بين المسلم والحربى إذا أخذه المسلم

تدلّ عليه بعد الإجماع(٤) عدّه من الروايات :

منها : خبر عمرو بن جميع عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا ، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نعطيهم(٥) .

الروايه رواها المشايخ الثلاثة(٦) وفى سندها ضعف بعمر بن جميع ، ولكن الشهره على طبقها وجابر لضعف سندها كما قال صاحب الجواهر : « والضعف غير قادح بعد الإنجبار »(٧) .

ودلالاتها على جواز أخذ الربا من الحربى وعدم جواز إعطائها واضحه .

ويمكن المناقشه فى الإنجبار بأنّ من الممكن أن يكون استناد المشهور بالإجماع أو بأن الحكم على طبق القاعده ، فلا يحرز استنادهم بالروايه .

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال الصادق عليه السلام : ليس بين المسلم وبين الذمى ربا ، ولا بين المرأه وبين زوجها رباً(٨) .

ص: ١١١

١- (١٣) الجواهر ٢٣ / ٣٨٢ .

٢- (١٤) العروه الوثقى ٦ / ٧٣ .

٣- (١٥) تذكره الفقهاء ١٠ / ٢٠٧ .

٤- (١) المذكور فى مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣١ (١٤ / ١٠٢) و الجواهر ٢٣ / ٣٨٢ .

٥- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٥ ح ٢ .

٦- (٣) الكافى ٥ / ١٤٧ ح ٢ - الفقيه ٣ / ٢٧٧ ح ٤٠٠٠ - التهذيب ٧ / ١٨ ح ٧٧ .

٧- (٤) الجواهر ٢٣ / ٣٨٢ .

٨- (٥) الفقيه ٣ / ٢٨٧ ح ٤٠٠٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٦ ح ٥ .

بناءً على حملها على الذمي الذي خرج من شرائط الذمه كما حملها العلامة في المختلف (١)، وقال في الرياض: « حمل الأصحاب المرسله على خروج الذمي عن شرائط الذمه » (٢) فلذا تدلّ على جواز أخذ الربا بين المسلم والحربي ، لأنّ الذمي إذا خرج من شرائط الذمه ولم يف بها صار حربيّاً . مضافاً إلى أنّ أخذ الربا من الذمي إذا كان جائزاً بطريق أولى تدلّ على جواز أخذه من الحربي حتّى إذا لم تحمل المرسله على ما حملها الأصحاب .

ومنها : ما في كتابي الفقه الرضوي والمقنع : ليس بين الوالد وولده ربا ولا بين الزوج والمرأه ربا ، ولا بين المولى والعبد ، ولا بين المسلم الذمي (٣) .

بالتقريب الذي مرّ في الروايه السابقه .

فحيثنّذ يجوز للمسلم أخذ الربا من الحربي ، ولكن لا يجوز إعطاؤه أيّاه ، كما يدلّ عليه

خبر عمرو بن جميع وعليه المشهور بل الإجماع ، بلا فرق في ذلك بين دار الإسلام ودار الحرب ، لإطلاق الخبر وصريح فتوى المشهور .

ويؤيّد هذا الإستثناء من حرمة الربا ، عدم حرمة مال الحربي كعرضه ودمه ، فلذا يجوز للمسلم استنقاذ ماله بأيّ وجهٍ يمكن ذلك ، ومنها : أخذ الربا منه .

وأما أخذ المسلم الربا من الذمي هل يجوز أم لا ؟ ذهب إلى جوازه والد الصدوق (٤) وولده (٥) والمفيد (٦) والمرتضى وادعى عليه الإجماع (٧) والقطيفي (٨) ، وإلى عدم جوازه

ص: ١١٢

١- (٦) مختلف الشيعة ٥ / ٨٢ .

٢- (٧) رياض المسائل ٨ / ٤٣٥ .

٣- (٨) الفقه الرضوي ٢٨٥ / والمقنع ١٢٦ / ونقلنا عنهما في مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٣٩ ح ١ وجامع أحاديث الشيعة ٢٣ / ٢٠٨ ح ٣ .

٤- (١) نقل عنه العلامة في مختلف الشيعة ٥ / ٨١ .

٥- (٢) المقنع ١٢٦ .

٦- (٣) نقل عنه ابن إدريس في السرائر ٢ / ٢٥٢ والعلامة في المختلف ٥ / ٨١ ، ولكن قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٢ (١٠٨ / ١٤) : « ولم أجد له ذكراً في المقنعه » .

٧- (٤) الانتصار ٤٤٢ .

٨- (٥) إيضاح النافع / مخطوط ونقل عنه في مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٢ (١٠٨ / ١٤) .

والصحيح ما ذهب إليه المشهور من ثبوت الربا بين المسلم والذمي ، لما مرّ من حمل مرسله الصدوق وعبارتي الفقه الرضوي والمقنع على الذمي الذي خرج من شرائط الذمه وبخروجه منها صار حربياً .

مضافاً إلى ورود إطلاقات حرمه الربا ، وتدلل على ثبوت الربا بينهما :

حسنه زاراه عن أبي جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده وبين عبده ولا بين أهله ربا ، إنّما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك .

قلت : فالمشركون بيني وبينهم ربا ؟ قال : نعم . قال : قلت : فإنّهم مماليك ، فقال : إنّك لست تملكهم إنّما تملكهم مع غيرك ، أنت وغيرك فيهم سواء ، فالذي بينك وبينهم ليس من ذلك ، لأنّ عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك (٢) .

ومثلها حسنه زاراه ومحمد بن مسلم عنه عليه السلام (٣) .

الروايتان من حيث السند حسنتان كما مرّ منّا سابقاً ، وأمّا دلالتهما على حرمه أخذ الربا من المشركين واضحه والقدر المتيقن منهم أهل الذمه ، فلا يجوز أخذ الربا من أهل الذمه

كما عليه المشهور .

وأمّا المعاهد هل يلحق بالحربي أم بالذمي ؟ قال يالحاقه بالحربي العلّامه في التذكرة (٤) والمحقق الكركي في جامع المقاصد (٥) والشهيد الثاني في المسالك (٦) والسيد العاملي في مفتاح

ص: ١١٣

- ١- (٦) مسالك الأفهام ٣ / ٣٢٨ ومفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٢ (١٤ / ١٠٥) ورياض المسائل ٨ / ٤٣٥ والجواهر ٢٣ / ٣٨٣ .
- ٢- (٧) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٥ ح ٣ .
- ٣- (٨) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٦ ح ٤ .
- ٤- (١) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٨ .
- ٥- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٨١ .
- ٦- (٣) مسالك الأفهام ٣ / ٣٢٨ .

الكرامة (١) وصاحبها الجواهر (٢) والعروه (٣) .

ولكن المحقق الأردبيلي قال بعدم إلحاقه بالحربي وثبوت الربا بين المسلم والمعاهد في مجمع الفائدة والبرهان (٤) .

واستدلّ العلامة لإلحاق المعاهد بالحربي بقوله : « لأنه (أى المعاهد) في الحقيقة فيء للمسلمين وقد بذل ماله بإذنه للمسلم ، فجاز له أخذه منه حيث أزال أمانه عنه ببذله له » (٥) .

وقال المحقق الثاني في تقريب هذا الاستدلال : « ولا فرق بين كونه معاهداً أم لا ، لأنّ الحربي فيء لنا ، وأمانه وإن منع من أخذ ماله بغير حق ، إلاّ أنّه إذا رضی بدفع الفضل انتقض أمانه فيه ، تبه عليه في التذكرة » (٦) .

أقول : هذا الاستدلال من العلمين تام ، مضافاً إلى أنّ إطلاق الحربي يشمل المعاهد ، فيجوز أخذ الربا منه ولا مانع من أخذ ماله بعد رضايته به .

وحيث كان أهل الكتاب الموجودون اليوم بين المسلمين ليسوا من أهل الذمه - لعدم وجود عقد ذمه بينهم وبين المسلمين وعدم مراعاتهم شرائط الذمه - فإنّهم معاهدون ، فيجوز أخذ الربا منهم ولا يجوز إعطاؤهم الربا .

نعم ، دماؤهم وأعراضهم وأموالهم محترمة بالعهد والأمان . والله سبحانه هو العالم .

هذا تمام الكلام في مستثنيات الربا ، والحمد لله رب العالمين .

### الثالث : يجوز بيع درهم ودينار ، بدينارين ودرهمين

هذه إحدى الحيل للفرار من الربا ، ولكن هل يختص ببيع الصرف أو يمكن التعدى منه

إلى غيره ؟

ص: ١١٤

١- (٤) مفتاح الكرامة ٤ / ٥٣١ - (١٤ / ١٠٩) .

٢- (٥) الجواهر ٢٣ / ٣٨٢ .

٣- (٦) العروه الوثقى ٦ / ٧٣ .

٤- (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٤٩٠ .

٥- (٨) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠٩ .

٦- (٩) جامع المقاصد ٤ / ٢٨١ .



ظاهر بعض الروايات اختصاصها بالصرف ، ولكن الأصحاب قدس سرهم تعدوا منه إلى غير النقدين من الأجناس الربويه .

قال المحقق : « يجوز بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين ويُصرف كل واحد منهما إلى غير جنسه ، وكذا لو جعل بدل الدينار أو الدرهم شيء من المتاع وكذا مُدٌّ من تمرٍ ودرهمٍ بمُدِّين أو أمدادٍ ودرهمين أو دراهم » (١).

وقال تلميذه العلامة في القواعد : « لو اشتمل أحد العوضين على جنسين ربويين صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة ، كمدِّ تمرٍ ودرهمٍ بمُدِّين ، أو بدرهمين ، أو بمُدِّين ودرهمين » (٢).

وقال في التذكرة : « يجوز بيع الجنسين المختلفين بأحدهما إذا زاد على ما في المجموع من جنسه بحيث تكون الزيادة في مقابله المخالف ، وذلك كمدِّ عَجْوَةٍ (٣) ودرهمٍ بمُدِّين عَجْوَةٍ أو بدرهمين أو بمُدِّين عَجْوَةٍ ودرهمين ، عند علمائنا أجمع - وبه قال أبو حنيفة - حتى لو باع ديناراً في خريطه بمائة دينارٍ جاز ، لنا : الأصل السالم عن معارضة الربا ، لأنَّ الربا هو بيع أحد المثليين بأزيد منه من الآخر والمبيع هنا المجموع وهو مخالف لأفراده ، وما رواه - ثم ذكر بعض الروايات الواردة في المقام واستدل على الجواز ثم قال : « وقال الشافعي : لا يجوز ذلك كله ، وبه قال أحمد لأنَّ ... » (٤).

وقال المحقق الثاني في شرح قول العلامة في القواعد : « لا يخفى أن قوله : (صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة) لا يتناول بيعهما بالجنسين معاً ، إلا إذا جعلنا الزيادة بحيث تتناول الجنس الآخر ، وهذا الحكم بإجماعنا ، ومنعه بعض العامة لحصول التفاوت » (٥).

وقال الشهيد الثاني في ذيل قول المحقق : « هذا الحكم موضع وفاق بين أصحابنا ، وخالف فيه الشافعي محتجاً بحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه ، كما لو بيع مدٌّ

ص: ١١٥

١- (١) الشرائع ٢ / ٤١ .

٢- (٢) القواعد ٢ / ٦٢ .

٣- (٣) العَجْوَةُ وَالْعَجَاوَةُ : التمرُ المحشِيُّ في وعائه .

٤- (٤) تذكره الفقهاء ١٠ / ١٨١ و ١٨٢ مسأله ٩٢ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٧٤ .

ودرهم بمدّين ، والدرهم ثمن لمدّ ونصف بحسب القيمة الحاضرة ، وجوابه أنّ الزيادة حينئذ بمقتضى التقسيط لا البيع ، فإنّه إنّما وقع على المجموع بالمجموع «(١)» .

وقال الأردبيلي : « ومستند الإجماع عموم أدله الجواز مع عدم تحقق الربا ، لأنّه إنّما يكون في بيع أحد المتجانسين المقدرين بالكيل أو الوزن ، متفاضلين أو نسيئه بالآخر ، وهنا ليس كذلك ، لأنّ المركب من الجنسين ليس بجنس واحد ، وهو ظاهر .

ولاحتمال أن يكون المقابل للمجانس ما يساويه قدرًا من جنسه ويبقى الباقي في مقابل غير المجانس وإن كان أضعاف ذلك فلا يحصل الربا ، وهو ظاهر . وبالجملة : الأمر إذا احتل الصحة محمول عليها ... «(٢)» .

قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه فى شرح كلام العلامة فى القواعد : « قد نص على جواز ذلك المبسوط(٣) والخلاف(٤) والغنيه(٥) والسرائر(٦) والشرائع(٧) والنافع(٨) والتحرير(٩) والتذكرة(١٠) والإرشاد(١١) ونهايه الأحكام(١٢) وكنز الفوائد(١٣) والإيضاح(١٤) »

ص: ١١٧

- ١- (٦) مسالك الافهام ٣ / ٣٣٠ .
- ٢- (١) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٤٨٧ .
- ٣- (٢) المبسوط ٢ / ٩٢ .
- ٤- (٣) الخلاف ٣ / ٦١ .
- ٥- (٤) غنيه النزوع / ٢٢٥ .
- ٦- (٥) السرائر ٢ / ٢٦٤ .
- ٧- (٦) شرائع الإسلام ٢ / ٤١ .
- ٨- (٧) المختصر النافع / ١٢٨ .
- ٩- (٨) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٣١٠ .
- ١٠- (٩) تذكرة الفقهاء ١٠ / ١٨١ .
- ١١- (١٠) إرشاد الأذهان ١ / ٣٧٩ .
- ١٢- (١١) نهايه الأحكام ٢ / ٥٤٨ .
- ١٣- (١٢) كنز الفوائد ١ / ٤٤٢ .
- ١٤- (١٣) ايضاح الفوائد ١ / ٤٨٧ .

والدروس (١) واللمعه (٢) وحواشى الشهيد وكفايه الطالبين (٣) وجامع المقاصد (٤) وحاشيه الارشاد (٥) والميسيه والروضه (٦) والمسالك (٧) ومجمع البرهان (٨) والكفايه (٩) والمفاتيح (١٠) ، وقد

حكى عليه الإجماع فى الخلاف والغنيه والتذكره وجامع المقاصد وحاشيه الارشاد والمسالك وظاهر نهايه الأحكام والإيضاح وكنز الفوائد ، مضافاً إلى الأصل والعمومات و ... «(١١) .

وقال فى الجواهر : « إذهو وإن لم يكن فى كلّ منهما جنس يخالف الآخر ، إلا أنّ الزيادة تكون فى مقابل الجنس المخالف فى أحدهما ، فهو فى الصحه حينئذ كذى الجنسين . ولا- خلاف بيننا فى الجميع ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكى منه مستفيض جداً إن لم يكن متواتراً ، مضافاً إلى الأصل والعمومات و ... «(١٢) .

أقول : فالحكم عندنا إجماعى ولم يخالف فيه أحد من أصحابنا ، وبه قال أبو حنيفه (١٣) كما مرّ

ص: ١١٧

- ١- (١٤) الدروس ٣ / ٢٩٨ .
- ٢- (١٥) اللمعه / ١٢٦ .
- ٣- (١٦) كفايه الطالبين / ٣٧ .
- ٤- (١٧) جامع المقاصد ٤ / ٢٧٤ .
- ٥- (١٨) حاشيه إرشاد الاذهان المطبوعه ضمن حياه المحقق الكركى وآثاره ٩ / ٤١١ .
- ٦- (١٩) الروضه البهيه ٣ / ٤٤١ .
- ٧- (٢٠) المسالك ٣ / ٣٣٠ .
- ٨- (٢١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٤٨٦ .
- ٩- (٢٢) الكفايه ١ / ٥٠١ .
- ١٠- (٢٣) مفاتيح الشرائع ٣ / ٦٣ .
- ١١- (١) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٢١ و ٥٢٢ - (١٤) / ٧٢ - ٧٠) .
- ١٢- (٢) الجواهر ٢٣ / ٣٩١ .
- ١٣- (٣) حليه العلماء ٤ / ١٧٠ والحاوى الكبير ٥ / ١١٣ والتهديب للبعوى ٣ / ٣٤٧ .

قوله عن العلامة في التذكرة (١)، وخالف فيه أحمد والشافعي (٢) كما مرّ خلاف الشافعي عن ثاني الشهيد في المسالك (٣) وخلافهما عن العلامة في التذكرة (٤).

وتدلّ على الحكم - مضافاً إلى الإجماع والأصل وعمومات صحة البيع - النصوص المستفيضة :

منها : موثقه أبي بصير قال : سألته عن السيف المفصّض يباع بالدراهم ؟ فقال : إذا كانت فضته أقل من النقد فلا بأس ، وإن كانت أكثر فلا يصلح (٥).

ومنها : صحيحه أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع السيف المحلّي بالنقد ؟ فقال : لا بأس به . قال : وسألته عن بيعه بالنسيئة ؟ فقال : إذا نقد مثل ما في فضته فلا بأس به أو ليعطى الطعام (٦).

وهاتان الروايتان لا تختصان بالصرف كما ترى .

ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألته عن الصرف فقلت له : الرفقه ربما عجلت فخرجت فلم نقدر على الدمشقيه والبصريه وإنما يجوز نيسابور الدمشقيه والبصريه ، فقال : وما الرفقه ؟ فقلت : القوم يترافقون ويجمعون للخروج ، فإذا عجلوا فربما لم يقدروا على الدمشقيه والبصريه ، فبعثنا بالغله فصرفوا ألفاً وخمسين منها بألف من الدمشقيه والبصريه ، فقال : لا خير في هذا ، أفلا يجعلون فيها ذهباً لمكان زيادتها ، فقلت له : أشتري ألف درهم وديناراً بألفي درهم ؟ فقال : لا بأس بذلك ، إن أبي كان أجراً على أهل المدينة مني ، فكان يقول هذا ، فيقولون : إنّما هذا الفرار ، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار ، وكان يقول لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال (٧).

ومنها : في صحيحه أخرى له عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان محمد بن المنكدر يقول لأبي عليه السلام : يا أبا جعفر رحمك الله وإنا نعلم أنك لو أخذت ديناراً والصرف بثمانية عشر فدرت

ص: ١١٨

١- (٤) تذكره الفقهاء ١٠ / ١٨١ .

٢- (٥) المغنى لابن قدامه ٤ / ١٦٨ مسألة ٢٨٣٦ - الأم ٣ / ٢٨ - مختصر المزني / ٧٧ .

٣- (٦) مسالك الأفهام ٣ / ٣٣٠ .

٤- (٧) تذكره الفقهاء ١٠ / ١٨٢ .

٥- (٨) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٠ ح ٨ . الباب ١٥ من أبواب الصرف .

٦- (٩) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٩ ح ٣ .

٧- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٧ ح ١ . الباب ٦ من أبواب الصرف .

المدينه على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته ، وما هذا إلا فرار ، فكان أبي يقول : صدقت والله ، ولكنه فرار من باطل إلى حق (١) .

ومنها : صحيحه ثلثه له قال : سألته عن رجل يأتي بالدرهم إلى الصيرفي فيقول له : آخذ منك المائه بمائه وعشره أو بمائه وخمسه حتى يراوضه على الذي يريد ، فإذا فرغ جعل مكان الدرهم الزيادة ديناراً أو ذهباً ، ثم قال له : رادتك البيع وإنما أبايعك على هذا ، لأن الأول لا يصلح أو لم يقل ذلك ، وجعل ذهباً مكان الدرهم ، فقال : إذا كان آخر البيع على الحلال فلا بأس بذلك ، قلت : فإن جعل مكان الذهب فلوساً ، قال : ما أدري ما الفلوس (٢) .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بألف درهم ودرهم بألف درهم ودينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به (٣) .

ومنها : صحيحه سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان أبي بعثني بكيس فيه ألف درهم إلى رجل صراف من أهل العراق ، وأمرني أن أقول له : أن يبيعه ، فإذا باعها أخذ ثمنها ، فاشترى لنا بها دراهم مدنيه (٤) .

هذه الصحيحه محموله إما على بيع الدراهم بالدنانير ثم بيع الدنانير بالدراهم المدنيه أو على التساوي في الوزن .

ومنها : صحيحه إسماعيل بن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يجيء إلى صيرفي ومعه دراهم يطلب أجود منها فيقاوله على دراهمه فيزيده كذا وكذا بشيء قد تراضيا عليه ، ثم يعطيه بعد دراهمه دنانير ، ثم يبيعه الدنانير بتلك الدراهم على ما تقاولا عليه أول مره ؟ قال : أليس ذلك برضا منهما جميعاً ؟ قلت : بلى ، قال : لا بأس (٥) .

ومنها : خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الدراهم بالدراهم وعن

ص: ١١٩

١- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٧٩ ح ٢ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٧٩ ح ٣ .

٣- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٠ ح ٤ .

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٠ ح ٥ .

٥- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٠ ح ٦ .

فضل ما بينهما؟ فقال: إذا كان بينهما نحاس أو ذهب فلا بأس (١).

ومنها: صحيحه أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للصائغ: صنع لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلّه؟ قال: لا بأس (٢).

تلك عشره كامله من الروايات، وأكثرها صحاح سنداً وواضحه دلالة تدلّ على جواز بيع درهم ودينار بدينارين ودرهمين ويصرف كل واحد منهما إلى غير جنسه، وهكذا تدلّ على جواز بيع الجنس الربويين مع الزيادة إذا كان في البين جنس آخر غيرهما يقابل الزيادة وبعبارة أخرى: تدلّ على كيفية الفرار من الربا في المثليات، وهي كما ترى لا تختص بالصرف وإن كان أكثرها فيه، ولكن موثقه أبي بصير (٣) وصحيحته (٤) وصحيحه أبي الصباح الكناني (٥) عام يشمل الصرف وغيره.

فيمكن التعدى في هذه الحيله من الصرف إلى غيره من المبادلات والمعاملات الربويه، كما ذهب إليه المشهور من أصحابنا رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

### تنبيه: حكم الأوراق النقدية

أمّا الأوراق النقدية المتداوله في البلاد المختلفه اليوم نحو: الريالات أو الدولارات أو الدينانير أو الدراهم الورقيه أو غيرها، فليست من جنس النقدين، فلذا لا يحتاج في معاملة

بعضها من بعض بالزيادة أو النقصه إلى هذه الحيله المذكوره في التخلص من الربا أو غيرها من الحيل التي تأتي، لأنها ليست من النقدين أو ليست من المكييل والموزون، فيجوز بيع أحدها بالآخر بالزيادة، بل يجوز بيع أحدها بنفسها بالزيادة، نحو: إعطاء مائه وعشره دولارات المفرده وأخذ مائه دولار في ورقه واحده.

ص: ١٢٠

١- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨١ ح ٧ و ١٨ / ١٦٣ ح ٢ الباب ٢٠ من أبواب الربا.

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٥ ح ١. الباب ١٣ من ابواب الصرف.

٣- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٠ ح ٨.

٤- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٩ ح ٣.

٥- (٦) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٥ ح ١.

والحاصل ، لا- تجرى أحكام الربا فى الأوراق النقدية ، فيجوز بيع بعضها من بعض بالزيادة ، ولذا قال صاحب العروه : « الإسكناس معدود من جنس غير النقدين له قيمة معينه ولا يجرى عليه حكمهما ، فيجوز بيع بعضه ببعض أو بالنقدين متفاضلاً ... »(١).

نعم ، لابد من أن يكون هذا البيع نقداً ، وأما إذا كانت نسيئته بالزيادة فيشكل الأمر فيها ، لتطرق شبهه الربا القرضى فيها ، لأن هذه المعامله ظاهرها وإن كانت بيعاً ولكن واقعها من القرض الربوى ، فحينئذ تكون محرّمه وباطله .  
والله سبحانه هو العالم .

#### الرابع : يمكن التخلص من الربا بوجوه :

منها : أن يبيع الجنس الربوى بثمان من غير جنسه ثم يشتري الجنس الآخر بذلك الثمن أو بغيره ، كما إذا باع منناً من الحنطه بألف دينار ثم اشترى منين من الحنطه أيضاً بألف دينار أو أقل أو أكثر ثم تساقط الذمتين بمقدار المقابله .  
ومنها : ضمّ الضميمه من غير الجنس الربوى إلى الطرف الناقص أو الطرفين . كما مرّ مفصلاً فى الفرع السابق .  
ومنها : أن يتبايعا بقصد كون المثل بالمثل وكون الزائد هبه .

ومنها : أن يهب كلّ من المتبايعين جنسه الآخر ، لكن من غير قصد المعاوضه بين الهبتين واشتراط الهبه فى الهبه .

ومنها : أن يقرض كلّ منهما صاحبه ثم يتبارعا مع عدم الاشتراط .

ومنها : أن يصلح صاحب الزيادة مقدارها للآخر ويشترط عليه أن يبيعه كذا بكذا مثلاً بمثل . هذا فى البيع ، وفى القرض أن يصلح المقرض مع المقرض قبل القرض الزيادة بعوض جزئى أو بلا عوض ويشترط فى ضمن هذه المصالحه أن يقرضه مبلغ كذا إلى مدّه كذا .

وإذا كان الدين سابقاً وحلّ أجله ويريد أن يؤجله إلى مدّه يجوز أن يصلحه بمقدار

ويشترط عليه أن يؤجله إلى تلك المدّه .

ص: ١٢١

ذكر الفقيه اليزدي قدس سره هذه الحيل الشرعيه للتخلص من الربا فى العروه الوثقى(١).

هذه الحيل المذكوره فى كُلتها تُلقیت بالقبول من قِبَل أصحابنا قدس سرهم ، كما عليه الشيخ الطوسى فى الخلاف(٢) والمحقق فى الشرائع(٣) والنافع(٤) والعلامه فى التذکره(٥) والقواعد(٦) والنهایه(٧) والإرشاد(٨) والتحریر(٩) وابن زهره الحلبي فى الغنيه(١٠) والشهيد الأوّل فى الدروس(١١) والشهيد الثانى فى المسالك(١٢) والروضه البهيه(١٣) وأصحاب الكفايه(١٤) والرياض(١٥) والمفتاح(١٦) والجواهر(١٧) والعروه(١٨).

قال سيد الرياض : « بلا خلاف بين الطائفة بل عليه الاجماع فى الخلاف والغنيه

ص: ١٢٢

- ١- (١) العروه الوثقى ٦ / ٧٥ المسأله ٦١ .
- ٢- (٢) الخلاف ٣ / ٦١ .
- ٣- (٣) الشرائع ٢ / ٤١ .
- ٤- (٤) المختصر النافع / ١٢٨ .
- ٥- (٥) تذکره الفقهاء ١٠ / ٢٠١ المسأله ٩٨ .
- ٦- (٦) قواعد الأحكام ٢ / ٦٣ .
- ٧- (٧) نهایه الأحكام ٢ / ٥٤٨ .
- ٨- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٧٩ .
- ٩- (٩) تحریر الأحكام الشرعيه ٢ / ٣١٢ .
- ١٠- (١٠) غنيه النزوع / ٢٢٥ .
- ١١- (١١) الدروس ٣ / ٢٩٨ .
- ١٢- (١٢) مسالك الأفهام ٣ / ٣٣٢ .
- ١٣- (١٣) الروضه البهيه ٣ / ٤٤٥ .
- ١٤- (١٤) كفايه الأحكام ١ / ٤٩٩ و ٥٠١ .
- ١٥- (١٥) رياض المسائل ٨ / ٤٣٩ .
- ١٦- (١٦) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٢٧ - (١٤ / ٨٨ وما بعدها) .
- ١٧- (١٧) الجواهر ٢٣ / ٣٩٦ .
- ١٨- (١٨) العروه الوثقى ٦ / ٧٥ .



والمسالك والتذكرة وغيرها من كتب الجماعة هو الحجج» (١).

وقال السيد العاملي: « ولم أجد من تأمل أو توقف [ في هذه الحيل ] سوى المولى الأردبيلي على ما لعله يتوهم منه ... » (٢).

أقول: أذكر تمام كلام المحقق الأردبيلي حتى يتبين لك تأمله أو توقفه في المقام أو

عدمه ، ولذا قال السيد العاملي: « على ما لعله يتوهم منه ». قال الأردبيلي معلقاً على بعض الحيل المذكورة في الإرشاد بعد تقريره وتوضيحه لها: « ... وينبغي الإجتناح عن الحيل مهما أمكن ، وإذا اضطر ما ينجيه عند الله ولا ينظر إلى الحيل وصوره جوازها ظاهراً لما عرفت من علّة تحريم الربا ، فكأنّه أشار في التذكرة بقوله: « لو دعت الضرورة إلى بيع الربويات مستفضلاً [متفاضلاً] مع إتحاد الجنس» (٣) الخ - وذكر الحيل منها ما تقدم - (٤).

نعم قال قبل ثلاثين صفحته: « بل هذا يدلّ على عدم جواز أكثر الحيل التي تُستعمل في إسقاط الربا ، فافهم » (٥).

فيصح بأن يجعل المحقق الأردبيلي قدس سره من المستشكلين في الحيل الربويه .

وهكذا تبعه في الردّ على بعض الحيل الوحيد البهبهاني قدس سره في حاشيته على مجمع الفائده والبرهان (٦) ورسالته في القرض بشرط المعامله المحاباتيّه المطبوعه ضمن رسائله الفقهيّه (٧).

فهذان الفقيهان يردان على بعض الحيل المذكوره ، وتبعهما من المتأخرين السيد الخميني قدس سره في كتابه البيع (٨).

ص: ١٢٣

- ١- (١٩) رياض المسائل ٨ / ٤٣٩ .
- ٢- (٢٠) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٢٧ - (١٤ / ٨٩) .
- ٣- (١) تذكرة الفقهاء ١٠ / ٢٠١ المسأله ٩٨ .
- ٤- (٢) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٤٨٨ .
- ٥- (٣) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٤٥٣ .
- ٦- (٤) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٢٩٠ .
- ٧- (٥) الرسائل الفقهيّه / (٢٩٤ - ٢٣٩) للوحيد البهبهاني .
- ٨- (٦) كتاب البيع ٢ / ٤٠٦ طبعه اسماعيليان .

ولم يرد على هذه الحيل بعدم ترتب القصد إلى هذه العقود ، وأجاب الفقهاء عن هذا الإشكال :

ولعلَّ أوَّل من أجاز عن هذا الإشكال ثانياً الشهيدان قال : « ولا يقدح في ذلك كون هذه الأمور غير مقصوده بالذات والعقود تابعه للقصد ، لأنَّ قصد التخلص من الربا إنما يتم مع القصد إلى بيع صحيح أو قرض أو غيرهما من الأنواع المذكورة ، وذلك كافٍ في القصد ، إذ لا يُشترط في القصد إلى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه ، بل يكفي قصد غايه صحيحه من غاياته ، فإنَّ من أراد شراء دار مثلاً ليؤاجرها ويكتسب بها فإنَّ ذلك كافٍ في الصحه ، وإن كان لشراء الدار غايات أخر أقوى من هذه وأظهر في نظر العقلاء . وكذا القول في غير ذلك من أفراد العقود » (١).

وقال السيد الرياض : « ولا يقدح في ذلك كون هذه الأمور غير مقصوده بالذات والعقود تابعه للقصد ، لأنَّ القصد إلى عقد صحيح وغايه صحيحه كافيه في الصحه ، ولا يُشترط فيه قصد جميع الغايات المترتبة عليه ، فإنَّ من أراد شراء دار مثلاً ليؤاجرها ويتكسب بها فإنَّ ذلك كافٍ في الصحه وإن كان له غايات أخر أقوى من هذه وأظهر في نظر العقلاء كالسكنى وغيره » (٢).

قال السيد العاملي : « وقالوا في المقام : ولا يُقدح في ذلك كله كون هذه العقود - أي الإتهاب والإقتراض والإبراء - غير مقصوده بالذات ، مع أنَّ العقود أي الصيغ تابعه للقصد ، لأنَّ قصد التخلص من الربا الذي لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح أو قرض أو غيرهما كافٍ في القصد إليها ، لأنَّ ذلك غايه مترتبة على صحه العقد مقصوده ، فيكفي جعلها غايه ، إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبة على العقد ، فإنَّ من أراد شراء دار ليؤاجرها ويكتسب بها فإنَّ ذلك كافٍ في الصحه وإن كان لشراء الدار غايات أخر أقوى من هذه وأظهر ... » (٣).

وأجاب عن هذا الإشكال صاحب الجواهر أيضاً : « وكيف كان فلا يناقش في هذه

ص: ١٢٤

١- (٧) مسالك الأفهام ٣ / ٣٣٢ .

٢- (١) رياض المسائل ٨ / ٤٤١ .

٣- (٢) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٢٩ - (١٤ / ٩٤) .

الحيل بعدم قصد هذه الأمور أولاً وبالذات ، ومن المعلوم تبعيه العقود للقصد ، لاندفاعها بالمنع من عدم القصد ، بل قصد التخلص من الربا المتوقف على قصد الصحيح من البيع والقرض والهبة وغيرها من العقود كافٍ في حصول ما يحتاج إليه البيع من القصد ، إذ لا يُشترط في القصد إلى قصد جميع الغايات المترتبة ، بل يكفي قصد غايه من غاياته ، والله أعلم <sup>(١)</sup> .

أقول : هذا المقال منهم قدس سرهم تام ، وتدلّ على صحه هذه الحيل عدّه من الروايات :

منها : ذيل صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج ، وفيها : كان يقول [ أبو جعفر عليه السلام ] لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال <sup>(٢)</sup> .

ومنها : صحيحته الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان محمد بن المنكدر يقول لأبي عليه السلام : يا أبا جعفر رحمك الله ، والله إنّنا لنعلم أنّك لو أخذت ديناراً والصراف بثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته ، وما هذا إلا فراراً ، فكان أبي يقول :

صدقت والله ولكنّه فرارٌ من باطل إلى حقّ <sup>(٣)</sup> .

ومنها : معتبره مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل رجل له مال على رجل من قبيل عينه عيّنها إياه ، فلما حلّ عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه ، فأراد أن يقلب عليه ويربح أبيعته لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوى مائه درهم بألف درهم ويؤخّره ؟ قال : لا بأس بذلك ، قد فعل ذلك أبي رضى الله عنه وأمرنى أن أفعل ذلك في شيء كان عليه <sup>(٤)</sup> .

ومنها : صحيحه عبد الملك بن عتبة الصيرفي قال : سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لى عليه مال قبل ذلك ، فيطلب متى مالاً أزيده على مالى الذى لى عليه ، أيستقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤه تسوى مائه درهم بألف درهم فأقول :

أبيعك هذه اللؤلؤه بألف درهم على أن أوخر ك بثمانها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال :

ص: ١٢٥

١- (٣) الجواهر ٢٣ / ٣٩٧ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٨ ح ١ . الباب ٦ من أبواب الصرف .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٩ ح ٢ .

٤- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٤ ح ٣ . الباب ٩ من أبواب أحكام العقود .

ومنها : موثقه بل صحيحه محمد بن إسحاق بن عمار قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : يكون لى على الرجل دراهم فيقول : أخرجني بها وأنا أربحك ، فأبيعه جبهه تقوم على ألف درهم ، بعشره آلاف درهم ، أو قال : بعشرين ألفاً وأخره بالمال ، قال : لا بأس (٢).

ومنها : خبر محمد بن إسحاق بن عمار قال : قلت للرضا عليه السلام : الرجل يكون له المال قد حل على صاحبه يبيعه لؤلؤه تسوى مائه درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال إلى وقت ؟ قال : لا بأس ، قد أمرني أبي ففعلت ذلك ، وزعم أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلك (٣).

سند الروايه ضعيف بمحمد بن عبد الله بن مغيره لأنه مهمل في الرجال ، ولكن دلالتها واضحه .

ومنها : خبر آخر له قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : إن سلسيل طلبت منى مائه ألف درهم على أن تربحني عشره آلاف ، فأقرضها تسعين ألفاً وأبيعتها ثوباً وشياً تقوم على ألف درهم بعشره آلاف درهم ؟ قال : لا بأس .

قال الكليني : وفي روايه أخرى لا بأس به : أعطها مائه ألف وبعها الثوب بعشره آلاف واكتب عليها كتابين (٤).

سند الروايه ضعيف بعلي بن حديد . الثوب الوشى : ثوب يكون له نقش من كل لون ، وكان معروفاً في تلك الأعصار . وسلسيل : اسم امرأه .

ودلالتها واضحه . ولعل المراد بكتابه الكتابين أن يجعلهما في عقدتين مستقلين ، كما هو الظاهر .

ومنها : خبر الحسن بن صدقه المدائني عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : قلت له :

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٥٥ ح ٥ .

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ٥٥ ح ٤ .

٣- (٥) الكافي ٥ / ٢٠٥ ح ١٠ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٨ / ٥٥ ح ٦ .

٤- (١) الكافي ٥ / ٢٠٥ ح ٩ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٨ / ٥٤ ح ١ .

جعلت فداك إنني أدخل المعادن وأبيع الجواهر بترابه بالدنانير والدراهم ، قال : لا بأس به . قلت : وأنا أصرف الدراهم بالدراهم وأصير الغله وضحاً وأصير الوضح غلّه ، قال : إذا كان فيها دنانير فلا بأس .

قال : فحكيت ذلك لعمار بن موسى الساباطي قال : كذا قال لي أبوه ، ثم قال لي أبوه ، ثم قال لي : الدنانير أين تكون ؟ قلت : لا أدري ، قال عمار : قال لي أبو عبد الله عليه السلام : تكون مع الذي ينقص (١) .

الرواية ضعيفه سنداً بالسندی بن الربيع ، لأنه إمامي مجهول . ومحمد بن سعيد المدائني ، لأنه مهمل . والمراد بالغله : الدراهم المغشوشه . وبالوضح : الدرهم الصحيح غير المغشوش . ودلالاتها واضحه وفي الفرع الأول يعنى بيع الجواهر بترابه بالدنانير والدراهم معاً . وراجع في هذا المجال ما ورد من الروايات في الباب ١١ من أبواب الصرف (٢) .

ومنها : خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الدراهم وعن فضل ما بينها ؟ فقال : إذا كان بينها نحاس أو ذهب فلا بأس (٣) .

السند ضعيف بعلي بن أبي حمزه البطائني ، ولكن دلالتها واضحه .

ومنها : حسنه أبي بكر الحضرمي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يكون لي على الرجل الدراهم فيقول لي : بعني شيئاً أقضيك ، فأبيعه المتاع ثم اشتريه منه وأقبض مالي ؟ قال : لا بأس (٤) .

سند الرواية حسن بل معتبر ، لأن المراد بعلي بن إسماعيل هو ابن عمار في أعلى درجه الحسن . وأبو بكر الحضرمي هو عبد الله بن محمد ثقة على الأقوى . وغيرهما من رجال السند ثقات . ودلالاتها على الحيل ظاهره ، ونحوها في الدلاله صحيحه أخرى لأبي بكر الحضرمي (٥) .

ص: ١٢٧

١- (٢) التهذيب ٧ / ١١٧ ح ١١٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٢ ح ١ . الباب ٢٠ من أبواب الربا .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٨ .

٣- (٤) التهذيب ٧ / ٩٨ ح ٢٨ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٣ ح ٢ .

٤- (٥) الكافي ٥ / ٢٠٤ ح ٥ .

٥- (١) الكافي ٥ / ٢٠٤ ح ٤ .

تلك عشره كامله من الروايات وفيها الصحاح ، والمتتبع يجد أكثر منها في الجوامع الحديثيه(١). ومع ورود هذه الروايات المعتميره وظهور داليتها لابد من الأخذ بها والحكم بجواز الحيل مطلقاً ، بلا فرق بين أن يتخذ ذلك عادة أم لا ، وبلا فرق بين أن تدعو الضروره إلى ذلك أم لا ، لإطلاق الروايات الماضيه .

ولا يمكن تخصيصها بمرفوعه معلى بن خنيس أنه قال لأبي عبد الله عليه السلام : إني أردت أن أبيع تبر ذهب بالمدنيه فلم يشتر مني إلا بالدنانير ، فيصح لي أن أجعل بينها نحاساً ؟ فقال : إن كنت لابد فاعلاً فليكن ونحاساً وزناً(٢).

لأنها أولاً : مرفوعه سنداً ، وثانياً : المراد بلا بديه الفعل هنا ليس ما يرادف الاضطرار ، لأنه يبيح جميع المحظورات ، بل المراد بها اللابديه العاديه ، نحو التنميّه الاقتصاديه وغيرها . فلا يمكن حمل هذه المرفوعه نفسها على الاضطرار ، فكيف يمكن تقييد غيرها وحملها بها على الاضطرار .

وأما اختصاص هذه الروايات بمبادله المثليات مع الزياده كما فعله بعض المعاصرين(٣) قدس سره فغير تام ، لإطلاق بعضها بل ، بعضها نص في الربا القرضي أو المعاملي ، نحو معتبره مسعده بن صدقه(٤) وصحيحه عبد الملك بن عتبّه(٥) وموثقه محمد بن إسحاق بن عمار(٦) وحسنه أبي بكر الحضرمي(٧) وصحيحته(٨).

ص: ١٢٨

- ١- (٢) نحو خبر محمد بن سليمان الديلمي عن أبيه ، راجع وسائل الشيعه ١٨ / ٥٦ ح ٧ الباب ٩ من أبواب أحكام العقود .
- ٢- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٩ ح ٤ . الباب ١١ من أبواب الصرف .
- ٣- (٤) كتاب البيع ٢ / ٤٠٨ وما بعدها للسيد الخميني قدس سره .
- ٤- (٥) وسائل الشيعه ١٨ / ٥٤ ح ٣ .
- ٥- (٦) وسائل الشيعه ١٨ / ٥٥ ح ٥ .
- ٦- (٧) وسائل الشيعه ١٨ / ٥٥ ح ٤ .
- ٧- (٨) الكافي ٥ / ٢٠٤ ح ٤ .
- ٨- (٩) الكافي ٥ / ٢٠٤ ح ٥ .

وفى الواقع هذه الحيل خروجٌ موضوعيٌّ عن الربا ، بلا فرق بين الربا القرضي والربا المعاملي ومبادله المثليات مع الزيادة ، وهى أحد مصاديق الربا المعاملي إذا كان المثلي من المكيل أو الموزون . فلا تنافى هذه الحيل مع الإطلاقات والعمومات الواردة فى حرمه الربا ، فيمكن الأخذ بها وإن كان الأحوط ترك الحيل فى غير مقام الضروره استحباباً ، والحمد لله وهو العالم بأحكامه .

### الخامس : ما يجب على آخذ الربا ؟

آخذ الربا إما أن يكون كافراً أو مسلماً ، وإذا كان كافراً وأخذ الربا فى حال كفره ثم أسلم لا يجوز له أخذ ما بقى من الربا فى حال إسلامه لحرمة فى الإسلام ، وأما ما أخذ من الربا فى حال كفره فلا يجب رده ويجوز امتلاكه ، لقوله تعالى : «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ» (١) . ولقوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ» (٢) ، ولما ورد فى مرسله الطبرسي عن أبى جعفر عليه السلام قال : إن الوليد بن المغيرة كان يربى فى الجاهلية وقد بقى له بقايا على ثقيف ، وأراد خالد بن الوليد المطالبه بعد أن أسلم فنزلت : «اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ» الآيات (٣) .

ولم يأمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم آخذى الربا بردّ الأموال إلى أصحابها .

وتدلّ عليه قاعده جبّ الإسلام ومرسله أخرى للطبرسي عن أبى جعفر الباقر عليه السلام : من أدرك الإسلام وتاب ممّا كان عمله فى الجاهلية وضع الله عنه ما سلف (٤) .

والحاصل ، ما أخذه الكافر من الربا فى حال كفره يجوز امتلاكه بعد إسلامه مطلقاً ، أى بلا فرق بين كونه عالماً بالتحريم فى الإسلام أو جاهلاً به ، وبلا فرق بين كون الربا موجوداً بالفعل أو تالفاً ، ولكن الفاضل المقداد قدس سره ذهب إلى وجوب رده مع وجوده (٥) ولكن ، الأقوى

ص: ١٢٩

١- (١) سورة البقره / ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة البقره / ٢٧٨ .

٣- (٣) مجمع البيان ٢ / ٣٩٢ ، ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ٨ . الباب ٥ من أبواب الربا .

٤- (٤) مجمع البيان ٢ / ٣٩٠ .

٥- (٥) كنز العرفان ٢ / ٣٩ .

عدمه لما مرّ منا .

نعم ، بعد إسلامه لا يجوز له أخذ ما بقي من الربا كما مرّ في قضية خالد بن الوليد ولقوله تعالى : «اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ» (١) .

هذا كلّه إذا كان الآخذ كافراً ثم أسلم .

وأما إذا كان مسلماً فتاره يكون عالماً بالحكم والموضوع فهو آثم وعاص ويكون فعله حراماً ويجب عليه ردّ المال إلى صاحبه ، لأنّه عالم بالتحريم فهو عاص وتكون معاملته باطله فلم ينتقل المال إليه ، فيجب عليه ردّ المال عيناً إلى صاحبه إن كان موجوداً ومثله أو قيمته إن كان تالفاً ، وهذا الحكم يكون بحسب القواعد ولا يحتاج إلى دليل أزيد من ذلك .

وتاره يكون آخذ الربا مسلماً ولكنّه كان جاهلاً بالحكم أو ببعض خصوصياته ، كما إذا كان جاهلاً بأنّ الحنطة والشعير جنس واحد في الربا ، أو كان جاهلاً بالموضوع كما إذا باع شيئاً بالزيادة بتخيل أنّه ليس من جنسه فبان أنّه كان من جنسه . وفي صورته الجهل مطلقاً - سواء كان بالحكم أو الموضوع - هل يكون ما أخذه حلالاً على المسلم فلا يجب ردّه أم حراماً ويجب عليه ردّه أم يفرق بين كون المال موجوداً معروفاً فيجب ردّه ، وبين كونه تالفاً أو موجوداً مختلطاً بماله وغير معروف فلا يجب الردّ حينئذٍ ؟

وجوه بل أقوال :

ذهب إلى الحلّيه وعدم وجوب الرد الصدوق في الهدايه (٢) والشيخ في النهايه (٣) والراوندى في فقه القرآن (٤) والمحقق في النافع (٥) والفاضل الآبي في كشف الرموز (٦) والأردبيلي

ص: ١٣٠

١- (٦) سورة البقره / ٢٧٨ .

٢- (١) الهدايه / ٣١٦ .

٣- (٢) النهايه / ٣٧٦ .

٤- (٣) فقه القرآن ٢ / ٤٧ .

٥- (٤) المختصر النافع / ١٢٧ .

٦- (٥) كشف الرموز ١ / ٤٨٥ .



فى آيات أحكامه (١) والفاضل القطيفى فى إيضاح النافع (٢) والبحرانى فى الحدائق (٣) والسيد الطباطبائى فى الرياض (٤) ، وهو ظاهر السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٥) وصريح السيد اليزدى فى العروه الوثقى (٦) .

وذهب إلى الحرمة ووجوب الردّ جماعه من المتأخرين ، منهم : ابن إدريس الحلى فى السرائر (٧) والعلامه فى تذكره الفقهاء (٨) والمختلف (٩) ونهايه الأحكام (١٠) وولده فى الإيضاح (١١) والشهيد فى الدروس (١٢) والفاضل المقداد فى التنقيح (١٣) وكنز العرفان (١٤) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد (١٥) ، ومال إليه صاحب الجواهر (١٦) .

وذهب ابن الجنيد الإسكافى كما نقل عنه العلامه فى المختلف (١٧) إلى وجوب الردّ إن كان

ص: ١٣١

- ١- (٦) زبده البيان / ٤٣٤ .
- ٢- (٧) إيضاح النافع / كما نقل عنه فى مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٤ - (١٤ / ١١٣) .
- ٣- (٨) الحدائق ١٩ / ٢٢٢ .
- ٤- (٩) رياض المسائل ٨ / ٤١١ .
- ٥- (١٠) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٦ - (١٤ / ١١٣ وما بعدها) .
- ٦- (١١) العروه الوثقى ٦ / ٢٦ .
- ٧- (١) السرائر ٢ / ٢٥١ .
- ٨- (٢) تذكره الفقهاء ١٠ / ٢١٠ .
- ٩- (٣) مختلف الشيعة ٥ / ٧٨ .
- ١٠- (٤) نهايه الأحكام ٢ / ٥٥٤ .
- ١١- (٥) إيضاح الفوائد ١ / ٤٨٠ .
- ١٢- (٦) الدروس ٣ / ٢٩٩ .
- ١٣- (٧) التنقيح الرائع ٢ / ٨٨ .
- ١٤- (٨) كنز العرفان ٢ / ٣٩ .
- ١٥- (٩) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٢ .
- ١٦- (١٠) الجواهر ٢٣ / ٤٠٤ وما قبلها .
- ١٧- (١١) مختلف الشيعة ٥ / ٧٨ .

المال موجوداً معروفاً وعدم وجوبه إن كان تالفاً أو مختلطاً بماله وغير معروف . فهذه ثلاثة أقوال في صورة الجهل ، ولا بدّ من ملاحظه الأدله حتّى تبين دليل القول المختار :

أقول : ظاهر قوله تعالى «فَلَهُ مَا سَلَفَ»(١) عدم وجوب الردّ ، ويؤيده عده من نصوص معتبره :

منها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يأكل الربا وهو يرى أنّه حلال ، قال : لا يضرك حتّى يصيبه متعمداً ، فإذا أصابه متعمداً فهو بالمنزل الذى قال الله عزّ وجل(٢) .

ونحوها صحيحه الحلبي(٣) وصحيحه على بن جعفر(٤) . وهذه الصحاح فى نفي العقاب أظهر من عدم وجوب الردّ فى صورة الجهل .

ومنها : صحيحه الحلبي قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : كلّ ربا أكله الناس بجهاله ثمّ تابوا

فإنّه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبه . وقال : لو أنّ رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ فى ذلك المال ربا ولكن قد اختلط - فى التجاره - بغيره حلال كان حلالاً طيباً فليأكله ، وإن عرف منه شيئاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله وليرد الربا ، وأيّما رجل أفاد مالاً كثيراً قد أكثر فيه من الربا فجهل ذلك ثمّ عرفه بعد فأراد أن ينزعه ، فما مضى فله ويدعه فيما يستأنف(٥) .

ذيل الصحيحه تدلّ على عدم وجوب الردّ فى صورة الجهل .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أتى رجل أبى عليه السلام فقال : إننى ورثت مالاً وقد علمت أنّ صاحبه الذى ورثته منه قد كان يربى ، وقد أعرف أنّ فيه ربا واستيقن ذلك ، وليس يطيب لى حلاله لحال علمى فيه ، وقد سألتُ فقهاء أهل العراق وأهل الحجاز فقالوا : لا يحلّ أكله ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كنت تعلم بأنّ فيه مالاً معروفاً رباً

ص: ١٣٢

١- (١٢) سورة البقره / ٢٧٥ .

٢- (١٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٨ ح ١ الباب ٥ من أبواب الربا .

٣- (١٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٠ ح ٦ .

٤- (١٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ٩ .

٥- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٢٨ ح ٢ .

وتعرف أهله فخذ رأس مالك وردّ ما سوى ذلك ، وإن كان مختلطاً فكله هنيئاً ، فإنّ المال مالك ، واجتنب ما كان يصنع صاحبه ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد وضع ما مضى من الربا وحرّم عليهم ما بقى ، فمن جهل وسع له جهله حتّى يعرفه ، فإذا عرف تحريمه حرم عليه ووجب عليه فيه العقوبة إذا ركبته كما يجب على من يأكل الربا(١) .

أقول : يمكن المناقشه فى دلالة الصحيحه على عدم وجوب الردّ ، لأنه يمكن حملها على نفي العقاب فقط ، وهو القدر المتيقن منها .

نعم ، لو كان صدرها مثل حسنه أبى الربيع الشامى الآتيه تدلّ على عدم وجوب الرد .

ومنها : حسنه أبى الربيع الشامى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أربى بجهاله ثمّ أراد أن يتركه ، قال : أمّا ما مضى فله وليتركه فيما يستقبل . ثمّ قال : إنّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فقال : إنّي ورثت مالاً ، وذكر الحديث نحوه(٢) .

دلالة الحسنه على عدم وجوب الردّ واضحه .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم قال : دخل رجل على أبى جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتّى كثر ماله ، ثمّ إنّه سأل الفقهاء ؟ فقالوا : ليس يقبل منك شيءٌ إلاّ أن تردّه إلى أصحابه ، فجاء إلى أبى جعفر عليه السلام فقص عليه قصّته ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : مخرجك من كتاب الله : «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى

اللّهِ» والموعظه : التوبه(٣) .

وروى العياشى مثلها فى تفسيره مرسلًا(٤) .

ومنها : ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره عن أبيه قال : إنّ رجلاً أربى دهرًا من الدهر فخرج قاصداً أبا جعفر الجواد ، فقال له : مخرجك من كتاب الله يقول الله : «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ» والموعظه هى التوبه ، فجهله بتحريمه ثمّ معرفته

ص: ١٣٣

١- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٢٩ ح ٣ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٠ ح ٤ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٠ ح ٧ .

٤- (٢) تفسير العياشى ١ / ٢٧٧ ح ٥١٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٣٦ ح ١ .

به ، فما مضى فحلال وما بقى فليتحفظ (١) .

الرواية صحيحة الإسناد ودالاتها واضحة .

ومنها : ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى فى نوادره عن أبيه قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن ، ومن أكله جاهلاً بتحريمه لم يكن عليه شيء (٢) .

أقول : سند الرواية صحيح ، لأنّ محمد بن عيسى بن عبد الله بن سعد بن مالك الأشعري ، أبو على ، شيخ القميين ووجه الأشاعره والمتقدم عند السلطان والداخل على الرضا عليه السلام والراوى عن أبي جعفر الثانى عليه السلام . ويمكن نقله عن الإمام أبى عبد الله الصادق عليه السلام المستشهد فى ٢٥ شوال عام ١٤٨ إذا كان عمره قريباً من ثمانين سنة . وإن كان أكثر رواياته عن الصادق عليه السلام مع الواسطه .

وأما دلالتها : فجملة « لم يكن عليه شيء » فى الرواية مطلقه تشمل نفي العقاب وعدم وجوب الردّ ، ولا دليل لاختصاصها بالأوّل فقط .

فهذه الروايات المعتبره تدلّ على عدم وجوب الردّ فى صورة الجهل بالربا ، ولا بدّ من الأخذ بها بدعوى الحليه تعبداً من جهه عذر الجهل وإن كانت المعامله باطله أو بدعوى صحه المعامله إذا وقعت حال الجهل ، واختصاص البطلان بصوره العلم بالحرمة حال المعامله كما عليه صاحب الحقائق (٣) ولكنّه بعيد .

وإطلاقها يدلّ على عدم الفرق بين وجود المال وعدمه ، ولا بين صوره الاختلاط وعدمه ، ولا بين كون الطرف الآخر عالماً أو جاهلاً . وهكذا يدلّ على عدم الفرق بين أقسام

الجاهل ، كما تبه عليه صاحب العروه الوثقى قدس سره (٤) .

ولكن مع ذلك كلّ استشكل صاحب الجواهر فى دلالة هذه النصوص ، فقال : « ولكن لا يخفى أنه لا يصلح للفقهاء الجراء بمثل هذه النصوص التى لا يخفى عليك اضطرابها فى الجملة ،

ص: ١٣٤

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣١ ح ١٠ .

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣١ ح ١١ .

٣- (٥) الحقائق ١٩ / ٢١٦ .

٤- (١) العروه الوثقى ٦ / ٣٠ .

وترك الاستفصال فيها عن الربا أن صاحبه كان جاهلاً بحرمة أو عالمًا ، والأمر بالتوبه مع عدم الذنب حال الجهل الذى يعذر فيه ، بل قد اشترط فى الآيه الحَلُّ بها وحمله على الجهل الذى لا يعذر فيه ينافيه ما فى خبر الباقر عليه السلام السابق من إلحاق مثله بالعالم ، وترك الإستفصال عن الربا فى القرض والبيع ، وقد عرفت الفرق بينهما ، وغير ذلك على مخالفته الضوابط السابقه ، والإقدام على حلّ الربا الذى قد ورد فيه من التشديد ما ورد «(١)» .

وأجابه صاحب العروه الوثقى بقوله : « فإنّ الاضطراب ممنوع ، ونلتزم بعدم الفرق بين كون الدافع عالمًا أو جاهلاً ، وكثيراً ما يؤمر بالتوبه مع كون الشخص معذوراً بلحاظ الحرمة الواقعيه ، ونلتزم باشتراط التوبه فى الحليه وبعدم الفرق بين القرض والبيع ونحوه ، والتشديد فى حرمة الربا مخصوص بصوره العلم والعمد فلا ينافى الحليه حال الجهل ... »(٢) .

وبالجمله ، هذه النصوص المعتبره تدلّ على حليه الربا فى صوره الجهل وعدم وجوب الرد ، فلا بدّ من أخذها والعمل على طبقها كما ذهب إليه بعض الأصحاب كما مرّ منّا ، ولذا قال سيد الرياض : « وبالجمله الدلاله على الحلّ فى غايه الوضوح جداً ... »(٣)

وقال السيد العاملى بعد الإعتراف بأنّ القول بوجوب الردّ فى صوره الجهل أقعد بحسب القواعد(٤) ، قال فى شأن بعض هذه النصوص : « وهذه الأخبار الثلاثه - أعنى صحيحه الحلبي وخبرى أبى الربيع - كأنّها هى التى استند إليها أبوعلی ، لكنّ سوقها كما سمعت أظهر فى الدلاله على مختار الشيخ والصدوق من حيث تعليل حلّ أكل الربا المختلط بوضع الرسول صلى الله عليه و آله وسلم ما مضى منه ، وهو واضح الدلاله على أنّ المراد بما مضى نفس الربا فى حاله الجهل مطلقاً معروفاً أو مختلطاً ... »(٥) .

وهكذا اعترف بوضوح هذه الأخبار صاحب العروه وقال : « وبالجمله لا وجه

ص: ١٣٥

١- (٢) الجواهر ٢٣ / ٤٠١ .

٢- (٣) العروه الوثقى ٦ / ٣٠ .

٣- (٤) رياض المسائل ٨ / ٤١٣ .

٤- (٥) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٤ - (١٤ / ١١٤) .

٥- (٦) مفتاح الكرامه ٤ / ٥٣٦ - (١٤ / ١١٩) .

للإعراض عن الأخبار المذكوره بعد وضوحها فى الدلاله على الحلية لأجل هذه الإشكالات والإحتمالات مع كون الأحكام الشرعيه تعبيديه . فالأقوى جواز العمل بها ، وإن كان الأحوط الردّ إلى المالك مع كونه موجوداً معزولاً إذا عرف مالكة ، بل إجراء حكم مجهول المالك عليه مع عدم معرفته ، خصوصاً مع كونه جاهلاً- بالحرمة أيضاً . وأحوط من ذلك ما ذكره المتأخرون من عدم الفرق بين الجاهل والعالم ... «(١)» .

إلى هنا تمت مهمات بحث الربا المعاملى ، وبها تم بحث الربا بقسميه على سبيل الإجمال ، وللتفصيل محلان آخران وهما كتابى القرض والبيع . والحمد لله أولاً وآخراً وهو العالم بأحكامه والصلاه على محمّد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين .

ص: ١٣٦

الروايات لم تتعرض لتعيين موضوع الرشوه ومفهومها وحقيقتها ، فلا بدّ لمعرفة والتحقق عنها إلى مراجعه أهل اللغه والعرف وبيانات الأصحاب قدس سرهم :

١ - قال أحمد بن فارس : « رشى : الرء والشين والحرف المعتل أصل يدلُّ على سببٍ أو تسبُّبٍ لشيءٍ برفق وملايئنه ، فالرشاء : الحبل الممدود والجمع أرشييه .

ويقال : للحنظل إذا امتدَّت أغصانه : قد أرشى ، يعنى أنه صار كالأرشييه وهى الحبال ، ومن الباب : رشاه يرشؤه رشواً . والرشوه الاسم ، وتقول : ترشيتُ الرجل : لايتته ، ومنه قول امرىء القيس : ترأشى الفؤاد .

ومن الباب استرشى الفصيلُ : إذا طلب الرضاع ، وقد أرشيتته إرشاءً .

وراشيتُ الرجل : إذا عاونته فظاهرتَه ، والأصل فى ذلك كَلَّه واحد <sup>(١)</sup> .

٢ - وقال صاحب الصحاح : « الرشاء : الحبل ، والجمع أرشييه ، والرشوه معروفه ، والرشاء بالضم مثله ، والجمع رشاً ورشاً <sup>(٢)</sup> .

٣ - وقال الفيومى : « الرشوه بالكسر : ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد ... والرشاء : الحبل والجمع أرشييه مثل كساء وأكسيه <sup>(٣)</sup> .

٤ - قال الزمخشري : « رش و فلان يرتشى فى حكمه ويأخذ الرشوه والرشي ، الرشي رشاء النجاح ، ولعن الله الراشى والمرشى ، ورشوته أرشوه ، وعن ثعلب : هو من رش الفرخ

ص: ١٣٧

١- (١) معجم مقاييس اللغه ٢ / ٣٩٧ .

٢- (٢) صحاح اللغه ٦ / ٢٣٥٧ .

٣- (٣) المصباح المنير ١ / ٣١٠ .

إذا مدَّ رأسه إلى أمه لتزقه . واسترشى الفصيل : طلب الرضاع ... «(١)» .

٥- وقال صاحب القاموس : « الرشوه - مثلته - : الجعل جمعها رُشَى ... والرِّشاء ككساء : الحبل ، كالرِّشاء بالكسر »(٢) .

٦- وابن الأثير قال : « رشا - س - فيه : لعن الله الراشى والمرتشى والرائش ، الرشوه والرِّشوه : الوصله إلى الحاجه بالمصانعه ، وأصله من الرِّشاء الذى يُتوصَّل به إلى الماء . فالراشى : من يعطى الذى يعينه على الباطل ، والمرتشى : الآخذ ، والرائش : الذى يسعى بينهما يزيد لهذا ويستنقص لهذا . فأما ما يعطى توصلاً إلى أخذ حقٍّ أو دفع ظلم فغير داخل فيه . روى أن ابن مسعود أخذ بأرض الحبشه فى شىء فأعطى دينارين حتى خلى سبيله ، وروى عن جماعه من أئمه التابعين قالوا : لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه وماله إذا خاف الظلم »(٣) .

٧- وقال الطريحي : « والرِّشوه - بالكسر - : ما يعطيه الشخصُ الحاكم وغيره فيحكم له أو يحمله على ما يريد ، والجمع رُشَى مثل سدره وسدر ، والضَّم لغه ، وأصلها من الرِّشاء : الحبل الذى يتوصل به إلى الماء ، وجمعه أرشيه ككساء وأكسيه ... والرشوه قلَّ ما تستعمل إلا فيما يتوصل به إلى إبطال حقٍّ أو تمشيه باطل »(٤) .

هذا كله كلمات أهل اللغه .

والأصحاب تعرضوا لتعريفها أيضاً منهم :

٨- جردنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء قال : « (ويحرم) أخذ (الرشاء) : جمع الرشوه مثلته (فى الحكم) بسببه (وإن حكم على باذله) فلم يؤثر بذله (بحقٍّ أو باطل) وليس مطلق الجعل كما فى القاموس بل بينه وبين الأجره والجعل عموم من وجه ، ولا البذل على خصوص الباطل كما فى النهايه والمجمع ، ولا مطلق البذل ولو على خصوص الحق ، بل هو البذل على

ص: ١٣٨

١- (٤) أساس البلاغه / ١٦٤ .

٢- (٥) قاموس اللغه / ٨٧٨ .

٣- (١) النهايه ٢ / ٢٢٦ .

٤- (٢) مجمع البحرين ١ / ١٨٤ .



الباطل أو على الحكم له حقاً أو باطلاً، مع التمسيه وبدونها، أمّا ما كان بصوره الإجاره على أصل القضاء أو على خصوص الحق فيه فسيجيء الكلام فيه «(١)» .

٩ - وقال السيد العاملى فى مفتاحه : « الرشاء - بالضم والكسر - جمع رشوه ... هى عند الأصحاب ما يعطى للحكم حقاً وباطلاً ، وأصل مأخذها يدل على سبب أو تسبب لشيء برفق »(٢) .

١٠ - وقال النزاقى : « ... فلا كلام فى أنّ الرشوه للقاضى هى المال المأخوذ من أحد الخصمين أو منهما أو من غيرهما للحكم على الآخر أو إهدائه أو إرشاده فى الجملة . إنّما الكلام فى أنّ الحكم أو الإرشاد المأخوذ فى ماهيته هل هو مطلق شامل للحقّ أو الباطل أو يختص بالحكم بالباطل ؟ مقتضى إطلاق الأكثر وتصريح والدى العلامه فى المعتمد والمتفاهم فى العرف هو الأوّل ، وهو الظاهر من القاموس والكنز ومجمع البحرين ، ويدلّ عليه استعمالها فيما أعطى للحقّ فى الصحيح عن رجل يرشو الرجل على أن يتحوّل من منزله فيسكنه ، قال : لا- بأس(٣) . فإنّ الأصل فى الاستعمال إذا لم يعلم الاستعمال فى غيره الحقيقه ، كما حقق فى موضعه . نعم عن النهايه الأثيريه ما ربّما يشعر بالتخصيص ككلام بعض الفقهاء ، وهو لمعارضه ما ذكر غير صالح ، مع أنّ الظاهر أنّ مراد بعض الفقهاء تخصيص الحرمة دون الحقيقه »(٤) .

١١ - وقال صاحب الجواهر : « وكيف كان فالرشوه فى مختصر النهايه : الوصله إلى الحاجه بالمصانعه ، والراشى : من يعطى الذى يعينه على الباطل ، والمرتشى : الآخذ ، والرايش : الذى يسعى بينهما يستزيد لهذا ويستنقص لهذا . ثمّ ذكر كلمات بعض أهل اللغه والأعلام وقال : أنّ الرشوه خاصه فى الأموال وفى بذلها على جهه الرشوه ، أو أنّها تعمّمها وتعمّ الأعمال بل والأقوال ، كمدح القاضى والثناء عليه والمبادره إلى حوائجه وإظهاره تبجيله وتعظيمه ونحو ذلك ، وتعمّ البذل وعقد المحاباه والعاريه والوقف ونحو ذلك ، وبالجملة كلّ ما

ص: ١٣٩

١- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٧٧ .

٢- (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٠٢ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٧٨ ح ٢ . الباب ٨٥ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٢) مستند الشيعه ١٧ / ٧١ .

قُصد به التوصل إلى حكم الحاكم ، قد يقوى في النظر الثاني وإن شك في بعض الأفراد في الدخول في الإسم أو جزم بعدمه فلا يبعد الدخول في الحكم» (١).

١٢ - وقال المحقق الإيرواني : « مجموع معنى الرشوة خمسة : ١ - مطلق الجعل المندرج فيه أجره الأجراء ، ٢ - والجعل على القضاء وتصدى فصل الخصومه ، ٣ - والجعل على الحكم بالواقع لنفسه كان أو لغيره ، ٤ - والجعل على الحكم لنفسه حقاً كان أو باطلاً ، ٥ - والجعل على الحكم بالباطل .

والأول ممّا ينبغي القطع ببطلانه وإن وقع تفسيره به في كلمات بعض اللغويين ، فإنّه للإشارة إلى المعنى في الجملة كما في « سعدانه نبت » . والمتيقّن من بين بقيه المعانى إن لم يكن هو الظاهر هو الأخير . وعلى كلّ حال فمدفع المال لأجل أن لا يقبل القاضى الرشوة من المبطل ثم

يحكم هو على طبق الواقع بمقتضى طبعه ليس من الرشوة» (٢).

وقال قبل صفحة : « وينبغي القطع بأنّ مطلق الجعل على عمل ليس رشوة وإن أوهمته عبارته القاموس والنهايه ، وإلاّ لدخل فيه أجره الأجراء والأكره ، ولئن سلّم عموم اللفظ فالمحرّم هو قسم خاصّ منه ، والمتيقّن من المتّصف بالتحريم هو المال المدفوع بإزاء الحكم بالباطل ، بل منصرف لفظ « الرشوة » أيضاً عرفاً هو هذا لا غير ، ويشهد له عبارته المجمع ... » (٣).

١٣ - وقال المحقق الخوئى : « والمتحصّل من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم ومن أهل العرف واللغة مع ضمّ بعضها إلى بعضها أنّ الرشوة ما يعطيه أحد الشخصين للآخر لإحقاق حقّ أو تمشيه باطل أو للمتلّق أو الوصله إلى الحاجه بالمصانعه أو فى عمل لا يقابل بالأجره والجعل عند العرف والعقلاء وإن كان محطاً لغرضهم ومورداً لنظرهم . بل يفعلون ذلك العمل للتعاون والتعاقد بينهم ، كإحقاق الحقّ وإبطال الباطل وترك الظلم والإيذاء أو دفعها وتسليم الأوقاف من المدارس والمساجد والمعابد ونحوها إلى غيره ، كأنّ يرشو الرجل على أن

ص: ١٤٠

١- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ١٤٦ .

٢- (١) الحاشيه على المكاسب ١ / ١٥٧ .

٣- (٢) الحاشيه على المكاسب ١ / ١٥٥ .

يتحول عن منزله فيسكنه غيره ، أو يتحول عن مكان في المساجد فيجلس فيه غيره ، إلى غير ذلك من الموارد التي لم يتعارف أخذ الأجره عليها .

نعم ، ما ذكره في القاموس من تفسير الرشوه بمطلق الجُعل محمول على التفسير بالأعم ، كما هو شأن اللغوى أحياناً ، وإلاً لشمّل الجُعل في مثل قول القائل « من ردّ عبدى فله ألف درهم » ، مع أنّه لا يقول به أحد [\(١\)](#) .

١٤ - وقال شيخنا الأستاذ - مدّله - : « الإحتمالات في معنى الرشوه أربعة :

الأول : ما يعمّ مقابل الحكم الصحيح ، سواء جعل عوضاً عن نفس الحكم أو عن مقدماته كالنظر في أمر المترافعين . وهذا ظاهر القاموس ، ويساعده ظاهر كلام المحقق الثاني وصريح الحلّى ... .

الثاني : ما يعطى للقاضى للحكم له في الواقعه بالباطل وبقضاء الجور ، كما هو ظاهر مجمع البحرين .

الثالث : إعطاء المال لغايه الوصول إلى غرضه من الحكم له أو أمر آخر يفعله الغير له ،

كما عن المصباح والنهائه .

الرابع : إعطاء المال للقاضى للحكم له حقّاً أو باطلاً ... . والصحيح في معناها هو الإحتمال الرابع ، وهو إعطاء المال للحكم له مطلقاً حقّاً أو باطلاً [\(٢\)](#) .

١٥ - قال بعض أساتيدنا - مدّله - : « إنّ الرشوه ليست عباره عن مطلق الجُعل ولا مطلق الجُعل للقاضى أو القضاء ، بل المتيقّن منها الجُعل في قبال إبطال حقّ أو تمشيه باطل ، أو إحقاق حقّ يتوقف عليها ، فيحرم على المرتشى فقط ... [\(٣\)](#) .

أقول : الظاهر أنّ المراد بالرشوه عند الأصحاب هي البذل والجُعل في عوض الحكم بالباطل أو بالحقّ مطلقاً ، كما صرح بها جماعه : منهم ابن إدريس الحلّى في السرائر [\(٤\)](#) والمحقق

ص: ١٤١

١- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٢٦٣ .

٢- (١) ارشاد الطالب ١ / ١٤٩ .

٣- (٢) دراسات في المكاسب المحرمه ٣ / ١٦١ .

٤- (٣) السرائر ٢ / ١٦٦ .

فى الشرائع (١) والعلامه فى القواعد (٢) والتذكرة (٣) والمحقق الكركى فى جامع المقاصد (٤) وثانى الشهدى فى المسالك (٥) والمحقق الأردبلى فى مجمع الفائده (٦) والشيخ الأعظم فى المكاسب (٧) والسيد اليزدى فى العروه الوثقى (٨) وشيخنا الأستاذ (٩) - مد ظله - فىما مضى من كلامه آنفاً .

هذا كله فى تعين موضوع الرشوه وحققتها وتبين معناها ، ولا بدّ من مراجعه كلمات الأصحاب فى حرمتها :

### الأقوال فى حرمه الرشوه

١ - قال الشيخ الطوسى : « والرشاء فى الأحكام سحت » (١٠) .

٢ - وقال القاضى ابن البراج ضمن بيان المكاسب المحظوره : « ... والفتيا بالباطل

والحكم به ولو مع العلم ، والإرتشاء على ذلك أو ما يجرى مجرى الإرتشاء ... » (١١) .

٣ - وقال ابن إدريس الحلّى : « والرشاء فى الأحكام سحت » (١٢) وقال أيضاً : « والقاضى بين المسلمى والحاكم والعامل عليهم يحرم على كل واحد منهم الرشوه ، لما روى أنّ النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : لعن الله الراشى والمرتشى فى الحكم . وهو حرام على المرتشى بكل حال

ص: ١٤٢

١- (٤) شرائع الإسلام ٢ / ٦ .

٢- (٥) قواعد الاحكام ٢ / ١٠ .

٣- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٨ المسأله ٦٥٤ .

٤- (٧) جامع المقاصد ٤ / ٣٥ .

٥- (٨) مسالك الأفهام ٣ / ١٣٦ .

٦- (٩) مجمع الفائده والبرهان ١٢ / ٤٩ .

٧- (١٠) المكاسب المحرمه / ٣٠ الطبع الحجرى - (١ / ٢٤٢) .

٨- (١١) العروه الوثقى ٦ / ٤٤٢ المسأله ١٩ .

٩- (١٢) إرشاد الطالب ١ / ١٥١ .

١٠- (١٣) النهايه / ٣٦٤ .

١١- (١) المذهب ١ / ٣٤٥ .

١٢- (٢) السرائر ٢ / ٢٢٠ .

وأمرًا الراشئ فإن كان قد رشاه على تغفر الحكم أو إقفاه فهو حرام ، وإن كان على إجرائه على واجبه لم يحرم عليه أن يرشوه لذلك ، لأنه يستنقد ماله ، ففحل ذلك له وفحرم على الحاكم أخذه «(١)» .

٤ - وقال المحقق : « الرشاء حرام سواء حكم لباذله أو عليه بحق أو باطل »(٢) .

٥ - وقال العلامة : « يحرم الرشاء فى الحكم وإن حكم على باذله بحق أو باطل »(٣) .

٦ - وقال فى التحرفر : « الرشاء فى الحكم حرام ، سواء كان حكم لباذله أو عليه بحق أو باطل »(٤) ، ونحوها فى إرشاد الأذهان(٥) .

٧ - وقال المحقق الثانى : « أجمع أهل الإسلام على تحرفم الرشاء فى الحكم ، سواء حكم بحق أو باطل للباذل أو عليه ، وفى الأخبار عن أئمه الهدى صلوات الله عليهم : أنه الكفر بالله عز وجل وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم »(٦) .

٨ - وقال الشهد الثانى : « الرشا - بضم أوله وكسره مقصوراً - جمع رشوه - بهما - وهو أخذ الحاكم مالاً لأجل الحكم وعلى تحرفمه إجماع المسلمفر . وعن الباقر عليه السلام : أنه الكفر بالله تعالى وبرسوله . وكما يحرم على المرتشى فحرم على المعطى ، لإعانتة على الإثم والعدوان ، إلا أن ففوقف عليه فحصل فقهه ، ففحرم على المرتشى خاصة »(٧) .

٩ - المحقق الأردبفلى قال : « فحرم على القاضى الرشوه ، ففله العقل والنقل ، كتاباً وإجماعاً من المسلمفر وسننه ، وهى أخبار كثره من طرفهم وطرفنا ، مثل أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال :

لعن الله الرشئ والمرتشئ فى الحكم ، وعن أبى عبد الله عليه السلام قال : الرشئ فى الحكم هو الكفر

ص:١٤٣

١- (٣) السرائر ٢ / ١٦٦ .

٢- (٤) شرائع الإسلام ٢ / ٦ .

٣- (٥) قواعد الأحكام ٢ / ١٠ .

٤- (٦) ففرفر الأحكام الشرعفة ٢ / ٢٦٢ .

٥- (٧) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

٦- (٨) جامع المقاصد ٤ / ٣٥ .

٧- (٩) مسالك الأفهام ٣ / ١٣٦ .

باللّٰه ... «(١)» .

١٠ - وقال سيد الرياض : « (و) أخذ (الرّشا) بضم أوّله وكسره مقصوراً ، جمع رشوه بهما (فى الحكم) بالإجماع كما فى كلام جماعه والنصوص المستفيضة ، فى بعضها أنّها سحت وفى عدّه منها : أنّها الكفر باللّٰه العظيم ، وفيها الصحيح والموثق وغيرهما . وإطلاقها كالعبارة وصريح جماعه يقتضى عدم الفرق بين أن يكون الحكم للراشى أو عليه ... «(٢)» .

١١ - وقال السيد العاملى بذيل كلام العلامة فى القواعد : « بإجماع المسلمين كما فى جامع المقاصد وقضاء الروضه وحاشيه الإرشاد ، وهى سحت بلا-خلاف كما فى المنتهى ، وفى النصوص أنّها سحت ، وفى عدّه منها أنّها الكفر باللّٰه العظيم ، وفيها الصحيح والموثق وغيرهما . وهى تدلّ بإطلاقها على ما ذكره من عدم الفرق بين أن يكون الحكم للراشى أو عليه ... «(٣)» .

١٢ - وقال الفاضل النراقى : « يحرم على القاضى أخذ الرشوه - مثله الرأء - إجماعاً من المسلمين للمستفيضة من المعتره . ثم ذكر بعض الروايات الواردة فى تحريمها وقال : وكما يحرم عليه أخذها كذلك يحرم على باذلها دفعها ، لأنّه أعانه على الإثم والعدوان ، ولقوله عليه السلام : لعن اللّٰه الراشى والمرشى فى الحكم ، ولا كلام فى شىء من ذلك ... «(٤)» .

١٣ - وقال صاحب الجواهر : (الرشاء) بضم الرأء وكسرها جمع رشوه فى الحكم من الدافع والمدفوع إليه (حرام) وسحت إجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضة أو متواتره ... «(٥)» .

١٤ - وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم : « ومن التكسيبات المحرّمه أخذ الشىء بعنوان الرشاء فى القضاء والحكم للشخص عند التخاصم مع الغير ، بإتفاق النص والفتوى ، كما ورد أنّه سحت وأنّه لعن اللّٰه الراشى والمرشى «(٦)» .

ص: ١٤٤

١- (١) مجمع الفائده والبرهان ١٢ / ٤٩ .

٢- (٢) رياض المسائل ٨ / ١٨١ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٠٠ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٧ / ٦٩ .

٥- (٥) جواهر الكلام ٢٢ / ١٤٥ .

٦- (٦) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٤٥ الطبع الحجرى .

١٥ - وقال السيد اليزدي : « تحرم الرشوة ، وهي ما يبذله للقاضي ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقاً كان أو باطلاً ، أو ليعلمه طريق المخاصمه حتّى يغلب على خصمه ، ولا- فرق في الحرمه بين أن يكون ذلك لخصومه حاضره أو متوقّعه ، ويدلّ على حرمتها إجماع

المسلمين ، بل هي من ضروريات الدين و ... »(١).

١٦ - وقال الفقيه السيزواري : « تدلّ على حرمه الرشوه الكتاب المبين وضروره الدين ونصوص كثيره ... ويدلّ على قبحه حكم العقل أيضاً ، لأنّه من الظلم ، فالأدله الأربعة داله على حرمتها »(٢).

### الاستدلال على حرمه الرشوه

### الأول : الإجماع

قد مرّ نقل كلمات القوم وإدعاء الإجماع من المحقق(٣) والشهيد(٤) الثانيين والأردبيلي(٥) والفيض الكاشاني(٦) وسيد الرياض(٧) وأصحاب مفتاح الكرامه(٨) ومستند الشيعه(٩) والجواهر(١٠) وبرهان الفقه(١١) والعروه الوثقى(١٢) ، بل في العروه الوثقى ومهذب

ص: ١٤٥

- ١- (١) العروه الوثقى ٤٤٢ / ٦ المسأله ١٩ .
- ٢- (٢) مهذب الأحكام ٩٤ / ١٦ .
- ٣- (٣) جامع المقاصد ٣٥ / ٤ .
- ٤- (٤) مسالك الأفهام ١٣٦ / ٣ والروضه البهيه ٧٥ / ٣ .
- ٥- (٥) مجمع الفائده والبرهان ٤٩ / ١٢ .
- ٦- (٦) مفاتيح الشرائع ٢٥١ / ٣ لم اذكر كلامه فيما مضى .
- ٧- (٧) رياض المسائل ١٨١ / ٨ .
- ٨- (٨) مفتاح الكرامه ٣٠٠ / ١٢ .
- ٩- (٩) مستند الشيعه ٦٩ / ١٧ .
- ١٠- (١٠) جواهر الكلام ١٤٥ / ٢٢ .
- ١١- (١١) برهان الفقه ، كتاب التجاره / ٤٥ .
- ١٢- (١٢) العروه الوثقى ٤٤٢ / ٦ .

الأحكام(١) عدّ حرمتها من ضروريات الدين . كما قال المحقق الخوئي : « ومجمل القول أنّ حرمه الرشوه فى الجملة من ضروريات الدين ومما قام عليه إجماع المسلمين ، فلا حاجة إلى الاستدلال عليها »(٢) .

ويمكن الإيراد على هذا الإجماع بأنه إجماعٌ مدرَكٌ ، لاحتمال كون مدرَكهم ما يأتى من الأدله .

## الثانى : الكتاب المجيد

قوله تعالى : «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ»(٣) .

قال الشيخ الطوسى فى تفسيره : « قوله تعالى «وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ» فالحكم هو الخبر الذى يفصل به بين الخصمين يمنع كل واحد من منازعه الآخر .

وقيل فى معناه قولان :

أحدهما : قال ابن عباس والحسن وقتاده : إنّه الوديعه وما تقوم به بينه .

الثانى : قال الجبائى : فى مال اليتيم الذى فى يد الأوصياء ، لأنّه يدفعه إلى الحاكم إذا طولب به ، ليقطع بعضه ويقوم له فى الظاهر حجه .

اللغه : يقال : أدلى فلان بالمال إلى الحاكم : إذا دفعه إليه ، وأدلى فلان بحقّه وحقّه : إذا هو احتج بها وأحضرها ، ودلوت الدلو فى البئر أدلوها : إذا أرسلتها فى البئر ، وأدليتها إدلاء : انتزعها من البئر ، منه قوله تعالى : «فَأَدْلَى دَلْوَهُ»(٤) أى انتزعها ، وقال صاحب العين : أدليتها : إذا أرسلتها أيضاً ، وأدلى الإنسان شيئاً فى مهوى ، ويتدلّى هو بنفسه ، والداليه معروفه ... .

المعنى : وقيل فى اشتقاق تدلو قولان : أحدهما : أنّ التعلق بسبب الحكم كتعلق الدلو

ص: ١٤٦

١- (١٣) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٤ .

٢- (١٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٦٤ .

٣- (١) سوره البقره / ١٨٨ .

٤- (٢) سوره يوسف / ١٩ .



بالسبب الذى هو الحبل . والثانى : أنه يمضى فيه من غير تثبت ، كمضى الدلو فى الإرسال من غير تثبت . والباطل : هو ما تعلق بالشىء على خلاف ما هو به ، خيراً كان أو اعتقاداً أو تخيلاً أو ظناً ، والفريق : القطعه المعزوله من الشىء ، والإثم : الفعل الذى يستحق به الذم ... «(١)» .

وزاد الطبرسى فى معنى قوله تعالى «تُدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ» مضافاً إلى ما ذكره الشيخ من القولين : « وثالثها : أنه ما يؤخذ بشهاده الزور عن الكلبى ، والأولى : أن يُحمل على الجميع »(٢) .

وقال فى تفسيره الآخر : « وقيل : وتدلوا وتلقوا بعضها إلى حكام السوء على وجه الرشوه »(٣) .

وهكذا قال الزمخشري : « وقيل «وَتُدُلُّوْا بِهَا» وتلقوا بعضها إلى حكام السوء على وجه الرشوه »(٤) .

وقال الطريحي : «وَتُدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ» أى تلقوا حكومه الأموال إلى الحكام ، والإدلاء : الإلقاء ، وفى الصحاح «وَتُدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ» يعنى الرشوه »(٥) .

أقول : ظاهر الآيه الشريفه يدل على حرمه الرشوه ، لأنها تدخل فى ما تدلوا إلى الحكام بجهه أكل فريق من أموال الناس ، فتشملها النهى الوارد فى أول الآيه الشريفه ، أعنى «لَا تَأْكُلُوْا» فثبت تحريمها .

ومن الواضح أن ثبوت الظهور لا يحتاج إلى ورود روايه أو خبر ، والظهور حجه بلا ترديد ، فالرشوه صارت محرمة بظهور الآيه الشريفه ، ولذا تمسك جمع من أصحابنا - أعلى الله كلماتهم - فى تحريم الرشوه بهذه الكريمه ، وهو فى محله .

### الثالث : الروايات المتواتره

الروايات الكثيره المستفيضه بل المتواتره تدل على حرمه الرشوه بوضوح :

ص: ١٤٧

١- (٣) التبيان ٢ / ١٣٨ و ١٣٩ .

٢- (٤) مجمع البيان ٢ / ٢٨٢ .

٣- (٥) جوامع الجامع ١ / ١٠٦ .

٤- (١) الكشاف ١ / ٢٣٣ .

٥- (٢) مجمع البحرين / ٣٠ الطبع الحجرى .

منها : صحيحه عمار بن مروان قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلول ، فقال : كلَّ شَيْءٍ غُلِّ من الإمام فهو سحت ، وأكل مال اليتيم وشبهه سحت ، والسحت أنواع كثيرة : منها : أجور الفواجر ، و ثمن الخمر والنبذ والمسكر ، والربا بعد البيئه ، فأما الرشا في الحكم فإن ذلك الكفر باللَّه العظيم جلَّ اسمه وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم (١) .

سند الروايه صحيح ، لأنَّ المراد بعمار بن مروان هو اليشكري مولاهم الخزاز الكوفي ، هو وأخوه عمرو ثقتان . وروى نحوها الصدوق في الخصال / ٣٢٩ ح ٢٦ بسند صحيح كما نقل عنه في الوسائل ١٧ / ٩٥ ح ١٢ .

ومنها : موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام أنَّه قال : السحت أنواع كثيرة : منها : كسب الحجام إذا شارط ، وأجر الزانيه ، و ثمن الخمر ، وأما الرشا في الحكم فهو الكفر باللَّه العظيم ، الحديث (٢) .

سند الشيخ موثق ، ولكن سند الكليني (٣) ضعيف . ٦+

ومنها : موثقه أخرى لسماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الرشا في الحكم هو الكفر باللَّه (٤) .

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة ، و ثمن الكلب ، و ثمن الخمر ، ومهر البغي ، والرشوه في الحكم ، وأجر الكاهن (٥) .

ومنها : معتبره حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال في حديث طويل : ورأيت الولاة يرتشون في الحكم ، الحديث (٦) .

وأنت ترى أنَّ هذه الروايات المعتبره تقيد الرشاء بالحكم .

ص: ١٤٨

- ١- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٢ ح ١ . الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به .
- ٢- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٢ ح ٣ .
- ٣- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٢ ح ٢ .
- ٤- (١) وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٢٢ ح ٣ . الباب ٨ من أبواب آداب القاضي .
- ٥- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٣ ح ٥ .
- ٦- (٣) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٧٧ ح ٦ . الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهي .

ومنها : خبر يزيد بن فرقد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن السحت ، فقال : الرشاء في الحكم (١).

ومنها : خبر الأصمغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه ، وإن أخذ هديّة كان غلواً ، وإن أخذ الرشوة فهو مشرك (٢).

ومنها : في خبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : يا على من السحت ثمن الميتة ، و ثمن الكلب ، و ثمن الخمر ، و مهر الزانية ، و الرشوة في الحكم ، و أجر الكاهن (٣).

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال عليه السلام : أجر الزانية سحت ، و ثمن الكلب الذي ليس بكلب الصيد سحت ، و ثمن الخمر سحت ، و أجر الكاهن سحت ، و ثمن الميتة سحت ، فأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله العظيم (٤).

ومنها : مرسله جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من أكل السحت : الرشوة في الحكم (٥).

ومنها : خبر يوسف بن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من نظر

إلى فرج امرأه لا تحلّ له ، و رجلاً خان أخاه في امرأته ، و رجلاً احتاج الناس إليه لتفقّفه فسألهم الرشوة (٦).

روى نحوها المجلسي (٧) عن خط الشيخ محمد بن علي الجباعي قدس سره نقلاً عن الشهيد قدس سره ، وهذه الرواية بعمومها تدلّ على حرمة الرشوة .

ص: ١٤٩

١- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٣ ح ٤ .

٢- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٤ ح ١٠ .

٣- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٤ ح ٩ .

٤- (٧) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٤ ح ٨ .

٥- (٨) وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٢٣ ح ٧ .

٦- (١) وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٢٣ ح ٥ .

٧- (٢) بحار الأنوار ١٠٠ / ٥٤ ح ٢٨ .

ومنها : مرسله الطبرسى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : إنّ السحت هو الرشوه فى الحكم ، وهو المروى عن على عليه السلام (١) .

ومنها : مرسله أخرى للطبرسى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : إنّ السحت أنواع كثيرة ، فأمرى الرشا فى الحكم فهو الكفر بالله (٢) .

ومنها : خبر جابر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : هديه الأ مرء غلول (٣) .

الروايه بإطلاقها تدلّ على حرمه الرشوه .

ومنها : خبر أحمد بن عبد الله الهروى الشيبانى وداود بن سليمان الغرا عن على بن موسى الرضا عليه السلام فى قول الله عزّ وجل «أَكَاوُنَ لِلشُّحِّتِ» (٤) قال : هو الرجل الذى يقضى لأخيه الحاجه ثمّ يقبل هديته (٥) .

هذه الروايه أيضاً بإطلاقها تدل على حرمه الرشوه

ومنها : ما رواها الشيخ أبو محمد جعفر بن أحمد بن على القمى بإسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : الراشى والمرتشى والرائش بينهما ملعونون (٦) .

وفى بعض النسخ بدل الرائش « الماشى » وكلاهما بمعنى واحد .

ومنها : مرسله الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال فى خطبه : وقد علمتم أنه لا- ينبغى أن يكون الوالى على الفروج والدماء و المغانم والأحكام وإمامه المسلمين : البخيل ... ولا الجاهل ... والجافى ... والحائف ... ولا المرتشى فى الحكم فيذهب بالحقوق ويقف بها دون

المقاطع ، ولا المعطلّ للسنه فيهلك الأّمه (٧) .

ص: ١٥٠

١- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٦ ح ١٥ .

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٦ ح ١٦ .

٣- (٥) وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٢٣ ح ٦ .

٤- (٦) سوره المائده / ٤٢ .

٥- (٧) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ٢٨ ح ١٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ٩٥ ح ١١ .

٦- (٨) جامع الأحاديث / ٨٥ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢١٨ ح ٥ .

٧- (١) نهج البلاغه . الخطبه ١٣١ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢١٨ ح ٧ .

الحائف : الظالم والجائر ، من الحيف بمعنى الجور والظلم . المقاطع : الحدود التي عينها الله تعالى لها .

ومنها : مرسله صاحب جامع الأخبار عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لعن الله الراشى والمرتشى والماشى بينهما(١) .

ومنها : مرسله أخرى له عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : إتياكم الرشوة ، فإنها محض الكفر ، ولا يشتم صاحب الرشوة ربح الجنة(٢) .

فهذه الروايات المتواترة تدلّ على حرمة الرشوة بوضوح ، وفي كثير منها تقييد الرشوة بالحكم ، فلذا لا بدّ من تقييد المطلقات به والذهاب إلى أنّ الرشوة المصطلح عند الفقهاء أعلى الله كلمتهم مقيده بالحكم ، أعنى الرشوة التي إعطاؤها وأخذها والسعى بينهما حرام مختص بالرشوة التي تبذل في الحكم فقط كما عليه فتوى المشهور .

وهكذا تدلّ على حرمة الرشوة : بلا- فرق بين أن يأخذها القاضى ليحكم للمعطى بالباطل مع العلم ببطال-ن الحكم ، وبين أن يأخذها ليحكم للباذل مع جهله سواء طابق حكمه الواقع أم لم يطابق ، وبين أن يأخذها ليحكم له بالحقّ مع العلم .

ففى الصورة الأخيرة حرمة الرشوة يدلّ عليها إطلاق الروايات الماضيه ومضافاً إلى ذلك مناسبة الحكم والموضوع يقتضى الحرمة ، لأنّ القضاء من المناصب الإلهيه التي جعلها الله للرسول صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة من ولده عليهم السلام ، فلا ينبغي لمن أعطاه الله هذا المنصب أن يأخذ عليه الأجره .

وتدلّ عليه الروايات الداله على حرمة أخذ الأجره على القضاء ، كما سيأتى إن شاء الله تعالى .

فالرشوة فى جميع الصور الثلاث حرام .

نعم ، إذا كان أخذ الحقّ يتوقف عليها يجوز للراشى ويحرم على المرتشى فقط ، كما عليه

ص: ١٥١

١- (٢) جامع الأخبار / ٤٣٩ ح ٥ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢١٨ ح ٨ .

٢- (٣) جامع الأخبار / ٤٤٠ ح ٦ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢١٨ ح ٩ .

ومنهم العلامة قال فى التحرير : « وأما الرشوه فإنها حرام على آخذها ويأثم المدافع لها

إن توصل بها إلى الحكم بالباطل ، ولو توصل إلى الحق لم يأثم ويأثم المرتشى على التقديرين ، ويجب عليه دفع الرشوه إلى صاحبها سواء حكم له أو عليه ولو تلفت ضمنها» (١).

ومنهم الشهيد الثانى قال معلقاً على قول العلامة فى الإرشاد : « الرشاء فى الحكم » : « إلا أن يتوقف تحصيل الحق عليه فيحرم على المرتشى خاصة » (٢).

وعلى قوله فى كتاب القضاء : « تحرم عليه الرشوه » : « يحرم على الراشى والمرتشى إلا أن يتوقف حصول الحق عليها فيحرم على المرتشى خاصة » (٣).

وعلى قوله « إن توصل بها إلى الباطل » : « إلا لمن يتوصل بها إلى الحق ولا يمكن بدونه » (٤).

#### الرابع : حكم العقل

العقل يحكم بحرمة الرشوه ، ولعل أول من تعرض له المحقق الأردبيلي قدس سره حيث يقول : « يحرم على القاضى الرشوه دليله العقل والنقل ... » (٥). واعترف به أيضاً المحقق الخوئى (٦) فى الجملة ، وقال الفقيه السبزوارى : « ويدل على قبحه حكم العقل أيضاً لأنه من الظلم ... » (٧).

فالأعلام اعترفوا بحكم العقل على حرمة الرشوه ، وأما تقريبه :

أخذ الرشوه توسط القاضى ظلم على جميع التقادير ، لأنه إما حَكَمَ للباذل بحق أو باطل ، فإذا حكم له بالحق فلماذا أخذ الرشوه ؟ لأنَّ وظيفته الحكم على طبق الحق والموازن

ص: ١٥٢

١- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٥ / ١١٥ .

٢- (٢) حاشيه الشهيد الثانى على الارشاد المطبوعه ضمن غايه المراد ٢ / ٩ . ومستقلاً / ١٦٥ .

٣- (٣) حاشيه الشهيد الثانى على الارشاد المطبوعه ضمن غايه المراد ٤ / ١٠ . ومستقلاً / ٣٦٨ .

٤- (٤) حاشيه الشهيد الثانى على الارشاد المطبوعه ضمن غايه المراد ٤ / ١٠ . ومستقلاً / ٣٦٨ .

٥- (٥) مجمع الفائده والبرهان ١٢ / ٤٩ .

٦- (٦) مصباح الفقاهه ١ / ٢٦٥ .

٧- (٧) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٤ .

الشرعيه . وإذا حكم له بالباطل كان حكمه محرّماً وما أخذ بأزائه أيضاً يكون محرّماً ، فعلى التقديرين أخذ القاضى الرشوه يكون من الظلم فصار محرّماً .

وهكذا الأمر إذا لم يتأثر القاضى من الرشوه وحكم على طبق الواقع وما يكون وظيفته طبق الموازين الشرعيه ، لأنه حينئذٍ أخذ الرشوه فى مقابل أى عمل ؟ ! فيكون أخذها ظلماً فيحرم عليه ، فأخذ الرشوه على جميع التقادير ظلم ، فيصير محرّماً .

وأما بالنسبه إلى المعطى فإنه إذا أعطى فى قبال الحكم بالباطل وتمشيته وتضييع الحق فيكون إعطاؤه أيضاً ظلماً ، فيصير محرّماً . والحاصل : أنّ العقل أيضاً حاكمٌ بحرمة الرشوه ، لأنها من مصاديق الظلم الذى يستقل العقل بقبحه وفساده وحرمة والله سبحانه هو العالم .

### حرمه أخذ الأجره على القضاء

اختلفت كلمات الأصحاب فى أخذ الأجره والرزق والجعل على الحكم والقضاء بين الناس على أقوال :

١ - منها : جواز الأخذ مطلقاً مع الكراهه أو عدمها ، ذهب إليه المفيد فى المقنعه وقال : « ولا بأس بالأجر على الحكم والقضاء بين الناس ، والتبرع بذلك أفضل وأقرب إلى الله تعالى » (١) .

والشيخ فى النهايه قال : « ولا بأس بأخذ الأجر والرزق على الحكم والقضاء بين الناس من جهه السلطان العادل حسب ما قدّمناه ، فأما من جهه سلطان الجور فلا يجوز إلا عند الضروره أو الخوف على ما قدّمناه ، والتنزه عن أخذ الرزق على ذلك فى جميع الأحوال أفضل » (٢) .

والقاضى ابن البراج فى المهذب قال فى عداد المكاسب المكروهه : « وكسب الحجام ،

ص: ١٥٣

١- (١) المقنعه / ٥٨٨ .

٢- (٢) النهايه / ٣٦٧ .

والأجر على القضاء وتنفيذ الأحكام من قِبَل الإمام العادل» (١).

وسلار بن عبد العزيز الديلمي في المراسم قال: «فأمّا المكروه فهو الكسب بالنوح على أهل الدين بالحق، وكسب الحجام، والأجر على القضاء بين الناس» (٢).

ومن المتأخرين ذهب إليه صاحب العروه (٣) والمحقق الإيرواني (٤) والمحقق الأردكاني (٥) وبعض الأساتيد (٦) - مدظه - .

٢ - ومنها: منع الأخذ مطلقاً ذهب إليه أبو الصلاح الحلبي وقال في عداد المكاسب المحرّمة: «أجر تنفيذ الأحكام» (٧).

وابن إدريس الحلبي قال في السرائر في عداد المكاسب المحرّمة: «والإرتشاء على الأحكام والقضاء بين الناس، وأخذ الأجره على ذلك، ولا بأس بأخذ الرزق على القضاء من جهة السلطان العادل، ويكون ذلك من بيت المال دون الأجره على كراهه فيه» (٨).

والعلامه في القواعد يقول: «وتحرم الأجره على الأذان وعلى القضاء، ويجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال» (٩). وقال في التذكرة: «وتحرم الأجره على الأذان وقد سبق (١٠)، وعلى القضاء لأنه واجبٌ ويجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال» (١١).

ص: ١٥٤

١- (٣) المهذب ١ / ٣٤٦ .

٢- (٤) المراسم / ١٦٩ .

٣- (٥) العروه الوثقى ٦ / ٤٣٥ .

٤- (٦) الحاشيه على المكاسب ١ / ١٥٨ .

٥- (٧) غنيه الطالب ١ / ١٢٨ .

٦- (٨) دراسات في المكاسب المحرّمه ٣ / ١٧١ .

٧- (١) الكافي / ٢٨٣ .

٨- (٢) السرائر ٢ / ٢١٧ .

٩- (٣) قواعد الأحكام ٢ / ١٠ .

١٠- (٤) في تذكرة الفقهاء ٣ / ٨١ المسأله ١٨٤ .

١١- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٨ .



ونحوها في المنتهى (١) والتحرير (٢) والإرشاد (٣).

وقال الشيخ شمس الدين محمد بن شجاع القطان الحلبي في كتاب التكسب من معالم الدين: «يحرم أخذ الأجره على تحمل الشهاده وأدائها و... والقضاء ولا بأس بالرزق من بيت المال» (٤).

وقال في قضاء المعالم: «ولا يجوز أخذ الجعل من الخصمين وإن لم يتعين عليه وإن كان به ضروره على الأقوى، ولو انتفى أحدهما لم يجز قطعاً» (٥).

أقول: يأتي تفصيل ابن القطان في جواز الإرتزاق من بيت المال فيما بعد إن شاء الله تعالى.

والمحقق الثاني قال في شرح القواعد: «وأما القضاء للنص والإجماع، ولا فرق بين أخذ الأجره من المتحاكمين أو من السلطان أو أهل البلد عادلاً كان أو جائراً، سواء كان

المأخوذ بالإجاره أو الجعالة أو الصلح... والأقوى المنع مطلقاً، إلا من بيت المال خاصه فيتقيد بالحاجه» (٦).

والشاهد الثاني قال: «ومن الأصحاب من جوّز أخذ الأجره عليه مطلقاً، والأصح المنع مطلقاً إلا من بيت المال على جهه الإرتزاق، فيتقيد بنظر الإمام. ولا فرق في ذلك بين أخذ الأجره من السلطان ومن أهل البلد والمتحاكمين، بل الأخير هو الرشوه التي وردت في الخبر أنّها كفر بالله وبرسوله» (٧).

وقال المحقق الأردبيلي: «وأما الأجر على القضاء والحكم بين المتحاكمين فالظاهر

ص: ١٥٥

١- (٦) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٨ ونقل عنه في الحقائق ١٨ / ٢١٦.

٢- (٧) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٥.

٣- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨.

٤- (٩) معالم الدين في فقه آل يس ١ / ٣٣١.

٥- (١٠) معالم الدين في فقه آل يس ٢ / ٣٤٢.

٦- (١) جامع المقاصد ٤ / ٣٦.

٧- (٢) مسالك الأفهام ٣ / ١٣٢.

تحريمه مطلقاً ، سواء كان القضاء متعيناً عليه أم لا ، وسواء كان بين المتحاكمين أم لا ... » . ثم استدل على مختاره وذكر بعض الأقوال في المقام وقال : « والأول أظهر كما هو رأى المصنف ، ولا شك في جواز الإرتزاق من بيت المال على الكل مع الحاجة التي هي شرط الأخذ من بيت المال الذي هو للمصالح ، والظاهر أنّ المراد بالحاجة هي المتعارفه وعلى حسب العاده لا الضروره التي لا يعيش بدونها ، والظاهر أنّ ذلك هو مراد المصنف » (١) .

وظاهر صاحب الحدائق أيضاً المنع مطلقاً ، فراجع كتابه (٢) .

وقال الفاضل النراقي ناقلاً عن والده قدس سرهما : « ونقل والدى في معتمد الشيعة الإجماع على الحرمة صريحاً مع عدم الحاجة » (٣) . ومال إليه ولده في المستند بل اختاره (٤) .

واختار سيد الرياض القول بالمنع بأنه « أحوط وأولى » (٥) ، وردّ القول بالجواز بأنه « ضعيف جداً » (٦) .

وقال الشيخ الأكبر كاشف الغطاء : « (و) تحرم الأجره ونحوها من عوض صلح أو جعل أو غيرهما (على القضاء) كالإفتاء ، سواء أخذت من سلطان عادل أو غيره من بيت مالٍ أو أوقافٍ أو من المتخاصمين ، مع الحاجة وعدمها ، أو من متبرّع على أئى نحو كان ، لوجوبه

عيناً مع الاتحاد وكفاية مع إمكان قيام الغير ، وليس من الواجبات المشروطه كالصنائع النظاميه ، مع أنّ الشك في دخولها تحتها ما يغنى في المنع - وللأخبار الداله عليه وللإجماعات المنقول بعضها على منع الجعل المخصوص بما كان من المتخاصمين أو الأعم ، وبعضها على تحريم الأجره » (٧) .

ص: ١٥٦

١- (٣) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٩٣ .

٢- (٤) الحدائق ١٨ / ٢١٧ .

٣- (٥) مستند الشيعة ١٧ / ٦٤ .

٤- (٦) مستند الشيعة ١٧ / ٦٨ و ٦٧ .

٥- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٨٤ .

٦- (٨) رياض المسائل ٨ / ١٨٤ .

٧- (١) شرح القواعد ١ / ٢٨٩ .

وقال تلميذه صاحب الجواهر في أجور القضاء: «... والتحقيق عدم جواز أخذ العوض عنه مطلقاً، عيتياً كان عليه أو كفاً أو مستحباً مع الحاجة وعدمها، من المتحاكمين أو أحدهما أو أجنبي أو أهل البلد أو بيت المال أو غير ذلك، سواء كان ذا كفايه أو لا، لأنه من مناصب السلطان الذي أمر الله تعالى بأن يقول: «قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا» (١) وأوجب التأسي به...» (٢).

وتبعهم جماعه من الفقهاء منهم: المؤسس الحائري (٣) والمحقق الخوئي (٤) وشيخنا الأستاذ - مدظله - حيث يقول: «فتحصل من جميع ما ذكرنا أنّ الأظهر بحسب الروايات عدم جواز أخذ الجعل والأجر على القضاء أو ما هو من شؤونه، بلا فرق بين حاجه القاضى وعدمها وتعين القضاء عليه وعدمه، ويتعدى إلى أخذ الجعل والأجر على الإفتاء وبيان الأحكام الشرعية الكليه باعتبار عدم احتمال الفرق بينهما فى ذلك» (٥).

### تنبيه:

قد يقال: برجوع الشيخ فى كتابيه الخلاف والمبسوط عما أفتى به فى نهايته من جواز الأخذ مطلقاً، فلا بدّ من ملاحظه نص عبارته، قال فى الخلاف: «لا يجوز للحاكم أن يأخذ الأجره على الحكم من الخصمين أو من أحدهما، سواء كان له رزق من بيت المال أو لم يكن.

وقال الشافعى: إن كان له رزق من بيت المال لم يجز - كما قلناه - وإن لم يكن له رزق من بيت المال جاز له أخذ الأجره على ذلك.

دليلنا: عموم الأخبار الوارده فى أنّه يحرم على القاضى أخذ الرشا والهدايا وهذا داخل

فى ذلك، وأيضاً طريقه الإحتياط تقتضى ذلك، وأيضاً إجماع الفرقه على ذلك، فإنهم لا

ص: ١٥٧

١- (٢) سورة الأنعام / ٩٠ .

٢- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ١٢٢ .

٣- (٤) فى تقارير بحثه المكاسب المحرمه / ٥٨ بقلم شيخنا آيه الله الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٤- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٤٨١ و ٢٦٩ .

٥- (٦) إرشاد الطالب ١ / ١٥٣ .

يختلفون في أن ذلك حرام» (١).

وأنت ترى أنه أفتى بتحريم أخذ الأجره من المتحاكمين أو أحدهما ، لا أنه رجع عما أفتى به في النهايه من جواز أخذ الأجره ، فالجمع بين كلاميه يقتضى القول بأن الشيخ يذهب إلى جواز أخذ الأجره على القضاء ، ولكن لا من المتخاصمين أو أحدهما بل من غيرهما .

وقال الشيخ فى المبسوط : « وأما من يحل له أخذ الرزق عليه ومن لا يحل : فجملته أن القاضى لا يخلو من أحد أمرين : إما أن يكون ممن تعين عليه القضاء أو لم يتعين عليه وهو القسم الأول والأخير ، فإن كان ممن يجوز له القضاء ولم يتعين عليه لم يخل من أحد أمرين : إما أن يكون له كفايه أو لا كفايه له ، فإن لم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق وإن كانت له كفايه فالمستحب أن لا يأخذ ، فإن أخذ جاز ولم يحرم عليه بل كان مباحاً . وجواز إعطاء الرزق للقضاء إجماع ، ولأن بيت المال للمصالح وهذا منها بل أكثرها حاجه إليه ، لما فيه من قطع الخصومات واستيفاء الحقوق ونصره المظلوم ومنع الظالم .

هذا إذا لم يتعين عليه القضاء ، فأما إن تعين عليه القضاء لم يخل من أحد أمرين : إما أن يكون له كفايه أو لا كفايه له ، فإن كانت له كفايه حرم عليه الرزق لأنه يؤدي فرضاً قد تعين عليه ، ومن أدى فرضاً لم يحل له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه ، وإن لم يكن له كفايه حل ذلك له لأن عليه فرض النفقه على عياله وفرضاً آخر وهو القضاء وإذا أخذ الرزق جمع بين الفرضين ، لأن الرزق يقوم مقام الكسب ، فكان الجمع بين الفرضين أولى من إسقاط أحدهما . وهذا عندنا وعندهم ، وحكم الشهاده فى أخذ الجعل عليها عندنا لا يجوز بحال ... » (٢).

أقول : الحاصل من كلام الشيخ أنه ذهب فى المبسوط إلى جواز أخذ الأجره للقضاء إلا إذا تعين عليه القضاء وله كفايه من المال ولا يحتاج إلى أجره ، فحرم عليه الرزق حينئذ فقط .

والجمع بين أقواله الثلاثه يرشدنا إلى هذا التفصيل : بأن الشيخ يقول بجواز أخذ

ص: ١٥٨

١- (١) الخلاف ٦ / ٢٣٣ المسأله ٣١ .

٢- (٢) المبسوط ٨ / ٨٥ و ٨٤ .

الأجره على القضاء ولكن منع أخذه من المتخاصمين أو أحدهما ، وهكذا يجوز أخذ الأجره للقاضى إلا إذا تعين عليه القضاء وله كفايه من المال بحيث لا يحتاج إلى أجرته لإمرار معاشه ، فحرم حينئذ له أخذ الأجره حتى من بيت المال .

فالشيخ لم يرجع عما أفنى به فى النهايه ، بل قيده بقيود ، يعنى ذهب إلى جواز أخذ الأجره ولكن لا من المتخاصمين أو أحدهما ، ولا يجوز له الأخذ إذا تعين عليه القضاء وكان القاضى ذا يسار بحيث لا يحتاج إلى الأجره ، وهذا فى الواقع إحداث تفصيل من الشيخ يمكن أن يجعل قولاً ثالثاً فى المقام .

٣ - ومنها : التفصيل بين تعين القضاء عليه وصوره الغنى وتمكنه فلا يجوز أخذ الأجره ، وفى غيرهما - أعنى إذا لم يتعين القضاء عليه ولم يستغن من أجر قضائه ويحتاج إليه - فيجوز له أخذ الأجره ، وحيث ورد فى كلام الأصحاب هذا التفصيل مع بحث ارتزاق القاضى من بيت المال غالباً أذكرهما معاً .

يظهر التفصيل من الشيخ فيما مرّ منّا آنفاً فى الجمع بين أقواله مع زياده ، ومن المحقق الحلى فى قضاء الشرائع حيث يقول : « إذا ولى من لا- يتعين عليه القضاء فإن كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا- يطلب الرزق من بيت المال ، ولو طلب جاز لأنه من المصالح . وإن تعين للقضاء ولم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق . وإن كان له كفايه ، قيل : لا يجوز له أخذ الرزق لأنه يؤدى فرضاً . أمّا لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلافٌ ، والوجه التفصيل ، فمع عدم التعيين وحصول الضروره ، قيل يجوز ، والأولى المنع ، ولو اختل أحد الشرطين لم يجز »(١).

وقال فى المختلف بعد نقل الأقوال فى المسأله : « والأقرب أن نقول : إن تعين القضاء عليه إمّا بتعيين الإمام عليه السلام أو بفقد غيره أو بكونه الأفضل وكان متمكناً لم يجز الأجر عليه ، وإن لم يتعين أو كان محتاجاً فالأقرب الكراهه .

لنا : الأصل الإباحه على التقدير الثانى ، ولأنه فعل لا يجب عليه ، فجاز أخذ الأجر عليه . أمّا مع التعيين فلاّنه يؤدى واجباً ، فلا يجوز أخذ الأجره عليه ، كغيره من العبادات

ص: ١٥٩

أقول : الظاهر أنّ العلامة يشترط في جواز أخذ أجره للقاضي أمرين : ١ - عدم تعيين القضاء عليه ، ٢ - وجود الحاجه واحتياجه إلى الأجر . وهذا هو الذي استفاد من عبارته الشيخ الأعظم قدس سره ، ولذا قال : « فصل في المختلف فجوز أخذ الجعل والأجره مع حاجه القاضي وعدم تعيين القضاء عليه ، ومنعه مع غناه أو عدم الغنى عنه »(٢) .

ويمكن حمل عبارته الآتية في بحث إرتزاق القاضي من بيت المال من التحرير(٣) على ما ذكرناه فراجعها .

قال العلامة في الإرشاد في عداد المكاسب المحرمه : « ... وكذا أخذ الأجره على الأذان والصلاه بالناس والقضاء ، ولا بأس بالرزق من بيت المال على الأذان والقضاء مع الحاجه وعدم التعيين »(٤) .

وتبعه شمس الدين محمد بن شجاع القطان الحلّي في أخذ الرزق من بيت المال وقال : « ومن يتعين عليه القضاء إن كان له كفاية لم يحلّ له الرزق من بيت المال وإلا حلّ ، ومن لم يتعين جاز له الأخذ والأفضل الترك »(٥) .

والشهيد الثاني في ذيل قول المحقق في تجاره الشرائع : « والقضاء على تفصيل سيأتي » قال : « التفصيل الموعود به هو أنه إن تعين عليه بتعيين الإمام أو بعدم قيام أحد به غيره ، حرم عليه أخذ الأجره عليه مطلقاً ، لأنه حينئذ يكون واجباً ، والواجب لا يصح أخذ الأجره عليه ، وإن لم يتعين عليه فإن كان له غنى عنه لم يجز أيضاً وإلا جاز »(٦) .

وقال الفاضل الإصبهاني : « ولو أخذ الجعل من المتحاكمين فإن لم يتعين للحكم

١- (٢) مختلف الشيعة ٥ / ١٧ .

٢- (٣) المكاسب المحرمه / ٣١ من الطبع الحجري - (١ / ٢٤٤) .

٣- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٥ / ١١٥ و ١١٤ .

٤- (٢) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

٥- (٣) معالم الدين في فقه آل يس ٢ / ٣٤٢ .

٦- (٤) مسالك الأفهام ٣ / ١٣٢ .

وحصلت الضروره ، ... قيل : جاز ، ... وإن تعين للقضاء أو كان مكثفياً ... لم يجز له أخذ الجعل قولاً واحداً» (١).

واختار السيد جواد العاملى هذا التفصيل وقال : « إذا تعين عليه القضاء بتعيين الإمام أو بفقد غيره أو بكونه أفضل وكان متمكناً ذا كفايه حرمت عليه الثلاثه : الأجره والجعل والرزق ، لأنه واجبٌ عينى عليه فلا يستحق عوضاً عليه ... وهو صريح تفصيل المصنف فى المختلف والإرشاد وحاشيته وإيضاح النافع وقضاء الكتاب والشرائع ، قالوا : إن تعين عليه وكان متمكناً لم يجز الأجر ، وإن لم يتعين أو كان محتاجاً فالأقرب الكراهيه ... » (٢).

٤ - ومنها : التفصيل بين صورته احتياج القاضى فيجوز أخذ الجعل والأجره وصورته تمكنه وعدم احتياجه فلا يجوز . قال ثانى الشهيدين : « قيل : يجوز مع الحاجه

مطلقاً » (٣).

وقال المحقق الأردبيلى : « وقيل : بالجواز على تقدير الاحتياج » (٤).

وقال الفاضل النراقى : « ونقل والدى فى معتمد الشيعة الإجماع على الحرمة صريحاً مع عدم الحاجه » (٥).

٥ - ومنها : التفصيل بين صورته عدم تعين القضاء على القاضى وتعيينه عليه ، فيجوز فى الأوّل ويحرم فى الثانى ، قال ثانى الشهيدين : « قيل : يجوز مع عدم التعين مطلقاً » (٦). وقال الأردبيلى : « قيل : بعدمه (أى عدم الجواز) على تقدير تعيين القضاء عليه إما بتعيين الإمام أم لعدم غيره » (٧).

ص: ١٦١

١- (٥) كشف اللثام ٢ / ١٤٣ الطبع الحجرى (١٠ / ٢٣ و ٢٤).

٢- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٢٣ و ٣٢٢.

٣- (١) مسالك الأفهام ٣ / ١٣٢.

٤- (٢) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٩٣.

٥- (٣) مستند الشيعة ١٧ / ٦٤.

٦- (٤) مسالك الأفهام ٣ / ١٣٢.

٧- (٥) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٩٣.

أقول : لم يظهر لى إلى الآن قائل هذا القول والعلم عند الله تعالى .

٦ - ومنها : يمكن التفصيل بين جواز أخذ الأجره من بيت المال وعدم الجواز فى الأخذ من المتحاكمين أو الثالث أو أهل البلد ونحوها .

وإلى الآن لم أعرف قائله .

### الاستدلال على حرمة أجره القضاء

#### إشاره

يمكن أن يُستدل على حرمة أجره للقاضى بوجوه :

#### الأول : الإجماع

ولعلّ أول من ادعاه هو العلامه الحلّى فى التحرير(١) وتبعه المحقق الثانى فى جامع المقاصد(٢) كما مرّ بيانه ، وتبعهما والد النراقى فى معتمد الشيعه كما مرّ كلامه بتوسط ولده فى المستند(٣) ، وتبعهم الشيخ جعفر فى شرح القواعد(٤) .

وفيه : أولاً : قد عرفت وجود القول بالجواز صريحاً من المفيد فى المقنعه والشيخ فى

النهايه والقاضى ابن البراج فى المهذب وسلار فى المراسم وغيرهم ، وهكذا قد مرّ ذكر الأقوال المختلفه والتفاصيل المتعدده فى المقام ، فادعاء الإجماع بلا وجه .

وثانياً : لو تنزلنا وقبلنا وجود الإجماع على الحرمة فلا يفيدنا فى المقام شيئاً ، لأنه إجماع مدركى على فرض وجوده ، فلا بدّ من ملاحظه ما يأتى من الأدله .

#### الثانى : الروايات

عدّه من الروايات تدلّ على حرمة أجور القضاء :

منها : صحيحه عمار بن مروان اليشكرى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : كلّ شىء غلّ من الإمام فهو سحت ، وأكل مال اليتيم سحت ، والسحت أنواع كثيره ، منها : ما أصيب من أعمال



- ١- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ١٥ / ٥ .
- ٢- (٧) جامع المقاصد ٣٦ / ٤ .
- ٣- (٨) مستند الشيعة ١٧ / ٦٤ .
- ٤- (٩) شرح القواعد ١ / ٢٩٠ .

الولاء الظلمه ، ومنها : أجور القضاة وأجور الفواجر و ثمن الخمر والنيذ المسكر ، والربا بعد البيئه ، فأما الرشايا عمار في الأحكام ، فإن ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم (١) .

سند الروايه صحيح ودلائلها تامه ، لأنها عدت أجور القضاة من السحت ، والظاهر من لفظ « السحت » الحرمة إلا أن تقوم عليه القرينه .

وأما حمل القضاة على قضاة الجور الذين كانوا في عصر صدور الروايه بقرينه ما قبلها من الولاء الظلمه ، لأن القضاة قسم من الولاء أو لا أقل أنهم قسم من عمالهم ، فغير تام ، لظهور الروايه في استقلال فقراتها ، ولأقل من الشك في انعقاد ظهور بخلافه مع القرينه والأصل عدمه .

وبالجملة ، ظهور أن منها (أى من السحت) أجور القضاة ، وهو عام يشمل قضاة الجور وغيرهم .

ولفظ « الأجر » و« الجعل » وإن كانا متفاوتين في مصطلح الفقهاء والمتشرعه بحيث يستعملون الأجر في باب الإجاره ، والجعل في باب الجعالة ، ولكن الظاهر إتحاد حكمهما في هذا الباب ، بل يمكن ادعاء أن الرزق أيضاً متحد معهما حكماً إذا أخذ من شخص خاص ، خلافاً للسيد العاملى في مفتاحه (٢) حيث فرق بين العناوين .

ومنها : صحيحه عبد الله بن سنان قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاضٍ بين قريتين ، يأخذ من السلطان على القضاء الرزق ، فقال : ذلك سحت (٣) .

سندها صحيح ، ولكن يمكن المناقشه في دلائلها بظهور القاضى في قضاة الجور والسلطان ، سلاطين الجور المعهود في تلك الأيام ، بقرينه السؤال عن الرزق الوارد في الصحيحه وجواز الإرتزاق من بيت المال كما عليه المشهور .

ولكن يمكن أن يجاب عن المناقشه : بأن لفظ « الرزق » لم يرد في جواب الإمام عليه السلام حيث حكم بأنه سحت . وهذه الروايه من القرائن التى مرّ آنفاً بأن هذه الألفاظ الثلاثه في

ص: ١٤٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٥ ح ١٢ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٢٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٢١ ح ١ . الباب ٨ من ابواب آداب القاضى .

المقام لها معنى واحد ، ولذا حمل العلامة المجلسي الصحيحه على الأجره وقال : « وُحْمِلَ عَلَى الْأَجْرِهِ ، وَالْمَشْهُورُ جَوَازُ الْإِرْتِزَاقِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ » (١) .

ولكن مع ذلك كله بقي الإشكال بأنّ السائل يسأل عمّا أتلى به ، وهو أجور قضاء الجور المعهود في ذلك الزمان ، فليس للروايه إطلاق حتّى تشمل أجور قضاء العدل ، ولذا قال الشيخ الأعظم : « إنّ ظاهر الروايه كون القاضى منصوباً من قبل السلطان الظاهر - بل الصريح - في سلطان الجور » (٢) . وهو متينٌ .

ومنها : خبر يوسف بن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : لعن رسول الله عليه السلام من نظر إلى فرج امرأه لا- تحلّ له ، ورجلاً خان أخاه في امرأته ، ورجلاً احتاج الناس إليه لتفقّفه فسألهم الرشوه (٣) .

دلالة الروايه على حرمه أجور القضاء تامه ، لأنّ الناس يحتاجون إلى القاضى لتفقّفه ، وإذا سألهم الأجره يشمله إطلاق الروايه ، وأمّا حمل الرشوه على أجور القضاء - وإن يكن بعيداً في بادىء النظر - ولكن إذا حملنا لفظ « الرشوه » على معناها اللغوى تشمل أجور القضاء أيضاً ، فتمّ الإستدلال بالروايه . ولكن في سندها ضعف .

ومنها : خبر حمزه بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من استأكل بعمله افتقر ، فقلت له : جعلت فداك ، إنّ في شيعتك ومواليك قوماً يتحمّلون علومكم ويبتونها في شيعتكم فلا يعدمون على ذلك منهم البرّ والصله والإكرام ، فقال عليه السلام : ليس أولئك بمسئّكين ، إنّما المسئّك كل عمله الذى يُفتى بغير علم ولا هدى من الله عزّ وجل ليبطل به الحقوق طمعاً في حطام الدنيا (٤) .

غايه ما يمكن أن يقال في الإستدلال بالروايه : بأنّ قضاء الجور يدخلون في الذين

ص: ١٦٤

١- (١) مرآه العقول ٢٤ / ٢٧٠ ح ١ .

٢- (٢) المكاسب / ٣٠ الطبع الحجرى (١ / ٢٤٣) .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٣ ح ٥ .

٤- (٤) معانى الأخبار / ١٨١ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٧ / ١٤١ ح ١٢ . الباب ١١ من أبواب صفات القاضى .

يفتون بغير علم ولا- هدى من الله عز وجل ليبتلوا به الحقوق ، فيشملهم إطلاق الروايه ، فما يأخذونه في قبال أحكامهم يكون حراماً . ولكن الروايه تشمل قضاء الجور فقط ، لأنّ قضاء العدل لا يفتون بغير علم ولا هدى ولا يبتلون به الحقوق فلا تشملهم الروايه . فهذه تدلّ على حرمة أجور قضاء الجور ،

ولكن المدعى أعم من هذا . وفي سندها أيضاً ضعف .

والحاصل : أن الروايات تدلّ على حرمة أجور القضاء مطلقاً .

### الثالث : القضاء من المناصب الالهيه

النبوه والإمامه من المناصب الإلهيه وهما فوق الأجر والجعل ، ولذا أمر الله تعالى أنبياءه عليهم السلام أن يقولوا : «وَمَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ إِنْ أَجِرِيَ إِلَّا عَلَى رَبِّ الْعَالَمِينَ» (١) .

وأمر الله خاتم أنبيائه صلى الله عليه وآله وسلم أن يقول : «قُلْ مَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ» (٢) ويقول عنه : «مَا تَسْأَلُهُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ» (٣) .

وأما قوله تعالى : «قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى» (٤) حيث جعل الله الموده في حقّ أقرباء النبي صلى الله عليه وآله وسلم أجراً للرساله ، نفعها يرجع إلى الأمه لا إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، والشاهد على ذلك قوله تعالى : «قُلْ مَا سَأَلْتُكُمْ مِنْ أَجْرٍ فَهُوَ لَكُمْ إِنْ أَجِرِيَ إِلَّا عَلَى اللَّهِ» (٥) (٦) .

والإمامه أيضاً وصايه النبي ، والأمر فيها كما في النبوه .

ثم من مناصب الفقيه الجامع للشرائط : الإفتاء والقضاء اللذان جعلهما الإمام عليه السلام له ،

ص: ١٦٥

١- (١) سورة الشعراء / ١٠٩ و ١٢٧ و ١٤٥ و ١٦٤ و ١٨٠ .

٢- (٢) سورة ص / ٨٦ .

٣- (٣) سورة يوسف / ١٠٤ .

٤- (٤) سورة الشورى / ٢٣ .

٥- (٥) سورة سبأ / ٤٧ .

٦- (٦) ولتوضيح هذا البيان راجع إلى كتابي ولاية وامامت / ١٠٠ المطبوع باللغه الفارسيه عام ١٣٧٠ هـ . ش .

فهما من المناصب الإلهية ، فلا يجوز أخذ أجره والجعل عليهما .

وأشار إلى هذا الإستدلال صاحب الجواهر بقوله : « لأنه (أى القضاء) من مناصب السلطان الذى أمر الله تعالى بأن يقول : «لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا» وأوجب التأسية» (١) .

واعترف المحقق الخوئى غير مرّه بأن الإفتاء والقضاء من الأمور المجانية ، حيث يقول : « ... إنَّ الأمور التى يكون وضعها على المجانية ، فإنَّ أخذ الأجره يعدّ رشوه فى نظر العرف ، ومن هذا القبيل القضاء والإفتاء» (٢) ، ثم بعد صفحه أضاف إليهما أمر تبليغ الأحكام الشرعيه فقال : « ثم الظاهر أنه لا يجوز أخذ الأجره والرشوه على تبليغ الأحكام الشرعيه وتعليم المسائل الدينيه ، فقد عرفت فيما تقدّم : أن منصب القضاء والإفتاء والتبليغ يقتضى المجانيه» (٣) .

ثم قال بعد أكثر من مائتى صفحہ : « ... لا- يجوز أخذ الأجره على القضاء للروايات الخاصه ، وأن الظاهر من آيه النفر الآمره بالتفقه فى الدين وإنذار القوم عند الرجوع إليهم أن الإفتاء أمرٌ مجانيٌّ فى الشريعه المقدسه ، فيحرم أخذ الأجره عليه ، ويؤيده قوله تعالى : «قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى» (٤) .

والحاصل ، فهذان المنصبان - الإفتاء والقضاء - من المناصب الإلهيه ، فلا يجوز أخذ الأجره عليهما لعظمتها ورفعتهما .

#### الرابع : القضاء واجبٌ فلا يجوز أخذ الأجره عليها

تقريب الاستدلال : القضاء واجب ووجوبها يكون عينيّاً أو كفايّاً ، وأخذ الأجره على الواجبات لا يجوز فى الشريعه المقدسه ، فأخذ الأجره على القضاء لا يجوز .

وفيه : أنه يمكن المناقشه فى الكبرى بأن وجوب الفعل على المكلف ولو كان تعبدياً لا يوجب عدم جواز أخذ الأجره عليه ، بل يكفى فى قصد التقرب المعبر فى العباده أنه لو لم يكن أمر الشارع بالواجب لما كان يأتى به حتّى مع إعطاء الأجره عليه . والموجب لعدم جواز أخذ

ص: ١٦٦

١- (٧) جواهر الكلام ٢٢ / ١٢٢ .

٢- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٦٦ .

٣- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٨٦ .

٤- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٤٨١ .

الأجره على الفعل أحد الأمرين على سبيل منع الخلو :

أحدهما : أن يكون إيجابه على المكلف بأن يأتي به مجاناً كتغسيل الموتى بل تجهيزهم .

ثانيهما : عدم الماليه لذلك الفعل بحيث يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل سواء كان الفعل واجباً أو مندوباً(1) ، نحو : إقامة الصلاه الواجبه على المكلف لنفسه والإتيان بصيامه أو إقامته صلاه الليل .

ومن الواضح أنه لم يدخل القضاء فى القسم الثانى ، وإدخاله فى القسم الأول يحتاج إلى ثبوت كونه من الواجبات المجانيه ، فإذا ثبت هذا لا نحتاج إلى هذه الكبرى والإستدلال .

والحاصل ، هذا الدليل ليس بدليل مستقل عندنا ، بل يرجع ثبوته إما إلى الدليل الثالث أى كون القضاء من المناصب الإلهيه - أو إلى الدليل الثانى - أى الروايات الناهيه عن أخذ الأجره على القضاء .

وسوف يأتي البحث مفصلاً حول هذه الكبرى عند تعرض الشيخ الأعظم قدس سره فى النوع الخامس من المكاسب المحرّمه ، وهو : « ما يجب على الإنسان فعله عيناً أو كفايه ، تعبداً أو توصلاً » فانتظر .

وبالجملة ، فلا يجوز أخذ الأجره على القضاء مطلقاً ، وأما إرتزاقه من بيت المال فسيأتى البحث حوله .

### أخذ الأجره على مقدمات القضاء

هل يجوز أخذ الأجره على مقدمات القضاء ، نحو : سماع الشهاده والبيّنه أو التحليف أو التزكيه والجرح ، أو الذهاب إلى الإمراه المستوره الشريفه لسماع شهادتها أو جوابها أو إحلافها ، أو الذهاب إلى الذين لا يمكن إحضارهم ، مثل : العلماء والأجلاء والفقهاء العظام ، أو كتابه الحكم ورشمه أى ختمه ، أو أخذ الأجره على كاتبه وخدمه وعماله ومترجمه إذا احتاج

ص: ١٤٧

---

١- (٤) أشار إلى هذا البيان شيخنا الأستاذ - مدظله - فى دروسه من كتاب القضاء كما كتبه عنه ، وفى كتابه أسس القضاء والشهاده / ٤٢ .

إليه ، أم لا يجوز أخذ الأجره على شيء من هذه أو فيها التفصيل ؟

قال الشيخ جعفر كاشف الغطاء : « والأخذ على مقدمات القضاء من سماع الشهاده أو التحليف أو التزكيه والجرح ، أخذ على القضاء . وليس منه الأخذ على الكتابه أو الرّشْم أو الخروج من داره إلى محلّ آخر طلبه أحد الخصمين ونحو ذلك ، غير أنّه لا يقع إلاّ من السفله إلاّ مع إجماع الضروره ، وأما ثمن القرطاس وما يصرفه من المال فلا بأس بأخذه ... ولا بأس بأخذ الخدّام والعمال والمباشرين الأجره على عملهم» (١) .

وقال تلميذه السيد العاملي : « ويلحق بالقضاء مقدماته كسماع الشهاده وأدائها والتحليف والتزكيه والجرح ، ولا يلحق به على الظاهر كتابه الحجّه وختمها بخاتم القاضى ، على تأمل فى هذين ، لأنّهما فى هذا الزمان قد صارا كأنّهما جزءاً من القضاء ومن مقدماته ، إذ لا

ترفع الخصومه إلاّ بهما» (٢) .

وقال تلميذه الآخر فى الجواهر : « وعلى كلّ حالٍ فمقدمات القضاء كسماع الشهاده والجرح والتعديل ونحوهما فى تحريم العوض ، بل لا- يبعد استفاده حرمة الأجره عليها من حرمتها على القضاء . نعم : لا بأس بأخذ الأجره على ما كان خارجاً عن القضاء ومقدماته كالكتابته والرسم (٣) ونحوهما ، مع أنّه لا ينبغى استعماله من قوّم الشرع وحفظته ، ولا استعمال بعض الأردال الذين يحتالون لأخذ الجعل على القضاء بذلك ، وبالتحاكم فى مكان مخصوص ونحوه من الأمور الزائده على القضاء ، لما فيه من النفرة وجلب التهمه وعدم رغبه الناس فى الدين وأهله» (٤) .

وقال تلميذ صاحب الجواهر السيد على آل بحر العلوم : « ويلحق بالقضاء فى حكم الأجره مقدماته من سماع البيّنه والتحليف ونحو ذلك ، بل منه ظاهر الأجره على الذهاب إلى الإمرأه الغير المبرزه لإحلافها أو سماع جوابها ، وليس منه كتابه الحجّه وختمها بخاتمه ، فله

ص: ١٤٨

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٩١ .

٢- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٢٨ .

٣- (٢) كذا فى المطبوعه ، والظاهر أنّ الصحيح الرّشْم بمعنى الختم .

٤- (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ١٢٣ .

أخذ الشيء عليهما ، وإن وجبت الإجابة إلى الحجة - كما في بعض الصور كما تسمعه - في القضاء لعدم فهم المجاتييه فيه لخروجه عن القضاء»(١).

أقول : الظاهر إلحاق مقدمات القضاء به ، بل إلحاق مؤخراته به نحو الكتابه والختم ، لأنهما صارا اليوم من أجزاء القضاء ، كما تبه عليه السيد العاملي(٢) فيما ذكر من كلامه ، بل يمكن القول بعدم الجواز مطلقاً بالنسبه إلى مقدماته ولوازمه ومؤخراته ، حتى بالنسبه إلى الخدّام والعمال ، لأنها من مواضع التهمه التي أمرنا بالإجتناّب عنها وتوجب النفره والفرار عن الدين وأهله ويفتح بها باب الرشوه بعناوين أخرى ، والعلم عند الله تعالى .

### ارتزاق القاضي من بيت المال

المشهور على جواز ارتزاق القاضي من بيت المال مع الحاجه وعدم التعيين ، بل عليه الإجماع كما قال العلامة في التحرير : « السادس : إذا ولى من يتعين عليه القضاء ، فإن كان ذا

كفايه حرم عليه أخذ الرزق على القضاء لأنه يؤدي فرضاً و... وإن لم يكن ذا كفايه جاز له أخذ الرزق عليه ، لأن بيت المال للمصالح وهذا أعظمها .

وإن لم يتعين عليه القضاء وكان ممن يجوز له القضاء ، فإن كان ذا كفايه استحب له أخذ(٣) الرزق وإن أخذ جاز ، وإن لم يكن ذا كفايه جاز له أخذ الرزق عليه إجماعاً .

وأما أخذ الأجره عليه ، فإنه حرام بالإجماع ، سواء تعين عليه أو لم يتعين ، وسواء كان محتاجاً أولاً(٤) .

ونقل السيد جواد العاملي في جواز الإرتزاق هذا القول عن العلامة وولده والشهيد ،

ص: ١٦٩

١- (٤) برهان الفقه - كتاب التجاره / ٤٧ الطبع الحجرى .

٢- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٢٨ .

٣- (١) كذا في المطبوعه ، والظاهر أنه تصحيف « ترك » أو « أن لا يأخذ » ، والعباره الصحيحه تكون هكذا : « فإن كان ذا كفايه استحب له ترك أو أن لا يأخذ الرزق وإن أخذ جاز » .

٤- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٥ / ١١٥ و ١١٤ .



حيث يقول: « على ما إذا كان محتاجاً... لكن في الإرشاد(١) وشرحه لولده(٢) وقضاء الدروس(٣) زياده عدم التعيين»(٤).

وقال السيد على آل بحر العلوم: « بلا خلاف أجده ظاهراً ، بل صرح بعد بالإجماع عليه غير واحد ، للأصل ولأنه لا يقتصر عن المحاويع ، بل هو أولى لاشتغاله بأهم مصالح المسلمين ... »(٥).

بل المشهور على جواز الإرتزاق مع التعيين والحاجه كما مرّ عن قضاء الشرائع(٦) والقواعد(٧) والمعالم(٨) واللمعه(٩) وجامع المقاصد(١٠) والروضه(١١) ومجمع الفائده(١٢).

بل يمكن انتساب جواز الإرتزاق مطلقاً - أي مع التعيين وعدم الحاجه - إلى المشهور ،

كما قال جدنا الشيخ جعفر: « (ويجوز أخذ الرزق عليهما) من غير قصد المعاوضه مع التعيين وعدمه ومع الحاجه وعدمها (من بيت المال) أو من الأوقاف أو من متبرّع وقبول الهدايا ، للأصل والإجماع المنقول . وقد يجب الأخذ في القضاء مع إتحاده ، وعدم تمكنه من القيام به من غير اكتساب ، ومنافاه الاكتساب له»(١٣).

ص: ١٧٠

١- (٣) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

٢- (٤) شرح إرشاد الأذهان / مخطوط - نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٢٦ .

٣- (٥) الدروس الشرعيه ٢ / ٦٩ .

٤- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٢٦ .

٥- (٧) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٤٥ طبع الحجرى .

٦- (٨) شرائع الاسلام ٤ / ٦٠ .

٧- (٩) قواعد الأحكام ٣ / ٤٢٢ .

٨- (١٠) معالم الدين فى فقه آل يس ٢ / ٣٤٢ .

٩- (١١) اللمهه دمشقيه / ٩٤ .

١٠- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

١١- (١٣) الروضه البهيه ٣ / ٧١ .

١٢- (١٤) مجمع الفائده ٨ / ٩٤ .

١٣- (١) شرح القواعد ١ / ٢٩٠ .

وقال تلميذه فى الجواهر : « قد صرّحوا برزقه منه مع كفايته وتعينه للقضاء» (١).

وقال الفاضل النراقى : « يجوز له الإرتزاق من بيت المال ، ولو مع التعين وعدم الحاجة ، كما صرح بهما والدى فى معتمد الشيعة ، وادّعى بعضهم الإجماع عليه» (٢).

واشْتِدِلَ على جواز الإرتزاق من بيت المال بمعتبره عهد العلوى عليه السلام إلى مالك الأشر النخعى ، كتب عليه السلام إليه : « ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك فى نفسك ممّن لا تَضَيِّقُ به الأمور ... إلى أن يكتب : ثم أكثر تعاهد قضائه وافسح له فى البذل ما يزيل علته وتَقَلُّ معه حاجته إلى الناس ، واعطه من المنزله لديك ما لا يطمع فيه غيره من خاصّتك ، ليأمن بذلك اغتيال الرجال له عندك ... » (٣).

لهذا العهد سند معتبر فى ترجمه الأصبغ بن نباته المُجاشِعى كما فى رجال النجاشى (٤) وفهرس الشيخ (٥). وفقره « وفسح له فى البذل ما يزيل علته وتَقَلُّ معه حاجته إلى الناس » داله على جواز إرتزاقه من بيت المال مطلقاً ، سواء تعيّن عليه القضاء أم لا ، وسواء كان ذا كفايه أو لا .

وبمرسله حماد الطويله عن العبد الصالح عليه السلام قال : « ... فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله وفى مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام وتقويه الدين فى وجوه الجهاد وغير ذلك ممّا فيه مصلحه العامه ... » (٦).

والروايه وإن كان فى سندها إرسال ولكن الأصحاب نظروا إليها بعين القبول . وفقره

« وغير ذلك ممّا فيه مصلحه العامه» تشمل القضاء ، بل القضاء من أهمّ مصاديق مصالح العامه

ص: ١٧١

١- (٢) جواهر الكلام ٢٢ / ١٣٢ .

٢- (٣) مستند الشيعة ١٧ / ٤٨ .

٣- (٤) نهج البلاغه / الكتاب ٥٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢٣ ح ٩ . الباب ٨ من أبواب آداب القاضى .

٤- (٥) رجال النجاشى / ٨ الرقم ٥ .

٥- (٦) فهرست كتب الشيعة وأصولهم / ٨٨ الرقم ١١٩ .

٦- (٧) وسائل الشيعة ٢٧ / ٢٢١ ح ٢ .

كما لا يخفى . فتدلّ على جواز إرتزاقه من بيت المال مطلقاً ، لأنّ من المصالح إعطاء القاضى مع تعيّن القضاء عليه ومع تمكنه .

وهاتان الروايتان تكفيان فى جواز إرتزاقه من بيت المال مطلقاً مع فتوى المشهور على ذلك بل بعض الإجماعات المنقوله ، والله العالم .

ويؤيدها مرسله القاضى نعمان المصرى عن على عليه السلام أنّه قال : « لا بدّ من إماره ورزق للأمير ، ولا بدّ من عريف ورزق للعريف ، ولا بدّ من حاسب ورزق للحاسب ، ولا بدّ من قاضٍ ورزق للقاضى ، وكره أن يكون رزق القاضى على الناس الذين يقضى لهم ولكن من بيت المال» (١) .

وهنا أذكر لك كلام جدى الشيخ جعفر قدس سره وأختم البحث به ، قال بعد ما نقلت من كلامه آنفاً :

« وما فى كلام جماعه من أصحابنا من تحريم الإرتزاق يُراد به تحريم الأجره ، ويؤيّدّه أن فى بعض عباراتهم (٢) تفسير أحدهما بالآخر ، وكذا الأخبار (٣) المانع من الإرتزاق فى القضاء منزله على ما ذكرناه ، وليس بداخل تحت الرشا ، ولا الأجره والجعله ولا غيرهما من الأعواض» (٤) .

## حكم الهديه للقاضى

### إشاره

قال الشيخ الطوسى : « فأما الهديه فإن لم يكن بمهاداته عاده حرم عليه قبولها ، والعامل على الصدقات كذلك ، لما روى عن النبى - ثم ذكر ثلاث روايات يأتى ذكرها فيما بعد ، وقال : - فإن قيل : أليس قد قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : لو دعيت إلى ذراع لأجبت ، ولو أهدى إليّ كراع لقبلتُ ؟ قلنا : الفصل بينه وبين أمته أنّه معصوم عن تغيير حكم بهديّه وهذا معدوم فى غيره .

ص: ١٧٢

١- (١) دعائم الاسلام ٢ / ٥٣٨ ح ١٩١٢ .

٢- (٢) كعباره الشيخ الطوسى فى النهايه / ٣٦٧ كما مرّت منّا .

٣- (٣) كصحيحه عبد الله بن سنان المرويه فى وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٢١ ح ١ كما مرّت منّا .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٩١ .

هذا إذا أهدى له من لم يجزئه له بمهاداته عادة ، فأما إن كان ممن جرت عادته بذلك كالقريب والصديق الملائف نظرت ، فإن كان في حال حكمه بينه وبين غيره أو أحس بأنه

يقدمها لحكمه بين يديه حرم عليه الأخذ كالرشوه سواء ، وإن لم يكن هناك شيء من هذا فالمستحب أن يتنزّه عنها .

هذا كله إذا كان الحاكم في موضع ولايته ، وأما إن حصل في غير موضع ولايته فأهدى له هديه فالمستحب له أن لا يقبلها ، قال بعضهم يحرم عليه ، فكلّ موضع قلنا لا يحرم عليه قبولها فلا كلام ، وكلّ موضع قلنا يحرم عليه ، فإن خالف وقبل فما الذي يصنع ؟ فإن كان عامل الصدقات ، قال قوم : يجب عليه ردّها وقال آخرون : يجوز أن يتصدّق عليه بها ، والأوّل أحوط .

وأما هديه القاضى قال قوم يضعها في بيت المال ليصرف في المصالح ، وقال آخرون يردها على أصحابها ، وهو الأحوط عندنا ... «(١)» .

قال العلامة في التحرير : « وأما الهدية فإن كانت ممن له عادة بقبول الهدية منه فلا بأس ، إلا أن يفعل ذلك لأجل الحكم فتحرم ، وإن كانت ممن لا عادة له بالإهداء ، فالوجه تحريمها لأنه كالرشوه »(٢) .

وقال المحقق الأردبيلي : « ثم الظاهر أنه يجوز له قبول الهدية ، فإنه مستحب في الأصل ، إلا أنه يمكن أن يقال : صار حينئذ مكروهاً ، لاحتمال كونها رشوه . إلا أن يعلم باليقين أنها ليست كذلك ، مثل أن كان بينه وبين المهدى صداقه قديمه ، وعلم أن ليس له غرض من حكومته وخصومته بوجه ، أو يكون غريباً لا يعلم ، أو جاء من السفر وكان عادته ذلك ، أو فعل ذلك بالنسبة إليه وإلى غيره . ومع ذلك لا شك أن الأحوط هو الاجتناب في وقت يمكن ويحتمل احتمالاً بعيداً لكونها رشوه »(٣) .

### الروايات الواردة في حكم الهدية

قد استدلوا على حرمه الهدية على القاضى بعده من الروايات :

ص: ١٧٣

١- (١) المبسوط ٨ / ١٥٢ .

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥ / ١١٦ .

٣- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ١٢ / ٥١ .

منها : خبر الأصنع عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه ، وإن أخذ هديه كان غلولاً ، وإن أخذ الرشوه فهو مشرك (١) .

بتقريب : أنّ القضاة من الولاة ويمكن أن يقال : أنّ القضاء من أهم الولايات فأخذ الهدية لهم غلول ، والغلول فى معنى الخيانه والسرقه المحرّمتان ، فأخذ الهدية للقضاة حرام . ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : خبر جابر عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : هديه الأمراء غلول (٢) .

بعين التقريب الذى مرّ آنفاً ولكن فى سندها ضعف .

ومنها : مرسله الشيخ الطوسى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : هديه العمال غلول (٣) .

ومنها : مرسله أخرى له عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : هديه العمال سحت (٤) .

ومنها : مرسله ثالثة له قال : روى أبو حميد الساعدى قال : استعمل النبى صلى الله عليه وآله وسلم رجلاً من الأسد يقال له : « أبو البنيه » وفى بعضها « أبو الأبنيه » على الصدقه ، فلما قدّم قال : هذا لكم وهذا أهدى إلّى ، فقام النبى صلى الله عليه وآله وسلم على المنبر فقال : ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول : هذا لكم وهذا أهدى إلّى ، فهلاًّ جلس فى بيت أبيه أو فى بيت أمّه ينظر يهدى له أم لا ؟ والذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلاّ جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة ، إن كان بغيراً له رُغاء أو بقره لها خوار أو شاه لها تنعر . ثمّ رفع يده حتّى رأينا عفره إبطيه ثمّ قال : اللهم هل بلغت ؟ ، اللهم هل بلغت ؟ (٥) .

الروايه عاميه ، رويت فى صحيح مسلم ٣ / ١٤٦٣ ، كتاب الإماره ، باب تحريم هدايا العمال ح ٢٦ . نعت العنز تنعّر نَعَاراً : أى صاحت . والنعير : أى الصوت . عفره الأبط : بياضه

ص: ١٧٤

١- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٤ ح ١٠ الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (١) وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٢٣ ح ٦ الباب ٨ من أبواب آداب القاضى .

٣- (٢) المبسوط ٨ / ١٥١ .

٤- (٣) المبسوط ٨ / ١٥١ .

٥- (٤) المبسوط ٨ / ١٥١ .

الرُّغَاء : صوت الإبل . الخوار : صوت البقر . وعبد الله ابن اللتيه مذکور في أسد الغابه ٣ / ٢٥٠ وابن اللتيه فيه ٥ / ٣٢٩ وكلاهما واحد .

وبالجملة ، الروايه مرسله عاميه ووردت في عمال الصدقه ، فلا ترتبط بهديه القضاء .

ومنها : مرسله الرضى رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال في خطبته : وأعجب من ذلك طارق طرقتنا بملفوفه في وعائها ومعجونه شينتها كما نما عجننت بريق حيه أو فيئها ، فقلت : أصله أم زكاه أم صدقه ؟ فذلك محرّم علينا أهل البيت ! فقال : لا ذا ولا ذاك ولكنها هديه ، هبلك الهبول ! أعن دين الله أتيتني لتخدعني ؟ أمحتب أنت أم ذو جنه ؟ أم تهجر ؟ والله

لو أعطيت الأقاليم السبعه بما تحت أفلاكها على أن أعصي الله في نمله أسلبها جلب شعيره ما فعلته ، وإن دنياكم عندي لأهون من ورقه في فم جراده تقضمها ، ما لعلني ولنعم يفنى ولذه لا تبقى ، نعوذ بالله من سبات العقل وقبح الزلل وبه نستعين (١) .

المهدي : هو الأشعث بن قيس ، والظاهر أنه أراد بهديته هذه حكماً باطلاً بنفعه من أمير المؤمنين عليه السلام ، وهيئات ما هكذا الظن به سلام الله عليه وعلى أولاده .

الملفوفه : نوع من الحلواء . شينتها : كرهتها . الصله : العطيه . هبلك : ثكلتك ، الهبول : المرأه لا يعيش لها ولد . ذو جنه : من أصابه مس الشيطان . تهجر : تهذى بما لا معنى له في المرض وغيره . جلب الشعيره : قشرتها . قضمت الدابه الشعير : كسرتة بأطراف أسنانها . سبات العقل : نومه . الزلل : السقوط في الخطأ .

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري رفعه عن علي عليه السلام فيما كتبه إلى رفاعه لما استفضاه على الأهواز : ذر المطامع وخالف الهوى - إلى أن كتب عليه السلام - إياك وقبول التحف من الخصوم ، وحاذر الدخلة ، الكتاب (٢) .

ومنها : خبر أحمد بن عبد الله الهروي الشيباني وداود بن سليمان الفراء عن علي بن

ص: ١٧٥

١- (١) نهج البلاغه . الخطبه ٢٢٤ .

٢- (٢) دعائم الإسلام ٢ / ٥٣٤ خ ١٨٩٩ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٧ / ٣٤٧ ح ١ . الباب ١ من أبواب آداب القاضي .

موسى الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام فى قول الله عز وجل «أَكَاوُنَ لِلشُّحْتِ» (١) قال : هو الرجل يقضى لأخيه الحاجه ثم يقبل هديته (٢) .

ومنها : مرسله أخرى للرضى رفعه إلى أمير المؤمنين أنه قال فى خطبته : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : يا على إن القوم سيفتنون بأموالهم ويمنون بدينهم على ربهم ويتمنون رحمته ويأمنون سطوته ويستحلون حرامه بالشبهات الكاذبه والأهواء الساهيه ، فيستحلون الخمر بالنبيذ والسحت بالهديه والربا بالبيع (٣) .

هذه الروايات الواردة فى حكم الهديه للقاضى ، وأنت ترى ضعف أسنادها ، وعدم تماميه دلاله جُلّها لو لا كُلفها ، فلا يمكن تخصيص العمومات الواردة فى استحباب الهديه وقبولها بها . نعم يمكن حملها على ما إذا أراد المُهدى الرشا المحرّم باسم الهديه ، أو أراد من الوالى تضييع

حقّ أو تمشيه باطلٍ ونحوها ، ومن الواضح أن الصوره الأخيره لا يخفى عليهما ، وحينئذ الهديه فقط اسم لواقع آخر محرّم ، فيمكن القول بحرمتها .

وفى الفرض الشك فى دخولها تحت الصوره الأخيره ، وإن كانت العمومات والأصل تقتضى الجواز ، ولكن الإحتياط الذى هو سبيل النجاه يقتضى تركه .

وبما ذكرنا يمكن الجمع بين أقوال الأصحاب قدس سرهم فى المقام ، والله هو العالم بالأحكام .

### حكم الرشوه فى غير الأحكام

الرشوه فى غير الأحكام يُتصور على ثلاثه وجوه :

الأول : قد تكون لإصلاح أمر حلال أو مباح ، فلا بأس فى جوازها إعطاءً وأخذاً ، لأنّ المعطى أعطاهما لإصلاح أمر حلالٍ أو مباحٍ والآخذ يعمل شيئاً فياًخذها فى قبال عمله المحترم . والشاهد على ذلك صحيحه محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل

ص: ١٧٦

١- (٣) سورة المائده / ٤٢ .

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٥ ح ١١ .

٣- (٥) نهج البلاغه . الخطبه ١٥٦ .

يرشو الرجل الرشوه على أن يتحوّل من منزله فيسكنه ؟ قال : لا بأس به (١).

هذا بناءً على أنّ المراد المنزل المشترك كالأوقاف العامه أو الموقوفه على قبيل وهما منه أو المدارس وحجراتها أو المشاهد أو نحوها .

ويؤيدها معتبره أو موثقه حكم بن حكيم الصيرفي قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام وسأله حفص الأعمور فقال : إنّ السلطان يشترون منّا القرب والإدواه فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منّا فترشوه حتى لا يظلمنا ، فقال : لا بأس ما تصلح به مالك . ثمّ سكت ساعه ثمّ قال : رأيت إذا أنت رشوته يأخذ أقل من الشرط ؟ قال : نعم ، قال : فسدت رشوتك (٢).

إسماعيل ومحمد وحكم ثقات إلا أنّ أولهم واقفيّ . فالسند معتبر بل موثق .

والقرب جمع قربه : سقاء يجعل فيه الماء أو اللبن . الإداهه : إناء صغير من جلد يجعل فيه الماء وجمعها : الأداوى .

فصدر الموثقه تدلّ على جواز ما ذكرنا ، كما تدلّ على جواز إعطاء الرشوه لدفع الظلم وإن حرم أخذها حينئذٍ على المرتشى .

الثانى : قد تكون الرشوه لبلوغ أمر محرّم أو إتمامه ، فلا شبهه في حرمتها على المعطى

والأخذ كليهما لما مرّ من حرمة أخذ المال على عمل محرّم ، وتؤيدها بل يدلّ عليه ذيل الموثقه الماضيه آنفاً حيث سأل الإمام عليه السلام : رأيت إذا أنت رشوته يأخذ أقل من الشرط ؟ قال : نعم ، قال : فسدت رشوتك .

الثالث : قد تكون الرشوه لأمر مشترك بين جهتي الحلال والحرام ، فإن قصد الراشى الحرام ووقع فصارت حراماً وإن قصد الحلال ووقع فصارت حلالاً . لأنّه بالقصد ووقوع الحلال يدخل في القسم الأوّل وبالقصد ووقوع الحرام يدخل في القسم الثانى .

وأما إذا قصد المشترك بينهما فهل هي حلال أم حرام ؟ قد يقال : بحرمتها حينئذٍ ، لأنّه أكل للمال بالباطل ، وإطلاق الروايات الواردة في هديه الولاه والعمال .

ص: ١٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٧ ح ٢ . الباب ٨٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) التهذيب ٧ / ٢٣٥ ح ٤٥ ونقل عنه مع اختلاف في السند في وسائل الشيعه ١٨ / ٩٦ ح ١ . الباب ٣٧ من أبواب أحكام العقود .



ولكن يمكن المناقشه فيهما : بأنّ الأخذ على الجهه المشترکه ليس أخذاً بالباطل ، والروايات كلّها ضعيفه السند كما مرّت ، ويمكن حملها(١) على الرشوه المصطلحه أعنى فى الحكم والقضاء . فالعمومات والأصل يقتضى الجواز ، والله العالم .

### حكم المعامله المحاباته مع القاضى

قسّم الشيخ الأعظم(٢) قدس سره المعامله المشتمله على المحاباه مع القاضى إلى ثلاثه أقسام ، وإنا نتبع أثره :

الأوّل : الغرض الأصى للبائع هو حكم القاضى له ولم يتعلق غرضه بأصل البيع ، فالبيع اسم فقط لانتقال المال إلى القاضى ليحكم له ، بحيث لو لا المرافعه والحكم لم يبع ماله أصلاً مطلقاً ، أى بلا تقليل الثمن وعدمه .

ففى هذا القسم لم يقصد البائع المعامله المحاباته ، بل قصد الرشوه بإزاء الحكم له ، فالمعامله صورّيه محضه فتدخل فى عنوان الرشاء ، فتحرم تكليفاً وتبطل وضعاً .

الثانى : البائع يقصد أصل البيع ولكن غرضه من تقليل الثمن إعطاء القاضى شيئاً ليحكم له ، بحيث لو لا المرافعه والحكم يبيع ماله ولكن بالثمن لا بتقليله .

قد يقال : إنّ المحاباه وتقليل الثمن فى قبال الحكم للبائع تكون كالشرط لهذه المعامله ، والشرط حرام وفساد . فإن قلنا بكون الشرط الفاسد مفسد للمعامله فسدت المعامله حينئذٍ ، وإن قلنا بعدم الإفساد وتقسيت المبيع بالنسبه إلى الشرط والثن صار حكمها حكم

بيع ما لا- يملك بانضمام ما يملك ، نظير بيع الخمر والنخل معاً أو الخنزير والشاه معاً ، فحينئذٍ صحت المعامله ولكن للمشتري خيار تبعض الصفقه أو الرجوع إلى البائع فيما زاد من ثمن ما يملك .

وفى المقام حيث أنّ المشتري هو القاضى لم يقدم على شىءٍ منهما يحكم بصحه المعامله .

وإن قلنا بعدم إفساد الشرط الفاسد وذهبنا إلى عدم تقسيط الثمن بالنسبه إلى الشرط

ص: ١٧٨

١- (١) أى حمل الروايات .

٢- (٢) المكاسب ١ / ٢٤٨ .

- كما هو الصحيح المختار - فالمعامله صارت صحيحه .

ذهب إلى صحة المعامله فى هذا القسم جماعه من الأصحاب ، منهم : الفقيه اليزدى (١) والميرزا الشيرازى الثانى (٢) والمحقق الإيروانى (٣) والفقيه السبزوارى (٤) والمحقق الخوئى (٥) وتبعه تلميذه فى عمده المطالب (٦) .

والظاهر أنّ متابعه الأعلام الأفاضل تامه ، لأنّ حرمة الرشوه تكليفاً لم يسر إلى المعامله ، فلا تبطلها وضعاً إلاّ على القول بأنّ الشرط المفسد فاسدٌ .

الثالث : قصد البائع أصل البيع ولكن الداعى له من تقليل الثمن والمحاباه جلب محبه القاضى وميله وحبه إليه حتّى ينجر إلى الحكم له ، وفى هذا القسم أشبه شىء بالهديه للقاضى .

وحيث ذهبنا إلى جواز الإهداء للقاضى كما مرّ ، لا وجه لبطلان المعامله فى هذا القسم . ووافقنا على ذلك الأعلام الذين مرّت الإشارة إليهم فى القسم الثانى آنفاً .

تنبيه : فى حكم المعامله المحاباويه ، المعامله أو البيع بثمان المثل مع فرض قلّه المتاع وعزّته ، بحيث لو لا حكمه له أمسك على متاعه ولم يقدم على البيع لا من القاضى ولا من غيره ، ولكن باعه له بشرط حكمه للبائع أو بهذا الداعى ، فيجرى فيها ما ذكرنا فى المعامله المحاباويه .

وفى حكمها ، بذل المنافع مجاناً أو بثمان أقل ، كسكنى الدار أو إجاره السياره ونحوها لذلك ، والله سبحانه هو العالم .

### حكم الرشوه وضعاً ووظيفه من أخذها

هل وجب على الآخذ ردّها ؟ ولو تلفت فى يده كان ضامناً ببدلها من المثل أو قيمه أم لا ؟

ص: ١٧٩

١- (١) العروه الوثقى ٦ / ٤٤٥ .

٢- (٢) حاشيه على المكاسب ١ / ٧٥ .

٣- (٣) حاشيه على المكاسب ١ / ١٦٢ .

٤- (٤) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٥ .

٥- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٢٧٤ .

٦- (٦) عمده المطالب فى التعليق على المكاسب ١ / ٢١٠ للفقيه الحاج آقا تقى الطباطبائى القمى مدظله .

الظاهر أن هاهنا صوراً ثلاثه :

الأولى : قد يعطى الراشى ليحكم له القاضى على خصمه ، بحيث يصير مصداقاً للرشوه ، فحينئذ حيث يحكم بالحرمة تكليفاً يحكم بالبطلان وضعاً ، فالمال لم ينتقل إلى المرتشى ويبقى فى ملك مالكه الراشى ، فلذا على المرتشى ردّها إن كان عينه موجوداً أو ردّ بدله إن كان تالفاً .

والدليل على ذلك : بعد ادعاء نفى الخلاف فيه كما عن الغنائم (١) والمستند (٢) بل ادعاء الإجماع عليه كما عن المسالك (٣) وادعاء لا-خلاف ولا أشكال كما فى الجواهر (٤) ، لأنّ الرشوه حينئذ وقعت فى مقابل الحكم للراشى ، فتكون معاملته باطله وصارت من صغريات « كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده » . وتدللّ عليه أيضاً عموم قواعد الضمان و« على اليد ما أخذت حتى تؤدى » ، والإقدام حيث أنّ الآخذ أقدم على ضمان ما أخذ والاتلاف فى فرض التلف .

إن قلت : الراشى راضٍ بتصرف المرتشى فى الرشوه ، وهذه الرضايه ترتفع الضمان .

قلت : الراشى راضٍ بعنوان الرشوه لا بعنوانٍ آخرٍ ، وحيث أنّ الشارع ألغى الرشوه عن المالىه وأخذ الوجه فى قبالتها ، فلا توجب جواز أكل المال والتصرف فيه ، فالمرتشى يصير ضامناً .

الثانيه : إذا أعطاه للقاضى على سبيل الهديه وذهبنا إلى جوازها كما هو المختار فلا ضمان عليه ، لأنّه أخذها مشروعاً وحلالاً فيملكه ، فلا يجب عليه ردّه ولا ضمان عليه . وإن ذهبنا إلى حرمتها وأنّ إعطاءها على المهدى يكون حراماً ، وكذا على أخذها ، ولكن حيث أنّ الدافع لم يقصد المقابله بين الحكم والهديه وإنّما أعطاه مجاناً ليحكم له فيكون هبه مجانيه فاسده ، ولأنّ الداعى ليس قابلاً للعوضيه ولا مؤثراً فى الحكم الشرعى وضعاً ولا تكليفاً فحينئذ يكون من

ص: ١٨٠

١- (١) غنائم الأيام / ٦٧٥ من الطبع الحجرى .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٧ / ٧٤ .

٣- (٣) مسالك الأفهام ١٣ / ٤٢٢ .

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٢ / ١٤٩ .

مصاديق قاعده « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده » .

الثالثه : وأمّا إذا أعطاه فى المعامله المحاباتيّه فلها أقسام ثلاثه كما مرّ منّا :

القسم الأوّل : إذا لم يقصد البيع بل غرضه الأصلى هو إعطاء الرشوه ، فحينئذ حكمه حكم الصوره الأولى ، لأنّه فى الحقيقه رشوه ، فالآخذ ضامن .

وأمّا القسم الثانى : إذا تعلق غرضه بالبيع وتقليل الثمن لأجل الحكم له فيكون كالشرط للمعامله ، وذهبنا إلى صحه المعامله كما هو المختار ، فلا ضمان على المشتري وإن قلنا بفساد المعامله حينئذ ، فعلى المشتري الضمان بالنسبه إلى ما يقلل له .

وأمّا القسم الثالث : حيث قصد البيع وتقليل الثمن كالداعى له لجلب محبّه القاضى فيصير أشبه شىء بالهديه ، فيجرى فيه حكم الصوره الثانيه يعنى الهديه ، فلا ضمان على المشتري لعين ما ذكرناه هناك .

هذا كلّه بالنسبه إلى مقدار النقص فى المعامله المحاباتيّه ، وبه تمّ الكلام فى حكم الرشوه وضماً ، والله العالم بالأحكام .

### فروع اختلاف الدافع والقابض

تعرض الشيخ الأعظم (١) قدس سره لصور ثلاث فى المقام :

الصوره الأولى : أن يتوافق المترافعان على عنوان واحد كالهبه ولكن الدافع يدعى أنّها ملحقه بالرشوه فى الفساد والحرمة ، والقابض يدعى أنّها هبه صحيحه لازمه بداعى القربه أو الرحميه . وتظهر الثمره فى جواز استرجاع العين على الأوّل وعدمه على الثانى إن كانت العين موجوده ، وأمّا مع التلف لاتظهر الثمره ، لما مرّ أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده .

قد يقال : بتقديم قول الدافع ، لأنّ القابض وضع يده على مال الدافع ، وهذا محرز بالوجدان وعدم كونه بالهبه الصحيحه محرز بالأصل ، فيتم منهما موضوع الحكم بجواز

ص: ١٨١

الاسترجاع ، ولا يعارض الأصل بأصالة الهبة الفاسده لأنها لا أثر لها .

ولكن يمكن أن يقال : بتقديم قول القابض ، لأنَّ أصالة الصحه فى العقود تتقدم على جميع الأصول الموضوعيه ، وعليه إتفاق كافه العلماء وبناء العقلاء ، كما فى مصباح الفقاهه(١) .

إن قلت : الدافع إنَّما يدعى ما لا يُعلم إلاَّ من قبله فيقدم قوله فى دعواه ، لأنَّه أعرف بضميره .

قلت : الدليل فى ثبوت هذه القاعده - أى اعتبار القول ممَّا لا يُعرف إلاَّ من قبله - منحصر بموارد خاصه ، نحو : إخبار المرأه عن الحمل والحيض والطهر وأنها ذات بعل أو غير مزوَّجه إذا لم تكن متهمه أو أنها فى العده أو خرجت منها . ولا دليل على ثبوت هذه القاعده فى جميع الموارد . وإلاَّ يجب قبول قول مدعى العداله أو الإجتهد أو الأعلميّه . اللهم إلاَّ أن يمنع كون هذه الموارد الأخيره لا تُعرف إلاَّ من قبله ، فإنَّ كلَّها تعرف بآثارها أو عند أهلها ، كما نبه عليه المحقق الإيروانى(٢) .

ولكن بنظرى القاصر : فى هذه الصوره والمثال حيث تكون العين باقيه والقابض اعترف بأنَّ المال انتقل إليه من الدافع و الدافع يقول ببطلان الانتقال والقابض يدعى صحه الانتقال إليه ، فيصير القابض مدعيّاً والدافع منكرّاً ، فلا بدّ للقابض من إقامة البيّنه على صحه الانتقال ، ولو لم يقمها يحلف الدافع ببطلان الانتقال ويأخذ عين ماله . يعنى الأصل مع الدافع حينئذ .

ولكن إذا كانت العين تالفه صار الأمر على عكس ما ذكرنا ، أعنى أنه صار الدافع مدعيّاً لأنه إدعى الضمان والقابض منكرّاً ، فعلى الدافع إقامة البيّنه ولو لم يقمها يحلف القابض ويحكم ببراءه ذمّته من الضمان .

الصوره الثانيه : أن يكون كلّ منهما يدعى أمراً غير ما يدعيه الآخر ، مثلاً لو ادعى الدافع أنها رشوه أو أجره على المحرّم وادعى القابض كونها هبه صحيحه .

ص: ١٨٢

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٧٦ .

٢- (١) الحاشيه على المكاسب ١ / ١٦٣ .

فى هذه الصورة يقَدِّم قول الدافع ، لأصالة عدم تحقق الهبه الصحيحه الناقله ، فإنها أمر وجودى وموضوع للأثر ، فالأصل عدمها . ولا- تعارضها أصالة عدم تحقق الرشوه المحرّمه أو الإجاره الفاسده ، لأنهما لا- أثر لهما ، وإنما الأثر مترتب على عدم تحقق السبب الناقل ، سواء معه تحقق شئى من الأسباب الفاسده أم لم يتحقق ، كما ذكره المحقق الخوئى قدس سره (١) .

الصورة الثالثه : أن يتوافق المترافعان على فساد الأخذ والإعطاء ولكن الدافع يدعى أنها رشوه والقابض يدعى أنها هديه فاسده . على ثبوت قول الدافع يتبع الضمان على القابض ، لأنه أخذها على سبيل الإجاره والجُعالة الفاسدتين ، وعلى ثبوت قول القابض لا يتبع الضمان ، لأنه أخذها على سبيل الهدية الفاسده ، لأنّ الهبه الصحيحه لا ضمان فيها فكذا الهبه الفاسده .

نعم ، ثمره هذه الدعوى تظهر بعد تلف المال ، إذ قبله يجوز للدافع استرجاع العين كما يجب على الآخذ ردّها لا تفاقهما على فساد المعامله .

والتحقيق أن يقال فى هذه الصورة : لا- يجوز لأحد التصرف فى مال امرىء مسلم إلا بطيبه نفسه ، ومن المعلوم أنّ وضع اليد على مال الغير بدون رضى مالكة يوجب الضمان للسيره القطعيه ، فعليه وضع اليد فى المقام على مال الغير محرز بالوجدان ، وإذا ضمنا إليه أصاله عدم رضى المالك بالتصرف المجانى ، يتشكّل الموضوع من ضم الوجدان إلى الأصل ويحكم بالضمان على القابض ، كما عليه المحقق الخوئى (٢) .

ذكر المحقق الخوئى قدس سره فى مقام الترافع صوراً رابعه لا ترتبط بمسأله الرشوه وقال :

« الصورة الرابعه : أن يدعى كلُّ منهما عنواناً صحيحاً غير ما يدعيه الآخر ، كأن يدعى الباذل كونه بيعاً ليتحقق فيه الضمان ، ويدعى القابض كونه هبه مجانيه لكى لا- يتحقق فيه الضمان ، فإن أقام أحدهما بينه أو حلف مع نكول الآخر حكم له ، وإلاّ وجب التحالف وينفسخ العقد ، وعليه فيجب على القابض ردّ العين مع البقاء أو بدلها مع التلف ، وهذه الصورة

ص: ١٨٣

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٧٧ .

٢- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٧٦ .

لا تنطبق على ما نحن فيه»(١).

أقول : حيث أن القابض اعترف بانتقال

المال إليه من الدافع في الفرض والأصل في الانتقالات عدم كونها مجانيه ، فعلى القابض أن يثبت صحه الانتقال وعدم المجانيه ، فهو المدعى والدافع صار منكراً ، والبيئه على المدعى واليمين على من أنكر ، ولم يدخل الفرض في صوره التداعي خلافاً لهذا المحقق الجليل قدس سره .

إلى هنا تمت مباحث الرشوه بطولها ، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً ، والله سبحانه هو العالم بأحكامه .

ص: ١٨٤

---

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٢٧٧ .

والكلام فيه يقع ضمن مقامات :

### المقام الأول : ما معنى السَّب ؟

لم يرد في الروايات تحديد معناه ، فلذا لابدّ فيه من الرجوع إلى اللغة والعرف ، فأذكر لك بعض كلمات اللغويين ثم الفقهاء :

١ - قال أحمد بن فارس المتوفى عام ٣٩٥ : « سَبَّ السَّيْنُ والبَاءُ حَيْدُهُ بَعْضُ أَهْلِ اللُّغَةِ - وَأَظُنُّهُ ابْنُ دَرِيدٍ - أَنَّ أَصْلَ هَذَا الْبَابِ الْقَطْعُ ، ثُمَّ اشْتَقَّ مِنْهُ الشَّتْمُ . وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ صَحِيحٌ . وَأَكْثَرُ الْبَابِ مَوْضُوعٌ عَلَيْهِ . مِنْ ذَلِكَ السَّبُّ : الْخِمَارُ ، لِأَنَّهُ مَقْطُوعٌ مِنْ مَنَسَجِهِ ... .

والسَّبُّ : الشَّتْمُ ، وَلَا قَطِيعَهُ أَقْطَعُ مِنَ الشَّتْمِ ... وَيُقَالُ : رَجُلٌ سَبَّيْهِ ، إِذَا كَانَ يُسَبُّ النَّاسَ كَثِيرًا . وَرَجُلٌ سَبَّهَ ، إِذَا كَانَ يُسَبُّ كَثِيرًا ... «(١)» .

٢ - وقال الزمخشري المتوفى عام ٥٣٨ : « س ب ب - بينهما سباب ، والمزاح سباب النوكى ، وقد سابه وتسابوا واستبوا . وفى الحديث : المَسْبُوتَانِ شَيْطَانَانِ ، وَهُوَ سَبَّهَ ، وَهَذِهِ سُبَّهَ عَلَيْكَ وَعَلَى عَقْبِكَ ، وَأَنْتَ سَبَّهْتَ عَلَى قَوْمِكَ ، وَإِيَّاكَ وَالْمَسْبُوتَ وَالْمَسَابَّ ... «(٢)» .

٣ - وقال ابن منظور المتوفى عام ٧١١ : « سبب : السَّبُّ : الْقَطْعُ . سَبَّهَ سَبًّا : قَطَعَهُ ... السَّبُّ : الشَّتْمُ ، وَهُوَ مَصْدَرٌ سَبَّهَ يَسْبُوهُ سَبًّا : شَتَّمَهُ ، وَأَصْلُهُ مِنْ ذَلِكَ .

وسَبَّهَ : أَكْثَرَ سَبَّهَ ... وَفِي الْحَدِيثِ : سَبَّابُ الْمُسْلِمِ فُسُوقٌ وَقِتَالُهُ كُفْرٌ .

السَّبُّ : الشَّتْمُ . قِيلَ : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَنْ سَبَّ أَوْ قَاتَلَ مُسْلِمًا مِنْ غَيْرِ تَأْوِيلٍ ، وَقِيلَ :

ص: ١٨٥

١- (١) معجم مقاييس اللغة ٣ / ٦٣ .

٢- (٢) أساس البلاغه / ٢٠٠ .



إنما قال ذلك على وجه التغليظ ، لا أنه يخرج به إلى الفسق والكفر .

وفى حديث أبي هريره : لا تَمْشِيَنَّ أَمَامَ أَبِيكَ وَلَا تَجْلِسَ قَبْلَهُ وَلَا تَدْعُهُ بِاسْمِهِ وَلَا تَسْتَسَبِّبْ لَهُ ، أَى لَا تُعَرِّضْهُ لِلْسَّبِّ وَتَجْرَّهُ إِلَيْهِ ، بَأَن تَسْبَّ أَبَا غَيْرِكَ فَيُسَبَّ أَبَاكَ مَجَازَةً لَكَ .

وقد جاء مفسراً فى الحديث الآخر : إِنَّ مِنْ أَكْبَرِ الْكِبَائِرِ أَنْ يُسَبَّ الرَّجُلُ وَالِدِيهِ ، قِيلَ : وَكَيْفَ يُسَبُّ وَالِدِيهِ ؟ قَالَ : يُسَبُّ أَبَا الرَّجُلِ ، فَيُسَبُّ أَبَاهُ وَيُسَبُّ أُمُّهُ فَيُسَبُّ أُمَّهُ .

وَالسُّبُّ : الْعَارُ ، وَيُقَالُ : صَارَ هَذَا الْأَمْرُ سُبُّهُ عَلَيْهِمْ ، بِالضَّمِّ ، أَى عَارًا يُسَبُّ بِهِ .

ويقال : بينهم أَسْبُوبُهُ يَتَسَابَّوْنَ بِهَا ، أَى شَىءٌ يَتَشَاتَمُونَ بِهِ .

السَّبَابُ : التَّشَاتُمُ ، وَتَسَابَّوْا : تَشَاتَمُوا .

وَسَابَّهُ مُسَابَّهُ وَسَبَابًا : شَاتَمَهُ .

وَالسَّبِيبُ وَالسُّبُّ : الَّذِى يُسَابُّكَ . وَفِى الصَّحَاحِ : سَبَّكَ الَّذِى يُسَابُّكَ ...

وَرَجُلٌ سَبٌّ : كَثِيرُ السَّبَابِ . وَرَجُلٌ مَسْبٌ : بِكْسَرِ الْمِيمِ ، كَثِيرُ السَّبَابِ .

وَرَجُلٌ سَبَّهُ أَى يُسَبُّهُ النَّاسُ ، وَسَبَّهْهُ أَى يُسَبُّ النَّاسَ ... (١) .

٤ - وَقَالَ الْفَيْوَمِيُّ الْمَتَوْفَى عَامَ ٧٧٠ : « سَبَّيْهُ : سَبًّا فَهُوَ سَبَابٌ ، وَمِنْهُ قِيلَ : لِلْإِصْبَعِ الَّتِى تَلِى الْإِبْهَامَ سَبَابَةٌ لِأَنَّهُ يُشَارُّ بِهَا عِنْدَ السَّبِّ ، وَالسُّبُّهُ : الْعَارُ ، وَسَابَّهُ مُسَابَّهُ وَسَبَابًا وَاسْمُ الْفَاعِلِ مِنْهُ سَبٌّ بِالْكَسْرِ ، وَالسَّبُّ أَيْضًا الْخِمَارُ وَالْعِمَامَةُ » (٢) .

٥ - وَقَالَ الْمُحَقِّقُ الثَّانِى : « وَذَلِكَ بِإِسْنَادٍ مَا يَقْتَضِى نَقْصَهُ ، مِثْلَ الْوَضِيعِ وَالنَّاقِصِ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، إِلَّا لِمَنْ يَسْتَحِقُّ الْإِهَانَةَ كَمَا سَيَجِىءُ فِى بَابِ الْقَذْفِ » (٣) .

٦ - وَقَالَ جَدْنَا الشَّيْخُ جَعْفَرُ : « وَسَبُّ الْمُؤْمِنِينَ وَشْتَمُهُمْ بِمَعْنَى وَاحِدٍ يَعْمُ اللَّعْنَ وَالطَّعْنَ وَالْقَذْفَ وَالْفَحْشَ وَالتَّصْغِيرَ وَالتَّحْقِيرَ وَنَحْوَهَا ، مَعَ قَصْدِ الْإِنْشَاءِ ، فَيُخَالِفُ الْغَيْبَةَ ، أَوْ يَعْمُ الْخَيْرَ وَتَعْمُ الْإِنْشَاءَ ، وَيُخْتَلَفَانِ فِى بَعْضِ التَّعْبِيرَاتِ فَيَعْمُ كُلُّ مَنِهَا الْآخَرَ مِنْ وَجْهِ » (٤) .

ص: ١٨٤

١- (١) لسان العرب ٦ / ١٣٧ .

٢- (٢) المصباح المنير ٢٦٢ / ٢٦٢ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .



٧- وقال تلميذه السيد جواد العاملي : « وأما السبّ فهو الشتم ، ومثله السباب بالكسر وخفه الموحده ، وفي الحديث : سباب المؤمن فسوق وقاتله كفر .

والشتم السبّ ، بأن تصف الشيء بما هو إزرء ونقص ، فيدخل في السبّ كل ما يوجب الأذى كالقذف والحقير والوضيع والكلب والكافر والمرتد ، والتعير بشيء من بلاء الله كالأجذم والأبرص ، ولو كان مستحقاً للإستخفاف فلا حرمه إلا فيما لا يسوغ لقاؤه به .

وقد يُراد به في المقام خصوص مثل الوضيع والحقير والناقص ، وإن ثبت بها التعزير لتبادره عرفاً . وقد يُراد خصوص ما ثبت به التعزير دون الحدّ كالقذف ، لأنه من الكبائر فلا يناسب وضعه من الكذب على المؤمنين ، فتأمل .

والسبّ مع قصد الإنشاء يخالف الغيبة أو يعمّ الخبر وتعمّ الإنشاء ، ويختلفان في بعض التعبيرات فيعمّ كلّ منهما الآخر من وجه ، وسبّ غير أهل الإيمان من شرائط الإيمان» (١) .

٨- وقال الشيخ الأعظم : « إنّ المرجع في السبّ إلى العرف» (٢) ، ثم ذكر بيان المحقق الثاني ومقاله الشيخ جعفر والسيد العاملي الماضيه من دون النسبه إلى الإخيرين ، ثم قال : « ثمّ الظاهر أنّه لا يُعتبر في صدق السبّ مواجهه المسبوب ، نعم يُعتبر فيه قصد الإهانه والنقص ، فالنسبه بينه وبين الغيبه عموم من وجه . والظاهر تعدد العقاب في ماده الإجتماع ، لأنّ مجرد ذكر الشخص بما يكرهه لو سمعه ولو لا قصد الإهانه غيبه محرّمه والإهانه محرّم آخر» (٣) .

٩- وقال المحقق الخوئي : « الظاهر من العرف واللغه اعتبار الإهانه والتعير في مفهوم السبّ وكونه تنقيصاً وإزرءاً على المسبوب وأنّه متحد مع الشتم ، وعلى هذا فيدخل فيه كلّما يوجب إهانه المسبوب وهتكه ، كالقذف والتوصيف بالوضيع واللاشيء والحمار والكلب والخنزير والكافر والمرتد والأبرص والأجذم والأعور وغير ذلك من الألفاظ الموجهه للنقص والإهانه ، وعليه فلا يتحقق مفهومه إلا بقصد الهتك ، وأما مواجهه المسبوب فلا

ص: ١٨٧

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢٢ .

٢- (٢) المكاسب ١ / ٢٥٤ .

٣- (٣) المكاسب ١ / ٢٥٥ .

تعتبر فيه»(١).

١٠ - أقول : ظهر لك ممّا ذكرنا من كلمات اللغويين والفقهاء أنّ المراد بالسبّ هو الشتم ، بلا فرق بين أن يكون خبراً أو إنشاءً ، وبين أن يكون المسبوب حاضراً أو غائباً ، وبين أن يكون السبّ قاصداً للإهانه والتنقيص والتحقير أو لم يقصد . فعلى هذا النسبه بين السب والغيبه وقصد الإهانه والإستخفاف عموم من وجه ، فما ذكره المحقق الإيروانى قدس سره (٢) - ولعلّه ارتضاه صاحب الغنيه(٣) لأنّه ذكره ولم يرد عليه - من أنّ النسبه بينه وبين الغيبه تباين ، غير تام .

وهكذا لا يتم ما ذكره المحقق الخوئي تبعاً للشيخ الأعظم من عدم تحقق السبّ إلّا بقصد الهتك والإهانه كما سبق ، لما عرفت من عدم مدخلية القصد فى السبّ ، وحيث أنّ المرجع فيه هو العرف لا- محاله يختلف السبّ باختلاف الأشخاص والأزمته والأمكنه ، فربّما يكون لفظ

سبّاً عند قوم ولا يكون سبّاً عند آخرين ، فيلحق كلاً من المصاديق حكمه كما ذكره الفقيه السبزواري قدس سره (٤) .

هذا كلّه فى معنى السب والمقام الأوّل من المقامات .

### المقام الثانى : أدله حرمه سبّ المؤمن

#### إشاره

تدلّ عليه الأدله الأربعة :

#### الأوّل : الإجماع

قال العلامة فى التذكره : « ويحرم سبّ المؤمنين والكذب عليهم والنميمة ومدح من يستحقّ الذم وبالعكس والتشيب بالمرأه المعروفه المؤمنه ، بلا خلاف فى ذلك كلّه»(٥) .

ص: ١٨٩

١- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٨٠ .

٢- (٥) حاشيه على المكاسب ١ / ١٦٧ .

٣- (٦) غنيه الطالب ١ / ١٣٣ للمحقق الشيخ مرتضى الأردكاني قدس سره .

٤- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٧ .

٥- (٢) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٤ ذيل المسأله ٦٤٩ .

وقد تعرض الغزالي من العامه لهذا الإجماع فى كتابه إحياء العلوم(١).

فحرمه سبّ المؤمن من إجماعات المسلمين كما قال المحقق الخوئى قدس سره : « وعلى ذلك إجماع المسلمين من غير نكير »(٢).

ولكن يمكن أن يناقش فى هذا الإجماع بوجهين :

أولاً : عدم ثبوت الإجماع عندنا من كلام الغزالي ، والمذكور فى كلام العلامة هو « لا خلاف » ، والفرق بينهما واضح .

وثانياً : على فرض ثبوت الإجماع لم يفد فى المقام شيئاً ، لأنّه من الإجماع المدركى ، فلا بدّ من ملاحظه غيره من الأدله والمدارك .

### الثانى : حكم العقل والعقلاء

العقل مستقل بحرمه سبّ المؤمن فى الجملة ، لأنّه ظلم وإيذاء وعدوان ، والعقلاء أيضاً يحكمون بقبحه فى الأعصار والأمصاّر وبلا اختصاص بمله دون أخرى .

### الثالث : كتاب الله تعالى

١ - قال عزّ وجل : « وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ »(٣) .

بتقريب : أن الزور ظاهر فى الباطل ، والسبّ باطل عند العرف فيحرم . ومن المعلوم

أنّ الباطل لا ينحصر إنطباقه على الكذب وما هو متضمن له ، بحيث يشمل الأخبار الكاذبه فقط ، ولا تشمل الإنشاءات ومنها بعض السباب(٤) ، بل الظاهر من الزور هو الباطل الذى يشمل الإخبار والإنشاء ، ومن الأخير بعض السباب ، والشاهد على ذلك هو العرف ودينهم وحكمهم بأنّه من الباطل .

والشاهد الآخر : الروايات الوارده(٥) فى ذيل الآيه الشريفه بتطبيقها على الغناء التى

ص: ١٨٩

١- (٣) إحياء العلوم ٣ / ١١٠ و ١١١ .

٢- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٧٧ .

٣- (٥) سوره الحج / ٣٠ .

٤- (١) ذهب إلى الإنحصار شيخنا الأستاذ - مدظله - فى إرشاد الطالب ١ / ١٥٩ .



يغلب فيها الإنشاء على الإخبار .

والشاهد الثالث : صحيحه حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن قول الزور ، قال : منه قول الرجل للذي يُغنى : أحسنت(١) .

الظاهر فى الإنشاء لا الإخبار ، أعنى أن الإمام عليه السلام طبق الآيه الشريفه على الإنشاء لا الإخبار .

والحاصل ، أن سب المؤمن من أظهر مصاديق الآيه الشريفه ، لأن المراد بالزور هو الباطل ، والسبّ الباطل عند العرف فيحرم بمقتضى الآيه الشريفه .

ووافقنا على هذا الاستدلال المحققون الخوئى(٢) والسبزوارى(٣) قدس سرهما والقمى(٤) - مدظله - .

٢ - قوله تعالى : «وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْإِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ»(٥) .

بتقريب : أن سب المؤمن ربّما يدخل فى النهى الأوّل ، أعنى «لَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ» ، وربّما يدخل فى النهى الثانى ، أعنى «لَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ» ، وربّما يدخل فى التوصيف الآخر ، أعنى «بِئْسَ الْإِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ» . فصار محرّماً بالآيه الشريفه .

والشاهد على ذلك ما ورد فى شأن نزولها فى تفسير القمى ، قال : « فَإِنَّهَا نَزَلَتْ فى صَفِيه بنت حَيِّ بن أخطب ، وكانت زوجته رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وذلك أنّ عائشه وحفصه كانتا

تؤذيانهما وتشتمانها وتقولان لها : يا بنت اليهوديه . فشكت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لها : ألا تجييهما ؟ فقالت : بماذا يا رسول الله ؟ قال : قولى : إنّ أبى هارون نبي الله وعمى موسى كلیم الله وزوجى محمد رسول الله ، فما تُنكران منى ؟ فقالت لهما ، فقالتا : هذا علمك رسول الله ،

ص: ١٩٠

١- (٣) معانى الأخبار / ٣٤٩ ح ٢ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ٦ طبع مؤسسه البعثه .

٢- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٢٧٩ .

٣- (٥) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٦ .

٤- (٦) عمدته المطالب ١ / ٢١٤ .

٥- (٧) سوره الحجرات / ١١ .

فأنزل الله في ذلك «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرُوا قَوْمًا مِّن قَوْمٍ» إلى قوله «وَلَا تَنَابَرُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْأَسْمُ الْفُسُوقُ بَعِيدَ الْأَيْمَانِ»<sup>(١)</sup>.

٣ - قوله تعالى : «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالشُّوْءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَن ظَلَمَ»<sup>(٢)</sup>.

بتقريب : أن الله لا يحب القول بالسوء جهراً ، أى يحرم القول بالسوء وإظهاره إلا من المظلوم ، ومن المعلوم أن السب يدخل فى القول بالسوء فيحرم . والشاهد على ذلك مرسله الطبرسى عن أبى جعفر عليه السلام أنه قال : لا يحب الله الشتم فى الانتصار إلا من ظلم ، فلا بأس له أن ينتصر ممن ظلمه بما يجوز الانتصار به فى الدين<sup>(٣)</sup> .

لأنه عليه السلام طبق « القول بالسوء » بالثتم ، وقد مرّ منا أن الشتم هو السب .

وبما ذكرنا من التقريب لا يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ - مدظله - فى الإرشاد<sup>(٤)</sup> . والله سبحانه هو العالم .

#### الرابع : ومن السنه الروايات المستقيضة

رواياتنا تدل على حرمة السب على حد الاستفاضه :

منها : موثقه أو صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، وأكل لحمه معصيه ، وحرمة ماله كحرمة دمه<sup>(٥)</sup> .

ومنها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : سباب المؤمن كالمشرف على الهلكه<sup>(٦)</sup> .

ومنها : صحيحه أخرى لأبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال : إن رجلاً من تميم أتى

ص: ١٩١

١- (١) تفسير القمى ٢ / ٣٢١ ونقل عنه فى البرهان ٥ / ١٠٩ ح ١ .

٢- (٢) سوره النساء / ١٤٨ .

٣- (٣) مجمع البيان ٣ / ٢٠١ ونقل عنه فى البرهان ٢ / ١٩٥ ح ٥ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ١٦٠ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٩٧ ح ٣ . الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٩٨ ح ٤ .



النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقال : أوصنى ، فكان فيما أوصاه أن قال : لا تسبوا الناس فتكسبوا العداوة لهم(١) .

ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى الحسن موسى عليه السلام فى رجلين يتسبانان ، قال : البادىء منهما أظلم ، ووزره ووزر صاحبه عليه مالم يعتذر إلى المظلوم(٢) .

ومنها : خبر عبد الله بن يونس عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام فى كلام له فى صفات المؤمن : ... لا وثاب ولا سباب ولا عتاب ولا مغتاب ، الحديث(٣) .

ومنها : مرسله أبى على محمد بن همام رفعه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لا يكمل المؤمن إيمانه حتى يحتوى على مائه وثلاث خصال - إلى أن قال : - لا لعان ولا تمام ولا كذاب ولا مغتاب ولا سباب ، الحديث(٤) .

ومنها : مرسله العياشى رفعه عن جابر عن أبى جعفر عليه السلام فى قوله تعالى : «وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا»(٥) . قال : قولوا للناس أحسن ما تحبون أن يقال لكم ، فإن الله يبغض اللعان السباب الطعان على المؤمنين ، المتفحش السائل الملقح ، ويحب الحيى الحليم العفيف المتعفف(٦) .

ومنها : مرسله القاضى نعمان المصرى رفعه عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال : من سب مؤمناً أو مؤمنة بما ليس فيهما بعته الله فى طينه الخبال حتى يأتى بالمرج ما قال(٧) .

ومنها : مرسله أبى القاسم الكوفى رفعه قال : كان رجل عند رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من أهل اليمن وأراد الإنصراف إلى أهله ، فقال : يا رسول الله أوصنى ، فقال : أوصيك أن لا تشرك

ص: ١٩٢

١- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ٢ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ١ .

٣- (٢) الكافى ٢ / ١٧٩ ح ١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٨ ح ٧ .

٤- (٣) التمهيد / ٧٤ ح ١٧١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٨ ح ٨ .

٥- (٤) سورة البقرة / ٨٣ .

٦- (٥) تفسير العياشى ١ / ١٣٩ ح ٦٦ ونقل عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٢٦ ح ١٣ .

٧- (٦) دعائم الاسلام ٢ / ٤٥٨ ح ١٦١٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٦ ح ٢ .

بالله شيئاً ، ولا تعص والديك ، ولا تسب الناس ، الحديث (١) .

ومنها : مرسله أبي الفتوح الرازي رفعه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : المتسبان ما قالاً فعلى البادى ء ، ما لم يعتد المظلوم (٢) .

وهذه الروايات تدلّ بوضوح على حرمة السب .

### المقام الثالث : هل تختص الحرمة بالمؤمن أو يعم جميع الناس ؟

هل تختص حرمة السب بالمؤمن وبالمعنى الأخص - أعنى الشيعى الإمامى الإثنى عشرى - أو تعم المسلم ولو كان مخالفاً ، أو أنّ الحكم يشمل جميع مَنْ تبع من الأديان الأبراهيميه ، أو أنّ الحكم عام يشمل جميع الناس مع اختلاف أديانهم واعتقاداتهم وفرقهم إلا من استثنى فيما بعد ؟

ظاهر الأصحاب اختصاص الحكم بالمؤمن ، لأنهم قيدوا العنوان به ، ويؤيدهم بعض الروايات الماضيه ، نحو : موثقه أو صحيحه أبي بصير ومعتبره السكونى . ولا- يمكن تقييدها بهذه الأربعة ، لأنّ كلّهنّ من المثبتات لا- النفى والإثبات ، ولذا على قواعد الاستنباط صارت الحرمة فى المؤمن آكد .

وذهب بعض (٣) إلى اختصاص الحكم بالمسلمين ، للإطلاقات الواردة فى الروايات ، والتعدى صحيح ، لأنّ الإطلاقات تشمل جميع المسلمين ولكن لا- تختص بهم بل تسرى إلى جميع الناس مع اختلاف أديانهم واعتقاداتهم ، بل تسرى إلى المشركين ومن ليس له دين ، مع الاعتراف بأنّ الناس فى رواياتنا غالباً يُطلق على العامه ومخالفينا من المسلمين . ولكن توجد هنا قرينه بل قرائن وشاهد بل شواهد على سريان الحكم بالنسبه إلى جميع الناس بالمعنى اللغوى ، حتّى المشركين منهم :

القرينه الأولى : قوله تعالى : «وَلَا تَسِيْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِّكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا»

ص: ١٩٣

١- (٧) كتاب الأخلاق (مخطوط) ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٩ ح ٩ .

٢- (٨) تفسير أبي الفتوح الرازي ١ / ٢٤٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٨ ح ٤ .

٣- (١) نحو الفقيه السيد عبد الأعلى السبزواری قدس سره فى مهذب الأحكام ١٦ / ٩٧ .

بتقريب : أنّ الله تعالى نهى عن سب آلهم المشركين لثلاث أسباب ، كما ورد ذلك في معتبره مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنّه سُئل عن قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ الشرك أخفى من ديب النمل على صفاه سوداء في ليله ظلماء ؟ فقال : كان المؤمنون يسيّبون ما يعبد المشركون من دون الله ، وكان المشركون يسيّبون ما يعبد المؤمنون ، فنهى الله عن سب آلهم لكيلا يسب الكفار إله المؤمنين ، فيكون المؤمنون قد أشركوا بالله من حيث لا يعلمون ، فقال : «وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ» (٢).

فلما لا يجوز سب آلهم المشركين لثلاث أسباب ، لا يجوز سب المشركين لثلاث أسباب المؤمنين .

القرينه الثانية : الإطلاقات الواردة في غير هذه الأربع من الروايات تدلّ على حرمة السبّ ، وحيث أنّ الأربع لا يصح أن تكون مقيدة فلا بدّ من الأخذ بالإطلاق .

القرينه الثالثة : التعليل الوارد في صحيحه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : إنّ رجلاً من تميم أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : أوصني ، فكان فيما أوصاه أن قال : لا تسبوا الناس فتكسبوا العداوة لهم (٣).

السب يوجب العداوة والعداوة مع الناس حرام ، فصار السب أيضاً من المحرّمات .

القرينه الرابعة : أن جماعه من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام كانوا يسيّبون أهل الشام في حرب صفين وهم : حُجر بن عُدي وعمرو بن الحُثمق وأمثالهم ثم نهاهم الأمير عليه السلام من السبّ بما سأذكره ثم قال : يا أمير المؤمنين نقبل عظمتك ونتأدب بأدبك (٤).

أمير المؤمنين عليه السلام حين سمع قوماً من أصحابه يسيّبون أهل الشام أيام حربهم بصفين ، قال لهم : إنّي أكره لكم أن تكونوا سبّايين و لكنكم لو وصفتم أعمالهم وذكرتم حالهم كان

١- (٢) سورة الأنعام / ١٠٨ .

٢- (٣) تفسير القمي ١ / ٢١٣ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٢٦ ح ١٥ .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ٢ .

٤- (٢) كما في وقعه صفين / ١٠٢ لنصر بن مزاحم ونقلت عنه في الموسوعه ٥ / ٢٧ ح ١٧ .

أصوب في القول وأبلغ في العذر وقتلتم مكان سبكم إياهم : اللهم احقن دماءنا ودماءهم وأصلح ذات بيننا وبينهم واهددهم من ضلالتهم حتى يعرف الحق مَنْ جهله ويرعوى عن الغى والعدوان من لهج به (١) .

وورد في الصحيح أن أمير المؤمنين لا يكره الحلال ، فحيث كره السب ونهى عنه فيكون حراماً ، وقبل منه عليه السلام أصحابه نهيه وتأدبوا بأدبه عليه السلام .

إن قلت : إنه عليه السلام نهى عن سب أهل الشام وهم مسلمون ، فلا يدلّ هذا الاستدلال أزيد من حرمة سب المسلم .

قلت : من خرج على أمير المؤمنين عليه السلام ووآلاده الأئمة المعصومين عليهم السلام لا يكون مسلماً عندنا ، بل صار بخروجه كافراً ، كما اعترف بذلك شيخنا الصدوق في اعتقاداته (٢) ولم يعترض عليه شيخنا المفيد في تصحيح الاعتقاد ، بل قال في أوائل المقالات : « القول في محاربي أمير المؤمنين عليه السلام : واتفقت الإماميه والزيديه والخوارج على أن الناكثين والقاسطين من أهل

البصرة والشام أجمعين كفار ضلال ملعونون بحربهم أمير المؤمنين عليه السلام وأنهم بذلك في النار مخلصون (٣) ... واتفقت الإماميه والزيديه وجماعه من أصحاب الحديث على أن الخوارج على أمير المؤمنين عليه السلام المارقين عن الدين كفار بخروجهم عليه وأنهم في النار بذلك مخلصون ... » (٤) .

وقال علم الهدى الشريف المرتضى في المسألة ثلثه والعشرين من « جوابات المسائل الميفارقيات » حيث سُئل عنه : « صاحب جيش البصرة والاعتقاد فيه وفي غيره ، وكيف كانوا على عهد رسول صلى الله عليه وآله وسلم ؟ » .

فأجاب قدس سره : « قتال أمير المؤمنين عليه السلام بغى وكفار جار مجرى قتال النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « حربك يا علي حربي وسلمك سلمى » ، وإنما يريد أن أحكام حروبنا واحده ، فمن حاربه عليه السلام ومات من غير توبه قطعنا على أنه ما كان في وقت من الأوقات مؤمناً وإن

ص: ١٩٥

١- (٣) نهج البلاغه : الخطبه ٢٠٦ ونقلت عنه في الموسوعه ٥ / ٢٧ ح ١٧ .

٢- (٤) الاعتقادات للشيخ الصدوق / ١٠٥ المطبوعه مع تصحيح الاعتقاد للشيخ المفيد .

٣- (١) أوائل المقالات / ٤٩ طبع چرندابی .

٤- (٢) أوائل المقالات / ٥٠ .

أظهر الإيمان ، لأن من كان مؤمناً على الحقيقة في الباطن لا- يجوز أن يكون على ما كان القوم عليه ، لأدله ليس هنا موضع ذكرها «(١)» .

وقال شيخ الطائفة الطوسي : « ظاهر مذهب الإماميه أنّ الخارج على أمير المؤمنين عليه السلام والمقاتل له كافر ، بدليل إجماع الفرقه المحقّقه على ذلك ... »(٢) .

وقال في تفسيره : « وأما مذهبنا في تكفير مَنْ قاتل عليّاً عليه السلام معروف »(٣) .

وقال ابن زهره الحلبي : « أعلم أنّ محاربي أمير المؤمنين عليه السلام عندنا بمنزله محاربي النبي صلى الله عليه وآله وسلم في عظم المعصيه ، ويدلّ على ذلك أمور : منها إجماع الإماميه عليه وإجماعهم حجه ... »(٤) .

فهذه الوقعه التاريخيه والنهي الصادر فيه عن أمير المؤمنين عليه السلام تدلّ بأحسن وجه على حرمه سبّ الناس حتّى المشركين والكافرين منهم .

القرينه الخامسه : ما ورد في رساله أبي عبد الله عليه السلام إلى جماعه الشيعة ، وفيها : « ... وإياكم وسبّ أعداء الله حيث يسمعونكم «فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ» ، وقد ينبغي لكم أن تعلموا حدّ سبّهم لله كيف هو ؟ إنّه من سبّ أولياء الله فقد انتهك سبّ الله ، ومن أظلم عند الله

ممن استسبّ لله ولأولياء الله ، فمهلاً مهلاً ، فاتّبِعوا أمر الله ، ولا حول ولا قوه إلا بالله»(٥) .

دلّاه مافي هذه الرساله على حرمه سبّ الناس بالمعنى الأعم حتّى أعداء الله - أعني الكافرين - واضحه ، ولكن العمده في ضعف سببها . اللهم إلا- أن يقال : إنّ المناقشه في أسانيد الكافي الشريف جهد العاجز ، كما نقل عن المحقق النائيني قدس سره . وفيه ما لا يخفى .

القرينه السادسه : من المحتمل أن تكون حرمه السب ليست من جهه احترام المؤمنين أو المسلمين على القول به ، بل من جهه حفظ اللسان عن هذه الألفاظ القبيحه ، إذ

ص: ١٩٦

١- (٣) جوابات المسائل الميافارقيات ، المطبوعه ضمن رسائل الشريف المرتضى ١ / ٢٨٣ .

٢- (٤) الاقتصاد / ٢٢٦ .

٣- (٥) التبيان ٩ / ٣٢٦ .

٤- (٦) غنيه النزوع إلى علمي الأصول والفروع ٢ / ٢٢٢ .

٥- (١) الكافي ٧ / ٨ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٢٤ ح ٥ .

ينحط قدر القائل بهذه الألفاظ عن أعين الناس ، والمؤمن لا يجوز له أن يذلل نفسه ، فيشكل التكلم بهذه الألفاظ مطلقاً حتى بالنسبة إلى الكفار .

ويذكر المحقق الأردكاني قدس سره شبيه هذا الإستدلال بالنسبة إلى حرمة الغيبة(١) وإن كان فيما ذكره نظراً بين حرمة الغيبة تختص بالمؤمن فقط ولكن كلامه قدس سره هناك يمكن أن يجرى هنا . والتفصيل يطلب من بحث الغيبة ، فانتظر .

وبالجملة ، مع هذه القرائن الست لا ينبغي الإرتياب في تعميم الحكم بالنسبة إلى جميع الناس حتى المشركين والكافرين ، وأنه لا يختص بالمؤمن . هذا كله بالنظر إلى الأدلة ، لكن مع ذلك الإفتاء بالتعميم مشكلاً ، لعدم وجدان القول به عند أصحابنا قدس سرهم ، ولعل القول به خرق للإجماع المركب ، ولكن لو وُجد القائل به فإننا نتبع أثره وصرنا ثانيه . والإحتياط لا يترك بالنسبة إلى طرفي القضية السب والإفتاء ، والله سبحانه هو العالم بأحكامه .

وعلى ما حررناه لا- ينقضى تعجبي من الشيخ الأكبر الفقيه الشيخ جعفر قدس سره حيث يقول : « وسب غير أهل الإيمان من المسلمين والمشركين من أفضل الطاعات الموصله إلى رضى رب العالمين »(٢) .

وأعجب منه قول تلميذه الفقيه العاملي حيث يقول : « وسب غير أهل الإيمان من شرائط الإيمان »(٣) .

اللهم إلا- أن يقال : بأن مرادهما - كما هو الظاهر - سب الظالمين لآل محمد عليهم السلام وغاصبي حقوقهم واللابسى رداء الخلافة بغير حق ، فحينئذ يتجه كلامهما ، رفع في الخلد

مقامهما .

## المقام الرابع : المستثنيات من حرمة السب

### ١ - المتظاهر بالفسق :

يجوز سبه بالفسق والمعصية التي تجاهر فيها لزوال حرمة المتظاهر بها ، وتدلل عليه

ص: ١٩٧

١- (٢) غنية الطالب ١ / ١٤٨ .

٢- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٥ .

٣- (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢٢ .

حسنه هارون بن الجهم عن الصادق عليه السلام قال : إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له ولا غيبه(١).

وكما يأتي تفصيله في البحث عن مستثنيات الغيبه . وأما المعاصي التي لم يتجاهر فيها فلا يجوز سبه بها ، لأنَّ حرمة فيها باقية .

## ٢ - المبدع :

يجوز سبّه بل ورد الحث عليه في صحيحه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إذا رأيتم أهل الريب والبدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم وأكثروا من سبهم والقول فيهم والوقيعة ، وباهتوهم كيلا يطمعوا في الفساد في الإسلام ويحذروهم الناس ولا- يتعلمون من بدعهم ، يكتب الله لكم بذلك الحسنات ويرفع لكم به الدرجات في الآخرة(٢).

فلا حرمه في سبّ المبدع .

## ٣ - قد يقال بالاستثناء من الحرمة في ما لم يتأثر المسبوب عرفاً

يعنى : إذا لم يتأثر المسبوب من السبّ ، لم يدخل في الإيذاء والظلم ، فلا يحكم بحرمة .

وفيه : إن الإطلاقات الواردة في الأدله - نحو موثقتى أبي بصير الماضيتين(٣) تدلان على حرمة السبّ ، بلا- فرق بين تأثر المسبوب وعدمه ، وبلا- فرق بين حضوره وعدمه ، وبلا فرق بين اللغات حتّى لو سبّ بلغه لا يفهمها المسبوب حرم ، وبلا فرق بين أن يكون السبّ جدياً أو مزاحاً أو لهواً أو لعباً ، وبلا فرق بين أن يكون المسبوب بالغاً . أو غير بالغ . والإطلاق يشمل جميع ذلك .

## ٤ - المولى وعبده :

قد يقال : بإستثناء حرمة سبّ السيد عبده ، واستدلوا على ذلك بأنّ للسيد ضرب

عبده للتأديب ، وفحواه جواز سبّه تأديباً .

ص: ١٩٨

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٤ . الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشرة .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٤٧ ح ١ . الباب ٣٩ من أبواب الأمر والنهي .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٧ ح ٢ و ٣ .

وفيه : أنه يمكن منع الفحوى ، بأنَّ السبِّ بنفسه من العناوين المحرَّمة والإيذاء أمرٌ آخر قد يجتمع معه ، فإذا جاز للسيد ضرب عبده وإيذاؤه تأديباً ، هذه الإجازة لا تدلُّ على جواز سبِّه الذى هو من المحرَّمات المستقلة .

مضافاً إلى أنَّ الإيذاء باللسان أشدُّ من الإيذاء بالضرب حتَّى عند العرف ، فلا مجال للقول بالفحوى . وقد نبه على منع دليل الفحوى هنا المحقق الإيروانى قدس سره (١) وتبعه المحقق الأردكانى قدس سره (٢) .

ويؤيد (٣) منع الفحوى خبر عمرو بن نعمان الجعفى قال : كان لأبى عبد الله عليه السلام صديق لا يكاد يفارقه إذا ذهب مكاناً فبينما هو يمشى معه فى الحدائين ومعه غلامٌ سندي يمشى خلفهما إذ التفت الرجل يريد غلامه ثلاث مرات فلم يره فلما نظر فى الرابعه قال : يا ابن الفاعله أين كنت ؟ قال : فرفع أبو عبد الله عليه السلام يده فصكك بها جبهه نفسه ، ثم قال : سبحان الله تقذف أمه ، قد كنت أرى أن لك ورعاً فإذا ليس لك ورعٌ ، فقال : جعلتُ فداك إنَّ أمه سنديه مشرکه ، فقال : أما علمت أن لكل أمه نكاحاً ، تنح عنى . قال : فما رأيتہ يمشى معه حتَّى فرَّق الموت بينهما .

وفى روايه أخرى : إنَّ لكل أمه نكاحاً تحتجون به من الزنا (٤) .

## ٥ - المعلم والم - تعلم :

قد يقال باستثناء الحكم بالنسبه إلى المعلم إذا سبَّ متعلمه تأديباً بَدليل أنَّ له ضرب متعلمه إذا كان مؤذناً فى الضرب عن وليه تأديباً ، فإذا جاز له الضرب بطريق أولى والفحوى يجوز له السبِّ ، والسيره جاريه على ذلك عند المعلمين .

وفيه : أولاً : قد مرَّ منّا منع الفحوى والأولويه آنفاً .

وثانياً : على فرض وجود السيره فى زماننا هذا ، لا طريق لنا إلى اتصاله بزمن

ص: ١٩٩

١- (١) الحاشيه على المكاسب ١ / ١٦٨ .

٢- (٢) غنيه الطالب ١ / ١٣٣ .

٣- (٣) قلتُ « يؤيد » لأنَّ فى سندها ضعف ودلالاتها أيضاً أخص من المدعى ، المدعى هو حرمه السبِّ و الروايه تدل على حرمه القذف ، والنسبه بينهما عموم وخصوص مطلق .

٤- (٤) الكافي ٢ / ٣٢٤ ح ٥ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٦ ح ١٤ .



المعصومين عليهم السلام ، فلا تفيد شيئاً .

## ٦ - الزوج والزوجه :

يمكن أن يقال : بجواز سب الزوج زوجته ، لأنّ له ضربها تأديباً في موارد خاصه ، فحينئذ يجوز سبّه بطريق أولى ، وبدليل الفحوى والسيره جاريه على ذلك .

وفيه : ما مرّ آنفاً في الاستثناء السابق ، فلا يتمّ هذا الاستدلال .

## ٧ - الوالد وولده :

واستدلوا على جواز سبّ الوالد لولده بوجوه :

منها : عدم تحقق الهوان في سبّ الوالد ، وحيث أنّ الحرمة تدور معه فلا حرمة .

ومنها : عدم تأثر الولد لسبّه بتوسط والده ، وحيث صار فخراً فلا حرمة .

ومنها : ورد في الروايات بالنسبه إلى الولد كما في صحاح محمد بن مسلم وأبي حمزه الثمالي والحسين بن أبي العلاء : « أنت ومالك لأبيك » (١) . وإذا تمّ هذا البيان بأنّ الولد وماله لأبيه فيجوز سبّه أيضاً بطريق أولى ، كما يجوز سبّ السيد عبده لأنّه ملكه .

ومنها : السيره الجاريه بين المتشرعه من سب أولادهم .

وفيه : أولاً : منع الصغرى في الثلاث الأول ، أعني تحقق الهوان وتأثر الولد وعدم الإفتخار بسبب الوالد ولده .

وثانياً : الحرمة كما مرّ منّا مطلقه في السبّ بالنسبه إلى تحقق الهوان وعدمه وتأثر المسبوب وعدمه ، عدم الإفتخار بالسب والإفتخار به ، لإطلاق أدلتها .

وثالثاً : جمله « أنت ومالك لأبيك » الوارده في الروايات ناظره إلى أمر أخلاقي وتكويني وتذكّر الولد بأنّه لا يناسبه أن يعارض أباه في أموره ، ولا- تدلّ على الملكيه الحقيقيه أو التنزيليه أو ثبوت الولاية المطلقه . وعلى فرض ثبوتها أيضاً لا تدلّ على جواز سبّه ، لما مرّ منّا من عدم جواز سبّ السيد عبده .

ص: ٢٠٠

الباب المذكور ، وخبر عبيد بن زرارہ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٥ فراجع وسائل الشيعه ٢٠ / ٢٩٠ .

ورابعاً: السيره وإن كانت عند بعض المتشرعه موجوده ولكن دون إثباتها عند الجميع مع الإلتفات والإتصال الى زمن المعصومين عليهم السلام خرط قتاد .

وخامساً: الإطلاقات الوارده فى الأدله تشمل الوالد ، فلا يجوز له سب أولاده .

نعم ، للوالد جواز تأديب الولد الصغير بالضرب ، ولكن التعدى من الضرب إلى

السب (١) - بأن فى السب أيضاً نوعاً من التأديب - ومن الولد الصغير إلى الكبير بجريان الاستصحاب فى الأخير مشكلاً . مضافاً إلى انحصار الدليل حينئذٍ فى فرض التأديب فقط .

## ٨ - التظلم

يجوز للمظلوم سب الظالم فى مقام التظلم والوصول الى حقه ، وتدلّ عليه قوله تعالى فى الآيه الكريمة : «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ» (٢) ، لأنّ السبّ يدخل فى القول بالسوء وجوزه الآيه الشريفه جهراً . وقد مرّ منا الكلام فيها فى الاستدلال على حرمة السبّ بكتاب الله تعالى .

ولذا قال جدنا الشيخ جعفر : « ويقوى جوازه (أى جواز السب) فى خصوص الظالمين » (٣) .

## ٩ - يجوز السبّ لدفع المنكر والحفظ عن الضرر :

إذا كان المنكر أعظم فساداً وحرمة من السبّ ، والضرر يكون فاحشاً وقابلاً للملاحظه بحيث لا يتحمّله عادةً ونوعاً يجوز السبّ بقاعده التراحم وخوف الوقوع فى الفتنة وأدله نفي الضرر والخرج . أفتى بذلك الشيخ جعفر قدس سره فى شرحه على القواعد (٤) .

## ١٠ - التقيه :

يجوز السبّ للتقيه لعموم أدلتها كما فى صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال : التقيه فى

ص: ٢٠١

١- (١) كما مال إليه المحقق الإيروانى قدس سره فى حاشيته على المكاسب ١ / ١٦٨ وشيخنا الأستاذ - مدظله - فى إرشاد الطالب ١ / ١٦٢ .

٢- (٢) سوره النساء / ١٤٨ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٥ .



كُلُّ ضروره ، وصاحبها أعلم بها حين تنزل به (١) .

وصحيحه الفضلاء قالوا : سمعنا أبا جعفر عليه السلام يقول : التقيه في كلِّ شيءٍ يضطر إليه ابن آدم فقد أحله الله له (٢) .

والحاصل ، أدله التقيه وعموماتها حاكمه على أدله حرمة السبِّ ، فلا حرمة للسب عند التقيه كما قال الشيخ جعفر قدس سره : « ويغتفر للتقيه» (٣) .

نعم ، أربع موارد يُستثنى من عمومات التقيه فلا تقيه فيها ، نحو : الدماء ، والمسح على الخفين ، وشرب النبيذ والمسكر ، والتبري من مولانا وسيدنا وإمامنا أمير المؤمنين عليه السلام . والبحث موكول إلى محلّه ، فراجع إن شئت إلى ما حررناه في رسالتنا في بحث التقيه . والله سبحانه هو العالم بأحكامه الطاهره والحمد لله أولاً وآخراً .

ص: ٢٠٢

- 
- ١- (٥) وسائل الشيعه ١٦ / ٢١٤ ح ١ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهي .
  - ٢- (٦) وسائل الشيعه ١٦ / ٢١٤ ح ٢ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهي .
  - ٣- (٧) شرح القواعد ١ / ٢٣٥ .

ينبغي البحث عن السحر فى ضمن مقامات :

### المقام الأول : موضوعه

لابد لتعيين موضوع السحر إلى مراجعه كلمات أهل اللغة والفقهاء ، فلذا نقول :

قال أحمد بن فارس : « سحر ، السين والحاء والراء أصول ثلاثه متباينه : أحدها عضو من الأعضاء ، والآخر خدع وشبهه ، والثالث وقت من الأوقات ... .

وأما الثانى فالسحر ، قال قومٌ : هو إخراج الباطل فى صورته الحق ، ويقال : هو الخديعه ، واحتجوا بقول القائل :

فإن تسألينا فيم نحن فإتنا عسافير من الأنام المسحر

كأنه أراد المخدوع الذى خدعته الدنيا وغرته ، ويقال المسحر الذى جعل له سحر ، ومن كان ذا سحر (١) لم يجد بدأ من مطعم ومشرب ... «(٢) .

وقال الزمخشري : « س ح ر - كل ذى سحر أو سحر يتنفس ، وهو الرئه .

ومن المجاز : سحره وهو مسحور وإنه لمسحر : سحر مره بعد أخرى حتى تحبل عقله ، «إنما أنت من المسحرين» ، وأصله من سحره إذا أصاب سحره ... وجاء فلان بالسحر فى كلامه ، وفى الحديث : إن من البيان لسحراً ، والمرأه تسحر الناس بعينها ، ولها عين ساحره ولهن عيون سواحر . ولعب الصبيان بالسحاره ، وهى لُعبه فيها خيط يخرج من جانب على لون ومن جانب على لون ، وأرض ساحره السراب ... وعنز مسحوره قليله اللبن ، وأرض مسحوره :

ص: ٢٠٣

١- (١) سحر: أى أجوف .

٢- (٢) معجم مقاييس اللغة ٣ / ١٣٨ .

لا تُنبِت ، سَحَرْتُهُ عن كذا : صرفته»(١).

وقال ابن منظور : « سحر : الأزهرى : السَّحْرُ عَمِلٌ تُقَرَّبُ فِيهِ إِلَى الشَّيْطَانِ وبمعونه منه ، كلَّ ذلك الأمر كينونه للسحر ، ومن السحر الأخذه التي تأخذ العين حتى يُظَنَّ أَنَّ الأمر كما

يُرى وليس الأصل على ما يُرى ، والسَّحْرُ : الأَخْذُ ، وكلَّ ما لَطَفَ مَأْخُذُهُ ودَقَّ فهو سحرٌ ... قال : الأزهرى : وأصل السَّحْرِ صَرْفُ الشَّيْءِ عن حقيقته إلى غيره ، فكأنَّ السَّاحِرَ لما أَرَى الباطل في صورته الحقَّ وَخَيَّلَ الشَّيْءِ على غير حقيقته ، قد سحر الشَّيْءِ عن وجهه أى صرفه ... وقال يونس : تقول العرب للرجل ما سَحَرَكَ عن وجه كذا وكذا أى ما صرفك عنه ؟ وما سَحَرَكَ عَنَّا سَحْرًا أى ما صرفك ... ؟ »(٢).

وقال الفيروزآبادى : « والسَّحْرُ بالكسر : كلَّ ما لطف مأخذه ودقَّ ، والفعلُ كَمَنَعَ ... »(٣).

قال الطريحي : « سَمِيَ السَّحْرُ سَحْرًا لِأَنَّهُ صَرَفٌ عَنِ جِهَةِ ، وَقِيلَ : مِنَ السَّحْرِ أَيْ سَحَرْتَ فَخَوَّلْتَ عَقْلَكَ وَمَدَّ ... وَالسَّحْرُ بِالكسر فالسكون : كلام أو رقيه أو عمل يؤثر في بدن الإنسان أو قلبه أو عقله ، وقيل : لا حقيقه له ولكنّه تخيّل . وقد اختلف العلماء في القدر الذى يقع به السحر ، فقال بعضهم : لا يزيد تأثيره على قدر التفرق بين المرء وزوجه لأنَّ الله تعالى ذكر ذلك تعظيمًا لما يكون عنده وتهويلًا له فى حَقِّنا ، فلو وقع به أعظم منه لذكره ، لأنَّ المَثَلَ لا يُضْرَبُ عند المبالغة إلاَّ بأعلى الأحوال ، والأشعريّه على ما نُقل عنهم أجازوا ذلك ، وفى الحديث : حلّ ولا تعقد ، وفيه دلالة على أنّ له حقيقه ، ولعلّه أصح و ... »(٤).

قال فى المنجد : « السَّحْرُ : مصدر ، ما لطف مأخذه ودقَّ . إخراج الباطل فى صورته الحقَّ . ما يفعله الإنسان من الحيل ، ومنه « إنَّ من البيان لسحراً » . الفساد .

ما يستعان فى تحصيله بالتقريب من الشيطان ممّا لا يستقل به الإنسان ، جمعه أسحار

ص: ٢٠٤

١- (٣) أساس البلاغه / ٢٠٤ .

٢- (١) لسان العرب / ٦ / ١٨٩ .

٣- (٢) القاموس فى اللغه / الطبع الحجرى من دون الرقم .

٤- (٣) مجمع البحرين / ٢٦٥ الطبع الحجرى .

وسُحور . السِّحْرُ الكلامى : غرابه الكلام ولطافته المؤثره فى القلوب المحوِّله إياها من حالٍ إلى حالٍ كالسحر»(١) .

أقول : كأنَّ صاحب المنجد قد جمع فيه بين أقوال اللغويين .

وقال الشريف المرتضى : « السحر : تخيل ما ليس له حقيقه كالحقيقه يتعذر على مَنْ لا يعلم وجه الجمله فيه»(٢) .

وقال الشيخ الطوسى فى تفسيره : « السحر والكهانه والحيله نظائرٌ ، يقال : سحره يسحره سحراً ، أسحرنا أسحاراً ، وسحره تسحيراً . قال صاحب العين : السحر عمل يقرب إلى الشيطان . كلُّ ذلك يكتبونه السحر . ومن السحر : الأخذة التى تأخذ العين حتّى يظن أنَّ الأمر كما ترى وليس الأمر كما ترى ، والجمع : الأخذ .

والسحر البيان من اللفظ كما قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم « إنَّ من البيان لسحراً »... وأصل الباب الخفاء ، والسحر قيل : الخفاء سببه توهم قلب الشىء عن حقيقته ، كفعل السحره فى وقت موسى لَمَّا أوهموا أنَّ العصا والجبال صارت حيواناً ، فقال : «يُخَيِّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى»(٣)(٤) .

ثم قال بعد صفحه : « وقيل فى معنى السحر أربعة أقوال :

أحدها : أنه خُدع ومخاريق وتمويهات لا حقيقه لها ، يخيل إلى المسحور أنَّ لها حقيقه .

والثانى : أنه أخذ بالعين على وجه الحيله .

و الثالث : أنه قلب الحيوان من صورته إلى صورته ، وإنشاء الأجسام على وجه الاختراع ، فيمكن للساحر أن يقلب الإنسان حماراً وينشئ أجساماً .

والرابع : أنه ضرب من خدمه الجن ، كالذى يمسك له التجدل فيصرع .

وأقرب الأقوال الأول : لأنَّ كلَّ شىءٍ خرج عن العاده الخارقه فإنَّه لا يجوز أن يتأتى

ص: ٢٠٥

١- (٤) المنجد / ٣٣١ .

٢- (٥) رساله الحدود والحقائق المطبوعه ضمن رسائل الشريف المرتضى ٣ / ٢٧٢ .

٣- (١) سوره طه / ٦٦ .

٤- (٢) التبيان ١ / ٣٧٢ و ٣٧٣ .



من الساحر . ومن جَوَزَ للساحر شيئاً من هذا فقد كفر ، لأنه لا يمكنه مع ذلك العلم بصحة المعجزات الداله على النبوات ، لأنه أجاز مثله من جهه الحيله والسحر»(١).

وذكر نظير البيان الأوّل الطبرسى فى مجمع البيان ١ / ١٧٠ .

ويأتى كلام الشيخ فى المبسوط والخلاف آنفاً .

قال الفخر الرازى فى تفسيره فى معنى السحر : « ذكر أهل اللغة أنه فى الأصل عبارته عمّا لطف وخفى سببه ... ثم قال بعد أسطر : أعلم أنّ لفظ السحر فى عرف الشرع مختص بكلّ أمر يخفى سببه ويتخيّل على غير حقيقته ويجرى مجرى التمويه والخداع ، ومتى أطلق ولم يقيد أفاد ذم فاعله ، قال تعالى : «سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ» ، يعنى موهوا عليهم حتّى ظنوا أنّ حبالهم وعصيتهم تسعى ، وقال تعالى «يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى» ، وقد يُستعمل مقيداً

فيما يمدح ويحمد ... فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « إنّ من البيان لسحراً » ، فسمى النبى صلى الله عليه وآله وسلم بعض البيان سحراً لأنّ صاحبه يوضح الشىء المشكل ويكشف عن حقيقته بحسن بيانه وبلغ عبارته....»(٢).

ثمّ تعرض بعد أسطر لأقسام السحر فى ستة عشر صفحة من تفسيره(٣) ونقل عنه العلامة المجلسى فى بحار الأنوار(٤) وذكره مختصراً فى الجواهر(٥) . وزعم الشيخ الأعظم قدس سره (٦) أنّ هذا التقسيم من المجلسى حيث نسبته إليه وبين حكمها ، وتبعه المحقق الخوئى فى مصباح الفقاهه(٧) . وحيث أنّ التقسيم من الفخر الرازى وليس بتمام عندنا لم نتعرض إليه وإلى حكمه كما ردّه المجلسى قدس سره بلا فصل بعد ختام نقله منه وقال : « وإنّما أوردت أكثر كلامهم فى هذا المقام

ص: ٢٠٦

١- (٣) التبيان ١ / ٣٧٤ .

٢- (١) التفسير الكبير ٣ / ٢٠٥ .

٣- (٢) التفسير الكبير ٣ / (٢٢٢ - ٢٠٦) .

٤- (٣) بحار الأنوار ٥٦ / (٣١٠ - ٢٧٧) - (٢٢ / ٦٧٤ - ٦٥٤) - كلاهما من طبع بيروت .

٥- (٤) الجواهر ٢٢ / (٨٤ - ٨١) .

٦- (٥) المكاسب المحرمه / ٣٣ الطبع الحجرى - (١ / ٢٦٢ و ٢٦٣) .

٧- (٦) مصباح الفقاهه ١ / (٢٩٢ - ٢٨٨) .

مع طوله واشتماله على الزوائد الكثيره لمناسبته لما سيأتى فى بعض الأبواب الآتية ، ولتطلع على مذاهبهم الواهيه فى تلك الأبواب»(١).

قال الشيخ الطوسى فى المبسوط : « السحر له حقيقه عند قوم ، وهو أنّ الساحر يعقد ويرقى ويسحر فيقتل ويمرض ويكوع الأيدى ويفرّق بين الرجل وزوجته ، ويتفق له أن يسحر بالعراق رجلاً بخراسان فيقتله . وقال قوم : لا حقيقه له ، وإنما هو تخيل وشعبده ، وهو الذى يقوى فى نفسى ، وفى رواياتنا أنّ السحر له حقيقه لكن ما ذكروا تفصيله كما ذكره الفقهاء . ولا خلاف بينهم أنّ تعليمه وتعلمه وفعله محرّم ، لقوله تعالى : «وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ» فذمّ على تعليم السحر ... »(٢).

وقال فى الخلايف : « السحر له حقيقه ، ويصح منه أن يعقد ويرقى ويسحر فيقتل ويمرض ويكوع الأيدى ويفرّق بين الرجل وزوجته ، ويتفق له أن يسحر بالعراق رجلاً بخراسان فيقتله عند أكثر أهل العلم أبى حنيفه وأصحابه ومالك والشافعى . وقال أبو جعفر الأسترآبادى من أصحاب الشافعى : لا حقيقه له ، وإنما هو تخيل وشعبده ، وبه قال المغربى

من أهل الظاهر ، وهو الذى يقوى فى نفسى ، ويدلّ على ذلك قوله تعالى مخبراً فى قصه فرعون والسحره : «فَإِذَا جَاءَهُمْ وَعَصِيَّتُهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى \* فَأَوْجَسَ فِي نَفْسِهِ خِيفَةً مُوسَى»(٣) وذلك أنّ القوم جعلوا من الحبال كهيهه الحيات ، وطلوا عليها الزبيق وأخذ الموعد على وقت تطلع فيه الشمس ، حتى إذا وقعت على الزبيق تحرك فخيّل لموسى أنها حيات تسعى ولم يكن لها حقيقه ، وكان هذا فى أشدّ وقت السحر ، فألقى موسى عصاه فأبطل عليهم السحر فأمنوا به . وأيضاً فإنّ الواحد منّا لا يصحّ أن يفعل فى غيره ، وليس بينه اتصال ، ولا اتصال بما اتصل بما فعل فيه ، فكيف يفعل من هو ببغداد فى من هو بخراسان وأبعد منها ؟ ولا ينفى هذا قوله تعالى : «وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ»(٤) لأنّ ذلك لا

ص:٢٠٧

١- (٧) بحار الأنوار ٥٦ / ٣١٠ (٢٢ / ٦٧٤) .

٢- (٨) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .

٣- (١) سوره طه / ٦٦ و ٦٧ .

٤- (٢) سوره البقره / ١٠٢ .

يمنع منه ، و إنما الذى منعنا منه أن يؤثر التأثير الذى يدعونه ، فأما أن يفعلوا ما يتخيل عنده أشياء فلا يمنع منه ... «(١) .

وقال العلامة الحلى فى التذكرة : « تعلم السحر وتعليمه حرام ، وهو كلام يتكلم به أو يكتبه أو رقيه (٢) أو يعمل شيئاً [ يؤثر ] فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشره . وهل له حقيقه ؟ قال الشيخ : لا إنما هو تخيل ، وعلى كل تقدير لو استحله قتل . ويجوز حل السحر بشيء من القرآن أو الذكر والأقسام (٣) ، لا بشيء منه ... «(٤) .

وذكر نحو ذلك فى التحرير (٥) والقواعد (٦) مع اختيار قول الشيخ فى الأخير بأن ليس للسحر حقيقه وإنما هو تخيل .

وقال ولده فخر المحققين فى الإيضاح : « المراد بالسحر استحداث الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانية أو بالإستعانه بالفلكيات فقط ، أو على سبيل تمزيج القوى السماويه بالقوى الأرضيه ، أو على سبيل الإستعانه بالأرواح الساذجه . وقد خص أهل المعقول الأول باسم السحر والثانى بدعوه الكواكب والثالث بالطلسمات والرابع بالعزائم ، وكل ذلك محرم فى

شريعة الإسلام ومستحله كافر . أما على سبيل الاستعانه بخواص الأجسام السفليه فهو علم الخواص أو الاستعانه بالنسب الرياضيه وهو علم الحيل وجزّ الأثقال ، وهذان النوعان الأخيران ليسا من السحر . إذا عرفت ذلك فنقول : اختلف الفقهاء فى أنّ السحر - لا- بمعنى دعوه الكواكب ، فإنّ الكواكب لا تأثير لها قطعاً - هل له حقيقه (أى تأثير) أو تخيل لا حقيقه له ، بمعنى عدم التأثير ، ذهب بعضهم إلى الأول وآخرون إلى الثانى ، ومأخذ القولين قوله

ص: ٢٠٨

١- (٣) الخلاف ٥ / ٣٢٧ المسأله ١٤ .

٢- (٤) رقيه بضم الراء : العوده كما فى جامع المقاصد ٤ / ٢٩ .

٣- (٥) الأقسام : بفتح الهمزه جمع قُسم ، ولا تمتنع قراءته بكسرها على أنه مصدر أقسم . كما فى جامع المقاصد ٤ / ٣٠ .

٤- (٦) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٤ المسأله ٦٥٠ .

٥- (٧) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ المسأله ٣٠٢٠ .

٦- (٨) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .

تعالى : «فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ» (١) الآية . ثم تصدى للنقص قدس سره فى النقض والإيرام فى أدله الطرفين بوجه تام وقال فى آخر كلامه : - واعلم أنّ الحقّ عندى أنه لا- تأثير له ولا حقيقته» (٢) .

وقال الشهيد : « تحرم الكهانه والسحر بالكلام والكتابه والرقيه والدخنه بعقاير الكواكب وتصفيه النفس والتصوير والنفت والأقسام والعزائم بما لا يفهم معناه ويضّر بالغير فعله ، ومن السحر الاستخدام للملائكة والجنّ والاستئزال للشياطين فى كشف الغائب وعلاج المصاب .

ومنه : الاستحضار بتلبس الروح ببدن منفعل كالصبي والمرأه وكشف الغائب عن لسانه ، ومنه : النيرنجيات ، وهى إظهار غرائب خواص الإمتزاجات وأسرار التيرين ، وتلحق به الطلسمات ، وهى تمزيج القوى العالیه الفاعله بالقوى السافله المنفعله ليحدث عنها فعل غريب . فعمل هذا كله والتكسب به حرام ، أمّا علمه ليتوقّى أو لئلا يعتريه فلا ، وربّما وجب على الكفايه ليدفع المتنبىء بالسحر ، ويقتل مستحلّه ، ويجوز حلّه بالقرآن والذكر والإقتسام لا به ، وعليه يحمل روايه العلا بحلّه (٣) . والأكثر على أنه لا حقيقه له بل هو تخيّل ، وقيل : أكثره تخيّل وبعضه حقيقى لأنّه تعالى وصفه بالعظمه فى سحره فرعون . ومن التخيّل السيميا وهى إحداث خيالات لا وجود لها فى الحس للتأثير فى شىء آخر وربّما ظهر إلى الحس ...» (٤) .

وقال ثانى الشهيدين فى تعريف السحر : « هو كلام أو كتابه أو رقيه أو أقسام أو عزائم

ص: ٢٠٩

١- (١) سورة البقره / ١٠٢ .

٢- (٢) إيضاح الفوائد / ١ (٤٠٧ - ٤٠٥) .

٣- (٣) وهى هذه الروايه : العلا عن محمد بن مسلم قال : سألته عن المرأه يعمل لها السحر يحلّونه عنها ؟ قال : لا أرى بذلك بأساً . مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٣٧ والجواهر ٢٢ / ٧٦ ولكن نجدها فى الجوامع الحديثيه . والروايه مرسله سنداً .

٤- (٤) الدروس الشرعيه ٣ / ١٦٤ طبع جماعه المدرسين وفيه أغلاط مطبعيه صححناها بما نقله عنه فى بحار الأنوار ٦٠ / ٣٠ (٢٤) / (٢٥٣) .

ونحوها يحدث بسببها ضرر على الغير ، ومنه عقد الرجل عن زوجته بحيث لا- يقدر على وطئها وإلقاء البغضاء بينهما ، ومنه استخدام الملائكة والجن واستنزال الشياطين فى كشف الغائبات وعلاج المصاب واستحضارهم وتلبسهم ببدن الصبى أو امرأه وكشف الغائب على لسانه ... «(١)» .

وقال جدنا الفقيه الشيخ جعفر بعد الإشكال فى التعاريف الماضيه وأنّ المرجع فيه إلى العرف العام أنه : « عبارته عن إيجاد شىء تترتب عليه آثار غريبه وأحوال عجيبه بالنسبه إلى العادات ، بحيث تشبه الكرامات وتوهم أنّها من المعاجز المثبتة للنبوات من غير استناد إلى الشرعيات بحروز أو أسماء أو دعوات أو نحوها من المآثورات(٢) . وأما ما أخذ من الشرع كالعوذ والهيكل وبعض الطلسمات فليست منه بل هى بعيده عنه ... «(٣)» .

واعترض عليه فى الجواهر بعد نقل تعريفه : « ... لكنّه كما ترى لا- يرجع إلى محصّل ، وأين العرف العام وتمييز جميع أقسام السحر الذى هو علم عظيم طويل الذيل كثير الشعب لا يعرفه إلاّ الماهرون فيه ؟ ! وليس مطلق الأمر الغريب سحراً ، فإنّ كثيراً من العلوم كعلم الهيئه والجفر والترازيه - وهو أسرار الجفر - وغيرها يظهر من العالم بها بعض الآثار العجيبه الغريبه ، و يكفيك ما يصنعه الأفرنج فى هذه الأزمنه من الغرائب ، ولسيت هى من السحر الحرام قطعاً «(٤)» .

وقال النراقى : « والذى يظهر من العرف والتتبع فى موارد الاستعمال أنّه عمل يوجب حدوث أمر منوط بسبب خفى غير متداول عادة ، لا بمعنى أنّ كلّما كان كذلك هو سحر ، بل بمعنى أنّ السحر كذلك .

وتوضيح ذلك : أنّ ذلك تاره يكون بتقويه النفس وتصفيته حتى يقوى على مثل ذلك العمل ، كما هو دأب أهل الرياضه ، وعليه عمل أهل الهند .

ص: ٢١٠

١- (١) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٨ .

٢- (٢) أى المآثورات عند السحره .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٤٣ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٨١ .

وأخرى : باستعمال القواعد الطبيعيّة أو الهندسيه أو المداواه العلاجيّه ، وهو المتداول عند الأفرنجيين .

وثالثه : تسخير روحانيّات الأفلاك والكواكب ونحوها ، وهو المشهور عن اليونانيين والكلدانيين .

ورابعه : بتسخير الجنّ والشياطين .

وخامسه : بأعمال مناسبة للمطلوب ، كتمثيل أو نقوش أو عُقد أو نُفث أو كُتب منقسماً إلى رُقيه (١) وعزيمه (٢) أو دُخنه (٣) في وقت مختار ، وهو المعروف عن النبط .

وسادسه : بذكر أسماء مجهوله المعاني وكتابتها بترتيب خاص ، ونسب ذلك إليالنبط والعرب .

وسابعه : بذكر ألفاظ معلومه المعاني غير الأدعيه .

وثامنه : بالتصرف في بعض الآيات أو الأدعيه أو الأسماء ، من القلب أو الوضع في اللوح المربّع ، أو مع ضمّه مع عمل آخر من عقد أو تصوير أو غيرهما .

وتاسعه : بوضع الأعداد في الألواح .

ولا شك في عدم كون الأوّلين سحراً ، كما أن الظاهر كون الخامس سحراً والبواقي مشتبهه ، والأصل يقتضى فيها الإباحه ، إلّا ما علّمت حرّمته من جهه الإجماع ، كما هو الظاهر في التسخيرات» (٤) .

أقول : لا بدّ من أن يؤخذ موضوع السحر وتعريفه من العرف ، كما اعترف بذلك العلامة الحلّي في المنتهى (٥) وتبعه غيره من الأعلام ، نحو الشيخ جعفر (٦) والنراقى (٧) والمؤسس

ص: ٢١١

١- (١) الرُقيه : العُودَه .

٢- (٢) عزيمه ، جمعه العزائم : الرقى .

٣- (٣) دخنه : ذريه تدخّن بها البيوت .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١١٥ و ١١٤ .

٥- (٥) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ طبع الحجرى .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٤٣ .

٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١١٤ .

وإشكال صاحب الجواهر رحمه الله بأن « ... أين العرف العام وتمييز جميع أقسام السحر الذي هو علم عظيم طويل الذيل ، كثير الشعب لا- يعرفه إلا الماهرون فيه ؟ ! » (٢) في غير محله ، لأن أخذ الموضوع والتعريف من العرف لا- يوجب أن يكون العرف العام وأصحابه من

السَّحَره العالمين به ، كما أن العرف يعرفون الطبيب والطب وليسوا أطباء ولا عارفين به .

والذي يظهر من مراجعه العرف وكلمات أهل اللغة والفقهاء أن المراد بلفظ « السحر » مترادفه بالفارسيه « جادو » هو : كلُّ أمرٍ يوجب قلب الشيء عن واقعه وحقيقته ويخرج الباطل في صورته الحق على سبيل الخديعه ، ويكون مأخذه ما لطف ودقَّ بحيث لا يظهر لكلِّ أحدٍ بل يخفى سببه . ويمكن أن يكون بالتأثيرات النفسانيه أو بمعونه الشياطين والأجنه أو بتلبس روح ببدنٍ منفعلٍ أو غيرها ، سواء كان بكلامٍ أو كتابٍ أو زُقيهِ أو عزيمةٍ أو قسمٍ أو دُخنِه أو نقشٍ أو عقدٍ أو نفثٍ أو عددٍ أو لوحٍ أو عملٍ ، ويحدث بسببه ضررٌ على الغير غالباً ، أو أمرٌ خارق للعادة أو أثرٌ غريبٌ أو حالٌ عجيبٌ ونحوها .

وهذا التعريف ليس بالحدِّ والرسم التامين ، ولكن يدخل فيه أكثر موارد السحر ومصاديقه ، وهذا يكفي في صحه التعريف المأخوذ من العرف ظاهراً .

ويظهر من التعريف أن للسحر أثراً عجيباً أو يترتب عليه أمرٌ أو حالٌ غريبٌ أو ضررٌ على الغير بنحو يخرق العاده ، كما يعقد الرجل عن وطء زوجته أو يلقي البغضاء بينهما أو يلقي المحبّه الشديده أو التعشق بين الرجل والمرأه الأجنبيّين أو الإختلال في عقل الرجل أو عاطفه المرأه أو بدنهما ونحوها .

وبعد ثبوت الأثر للسحر فالبحث عن كونه حقيقه أو تخيّل لا فائده فيه ، والعمده حينئذ أثره لا مؤثره ، سواء كان المؤثر أمراً خيالياً أو حقيقياً .

نعم ، لا يكون البحث عن مؤثره ساقطاً عن الإعتبار ، ويكون نزاعاً لفظياً ، كما عليه

ص: ٢١٢

١- (٨) المكاسب المحرمه / ١٤٨ لآيه الله الشيخ محمد على الأراكي قدس سره .

٢- (٩) الجواهر ٢٢ / ٨١ .

بعض (١)، وتعريفنا من السحر يجتمع مع المسلكين : الحقيقيه والخيال ، لأنَّ الأمر المأخوذ فيه يشملهما .

ذهب إلى مسلك خياليه السحر جماعه من العامه ، نحو : أبي جعفر الأسترابادى من أصحاب الشافعى والمغربى من أهل الظاهر - كما نقل عنهما الشيخ فى الخلاف (٢) - والفخر الرازى (٣) و البيضاوى (٤) والواحدى (٥) - كما نقل عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٦) -

وغيرهم .

ومن الخاصه : الشريف المرتضى (٧) والشيخ فى الخلاف (٨) والمبسوط (٩) والتفسير (١٠) والعلامه فى كتبه : المنتهى (١١) والتذكره (١٢) والقواعد (١٣) والتحرير (١٤) وولده فى الإيضاح (١٥) .

ومن المتأخرين : المحقق الإيروانى (١٦) وتبعه المحققون الخوئى (١٧)

ص: ٢١٣

- ١- (١) هو الفقيه السيد عبد الأعلى السبزوارى فى مهذب الأحكام ١٦ / ١٠٠ .
- ٢- (٢) الخلاف ٥ / ٣٢٧ .
- ٣- (٣) التفسير الكبير ٣ / ٢٠٥ .
- ٤- (٤) أنوار التنزيل ١ / ٣٦٣ .
- ٥- (٥) تفسير الواحدى ١ / ٣٤٨ المطبوع فى حاشيه تفسير الطبرى .
- ٦- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٣١ .
- ٧- (١) رساله الحدود والحقائق المطبوعه ضمن رسائل الشريف المرتضى ٣ / ٢٧٢ .
- ٨- (٢) الخلاف ٥ / ٣٢٨ .
- ٩- (٣) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .
- ١٠- (٤) التبيان ١ / ٣٧٤ .
- ١١- (٥) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ الطبع الحجرى .
- ١٢- (٦) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .
- ١٣- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .
- ١٤- (٨) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ .
- ١٥- (٩) إيضاح الفوائد ١ / ٤٠٧ .
- ١٦- (١٠) حاشيه المكاسب ١ / ١٧٠ .
- ١٧- (١١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٨٦ .



وذهب إلى مسلك حقيقه السحر أو حقيقه بعضه أو التشكيك في خياليته ، أكثر العامه ، نحو : أبي حنيفه وأصحابه ومالك والشافعي - كما نقل عنهم الشيخ في الخلاف (٣) - .

وبعض الخاصه ، نحو : الشهيد في الدروس (٤) والكركي في جامع المقاصد (٥) وثاني الشهيدين في المسالك (٦) والأردبيلي في مجمع الفائده (٧) والمجلسي في بحار الأنوار (٨) وكاشف الغطاء في شرح القواعد (٩) والنراقي في المستند (١٠) والعاملي في مفتاح الكرامه (١١) وصاحب

الجواهر (١٢) وتلميذه السيد علي آل بحر العلوم في برهان الفقه (١٣) وشيخنا الأستاذ (١٤) - مدظله - .

والحقّ : أنّ لبعض موارد السحر واقعيه وحقيقه ، كما أنّ بعض موارد من قبيل التخيل والتوهم ، والكلّ متفق بثبوت الأثر للسحر كما مرّ منّا .

ولذا قال الشهيد الثاني : « الحقّ أن تأثيره في بدن المسحور أمر محقق لا شبهه فيه ، نعم

ص: ٢١٤

- ١- (١٢) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٩ .
- ٢- (١٣) عمدته المطالب ١ / ٢٢٣ .
- ٣- (١٤) الخلاف ٥ / ٣٢٧ .
- ٤- (١٥) الدروس الشرعيه ٣ / ١٦٤ .
- ٥- (١٦) جامع المقاصد ٤ / ٣٠ .
- ٦- (١٧) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٨ .
- ٧- (١٨) مجمع الفائده ٨ / ٧٨ .
- ٨- (١٩) بحار الأنوار ٦٠ / ٣٩ (٢٤ / ٢٦٠) .
- ٩- (٢٠) شرح القواعد ١ / ٢٤٤ .
- ١٠- (٢١) مستند الشيعة ١٤ / ١١١ .
- ١١- (٢٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٣٢ .
- ١٢- (١) الجواهر ٢٢ / ٨٧ .
- ١٣- (٢) برهان الفقه ، كتاب التجاره / ٢٩ الطبع الحجري .
- ١٤- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٦٣ .

كونه موهماً لحيات تسعى ونحوه تخييل ، وبهذا يجمع بين الأدله الداله على الطرفين مع ضعف دلاله كثير منها»(١) .

ويؤيد ما ذكرنا : خبر عيسى بن سيفى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال : حلّ ولا تعقد(٢) .

وخبر الصدوق فى العيون بإسناده عن الرضا عليه السلام فى حديث : «وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَائِكِينَ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ» يتعلمون من هذين الصنفين ما يفرّقون به بين المرء وزوجه ، هذا ما يتعلم الإضرار بالناس ، يتعلمون التضريب بضروب الحيل والتمائم والإيهام ، وأنه قد دفن فى موضع كذا وعمل كذا ليحبب المرأه إلى الرجل والرجل إلى المرأه ويؤدى الى الفراق بينهما ، فقال عز وجل : «وَمَا هُمْ بِضَّارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ» أى ما المتعلمون بذلك بضارين من أحد إلا بإذن الله ، يعنى بتخليه الله وعلمه ، فإنه لو شاء لمنعهم بالجبر والقهر ، الحديث(٣) .

ومرسله الرضى رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : العين حقٌ ، والرّقى حقٌ ، والسحر حقٌ ، والفأل حقٌ ، والطيره ليست بحقٌ ، والعدوى(٤) ليست بحقٌ والطيب نُشْرَةٌ والعسل نشره والنظر إلى الخضره نشره(٥) .

ومرسله الطبرسى رفعه إلى الصادق عليه السلام أنه قال فى حديث طويل : إنّ السحر على وجوه شتى ، وجه منها بمنزله الطب ، كما أنّ الأطباء وضعوا لكلّ داءٍ داءً فكذلك علم السحر ، احتالوا لكلّ صحه آفه ولكلّ عافيه عاهه ولكلّ معنى حيله ، الحديث(٦) .

وبما ذكرنا من التعريف يظهر الفوارق الرئيسيه بين السحر والمعجزه والكرامه ، لأنّ المعجزه والكرامه لا خدعه فيهما ، ولا يخرجان الباطل فى صورته الحقّ ، ولا يكونان بمعونه

ص: ٢١٥

١- (٤) فوائد القواعد / ٥١٨ .

٢- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٤٥ ح ١ . الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٦) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١ / ٢٦٦ ح ١ ونقل مختصره فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٤٧ ح ٤ .

٤- (٧) انتقال المرض من مريض إلى سليم .

٥- (٨) نهج البلاغه الحكمه ٤٠٠ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٦٤ ح ٧ .

٦- (٩) الاحتجاج ٢ / ٣٣٩ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٦٦ ح ١٠ .

الشياطين والأجنه ، بل إنهما على سبيل الحقيقة وإراءه الواقع واقعاً والحق حقاً ، وكل من تعلم السحر يمكن أن يأتي به ، وأنهما ليسا بالتعلم والتلمذ ، فالسحر علم والمعجزه والكرامه إظهار القدره لله تعالى على يد أنبيائه وأوليائه عليهم السلام إذا كانت المصلحه تقتضيهما . فالفرق بين السحر وبينهما أساسى ورئيسى وسنخى ، ولا يتشبهما الناس بالسحر ولا السحره بهم . ولذا حيث رأى السحره إعجاز عصا موسى ، يقول الله تعالى عنهم : «وَأَلْقَى السَّحْرَهُ سَاجِدِينَ \* قَالُوا آمَنَّا بِرَبِّ الْعَالَمِينَ \* رَبِّ مُوسَى وَهَارُونَ»(١) . والتفصيل مؤكول إلى علم الكلام .

تنبيه : قال العلامة السيد محمد حسين الطباطبائي قدس سره ناقلاً عن شيخنا البهائي(٢) نور الله مرقده أنه قال : « أحسن الكتب المصنفة فى هذه الفنون (أى العلوم الغريبه) كتاب رأيتُه ببلده هرات اسمه (كله سر) ، وقد ركب اسمه من أوائل أسماء هذه العلوم : الكيمياء ، والليماء ، والهيمياء ، والسيمياء ، والريمياء» انتهى ملخص كلامه(٣) .

وقال صاحب الميزان فى تعريف هذه العلوم :

« ١ - الكيمياء : علم يبحث عن كيفية تبديل صور العناصر بعضها إلى بعض .

٢ - الليماء : علم يبحث عن كيفية التأثيرات الإراديه باتصالها بالأرواح القويّه العاليه ، كالأرواح الموكله بالكواكب والحوادث وغير ذلك بتسخيرها أو باتصالها واستمدادها من الجنّ بتسخيرهم ، وهو فن التسخيرات .

٣ - الهيمياء : العلم الباحث عن تركيب قوى العالم العلوى مع العناصر السفليه للحصول على عجائب التأثير ، وهو الطلسمات .

٤ - السيمياء : العلم الباحث عن تمزيج القوى الإراديه مع القوى الخاصه الماديه للحصول على غرائب التصرف فى الأمور الطبيعيه ، ومنه التصرف فى الخيال المسمى بسحر العيون ، وهذا الفن من أصدق مصاديق السحر .

٥ - الريم-ياء : العلم الباحث عن استخدام القوى الماديه للحصول على آثارها بحيث

ص: ٢١٤

١- (١) سورة الأعراف / (١٢٢ - ١٢٠) .

٢- (٢) راجع كشكوله ٣ / ٢٥٤ من منشورات لسان الصدق . قم المقدسه ، عام ٢٠٠٦ م .

٣- (٣) الميزان ١ / ٢٤٤ .

يظهر للحس أنها آثار خارقه بنحو من الأنحاء ، وهو الشعبذه» .

ثم ذكر بعض العلوم الملحقة بها مع تسميه بعض كتبه ، فراجعه إن شئت (١) .

هذا كله في المقام الأول - أعنى موضوع علم السحر - وأما حكمه :

## المقام الثاني : حكم السحر

### إشاره

تعليم السحر وتعلمه حرام بين المسلمين ، وتدللّ عليه الأدله الأربعة :

### الأول : الإجماع

قال الشيخ : « ولا - خلاف بينهم (أى بين الفقهاء من المسلمين) أن تعليمه وتعلمه وفعله محرّم ، لقوله تعالى : «وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ» (٢) فذمّ على تعليم السحر» (٣) .

وقال الأردبيلي : « فكأنّ تحريم السحر وتعليمه وتعلمه وأخذ الأجره عليه ... إجماع (إجماعى - خ ل) بين المسلمين» (٤) .

وقال المحقق السبزواري : « وعمل السحر والتكسب به حرام بلا خلافٍ » (٥) .

وقال البحراني في السحر ونحوه من القيافه والكهانه والشعبذه : « ولا خلاف في تحريم تعليم الجميع وأخذ الأجره عليه» (٦) .

وذكر الوحيد البهبهاني الإجماع على الحرمة في حاشيته على مجمع الفائده والبرهان (٧) . وقال السيد العاملي : « في الإيضاح والتفتيح بعد ذكر أقسامه : أنّ كلّ حرام في شريعته

ص: ٢١٨

١- (١) الميزان ١ / ٢٤٤ نقلتها مع اختلاف في الترتيب واختصار .

٢- (٢) سورة البقره / ١٠٢ .

٣- (٣) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .

٤- (٤) مجمع الفائده ٨ / ٧٨ .

٥- (٥) الكفايه ١ / ٤٤٠ .

٦- (٦) الحدائق ١٨ / ١٧١ .

٧- (٧) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٣٤ .

المسلمين ومستحلّه كافر» (١).

وقال فى الجواهر : « بلا خلاف أجدّه فى الجملة بين المسلمين فضلاً عن غيرهم ، بل هو من الضروريات التى يدخل منكرها فى سبيل الكافرين» (٢).

وقال الشيخ الأعظم : « السحر حرام فى الجملة بلا خلاف بل هو ضرورى» (٣).

وقال المؤسس الحائرى : « لا خلاف فى حرمة فى الجملة بين المسلمين ، بل هى من الضروريات التى يدخل منكرها فى عداد الكافرين» (٤).

وقال المحقق الخوئى : « لا خلاف فى حرمة السحر فى الجملة بل هى من ضروريات الدين ومما قام عليه إجماع المسلمين» (٥).

وقال الفقيه السبزوارى فى الاستدلال على حرمة السحر : « للنصوص والإجماع بل الضرورة من المذهب ، إن لم تكن من الدين» (٦).

أقول : الإجماع قائم على حرمة تعليم السحر وتعلّمه والعمل به وأخذ الأجره عليه بين المسلمين ، كما أفتى به الشيخ وقال : « تعلم السحر وتعليمه والتكسب به وأخذ الأجره عليه حرام محظور» (٧). ولكن هل هذا الإجماع مدركى أم لا ؟ الظاهر أنه نشأ من الأدلة التالية .

## الثانى : الكتاب

تدلّ على حرمة السحر آيات من الكتاب المجيد ، نحو :

قوله تعالى : « مَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا

ص : ٢١٨

١- (٨) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢٦ .

٢- (٩) الجواهر ٢٢ / ٧٥ .

٣- (١) المكاسب المحرمه / ٣٢ الطبع الحجرى ( ١ / ٢٥٧ ) .

٤- (٢) المكاسب المحرمه / ١٤٢ لشيخنا آيه الله الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٥- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٢٨٣ .

٦- (٤) مهذب الأحكام ١٦ / ٩٩ .

٧- (٥) النهايه / ٣٦٥ .

أَنْزَلَ عَلَى الْمَلَائِكَةِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ» (١).

وقوله تعالى : «وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُونَ» (٢) ، ثم قال تعالى بعد ثلاث آيات : «قَالَ مُوسَىٰ مَا جِئْتُمْ بِهِ السِّحْرُ إِنَّ اللَّهَ سَيُبْطِلُهُ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِلُّ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ» (٣) .

وقوله تعالى : «وَأَلْقَى مَا فِي يَمِينِكَ تَلْقَفْ مَا صَنَعُوا إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدٌ سَاحِرٍ وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُ حَيْثُ أَتَى» (٤) .

وظهور الآيات في الحرمة يكفينا عن التفسير والتقريب وتكثير الكلام .

### الثالث : السنة

الروايات المستفيضة بل المتواترة من السنة الشريفة تدلّ على حرمة السحر وتعليمه وتعلّمه والعمل به وأخذ الأجره عليه :

منها : صحيحه عبد العظيم الحسنى عن أبي جعفر الثانى الجواد عليه السلام فى حديث الكبائر : والسحر لأنّ الله عزّ وجل يقول : «وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ» (٥) ، الحديث (٦) .

ومنها : معتبره السكونى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ساحر المسلمين يُقتل وساحر الكفار لا يُقتل ، قيل : يا رسول الله لم لا يُقتل ساحر الكفار ؟ قال : لأنّ الشرك أعظم من السحر ، لأنّ السحر والشرك مقرونان (٧) .

ص: ٢١٩

١- (٦) سورة البقره / ١٠٢ .

٢- (٧) سورد يونس / ٧٧ .

٣- (٨) سورة يونس / ٨١ .

٤- (٩) سورة طه / ٦٩ .

٥- (١) سورة البقره / ١٠٢ .

٦- (٢) الكافى ٢ / ٢٨٥ ح ٢٤ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٢٦٩ ح ١١ .

٧- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٦ ح ٢ . الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به .

رواها الكليني أيضاً بسنده المعتبر في الكافي الشريف ٧ / ٢٦٠ ح (١).

ومنها : مصححه زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الساحر يُضرب بالسيف ضربةً واحدةً على أم رأسه (٢).

سند الرواية صحيح إن كان المراد بالبشار الراوى قبل الشحام هو بشار بن يسار الضَّبَعِيُّ الكوفي الثقة ، روى هو وأخوه عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام (٣) . كما هو الظاهر . ولا يضر جهاله حبيب بن الحسن ، لأن معه في السند محمد بن يحيى ومحمد بن الحسين كما في نقل الكليني (٤) أو محمد بن الحسين فقط كما في نقل الشيخ (٥) .

ومنها : موثقه عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آباءه عليهم السلام قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الساحر فقال : إذا جاء رجلان عدلان فشهدا بذلك عليه فقد حلّ دمه (٦) .

ومنها : حسنه إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام كان يقول : من تعلّم شيئاً من السحر كان آخر عهده برّبه ، وحدّه القتل إلا أن يتوب ، الحديث (٧) .

وهذه الرواية عامه تشمل حرمة تعلّم السحر وعمله ، وحملها على العمل فقط تخصيص بلا وجه .

ومنها : خبر أبي البختري عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام قال : من تعلّم شيئاً من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر ، وكان آخر عهده برّبه ، وحدّه أن يُقتل إلا أن يتوب (٨) .

ومنها : مرسله الرضى رفعه إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال في خطبه : المنجم كالكاهن

ص: ٢٢٠

١- (٤) كما نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٥ ح ١ . الباب ١ من أبواب بقيه الحدود .

٢- (٥) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٦ ح ٣ .

٣- (٦) رجال النجاشي / ١١٣ الرقم ٢٩٠ .

٤- (٧) الكافي ٧ / ٢٦٠ ح ٢ .

٥- (٨) التهذيب ١٠ / ١٤٧ ح ١٥ .

٦- (٩) التهذيب ٦ / ٢٨٣ ح ١٨٥ و ١٠ / ١٤٧ ح ١٦ و نقل عن الأخير في وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٧ ح ١ .

٧- (١) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٧ ح ٢ .

٨- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٧ .

والكاهن ، كالساحر ، والساحر كالكافر ، والكافر فى النار ، سيروا على اسم الله (١) .

رواها الصدوق فى الخصال ١ / ٢٩٧ ح ٦٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ٨ .

ومنها : خبر أبى موسى الأشعري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ثلاثة لا يدخلون الجنة مدمن خمر ، ومدمن سحر ، وقاطع رحم ، الحديث (٢) .

ومنها : خبر على بن الجهم عن الرضا عليه السلام فى حديث : وأما هاروت وماروت فكانا ملكين علما الناس السحر ليحترزوا به سحر السحرة ويبطلوا به كيدهم ، وما علما أحداً من ذلك شيئاً إلا قالوا : إنما نحن فتنه فلا تكفر ، فكفر قوم باستعمالهم لما أمروا بالاحتراز منه ، وجعلوا يفرقون بما تعلموه بين المرء وزوجه ، قال الله تعالى : « وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ » يعنى بعلمه (٣) .

ومنها : خبر نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : المنجم ملعون ، والكاهن ملعون ، والساحر ملعون ، الحديث (٤) .

وهذه الروايات وما شابهها منها ما يدل بوضوح على حرمة تعليم وتعلم السحر والتكسب به وأخذ الأجره عليه والعمل على طبقه .

## الرابع : حكم العقل

العقل مستقل بفتح الخديعه وإخراج الباطل فى صورته الحقّ وقلب الشىء عن واقعه وحقيقته ، وهذا القبح العقلى يستلزم الحكم الشرعى بقاعده الملازمه .

## المقام الثالث : فروع البحث

### إشاره

إنّ هاهنا فروعاً يحسن التنبيه عليها والبحث حولها :

### الفرع الأول : حرمة مطلقه من دون تقييد بالعمل الحرام أو نيته

الفرع الأول : حرمة تعليم وتعلم السحر مطلقه فى رواياتنا كما مرّ آنفاً ، ولم تقيّد



- ١- (٣) نهج البلاغه . الخطبه ٧٩ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٥ / ٦٤ ح ٦ .
- ٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٦ .
- ٣- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٥ .
- ٤- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٣ ح ٧ .

بالعمل الحرام أو نيته ، بحيث لو لم ينو هذا أو لم يقصد الحرام أو لم يترتب عليه لم يكن حراماً ، بل حرمة مطلقه ، سواء قصد الحرام أو لم يقصده ، وسواء ترتب عليه الحرام في الخارج أو لم يترتب ، ولذا لو سحر لأجل جلب محبة الزوج إلى زوجته أو توفيق إنسان في عبادة الله تعالى وتحصيله للعلم أو دفع العقارب والحيات والبراغيث ونحوها من المنافع العقلائية كان حراماً ويكون تحصيله وتعلمه حراماً أيضاً ، للإطلاقات الواردة في الروايات .

خلافاً للشيخ الأكبر كاشف الغطاء(١) حيث قيد الحرمة بالعمل ونيته ، فالسحر عنده حرام إذا كانت غايته المترتبة عليه حراماً ، وعلى فرض عدم ترتب الغاية إذا كانت نيته حراماً . وتبعه على هذا التقييد تلميذه صاحب الجواهر(٢) ، وتلميذ صاحب الجواهر السيد على آل بحر العلوم(٣) والمؤسس الحائري(٤) .

وأنت ترى إطلاق الروايات وعدم وجود التقييد فيها وافقنا على حرمة تعلم السحر وتعليمه مطلقاً ؟ السيد العاملى فى مفتاح الكرامه(٥) .

### الفرع الثانى: هل يجوز الحرمة بوجود المضر منه؟

الفرع الثانى : هل يجوز تعلم السحر فقط من دون قصد العمل به ؟ لأنه مرتبه من الفضل ، والعلم فى حد ذاته شريف وأنه خير من الجهل ، أو أنه لا يجوز مطلقاً ذهب إلى الأول كاشف الغطاء(٦) وتابعه صاحب الجواهر(٧) وتلميذه السيد على آل بحر العلوم(٨) والمؤسس

الحائري(٩) .

ص: ٢٢٣

- ١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٣٩ .
- ٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٧٩ .
- ٣- (٣) برهان الفقه - كتاب التجاره / ٢٦ الطبع الحجرى .
- ٤- (٤) المكاسب المحرمه / ١٥٣ لآيه الله الشيخ محمد على الأراكى .
- ٥- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢٧ .
- ٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٣٩ .
- ٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ٧٨ .
- ٨- (٨) برهان الفقه - كتاب التجاره / ٣٠ الطبع الحجرى .
- ٩- (٩) المكاسب المحرمه / ١٥٣ لآيه الله الشيخ محمد على الأراكى .

ولكن ظاهر المشهور على الثانى ، والحق قول المشهور ، للإطلاق الوارد فى الروايات .

مضافاً إلى دلالة حسنه إسحاق بن عمار(١) وخبر أبى البخترى(٢) الماضيتين على حرمة تعلم السحر .

### الفرع الثالث : هل تختص الحرمة بوجود المضر منه ؟

ذهب الشهيدان فى الدروس(٣) والمسالك(٤) إلى الاختصاص ، ووافقهما الكاشانى فى مفاتيح الشرائع(٥) ، وهو ظاهر العلامة فى كتبه(٦) ، حيث قيد تعريفه بما « يؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشره » . وظاهر هذا التعريف وتقييده بالتأثير يعنى إذا لم يوجب ذلك فلا حرمة ، ومن الواضح إن هذا التأثير يكون بالإضرار غالباً وعلى هذا يمكن عدّ العلامة الحلّى من القائلين بالاختصاص .

ويؤيدهم بعض الروايات الواردة فى قصه هاروت وماروت ، نحو : خبر محمد بن زياد ومحمد بن سيار عن الحسن بن على العسكرى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام فى حديث : فلا تكفر بإستعمال هذا السحر وطلب الإضرار به إلى أن قال : ويتعلمون ما يضرهم ولا ينفعهم ، لأنهم إذا تعلموا ذلك السحر ليسحروا ويضروا به فقد تعلموا ما يضرهم فى دينهم ولا ينفعهم فيه ، الحديث(٧) .

ولكن الصحيح - كما ذهب إليه المشهور - عدم ثبوت اختصاص الحرمة بوجود المضر منه ، بل الحرمة للسحر ثابتة حتى إذا لم يكن فى البين المضر منه والإضرار . وبعبارة أخرى : نفس عمل السحر حرام حتى إذا لم يترتب عليه ضررٌ ولم يضر منه أحدٌ ، نحو أن يعمل

ص: ٢٢٣

١- (٢) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٧ ح ٢ .

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٧ .

٣- (٤) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٤- (٥) المسالك ٣ / ١٢٨ .

٥- (٦) مفاتيح الشرائع ١ / ٢٤ .

٦- (٧) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ وقواعد الأحكام ٢ / ٩ والتحرير ٢ / ٢٦٠ .

٧- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٤ .

الساحر أمراً في الجو والسماء والفضاء والأرض ولكن لم يتضرر منه أحدٌ ، أو إحداث المنفعة والحب المفرد للغير من دون ترتب الإضرار على أحدٍ ، فهذا أيضاً حرام لإطلاق الأدلة

الواردة في حرمة السحر ، ولم يقيدتها الروايات المقيدة ، لأنها أيضاً من المثبتات وضعف إسنادها .

نعم ، يمكن القول بتشديد الحرمة في صورته الإضرار ، لأنَّ السحر حرام والإضرار بالغير حرام آخر ، فصار في مورد الاجتماع حرمان مجتمعان .

### الفرع الرابع : هل يجوز رفع الضرر بالسحر أو إبطاله به ؟

ذهب إلى جواز حلّ السحر بشيءٍ من القرآن والذكر والدعاء والأقسام لا بشيءٍ من السحر ، جماعه منهم : العلامة في القواعد (١) والتحرير (٢) والتذكرة (٣) .

ويمكن أن يُستدل لهم بأنَّ : السحر حرام في حدّ ذاته فلا يجوز استعماله حتّى في إبطاله ودفع الضرر به . والإطلاقات تقتضى ذلك .

ولكن الصحيح جواز دفع ضرر السحر أو إبطاله أو حله به ، لما ورد في ذلك عدّه من الروايات المرخصه ، نحو :

وخير محمد بن زياد ومحمد بن سيار عن العسكرى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال في حديث في ذيل قوله تعالى : «وَمَا أَنْزَلَ عَلَى الْمَلَائِكَةِ بَيِّنَاتٍ هَيَّأَتْ وَ مِمَّا رُوتَ» قال : كان بعد نوح عليه السلام قد كثرت السحرة المموهون ، فبعث الله عزّ وجل ملكين إلى نبي ذلك الزمان بذكر ما يسحر به السحرة وذكر ما يبطل به سحرهم ويردّ به كيدهم ، فتلقاه النبي عن الملكين وأداه إلى عباد الله بأمر الله عزّ وجل وأمرهم أن يقفوا به على السحر وأن يبطلوه ونهاهم أن يسحروا به الناس . إلى أن قال : وما يعلمان من أحد ذلك السحر وإبطاله حتّى يقولوا للمتعلّم إنّما نحن فتنه ، الحديث (٤) .

ص: ٢٤٤

١- (١) القواعد ٢ / ٩ .

٢- (٢) التحرير ٢ / ٢٦٠ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٧ ح ٤ .

ومنها : خبر علي بن الجهم عن الرضا عليه السلام في حديث : قال : وأما هاروت وماروت فكانا ملكين علما الناس السحر ليحترزوا به سحر السحرة ويطلبوا به كيدهم ، الحديث (١).

ومنها : خبر إبراهيم بن هاشم عن شيخ من أصحابنا الكوفيين ، قال : دخل عيسى بن سيفي [ شفقى - شقفى - سقفى ] على أبي عبد الله عليه السلام وكان ساحراً يأتيه الناس ويأخذ على

ذلك الأجر ، فقال له : جعلت فداك أنا رجل كانت صناعتى السحر وكنت آخذ عليه الأجر وكان معاشى ، وقد حججت منه ومن الله على بلقائك ، وقد تبت إلى الله عز وجل ، فهل لى فى شىء من ذلك مخرج ؟ فقال له أبو عبد الله عليه السلام : حل ولا تعقد (٢).

هذه الروايه رواها المشايخ الثلاثة (٣) والحميرى فى قرب الإسناد (٤). ولكنها ضعيفه الإسناد بدخول مجهول فى السند ، كشيخ من أصحابنا الكوفيين كما فى الكافى ، أو دخول عيسى فى السند كما فى الفقيه وقرب الإسناد ، وهو مهمل .

ولكن دلالتها على جواز حلّ السحر بالسحر واضحه ، لأنّ حلّ السحر بغيره لا يختص بالساحر ، فما أمره الإمام عليه السلام بحلّ السحر وعطف كلامه بـ « لا تعقد » ظاهرٌ فى الحلّ بالسحر . فدلاله الروايه على جواز حلّ السحر بالسحر تام وحملها على حلّه بشىء من القرآن أو الذكر أو الدعاء ونحوها كما عن بعض بعيد فى الغايه .

ومنها : مرسله الصدوق قال : روى : أنّ توبه الساحر أن يحلّ ولا يعقد (٥).

ومنها : مرسله العلاء عن محمد بن مسلم قال : سألته عن المرأه يُعمل لها السحر يحلّونه عنها ؟ قال : لا أرى بذلك بأساً (٦).

ص: ٢٢٥

١- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٤٧ ح ٥ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٤٥ ح ١ .

٣- (٢) الكافى ٥ / ١١٥ ح ٧ - الفقيه ٣ / ١٨٠ ح ٣٦٧٧ - التهذيب ٦ / ٣٦٤ ح ١٠٣٤ .

٤- (٣) قرب الإسناد / ٥٢ ح ١٦٩ .

٥- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٤٧ ح ٣ - ٢٨ / ٣٦٥ ح ٢ .

٦- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٣٧ - الجواهر ٢٢ / ٧٦ .

وأمر هذه الروايه عجيب ، ذكرها الشهيدان فى الدروس (١) والمسالك (٢) من دون ذكر متنها ، ولكن لم أجدتها فى الجوامع الحديثيه ، والعلم عند الله تعالى . وأما دلالتها على جواز حلّ السحر به ظاهره .

ومنها : خبر الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النُّشْرَةِ للمسحورِ ، فقال : ما كان أبى عليه السلام يرى به بأساً (٣) .

سندها ضعيف ودلالتها غير ظاهره ، لأنها منوطه بحمل النُّشْرَةِ على حلّ السحر بالسحر ، وهو محلّ تأمل بل منع .

ومنها : مرسله أبى منصور الطبرسى : فما تقول فى الملكين هاروت وماروت ؟ وما يقول الناس بأنهما يعلمان الناس السحر ؟ قال الصادق عليه السلام : إنهما موضع إبتلاء وموقع فتنه ، تسيحهما : اليوم لو فعل الإنسان كذا وكذا لكان كذا وكذا ولو يعالج بكذا وكذا لكان كذا ، أصناف السحر فيتعلمون منهما ما يخرُجُ عنهما ، فيقولان لهم : إنما نحن فتنه فلا تأخذوا عنّا ما يضركم ولا ينفعكم ، الحديث (٤) .

دلالة الروايه على جواز تعليم وتعلّم السحر لأجل الإبطال ظاهره ، فإذا جاز التعلّم جاز العمل لأجل الإبطال بطريق أولى .

ودلاله مجموع الروايات المذكوره على جواز حلّ السحر وإبطاله بالسحر واضح ، ولا يضرّ ضعف أسنادها بعد بلوغها مرتبه الإستفاضه وإفتاء جماعه من الأصحاب بها ، والله العالم .

### **الفرع الخامس : هل يجوز تعلّم السحر لأجل دفع السحر وضرره أو إبطال المدعى للمناصب الإلهيه ؟**

ذهب جماعه من الأصحاب قدس سرهم إلى الجواز ، بل ذهب بعضهم إلى الوجوب الكفائى :

ص: ٢٢٤

١- (٤) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٢- (٧) المسالك ٣ / ١٢٨ .

٣- (٨) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٩ ح ١٠ .

٤- (١) الاحتجاج ٢ / ٣٤٠ .

منهم : الشهيد قال : « أما علمه ليتوقى أو لئلا يعتره فلا ، وربما وجب على الكفايه ليدفع المتبىء بالسحر» (١). وتبعه الشهيد الثاني فى المسالك (٢) والروضه (٣) ، ونفى عنه البعد المحقق الثانى وقال : « ليس ببعيد إن لم يلزم منه التكلم بمحرّم أو فعل ما يحرم» (٤) .

والمحقق الإردبيلى فى مجمع الفائده (٥) والبحرانى فى الحقائق (٦) وسيد الرياض (٧) والشيخ جعفر (٨) وصاحب الجواهر (٩) وتلميذه السيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه (١٠) والمحقق الخوئى (١١) وشيخنا الأستاذ (١٢) - مدظله - .

ويمكن أن يُستدل لهم - مضافاً إلى مرسله الطبرسى (١٣) الماضيه فى الفرع السابق - بقاعده الضرورات التى تبيح المحظورات ، لأنّ السحر الحرام وتعلّمه الحرام إذا كانا لدفع ضرر السحر عن نفسه أو غيره أو دفع فتنه من ادعى النبوه والإمامه من المناصب الإلهيه وإرشاد الناس المجتمعين المغفولين عنده وإفشاء أمره ، صار بقاعده الضروره من المحلّلات ، وإذا انحصر الدفع به صار من الواجبات الكفائيه كما عليه جماعه من الأصحاب ، والله سبحانه هو العالم .

### الفرع السادس : هل يكون التسخير من السحر أم لا ؟

التسخيرات مختلفه باعتبار المُسَخَّر بالفتح ، تاره المسخّر هو القوى الماديه والطبيعيه ، وأخرى الأشجار والنباتات والحيوانات ، وثالثه الإنسان وروحه وفكره وجسده ، ورابعه الشياطين والأجنه ، وخامسه الأرواح سواء كانت من المؤمنين أو الكافرين ، وسادسه الملائكه .

والمسخّر بالكسر فى جميعها هو الإنسان .

والكلُّ جائز ومباح ، ويدلّ على ذلك قوله تعالى : «أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً» (١٤) وقوله تعالى : «اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمْ الْبَحْرَ لَتَجْرِيَ الْفُلُكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ \* وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» (١٥) . وهذه الآيات الشريفه ونظائرها تدلّ بوضوح على جواز تسخير ما فى السماوات والأرض للإنسان ، ومنها ما ذكرناها . مضافاً إلى أنّ الأصل فيها الجواز والبراءه من الحرمة .

ولكن إذا صار هذا التسخير موجباً لتضرر المسخّر بالكسر - نحو تلفه أو جنونه أو مرضه فى العاجل أو الآجل - يكون محرّماً من هذه الجهه .

وهكذا إذا صار هذا التسخير موجباً لفناء المسخّر بالفتح بالكلية بحيث يكون نوع

- ١- (٢) الدروس ٣ / ١٦٤ .
- ٢- (٣) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٨ .
- ٣- (٤) الروضه البهيه ٣ / ٢١٥ .
- ٤- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٨ .
- ٥- (٦) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٧٩ .
- ٦- (٧) الحدائق ١٨ / ١٧٥ .
- ٧- (٨) رياض المسائل ٨ / ١٦٦ .
- ٨- (٩) شرح القواعد ١ / ٢٤٠ .
- ٩- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٧٩ .
- ١٠- (١١) برهان الفقه / كتاب التجاره / ٣٠ و ٣١ .
- ١١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٩٦ .
- ١٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ١٦٦ .
- ١٣- (٣) الإحتجاج ٢ / ٣٤٠ .
- ١٤- (٤) سوره لقمان / ٢٠ .
- ١٥- (٥) سوره الجاثيه / ١٢ و ١٣ .



الإنسان محروماً منه في الآجل أو يكون المسخر بالفتح من الإنس والجن والروح مؤمنين أو من الملائكة ويكون التسخير ظلماً له ويوجب إيذاءه فصار محرماً من هذه الجهة .

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الحكم الأوّلي للتسخيرات هو الجواز وأنها خارجه عن السحر حكماً وموضوعاً .

ومن هنا ظهر حكم عمليه إحضار الأرواح بأنّها جائزه إذا لم تكن موجه لتضرر المحضّر بالكسر والمحضّر بالفتح إذا كان من المؤمنين .

ص: ٢٢٨

والعجب من الشهيد حيث عدّ من السحر بعض التسخيرات وقال : « ومن السحر الإستخدام للملائكه والجن والإستنزال للشياطين فى كشف الغائب وعلاج المصاب » (١).

وهكذا عدّ من السحر إحضار الأرواح وقال : « ومنه الاستحضار بتلبس الروح ببدن متفعل ، كالصبي والمرأه وكشف الغائب عن لسانه » (٢).

وتبعه فى ذلك ثانيه وقال فى المسالك : « ومنه استخدام الملائكه والجن واستنزال الشياطين فى كشف الغائبات وعلاج المصاب ، واستحضارهم وتلبسهم ببدن صبيّ أو امرأه وكشف الغائب على لسانه » (٣).

وتبعهما الكاشانى فى المفاتيح (٤) والسيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه (٥) والشيخ الأعظم فى المكاسب المحرمه (٦) ، ولكن ثانى الشهيدين أخرج الكهانه التى هى من الاستخدامات والتسخيرات من السحر وقال : « وهو قريب من السحر » (٧) . وهكذا الشهيد عدّ كلاً منهما على حدّه (٨) .

العلامه يقول فى المنتهى : « فأما الذى يقال من العزم على المصروع ويزعم أنه يجمع الجنّ فيأمرها لتطيعه ، فهو عندى باطل لا حقيقه له ، وإنما هو من الخرافات » (٩) .

ووافقنا على أن التسخيرات ليست من السحر جماعه من المحققين ، منهم : الإيروانى (١٠)

ص: ٢٣٠

١- (١) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٢- (٢) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٣- (٣) المسالك ٣ / ١٢٨ .

٤- (٤) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٤ .

٥- (٥) برهان الفقه / كتاب التجاره / ٢٨ طبع الحجرى .

٦- (٦) المكاسب المحرمه / ٣٤ الطبع الحجرى ( ١ / ٢٧٣ ) .

٧- (٧) المسالك ٣ / ١٢٨ .

٨- (٨) الدروس ٣ / ١٦٣ .

٩- (٩) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ .

١٠- (١٠) حاشيه المكاسب ١ / ١٧٢ .

والخوئي (١) والأردكاني (٢) قدس سرهم وشيخنا الأستاذ (٣) والقمي (٤) - مدظلهما - .

### الفرع السابع : إذا قتل الساحر أحداً بسحره هل يقتص منه ؟

قال الشيخ في الخلاف : « إذا أقرّ أنه سحر فقتل بسحره متعمداً لا يجب عليه القود ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : عليه القود . دليلنا : أن الأصل براءة الذمه ، وأنّ هذا ممّا يقتل به يحتاج إلى دليل ... » (٥) .

وقال في المبسوط : « فإذا سحر رجلاً فمات من سحره سئل ، فإن قال سحرى يقتل غالباً وقد سحرته وقتلته فعليه القود ، كما لو أقرّ أنه قتله بالسيف عمداً ، وقال قوم لا قود عليه بناءً على أصله أنّه لا يقتل إلا إذا قتل بالسيف ، وأما إذا قتل بالمثل فلا قود ، لكنّه قال : إن تكرر الفعل منه قتلتته حدّاً لأنّه بمنزله الخناق ، وهو من السعى في الأرض بالفساد ، والأوّل يقتضيه مذهبنا » (٦) .

وأنت ترى أنّ الشيخ ذهب في المبسوط إلى خلاف ما ذهب إليه في الخلاف ، ذهب في مبسوطه إلى ثبوت القود مع إقرار الساحر بأنّ سحره يقتل غالباً ، وفي خلافه إلى نفيه مطلقاً .

قال المحقق : « السادس : قال الشيخ : لا حقيقه للسحر ، وفي الأخبار ما يدلّ على أنّ له حقيقه . ولعلّ ما ذكره الشيخ قريب ، غير أنّ البناء على الاحتمال أقرب ، فلو سحره فمات لم يوجب قصاصاً ولاديهً على ما ذكره الشيخ ، وكذا لو أقرّ أنه قتله بسحره ، وعلى ما قلناه من الاحتمال يلزمه الإقرار ، وفي الأخبار يقتل الساحر ، وقال في الخلاف : يُحمل ذلك على قتله حدّاً لفساده لا قوداً » (٧) .

ص: ٢٣٠

- ١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٩٦ .
- ٢- (٢) غنية الطالب ١ / ١٣٥ .
- ٣- (٣) إرشاد الطالب ١ / ١٦٨ .
- ٤- (٤) عمده المطالب ١ / ٢٢٦ .
- ٥- (٥) الخلاف ٥ / ٣٣٠ المسأله ١٦ .
- ٦- (٦) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .
- ٧- (٧) شرائع الإسلام ٤ / ١٨٢ .

أقول : بناءً على ما اخترناه من أنّ للسحر حقيقه فإذا قتل الساحرُ أحداً بسحره وأقرّ بذلك أو قامت البيه الشرعيه عليه ، يقتل به ويثبت القصاص ، لإستناد القتل العمدي إليه وهو الذي يكون موضوعاً للقصاص .

وأما بناءً على مختار الشيخ وأتباعه من أنه ليس للسحر حقيقه بل هو تخيلٌ محضٌ ، يمكن القول بثبوت القصاص لو قتل الساحرُ أحداً خلافاً للشيخ في خلافه ، لأنه قد يترتب على من ليس له حقيقه أمراً واقعياً نحو : أن يريه بحراً موجاً وسفينه جاريه فيه ويريد المسحور أن يركبها فيسقط من ارتفاع فيموت ، وفي هذا الفرض ونحوه حيث يمكن استناد القتل إلى الساحر فعليه القود . ولذا ذهب الفقيه العاملي إلى ثبوت القصاص على المسلكين وقال : « إنّ الأقوى الثبوت على القولين »(١) .

والمحقق الخوئي قدس سره مع أنه من القائلين بأنّ ليس للسحر حقيقه بل هو تخيلٌ محضٌ ، ذهب إلى ثبوت القصاص لصحة إستناد القتل(٢) .

فعلى ما ذكرناه ظهر عدم تماميه جعل هذا الفرع من ثمرات مسلكي الحقيقه والتخيل ، بحيث يثبت القود بناءً على الأول ثبت القود وبناءً على الثاني فلا ، كما عليه بعض(٣) .  
والتفصيل يطلب من كتاب القصاص . والله العالم .

### الفرع الثامن : هل يحكم بكفر الساحر ؟

قال الشيخ في المبسوط : « فإذا قال : أنا ساحرٌ ، قلنا صف الساحر ، فإن وصفه بما هو كفر فهو مرتدٌ يستتاب فإن تاب وإلا قتل ، وإن وصفه بما ليس بكفر لكنّه قال : أنا أعتقد إباحتها حكماً بأنه كافر يُستتاب ، فإن تاب وإلا قتل لأنه أعتقد إباحتها ما أجمع المسلمون على تحريمه ، كما لو اعتقد تحليل الزنا فإنه يكفر . وإن قال : أنا ساحر أعمل الساحر وأعتقد أنه حرام لكنّي أعمله ، لم يكفر بذلك ولم يجب قتله ، وقال بعضهم : هو زنديق لا تقبل

ص: ٢٣١

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٣٣ .

٢- (٢) مباني تكمله المنهاج ٧ / ٢ .

٣- (٣) نحو الفقيه الشيخ جعفر في شرح القواعد ١ / ٢٤٨ .

توبته ويقتل ، وقال قوم : يقتل الساحر ولم يذكروا هل هو كافر أم لا ؟ وهو الموجود في أخبارنا»(١).

وقال في الخلاف « من استحلَّ عمل الساحر فهو كافر ووجب قتله بلا خلاف ، ومن لم يستحلَّه وقال : هو حرام ، إلا أنني أستعمله كان فاسقاً لا يجب قتله ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : الساحر زنديق إذا عمل السحر وقوله « لا استحلَّه » غير مقبول ، ولا

تقبل توبه الزنديق عنده . وقال أحمد بن حنبل وإسحاق : يُقتل الساحر ولم يتعرضوا لكفره . وقد روى ذلك أيضاً أصحابنا . دليلنا : أن الأصل حقن الدماء ومن أباحها يحتاج إلى شرع ودليل ... ويدلّ على صحه ما قلناه ما روى عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا « لا إله إلا الله » ، فإذا قالوها عصموا بها مني دماءهم وأموالهم إلا بحقّها ... »(٢).

« إذا قال : أنا أعرف السحر وأحسّنه لكنني لا أعمل به ، لا شيء عليه . وبه قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال مالك : هذا زنديق ، وقد اعترف بذلك فوجب قتله ولا تقبل توبته . دليلنا : أن الأصل براءة الذمه وحقن دمه ، ومن أباحه فعليه الدلالة»(٣).

أقول : هل يمكن الحكم بكفر الساحر بمحض تعلّم السحر وعمله أم لا-؟ الظاهر - والله العالم - عدم إمكان الحكم بكفره ، بمعنى أنه صار مرتداً بمحض تعلّم السحر وعمله ، ولا يجري عليه أحكام الارتداد من وجوب قتله وبينونه زوجته وتقسيم أمواله بين ورثته ، بل حيث أقر بالشهادتين فهو مسلم ويجرى عليه أحكام الإسلام .

وما ورد في بعض الروايات - نحو مرسله الرضى الماضيه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : الساحر كالكافر والكافر في النار الخطبه(٤) - فلا تدلّ على كفره لإرسال سندها ولحرف التشبيه الظاهر في الغيريه .

فالساحر إذا أقر بالشهادتين حكم بإسلامه ولكنّه كافر معنوياً وباطناً لا حكماً

ص: ٢٣٢

١- (٤) المبسوط ٧ / ٢٦٠ .

٢- (١) الخلاف ٥ / ٣٢٩ . المسأله ١٥ .

٣- (٢) الخلاف ٥ / ٣٣١ . المسأله ١٧ .

٤- (٣) نهج البلاغه . الخطبه ٧٩ .

ظاهرياً ، نحو ما ورد في الروايات من الحكم بكفر تارك الصلاة ، حيث أنّ الشارع أمر بالصلاة ونهى عن السحر وعمله وتعلّمه ، وكلّ من ترك أمر الشارع أو عمل بنهيه فهو كمن أنكره ويلزمه الكفر المعنوي والباطني ، فما ورد من الحكم بكفر الساحر(١) يحمل على هذا المعنى الذي ذكرناه .

تنبيه : إذا استحلّ السحر وعمله وتعلّمه مع علمه بحرمة في الشريعة المقدسه وعلم أن مرجع هذا الإستحلال إلى إنكار النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، يحكم بكفره كمن أنكر غيره من الضروريات . ولكن إذا لم يستحلّه وذهب إلى حرمة أو لم يعلم بأن مرجع هذا الإستحلال إلى

إنكار النبي صلى الله عليه وآله وسلم وشريعته ، لا طريق لنا إلى الحكم بكفره المصطلح أعنى الإرتداد .

### الفرع التاسع : حدّ الساحر

قال المحقق : « من عمل بالسحر يُقتل إن كان مسلماً ويؤدّب إن كان كافراً »(٢) .

وقال العلامة بعد تعريف السحر وأثره : « ... فمن عمل بالسحر قُتِلَ إن كان مسلماً وأدّب إن كان كافراً من غير أن يُقتل ، والأقرب أنّه لا يكفر بتعلّمه وتعليمه محرّماً ، ولو استحلّه فالوجه الكفر . والسحر الذي يجب به القتل هو ما يُعدّ في العرف سحراً ، كما نقل الأمامي في مغازيه : أنّ النجاشي دعا السواحر فنفضن في ... »(٣) .

قال سيد الرياض بعد نقل كلام المحقق : « بلا خلاف فتوى ونصاً ... ثمّ قال بعد صفحه : ثمّ إنّ مقتضى إطلاق النص والفتوى بقتله عدم الفرق فيه بين كونه مستحلاً له أم لا ، وبه صرح بعض الأصحاب(٤) ، وحكى آخر من متأخري المتأخرين(٥) قولاً بتقييده بالأول ، ووجهه غير واضح بعد إطلاق النص المنجبر ضعفه - بعد الاستفاضه - بفتوى الجماعه وعدم الخلاف

ص: ٢٣٣

١- (٤) نحو خبر أبي البختری عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام قال : من تعلّم من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر وكان آخر عهده برّبّه ، الحديث . [وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٧] .

٢- (١) شرائع الاسلام ٤ / ١٥٤ .

٣- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٥ / ٣٩٧ المسأله ٦٩٣٩ .

٤- (٣) الروضه البهيه ٩ / ١٩٥ .

٥- (٤) مفاتيح الشرائع ٢ / ١٠٢ .

فيه بينهم أجده ، ولم أرحاكياً له غيره»(١).

وقال صاحب الجواهر بعد كلام المحقق : « بلا خلاف أجده فيه ... - ثم قال بعد صفحه : - ثم إن إطلاق النص والفتوى يقتضى عدم الفرق بين مستحل وغيره ، فما عن بعض المتأخرين من القول بإختصاصه بالأول لم نتحققه ، وعلى تقديره غير واضح الوجه»(٢).

وقال المحقق الخوئي قدس سره : « من دون خلاف فى الجملة ...»(٣).

أقول : تدلّ على حدّ الساحر عدّه من الروايات :

منها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ساحر المسلمين يُقتل وساحر الكفار لا- يُقتل ، فقيل : يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولم لا يُقتل ساحر الكفار ؟ قال : لأنّ الكفر أعظم من السحر ، ولأنّ السحر والشرك مقرونان(٤).

ومنها : موثقه عمرو بن خالد عن زيد بن على عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الساحر فقال : إذا جاء رجلان عدلان فشهدا عليه فقد حلّ دمه(٥).

وهذه الموثقه مطلقه تشمل ساحر المسلمين والكفار ، ومعتبره السكونى تقيدها .

ومنها : موثقه أو حسنه إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام كان يقول : من تعلّم شيئاً من السحر كان آخر عهده برّبّه ، وحده القتل إلا أن يتوب ، الحديث(٦).

هذه الروايه تدلّ على أنّ حدّ متعلّم السحر هو القتل ، ولا بأس بأخذها ، والمراد بتوبته فى آخر الحديث تركه للتعلّم .

ومنها : مصححه زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام قال : الساحر يُضرب بالسيف

ص: ٢٣٤

١- (٥) رياض المسائل ١٦ / ٥٨ و ٥٩ .

٢- (٦) الجواهر ٤١ / ٤٤٢ و ٤٤٣ .

٣- (٧) مبانى تكمله المنهاج ١ / ٢٦٦ .

٤- (٨) وسائل الشيعه ٢٨ / ٣٦٥ ح ١ . الباب ١ من أبواب بقيه الحدود والتعزيرات .

٥- (١) وسائل الشيعه ٢٨ / ٣٦٧ ح ١ . الباب ٣ من أبواب بقيه الحدود والتعزيرات .

٦- (٢) وسائل الشيعه ٢٨ / ٣٦٧ ح ٢ .

ضربته واحدةً على رأسه (١).

قد مرّ تصحيح سندها في أدله حرمة السحر .

ومنها : خبر أبي البختري عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام قال : من تعلم شيئاً من السحر قليلاً كان أو كثيراً فقد كفر ، وكان آخر عهده برّبه ، وحده أن يقتل إلا أن يتوب (٢).

وهذه الروايات كما ترى مطلقه بالنسبة إلى مستحلّ السحر وغيره ، وهكذا مطلقه بالنسبة إلى من اتخذ السحر حرفهً وشغلاً وبين من عمل السحر مره أو مرات .

ومن الواضح خروج من عمل لحلّ السحر ودفع المتنبىء ونحوهما من الحكم بكفره معنوياً وجريان حدّ القتل عليه ، والتفصيل يطلب من كتاب الحدود . والله العالم .

### الفرع العاشر : هل يؤثر السحر في النبي صلى الله عليه وآله وسلم والإمام عليه السلام أم لا ؟

وردت أخبار من طرق الفريقين في تأثير السحر في النبي صلى الله عليه وآله وسلم :

منها : ما رواه فرات بن إبراهيم الكوفي في تفسيره بإسناده عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : سحر ليبيد بن أعصم اليهودي وأمّ عبدالله اليهودية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في عقد من قرّ أحمر

وأخضر وأصفر ، فعقدوه له في إحدى عشر عقده ثم جعلوه في جف من طلع - قال يعني قشور اللوز - ثم أدخلوه في بئر بوادٍ في المدينة في مراقى البئر تحت راعوفه - يعنى الحجر الخارج - فأقام النبي صلى الله عليه وآله وسلم ثلاثاً لا يأكل ولا يشرب ولا يسمع ولا يبصر ولا يأتي النساء ، فنزل عليه جبرئيل عليه السلام ونزل معه بالمعوذتين [ بالمعوذات ] فقال له : يا محمد ما شأنك ؟ قال : ما أدرى أنا بالحال الذي ترى ، فقال : إنّ أمّ عبد الله وليد بن أعصم سحراك وأخبره بالسحر وحيث هو ، ثم قرأ جبرئيل عليه السلام : «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ \* قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ الْفَلَقِ» ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذلك فانحلت عقده ، ثم لم يزل يقرأ آيه ويقرأ النبي صلى الله عليه وآله وسلم وتنحل عقده حتى أقرأها عليه إحدى عشره آيه وانحلت إحدى عشره عقده ، وجلس النبي صلى الله عليه وآله وسلم ودخل

ص: ٢٣٥

١- (٣) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٦ ح ٣ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٨ ح ٧ .



أمير المؤمنين عليه السلام فأخبره بما جاء به جبرئيل وقال : إنطلق فأتني بالسحر ، فخرج عليّ فجاء به ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فنقض ثم تفل عليه ، وأرسل إلى لبيد بن أعصم وأم عبد الله اليهوديه فقال : ما دعاكم إلى ما صنعتم ؟ ثم دعا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم علي لبيد وقال : لا أخرجك الله من الدنيا سالمًا . قال : وكان مؤسراً كثير المال ، فمرّ به غلام يسعى وفي أذنه قرط قيمته دينار ، فجاذبه فخرم أذن الصبي فأخذ وقطعت يده فمات من وقته (١) .

ورويت نظائرها في دعائم الاسلام ٢ / ١٣٨ ح ٤٨٧ وطب الاثمه / ١١٣ و ١١٤ ونقل عنهما في بحار الانوار ٦٠ / ٢٣ و ٢٤ (٢٤) / ٢٤٨) والبحراني في البرهان ٥ / ٨١٣ و ٨١٤ ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٠٧ ح ٧ و ١٠٨ ح ٨ و ١٠٩ ح ٩ .

وأما من طريق العامه : فروى نظائرها في الدر المنثور ٦ / ٤١٧ وغيره .

ونقل عنهم الشيخ في الخلاف عدّه من الروايات في ذلك ، ولكن قال بعد نقلها : « وهذه أخبار آحاد لا يُعمل عليها في هذا المعنى » (٢) .

وقال في تفسيره : « ولا يجوز أن يكون النبي صلى الله عليه وآله وسلم سُحِرَ على ما رواه القصاص الجهال ، لأنّ من يوصف بأنّه مسحور فقد خبل عقله ، وقد أنكر الله تعالى ذلك في قوله : « إِذْ يَقُولُ الظَّالِمُونَ إِن تَبِعُونَ إِلَّا رَجُلًا مَّسْحُورًا » (٣) ، ولكن قد يجوز أن يكون بعض اليهود اجتهد في ذلك فلم يقدر عليه ، فأطلع الله نبيّه على ما فعله حتّى استخرج ما فعلوه من التمويه ، وكان دلاله على صدقه ومعجزه له » (٤) .

وقد ذكر مثل هذا البيان الطبرسي في مجمع البيان مع زياده ، وهى : « وكيف يجوز أن يكون المرض من فعلهم ، ولو قدروا على ذلك لقتلوه وقتلوا كثيراً من المؤمنين مع شدّه عداوتهم له » (٥) .

ص: ٢٣٦

١- (٢٣٥) تفسير فرات الكوفى / ٦١٩ ح ٧٧٤ ونقل عنه في بحار الأنوار ٦٠ / ٢٢ ح ١٥ (٢٤ / ٢٤٧) .

٢- (٢) الخلاف ٥ / ٣٢٩ .

٣- (٣) سورة الاسراء / ٤٧ - ونحوها في سورة الفرقان / ٨ .

٤- (٤) التبيان ١٠ / ٤٣٤ .

٥- (١) مجمع البيان ١٠ / ٥٦٨ .

قال الفخر الرازي : « إنَّ المعتزله أنكروا ذلك بأسرهم ، قال القاضي هذه الروايه باطله »(١).

وأنكره منّا - مضافاً إلى الشيخ والطبرسي - العلامة الحلي في منتهى المطلب(٢) والشيخ البحراني في الحدائق(٣) والشيخ جعفر في شرح القواعد(٤) وتلميذه السيد العاملي في مفتاح الكرامه(٥) .

وأنكر العلامة المجلسي وقوعه وقال : « وإن لم يقدّم برهان على امتناعه إذا لم ينته إلى حدٍّ يخلّ بغرض البعثه كالتخييط والتخليط ... »(٦) .

أقول : إن البرهان قائم على امتناع تأثير النبي من السحر ، لأن عامه الناس إذا رأوا تأثير سحر الساحر على النبي وأعماله ، لم يبق لهم إطمئنان ولا اعتماد على أقواله وأعماله وما يبلغ من الوحي ، لأنّ من الممكن عندهم أنّ يكون الساحر سحره في نفس الآن والحين ، ونفس هذا الاستدلال يكفي في امتناع تأثير النبي من السحر ، وأشار إلى هذا الاستدلال جدنا الفقيه الشيخ جعفر في شرحه للقواعد(٧) .

فلا يلتفت إلى ما احتمله في البحار(٨) وتبعه صاحب الجواهر(٩) قدس سرهما .

والحاصل ، أنه لا يجوز تأثير النبي صلى الله عليه وآله وسلم من السحر مطلقاً ، أي من دون فرق بين تأثير

ص: ٢٣٧

١- (٢) التفسير الكبير ٣٢ / ١٨٧ .

٢- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ .

٣- (٤) الحدائق ١٨ / ١٨١ .

٤- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٤٧ .

٥- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٣٩ .

٦- (٧) بحار الأنوار ٦٠ / ٤١ (٢٤ / ٢٦١) .

٧- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٤٧ .

٨- (٩) بحار الأنوار ٦٠ / ٤١ (٢٤ / ٢٦١) .

٩- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٨٨ .

السحر فى جسمه الشريف أو فى عقله أو حدوث ما تنفر منه الطباع أو غير ذلك كما عليه

الأعلام المذكورون رحمه الله عليهم أجمعين . وهذا تمام الكلام فى السحر وفروعه ، والحمد لله العالم بإحكامه .

ص: ٢٣٨

## موضوعها وحكمها :

قال ابن منظور: « الشعوذه : خفه فى اليد وأخذ كالسحر ، يُرى الشىء بغير ما هو عليه أصله فى رأى العين ... »(١).

وحيث يأتى تعريفها وحكمها فى كلمات الفقهاء ، نذكر لك بعضها مع وضوح تعريفها وموضوعها اليوم عند العرف بحيث أن الكل يعرفها ، وهى المعبّر عنها فى لغه الفرس ب- « تردستى » و « چشم بندى » .

١ - عدّها الشيخ فى عداد المكاسب المحرّمه وقال : « وكذلك التكبسب بالكهانه والقيافه والشّعْبَدَه وغير ذلك محرّم محظور»(٢) .

٢ - وعدّها ابن إدريس من المكاسب المحرّمه وقال : « والكهانه والشعبذه والحيل المحرّمه وما أشبه ذلك ... »(٣) .

٣ - وكذا عدّها فى المكاسب المحرّمه المحقق فى كتابيه : الشرائع(٤) والمختصر النافع(٥) .

٤ - وقال العلامة الحلّى : « والشعبذه حرام ، وهى الحركات السريعه جداً بحيث يخفى على الحس الفرق بين الشىء وشبهه لسرعه انتقاله من الشىء إلى شبهه»(٦) .

ص: ٢٣٩

١- (١) لسان العرب ٣ / ٤٩٥ .

٢- (٢) النهايه / ٣٦٦ .

٣- (٣) السرائر ٢ / ٢١٨ .

٤- (٤) الشرائع ٢ / ١٠ .

٥- (٥) المختصر النافع / ١١٧ .

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ .

وذكر نحوها في القواعد (١) والإرشاد (٢) والتحرير مع زياده الحكم بأخذ الأجره عليها وقال : « هي حرام وكذا الأجره عليها » (٣). وفي المنتهى (٤) نفى الخلاف عن تحريمها .

٥ - وألحقها الشهيد بالسحر وقال : « ويلحق به الشعبه ، وهي الأفعال العجيبه المترته على سرعه اليد بالحركه فيلتبس على الحس » (٥) .

٦ - وقال ثانى الشهيدين : « عرّفوها بأنّها الحركات السريعه التي يترتب عليها الأفعال العجيبه ، بحيث يلتبس على الحس الفرق بين الشئ وشبهه ، لسرعه الانتقال منه إلى شبهه » (٦) .

ثم جاء في هامشه : « إنّما قال عرّفوها لئبّه على تمييز التعريف ، فإنّ الظاهر من حال الشعبه أنّه خلاف ما عرّفوه - منه رحمه الله » (٧) .

٧ - والمحقق الأردبيلي عرّفها بالتعريف المشهور ثم قال : « وهو حرام بلا خلاف » (٨) .

٨ - والفيض الكاشاني أيضاً ادعى نفى الخلاف في حرمتها (٩) .

٩ - وقال المحدث البحراني بعد ذكر تعريفها المشهور : « وقد صرح في المنتهى بنفى الخلاف عن التحريم ، والظاهر أنّه لا دليل سواه ، فإنّي لم أقف بعد التتبع على خبر يدلّ على ذلك » (١٠) .

أقول : والعجب من هذا المحدث الخبير كيف غفل عن مرسله أبي منصور الطبرسي

ص : ٢٤٠

١- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .

٢- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٧٥ .

٣- (٩) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦١ .

٤- (١٠) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ .

٥- (١) الدروس ٣ / ١٦٤ .

٦- (٢) المسالك ٣ / ١٢٩ .

٧- (٣) المسالك ٣ / ١٢٩ .

٨- (٤) مجمع الفائده ٨ / ٨١ .

٩- (٥) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٣ .

١٠- (٦) الحدائق ١٨ / ١٨٥ .

المذكوره فى الاحتجاج ، حيث سأل الزنديق عن الصادق عليه السلام : فأخبرنى عن السحر ما أصله ؟ ..... قال عليه السلام : إنَّ السحر على وجوه شتى وجه منها : بمنزله الطب ... ونوع آخر منه خطفه وسرعه ومخاريق وخفه ، الحديث (١) .

وهذا النوع الأخير ينطبق على الشعبه بلا ريب .

١٠ - وقال الشيخ جعفر بعد الحكم بتحريمها : « لإجماع المنتهى وللحوقها بالباطل عند العاقل ، فتحرم للخبر ولأنها .... ثم ذكر تعريفها من القواعد وقال : فيحكم الرائي لها بخلاف الواقع ، وتدخّل فى باب الإغراء بالجهل والتدليس والتلبيس ، ولما فيها من القبح الزائد على قبح الملاهى ، والاشتغال بها من أعظم اللهو» (٢) .

أقول : لعل مراد الجدد قدس سره من الخبر ما ورد عن الأئمة عليهم السلام فى إيكال أمر حرمة الغناء والشطرنج ونحوهما إلى أنّهما ونحوهما من الباطل فصارت حراماً نحو : موثقه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام حيث سُئل عن الشطرنج وعن ... ؟ فقال عليه السلام : رأيتك إذا ميز الله الحقّ والباطل مع أيّهما تكون ؟ قال : مع الباطل ، قال : لا خير فيه (٣) .

ومثلها معتبره الريان بن الصلت حيث سأل عن الرضا عليه السلام عن الغناء ... فقال : إذا ميز الله الحقّ والباطل فأين يكون الغناء ؟ فقال : مع الباطل ، فقال عليه السلام : قد حكمت (٤) .

١١ - وقال سيد الرياض بعد تعريفها المشهور : « ولا خلاف فى تحريمه كما عن المنتهى» (٥) .

١٢ - والفاضل النراقى ذكرها من المكاسب المحرّمه فى المستند ، وقال بعد تعريفها المشهور : « وعن الدروس نفى الخلاف فى تحريمه» (٦) .

ص: ٢٤١

١- (٧) الإحتجاج ٢ / ٣٣٩ .

٢- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٦٠ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٣١٩ ح ٥ . الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٠٦ ح ١٤ . الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٦٩ .

٦- (٤) مستند الشيعه ١٤ / ١١٧ .

أقول : لم أجد هذا القول في الدروس .

١٣ - قال السيد العاملي في المفتاح : « وقد نص على حرمتها في النهايه والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكير والإرشاد والدروس واللمعه وسائر ما تأخر ، وعن المنتهى أنه لا خلاف فيه ، فلا وجه للتأمل فيه بعد الإجماع المنقول بل المعلوم ، إذ لم نجد مخالفاً مع قربها من السحر ، وقد ألحقها به الشهيد في الدروس» (١).

١٤ - وقال صاحب الجواهر : « الشعبه المحرّمه بالإجماع المحكى والمحصل وبالذخول تحت الباطل والإغراء والتدليس واللّهو وغيرها ، بل لعلها من السحر على بعض الوجوه ... » (٢).

١٥ - وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم : « ومّا يحرم التكسب به أيضاً الشعبه ، ولم يتعرض لها في جملة من كتب اللغه ، والمستفاد من المعترض لها أنّها إراءه شبه الشيء أشياء من غايه سرعه الحركه ، ووافقتة كلمات الأصحاب في تفسيرها ، ولم أجد مخالفاً في حرمتها .

وعن المنتهى لا خلاف فيه ، وفي مفتاح الكرامه وجواهر الأستاد الإجماع عليه ، ولعلّه كذلك ، خصوصاً إن قلنا بأنّها من السحر ، كما يعطيه خبر الإحتجاج المتقدم في السحر المتضمن لقوله : « ونوع آخر منه خطفه وسرعه ومخاريق وخفه » ، فتشملها حينئذ مضافاً إلى ذلك نصوصه ، وتحصيل ملكتها لا يكون إلا بتكرار العمل كصيروره الإنسان بريداً ، فلا مورد هنا لجواز تعلّمها لا للعمل» (٣).

١٦ - وقال الشيخ الأعظم : « الشعبه حرام بلا خلاف ... ويدلّ على الحرمة بعد الإجماع - مضافاً إلى أنّه من الباطل واللّهو - دخوله في السحر في الروايه المتقدمه عن الإحتجاج المنجبر وهنّها بالإجماع المحكى وفي بعض التعاريف المتقدمه للسحر ما يشملها» (٤).

ص: ٢٤٢

١- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٤٨ .

٢- (٦) الجواهر ٢٢ / ٩٤ .

٣- (١) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٣٢ . الطبع الحجري .

٤- (٢) المكاسب المحرمه / ٣٤ الطبع الحجري (١ / ٢٧٤) .

١٧ - وذهب إلى الحرمه الفقيه السبزواری ، ولكن قال بعد الإستدلال لها : « والمتيقن من الدليل ما إذا لم يكن فيها غرض صحيح شرعى ، وإلا فمقتضى الأصل الإباحه ، بعد عدم شمول الدليل لهذه الصوره أو الشك فى الشمول ، كما لا تشمل الآثار السريعه الحادثه من الآلات الكهربائيه ونحوها»(١).

أقول : بعد وضوح موضوع الشعبه عند العرف ، ترى أنّ الأصحاب حكموا لها بحرمتها قديماً وحديثاً ، وغايه ما يمكن الإستدلال على حرمتها أمورٌ نتعرض لها :

### أدله حرمه الشعوذه :

### الأول : الإجماع

قد ادعى العلامه الحلى فى المنتهى(٢) عدم الخلاف فى حرمتها ، والمحقق الأردبيلي(٣) والفيض الكاشانى(٤) وسيد الرياض(٥) ، ونقله الفاضل النراقى(٦) عن الدروس ولكن لم يوجد فيه ، والشيخ الأعظم(٧) .

ثم عدم الخلاف بُدّل بالإجماع فى كلام الشيخ جعفر(٨) وتلميذيه السيد العاملى(٩) وصاحب الجواهر(١٠) .

وحيث يرجع هذا الإجماع ، إلى عدم الخلاف الوارد فى كلام العلامه الحلى فقط ، لم

ص: ٢٤٣

١- (٣) مهذب الأحكام ١٦ / ١٠٥ .

٢- (٤) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ .

٣- (٥) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٨١ .

٤- (٦) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٣ .

٥- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٦٩ .

٦- (٨) مستند الشيعة ١٤ / ١١٧ .

٧- (١) المكاسب المحرمه / ٣٤ ( ١ / ٢٧٤ ) .

٨- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٦٠ .

٩- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٦٨ .

١٠- (٤) الجواهر ٢٢ / ٩٤ .



يثبت به الإجماع ولكن ما وجدنا أحداً من الأصحاب تعرض للشعبه إلا حكم بحرمتها .

نعم ، بعض المعاصرين قد نفى الحرمة عنها وحكموا بإباحتها ، ويأتى التعرض لأسامئهم المباركه .

والحاصل : لم يثبت بعدم خلاف العلامه الإجماع ، هذا أولاً .

وثانياً : على فرض ثبوته يمكن أن يكون مدركياً ، لاحتمال استناده إلى الوجوه الآتية .

### الثانى : مرسله الإحتجاج

حيث قال الصادق عليه السلام فى وجوه السحر : « نوع آخر منه : خطفه وسرعه ومخاريق وخفه » ، الحديث (١) .

بتقريب : أنها تنطبق على الشعبه ، فحكم بحرمتها وتلحق بالسحر حكماً .

ويمكن أن يقال : ألحقها الإمام عليه السلام بالسحر موضوعاً لتطرق حكم السحر عليها وهى الحرمة .

لا يقال : الروايه مرسله سنداً ، لا يمكن الاعتماد عليها .

لأننا نقول : نعم هى مرسله ولكن فتوى المشهور على طبقها يجبر ضعف سندها وإرسالها .

### الثالث : الشعبه من الباطل

الشعبه من الباطل عرفاً ، والباطل حرام فى الشريعه المقدسه ، فهى من المحرّمات الشرعيه . لا إشكال فى ثبوت الصغرى ، وقد دلت على الكبرى موثقه زراره (٢) ومعتبره الريان بن الصلت (٣) الماضيتان آنفاً . فقد تم الاستدلال .

### الرابع : أنها من اللهو

الشعبه من اللهو ، واللهو حرام ، فهى من المحرّمات .

وفيه : أولاً : منع الصغرى بأنها ليست من اللهو دائماً إذا ترتب عليها غرض

ص: ٢٤٤

١- (٥) الإحتجاج ٢ / ٣٤٠ .

٢- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ٣١٩ ح ٥ .



وثانياً : منع الكبرى : بأنه ليس كلُّ لهو بحرام ، بل الحرام منه قسم خاص .

### الخامس : أنها تدخل في السحر

الشعبه تدخل في السحر ، لأنه يشملها بعض التعاريف الواردة في السحر ، نحو : كلُّ أمر يختفى سببها ويتخيل على غير حقيقته ، وألحقها الإمام عليه السلام بالسحر في مرسله الاحتجاج الماضيه .

وفيه : الشعبه غير السحر في اللغه والعرف ، لأنَّ الشعبه هي إيجاد الشيء بأسبابه العاديه ولكن بالسرعه والخفه اللتان هما قوام الشعبه ، فهي غير السحر الذي يحدث بأسباب غير عاديه . وعلى هذا تعريف السحر لا ينطبق على الشعبه ، وإلحاقها به في كلام الإمام عليه السلام إما بالعنايه والمجاز وإما بجريان حكم السحر عليها .

والحاصل ، حيث تمَّ عندنا الدليل الثاني والثالث - أعنى مرسله الاحتجاج وأنها من الباطل - فيمكن القول بحرمتها وفقاً للمشهور وخلافاً للمحقق الخوئي ، حيث ناقش في جميع الأدله في مصباح الفقاهه (١) ونتيجتها الحكم بالإباحه وتلميذيه شيخنا الأستاذ (٢) والفقيه القمي (٣) - مدظلهما - ، وناقش في بعض الأدله المحقق الإيرواني (٤) والفقيه الأردكاني (٥) قدس سرهما . كما ناقشنا البعض . ولكن بعضها الأخرى تامه ، وتبعيه المشهور والحكم بالحرمة أولى وأحوط ، والله سبحانه هو العالم .

ص: ٢٤٥

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٢٩٨ .

٢- (٢) ارشاد الطالب ١ / ١٦٨ .

٣- (٣) عمده المطالب ١ / ٢٣٤ .

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١ / ١٧٣ .

٥- (٥) غنيه الطالب ١ / ١٣٦ .

والبحث فيه يقع فى جهات :

### الجهة الأولى : موضوع الغش

ليس للغش حقيقة شرعية ولا عند المتشرعة ، فلا بد من تعيين موضوعه إلى مراجعه اللغة والعرف ، فنذكر بعض كلمات اللغويين والفقهاء حتى تبين الموضوع :

قال الزمخشري : « غ ش ش : ما نصحت أحداً إلا استغشني واغتشني ، قال :

الأزب من تغشته لك ناصح ومؤتمن بالغيب غير أمين

... ورجل غاش من قوم غششه وغشاشه ، وتقول : ما هم إلا قوم غشاشه ، أيديهم بالخيانة رشاشه ، وطعام فلان مغشوش أعلاه يابس وأسفله مرشوش ، ما لقيته إلا غشاشاً وعلى غشاش ... » (١).

قال ابن منظور : « غشش : الغش : نقيض النصح ، وهو مأخوذ من الغشش المشرب الكدر ، أنشد ابن الأعرابي :

ومنهل تروى به غير غشش

أى غير كدر ولا قليل ، قال : ومن هذا الغش فى البياعات ... وقد غشه يعشّه غشاً : لم يمحصه النصيحة ، وشىء مغشوش . ورجل غش : غاش ، والجمع غشون ... » (٢).

قال الفيومى : « غشه : غشاً من باب قتل والإسم وغش بالكسر : لم ينصحه وزين له غير المصلحه ، ولبن مغشوش مخلوط بالماء » (٣) .

ص: ٢٤٦

١- (١) أساس البلاغه / ٣٢٤ .

٢- (٢) لسان العرب ١٠ / ٧٤ .

٣- (٣) المصباح المنير / ٤٤٧ .

قال الفيروزآبادي : « غَشَهُ : لم يُمَحِّضْهُ النَّصْحُ أو أظهر له خلاف ما أضمَر كَغَشَّشَهُ ، والغِشُّ بالكسر الإِسْمُ منه والغِلُّ والحِقْدُ ، ورجلٌ غَشَّ بالفتح : عظيمُ الشَّرِّه وبالضَّم الغاشُّ جمعه عُشُون ، والمغشوشُ الغير الخالص ، والغششُ محرکه الكِدر المشوب ... »(١).

وقال الطريحي : « غشش : المغشوش : الغير الخالص ... »(٢).

وقال في المنجد : « غَشَّهُ ُ غَشًّا وَغَشَّشَهُ : أظهر له خلاف ما أضمَره وزَيَّن له غير المصلحه . خدعه ، أَعَشَّهُ : أوقعه في الغِشِّ ، ... الغِشُّ : اسم من الغِشِّ ، الحقد ، الخيانه ، سواد القلب ، عبوس الوجه ، الكدر في كل شيء .

الغُشُّ جمعه عُشُون ، والغاشُّ جمعه غَشَّشَهُ وَغَشَّاشٌ : الذي يُغَشُّ الناسُ »(٣).

وقال الشيخ جعفر كاشف الغطاء : « الغشُّ بالفتح مصدر وبالكسر اسمٌ ، والأوَّلُ ألصق بما بعده وأوفق بتعلُّق الحكم وترتَّب الملك بإدخال الأَدنى في الأعلى ، أو المطلوب في غيره ، أو بالعكس من المجانس وغيره ، أو تعمُّد ما يظهر الصنعه المليحه ويخفي القبيحه فيدخل التبدليس ليتوقَّر رغبه المستام بما يخفي حاله فيظنُّ كماله فيغيره بالجهل بفعله الخالي عن الاحتمال والمصلحه بل المشتمل على المفسده ، كما لو أغراه بقوله ، ويكون ساعياً في ضرره بإخفاء خبره ... »(٤).

وقال النزاقى : « الغشُّ خلاف النصح والخلوص أو إظهار خلاف ما أضمَر ، وحصوله في المعاملات إنَّما يكون إذا كان في المبيع نقص ورداءه وله صور ... »(٥).

والإيروانى يقول : « الغشُّ ستر ما لا يرغب فيه فيما يرغب فيه طلباً للزيادة في المعامله »(٥).

ص: ٢٤٧

١- (٤) قاموس اللغة / الطبع الحجرى ذيل مادته .

٢- (١) مجمع البحرين / ٣٤١ .

٣- (٢) المنجد / ٥٧٩ .

٤- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٠٨ .

٥- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٩ . (٤) حاشيه المكاسب ١ / ١٧٤ .

وقال المحقق الخوئي في تعريفه: « كونه (أى كون الغش) بمعنى الكدر والخديعه والخيانه ، ويُعبّر عنه في لغة الفرس بكلمه (گول زدن) ، ولا يتحقق ذلك إلاّ بعلم الغاش وجهل المغشوش ، فإذا كلاهما عالمين بالواقع أو جاهلين به أو كان الغاش جاهلاً والمغشوش عالماً انتفى مفهوم الغش»(١).

أقول : تلك عشره كامله من كلمات اللغويين والفقهاء في هذا الباب ، ويظهر منها أنّ للغش معنى عرفى يرجع إلى إخفاء العيب والنقص وتغطيتهما أو تخليط الردىء بالجيد

والمشوب بالخالص ونحوها طلباً للزيادة في المعامله وسوء الاستفاده من جهل المشتري بالنسبه إليه .

فظهر ممّا ذكرنا عدم تماميه ما ذكره المحقق الإيروانى من أنّ الغش لا يكون محرّماً بعنوانه بل هو محرّم بالعناوين الثانويه من الكذب ، أو أنّه أكل للمال بلارضى صاحبه(٢) ، لأنّ الخطابات الشرعيه وردت في الغش وظاهرها حرمة بنفسه لا بعنوان آخر كما هو واضح .

### الجهه الثانيه : أقسامه

للغش أنواع كثيره ذكر بعضها شيخنا آيه الله الشيخ محمد على الأراكى فى ما كتبه من تقريرات أستاذه الحائرى قدس سرهما ، قال : « فاعلم أنّ الغش خلاف النصح وتزيين خلاف المصلحه ، وهو على أنحاء :

١ - فقد يكون بالمزج ، إمّا للصنف الردىء فى الصنف الجيد ، أو لغير الجنس فى الجنس ، كالتراب فى الحنطه والماء فى اللبن .

٢ - وقد يكون بإخفاء العيب ، إمّا بستره بساتر مثل ستر صفره لون البشره بالتحمير ، أو بالسكوت عنه وعدم إظهاره ، أو بالتصدى للبيع فى مكان ظلمانى يحجب العيب لظلمته .

ص: ٢٤٨

١- (٦) مصباح الفقاهه ١ / ٣٠٠ .

٢- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٧٤ .

٣- وقد يكون يظهار الصفه الجيده المفقوده واقعاً ، إمّا بوصفه بها كذباً ، أو بإحداث شىء فيه يوهم كونه على خلاف جنسه ، كإعطاء المّمّوه مكان الذهب أو الفضة أو بغير ذلك ، ويسمى هذا القسم بالتدليس .

٤- وقد يكون بإحداث أمر ليزيد فى كمّ المتاع ، مثل بلّ الطعام ليصير أكثر وزناً ، ووضع الإبريسم والتتن والجلد فى الندى ليكتسب الثقل .

٥- ثمّ إمّا أن يكون الغش ظاهراً أعنى قابلاً لأن يطلع عليه بتوسط إحدى الحواس الخمسه الظاهره مثل خلط مدوّر الحنّبه من الأرز فى طولها حيث يمكن فهمه بالبصره واللامسه وهكذا .

٦- وإمّا أن يكون خفياً غير محسوس بها ، وحينئذ إمّا أن يمكن الإطلاع عليه بالإختبار أو الاستعلام من أهل الإطلاع غير البائع وإمّا أن ينحصر طريق الإطلاع فى إعلام البائع كمزج الماء القليل فى اللبن .

١- وعلى التقادير : إمّا أن يكون الغش بفعل البائع لفرض التليس والإغفال على المشتري ، وإمّا أن لا يكون كذلك : إمّا بحصوله إتفاقاً كورود ماء المطر فى اللبن من غير اختياره ، أو بحصوله بفعله لغرض صحيح أو بحصوله بفعل غيره .

٢- وعلى التقدير الثانى : إمّا أن يكون للمبيع صورته موهمه لخلاف الواقع وإمّا أن يكون له صورته مشتركه بين الصحيح والمعيب ، مثل الحيوان الغير المبصر فى الليل .

٣- وعلى جميع التقادير : إمّا أن يخبر البائع بالصحه والسلامه من العيب على وجه يعتمد المشتري ، وإمّا أن يكتفى بالسكوت وعدم الإظهار .

فهذه ثمان عشره صورته<sup>(١)</sup> .

أقول : وقد قسم الفاضل النراقى الغش فى المستند<sup>(٢)</sup> بأكثر ممّا قسمه المؤسس الحائرى فراجعه ، ويظهر حكم هذه الصور فى طيّ البحث إن شاء الله تعالى .

ص: ٢٤٩

١- (١) المكاسب المحرمه / ١٢٦ و ١٢٥ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٩ و ١٧٠ .

قال المفيد : « والغش في كل متجر وصناعه حرام » (١).

وقال الطوسي : « وكل شيء عُش فيه فالتجاره فيه والتكسب به بالبيع والشراء وغير ذلك حرام محظور » (٢).

وقال ابن إدريس : « ويحرم ... والغش في جميع الأشياء » (٣).

وذهب الى الحرمة المحقق في الشرائع (٤) والنافع (٥).

وقال العلامة الحلبي : « الغش والتدليس محرمان » (٦) ، وذهب في المنتهى (٧) إلى عدم الخلاف في حرمة ، وفي القواعد (٨) والتحرير (٩) والإرشاد (١٠) ذهب إلى حرمة .

والشهاد في الدروس (١١) واللمعه (١٢) والمحقق الثاني في جامع المقاصد (١٣) والشهاد الثاني في المسالك (١٤) والروضه (١٥) والأردبيلي في مجمع الفائده (١٦) ، والبحراني في الحدائق

ص: ٢٥٠

١- (٣) المقنعه / ٥٩٠ .

٢- (٤) النهايه / ٣٦٥ .

٣- (٥) السرائر ٢ / ٢١٦ .

٤- (٦) الشرائع ٢ / ١٠ .

٥- (٧) المختصر النافع / ١١٧ .

٦- (٨) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٢ .

٧- (٩) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٢ الطبع الحجري .

٨- (١٠) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٩- (١١) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ .

١٠- (١٢) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .

١١- (١) الدروس الشرعيه ٣ / ١٦٣ .

١٢- (٢) اللمعه الدمشقيه / ١٠٩ .

١٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

١٤- (٤) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٩ .

١٥- (٥) الروضه البهيه ٣ / ٢١٦ .

١٦- (٦) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٢ .



إدعى عدم الخلاف فى تحريمه(١).

وقال الشيخ جعفر : « ... وأما الشرع فقد تواترت عليه (أى على حرمة الغش) آياته ورواياته وإجماعاته ، وفى بعضها التشديد التام الدال على أنه مخرج عن الإسلام»(٢).

وفى الرياض(٣) ذهب إلى عدم الخلاف فى حرمة ، وهكذا فى المستند(٤).

وفى الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه»(٥).

وفى برهان الفقه : « فحرمة مورد إتفاق النص والفتوى ، بل هو حرام فى غير المعاملات أيضاً ... »(٦).

أقول : أنت تجد أن الكُلَّ قائلون بالحرمة ، وادعى عدم الخلاف أو الإجماع على الحرمة أصحاب المنتهى والحدائق وشرح القواعد والرياض والمستند والجواهر وبرهان الفقه .

فهل يمكن الإستناد إلى هذا الاجماع أم لا ، لأنه إجماع مدركى؟! الظاهر هو الثانى ، فلا بد من ملاحظه الأدله التالیه .

#### الجهه الرابعه : حكم العقل

قال الشيخ جعفر : « ... فالعقل حاكم بقبحه حيث غشّه بترك نصحه ولقد ظلمه حيث

ص: ٢٥١

١- (٧) الحدائق ١٨ / ١٩٠ .

٢- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٠٨ .

٣- (٩) رياض المسائل ٨ / ١٧٠ .

٤- (١٠) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٨ .

٥- (١١) الجواهر ٢٢ / ١١١ .

٦- (١٢) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٣٨ طبع الحجرى .

شبه عليه وما أعلمه ، ولدخوله فيما وضع للحرام أو قصد به ... «(١)» .

أقول : حيث أنّ العقل بنفسه حاكم بهذا القبح فيمكن أن يُستدل بهذا القبح العقلي على حرمة الغش بقاعده الملازمه كما لا يخفى ، فالعقل حاكم على قبحه وحرمة .

### الوجه الخامس : الروايات

الروايات المتواتره تدلّ على حرمة الغش :

منها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام : ليس منّا من غشّنا(٢) .

ومنّها : صحيحته الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لرجل يبيع التمر : يا فلان أما علمت أنّه ليس من المسلمين من غشّهم(٣) ؟ !

ومنّها : صحيحه هشام بن الحكم قال : كنت أبيع السابري في الظلال ، فمرّ بي أبو الحسن الأوّل موسى عليه السلام فقال لى : يا هشام ، إنّ البيع في الظلال غشّ والغشّ لا يحلّ(٤) .

ومنّها : معتبره السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يشاب اللبن بالماء للبيع(٥) .

ومنّها : صحيحه على بن سويد السائى عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام أنّه كتب إليه فى جواب مسأله : ... ليس من أخلاق المؤمنين الغش ، لا الأذى ولا الخيانه ولا الكبر ولا الخناء ولا الفحش ولا الأمر به ، الحديث(٦) .

ومنّها : معتبره بل صحيحه الحسين بن المختار القلانسى قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : إنّنا نعمل القلانس فنجعل فيها القطن العتيق فنبيعها ولا نبين لهم ما فيها ، قال : أحبّ لك أن

ص: ٢٥٢

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٠٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٧٩ ح ١ الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٧٩ ح ٢ الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٠ ح ٤ .

٦- (٦) الكافى ٨ / ١٢٦ ح ٩٥ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٠٥ ح ٩ .

تبيين لهم ما فيها(١).

ومنها : حسنه الحسين بن خالد عن أبي الحسن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن

على عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من كان مسلماً فلا يمكر ولا يخدع ، فإنني سمعت جبرئيل عليه السلام يقول : إن المكر والخديعه في النار . ثم قال : ليس منّا من غش مسلماً ، وليس منّا من خان مسلماً . ثم قال عليه السلام : إن جبرئيل الروح الأمين نزل عليّ من عند ربّ العالمين فقال : يا محمّد عليك بحسن الخلق ، فإنه يذهب بخير الدنيا والآخرة ، ألا وإنّ أشبهكم بي أحسنكم خلقاً(٢).

ومنها : صحيحه عبيس (عباس) بن هشام الناشرى عن رجل من أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : دخل عليه رجل يبيع الدقيق ، فقال : إياك والغشّ ، فإنّ من غشّ غشّ في ماله ، فإن لم يكن له مال غشّ في أهله(٣).

الروايه بسند الكليني(٤) ضعيفه ، لعدم تعين الرجل ، ولكنها بسند الشيخ(٥) صحيحه ، لعدم دخول الرجل في السند ، بل رواها عبيس عن الصادق عليه السلام من دون واسطه الرجل .

ومنها : حسنه أو معتبره موسى بن بكر قال : كنا عند أبي الحسن عليه السلام فإذا دنانير مصبوبة بين يديه ، فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثم قطعه بنصفين ثم قال : ألقه في البالوعه حتى لا يباع شيء فيه غشّ(٦).

سند الكليني ضعيف(٧) ، ولكن سند الشيخ(٨) إلى موسى بن بكر حسن بل معتبر بل

ص: ٢٥٣

١- (٧) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٢ ح ٩ .

٢- (١) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ٥٠ ح ١٩٤ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٠٥ ح ١٠ .

٣- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨١ ح ٧ .

٤- (٣) الكافي ٥ / ١٦٠ ح ٤ .

٥- (٤) التهذيب ٧ / ١٢ ح ٥١ .

٦- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .

٧- (٦) الكافي ٥ / ١٦٠ ح ٣ .

٨- (٧) التهذيب ٧ / ١٢ ح ٥٠ .

صحيح في أبواب فرض الصلاة في السفر(١) وأوقات الصلاة(٢)، وتفصيل ما تقدم ذكره في الصلاة(٣) وأحكام السهو في الصلاة(٤). فالرواية بسند الشيخ صحيحه على قول صاحب جامع الرواه، ودلائلها على حرمة الغش واضحة.

ومنها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون عنده لوان من طعام واحد سَعَرهما بشيءٍ وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً ثم يبيعهما بسعر واحد، فقال: لا يصلح له أن يغش المسلمين حتى يبينه(٥).

ومنها: حسنه بل صحيحه الحسين بن زيد الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاءت زينب العطاره الحولاء إلى نساء النبي صلى الله عليه وآله وسلم وبناته، وكانت تبيع منهنّ العطر، فجاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهي عندهنّ، فقال: إذا أتيتنا طابت بيوتنا، فقالت: بيوتك بريحك أطيب يا رسول الله. قال صلى الله عليه وآله وسلم: إذا بعّت فأحسني ولا تغشي، فإنه أتقى وأبقى للمال، الحديث(٦).

ومنها: خبر آخر خطبه خطبها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينة قال صلى الله عليه وآله وسلم فيها: وَمَنْ غَشَّ مسلماً في بيع أو في شراء فليس منّا ويحشر مع اليهود يوم القيامة، لأنه مَنْ غَشَّ الناس فليس بمسلم إلى أن قال صلى الله عليه وآله وسلم: ألا وَمَنْ غَشَّنَا فليس منّا - قالها ثلاث مرات - وَمَنْ غَشَّ أخاه المسلم نزع الله بركه رزقه وأفسد عليه معيشته، ووكله إلى نفسه. الحديث(٧).

ومنها: خبر سعد الإسكاف عن أبي جعفر عليه السلام قال: مرّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم في سوق المدينة بطعامٍ فقال لصاحبه: ما أرى طعامك إلاّ طيباً، وسأله عن سعره. فأوحى الله عزّ وجلّ إليه أن يدسّ يده في الطعام، ففعل فأخرج طعاماً رديئاً، فقال لصاحبه: ما أراك إلاّ وقد جمعت خيائنه

ص: ٢٥٤

- ١- (٨) التهذيب ٢ / ١٣ ح ٤.
- ٢- (٩) التهذيب ٢ / ٢٤ ح ٢٠ و ٢ / ٣٦ ح ٥.
- ٣- (١٠) التهذيب ٢ / ١٦٩ ح ١٢٨.
- ٤- (١١) التهذيب ٢ / ١٧٦ ح ٤.
- ٥- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٢ ح ٢. الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب.
- ٦- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨١ ح ٦.
- ٧- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٣ ح ١١.

وغشاً للمسلمين (١).

ومنها : خبر مناهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال في حديث : وَمَنْ غَشَّ مسلماً في شراءٍ أو بيعٍ فليس منّا ويحشر يوم القيامة مع اليهود لأنهم أغش الخلق .

وقال : ليس منّا مَنْ غَشَّ مسلماً .

وقال : وَمَنْ بات وفي قلبه غشٌّ لأخيه المسلم بات في سخط الله وأصبح كذلك حتى يتوب (٢).

تلك أربعة عشره من الروايات أكثرها من الصحاح ، وهي تدلّ بوضوح على حرمة الغش .

### الجهه السادسة : هل يعتبر في صدق الغش قصد مفهومه أم لا ؟

قال سيد الرياض : « ثم لو غشّ لكن لا - بقصده بل بقصد إصلاح المال لم يحرم ، للأصل واختصاص ما مرّ من النصّ بحكم التبادر بصورة القصد ... » (٣).

وتبعه السيد العاملى وقال : « وأما إذا غشّ بقصد إصلاح المال لا بقصد الغش لم يحرم ، للأصل وتبادر غير هذه الصورة من أخبار الغش و ... » (٤).

وتبعهما صاحباً برهان الفقه (٥) والمكاسب (٦).

وقد استدلوا بصحيحه الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري طعاماً فيكون أحسن له وأنفق له أن يبّله من غير أن يلتمس زيادته ؟ فقال : إن كان بيعاً لا يصلحه إلا ذلك ولا ينفقه غيره ، من غير أن يلتمس فيه زياده فلا بأس ، وإن كان إنما يغش به المسلمين

ص: ٢٥٥

١- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ٨ .

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ١٠ .

٣- (١) رياض المسائل ٨ / ١٧٢ .

٤- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٨٩ .

٥- (٣) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٣٨ الطبع الحجري .

٦- (٤) المكاسب المحرمه / ٣٥ من الطبع الحجري للشيخ الأعظم الأنصاري قدس سره - (١ / ٢٨٠) .

فلا يصلح (١).

ولعلَّ أوَّل من ذهب إلى هذا القول صاحب الحدائق ، لأنَّه قال بعد نقل الصحيحه : « ظاهر هذا الخبر أنَّ الجواز وعدمه دائران مدار قصد البائع فى بله الطعام ، فإنَّه متى كان قصده إنَّما هو لأجل إنفاق السلعه وشرائها وأنَّه بدون ذلك يكسبُ عليه فلا بأس بما يفعله ، وإن كان غرضه إنَّما هو لأجل زياده فى الوزن فهو غير جائز» (٢).

أقول : الظاهر عدم تماميه ما ذهب إليه هؤلاء الأعلام ، لأنَّ الغش من الأمور الواقعيه وليس من الأمور القصديه التى تختلف باختلاف الدواعى والقصود . والمعتبر فيه علم البائع به مع جهل المشتري إياه ، ولذا لو اختلط الجيد بالردى بغير اختيار المالك ولكن علم فيما بعد وباعه من غير الإعلام يكون من الغش المحرَّم ولإطلاق الروايات :

منها : صحيحه هشام بن الحكم قال : كنت أبيع السابرى فى الظلال فمرَّ بى أبو الحسن الأوَّل موسى عليه السلام فقال لى : يا هشام إنَّ البيع فى الظلال غش والغش لا يحلُّ (٣).

ولم يفرق الإمام عليه السلام بين اختيار الظلال لغرض عقلائى صحيح أو لغرض التليس .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سُئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض ، وبعضه أجود من بعض ؟ قال : إذا رُؤيا جميعاً فلا بأس ما لم يغط الجيد الردىء (٤).

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون عنده لوانان من طعام واحد سعَّرهما بشيءٍ ، وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً ثمَّ يبيعهما بسعر واحد ، فقال : لا يصلح له أن يغش المسلمين حتَّى يبينه (٥).

حيث لم يسأل الإمام عليه السلام فى الروايتين : أنَّ الخلط لغرض صحيح وعقلائى أم لا ؟ ولم يستفصل عليه السلام . فهذه الإطلاقات تشمل الغش الخارجى حتى لو لم يقصده البائع .

ص: ٢٥٦

١- (٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٣ ح ٣ . الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب .

٢- (٦) الحدائق ١٨ / ١٩٢ .

٣- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٢ ح ١ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٢ ح ٢ .

وأما صحيحه الحلبي (١) الماضيه أيضاً لا تدلّ على اعتبار القصد في الغش كما حملها البعض ، بل تدلّ على جواز إضافه شيء إلى المتاع إن كانت هذه الإضافه والزايده تحسنه وتنفعه وكانت أحسن وأبقى له . وفي الواقع هذا الفرض لم يدخل تحت عنوان الغش ، بل يدخل تحت عنوان عمليه إبقاء المتاع وإحيائه وإصلاحه فيجوز ، وصرح الإمام عليه السلام في ذيلها بأن الغش حرام حتى إذا كان تحت عمليه الإصلاح والإبقاء ظاهراً ولكن واقعه يكون غشاً .

واقفنا على عدم إعتبار القصد في الغش جماعه من الأعلام ، نحو : المؤسس الحائري (٢) قدس سره والمحقق الخوئي (٣) رحمه الله والسيد القمي (٤) - مدظله - .

### الجهه السابعه : حكم المعامله المشتمله على الغش

إذا باع المغشوش ، فعل حراماً بجهه الغش ، ولكن هل تصح المعامله أم لا ؟

تردّد المحقق الثاني وقال : « وأما حال البيع في الفرض الأول فيمكن صحته ، لأنّ المحرّم هو الغش وأما المبيع فإنّه عين منتفع بها يعدّ مالاً فيصح . ويمكن الحكم بالبطلان ، لأنّ المقصود بالبيع هو اللبن والجاري عليه هو المشوب ... » (٥) .

ولكن الشهيد الثاني حكم بصحة المعامله وقال : « ... ثمّ على تقدير الخفاء فالبيع صحيح وحكمه حكم ما ظهر في المبيع عيب من غير الجنس ، وربّما احتمل البطلان بناءً على أنّ المقصود بالبيع هو اللبن والجاري عليه العقد هو المشوب ، فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حماراً . وقد ذكروا (٦) في هذا المثال إشكالاً من حيث تغليب الإشاره أو الإسم ، والفرق بينه وبين ما نحن فيه واضح » (٧) .

ص: ٢٥٧

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١١٣ ح ٣ .

٢- (٤) المكاسب المحرمه / ١٢٨ و ١٣٠ لشيخنا آيه الله محمد على الأراكي قدس سره .

٣- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٣٠١ .

٤- (٦) عمدته المطالب ١ / ٢٣٩ .

٥- (٧) جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

٦- (١) الذّاكر هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

٧- (٢) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٩ .

والمحقق الأردبيلي ذهب إلى بطلان البيع وقال: « وعلى تقدير البيع هل يصحّ؟ الظاهر: لا، لأنّ الغرض من النهي في مثله عدم صلاحيته بيع مثله على أنه غير مغشوش ولما مرّ، وقال في شرح الشرائع (١): يصحّ فتأمل» (٢).

وتابع المحقق الثاني في ترده المحقق السبزواري في الكفاية (٣).

وتابع الشهيد الثاني في الحكم بالصحة جماعه من الأعلام، نحو: الفقيه الشيخ جعفر (٤) وتلميذه السيد العاملي (٥) وتلميذه الآخر صاحب الجواهر (٦) والفاضل النراقي (٧) والسيد على آل بحر العلوم (٨) والمؤسس الحائري (٩) والمحققون الإيرواني (١٠) والخوئي (١١) والسبزواري (١٢) والأردكاني (١٣) قدس سرهم والتبريزي (١٤) والقمي (١٥) - مدظلهما - .

وتابع المحقق الأردبيلي في حكمه بالبطلان صاحب الحدائق (١٦).

ص: ٢٥٨

- ١- (٣) يعنى الشهيد الثاني في المسالك ٣ / ١٢٩ .
- ٢- (٤) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٨٣ .
- ٣- (٥) كفاية الأحكام / ٨٧ الطبع الحجري - (١ / ٤٤٢) .
- ٤- (٦) شرح القواعد ١ / ٢١٠ .
- ٥- (٧) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٩٣ .
- ٦- (٨) الجواهر ٢٢ / ١١٢ .
- ٧- (٩) مستند الشيعة ١٤ / ١٧١ .
- ٨- (١٠) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٣٨ الطبع الحجري .
- ٩- (١١) المكاسب المحرمه / ١٣٢ وما بعدها لآيه الله الأراكي .
- ١٠- (١٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٧٦ .
- ١١- (١٣) مصباح الفقاهه ١ / ٣٠٢ .
- ١٢- (١٤) مهذب الاحكام ١٦ / ١٠٨ .
- ١٣- (١٥) غنيه الطالب ١ / ١٤٠ .
- ١٤- (١٦) ارشاد الطالب ١ / ١٧٢ .
- ١٥- (١٧) عمده المطالب ١ / ٢٤٣ .
- ١٦- (١٨) الحدائق ١٨ / ١٩٣ .



أقول : قد تسالم الأصحاب قدس سرهم في أنّ النهي إذا تعلق بعنوان المعاملة نفسها ينتج منه فساد المعاملة نحو : النهي المتعلق ببيع الخمر أو المعاملة الربويه .

وأما تعلق النهي بعنوان آخر غير البيع ولكن قد يتحد وينطبق معه ، فلا ينتج منه فساد المعاملة ، بل يحكم بالحرمة التكليفية لهذا العنوان والمعاملة المتحدده معه ، نحو : البيع وقت النداء أو البيع الذي ينهى عنه الوالد .

وقد نقل المؤسس الحائري(١) عن سيد أستاذه - وهو المحقق السيد محمد الفشاركي الإصفهاني المتوفى سنة ١٣١٦ ق قدس سرهما - دعوى الإجماع في باب المعاملات على ذلك .

ثمّ على هذه القاعده حيث أنّ النهي الوارد في الروايات تعلق بعنوان الغش لا بالمعاملة نفسها ، فقد يحكم بحرمة الغش تكليفاً وصحة المعاملة المشتمله على الغش مع ثبوت خيار العيب أو الوصف أو التدليس على اختلاف أنواع الغش .

والذي يُشكل الأمر أنّه قد تعلق النهي في بعض الروايات بنفس المعامله ، فلا بدّ من ملاحظتها والجواب عنها وإلا تنقض القاعده التي قلناها ، وأما الروايات :

فمنها : صحيحه هشام بن الحكم عن أبي الحسن موسى عليه السلام أنّه قال : يا هشام إنّ البيع في الظلال غش والغش لا يحلّ (٢)

ومنها : حسنه أو معتبره موسى بن بكر قال : كُنّا عند أبي الحسن عليه السلام وإذا دنانير مصبوبة بين يديه ، فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثمّ قطعه بنصفين ، ثمّ قال لي : ألقه في البالوعه حتّى لا يباع شيء فيه غش (٣) .

ومنها : خبر مناهي النبي صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال في حديث : مَنْ غشّ مسلماً في شراءٍ أو بيعٍ

ص: ٢٥٩

١- (١) المكاسب المحرمه / ١٣٢ لآيه الله الأراكي .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .

فليس منّا ، الحديث (١) .

ومنها : خبر آخر خطبه خطبها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه قال صلى الله عليه وآله وسلم فيها : وَمَنْ غَشَّ مسلماً فى بيع أو فى شراءٍ فليس منّا (٢) .

ومنها : خبر المفضل بن عمر الجعفى قال : كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فألقى بين يديه

دراهم ، فألقى إليّ درهماً منها ، فقال : أيش هذا ؟ فقلت : ستوق ، فقال : وما الستوق ؟ فقلت : طبقتين فضّه وطبقه من نحاس وطبقه من فضه ، فقال : اكسرها فإنه لا يحلّ بيع هذا ولا إنفاقه (٣) .

وهذه الروايات - وإن كانت بظواهرها تعلق النهى فيها ببيع المغشوش - ولكن إذا تأملت فيها بدقه مع ملاحظه غيرها من الروايات تجد فى نفسك الإطمئنان بأن النهى الوارد فيها عن المعامله تعلق بحيثيه الغش الوارد فيها ، لا بنفس المعامله .

نعم ، يمكن الإلتزام بما ورد فى حسنه موسى بن بكر (٤) وخبر المفضل بن عمر الجعفى (٥) فى خصوص الدراهم المغشوشه من لزوم كسرها وإفنائها ووجوب إخراجها من جريان المعاملات حسماً لمادّه الفساد وبطلان المعامله بها إن وقفت شخصيه كما التزمنا بها فى بحث بيع الدراهم المغشوشه من هذا الكتاب (٦) .

والحاصل ، أن النهى المتعلق بالمعامله تعلق بها من جهه حيثيه الغش ، فالمنهى فى الحقيقه أمر خارج عنها وهو الغش ، صار الغش حينئذ حراماً والمعامله المشتمله عليه يكون صحيحاً وضعاً مع ثبوت الخيارات للمشتري . والله هو العالم والحمد له .

ص: ٢٤٠

١- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٢ ح ١٠ .

٢- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٣ ح ١١ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٦ ح ٥ .

٤- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .

٥- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٦ ح ٥ .

٦- (٤) هذا الكتاب . المجلد الاوّل / ١٧٤ .

قد تمسّدكوا بهذا التعارض لبثوت بطلان المعامله وفسادها ، ونحن نبحت عنه فى مقامين : ١ - فى بحث صلاه الجماعه ٢ - وفى بحثنا هذا عن المعاملات .

### المقام الأول : تعارض الاسم والاشاره فى صلاه الجماعه

قال العلامة : « ولو نوى الإقتداء بالحاضر فاعتقده زيدياً فكان غيره فالوجه البطلان » (١) .

قال الشهيد فى الذكرى : « يُشترط القصد إلى إمام معين ... ولو نوى الإقتداء بالحاضر

على أنه زيد فبان عمراً ففى ترجيح الإشاره على الإسم فيصح أو بالعكس فيبطل نظر ، نظير أن يقول المطلق لزوجته اسمها عمره « هذه زينب طالق » ، أو يشير البائع إلى حمار فيقول « بعتك هذا الفرس » (٢) .

وقال ثانى الشهيد فى الروض : « ... ولو عيّن فأخطأ تعيينه - بأن نوى الإقتداء بزيدٍ فظهر أنه عمرو - بطلت صلاته أيضاً وإن كان الثانى أهلاً للإمامه . أما لو نوى الإقتداء بالحاضر على أنه زيد فبان عمراً ففى صحه القدوه ترجيحاً للإشاره على الاسم أو البطلان للعكس نظر ، ورجح المصنف البطلان ، وهو متجه » (٣) .

أقول : ونحوها فى الفوائد المليه (٤) من دون الترجيح .

وقال صاحب المدارك : « ولو نوى الإقتداء بالحاضر على أنه زيد فبان عمراً ففى ترجيح الإشاره على الإسم فيصح أو العكس فيبطل نظر » (٥) .

وقال سيد الرياض : « ... ومنه يظهر وجه ما ذكره الشهيدان فى الذكرى وروض

ص: ٢٤١

١- (٥) نهايه الأحكام ٢ / ١٢٤ .

٢- (١) ذكرى الشيعة ٣ / ٤٢٣ .

٣- (٢) روض الجنان ٢ / ٩٩٨ .

٤- (٣) الفوائد المليه . لشرح الرساله النفليه / ٢٩٠ .

٥- (٤) مدارك الأحكام ٤ / ٣٣٣ .

الجنان والروضة (١) من فسادها لو نوى الإقتداء بزید فبان عمراً وإن كان أهلاً للإمامه ، أمّا لو نوى الإقتداء بالحاضر علی أنه زید فبان عمراً ففي صحه الإقتداء ترجيحاً للإشاره وعدمها ترجيحاً للإسم وجهان أحوطهما العدم» (٢) .

ولكن المحقق السبزواری فی کتابیه الذخیره (٣) والكفایه (٤) ذهب إلى الصحه ، وتبعه أصحاب المصاییح (٥) ومفتاح الكرامه (٦) وبرهان الفقه (٧) .

والحقّ متابعه أصحاب الذخیره والكفایه والمصاییح ومفتاح الكرامه وبرهان الفقه من صحه الصلاه فی مسألتنا هذه ، لأنّ الإیتمام فعل خارجي ، وهو متابعه الإمام فی أفعاله

والإقتداء به ، والفعل الخارجی جزئی حقیقی غیر قابل للتقسیم والتنويع حتى يُتصور فيه التعليق والتقييد ، فالتخلف فيه ليس إلاّ من باب التخلف فی الداعی ، ومن الواضح أنّ التخلف فی الداعی حتى فی العقود والإيقاعات لم يبطلها ، وعلى هذا التخلف فی الداعی فی الفعل الخارجی الجزئی بطریق أولى لا یوجب بطلانه ، وحينئذ فی الفرض صحت صلاته وجماعته (٨) حتى لو فرض عدم الإقتداء لو علم من الأوّل أنه عمرؤ لغرض من الأغراض لا لعدم إحراز عدالته ، فما ذكره بعض الأصحاب من بطلان صلاته محل تأمل بل منع .

حتى لو قلنا ببطلان جماعته لا يمكننا القول ببطلان صلاته لو لم يخالف ما وظيفه المنفرد لجريان حديث « لا تعاد » والحقّ عدم جريان تعارض الإسم والإشاره فی صلاه الجماعه . والتفصيل يُطلب من أحكام الجماعه فی كتاب الصلاه .

ص: ٢٤٢

- ١- (٥) الروضة البهيه ١ / ٢٨٣ .
- ٢- (٦) رياض المسائل ٤ / ٢٣٤ .
- ٣- (٧) ذخيره المعاد / ٣٩٩ .
- ٤- (٨) كفايه الأحكام / ٣١ الطبع الحجري و ١ / ١٥١ من الطبع الحديث عام ١٤٢٣ .
- ٥- (٩) مصاييح الظلام ٨ / ٣١٤ وما بعدها للوحيد البهبهاني المطبوع عام ١٤٢٤ .
- ٦- (١٠) مفتاح الكرامه ١٠ / ٨١ و ٨٠ .
- ٧- (١١) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٣٨ طبع الحجري .
- ٨- (١) كما ذهب إليه المحقق الخوئي في مستند العروه الوثقى في القسم الثاني من المجلد الخامس / ٧٨ .

أول من احتتمل البطلان في المعاملات عامه وفي بيع المغشوش لهذا التعارض المحقق الكركي في جامع المقاصد حيث قال : « ويمكن الحكم بالبطلان ، لأن المقصود بالبيع هو اللبن والجاري عليه هو المشوب ثم نقل كلام الشهيد في الذكرى وختمه بهذا الكلام : وجعل منشأ التردد تغليب الإشارة أو الوصف» (١).

ثم بعده نقل الشهيد الثاني هذا الإحتمال في مسالكة وردّه حيث يقول : « وربما احتتمل البطلان بناءً على أن المقصود بالبيع هو اللبن والجاري عليه العقد هو المشوب ، فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حماراً ، وقد ذكروا في هذا المثال إشكالاً من حيث تغليب الإشارة أو الإسم ، والفرق بينه وبين ما نحن فيه واضح» (٢).

وهكذا ردّ هذا التعارض الشيخ جعفر وقال : « ... وليس هذا من تعارض الإسم والإشارة ، أما مع إتحد الجنس فظاهر ، وأما مع اختلافه فإن لم تنقلب الحقيقة فليس منه ، ومع الانقلاب فقد حكمنا ببطلان ضروب الاكتساب ...» (٣).

وتبعه تلميذه صاحب الجواهر فقال : « وليس ذا من تعارض الإسم والإشارة قطعاً ، ضروره كون المراد واحداً من نحو قولك « بعتك هذا اللبن » . نعم لو خرج بالغش عن الحقيقة

وبيع على أنه منها بطل البيع قطعاً ، وأما مع عدمه فالمتجه الصحة ...» (٤).

وتبعه أيضاً تلميذه الآخر السيد العاملي في مفتاح الكرامه (٥) ، وتبعهم السيد على آل بحر العلوم في برهان الفقه (٦) والمؤسس الحائري في تقارير بحثه الشريف (٧) والمحقق الخوئي

ص: ٢٤٣

- ١- (٢) جامع المقاصد ٢٥ / ٤ .
- ٢- (٣) مسالك الأفهام ١٢٩ / ٣ .
- ٣- (٤) شرح القواعد ١ / ٢١٠ .
- ٤- (١) الجواهر ١١٢ / ٢٢ .
- ٥- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٩٠ .
- ٦- (٣) برهان الفقه ، كتاب التجاره / ٣٨ الطبع الحجري .
- ٧- (٤) المكاسب المحرمه / ١٣٤ وما بعدها لآيه الله الأراكي قدس سره .

فى مصباح الفقاهه (١) قدس سرهم وتلميذاه شيخنا الأستاذ فى إرشاد الطالب (٢) والفقيه القمى (٣) فى عمده المطالب - مَدْظَلهما

-

والحقّ متابعه الأعلام حيث قد عرفت أنّ هذا التعارض لا يجرى فى محلّه المدعى وهو صلاحه الجماعه ، فكيف يجرى فى البيع أو غيره من المعاملات اللاتى يتعلّقن بالأعيان الخارجيه . وعلى هذا إذا وقع عقد البيع مثلاً على اللبن والغش لا يخرجّه عن حقيقته اللبّيه بل صار به مغشوشاً غير خالصٍ صحت المعامله وتجرى فيها خيار العيب أو الوصف أو التديس .

وأما إذا وقع عقد البيع مثلاً على فرس وحين التحويل أعطاه حماراً بحيث يوجب انقلاب ماهيه المبيع إلى شىءٍ آخر ، فيحكم ببطلان العقد عند الجميع ، لأنّ ما قُصد لم يقع وما وقع لم يقصد .

والحاصل ، عدم جريان تعارض الإسم والإشاره فى البيع وفى غيره من المعاملات حتّى فى النكاح والطلاق ، فإنّهما تابعان لقصد من له ولايتهما ، فإذا قال الأب : أنكحتُ بنتى هذه - زينب - لزيد ، النكاح حيث هو من الأمور الإنشائيه فهى تابعه لقصد المُنشئ ، فإذا كان مراده من الإنشاء ، إنشاء عقد زينب ، ونكاحه لزيد فهذه الصيغه تجرى فى حقّها حتّى لو لم تكن هذه زينب وإذا كان مراده إنشاء عقده هذه وأخطأ فى تطبيقه بأنّها زينب ، يجرى العقد بالنسبه إلى المشار إليها ولا يرتبط بزینب . وهكذا الأمر بالنسبه إلى الطلاق لو قال الزوج مثلاً « زوجتى هذه - زينب - طالق » ، فإن الأمر منوط بقصد الزوج لأنه هو المُنشئ .

والوجه فى ذلك كلّهُ أنّ العقود تابعه للقصود ، وإذا تردد المُنشئ بعد ظهور الخلاف بأنّ قصده أيهما تكون ، بطل العقد أو الإيقاع والمعامله ، لأنّ الأمور الإنشائيه لا تتحقق مع التردد

والشك والتعليق كما هو واضح ، ويحتاج إلى إنشاء عقد جديد من دون شك وترديد ، وتعيين الموضوع خارجاً .

ص: ٢٤٤

١- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٣٠٣ .

٢- (٦) ارشاد الطالب ١ / ١٧٤ .

٣- (٧) عمده المطالب ١ / ٢٤١ .

هذا مجمل الكلام فى تعارض الإسم والإشاره ، وقد عرفت عدم تماميته لا فى صلاه الجماعه ولا فى المعاملات ، والله سبحانه هو العالم .

### **الجهه التاسعه : ما قُصِدَ لَمْ يَقَعْ وما وَقَعَ لَمْ يُقْصَدْ**

هذا العنوان أُستدل به على بطلان المعامله ، بتقريب : أنّ العقد لم يتعلق بالمبيع بأى عنوان اتفق ، بل تعلق به بعنوان أنّه خالصٌ وغيرٌ مغشوش ، فإذا كان المبيع مغشوشاً فقد ظهر أنّ ما هو المبيع غير موجودٍ وما هو موجودٌ غير المبيع ، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد .

وفيه : أولاً : هذا الإستدلال على فرض تماميته إنّما يتم إذا كان المبيع شخصياً ، وأمّا إذا كان المبيع كلياً - كما فى بعض المعاملات - فغير تام .

وثانياً : إذا وقع العقد على المبيع الشخصى ولكن الغش لا- يخرجّه عن حقيقته وصورته النوعيه لا- يوجب بطلان المعامله ، بل يجرى فيها خيار العيب أو الوصف أو التدليس .

نعم ، إذا كان الغش يردّ المبيع عن حقيقته وصورته النوعيه ويوجب انقلابه عن ماهيته ، فيحكم ببطلان المعامله ، لأنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد . وفى هذا الفرض تمّ الإستدلال كما سبق .

والحاصل ، صحت المعامله المغشوشه لعدم تماميه ما أُستدل على بطلانها ، والحكم ثابت بالحرمة التكليفيه للغش فقط مع ثبوت الخيارات للمشتري ، والله سبحانه هو العالم .

### **الجهه العاشره : هل حرمة الغش تعم الكافر ؟**

إذا تأملت ما تلوناه عليك من الروايات ظهر لك أنّ بعض الروايات تخص الحرمة بالمؤمن ، يعنى الشيعى الإمامى ، نحو : صحيحه هشام بن سالم (1) وصحيحه على بن سويد

ص: ٢٤٥

وبعضها الآخر تعمّمها بالمسلم ، نحو : صحيحه أخرى لهشام بن سالم (٢) وحسنه الحسين بن خالد (٣) وصحيحه الحلبي (٤) وخبر سعد الإسكاف (٥) وخبر مناهي النبي (٦) صلى الله عليه وآله وسلم وخبر آخر خطبه خطبها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينة (٧) .

ويمكن استفادة الحرمة بالنسبة إلى جميع الناس حتّى الكافر منهم من بعضها نحو : صحيحه هشام بن الحكم (٨) ومعتبره السكوني (٩) وصحيحه الحسين بن المختار القلانسي (١٠) وصحيحه عبيس بن هشام الناشرى (١١) وحسنه أو معتبره موسى بن بكر (١٢) وحسنه بل صحيحه الحسين بن زيد الهاشمي (١٣) .

فهذه الروايات المعتبرة داله على حرمة الغش بالنسبة إلى جميع الناس مع اختلاف أديانهم ومذاهبهم ، فلا يجوز غشهم في المعاملات ، والله سبحانه هو العالم .

وبهذه الجهد تمّ بحث الغش ولله الحمد أولاً وآخراً .

ص : ٢٦٦

- ١- (٢) الكافي ٨ / ١٢٦ ح ٩٥ .
- ٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٩ ح ٢ .
- ٣- (٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ٥٠ ح ١٩٤ .
- ٤- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١١٢ ح ٢ .
- ٥- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ٨ .
- ٦- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ١٠ .
- ٧- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٣ ح ١١ .
- ٨- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٣ .
- ٩- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٤ .
- ١٠- (٩) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٢ ح ٩ .
- ١١- (١٠) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨١ ح ٧ .
- ١٢- (١١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨٠ ح ٥ .
- ١٣- (١٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٨١ ح ٦ .



يقع الكلام فيه ضمن مقامات :

### المقام الأول : موضوعه

لم يرد فى الروايات تحديد موضوع الغناء ، فلا بد فى تعيين موضوعه إلى مراجعته كلمات أهل اللغه والفقهاء ، فلذا نقول :

قال أحمد بن فارس : « ... الغناء من الصوت ، والأغنيه (١) اللون من الغناء » (٢) .

وقال ابن منظور : « ... الغنى من المال مقصورٌ ومن السماع ممدودٌ ، وكلٌّ من رفع صوته ووالاه فصوته عند العرب غناءً ... » (٣) .

وقال ابن الأثير فى معنى التغنى بالقرآن : « ... وقال الشافعى : معناه تحسين القراءه وترقيقها ، ويشهد له الحديث الآخر « زَيْنُوا

القرآن بأصواتكم » ، وكلٌّ من رفع صوته ووالاه فصوته عند العرب غناءً ... » (٤) .

وقال الفيومى : « ... والغناء مثالُ كتابٍ : الصوت ، وقياسُهُ الضَّمُّ لآنه صوتٌ ، وَعَنَى بالتشديد إذا تَرَنَّمَ بالغناء » (٥) .

قال الفيروزآبادى : « ... والغناء ككسائٍ من الصوت ما طُرب به ... » (٦) .

ص: ٢٤٨

١- (١) يقال : بضم الهمزه وكسرها مع تشديد الياء وتخفيفها ، أربع لغات .

٢- (٢) معجم مقاييس اللغه ٤ / ٣٩٨ .

٣- (٣) لسان العرب ١٠ / ١٣٥ .

٤- (٤) النهايه فى غريب الحديث والأثر ٣ / ٣٩١ .

٥- (٥) المصباح المنير / ٤٥٥ .

٦- (٦) قاموس اللغه / الطبع الحجرى ماده الغنى .

وقال الطريحي : « الغناء ككسَاءِ : الصوت المشتمل على الترجيع المطرب أو ما يُسمى بالعرف غناءً وإن لم يطرب ، سواء كان في شعرٍ أو قرآنٍ أو غيرهما ، واستثنى منه الحدو للليل ، وقيل : وفعله للمرأة في الأعراس مع عدم الباطل . وفي الحديث : جوار يتغنين ويضربن بالعود ، أى يستعملن الغناء وضرب العود ... » (١).

وقال في المنجد : « الغناء من الصوت : ما طُرِبَ به . الأَغْنِيَّةُ والأَغْنِيَّةُ والأَغْنِيَّةُ والإِغْنِيَّةُ : ما يُتَرَنَّمُ ويُتَغَنَّى به ، جمعه أغاني وأغانٍ » (٢).

أقول : بعد نقل كلمات اللغويين فلا بدّ من مراجعته كلمات الفقهاء في تعريفه :

قال المحقق في شهادات الشرائع في تعريف الغناء : « مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يُفَسِّقُ فاعله وتردُّ شهادته وكذا مستعمه ، سواءً استعمل في شعرٍ أو قرآنٍ ولا بأس بالحُداءِ به ... » (٣).

وقال ابن أخته وتلميذه العلامة الحلبي في شهادات التحرير : « الغناء حرام ، وهو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المُطرب يفسق فاعله وتردُّ شهادته به ، سواء كان في شعرٍ أو قرآن ، وكذا مستمعه سواء اعتقد إباحته أو تحريمه » (٤).

وقال في شهادات الإرشاد : « وسامع الغناء - وهو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب وإن كان في قرآن - وفاعله و ... » (٥).

وقال في شهادات القواعد : « الغناء حرام يُفَسِّقُ فاعله ، وهو ترجيع الصوت ومدّه ، وكذا يُفَسِّقُ سامعه قاصداً ، سواء كان في قرآن أو شعر ، ويجوز الحداء » (٦).

وقال في تلخيص المرام في تعريفه : « مدّ الصوت بالترجيع واستماعه في قرآن

ص: ٢٤٨

١- (٧) مجمع البحرين / ٦٧ الطبع الحجري و ١ / ٣٢١ الطبعة الحديثه .

٢- (١) المنجد / ٥٩٠ .

٣- (٢) شرائع الإسلام / ٤ / ١١٧ .

٤- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٥ / ٢٥١ المسأله ٦٦٢٩ .

٥- (٤) إرشاد الأذهان ٢ / ١٥٦ .

٦- (٥) قواعد الأحكام ٣ / ٤٩٥ .

وغيره»(١).

وقال الشهيد في شهادات الدروس : « ... والمعنى بمدّ صوته المطرب المرجع وسامعه ، وإن كان في قرآن أو اعتقد إباحته ، ويجوز الحُداء وشبهها ... »(٢).

وقال الشيخ شمس الدين محمد بن شجاع القطان الحلبي في شهادات « معالم الدين في فقه آل ياسين » : « الغناء : وهو مدّ الصوت المطرب وإن كان ورُخصَّ الحُداءُ للإبل وغيرها»(٣).

وقال المحقق الثاني : « الغناء : هو ممدود - ثم نقل تعريف الشهيد وأضاف - : وليس مطلق مدّ الصوت محرماً وإن مالت القلوب إليه ما لم ينته إلى حيث يكون مطرباً بسبب اشتماله على الترجيع المقتضى لذلك ... »(٤).

وقال ثاني الشهيدين : « الغناء - بالمد - مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، فلا يحرم بدون الوصفين - أعني الترجيع مع الإطراب - وإن وُجد أحدهما . كذا عرّفه جماعه من الأصحاب(٥) ، وردّه بعضهم(٦) إلى العرف ، فما سُمّي فيه غناء يحرم وإن لم يطرب ، وهو حسنٌ . ولا فرق في ذلك بين كونه في شعر وقرآن وغيرهما ... »(٧).

وقال في شهادته : « الغناء عند الأصحاب محرّم ، سواء وقع بمجرد الصوت أم انضم إليه آله من آلاته ... والمراد بالغناء الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، كذا فسّره به المصنف رحمه الله وجماعه ، والأولى الرجوع فيه إلى العرف فيما يُسمى فيه غناءً يحرم ، لعدم ورود الشرع بما يضبطه ، فيكون مرجعه إلى العرف . ولا فرق بين وقوعه بقرآن وغيرهما ،

ص: ٢٦٩

- ١- (٦) تلخيص المرام في معرفه الأحكام / ٣١١ للعلامة الحلبي .
- ٢- (٧) الدروس الشرعية ٢ / ١٢٦ .
- ٣- (٨) معالم الدين في فقه آل ياسين ٢ / ٣٨٨ .
- ٤- (١) جامع المقاصد ٤ / ٢٣ .
- ٥- (٢) كالمحقق والعلامة والشهيد في الشرائع والتحرير والإرشاد والدروس كما مرّ كلامهم .
- ٦- (٣) كالفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢ / ١١ .
- ٧- (٤) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٦ .

وكما يحرم فعل الغناء يحرم استماعه كما يحرم استماع غيره من الملاهي ...» (١).

أقول : ذكر نحو هذا البيان في الروضة البهية (٢) وفي حاشيته على الشرائع (٣) وقال في حاشيته على الإرشاد : معلقاً على قول العلامة : « مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب » « أو ما يُسمى في العرف غناءً وإن لم يطرب » (٤).

وقال المحقق الأردبيلي : « قوله « والغناء » قيل : هو - بالمد - مدّ صوت الإنسان المشتمل على الترجيع المطرب ، الظاهر أنه لا خلاف حينئذٍ في تحريمه وتحريم الأجره عليه وتعلّمه وتعليمه واستماعه . وردّه بعض الأصحاب إلى العرف ، فكلّ ما يُسمّى به عرفاً فهو حرام ، وإن لم يكن مشتملاً على الترجيع ولا على الطرب .

دليله : أنه لفظ ورد في الشرع تحريم معناه ، وليس بظاهر له معنى شرعى مأخوذ من

الشرع ، فيحال إلى العرف . والظاهر أنه يُطلق على مدّ الصوت من غير طرب ، فيكون حراماً ، إذ يصحّ تقسيمه إلى المطرب وعدمه ، بل ولا يبعد إطلاقه على غير المرجّع والمكرر في الحلق ، فينبغي الاجتناب ، والأوّل أشهر . ولعلّ وجهه أنّ الذى علم تحريمه بالإجماع هو مع القيدين وبدونهما يبقى على أصل الإباحه ، ولكنّ مدلول الأدله أعمّ ، مثل : المغنيه ملعونه وملعون مَنْ أكل ثمنها» (٥).

قال صاحب الحقائق : « الغناء - بالمد ككساء - قيل : هو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، فلا يحرم بدون الوصفين ، أعنى الترجيع والإطراب ، كذا عرّفه جماعه من الأصحاب ، والطرب : خفه تعتريه تسره أو تحزنه .

وردّه بعضهم إلى العرف ، فما سُمى فيه غناءً يحرم وإن لم يطرب ، واختاره في المسالك

ص: ٢٧٠

١- (٥) مسالك الأفهام ١٤ / ١٧٩ و ١٨٠ .

٢- (٦) الروضة البهية ٣ / ٢١٢ .

٣- (٧) حاشيه الشرائع / ٣٢٧ للشهيد الثانى .

٤- (٨) حاشيه الإرشاد للشهيد الثانى المطبوعه ضمن غايه المراد ٤ / ١٠٩ ، ومستقلاً / ٣٨١ .

٥- (١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٥٧ .

وغيره ، وهو المختار ، ولا خلاف في تحريمه فيما أعلم ... » (١).

ثم قال صاحب الحدائق في حاشيته كتابه : « وممن صرح بما اخترناه هنا الفاضل المولى محمد صالح المازندراني في شرح الأصول حيث قال - بعد الكلام في الغناء - : وعرفه جماعه من أصحابنا بالترجيع المطرب ، فلا تتحقق ماهيته بدون الترجيع والإطراب ولا يكفي أحدهما ، وردّه بعضهم إلى العرف ، فما سمّاه أهل العرف غناءً حراماً ، أطرب أم لم يطرب . ولا يخلو من قوه ، لأنّ الشائع في مثله ممّا لم يعلم معناه لغّه ولم يظهر المقصود منه شرعاً هو الرجوع إلى العرف » (٢).

وقال المحقق السبزواري : « الغناء : وهو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب على ما قاله بعضهم ، وبعضهم اقتصر على الترجيع ، وبعضهم على الإطراب من غير ذكر الترجيع ، ومن العامه من فسّر بتحسين الصوت ، ويظهر ذلك من بعض عبارات أهل اللغة ، والظاهر أنّ الغالب لا ينفك التحسين من الوصفين المذكورين . ومنهم من فسّر بمدّ الصوت . ومنهم من قال : من رفع صوتاً ووالاه فهو غناءً . ولعلّ الإطراب والترجيع مجتمعان غالباً . وقيل : ما يُسمى غناء عرفاً وإن لم يشتمل على القيدين » (٣).

وقال الوحيد البهبهاني في حاشيته على مجمع الفائده والبرهان : « وقيل : المُخزّن داخل

في المطرب ، وقيل : مدّ الصوت ، ومنهم من اقتصر على الصوت المشتمل على الترجيع ، ومنهم من اقتصر على المطرب ، وقيل : هو تحسين الصوت ، وقيل : رفع الصوت مع موالاته ، والأظهر الرجوع إلى العرف لتقدمه على اللغة عند التعارض على الأظهر ، سيما مع الاضطراب في اللغة ، فتأمل » (٤).

وقال أيضاً : « النوحه ليس غناءً في العرف وإن اشتمل على ترجيع ما ، فتأمل » (٥).

ص: ٢٧١

١- (٢) الحدائق ١٨ / ١٠١ .

٢- (٣) الحدائق ١٨ / ١٠١ .

٣- (٤) الكفايه ١ / ٤٢٨ .

٤- (١) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٢٧ .

٥- (٢) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٢٧ .

قال الشيخ جعفر : « والغناء من مقوله الأَصوات كما يظهر من كثير من اللغويين والفقهاء ، أو من كيفياتها كما يظهر من الأكثر من الجانيين ، ولعله الأقوى وليس اختلاف كلامهم في تفسيره - حيث قيل : مدّ الصوت ، أو ترجيعه أو إطرابه أو تحسينه أو رفعه ومولاته أو مدّه وتحسينه أو مدّه وترجيّعه أو تحسينه وترقيقه أو ترجيعه وإطرابه أو مدّه وترجيّعه وإطرابه إلى غير ذلك ، أو الصوت مقيداً بالطرب أو الرفع والمواياه أو الترجيع والإطراب إلى غير ذلك - مبيّناً على التعارض حتّى ينظر في التعادل ويرجح الأ-كثر أو الأبصر أو على الجمع ، فيؤخذ بالجامع للصفات لأنّه المتيقّن ، والأصل جواز ما عداه ، أو الجميع عملاً بقول المثلث فيما أثبتّه ورداً للنافي فيما نفاه ، بل إنّما قصدهم - كما لا يخفى على من مارس كلامهم في بيانهم لمعاني الألفاظ الشائعه المشهوره - الدوران حول العرف والإشاره إليه ، وبيان المعنى العام ليحترز عن إدخاله في جنس آخر ، كيان أنّ الغناء من مقوله الأَصوات أو كيفياتها ، وسعدانه من مقوله النبات ونحو ذلك ، ولذا لا ترى بينهم معركه ونزاعاً مع اختلاف العبارات وتفاوت الكلمات ، فلم يبق سوى الرجوع إلى العرف الذى هو المرجع والمفرع في فهم المعانى من المباني ، وهو لا يكال بمكيال ولا يوزن بميزان ، فقد تراه يرى تحقق الغناء في صوت خال عن الحسن والرّقه مشتمل على الخشونه والغلظه ، وفي خال عن المدّ مشتمل على التقطيع والتكسير ، وفي خال عن الترجيع متصف بالخفاء ، وفي مهيج للطرب بمعنى الخفه المقرونه بالإنشراح واللذّه ، وفي مقرّح للفؤاد مهيج على البكاء للعشاق إلى غير ذلك ، فليس للفقيه الماهر سوى الرجوع إليه والتعويل عليه . ولو فرض ثبوت المعنى اللغوى فالعرف مقدّم عليه . وإذا أشكلت عليه الأمور لاضطرابه ، رجع إلى أصل إباحته إن كان من أهلها أو إلى الأخذ بحائطه إن كان من أهلها» (١).

ولكن خالف الفقيه المتتبع السيد جواد العاملى أستاذه واختار المعنى المشهور عنده مع القيدين - أعنى الترجيع والإطراب - وقال : « ... إنّ المعنى المشهور [ مع القيدين ] لا يحكم العرف بسواه ، ويرشد إلى ذلك أنّ جماعه ممن عرّفه كالمحقق في شهادات الشرائع والمصنف

ص: ٢٧٢

[العلامه] في الكتاب [القواعد] والتحرير والإرشاد لم يذكروا له إلا المعنى المشهور ، وما ذاك إلا لأنه هو الذي يحكم به العرف ، وإلا لكان الواجب عليهم الإحالة على العرف كما تقتضيه قواعدهم ، لأنه لفظ ورد من الشرع تحريم معناه ولم يعلم له معنى شرعى فيحال على العرف ، ولو كان له في اللغة معنى يخالفه ، لأن العرف العام يقدم عليها فكيف يفسرونه بمعنى يخالف العرف ، إن ذلك لمستبعد منهم غاية البعد ... «(١)» .

وقال سيد الرياض : « الغناء وهو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب أو ما يُسمّى في العرف غناءً وإن لم يطرب ، سواء كان في شعر أو قرآن أو غيرهما على الأصح الأقوى ... »(٢) .

وقال الفاضل النراقى : « ... إن كلمات العلماء من اللغويين والأدباء والفقهاء مختلفه في تفسير الغناء ، ففسّره بعضهم بالصوت المطرب ، وآخر بالصوت المشتمل على الترجيع ، وثالث بالصوت المشتمل على الترجيع والإطراب معاً ، ورابع بالترجيع ، وخامس بالتطريب ، وسادس بالترجيع مع التطريب ، وسابع برفع الصوت مع الترجيع ، وثامن بمدّ الصوت ، وتاسع بمدّه مع أحد الوصفين أو كليهما ، وعاشر بتحسين الصوت ، وحادي عشر بمدّ الصوت وموالاته ، وثاني عشر - وهو الغزالي(٣) - بالصوت الموزون المفهم المحرّك للقلب . ولا دليل تاماً على تعيين أحد هذه المعاني أصلاً .

نعم ، يكون القدر المتيقّن من الجميع المتفق عليه في الصدق - وهو : مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب الأعم عن السارّ والمحرّك المفهم لمعنى - غناء قطعاً عند جميع أرباب هذه الأقوال ، فلو لم يكن هنا قول آخر يكون هذا القدر المتفق عليه غناءً قطعاً .

إلا أنّ بعض أهل اللغة فسّره بما يقال له بالفارسيه : « سرود » ، أيضاً ، وحكى عن الصحاح أنّه قال : الغناء هو ما يسمّيه العجم ب- « دو بيتى » .

وقال بعض الفقهاء : إنّه يجب الرجوع في تعيين معناه إلى العرف .

ص: ٢٧٣

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٦٩ .

٢- (٢) رياض المسائل ٨ / ١٥٥ .

٣- (٣) إحياء علوم الدين ٢ / ٢٧٠ .

ولا يخفى ما فى معنى الأولين من الخفاء ، فإن « سرود » و « دو بيتى » ليس بذلك الإشتهار فى هذه الأعصار بحيث يتضح المراد منها ، ويمكن أن يكون هذا متحداً مع أحد المعانى المتقدمه .

ويحتمل قريباً أن يكون للحن وكيفية الترجيع مدخلية فى صدقهما ، ويشعر به ما فى روايه عبد الله بن سنان(1) الآتية الفارقة بين لحن العرب ولحن أرباب الفسوق والكبائر .

ويؤيده أيضاً ما قد يُفسّر ب- « سرود » من أنه ما يقال له بالفارسيه « خواندگى » ، وقد يُفسّر الغناء بذلك أيضاً ، فإن التعبير ب- « خواندگى » فى الأغلب إنما يكون بواسطه الألحان والنغمات .

وكذا الثالث فإن فيه خفاءً أيضاً ، فإنه لا عرف لأهل العجم فى لفظ الغناء ومرادفه من لغة الفرس غير معلوم ، وعرف العرب فيه غير منضبط ، وقد يُعبّر عنه أيضاً ب- « خواندگى » وهو غير ثابت أيضاً .

ولأجل هذه الاختلافات يحصل الإجمال غايته فى معنى الغناء ، ولكنّ الظاهر أنّ القدر المتيقن المذكور من المعانى الإثني عشرية - سيما إذا ضمّ معه اللحن الخاص المعهود الذى يستعمله أرباب الملاهى ويتداول عندهم ويعبّر عنه الآن عند العوام ب- « خواندگى » يكون غناءً قطعاً ، سواء كان فى القرآن والدعاء والمراثى أو فى غيرها ... «(2)» .

قال صاحب الجواهر : « إنّما الكلام فى موضوعه ، ففى جملة من كتب الأصحاب أنه مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، بل ربّما قيل أنه المشهور ، وفى القاموس غناء ككساء من الصوت ما طرب به ، وفى شهادات القواعد وبعض كتب اللغه ترجيع الصوت ومدّه ، وعن الشافعى أنه تحسين الصوت وترقيقه ، وفى محكى النهايه أنّ كل من رفع صوتاً ووالاه فصوته عند العرب غناء ، وعن السرائر والإيضاح أنه الصوت المطرب ، وعن بعض أنه مدّ الصوت ، وعن المصباح المنير أنه الصوت ، إلى غير ذلك من كلمات أهل اللغه التى يقطع الماهر بملاحظتها

ص: ٢٧٤

١- (١) وسائل الشيعة ٦ / ٢١٠ ح ١ . الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٦ .



بكون المراد منها ، بيان أن الغنى [ الغناء ] من هذا الجنس ، نحو قولهم « سِيدانَه نبت » ، ضروره عدم خلو غالب الأصوات في قراءه القرآن والأدعية والخطب والشعر في جميع الأعصار والأعمار من العلماء وغيرهم ، من تحسين ومدّ وترجيع في الجملة ، كما لا يخفى على من له أدنى معرفه وإنصاف ، فيعلم كون المراد كيفيه خاصه منها موكوله إلى العرف ، كما هي العاده في بيان

أمثال ذلك . نعم لا- عبره بعرف عامه سواد الناس ، فإنّه الآن مشتبه قطعاً ، لعدم الكيفيه الخاصه من الصوت في غير القرآن والدعاء وتعزيه الحسين عليه السلام غناءً ، ونفى ذلك عنها فيها ، وما ذاك إلا اشتباهه للقطع بعدم مدخله خصوص ألفاظ فيه ، لما عرفت أنه كيفيه خاصه للصوت بأى لفظ كان . ودعوى الترام جواز ذلك فيها وإن كان غناءً في غيرها - لاطلاق ما دل على الأمر بها(١) الشامل لهذه الكيفيه الخاصه ، بل جاء في خصوص القرآن الأمر بالتغنى فيه ، وما يقتضى بجواز الغناء فيه - واضحه الفساد ، لمعالميه تحكيم النهى في أمثال ذلك وليس من تعارض العموم من وجه المحتاج إلى ترجيح ، بل فهم أهل العرف كافٍ فيه ، نحو العام والخاص والمطلق والمقيد ، وإلا لتحقق التعارض من وجه بين ما دلّ على قضاء حاجه المؤمن مثلاً ، والنهى عن اللواط والزنا والكذب وغيرها من المحرّمات ، المعلوم بطلانه بضروره الشرع أنّه لا يطاع من حيث يعصى . وما ورد في خصوص القرآن - بما لا- ريب في قصوره عن معارضه ما دلّ على الحرمة من وجوه مطرح أو مأوّل أو موضوع . خصوصاً بعد قوله عليه السلام « اقرؤا القرآن بألحان العرب وإياكم ولحون أهل الفسوق فإنّه سيّجىء قوم يرجعون القرآن ترجيع الغناء»(٢) .

نعم ، قد يحتمل إرادته إختصاص الغناء بالصوت المشتمل على التحسين بالمدّ والترجيع المتخذ للهو وانشراح النفس و الطرب ، كما عساه يؤمى إليه لهو الحديث وأخذ الطرب في تعريفه ، ومعروفه مجالس الغناء بذلك ، بعد العلم بعدم زيادتها في المدّ والترجيع على ما يُستعمل في غيرها ، ممّا لم يرد به اللهو كالتعزيه والأذان وغيرها .

ص: ٢٧٥

١- (١) الوسائل ٦ / ٢١١ و ٢١٢ ح ٥ و ٦ . الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن .

٢- (٢) الوسائل ٦ / ٢١٠ ح ١ . الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن .

وقد يؤيد بما ذكر في استثناء النوح منه ، من أنه ليس داخلاً في موضوعه باعتبار مقابله النوح له عرفاً ، وما ذاك إلا لعدم اتخاذ اللهو به . لكنّه أيضاً لا يخلو من إشكال ، ضروره عدم اعتبار ذلك في حقيقته وإن تعارف استعماله في مجالس اللهو ، وإلا فربّما كان من أفراد الغناء الأصوات المشجيه والمثيره للحزن والبكاء ، كما يستعمله العشاق في فقد المحبوب وعدم نيل المطلوب ، وهو مع ذلك نوع من الطرب ، ولذا حكى عن القاموس التصريح بفساد وهم من خص الطرب بالسرور ، وأنه قول العوام . والتحقيق الرجوع في موضوعه إلى العرف الصحيح الذي لا ريب في شموله للمقامات المعلومه وشعبها المعروفه عند أهل فنّها ، بل لا ريب في تناوله لغير ذلك ممّا يستعمله سواد الناس من الكيفيات المخصوصه ، بل الورع يقتضى إجتنب

جميع الأفراد المشكوك اندراجها في موضوعه ، وإن كان الأصل يقتضى الإباحه في شبهه الموضوع الراجعه إلى شبهه الحكم» (١) .

قال العلامة الجد آية الله الحاج الشيخ محمد حسين النجفي الأصفهاني قدس سره المتوفى عام ١٣٠٨ في تفسيره بهذا الشأن : « قد يكون حسن الصوت طبيعياً منشؤه كون آلات التنفّس والتكلم بحيث يصدر عنه الكلام حسناً وملائماً مناسباً لسمع السامعين بحيث يستلذ به السامع ، كما أنّها قد تكون على خلاف ذلك بحيث يخرج منه الكلام على وجه تشمئز منه النفوس ؛ كصوت الحمار . وهذا في الصوت كالحسن والقبح في الوجه وغيره من سائر الأشياء . وقد يكون اختياراً ناشئاً من طرف المادّه باعتبار إخراج الحروف من أليق حدود مخارجها بها على وجه متناسب ، كما يشاهد في بعض القراء ، أو من طرف الهيئات العارضه للحروف ، المحسّنه لها ، المزيّنه إيّاها ، باعتبار الإنفراد والتأليف مع غيرها بحيث يميل إلى معروضها نفس السامع ، كما يعرض القبح للكلام بالاعتبارين ، كما هو المشاهد من بعض الناس . وقد يكون اختيارياً ناشئاً من ترجيع الصوت وترديده بكيفيات خاصّه ، بحيث تؤثر في النفس سرور أو حزناً ، مع قطع النظر عن مادّه الحروف والكلمات وهيئاتها العارضه لها ، بل هو خارج عنها أصلاً ، بل ربّما يؤثّر تأثيرها في نفس السامع مع عدم سماعه لجوهر الكلام .

ص: ٢٧٦

وبيان هذا النمط من الحسن وهو الذى تكفل له علم الموسيقى المعدود من أجزاء علم الحكمة ، وله أقسام وقواعد مسطوره فيه .

ولا- يبعد أن يكون هذا القسم بالخصوص هو المراد بالغناء الذى ورد عنه النهى فى الأخبار وأفتى بحرمته العلماء ، ويُشبهه أن يكون موضوعه ظاهراً عند أهله ومن له بصيره بهذا الشأن ، ولو فى الجملة ؛ إذ ليس كل من يعرف حسن الشئ من قبحه يقدر على صناعته ، كما يظهر بين الخط الحسن والقبیح ، والبناء الحسن من القبیح . والظاهر أنّ هذا من الكيفيات العارضه للصوت ؛ كعروض هيئه الشعر على الكلمات فى تعينه واقعاً ، وانقسامه إلى أقسام محصوره فى الواقع ، ومعرفته من لا يقدر على إحداثه ، واختلاف الصانعين فى جوده الطبع وعدمها ، ومقدار الاكتساب . وهذه الكيفيه هى ترجيع خاص معهود ، ومطرب مؤثر فى النفس سروراً أو حزناً ، وهو المراد ب- « خواندگى » ، ونحوها إن أريد بها وما يشبهها المعانى المعهوده عند أهل الخبره بهذا الشأن .

وهيهنا نوع آخر من حسن الصوت بالقرآن يحصل من حال القارئ إذا ترقى فى مقامات القراءه من هذا العالم إلى عالم السرور والبهاء والقدس ، فإنه يُحدّث لقراءته ملاحظهً وحسنًا ، ويتلبس بها كلامه بحيث يبتهج به السامع ابتهاجاً روحانياً لصدوره من عالم البهجه والحسن والجمال ، وظهور حال المتكلم وصفاته فى الكلام ، كما يظهر حزنه وسروره فيه بحيث سرى منه إلى السامع ، كما يؤثّر الغناء فى ذلك ، وكما أنّه إذا خرج عن القلب دخل فى القلب . ويُشبهه أن يكون هذا النمط من الحسن هو ما كان لداود وعلّى بن الحسين والباقر عليهم السلام على ما روى فى الأخبار ، أو نمط أعلى من ذلك يشابهه فى الروحانيه ، وذلك بخروج القرآن عن لسان المتكلم على ما هو عليه من البهائه والكمال الروحاني ، أو عن مبدئه الذى له الجمال المطلق .

ومما ذكر يظهر أنّه لا يختصّ تحسين الصوت بالقرآن والترجيع به بالتغنّى به ، بل ليس لتلك الأخبار الوارده ظهور تامّ فى جوازه فضلاً عن رجحانه ، فالخروج بها عن إطلاق ما دلّ على حرمة جرأه تامه ، خصوصاً بملاحظه ما رواه الكليني بسنده عن عبد الله بن سنان ، عن أبى عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إقرأوا القرآن بألحان العرب وأصواتها ، وإياكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر ! فإنه سيجىء من بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء

والنوح والرهبايته ، لا يجوز تراقيهم ، قلوبهم مقلوبه وقلوب من يعجبه شأنهم»(١)(٢) .

وقال ولده العلامة آيه الله أبو المجد الشيخ محمد الرضا النجفي الاصفهاني قدس سره في رسالته الخاصه بهذا الموضوع : «  
الروضه الغناء في تحقيق معنى الغناء» : « الغناء : صوت الإنسان الذي من شأنه إيجاد الطرب بتناسبه لمتعارف الناس .

والطرب : هو الخفه التي تَعْتَرِي الإنسان فتكاد أن تذهب بالعقل وتفعل فعل المسكر لمتعارف الناس أيضاً ... ثم قال بعد صفحه :  
تقييد الصوت بصوت الإنسان ليس إلا- لمتابعه العرف الذي هو المرجع في معرفه موضوع الأدله ، فإنّ أصوات البلابل وإن  
تناسبت وأطربت لا تُسمّى غناءً .

وبقيد التناسب يخرج ما أوجب الطرب بغيره من حسن الصوت اللغوي ذاتاً أو لحسن

صاحبه أو لحسن ألفاظه ومعانيه ونحو ذلك .

وبقيد المتعارف يخرج الخارج عنه ، فلا- اعتبار بمن هو كالجماد لا يُطْرَبُه أحسن الألحان ، كما أنه لا اعتبار بمن يطرب بأدنى  
سبب ، والحال فيه كالحال في المسكر ... .

ويقولى : « فتكاد أن تذهب الخ » يخرج الطرب الخفيف ، إذ لا اعتبار به كما لا اعتبار بالفرح والنشاط الحاصلين من المشروبات  
المفرّحه ما لم يبلغ مرتبه يزيل العقل عن المتعارف . وبالجملة : الطرب في الغناء كالسكر في الشراب ، والعله في تحريمه عين  
العله فيه ، وهو إزالة العقل . ومن فسّر الغناء بالإطراب وما يشق منه فلقد أحسن وأصاب ، فمراده هو الذي عرفت لا مطلق الطرب  
....

وفذلكه القول : أنّ الغناء هو الصوت المتناسب الذي من شأنه بما هو متناسب أن

ص: ٢٧٨

١- (١) الكافي ج ٢ ، باب ترتيل القرآن بالصوت الحسن ، ص ٦١٤ ، ح ٣ ؛ ورواه أيضاً الطبرسي قدس سره في مجمع البيان ، ج  
١ ، المقدمه ، الفن السابع ، ص ١٦ ، عن حذيفه بن اليمان ، عنه صلى الله عليه وآله وسلم ؛ والشيخ البهائي قدس سره في  
كشكوله ، ج ٢ ، ص ١٦ ، مرسلاً عن أبي عبد الله عليه السلام عنه صلى الله عليه وآله وسلم ؛ وهكذا في الوسائل ٦ / ٢١٠ ح ١  
، باب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن .

٢- (٢) مجد البيان في تفسير القرآن / (١٨٥ - ١٨٣) .

يوجد الطرب ، أعنى الخفه بالحدّ الذي مرّ ...» (١).

ومن عجيب التعاريف للغناء ما نسب إلى المؤسس الحائري من دخاله القصد فيه وقال : « ... قد يكون المقصود الأصلي للإنسان قراءه القرآن أو الدعاء أو المراثيه ، فيقصد تبعاً لهذا المقصود على الوجه الأتم إلى تحسين صوته وترجيعة وترقيقه عند قراءته ، وقد يكون الأمر بالعكس . فالمقصود الأصلي إظهار حسن الصوت لأجل أن يتفرّج به نفسه والحاضرون ، فيتوسّل إلى تمشيته هذا المقصود إلى قراءه القرآن أو دعاء أو مراثيه أو أشعار من المثنوى وغيره ... فالمدعى شهاده الوجدان والعرف بالفرق بين هذين القسمين فى التسميه باسم الغناء ... ولو فرض إتحاد القسمين فى جميع كفيات الصوت وكونهما بمرتبته واحده من الحُسن ، ومن المعلوم عدم تأتى الفرق بينهما حينئذ إلا من قبل إصاليه القصد وتبعيته» .

ثمّ استدرك على نفسه بعد صفحه : « نعم ، لا مضايقه من كون بعض أفراد الصوت غناءً بحسب الذات لا يتغير عن الغنائيه ولو فيما كان المقصود الأصلي هو المقروء ، كما لا يبعد ذلك فى ما يُسمى ب- « تصنيف » ، لكن ما ذكرنا من الدوران مدار القصد هو الشائع فى غالب الأصوات الحسنه» (٢).

وأخذ المحقق الايروانى فى تعريف الغناء المحرّم أربعه أمور : « بطلان الكلام فى معناه وهو اشتماله على المدّ ، ثمّ الترجيع ، ثمّ الإطراب ، فإذا ارتفع أحد الأربع ارتفع التحريم» (٣).

وقال المحقق الخوئى : «- إنّ الغناء المحرّم عبارته عن الصوت المرجع فيه على سبيل اللهو ، فكلّ صوت كان صوتاً لهوياً ومعدوداً فى الخارج من ألحان أهل الفسوق والمعاصى فهو غناء محرّم ... ثمّ إنّ الضابطه المذكوره إنّما تتحقق بأحد أمرين على سبيل مانعه الخلو :

الأول : أن تكون الأصوات المتصفه بصفه الغناء مقترنه بكلام لا يُعدّ عند العقلاء إلا باطلاً ، لعدم اشتماله على المعانى الصحيحه ، بحيث يكون لكلّ واحد من اللحن وبطلان المادّه

ص: ٢٧٩

١- (١) الروضه الغناء فى تحقيق معنى الغناء ، المطبوعه ضمن مجموعه الرسائل المكتوبه فى الغناء والموسيقى ٢ / (١٥١٤) -

١٥٠٨) طبع قم نشر مرصاد عام ١٤١٨ ق .

٢- (٢) المكاسب المحرمه / (١٦٨ - ١٦٦) .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٧٩ .

مدخل في تحقق معنى السماع والغناء ... .

الثاني : أن يكون الصوت بنفسه مصداقاً للغناء وقول الزور واللهو المحرّم ، كألحان أهل الفسوق والكبائر التي لا تصلح إلا للرقص والطرب ، سواء تحققت بكلمات باطله أم تحققت بكلمات مشتمله على المعاني الراقية كالقرآن ونهج البلاغه والأدعية ، نعم : وهي في هذه الأمور المعظمة وما أشبهها أبغض لكونها هتكاً للدين بل قد ينجر إلى الكفر والزندقه ... وعلى الجملة لا ريب أنّ للصوت تأثيراً في النفوس ، فإن كان إيجاده للحزن والبكاء وذكر الجنة والنار بقراءة القرآن ونحوه لم يكن غناء ليحكم بحرمة ، بل يكون القارئ مأجوراً عند الله ، وإن كان ذلك للرقص والتلهي كان غناءً وسماعاً ومشمولاً للروايات المتواتره الداله على حرمة الغناء والله العالم»(١).

وقال المحقق الخميني قدس سره تبعاً لأستاذه جدنا أبي المجد قدس سره في تعريف الغناء : « بأنّه صوت الإنسان الذي له رقه وحسن ذاتي ولو في الجملة وله شأنيّه إيجاد الطرب بتناسبه لمتعارف الناس ، فخرج بقيد الرقه والحسن صوت الأبخ الرديء الصوت . وإنما قلنا له شأنيّه الإطراب ، لعدم اعتبار الفعلية بلا شبيهه ... وقيد التناسب لأجل أن الصوت الرقيق الرخيم إن لم يكن فيه التناسب الموسيقي لا يكون مطرباً ولا غناءً بل لا يتصف بالحسن حقيقه ، فالمدّ الطويل لا يكون غناءً ولا مطرباً ولو كان في كمال الرقه والرخامه ... »(٢).

وقال الفقيه السبزواري : « ... إنّ الغناء لها إضافه إلى الصوت وإضافه إلى السماع ولابدّ وأن يشير في تفسيره إلى الإضافتين فهي : كيفيه خاصه في الصوت طبيعياً كانت أو صناعيه توجب نحو طرب في السماع يناسب مجالس اللهو ومحافل الاستثناس والفرح ويلانم مع آلات الملاهي واللعب .

والطرب والفرح أيضاً من الوجدانيات التي تدرك ولا توصف ، فيسمى المغنين والمغنيات بالمطربين والمطربات ، كما يوصف نفس الأصوات أيضاً يقال : أطربنا غناء فلان أو

ص: ٢٨٠

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / (٣١٣ - ٣١١) .

٢- (٢) المكاسب المحرمة ١ / ٢٠٢ .

فلاينه ، بل يطلق على المرأه الحلوه الجميله لفظ « طروب » أيضاً إطلاقاً شائعاً . والطرب هو الإيهزاز فرحاً ... والطرب والفرح بحسب أصل اللغه والوجدان أعم من أن يكون ما يحصل منه حالاً أو حراماً ، اختيارياً أو غير اختياري .

ثم إنَّ المنساق ممّا ورد في تفسير قول الزور ولهو الحديث ... إنّما هو كيفيه الصوت بالكيفيات الخاصه ، بقرينه تفاهم العرف من تلك الروايات لا خصوصيات الكلمات التي يتغنى بها .

نعم ، لو كانت تلك الكلمات معنونه بالعناوين الباطله - كالكذب - وما يوجب تهيج الشهوه المحرّمه ونحو ذلك من المفسد تحرم من تلك الجهات أيضاً .

الثانيه : النسبه بين مجرد تحسين الصوت والغناء المحرّم عموم من وجه ، إذ ربّ صوت حسن لا ينطبق عليه الغناء المحرّم ، وربّ غناء محرّم لا ينطبق عليه الصوت الحسن ، لأنّ لحسن الصوت مراتب كثيره جداً ، وكذا الطرب والترجيع والغناء أيضاً لها مراتب كثيره على ما يشهد به الوجدان وفصل في الفنون المعده لذلك .

الثالثه : المرجع في تشخيص هذا الموضوع أهل الخبره ومتعارف الناس كما صرح به في الجواهر ، ومع الشك في الصدق فمقتضى الأصل الموضوعي والحكمي عدم الغناء وعدم الحرمة من حيث الصوت ، وأما من حيث الآت اللهويه المحفوفه به فتحرم من تلك الجبهه ، ولكن الأحوط الاجتناب في الشبهه الموضوعيه أيضاً» (١) .

وقال شيخنا الأستاذ - مدظله - : « لا- ينبغي التأمل في كون الغناء عرفاً هي الكيفيه للصوت ، ولا دخل في صدقه بطلان معنى الكلام وعدمه ، ولذا من سمع من بعيد صوتاً يكون فيه الترجيع الخاص المناسب للرقص وضرب الأوتار يحكم بأنه غناء وإن لم يميّز عنده مواد الكلام ولعلّ . هذا هو المراد من قولهم : بأنه مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب ، بأن يكون مرادهم تطويل الصوت بنحو خاص ، أي تطويله بترجيعة وترديده في الحلق ، بنحو يقتضى الطرب ، أي يناسبه . والطرب حاله تعرض النفس من شدّه الفرح والحزن ، وحقيقته

ص: ٢٨١

خروج النفس عن اعتدالها ، ولذا ربّما يفعل الإنسان في ذلك الحال ما لا يفعله في غيره ، وعلى

كلّ فإن أحرز في مورد كون الكيفية غناءً فهو وإلا فمقتضى الأصل الإباحه ... «(١)» .

أقول : هذا ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ الفقيه آية الله الميرزا جواد التبريزي - مدظله العالی - في بحث مكاسبه وما كتبه في إرشاده ، ولكن في بحثه عن كتاب الشهادات عدل عنه وأخذ في تعريف الغناء بطلان معنى الكلام ومضمونه ومحتواه بحيث لو لم يكن باطلاً لم يصدق على الصوت أنّه غناءً على ما كتبه من تقريرات بحثه في كتاب الشهادات(٢) ، ولكن لم يدرجه في كتابه «أسس القضاء والشهادات» المطبوع ، ولعلّ هذا أماره عدوله عنه .

والمختار من مجموع ما ذكرناه من كلمات اللغويين والفقهاء والأعلام : أنّ الغناء كفيه خاصه للصوت ، وهي : « صوت الإنسان الذي من شأنه إيجاد الطرب بتناسبه لمتعارف الناس»(٣) أو ما يُسمى في العرف غناءً ، وربّما يقارن بأشياء أخرى نحو : المدد والترجيع ورفع الصوت ، وبطلان المحتوى ومضمون الكلام ومعناه ، وآلات الملاهي والمعازف وغيرها .

والطرب : هو الخفه التي تعترى الإنسان من شدّه الفرح أو الحُزن وتوجب خروج النفس عن اعتدالها فتكاد أن تذهب بالعقل ، ولذا ربّما يفعل حيثئذ ما لا- يفعله في غير هذه الحاله . والمراد به شأنه إيجاد الطرب لا فعليته ، فلا فرق بين الطرب القليل أو الكثير .

وأخذ التناسب في التعريف يُخرج ما أوجب الطرب بغيره من حسن الصوت ذاتاً أو حسن ألفاظه ومعانيه أو حسن صاحبه ونحوها .

وقيد « ما يُسمى في العرف غناءً » يدخل كلّما يخرج من تعريفنا - على فرض وجوده - والعرف الصحيح يعترفون بأنّه غناء ، وظهر منه أنّ المدار الأصلي في صحه تعريف الغناء هو العرف لا هذا التعريف المذكور ، وهو إنّما يعتبر كالعون للعرف لا كلاً عليه بحيث يمكنه معارضته ، فالحكم حكم العرف لو فارقه .

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الغناء كفيه للصوت والمحتوى ومضمون الكلام لا يدخل فيه ، ولذا

ص: ٢٨٢

١- (١) إرشاد الطالب ١ / ١٧٩ .

٢- (٢) كتاب الشهادات / ٣٢ بقلمى وهو مخطوط .

٣- (٣) هذا القسم من التعريف مأخوذ من جدنا أبي المجد في رسالته «الروضه الغناء في تحقيق معنى الغناء» .



يمكن التغنى بالمضامين الحقّ ، نحو : القرآن الكريم وراثاً الحسين عليه السلام ومدح الأئمة عليهم السلام ونحوها .

نعم ، لو كان المضمون كاذباً أو تشبيهاً بالمرأه أو تهيجاً للشهوه المحرّمه ونحوها من المحرّمات ، يحرم من هذه الجهات أيضاً وصارت الحرمة مضاعفه .

هذا ما ظهر لنا من تعيين موضوع الغناء وتعريفه ، والأمر مؤكول إلى العرف في البدايه والنهايه ، وبه نختم المقام الأوّل .

## المقام الثاني : أدله حرمة الغناء

### إشاره

الأدله الأربعة تدلّ على حرمة الغناء :

### ١ - الإجماع

الأصحاب متفقون على حرمة الغناء ومجمعون على تحريمه ، ولعلّ أوّل من تبه على الإجماع هو شيخ الطائفة ، قال في خلافه : « الغناء محرّم ، يفسق فاعله وتردّ شهادته . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : هو مكروه .

وحكى عن مالك أنّه قال : هو مباح ، والأوّل هو الأظهر ، لأنّه سئل عن الغناء فقال : هو فعل الفساق عندنا .

وقال أبو يوسف : قلت لأبي حنيفة في شهاده المغنى والنائح والنائحه ؟ فقال : لا أقبل شهادتهم .

وقال إبراهيم بن سعد الزهرى : هو مباح غير مكروه ، وبه قال عبيد الله بن الحسن العنبرى .

وقال أبو حامد : ولا أعرف أحداً من المسلمين حرّم ذلك ولم أعرف مذهبا .

دليلنا : إجماع الفرقه وأخبارهم ... «(١)» .

ص: ٢٨٣

أقول: وهكذا ادعى الإجماع في حرمه الغناء في مسأله (١) بعد هذه المسأله وقال في المبسوط: «... فالغناء عندنا محرّم يفسق فاعله وتردُّ شهادته، وقال بعضهم هو مكروه...» (٢).

والمحقق الأردبيلي قال: «الظاهر أنّه لا خلاف حينئذٍ في تحريمه وتحريم الأجره عليه وتعلّمه وتعليمه واستماعه» (٣).

وقال المحقق السبزواري: «ولا خلاف عندنا في تحريم الغناء في الجملة» (٤).

وقال صاحب الحدائق: «لا خلاف في تحريمه فيما أعلم» (٥).

وقال الشيخ جعفر: «هو [أى الغناء] وتعلّمه وتعليمه بفعله لا بجنسه وفصله (واستماعه) مراعيّاً صفتة أو لا، دون مجرد سماعه (وأجر المغنيه) حرام لنفسه، إجماعاً محصّياً أولاً ومنقولاً- نقلاً- متواتراً، ومن حرّمه لأجل الملاهى ودخول الرجال على النساء ونحوهما قائلاً بإباحته لنفسه (٦) مخالف للإجماع بل الضروره من المذهب، لأنّ حاله كحال الزنا عند الإماميه...» (٧).

وقال سيد الرياض بعد تعريف الغناء: «عليه إجماع العلماء كما حكاه بعض الأجلاء وهو الحجّه» (٨).

وقال الفاضل النراقى: «الدليل عليها [أى على حرمه الغناء] هو الإجماع القطعى بل

ص: ٢٨٤

١- (٢) الخلاف ٦ / ٣٠٧ مسأله ٥٥.

٢- (٣) المبسوط ٨ / ٢٢٣.

٣- (٤) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٥٧.

٤- (٥) الكفايه ١ / ٤٢٨.

٥- (١) الحدائق ١٨ / ١٠١.

٦- (٢) وهو الفيض الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ٢ / ٢١ مفتاح ٤٦٥.

٧- (٣) شرح القواعد ١ / ١٩٣.

٨- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٥٥.

الضروره الدينيه ... «(١)» .

وقال السيد العاملى : « وأما حكمه فلا خلاف كما فى مجمع البرهان فى تحريمه وتحريم الأجره عليه وتعلمه وتعليمه واستماعه ، سواء كان ذلك فى قرآن أو دعاء أو شعر أو غيرها ، حتى قام المحدث الكاشانى والفاضل الخراسانى فنسجا على منوال الغزالى وأمثاله من علماء العامه وخصّ الحرام منه بما اشتمل على محرّم من خارج مثل اللعب بآلات اللهو ودخول الرجال والكلام فى الباطل ... «(٢)» .

وقال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجدّه فيه بل الإجماع بقسميه عليه ... «(٣)» .

وهذا المقدار يكفى فى ثبوت الإجماع على حرمة الغناء ، نعم : يمكن الإشكال فيه بكونه مدر كياً .

ولا- يبعد دعوى كون حرمة الغناء من ضروريات المذهب كما اعترف به الشيخ جعفر(٤) والفاضل النراقى(٥) ، فحينئذ يرتفع الإشكال ويتم الاستدلال .

## ٢ - العقل

حيث أنّ الطرب الحاصل من الغناء كالشكر الحاصل من الشراب وهما يوجبان إزالة العقل ولذا يفعل فى هذه الحاله أو شدتها مالا يفعل فى غيرها ، فالعقل يحكم بالإجتناى عنه ولو فى بعض مصاديقه ، وبقاعده الملازمه يجرى الحكم الشرعى على طبقه ، فالعقل حاكم بحرمة الغناء فى الجملة .

ولم أر أحداً من الأصحاب تعرض لهذا الإستدلال التام ، ولله الحمد .

## ٣ - الكتاب

خمس آيات من القرآن الكريم بضميمه الروايات الوارده فى ذيلها تدلّ على حرمة :

ص: ٢٨٥

١- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٩ .

٢- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٢ .

٣- (٧) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

٤- (٨) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .

٥- (٩) مستند الشيعة ١٤ / ١٢٩ .

الأولى : قوله تعالى : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَعْوَاتِنِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»(١).

قد ذكر في عدّه من الروايات تفسير قول الزور بالغناء .

منها : صحيحه زيد الشحام قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَعْوَاتِنِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» فقال : الرجس من الأوثان الشطرنج ، وقول الزور الغناء(٢) .

ومنها : صحيحه حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن قول الزور ، قال : منه قول الرجل للذي يُغنى : «أحسنت»(٣) .

ومنها : صحيحه هشام بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الرجس من الأوثان الشطرنج ، وقول الزور الغناء ، الحديث(٤) .

ومنها : خبر أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تبارك وتعالى : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَعْوَاتِنِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» قال : الغناء(٥) .

ومنها : صحيحه ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله

عزّ وجلّ : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَعْوَاتِنِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» قال : الرجس من الأوثان الشطرنج ، وقول الزور الغناء(٦) .

ومنها : خبر عبد الأعلى قال : سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ : «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَعْوَاتِنِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» قال : الرجس من الأوثان

ص: ٢٨٧

١- (١) سورة الحج / ٣٠ .

٢- (٢) الكافي ٦ / ٤٣٥ ح ٢ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٨٨١ ح ٢ ومختصره في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٣ ح ٢ .

٣- (٣) معاني الأخبار / ٣٤٩ ح ٢ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ٦ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢١ .

٤- (٤) تفسير القمي ٢ / ٨٤ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ٩ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣١٠ ح ٢٦ .

٥- (٥) الكافي ٦ / ٤٣١ ح ١ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٨٨١ ح ١ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٥ ح ٩ .

٦- (٦) الكافي ٦ / ٤٣٦ ح ٧ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٨٨١ ح ٣ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٥ ح ٨ .

الشطرنج ، وقول الزور الغناء ، الحديث (١) .

ومنها : خبر أبي موسى عيسى بن أحمد عن الإمام الهادي عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن الباقر عليه السلام : في قوله : «فَاجْتَنِبُوا الرَّجْسَ مِنَ الْأَعْوَاتَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» قال : الرجس الشطرنج ، وقول الزور الغناء (٢) .

ومنها : خبر عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم قال : قمت إلى متوضاً لي ، فسمعتُ جاريةً لجارٍ لي تغني وتضرب ، فبقيتُ ساعه أسمع ، قال : ثم خرجتُ ، فلما أن كان الليل دخلت علي أبي عبد الله عليه السلام ، فحين استقبلني قال : الغناء اجتنبوا ، الغناء اجتنبوا ، الغناء اجتنبوا ، اجتنبوا قول الزور . قال : فما زال يقول : الغناء اجتنبوا ، الغناء اجتنبوا ، قال : فضاقت بي المجلس ، وعلمتُ أنه يعينني ، فلما خرجتُ قلتُ لمولاه مُعْتَب : والله ما عنى غيري (٣) .

ومنها : رواه زيد النرسي في أصله عن أبي عبد الله عليه السلام : «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» الغناء ، وإن المؤمن عن جميع ذلك لفي شغل ، الحديث (٤) .

الثانية : قوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا أُولَٰئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ» (٥) .

قد وردت في ذيلها عدّه من الروايات مفسّره بالغناء :

منها : حسنه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : الغناء ممّا وعد الله عزّ وجلّ عليه النار ، وتلا هذه الآية : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن

ص: ٢٨٧

١- (٢) معانى الأخبار / ٣٤٩ ح ١ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٨٨١ ح ٥ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٨ ح ٢٠ .

٢- (٣) أمالي الطوسي . المجلس الحادي عشر ح ٢٢ / ٢٩٤ الرقم ٥٧٥ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ١٠ .

٣- (٤) أمالي الطوسي . المجلس الثالث والأربعون ح ٣ / ٧٢٠ الرقم ١٥١٩ ونقل عنه مختصراً في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢٤ .

٤- (٥) أصل زيد النرسي / ٥١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٤ ح ١٣ .

٥- (٦) سورة لقمان / ٦ .

سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُؤًا أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُهِينٌ» (١).

ومنها : خبر مهران بن محمد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : الغناء ممّا قال الله : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» (٢).

ومنها : خبر الوشاء قال : سمعت أبا الحسن الرضا عليه السلام يقول : سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْغِنَاءِ ؟ فَقَالَ : هُوَ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» (٣).

ومنها : خبر الحسن بن هارون قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : الغناء مجلسٌ لا ينظرُ الله إلى أهله ، وهو ممّا قال الله عزَّ وجلَّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» (٤).

ومنها : خبر عبد الأعلى عن الصادق عليه السلام - في حديث - قلت : قوله عزَّ وجلَّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ» قال : منه الغناء (٥).

ومنها : خبر أبي بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن كسب المغتبيات ، فقال : التي يدخل عليها الرجال حرام ، والتي تُدعى إلى الأعراس ليس به بأس ، وهو قول الله عزَّ وجلَّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» (٦).

ومنها : ما ورد في الفقه الرضوي : إعلم أنّ الغناء ممّا وعد الله عليه النار في قوله : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُؤًا»

ص: ٢٨٨

١- (١) الكافي ٦ / ٤٣١ ح ٤ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٢ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٦ .

٢- (٢) الكافي ٦ / ٤٣١ ح ٥ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٣ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٥ ح ٧ .

٣- (٣) الكافي ٦ / ٤٣٢ ح ٨ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٤ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١١ .

٤- (٤) الكافي ٦ / ٤٣٣ ح ١٦ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٥ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٧ ح ١٦ .

٥- (٥) معاني الأخبار / ٣٤٩ ح ١ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٨٨٢ ح ٥ و ٤ / ٣٦٢ ح ٦ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٨ ح ٢٠ .

٦- (٦) الكافي ٥ / ١١٩ ح ١ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ٣٦١ ح ١ ووسائل الشيعة ١٧ / ١٢٠ ح ١ .

أَوْلَيْكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ» (١).

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري عن الصادق عليه السلام أنه سُئِلَ عن قول الله عزَّ وجلَّ : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» الآية قال ، قال أبو جعفر عليه السلام : هو الغناء وقد تواعد الله عليه بالنار (٢) .

ومنها : مرسله ابن أبي جمهور الأحسائي قال : روى ابن عباس وابن مسعود في تفسير قوله تعالى : «وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» وقوله تعالى : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ» إنه الغناء (٣) .

ومنها : مرسله الزمخشري عن أبي أمامه قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحلّ تعليم المغنّيات ولا بيعهنّ ولا شراؤهنّ ولا التجاره فيهنّ وثمانهنّ حرام ، وما أنزلت عليّ هذه الآية إلا في مثل هذا الحديث : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» . ثم قال : والذي بعثني بالحقّ ما رفع رجلٌ عقيره (٤) صوته بالغناء إلا بعث الله تعالى عليه عند ذلك شيطانين : على هذا العاتق واحد ، وعلى هذا العاتق واحد ، يضربان بأرجلهما في صدره حتّى يكون هو الذي يسكت (٥) .

تنبيهٌ : اعلم أن الاستفادة من هذه الروايات الواردة في ذيل الآية الشريفه أنّ الغناء من المعاصي الكبيره ، لأنّ الوارد في حسنه محمد بن مسلم : « الغناء ممّا وعد الله عليه النار» ونحوها في غيرها ، بل نفس تطبيق الغناء على الآية الشريفه يدلّ على أنّها من الكبائر ، لأنّ الوارد في آخر الآية الشريفه قوله تعالى : «أَوْلَيْكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ» والعذاب المهين لا يجري إلا في حقّ الكبيره ، فثبت أنّ الغناء من المعاصي الكبيره . ولعلّ هذا سرّ ذكر الأصحاب قدس سرهم الغناء من نواقض العدالة في كتاب الشهادات ، فراجع كلامهم حتّى يتبين لك الأمر ، وصرح صاحب

ص: ٢٨٩

- ١- (٧) فقه الرضا عليه السلام / ٢٨١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٣ ح ٩ .
- ٢- (٨) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٧ ح ٧٥٧ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٢ ح ٢ .
- ٣- (١) عوالي اللآلي ١ / ٢٤٤ ح ١٧٣ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٥ ح ١٨ .
- ٤- (٢) عقيره الرجل : صوته إذا غنى أو قرأ أو بكى .
- ٥- (٣) ربيع الأبرار ٢ / ٥٦٩ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ٣٦٢ ح ٧ .

الرياض (١) بأن الغناء من الكبائر بدلاله الآيه الشريفه . والله الحمد .

ويؤيد كون الغناء من الكبائر بل تدلّ عليه معتبره مسعده بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : قم فاغتسل وسل ما بدالك فإنك كنت مقيماً على أمر عظيم ، ما كان أسوء حالك لو متّ على ذلك ، أحمد الله وسله التوبه ، الحديث (٢) .

ويؤيده أيضاً خبر الأعمش عن الصادق عليه السلام أنه قال في عدّ الكبائر : والملاهي التي تصدّ عن ذكر الله عزّ وجلّ مكروهه كالغناء وضرب الأوتار ، الحديث (٣) .

الثالثه : قوله تعالى : «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا» (٤) .

وردت تفسيرها بالغناء في عدّه من الروايات :

منها : صحيحه أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله عزّ وجلّ : «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» قال : الغناء (٥) .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم وأبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ : «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» قال : هو الغناء (٦) .

ومنها : خبر أبي أيوب الخزاز قال : نزلنا بالمدينه ، فأتينا أبا عبد الله عليه السلام فقال : أين نزلتم ؟ فقلنا : على فلان ، صاحب القيان ، فقال : كونوا كراماً ، فو الله ما علمنا ما أراد به ، وظننا أنه يقول : تفضّلوا عليه ، فعدنا إليه ، فقلنا له : لا ندرى ما أردت بقولك : « كونوا كراماً » ، فقال : أما سمعتم قول الله عزّ وجلّ في كتابه : « وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا » (٧) .

ص: ٢٩٠

١- (٤) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٥ .

٢- (٥) وسائل الشيعه ٣ / ٣٣١ ح ١ وسيأتي تمامها .

٣- (٦) وسائل الشيعه ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٤- (١) سوره الفرقان / ٧٢ .

٥- (٢) الكافي ٦ / ٤٣١ ح ٦ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ١٥٣ ح ١ ووسائل الشيعه ١٧ / ٣٠٤ ح ٣ .

٦- (٣) الكافي ٦ / ٤٣٣ ح ١٣ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ١٥٤ ح ٢ ووسائل الشيعه ١٧ / ٣٠٤ ح ٥ .

٧- (٤) الكافي ٦ / ٤٣٢ ح ٩ ونقل عنه في تفسير البرهان ٤ / ١٥٤ ح ٣ .



أقول: القيان جمع القينه، وكلّ عبد هو عند العرب قينٌ والأمه قينه، وبعض الناس يظن القينه المغتبه خاصةً ويؤيده هذه الروايه .

ومنها: خبر محمد بن أبي عباد - وكان مشتهراً بالسمع ويشرب النبيذ - قال: سألت الرضا عليه السلام عن السماع فقال: لأهل الحجاز فيه رأى وهو في حيز الباطل واللّهو، أما سمعت الله عزّ وجلّ يقول: «وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا» (١).

ومنها: مرسله القاضي نعمان المصري رفعه عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه سُئل عن قول الله عزّ وجلّ: «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا» قال: من ذلك الغناء والشطرنج (٢).

ومنها: مرسله أخرى له عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه بلغه قدوم قوم قدموا من الكوفة فنزلوا في دار مغنٍ، فقال لهم: كيف فعلتم هذا؟ قالوا: ما وجدنا غيرها يابن رسول الله، وما علمنا إلا بعد أن نزلنا، فقال: أما إذا كان ذلك فكونوا كراماً، فإنّ الله عزّ وجلّ يقول: «وَإِذَا

مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا» (٣).

ومنها: مرسله الطبرسي في قوله تعالى: «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام: هو الغناء (٤).

قال العلامة السيد هاشم البحراني قدس سره بعد نقل هذه الروايه الأخيره: «ومثله رواه الشيباني عنهما في نهج البيان» (٥).

الرابعه: قوله تعالى: «وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ» (٦).

بضميمه ما ورد في تفسير علي بن إبراهيم القمي عن الصادق عليه السلام في حديث: وقوله:

ص: ٢٩١

١- (٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٢٨ ح ٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٨ ح ١٩ .

٢- (٦) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٨ ح ٧٦٣ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٣ ح ٧ .

٣- (١) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٩ ح ٧٦٦ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٠ ح ١ .

٤- (٢) مجمع البيان ٧ / ٢٨٣ ونقل عنه في تفسير في البرهان ٤ / ١٥٤ ح ٥ ومرآه العقول ٢٢ / ٣٠٢ .

٥- (٣) تفسير البرهان ٤ / ١٥٤ ذيل ح ٥ .

٦- (٤) سوره المؤمنون / ٣ .

«وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ» يعنى عن الغناء والملاهى ، الحديث (١).

الخامسه : قوله تعالى : «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا» (٢).

وقد فسرت فى عدّه من الروايات بأنّ استماع الغناء من المحرّمات التى يُسأل عنها يوم القيامة :

منها : معتبره مسعده بن زياد قال : كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فقال له رجل : بأبى أنت وأمى إننى أدخل كنيفاً لى ولى جيران عندهم جوار يتغنين ويضربن بالعود ، فربّما أطلت الجلوس استماعاً منى لهنّ ، فقال : لا- تفعل ، فقال الرجل : والله ما آتيهنّ إنّما هو سماع أسمع به أذنى ، فقال : لله أنت ، أما سمعت الله عزّ وجلّ يقول : «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا» . فقال : بلى والله لكأنتى لم أسمع بهذه الآيه من كتاب الله من أعجمى ولا عربى لا جرم إننى لا أعود إن شاء الله ، وإننى استغفر الله ، فقال له : قم فاغتسل وسيل ما بدالك ، فإنّك كنت مقيماً على أمر عظيم ما كان أسوء حالك لو مت على ذلك ، أحمد الله وسله التوبه من كل ما يكره ، فإنّه لا يكره إلاّ كل قبيح ، والقبيح دعه لأهله فإنّ لكل أهلاً (٣).

أقول : رواها الصدوق مرسلأ فى الفقيه ١ / ٨٠ ح ١٧٧ والشيخ مرسلأ فى التهذيب

١/١١٦ ح ٣٦ والعياشى فيتفسيره ٣ / ٥٢ ح ٧٦ . وورد فى الفقه الرضوى / ٢٨١ أيضاً .

وقال العلامة المجلسى قدس سره « قوله عليه السلام « لله أنت » إرفاق وإطاف كقولهم « لله أبوك » أى تريد أن تكون لله وموافقاً لرضاه تعالى وتتكلم بهذا الكلام» (٤).

ومنها : مرسله العياشى رفعه عن الحسن قال : كنت أطيل القعود فى المخرج لأسمع غناء بعض الجيران . قال : فدخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقال لى : يا حسن «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصِيرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا» السمع وما وعى ، والبصر وما رأى ، والفؤاد

ص: ٢٩٢

١- (٥) تفسير القمى ٢ / ٨٨ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٤ / ١٤ ح ٩ .

٢- (٦) سورة الإسراء / ٣٦ .

٣- (٧) الكافى ٦ / ٤٣٢ ح ١٠ ونقل عنه فى تفسير البرهان ٣ / ٥٣٢ ح ٣ ووسائل الشيعة ٣ / ٣٣١ ح ١ .

٤- (١) مرآة العقول ٢٢ / ٣٠٣ .

وما عَقَدَ عَلَيْهِ (١) .

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري رفعه عن جعفر بن محمد عليه السلام أنّ رجلاً سأله عن سماع الغناء ، فنهى عنه وتلا قول الله عزّ وجلّ : «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصِيرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً» وقال : يُسأل السمع عمّا سمع ، والفؤاد عمّا عقد ، والبصر عمّا أبصر (٢) .

#### ٤ - السنه

تواترت الروايات من السنه الشريفه على حرمة الغناء مضافاً إلى ما ذكرتها في ذيل الآيات الشريفه :

منها : صحيحه زيد الشحام قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : بيت الغناء لا تؤمن فيه الفجيعة ، ولا تجاب فيه الدعوه ، ولا يدخله الملك (٣) .

ومنها : صحيحه معمر بن خلاد عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : خرجت وأنا أريد داود بن عيسى بن علي وكان ينزل بئر ميمون وعليّ ثوبان غليظان ، فرأيت عجوزاً ومعها جاريتان ، فقلت : يا عجوز أتباع هاتان الجاريتان ؟ فقالت : نعم ولكن لا يشتريهما مثلك ، قلت : ولم ؟ قالت : لأنّ إحداهما مغتبه والأخرى زامره ، فدخلت على داود بن عيسى فرفعني وأجلسني في مجلسي ، فلما خرجت من عنده قال لأصحابه : تعلمون من هذا ؟ هذا علي بن موسى الذي يزعم أهل العراق أنّه مفروض الطاعه (٤) .

ومنها : خبر أبي أسامه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الغناء عشّ النفاق (٥) .

وفي الوسائل بدل «العشّ» بالغش بالغين .

ومنها : خبر إبراهيم بن محمد المدني عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سُئل عن

ص: ٢٩٣

١- (٢) تفسير العياشي ٣ / ٥٢ ح ٧٤ ونقل عنه في تفسير البرهان ٣ / ٥٣٤ ح ٧ ووسائل الشيعة ١٧ / ٣١١ ح ٢٩ .

٢- (٣) دعائم الإسلام ٢ / ٢١٠ ح ٧٧٠ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢١ ح ٢ .

٣- (٤) الكافي ٦ / ٤٣٣ ح ١٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٣ ح ١ .

٤- (٥) الكافي ٦ / ٤٧٨ ح ٤ ونقل عنه مختصراً في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٤ .

٥- (٦) الكافي ٦ / ٤٣١ ح ٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٥ ح ١٠ .

الغناء وأنا حاضر فقال : لا تدخلوا بيوتاً لله معرض عن أهلها(١).

ومنها : خبر يونس قال : سألت الخراساني عليه السلام وقلت : إنَّ العباس ذكر أنَّك ترخص في الغناء ، فقال : كذب الزنديق ، ما هكذا قلتُ له ، سألتني عن الغناء ، فقلتُ له : إنَّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء ، فقال : يا فلان إذا ميّز الله بين الحقِّ والباطل فأنتي يكون الغناء ؟ فقال : مع الباطل ، فقال : قد حكمت(٢).

رواها الصدوق بسند صحيح في عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٤ ح ٣٢ ونقلت عنه في الموسوعه ٨ / ١٩١ ح ٢٦ .

ومنها : خبر ياسر الخادم عن أبي الحسن عليه السلام قال : مَنْ نَزَّهَ نفسه عن الغناء فإنَّ في الجنه شجره يأمر الله عزَّ وجلَّ الرياح أن تحركها فيسمع لها صوتاً لم يسمع بمثله ، وَمَنْ لم يتنزه عنه لم يسمعه(٣).

ومنها : صحيحه عنسبه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : استماع الغناء واللغو ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء الزرع(٤).

ومنها : خبر سعيد بن محمد الطاطري عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله رجل عن بيع الجوارى المغنيات ، فقال : شراؤهنَّ وبيعهنَّ حرام وتعليمهنَّ كفرٌ واستماعهنَّ نفاق(٥).

ومنها : خبر الحسن بن علي الوشاء قال : سُئِلَ أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنيه فقال : قد تكون للرجل الجاربه تلهيه وما ثمنها إلا ثمن كلب ، وثمان الكلب سحت ، والسحت في النار(٦).

ومنها : خبر نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : المغنيه ملعونه ،

ص: ٢٩٤

١- (١) الكافي ٦ / ٤٣٤ ح ١٨ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٢ .

٢- (٢) الكافي ٦ / ٤٣٥ ح ٢٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٣ .

٣- (٣) الكافي ٦ / ٤٣٤ ح ١٩ ونقلتُ عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٨ ح ١٣ .

٤- (٤) الكافي ٦ / ٤٣٤ ح ٢٣ ونقلتُ عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٨ ح ١٤ .

٥- (٥) الكافي ٥ / ١٢٠ ح ٥ ونقلتُ عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٩ ح ١٩ .

٦- (٦) الكافي ٥ / ١٢٠ ح ٤ ونقلتُ عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٢ .

ملعون مَنْ أكل كسبها(١).

ومنها : خبر إبراهيم بن أبي البلاد قال : أوصى إسحاق بن عمر عند وفاته بجوار له مغنيات أن نبيعهنَّ ونحمل ثمنهنَّ إلى أبي الحسن عليه السلام . قال إبراهيم : فبعت الجوارى بثلاثمائة ألف درهم وحملت الثمن إليه ، فقلتُ له : إنَّ مولى لك يقال له إسحاق بن عمر قد أوصى عند موته ببيع جوار مغنّيات وحمل الثمن إليك وقد بعتهنَّ وهذا الثمن ثلاثمائة ألف درهم ، فقال : لا حاجة لي فيه ، إنَّ هذا سحت ، وتعليمهنَّ كفر ، والاستماع منهنَّ نفاق ، وثمانهنَّ سحت(٢) .

ومنها : خبر الحسن بن هارون قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : الغناء يورث النفاق ويعقّب الفقر(٣) .

ومنها : خبر أبي بكر الحضرمي عن أحدهما عليهما السلام قال : الغناء عُشُّ النفاق ، والشراب مفتاح كلِّ شرٍّ ، ومدمن الخمر كعابد وثن ، مكذّب بكتاب الله ، لو صدّق كتاب الله لحرم حرام الله(٤) .

ومنها : خبر نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : المنجم ملعون ، والكاهن ملعون ، والساحر ملعون ، والمغنيّ ملعونه ، ومَنْ آواها وأكل كسبها ملعون ، الحديث(٥) .

ومنها : مرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام أنّه قال : شرُّ الأصوات الغناء(٦) .

ومنها : صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر قال : سألته عن الرجل يتعمّد الغناء يُجلس إليه ؟ قال : لا(٧) .

ص: ٢٩٦

- ١- (٧) الكافي ٥ / ١٢٠ ح ٦ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٣ .
- ٢- (١) الكافي ٥ / ١٢٠ ح ٧ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٤ .
- ٣- (٢) الخصال ١ / ٢٤ ح ٨٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢٣ .
- ٤- (٣) علل الشرائع / ٤٧٦ ح ٣ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩١ ح ٢٧ .
- ٥- (٤) الخصال ١ / ٢٩٧ ح ٦٧ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩١ ح ٢٨ .
- ٦- (٥) المقنع / ١٥٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢٢ .
- ٧- (٦) مسائل علي بن جعفر / ١٤٨ ح ١٨٦ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ٣٢ .

ومنها : مرسله العياشى عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : كان إبليس أوّل من تغنى وأوّل من ناح وأوّل من حدا ، لما أكل آدم من الشجره تغنى ، فلما هبط حدا ، فلما استقر على الأرض ناح يُذكره ما فى الجنه(١).

ومنها : مرسله أخرى للعياشى رفعه عن الحسن بن محبوب عن أبى ولاد قال : قلت

لأبى عبد الله عليه السلام : جعلت فداك ، إن رجلاً من أصحابنا ورعاً مسلماً كثير الصلاة قد ابتلى بحبّ اللهو وهو يسمع الغناء ؟ فقال : أيمنعه ذلك من الصلاة لوقتها ، أو من صوم أو من عياده مريض أو حضور جنازه أو زياره أخ ؟

قال : قلت : لا ، ليس يمنعه ذلك من شىء من الخير والبرّ ، قال : فقال : هذا من خطوات الشيطان ، مغفور له ذلك إن شاء الله ، الحديث(٢).

بتقريب : أنّ الإمام عليه السلام عدّد سماع الغناء من خطوات الشيطان والمعاصى ولكن الله يغفر للمؤمن هذا الذنب إن يشاء . فالروايه بأحسن وجه تدلّ على حرمة الغناء مطلقاً .

ومنها : مرسله القاضى نعمان المصرى عن الصادق عليه السلام أنّه سأل رجلاً ممّن يتصل به عن حاله فقال : جعلت فداك ، مرّ بى فلان أمس فأخذ بيدي وأدخلنى منزله وعنده جاريه تضرب وتغنى ، فكنت عنده حتّى أمسينا ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : ويحك ، أما خفت أمر الله أن يأتيك وأنت على تلك الحال ، إنّه مجلس لا ينظر الله إلى أهله ، الغناء أخبث ما خلق الله ، الغناء شرّ ما خلق الله ، الغناء يورث النفاق ، الغناء يورث الفقر(٣).

ومنها : خبر محمد بن محمد بن الأشعث بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على بن أبى طالب عليه السلام قال : طرق طائفه من بنى إسرائيل ليلاً عذاب ، فأصبحوا وقد فقدوا أربعه أصناف : الطبالين والمغنين ، الحديث(٤).

ومنها : مرسله صاحب الأخبار رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : الغناء

ص: ٢٩٤

١- (٧) تفسير العياشى ١ / ١٢٨ ح ٢٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٠ ح ٢٨ .

٢- (١) تفسير العياشى ٢ / ٣٨٩ ح ٤٢ ، ذيل الآية ٢٤ من سوره الرعد .

٣- (٢) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٧ ح ٧٥٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٢ ح ٤ .

٤- (٣) الجعفرىات / ١٦٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٤ ح ١٢ .

الروايات فى هذا المجال كثره جداً ، فإن شئت راجع الكافى ٦ / ٤٣١ ، والوافى ١٧ / ٢٠٥ ، ووسائل الشيعه ١٧ / ٣٠٣ ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٢ ، وجامع أحاديث الشيعه ٢٢ / ٢٢٩ ، وكتابى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٥ .

### المقام الثالث : هل حرمة الغناء مختص بالكلام الباطل ؟

هل حرمة الغناء مطلق ، أى سواء فيها بطلان الكلام وفساد مضمونه ومحتواه أو

حقيقته ، أو تكون الحرمة مختصه بصوره بطلان الكلام وما يُتغنى به ، فإذا تغنى بما يكون حقاً وصحيحاً فلا حرمة حينئذٍ .

ذهب المشهور إلى الإطلاق والبعض إلى التقيد ، نحو الفاضل النراقى قال : « إنَّ المراد بما يُعصى به من الغناء أو عمل الحرام منه [ إمّا ] هو ما يتكلم بالباطل ويقترن بالملاهى ونحوهما ، وحينئذٍ فعدم حرمة المطلق واضح ... » (٢) .

واستدلوا على التقيد بوجوه :

منها : قوله تعالى : « وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ » (٣) .

بتقريب : أن الظاهر من الآيه الشريفه لزوم الاجتناب من مقول الزور ، لأن اتصاف القول بالزور لا يصح إلا باتصاف مقوله بالزور ، ومقول الزور لا يكون إلا باطلاً فى نفسه وفساداً فى محتواه .

ويؤيده صحيحه حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سألته عن قول الزور ، قال : منه قول الرجل للذى يُغنى : « أحسنت » (٤) .

بتقريب : أن كلمه « أحسنت » توجب ترغيب المغنى فى غنائه المحرّم وتشويقه إليه ،

ص: ٢٩٧

١- (٤) جامع الأخبار / ٤٣٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٤ ح ١٤ .

٢- (١) مستند الشيعه ١٤ / ١٤٠ .

٣- (٢) سوره الحج / ٣٠ .

٤- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٠٩ ح ٢١ .

فتدخل هذه الكلمه الباطله والمشوقه للمحرّم فى عنوان الباطل . فيظهر بهذه الصحيحه أنّ قول الزور لا بدّ وأن يكون باطلاً فى مضمونه ومحتواه .

ويؤيده أيضاً مرسله الصدوق قال : سأل رجل على بن الحسين عليه السلام عن شراء جاريه لها صوت ؟ فقال : ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنه - يعنى - بقراءه القرآن والزهد والفضائل التى ليست بغناء ، فأما الغناء فمحظور(١) .

بتقريب : أن الإمام أخرج صوت الجاريه من الغناء إذا أوجب التذکر للجنه ، فتدلّ الروايه على أنّ الغناء يجب أن يكون مضمونه باطلاً وفاسداً . وهكذا التفسير الوارد فيها حتّى لو كان من الصدوق رضى الله عنه ولم يكن من الروايه كما هو الظاهر ، فتدلّ على خروج قراءه القرآن والزهد وفضائل أئمه أهل البيت عليهم السلام وما شابهها من الغناء المحرّم . فالغناء ما يكون محتواه باطلاً وفاسداً .

وفيه : أنه إذا تأملت فيما سردناه عليك من الروايات الوارده فى تفسير الآيه الشريفه ظهر لك أنّ الأئمه عليهم السلام طبقوا قول الزور على الغناء حكومته ، لأنه قد مرّ منّا فى بحث سبّ المؤمن(٢) من ظهور « الزور » فى الباطل ، ولكن الأئمه حكموا بأنّ الغناء مطلقاً من الباطل ، فيجب الاجتناب عنه ، ولم يفصلوا بين التغنى بالمضامين الصحيحه والفاსده ، الحقه والباطله .

وأما صحيحه حماد بن عثمان فكلّمه « أحسنت » الوارده فيها لم تكن من الباطل المطلق ، نعم : حيث وقع الترغيب والتشويق على مطلق الغناء صار من الباطل ، ووقوعه فى قبال مطلق الغناء يوجب بطلان هذه الكلمه ، فيظهر من نفس هذا التطبيق أنّ مطلق الغناء يكون محرّم ، لأنّ الإمام عليه السلام لم يفصل فيها بين الغناء ، فهذه الصحيحه على خلاف ما استدلّ عليه المستدلّ ، داله على حرمة مطلق الغناء ، لأنّ الإمام عليه السلام لم يفصل بأنّ كلمه « أحسنت » إذا وقعت فى قبال التغنى بالباطل فتكون من قول الزور وإذا وقعت فى قبال التغنى بالمضامين الصحيحه فليست من قول الزور . بل حكم مطلقاً بأنّها إذا وقعت فى قبال المغنى صارت من

ص: ٢٩٨

١- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٢ ح ٢ . الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (١) راجع صفحه ١٨٩ من هذا المجلد .



قول الزور ، فتدلّ بأحسن وجه على حرمة مطلق الغناء .

وأما مرسله الصدوق - بعد الغمض عن سندها - فإن السائل لم يسأل عن التغمّي بل عن جاريه تكون لها صوت ، أعنى لها حسن الصوت الذاتى ، ومن المعلوم أنّ حسن الصوت غير الغناء . فلا بأس باشتراء جاريه لها حسن الصوت الذاتى وتذكّر صاحبها بالجنه والزهد وفضائل أئمه أهل البيت عليهم السلام وتقرأ له القرآن بصوتها الحسن . ولذا قال صاحب الوسائل قدس سره فى ذيلها : « إنّ المراد لا بأس بحسن الصوت الذى لا يصل إلى حد الغناء ، فإنّه أعم منه » (١) .

وهكذا فسرّها الصدوق بغير الغناء وقال فى آخرها « فأما الغناء فمحظور » (٢) .

والحاصل ، ظهر لك بما ذكرناه عدم تماميه هذا الوجه من الاستدلال .

ومنها : قوله تعالى : « وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ » (٣) .

بتقريب : أن الظاهر أنّ المراد باللّهو هو الباطل ، وإضافه اللّهو إلى الحديث من قبيل إضافه الصفه إلى موصوفها فصار معناها الحديث اللّهو ، يعنى الحديث الباطل . وحيث فسر

فى الروايات بالغناء ، يشمل ما يكون مضمونه باطلاً كما يشمل ما إذا تغمّي بالحقّ ، نحو : التذكّر بالجنه والتشويق إلى العباده والترغيب إلى المعروف . فالآيه الشريفه لا تشمل الغناء بالمضامين الصحيحه .

بل حيث ورد فيها « ليضلّ عن سبيل الله » فيخرج منها الغناء المتعارف ، لأنّه لا يوجب إضلال الناس ، فإنّما يوجب إضلال الناس إذا تغمّي بالباطل ، فالآيه الشريفه ظاهره فى حرمة التغمّي بالباطل فقط .

وفيه : أن « اللّهو » فى الآيه الشريفه مضاف إلى الحديث ، فصار معناه اللّهو فى الحديث ، أعنى ما يكون فى كيفيته وأدائه من اللّهو ، فيدخل الغناء المتعارف ، حيث أنّ أدائه من اللّهو . وكذا يشمل التغمّي بالمضامين الصحيحه ، لأنّ نفس هذه الكيفيه والأداء أيضاً من

ص: ٢٩٩

١- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٣ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٣ .

٣- (٤) سوره لقمان / ٦ .

اللهو . فالكل داخل في الآيه الشريفه ، ولذا وردت في الروايات المفسره الماضيه تطبيق الغناء بها من دون تقييد كما مرّت منا .

ومنها : قوله تعالى : «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» (١) .

بتقريب : أنّ عباد الرحمن لا يجتنبون من المحرّمات فقط ، بل إنهم يجتنبون من كثير من المكروهات ، فلا تدلّ على حرمه الغناء أصلاً . بلا فرق في ذلك بين التغنى بالمضامين الباطله والصحيحه .

وفيه : نعم عباد الرحمن يجتنبون من كثير من المكروهات ولكن لا يشهدون في الآيه الشريفه بمعنى لا يحضرون ، وحيث وردت في الروايات بعدم الحضور في مجلس الغناء مطلقاً حتّى في مرسله القاضى النعمان الثانيه (٢) حيث سأل الإمام عليه السلام عن جماعه من الشيعة إنهم كيف نزلوا في دار المغنى ؟ قالوا : ما وجدنا غيرها وما علمنا إلاّ بعد أن نزلنا ، فأمرهم عليه السلام بالمرور والخروج من الدار ، كيف يمكن حملها على الكراهه .

والظاهر من الروايات الوارده في ذيل الآيه الشريفه أنّ الغناء مطلقاً من المحرّمات التي يجتنب عباد الرحمن منها ولا يشهدون مجلسه .

ويدلّ على ما ذكرناه من أنّ التغنى بالمضامين الصحيحه أيضاً من المحرّمات عدّه من الروايات المعتبره :

منها : حسنه بل موثقه عبد الأعلى بن أعين العجلي [ البجلي ن خ ] قال : سألت أبا

عبد اللّه عليه السلام عن الغناء وقلت : إنهم يزعمون أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم رخص في أن يقال : جئناكم جئناكم حيونا حيونا نحيككم ، فقال : كذبوا ، إنّ الله عزّ وجلّ يقول : «وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ \* لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهُمْ لَهَوًا لَاتَّخَذْنَاهُ مِنْ لَدُنَّا إِنْ كُنَّا فَاعِلِينَ \* بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَلَكُمْ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ» (٣) ثم قال : ويل

ص : ٣٠٠

١- (١) سورة الفرقان / ٧٢ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢٠ ح ١ .

٣- (١) سورة الأنبياء / (١٨ - ١٦) .

لفلان ممّا يصف ، رجل لم يحضر المجلس (١).

بتقريب : أن سند الرواية حسن ، لأن المراد بعبد الأعلى المذكور فيها هو ابن أعين كما مرّ ممّا بقرينه روايه يونس بن يعقوب عنه ، وهو (أى عبد الأعلى) فى أعلى مراتب الحسن بل هو ثقّه . فصار سند الروايه موثقاً بآبن فضال .

وأما دلالتها على حرمة مطلق الغناء فواضحه ، لأنّ مضمون هذا الغناء لم يكن باطلاً ومع ذلك حكم الإمام عليه السلام بحرمة وكذب رخصه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى ذلك ، فالغناء حرام مطلقاً بدلاله هذه الموثقه .

ومنها : صحيحه الريان بن الصلت قال : سألت الرضا عليه السلام يوماً بخراسان فقلت : يا سيدى إنّ هشام بن إبراهيم حكى عنك أنّك رخصت له فى استماع الغناء ؟ فقال : كذب الزنديق ، إنّما سألتنى عن ذلك فقلت له : إنّ رجلاً سأل أبا جعفر عليه السلام عن ذلك فقال أبو جعفر عليه السلام : إذا ميز الله بين الحقّ والباطل فأين يكون الغناء ؟ فقال : مع الباطل ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : قد قضيت (٢).

حيث حكم الإمام عليه السلام بأنّها من الباطل ويجب الاجتناب عنه مطلقاً ، بلا فرق بين التغنى بالحقّ أو الباطل .

ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتعمّد الغناء يجلس إليه ؟ قال : لا (٣)

حيث لم يفصل الإمام بين التغنى بالحقّ أو الباطل .

ومنها : صحيحه إبراهيم بن أبى البلاد قال : قلت لأبى الحسن الأول عليه السلام : جعلت

فداك إنّ رجلاً من مواليك عنده جوار مغتيا قيمتهنّ أربعة عشر ألف دينار وقد جعل لك

ص: ٣٠١

١- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٧ ح ١٥ .

٢- (٣) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٤ ح ٣٢ ونقلته عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩١ ح ٢٦ وروى عنه أيضاً فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٦ ح ١٤ .

٣- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ٣٢ .

ثلثها ، فقال : لا حاجة لي فيها ، إن ثمن الكلب والمغنيه سحت (١) .

حيث لم يفصل الإمام عليه السلام بين أنهن يغنين بالحق أو الباطل .

ومنها : حسنه محمد بن عثمان العمري بخط صاحب الزمان عليه السلام في توقيعاته الشريفه : ... و ثمن المغنيه حرام (٢) .

ومنها : خبر الحسن بن علي الوشاء قال : سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنيه ؟ قال : قد تكون للرجل الجاربه تلهيه ، وما ثمنها إلا ثمن الكلب ، و ثمن الكلب سحت ، والسحت في النار (٣) .

أقول : فيظهر لك من هذه الروايات ومما سردناه عليك في ذيل الآيات والسنة المتواتره أنّ الغناء حرام مطلقاً ، بلا فرق بين أنّ ما يتغنى به كان حقاً أو باطلاً . وهذا تمام الكلام في هذا المقام .

### المقام الرابع : هل حرمه الغناء ذاتي أو عرضي ؟

الغناء بذاته من المحرّمات أو أنّه بواسطه اقترانه ببعض المحرّمات - نحو : دخول الرجال على النساء ، وتكلم المغنّيات بالباطل ، وتلاعبهنّ بآلات الملاهي ، ومثلها - صار من المحرّمات الشرعيه ، بحيث لو لم تكن هذه المحرّمات العارضيّه لم يكن الغناء بذاته محرّماً . فالغناء على هذا القول من المباحات الشرعيه ، ولكن لاقتترانه غالباً بالمحرّمات صار من المحرّمات العرضيه .

ذهب إلى الأول أعني الغناء حرام بذاته المشهور ، بل الإجماع من الطائفه المحقّقه . وخالفهم في ذلك وذهب إلى الثاني جماعه من العامه سبق ذكر أقوالهم في نقل الشيخ الطائفه عنهم في الخلاف (٤) ومنهم : الغزالي في إحياء علوم الدين (٥) وتبعه منّا جماعه ، منهم : السيد

ص: ٣٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٣ ح ٤ . الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٣ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٤ ح ٦ .

٤- (٤) الخلاف ٦ / ٣٠٥ مسأله ٥٤ ، وقد مرت منا في صفحه ٢٨٤ من هذا المجلد .

٥- (٥) إحياء علوم الدين ٦ / ١٣٧ .

ماجد البحراني - وهو من معاصري الشيخ بهاء الدين العاملي واجتمع به في دار السلطنة

أصفهان فأعجب به شيخنا البهائي ، وبينه وبين الشيخ الإجازة المدبّجه وتوفى في الليلة الحادية والعشرين من شهر رمضان بدار العلم شيراز عام ١٠٢٨ ودفن في مشهد السيد أحمد بن الإمام الكاظم عليه السلام (١) .

وتلميذه محمد محسن الفيض الكاشاني المتوفى عام ١٠٩١ والمولى محمد باقر السيزواري المتوفى ١٠٩٠ صاحب الكفاية ، واستجوده الشيخ حسن بن علي السنقرى المتوفى بعد عام ١٣٢٢ في رسالته في الغناء (٢) .

فلا بدّ لنا من ملاحظه أدله هذا القول فنقول :

قال الشيخ في الاستبصار بعد نقل الروايات المجوّزه للغناء في الأعراس وجواز كسب المغنيه فيها : « فالوجه في هذه الأخبار الرخصه في من لا- تتكلم بالأباطيل ولا تلعب بالملاهي من العيّدان وأشباهاها ولا بالقصب وغيره ، بل تكون ممّن تزف العروس وتكلم عندها بإنشاد الشعر والقول البعيد من الفحش والأباطيل ، فأما من عدا هؤلاء ممّن يتغنين بسائر أنواع الملاهي فلا يجوز على حالٍ سواء كان في العرائس أو غيرها» (٣) .

استفاد المحدث الكاشاني من هذا البيان للشيخ أمراً لا- يرتضيه صاحبه وقال : « والذي يظهر من مجموع الأخبار الواردة فيه اختصاص حرمة الغناء وما يتعلّق به من الأجر والتعليم

ص: ٣٠٣

١- (١) ذكره العلامة النوري في خاتمه مستدرک الوسائل ٢٠ / (٢٣٩ - ٢٣٦) .

٢- (٢) المطبوعه في ميراث فقهي ، غناء ، موسيقى ٢ / ١١١٢ وما بعدها ، وهو من تلاميذ الشيخ هادي الطهراني رحمهما الله . وأما انتساب هذا القول إلى أستاذه الشيخ هادي الطهراني قدس سره المتوفى ١٣٢١ غير تام ، لأنه قال في أواخر رسالته في الغناء المطبوعه في المصدر ٢ / ١٠٩٤ : « ولكن التحقيق أنّ فهم هؤلاء الفحول الأخيار العالمين بالأسرار يوجب ظهور تلك الأخبار فيما ادعوه ، لا أنّ عدم دلالتها في نفسها يمنع من كشف اتفاقهم عن رضا المعصوم عليه السلام ، فالتحقيق حرمة الغناء في نفسه بالأخبار والآيات والإجماع ، أما الأخبار فبمعونه فهم الأصحاب ، وأمّا الآيات فبمعونه الأخبار ، وأمّا الإجماع فلتصريح كلّ الفقهاء بحرمة في نفسه إلا قليل يصلح كلامه للتأويل » .

٣- (٣) الاستبصار ٣ / ٩٢ .

والاستماع والبيع والشراء كلها بما كان على النحو المعهود المتعارف في زمن بنى أميه وبنى العباس من دخول الرجال عليهنّ وتكلمهنّ بالأباطيل ولعبهنّ بالملاهي من العيدان والقضيب وغيرها ، دون ما سوى ذلك كما يُشعر به قوله عليه السلام : « ليست بالتي يدخل عليها الرجال » . ثم ذكر كلام الشيخ في الاستبصار وقال : ويُستفاد من كلامه أنّ تحريم الغناء إنّما هو لاشتماله على أفعال محرّمة ، فإن لم يتضمّن شيئاً من ذلك جاز ، وحينئذ فلا وجه لتخصيص الجواز بزفّ العرائس ، ولا سيما وقد وردت الرخصة به في غيرها ، إلا إنّ يقال : أنّ بعض

الأفعال لا- يليق بذوى المروءات وإن كان مباحاً ، فالميزان فيه حديث : مَنْ أصغى إلى ناطق فقد عبده(١) ، وقول أبي جعفر صلوات الله عليه : إذا ميز الله بين الحقّ والباطل فأين يكون الغناء(٢) . وعلى هذا فلا بأس بسماع التغنّي بالأشعار المتضمنه ذكر الجنة والنار والتشويق إلى دار القرار ووصف نعم الله الملك الجبار وذكر العبادات والترغيب في الخيرات والزهد في الفانيات ، ونحو ذلك كما أشير إليه في حديث الفقيه بقوله عليه السلام : فذكرتكم الجنة(٣) ، وذلك لأنّ هذه كلّها ذكر الله تعالى ، وربّما تقشعرّ منه جلود الذين يخشون ربهم ثمّ تلين جلودهم وقلوبهم إلى ذكر الله . وبالجمله لا- يخفى على ذوى الحجى بعد سماع هذه الأخبار تمييز حقّ الغناء من باطله ، وأنّ أكثر ما يتغنّى به المتصوفه في محافلهم من قبيل الباطل(٤) .

وقال المحقق السبزواري : « ... لأنّ الشائع في ذلك الزمان الغناء على سبيل اللهو من الجوارى المغنّيات وغيرهنّ في مجالس الفجور والخمور والعمل بالملاهي والتكلم بالباطل وإسماعهنّ الرجال وغيرها ، فحمل المفرد على تلك الأفراد الشائعه في ذلك الزمان غير بعيد ثمّ ذكر عدّه من الروايات واستفاد منها لمختاره وقال : فإذن لا ريب في تحريم الغناء على سبيل اللهو والاقتران بالملاهي ونحوهما ، ثمّ إن ثبت إجماع في غيره كان متّبعاً ، وإلا بقي حكمه على

ص: ٣٠٤

١- (١) الكافي ٦ / ٤٣٤ ح ٢٤ ونقل عنه في الوافي ١٧ / ٢١٦ ح ٣٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٠٦ ح ١٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٢ ح ٢ .

٤- (٤) الوافي ١٧ / (٢٢٣ - ٢١٨) .

أصل الإباحه ، وطريق الاحتياط واضح «(١)» .

ويمكن أن يُستدل لهم بعدّه من الروايات :

منها : صحيحه أبي بصير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : أجز المغنيه التي تزفّ العرائس ليس به بأس ، وليست بالتي يدخل عليها الرجال(٢) .

بتقريب : أنّ الحرمة ليست فى الغناء بل الحرمة يختص بدخول الرجال على النساء وغيره من المحرّمات التي تتبعه الغناء ، وإلاّ نفس الغناء فلا بأس به .

ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن الغناء هل يصلح فى الفطر والأضحى والفرح ؟ قال : لا بأس به ما لم يزمر به(٣) .

بتقريب : أنّ الغناء لا- بأس به إذا لم يقترن بالآلات الملاهى نحو المزمارة وغيره ، فنفس الغناء مباح ، بلا فرق بين الأعياد والفرح وغيرها لعدم احتمال الفرق .

والجمع بين هذه الصحيحه وماضيها : بأنّ العرس وقع فى الفطر أو الأضحى كما احتمله صاحب الوسائل(٤) قدس سره ، لم يكن جمعاً عرفياً ولم يوجد له شاهد جمع ، فلا يصغى إليه .

ومنها : مرسله الصدوق قال : سأل رجلٌ على بن الحسين عليه السلام عن شراء جاريه لها صوت ؟ فقال : ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنه(٥) .

بتقريب : أنه إذا غنت الجاريه بما فيه ذكر الجنّه ونحوها فلا- بأس به ، فظهر عدم حرمة الغناء ذاتاً ، بل الغناء لاقتترانه غالباً بالمحرّمات يصير منها عرضاً .

ومنها : خبر عبد الله بن الحسن الدينورى عن أبي الحسن عليه السلام فى حديث : قال : قلت : جعلت فداك فأشترى المغنيه أو الجاريه تحسن أن تغنى أريد بها الرزق لا سوى ذلك ؟

ص: ٣٠٥

١- (٥) الكفايه ١ / ٤٣٤ و ٤٣٣ .

٢- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢١ ح ٣ . الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٧) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٢ ح ٥ .

٤- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٢ .

٥- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٢ ح ٢ . الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به .

قال : اشتر وبع (١).

بتقريب : أن جواز بيع الجارية المغنيه يدلّ على جواز عملها وهو الغناء.

ومنها : ما ذكره الشيخ في المبسوط حيث قال : « ومن قال الغناء مباح استدلالاً بما روى عن عائشه أنّها قالت : كانت عندي جاريتان تغنيان ، فدخل أبو بكر فقال : من قرر الشيطان في بيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : دعها ، فإنّها أيام عيد .

وقال عمر : الغناء زاد الراكب .

وكان لعثمان جاريتان تغنيان بالليل ، فإذا جاء وقت السحر قال : امسكا ، فهذا وقت الاستغفار» (٢).

وتقريب الاستدلال عندهم واضح .

ومنها : خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : لكلّ شيء حليه وحليه القرآن الصوت الحسن (٣).

بتقريب : أنه ظهر من الروايه أنّ التغني بالقرآن جائز ، فنفس الغناء ليس من

المحرّمات بل مقارناته من المحرّمات غالباً .

ومنها : خبر عبد الله التميمي عن الرضا عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : حسيّنوا القرآن بأصواتكم ، فإنّ الصوت الحسن يزيد القرآن حسناً (٤).

بالتقريب الذي مرّ في سابقه .

ومنها : خبر أبي بصير قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : إذا قرأت القرآن فرفعت صوتي جاءني الشيطان فقال : إنّما ترائي بهذا أهلك والناس . قال : يا أبا محمد ، اقرأ قراءه ما بين القراءتين تسمع أهلك ، ورجع بالقرآن صوتك ، فإنّ الله عزّ وجلّ يحبّ الصوت الحسن يرجع

ص: ٣٠٦

١- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٢ ح ١ .

٢- (٤) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

٣- (٥) وسائل الشيعه ٦ / ٢١١ ح ٣ . الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن .

٤- (١) وسائل الشيعه ٦ / ٢١٢ ح ٦ .



فيه ترجيحاً (١).

بتقريب : أن الترجيع بالقرآن عباره أخرى عن التغنى به ، فكيف يمكن أن يحب الله تعالى التغنى بالقرآن وهو حرام ، فتدلّ الروايه على جواز التغنى بالقرآن ، حيث أن عدم مدخلية القرآن فى الغناء ، فيجوز الغناء إلا إذا اقترن بالمحرّمات ، وحينئذ نفس المقترنات حرام لا الغناء .

ولكن فى جميع هذه الروايات نظرٌ بيّن :

وفيه : أولاً : بأنّ الإجماع قد سبقهم ولحقهم ، فلا يسمع إلى ما ذكروه .

وثانياً : على فرض تماميه هذه الروايات سنداً ودلاله تعارض مع ما ذكرناه سابقاً فى أدله حرمة الغناء ، وبعد المعارضه تطرح هذه الطائفة الأخيره ، لأنها موافقه للعامه وأنت تعرف بأنّ الرشد فى خلافهم ، ولذا ورد فى مقبوله عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام : « ما خالف العامه فيه الرشد » (٢) .

وثالثاً : بعد الإغماض عن سندها ودلالاتها يمكن حملها على التقيه أيضاً لموافقته للعامه ، وقد قال فى المقبوله : « فما وافق حكمه حكم الكتاب والسنة وخالف العامه فيؤخذ به ، ويترك ما خالف حكمه حكم الكتاب والسنة ووافق العامه » (٣) .

ورابعاً : يمكن المناقشه فى دلاله هذه الروايات أو سندها على سبيل منع الخلو :

أمّا صحيحه أبى بصير : فهى من أدله استثناء حرمة الغناء فى العرس مع مراعاة عدّه

من الشروط ، ويأتى البحث حولها فى المقام الآتى ، أعنى مستثنيات الغناء .

وأمّا صحيحه على بن جعفر : فيمكن حملها على التقيه أو طرحها والأخذ بالطائفة المحرّمه ، أو حملها على خلاف ظاهرها ، بأنّ يكون من المحتمل فيها حسن الصوت الذى لم يصل إلى حدّ الغناء كما هو المتعارف بين المؤمنين فى الأعياد المذهبيه ، بل هو المتعين بعد ثبوت أدله حرمة الغناء .

ص: ٣٠٧

١- (٢) وسائل الشيعه ٦ / ٢١١ ح ٥ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ٢٧ / ١٠٦ ح ١ . الباب ٩ من أبواب صفات القاضى .

٣- (٤) وسائل الشيعه ٢٧ / ١٠٦ ح ١ .

وأما مرسله الصدوق : فتحمل على حسن الصوت الذاتى واستعماله بتوسط الجارية للتذكّر بالجنه والترغيب إلى العبادات ونحوها ، وإشكال سندها واضح .

وأما خبر عبد الله بن الحسن الدينورى : فجواز بيع الجارية المغنيه لا يدلّ على جواز استماع الغناء ، ولذا قال الشيخ فى المبسوط : « فأما ثمن المغنّيات فليس بحرام إجماعاً ، لأنها تصلح لغير الغناء من الاستمتاع بها وخدمتها» (١).

والروايه ضعيفه سنداً بعبد الله بن الحسن الدينورى ، وليس له فى الفقه إلاّ هذه الروايه ، وهو مهمل .

وأما ما ذكره الشيخ فى المبسوط قال قدس سره فى ردّه : « قالوا : وهذا كلّه محمول على نشيد الأعراب مثل الحداء وغير ذلك ، وعندنا أنّ هذه أخبار آحاد لا يلتفت إليها وفعل من لا يجب إتباعه» (٢).

أقول : ما ذكره أخيراً من قوله « عندنا » إلى آخره ، تام .

وأما خبر عبد الله بن سنان : فلا يدلّ على جواز الغناء ولا على جواز الثغنى بالقرآن ، بل يدلّ على استحباب قراءة القرآن بصوت الحسن فقط ، وسندها ضعيف .

وأما خبر عبد الله التميمي : فسنده ضعيف ودلالته أضعف من سنده ، والإشكال فيه يظهر من سابقته .

وأما خبر أبى بصير : فالترجيع الوارد فيه غير الترجيع الغنائى وبحدّ لم يصل إليه ، مضافاً إلى ما مرّ فى تعريف الغناء من أنّ الترجيع ليس من مقومات الغناء ، وعلى هذا مطلق الترجيع فى القرآن ليس به بأس ، والروايه تدلّ عليه ، وسندها ضعيف بعلى بن أبى حمزه البطائنى .

وخامساً : على فرض تماميه سند هذه الروايات ودلالاتها ، وردت فى قبالتها روايات

أكثر وأشهر ، فلا بدّ من الأخذ بها على طبق ما ورد فى مقبوله عمر بن حنظله عن أبى

ص: ٣٠٨

١- (١) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

٢- (٢) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

عبد الله عليه السلام: «... المجمع عليه عند أصحابك فيؤخذ به من حكما ويترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك ، فإن المجمع عليه لا ريب فيه»<sup>(١)</sup>.

والحاصل ، حرمه الغناء في الشريعة المقدسه والمذهب الحق ذاتي إجماعاً ، ولذا قال الشيخ جعفر قدس سره : «ومن حرمه لأجل الملاهي ودخول الرجال على النساء ونحوهما قائلًا بإباحته لنفسه مخالف للإجماع بل الضروره من المذهب ، لأن حاله كحال الزنا عند الإماميه»<sup>(٢)</sup>.

وتبعه تلميذه السيد العاملي فقال : «... والأولى بأهل التحصيل أن لا يلتفتوا إلى ردّ مثل هذه الأباطيل ، إن هي إلا آراء بارده ومذاهب فاسده مخالفه لمذهب الشيعة ، كنا نعيب على العامه والصوفيه فما راعنا إلا وبعض الإماميه قد استحسنت تلك الترهات وأكبّ على تلك الخرافات»<sup>(٣)</sup>.

وقال تلميذه الآخر صاحب الجواهر : «... بل يمكن دعوى كونه (أي حرمه الغناء ذاتياً) ضرورياً في المذهب ، فمن الغريب ما وقع لبعض متأخري المتأخرين تبعاً للمحكي عن الغزالي من عدم الحرمة فيما لم يقترن بمحرّم خارجي كالضرب بالعود والكلام بالباطل ونحو ذلك ... ومن هنا كان الإطناب في إفساد ذلك من تضييع العمر بما لا ينبغي»<sup>(٤)</sup>.

وقال المحقق الخوئي في إحدى نقوده على هذا القول : «إذا كان تحريم الغناء إنما هو للعوارض المحرّمه كان الإهتمام بالمنع عنه في هذه الروايات لغواً محضاً ، لورود النهي عن سائر المحرّمات بأنفسها»<sup>(٥)</sup>.

وهذا الإشكال متين جداً نحو الإشكالات الماضيه ، ويظهر بما ذكرنا أنّ حرمه الغناء ذاتي ولو لم يقترن بغيره من المعاصي .

ص: ٣٠٩

- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ١٠٦ ح ١ .
- ٢- (٢) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .
- ٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٣ .
- ٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٤٥ و ٤٤ .
- ٥- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٣٠٨ .

قبل الورود فى البحث عن المستثنيات لابد لنا من نقل كلام ونقده حتى ظهر لك إمكان

وقوع الاستثناء فى المقام :

قال الشيخ جعفر : « ... قد ظهر ممّا مرّ أنّه لا ينبغي صدور الاستثناء من أهل النظر ، كيف لا ؟ وتحريم الغناء كتحرّيم الزنا أخباره متواتره وأدلته متكاثره عبّر عنه بقول الزور ولهو الحديث فى القرآن ، ونادت الأخبار بأنّه المحرّك على الفجور والعصيان ، فكان تحريمه من الأمور العقلية التى لا تقبل تقييداً ولا تخصيصاً بالكلية . وكيف يخطر بالبال أو يجرى فى الخيال أن يقع مثل هذا الكلام من سادات الأنام الأمرين بترك الشبهات خوفاً من الوقوع فى المحرّمات ، مع أنّه مؤذن بجواز ما فيه معظم اللهو عن ذكر المعاد ومدنٍ إلى الزنا واللواط اللذين هما رأس الفساد ... » (١).

وتبعه تلميذه السيد العاملى فقال : « ثمّ إنّنا قد نقول : أنّ تحريم الغناء كتحرّيم الزنا أخباره متواتره وأدلته متكاثره عبّر عنه بقول الزور ولهو الحديث فى القرآن ونطقت الروايات بأنّه الباعث على الفجور والفسوق ، فكان تحريمه عقلياً لا يقبل تقييداً ولا تخصيصاً ، والأخبار الواردة فى ذلك محموله على التقيه فليلاحظ ذلك » (٢).

أقول : ولكن الحقّ أنّ أدله حرمة الغناء سمعيه والروايات مطلقة ، فيجوز تقييده بها إن ثبتت فى مورد والحكم بجوازها فى ذلك المورد الخاص ويؤيد ما ذكرناه بيان صاحب الجواهر (٣) فى نقد كلام أستاذه ، فراجعه إن شئت .

وقد ذكروا فى مقام الاستثناء من حرمة الغناء موارد :

## ١ - التغنى بالقرآن

قد استدلوا على جواز التغنى بالقرآن عده من الروايات :

ص: ٣١٠

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٠٠ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٩ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٥٠ .

منها : ما رواه العامه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : تَغْنُوا به ، فمن لم يتغنَّ بالقرآن فليس منّا»(١).

ومنها : ما نقل الطبرسى عنهم فى تفسيره : « عبد الرحمن بن السائب قال : قدم علينا سعد بن أبى وقاص ، فأتيته مسلماً عليه ، فقال : مرحباً يا ابن أخى ، بلغنى أنك حسن الصوت

بالقرآن ، قلت : نعم والحمد لله ، قال : فإننى سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : إنَّ القرآن نزل بالحُزْن ، فإذا قرأتموه فابكوا ، فإن لم تبكوا فتباكوا وتغنَّوا به ، فمن لم يتغنَّ بالقرآن فليس منّا»(٢).

أقول : ورواها صاحب جامع الأخبار / ١٣١ ح ١٦ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٩٢ / ١٨٨ ح ١٢ وفى مستدرک الوسائل ٢٧٣ / ٤ ح ٧ .

ومنها : خبر أبى بصير الماضى آنفاً(٣) .

أقول : لا يتم الاستدلال بهذه الروايات من وجوه :

أولاً : ضعف إسنادها ، لأنَّ الأولان منهما عاميان والثالث ضعيف بعلى بن أبى حمزه البطانى .

ثانياً : ليس المراد بالتغنَّى بالقرآن رفع الصوت به غناءً ، بل المراد به الاستغناء بالقرآن ، كما ظهر ما ذكرنا بالمراجعته إلى كتب اللغة والتفسير والحديث والفقهاء :

قال ابن الأثير : « وفى حديث القرآن « مَن لم يتغنَّ بالقرآن فليس منّا » أى لم يستغن به عن غيره . يقال : تَغَنَّىْتُ وتغائيتُ واستغنيتُ . وقيل : أراد من لم يجهر بالقراءة فليس منّا . وقد جاء مفسراً .

وفى حديث آخر « ما أذن الله لشيءٍ كإذنه لنبيٍّ يتغنَّى بالقرآن يجهرُ به » .

قيل : إنَّ قوله « يجهرُ به » تفسير لقوله « يتغنَّى به » .

ص: ٣١١

١- (٤) سنن ابن ماجه ١ / ٤٢٤ ح ١٣٣٧ .

٢- (١) مجمع البيان ١ / ١٦ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ٦ / ٢١١ ح ٥ .

وقال الشافعي : معناه تحسين (١) القراءة وترقيتها ... « (٢) » .

وقال الطبرسي بعد نقل الرواية : « وتأول بعضهم تعنوا به بمعنى استغنوا به ، وأكثر العلماء على أنه تزيين الصوت وتحزينه ... » (٣)

وقال الصدوق بإسناده إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : « ليس منّا من لم يتغن بالقرآن ، ومعناه : ليس منّا من لم يستغن به ، ولا يذهب به إلى الصوت . وقد روى أنّ من قرأ القرآن فهو غني لا فقر بعده . وروى أنّ من أعطى القرآن فظن أنّ أحداً أعطى أكثر ممّا أعطى فقد عظّم

صغيراً وصغراً كبيراً . فلا ينبغي لحامل القرآن أن يرى أنّ أحداً من أهل الأرض أغنى منه ولو ملك الدنيا برحبها ، ولو كان كما يقوله قوم : أنه ترجيع بالقراءة وحسن الصوت لكانت العقوبة قد عظمت (٤) في ترك ذلك أن يكن من لم يرجع صوته بالقراءة فليس من النبي صلى الله عليه وآله وسلم حين قال : (ليس منّا من لم يتغن بالقرآن) « (٥) » .

قال الشريف المرتضى يرفعه « عن عبد الله بن نهيك أنه دخل على سعد في بيته فإذا مثال (٦) رث (٧) ومتاع رث ، فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ليس منّا من لم يتغن بالقرآن . قال أبو عبيده : فذكر المتاع الرث والمثال الرث يدل على أن التغنّي بالقرآن : الاستغناء به عن الكثير من المال « (٨) » .

وقال الشيخ في المبسوط : « وروى عنه [ أي عن رسول الله ] صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : ليس منّا من لم يتغن بالقرآن ، وقيل في أحد تأويلاته يعني : يحسن صوته به ، وقيل : معناه يستغنى به من

ص: ٣١٢

١- (٣) في الهروي : تحزين .

٢- (٤) النهاية ٣ / ٣٩١ .

٣- (٥) مجمع البيان ١ / ١٦ .

٤- (١) أي كثرت .

٥- (٢) معاني الأخبار / ٢٧٩ ونقل عنه مختصراً في مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٣ ح ٧ .

٦- (٣) المثال : الفراش .

٧- (٤) الرث : السقط من متاع البيت .

٨- (٥) أمالي الشريف المرتضى ١ / ٢٤ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٣ ح ٩ .

غنى المال ... «(١)» .

وقال الفاضل الأصبهاني : « ... فقد فسر التَغْنَى فيه [ أى فى القرآن ] بالاستغناء ، كما روى : أنَّ من قرأ القرآن فهو غنى لا فقر بعده ... «(٢). (٣)» .

فظهر ممَّا ذكرنا أنَّ المراد بالتغنى بالقرآن ليس إلا الاستغناء به ، لا رفع الصوت به غناءً . ويؤيد ما ذكرناه نفي قراءة القرآن غناءً فى عدّه من الروايات وأنّ هذا الفعل يأتى به أناس فى آخر الزمان إثمًا وعصيانًا .

منها : حسنه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إقرأوا القرآن بألحان العرب وأصواتها ، وإيّاكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر ، فإنّه سيجىء من بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء والنوح والرهبانيه لا يجوز تراقيهم ، قلوبهم مقلوبه ، وقلوب من يعجبه شأنهم (٤) .

سند الروايه حسنٌ ، لأن المراد بابراهيم الأحمر هو إبراهيم بن إسحاق الأحمرى النهاوندى ، وضعفه جمع ولكن قال المامقانى : الأظهر حسنه . والمراد بعبد الله بن حماد هو الأنصارى من شيوخ أصحابنا ، ولا أقل من حسنه لو لم يكن ثقّه . فالسند صار بهما حسنًا .

ومنها : مرسله القطب الراوندى عن الحسن بن على عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إقرأوا القرآن بألحان العرب وأصواتها ، وإيّاكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر ، فإنّه سيجىء من بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء والنوح ، قلوبهم مفتونه وقلوب من يعجبه شأنهم (٥) .

وقال صاحب جامع الأخبار مرفوعاً عن حذيفه بن اليمان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إقرأوا القرآن بلحون العرب وأصواتها ، وإيّاكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر ، وسيجىء

ص: ٣١٣

١- (٦) المبسوط ٨ / ٢٢٧ .

٢- (٧) وسائل الشيعه ٦ / ١٧٨ ح ٣ . الباب ٦ من أبواب قراءه القرآن .

٣- (٨) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ .

٤- (٩) وسائل الشيعه ٦ / ٢١٠ ح ١ الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن .

٥- (١) مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٢ ح ١ .

قوم من بعدى يرجعون بالقرآن ترجيع الغناء والرهبانية والنوح لا- يجاوز حناجرهم ، مفتونه قلوبهم وقلوب الذين يعجبهم شأنهم (١) .

رواها الطبرسى فى مجمع البيان ١٦ / ١ والشيخ بهاء الدين فى كشكوله ٥ / ٢ .

فعلى هذا لا- يتم دليل استثناء حرمه الغناء فى القرآن ، فالتغنى بالقرآن حرام بل أعظم حرمه من التغنى بغيره ، لأن فيه نوع استخاف وإهانته بالمقدسات ، وهكذا الأمر فى الأذعية والأذكار والزيارات ونحوها .

وفى هذا المجال أيضاً راجع إلى ما كتبه جدى العلامة آيه الله الحاج الشيخ محمد حسين النجفى الأصفهانى المتوفى عام ١٣٠٨ فى تفسيره (٢) من الفرق بين تحسين الصوت بالقرآن والترجيع به وبينهما وبين التغنى بالقرآن ، حتى يظهر لك الحال وكلامه هو الفصل فى المقام .

## ٢ - مراثى أمه أهل البيت عليهم السلام

الظاهر أن أول من تعرض لهذا الاستثناء المحقق الثانى المتوفى عام ٩٤٠ ، قال فى جامع المقاصد : « واستثنى بعضهم مراثى الحسين عليه السلام كذلك » (٣) .

وقال المحقق الأردبيلي : « وقد استثنى مراثى الحسين عليه السلام أيضاً ، دليله أيضاً غير واضح ... ويؤيده أن البكاء والتفجع عليه عليه السلام مطلوب ومرغوب وفيه ثواب عظيم ، والغناء معين على ذلك وأنه متعارف دائماً فى بلاد المسلمين فى زمن المشايخ إلى زماننا هذا من غير نكير ، وهو يدل على الجواز غالباً . ويؤيده جواز النياحة بالغناء وجواز أخذ الأجره عليها . ثم استدل بالروايات المجوزة الواردة فى النياحة ، ثم قال : ويؤيده أن التحريم للطرب على الظاهر ، ولهذا قيد بالمطرب وليس فى المراثى الطرب ، بل ليس إلا الحزن ، وأكثر هذا يجرى فى استثناء مطلق المراثى ، وكأنه ترك للظهور .

وبالجملة ، عدم ظهور دليل التحريم والأصل وأدله جواز النياحة مطلقاً بحيث يشمل

ص: ٣١٤

١- (٢) جامع الأخبار / ١٣٠ ح ١١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٤ / ٢٧٢ ح ٣ .

٢- (٣) مجد البيان فى تفسير القرآن / ١٨٤ .

٣- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٢٣ .



الغناء بل الظاهر أنها لا تكون إلا معه ، يفيد الجواز ، والله يعلم .

ولكن لا بدّ من قصد التفجّع والندبه عليه عليه السلام في الغناء بمرثيته لا غير ، وهو ظاهر»(١) .

وقال المحقق السبزواري : « وعن بعضهم استثناء مراثي الحسين عليه السلام وهو غير بعيد»(٢) .

ومن الذين تبعهم في هذا الإستثناء هو الفاضل التراقي في مستند الشيعة(٣) .

وأنت ترى أنّ الأصحاب ذكروا مراثي الامام الحسين عليه السلام فقط ، ولكن حيث كلهم أنّ نور واحد عممنا العنوان في جميعهم .

ولكن أنكر الاستثناء جماعه من الأصحاب ، ولعل الإنكار هو القول المشهور :

ومن المنكرين صاحب الحدائق ، قال : « وبعضهم استثنى مراثي الحسين عليه السلام أيضاً قال ، في الكفايه : وهو غير بعيد . أقول : بل هو بعيد غاية البعد ، لما عرفت ممّا قدمناه من الأخبار المتكاثره ، إلا أنّ ما ذكره جيد على مذهبه في المسأله ممّا قدمنا نقله عنه»(٤) .

ومنهم : الوحيد البهبهاني قال في تعليقه على مجمع الفائده والبرهان : « في أمثال زماننا نرى النكير ، ونرى أنّه لا ينفع ولا ينجع ، ونرى أنّه ربما يتقون من الناس والعوام ، فلعلّ السابق كان كذلك ، بل لا ندرى أنّه فيما سبق كانوا يغيّون في المراثي ، فضلاً عن تعارف ذلك بينهم ، وخصوصاً مع دعوى عدم النكير ، مع أنّ المشايخ صرحوا في كتبهم بالحرمة من غير

استثناء أصلاً ، واستثنوا الجداء والزّفه والعرس للمغنيه ولم يستثنوا شيئاً إلا ما نسب إلى نادر منهم .

وربما يتمسك بقول الصادق عليه السلام للمنشد الذي كان يقرأ عنده : « إقرأ كما كنت تقرأ عندكم بالعراق»(٥) ، وفيه أيضاً تأمل ظاهر ، لعدم معلوميه المراد وأنه كان يعنى بالعراق

ص: ٣١٥

١- (١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / (٦٣ - ٦١) .

٢- (٢) الكفايه ١ / ٤٣٤ .

٣- (٣) مستند الشيعة ١٤ / (١٤٦ - ١٤٤) .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١١٧ .

٥- (١) كامل الزيارات / ١٠٤ و ١٠٥ ح ١ و ٥ .

ثم قال معلقاً على قوله : « ويؤيده جواز النياحه بالغناء » : « لا تأمل في أنّ النوحه حلال على كلّ ميت ، سيما على الحسين عليه السلام ، فلو كان في الغناء فهو مستثنى وإلاّ - فلا - استثناء ولا - معارضه ، ولعلّه كذلك ، إذ لا يقال في العرف : أنّه يغنى ، وإنّ النوحه غناءً ، والعرف مقدّم على اللغه كما حقق . مع أنّ جواز النوحه بلا مضايقه وعدم جواز الغناء مطلقاً ، يؤيد التقديم هنا . وبالجمله ، لم يظهر كون النوحه غناءً حتّى يتوجه ما يقوله ، ويحتاج إلى ارتكاب خلاف الظاهر والتخصيص الذي هو مخالف للأصل ، ومجرد كونه معيناً على البكاء لا يصلح للتخصيص ، إذ ربما يحصل الإعانه بالأفعال المحرّمه» (١) .

ومنهم : سيد الرياض في كتابه (٢) .

ومنهم : جدنا الشيخ جعفر في شرحه على القواعد (٣) وتلميذاه وهما صاحب المفتاح (٤) والجواهر (٥) .

ومنهم : تلميذ صاحب الجواهر السيد على آل بحر العلوم قدس سره في برهان الفقه في بحث النوح (٦) .

ومنهم : الشيخ الأعظم في المكاسب المحرمه (٧) .

أقول : لا بدّ من متابعه هؤلاء الأعلام ، لأنّ المريثه تدخل تحت عنوان النوح ، وسوف يأتي في هذا الكتاب في محله أنّ النوح على كلّ ميت جائز وعلى الأئمه المعصومين عليهم السلام

مستحب .

ص: ٣١٤

١- (٢) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٣٠ و ٢٩ .

٢- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٥٧ .

٣- (٤) شرح القواعد ١ / ١٩٤ .

٤- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٧ .

٥- (٦) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٦- (٧) برهان الفقه - كتاب التجاره / ٢٠ .

٧- (٨) المكاسب المحرمه / ٣٩ الطبع الحجري - (١ / ٣٠٨ وما بعدها) .

ثم هل يمكن الإتيان بالثناء والنوح مع الغناء أولاً؟ الظاهر إمكانه ، بل وقوعه ، لأنه قد مرَّ أنَّ الغناء هو كيفية خاصه للصوت ، والمحتوى ليس دخيلاً في معناه . وأيضاً قد مرَّ أنَّ الطرب الحاصل من الغناء أعم من السرور والحزن ، فحينئذ يمكن الإتيان بالمرثيه والنوح على طريق الغناء ولكنه صار به حراماً ، فلا يمكن الإتيان بالمستحب وهو مرثيه الأئمه عليهم السلام مع الحرام وهو الغناء .

والروايات الآمره برثائهم خاليه عن استعمال الغناء فيها ، فهو بحرمة باقٍ . والسيره المستمره من المسلمين تنفى استعمال الغناء في المرثيه . وكون الغناء معيناً على البكاء - وإن كان في الجملة صحيحاً - ولكن لا يمكن الاستفاده به في شيءٍ حتى المحرمات الشرعيه للإعانه على البكاء كما هو واضح .

فما ذكره أصحاب جامع المقاصد ومجمع الفائده والكفايه ومستند الشيعة في المقام غير تام ، فلا يتم عندنا استثناء مرثي الأئمه عليهم السلام من حرمة الغناء كما عليه المشهور ، والله سبحانه هو العالم .

### ٣ - العرائس

قد نسب إلى المشهور استثناء حرمة الغناء في الأعراس :

قال الشيخ في النهايه : « ولا بأس بأجر المغنيه في الأعراس ، إذا لم يُعَيَّن بالأباطيل ولا يَدْخُلَنَّ على الرجال ولا يَدْخُلُ الرجالُ عليهنَّ » (١) .

وهكذا ذهب إلى الجواز المحقق في النافع (٢) .

وقال العلامة في التذكرة : « أمّا المغنيه في الأعراس فقد ورد رخصه بجواز كسبها إذا لم تتكلم بالباطل ولم تلعب بالملاهي ولم يدخل الرجال عليها » (٣) .

ص: ٣١٧

١- (١) النهايه / ٣٦٧ .

٢- (٢) المختصر النافع / ١١٦ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٠ .

أقول : ونحوها في القواعد(١) ونهايه الأحكام(٢) واختاره في المختلف(٣) واستدل له .

وقال في التحرير : « الغناء حرام وتعليمه وأجر المغنيه كذلك ، وقد وردت رخصه بإباحه أجر المغنيه في العرائس إذا لم تتكلم بالباطل ولا- تلعب بالملاهي كالعيدان والقصب ، بل تكون ممن ترفّ العروس وتتكلم عندها بإنشاد الشعر والقول البعيد عن الفحش والباطل ، وما عدا ذلك حرام في العرس وغيره»(٤) .

وذهب إلى هذا الاستثناء جماعه من الأعلام ، نحو : الفاضل المقداد في التنقيح الرائع(٥) وتلميذه الشيخ شمس الدين محمد بن شجاع القطان الحلّي في معالم الدين في فقه آل ياسين(٦) والشهيد في الدروس(٧) والمحقق الثاني في جامع المقاصد(٨) والشهيد الثاني في المسالك(٩) والروضة(١٠) والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائده والبرهان(١١) والمحقق السيزواري في الكفايه(١٢) والبحراني في الحدائق(١٣) وسيد الرياض(١٤) والفاضل النراقي(١٥) والسيد العاملی(١٦) وصاحب

ص: ٣١٩

- ١- (٤) قواعد الأحكام ٨ / ٢ .
- ٢- (٥) نهايه الأحكام ٢ / ٤٩٦ .
- ٣- (٦) مختلف الشيعة ١٨ / ٥ .
- ٤- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٥٩ مسأله ٣٠١٢ .
- ٥- (٢) التنقيح الرائع ١١ / ٢ .
- ٦- (٣) معالم الدين في فقه آل ياسين ١ / ٣٣٠ .
- ٧- (٤) الدروس ٣ / ١٦٢ .
- ٨- (٥) جامع المقاصد ٢٣ / ٤ .
- ٩- (٦) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٦ .
- ١٠- (٧) الروضة البهيه ٣ / ٢١٣ .
- ١١- (٨) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٥٩ .
- ١٢- (٩) الكفايه ١ / ٤٣٤ .
- ١٣- (١٠) الحدائق ١٨ / ١١٦ .
- ١٤- (١١) رياض المسائل ٨ / ١٥٧ .
- ١٥- (١٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٤١ .
- ١٦- (١٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٥ .

الجواهر (١) وتلميذه صاحب برهان الفقه (٢) والشيخ الأعظم في المكاسب المحرمه (٣).

هذا هو القول المشهور في المقام وهو الجواز وفي قبالة قولان آخران :

الأول : الحرمة مطلقاً حتى بالنسبه إلى الغناء في الأعراس ، والقائل به : أبو الصلاح الحلبي في الكافي (٤) وابن إدريس الحلبي في السرائر (٥) وفخر المحققين في الإيضاح (٦).

وعدّ العلامة في المختلف المفيد وسلاّر من القائلين بالتحريم ، حيث قال : « وقال المفيد : كسب المغنيات حرام وتعلم ذلك وتعليمه حرام في شرع الإسلام (٧) وأطلق ولم يفصل . وكذا قال سلاّر (٨) » (٩).

ومن القائلين بالحرمة جدنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (١٠).

الثاني : كراهه الغناء في العرس ، ذهب إليه القاضي ابن البراج (١١) وقال في المفتاح : « لعله أراد التحريم ، لأنه من القدماء ولسانهم في الكراهيه معلوم » (١٢).

قد استدلوا على جواز التغنى في الأعراس بعدّه من الروايات :

منها : صحيحه أبي بصير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : أجر المغنيه التي تزفّ العرائس

ص: ٣١٩

١- (١٤) الجواهر ٢٢ / ٤٩ .

٢- (١٥) برهان الفقه . كتاب التجاره / ١٨ .

٣- (١٦) المكاسب المحرمه / ٤٠ من الطبع الحجري - (١ / ٣١٣) .

٤- (١٧) الكافي في الفقه / ٢٨٠ .

٥- (١٨) السرائر ٢ / ٢٢٤ .

٦- (١٩) ايضاح الفوائد ١ / ٤٠٥ .

٧- (١) المقنعه / ٥٨٨ .

٨- (٢) المراسم / ١٧٠ .

٩- (٣) مختلف الشيعة ٥ / ١٩ .

١٠- (٤) شرح القواعد ١ / ١٩٩ .

١١- (٥) المهذب ١ / ٣٤٦ .

١٢- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٦ .

ليس به بأس ، وليست بالتى يدخل عليها الرجال(١) .

ومنها : خبر آخر لأبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : المغنيه التى تزف العرائس لا بأس بكسبها(٢) .

ويمكن تصحيح سند هذا الخبر ، لأنّ العده فيهم ثقات وأحمد بن محمد ثقه والحسين بن سعيد ثقه [ على فرض وجوده فى السند ] ، والإشكال فى السند ليس إلا من جهة حكم الحنّاط ، وهو الحكم بن أيمن الحنّاط ، قال النجاشى : « روى عن أبى عبد الله عليه السلام وأبى الحسن عليه السلام »(٣) وقال الشيخ « له أصل »(٤) ، وليس له توثيق ولكن روى عنه ابن أبى عمير وصفوان بسند صحيح فى الكافى ٢ / ٢٤ ح ١ و ٤ / ٣٩١ ح ٣ .(٥) وعلى مبنى أنّ المشايخ الثلاثة لا يروون ولا يرسلون إلا عن ثقته فالرجل صار من الثقات ، ولكن فيه ما لا يخفى . ومن

الممكن أن نذهب إلى أنّ النجاشى ديدنه نقل المطاعن الوارده فى الشخص كما اعترف به السيد الداماد(٦) ، وحيث لم يذكر له طعناً فالرجل صار من المعاريف ، حيث ينقل عنه المشايخ وله أصل ، فيمكن القول بحسنه واعتباره .

ومنها : خبر ثالث لأبى بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كسب المغنيات ؟ فقال : التى يدخل عليها الرجال حرام ، والتى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس ، وهو قول الله عزّ وجلّ : « وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ »(٧) .

ومنها : مرسله القاضى نعمان المصرى رفعه عن أبى جعفر عليه السلام : إنّ رجلاً من شيعة أتاه فقال : يابن رسول الله وردت المدينة فنزلت على رجل أعرفه ولا أعرفه بشيءٍ من اللهو ،

ص: ٣٢٠

١- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٣ . الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢١ ح ٢ .

٣- (٩) رجال النجاشى / ١٣٧ الرقم ٣٥٤ .

٤- (١٠) فهرست كتب الشيعة وأصولهم / ١٦٠ الرقم ٢٤٦ .

٥- (١١) الموسوعه الرجاليه الميسره / ١٧٠ .

٦- (١) الرواشح السماويه / ١١٥ ، الراشحه السابعه عشر .

٧- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٠ ح ١ .

فإذا جميع الملاهي عنده ، وقد وقعت في أمر ما وقعت في مثله ، فقال عليه السلام له : أحسن جوار القوم حتى تخرج من عندهم ، فقال : يابن رسول الله فما ترى في هذا الشأن ؟ قال : أمّا القينه التي تتخذ لهذا فحرام ، وأمّا ما كان في العرس وأشباهه فلا بأس به (١) .

القينه : الأمه المغنّيه .

الأصحاب افتوا على طبق هذه الروايات وقيّدوا بها إطلاق أدله حرمة الغناء ، فلا بأس بأخذها والإفتاء على طبقها والذهاب إلى جواز الغناء في العرس .

أمّا الشروط الثلاثة التي اشترطوها فهي خارجه عن الغناء ، وهي محرّمات أخرى ولم تنحصر في الثلاثة بل يمكن عدّها إلى ثلاثين ، فهذه الأمور الثلاثة من التكلّم بالباطل والتلاعب بالملاهي ودخول الرجال على المغنّيه بنفسها من المحرّمات ، لا أنّها قيود للحكم بجواز التغنّي في الأعراس .

نعم ، لا بدّ من الاجتناب عنها كغيرها من المحرّمات ، ولذا لا- أثر لها في الروايات المجوّزه إلاّ عدم دخول الرجال عليها في صحيحه أبي بصير (٢) ، وهو عنوان مشير إليها بأنّها غير المغنّيه المتعارفه عند أهل الغناء .

ولكن لا بدّ في الجواز من التوقف على العرس ، وهو الزفاف - أي إهداء العروس إلى زوجها حتى يدخل بها - دون الختان ونحوه ، وهكذا على المغنّيه دون المغنّي لانحصار أدله

الجواز .

ويأتى منّا عدم تماميه استثناء الضرب بالدف في العرس والختان من حرمة آلات اللهو والموسيقى ، فانتظر .

#### ٤ - الخُداء

#### إشاره

وهو سَوَق الإبل بالغناء لها ، استثناء جماعه من الأصحاب من حرمة الغناء :

ص: ٣٢١

١- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩١ ح ٢ .

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢١ ح ٣ .

منهم : الشيخ قال : « وأما الحُداء - وهو الشعر الذى تحثُّ به العرب الإبل على الإسراع فى السير - فهو مباح ، وهو ممدود ، لأنه من الأصوات كالدُّعاء والنداء والثَّغاء (١) والرُّغاء (٢) ، وفيه لغتان حُداء وحِداء والضم أقيس لأنَّ أوائل الأصوات مضمومه كالدُّعاء والثَّغاء والخُوار (٣) ، والكسر جائز كالغناء والنداء . وإنما قلنا إنه مباح لما رواه ابن مسعود قال : كان مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ليلة نام فى الوادى حاديان .

وروى عن عائشة أنها قالت : كنّا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى سفر وكان عبد الله بن رواحه جيّد الحداء وكان مع الرجال ، وكان أنجشهُ مع النساء ، فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم لعبد الله بن رواحه : حرّك بالقوم ، فاندفع يرتجز فتبعه أنجشهُ فاعتنقت الإبل ، فقال صلى الله عليه وآله وسلم لأنجشهُ : رويدك رفقاً بالقوارير ، يعنى النساء .

وروى أنّ النبى صلى الله عليه وآله وسلم كان فى سفر فأدرك ركباً من تميم معهم حادٍ ، فأمرهم بأن يحدوا وقال : إنّ حاديانا نام آخر الليل ، فقالوا : يا رسول الله نحن أوّل العرب حداء بالإبل ، قال : وكيف ؟ قالوا : كانت العرب تغيّر بعضها على بعض ، فأغار رجل منّا على إبل فاستاقها فتبددت الإبل ، فغضب على غلامه فضربه بالعصا فأصابت يده ، فنادى وايداه ، فجعلت الإبل تجتمع فقال له : هكذا فقل - يعنى قل : وايداه - فقال ، والنبى يضحك . فقال : من أنتم ؟ قالوا : من مضر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ونحن من مضر ، فكيف كنتم أوّل العرب ؟ فانتسب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تلك الليلة حتّى بلغ بالنسب إلى مضر ، وضحك النبى صلى الله عليه وآله وسلم من قولهم « نحن أوّل العرب حداء » ، ثم قالوا : نحن من مضر ، فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم ونحن أيضاً من مضر فكيف كنتم أوّل العرب حداء « (٤) .

ص: ٣٢٢

١- (١) صوت الشاه .

٢- (٢) رغاء البعير أو النُّعام أو الضبع : صوته وضجته .

٣- (٣) صوت البقره .

٤- (٤) المبسوط ٨ / ٢٢٥ و ٢٢٤ .



وتبعه أعلام الطائفة ، منهم : المحقق فى شهادات الشرائع (١) والعلامة فى شهادات القواعد (٢) والشهيد فى شهادات الدروس (٣) والشهيد الثانى فى المسالك (٤) والأردبيلى فى مجمع الفائده (٥) ، وقال المحقق السبزوارى : « المشهور بين الأصحاب استثناء الحداء - وهو سوق الإبل بالغناء لها - ولا أعلم حجه عليه إلا أن يقال بعدم شمول أدله المنع له » (٦) .

وقال الفاضل النراقى : « الحق فيه : عدم الحرمة للأصل وعدم ثبوت الحرمة الكليّه » (٧) .

ولكن لعلّ المشهور على خلافهم ، لعدم وجود مستند لهذا الاستثناء ، ومن القائلين بالحرمة : صاحب الحدائق واعترف ب- « أن المسأله خاليه عن النص » (٨) . والفاضل الأصبهاني (٩) والوحيد (١٠) والشيخ جعفر (١١) وتلميذيه السيد العاملى (١٢) وصاحب الجواهر (١٣) وتلميذيه صاحب برهان الفقه (١٤) وسيد الرياض (١٥) والشيخ الأعظم (١٦) .

ص: ٣٢٣

- ١- (١) الشرائع ١٢٨ / ٤ .
- ٢- (٢) قواعد الأحكام ٣ / ٤٩٥ .
- ٣- (٣) الدروس ١٢٦ / ٢ .
- ٤- (٤) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٦ .
- ٥- (٥) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٥٩ .
- ٦- (٦) الكفايه ١ / ٤٣٤ .
- ٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٤٤ .
- ٨- (٨) الحدائق ١٨ / ١١٦ .
- ٩- (٩) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ .
- ١٠- (١٠) حاشيه مجمع الفائده والبرهان ٢٨ / ٢٨ .
- ١١- (١١) شرح القواعد ١ / ٢٠٣ .
- ١٢- (١٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٧ .
- ١٣- (١٣) الجواهر ٢٢ / ٥٠ .
- ١٤- (١٤) برهان الفقه - كتاب التجاره / ١٨ طبع الحجرى .
- ١٥- (١٥) رياض المسائل ٨ / ١٥٧ .
- ١٦- (١٦) المكاسب المحرمه / ٤٠ طبع الحجرى - (١ / ٣١٣) .

وأما مستند القائلين بالجواز هو ما روى العامه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (١) كما مرّ في كلام الشيخ .

والروايه بل الروايات كما ترى عاميه لم تنقل من طرقنا ، فلا يمكن الاعتماد عليها

والحكم بها بالجواز .

ولكن ورد في معتبره السكوني عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آباءه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : زاد المسافر الحُداء ، والشعر ما كان منه ليس فيه جفاء (٢) .

الروايه تدلّ على جواز الحُداء ولكن يعارضها الروايتان :

أولاهما : خبر الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أما يستحيى أحدكم أن يغتنى على دابته وهي تسبّح (٣) .

وثانيتها : مرفوعه بعض أصحابنا قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : لا تضربوها على العثار واضربوها على النفار . وقال : لا تغنّوا على ظهورها ، أما يستحيى أحدكم أن يغتنى على ظهر دابته وهي تسبّح (٤) .

ومن المعلوم أنّ الأخيرتان مخالفتان للعامه ، فلا بدّ من الأخذ بهما والحكم على طبقهما من عدم جواز الحُداء والتغنى على ظهر الدابه .

لاسيما أنّ راوي الروايه الأولي السكوني وهو من قضاء العامه فيحتمل فيها التقيه . ولعله لأجل التعارض أو الحمل على التقيه أعرض جماعه من الأصحاب قدس سرهم عن هذه المعتبره .

نعم ، لو قلنا بأنّ الحُداء قسيم للغناء بشهاده العرف فيكون خارجاً عن موضوع الغناء

ص: ٣٢٤

١- (١٧) سنن البيهقي ١٠ / ٢٢٧ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١١ / ٤١٨ ح ١ . الباب ٣٧ من أبواب آداب السفر - المحاسن ٢ / ١٠٣ ح ٧٥ .

٣- (٢) وسائل الشيعه ١١ / ٤١٩ ح ٢ - المحاسن ٢ / ١٢٤ ح ١٤٦ .

٤- (٣) المحاسن ٢ / ٤٦٨ ح ٩٨ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١١ / ٤١٩ ح ٣ .

لأعن حكمه ، فيمكن القول فيه بالجواز ، كما قاله الشيخ جعفر (١) وتلميذاه صاحباً مفتاح الكرامه (٢) والجواهر (٣) . وكما يظهر من الشيخ الطائفه (٤) قبلهم حيث لم يأخذ في تعريفه الغناء كما سبق ذكره والفاضل الأصبهاني حيث يقول : « ... ما لم يخرج إلى حد الغناء ... ولكن لا بد من أن لا يخرج إلى حد الغناء لانتفاء الدليل على حله حينئذٍ » (٥) .

وعلى هذا - يعني لو قلنا بأنه قسيم للغناء - يمكن التعدى من الإبل إلى البغال والحمير ،  
وأما لو قلنا بأنه من الغناء واستثنى من حرمة فلا يتعدى من الإبل إلى البغال والحمير ، والله هو العالم .  
وبهذا البيان تمّ المقام الخامس في المستثنيات ولله الحمد .

## فروع

## إشارة

ثم إن هاهنا فروعاً لا بد من التنبيه عليها :

## الأول :

قال الشيخ جعفر قدس سره : « ويقوى أيضاً خروج أصوات عمله السفن عند مباشره الأعمال ، وترجيح الأمتها لنوم الأطفال ، والنداء لتحريض الرجال على القتال ، والأصوات المشجيه في المناجاة ، والأصوات الغير المشتمله على الحروف كالهلهله (٦) على النحو المعروف . ومن الحزم اجتناب الشبهات خصوصاً عند اشتباه الموضوعات » (٧) .

ص: ٣٢٥

١- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٠٥ .

٢- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٧ .

٣- (٦) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٤- (٧) المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

٥- (٨) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ .

٦- (١) هلهل الصوت : رجعه .

٧- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٠٥ .

وقال السيد العاملي : « وأما الرقص والهلاهل والرويد(١) في غير حال الحرب وحضّ الرجال على القتال فالحزم اجتنابه ، بل لعله يحرم فعله ، لأنه من اللهو أو الباطل ، والحازم يجتنب الشبهات خصوصاً عند اشتباه الموضوعات»(٢) .

وقال صاحب الجواهر : « نعم لا بأس بالهلهوله على الظاهر لكونها صوتاً من غير لفظ والغناء من الألفاظ ، وأما التريديد المسمى بالهوراب في عرفنا فربّما ظهر من بعض مشايخنا(٣) معلوميه حليته في حال الحرب وحثّ الرجال على القتال المحلّل ، نعم قال : « الحزم اجتنابه واجتناب الرقص والهلهوله في غير ذلك ، بل لعله يحرم فعله لأنه من اللهو أو الباطل ، والحازم يجتنب الشبهات خصوصاً عند اشتباه الموضوعات » .

وفيه : أنه مع فرض عدم اندراجه في الغناء يمكن فرضه فيما لا يدخل في اللعب واللهو ، أما مع فرض اندراجه فيه فيشكل جوازه فيه(٤) ، فضلاً عن غيره من الأحوال لإطلاق أدله

النهى ، بل قد اقترنت بمؤكدات تقتضى إرادته جميع الأفراد على وجه أظهر دلالة من العموم اللغوي ، فتأمل جيداً ، والله العالم «(٥) .

وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم في برهان الفقه : « ولو أوجد الغناء المحرّم من غير ألفاظ مميّزه بل كان مجرد صوت على لهجه الغناء فالظاهر حرمة ، لأنّ اللفظ غير معتبره في حقيقه الغناء ، بل هو من كفيات الصوت ، وفي جواهر الأستاذ : « لا بأس بالهلهوله على الظاهر لكونها صوتاً من غير لفظ والغناء من الألفاظ » . وفيه : ما عرفت بل ادعى هو : « إتفاق الجميع » في صدر المسألة « على أنه من مقولات الأصوات أو كفياتها »(٦) قال : « ولا ينافي ذلك عدّه من لهو الحديث وقول الزور ونحوها ممّا يمكن كون المراد منه أنه كذلك باعتبار هذه

ص: ٣٢٤

١- (٣) رُويد : مصدر أُرود مُصَغَّرًا تصغير الترخيم ، يقال : رويداً : أى مهلاً .

٢- (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٩ .

٣- (٥) إشارة إلى كلام صاحب المفتاح .

٤- (٦) أى في الحرب .

٥- (١) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٦- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٤ .

الكيفية الخاصة «(١)»، فلو اشتملت الهلهوله على المدّ والترجيع المطرب المعتبر في الغناء مثلاً تحرم أيضاً «(٢)».

أقول : الحقّ موافقه صاحب برهان الفقه قدس سره من عدم مدخليه الألفاظ في الغناء ، فعلى هذا لو أوجد الغناء من غير ألفاظ مميزه يكون حراماً ، فظهر ممّا ذكرنا حكم كثير من الفروع المذكوره ، نحو : الهلاهل والرويد والهوراب .

نعم ، الأمر يدور مدار صدق الغناء عرفاً ، ففي كلّ مورد يصدق فهو غناء حتّى في أصوات عمله السفن أو ترجيع الأمّهات لنوم الأطفال والأصوات المشجيه في المناجاه ونحوها يحكم بحرمتها ، وكلّ مورد لم يصدق تجرى البراءه .

وكلّما كان حراماً لا يجوزّه الحرب إلّا أن يطرأ عليه عنوانٌ ثانويّ ، نحو لزومه في الحرب بحيث ينحصر طريق غلبه المسلمين به .

وسياتى حكم الرقص ضمن هذه الفروع فانظر ، والله سبحانه هو العالم .

## الثاني :

الغناء كما يحرم إذا أتى به المغنّى وحده أو المغنّيه وحدها سواء انضم به آلات الملاهى أم

لا- ، كذلك يحرم إذا أتى به المغنيان أو المغنون ، أو المغنيتان أو المغنيات ، أو جماعه من المغنين والمغنيات معاً ، كلّ ذلك يحرم لإطلاق أدله الغناء .

## الثالث : استماع الغناء حرام

التغنّى من المحرّمات الشرعيه واستماعه أيضاً لا سماعه ، ولذا كثير من الأصحاب في ذكر تعاريفهم للغناء قيدوا حرّمته بالاستماع ، نحو : الشيخ (٣) والمحقق (٤) والعلامه في تذكرته (٥).

ص: ٣٢٨

١- (٣) الجواهر ٢٢ / ٤٥ .

٢- (٤) برهان الفقه ، كتاب التجاره / ١٩ .

٣- (١) المبسوط ٨ / ٢١٤ .

٤- (٢) الشرائع ٤ / ١١٧ .

٥- (٣) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٠ .

وتلخيص مرامه (١) وعدّ من المكاسب المحرّمة في نهايته : « الغناء واستماعه وأجر المغنيه» (٢) ، والشهيد (٣) وثانيه (٤) والأردبيلي (٥) والشيخ جعفر (٦) وغيرهم .

ويدلّ على حرمة الاستماع عدّه من الروايات .

منها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتعمّد الغناء يجلس إليه ؟ قال : لا (٧) .

ومنها : خبر عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم (٨) .

ومنها : معتبره مسعده بن زياد (٩) .

ومنها : صحيحه عنبيه (١٠) .

ومنها : خبر سعيد بن محمد الطاطري عن أبيه (١١) .

ومنها : خبر سعيد بن إبراهيم بن أبي البلاد (١٢) .

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري (١٣) .

وعلى هذا استماع الغناء حرام لا سماعه والله العالم .

ص: ٣٢٨

١- (٤) تلخيص المرام في معرفه الأحكام / ٣١١ .

٢- (٥) نهاية الأحكام في معرفه الأحكام ٢ / ٤٦٩ .

٣- (٦) الدروس ٣ / ١٦٢ .

٤- (٧) مسالك الأفهام ١٤ / ١٨٠ .

٥- (٨) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٥٧ .

٦- (٩) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .

٧- (١٠) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ٣٢ .

٨- (١١) أمالي الطوسي . المجلس ٤٣ ح ٣ / ٧٢٠ ونقل عنه مختصراً في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٩ ح ٢٤ .

٩- (١٢) وسائل الشيعة ٣ / ٣٣١ ح ١ .

١٠- (١٣) موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٨ ح ١٤ .

١١- (١٤) موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٩ ح ١٩ .

١٢- (١٥) موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٤ .

١٣- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٢ ح ٤ .

استماع الغناء حرام مطلقاً ، سواء كان عارفاً بلسان المغنيه وعَرِفَ معانى كلامها أو لم يكن كذلك ، وسواء كان ظهر للمستمع مفردات كلامها وتبيين حروفها وتمييز بين كلماتها وتعيين مقالاتها أو لم يظهر ، كل ذلك حرام لإطلاق أدله حرمة استماع الغناء .  
ومن هنا لو تغنت المغنّيه بلسان آخر وهو يستمع إليها يكون حرام وإن لم يكن من أهل اللسان ، والله العالم .

### الخامس : حرمة أجر المغنّي والمغنّيه

قال شيخ الطائفة : « كسب المغنّيات وتعلّم الغناء حرام » (١) . ثم استدرك بعد صفحه : « ولا بأس بأجر المغنّيه فى الأعراس إذا لم يغنين بالأباطيل ولا يدخلن على الرجال ولا يدخل الرجال عليهن » (٢) .

وتبعه أعلام الطائفة أعلى الله مقامهم وكلمتهم ، وتدلّ عليه - مضافاً إلى القاعده الكليه « من عدم إباحه أعواض المحرّمات » وحرمة أجورها - وادعى فى الجواهر تواتر الأدله على هذه القاعده ووضحها (٣) - عدّه من الروايات :

منها : خبر نضر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : المغنّيه ملعونه ، ملعون من أكل كسبها (٤) .

ورواه الصدوق فى الخصال / ٢٩٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩١ ح ٣ .

ومنها : خبر أبى بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كسب المغنّيات ؟ فقال : التى يدخل عليها الرجال حرام ، والتى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس ، وهو قول الله عزّ وجلّ :

ص: ٣٢٩

١- (٢) النهايه / ٣٦٥ .

٢- (٣) النهايه / ٣٦٧ .

٣- (٤) الجواهر ٢٢ / ٥٠ .

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢١ ح ٤ .

«وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» (١).

ومنها : مرسله الصدوق قال : روى أنّ أجر المغنّي والمغنيّة سحت (٢).

ومنها : مرسله الأحسائي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنّه نهى عن الغناء وعن شراء المغنيات وقال : إنّ أجورهنّ من السحت ، الحديث (٣).

وقد ورد الحكم بأن كسب المغنيه حرام فى المقنع / ٣٦٢ والهدايه / ٣١٤ والفقّه الرضوى / ٢٥١ (٤). ولم يناقش فيها أحدٌ من الأصحاب .

### السادس : تعليم وتعلم الغناء بفعله

قال الشيخ : « ... وتعلم الغناء حرام » (٥).

وقال ابن إدريس : « وكسب المغنيات وتعلم الغناء [ وتعليمه ] حرام » (٦).

وقال العلامة : « الرابع : ما نص الشارع على تحريمه عيناً كـ ... والغناء وتعليمه واستماعه وأجر المغنيه » (٧). ونحوها فى القواعد (٨) والتحرير (٩).

وقال الشهيد : « الغناء فيحرم فعله وتعلمه وتعليمه واستماعه والتكسب به ... » (١٠).

وقال الأردبيلي : « الظاهر أنه لاخلاف حينئذٍ فى تحريمه وتحريم الأجره عليه وتعلمه

ص : ٣٣٠

١- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٠ ح ١ .

٢- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٧ ح ١٧ .

٣- (٢) عوالى اللآلى ١ / ٢٦١ ح ٤٢ ونقل عنه فيمستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٥ ح ١٩ .

٤- (٣) كلّها من الطبقات الحديثه .

٥- (٤) النهايه / ٣٦٥ .

٦- (٥) السرائر ٢ / ٢٢٢ .

٧- (٦) تذکره الفقهاء ١٢ / ١٤٠ .

٨- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٩- (٨) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٥٩ .

١٠- (٩) الدروس ٣ / ١٦٢ .



واستماعه»(١).

وقال الشيخ جعفر : « وهو وتعلّمه وتعليمه بفعله لا بجنسه وفصله واستماعه ... وأجر المغنيه حرام لنفسه»(٢).

وتدلّ عليه عدّه من الروايات :

منها : خبر سعيد بن محمد الطاطرى عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله رجل عن بيع الجوارى المغنيات ، فقال :  
شراؤهنّ وبيعهنّ حرام وتعليمهنّ كفرٌ واستماعهنّ نفاق(٣).

ومنها : خبر ابراهيم بن أبي البلاد عن أبي الحسن عليه السلام وفيه : « وتعليمهنّ كفرٌ ، الحديث»(٤).

ومنها : مرسله القاضى نعمان المصرى عن الصادق عليه السلام أنّه قال : لا يحلّ بيع الغناء ولا شراؤه واستماعه نفاق وتعلّمه  
كفر(٥).

ومنها : مرسله الزمخشري عن أبي أمامه قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحلّ تعليم المغنيات ، الخبر(٦).

أقول : إن كان التعليم للتغنّى واستماعه وفعله فيكون حراماً وإن كان لبيان الجنس والفصل وتوصيفه فيكون جائزاً ، للأصل كما  
يظهر من جدنا الشيخ جعفر والمحقق الخوئى(٧) قدس سرهما .

### السابع : يجوز بيع الجوارى المغنيات

قال الشيخ : « فأما ثمن المغنيات فليس بحرام إجماعاً ، لأنها تصلح لغير الغناء من

ص: ٣٣١

١- (١٠) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٥٧ .

٢- (١١) شرح القواعد ١ / ١٩٣ .

٣- (١) موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٨٩ ح ١٩ .

٤- (٢) موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ١٩٠ ح ٢٤ .

٥- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٢١ ح ٣ .

٦- (٤) البرهان فى تفسير القرآن ٤ / ٣٦٢ ح ٧ .

٧- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٣١٨ .

الاستمتاع بها وخدمتها» (١).

قال العلامة الحلى: « ويجوز بيع الجارية المغنيه وإن كان الغناء أكثر منافعتها ، إذ لا يخرج بهذه الصفه عن المالىه . ولو كانت تساوى ألفاً وباعتبار الغناء تساوى ألفين ، فاشتراها بألفين ولولا الغناء لم تطلب إلا بألف ، فالوجه الصحه ، أما لو اشتراها بشرط الغناء المحرّم بطل » (٢).

قد وردت عدّه من الروايات فى المنع عن بيعهنّ :

منها : التوقيع الذى ورد بسند معتبر عن مولانا صاحب الزمان (عج) وفيه : « ثمن المغنيه حرام » (٣).

وهذا التوقيع رواه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٣ ح ٣ عن الصدوق عن محمد بن عصام الكلينى وهو مهمل . فسند الصدوق ضعيف . ولكن سند الشيخ حسن بل معتبر .

ومنها : صحيحه إبراهيم بن أبى البلاد قال : قلت لأبى الحسن الأوّل عليه السلام : جعلت فداك إن رجلاً من مواليك عنده جوار مغنّيات قيمتهنّ أربعة عشر ألف دينار وقد جعل لك ثلثها ، فقال : لا حاجه لى فيها ، إنّ ثمن الكلب والمغنيه سحت (٤).

ومنها : خبره عن أبى الحسن عليه السلام وفيه : وثمانهنّ سحت (٥).

ومنها : خبر الحسن بن على بن الوشاء قال : سئلت أبوالحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنيه ؟ قال : قد تكون للرجل الجاربه تلهيه ، وما ثمنها إلا ثمن كلب وثمان الكلب سحت والسحت فى النار (٦).

ومنها : خبر سعيد بن محمد الطاطرى عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سأله رجل

ص: ٣٣٢

١- (٦) المبسوط ٨ / ٢٢٣ .

٢- (٧) نهايه الأحكام ٢ / ٤٦٧ .

٣- (٨) الغيبه للشيخ الطوسى / ١٧٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ ح ٢ .

٤- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٣ ح ٤ .

٥- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٣ ح ٥ .

٦- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٤ ح ٦ .

عن بيع الجوارى المغنيات ؟ قال : شراؤهنّ وبيعهنّ حرام ، الحديث (١).

ومنها : غيرها من الروايات (٢).

والكلّ محمول على دخاله الغناء فى البيع ، بحيث أن يكون باع أو اشترى الجاربه المغنيه بثمان أرفع وأزيد من الجاربه العاديه لأجل الغناء المحرّم .

ولكن إذا اشتراها بقصد خدمتها أو الاستمتاع بها أو أنها جاربه من دون دخاله قصد الغناء أو مع دخاله قصد الغناء الذى ليس بحرام نحو الأعراس ، فالبيع صحيح ومن دون أداء الزيادة بجهه غنائها أو معها .

وتدلّ على ما ذكرنا بعض من الروايات :

منها : خبر عبد الله بن الحسن الدينورى قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : جعلت فداك ما تقول فى النصرانيه اشترىها وأبيعتها من النصراني ؟ فقال : اشترى وبع ، قلت : فأنكح ؟ فسكت عن ذلك قليلاً ، ثمّ نظر إلّى وقال وشبه الإخفاء : هى لك حلال .

قال : قلت : جعلت فداك فاشترى المغنيه أو الجاربه تحسن أن تغنى أريد بها الرزق لا

سوى ذلك ؟ قال : اشترى وبع (٣).

ومنها : مرسله الصدوق قال : سأل رجل على بن الحسين عليه السلام عن شراء جاربه لها صوت ؟ فقال : ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنه (٤).

والحاصل ، يجوز بيع الجوارى المغنيات من دون النظر إلى غنائهنّ وملاحظته أو مع الاستفاده منه على جهه الحلال ، نحو : التغنى فى الأعراس فقط . والروايات المانعه تحمل على بيعهنّ لغنائهنّ الذى يستفاد منه فى الحرام . والله العالم بالأحكام .

## الثامن : الموسيقى

### إشاره

استعمال آلات الملاهى والمعازف ، والموسيقى وهى صوت يخرج من بعضها حرام ،

ص: ٣٣٣

١- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٤ ح ٧ .

٢- (٥) راجع مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٢ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٢ ح ١ .



وأفتى به الأصحاب قدس سرهم ، منهم المفيد ذهب إلى حرمة عمل هذه الأشياء والإكتساب بها والتصرف فيها(١).

ومنهم : أبو الصلاح الحلبي قال في الكافي : « يحرم آلات الملاهي كالعود والطنبور والمزمار وأمثال ذلك وإعمالها للإطراب بها والغناء كله »(٢).

ومنهم : شيخ الطائفة قال في مبسوطه وعدّ من الأصوات المحرّمة : « الثاني : محرّم وهو صوت الأوتار والنايات والمزامير كلّها ، فالأوتار العود والطنابير والمعزفه والرباب ونحوها ، والنايات والمزامير معروفه ، وعندنا كذلك محرّم تردّ شهاده الفاعل والمستمع . ثمّ ذكر روايتين تأييداً لكلامه قدس سره ثمّ قال : فإذا ثبت أنّ استماعه محرّم إجماعاً فمن استمع إلى ذلك فقد ارتكب معصيه مجمعاً على تحريمها ، فمن فعل ذلك أو استمع إليه عمداً ردّت شهادته »(٣).

وقال في النهايه : « ومنها (أى من المكاسب المحرّمة) عمل جميع أنواع الملاهي والتجاره فيها والتكسب بها ، مثل العيدان والطنابير وغيرهما من أنواع الأباطيل محرّم محظور »(٤).

ومنهم : ابن إدريس الحلبي عدّ من المكاسب المحرّمة : « وآلات جميع الملاهي على اختلاف ضرورها من الطبول والدفوف والزرمر وما يجرى مجراه والقضيب والسير والرقص

وجميع ما يطرب من الأصوات والأغاني وما جرى مجرى ذلك والخبال على اختلاف وجوهه وضروبه وآلاته »(٥).

وقال ابن زهره : « وأجر عمل المحرّمات من الملاهي وآلات القمار وغير ذلك من كل محرّم حرام ... كلّ ذلك بدليل إجماع الطائفة وطريق الإحتياط »(٦).

ص: ٣٣٤

١- (٣) المقنعه / ٥٨٧ .

٢- (٤) الكافي / ٢٨١ .

٣- (٥) المبسوط ٨ / ٢١٤ .

٤- (٦) النهايه / ٣٦٣ .

٥- (١) السرائر ٢ / ٢١٥ .

٦- (٢) غنيه النزوع / ٣٩٩ .

وقال المحقق : « الثاني : ما يحرم لتحريم ما قصد به كآلات اللهو ، مثل العود والزمير ... » (١).

ومنهم : العلامة في كتبه عدّ في التذكرة من التجارات المحرّمة : « كلّ ما يكون المقصود منه حراماً كآلات اللهو كالعود ... » (٢).

وقال في التحرير : « يحرم التكسب بكلّ ما يكون المقصود منه حراماً كآلات اللهو مثل العود والزمير » (٣).

وقال في النهاية : « وما لا منفعه فيه نظر الشرع ، كآلات الملاهي مثل المزمار والطنبور وغيرها إن كان ممّا لا يعدّ الرض مالا لم يجز بيعها ، لأنّ المنفعة فيها لما كانت محرّمة شرعاً ألحقت بالمنافع المعدومه حسّاً ، وإن عدّ الرض مالاّ جاز بيعها قبل الرض للمنفعة المتوقعة . ويحتمل المنع ، لأنها على هيئتها آله الفسق ولا يقصد بها غيره مادام التركيب ... » (٤).

وقال في المنتهى : « ويحرم عمل الأصنام وغيرها من هياكل العبادة المبتدعه وآلات اللهو كالعود والزمير وآلات القمار كالنرد والشطرنج والأربعة عشر وغيرها من آلات اللعب بلا خلاف بين علمائنا في ذلك » (٥).

وقال الشهيد : « وثانيها : ما حرم لغايه كالعود والملاهي من الدف والمزمار والقصب والرقص والتصفيق وآلات القمار ... » (٦).

وقال المحقق الثاني : « ... فإنّ آلات اللهو الغرض الأصلي منها على هذا الوضع

المخصوص هو المحرّم ، وإن أمكن الانتفاع بها على حالتها في أمر آخر فهو مع ندرته أمر غير مقصود بحسب العاده ، ولا أثر لكون رضاها بعد تكسيورها ممّا ينتفع به في المحلّ ويعدّ مالاّ ،

ص: ٣٣٥

١- (٣) شرائع الإسلام ٢ / ١٠ و ٩ .

٢- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٣٩ .

٣- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٥٨ مسألة ٣٠١٠ .

٤- (٦) نهاية الأحكام ٢ / ٤٦٧ .

٥- (٧) منتهى المطلب ٢ / ١٠١١ .

٦- (٨) الدروس ٣ / ١٦٦ .

لأنّ بذل المال في مقابلها وهي على هيئتها بذل له في المحرّم الذي لا يعدّ مالاً عند الشارع .

نعم ، لو باع رضاها الباقي بعد كسرها قبل أن يكسرها وكان المشتري موثقاً بتقواه وأنه يكسرها أمكن القول بصحة البيع»(١).

قال الشهيد الثاني : « ... كما يحرم فعل الغناء يحرم استماعه ، كما يحرم استماع غيره من الملاهي ... »(٢).

وقال أيضاً : « آليات اللهو ونحوها وإن لم يكن الانتفاع بها في غير الوجه المحرّم ولم يكن لمكسورها قيمة فلا شبهه في عدم جواز بيعها ، لانحصار منفعتها في المحرّم ، وإن أمكن الانتفاع بها في غير الوجه المحرّم على تلك الحالة منفعه مقصوده واشتراها لتلك المنفعة ، لم يبعد جواز بيعها ، إلا أنّ هذا الفرض نادر ، فإنّ الظاهر أنّ ذلك الوضع المخصوص لا ينتفع به إلا في المحرّم غالباً والنادر لا- يقدرح . ومن ثمّ أطلقوا المنع من بيعها . ولو كان لمكسورها قيمة وباعها صحيحه لتكسر وكان المشتري ممّن يوثق بديانته ففي جواز بيعها وجهان . وقوى في التذكرة جوازه مع زوال الصفه ، وهو حسن ، والأكثر أطلقوا المنع»(٣).

وقال المحقق الأردبيلي : « الثاني ممّا يحرم بيعه والتكسب به : ما يحرم لتحريم ما يُقصد به كآلات اللهو مثل الدفوف والمزامير والعود وغيرها وكآلات القمار... ودليل تحريم الكلّ : الإجماع»(٤).

وقال صاحب الحقائق : « لاختلاف بين الأصحاب في تحريم عمل آلات اللهو والتكسب بها وبيعها ، مثل العود والدفوف والطبول والمزامير ونحوها ممّا ذكر ... وبالجملة فلا- ريب في تحريم البيع بقصد تلك الأغراض المحرّمه بل مطلقاً أيضاً ، حيث أنّه لا غرض يترتب على هذه الأشياء إلا- ذلك . أما لو أمكن الانتفاع بها في غير ذلك فيحتمل الجواز ، إلا أنّه فرض نادر ، فيمكن التحريم مطلقاً ، بناءً على أنّ الغرض المتكرر المترتب على تلك الآلات إنّما هو ما

ص: ٣٣٦

١- (١) جامع المقاصد ١٥ / ٤ .

٢- (٢) مسالك الأفهام ١٤ / ١٨٠ .

٣- (٣) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٢ .

٤- (٤) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٤١ .

ذكرنا ، فلا يلتفت إلى الأفراد النادره الوقوع . نعم : لو كان الغرض من البيع كسرهما مثلاً

وبيعت لأجل ذلك ، فالظاهر أنه لا ريب في الجواز إذا كان المشتري ممن يوثق به في ذلك ... «(١)» .

وقال الفاضل الأصبهاني : « وكذا يحرم عندنا استماع أصوات آلات اللهو كالزمر - وهو مصدر أريد به الآله أو الفاعل مجازاً لما يقال لآلته المزمار والزمارة - والعود والصنج والقصب وغيرها ، ويفسق فاعله ومستمعه ... »(٢)» .

وقال السيد الطباطبائي : « الثاني : الآلات المحرّمه كالعود والطبل والزمر ... بإجماعنا المستفيض النقل في كلام جماعه من أصحابنا ، وهو الحجّه »(٣)» .

وإدعى جدنا الشيخ جعفر على فساد معامله هذه الآلات : الإجماع في شرحه على القواعد(٤)» .

وقال الفاضل النراقي : « ما يُقصد منه المحرّم كالآلات اللهو من الدف والقصب والمزمار والطنبور و ... لا خلاف في حرمة بيعها والتكسب بها ، ونقل الإجماع - كما قيل - به مستفيض ، بل هو إجماع محقق ، وهو الحجّه فيه ... »(٥)» .

وقال صاحب الجواهر بعد أن ذكر حرمة التكسب بالآلات اللهو مثل العود والزمر : « بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه والنصوص ... »(٦)» .

أقول : فظهر ممّا ذكرنا من كلمات الأصحاب أنّ عمل آلات الملاهي واستعمالها والاستماع إليها والتكسب بها وبيعها كلّها محرّمه عندهم إجماعاً منقولاً مستفيضاً بل متواتراً بل محصّلاً .

ص: ٣٣٧

١- (١) الحدائق ١٨ / ٢٠١ و ٢٠٠ .

٢- (٢) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٥ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٤٠ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ١٥٦ .

٥- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ٨٨ .

٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ٢٥ .



وتدلّ على حرمه استعمال آلات اللهو ، المسماه بالآلات الموسيقى عدّه من الروايات :

منها : صحيحه معمر بن خلاد عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال : خرجتُ وأنا أريد داود بن عيسى بن على وكان ينزل بئر ميمون وعلىّ ثوبان غليظان ، فرأيتُ عجوزاً ومعها جاريتان فقلت : يا عجوز أتباع هاتان الجاريتان ؟ فقالت : نعم ، ولكن لا يشتريهما مثلك ، قلت : ولم ؟ قالت : لأن أحدهما مغنّيه والأخرى زامره ، فدخلتُ على داود بن عيسى فرفعنى

وأجلسنى فى مجلسى ، فلما خرجت من عنده قال لأصحابه : تعلمون من هذا ؟ هذا على بن موسى الذى يزعم أهل العراق أنّه مفروض الطاعه(١).

ومنها : معتبره مسعده بن زياد قال : كنتُ عند أبى عبد الله عليه السلام فقال له رجل : بأبى أنت وأمى إننى أدخل كنيفاً لى ولى جيران عندهم جوار يتغنين ويضربن بالعود ، فربّما أطلتُ الجلوس استماعاً منى لهنّ ، فقال : لا- تفعل ، فقال الرجل : والله ما آتيهنّ إنّما هو سماع أسمعهُ بأذنى ، فقال : لله أنت ، أما سمعت الله عزّ وجلّ يقول : «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً»(٢) ؟ فقال : بلى والله لكأنتى لم أسمع بهذه الآيه من كتاب الله من أعجمى ولا عربى ، لاجرم إننى لا أعود إن شاء الله ، وإنى أستغفر الله ، فقال له : قم فاغتسل وسيل ما بدا لك ، فإنك كنت مقيماً على أمر عظيم ما كان أسوء حالك لو متّ على ذلك ، أحمد الله وسله التوبه من كل ما يكره ، فإنّه لا يكره إلا كل قبيح ، والقبيح دعه لأهله لكل أهلاً(٣).

ومنها : خبر الأعمش عن جعفر بن محمد فى حديث شرائع الدين قال : والكبائر محرّمه ، وهى الشرك بالله - إلى أن قال : - والملاهى التى تصدّ عن ذكر الله عزّ وجلّ مكروهه كالغناء وضرب الأوتار والإصرار على صغائر الذنوب(٤).

ومنها : معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون قال : واجتناب

ص: ٣٣٨

١- (١) الكافى ٦ / ٤٧٨ ح ٤ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٤ ح ٤ .

٢- (٢) سورة الإسراء / ٣٦ .

٣- (٣) الكافى ٦ / ٤٣٢ ح ١٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٣ / ٣٣١ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

الكبائر وهي - إلى أن قال : - والإشتغال بالملاهي والإصرار على الذنوب(١).

ومنها : صحيحه أو موثقه إسحاق بن جرير قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إنّ شيطاناً يقال له : « القَفَنَدَر » ، إذا ضُرب في منزل الرجل أربعين صباحاً بالبرط ، دخل عليه الرجال وضع ذلك الشيطان كلّ عضو منه على مثله من صاحب البيت ، ثم نفخ فيه نفخه فلا يغار بعدها حتّى تؤتى نساؤه فلا يغار(٢).

رواها الكليني بسند صحيح في الكافي ٥ / ٥٣٦ ح ٥ وبسند موثق فيه أيضاً ٦ / ٤٣٣ ح ١٤ ، ونقل عن الأخير في وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ١ .

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أنهاكم عن

الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات(٣) .

الزفن : الرقص . الكوب : الطبل الصغير . الكبر : الطبل .

قال الفيض في بيان ذيل الحديث : « الزفن : اللعب والدف ، ويزفنون : يرقصون . والمزمار : مال يزمر به ، والزمر : التغمي في القصب ، ومزامير داود ما كان يتغمي به من الزبور . والكوبه : بالضم يقال للنرد والشطرنج والطبل الصغير والبربط . والكبر محرّكه : الطبل(٤) .

ومنها : حسنه أبي الربيع الشامي قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الخمر ؟ فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ الله بعثني رحمه للعالمين ولأمحق المعازف والمزامير وأمور الجاهليه والأوثان ، الحديث(٥) .

والسند حسن بخالد بن جرير وأبي الربيع الشامي وهو خليلد أو خالد بن أوفى ، والأخير في أول مراتب الحُسن . فالسند معتبر عندنا .

ومنها : خبر محمد بن الريان قال : احتال المأمون على أبي جعفر عليه السلام بكلّ حيله فلم

ص: ٣٣٩

١- (٥) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ .

٢- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٢ ح ١ . الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٣ ح ٦ .

٤- (٢) الوافي ١٧ / ٢١١ .

٥- (٣) الكافي ٦ / ٣٩٦ ح ١ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٤ ح ٢ .

يمكنه فيه شيء ، فلما اعتلَّ وأراد أن يبني عليه ابنته دفع إلى مائتي وصيفه من أجمل ما يكون ، إلى كلِّ واحد منهنَّ جاماً فيه جوهر يستقبلن أبا جعفر عليه السلام إذا قعد في موضع الأخيَّار ، فلم يلتفت إليهنَّ ، وكان رجل يقال له : مخارق صاحب صوت وعود وضرب طويل اللحية ، فدعاه المأمون فقال : يا أمير المؤمنين إن كان في شيء من أمر الدنيا فأنا أليك أمره ، فقعده بين يدي أبي جعفر عليه السلام فشهق مخارق شهقه اجتمع عليه أهل الدار وجعل يضرب بعود ويغنى ، فلما فعل ساعه وإذا أبو جعفر لا يلتفت إليه لا يميناً ولا شمالاً ، ثم رفع إليه رأسه وقال : اتق الله يا ذا العثنون . قال : فسقط المضراب من يده والعود ، فلم ينتفع بيديه إلى أن مات . قال : فسأله المأمون عن حاله قال : لمَّا صاح بي أبو جعفر فزعت فرعة لا أفيق منها أبداً (١) .

العثنون : اللحية أو ما فضل منها بعد العارضين أو طولها .

ومنها : مرسله الشيخ عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : إنَّ الله حرَّم على أمتي الخمر والميسر والمرز والكوبه والقنين . فالمرز : شراب الذره ، والكوبه الطبل ، والقنين : البربط ، والتفسير في الخبر (٢) .

منها : مرسله أخرى له عن محمد بن علي المعروف بابن الحنفية عن علي عليه السلام أنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : إذا كان في أمتي خمس عشره خصله حلَّ بهم البلاء : إذا اتخذوا الغنيمه دوله ، والأمانه مغنماً ، والزكاه مغرماً ، وأطاع الرجل زوجته ، وجفا أباه ، وعقَّ أمه ، ولبسوا الحرير ، وشربوا الخمر ، واشتروا المغتيات والمعازف ، وكان زعيم القوم أرذلهم ، وأكرم الرجل السوء خوفاً منه ، وارتفعت الأصوات في المساجد ، وسبَّ آخر هذه الأمه أولها - وفي بعضها - ولعن آخر هذه الأمه أولها ، فعند ذلك يرقبون ثلاثاً : ربحاً حمراء وخسفاً ومسخاً (٣) .

وقد فاتت الروايه عن صاحب « مسند محمّد ابن الحنفية » المطبوع في مجله علوم الحديث العدد الخامس عشر / ١٥١ .

تلك عشره كامله من الروايات التي تدلُّ بإطلاقها على حرمة الموسيقى ، وأنت إن

ص : ٣٤٠

١- (٤) الكافي ١ / ٤٩٤ ح ٤ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٥ ح ٥ .

٢- (٥) المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

٣- (١) المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

فحصت تجد أكثر من ثلاثين روايه في هذا المجال (1)، والروايات تدلّ على حرمة الموسيقى مطلقاً والفرق بين الموسيقى اللهوى وغيره والموسيقى الكلاسيك وغيره والموسيقى الأصيل وغيره وأمثال هذه التفاصيل في غير محلّه ، مضافاً إلى ثبوت الإجماع في المقام على الحرمة الذي مرّ في ضمن كلمات القوم ، فيظهر الحكم بحرمة الموسيقى مطلقاً .

نعم ، ما يُضرب في الحرب والعزاء خارج عنه بلا إشكال ، لانصراف الأدله عنه . والله سبحانه هو العالم .

## تنبيه

ظهر ممّا ذكرنا أنّ استعمال آلات الملاهي والمعازف والموسيقى حرام ، وكذا صنعها وأخذ الأجره في قبال صنعها وبيعها وشراؤها واستعمالها وأخذ الأجره في قبال استعمالها والتكسب فيها ، كلّ ذلك حرام ، لما مرّ من القاعده الكليه « إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنها » ، « وإنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم أخذ الأجره وأخذ العوض في قبالها » . فكلّ هذه الأفعال من الصنع والبيع والاستعمال وأخذ الأجره في قبالها والتكسب فيها يكون حراماً .

وقد مرّت في كلمات الأصحاب آنفاً الإشارة إلى ما ذكرناه والإفتاء على طبقها ، والله

العالم .

نعم ، الظاهر أنّ اقتناءها فقط مع الأمن من الفساد لا بأس به .

## التاسع : استثناء الدّف في العرس والختان

قد مرّ ممّا حرّمه الموسيقى مطلقاً ، فهل يثبت استثناء الدّف في العرس والختان من هذه الحرمة أم لا ؟

ذهب شيخ الطائفة إلى ثبوت الاستثناء على وجه الكراهيه : « الغناء محرّم ، سواء كان

ص: ٣٤١

---

١- (٢) راجع إن شئت الوافي ١٧ / ٢٠٥ ووسائل الشيعه ١٧ / ٣١٢ ومستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٥ وجامع أحاديث الشيعه ٢٢ / ٢٤٤ وكتابي موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٤ .

صوت المغنى أو بالقصب أو بالأوتار - مثل : العيدان الطنابير والنايات والمعازف وغير ذلك - وأما الضرب بالدف في الأعراس والختان فإنه مكروه» (١).

أقول : ولكنه لم يستدل للإستثناء في كتابه الخلاف .

وقال في المبسوط : « وأما المباح [ أى من الأصوات المباحه عند العامه ] فالدف عند النكاح والختان ، لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه و آله وسلم قال : أعلنوا النكاح واضربوا عليها بالغربال ، يعنى الدف .

وروى أنه صلى الله عليه و آله وسلم قال : فصل ما بين الحلال والحرام الضرب بالدف عند النكاح .

وعندنا أن ذلك مكروه ، غير أنه لا تردّ به شهادته ، فأما في غير الختان والعرس فمحرم» (٢).

قال المحقق في كتاب الشهادات : « واللعب بالشطرنج تردّ به الشهاده ، وكذا الغناء وسماعه والعمل بآلات اللهو وسماعها ، والدف إلا في الإملاك (٣) والختان ... » (٤).

وقال في الشرائع في عدّ نواقض العداله : « السادسة : الزمر والعود والصنج وغير ذلك من آلات اللهو حرام يفسق فاعله ومستمعه ، ويكره الدف في الإملاك والختان خاصه» (٥).

وقال العلامة : « وكذا يحرم استماع آلات اللهو كالزمر والعود والصنج والقصب وغيرها ، ويُفسق فاعله ومستمعه ، ولا بأس بالدف في الأعراس والختان على كراهيه» (٦).

وقال في التحرير : « العود والزمر والصنج والطنبور والمعزفه والرباب والقضيب وغير ذلك من جميع آلات اللهو حرام يفسق فاعله ومستمعه ، أما الدف فيكره في الإملاك والختان

ص: ٣٤٢

١- (١) الخلاف ٦ / ٣٠٧ المسأله ٥٥ .

٢- (٢) المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

٣- (٣) قال في الرياض ١٥ / ٢٦٨ : الإملاك بالكسر : العرس والزفاف .

٤- (٤) المختصر النافع / ٢٨٧ كتاب الشهادات .

٥- (٥) الشرائع ٤ / ١١٧ .

٦- (٦) قواعد الأحكام ٣ / ٤٩٥ كتاب الشهادات .

خاصه ويحرم في غيرهما»(١).

وقال في الإرشاد: « وترد شهاده ... ومستمع الزمر والعود والصنج ، والدف إلا في الإملاك والختان خاصه وجميع آلات اللهو ... »(٢).

وتبع الشيخ على بن محمد القمي السبزواري شيخ الطائفة الطوسي في كتابه الخلاف بعين عبارته وقال: « وأما الضرب بالدف في الأعراس والختان فإنه مكروه»(٣).

قال الشهيد في بحث نواقض العدالة: « ... والآهي بالعود والزمر والطنبور وشبهه فاعلاً ومستمعاً ، وكذا الدف بصنج وغيره ، إلا في الإملاك والختان فيكره المجرّد عن الصنج»(٤).

وقال المحقق الثاني: « وإنما يحرم من الملاهي ما لا يجوز مثله في العرس ، فالدف الذي لا صنج فيه ولا جلاجل له يجوز لعبها به على الظاهر لاستثنائه»(٥).

وقال ثاني الشهيدين: « واستثنى منه (أى من حرمة الغناء) ... وآخرون ومنهم المصنف في الدروس فعلة للمرأة في الأعراس إذا لم تتكلم بباطل ولم تعمل بالملاهي ولو بدف فيه صنج لا بدونه (يعنى الغناء في الأعراس مع الدف إذا لم يكن مع الصنج ليس بحرام) ولم يسمع صوتها أجنب الرجال ولا بأس به»(٦).

وقال صاحب الرياض بعد نقل قول بالحرمة من الحلّى والتذكرة ونفى البعد عنه في الكفايه كما يأتي كلامهم: « ولا ريب أنه أحوط وإن كان في تعينه نظر ، لاشتهار القول الأول فتوى بل وعملاً أيضاً . فتأمل جدّاً . فينجير به سند الخبرين(٧) جبراً يصلحان معه لتخصيص

ص: ٣٤٣

١- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٥ / ٢٥١ مسأله ٦٦٢٧ .

٢- (٢) إرشاد الأذهان ٢ / ١٥٧ .

٣- (٣) جامع الخلاف والوافق / ٦١٦ .

٤- (٤) الدروس ٢ / ١٢٦ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

٦- (٦) الروضه البهيه ٣ / ٢١٣ .

٧- (٧) أى النبويان المذكوران في المبسوط ٨ / ٢٢٤ .

العمومات المستدل بها على المنع ، سيما مع اعتضادهما بفحوى المعترين - وفيهما الصحيح -

المبيحين لأجر المغنيه في العرائس ، بناءً على أشدّيه حرمة الغناء لتصريح النص بكونه من الكبائر ، ولا كذلك اللهو كما عرفته ممّا مضى .

ويجبر أخصيتهما من المدعى باختصاصهما بالنكاح دون الختان بعدم القائل بالفرق بينهما ، سيما مع عدم تعقل الفرق وقوّه دعوى كون مناط الجواز قطعياً مشتركاً بينهما هذا ... ثمّ إنّ إطلاق الخبرين كالعبارة وغيرها يقتضى عدم الفرق في الدف المحلّل بين كونه ذات صنّج أو غيره ، وقوّده الشهيد والمحقق الثانی بالثانی ، وربّما يظهر من المسالك عدم الخلاف فيه ، فإن تمّ وإلاّ - كما هو الظاهر لإطلاق أكثر العبائر - فالإطلاق متعيّن .

والمراد بالصنّج هنا ما يجعل في إطار الدف من النحاس المدوّره صغاراً كما عن المطرزي(١) ، وأما أصله فهو الذي يتخذ من صفر يضرب أحدهما بالآخر كما عنه وعن الجوهرى(٢) ، وهو من آلات اللهو ، وفي الحديث : « إياك والصوانج فإنّ الشيطان يركض معك والملائكة تنفر عنك »(٣)(٤) .

أقول : هذا غايه ما يمكن أن يُستدل به لثبوت الإستثناء ، ولكن قبل البحث حول الأدله لابدّ من ذكر آراء القائلين بالحرمة وعدم ثبوت الإستثناء ، ومنهم :

القاضى ابن البراج فى المهذب ، عدّ من المكاسب المكروهه : « وأجر المغنيات فى الأعراس إذا لم يغنين بالأباطيل والضرب »(٥) .

أقول : أى لم يكن غناؤهنّ مع الضرب ، وإطلاق كلامه وعدم وجود استثناء الدف فيه يُشعر بل يدلّ على ثبوت الحرمة عنده .

وقال الشيخ نفسه فى وصايا المبسوط : « وإن أوصى فقال : أعطوه دفاً من دفوفى فإنّه

ص: ٣٤٤

١- (١) المغرب ١ / ٣٠٩ .

٢- (٢) الصحاح ١ / ٣٢٥ .

٣- (٣) أصل زيد النرسى / ٥١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٦ ح ٤ .

٤- (٤) رياض المسائل ١٥ / ٢٧٠ و ٢٦٩ .

٥- (٥) المهذب ١ / ٣٤٦ .

تصحّ الوصيه ، لأنّ الدف له منفعة مباحه ، لما روى عنه صلى الله عليه و آله وسلم أنّه قال : أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدف ، وعلى مذهبنا لا يصح لأن ذلك محظور استعماله»(١).

أقول : إنّ هذا الكلام من الشيخ كأنه عدول منه عمّا ذكره في شهادات خلافه ومبسوطه ، مع التصريح بأنّ هذه الوصيه على مذهبنا لا تصح ، لأنّ استعمال الدف محظور أى

حرام . ولذا اختار ابن إدريس هذا الكلام من أقوال الشيخ وقال بعد نقل كلامه : « ونعم ما قال ، لأنّه من اللهو واللعب ، وإن كان قد روى روايه شاذّه بأنّه مكروه وليس بمحظور»(٢).

ومنهم : العلامة في التذكرة رجّح القول بالحرمة محتجاً « بأنّ الله عزّ وجلّ حرّم اللهو واللعب وهذا منه»(٣).

ومنهم : المحقق السبزواري قال بعد منع ابن إدريس والعلامة الحلبي من ثبوت الاستثناء : « وهو غير بعيد»(٤).

ومنهم : الفاضل الأصبهاني قال بعد نقل الأقوال في المقام : « الأقوى الحرمة كما في التذكرة ، لعموم النصوص الناهيه وكثرتها وعدم صلاحيه ما ذكر لتخصيصها»(٥).

ومنهم : السيد العاملي قال : « والأقوى في ذلك عندنا الحرمة»(٦).

واستشكل صاحب الجواهر في الإستثناء وقال : « ... صرح جماعة - كما قيل - بجواز لعبها في العرس بالدف الذي لا صنع فيه ولا جلاجل وإن كان هو لا يخلو من إشكال ... »(٧).

ومنهم : كلٌّ من لم يذكر هذا الاستثناء فهو قائل بالحرمة وعلى هذا المشهور قائلون

ص: ٣٤٥

١- (٦) المبسوط ٢٠ / ٤ .

٢- (١) السرائر ٢٠٥ / ٣ .

٣- (٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٥٨١ السطر ١٤ ، الطبع الحجري .

٤- (٣) الكفايه ٧٥٢ / ٢ .

٥- (٤) كشف اللثام ٢ / ١٩٣ الطبع الحجري و ١٠ / ٢٩٦ .

٦- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٦ .

٧- (٦) الجواهر ٢٢ / ٤٩ .



بالحرمة خلافاً لما ادعاه سيد الرياض ، فلا يمكن جبر ضعف سند النبوين المذكورين في كلام الشيخ في المبسوط والمراسيل المذكوره في كتاب القاضي نعمان المصري(١) والأحسائي(٢) لم يثبت به شيئاً .

وبالجملة ، ثبوت الشهره بفتوى المحققين والشهيدين وصاحب الرياض - وهم خمسة فقط - في غايه الإشكال ، فالأقوى في المقام تبعاً للمشهور هو الحرمة ونفى هذا الإستثناء ، والله سبحانه هو العالم .

### العاشر : الرقص والتصفيق

التصريح بحرمة الرقص جاء في كلمات بعض الأصحاب قدس سرهم :

منهم : ابن إدريس الحلبي قال : « وآلات جميع الملاهي على اختلاف ضرورها من الطبول والدفوف وما يجري مجراه والقضيب والسير والرقص وجميع ما يطرب من الأصوات والأغاني وما جرى مجرى ذلك ... »(٣) . وعدّ جميع ذلك من المكاسب المحرّمة .

ومنهم : الشهيد قال : « وما حرم لغايته كالعود والملاهي من الدف والمزمار والقصب والرقص والتصفيق ... »(٤) .

ومنهم : السيد العاملي قال : « وأما الرقص والهلاهل والرويد في غير حال الحرب وحضّ الرجال على القتال فالحزم اجتنابه ، بل لعله يحرم فعله ، لأنه من اللهو أو الباطل ، والحازم يجتنب الشبهات خصوصاً عند اشتباه الموضوعات »(٥) .

وقال صاحب الجواهر : « مع فرض اندارجه [ أى اندراج هذه الأمور المذكوره في كلام صاحب المفتاح ] فيه [ أى في اللعب واللهو ] فيشكل جوازه فيه [ أى في الحرب ] فضلاً

ص: ٣٤٦

١- (٧) دعائم الإسلام ٢ / ٢٠٤ ح ٧٤٩ وما بعدها ح ٧٥٠ وح ٧٥٢ .

٢- (٨) عوالي اللآلي ١ / ٢٦٠ ح ٤١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٨ ح ١٤ .

٣- (١) السرائر ٢ / ٢١٥ .

٤- (٢) الدروس ٣ / ١٦٦ .

٥- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٧٩ .

عن غيره من الأحوال ، لإطلاق أدله النهى ، بل قد اقترنت بمؤكدات تقتضى إرادته جميع الأفراد على وجه أظهر دلالة من العموم اللغوى ، فتأمل جيداً والله العالم»(١).

أقول : ما ذكره صاحب الجواهر يغنينا عن الاستدلال ، لأنّ الرقص يدخل فى اللهو واللعب بلا ريب ، فحينئذٍ تشمله مؤكداً أدله النهى التى تقتضى إرادته جميع الأفراد ، ولذا عدّ تلميذه صاحب برهان الفقه مجلس الرقص من مجالس اللهو وحكم برجحان الإبتعاد من تلك المجالس مطلقاً(٢).

ومنهم : الشيخ الأعظم قال فى بحث اللهو : « ويدخل فى ذلك (أى اللهو الحرام) الرقص والتصفيق والضرب بالطشت بدل الدف و ... »(٣).

### ما الدليل على حرمه الرقص ؟

الأوّل : اللهو حرام فى الشريعة المقدسه ، وأدله حرمة مطلقه ، والرقص يعدّ من اللهو

عرفاً ، فيحكم بحرمة . كما أشار إلى هذا الاستدلال صاحباً المفتاح والجواهر فى كلامهما الماضيين .

الثانى : تدلّ على حرمه الرقص بعض الروايات والنصوص :

منها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات(٤).

والمراد بالزفن فيها هو الرقص . وقد مرّ كلام صاحب الوافى(٥) بأنّه فسّره بالرقص . وقال العلامة المجلسى فى مرآته : « قال فى الصحاح : الزفن : الرقص ، وقال فى القاموس : الكوبه بالضم : النرد والشطرنج والطبل الصغير المخصّر ، والفهر والبربط . وقال :  
الكبر

ص: ٣٤٧

١- (٤) الجواهر ٢٢ / ٥١ .

٢- (٥) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٣٨ الطبع الحجرى .

٣- (٦) المكاسب المحرمه / ٥٤ الطبع الحجرى - (٢ / ٤٧) .

٤- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٣١٣ ح ٦ .

٥- (٢) الوافى ١٧ / ٢١١ .

بالتحريك : الطبل «(١)» .

ومنها : خبر سليم بن بلال المدني عن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : إنّ إبليس كان يأتي الأنبياء من لدن آدم عليه السلام إلى أن بعث الله المسيح يتحدّث عندهم ويسألهم ، ولم يكن بأحد منهم أشدّ أنساً منه بيحيى بن زكريا ، فقال له يحيى - إلى أن قال : - فما هذا الجرس الذي بيدك ؟ قال : هذا مجمع كلّ لذه من طنبور وبربط ومِعْرَفَه وطبل وناي وصرناي ، وإنّ القوم يجلسون على شرابهم فلا- يستلذّونه ، فأحرك الجرس فيما بينهم فإذا سمعوه استخفهم الطرب ، فمن بين من يرقص ومن بين من يفرقع أصابه ومن بين من يشق ثيابه ، الحديث(٢) .

ومنها : مرسله الأحسائي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن الضرب بالدف والرقص ، وعن اللعب كلّ ، وعن حضوره ، وعن الاستماع إليه ، ولم يجز ضرب الدف إلاّ في الإملاك والدخول ، بشرط أن يكون في البكر ولا يدخل الرجال عليهم(٣) .

فدلّاه الروايات على حرمة الرقص واضحه ، فحينئذ يحكم بحرمة الرقص مطلقاً ، حيث لم يذكر في الروايات وغيرها من الأدله وكلمات القوم التفريق في الرقص ، فالرقص حرام مطلقاً ، ولا فرق بين رقص المرأه للنساء والرجل للرجال ، وهكذا بلا فرق بين رقص المرأه لزوجها ، كلّ ذلك يكون حراماً .

والعجب من بعض الفقهاء(٤) قدس سره حيث حكم بحرمة رقص ولكن رخص رقص الزوجه لزوجها تمسكاً بأنّه من الاستمتاع ويجوز للرجل أن يستمتع بزوجه حيث شاء .

وأنت تعرف أنه إن ذهبنا إلى حرمة الرقص ، لا يجوز الاستمتاع كما لا يجوز الاستمتاع الغناء وآلات الملاهي وضرب الأوتار وشرب الخمر ونحو ذلك .

ص: ٣٤٨

١- (٣) مرآه العقول ٢٢ / ٣٠٢ .

٢- (٤) أمالي الطوسي . المجلس الثاني عشر ح ٣٢ / ٣٣٨ الرقم ٦٩٢ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ١٥٩ ح ١٨ .

٣- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢١٨ ح ١٤ .

٤- (١) وهو السيد المحقق الخوئي قدس سره في فتاواه .

وأما التصفيق - وإن حكم الشهيد في الدروس (١) بحرمته وتبعه الشيخ الأعظم (٢) - ولكن حيث لم يدل عليه دليل خاص على نفس التصفيق فتجرى البراءة ويحكم بجوازه .

ولكن ظاهر الشهيد والشيخ الأعظم أنّهما يدخلانه تحت عنوان اللهو المحرّم فإن صدق عليه عنوان اللهو لا يبعد الحكم بحرمته وإلا فلا .

وأما التصفيق في المساجد والحسينيات والمهديات وكلّ ما وقف للعبادة ونحوها فلا يجوز التصفيق فيها ، لأنّه خروج فيها عن وقفيتها ، والوقوف على حسب ما يوقفها أهلها .

وأما التصفيق في المجالس المنسوبة إلى أئمة أهل البيت عليهم السلام في مواليدهم وأعيادهم أيضاً لا يجوز ، لعدم مناسبته مع هذه المجالس الروحانيّة النورانيّة الألهيّة .

إلى هنا تمّ بحث الغناء وفروعه ، ولله الحمد وهو العالم بأحكامه .

ص: ٣٤٩

---

١- (٢) الدروس ٣ / ١٦٦ .

٢- (٣) المكاسب المحرمة / ٥٤ - (٢) / (٤٧) .

يقع الكلام فى الغيبه ضمن مقامات :

### المقام الأول : موضوعها

لابد لنا من ملاحظه كلمات اللغويين والفقهاء فى هذا المجال :

قال أحمد بن فارس : « الغابه : الأجمه ، والجمع غاباتٌ وغابٌ ، وسميت لأنه يغاب فيها . والغيبه : الوقيعه فى الناس من هذا ، لأنها لا تقال إلا فى غيبته » (١) .

وقال ابن منظور : « الغيبه : من الإغتيال ، واغتاب الرجل صاحبه إغتيالاً إذا وقع فيه ، وهو أن يتكلم خلف إنسان مستور بسوء ، أو بما يعتمه لو سمعه وإن كان فيه ، فإن كان صدقاً فهو غيبه ، وإن كان كذباً فهو البهت والبهتان ، كذلك جاء عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، ولا يكون ذلك إلا من ورائه ، والإسم : الغيبه ... وروى عن بعضهم أنه سمع : غابه يغيبه إذا غابه ، وذكر منه ما يسوءه ... » (٢) .

وقال الفيومى : « ... واغتابه اغتيالاً : إذا ذكره بما تكره من العيوب وهو حق ، والإسم الغيبه فإن كان باطلاً فهو الغيبه فى بهت ... » (٣) .

وقال فى الصحاح : « أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يعتمه لو سمعه ، فإن كان صدقاً يسمى غيبه ، وإن كان كذباً سُمى بهتاناً » (٤) .

وقال الفيروزآبادى : « غابه : غابه وذكره بما فيه من السوء ، كاغتابه . والغيبه بالكسر

ص : ٣٥٠

١- (١) معجم مقاييس اللغه ٤ / ٤٠٣ .

٢- (٢) لسان العرب ١٠ / ١٥٢ .

٣- (٣) المصباح المنير / ٤٥٨ .

٤- (٤) الصحاح ١ / ١٩٦ .

فَعَلَهُ مِنْهُ ، تَكُونُ حَسَنَةً أَوْ قَبِيحَةً» (١).

وقال ابن الأثير : « الغيبة : وهو أن يُذكَرَ الإنسانُ في غيبته بسوءٍ وإن كان فيه ، فإذا

ذَكَرْتَهُ بما ليس فيه فهو البُهْتانُ» (٢).

وقال الطريحي : « اغتابه اغتياًباً : إذا وقع فيه ، والإسم الغيبة بالكسر ، وهو أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يغمه لو سمعه ، فإن كان صدقاً سمي غيبه وإن كان كذباً سمي بهتاناً ، وتصديق ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ... » (٣).

هذه كلمات اللغويين في المقام ، وأما الفقهاء فيقولون في تعريفها :

قال الشريف المرتضى : « الغيبة : ذم المرء بعينه في غيبته لغير حقٍّ له أو ما يجري مجرى الذم بما لو سمعه كرهه» (٤).

وقال الشيخ الطوسي في تفسيره : « فالغيبه ذكر العيب بظهر الغيب على وجه تمنع الحكمه منه . ويُروى في الخبر إذا ذكرت المؤمن بما فيه ممّا يكرهه الله فقد اغتبتّه ، وإذا ذكرته بما ليس فيه فقد بهتّه» (٥).

وقال الطبرسي في تفسيره جوامع الجامع : « يقال : غابه واغتابه كغاله واغتاله ، والغيبه من الاغتيال كالغيله من الاغتيال ، وهي ذكر السوء في الغيبه ، وسئل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغيبه فقال : أن تذكر أخاك بما يكره ، فإن كان فيه فقد اغتبتّه وإن لم يكن فيه فقد بهتّه» (٦).

وقد قسّم الشهيد في قواعد الغيبه إلى ظاهره وخفيّه وأخفى ، وعدّ من الثاني الإشارة والتعريض ، ومن الثالث أن يذمّ نفسه بترك طرائق ليتّبه على عورات غيره ... (٧).

ص: ٣٥١

١- (٥) القاموس المحيط ١ / ١١٢ - (والطبع الحجري مادة الغيب).

٢- (١) النهاية في غريب الحديث والأثر ٣ / ٣٩٩ .

٣- (٢) مجمع البحرين / ١٣٠ الطبعة الحجري .

٤- (٣) رساله الحدود والحقائق المطبوعه في رسائل الشريف المرتضى ٣ / ٢٧٩ .

٥- (٤) التبيان ٩ / ٣٥٠ .

٦- (٥) جوامع الجامع ٤ / ١٥٧ .

٧- (٦) القواعد والفوائد ٢ / ١٤٧ و ١٤٨ قاعده ٢٠٦ ونقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٣ .

قال أبو الحسين ورام بن أبي فراس المالكي الأشتري المتوفى عام ٦٠٥: «واعلم أنّ الغيبة أن تذكر أخاك بما يكرهه ، سواء ذكرت نقصاناً في بدنه أو نسبه أو في خلقه أو في فعله أو في دينه أو في دنياه وحتّى في ثوبه ، فأمرًا في بدنه فتذكر العمش والحوّل والقصر والقرع(١) والطول والسواد والصفرة وجميع ما يُتصوّر أن يوصف به ممّا يكرهه ، وأمّا النسب بأن يقول أبوه نبطيٌّ أو هندیٌّ أو فاسقٌ أو خسيسٌ أو شيءٌ ممّا يكرهه كيف كان ، وأمّا الخلق بأن يقول له سيّء الخلق بخيل متكبر مرء شديد الغضب عاجز ضعيف القلب متهور وما يجري مجراه ،

وأمرًا أفعاله المتعلّقه بالدين كقولك : سارق وكذاب وشارب خمر وخائن وظالم ومتهاون بالصلاه والزكاه ولا يحسن الركوع والسجود ولا يحترز عن النجاسات وليس بارّاً بالديه ولا يضع الزكاه في مواضعها ، وأمّا فعله المتعلّق بالدنيا كقولك : إنّه قليل الأدب يتهاون بالناس ، ولا يرى لأحدٍ حقّاً على نفسه ويرى لنفسه حقّاً ، وإنّه كثير الكلام كثير الأكل وإنّه تؤوم وينام إلى غير وقته ويجلس في غير موضعه ، وأمّا في ثوبه فإنّه واسع الكُم ، طويل الذيل ، وسخ الثياب .

وقال قوم : لا غيبه في الدين ، لأنّه ذمّ ما ذمه الله فذكره بالمعاصي ، وذمّه يجوز ، بدليل ما روى أنّه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم امرأه وكثره صومها وصلاتها لكنّها تؤذى جيرانها ، فقال : هي في النار ، وذكر له امرأه أخرى بأنّها بخيله ، فقال : فما خيرها إذن ، وهذا فاسد لأنّهم كانوا يذكرون ذلك بحاجتهم إلى الأحوال بالسؤال ولم يكن غرضهم التنقّص ، والدليل عليه إجماع الأئمّه ... «(٢)» .

وقال المحقق الثاني : «الغيبة : هي بكسر الغين المعجمه ، وحدّها على ما في الأخبار : أن يقول المرء في أخيه ما يكرهه - لو سمعه - ممّا فيه ، وكذا ما في حكم القول : من الإشارة باليد وغيرها من الجوارح أو التحاكي بفعله أو قوله كمشيئه الأعرج . وقد يكون بالتعريض مثل قول القائل : أنا لا أفعل كذا معرضاً بمن يفعله ، ولو قال ذلك فيه بحضوره فتحريمه أغلظ ، وإن

ص: ٣٥٢

١- (٧) العمش : ضعف الرؤية مع سيلان الدمع في أكثر الأوقات . القرع : مرض جلديّ يسقط شعر الرأس .

٢- (١) تنبيه الخواطر ونزهه النواظر / ١٢٥ .

كان ظاهرهم أنه ليس غيبه .

وضابط الغيبه : كلّ فعل يُتصد به هتك المؤمن والتفكك به ، أو إضحاك الناس منه ، فأما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم ، كنصيحه المستشير ، والتظلم وسماعه ، والجرح والتعديل ، وردّ من ادّعى نسباً ليس له ، والقده في مقاله أو دعوى باطله خصوصاً في الدين ، وغير ذلك .

ويوجد في كلام بعض الفضلاء : أنّ من شرطها أن يكون متعلّقها محصوراً وإلاّ فلا- تعدّ غيبه ، فلو قال عن أهل بلده غير محصوره ما لو قاله عن شخص واحد مثلاً يُعدّ غيبه ، لم يحتسب غيبه «(١)» .

وقال ثانى الشهيدين في كشف الريبه عن أحكام الغيبه : « الغيبه : - بكسر الغين المعجمه وسكون الياء المثناه التحتانيه وفتح الباء الموحده - اسم لقولك : اغتاب فلاناً فلاناً إذا

أوقع فيه في غيبته ، والمصدر الاغتياب ، يقال : اغتابه اغتياًباً ، والاسم : الغيبه . هذا بحسب المعنى اللغوى ، وأمّا بحسب الاصطلاح فلها تعريفان :

أحدهما المشهور ، وهو : ذكر الإنسان حال غيبته بما يكره نسبه إليه ممّا يعدّ نقصاناً في العرف بقصد الإنتقاص والذمّ . واحترز بالقيد الأخير - وهو قصد الإنتقاص - عن ذكر العيب للطيب مثلاً أو لإستدعاء الرحمه من السلطان في حقّ الزّمين والأعمى بذكر نقصانهما . ويمكن الغناء عنه بقيد كراهيه نسبه إليه .

والثانى : التنبيه على ما يكره نسبه إليه إلى آخره . وهو أعمّ من الأوّل ، لشمول مورده اللسان والإشاره والحكايه وغيرها ، وهو أولى لما سيأتى من عدم قصر الغيبه على اللسان «(٢)» .

وقال العلامة المجلسى في تعريف الغيبه : « ... وأمّا بحسب عرف الشرع فهو ذكر الإنسان المعين أو من بحكمه في غيبته بما يكره نسبه إليه ، وهو حاصل فيه ويعدّ نقصاً في

ص: ٣٥٣

١- (٢) جامع المقاصد ٢٧ / ٤ .

٢- (١) كشف الريبه عن أحكام الغيبه المطبوع في ضمن المصنفات الأربعة / ٢٩ .



العرف بقصد الإنتقاص والذم قولاً أو إشارة أو كناية ، تعريضاً أو تصريحاً ، فلا غيبه في غير معيّن ، كواحد مبهم غير محصور كأحد أهل البلد .

وقال الشيخ البهائي قدس سره : وبحكمه لإدراج المبهم من محصور كأحد قاضي البلد فاسق مثلاً ، فإنّ الظاهر أنّه غيبه ولم أجد أحداً تعرّض له . انتهى .

وقولنا « في غيبته » لإخراج ما إذا كان في حضوره ، لأنّه ليس بغيبه وإن كان إثماً لإيدائه ، إلاّ بقصد الوعظ والنصيحه ، والتعرض حينئذ أولى إن نفع .

وقولنا « بما يكره » لإخراج غيبه من لا يكره نسبه الفسق ونحوه إليه ، بل ربّما يفرح بذلك ويعده كمالاً .

وقولنا « وهو حاصل فيه » لإخراج التهمه وإن كانت أشدّ .

وقولنا « ويعدّ نقصاً » لإخراج العيوب الشائعه التي لا تعدّ في العرف نقصاً ، وفي الفسوق الشائعه التي لا يعدّها أكثر الناس نقصاً مع كونها مخفيّة وعدم مبالاته بذكرها وعدم عدّ أكثر الناس نقصاً لشيوعها ، ففيه إشكال ، والأحوط ترك ذكرها وإن كان ظاهر الأصحاب جوازه .

وقولنا « بقصد الانتقاص » لخروج ما إذا كان للطبيب لقصد العلاج وللسلطان

للترحم أو للنهي عن المنكر»(١) .

وقال صاحب الحدائق في تعريف الغيبه : « القول بما يكرهه ويغيظه وإن كان حقاً»(٢) .

وقال الشيخ جعفر قدس سره : « الغيبه بالإضافه إلى المؤمنين - واللام عوضها بقريته السوق - العقلاء منهم والمميّزين من أولادهم بذكر معاييبهم مع الرضا وبدونه أو ذكر ما يغمّمهم ويحزنهم مع ذكر العيب وعدمه أو ذكرهما معاً على اختلاف الآراء في معناها بين العلماء ، وعلى القول بأنّها مطلق الذكر فلا بدّ من التقييد لترتب الحظر . ويُعتبر كونها من مقوله الكلام كما عليه بعض الأعلام ، أو جميع ما يفيد مفاده من فعل أو تعريض أو إشارة أو تغيير عاده . وفي المغتاب

ص: ٣٥٤

١- (١) مرآه العقول ١٠ / ٤٠٧ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ١٤٦ .

- اسم مفعول - عدم الحضور وإن تشاركها في لزوم المحذور . وخلاف الكذب لثلاث تدخل في البهتان وتخرج عن الإسم وإن كان أشد في العصيان . وحيث اختلف فيها كلام الأساطين من الفقهاء واللغويين فالمرجع إلى العرف الذي هو الميزان مع اختلاف كلام اللغويين في التفسير والتبيان»(١) .

وقال الفاضل النراقى : « الغيبة ... وهى أن يُذكر إنسانٌ من خلفه بما هو فيه من سوء ، فلو لم يكن من خلفه لم يكن غيبته ، كما هو مقتضى مادّه اللفظ»(٢) .

وذكر المحقق الإيروانى أموراً فى حقيقه الغيبه ، ملخصها : « الأوّل : أن يكون المذكور سوءً خلقيّاً أو خلقيّاً أو اعتباريّاً أو شرعيّاً ، فلو ذكر شخصٌ بغير ذلك لم يكن غيبه ، كما إذا ذكره بفعل المباحات أو بالمواظبه على النوافل أو التهجد أو حمل الصدقات فى أطراف الثياب إلى الفقراء فى جوف الليل لم يكن ذلك من الغيبه وإن كره ذكره بذلك . فإن مجرد كراهته الذكر لا يدرجه فى الغيبه وإن حرم من جهة الإيذاء .

الثانى : أن يكون ممّا يسوء المغتاب - بالفتح - فلو ذكر سوءاً لا يسوء المغتاب لخصوصيه فى المغتاب - بالفتح - أو فى المغتاب - بالكسر - لم يكن ذلك من الغيبه .

الثالث : أن يكون ذكره فى مقام التنقيص .

الرابع : أن يكون المذكور عيباً مستوراً على الناس ، أمّا لو كان ظاهراً لم يكن ذكره غيبه .

الخامس : وجود المخاطب ، فلو ذكره بلا مخاطب فلا غيبه .

السادس : ذكر المغتاب - بالفتح - على وجه يرتفع عنه الجهاله والإبهام رأساً ، فلو ذكر مجهولاً - بسوءٍ مردّدٍ بين أطراف غير محصوره - كواحد من البشر أو من أهل البلد - أو ذكر مجهولاً مردّداً بين أطراف محصوره - كمسمى بزيد المرّد بين اثنين - لم يكن ذلك غيبه .

ولو شك فى تحقق شيء من القيود المعبره فى الغيبه أو فى موضوع الحرمة لزم الحكم

ص: ٣٥٥

١- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٢- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٩ .

بالجواز» (١). انتهى ملخصاً .

قالت العلوية الأمينية الأصفهانية (١٣٠٨-١٤٠٣): « الغيبة : أن تذكر أذاك في غيابه بما يكرهه مما يُعدّ نقصاناً في العرف بقصد الإنتقاص . وقيد « بقصد الانتقاص » لخروج ما إذا كان ذكر العيب للطبيب بقصد العلاج أو للسلطان بقصد الاسترحام أو للحاكم بقصد رفع الظلم أو غير ذلك ، من الموارد التي لا يكون فيها قصدُ ذمِّ وانتقاص .

وبعض آخر قيّد التعريف بقيد آخر وهو « كونه بحيث يُعدّ نقصاناً في العرف » ، فإن لم يُعدّ نقصاناً في العرف كالعيوب الشائعة بين الناس ولو كانت مخفيّة لم تكن من الغيبة المحرّمة ، وفيه نظر ... » (٢).

وقال المحقق الخوئي في تعريف الغيبة : « هو أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه ، وأما في المقدار الزائد فيرجع إلى الأصول العملية ، وقد ذكر هذا في جملة من الروايات ، وهي وإن كانت ضعيفه السند ولكن مفهومها موافق للذوق السليم والفهم العرفي ، ويؤيده ما في لسان العرب وغيره من أنّ الغيبة أن تتكلّم خلف إنسان مستور بسوء أو بما يغمّه لو سمعه ، بل ينطبق عليه جميع تعاريف الفقهاء وأهل اللغة ، لكونه المقدار المتيقّن من مفهوم الغيبة كما عرفت ، وقد أُشير إليه في بعض أحاديث العامة ... » (٣).

وقد اختار شيخنا الأستاذ - مدظله - تعريف أستاذه الخوئي قدس سره في إرشاده وقال : « حدّ الغيبة كشف ما ستره الله على المؤمن من عيبه ... » (٤).

وقال الفقيه السيد عبد الأعلى السبزواري قدس سره : « وخلاصه الكلام : أنّ كراهه القول والمقول والإنتقاص وكشف السترفي الجملة من مقومات الغيبة بحسب اللغة والأخبار

والإعتبار ... » (٥).

ص: ٣٥٦

١- (١) الحاشية على المكاسب ١ / (١٩٩ - ١٩٥) .

٢- (٢) أربعين الهاشمية / ٣٤٧ الطبعة الثانية في عام ١٣٧٩ ق .

٣- (٣) مصباح الفقاهة ١ / ٣٢٦ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ١٩٤ .

٥- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ١٢٣ .

أقول : حيث ورد تعريف الغيبه في الروايات فلا بدّ من ملاحظتها بعد المرور على تعاريف أهل اللغه والفقهاء ، بحيث يظهر تعريفها بلا- فرق بين أنّ لها معنى عرفي متداول بين أهل العرف غير متلقّى من الشرع - كما في مثل الهجاء والمدح والسبّ والتعير كما عليه بعض ولعله هو المشهور - أو أنّها من المجعولات الشرعيه وتعريفات أهل اللغه راجعه إلى تعيين ما تعلّمه أهل العرف من الشرع كما عليه بعض آخر ومنهم المؤسس الحائري(١) قدس سره . لأنه بعد ثبوت التقييد الشرعي لا بدّ من تقييد التعاريف العرفيه به كما لا يخفى . وأمّا الروايات الوارده في تعريفها فهي تكون متعدده :

منها : معتبره أو صحيحه داود بن سرحان قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغيبه ، قال : هو أن تقول لأخيك في دينه ما لم يفعل ، وتبثّ عليه أمراً قد ستره الله عليه لم يقم عليه فيه حدّ(٢) .

رجال السنند كلّهم ثقات إلّا معلى بن محمد البصرى وإن قلنا بوثاقته كما عليه المحقق الخوئى في معجم رجال الحديث(٣) . فالروايه صحيحه الإسناد ، وإن قلنا باعتباره وأنّ الرجل من المعاريف ولم يرد فيه قدح كما عليه شيخنا الأستاذ - مدظله - (٤) فهي معتبره الإسناد .

ومنها : معتبره عبد الرحمن بن سيابه قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : الغيبه أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه ، وأمّا الأمر الظاهر فيه مثل الحدّه والعجله فلا ، والبهتان أن تقول فيه ما ليس فيه(٥) .

رجال السنند كلّهم ثقات إلّا عبد الرحمن بن سيابه ، والرجل مورد وثوق الإمام عليه السلام في

ص: ٣٥٧

- ١- (٢) المكاسب المحرمه / ١٩٣ لشيخنا آيه الله الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .
- ٢- (٣) الكافي ٢ / ٣٧٥ ح ٣ ونقلت عنه في كتابى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢١٩ ح ٢ ونقل عن الكافي في وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٨ ح ١ . الباب ١٥٤ من أبواب العشره .
- ٣- (٤) معجم رجال الحديث ١٨ / ٢٥٨ .
- ٤- (٥) نقل عنه في الموسوعه الرجاليه الميسره / ٤٧٠ الرقم ٦٠٨٤ .
- ٥- (٦) الكافي ٢ / ٣٥٨ ح ٧ ونقلت عنه في كتابى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢١٩ ح ٣ ونقل عن الكافي في الوسائل ١٢ / ٢٨٨ ح ٢ .

الأمانه ، لأنه قَسَمَ دنانير أبي عبد الله عليه السلام بين عيالات من استشهد مع عمّه زيد سلام الله عليه (١) ، وأسند عنه الشيخ الطوسي في رجاله (٢) وحكم العلامة المجلسي بمدحه في

الوجيزه (٣) ، وهو من مشايخ ابن أبي عمير (٤) ومن المذكورين مع الواسطه في كامل الزيارات (٥) ، وله ٣٧ روايه في الكتب الأربعة (٦) ، فالرجل من المعاريف لم يرد فيه قدح فثبت به وثاقته ولا أقل من اعتباره ، ولذا حكم العلامة المامقاني بوثاقته على الأقوى في التنقيح (٧) وشيخنا الأستاذ - مدظله - في الإرشاد (٨) . وبما ذكرنا ظهر ضعف ما استظهره شيخنا التستري قدس سره في قاموسه (٩) من مذموميته ، والله العالم بالحال .

والروايه رواها الصدوق بسنده المعتبر عن عبد الرحمن في كتابيه الأمالي المجلس الرابع والخمسين ح ١٧ / ٤١٧ الرقم ٥٥٠ ومعاني الأخبار / ١٨٤ ح ١ ، ونقل عنهما صاحب الوسائل ١٢ / ٢٨٢ ح ١٤ . الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره .

ومنها : صحيحه يحيى بن عبد الرحمن الأزرق الأنصاري قال : قال لي أبو الحسن عليه السلام : من ذكر رجلاً من خلفه بما هو فيه ممّا عرفه الناس لم يغتبه ، ومن ذكره من خلفه بما هو فيه ممّا لا يعرفه الناس اغتابه ، ومن ذكره بما ليس فيه فقد بهته (١٠) .

ورجال السند كلّهم ثقات ، لأنّ « العباس بن عامر بن رباح أبو الفضل الثقفي القصباني

ص: ٣٥٨

١- (٧) كما في اختيار معرفه الرجال / ٣٣٨ الرقم ٦٢٢ .

٢- (٨) رجال الطوسي / ٢٣٠ الرقم ١٢٠ .

٣- (١) الوجيزه في علم الرجال / ١٠١ الرقم ١٠١٩ .

٤- (٢) كما في إرشاد الطالب ١ / ١٩٣ .

٥- (٣) كامل الزيارات / ٧٩ ح ١ الباب ٢٣ .

٦- (٤) الموسوعه الرجاليه الميسره / ٢٥٥ الرقم ٣١٣١ .

٧- (٥) نتائج التنقيح / ٨٣ .

٨- (٦) إرشاد الطالب ١ / ١٩٣ .

٩- (٧) قاموس الرجال ٦ / ١١٦ .

١٠- (٨) الكافي ٢ / ٣٥٨ ح ٦ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢٢٠ ح ٤ ونقل عن الكافي في

الوسائل ١٢ / ٢٨٩ ح ٣ .

الشيخ الصدوق الثقه كثير الحديث له كتب» كما قاله النجاشي(١)، والراوى الأخير أيضاً ثقه ، وهكذا البواقى ثقات فالسند صحيح .

ومنها : ما رواه الشيخ بسنده المتصل إلى أبى الأسود الدؤلى عن أبى ذر رضى الله عنه فى حديث طويل قال : قلت : يا رسول الله ما الغيبه ؟ قال : ذكرك أخاك بما يكرهه ، قلت : يا رسول الله فإن كان فيه ذاك الذى يذكر به ؟ قال : أعلم إذا ذكرته بما هو فيه فقد اغتبتة ، وإذا

ذكرته بما ليس فيه فقد بهتته ، الحديث(٢) .

ومنها : ما رواه العياشى فى تفسيره عن عبد الله بن حماد الأنصارى عن عبد الله بن سنان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : الغيبه أن تقول فى أخيك ما هو فيه مما قد ستره الله عليه ، فأما إذا قلت ما ليس فيه فذلك قول الله : «فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا»(٣)(٤) .

ومنها : ما رواه ورام بن أبى فراس وثانى الشهيدین مرفوعاً عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : هل تدرون ما الغيبه ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم ، قال : ذكرك أخاك بما يكره ، قيل : أرايت إن كان فى أخى ما أقول ؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم : إن كان فيه ما تقول اغتبتة وإن لم يكن فيه فقد بهتته(٥) .

أقول : الذى يظهر للمتأمل من هذه الروايات أن الغيبه كشف ما ستره الله على المؤمن بما فيه ولكن لم يعرفه الناس ، ومن الطبيعى أن هذا الكشف يوجب كراهته وغمه غالباً .

## المقام الثانى :

### اشاره

الأدله الأربعة تدل على حرمه الغيبه :

### الأول : الاجماع

حرمه الغيبه فى الجمله إجماعى بين المسلمين ، بل هى من ضروريات الدين ، واعترف

ص: ٣٥٩

١- (٩) رجال النجاشى / ٢٨١ الرقم ٧٤٤ .

٢- (١) أمالى الطوسى . المجلس التاسع عشر ح ١ / ٥٣٧ الرقم ١١٦٢ ونقل عنه فى الوسائل ١٢ / ٢٨٠ ح ٩ .

٣- (٢) سورة النساء / ١١٢ .

٤- (٣) تفسير العياشي ١ / ٤٤٢ ح ٢٧٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٦ ح ٢٢ .

٥- (٤) تنبيه الخواطر ونزهة النواظر المعروف بمجموعه ورام / ١٢٦ وكشف الرية عن أحكام الغيبه / ١١ .

بها جمع من الأصحاب قدس سرهم :

منهم : العلامة في التذكرة قال : « ... وكذا يحرم هجاء المؤمنين والغيبة ، قال الله تعالى : «وَلَا يَعْتَبُ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُّحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا» (١) و ... بلا خلاف في ذلك كله» (٢) .

ومنهم : ثانی الشهیدین قال : « وتحريم الغيبة في الجملة إجماعی ، بل هي كبيرة موبقة ، للتصريح بالتوعدّ عليها بالخصوص في الكتاب والسنة ... » (٣) .

ومنهم : الشيخ جعفر قدس سره قال : « الأدلة الأربعة متفق عليها ... » (٤) .

ومنهم : الفاضل النراقي قال : « ثم إنه لا ريب في حرمة الغيبة ، ويدلّ عليها الإجماع والكتاب والسنة ... » (٥) .

ومنهم : السيد جواد العاملي ، عدّ حرمتها وحرمة التكسب بها من الضروريات (٦) .

ومنهم : السيد على آل بحر العلوم قال : « فاعلم أنّ حرمتها باتفاق النص والفتوى بل الأدلة الأربعة عليها متطابقه ... » (٧) .

ومنهم : الشيخ الأعظم في متن المكاسب المحرّمه قال : « الغيبة حرام بالأدلة الأربعة» (٨) .

ومنهم : المحقق الخوئي قال : « ... بل حرمتها من ضروريات الدين ومما قام عليه

ص: ٣٦٠

١- (٥) سورة الحجرات / ١٢ .

٢- (٦) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ ذيل مسأله ٦٤٩ .

٣- (٧) كشف الرية / ٣٠ .

٤- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٢٢ .

٥- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٦١ .

٦- (٢) راجع مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٢ .

٧- (٣) برهان الفقه ، كتاب التجاره / ٢١ طبع الحجرى .

٨- (٤) المكاسب المحرّمه / ٤٠ الطبع الحجرى - (١ / ٣١٥) .



## الثاني : الكتاب

تدلّ على حرمة الغيبة أربعة من آيات كتاب الله العزيز وهي :

١ - قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ» (٢) .

شبهه الله تعالى المؤمن بالأخ والغيبة بأكل لحمه حالكونه ميتاً ، يعنى عدم شعور المؤمن حال الغيبة بها شبهه بالموت ، فكما أن أكل لحم الأخ المؤمن ميتاً حرام كذلك الغيبة . واستفاده الحرمة من الآية واضحة ، مضافاً إلى النهى الوارد فى الآية عن الغيبة قبل التشبيه .

ولذا قال الشيخ فى معنى الآية الشريفه : « معناه أن من دعى إلى أكل لحم أخيه فعافته نفسه ، فكرهته من جهه طبعه ، فإنه ينبغى إذا دعى إلى عيب أخيه فعافته نفسه من جهه عقله ، فينبغى أن يكرهه ، لأن دعى العقل أحق أن يتبع من دعى الطبع ، لأن دعى الطبع أعمى ودعى العقل بصير ، وكلاهما فى صفه الناصح ، وهذا من أحسن ما يدل على ما ينبغى أن

يجتنب من الكلام . وفى الكلام حذف ، وتقديره أوجب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فيقولون : لا ، بل عافته نفوسنا ، فقبل لكم : فكرهتموه ، فحذف لدلاله الكلام عليه» (٣) .

ويويد ما ذكرناه شأن نزول الآية الشريفه ، قال الشيخ الطبرسى : « ورؤى أن أبا بكر وعمر بعثنا سلمان إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ليأتى لهما بطعام ، فبعثه إلى أسامه بن زيد وكان خازن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رحله ، فقال : ما عندى شىء ، فعاد إليهما ، فقالا : بخل أسامه ولو بعثنا سلمان إلى بئر سميحه (٤) لغار ماؤها . ثم انطلقا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لهما : ما لى أرى خضرة اللحم فى أفواهكما ؟ قالا : يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما تناولنا اليوم لحماً ، قال : ظلمتم ، تأكلون لحم

ص: ٣٤١

١- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٣١٨ .

٢- (٦) سورة الحجرات / ١٢ .

٣- (١) التبيان ٩ / ٣٥٠ .

٤- (٢) بئر بالمدينه .

سلمانَ وأسامه ، فنزلت»(١).

أقول : ذكر هذه الروايه فى مجمع البيان ٩ / ١٣٥ أيضاً ، ولكن فيه لم يسمهما .

٢ - قوله تعالى : «وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ»(٢) .

بتقريب : أنه قد يقال فى تعريف الهمزة بأنها : الكثير الطعن على غيره بغير حقِّ العائب له بما ليس بعيب لجهله وسفهه وشده إقدامه على مكاره غيره كما فى التبيان(٣) ، وتبعه صاحب مجمع البيان(٤) . والطعن والعيب كما يمكن أن يكون بحضور المطعون والمعيوب ، يمكن أن يكون بغيا به والأخير هو الغالب ، وهو ليس إلا الغيبه ، فالآيه الشريفه تشمل بإطلاقها على حرمه الغيبه فى الجمله .

ويؤيد هذا التقريب تفسير ابن عباس الهمزة بالطعان ، واللمزه بالمغتاب(٥) ، وتفسير الطبرسى الهمزه بالذى يكسر أعراض الناس بالغض منهم واغتيالهم ، واللمزه بالذى يطعن فيهم ، وقال : « هذا وعيد من الله لكلِّ مغتَابٍ عِيَابٍ مَشَاءٍ بالنميمة مُفَرَّقٍ بين الأَجَبَةِ»(٦) .

ولكن الإنصاف : أن بين العنوانين عموم وخصوص من وجه ، وبعض أفراد الغيبه داخل فى عنوان الهمزه أو اللمزه ، فدلاله هذه الآيه الشريفه على حرمه الغيبه غير تامه ، كما

ذكره المحقق الخوئى قدس سره فى المصباح(٧) .

٣ - قوله تعالى : «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ»(٨) .

ص: ٣٦٢

١- (٣) جوامع الجامع ٤ / ١٥٨ ونقل عنه فى تفسير كنز الدقائق ٩ / ٦١٢ .

٢- (٤) سورة الهمزه / ١ .

٣- (٥) التبيان ١٠ / ٤٠٧ .

٤- (٦) مجمع البيان ١٠ / ٥٣٧ .

٥- (٧) نقل عنه فى التبيان ١٠ / ٤٠٧ .

٦- (٨) جوامع الجامع ٤ / ٥٣٥ .

٧- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٣١٩ .

٨- (٢) سورة النور / ١٩ .

بتقريب : أن ظاهر الآيه الشريفه يدلّ على حرمة شيوع الفاحشه بين المؤمنين لاحتبائها فقط(١) ، لأنّ الحبّ بذاته لا يمكن أن يكون من المحرّمات التي تتعلق بالأفعال .

نعم ، الحبّ إذا برز إلى مرحله الظهور والفعل - نحو دعوه المؤمنين إلى الفواحش وتحريضهم عليها صار - من المحرّمات ، ولذا قال الشيخ : « إنّ الذين يحبون ، يؤثرون ، أن تشيع الفاحشه أى تظهر الأفعال القبيحه»(٢) . ومن جمله إشاعه الفواحش بعض مصاديق الغيبه ، فتكون محرّمه .

ويؤيد ما ذكرناه صحيحه ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من قال في مؤمن ما رأته عيناه وسمعتة أذناه فهو من الذين قال الله عزّ وجلّ : «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ»(٣) .

والروايه منقوله بسند صحيح عن الصدوق إلى محمد بن حمران عن الصادق عليه السلام ، وبهذا السند صارت صحيحه(٤) . والعجب غفله الفاضل النراقي عن هذا السند وعبر عنها بمرسله ابن أبي عمير(٥) .

الآيه الشريفه تدلّ بوضوح على أنّ الغيبه من المعاصي الكبيره حيث وعد الله عليه العذاب الأليم في الدنيا والآخره .

٤ - قوله تعالى : «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوِّءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا»(٦) .

بتقريب : أنّ الله تعالى لا يحبّ القول بالسوء جهراً ، أى يحرم القول بالسوء وإظهاره

إلا من المظلوم ، ومن الواضح أنّ الغيبه تدخل في القول بالسوء عرفاً فتحرم .

ص: ٣٤٣

١- (٣) كما هو ظاهر المحقق الخوئي بل صريحه في مصباح الفقاهه ١ / ٣١٩ .

٢- (٤) التبيان ٧ / ٤١٩ .

٣- (٥) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٠ ح ٦ .

٤- (٦) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٠ ح ٦ .

٥- (٧) مستند الشيعه ١٤ / ١٦١ .

٦- (٨) سوره النساء / ١٤٨ .

ويؤيد ما ذكرناه مرسله العياشى عن أبى الجارود عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال : الجهر بالسوء من القول أن يُذكر الرجل بما فيه (١) .

ومنّ المعلوم أنّ جُلّ ذكر الرجل بما فيه يكون فى غيبته لولا كلّه ، فالغيبه تدخل فى الآيه الشريفه وتحرم بها .

وأمرًا الإشكال على الاستدلال بالآيه الشريفه - بأنّ عدم المحبوبيه أعمّ من الحرمة ومن الكراهه المصطلحه كما ففى مصباح الفقاهه (٢) - ففى غير محلّه ، لأنّ الله تعالى فى كتابه يكون فى مقام الجعل والتشريع ، وفى هذا المقام الحبّ يلازم المصلحه والوجوب وعدمه يلازم المفسده والحرمة .

فكلمه «لَا يُحِبُّ اللَّهُ» يُحمل على الحرمة ، ولذا حكم الأصحاب قدس سرهم بحرمة الجهر بالقول السوء واستثنى منها المظلوم فقط .

ولذا قال الشيخ : « والتأويل فيه لا يحبّ الله أن يجهر أحدٌ لأحدٍ بالسوء من القول إلاّ من ظلم ، فلا حرج عليه أن يخبر بما أسىء إليه» (٣) .

وقال الطبرسى : « فإنّ المحبه إذا تعلقت بالفعل فمعناها الإراد» (٤) .

فالمظلوم لا- حرج عليه بأن يجهر بالسوء ، وأمّا غيره فثبت عليه الحرج ، يعنى أنّه يعصى إذا جهر بالسوء . والإراده فى مقام التشريع إذا تعلقت بالكراهه تفيد معنى الحرمة فالآيه الشريفه داله على حرمة الغيبه . والله العالم بكتابه العزيز وأسراره .

### الثالث : الروايات المتواتره

مضافاً إلى ما مرّ ذكره من الروايات فى تعريف الغيبه تدلّ على حرمتها متواتر الروايات :

منها : موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال : من عامل الناس فلم

ص: ٣٤٤

١- (١) تفسير العياشى ١ / ٤٥٤ ح ٣٠٠ ونقل عنه فى البرهان ٢ / ١٩٤ ح ٢ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٣١٩ وقبله المحقق الإيروانى فى حاشيه المكاسب ١ / ١٩٢ .

٣- (٣) التبيان ٣ / ٣٧٢ .

٤- (٤) مجمع البيان ٢ / ١٣١ .

يظلمهم وحدّتهم فلم يكذبهم ووعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته وكمّلت مروءته وظهر عدله ووجبت أخوته(١).

ومنها: حسنه سليمان بن خالد عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ألا أُبئكم بالمؤمن؟ من أئتمنه المؤمنون على أنفسهم وأموالهم، ألا أُبئكم بالمسلم؟ من سلم المسلمون من لسانه ويده، والمهاجر من هجر السيئات وترك ما حرّم الله، والمؤمن حرامّ على المؤمن أن يظلمه أو يخذله أو يغتابه أو يدفعه دفعه(٢).

رجال السنند كلّهم ثقات، والمذكور في الكافي الشريف الحسن بن علي وهو ابن فضال بدل الحسين بن علي الموجود في الوسائل وهو ثقة جليل، إلاّ أبي كهمس وهو الهيثم بن عبد الله حسّنه العلامة المامقاني قدس سره في نتائج التنقيح(٣) وما ذكر في الموسوعة الرجالية الميسره(٤) من أنّ العلامة المجلسي حسّنه في الوجيزه، غير تام، لأنّه قال في الوجيزه: «أبو كهمس كنيه لمجاهيل(٥)» وقال: «هيثم بن عبيد أبو كهمس، أسند عنه(٦)». ولعلّ الرجلين والكتابين قد خلط في المسوده من الكتاب. وبالجملة الرجل عندنا حسن، فالروايه به حسنه سنداً.

ومنها: معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الغيبه أسرع في دين الرجل المسلم من الأكله في جوفه. قال: وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الجلوس في المسجد انتظار الصلاة عباده ما لم يُحدّث، قيل: يا رسول الله وما يحدث؟ قال: الاغتياب(٧).

ومنها: معتبره عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال:

ص: ٣٦٥

١- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٨ ح ٢.

٢- (١) الكافي ٢ / ٢٣٥ ح ١٩ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٨ ح ١.

٣- (٢) نتائج التنقيح / ١٦٤.

٤- (٣) الموسوعة الرجالية الميسره / ٥٤٢.

٥- (٤) الوجيزه / ٢٠٩.

٦- (٥) الوجيزه / ١٩٥.

٧- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٠ ح ٧ و ٨ وفي الكافي ٢ / ٣٥٦ ح ١ كلاهما يكونان حديثاً واحداً وهو الصحيح.

تحرم الجنة على ثلاثة : على المنان ، وعلى المغتاب ، وعلى مدمن الخمر(١).

رجال السنند كلهم ثقات حتى الحسين بن علوان ، لأنه يمكن رجوع توصيف الثقة في كلام النجاشي إليه حيث يقول : « كوفي عامي وأخوه الحسن يكنى أبا محمد ثقة ، روي عن أبي عبد الله عليه السلام »(٢) كما استظهره المحقق الخوئي(٣) قدس سره ونقل العلامة عن ابن عقده أنه قال : « إنَّ

الحسن كان أوثق من أخيه وأحمد عند أصحابنا »(٤).

وهذا الكلام من العلامة يقوى رجوع كلمة « الثقة » في كلام النجاشي إلى الحسن كما هو الظاهر ، ولكنه يدل على توثيق الحسين أيضاً ولكن الحسن أوثق منه وأحمد ، ولذا حكم بتوثيقه العلامة المجلسي قدس سره مع إقراره بأنه غير إمامي على الأظهر(٥). فالرجل لو لم يكن ثقة ، يكون معتبراً عندنا ، والرواية صارت به معتبرة .

ومنها : خبر نوف البكالي قال : أتيت أمير المؤمنين عليه السلام وهو في رَحبه مسجد الكوفة ، فقلت : السلام عليك يا أمير المؤمنين ورحمة الله وبركاته ، فقال : وعليك السلام يا نوف ورحمة الله وبركاته ، فقلت له : يا أمير المؤمنين عظمي ، فقال : يا نوف أحسن يُحسَنُ إليك ، فقلت : زدني يا أمير المؤمنين ، فقال : إرحم تُرحم ، فقلت : زدني يا أمير المؤمنين ، قال : يا نوف قل خيراً تُذكر بخير . فقلت : زدني يا أمير المؤمنين ، قال : اجتنب الغيبة فإنها إدام كلاب النار . ثم قال : يا نوف كَذَبَ مَنْ زَعَمَ أَنَّهُ وُلِدَ من حلالٍ وهو يأكل لُحوم الناس ، وكذب من زعم أَنَّهُ وُلِدَ من حلالٍ وهو يحبُّ الزنا ، وكذب من زعم أَنَّهُ يعرف الله عزَّ وجلَّ وهو مُجْتَرِيٌّ على معاصي الله كلَّ يومٍ وليلة ، الحديث(٦).

ص: ٣٦٦

١- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨١ ح ١٠ .

٢- (٨) رجال النجاشي / ٥٢ الرقم ١١٦ .

٣- (٩) معجم رجال الحديث ٦ / ٣١ .

٤- (١) ترتيب خلاصه الأقوال / ١٦٥ الرقم ٢٣ طبع الآستانه المقدسه الرضويه .

٥- (٢) الوجيزه / ٦٤ .

٦- (٣) أمالي الصدوق . المجلس السابع والثلاثون ح ٩ / ٢٧٧ الرقم ٣٠٨ ونقل عنه مختصراً في وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٣ ح ١٦ .

ومنها : خبر أسباط بن محمد يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : الغيبه أشد من الزنا ، فقيل : يا رسول الله ولم ذلك ؟ قال : أما صاحب الزنا فيتوب الله عليه ، وأما صاحب الغيبه فيتوب فلا يتوب الله عليه حتى يكون صاحبه الذي يحله (١).

ومنها : خبر سيف بن عميره عن الصادق عليه السلام أنه قال : إن لله تبارك وتعالى على عبده المؤمن أربعين جنة ، فمتى أذنب ذنباً كبيره رفع عنه جنته ، فإذا اغتاب أخاه المؤمن بشيء يعلمه منه انكشفت تلك الجن عنه ويبقى مهتك الستر ، فيفتضح في السماء على ألسنة الملائكة وفي الأرض على ألسنة الناس ، ولا يرتكب ذنباً إلا ذكروه ، تقول الملائكة الموكلون به : يا ربنا قد بقى عبدك مهتك الستر وقد أمرتنا بحفظه ، فيقول عز وجل : ملائكتي لو أردت بهذا العبد خيراً ما فضحته ، فارتفعوا أجنحتكم عنه ، الحديث (٢).

ومنها : مرسله ثاني الشهيدان في خبر معاذ الطويل المشهور عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : إن الحفظه تصعد بعمل العبد وله نور كشعاع الشمس ، حتى إذا بلغ السماء الدنيا والحفظه تستكثر عمله وتزكيه ، فإذا انتهى إلى الباب ، قال الملك الموكل بالباب : اضربوا بهذا العمل وجه صاحبه ، أنا صاحب الغيبه ، أمرني ربي أن لا أدع عمل من يغتاب الناس يتجاوزني إلى ربي (٣).

ومنها : مرسله ورام بن أبي فراس عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : مررت ليله أسرى بي على قوم يخمشون وجوههم بأظفارهم ، فقلت : يا جبرئيل من هؤلاء ؟ فقال : هؤلاء الذين يغتابون الناس ويقعون في أعراضهم (٤).

ومنها : مرسله القطب الراوندي يرفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : من اغتاب مؤمناً فكأنما قتل نفساً متعمداً (٥).

ص: ٣٦٧

١- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٤ ح ١٨ .

٢- (٥) الاختصاص / ٢٢٠ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢٢٦ ح ٢٦ .

٣- (١) كشف الرية / ٣٠ .

٤- (٢) تنبيه الخواطر ونزهه النواظر / ١٢٣ .

٥- (٣) لب اللباب / مخطوط ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٥ ح ٤٨ .

تلك عشره كامله من الروايات ، فإن شئت أكثر ممّا ذكرناه فراجع الوافى ٩٧٧ / ٥ ووسائل الشيعة ٢٧٨ / ١٢ ومستدرك الوسائل ١١٣ / ٩ وجامع أحاديث الشيعة ٥١٨ / ٢٠ وكتايب موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢١٩ / ٨ وكتايب الآخر ألف حديث فى المؤمن / ١٠٣ و ١٩٢ .

#### الرابع : حكم العقل

العقل مستقل بقبح الغيبه ، لأنها ظلم وإيذاء فى حقّ المؤمن ، وبقاعده الملازمه يتبعه الحكم الشرعى بحرمتها .

#### المقام الثالث : فروغ

#### اشاره

لابدّ من التنبيه عليها :

#### الأول : حرمة الغيبه منحصره بالمؤمن

ذهب المشهور إلى أنّ حرمة الغيبه تختص بالمؤمن ، وخالفهم بعض الأصحاب قدس سرهم ، كما هو ظاهر الشهيد فى قواعد(١) وصریح المقدس الأردبيلی حيث يقول : « الظاهر أنّ عموم أدله

تحريم الغيبه من الكتاب والسنة يشمل المؤمنين وغيرهم ، فإنّ قوله تعالى : «وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُمْ بَعْضًا» إمّا للمكلّفين كلّهم أو المسلمين فقط ، لجواز غيبه الكافر ولقوله تعالى بعده : «لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا» وكذا الأخبار فإنّ أكثرها بلفظ الناس أو المسلم . [ ثمّ ذكر عده من الروايات ثمّ قال : [وبالجملة ، عموم أدله الغيبه وخصوص ذكر المسلم يدلّ على التحريم مطلقاً وأنّ عرض المسلم كدمه وماله ، فكما لا يجوز أخذ مال المخالف وقتله لا يجوز تناول عرضه الذى هو الغيبه ، وذلك لا يدلّ على كونه مقبولاً عند الله ، كعدم جواز أخذ ماله وقتله كما فى الكافر ... ] (٢) .

ص: ٣٦٨

١- (٤) القواعد والفوائد ١٤٧ / ٢ و ١٤٨ قاعده ٢٠٦ ونقل عنه صاحب مجمع الفوائد والبرهان ٧٨ / ٨ بلفظ « أظنّ أنّى رأيت فى قواعد الشهيد أنّه يجوز غيبه المخالف من حيث مذهبه ودينه الباطل وكونه فاسقاً من تلك الجهه لا غيرها ، مثل أنّ يقال : أعمى ونحوه» .

٢- (١) مجمع الفوائد والبرهان ٧٧ / ٨ و ٧٨ .



وهو ظاهر الشهيد الثاني في ديباجه رسالته كشف الريبه حيث يقول : « ... فلَمَّا رأيتُ أكثر أهل هذا العصر مَمَّن يَتَسَمُّ (١) بالعلم ويتَّصف بالفضل وينسب إلى العداله و يترشح للرئاسه يحافظون على أداء الصلوات والدُّؤوب (٢) في الصيام وكثير من العبادات والقربات ، ويجتنبون جملة من المحرّمات كالزنا وشرب الخمر نحوهما من القبائح الظاهرات ، ثم هم - مع ذلك - يصرفون كثيراً من أوقاتهم ويتفكّهون في مجالسهم ومحاوراتهم ويغذون نفوسهم بتناول أعراض إخوانهم من المؤمنين ونظرائهم من المسلمين ، ولا يعدّونه من السئيات ولا يحذرون معه من مؤاخذه جبار السماوات ... » (٣) . ثم ذكر بعض الروايات الوارده في حرمة الغيبه بالنسبه إلى الناس والمسلمين في مقدمته بعد صفحه .

ولكن الشهيد الثاني نفسه صرّح في الروضه (٤) بتخصيص الحكم بالمؤمن .

والمحقق السبزواری (٥) حيث نقل كلام الأردبيلي بلفظ بعض المتأخرين ولكن لم يتعرض لرده ولا للقدح فيه .

ولكن أول من أنكر هذا القول عليهم من الذين كلامهم وكتبهم بأيدينا وذهبوا إلى تخصيص الحكم بالمؤمن ، هو الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني حيث يقول في أجوبه المسائل

التي سأله عنها بعض الساده الكرام (٦) ، قال : « لا ريب في اختصاص تحريم الغيبه بمن يعتقد الحقّ ، فإنّ أدله الحكم غير متناوله لأهل الضلال ... » (٧) .

ص: ٣٦٩

١- (٢) اتَّسَم الرجل : إذا جعل لنفسه سمه يعرف بها .

٢- (٣) الدأب : الجدّ والتعب والشأن والملازمه للشئ . الدؤوب : كثير الملازمه .

٣- (٤) كشف الريبه / ٢٩ .

٤- (٥) الروضه البهيه ٣ / ٢١٤ .

٥- (٦) الكفايه ١ / ٤٣٦ .

٦- (١) وهو السيد محمد بن جويبر المدني ، كما ذكره العلامة الطهراني تحت عنوان « جوابات المسائل المدنيات » في الذريعه ٥ / ٢٣٣ .

٧- (٢) نقل عنه المجلسي في مرآه العقول ١٠ / ٤٢٣ وبحار الأنوار ٧٢ / ٢٣٥ .

ثم تبعه الأصحاب منهم : صاحب الحدائق(١) والوحيد البهبهاني في حاشيته على مجمع الفوائد والبرهان(٢) وصاحب الرياض(٣) والشيخ جعفر في شرح القواعد(٤) والفاضل النراقي في المستند(٥) وصاحباً مفتاح الكرامه(٦) والجواهر(٧) والشيخ الأعظم في المكاسب المحرمه(٨) والسيد علي آل بحر العلوم(٩) قدس سرهم .

والحق في المقام تخصيص الحرمة بالمؤمن ، وهو الذي أقرّ بولايه مولانا وإمامنا أمير المؤمنين عليه صلوات المصلين والأئمة المعصومين من ولده عليهم السلام من أولهم إلى آخرهم وهو القائم المنتظر المهدي الإمام الثاني عشر عجل الله تعالى فرجه الشريف وروحي وأرواح العالمين لتراب مقدمه الفداء(١٠) .

والوجه في ذلك تخصيص الآية الواردة في سوره الحجرات بخطاب المؤمنين والضمير الوارد في «لَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا»(١١) راجع إليهم ، مضافاً إلى التشبيه بالأخ الذي لا يتم إلا في المؤمن .

وهكذا ما ورد في معتبره داود بن سرحان(١٢) ومعتبره عبد الرحمن بن سيابه(١٣) في

ص: ٣٧٠

- ١- (٣) الحدائق ١٨ / ١٤٨ وما بعدها .
- ٢- (٤) حاشيه مجمع الفوائد والبرهان / ٣٢ .
- ٣- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦٢ .
- ٤- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .
- ٥- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٢ .
- ٦- (٨) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٣ .
- ٧- (٩) الجواهر ٢٢ / ٦٢ .
- ٨- (١٠) المكاسب المحرمه / ٤٠ الطبع الحجري - (١ / ٣١٩) .
- ٩- (١١) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٠ طبع الحجري .
- ١٠- (١٢) كتابه هذه الأسطر وقعت في ليله النصف من شعبان ١٤٢٥ وهي ليله مولده (عج) ولله الحمد .
- ١١- (١٣) سوره الحجرات / ١٢ .
- ١٢- (١٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ١ .
- ١٣- (١٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ٢ .

تعريف الغيبه : « أن تقول في أخيك » ، والأخ لا يطلق في أحاديثنا إلا في المؤمن . وغيرهما من

الروايات الماضية .

فلا بد من تخصيص المطلقات الواردة بلفظ « الناس » و « المسلم » بهذه المقيدات والحكم باختصاص الحرمة بالمؤمن كما عليه المشهور .

ويؤيد ما ذكرناه تعريفنا عن الغيبه فراجعه .

فعلى ما ذكرنا من أنكر واحداً من الأئمه عليهم السلام يخرج عن عنوان المؤمن فلا يشملهم الحكم ، لما ورد في صحيحه عبد الله بن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من أنكر واحداً من الأحياء فقد أنكر الأموات (١) .

وهذه الصحيحه تدل على أن إنكار واحد منهم عليهم السلام في حكم إنكار كلهم عليهم السلام ، فحينئذ تختص الحرمة في المقام بالشيعة الإماميه الإثني عشرية ، والله العالم .

### الثاني : هل يشمل الحكم الصبي من المؤمنين أم لا ؟

الموضوع الوحيد في حرمة الغيبه هو المؤمن ، وحيث يمكن صدقه على الصبي المميز - بل يمكن أن يكون إيمانه أكمل وأفضل وأعلى درجه من مراتب إيمان بعض البالغين - فلذا يلحق بالمؤمن فيحرم غيبته ، وأفتى به الشيخ جعفر (٢) والشيخ الأعظم (٣) قدس سرهما . وأما إذا لم يصدق عليه المؤمن لصباوته أو جنونه فيخرج عن الحكم .

وأما خروج الصبي المميز من قلم التكليف نفيه عنه إجماعاً بين المسلمين ، فلا يصغى إلى ما ذكره المحقق الأردكاني قدس سره في المقام بأنه : « لو عُيِّدَ أطفال المؤمنين منهم في الآيه تغليباً للزم شمول الخطاب لهم فيحرم عليهم الغيبه ... ولا يظن بأحد أن يلتزم بشمول الخطاب لهم ، فتأمل » (٤) .

ص: ٣٧١

١- (١) كمال الدين وتمام النعمه / ٤١٠ ح ١ ونقلت عنه في كتابي الأربعون حديثاً في من يملاء الأرض قسطاً وعدلاً / ٥١ الحديث ٢٠ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٣- (٣) المكاسب المحرمه / ٤١ الطبع الحجري - (١ / ٣١٩) .

٤- (٤) غنيه الطالب ١ / ١٤٨ .

وذهبت إلى عدم حرمة غيبه الصغير صاحبه الأربعين الهاشميه(١) قدس سرهم ، وقد مرّ منّا عدم تماميه هذا القول .

### الثالث : هل يشترط في حرمة الغيبه تأثر المغتاب ؟

تدلّ على اشتراط تأثر المغتاب بعض الروايات الماضيه ، نحو خبر أبي ذر عن

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في تعريف الغيبه : ذكر ك أخاك بما يكرهه ، الحديث(٢) .

ومرسله ورام وثاني الشهيدين عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في تعريفها : ذكر ك أخاك بما يكرهه ، الحديث(٣) .

وقد أخذ هذا الشرط في كلام جماعه من الأصحاب ، كالشريف المرتضى والشيخ والطبرسي وورام والمحقق الكركي والمجلسي والعلويه الأمينيه فيما نقلت عنهم آنفاً ، والشيخ الأعظم حيث يقول : « لعلّه من جهه أنّ الإطلاقات منصرفه إلى من يتأثر لو سمع »(٤) .

وتبعه المحقق الإيرواني(٥) في ثاني مقومات الغيبه حيث مرّ كلامه فراجعه ، والمحقق الأردكاني في غيبه الطالب(٦) .

ولكن الظاهر أنّ الكراهه المذكوره في النبوين - مع الغض عن ضعف إسنادهما - تحمل على الغالب ، كما اعترف بذلك المؤسس الحائري قدس سره (٧) ، فلا يمكن أخذها في التعريف ، لإلغاء القيد الغالب في التعاريف والموضوعات .

فاشترط التأثر أو الكراهه في المغتاب - بالفتح - في غير محلّه وغير تام .

### الرابع : هل يعتبر في الغيبه قصد الهتك أو إضحاك الناس ؟

قال العلامة المولى محمد مهدي النراقي : « الغيبه إنّما تحرم إذا قصد بها هتك عرضه أو

ص: ٣٧٢

١- (٥) الأربعين الهاشميه / ٣٧٨ .

٢- (١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٠ ح ٩ .

٣- (٢) مجموعه ورام / ١٢٦ وكشف الريبه / ١١ .

٤- (٣) المكاسب المحرمه / ٤١ - (١ / ٣٢٠) .

٥- (٤) حاشيه المكاسب / ١ / ١٩٦ .

٦- (٥) غيبه الطالب / ١ / ١٤٨ .

٧- (٦) المكاسب المحرمه / ١٩٧ لشيخنا آيه الله الشيخ محمد علي الأراكي قدس سره .

إضحاك الناس منه ، وأما إذا كان ذلك لغرض صحيح لا يمكن التوصل إليه إلا به فلا تحرم»(١).

أقول : الظاهر أنّ الغيبة فعلٌ خارجيٌّ لا يدور مدار القصد وليست من الأمور القصدية ، فما ذكره قدس سره غير تام . نعم : في موارد يجوز الغيبة ويدلّ عليه الأدلة ، نحو : ذكر العيب للطبيب بقصد العلاج ، أو للقاضي بقصد رفع الظلم وطرح الدعوى ، أو لأرباب الحكم والسلطة بقصد الإسترحام وغيرها ، وفي هذه الموارد يصدق عنوان الغيبة ولكنها تجوز ولا تحرم .

وبالجملة ، لا يُعتبر في صدق الغيبة قصد الهتك أو إضحاك الناس ، ولذا ناقش الفاضل

النراقي كلام والده في المستند ويقول : « وفي إطلاقه نظر ، والظاهر الاقتصار في الجواز فيما ورد في جوازه رخصه خصوصاً أو عموماً ... »(٢).

### الخامس : ذكر الأوصاف الظاهرة أو العاديه لم تكن من الغيبة

قد مرّ في تعريف الغيبة أنّها : كشف ما ستره الله على المؤمن بما فيه ولكن لم يعرفه الناس . وعلى هذا التعريف ذكر الأوصاف الظاهرة والأمور العاديه حيث لم يصدق عليه كشف الستر فليس بغيبة .

فإذا ذكر الرجل بأنّه يأكل ويشرب وينام ويشغل ونحوها من الأمور العاديه فلا بأس به .

وإذا ذكر الرجل بأنّه مريض أو صحيح ، أو طويل أو قصير ، أو أعمى أو بصير ، ونحوها من الأمور الظاهرة التي يعرفها الناس وليست تخفى عليهم فلا بأس بها . وتؤيد ما ذكرناه بل تدلّ عليه معتبره عبد الرحمن بن سيباه(٣).

ربما يخطر بالبال تنافي بعض الروايات مع ما ذكرناه ، نحو مرسلتا عائشه :

أولاهما : أنّها قالت : إنّى قلت لإمرأه وأنا عند رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ هذه لطويله

ص: ٣٧٣

١- (٧) جامع السعادات ٢ / ٣٢٠ .

٢- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٤ .

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ٢ .

الذيل ، فقال : إلفظى إلفظى (١) ، فلفظت بضعه من لحم (٢) .

وثانيتها : أنها قالت : دخلت علينا إمرأه فلما ولت أو مات بيدي أنها قصيره فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : قد اغتبتها ، ونهاني عن مثل ذلك (٣) .

وقد يناقش فيهما : أولاً : بأنهما ضعيفتا السند لإرسالهما ولم تنقلا من طرقنا بل هما عاميان كما في الدر المنثور ٥٧٥ / ٧ .

وثانياً : يمكن أنها قالت في حقهما شيئاً غير الأمرين الظاهرين ، فيصير كلامها به غيبه ، ثم حذفته في الروايه عمداً أو سهواً ، ومثله عن مثلها غير بعيد .

وثالثاً : لا- يمكن إثبات شيء بهاتين المرسلتين ، بعد ثبوت تعريف الغيبه بالروايات المعتمده بأنها الكشف ، وحيث لم يصدق الكشف على ذكر الأوصاف الظاهره والأموه العاديه

فذكرهما ليسا بغيبه .

فلذا ذكروا في مستثنيات الغيبه : أن يكون الإنسان معروفاً باسم يُعرب عن غيبته كالأعرج والأعمش والأشتر ونحوها . قالوا : فلا إثم على من يقول ذلك ، فقد فعل العلماء ذلك لضروره التعريف كما في الحدائق (٤) .

نعم : قد يكون ذكر الأوصاف الظاهره والأموه العاديه محرّماً ، لانطباق شيء من العناوين المحرّمه عليه ، كالتعير والهجاء والسبّ والهتك والظلم وغيرها ، فحينئذ يكون حراماً من هذه الجهات (٥) . ويمكن أن تحمل المرسلتان على هذه الجهات أيضاً .

## السادس : الغيبه لا تنحصر باللسان

كلّما يفهم منه نقصان الغير ويعرّف ما يستر عليه ويكشف ستره به يدخل في تعريف الغيبه ، فما ذكر في تعريف الغيبه من لغه « الذكر » المراد به معناه العام ، فيدخل فيه القول أو

ص: ٣٧٤

١- (٣) اللفظ : الرمي والدفع ، أى استفرغى وادفعى من فمك .

٢- (٤) مجموعه ورام ١ / ١٢٦ .

٣- (٥) مجموعه ورام ١ / ١٢٦ ، وكشف الريبه ٣٧ / إلى قوله : اغتبتها .

٤- (١) الحدائق ١٨ / ١٦٩ .

٥- (٢) كما ذكره المحقق الخوئي في مصباح الفقاهه ١ / ٣٢٨ .

الفعل أو الكتابه أو التصريح أو الإشاره أو التعريض أو الغمز أو الإيماء أو الرمز أو الحركه أو الحكايه ، لأنّ المدار في الغيبه كشف ما ستره الله ولا- خصوصيه للكاشف ، فبأى طريق من الطرق يكشف الستر يصدق عليه الغيبه . فراجع إن شئت في هذا المجال مستند الشيعة(١) .

### السابع : المغتاب لابد أن يكون معلوماً

المغتاب - بالفتح - لابدّ بأن يكون معلوماً عند السامع والمخاطب على وجه يرتفع عنه الجهاله والإبهام ، فلو ذكر المغتاب - بالفتح - مجهولاً بين أطراف غير محصوره - كواحد من أهل البلد أو السوق أو التجار أو أهل العلم بحيث لا يتمكن المخاطب من تطبيق المقول على أحدهم - فليس بغيبه .

نعم ، يمكن أن ينطبق عليه عنوان محرّم آخر ، كالإيذاء والسخرية وغيرهما .

وهكذا يمكن أن يكون غيبه إذا قال : أهل البلد الفلاني كذا وأهل الصنف الفلاني كذا ، لأنّه يعدّ غيبه بعدد أفراد البلد والصنف ، لانحلال الكلى بعدد أفراده . فلذا صار غيبه جميعهم إذا صدق عليه الكشف ، وأمّا إذا كان بحيث لا يصدق عليه الكشف لاشتهاره بين الناس فلا يكون غيبه .

وأما إن ذكر المغتابُ - بالفتح - بين أطراف محصوره - كمسمى بزيد المرّد بين إثنين أو

أحد قضاه البلد وفيه ثلاثه أو خمسه من القضاء - هل يعدّ من الغيبه أم لا ؟

ذهب المحقق الإيرواني(٢) وتبعه السيد الخوئي(٣) بأنّه ليس بغيبه ، ولكن الإنصاف أنّه من الغيبه ، لصدق الكشف ويمكن التعيين مجملاً عليهما أو على الثلاثه أو الخمسه ونحوها . ووافقنا على هذا الشيخ بهاء الدين محمد العاملى حيث يقول : « وبحكمه لإدراج المبهم من محصور كأحد قاضى البلد فاسق مثلاً ، فإنّ الظاهر أنّه غيبه ولم أجد أحداً تعرض له »(٤) .

ص: ٣٧٥

١- (٣) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٣ .

٢- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٩٨ .

٣- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٣٢٩ .

٤- (٣) نقل عنه العلامة المجلسى فى مرآه العقول ١٠ / ٤٠٧ .

وعمنا آية الله الشيخ محمد علي النجفي المتوفى عام ١٣١٨ في رسالته في المعاصي الكبيره (١) والله العالم .

## الثامن : الغيبه من الكبائر

إذا تأملت في الآيات والروايات الماضيه تجد في نفسك السكون والإقرار بأن الغيبه من الذنوب الكبائر ، وصرح بكونها من الكبائر جماعه من الأصحاب ، منهم : الشهيد الثاني (٢) .

قد يقال : إن الكبيره كل ذنب وعد الله عليه بالعذاب في كتابه ، وقد نسب هذا القول إلى المشهور ، وقد وعد الله في كتابه بالعذاب الأليم للمغتتاب - بالكسر - كما مرّ عند بيان الآيات الداله على حرمة الغيبه .

ومن نظر في الروايات الماضيه والآتيه يتيقن بأنها من الكبائر :

منها : صحيحه بريد بن معاويه العجلي عن أبي جعفر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب عليّ عليه السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال - وهو على منبره - والذي لا إله إلا هو ما أعطى مؤمن قطّ خير الدنيا والآخره إلا بحسن ظنّه بالله ورجائه له وحسن خلقه والكفّ عن اغتيايب المؤمنين ، والذي لا إله إلا هو لا يعذب الله مؤمناً بعد التوبه والاستغفار إلا بسوء ظنّه بالله وتقصيره من رجائه وسوء خلقه واغتيايبه للمؤمنين ، والذي لا إله إلا هو لا يحسن ظنّ عبده مؤمن بالله إلا كان الله عند ظنّ عبده المؤمن ، لأنّ الله كريم بيده الخيرات ، يستحيى أن يكون عبده المؤمن قد أحسن به الظن ثمّ يُخلف ظنّه ورجاءه ، فأحسنوا بالله الظن وارغبوا إليه (٣) .

وروى نحوها في الفقه الرضوي / ٣٦٠ .

ومنها : خبر حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أربعه يؤذون أهل النار على ما بهم من الأذى ، يُسَقُونَ من الحميم والجحيم ينادون بالويل والثُّبور ، يقول أهل النار بعضهم لبعض : ما بال هؤلاء الأربعة قد

ص: ٣٧٦

١- (٤) معاصي كبيره / ٥٨ الطبع الحجري . فارسيّ .

٢- (٥) كشف الريبه / ٣٠ .

٣- (٦) الكافي ٢ / ٧١ ح ٢ باب حسن الظن بالله عزّ وجلّ .



آذونا على ما بنا من الأذى؟ فرجلٌ مُعلّقٌ في تابوت من جمر، ورجلٌ يَجُرُّ أمعاءه، ورجلٌ يسيلُ فوه قيحاً ودماً، ورجلٌ يأكلُ لحمه.

فيقال لصاحب التابوت: ما بال الأبعد قد آذانا على ما بنا من الأذى؟ فيقول: إنّ الأبعد مات وفي عنقه أموال الناس، ولم يجد لها في نفسه أداءً ولا وفاءً.

ثم يُقال للذى يجُرُّ أمعاءه: ما بال الأبعد قد آذانا على ما بنا من الأذى؟ فيقول: إنّ الأبعد كان لا يبالي أين أصاب البول من جسده.

ثم يقال: للذى يسيلُ فوه قيحاً ودماً: ما بال الأبعد قد آذانا على ما بنا من الأذى؟ فيقول: إنّ الأبعد كان يُحاكى، فينظر إلى كلّ كلمه خبيثه فيُسندُها ويحاكى بها.

ثم يقال للذى يأكل لحمه: ما بال الأبعد قد آذانا على ما بنا من الأذى؟ فيقول: إنّ الأبعد كان يأكل لحوم الناس بالغيبه ويمشى بالنميمه(١).

ورواه في عقاب الأعمال / ٢٩٥ والشهيد الثاني في كشف الريبه / ٣٣. وأما معنى «الأبعد» فقال الجزري: «إن رجلاً جاء فقال: إنّ الأبعد قد زنا، معناه المتباعد عن الخير والعصمه، يقال: بَعَدَ - بالكسر - فهو باعد أى هلك، والأبعد: الخائن أيضاً»(٢).

ومنها: خبر علقمه عن الصادق عليه السلام في حديث قال: ولقد حدّثني أبي عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: مَنْ اغتاب مؤمناً بما فيه لم يجمع الله بينهما في الجنة أبداً، ومن اغتاب مؤمناً بما ليس فيه فقد انقطعت العصمه بينهما، وكان المغتاب في النار خالداً فيها وبئس المصير، الحديث(٣).

ورواه صاحب جامع الأخبار / ٤١٢ ح ٩.

ومنها: مرسله ورام عن أنس قال: خطبنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فذكر الربا وعظم شأنه،

فقال: إنّ الدرهم يُصيبه الرجل من الربا أعظم عند الله في الخطيئه من ست وثلاثين زنيه

ص: ٣٧٧

١- (١) أمالي الصدوق . المجلس الخامس والثمانون ح ٢١ / ٦٧٦ الرقم ٩١٩ .

٢- (٢) النهايه في غريب الحديث والأثر ١ / ١٤٠ ونقل عنه في بحار الأنوار ٨ / ٢٨١ (٣ / ٥٦٣) .

٣- (٣) أمالي الصدوق . المجلس الثاني والعشرون ح ٣ / ١٦٤ الرقم ١٦٣ .

يزنيها الرجل ، وأرأى الربا عرض الرجل المسلم(١) .

ومنها : مرسله أخرى له عن جابر قال : كُنَّا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في مسير فأتى على قبرين يعذب صاحبهما ، فقال : إنهما لا يعذبان في كبيره ، أما أحدهما فكان يغتاب الناس ، وأما الثاني فكان لا يستبرئ من بوله ، ودعا بجريده رطبه أو جريدتين فكسرهما ، ثم أمر بكل كسر فغرس على قبر ، فقال صلى الله عليه وآله وسلم : أما إنَّ سيهون من عذابهما ما كانتا رطبتين ، أو ما لم يبسا(٢) .

أقول : « إنهما لا يعذبان في كبيره » يعنى أنَّهما لا يعذبان بجهه ارتكاب الأعمال الكبيره عند الناس وفي أعيانهم ، لا المعاصي الكبيره كما هو واضح .

ومنها : مرسله ثالثة له عن الباقر عليه السلام قال : إذا كان يوم القيامة أقبل قوم على الله عز وجل فلا يجدون لأنفسهم حسنات ، فيقولون : إلهنا وسيدنا ما فعلت حسناتنا ؟ فيقول الله عز وجل : أكلتها الغيبه ، فإنَّ الغيبه لتأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب(٣) .

روى نحوها المفيد في الروضه كما نقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٤ ح ٤٢ .

ومنها : مرسله القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : إنَّه نظر في النار ليله الإسراء فإذا قوم يأكلون الجيف ، فقال : يا جبرئيل من هؤلاء ؟ قال : هؤلاء الذين يأكلون لحم الناس(٤) .

ومنها : مرسله أخرى له عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : إننى لأعرف أقواماً تدخل النار في أفواههم وتخرج من أدبارهم ، يسمع لها بطونهم دوى كالسيل ، فقيل : من هم يا رسول الله ؟ قال : الذين يغتابون الناس(٥) .

ومنها : مرسله أبى القاسم الكوفى عن على عليه السلام قال : من اغتاب مؤمناً حبسه في طينه

ص: ٣٧٨

١- (١) تنبيه الخواطر ونزّهه النواظر / ١٢٤ .

٢- (٢) تنبيه الخواطر ونزّهه النواظر / ١٢٤ .

٣- (٣) تنبيه الخواطر ونزّهه النواظر / ٣٤٥ .

٤- (٤) لب اللباب / مخطوط ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٥ ح ٤٣ .

٥- (٥) لب اللباب / مخطوط ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٥ ح ٤٥ .

خبال ثلاثين خريفاً . قيل : وما طينه خبال ؟ قال : ما يصير طيناً من صديد فروج الزواني (١) .

ومنها : مرسله صاحب جامع الأخبار عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله تعالى صلواته ولا صيامه أربعين يوماً وليله إلا أن يغفر له صاحبه .

وقال صلى الله عليه وآله وسلم : من اغتاب مسلماً في شهر رمضان لم يؤجر على صيامه (٢) .

تلك عشره كامله من الروايات المتواتره تدلّ بوضوح على أنّ الغيبه من المعاصي الكبيره ، لأنّ الثابت بها التوعيد للعذاب عليها ، فصارت من الكبائر . ولا ينظر إلى ضعف أسناد بعضها ، لأنّ هذا المضمون ورد متواتراً فيها وأفتى المشهور على طبقها ، أعنى على أنّ الغيبه من الكبائر الموبقه . نستعيد بالله تعالى منها ومن غيرها وعصمنا الله وإياكم منها وهو العاصم .

### التاسع : استماع الغيبه حرام

ذهبوا إلى حرمة استماع الغيبه ، وقد ادعى عليها عدم الخلاف (٣) بل الإجماع (٤) واستدلوا لترك ذكره في كلمات الأصحاب بظهوره (٥) ، وقد أفتى بحرمة استماعها الشهيد الثاني في الروضه (٦) وكشف الريبه (٧) والشيخ يوسف في الحدائق (٨) والشيخ جعفر في شرح القواعد (٩) وتلميذاه صاحب المفتح (١٠) والجواهر (١١) والشيخ الأعظم (١٢) والسيد على آل

ص: ٣٧٩

- ١- (٦) كتاب الأخلاق / مخطوط ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١١٤ ح ٦ .
- ٢- (١) جامع الأخبار / ٤١٢ ح ٧ و ٨ .
- ٣- (٢) كما في المكاسب المحرمه / ٤٦ ( ١ / ٣٥٩ ) للشيخ الأعظم ، والجواهر ٢٢ / ٧١ .
- ٤- (٣) كما في مهذب الأحكام ١٦ / ١٢٨ للفقيه السيد عبد الأعلى السبزواری .
- ٥- (٤) كما في مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٩ ، وبرهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٣ الطبع الحجري .
- ٦- (٥) الروضه البهيه ٣ / ٢١٤ .
- ٧- (٦) كشف الريبه / ٣٩ .
- ٨- (٧) الحدائق ١٨ / ١٥٩ .
- ٩- (٨) شرح القواعد ١ / ٢٣١ .
- ١٠- (٩) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٢٩ .
- ١١- (١٠) الجواهر ٢٢ / ٧١ .
- ١٢- (١١) المكاسب المحرمه / ٤٦ - ( ١ / ٣٥٩ ) .

بحر العلوم (١) والمحقق الإيروانى (٢) والمؤسس الحائرى (٣) والعلويه الأمينيه (٤) والمحقق الأردكانى (٥) والفقيه السبزوارى (٦) قدس سرهم .

ولكن ناقش فى الحرمه المحقق الخوئى ، لعدم تماميه المستند عنده (٧) ، وذهب إلى الجواز ،

وتبعه تلميذاه شيخنا الأستاذ (٨) والفقيه القمى (٩) - مدظلهمما - .

والعمده ملاحظه الأدله ، فقد استدلوا للحرمه بعده من الروايات :

منها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه و آله وسلم أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم نهى عن الغيبه والاستماع إليها ونهى عن النميمه والاستماع إليها ، الحديث (١٠) .

والروايه وإن كانت ضعيفه الإسناد ولكن دلالتها على الحرمه التكليفيه واضحه . وأما ذيلها المذكور فيها : « ألا ومن تطول على أخيه فى غيبه سمعها فيه فى مجلس فردّها عنه ردّ الله عنه ألف باب من الشرّ فى الدنيا والآخره ، فإن هو لم يردها وهو قادر على ردّها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرّه » (١١) ، فليست قرينه بأنّ المراد من الاستماع فى الصدر هو الاستماع مع عدم الرد فقط (١٢) ، لأنّ كل منهما موضوع فارد كما يظهر من ملاحظه المتن .

ومنها : صحيحه عبد الأعلى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم : من

ص: ٣٨٠

١- (١٢) برهان الفقه ، كتاب التجاره / ٢٣ .

٢- (١٣) حاشيه المكاسب ١ / ٢١٢ .

٣- (١٤) المكاسب المحرمه / ٢٣١ لآيه الله الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٤- (١٥) أربعين الهاشميه / ٣٤٣ .

٥- (١٦) غنيه الطالب ١ / ١٥٩ .

٦- (١٧) مهذب الأحكام ١٦ / ١٢٨ .

٧- (١٨) مصباح الفقاهه ١ / ٣٥٧ .

٨- (١) إرشاد الطالب ١ / ٢٠٩ .

٩- (٢) عمده المطالب ١ / ٢٨٦ .

١٠- (٣) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٢ ح ١٣ .

١١- (٤) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٢ ح ١٣ .

١٢- (٥) كما عليه المحقق الخوئى ١ / ٣٥٨ .

كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجلس في مجلس يُسبُّ فيه إمامٌ أو يُعتاب فيه مسلمٌ ، إنَّ الله يقول في كتابه : «وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا» إلى قوله : «مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ» (١)(٢) .

وروى ابن إدريس من كتاب ابن قولويه عن عبد الأعلى مثله (٣) .

وهذه الصحيحه كافيها لاثبات المطلوب دلالةً وسنداً .

ومنها : معتبره حمران عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في حديث : ورأيت الغيبة تستملح ويبشّر بها الناس بعضهم بعضاً ، الحديث (٤) .

ومن الواضح أن البشاره بالغيبه يستلزم استماعها مرتين من المُبَشِّر والمُبَشَّر .

ومنها : مرسله المفيد قال : نظر أمير المؤمنين عليه السلام إلى رجل يغتاب رجلاً عند الحسن

ابنه عليه السلام ، فقال : يا بني نزه سمعك عن مثل هذا ، فإنه نظر إلى أخص ما في وعائه فأفرغه في وعائك (٥) .

ومنها : مرسله الشهيد نقلاً عن روضه المفيد عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : الغيبة كفر والمستمع لها والراضى بها مشرك . قلت : فإن قال ما ليس فيه ؟ فقال : ذاك بهتان (٦) .

ومنها : مرسله أبي الفتوح الرازي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : السامع للغيبة أحد المغتابين (٧) .

ورواها ثانياً الشهيدان مرسلًا عن علي عليه السلام (٨) .

ص: ٣٨١

١- (٦) سورة الأنعام / ٦٨ .

٢- (٧) تفسير القمي ١ / ٢٠٤ ونقل عنه في بحار الأنوار ٧٢ / ٢٦٤ ح ٩ .

٣- (٨) السرائر ٣ / ٦٣٩ .

٤- (٩) الكافي ٨ / ٤٠ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢٢١ ح ١٠ .

٥- (١) الاختصاص / ٢٢٥ .

٦- (٢) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٣ ح ٦ .

٧- (٣) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٣ ح ٧ .

٨- (٤) كشف الريبه / ٣٩ .

ومنها : مرسله القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : من سمع الغيبه ولم يغير كان كمن اغتاب ، ومن ردّ عن عرض أخيه المؤمن كان له سبعون ألف حجاب من النار(١).

ومنها : مرسله الشهيد الثانى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : المستمع أحد المغتابين(٢).

ورواها ورام فى مجموعته / ١٢٧ .

ومنها : مرسله ورام بن أبى فراس عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : الساكت شريك المغتاب(٣).

ومنها : مرسله الآمدى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : مستمع الغيبه كقائلها(٤).

تلك عشره كامله من الروايات وفيها الصحيحه ، وادعاء جعل جميعها خلاف العقل السليم فهذا المضمون ثبت صدورها عن أئمتنا عليهم السلام ، وهى تدلّ على حرمة استماع الغيبه لا سماعها ، ولا تلازم بين حرمة الغيبه وحرمة استماعها كما لا يخفى(٥).

### العاشر : وجوب ردّ غيبه المؤمن

عدّه من الروايات تدلّ على وجوب ردّ غيبه المؤمن :

منها : حسنه أبى الورد عن أبى جعفر عليه السلام قال : من اغتیب عنده أخوه المؤمن فنصره وأعانه نصره الله وأعانه فى الدنيا والآخره ، ومن اغتیب عنده أخوه المؤمن فلم ينصره ولم يعنه ولم يدفع عنه وهو يقدر على نصرته وعونه إلا خفضه الله فى الدنيا والآخره(٦).

قد حكم العلامة المجلسى قدس سره بأنّ أبى الورد ممدوح فى الوجيزه(٧) ولذا وصفت الروايه بالحسنه . ورواها البرقى فى المحاسن ١ / ١٨٨ ح ٩٦ بسنده عن أبى الورد .

ص: ٣٨٢

١- (٥) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٣ ح ٨ .

٢- (٦) كشف الریبه / ٣٩ .

٣- (٧) مجموعته ورام / ١٢٧ .

٤- (٨) غرر الحكم ح ٩٧٦٠ .

٥- (٩) راجع مصباح الفقاهه ١ / ٣٦١ .

٦- (١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٩١ ح ٢ . الباب ١٥٦ من أبواب أحكام العشره .

٧- (٢) الوجيزه / ٢١٠ الرقم ٢٢٨٤ .

ومنها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : مَنْ رَدَّ عَنْ عَرَضِ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ وَجِبَتْ لَهُ الْجَنَّةُ الْبَتَّةَ (١) .

ومن مصاديق الردّ عن عرض الأخ ، هو الردّ عن غيبته .

ومنها : معتبره بل صحيحه إبراهيم بن عمر اليماني عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ما من مؤمن يعين مؤمناً مظلوماً إلا كان أفضل من صيام شهر واعتكافه فى المسجد الحرام ، وما من مؤمن ينصر أخاه وهو يقدر على نصرته إلا نصره الله فى الدنيا والآخرة ، وما من مؤمن يخذل أخاه وهو يقدر على نصرته إلا خذله الله فى الدنيا والآخرة (٢) .

الصحيحه تدل بإطلاقها على وجوب ردّ غيبه المؤمن لأنّه من مصاديق نصرته وعدم خذلانه .

ومنها : ما ورد فى خبر وصيه النبو صلى الله عليه وآله وسلم للوصى عليه السلام : يا على ، من اغتیب عنده أخوه المسلم فاستطاع نصره فلم ينصره خذله الله فى الدنيا والآخرة (٣) .

ومنها : ما ورد فى خبر آخر خطبه خطبها النبو صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه أنّه قال فيها : ومن ردّ عن أخيه غيبه سمعها فى مجلس ردّ الله عنه ألف باب من الشر فى الدنيا والآخرة ، فإن لم يردّ عنه وأعجبه كان عليه كوزرٍ من اغتاب (٤) .

ومنها : خبر مناهى النبو صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : ألا ومن تطوّل على أخيه فى غيبه سمعها فيه فى مجلس فردّها عنه ردّ الله عنه ألف باب من الشر فى الدنيا والآخرة ، فإن هو لم يردّها وهو قادر على ردّها كان عليه كوزرٍ من اغتابه سبعين مرّه (٥) .

ومنها : خبر وصيه النبو صلى الله عليه وآله وسلم لأبى ذر أنّه قال : يا أبا ذر مَنْ ذَبَّ عَنْ أَخِيهِ الْمُؤْمِنِ الْغَيْبِ كَانَ حَقًّا عَلَى اللَّهِ أَنْ يَعْتَقَهُ مِنَ النَّارِ . يا أبا ذر من اغتیب عنده أخوه المؤمن وهو يستطيع

ص: ٣٨٣

١- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٢ ح ٣ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٢ ح ٤ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩١ ح ١ .

٤- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٩٢ ح ٥ .

٥- (٧) الفقيه ٤ / ١٥ ونقلت عنه فى كتابى ألف حديث فى المؤمن / ١٩٢ ح ١ .

نصره فنصره ، نصره الله عز وجل في الدنيا والآخرة ، وإن خذله وهو يستطيع نصره خذله الله في الدنيا والآخرة(١).

ومنها : ما رواه المفيد(٢) والطوسي(٣) بإسنادهما عن أبي الدرداء قال : نال رجل من عرض رجل عند النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فردّ رجل من القوم عليه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من ردّ عن عرض أخيه كان له حجاباً من النار .

ومنها : خبر أبي محمد القاسم بن محمد بن جعفر العلوي عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن عليّ عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : للمسلم على أخيه ثلاثون حقاً لا - براءه له منها إلا بالأداء أو العفو ، يغفر زلّته ، ويرحم عبرته ، ويستر عورته ، ويقبل عثرته ، ويقبل معذرتة ، ويردّ غيبته ، ويدمّن نصيحته ، ويحفظ خلّته ، الحديث(٤).

ومنها : مرسله القطب الراوندى رفعه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : من سمع الغيبه ولم يغيّر كان كمن اغتاب ، ومن ردّ عن عرض أخيه المؤمن كان له سبعون ألف حجاب من النار(٥).

تلك عشره كامله من الروايات المستفيضه الداله على وجوب ردّ غيبه المؤمن ، والمراد من ردّ الغيبه هو نصره المغتاب وتزيهه عن تلك الوقيعه ، بأنّ يقال : العيب ليس إلا ما عابه الله من المعاصي إذا كان العيب يرجع إلى الأمور الدنيويه ، أو يخرج العيب عن كونه معصيه إن كان يرجع إلى الأمور الدينيه ، وإن لم يقبل التوجيه والخروج عن كونه معصيه ، يقال : بعدم ثبوت الأمر فى حقّه وعدم قبوله .

ومن الواضح أنّ ردّ الغيبه يرجع بالمآل إلى إسكات المغتاب - بالكسر - وهو ليس إلاّ

ص: ٣٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٩٣ ح ٨ .

٢- (٢) أمالى المفيد . المجلس الأربعون ح ٢ / ٣٣٧ ونقلت عنه فى كتابى ألف حديث فى المؤمن / ١٩٤ ح ٦ .

٣- (٣) أمالى الطوسى . المجلس الرابع ح ٣١ / ١١٥ الرقم ١٧٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٢ / ٢٩٣ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٢ / ٢١٢ ح ٢٤ . الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشره ، وجامع أحاديث الشيعه ٢٠ / ٣٢٦ ح ١٨ (الطبعه الحديثه) .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٣ ح ٨ .



النهي عن المنكر والله العالم .

تنبيه: قال الشيخ محمد بهاء الدين العاملي : « ولا يبعد أن يجعل استماع غيبه المؤمن لقصد ردّها مجوّزاً ، ولم أجد أحداً جوّز ذلك ، وتجويزه قويٌّ » (١) .

أقول : وهو في محلّه .

### الحادي عشر : هل يجوز غيبه الراضى باغتيابه ؟

في جواز غيبه مَنْ يكون راضياً باغتيابه وأعلن ذلك أو نعلم من الخارج برضائه وجهان ، الظاهر والله سبحانه هو العالم - عدم الجواز ، لأننا نعلم بحرمة الغيبه ثم نشك بعد العلم برضائه ، هل الحرمة باقيه أم لا ؟ نستصحب بقاء حرمة الغيبه . هذا بالنسبه إلى الأصل العملي . مضافاً إلى أنّ الإطلاقات الواردة في أدله الغيبه تعمّ فرضى رضى المغتاب (بالفتح) وعدمه ، وبهذه الإطلاقات نحكم بحرمة غيبه الراضى باغتيابه .

لاسيما أنّ المستفاد من الأدله أنّ الغيبه وحرمتها ذو الوجهين وذو الحقين : حقٌّ ووجهٌ بالنسبه إلى المغتاب (بالفتح) وبه صارت الغيبه من حقوق الناس ولذا يجب الاستحلال والاستعفاء منه كما يأتي توضيح ذلك في الفرع الآتى إن شاء الله تعالى ، وحيث يكون راضياً قبل الاغتياب أو بعده ترتفع الحرمة بالنسبه إلى هذا الوجه .

ولكن للغيبه حقٌّ ووجهٌ آخر بالنسبه إلى الله تعالى حيث حرّمه والإتيان بها خروج عن نواهي الله عزّ وجلّ وعصيانه . وهذا الوجه سُمّي بحقّ الله في الغيبه ، ورضى المغتاب (بالفتح) لا يرفعه ولذا على المغتاب (بالكسر) بعد الاستعفاء من المغتاب (بالفتح) أو قبله الإستغفار من الله تعالى والتوبه إليه وطلب العفو منه .

فعلى ما ذكرناه رضى المغتاب (بالفتح) لا يجوّز الغيبه وهى باقيه على حرمتها ، لأنّها تعدّ من عصيان الله تعالى وارتكاب معاصيه والإتيان بنواهيهِ . أعاذنا الله منها .

ولذا قال المحقق الخوئي في بحث مستثنيات الغيبه : « إنّ رضاه (أى رضى المغتاب

ص: ٣٨٥

بالفتح) لا يرفع الحرمه التكليفيه «(١).

## الثانى عشر : كفاره الغيبه

يمكن أن يقال فى بيان كفاره الاغتياى وجوه :

الأول : الاستحلال من المغتاب (بالفتح) .

الثانى : الاستغفار له . ذهب إلى وجوبه جمع من الأعلام ، نحو : أصحاب الحدائق (٢)

وشرح القواعد (٣) ومفتاح الكرامه (٤) .

الثالث : كلا الأمرين معاً . نقله العلامة المامقانى عن بعض مشايخه كما فى المصباح (٥) ، وهو مختار المؤسس الحائرى (٦) .

الرابع : أحدهما على سبيل التخيير .

الخامس : التفصيل بين وصول الغيبه إلى المغتاب فكفارتها الاستحلال منه ، وبين عدم وصولها إليه فكفارتها الاستغفار له فقط . ذهب إليه جمع من الأصحاب كالشهيد الثانى (٧) والعلامة المجلسى (٨) والمحقق الطوسى فى التجريد (٩) وتبعه شارحاه العلامة (١٠) والقوشجى (١١) .

السادس : التفصيل بين إمكان الاستحلال منه وبين عدمه لموت أو بُعد مكان أو كون الإعتذار موجباً لإثاره الفتنه والإهانه . فعلى الأول يجب الاستحلال منه ، وعلى الثانى يجب

ص: ٣٨٦

- ١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٣٥٣ .
- ٢- (٣) الحدائق ١٨ / ١٥٩ .
- ٣- (١) شرح القواعد ١ / ٢٣٢ .
- ٤- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢٠ .
- ٥- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٣٣٤ .
- ٦- (٤) المكاسب المحرمه / ٢١٤ لآيه الله الشيخ محمد على الأراكى .
- ٧- (٥) كشف الريبه / ٧٨ .
- ٨- (٦) مرآه العقول ١٠ / ٤٣٣ .
- ٩- (٧) تجريد الاعتقاد / ٣٠٧ .
- ١٠- (٨) كشف المراد / ٤٢٢ .



الاستغفار له . ألحقه ثاني الشهيدين (١) بالتفصيل المتقدم وهو مورد إحتياط شيخنا الأعظم الأنصارى (٢) ومختار صاحبه الأربعين الهاشميه (٣) .

السابع : عدم وجوب شيءٍ منهما في جميع الصور ، بل الواجب على المغتاب (بالكسر) الاستغفار لنفسه والتوبه من ذنبه . وهو مختار صاحب الجواهر (٤) وتبعه تلميذه السيد على آل بحر العلوم (٥) والمحقق الخوئي (٦) قدس سره .

كما أنّ هذا التقسيم من الوجوه السبعه له (٧) ، ويمكن زياده وجهين آخرين وهما :

الثامن : أنّ الغيبه من حقوق الله وحقوق الناس معاً ، فبالنسبه إلى حقّ الله يسقط بالاستغفار لنفس المغتاب (بالكسر) ، وبالنسبه إلى حقّ الناس والمغتاب (بالفتح) ، الأحوط الإسترضاء ، ومع عدم الإمكان يستغفر له وهذا هو مختار جمع من الأصحاب منهم : الفقيه السيد عبد الأعلى السبزواري (٨) ، وهذا هو القول المختار عندنا في كفاره الإغتياب .

التاسع : التوبه بالنسبه إلى نفس المغتاب (بالكسر) مع وجوب الجمع بين الأمرين ، أى الإستغفار والإسترضاء معاً من المغتاب (بالفتح) . ذهب إليه المحقق الإيرواني (٩) .

### ما هو الأصل العملى فى المقام ؟

على فرض عدم ثبوت الدليل اللفظى فى المقام فهل الأصل العملى يقتضى البراءه أو

ص: ٣٨٧

١- (١٠) كشف الريبه / ٧٩ .

٢- (١١) المكاسب المحرمه / ٤٤ طبع الحجرى (١ / ٣٤١) .

٣- (١٢) الأربعين الهاشميه / ٣٧٥ .

٤- (١٣) الجواهر ٢٢ / ٧٢ .

٥- (١٤) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٣ طبع الحجرى .

٦- (١٥) مصباح الفقاهه ١ / ٣٣٥ .

٧- (١٦) مصباح الفقاهه ١ / ٣٣١ .

٨- (١) مهذب الأحكام ١٦ / ١٣٦ .

٩- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ٢٠٢ .

الإحتياط ؟ ذهب المحقق الخوئي (١) إلى الأوّل ، والمحقق الإيرواني (٢) والمؤسس الحائري (٣) إلى الثاني .

والصحيح أنّ الأصل العملي في المقام هو الإحتياط ، لأنّ بعد وقوع الغيبه وثبوت كونها من المحارم بل من الكبائر يترتب العقاب على المغتاب (بالكسر) ويتوجه إليه النار ، فحينئذ يجب عليه التخلص من العقاب والنار بحكم العقل وتحصيل القطع بالأمن والبراه منه ، فلا بدّ له إلاّ من الاتيان بكلّ شىءٍ يحتمل دخله في البراهه من العقاب والأمن منه من الإستغفار لنفسه وللمغتاب (بالفتح) والإستحلال منه . وهذا يفيدنا بأنّ الأصل العملي في المقام هو الإحتياط لا البراهه .

والذى يسهّل الخطب أنّ الأمر في المقام لم يصل إلى الأصل العملي ، لأنه إن ثبت بالدليل اللفظي لزوم الاستغفار للمغتاب (بالفتح) أو الإستحلال منه أو كلاهما فهو وإلاّ يرجع إلى الإطلاقات والعمومات الواردة في أدله التوبه ، وبها يثبت أنّ الاستغفار للمغتاب (بالكسر) نفسه والتوبه بينه وبين ربّه يكفى للأمن من العذاب والتخلص من العقاب . وقد تبه على هذا البيان شيخنا الأستاذ - مدظله - في الإرشاد وهو متين جداً (٤) .

وهذه العمومات والإطلاقات كثيره جداً نذكر لك نموذج منها حتّى يرضى نفسك بها :

منها : موثقه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ» (٥) الكبائر فما سواها ، قال قلت : دخلت الكبائر في الاستثناء ؟ قال : نعم (٦) .

ومنها : معتبره بل صحيحه اسحاق بن عمار قال : قلت : لأبي عبد الله عليه السلام : الكبائر

ص: ٣٨٨

١- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٣٣١ .

٢- (٤) حاشيه المكاسب ١ / ٢٠١ .

٣- (٥) المكاسب المحرمه / ٢١٤ لآيه الله الشيخ محمد على الأراكى .

٤- (٦) إرشاد الطالب ١ / ١٩٧ .

٥- (١) سوره النساء / ٤٨ و ١١٦ .

٦- (٢) الكافي ٢ / ٢٨٤ ح ١٨ ونقلت عنه في كتابى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٧٧ ح ٢ .

فيها استثناء أن يغفر لمن يشاء؟ قال: نعم (١).

ومنها: صحيحه أبي عبيد الحذاء قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إن الله تعالى أشد فرحاً بتوبه عبده من رجل أضلّ راحلته وزاده في ليله ظلماء فوجدها فالله أشد فرحاً بتوبه عبده من ذلك الرجل براحلته حين وجدها (٢).

ومنها: صحيحه أبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا تَوْبُوا إِلَى اللَّهِ تَوْبَةً نَّصُوحًا» (٣)؟ قال: هو الذنب الذي لا يعود فيه أبداً، قلت: وأينا لم يعد؟ فقال: يا أبا محمد إن الله يحب من عباده المفتن التواب (٤).

ومنها: غيرها من العمومات والإطلاقات الواردة في أدله التوبه، فإن شئت راجع إلى كتابي موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / (٢٨٤ - ٢٥٧).

### ما هو دليل الاستحلال من المغتاب (بالمفتاح)؟

قد استدلووا على وجوب الاستحلال بعدّه من الروايات:

منها: خبر أسباط بن محمد يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: الغيبه أشد من الزنا، فقيل: يا رسول الله ولم ذلك؟ قال: أما صاحب الزنا فيتوب الله عليه، وأما صاحب الغيبه فيتوب فلا يتوب الله عليه حتى يكون صاحبه الذي اغتابه يحلّه (٥).

دلالة الروايه على لزوم الاستعفاء والاستحلال واضحه، ولكن في سندها ضعف ورفّع.

ومنها: خبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأبي ذر أنه قال فيها: يا أباذر إيّاك والغيبه، فإن الغيبه أشد من الزنا. قلت: ولم ذاك يا رسول الله؟ قال: لأن الرجل يزني فيتوب إلى الله عليه،

ص: ٣٨٩

- ١- (٣) الكافي ٢ / ٢٨٤ ح ١٩ ونقلت عنه في كتابي موسوعه احاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٧٧ ح ٣.
- ٢- (٤) الكافي ٢ / ٤٣٥ ح ٨ ونقلت عنه في كتابي موسوعه احاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٥٩ ح ٦.
- ٣- (٥) سورة التحريم / ٨.
- ٤- (٦) الكافي ٢ / ٤٣٢ ح ٤ ونقلت عنه في كتابي موسوعه احاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٢٥٨ ح ٤.
- ٥- (٧) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٤ ح ١٨.

والغيبه لا تغفر حتى يغفرها صاحبها ، الحديث (١).

دلالتها واضحه ، وفي سندها ضعف .

ومنها : خبر القاسم بن محمد بن جعفر العلوي عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : للمسلم على أخيه ثلاثون حقاً لا براءه له منها إلا بالأداء أو العفو . ثم ذكرها على التفصيل ، ثم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له وعليه (٢) .

الروايه ضعيفه سنداً ودلالةً لاشتمالها على حقوق لا قائل بوجوب أدائها ، والظاهر أنّها حقوق أخلاقية ينبغي للمسلم أن يراعيها ويواظب عليها ، بل هي في الجملة من مقتضيات طبع العقلاء والبشر في أمورهم الإجتماعيه ، حتى مع قطع النظر عن الشريعة والدين ، ويأتي منّا توضيحه في خاتمه هذا المبحث عند البحث عن حقوق الإخوان .

ومنها : مرسله جابر وأبي سعيد قالوا- : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إياكم والغيبه ، فإن الغيبه أشد من الزنا ، إن الرجل يزني ويتوب فيتوب الله عليه ، وإن صاحب الغيبه لا يغفر له حتى يغفر له صاحبه (٣) .

دلالتها واضحه ، وفي سندها إرسال .

ومنها : مرسله القطب الراوندي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : عقوبه الغيبه أشد من الزنا . قيل : ولم يا رسول الله ؟ قال : لأن صاحب الزنا يتوب فيغفر الله [ له ] ، ولا تغفر الغيبه إلا أن يحلله صاحبه (٤) .

سندها مرسل ودلالتها واضحه .

ومنها : مرسله سعيد بن جبیر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : يؤتى بأحد يوم القيامة يوقف

بين يدي الله ويدفع إليه كتابه فلا يرى حسناته ، فيقول : إلهي ليس هذا كتابي فأني لا أرى فيها

ص: ٣٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٠ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢ / ٢١٢ ح ٢٤ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ٩ / ١١٨ ح ٢١ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٠ ح ٣ .

طاعتي ، فيقال : إنّ ربّك لا يضلّ ولا ينسى ، ذهب عملك باغتياب الناس ، ثمّ يؤتى بآخر ويدفع إليه كتابه فيرى فيها طاعات كثيرة ، فيقول : إلهي ما هذا كتابي فإنّي ما عملت هذه الطاعات ، فيقول : إنّ فلاناً اغتابك فدفعت حسناته إليك (١) .

الروايه لا تدلّ على وجوب الاستحلال ، وفي سندها إرسال .

ومنها : مرسله المفيد عن الباقر عليه السلام أنّه قال : إذا كان يوم القيامة أقبل قوم على الله عزّ وجلّ فلا يجدون لأنفسهم حسنات ، فيقولون : إلهنا وسيدنا ما فعلت حسناتنا ؟ فيقول الله عزّ وجلّ : أكلتها الغيبه ، إنّ الغيبه تأكل الحسنات كما تأكل النار الحلفاء (٢) .

الحلفاء : نبات معروف ، الروايه لا تدلّ على لزوم الاستحلال وفي سندها إرسال .

ومنها : مرسله القطب الراوندي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : يعطى رجل كتابه فيرى حسنات لم يكن عملها ، فيقول : يا ربّ من أين هذا لي ؟ فيقول : هذا ممّا اغتابك وأنت لا تشعر ، ويدفع لآخر كتاب فيقول : ما هذا كتابي ، فيقول الله : بلى ولكن ذهب عملك باغتيابك الناس (٣) .

سند الروايه مرسله ، ولا تدلّ على لزوم الاستحلال .

ومنها : مرسله صاحب مصباح الشريعه عن الصادق عليه السلام : الغيبه تأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب (٤) .

الروايه لا تدلّ على لزوم الاستحلال ، وسندها مرسل أيضاً .

ومنها : قال الشهيد الثاني : روى عن بعضهم أنّ رجلاً قال له : إنّ فلاناً قد اغتابك ، فبعث إليه طبقاً من الرطب ، وقال : بلغني أنّك قد أهديت إليّ حسناتك فأردت أن أكافئك عليها ، فاعذرني فإنّي لا أقدر أن أكافئك على التمام (٥) .

ص: ٣٩١

١- (١) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢١ ح ٣٠ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٤ ح ٤٢ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٥ ح ٤٩ .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ٩ / ١١٨ ح ١٩ .

٥- (٥) كشف الریبه / ٧٩ .



الروايه عاميه منقوله فى إحياء علوم الدين ٣ / ١٥٤ لأبى حامد الغزالى مع إرسالها وإضمامها ، ولا تدل على وجوب الاستحلال .

ومنها : مرسله الشهيد الثانى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : مَنْ كَانَتْ لِأَخِيهِ عِنْدَهُ مَظْلَمَةٌ فِي عَرْضٍ أَوْ مَالٍ فَلْيَتَحَلَّلْهَا مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ يَوْمَ لَيْسَ هُنَاكَ دِينَارٌ وَلَا دِرْهَمٌ ، يُؤْخَذُ مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَسَنَاتٌ أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتٍ صَاحِبَهُ فَتَرِيدَ عَلَى سَيِّئَاتِهِ (١) .

الروايه عاميه منقوله فى البخارى ٢ / ٨٦٥ و ٥ / ٢٣٩٤ ، ولكن دلالتها على وجوب الاستحلال واضحه .

ومنها : مرسله صاحب جامع الأخبار عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : مَنْ اغْتَابَ مُسْلِمًا أَوْ مُسْلِمَةً لَمْ يَقْبَلِ اللَّهُ تَعَالَى صَلَاتَهُ وَلَا صِيَامَهُ أَرْبَعِينَ يَوْمًا وَلَيْلَهُ ، إِلَّا أَنْ يَغْفِرَ لَهُ صَاحِبُهُ (٢) .

دلالتها على لزوم الاستحلال واضحه ، ولكن فى سندها إرسال .

ومنها : ما روى فى مصباح الشريعة عن الصادق عليه السلام أنه قال : فَإِنْ إِغْتَابَ فَبَلِّغِ الْمَغْتَابَ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ تَسْتَحِلَّ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ وَلَمْ يَلْحَقْهُ عِلْمٌ ذَلِكَ فَاسْتَغْفِرْ لَهُ (٣) .

الروايه مرسله سنداً ، واضحه الدلالة على لزوم الاستحلال بعد وصول الغيبه إلى المغتاب (بالفتح) ، وإن لم يصل لزم الاستغفار له . فهذه الروايه من أدله الوجه الخامس من وجوه كفاره الاغتيا ب . وفى الجملة تدل على لزوم الاستحلال .

ومنها : ما ورد فى الدعاء التاسع والثلاثين من أدعيه الصحيفه السجديه الشريفه : « اللهم وأيما عبد من عبيدك أدركه منى دَرَكَ أَوْ مَسَّهُ مِنْ نَاحِيَتِي أَدَى أَوْ لَحِقَهُ بِي أَوْ بَسَبِي ظَلَمْتُ فَنُتُّهُ بِحَقِّهِ أَوْ سَبَقْتُهُ بِمَظْلَمَتِيهِ فَصَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَأَرْضِيهِ عَنِّي مِنْ وَجْدِكَ وَأَوْفِيهِ حَقَّهُ مِنْ عِنْدِكَ ثُمَّ قِنِي مَا يُوْجِبُ لَكَ حُكْمَكَ وَخَلِّصْنِي مِمَّا يَحْكُمُ بِهِ عَدْلُكَ ، فَإِنَّ قُوَّتِي لَا تَسْتَقِيلُ بِنِقْمَتِكَ وَإِنْ طَاقَتِي لَا تَنْهَضُ بِسَخَطِكَ ، فَإِنَّكَ إِنْ تَكَاوَفْتِ بِالْحَقِّ تُهْلِكُنِي وَإِلَّا تَعَمَّدَنِي تُوبِقُنِي » (٤) .

ص: ٣٩٢

١- (١) كشف الريبه / ٧٨ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٢ ح ٣٤ .

٣- (٣) مصباح الشريعة / ٣٢ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٢ / ٢٤٢ (٢٩ / ٢٦٤) .

٤- (٤) الصحيفه السجديه . الدعاء ٣٩ فى طلب العفو والرحمه .

الصحيحه الشريفه وصلت إلينا بأسناد صحيحه ، فلا يمكن المناقشه فى سندها ، لا سيما بعد تلقيها بالقبول عند الأصحاب . نعم يمكن المناقشه فى دلالتها :

أولاً : بأنّ الفعل الصادر من الإمام عليه السلام لا يدلّ على الوجوب ، لكونه أعم من الوجوب والاستحباب .

وثانياً : الدعاء لا يدلّ على لزوم الاستحلال من المغتاب (بالفتح) بل ناجى

الإمام عليه السلام ربّه ، بأنّ الله تعالى يرضيه ويوفى حقّه من عنده ، وهذا غير لزوم الاستعفاء والاستحلال من المغتاب (بالفتح) ، وإن كان فيه إشاره ضمنيه أو دلالة إلتراميه بلزوم هذا . وإن تمت هذه الاشاره أو الدلاله فيتم المطلوب وإلا فلا .

ومنها : دعاء يوم الإثنين من ملحقات الصحيحه الشريفه ، قال عليه السلام فيها :

« وأسئلك فى مظالم عبادك عندى ، فأَيما عبيدٍ من عبيدك أو أمهٍ من إمائك كانت له قبلى مظلمةٌ ظَلَمْتُهَا إِيَّاهِ فى نفسه أو فى عرضه أو فى ماله أو فى أهله ووَلَدِهِ أو غيبهٌ اَعْتَبْتُهُ بها أو تحاملٌ عليه بميلٍ أو هوىٍّ أو أنفهٍ أو حميهٍ أو رثاءٍ أو عَصَبِيهِ ، غائباً كان أو شاهداً ، وحيّاً كان أو ميتاً فَقَصَّيرَتْ يَدِي وضاقَ وُسْجِي عن رَدِّها إليه والتَّحَلُّلُ منه ، فأَسألك يا من يملكُ الحاجاتِ وهى مستجيبهٌ لمشيئتهِ ومُسْرِعُهُ إلى إرادته أن تصلّى على محمد وعلى آل محمد وأن تُرَضِّيَهُ عَنِّي بما شئتَ وَتَهَبَ لِي من عندك رحمهً إِنَّه لا يَنْقُصُكَ المغفره ولا تَضُرُّكَ الموهبه يا أرحم الراحمين»(1).

وهذا الدعاء الشريف كالنص على لزوم الاستحلال والاستعفاء من المغتاب (بالفتح) ، ولا يمكن المناقشه فى إسنادها ، فلا بدّ من الأخذ به .

المستفاد من أدعيه الصحيحه الشريفه وغيرها من الروايات - وإن يمكن المناقشه فى إسناد بعضها ودلاله بعضها الآخر - ومن الجميع بعد بلوغها إلى حدّ الاستفاضه إن لم نقل بوجوب الاستحلال والإستعفاء من المغتاب (بالفتح) لا أقل من أنّه هو الأظهر والأولى والأحوط ، ولكن إن لا يصير ذلك سبباً لمزيد الإهانه أو الإيذاء أو إثاره الفتنة أو جلب

ص: ٣٩٣

الضعائن ، ويمكن الاستعفاء مع الإبهام مع خوف هذه الأمور ، كما تَبَّ عليه الشيخ الأكبر في شرحه على القواعد (١).

قال الشهيد الثاني : « وَيُسْتَحَبُّ للمعتذر إليه قبول العذر والمحالَّه استحباباً مؤكداً ، قال الله تعالى : «خُذِ الْعَفْوَ» (٢) الآية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : يا جبرئيل ما هذا العفو ؟ فقال : إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكَ أَنْ تَعْفُو عَمَّنْ ظَلَمَكَ ، وَتَصِلَ مَنْ قَطَعَكَ ، وَتَعْطَى مَنْ حَرَمَكَ (٣) .

وفي خبر آخر : إذا جثى الأمم بين يدي الله تعالى يوم القيامة نودوا : ليقم من كان أجره

على الله ، فلا يقوم إلا من عفى في الدنيا» (٤) (٥) .

### دليل الاستغفار للمغتاب (بالفتح)

قد استدلوا على وجوب الاستغفار له بعده من الروايات :

منها : خبر حفص بن عمر الكوفى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سُئِلَ النّبىّ صلى الله عليه وآله وسلم ما كفاره الاغتيا ب ؟ قال : تستغفر الله لمن اغتبتّه كلّما ذكرته (٦) .

الروايه ضعيفه سنداً بحفص بن عمر الكوفى ، لعدم ثبوت وثاقته كما هو الظاهر وإن لم يثبت أنه الكوفى ، لأنه مشترك بين أفراد لا- توثيق لهم . والظاهر أن المراد ب- « كلّما ذكرته » أى كلّما ذكرت المغتاب (بالفتح) تستغفر له ، أو كلّما ذكرت الاغتيا ب . ويناقش في دلالتها بأنها « خلاف الضروره ولم يلتزم به فقيه فيما نعلم وإن ذكره بعض أهل الأخلاق ، وعليه فتحمل الروايه على الجهات الأخلاقيه » كما فى المصباح (٧) .

ص: ٣٩٤

١- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٣٢ .

٢- (٣) سوره الأعراف / ١٩٩ .

٣- (٤) التبيان ٥ / ٦٣ .

٤- (١) إحياء العلوم الدين ٣ / ١٥٤ .

٥- (٢) كشف الريبه / ٧٩ .

٦- (٣) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٩٠ ح ١ الباب ١٥٥ من أبواب أحكام العشره .

٧- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٣٣٣ .

نعم ، بناءً على كون النسخه « كما ذكرته » كما نقل العلامة المجلسي في المرآه (١) والبحار (٢) عن بعض النسخ فلا يرد عليها هذا الإشكال .

ومما يؤيد هذه النسخه الأخيره - أي « كما ذكرته » - الروايه الآتيه :

ومنها : خبر أنس بن مالك عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : كفاره الإغتياب أن تستغفر لمن اغتبتَه (٣) .

ومنها : مرسله الشهيد الثاني والمجلسي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : كفاره مَنْ اغتبتَه أن تستغفر له (٤) .

ومنها : خبر محمد بن محمد بن الأشعث في الجعفریات بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : مَنْ ظلم أحداً فعابه ،

فليستغفر الله له كما ذكره فإنه كفاره له (٥) .

ومن المعلوم أنّ الغيبه داخله في العيب والظلم ، فعلى المغتتاب (بالكسر) الاستغفار للمغتتاب (بالفتح) كما تدلّ عليه الروايه ، ولكنّها ضعيفه الإسناد .

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من ظلم أحداً وفاته فليستغفر الله له فإنه كفاره له (٦) .

قال العلامة المجلسي : « ففاته » أي لم يدركه ليطلب البراءه ويرضيه ، ولعله محمول على ما إذا لم يكن حقاً مالياً كالغيبه وأمثالها ، وإلا فيجب أن يتصدّق عنه ، إلا أن يقال :

ص: ٣٩٥

١- (٥) مرآه العقول ١٠ / ٤٣١ .

٢- (٦) بحار الأنوار ٧٢ / ٢٤٢ (٢٩ / ٤٦٢) .

٣- (٧) أمالي المفيد . المجلس الحادي والعشرون ح ٧ / ١٧١ وأمالي الطوسي . المجلس السابع ح ٢٧ / ١٩٢ الرقم ٣٢٥ ونقل عن الأول في مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٠ ح ٢ .

٤- (٨) كشف الريبه ٧٨ / ٧٢ / ٢٤٢ (٢٩ / ٤٦٢) .

٥- (١) الجعفریات ٢٢٨ / ٢٢٨ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٣٠ ح ١ .

٦- (٢) وسائل الشيعه ١٦ / ٥٣ ح ٥ . الباب ٧٨ من أبواب جهاد النفس .

التصدق عنه أيضاً طلب مغفره له (١).

أقول : الغيبه تدخل في الظلم ، وحيث لم يتمكن المغتاب (بالكسر) من الإستحلال والإسترضاء والإستعفاء من المغتاب (بالتفتح) لموته أو غيره ، يجب عليه الإستغفار له . وحيث أن روايات الاستغفار كلها ضعاف إلا هذه الروايه وورد فيها الترتيب وعلل الاستغفار بالفوت وعدم التمكن بالاستحلال من المظلوم ، فلا بد من أخذها مرتباً .

فذلكه الكلام في كفاره الاغتياب : يجب على المغتاب (بالكسر) الاستحلال والاسترضاء والاستعفاء من المغتاب (بالتفتح) أولاً ، وإن لم يتمكن منه لموته أو لإثاره الفتنة أو لشده الإيذاء والإهانه فيجب حينئذ الاستغفار له ، وعلى كل تقدير يجب عليه أيضاً الاستغفار لنفسه والتوبه من ذنبه إلى الله تعالى ، والله العالم .

### المقام الرابع : مستثبات الغيبه

#### إشاره

قد ذكروا في هذا المقام أموراً :

#### الأول : المتجاهر بالفسق

يجوز غيبه الفاسق المتجاهر والمعلن لفسقه في الجملة ، وإنما الخلاف بين أصحابنا بين تقييد هذا الجواز بالذنب الذي يتجاهر به - كما ذهب إليه الشهيد في القواعد والفوائد (٢) والمحقق الثاني في رسائله (٣) والشهيد الثاني في كشف الريبه (٤) وصاحب الجواهر (٥) والمؤسس

الحائري (٦) والمحقق الخوئي (٧) - أو أنّ الجواز مطلق ، بأن تجوز غيبته ولو فيما لم يتجاهر به كما هو

ص: ٣٩٦

١- (٣) مرآه العقول ١٠ / ٣٠٨ .

٢- (٤) القواعد والفوائد ٢ / ١٤٨ .

٣- (٥) رسائل المحقق الكركي ٢ / ٤٥ .

٤- (٦) كشف الريبه / ٥١ .

٥- (٧) الجواهر ٢٢ / ٦٩ .

٦- (١) المكاسب المحرمه / ٢٢٢ لآيه الله الشيخ محمد علي الأراكي .

٧- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٣٤١ .

ظاهر كلام جملة من الأصحاب - كما في الحدائق (١) - وذهب إليه أصحاب شرح القواعد (٢) والمستند (٣) وبرهان الفقه (٤) ومهذب الأحكام (٥) وإرشاد الطالب (٦) .

والذى يظهر من الشيخ الأعظم التفصيل بين المعاصى التى هى دون ما تجاهر فيه فى القبح وبين غيرها ، فيجوز اغتيابه فى الأول ولا يجوز فى الثانى . وهذا التفصيل من إبداعاته ومتفرداته ، ومثّل له بقوله : « ... فمن تجاهر باللواط - والعياذ بالله - جاز اغتيابه بالتعرض للنساء الأجانب ، ومن تجاهر بقطع الطرق جاز اغتيابه بالسرقه ، ومن تجاهر بكونه جلاّد السلطان يقتل الناس وينكّل بهم جاز اغتيابه بشرب الخمر ، ومن تجاهر بالقبائح المعروفة جاز اغتيابه بكلّ قبيح ... » (٧) .

والعمده فى المقام ملاحظه الأدله وما يُستفاد منها ، نحو :

حسنه هارون بن الجهم عن الصادق عليه السلام قال : إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له ولا غيبه (٨) .

رجال السنن كلّهم ثقات إلّا أحمد بن هارون وهو حسنٌ ، وبه عبّرنا عن الروايه بالحسنه . ودلالاتها على جواز غيبه المتجاهر بالفسق مطلقاً ظاهره ، حيث لم تقيّد الجواز بشيء بل أطلقته . وقوله عليه السلام « فلا حرمه له ولا غيبه » ، يعنى بعد التجاهر بالفسق وبتك الشريعه علائقيه فلا حرمه لهذا الهاتك المتجاهر ، فيجوز غيبته مطلقاً لذهاب حرمة .

ومنها : خبر أبى البختري عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : ثلاثه ليس لهم حرمه :

ص: ٣٩٧

١- (٣) الحدائق ١٨ / ١٦٦ .

٢- (٤) شرح القواعد ١ / ١٦٦ .

٣- (٥) مستند الشيعة ١٤ / ١٦٧ .

٤- (٦) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٢ طبع الحجرى .

٥- (٧) مهذب الأحكام ١٦ / ١٣٠ .

٦- (٨) إرشاد الطالب ١ / ٢٠٢ .

٧- (٩) المكاسب المحرمه / ٤٤ الطبع الحجرى (١ / ٣٤٦) .

٨- (١٠) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٤ . الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشره .

صاحب هوى مبتدع ، والإمام الجائر ، والفاسق المعلن بالفسق(١).

والرواية ضعيفه سنداً بأبى البخترى ، وهو وهب بن وهب الذى كان كذاباً عامياً قاضياً متروك العمل فيما يختص به . والعجب من ابن الغضائرى حيث يقول : « إلا أن له عن جعفر بن محمد عليه السلام أحاديث كلها يوثق بها»(٢)(٣) . وإن تم ما ذكره ابن الغضائرى صارت الرواية موثق بها ، ولكن فيه ما لا يخفى . وأما دلالتها على الجواز مطلقاً واضح .

ومنها : روايه السيد فضل الله الراوندى فى نوادره بإسناده عن موسى بن جعفر عليه السلام عن آباءه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أربعه ليس غيبتهم غيبه : الفاسق المعلن بفسقه ، والإمام الكذاب إن أحسنت لم يشكر وإن أسأت لم يغفر ، والمتفكهون بالأثمات ، والخارج من الجماعه الطاعن على أمتى الشاهر عليها سيفه(٤) .

ومنها : مرسله القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لا- غيبه لثلاثه : سلطان جائر ، وفساق معلن ، وصاحب بدعه(٥) .

ومنها : مرسله المفيد عن الرضا عليه السلام قال : من ألقى جلباب الحياء فلا غيبه له(٦) .

رواها ابن شعبه الحرانى فى تحف العقول / ٤٥ رسلاً عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

الظاهر أن المراد بها : من هتك ستره وأعلن فسقه فلا غيبه له .

ومنها : مرسله الشهيد الثانى رفعه عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لا غيبه لفاسق(٧) .

رواها ابن أبى جمهور الأحسائى فى عوالى اللالكى ١ / ٤٣٨ ح ١٥٣ مع زياده « أو فى

ص: ٣٩٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٩ ح ٥ .

٢- (٢) مجمع الرجال ٦ / ١٩٨ للمولى عنايه الله بن على القهبائى .

٣- (٣) رجال ابن الغضائرى / ١٠٠ الرقم ١٥١ ، ولكن فى المطبوعه : « إلا أن له عن جعفر بن محمد أحاديث كلها لا يوثق بها» .

٤- (٤) النوادر / ١٣٣ ح ١٧١ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٨ ح ٢ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٨ ح ١ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٩ ح ٣ .

٧- (٧) كشف الريبه / ٥١ .

والرواية تحمل على الفاسق المعلن بقرينه ما سبقها .

وهذه الروايات بإطلاقها وظاهرها تدلّ على جواز غيبه الفاسق المتجاهر مطلقاً ، أى بلا فرق بين ما تجاهر به وغيره ، وبلا فرق بين دون ما تجاهر به وغيره ، كما عليه جملة من الأصحاب قدس سرهم .

نعم ، لو أبدى المتجاهر عذراً شرعياً لما تجاهر به ، وادعاه ، قبل منه ، فحينئذ لا يجوز غيبته . وهكذا لو ارتكب الحرام الواقعي لشبهه حكميه أو موضوعيه بأن يأكل مثلاً لحم الأرانب باعتقاد إباحتها بحسب اجتهاده أو اجتهاد مَنْ يقلده ، أو شرب الخمر باعتقاد أنّها ماءً ، ووطئ إمرأه أجنبيّه باعتقاد أنّها زوجته ، وقتل المؤمن باعتقاد أنّه مهذور الدم ، ففي جميع هذه الموارد إذا تم له أو لمقلده الاجتهاد أو لم يكن مقصراً ، كان معذوراً ، فلا يجوز غيبته لعدم ظهور فسقه مع هذه المعاذير .

تنبيهٌ : قال صاحب الحقائق : « وكيف كان فالظاهر أنّ حكام الجور والظلمه وأتباعهم المتظاهرين بالظلم والفسق وأخذ أموال الناس واللعب بالباطل - كما هو معروف الآن في جميع الأصقاع والبلدان من الشيعة وغيرهم - من هذا القبيل ، بل من أظهر أفراد هذه الأخبار » (٢) .

أقول : مضافاً إلى ما ذكره قدس سره إنهم يدخلون في عنوان الإمام الجائر والإمام الكذاب والسلطان الجائر وغيرها من العناوين الواردة في الروايات الماضيه ، فلذا يجوز غيبتهم مطلقاً . أعاذنا الله وإيّاكم من شرّهم وظلمهم وجورهم وفسقهم وأتباعهم وأنصارهم والراضين بأفعالهم وأعمالهم .

## الثاني : التظلم

يجوز للمتظلم عند من يرجو إزاله ظلمه غيبه الظالم بذكر الظلم .

ص: ٣٩٩

١- (٨) كما نقل عنه في مستدرک الوسائل ١٢ / ١٢٩ ح ٦ .

٢- (١) الحقائق ١٨ / ١٦٧ .



وقال المحقق السبزواری بعد عنوانه المسأله : « ولعلّ الأحوط الإقتصار على قدر الحاجه » (١).

قد استدلووا على هذا الإستثناء بعدّه من الآيات والروایات :

منها : قوله تعالى : «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا» (٢).

من المعلوم أنّ الغيبه تدخل فى القول بالسوء ، فجوّزتها الآيه الشريفه للمظلوم ، فله غيبه الظالم وإظهار جرائمه وآثامه ومعايبه عند من يرجو أن يتمكن من رفع الظلم عنه لا

مطلقاً (٣) ، لأنّ ظهور الآيه الشريفه جواز التظلم لرفع الظلم وإلا صار عمله عبثاً لا يفيد شياً ، والعقلاء يتوقفون عند الأعمال التى لا فائده لهم فيها .

ولذا قيد بعض الأصحاب (٤) قدس سرهم العنوان بقيدین :

الأوّل : يختص الجواز عند من يرجو رفع الظلم عنه لا عند كلّ أحدٍ .

الثانى : يجوز له غيبه الظالم بذكر ظلمه فقط لا غيره .

والحق أخذ القيدین فى المقام ، لعدم ثبوت الإطلاق فى الأدله المجوّزه بعد انعقاد القدر المتيقّن فى المقام ، وهو فرض القيدین .

وبالجمله ، فالآيه الشريفه تكفى دليلاً فى جواز غيبه الظالم للمظلوم ، ولكن مع القيدین

ص: ٤٠٠

١- (٢) الكفایه ١ / ٤٣٦ .

٢- (٣) سوره النساء / ١٤٨ .

٣- (١) والعجب من المحقق الخوئى فى مصباحه ١ / ٤٣٤ وتبعه شيخنا الأستاذ - مد ظله - فى إرشاده ١ / ٢٠٥ حيث ذهب إلى الإطلاق .

٤- (٢) نحو أصحاب كشف الریبه / ٤٩ ومفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٨ والجواهر ٢٢ / ٦٦ ، والمحققون الشيخ الأعظم والإيروانى والسبزواری ، وصرحوا بالثانى فى المكاسب المحرمه / ٤٤ (١ / ٣٤٨) والحاشیه على المكاسب ١ / ٢١٠ ، ومهذب الأحكام ١٦ / ١٣٢ ، وكثير منهم صرح بالأوّل منهم : أصحاب الكفایه ١ / ٤٣٦ والحدائق ١٨ / ١٦٠ والمستند ١٤ / ١٦٨ وبرهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٢ والمؤسس الحائرى فى المكاسب المحرمه / ٢٢٥ والمحقق الأردكانى فى غيبه الطالب ١ / ١٥٨ .

المذكورين ، من دون احتياج إلى الروايات الشريفة الواردة في ذيلها .

ومنها : الآيات الواردة في سورة الشورى ، وهى قوله تعالى : «وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ \* وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ \* وَلَمَنِ اتَّصَرَ بِعَدُوِّهِ ظُلْمَهُ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِّنْ سَبِيلٍ \* إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِحَقِّ أَوْلِيئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (١) .

بتقريب : ظهور الآيه الثانيه منها فى جواز الإعتداء على الظالم والانتقام منه ، نحو قوله تعالى : «فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (٢) ، ولكن ظهور الآيات الثلاث لا ينكر فى المقام . وتفسير الآيات الشريفة بالقائم عجل الله تعالى فرجه الشريف كما فى بعض الروايات (٣) الواردة فى ذيلها ، لا- ينافى ما ذكرناه ، لأنها من باب تعيين المصداق وتنقيح الصغرى لا الإحصار .

ومنها : قوله تعالى فى سورة الشعراء وفى ذمهم حيث استثنى من المذمومين «إِلَّا

الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيرًا وَانْتَصَرُوا مِنْ بَعْدِ مَا ظَلَمُوا وَسَيَعْلَمُ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَيَّ مُنْقَلَبٍ يَنْقَلِبُونَ» (٤) .

بتقريب : أن الآيه الشريفه جوز الانتصار للمظلوم ودفع الظلم عنه مطلقاً ، بلا فرق بين غيبه الظالم وحضرته ، سواء كان بالشعر أو النثر .

ومنها : صحيحه ثعلبه بن ميمون عمّن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام قال : كان عنده قومٌ يحدثهم إذ ذكر رجلٌ منهم فوقع فيه وشكاه ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : وأتى لك بأخيك كله - وأتى الرجال المهذب (٥) .

ص: ٤٠١

١- (٣) سورة الشورى / (٤٢ - ٣٩) .

٢- (٤) سورة البقره / ١٩٤ .

٣- (٥) راجع فى هذا المجال البرهان فى تفسير القرآن ٤ / ٨٢٩ .

٤- (١) سورة الشعراء / ٢٢٧ .

٥- (٢) الكافى ٢ / ٦٥١ ح ١ باب الإغضاء - أى الإغماض - ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٢ / ٨٥ ح ١ . الباب ٥٦ من أبواب أحكام العشره .

بتقريب : أن الرجل شكنا بعض إخوانه في الدين ، والإمام عليه السلام لم ينه عنه بل قال : « أتى لك بأخيك كلاً » ، أى لم يوجد الأَخ الكامل التام في هذا الزمان ولا يحصل إلا نادراً وتوقع ذلك كتوقع أمر محال ، فارض عن الناس بالقليل ، حيث لم يؤدوا حقوق الأخوه والأمر يكون عليك سهلاً ، ثم تمسك الإمام عليه السلام بقطعه من مصراع هذا البيت :

ولست بمستبق أخاً لا تلمه على شعث ، أتى الرجال المهذب

وبهذا البيان يظهر أن الإمام عليه السلام لم ينه الرجل عن الشكايه والوقوع في أخيه ، والظاهر أنه في مقام بيان التظلم والشكوى عنه ، فأقره الإمام عليه السلام على شكايته ولكن سلاه بأن الأخ التام الكامل والرجال المهذبين لا يوجدون في هذا العصر ، فدلاله الروايه تامه ولكن في سندها إرسال ظاهر .

ومنها : خبر هارون بن عمرو المجاشعي عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لى الواجد بالدين يحلّ عرضه وعقوبته ، ما لم يكن دينه فيما يكره الله عزّ وجلّ (١) .

دلاله الروايه واضحه ، لأن لى (٢) الواجد - أى مطلقه عن أداء الدين مع التمكن عليه - يحلّ عرضه ، لأنه قد ورد عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : مظل الغنى ظلم (٣) .

ماطله بحقه : أى سوفه بوعده الوفاء ، وهذا ظلم ، وهذا الامتناع يحلّ عرض الممتنع ،

لأنه ظلم ، فالظلم يحلّ عرض الظالم للمظلوم ، ولكن في سندها ضعف .

ومنها : مرسله الشهيد الثانى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لصاحب الحقّ مقال (٤) .

الروايه عاميه رويت في البخارى ٢ / ٢١٨٣ وسنن الترمذى ٣ / ٦٠٨ وإحياء علوم الدين ٣ / ١٥٢ ، ودلالاتها مجمله .

ومنها : مرسله الأحسائى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لهند بنت عتبه - امرأه أبى سفيان -

ص: ٤٠٢

١- (٣) أمالى الطوسى . المجلس الثامن عشر ح ٥٣ / ٥٢٠ الرقم ١١٤٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ٣٣٣ ح ٤ . الباب ٨ من أبواب الدين والقرض .

٢- (٤) اللى : مظل الدين .

٣- (٥) الفقيه ٤ / ٣٨٠ ح ٥٨١٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨ / ٣٣٣ ح ٣ .

٤- (١) كشف الريبه / ٤٩ .

حين قالت : إنّ أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني وولدى ما يكفيني ، فقال لها : خُذِي لِكِ ولولدك ما يكفيك بالمعروف(١) .  
دلاله الروايه غير تامه ، لأنّ أبا سفيان لم يكن محرّم الغيبه عندنا ، بل هو منافق كافر كما صرح به صاحب الحدائق(٢) قدس سره ، أو يكون معلناً بالبخل ويضرب به المثل كما عن بعض(٣) ، وفي سندها إرسالٌ .  
ومنها : غير ذلك من الروايات ولكن في دلاله الآيات كفايه في المقام .

فذلكه القول : يجوز غيبه الظالم للمظلوم في مقام التظلم عند من يرجو إزاله ظلمه ، وبالنسبه إلى الظلم الذي ظلمه فقط ، لعدم ثبوت الإطلاق في الأدله المجوّزه كما مرّ ، والله سبحانه هو العالم .

### تنبيه : هل يجوز الغيبه في ترك الأولى أم لا ؟

قد استدلووا على جوازها بعدّه من الروايات :

منها : معتبره حماد بن عثمان قال : دخل رجل على أبي عبد الله عليه السلام فشكا إليه رجلاً من أصحابه ، فلم يلبث أن جاء المشكّو ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : ما لفلان يشكوك ؟ فقال له : يشكوني إنّني استقضيتُ منه حقّي . قال : فجلس أبو عبد الله عليه السلام مغضباً ، ثم قال : كأنك إذا استقضيت حقك لم تسيء ، أرأيت ما حكى الله عزّ وجلّ في كتابه : «يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ»(٤) ، أتري أنّهم خافوا الله أن يجور عليهم ، لا والله ما خافوا إلاّ الإستقضاء ، فسّماه الله عزّ وجلّ سوء الحساب ، فمن استقضى به فقد أساء(٥) .

معلّى بن محمد البصرى من المعاريف ولم يثبت قدحه ، فهو معتبر عندنا وصار سند

ص: ٤٠٣

١- (٢) عوالي اللآلى ١ / ٤٣٨ ح ١٥٥ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٩ ح ٤ .

٢- (٣) الحدائق ١٨ / ١٦٢ .

٣- (٤) نحو : المؤسس الحائرى فى المكاسب المحرمه / ٢٢٨ والمحقق الخوئى فى مصباح الفقاهه ١ / ٣٥٢ .

٤- (٥) سورة الرعد / ٢١ .

٥- (١) الكافى ٥ / ١٠٠ ح ١ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٨ / ٣٤٨ ح ١ الباب ١٦ من أبواب الدين والقرض .

الروايه به معتبراً .

وأما دلالتها : الإستقصاء : طلب الحقّ والقضاء ، وحيث أنّ الرجل من أصحاب الصادق عليه السلام طلب حقّه أو دينه من الشاكي فلم يظلمه ، إلاّ في فرض إعساره وعدم تمكنه من الأداء ، فحينئذ لو استقصى منه فقد ظلمه . ودخلت المعبره في أدله جواز الغيبه في فرض التظلم ، لأنّ الواجد يجب عليه أداء الدين ولا يجوز له التأخير .

هذا كلّ بناءً على أنّ « النسخه الاستقصاء » بالصاد المعجمه كما في نسخه الكافي المطبوع والوسائل وهكذا في نقل الشيخ الطوسي (١) من الروايه وإن كان في سنده ضعف بمحمد بن يحيى الصيرفي لأنّه إمامي مجهول .

وأما بناءً على أنّ نسخه الروايه « الإستقصاء » بالصاد المهمله كما نقل في هامش الكافي المطبوع عن بعض النسخ واختاره المحدث الفيض في الوافي (٢) ونقل هذه النسخه ، ونقله العلامة المجلسي عن بعض النسخ القديمه في مرآه العقول (٣) .

والاستقصاء في الحقّ : البلوغ إلى الغايه في المطالبه ، والدقه التامه فيه إلى حدّ النهايه ، ومن المعلوم أنّ ذلك قد يؤدي إلى الهتك والظلم فيكون حراماً ، فالمعبره على كلا النسختين صارت من أدله جواز الغيبه في فرض التظلم ، ولا تدلّ على ما نحن فيه من جواز الغيبه في ترك الأولى .

والظاهر - والله العالم - أنّ نسخه الاستقصاء بالصاد المهمله هي الصحيحه ، لما ورد في صحيحه حماد بن عثمان المرويه في معاني الأخبار (٤) بالصاد المهمله . وهكذا نقلت الروايه في تفسير علي بن إبراهيم القمي (٥) وتفسير العياشي عن حماد بن عثمان (٦) وعن محمد بن

ص: ٤٠٤

١- (٢) التهذيب ٦ / ١٩٤ ح ٥٠ .

٢- (٣) الوافي ١٨ / ٨٠١ .

٣- (٤) مرآه العقول ١٩ / ٥٤ .

٤- (٥) معاني الأخبار / ٢٤٦ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٨ / ٣٤٩ ح ٣ .

٥- (٦) تفسير القمي ١ / ٣٦٣ .

٦- (٧) تفسير العياشي ٢ / ٣٨٨ ح ٣٩ .

عيسى (١) والسراثر لابن إدريس الحلي (٢) ومشكاة الأنوار لسبط الطبرسي (٣) .

ومنها : مرسله العياشي عن الفضل بن أبي قزّه عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تعالى : «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ» (٤) ، قال : من أضاف قوماً فأساء ضيافتهم فهو مَمَّن ظلم ، فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه (٥) .

الظاهر أنّ المراد من إساءه الضيافه هو الهتك والإهانه اللذان يعدان من الظلم ، وإلاّ لم يصح تطبيق الآيه الشريفه عليها . وعلى هذا فالروايه من أدله جواز الغيبه في التظلم ، ولكن في سندها إرسالاً .

ونظيرها في الدلاله والسند الروايه الآتيه :

ومنها : مرسله الطبرسي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في ذيل الآيه الشريفه : إنّ الضيف ينزل بالرجل فلا يُحسِنُ ضيافته ، فلا جناح عليه في أنّ يذكره بسوء ما فعله (٦) .

وبالجملة ، حيث لم يدل دليل على جواز الغيبه في ترك الأولي واستثناؤه عن حرمة الغيبه ، فتبقى على حرمتها الأولى ، والله سبحانه هو العالم .

### الثالث : نصح المستشير

قد استدلوا على جواز الغيبه في نصح المستشير بعدّه من الروايات :

منها : صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال له : جئتُك مستشيراً ، إنّ الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر خطبوا إليّ ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : المستشار مؤتمن ، أما الحسن فإنه مطلق للنساء ، ولكن زوجه

ص: ٤٠٥

١- (٨) تفسير العياشي ٢ / ٣٨٨ ح ٤٠ .

٢- (٩) السراثر ٣ / ٥٧١ .

٣- (١٠) مشكاة الأنوار ١ / ٢٣١ ح ٤٩٢ طبع مؤسسه آل البيت ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٤٠٥ ح ١ .

٤- (١) سورة النساء / ١٤٨ .

٥- (٢) تفسير العياشي ١ / ٤٥٣ ح ٢٩٩ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٩ ح ٦ .

٦- (٣) مجمع البيان ٣ / ٢٠١ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٢ / ٢٩٠ ح ٧ .

الحسين فإنه خير لا بنتك (١).

ومنها: خبر عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من استشار أخاه فلم ينصحه محض الرأي سلبه الله عز وجل رأيه (٢).

ومنها: خبر عبد الله بن سليمان النوفلي عن الصادق عليه السلام أنه كتب إلى عبد الله

النجاشي: أخبرني يا عبد الله، أبي عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي بن أبي الطالب عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، أنه قال: من استشاره أخوه المؤمن، فلم يمحصه النصيحة سلبه الله لثبه (٣).

ومنها: خبر عبايه قال: كتب علي عليه السلام إلى محمد - وإلى أهل مصر - وذكر الكتاب إلى أن قال: وانصح لمن استشارك (٤).

ومنها: مرسله الأحسائي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لفاطمة بنت قيس حين شاورته في خطابها: أما معاوية فرجل صُغُوك لآمال له، وأما أبوجهم فلا يضع العصا عن عاتقه (٥).

الرواية عامية رويت في مسلم ١١١٤ / ٢ الباب ٦ من كتاب الطلاق وسنن أبي داود ١ / ٥٣٢ وسنن الترمذي ٣ / ٤٤٠ وكنز العمال ٣ / ٤١١، ورواها الشهيد الثاني في كشف الرية / ٥١. الصُغُوك: الفقير.

الروايات بلغت إلى حد الاستفاضه، وفيها الصحيحه الداله على وجوب نصح المستشار، فإذا تراحم مع حرمه الغيبه يقدم نصح المستشار. بل لو لم نقل في جميع الموارد يصح أن نقول في أكثر موارد أن النصح للمستشير يلزم الغيبه، فإذا وجب نصحه ارتفعت حرمه الغيبه، لعدم إمكان الجمع بينهما. وقد أفتى جماعه من الأصحاب بل المشهور على طبقها. فليس لنا بد إلا موافقتهم.

ص: ٤٠٦

١- (٤) وسائل الشيعه ١٢ / ٤٣ ح ١. الباب ٢٣ من أبواب أحكام العشره.

٢- (٥) وسائل الشيعه ١٢ / ٤٤ ح ٢.

٣- (١) مستدرک الوسائل ٨ / ٣٤٦ ح ١. الباب ٢٢ من أبواب أحكام العشره.

٤- (٢) مستدرک الوسائل ٨ / ٣٤٦ ح ٢.

٥- (٣) عوالي اللآلي ١ / ٤٣٨ ح ١٥٥ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٩ ح ٥.

## تنبيه : هل يجوز الغيبة في مطلق النصح أم لا ؟

يُعلم من الروايات المعتبرة المتعدده وجوب مطلق النصح :

منها : صحيحه عيسى بن أبي منصور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يجب للمؤمن على المؤمن النصيحة له في المشهد والمغيب (١).

ومنها : صحيحه معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يجب للمؤمن على المؤمن النصيحة له في المشهد والمغيب (٢).

ومنها : صحيحه أبي عبيده الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام قال : يجب للمؤمن على المؤمن النصيحة (٣).

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ أعظم الناس منزله عند الله يوم القيامة أمشاهم في أرضه بالنصيحة لخلقه (٤).

ومنها : موثقه سماعه قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : أيما مؤمن مشى في حاجة أخيه فلم يناصره فقد خان الله ورسوله (٥).

ونظيرها موثقه أخرى له (٦).

هذه الروايات ونظائرها الكثيره تدلّ على وجوب نصيحة المؤمن ، فإذا تراحم النصح مع حرمه الغيبة يؤخذ بأقواهما مصلحه وملاكاً ، فإذا كان ترك النصح يوجب تلف النفس أو هتك العرض أو فساد الدين أو ذهاب المال الكثير ، يقدم على حرمه الغيبة بلا إشكال ، والله العالم .

ص: ٤٠٧

- ١- (٤) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٨١ ح ١ . الباب ٣٥ من أبواب فعل المعروف .
- ٢- (٥) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٨١ ح ٢ .
- ٣- (٦) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٨١ ح ٣ .
- ٤- (١) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٨٢ ح ٥ .
- ٥- (٢) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٨٣ ح ٢ . الباب ٣٦ من أبواب فعل المعروف .
- ٦- (٣) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٨٤ ح ٦ .



من موارد جواز الغيبه الاستفتاء ، ولكن إذا توقف على ذكر المغتاب (بالفتح) بأن يقول للمفتي : ظلمنى أبى أو أخى أو فلان فكيف طريقي فى الخلاص .

وإذا أمكن الاستفتاء بغير الغيبه فلا- تجوز الغيبه ، ولذا قال المحقق السبزواري : « والأسلم هاهنا التعريض ، بأن يقول : ما قولك فى رجل ظلمه أبوه أو أخوه ؟ . ثم قال بعد الاستدلال بخبر هند : وفى هذا الحكم إشكال إذا كان سبيل إلى التعريض وعدم التصريح»(١) .

وتبع السبزواري الشهيد الثانى فى لزوم التعريض إن أمكن فى كشف الربيه(٢) .

ويمكن الاستدلال على هذا الاستثناء بوجوه :

الأول : استمرار طريقه الاستفتاء على ذلك فى طول القرون والأعصار وعند الأجيال فى الأمصار ولم ينفه أحد . وذكر هذا الاستدلال الشيخ جعفر قدس سره فى شرحه على القواعد(٣) ، وتلميذه صاحب الجواهر(٤) .

الثانى : الاستفتاء داخل فى التظلم ورفع الظلم ، فإذا جازت الغيبه فى مقام التظلم جاز الاستفتاء مع الغيبه ، لأنها من موارد التظلم . وذكر هذا الاستدلال صاحب الجواهر واختاره(٥) .

وأنت ترى بأنّ هذا الاستدلال على نحو الموجه الجزئيه تام لا على نحو الموجه الكليه .

الثالث : الأدله الشرعيه نقليه كانت أو عقليه بل ضروره المذهب تدلّ على وجوب تعلّم الأحكام الشرعيه التى تكون فى معرض الإبتلاء بها ، فحينئذ إذا توقف ذلك على ترك واجب أو إرتكاب حرام فإنّ العمل على طبق أقوى الملاكين . ومن المعلوم أنّ التعلّم أهم من

ص: ٤٠٨

١- (٤) الكفايه ١ / ٤٣٦ و ٤٣٧ .

٢- (٥) كشف الربيه / ٥٠ .

٣- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٢٥ .

٤- (٧) الجواهر ٢٢ / ٦٧ .

٥- (١) الجواهر ٢٢ / ٦٧ .

ارتكاب الغيبه ، لأنّ ترك التعلّم ينجر إلى اضمحلال الدين ، وذكر هذا الاستدلال المحقق الخوئي في مصباحه (١) .

الرابع : عدّه من الروايات الداله على جواز الاستفتاء لو استلزمت الغيبه :

منها : صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : جاء رجلٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال : إنّ أمّي لا تدفع يد لأمس ، فقال : فاحبسها ، قال : قد فعلت ، قال : فامنع من يدخل عليها ، قال : قد فعلت ، قال : قيدها ، فإنّك لا تبرّها بشيءٍ أفضل من أن تمنعها من محارم الله عزّ وجلّ (٢) .

بتقريب : أنّ الرجل ذكر أمّه واستغابها بذكر أنّها زانية ، وسأل عن النبي أنّها هي الزانية ، لأنّه يحتمل الفرق بين وظيفته بالنسبه إلى أمّه وغيرها ، فالروايه تدلّ على جواز الغيبه في مقام الاستفتاء إذا توقفت عليها .

وأما الإشكال في دلالتها بأنّ « من المحتمل كون أمّ السائل كافره ، ولا أصل يقتضى إسلامها ، ولا يعلم غلبه مسلمي المدينه حين السؤال حتّى يحكم بمقتضى الغلبه باسلامها » كما عن المؤسس الحائري (٣) غير تام

أولاً : بأنّ هذا الاحتمال خلاف ظاهر الصحيحه ، لاسيما مع ملاحظه التعليل الوارد في ذيلها .

وثانياً : لا داعى للمسلم في نهى الكافره عن الزنا ، لأنّ الداعى إلى إسلامها أقوى من ذلك ، ولو كانت كافره لا بدّ أن يسأل ابنه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كيف يدعوها إلى الإسلام ثمّ كيف ينهيها عن الزنا ؟ !

وأما الإشكال في دلالتها : فبأنّ الأم على هذه الكيفيه الخاصه متجاهره بالزنا ، فحينئذ تدخل في الاستثناء الأول ، أعنى المتجاهر بالفسق . كما عليه المحققون الإيرواني (٤)

ص: ٤٠٩

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٣٥١ .

٢- (٣) وسائل الشيعه ٢٨ / ١٥٠ ح ١ . الباب ٤٨ من أبواب حد الزنا .

٣- (٤) المكاسب المحرمه / ٢٢٩ لآيه الله الشيخ محمد على الأراكى قدس سره .

٤- (١) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢١١ .

والخوئي (١) والأردكاني (٢) غير تام أيضاً ، لأنّ التجاهر بالزنا شيءٌ وعدم دفع يد لامس شيءٌ آخر ، بينهما عموم وخصوص من وجه .

وهكذا الإشكال عليها بأنّ المرأه لم تكن معروفه عند النبي صلى الله عليه و آله وسلم فيجوز غيبتها لعدم معرفتها كما عن المحقق الخوئي (٣) ، أيضاً لا يتم ، لأنّ العلم بعنوان أمومه الرجل يستلزم التعيين ، وهذا المقدار من التعيين يكفي في التعريف .

وبالجملة ، الاستدلال بالصحيحه تام عندنا ، فتدلّ على جواز الغيبه في الاستفتاء ، ولكن لا مطلقاً بل إذا توقف الاستفتاء عليها .

ومنها : مرسله الأحسائي عن النبي صلى الله عليه و آله وسلم في جواب هند بنت عتبه إمراه أبي سفيان الماضيه (٤) .

وقد مرّ منا الإشكال في دلالتها وسندها .

ومنها : خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأه زنت وشردت أن يربطها إمام المسلمين بالزوج كما يربط البعير الشارد بالعقال (٥) .

بتقريب : أنّ ثبوت الزنا والشرود - أي النفر والفرار من البيت - عند إمام المسلمين لا يتم إلا بغيبتها .

وفيه : أن في سندها ضعف بعبد الله بن هلال ، وفي دلالتها أيضاً إشكال لإمكان ثبوتهاما بالبينه الشرعيه الأربعة في الأوّل والثانيه في الثاني ، وإن كان هذا الثبوت خلاف ظاهرها ، وإلاّ يجب حدّ الزنا عليها .

وبالجملة ، يثبت بالوجوه الأربعة الماضيه جواز الغيبه إذا توقف الاستفتاء عليها ، والله سبحانه هو العالم .

ص: ٤١٠

١- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٣٥٢ .

٢- (٣) غنيه الطالب ١ / ١٥٨ .

٣- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٣٥٢ .

٤- (٥) عوالي اللآلي ١ / ٤٣٨ ح ١٥٥ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٩ ح ٤ .

٥- (٦) وسائل الشيعه ٢٨ / ١٤٨ ح ١ . الباب ٤٤ من أبواب حد الزنا .

## الخامس : النهى عن المنكر

هل تجوز الغيبة عند النهى عن المنكر إذا توقف عليها ، أم لا- ؟ وعلى الأول فيجب الوقيعه فى بعض العصاه حتّى يرتدعوا عن معصيتهم كما عن شرح القواعد(١) فحينئذ يجب الغيبه .

ولكن زاد صاحب الجواهر على كلام أستاذة قدس سرهما : « ولكن ينبغي فى هذا أيضاً مراعاة الميزان ، إذ مع فرض كونه من التعارض بين الأدله فهو من وجه كما هو واضح»(٢) .

وكيف ما كان فقد استدلووا على هذه الاستثناء بوجوه :

الأول : الغيبه هنا إحسان فى حقّ فاعل المنكر ، لأنها وإن اشتملت على إهانته وهتكه ولكن توجب نجاته من المهلكه الأبدية والعذاب الأخرى .

وفيه : أولاً : الدليل هنا أخص من المدعى ، إذ ربّما لا يرتدع المغتاب بالفتح عن فعل المنكر ولم يتركه .

وثانياً : الغيبه محرّمه على المغتاب بالكسر ، ولا يجوز الإحسان بالأمر الحرام ، فهل يتوهم أحدٌ جواز الإحسان بالمال المغصوب أو المسروق ؟ ! وورد فى الآيه الشريفه : «إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ»(٣) .

الثانى : عمومات أو إطلاقات أدله وجوب النهى عن المنكر تشمل المقام فيجب .

وفيه : لا يجوز ردع المنكر بالمنكر لانصراف الأدله عن ذلك ، وإلاّ جاز ردع الزناه بالزنا بأعراضهم وردع السراق بسرقة أموالهم ، ولم يتفوه به أحدٌ .

نعم ، فى موارد خاصه ثبت جواز دفع المنكر بالمنكر ، نحو جواز شتم المبدع والوقيعه فيه والبهت عليه ، بل وجوبها كما يدلّ عليه صحيحه داود بن سرحان(٤) الماضيه فى بحث السبّ وأفتى بها الأصحاب قدس سرهم .

ص: ٤١١

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٢٨ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٦٩ .

٣- (٣) سوره المائده / ٢٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٦٧ ح ١ . الباب ٣٩ من ابواب الامر والنهى .

الثالث : المغتاب (بالفتح) إذا ترتب تركه المنكر على غيبته رضی بها ، وبعد رضايته فلا حرمه .

وفيه : أولاً : ثبوت رضايته محل تأمل بل منع .

وثانياً : قد سبق في الفرع الحادى عشر من فروع هذا البحث حرمه غيبه مَنْ رضی بغيبته ، لأنّ رضاه لا يرفع الحرمه التكليفية ، فراجع لتفصيله إلى هذا الفرع .

فحينئذ الأدله قاصره عن ثبوت جواز الغيبه إذا توقف عليها النهى عن المنكر . نعم في موارد خاصه تجوز الغيبه ، وهى الموارد التى نعلم من الخارج بأنّ الردع عن المنكر وجب بأىّ طريق كان ومنّ أىّ شخص وقع ، وهذا لم يتفق إلاّ إذا كان المنكر من الأمور الخطيره ، نحو : قتل النفوس ، وهتك الأعراض المحترمه ، وأخذ الأموال الخطيره وغيرها . ولعلّ هذا البيان هو مراد صاحب الجواهر فيما نقلناه عنه في أول هذا البحث ، والله العالم .

### السادس : ذكر المبتدعه

تجوز غيبه المبتدع في الدين الذى يخشى من إضلاله للناس ، ويجوز ذكرهم بالسوء وتصانيفهم ومناقضتهم حذراً من ميل نفوس الناس إليهم وظهور فسادهم في العباد .

ذكر هذا الاستثناء جماعه من الأصحاب ، منهم : الشهيد (١) وثانيه (٢) والسبزواري (٣) والمحدث البحرانى قال : « ومنهم الصوفيه » (٤) والشيخ جعفر (٥) وتلميذاه السيد العاملى (٦) والشيخ النجفى (٧) والشيخ الأعظم (٨) والسيد على آل بحر العلوم (٩) قدس سرهم .

ص: ٤١٢

١- (١) القواعد والفوائد ٢ / ١٥١ و ١٤٧ قاعده ٢٠٦ .

٢- (٢) كشف الريبه / ٥٠ ضمن : الرابع : تحذير المسلم من الوقوع فى الخطر والشر .

٣- (٣) الكفايه ١ / ٤٣٧ .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١٦٤ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٢٨ .

٦- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٩ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ٦٨ .

٨- (٨) المكاسب المحرمه / ٤٥ - (١ / ٣٥٣) .

٩- (٩) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٢ .

وتدلّ عليه صحيحه داود بن سرحان(١) وخبر أبي البختری(٢) الماضيتان ، ومرفوعه محمد بن جمهور العمى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إذا ظهرت البدع في أمتي فليظهر العالم علمه ، فمن لم يفعل فعليه لعنة الله(٣) .

ومرسله السبزواری صاحب الكفايه حيث يقول : وفي الخبر : من كمال الدين الوقوع في أهل الربيه(٤) .  
ومرسله السيد فضل الله الراوندى في نوادره(٥) الماضيه .

وغيرها من الروايات المذكوره في مستدرک الوسائل ١٢ / (٣٢٤ - ٣١٧) . الباب ٣٧ من أبواب الأمر والنهى وما يناسبها .  
فلا بدّ من الأخذ بها والإفتاء على طبقها والله العالم .

### السابع : جرح الشهود والرواه

قد اتفق الأصحاب قدس سرهم على جواز اغتياي الرواه بجرحهم وتضعيفهم حفظاً للدين ، صياناً للشريعه ، ومن ثمّ وضع العلماء الكتب الرجاليه وقسّموا الرواه إلى الثقات والمجروحين ، وذكروا أسباب جرحهم غالباً من كون الرواي كذاباً أو وضاعاً للحديث ، وعلى ذلك جرت عاده السلف الصالح ولم ينكر عليهم أحدٌ . وبذلك يُعرف ترجيح الروايه بعداله الراوى وخلافها ، وأعدليته وخلافها وإلاّ لانسد باب التعادل والترجيح الذي هو من أعظم أبواب الاجتهاد .

وقد ورد عن الأئمه عليهم السلام ذم بعض الرواه من الكذابين والغالين وغيرهما من الفرق المنحرفه .

وقد اتفقوا على جواز اغتياي الشهود وجرحهم وإظهار فسقهم بل إقامه البيئه على ذلك صوتاً لأموال الناس وأعراضهم وأنفسهم وحقوقهم ، وعلى ذلك ديدن الفقهاء والحكام

ص: ٤١٣

١- (١٠) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٦٧ ح ١ .

٢- (١١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨٩ ح ٥ .

٣- (١) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٦٩ ح ١ .

٤- (٢) الكفايه ١ / ٤٣٧ .

٥- (٣) النوادر / ١٣٣ ح ١٧١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ١٢٨ ح ٢ .

على الناس والقضاء في الأعصار والأمصار .

قد صرح بهذه الاستثناء أصحاب كشف الريبه (١) والكفايه (٢) والحدائق (٣) وشرح القواعد (٤) ومفتاح الكرامه (٥) والمستند (٦) والجواهر (٧) والمكاسب المحرمه (٨) وقال فيها :

« الإجماع دل على جوازه » وبرهان الفقه (٩) .

### الثامن : دفع الضرر عن المغتاب (بالتح)

يجوز الاغتيال لدفع الضرر عن المغتاب بالفتح في دم أو عرض أو مال أو ضرر ، فحينئذٍ غيبته جائزه لدفع الأمور المذكوره عنه ، وقد رضى المغتاب (بالتح) بذلك ، ولأنّ دفع الضرر عنه أهم في الشريعه المقدسه من ستر ما فيه من العيوب .

وقد استدلوا على ذلك بما ورد عن الأئمه عليهم السلام في الطعن في بعض الثقات من الرواه ومشايخهم وفقهائهم حفظاً لهم وصيانه عليهم ، ويشهد عليه صحيحه عبد الله بن زراره المرويّه في رجال الكشي عن الصادق عليه السلام أنّه قال له : إقرأ منّي على والدك السلام وقل له : إني إنّما أعيبك دفاعاً منّي عنك ، الحديث (١٠) .

ونحوها ممّا ورد في طعن الهشاميين ابني الحكم (١١) وسالم (١٢) وغيرهم من ثقات الرواه .

ص: ٤١٤

١- (٤) كشف الريبه / ٥١ .

٢- (٥) الكفايه / ١ / ٤٣٨ .

٣- (٦) الحدائق / ١٨ / ١٦٥ .

٤- (٧) شرح القواعد / ١ / ٢٢٦ .

٥- (٨) مفتاح الكرامه / ١٢ / ٢١٨ .

٦- (٩) مستند الشيعه / ١٤ / ١٦٨ .

٧- (١٠) الجواهر / ٢٢ / ٦٨ .

٨- (١١) المكاسب المحرمه / ٤٥ الطبع الحجري - (١ / ٣٥٤) .

٩- (١) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٢ الطبع الحجري .

١٠- (٢) اختيار معرفه الرجال المعروف برجال الكشي / ١٣٨ الرقم ٢٢١ .

١١- (٣) اختيار معرفه الرجال المعروف برجال الكشي / ٢٧٨ الرقم ٤٩٦ و ٤٩٧ و ٤٩٨ و ٤٩٩ .

١٢- (٤) اختيار معرفه الرجال المعروف برجال الكشي / ٢٨٤ الرقم ٥٠٣ .

فإن شئت راجع رجال الكشي .

ولكن يمكن أن يناقش في دلالتها : بأنه ليس فيهم عيب ديني أو غير ديني ليكون ذكره غيبه ، فمقاله الإمام عليه السلام في حقهم ليس من الغيبه ، بل ذمهم الإمام عليه السلام وتبرأ منهم لحفظ دمائهم ودفع الأخطار عنهم . فقدح الإمام عليه السلام في أمثالهم يدل على رفعه شأنهم وعظم مقامهم عنده ، بحيث لا يرضى عليه السلام بضررهم وخوفهم والتعرض عليهم من جانب الأعداء والظالمين .

اللهم إلا أن يقال : إن الروايات تدل على جواز التهمه والبهتان عليهم لوجود المصلحه وهي حفظهم من شر الأعداء والظالمين ، فإذا جاز الإفتراء والبهت عليهم بطريق أولى جاز اغتياهم .

ومع ذلك كله هذا الاستثناء تام . ولعل أول من تبه عليه صاحب الحقائق (١) ثم تبعه

أصحابنا منهم : الشيخ جعفر (٢) وتلميذاه (٣) والشيخ الأعظم (٤) والسيد على آل بحر العلوم (٥) وغيرهم . قدس الله أسرارهم .

### التاسع : من ادعى نسباً ليس له

يجوز اغتيا من ادعى نسباً ليس له إذا ترتب عليه أثر شرعي من المواريث والنفقات والأنكحه وغيرها لثلاث تاختل هذه الأمور ، وأما إذا لم يترتب على الدعوى أثر شرعي بل ادعاه لصيانته نفسه أو عرضه أو ماله من الظالم فلا تجوز الغيبه برد هذه الدعوى .

### العاشر : القدح في مقاله باطله

يجوز القدح في مقاله باطله ولو استلزم ذلك غيبه القائل ، لأن حفظ الحق أولى من احترام القائل . ومن هنا ظهر بأن ذكر المناقشات العلميّه وطرح آراء أصحاب النظر والردّ عليهم في جميع العلوم الدينيه والدينيه يجوز ولم يدخل في حرمه الإغتيا ، والله العالم .

ص: ٤١٥

١- (٥) الحقائق ١٨ / ١٦٧ .

٢- (١) شرح القواعد ١ / ٢٢٧ .

٣- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٨ ، والجواهر ٢٢ / ٦٨ .

٤- (٣) المكاسب المحرمه / ٤٥ الطبع الحجري - (١ / ٣٥٤) .

٥- (٤) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٢ الطبع الحجري .



## الحادى عشر : تفضيل أرباب الفنون والعلماء

يجوز تفضيل بعض الصنّاع وأرباب الفنون والعلماء بعضهم على البعض وإن استلزم انتقاص الآخر ، لتوقف الفرض الأهم عليه ، وعلى هذا ديدن الأصحاب فى تعيين الأعلم والمرجع .

## الثانى عشر : ذكر العيب ثم تعقيبه بما يدلّ رفعه

يجوز ذكر المعاييب والمناقص لشخص ثمّ تعقيبها بما يدلّ على رفعها ورجوعه عنها وعود كماله ، كالنقل عن الحرّ وأضرابه ، ولكن بشرط أن يكون هذا النقل موعظه لغيره ، وأمّا إذا كان موجباً لهتك المنقول فقط فالحرمة باقية بلا ريب .

## الثالث عشر : ذكر عيوب المرأة

يجوز ذكر عيوب المرأة فى النكاح لثلا يترتب عليه التدليس ، وكذا ذكر عيوب المملوك لإسقاط الخيار .

## الرابع عشر : ذكر التابع والقريب تأديباً لهم

يجوز ذكر عيوب أولاده وعياله وأتباعه الملحقين به تأديباً لهم وخوفاً عليهم من الوقوع فيما هو أعظم منه ، لأنّ الحكمة والمصلحة والسيره تقتضى ذلك .

وغير ذلك من الموارد التى ذكروها بعنوان الاستثناء ، فقد ذكر الشيخ جعفر قدس سره فى شرحه على القواعد(١) سبعاً وعشرين مورداً . فراجع إن شئت وإن كان بعض الموارد يخرج عن الغيبة موضوعاً لا حكماً .

وبالجملة ، فى كلّ مورد كان للغيبه غرض صحيح يرجع إلى المغتاب بالكسر أو الفتح أو غيرهما ، وكان ذلك الغرض والمصلحة أهم من احترام المؤمن والستر عليه ، يؤخذ به ويحكم بجواز الغيبه فى ذلك المورد الخاص ، ولذا قال المحقق الثانى فى بحث الغيبه : « فأما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم ، كنصيحه المستشار والتظلم وسماعه و ... »(٢) .

ص: ٤١٦

١- (١) شرح القواعد ١ / (٢٣١ - ٢٢٣) .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .

فالمدار في جواز الغيبة وجود مصلحه وغرض أهم من مصلحه حرمة المؤمن والستر عليه ، وعلى هذا النهج يمشى في جميع موارد التزاحم في الواجبات والمحرمات ، سواء كانت من حقوق الله تعالى أم من حقوق الناس . وهذه قاعده مهمه لا تحصى ثمراتها في الفقه فاغتنمها ، والله سبحانه هو العالم . وهذا تمام الكلام في المقام الرابع من البحث وهو مستثنيات الغيبة والحمد لله أولاً وآخراً .

### المقام الخامس : تضاعف عقاب المغتاب (بالكسر )

قد يتضاعف عقاب المغتاب بالكسر إذا كان ممن يمدح المغتاب بالفتح في حضوره ، لأنه حينئذ يدخل في كون الإنسان ذا لسانين ويُسمى منافقاً ويترتب عليه عقابه ، ويترتب عليه عقاب الغيبة أيضاً ، وربما يترتب عليه عقاباً ثالثاً وهو عقاب الكذب إذا مدحه في حضوره بما ليس فيه . وهذا واضح لا ريب فيه .

ولكن العمده في المقام أدله حرمة كون الإنسان ذا لسانين ، أعنى لسان ذم في الغياب ولسان مدح في الحضور . وأما هذا المدح إن لم يكن في الممدوح فصار كذباً ، وإن كان فيه إذا كان مسبوقاً أو ملحوقاً بالذم يدخل المادح في ذى لسانين ويترتب عليه حرمة وعقابه ، وتدل على حرمة عدّه من الروايات المستفيضه :

منها : موثقه عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آباءه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال : قال

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : يجيء يوم القيامة ذو الوجهين دالعاً لسانه في قفاه وآخر من قدامه ، يلتهبان ناراً حتى يلهبا جسده ، ثم يقال له : هذا الذي كان في الدنيا ذا وجهين ولسانين ، يُعرف بذلك يوم القيامة (١) .

دلح لسانه : أي أخرجه من فمه .

ومنها : خبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من لقي المسلمين بوجهين ولسانين جاء يوم القيامة وله لسانان من نار (٢) .

ص: ٤١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٨ ح ٥ . الباب ١٤٣ من أبواب أحكام العشره .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٦ ح ١ .

ومنها : خبر الزهري عن أبي جعفر عليه السلام قال : بئس العبد يكون ذا وجهين وذا لسانين ، يطرى أخاه شاهداً ويأكله غائباً ، إن أُعطي حسده ، وإن ابتلى خذله (١) .

وللعلامة المجلسي توضيح في شرح هذين الحديثين فراجع إن شئت مرآة العقول ١٠/٣٥٣ .

ومنها : خبر أبي هريره قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إن شر الناس عند الله يوم القيامة ذو الوجهين (٢) .

ومنها : خبر الصدوق بسنده المتصل إلى آخر خطبه خطبها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه وفيها : ... ومَنْ كان ذا وجهين وذا لسانين كان ذا وجهين وذا لسانين يوم القيامة ، الحديث (٣) .

والروايات في تحريم كون الإنسان ذا لسانين وذا وجهين فوق حد الاستفاضه بل يمكن إدعاء تواترها إجمالاً ، فراجع في هذا المجال إن شئت الكافي ٢ / ٣٤٣ والوافي ٥ / ٩٣٧ وبحار الأنوار ٧٢ / ٢٠٢ ووسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٦ ومستدرك الوسائل ٩ / ٦٩ وجامع أحاديث الشيعة ١٧ / ١٧٦ (من الطبعة الحديثه) وكتابنا موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٧٤ .

ثم إن النسبه بين الغيبه وبين ذى اللسانين هي العموم من وجه ، فإنه قد توجد الغيبه ولا- يوجد ذو اللسانين ، وقد يوجد ذو اللسانين ولا توجد الغيبه ، كأن يمدح المقول فيه حضوراً ويذمه بالسب والفحش والبهتان غياباً ، وقد يجتمعان كما هو واضح .

فائده : النسبه بين الغيبه والبهتان هي التباين ، لأنه قد ذكرنا في تعريف الغيبه أنها

كشف ما ستره الله على الأخ المؤمن ، وأما البهتان فكما سبق في بعض الأخبار نحو معتبره عبد الرحمن بن سيباه (٤) وصحيحه يحيى بن عبد الرحمن الأزرق الأنصاري (٥) « ذكرك أخاك بما ليس فيه » ، فهما متباينان مصداقاً ومفهوماً .

ص: ٤١٨

١- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٧ ح ٢ .

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٩ ح ٦ .

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٩ ح ٨ .

٤- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٨ ح ٢ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٩ ح ٣ .

فعلية ما ورد في خير علقمه بن محمد عن الصادق عليه السلام من قوله : ومن اغتاب مؤمناً بما ليس فيه فقد انقطعت العصمه بينهما وكان المغتاب في النار خالداً فيها وبئس المصير(١).

مع ضعف أسنادها يحمل على ضرب من التجوز والمسامحه .

نعم ، بناءً على مقاله بعض الأصحاب - ولعلمه هو المشهور - من أنّ الغيبه ذكر ك أخاك بما يكرهه فيمكن اجتماع الغيبه والبهتان في بعض الموارد ، فصارت النسبه بينهما عموماً وخصوصاً من الوجه .

والظاهر أن عقاب التهمه والبهتان أشد من عقاب الغيبه ، لاشتمالهما على الفريه والتهتك معاً .

هذا تمام الكلام في بحث الغيبه ، ثم إنّ الشيخ الأعظم الأنصاري قدس سره في خاتمه هذا المبحث تعرض لحقوق الإخوان فإننا نتبع أثره ، فنقول :

ص: ٤١٩

إشارة

قبل أن أذكر لك حقوقهم يحسن تعريف الأَخَوَّة ، فقد قال الله تعالى : « إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ » (١) وقد وردت في الروايات المستفيضة بأنَّ المؤمن أخو المؤمن (٢) ، والمراد بها هو الإشتراك في الإنتساب إلى أبٍ واحدٍ روحاني ، وهو صاحب الشريعة المقدسه صلى الله عليه وآله وسلم كما نبه عليه المحقق الإيرواني (٣) . بل هو مع صاحب الولاية وهو أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام وأحد عشر من أولاده المعصومين عليهم السلام ، كما ورد في الحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « أنا وعليُّ أبوا هذه الأمة » (٤) .

فعلى هذا جميع المؤمنين يكونون إخوة .

وأما حقوقهم :

قد وردت في عدّه من الروايات :

منها : رساله الحقوق للإمام زين العابدين علي بن الحسين السجاد عليه السلام المذكوره مرسلًا في تحف العقول (٥) المشتمله على خمسين حقًا ، ورواها الصدوق مع اختلاف بسند

ص : ٤٢٠

١- (١) سورة الحجرات / ١٠ .

٢- (٢) راجع كتابي ألف حديث في المؤمن / الحديث ١٧٨ و ١٧٩ و ١٨٢ و ٩٦٣ .

٣- (٣) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢١٦ .

٤- (٤) رواها الصدوق بسنده الموثق في ثلاثه من كتبه : عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ٨٥ ح ٢٩ ومعاني الأخبار / ٥٢ ح ٣ وعلل الشرائع ١ / ١٢٧ ح ٢ ، وبسنده في أماليه . المجلس الرابع ح ٦ / ٦٥ الرقم ٣٠ ، ورواها أيضاً بسند صحيح ابن شاذان القمي أستاذ الكراچكي في مائه منقبه (المنقب) / ٤٦ المنقبه الثانيه والعشرون - ورواها أيضاً السروي في المناقب ٢ / ٣٠٠ وغيرهم في غيرها .

٥- (٥) تحف العقول / (٢٧٢ - ٢٥٥) .

ضعيف في الخصال (١) ، ورواها مختصراً بسند حسن في الفقيه (٢) .

ولكن لهذه الرسالة الشريفه سنداً صحيحاً ذكره النجاشي في ترجمه أبي حمزه الثمالي ، قال : « وله رساله الحقوق عن علي بن الحسين عليهما السلام أخبرنا أحمد بن علي قال : حدثنا الحسن بن حمزه قال : حدثنا علي بن ابراهيم عن أبيه عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزه عن علي بن

الحسين عليه السلام » (٣) .

فعلي ما ذكرنا صارت رساله الحقوق صحيحه الإسناد ، وثبه علي تصحيح سندها المحدث النوري (٤) قدس سره ، وحيث كانت مفصله فعليكم بمراجعتها .

ومنها : صحيحه مرآزم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ما عبد الله بشيء أفضل من أداء حق المؤمن (٥) .

والروايه تدلّ علي أنّ أداء حقوق المؤمن من المستحباب الأكيده التي لها ثواب عظيم .

ومنها : صحيحه أبي المَعْرَاء حميد بن المثنى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يخونه ، ويحقّ علي المسلمين الاجتهاد في التواصل والتعاون علي التعاطف ، والمواساه لأهل الحاجه ، وتعاطف بعضهم علي بعض حتّى تكونوا كما أمركم الله عزّ وجلّ رحماء بينكم متراحمين مغتمّين لما غاب عنكم من أمرهم علي ما مضى عليه معشر الأنصار علي عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (٦) .

ومنها : معتبره بل صحيحه إبراهيم بن عمر اليماني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : حقّ المسلم علي المسلم : أن لا يشبع ويجوع أخوه ، ولا يروى ويعطش أخوه ، ولا يكتسى ويعرى أخوه ، فما أعظم حقّ المسلم علي أخيه المسلم . وقال : أحبّ لأخيك المسلم ما تحبّ لنفسك ،

ص: ٤٢١

١- (٦) الخصال ٢ / (٥٧٠ - ٥٦٤) .

٢- (٧) الفقيه ٢ / (٦٢٦ - ٦١٨) الرقم ٣٢١٤ .

٣- (١) رجال النجاشي / ٨٤ من الطبعة الحجرية (١١٥ الرقم ٢٩٦ من طبعه جماعه المدرسين) .

٤- (٢) مستدرک الوسائل ١١ / ١٦٩ .

٥- (٣) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٠٣ ح ١ . الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشره .

٦- (٤) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٠٣ ح ٢ .

وإن احتجت فسله ، وإن سألك فأعطه ، لا- تملّه خيراً ، ولا يملّه لك ، كن له ظهراً فإنه لك ظهرٌ ، إذا غاب فاحفظه في غيبته ، وإذا شهد فزره وأجلّه وأكرمه فإنه منك وأنت منه ، وإن كان عليك عاتباً فلا تفارقه حتى تسلّ سخيمته ، وإن أصابه خير فاحمد الله ، وإن ابتلى فاعضده ، وإن تمحلّ له (١) فأعنه ، وإذا قال الرجل لأخيه : « أف » انقطع ما بينهما من الولايه ، وإذا قال له : « أنت عدوى » كفر أحدهما ، فإذا اتهمه إنمات الإيمان في قلبه كما ينمات (٢) الملح في الماء . وقال : بلغنى أنه قال : إن المؤمن ليزهر نوره لأهل السماء كما تزهر نجوم السماء لأهل الأرض . وقال : إن المؤمن وليّ الله يعينه ويصنع له ، ولا يقول عليه إلا الحق ولا يخاف غيره (٣) .

قال الفيض : « ولعلّ المراد بقوله لا- تملّه خيراً ولا- يمل لك : لا تسأمه من جهة إكثارك الخير له ولا يسأم هو من جهة إكثاره الخير لك ، يقال : ملّته ومللت منه : إذا سأمه . والسئل : انتزاعك الشيء وإخراجه في رفق كالإسلال . والسخيمه : الحقد . تمحل له : أى كيد ، يقال رجل محلّ أى ذو كيد ، ومحلّ بفلان : إذا سعى به إلى السلطان ، والمحال بالكسر : الكيد (٤) .

ومنها : موثقه على بن عقبه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : للمسلم على المسلم من الحقّ أن يسلمّ عليه إذا لقيه ، ويعوده إذا مرض ، وينصح له إذا غاب ، ويسمّته إذا عطس ، ويجيبه إذا دعاه ، ويتبعه إذا مات (٥) .

ومنها : معتبره مسعده بن صدقه عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : للمؤمن على المؤمن سبعة حقوق واجبه من الله عزّ وجلّ : الإجلال له في غيبته ، والودّ له في صدره ، والمواساه له في ماله ، وأن يحرم غيبته ، وأن يعوده في مرضه ، وأن يشيّع جنازته ، وأن لا يقول فيه بعد موته إلا خيراً (٦) .

ص: ٤٢٢

١- (٥) تمحلّ له : كيد .

٢- (٦) ينمات : يذاب .

٣- (٧) الكافي ٢ / ١٧٠ ح ٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٦ ح ٨ .

٤- (١) الوافي ٥ / ٥٦٠ .

٥- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٠ ح ٩ .

٦- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٨ ح ١٣ .

ومنها : صحِيحه عبد الله بن مسكان عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال : أحبُّ أخاك المسلم وأحبُّ له ما تحبُّ لنفسك ، وأكره له ما تكره لنفسك ، إذا احتجت فسله وإذا سألك فاعطه ، ولا تدّخر عنه خيراً فإنّه لا يدّخر عنك ، كن له ظهراً فإنّه لك ظهر ، إن غاب فاحفظه في غيبته ، وإن شهد فزره وأجلّه وأكرمه ، فإنّه منك وأنت منه ، وإن كان عليك عاتباً فلا تفارقه حتّى تسلّ سخيمته وما في نفسه ، فإذا أصابه خير فاحمد الله ، وإن ابتلى فاعضده وتملّ له (١) .

السخيمه : الضغينه ، يقال : سللتُ سخيمته باللفظ والترضى ، جمعها سخائم .

ومنها : معتبره مسعده بن صدقه عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام : أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أمرهم بسبع ونهاهم عن سبع : أمرهم بعياده المرضى وأتباع الجنائز وإبرار القسم وتسميت العاطس ونصر المظلوم وإفشاء السلام وإجابته الداعى ، ونهاهم عن التختم بالذهب والشرب فى آنيه الذهب والفضه وعن المياثر (٢) الحمر وعن لباس الإستبرق والحريير والقزّ والأرجوان (٣) .

ومنها : صحِيحه عيسى بن أبى منصور قال : كنت عند أبى عبد الله عليه السلام أنا وابن أبى يعفور وعبد الله بن طلحه ، فقال ابتداءً منه : يا ابن أبى يعفور ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ست خصال من كُنَّ فيه كان بين يدي الله تعالى وعن يمين الله تعالى . فقال ابن أبى يعفور : وما هى جعلت فداك ؟ قال : يحبُّ المرء المسلم لأخيه ما يحبُّ لأعزّ أهله عليه ، ويكره المرء المسلم لأخيه ما يكره لأعزّ أهله عليه ، ويناصحه الولايه . فبكى ابن أبى يعفور وقال : كيف يناصحه الولايه ؟ قال : يا ابن أبى يعفور ، إذا كان منه بتلك المنزله بثّه همّه ، وفرح لفرحه إن هو فرح وحنن لحننه إن هو حزن ، وإن كان عنده ما يفرّج عنه فرّج عنه وإلاّ دعا الله له . قال : ثمّ قال أبو عبد الله عليه السلام : ثلاث لكم وثلاث لنا : أن تعرفوا فضلنا وأن تطأوا عقبنا وأن تنتظروا عاقبتنا ، فمن كان هكذا كان بين يدي الله تعالى ، فيستضىء بنورهم من هو أسفل منهم . وأمّا

ص: ٤٢٣

١- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢١٠ ح ١٩ .

٢- (٥) المياثر : جمع ميثره ، وهى ما يوضع على ظهر الفرس ليحول بين الفارس وظهر الفرس . والمياثر الحمراء من مراكب العجم ، وهى من ديباج أو حريير . (الصحيح ٢ / ٨٤٤) .

٣- (٦) قرب الإسناد / ٧١ ح ٢٢٨ ونقل عنه صدرها فى وسائل الشيعة ١٢ / ٢١٣ ح ٢٥ .



الذين عن يمين الله فلو أنهم يراهم مَنْ دونهم لم يهأنهم العيش ممّا يرون مِنْ فضلهم . فقال ابن أبي يعفور : ما لهم لا يرون وهم عن يمين الله ؟ فقال : يا ابن أبي يعفور إنهم محجوبون بنور الله ، أما بلغك الحديث أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يقول : إنّ لله خلقاً عن يمين العرش بين يدي الله وعن يمين الله تعالى وجوههم أبيض من الثلج وأضوء من الشمس الضاحيه ، يسأل السائل ما هؤلاء ؟ فيقال : هؤلاء الذين تحابوا في جلال الله(١) .

وللفيض بيانٌ بذيل هذا الحديث فراجعه إن شئت . وقال العلامة المجلسي : « مناصحه الولايه : خلوص المحبّه عن الغش والعمل بمقتضاها ... . الثالث الأول : الحبّ والكراهه والمناصحه ، وقيل : الفرح والحزن والتفريح ، ولا يخفى بعده . ثمّ بين عليه السلام الثالث الذي لهم عليهم السلام بقوله :

- أن « تعرفوا فضلنا » أى على سائر الخلق بالإمامه والعصمه ووجوب الطاعه ، ونعمتنا عليكم بالهدايه والتعليم والنجاه من النار واللاحق بالأبرار .

- « أن تطؤوا عقبتنا » أى تتابعونا في الأقوال والأفعال ولا تخالفونا فى شىء .

- « أن تنتظروا عاقبتنا » أى ظهور قائمتنا وعود الدوله إلينا فى الدنيا ، أو الأعم منها ومن الآخره كما قال : الله تعالى : « وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ »(٢)«(٣) .

ومنها : خبر معلى بن خنيس عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قلت له : ما حقّ المسلم على المسلم ؟ قال : له سبع حقوق واجبات ما منهنّ حقٌّ إلا وهو عليه واجب ، إنّ ضيّع منها شيئاً خرج من ولايه الله وطاعته ولم يكن لله فيه من نصيب . قلت له : جعلت فداك وما هى ؟ قال : يا معلى إنى عليك شفيق أخاف أن تضيّع ولا تحفظ ، وتعلم ولا تعمل . قال : قلت له : لا قوه إلا بالله ، قال :

أيسر حقّ منها أن تحبّ له ما تحبّ لنفسك وتكره له ما تكره لنفسك .

والحقّ الثانى : أن تجتنب سخطه وتتبع مرضاته وتطيع أمره .

ص: ٤٢٤

١- (١) الكافى ٢ / ١٧٢ ح ٩ ونقل عنه فى الوافى ٥ / ٥٦٢ ح ١١ .

٢- (٢) سوره القصص / ٨٣ .

٣- (٣) مرآه العقول ٩ / ٤٢ .

والحقّ الثالث : أن تعينه بنفسك ومالك ولسانك ويدك ورجلك .

والحقّ الرابع : أن تكون عينه ودليله ومرآته .

والحقّ الخامس : [ أن ] لا تشبع ويجوع ، ولا تروى ويظمأ ، ولا تلبس ويعرى .

والحقّ السادس : أن يكون لك خادمٌ وليس لأخيك خادمٌ فواجب أن تبعث خادمك فيغسل ثيابه ويصنع طعامه ويمهّد فراشه .

والحقّ السابع : أن تبرّ قَسَمه وتجيّب دعوته وتعود مريضه وتشهد جنازته ، وإذا علمت أنّ له حاجة تبادر إلى قضائها ولا تلجئه أن يسألكها ولكن تبادره مبادره ، فإذا فعلت ذلك وصلت ولايتك بولايته وولايته بولايتك(١) .

سند الروايه ضعيف بعبد الله بن بكير الهجري ، لأنّه مهمل وليس له في الكتب الأربعة إلاّ هذه الروايه فقط ، ولكن يمكن الحكم باعتباره بسند الشيخ الطوسي في أماليه . المجلس الرابع ح ٣ / ٩٨ الرقم ١٤٩ ، ورجال سنده كلّهم ثقات إلاّ محمد بن الفيض . وعلى فرض أنّه التيميّ تيمّ الرباب حسّنه العلامة المجلسي في ذكر طريق الصدوق إليه(٢) ، ويروى عنه ابن أبي عمير في الصحيح(٣) ، فهو من مشايخه وعلى القول بوثاقه مشايخ ابن أبي عمير فهو يدخل في الثقات .

وعلى ما ذكرنا تدخل الروايه في الروايات الحسان . والمراد بإبرار قسمه : قبوله .

وتلك عشره كامله من الروايات المعتمده في حقوق الإخوان وإن شئت أكثر من هذا فراجع الكافي ٢ / ١٦٩ والوافي ٥ / ٥٥٧ وبحار الأنوار ٧١ / ٢٢١ ووسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٣

ومستدرک الوسائل ٩ / ٣٩ وكتابتيّ موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١ / ١٦٦ وألف حديث في المؤمن / ١٧٣ .

ثمّ فليعلم : بأن ظهور هذه الروايات في الاستحباب واضح ، وحيث لا يمكن للمؤمن الإتيان بجميع هذه الحقوق بالنسبه إلى جميع إخوانه المؤمنين ، فيقع التراحم في مرحله

ص: ٤٢٥

١- (١) الكافي ٢ / ١٦٩ ح ٢ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٥ ح ٧ .

٢- (٢) الوجيزه / ٢٤٦ الرقم ٣٢٢ .

٣- (٣) الموسوعه الرجاليه الميسره / ٤٤٥ الرقم ٥٧٢٤ ينقله عن الوحيد البهبهاني قدس سره .

الامتثال ، فيؤتى بالأهم فالأهم كما يظهر من المحقق الخوئي (١) وشيخنا الأستاذ (٢) - مدظله - .

ويمكن أن يقال : بتخصيص هذه الروايات بالمؤمن العارف بهذه الحقوق المؤدى ، لها وأما المؤمن المضيع لها فلم يرد تأكيد استحبابها في حقه ، لأنّ التهاتر كما يقع في الأموال يقع في الحقوق المستحبه أيضاً ، كما يظهر من الشيخ الأعظم (٣) .

ويمكن أن يُستدل له : بما رواه الرضى مرسلًا عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : مَنْ قَضَى حَقَّ مَنْ لَّا - يَقْضَى حَقَّهُ فَقَدْ عَبَدَهُ (٤) .

وبالنسبة : لا خير في صحبه من لا يرى لك من الحقّ مثل ما ترى له (٥) .

وأما استدلال الشيخ الأعظم بما ذكر من الروايات فيتم مع ملاحظه هذه القرينه ، وهى :

للأخ على الأخ حقوق ، فإذا قام بها صدق في إداء الأخوه ، فصار صديقاً ويدخل في عنوان الصداقه ، وأما إذا لم يقم لها ولا يصدق في أدائه فلا يكون صديقاً ويدخل في الإخوان المكاشره (٦) ، وورد ذكرهم بأنّ : « ما هؤلاء ياخوه » (٧) أو « ما هذا لك بأخ » (٨) ونحوها .

وعلى هذا الأخ الصديق في أدائه لحقوق الأخوه هو الذى قام بوظائفها ، على المؤمن أن يؤدى حقوقها . وأما الأخ الذى يدعى الأخوه فقط ولم يقم بوظائفها ، فلم يؤكّد استحباب القيام بحقوقها .

والحاصل ، رحجان القيام بأداء الحقوق بالنسبه إلى الجميع مطلق غير مقيد بقيام

ص : ٤٢٦

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٣٦٨ .

٢- (٢) ارشاد الطالب ١ / ٢١٣ .

٣- (٣) المكاسب المحرمه ١ / ٣٦٦ طبع مجمع الفكر الإسلامى .

٤- (٤) نهج البلاغه . الحكمه ١٦٤ .

٥- (٥) نهج الفصاحه / ٥٢٢ ح ٢٤٩٣ - ونقل عنه بعض أساتيدنا - مدظله - فى رسالته فى الحقوق / ١١١ .

٦- (٦) راجع وسائل الشيعه ١٢ / ١٣ ح ١ . الباب ٣ من أبواب أحكام العشره .

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٦ ح ١ . الباب ١٤ من أبواب أحكام العشره .

٨- (٨) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٧ ح ٣ .

الآخر ، ولكن عدم قيام الآخر بأداء الحقوق بعد قيام هذا رافع لشده الرجحان ولتأكد رجحانها . كما نبيه عليه المحقق الإيرواني(1) في الجملة . والله سبحانه هو العالم .

إلى هنا إنتهى بحث الحقوق إجمالاً وللتفصيل مقام آخر . والحمد لله أولاً وآخراً . وقد فرغنا من تدريسه في النصف من ذى القعدة الحرام عام ١٤٢٥ في الحوزه العلميه بإصبهان بمدرسه الصدر ، وأنا العبد هادى النجفى مصنف هذا الكتاب الشريف .

ص: ٤٢٧

---

١- (١) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢١٦ .

سرشناسه: نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور: الاراء الفقہیہ قسم المکاسب المحرمہ / تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر: اصفهان: مهر قائم، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری: ۳ ج.

شابک: ۲۰۰۰۰ ریال: دوره: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۷-۷؛ ج. ۱: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۴-۶؛ ج. ۲: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۷۵-۲؛

ج. ۳: ۹۶۴-۹۷۸-۷۳۳۱-۸۵-۲

وضعیت فهرست نویسی: فاپا/ برون سپاری.

یادداشت: عربی.

یادداشت: ج. ۲ و ۳ (چاپ اول: ۱۴۲۹ق. = ۱۳۸۷).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

موضوع: کسب و کار حرام

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۱۴

رده بندی کنگره: ۱/۱۹۰/۱BP/ن۴۳۳/۱۳۸۷

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۲۴۵۴۱۷

ص: ۱



الاراء الفقهيه قسم المكاسب المحرمه

تاليف هادى النجفى

ص: ٣





يقع الكلام فيه فى مقامات :

**المقام الأول : ما هو القمار ؟**

قبل الورود فى البحث لابد من ملاحظه كلمات اللغويين فى القمار :

قال أحمد بن فارس : « القاف والميم والراء أصلٌ صحيحٌ يدلُّ على بياض فى شىءٍ ثم يفرع منه . من ذلك القَمَرُ : قَمَرُ السماء ، سَمِي قَمراً لبياضه ، وحمارٌ أقرم : أى أبيض ... »

فأما قولهم : قَمَرٌ يَقْمَرُ قَمَراً ، والقِمَار من المقامره ، فقال قوم : هو شاذٌ عن الأصل الذى ذكرناه ، وقال آخرون : بل هو منه . وذلك أن المَقَامِرَ يزيد ماله وينقص ولا يبقى على حالٍ . وهذا شىءٌ قد سمعناه . والله أعلم بصحته . قال ابن دريد : تَقَمَّرَ الرجل : إذا طلب من يقامره ، ويقال : قَمَرْتُ الرجلَ أَقْمَرُهُ وَأَقْمِرُهُ<sup>(١)</sup> .

وقال الزمخشري : « ومن المجاز : تَقَمَّرَهُ : خَدَعَهُ ، ومنه القِمَارُ لأنه خِدَاعٌ ، تقول : قَامَرْتُهُ فَقَمَرْتُهُ أَقْمَرُهُ : غلبته ... »<sup>(٢)</sup> .

وقال ابن منظور : « وقامَرَ الرجلُ مُقَامَرَةً وقِمَاراً : راهنه ، وهو التَقَامَرُ . والقِمَارُ : المُقَامَرَةُ : وتَقَامَرُوا : لعبوا القِمَارَ . وقَمِيرُكَ : الذى يُقَامِرُكَ عن ابن جنى ، وجمعه أقمارٌ ، عنه أيضاً وهو شاذٌ كنصير وأنصار ، وقد قَمَرَهُ يَقْمِرُهُ قَمَراً . وفى حديث أبى هريره : مَنْ قال تَعَالَ أقَامِرُكَ فليصدّق بقدر ما أراد أن يجعله خَطِراً فى القِمَارِ . الجوهرى : قَمَرْتُ الرجلَ أَقْمِرُهُ بالكسر ، قَمَراً : إذا لَاعَبْتَهُ فيه فغَلَبْتَهُ . وقَامَرْتُهُ فَقَمَرْتُهُ أَقْمَرُهُ ، بالضم ، قَمَراً : إذا فاخرته فيه فغلبته . وتَقَمَّرَ

ص: ٥

١- (١) معجم مقاييس اللغة ٥ / ٢٦ .

٢- (٢) أساس البلاغه / ٣٧٧ .

الرجلُ : غلب مَنْ يُقَامِرُهُ ... «(١)» .

وقال الفيومى : « قَامَرْتُهُ قِمَاراً : مِنْ بَابِ قَاتَلَ ، فَتَمَرَّتُهُ قَمَرًا ، مِنْ بَابِ قَتَلَ وَضَرَبَ ؛ غَلَبْتُهُ فِي الْقِمَارِ »(٢) .

وقال الفيروزآبادى : « قَامَرَهُ مُقَامَرَةً وَقِمَارًا فَتَمَرَهُ كَنَصِيرَةٍ وَتَقَمَرَهُ : رَاهَنَهُ فَغَلَبَتْهُ وَهُوَ التَّقَامَرُ ، وَقَمِيرُكَ : مَقَامِيرُكَ ، جَمَعَهُ : أَقِمَارٌ »(٣) .

وقال الطريحي : « الْقِمَارُ بِالْكَسْرِ : الْمَقَامَرَةُ ، وَتَقَامَرُوا : لَعِبُوا بِالْقِمَارِ وَاللَّعِبُ بِالْأَلَاةِ الْمَعْدَّةُ لَهُ عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهَا نَحْوَ الشَطْرَنْجِ وَالنَّرْدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَأَصْلُ الْقِمَارِ : الرَّهْنُ عَلَى اللَّعْبِ بِشَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ، وَرَبَّمَا أُطْلِقَ عَلَى اللَّعْبِ بِالْخَاتَمِ وَالْجُوزِ وَوَعُودِ »(٤) .

أقول : قد نطقت كلمات اللغويين على أنّ القمار لا بد له من رهان ولا يصدق على صيرورة اللعب بلا رهان . ولكن هل يصدق القمار على اللعب بالألات المعيّدة له فقط ؟ أو يصدق على اللعب بكلّ شىءٍ سواءً عُدّ للقمار أم لا ولكن مع الرهان ؟ الظاهر هو الأخير ، لأنّ الغلبة فى الرهن يصدق مع كلّ آله ، سواء فى ذلك الألات المعدّه له وغيرها ، نحو : الجوز والبيض والكتاب والخاتم وعود وبعض الظروف ونحوها كما صرح به الطريحي فى مجمع البحرين .

ثم هل يُطلق القمار على اللعب بالألات المعدّه له ولكن مع عدم الرهان ؟ ذهب فى جامع المقاصد على صحه إطلاق القمار مع عدم الرهان وقال : « ربّما أُطلق على اللعب بها مطلقاً »(٥) أى يصدق إطلاق القمار على اللعب بالألات المعدّه له مطلقاً ، أعنى مع الرهان وبدونه .

وقال فى مفتاح الكرامه : « وظاهر الصحاح والمصباح المنير وكذلك التكملة والذيل أنّه قد يُطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقاً ، أى مع الرهن ودونه ، وبه صرح فى جامع

ص: ٦

١- (١) لسان العرب ١١ / ٣٠٠ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٥١٥ .

٣- (٣) القاموس / الطبع الحجرى ماده : القمره . (٢ / ١٢١) .

٤- (٤) مجمع البحرين / الطبع الحجرى ماده : قمر (٣ / ٤٦٣) .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

وتبعه صاحب الجواهر(٢)، وقبلهما قال سيد الرياض في السبق والرمایه من كتابه: «ودعوى صدق القمار والرهانه على بذل العوض غير معلوم الصحه، مع صدقهما سيما الرهانه بدونه عرفاً وعاده»(٣).

أقول: قد عرفت أنّ مقوم القمار وجود الرهن، فمع عدمه لا يصدق القمار، فلا يتم ما ذكره هؤلاء الأعلام قدس سرهم. ويظهر ما ذكرناه من الفاضل النراقي(٤) حيث ذهب إلى جواز اللعب بآلات القمار مع عدم الرهان في غير الشطرنج والرد. فهو لا يطلق القمار على اللعب بالآله بدون الرهن، فلذا حكم بالجواز في غيرهما. وعدم صحه اطلاق القمار صحيح، وسيأتي حكم الفرع المذكور في كلامه قدس سره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

ووافقنا على ذلك الشيخ الأعظم حيث يقول في حكم اللعب بآلات القمار من دون رهن: «في صدق القمار عليه نظر لما عرفت ...»(٥).

ووافقنا أيضاً المحقق الخميني في الأخير فقط، حيث يقول: «ولا يبعد عدم صدقهما (أي صدق القمار والميسر) على اللعب بالآلات بلا رهان، كما تشهد به كلمات كثير من اللغويين كصاحب القاموس والمجمع والمنجد ومنتهى الأرب ومحكى لسان العرب، فإنها طفحت بقيد الرهان»(٦).

والمحقق الخوئي وافقنا في المسألتين، حيث يقول: «إنّ الاستفادة من كلمات أهل العرف واللغه أنّ القمار وكذلك الميسر موضوع للعب بأيّ شيء مع الرهان ويعبر عنه في لغه الفرس

ص: ٧

- 
- ١- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٨٦.
  - ٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٠٩.
  - ٣- (٣) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٩.
  - ٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٦ فما ذكره في مصباح الفقاهه ١ / ٣٦٩ من وجود عدم الخلاف في المستند على المسأله الثانيه غير تام ونفى الخلاف فيه يرجع إلى المسأله الأولى.
  - ٥- (٥) المكاسب المحرمه ١ / ٣٧٢.
  - ٦- (٦) المكاسب المحرمه ٢ / ٣.

بكلمه (برد و باخت) ، وعليه فاللعب بالآلات بدون الرهن خارج عن المطلقات موضوعاً وتخصصاً»(١).

وقال أيضاً في حرمه المراهنه على اللعب بغير الآلات المعدّه للقمار : « الثاني : صدق مفهوم القمار عليه بغير عنايه وعلاقه ، فقد عرفت أن الظاهر من أهل العرف واللغه أنّ القمار هو الرهن على اللعب بأيّ شىء كان ، وتفسيره باللعب بالآلات المعدّه للقمار دور ظاهر»(٢).

أقول : يظهر من كلمات أهل اللغه أنّ القمار يصدق إذا كان فى البين رهانٌ ، بلا فرق بين أن يكون بالآلات القمار وغيرها . وأمّا إذا لم يكن رهان بين الطرفين فلا- يصدق القمار ، سواء كان اللعب بالآلات القمار أو غيرها ، ويؤيد ما استفدناه من أهل اللغه إطلاق كلمه « القمار » عند أهل العرف .

### المقام الثانى : أدله حرمه القمار

#### إشاره

الأدله الأربعة تدلّ على حرمه القمار :

#### ١ - من الكتاب

الف : قوله تعالى : «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا»(٣).

الميسر هو القمار ، وقرنه الله تعالى بالخمير وحكم فيهما بأنهما أثم كبير . وظهور الآيه الشريفه فى الحرمة واضح .

ويدلّ على أنّ الميسر هو القمار خبر الوشاء عن أبى الحسن عليه السلام قال : سمعته يقول : الميسر هو القمار(٤).

ورواه العياشى فى تفسيره ٢ / ٧٢ ح ١٨٣ عن الرضا عليه السلام .

ص : ٨

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٣٧٢ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٣٧٥ .

٣- (٣) سوره البقره / ٢١٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٦٥ ح ٣ . الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به .

وفى تفسير العياشى عن حمدويه عن محمد بن عيسى قال : سمعته يقول : كتب إليه إبراهيم بن عَبَّسَه - يعنى إلى على بن محمد عليهما السلام - إن رأى سيدى ومولاي أن يخبرنى عن قول الله تعالى : «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ» الآية ، فما الميسر جعلت فداك ؟ فكتب : كل ما قُومر به فهو الميسر ، وكل مسكر حرام (١).

الروايه معتبره الإسناد .

فى خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال : لما أنزل الله على رسوله صلى الله عليه وآله وسلم «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» قيل : يا رسول الله ما الميسر ؟ فقال : كل ما تقومر به حتى الكعاب (٢) والجوز . قيل : فما الأنصاب ؟ قال : ما ذبحوا لآلهتهم . قيل : فما الأزلام ؟ قال : قداحهم التى يستقسمون بها (٣) .

ب : قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ \* إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ» (٤) .

عُيِّدَ فى الآية الشريفه القمار - وهو الميسر - من الرجس وعمل الشيطان ، ولذا أمر باجتنابه ، وعلل حرمة بأنه يوجب العداوه والبغضاء بين المؤمنين ويصدّهم عن ذكر الله تعالى وعن الصلاه . فدلاله الآيتين على الحرمة ظاهره .

روى العياشى فى ذيلها عن ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن الميسر ؟ قال : الثقل من كل شىء . قال الحسين : والثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم وغيرها (٥) .

رواها الشيخ الحر ، ولكن بدّل الحسين بالخبز والثقل بالنفل ، ولكن الصحيح كما فى

ص : ٩

١- (١) تفسير العياشى ١ / ٢١٨ ح ٣١٤ .

٢- (٢) الكعاب : جمع الكعب : يقال للعظم الذى يلعب به .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٥ ح ٤ .

٤- (٤) سوره المائده / ٩١ و ٩٠ .

٥- (٥) تفسير العياشى ٢ / ٧٥ ح ١٨٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٧ ح ١٢ مع اختلاف .

تفسير العياشى « الحسين » ، ولعله هو من رواه الخبير قد حُذِفَ بإسقاط السند ، ولعلَّ الثقل الموجود فى تفسير العياشى والثقل الموجود فى الوسائل كلاهما تصحيف الثقل - بالثاء المنقوطة بثلاث والفاء - وهو ما سفل من كلِّ شىءٍ ، وأُطلق هنا مجازاً على ما يخرج بين المتراهنين .

قال الشيخ الطوسى : « الميسر : قال ابن عباس وعبد الله بن مسعود والحسن ومجاهد وقتاده وابن سيرين : هو القمار ، وهو الظاهر فى رواياتنا » (١) .

بدلَّ الطبرسى قوله الأخير ب- « هو المروى عن أئمتنا » وأضاف إليه : « حتَّى قالوا : إنَّ لعب الصبيان بالجوز هو قماراً » (٢) .

وقال فى تفسيره الآخر : « أكَّدَ سبحانه تحريم الخمر والميسر بوجوه من التأكيد :

منها : أنه قرنهما بعباده الأنصاب التى هى الأصنام ، ومنه قوله عليه السلام : شارب الخمر كعابد الوثن .

ومنها : أنه جعلهما رجساً كما قال : « فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَعْيَانِ » (٣) .

ومنها : أنه جعلهما من عمل الشيطان .

ومنها : أنه أمر بالاجتناب .

ومنها : أنه جعل الاجتناب من الفلاح ، والهاء فى « فاجتنبوه » يعود إلى عمل الشيطان أو إلى مضافٍ محذوفٍ ، كأنه قيل : إنَّما شأن الخمر والميسر أو تعاطى الخمر والميسر ونحو ذلك .

ومنها : أنه ذكر نتائجهما من المفساد التى هى وقوع التعادى والتباغض بين أصحاب الخمر والقمر وما يؤدیان إليه من الصَّدِّ «عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ» التى هى عماد الدين .

وقوله : « فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ » نهى بليغ ، أى فهل أنتم مع ما تُلِجُونَ عليكم من هذه الصوارف منتهون « (٤) » .

ص : ١٠

١- (١) التبيان ٢ / ٢١٢ .

٢- (٢) مجمع البيان ٢ / ٣١٦ .

٣- (٣) سورة الحج / ٣٠ .

٤- (٤) جوامع الجامع ١ / ٣٥١ .

ونحوها في الكشاف ١ / ٦٧٤ للزمخشري .

ج : قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ » (١).

الآية الشريفة نهت عن أكل الأموال بالأسباب الباطلة ، ومنها : القمار ، ولذا ورد في عدّه من الروايات تطبيق السبب الباطل بالقمار :

منها : صحيحه زياد بن عيسى - وهو أبو عبيدة الحذاء (٢) - قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله عزّ وجل : « لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ » فقال : كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله ، فنهاهم الله عزّ وجل عن ذلك (٣).

روى العياشي مرسلًا عن محمد بن علي عن أبي عبد الله عليه السلام في تفسيره ١ / ٣٩٠ ح ١٠٣ مع زياده .

ومنها : صحيحه محمد بن عيسى قال : قال أبو عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجل : « لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ » قال : ذلك القمار (٤).

ومنها : ما رواه العياشي في تفسيره مرسلًا عن أسباط بن سالم قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاءه رجل فقال له : أخبرني عن قول الله : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ » قال : عنى بذلك القمار ، الحديث (٥).

ومنها : ما رواه العياشي مرسلًا عن أسباط قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ » قال : هو القمار (٦).

فالآية الشريفة مع هذه التطبيقات في الروايات المعتره تدلّ بوضوح على

ص: ١١

١- (١) سورة النساء / ٢٩ .

٢- (٢) كذا في الكافي الشريف ٥ / ١٢٢ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٤ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٧ ح ١٤ .

٥- (٥) تفسير العياشي ١ / ٣٨٨ ح ٩٨ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٨ .

٦- (٦) تفسير العياشي ١ / ٣٨٩ ح ١٠٠ .

عدّه من الروايات المعتبرة المستفيضه تدلّ على حرمة مضافاً إلى ما مرّ ذكره في ذيل الآيات :

منها : صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : لا تصلح المقامرة ولا النهبه (١) .

ومنها : حسنه عبد الحميد بن سعيد قال : بعث أبو الحسن عليه السلام غلاماً يشتري له بيضاً ، فأخذ الغلام بيضه أو بيضتين فقامر بها ، فلمّا أتى به أكله ، فقال له مولئى له : إنّ فيه من القمار ، قال : فدعا بطشفت فتقيأه (٢) .

قال الشيخ جعفر فى شأن الروايه : « وراويه أدري به » (٣) .

وقال صاحب الجواهر : « إنّه لا يخلو من بحث بالنسبه إلى منافاه العصمه التى هى الطهاره من الرجس » (٤) .

وقال الشيخ الأعظم : « ولكن يشكل بأنّ ما كان تأثيره كذلك ... إلى قوله قدس سره : هذا كلّ لتطبيق فعلهم على القواعد ، وإلاّ فلهم فى حركاتهم من أفعالهم وأقوالهم شؤون لا يعلمها غيرهم » (٥) .

وقال المحقق الخوئى : « ويمكن أن يقال : إنّ الاعتراض على الروايه مبنى على كون علم الأئمه بالموضوعات حاضراً عندهم من غير توقف على الإبراده ، وقد دلت عليه جملة من الروايات ، كما أن علمهم بالأحكام كذلك . وأمّا بناءً على أنّ علمهم بالموضوعات تابع لإرادتهم واختيارهم - كما دلت عليه جملة أخرى من الروايات - فلا يتوجّه الإشكال على

ص: ١٢

١- (١) الكافى ٥ / ١٢٣ ح ٥ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٦٥ ح ٥ .

٢- (٢) الكافى ٥ / ١٢٣ ح ٣ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٦٥ ح ٢ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٠٧ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١١٠ .

٥- (٥) المكاسب ١ / ٣٧٩ .



الروايه ، لإمكان صدور الفعل عنهم عليهم السلام جهلاً قبل الإرادة»(١).

وقال شيخنا الأستاذ - مدظله - : « إنَّ الإمام عليه السلام لا يمكن غفلته أو جهله بالأحكام المجعوله فى الشريعه ، حيث أنّ ذلك ينافى كونه هادياً ودليلاً على الحقِّ ومبيناً لأحكام الشرع . وأمّا الموضوعات الخارجيه فعلمه بجميعها مطلقاً أو عند إرادته الإطلاع عليها ، فلا سبيل لنا إلى الجزم بشيءٍ حتّى نجعله منشأ الإشكال فى مثل الروايه»(٢).

أقول : هذا البيان من شيخنا الأستاذ - مدظله - كلام فصل يحلّ به الإشكال فى الروايه ، وأمّا ما ذكره الفقيه السبزوارى قدس سره فى المذهب(٣) لا يتم لوجهين :

الأوّل : لا يمكن بيان الطرق والأمارات والأصول والأحكام الظاهريه وجعلها فى حقّ العالم بالواقع ونفس الأمر ، لأنّ اعتبار هذه الأمور يجرى فى فرض الجهل بالواقع .

والثانى : بعد الأكل والإزدراء لا يبقى ملكيه الغير للمادّه ، لأنّها يصدق عليها أنّها تلفت ، وبقاعده الإلتلاف الآكل ضامن لها .

ومنها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : كان ينهى عن الجوز يجىء به الصبيان من القمار أن يؤكل ، وقال : هو سحتٌ(٤).

ومنها : معتبره اسحاق بن عمار قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : يلعبون بالجوز والبيض ويقامرون ، فقال : لا تأكل منه فإنّه حرام(٥).

### ٣ - الإجماع

لا خلاف بين المسلمين من حرمة اللعب بالآلات المعدّه للقمار مع المراهنه ، بل يمكن أن يقال بأنّ حرمة من ضروريات الدين :

قال الشيخ فى النهايه : « عمل الأصنام والصلبان والتماثيل المجسمه والصور والشطرنج

ص: ١٣

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٣٧٩ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٢٢٠ .

٣- (٣) مذهب الأحكام ١٦ / ١٤٤ .

٤- (٤) الكافى ٥ / ١٢٣ ح ٦ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٦٦ ح ٦ .

٥- (٥) الكافى ٥ / ١٢٤ ح ١٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٦٦ ح ٧ .

والنرد وسائر أنواع القمار حتى لعب الصبيان بالجوز ، فالتجاره فيها والتصرف والتكسب بها حرامٌ محظورٌ»(١).

قال العلامة في المنتهى : « القمار حرام بلا خلاف بين العلماء ، وكذا ما يؤخذ منه ... إلى أن قال : فإن جميع أنواع القمار حرام من اللعب بالنرد والشطرنج والأربعة عشر(٢) واللعب بالخاتم ، حتى لعب الصبيان بالجوز على ما تضمنته الأحاديث ، ذهب إليه علماءنا أجمع ، وقال الشافعي : يجوز اللعب بالشطرنج ، وقال أبو حنيفة بقولنا»(٣).

وقال الشهيد الثاني : « مذهب الأصحاب تحريم اللعب بآلات القمار كلها من الشطرنج والنرد والأربعة عشر وغيرها ، ووافقهم على ذلك جماعه من العامه منهم أبو حنيفة ومالك وبعض الشافعيه ... »(٤).

وذكر المحقق الأردبيلي كلام العلامة في المنتهى ثم قال : « لعله يريد بقوله « بلا- خلاف» في تحريمه في الجملة ، لا- جميع أنواعه»(٥).

وقال : « القمار هو : اللعب بالآلات المعدّه له ، كالنرد والشطرنج حتى اللعب بالخاتم والجوز والكعاب ... ودليل تحريم الكلّ الإجماع»(٦).

والفاضل الأصبهاني في ذيل قول العلامة في شهادات القواعد : « واللّاعب بآلات القمار كلّها فاسق» قال : عندنا(٧).

أقول : الظاهر أنّ مراده عند الشيعة الإماميه .

ص: ١٤

١- (١) النهاية / ٣٦٣ .

٢- (٢) الأربعة عشر : قطعه من خشب حُفر في ثلاثه أسطر ويجعل في الحفر حصي صغار يلعب بها كذا في المبسوط ٨ / ٢٢٢ ، والمسالك ١٤ / ١٧٧ ، وكشف اللثام ١٠ / ٢٩١ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٢ .

٤- (٤) المسالك ١٤ / ١٧٦ .

٥- (٥) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٢ .

٦- (٦) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٤١ .

٧- (٧) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٠ .

وذكر المحدث البحراني كلام العلامة الحلبي في المنتهى من دون تعليق(١).

وقال الشيخ جعفر بعد تعريف القمار والحكم بحرمة: « للإجماع المنقول»(٢).

وقال سيد الرياض: « والقمار بالآلات المعدّه له كالنرد والشطرنج والأربعة عشر واللعب بالخاتم والجوز والبيض بلا خلاف في شيء من ذلك ، بل عن المنتهى وفي غيره الإجماع عليه ، وهو الحجه بعد الكتاب والسنة المستفيضه ... »(٣).

وقال الفاضل النراقي بعد تعريف القمار: « بل في المنتهى وغيره الإجماع عليه ، وهو الحجه في المقام وعليه المعول»(٤).

وقال السيد العاملي: « إنّ عمل القمار حرام ... والتحريم مذهب الأصحاب ... »(٥).

وقال في الجواهر: « بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه»(٦).

وقال الشيخ الأعظم: « القمار حرام إجماعاً»(٧).

وقال المحقق الخوئي بعد ذكر عدم الخلاف بين الفقهاء من الشيعة والسنة « بل على حرمة القمار ضروره مذهب الإسلام»(٨).

#### ٤ - العقل

العقل حاكم بأنّ القمار « منشأ للفساد والإفساد وتضييع المال والعمر»(٩). فيحكم بقبحه الذي يتبع الحرمة الشرعيه .

ص: ١٥

- ١- (١) الحدائق ١٨ / ١٨٦ .
- ٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٠٥ .
- ٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٦٩ .
- ٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٣ .
- ٥- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٨٤ .
- ٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ١٠٩ .
- ٧- (٧) المكاسب المحرمه ١ / ٣٧١ .
- ٨- (٨) مصباح الفقاهه ١ / ٣٦٨ .
- ٩- (٩) كما في مهذب الأحكام ١٦ / ١٤٠ .

« وأن أخذ المال بغير تجارته ومشقه يوجب لإلقاء العداوة والبغضاء والاشتغال به يصد عن ذكر الله وعن امتثال الأحكام الإلهية»(١) والعقل حاكم بقبح الجميع .

### المقام الثالث : مسائل أربع

#### الأولى : اللعب بالآلات القمار مع المراهنة

قد سبق أن اللعب مع المراهنة هو المصداق التام للقمار ، ولم يشكك فيه أحد ، فما ذكر من الآيات والروايات والإجماع وحكم العقل على حرمه القمار تشمل هذه المسألة وتدل على حرمتها ، بلا إشكال بل هي القدر المتيقن منها .

ثم فليعلم أن هاهنا أموراً :

الأول : صنع الآلات المعدة للقمار .

الثاني : أخذ الأجره على صنعها .

الثالث : بيع الآلات المعدة للقمار .

الرابع : اللعب بها مع المراهنة .

الخامس : أخذ الرهن أى المال المجموع فى البين .

وبما مرّ من الأدله يحكم بحرمه الجميع تكليفاً وبحرمه الثانى والثالث والخامس وضعاً .

ومن أظهر مصاديق القمار فى زماننا هذا « الحظ والنصيب» أو « يا نصيب» أو المعبر عنه فى لغه الفرس ب- « بليط بخت آزمائى » ، لأنه نظير اللعب بالأقداح فى زمن الجاهليه وفيه الرهان وكثيراً ما يقع بالآلات القمار أو ما شابها ، فيحكم بحرمته بلا إشكال .

#### الثانيه : اللعب بالآلات المعدة للقمار بدون المراهنة

بأن يكون الغرض من هذا اللعب مجرد الاشتغال والأنس كما هو المتداول اليوم بين بعض الشباب ، فهل هو محرّم أم لا-؟ استدلووا على حرمة بوجوه :

الأول : وجود الإجماع وعدم الخلاف اللذين يشملان هذه المسألة .



وفيه : إن ثبت الإجماع فهو ، ولكن يمكن أن يناقش فيه بأنّ معقد الإجماع وعدم الخلاف في المسألة الأولى فقط .

وقد مرّ ممّا أن عدم الخلاف المذكور في المستند يرجع إلى المسألة الأولى لا إلى الثانية ، فما ورد في المصباح (١) غير تام .

نعم ، ورد التصريح بالحرمة في القواعد (٢) والدروس (٣) في شهادتهما ، وقال المحقق الثاني : « لا ريب في تحريم اللعب بذلك (أى بآلات القمار) وإن لم يكن رهن» (٤) . وتبعهم الفاضل الأصفهاني (٥) وسيأتي تفصيل كلمات الأصحاب في هذا المجال في المقام الخامس من البحث فانتظر .

الثاني : صدق القمار في اللعب بها ولو لم يكن في البين رهان .

وفيه : قد سبق عدم صدق القمار بمجرد اللعب وأنّ مقوم القمار هو الرهان فإذا لم يكن لم يصدق القمار ، ولذا قال الشيخ الأعظم : « وفي صدق القمار عليه نظر» (٦) .

الثالث : قد وردت في الروايات بأنّ كلّ ما قومر عليه فهو ميسر ، ووردت عدّه من الروايات في النهي عن اللعب بالشطرنج والنرد وسنذكر بعضها فيما بعد في المقام الخامس من البحث إن شاء الله تعالى ، ولو كنّا وهذه الروايات فقط لا تفيد في المقام شيئاً ، ولذا استشكل الفاضل النراقي (٧) في حرمة اللعب بغيرهما من دون رهان وأنّ الأصل عدم الحرمة .

هذا البيان منه تام لو لم يكن في البين صحيحه معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام قال : النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزله واحده ، وكلّ ما قومر عليه فهو ميسر (٨) .

ص: ١٧

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٣٦٩ .

٢- (٢) قواعد الأحكام ٣ / ٤٩٤ .

٣- (٣) الدروس ٢ / ١٢٦ .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

٥- (٥) كشف اللثام ١٠ / ٢٩١ .

٦- (٦) المكاسب المحرمة ١ / ٣٧٢ .

٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٦ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٣ ح ١ . الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به .

بتقريب : أن في هذه الصحيحه أضاف الإمام عليه السلام الأربعة عشر التي لم ترد ذكرها في غيرها من الروايات ، ثم حكم عليه السلام بأنهنَّ بمنزله واحده ، ثم عطف عليهنَّ كل ما قورم عليه - أعنى كل ما يكون من آلات القمار - فهو ميسر ، يعنى قمار . ومن الواضح أنه لو كان في البين رهان لا يحتاج الإمام عليه السلام إلى الحكم بكونه من الميسر والقمار لوضوحه ، فما ورد في هذه الصحيحه اللعب بآلات القمار من دون رهان وحكم الإمام عليه السلام تعبدًا بأنّه من الميسر وهو القمار .

والإستدلال بهذه الصحيحه في حرمه اللعب بآلات القمار ولو من دون رهان تام عندنا .

ويؤيدها خبر الفضيل قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس : النرد والشطرنج حتى انتهت إلى السُّدْر (١) ؟ فقال : إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون ؟ قال : مع الباطل ، قال : فما لك وللباطل (٢) ؟ !

رجال السند كلهم ثقات حتى عبد الله بن عاصم ، أما علي بن إسماعيل الميثمي حسنٌ لو لم يكن ثقّه ، ولكن فيه سهل بن زياد الآدمي القمي وفيه ما فيه ، إلا أن يقال - كما عن شيخنا البهائي قدس سره - بأن الأمر في سهل سهلٌ . ولكن حيث أنه لم يثبت وثاقته عندنا لذا عبرنا عن السند بالخبر .

وأما دلالتها : حيث عدّ السائل بعد النرد والشطرنج ، بعض آخر من آلات القمار وختمها بالسُّدْر ، وحكم الإمام عليه السلام بأنّ اللعب بها من الباطل أي حرامٌ . والسائل يسأل عن اللعب بها فقط وظهور السؤال في عدم الرهان ، وهذه الروايه كالنص في مسألتنا هذه ، ولكن في سندها ضعف سهل ، ولذا جئتُ بها على نحو التأييد .

ويؤيد ما ذكرنا اتفاق الأصحاب قدس سرهم على الحرمه في اللعب بآلات القمار من دون

ص: ١٨

---

١- (١) السُّدْر : لعبه يقامر به ، فارسيه معربه عن ثلاثه أبواب . قال الشيخ في المبسوط ٨ / ٢٢٢ : « والقرق وقال أهل اللغه هي القرقة ويقال لها بالفارسيه سدره ، وهي دايره مربّعه يخط فيها خطان كالصليب ويجعل على رؤوس الخط حصيّ يلعبون بها» .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٢٤ ح ٣ .

الرهان ، ولم أجد مخالفاً بينهم إلا ما حُكى عن بعض مشايخنا طاب ثراه . نعم ، وقع الخلاف فيها بين العامة .

### الثالثه : المراهنه على اللعب بغير الآلات المعدّه للقمار

ذهب الأصحاب إلى حرمة هذه المراهنه ، واستدلوا بوجوه :

الأول : عدم وجود الخلاف بين أصحابنا قدس سرهم في حرمتها كما مرّ التصريح بذلك في المقام الثاني من هذا البحث عن العلامة في المنتهى (١) ، وصرح بها في التذكرة حيث يقول : « القمار حرام وتعلّمه واستعماله وأخذ الكسب به حتى لعب الصبيان بالجوز والخاتم» (٢) وهكذا في القواعد (٣) والتحرير (٤) ، والمحقق الثاني في ذيل قول العلامة « حتّى لعب الصبيان بالجوز والخاتم» قال : « ويمكن أن يكون مراد العبارة : ويحرم القمار حتّى لعب الصبيان - إلى آخره ، فتكون حتّى عاطفه على القمار ، والعبارة على هذا المعنى أدلّ ، إلا أنّ إطلاق التحريم على هذا القسم مشكل ، لأنّ فعل الصبي لا يوصف بالحرمة ولا بغيرها من الأحكام الشرعيه ، إلا أن يأوّل : بأنّ تكليف التحريم وغيره في ذلك يتعلق بالولي» (٥) .

أقول : الظاهر - والله العالم - أنّ مثالهم بلعب الصبيان بالجوز والخاتم ، يكون مثلاً لمسألتنا هذه ، أعنى المراهنه على اللعب بغير الآلات المعدّه للقمار وأظهر مصاديق هذه الآلات الجوز والخاتم ولذا مثّلوا بهما واللاعب بهما على الأغلب الصبيان ، ولذا حذف الشهيد الثاني من المثال الصبيان وقال : « ومنه (أى من القمار) اللعب بالخاتم والجوز» (٦) .

ومن اللذين حكموا بالحرمة المحقق الأردبيلي وقال : « دليل تحريم الكلّ : الإجماع» (٧) .

ص : ١٩

١- (١) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٢ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤١ المسألة ٦٤٦ .

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٥ .

٦- (٦) المسالك ٣ / ١٢٩ .

٧- (٧) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٤١ .



ومنهم : المحقق السبزواری فی الكفایه (١).

ومنهم : كاشف اللثام قال : « (والخاتم وإن قصد) اللاعب بأحدها (الحذق أو اللهو أو القمار) فلا فرق بين القصود يحكم بفسقه و(ترد شهادته) لنحو ما سمعت» (٢).

ومنهم : السيد مهدي بحر العلوم الطباطبائي ، صرح بعدم الخلاف في الحرمة والفساد (٣).

ومنهم : الشيخ جعفر في شرحه على القواعد ، وادعى عليه الإجماع المنقول (٤).

ومنهم : سيد الرياض ، وادعى عدم الخلاف في حرمتها (٥).

ومنهم : الفاضل النراقي في المستند (٦).

ومنهم : صاحب الجواهر في كتاب السبق والرمایه (٧).

ومنهم : الشيخ الأعظم الأنصاري في المكاسب المحرمة (٨).

الظاهر أن الإجماع في حرمة المراهنه على اللعب بغير الآلات المعدّه للقمار حاصل عند أصحابنا أعلى الله كلمتهم ، وأكثر العامه أيضاً يوافقونا (٩).

الثاني : صدق مفهوم القمار كما مرّ منّا في المقام الأول على هذه المراهنه بغير مسامحه وعنايه ، بل صرح بعض الأصحاب بأنّها قمار ، نحو : سيد الرياض (١٠) والشيخ الأعظم (١١).

ص : ٢٠

١- (١) كفايه الأحكام ١ / ٤٤١ .

٢- (٢) كشف اللثام ١٠ / ٢٩١ .

٣- (٣) المصاييح / مخطوط ونقل عنه الشيخ الأنصاري في المكاسب ١ / ٣٥٧ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٠٥ و ٣٠٦ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦٩ .

٦- (٦) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٤ .

٧- (٧) الجواهر ٢٨ / ٢١٨ و ٢١٩ .

٨- (٨) المكاسب ١ / ٣٧٥ .

٩- (٩) كما نقل عنهم في مصباح الفقاهه ١ / ٣٧٤ .

١٠- (١٠) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ .

١١- (١١) المكاسب ١ / ٣٧٥ .

والمحقق الخوئي (١)، فإذا صدق عليها القمار شملها الأدلة المحرّمه وإطلاقاتها .

الثالث : الروايات الواردة في حرمه هذه المراهنه :

منها : معتبره إسحاق بن عمار الماضيه (٢) ، وهي كالتص في المقام تدلّ على الحرمة التكليفيه والوضعيه .

ومنها : حسنه عبد الحميد بن سعيد الماضيه (٣) ، فهي أيضاً تدلّ على الحرمة التكليفيه والوضعيه .

ومنها : صحيحه حفص عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل ، يعنى النضال (٤) .

والمراد بها : عدم جواز المسابقه مع الرهان في غير الموارد المستثناه .

ومنها : حسنه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس شيء تحضره الملائكه

إلا الرهان وملاعبه الرجل أهله (٥) .

والمراد بها الرهان في الموارد المستثناه ، والشاهد على ذلك مرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام قال : « إنّ الملائكه لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفّ والریش والنصل ، وقد سبق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أسامه بن زيد وأجرى الخيل (٦) .

وهكذا صحيحه حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السلام إنّه كان يحضر الرمی والرهان (٧) .

يعنى أنّه يحضر الرهان في الرمی أو الرهان في مسابقه الخيل أو الجمل .

ص : ٢١

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٣٧٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٦٦ ح ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٦٥ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩ / ٢٥٢ ح ١ . الباب ٣ من أبواب كتاب السبق والرمایه .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٩ / ٢٥٠ ح ٤ ، و ١٩ / ٢٥١ ح ١ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٩ / ٢٥١ ح ٦ .

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٩ / ٢٥٢ ح ٤ .

ومنها : صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل آكل وأصحاب له شاهة ، فقال : إن أكلتموها فهي لكم وإن لم تأكلوها فعليكم كذا وكذا ، فقضى فيه : أن ذلك باطل لا شيء في المؤاكلة من الطعام ما قلّ منه وما كثر ومنع غرامته فيه (١) .

رجال السند كلهم ثقات حتى يوسف بن عقيل البجلي ، قال النجاشي في حقه : « كوفي ثقة قليل الحديث يقول القميون : إن له كتاباً ، وعندى أن الكتاب لمحمد بن قيس » (٢) .

بتقريب : أنه قضى أمير المؤمنين عليه السلام ببطلان عقد المؤاكلة في مثل شاه أو نحوها وهي إباحه الشاه ونحوها بشرط متأخر ، والشرط هو أكل الجميع أو مقدار معين منها ، فإذا صار العقد باطلاً لم تتحقق الإباحه على فرض الأكل ، وعلى فرض عدم الأكل أيضاً لم يتحقق الضمان المذكور في العقد ، ومنع الغرامه في ختام الحديث يرجع إلى هذا الأخير . ثم بعد بطلان العقد - حيث أنهم أترفوا الشاه أو غيرها من المأكولات بأكلها - كانت ذمّتهم مشغولة بالضمان . وهذا المعنى من الروايه يظهر للمتأمل فيها . وهذا العقد في الواقع قسم من القمار ويصير من القسم الثالث .

ومن هذا القسم الإشتراط بين الأثنين على شيء من المال على الأمور العاديه أو العلميه ونحوهما ، بأنه لو غلب أو صدق أحدهما فله الشيء ، وحيث كان في البين رهان فيدخل في عنوان القمار ويحرم ، خلافاً لعمّن الأكرم آيه الله الحاج الشيخ محمد علي النجفي قدس سره المتوفى ١٣١٨ ق حيث ذهب إلى الجواز في رسالته في المعاصي الكبيره (٣) .

#### الرابعه : المسابقه بغير رهان

هل تجوز المسابقه بغير آلات القمار ومن دون رهان أم لا ؟ ذهب جماعه من

ص : ٢٢

١- (١) الكافي ٧ / ٤٢٨ ح ١١ ، التهذيب ٦ / ٢٩٠ ح ١٠ ونقل عنهما في وسائل الشيعه ٢٣ / ١٩٢ ح ١ . الباب ٥ من أبواب كتاب الجعاليه .

٢- (٢) رجال النجاشي / ٤٥٢ الرقم ١٢٢١ .

٣- (٣) معاصي كبيره / ١١١ .

الأصحاب قدس سرهم إلى المنع ، ولعله هو المشهور ، وذهب بعض منهم إلى الجواز :

ومن القائلين بالمنع : شيخ الطائفة ، في مبسوطه قال : « فأما ما لم يرد فيه الخبر فمذهبنا أنه لا يجوز المسابقة عليه ... » (١).

الظاهر أن كلامه يحمل على الإطلاق ، أي مع العوض وبدونه لما يظهر فيما بعده فراجع كتابه .

ومنهم : العلامة في التذكرة حيث يقول : « لا- تجوز المسابقة على المصارعة بعوض ولا بغير عوض عند علمائنا أجمع ، لعموم النهي إلا- في الثلاثة : الخفّ والحافر والنصل ، ... لا- تجوز المسابقة على رمى الحجارة باليد والمقلاع والمُنْجنيق ، سواء كان بعوض أو بغير عوض عند علمائنا ... لا- يجوز المسابقة على المراكب والسفن والطائرات عند علمائنا ... لا يجوز المسابقة على مُنَاطَحَه الغنم ومُهارَشه الديك بعوض ولا بغير عوض ، وكذلك لا يجوز المسابقة على ما لا ينتفع به في الحرب ... » (٢).

ومنهم : المحقق الثاني قال : « وكيف كان فظاهر المذهب التحريم ، إلا أن وجهه غير ظاهر ، لأن هذه قد تراد لهواً ولعباً - إلى أن قال : - لم نجد إلى القول بتحريم ذلك سبيلاً . ولا ريب أنه إن انضم إلى آخر فتعدياً كان أدخل في مطلوبه وليس للضميمة أثر في التحريم » (٣) .

أقول : وأنت ترى أنه وإن نقل أن ظاهر المذهب التحريم ولكن قال : « أن وجهه غير ظاهر » وذهب بنفسه إلى الجواز واستدل له . فالصحيح أن يُعد المحقق الكركي من القائلين بالجواز لا المنع .

ومنهم : ابن فهد الحلبي قال : « ولا يجوز في غيرها (أي في غير الثلاثة) سواء كان بعوض أو خلت عنه ... » (٤) .

ومنهم : سيد الرياض يقول : « وفي جوازها بدونها إشكال (أي في جواز المسابقة من

ص : ٢٣

١- (١) المبسوط ٦ / ٢٩١ .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٣٥٤ من الطبع الحجري .

٣- (٣) جامع المقاصد ٨ / ٣٢٦ .

٤- (٤) المهذب البارع ٣ / ٨٢ .

دون عوض إشكال) ينشأ من اختلاف الروايات في فتح الباء من لفظ « سبق » وسكونه ... ولكن الأشهر خلافه ، بل ظاهر المذهب (١) والمحقق الثاني (٢) وصريح المحكى عن التذكرة (٣) أنّ عليه إجماع الامامية في جميع الأمور المذكورة ، فالمنع أظهر لحجبه الإجماع المنقول ، سيما مع التعدد والإعتضاد بالشهره وبما ... « (٤) .

وأما القائلون بالجواز :

قد سبق أن المحقق الثاني هو القائل بالجواز .

ومنهم : الشهيد الثاني قال في المسالك : « والمراد (أى المراد بروايه لا سبق) أنه لا يصح بذل العوض في هذه المعامله إلا في هذه الثلاثه ، وعلى هذا لا- ينفى جواز غيرها بغير تعويض» (٥) . وأيضاً صريحاً أفتى بجوازها ولو في غير الثلاثه من دون عوض (٦) .

ومنهم : المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده والبرهان (٧) .

ومنهم : المحقق السبزواري يقول : « وبالجملة الأصل الجواز والتحرير يحتاج إلى دليل ، وقد ذكر تحريم القمار سابقاً حتى لعب الصبيان بالجوز ، وقد علم أيضاً تحريم بعض الأشياء بالآلات القمار وإن لم يكن فيه رهن وعوض مثل النرد والشطرنج ، وأما مثل السبق بالأقدام وغير ذلك فلا أعلم حجه على تحريمها إذا لم يكن فيها عوض ومراهنه» (٨) .

ومنهم : صاحب الحقائق قال : « وأنت خير بأنه باعتبار تعارض الاحتمالين المذكورين لا يمكن الاستدلال بالخبر على المنع ، فتبقى أصاله الجواز خاليه من المعارض

ص : ٢٤

١- (١) لم أجده في المذهب للقاضى ، نعم قد ورد في المذهب البارع كما مرّ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٨ / ٣٢٦ .

٣- (٣) وقد مرّ كلام التذكرة .

٤- (٤) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ .

٥- (٥) المسالك ٦ / ٧٠ .

٦- (٦) المسالك ٦ / ٨٧ .

٧- (٧) مجمع الفائده والبرهان ١٠ / ١٦٨ .

٨- (٨) كفايه الأحكام ١ / ٧١٨ .

وتخرج الأخبار المذكوره شاهداً على ذلك ، مضافاً إلى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها<sup>(١)</sup> . ومنهم : الوحيد البهبهاني في تعليقه على مجمع الفائده والبرهان<sup>(٢)</sup> .

ومنهم : الشيخ جعفر قال : « ... وأما مجرد فعله فلم يقيم دليل معتبر على تحريمه ، فالمسابقه والمغالبه من دون رهان لا بأس بها ومعها حرام إلا ما استثنى ... »<sup>(٣)</sup> .

ومنهم : تلميذه صاحب الجواهر يقول : « أما فعله لا على جهه كونه عقد سبق ، فالظاهر جوازه ، للأصل والسيره المستمره على فعله في جميع الأعصار والأمصار من الأعوام والعلماء ، وما ورد من مصارعه الحسن والحسين عليهما السلام ومكاتبتهما والتقاطهما حبّ قلاده أمهما بل ... »<sup>(٤)</sup> .

ثم قد استدلوا على الحرمة بوجوه :

الأول : الإجماع المدعى في الرياض<sup>(٥)</sup>

وفيه : قد عرفت عدم تماميته ، لوجود المخالف في المسأله وعدم كونه تعدياً .

الثاني : ما ورد في الروايات في انحصار جواز المسابقه في الثلاثه :

منها : صحيحه حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا- سبق إلا في خفّ<sup>(٦)</sup> أو حافر<sup>(٧)</sup> أو نصل<sup>(٨)</sup> ، يعنى النضال<sup>(٩)</sup> .

بتقريب : أن الروايه وأمثالها في المقام حصرت المسابقه في هذه الثلاثه ، فلا يجوز

ص : ٢٥

١- (١) الحدائق ٢٢ / ٣٦٦ .

٢- (٢) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٥٣٤ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٠٦ .

٤- (٤) الجواهر ٢٨ / ٢٢٠ .

٥- (٥) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ .

٦- (٦) الخف : الإبل ، ويتناول الفيله أيضاً لغيره .

٧- (٧) الحافر : الفرس ، ويتناول الحمار والبغل لغيره .

٨- (٨) النصل : الرمي .

٩- (٩) وسائل الشيعه ١٩ / ٢٥٢ ح ١ . الباب ٣ من أبواب كتاب السبق والرمايه .

فى غيرها .

وفيه : أولاً-: المراد بالمسابقه هنا ، المسابقه مع العوض والرهان ، ولذا أفتى الفقهاء بجواز أخذ الرهان فى المسابقه مع الفرس والإبل والرمى .

وثانياً : الاستدلال مبنى على قراءه « السَّبَقِ » بسكون الباء فصار حينئذ مصدر سَبَقَ يَسْبِقُ ، ولم يثبت ذلك ، لأنه من المحتمل قراءته بفتح الباء فيصير معناه العوض والرهان ، يعنى أخذ العوض والرهان لا يجوز فى المسابقه إلا فى الثلاثه ، وحيث لم يثبت إحدى القراءتين فلا يمكن الاستدلال بها على حرمه المسابقه فى غيرها من دون العوض والرهان .

الثالث : قد يقال : بأن مفهوم القمار صادق على المسابقات ولو كانت من غير رهان .

وفيه : قد مرَّ أن مقوم القمار لغه وعرفاً وجود العوض والرهان فى البين ، وحيث لم يكن هنا عوض ورهان لم يصدق عليه القمار .

الرابع : هذه المسابقات داخه فى عنوان اللهو واللعب المحرمان ، ويدل عليه : خبر عبد الله بن على عن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام قال : كلّمأ ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر(١) .

ومرفوعه على بن إسماعيل رفعه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اركبوا وارموا ، وإن ترموا أحبّ إلى من أن تركبوا . ثم قال : كلّ لهو المؤمن باطل إلا فى ثلاث : فى تأديبه الفرس ورميه عن قوسه وملاعبته إمرأته ، فإنهنّ حقّ ، ألا إنّ الله عزّ وجلّ ليدخل بالسهم الواحد الثلاثه الجنة : عامل الخشبه ، والمقوى به فى سبيل الله ، والرامى به فى سبيل الله(٢) .

وفيه : أولاً : لم تثبت حرمه مطلق اللهو واللعب ، نحو اللعب بالأحجار والأشجار والسبحه واللحيه ونحوها .

وثانياً : النسبه بين اللهو والمسابقات العموم من وجه ، لأنّ من المسابقات ما فيها الأغراض العقلانيه من صحه البدن وتربيته ومعالجته والتنزه والتفريح ونحوها .

ص: ٢٦

١- (١) أمالى الطوسى . المجلس الثانى عشر ح ٢١ / ٣٣٦ الرقم ٦٨١ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ٣١٥ ح ١٥ الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥ / ١٤٠ ح ٣ . الباب ٥٨ من أبواب جهاد العدو .

وثالثاً: قوله تعالى حكاية عن إخوه يوسف: «أَرْسَلَهُ مَعَنَا غَدًا يَزْتَعِ وَيَلْعَبُ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ» (١). يدل على إباحه بعض أقسام اللعب .

والحاصل ، لا يدل دليل على حرمة المسابقات المختلفه بغير رهان ، فهي جائزه عندنا وأفتى به جمع من الأصحاب قدس سرهم .

ويؤيد ما ذكرناه معتبره بل صحيحه زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في حديث : فأقبل [ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ] بهما [ بالحسن والحسين عليهما السلام ] إلى منزل فاطمه وقد ادخرت لهما تُميرات ، فوضعتها بين أيديهما فأكلا وشَبِعَا وَفَرِحَا ، فقال لهما النبي صلى الله عليه وآله وسلم : قوما الآن فاصطربا ، فقاما ليصطربا وقد خرجت فاطمه عليها السلام في بعض حاجتها ، فدخلت فَسَجِمَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وهو يقول : إِيه يا حسن ، شُدَّ عَلَى الْحُسَيْنِ فَاضْرَعُهُ ، فقالت له : أبه ، واعجابه ، أَتَشْجَعُ هَذَا عَلَى هَذَا ؟ أَتَشْجَعُ الْكَبِيرَ عَلَى الصَّغِيرِ ؟ ! فقال لها : يَا بُنَيَّةُ ، أما ترضين أن أقول أنا ، يا حسن شُدَّ عَلَى الْحُسَيْنِ فَاضْرَعُهُ ، وهذا حيبى جبرئيل يقول : يا حسين شُدَّ عَلَى الْحُسَيْنِ فَاضْرَعُهُ (٢) .

ويؤيده أيضاً صحيحه غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام قال : مرّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقوم يرفعون حجراً ، فقال : ما هذا ؟ قالوا : نعرف بذاك أشدنا وأقوانا ، فقال صلى الله عليه وآله وسلم : ألا أخبركم بأشدكم وأقواكم ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : أشدكم وأقواكم الذى إذا رضى لم يدخله رضاه فى إثم ولا باطل ، وإذا سخط لم يخرج منه سخطه من قول الحق ، وإذا قدر لم يتعاط ما ليس له بحق (٣) .

ويدل عليه صحيحه على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام قال : سألته عن ال-مُحْرَمِ يَصَارِعُ هَلْ يَصْلِحُ لَهُ ؟ قال : لا يصلح له مخافه أن يصيبه جراح أو يقع بعض شعره (٤) .

ص: ٢٧

١- (١) سورة يوسف / ١٢ .

٢- (٢) أمالى الصدوق . المجلس الثامن والستون ح ٨ / ٥٣٠ الرقم ٧١٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٤/٨١ ح ١ .

٣- (٣) معانى الأخبار / ٣٦٦ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٢ / ٢٨ ح ١٦ (٢٩ / ٣١٧) .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٥٦٣ ح ٢ . الباب ٩٤ من أبواب تروك الإحرام .



ويؤيده خبر أبي رافع قال : كنتُ الأعب الحسن بن علي عليه السلام وهو صبي بالمداحي (١) ، فإذا أصابت مدحاتي مدحاته قلت : احملني ، فيقول : ويحك أترك ظهراً حملة رسول الله فأترك ، فإذا أصاب مدحاته مدحاتي ، قلت : لا- أحملك كما لم تحملني ، فيقول : أو ما ترضى أن تحمل بدنأ حملة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فأحملة (٢) .

ويؤيده ما رواه العامه من أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم سابق عائشه بالقدم كما ذكره الشيخ في المبسوط (٣) والمحدث البحراني في الحدائق (٤) والوحيد البهبهاني في تعليقه على مجمع الفائده (٥) .

ورواها أحمد في مسنده ٢٦٤ / ٦ وأبو داود في سننه ٣٤ / ٢ وابن ماجه في سننه ١ / ٦٣٦ ح ١٩٧٩ وابن قدامه في المغني ٣٦٨ / ٩ .

ويؤيده مرسله الشيخ قال : « روى أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم خرج إلى الأبطح فرأى يزيد بن ركانه يرعى أعنزاً له ، فقال للنبي : هل لك في أن تصارعني ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم : ما تسبّق لي ؟ فقال : شاه ، فصارعه فصرعه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال للنبي : هل لك في العود ؟ فقال النبي : ما تسبّق لي ؟ فقال : شاه ، فصارعه فصرعه ، فقال للنبي : هل لك في العود ؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : ما تسبّق لي ؟ فقال شاه ، فصارعه فصرعه ، فقال للنبي عرض عليّ الإسلام ، فما أحد وضع جنبي على الأرض ، فعرض عليه الإسلام فأسلم وردّ عليه غنمه » (٦) .

أقول : هذه الروايه وما قبلها كلتاها عاميتان وثانيتها مذكوره في سيره ابن هشام ٢/٣١ و سنن أبي داود ٢ / ٤٥٢ كتاب اللباس باب في العمائم ح ٤٠٨٧ مع اختلاف ، ولم يرويا

ص: ٢٨

١- (١) المداحي : وهي أحجار أمثال القرصه ، كانوا يحفرون حفيره ويدحون فيها بتلك الأحجار ، فإن وقع الحجر فيها قد غلب صاحبها ، وإن لم يقع غلب كما في النهايه ١٠٦ / ٢ ، ونحوها في الفائق ١ / ٤١٨ .

٢- (٢) بشاره المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم لشيعة المرتضى عليه السلام / ١٤٠ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٤ / ٨٣ ح ٣ .

٣- (٣) المبسوط ٦ / ٢٩١ .

٤- (٤) الحدائق ٢٢ / ٣٦٤ .

٥- (٥) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٥٣٤ .

٦- (٦) المبسوط ٦ / ٢٩٢ .

من طرفنا كما قال المحدث البحراني : « لم يثبت شيء من ذلك في أخبارنا» (١).

ويمكن حمل العوض في هذه الرواية بأنه من قبيل استنقاذ مال الكافر ، لعدم حرمة في حقِّ ماله ، أو على أنه ليس من قبيل العوض والرهان بل من قبيل الجائزه والهديه ، والذي يسهل الخطب خلو رواياتنا منها .

ويدل عليه قوله تعالى نقلاً عن إخوه يوسف : «قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ» (٢) وهذه الآية الشريفه تدل على جواز المسابقه من دون رهان في مله إبراهيم عليه وعلى نبينا وآله السلام وهي الحنيفيه البيضاء ، لأنهم أولاد حفيده وهو يعقوب بن إسحاق ابن إبراهيم عليهم السلام ، ويكونون متدينين بشريعه جدهم إبراهيم عليه السلام ، وبالاستصحاب نحكم بالجواز حتى يثبت النسخ . وأشار إلى هذا الاستدلال الأخير الوحيد البهبهاني قدس سره في حاشيته على مجمع الفائده والبرهان (٣) .

### المقام الرابع : حكم المال المأخوذ بالقمار

قد سبق في المقام الثاني حرمة القمار تكليفاً ، وأما حرمة وضعاً - أعني فساد انتقال المال إلى المغالب ووجوب رده على مالكة - فيدل عليه وجهان :

الأول : قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» (٤) .

بتقريب : أنها نهت عن أكل المال بالأسباب الباطله ومنها القمار ، كما ورد في صحيحه

ص : ٢٩

١- (١) الحدائق ٢٢ / ٣٦٥ .

٢- (٢) سورة يوسف / ١٧ .

٣- (٣) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٥٣٢ .

٤- (٤) سورة النساء / ٢٩ .

زياد بن عيسى أبي عبيده الحذاء(١) وصحيحه محمد بن عيسى(٢) ومرسلتي أسباط(٣) الماضيه ، ومع هذه التصريحات في الروايات المفسره للآيه الشريفه يتضح دلالتها على الحرمة الوضعيه للقمار ، أى أن المال المأخوذ بالقمار لم ينتقل إلى المغالب ، فلا يجوز له التصرف فيه .

الثانى : عدّه من الروايات المعتمده داله على بطلان هذا الانتقال وعدم جواز تصرف المغالب فى المال ، نحو :

معتبره إسحاق بن عمار(٤) ومعتبره السكونى(٥) وحسنه عبد الحميد بن سعيد(٦) .

وهذان الدليان يدلان على عدم صحه تملك الأجر والجعل والرهن بواسطه المغالب ، فإن تملكه وتصرف فيه فهو ضامنٌ وعليه الردّ إن كانت العين موجودهً ومع فرض تلفها فعليه القيمه إن كانت قيمته أو المثل إن كانت مثليه .

هذا كله إن تمكن من الردّ إلى صاحبه ، وإلا صار فى حكم مجهول المالك إن عرف صاحبه ولكن لم يتمكن من الردّ إليه ، أو نفس مجهول المالك إن لم يعرف صاحبه ، وهذا واضح لا غبار عليه .

### المقام الخامس : حكم اللعب بالشرنج والنرد من دون المراهنه

#### ١ – الأقوال فيه :

قال الصدوق : « واعلم أنّ الشرنج قد روى فيه نهى وإطلاق ولكنى ... فالصواب والإحتياط فى ذلك نهى النفس عنه واللعب به ذنبٌ »(٧) .

ص : ٣٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٤ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٧ ح ١٤ .

٣- (٣) تفسير العياشى ١ / ٣٨٩ و ٣٨٨ ح ٩٨ و ١٠٠ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٦ ح ٦ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٥ ح ٢ .

٧- (٧) المقنع / ٤٥٨ و ٤٥٧ .

وقد مرّ كلام الشيخ في النهاية(١) من أنه عطف عمل الشطرنج والنرد وغيرهما من أنواع القمار على الأصنام والصلبان والتمثيل المجسّمه والصور .

وقال في شهادته : « وتُرَدُّ شهادة اللاعب بالنرد والشطرنج وغيرهما من أنواع القمار والأربعة عشر والشاهين»(٢) .

وقال في الخلاف : « اللعب بالشطرنج حرام على أيّ وجه كان ويفسق فاعله به ولا تقبل شهادته . وقال مالك وأبو حنيفة : مكروه ، إلا أنّ أبا حنيفة قال : هو يلحق بالحرام . وقال جميعاً : تُرَدُّ شهادته . وقال الشافعي : هو مكروه وليس بمحذور ، ولا تُرَدُّ شهادته اللاعب به إلا ما كان فيه قماراً ، وترك الصلاة حتّى يخرج وقتها متعمّداً ، أو يتكرر ذلك منه وإن لم يتعمد ترك الصلاة حتّى يذهب وقتها ، وقال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير : هو مباح ، دليلنا : إجماع الفرقه وأخبارهم ... »(٣) .

وقال فيه : « اللاعب بالنرد يفسق وتُرَدُّ شهادته ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي - على ما نص عليه أبو إسحاق في الشرح - : أنّه مكروه وليس بمحذور ولا يفسق فاعله ولا تُرَدُّ شهادته وهو أشدّ كراهه من الشطرنج . وقال قوم من أصحابه : أنّه حرام ، تُرَدُّ شهادته اللاعب به . دليلنا إجماع الفرقه وأخبارهم ... »(٤) .

قال الشيخ في المبسوط : « اللاعب بالشطرنج عندنا لا تقبل(٥) شهادته بحال ، وكذلك النرد والأربعة عشر وغير ذلك من أنواع القمار ، سواء كان على وجه المقامرة أو لم يكن .

وقال بعضهم من لعب به لا يخلو من أحد أمرين : إمّا أن يلعب بعوض أو غيره ، فإن لعب بعوض نظرت فإن كان قماراً - وهو أن يخرج كلّ واحد منهما شيئاً على أنّ من غلب كان المخزج كلّ له فهو - القمار وأكل المال بالباطل ، تردّ به شهادته . وإن كان العوض غير قمار -

ص : ٣١

١- (١) النهاية / ٣٦٣ .

٢- (٢) النهاية / ٣٢٥ .

٣- (٣) الخلاف / ٦ / ٣٠٢ مسأله ٥١ .

٤- (٤) الخلاف / ٦ / ٣٠٤ مسأله ٥٣ .

٥- (٥) ولكن في المطبوعه « تقبل » وهو غلط مطبعي واضح .

وهو على معنى النضال والمسابقه على الخيل مثل أن يخرج العوض أحدهما فيقول إن غلبتني فهو لك وإن غلبتك فلا شيء لك ولا لي - فهذا لا تردّ به شهادته .

فأمّا إن كان بغير عوض : فإما أن يترك الصلاة أو لا يترك ، فإن ترك الصلاة حتّى يخرج وقتها ، فإن كان عامداً فقد فسق بترك الصلاة لا باللعب بالشطرنج ، لأنّ فعل هذا فسق وإن كان لتشاغله بصلاه النافله ، وإن كان ترك الصلاة بغير عمد مثل أن فاته وقت الصلاة لتشاغله بها ولم يعلم ذلك ، فإن كان هذا مرّه واحده لم تردّ شهادته وإن كان الخطأ موضوعاً عنه ، وإن تكرر هذا منه فسق وردّت شهادته . وإن كان محافظاً على صلاته مداوماً عليها في أوقاتها وإنّما يتشاغل بها في غير أوقاتها لم يحرم ذلك عليه غير أنّه مكروه ، وقال بعض التابعين وهو سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير أنّه مباح طلق ، وذكر أنّه كان يلعب به استدباراً ، ومعناه أن يولى ظهره ويقول : بماذا دفع ؟ قالوا له : دفع بكذا ، يقول : فادفع أنت بكذا» (١) .

وقال بعد صفحته : « قد بينا أنّ سائر أنواع القمار من النرد والأربعة عشر حكمه حكم الشطرنج يفسق به ويردّ به شهادته» (٢) .

وقال المحقق : « اللعب بالآلات القمار كلّها حرام كالشطرنج والنرد والأربعة عشر وغير ذلك ، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار» (٣) .

وقال العلامة في القواعد : « واللاعب بالآلات القمار كلّها فاسق ، كالشطرنج والنرد والأربعة عشر والخاتم وإن قصد الحذق أو اللهو أو القمار تردّ شهادته» (٤) .

وقال في التحرير : « اللعب بالآلات القمار كلّها حرام كالنرد والشطرنج والأربعة عشر وغير ذلك يفسق فاعله وتردّ شهادته إلا أن يتوب ، سواء قصد الحذق أو اللهو أو القمار وهو المشتمل على العوض ، وسواء اعتقد تحريمه أو لا» (٥) .

ص : ٣٢

١- (١) المبسوط ٨ / ٢٢١ .

٢- (٢) المبسوط ٨ / ٢٢٢ .

٣- (٣) الشرائع ٤ / ١١٧ .

٤- (٤) القواعد ٣ / ٤٩٤ .

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٥ / ٢٥٠ مسأله ٦٦٢٦ .

وقال الشهيد : « ... والقمار حتى بالجوز والبيض والخاتم والبقيري واستعمال النرد والشطرنج وإن لم يكن فيه رهان ... » (١).

وقال الشيخ علي بن محمد بن محمد القمي السبزواري : « اللعب بالشطرنج حرام على أي وجه كان يفسق فاعله ولا تقبل شهادته ... » (٢).

وقال المحقق الثاني في تعريف القمار : « وهو اللعب بالآلات المعده له على اختلاف أنواعها من الشطرنج والنرد وغير ذلك ، وأصل القمار : الرهن على اللعب بشيء من هذه الأشياء ، ربما أطلق على اللعب بها مطلقاً ، ولا ريب في تحريم اللعب بذلك وإن لم يكن رهن ، والاكتساب به وبعمل آلاته » (٣).

وقال المحقق الأردبيلي : « قد عَلِمَ أيضاً تحريم بعض اللهو بآلات القمار وإن لم يكن فيه رهن و عوض ، مثل النرد والشطرنج » (٤).

وقال المحقق السبزواري : « والأخبار الواردة في تحريم خصوص الشطرنج كثيره وكذا النرد ، وفي بعض الأخبار مبالغه عظيمه في تحريم الشطرنج ، وفيه كون اللعب به كبيره » (٥) وقال أيضاً : « ... قد علم أيضاً تحريم بعض الأشياء بآلات القمار وإن لم يكن فيه رهن و عوض مثل النرد والشطرنج ... » (٦).

والفاضل الإصفهاني ذهب إلى حرمه اللعب بالشطرنج والنرد وذكر بعض أخبار تحريمهما ، ثم أنكر على الشافعي قوله فيهما بالكراهه وقال : « لم يرد الشافعي (٧) شهاده اللاعب بالنرد أو الشطرنج ولم يحرمهما ولكن جعل النرد أشد كراهية » (٨).

ص : ٣٣

١- (١) الدروس ٢ / ١٢٦ .

٢- (٢) جامع الخلاف والوفاق / ٦١٤ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .

٤- (٤) مجمع الفوائد والبرهان ١٠ / ١٦٧ .

٥- (٥) الكفايه ١ / ٤٤٢ .

٦- (٦) الكفايه ١ / ٧١٨ .

٧- (٧) الأمّ ٦ / ٢٠٨ ، المجموع ٢٠ / ٢٢٨ .

٨- (٨) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٢ .

وقال الفاضل النراقي: « هل يحرم اللعب بالآلات المعدّه له من غير قمار؟ لا إشكال في تحريم الشطرنج والنرد كما صرح به الصدوق ، بل لا خلاف فيه . ثم ذكر بعض الروايات الواردة في تحريمهما ثم قال : وأما في غيرهما فيشكل الحكم بالتحريم ، بل الأصل مع عدمه»(١).

والفقيه الشيخ جعفر ذكر بعض الروايات الواردة في الشطرنج ثم علق عليها : « وهو معمول عليه ، غير أنّ نجاسه اليد وبطلان الصلاة بدون الغسل مبالغه كالكفر والشرك ومعصيه السلام ، والنظر والجلوس ليست على إطلاقها»(٢).

وقال السيد العاملي بعد نقل خبر مستطرفات السرائر : « ولا مانع من العمل بهذه الأخبار الموافقه للإعتبار إلاّ الأصل وعدم العامل بجميع ما تضمّنته ، ثم أنّه لا ريب في تحريم اللعب بذلك وإن لم يكن فيه رهان ، سواء كان قصد الحذق أو اللهو ... »(٣).

وقد ذكر صاحب الجواهر بعد نقل كلام المحقق عدّه من الروايات المستفيضه في تحريم الشطرنج ، ثم أبدى استغرابه من كلام صاحب المسالك(٤) من حمله النهى على الذنوب الصغيره وذهابه إلى عدم قدحه في العدالة إلاّ مع الإصرار وتبعيه صاحب الرياض(٥) له ، ثم قال : « وأغرب منه ما عن الشافعي من عدم تحريم الشطرنج والنرد وإنّما هما مكروهان والثاني أشدّ كراهه من الأوّل ، والله العالم»(٦).

أقول : فصاحب الجواهر ذهب إلى كون اللعب بهما من الذنوب الكبائر ويقدر في العدالة .

## ٢ - وأما الروايات :

عدّه من الروايات المعتمره المستفيضه تدلّ على حرمة اللعب بالشطرنج والنرد ولو كان

ص : ٣٤

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٠٦ و ١٠٥ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٠٨ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٨٥ .

٤- (٤) المسالك ١٤ / ١٧٧ .

٥- (٥) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٥ .

٦- (٦) الجواهر : ٤١ / (٤٦ - ٤٣) .

من دون رهان ، وحكمت فيها بأنهما من الميسر تبعداً :

منها : صحيحه زيد الشحام قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل : «فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور» (١) قال : الرجس من الأوثان : الشطرنج ، وقول الزور : الغناء (٢) .

وروى نحوها في الصحيح عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام (٣) .

ومنها : رواه عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن لله عز وجل في كل ليلة من شهر رمضان عتقاء من النار إلا من أفرط على مسكر ، أو مشاحن أو صاحب شاهين . قلت : وأى شيء صاحب الشاهين ؟ قال : الشطرنج (٤) .

رجال السند كلهم ثقات إلا -محمد بن الحكم أخى هشام لم يرد توثيقه ولا تضعيفه ، وعلى القول بأن محمد بن أبي عمير لا يروى إلا عن ثقة يحكم بوثاقته ، فصارت الرواية صحيحه الإسناد ، ولكنه لا يتم عندنا . ونحوها خبر الحسين بن عمر بن يزيد (٥) . المشاحن : عدو مشاحن : مباحض شديد العداوة .

ومنها : موثقه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الشطرنج وعن لعبه شبيب التي يقال لها : لعبه الأمير وعن لعبه الثلاث ؟ فقال : رأيتك إذا ميز الله الحق والباطل مع أيهما تكون ؟ قال : مع الباطل ، قال : فلا خير فيه (٦) .

ومنها : معتبره مسعده بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الشطرنج فقال : دعوا المجوسيه لأهلها لعنهم الله (٧) .

ص: ٣٥

١- (١) سورة الحج / ٣٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٨ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٨ ح ٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٦ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٥ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٩ ح ٧ .



ومنها: معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن اللعب بالشطرنج والنرد(١).

ومنها: حسنه أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سُئل عن الشطرنج والنرد؟ فقال: لا تقربوهما، الحديث(٢).

ومنها: صحيحه بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللعب بالشطرنج، قال: إن المؤمن لفي شغل عن اللعب(٣).

ومنها: صحيحه حماد بن عيسى قال: دخل رجل من البصريين على أبي الحسن الأول عليه السلام فقال له: جعلت فداك إني أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولكن أنظر، فقال: ما لك ولمجلس لا ينظر الله إلى أهله(٤).

ومنها: صحيحه معمر بن خلاد الماضيه(٥).

ومنها: روايه الفضيل الماضيه(٦).

ومنها: ما في الفقه الرضوي: «... مثل الذي يلعب بها (أى بالنرد) - من غير قمار - مثل الذي يضع يده في الدم ولحم الخنزير، ومثل الذي يلعب في شيء من هذه الأشياء كمثل الذي مصرّ على الفرج الحرام...»(٧).

ومنها: مرسله ابن إدريس نقلاً عن جامع البزنطي عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: بيع الشطرنج حرام، وأكل ثمنه سحت، واتخاذها كفر، واللعب بها شرك، والسلام على اللاهي بها معصيه وكبيره موبقه، والخائض فيها يده كالخائض يده في لحم الخنزير، لا صلاه

ص: ٣٦

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٠ ح ٩.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٠ ح ١٠.

٣- (٣) قرب الإسناد / ١٧٤ ح ٦٤١ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ذيل ح ١١.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٢ ح ١.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٣ ح ١.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٣.

٧- (٧) الفقه الرضوي / ٢٨٤.

له حتى يغسل يده كما يغسلها من مسّ لحم الخنزير ، والناظر إليها كالناظر في فرج أمه واللاهى بها والناظر إليها في حال ما يلهى بها ، والسلام على اللاهى بها في حالته تلك في الإثم سواء ، ومن جلس على اللعب بها فقد تبوأ مقعده من النار ، وكان عيشه ذلك حسره عليه في القيامة ، وإيّاك ومجالسه اللاهى والمغرور بلعبها ، فإنّها من المجالس التي باء أهلها بسخط من الله ، يتوقعونه في كلّ ساعه فيعمك معهم (١) .

ومنها : روايه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام عن أبيه جعفر عليه السلام قال : النرد والشطرنج من الميسر (٢) .

سند الروايه لا بأس بها ، لأنّ المراد بالحسين هو ابن إشكيب الثقه (٣) ، وهو من مشايخ العياشى . وموسى بن القاسم البجلي ثقه . وأمّا محمد بن على بن جعفر العريضى من أصحاب الرضا عليه السلام كما عدّه الشيخ في رجاله مكرراً (٤) من المعاريف ، ولم يرد فيه قدح ، فالرجل ثقه عدل ، ولا أقل من حسنه . ووالده على بن جعفر فوق حد الوثاقه . فالسند معتبرٌ عندنا .

ومنها : مرسله الشيخ أبى الفتوح الرازى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه مرّ بقوم يلعبون بالشطرنج ، فقال : ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ وأخذ قدراً من التراب وطرحه فيه . قال الشيخ : يقول الذين يتعاطون لعب الشطرنج : أنّه كلّما بسط نطعه وجد فيه شيئاً من التراب (٥) .

ومنها : مرسله أخرى له عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : إيّاكم وهاتين الكعبتين الموشومتين ، فإنّهما من ميسر العجم (٦) .

ومنها : مرسله ثالثه له عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : من لعب بالنرد فقد عصى الله -

ص : ٣٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٣ ح ٤ .

٢- (٢) تفسير العياشى ١ / ٢١٨ ح ٣١٥ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣ / ٢٢٤ ح ٣ .

٣- (٣) وله روايه في قراءه الصحيحه السجديه الشريفه المطبوعه أخيراً بأصبهان عام ١٣٨٣ هـ . ش .

٤- (٤) رجال الشيخ / ٣٨٦ و ٣٨٧ الرقم ٥ و ١٩ .

٥- (٥) تفسير أبى الفتوح الرازى ٣ / ٢١٤ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣ / ٢٢٣ ح ٦ .

٦- (٦) تفسير أبى الفتوح الرازى ٣ / ٢١٤ .

ومنها : مرسله الثعلبي عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام قال في الرد والشطرنج : هي من الميسر (٢) .

وحمل هذه الروايات ونظائرها الكثيره على أنّ اللعب بهما مع الرهان مجازفه ، وحملها على أنّهما من آلات القمار مكابره . والظاهر أنّهما ألحقا بالميسر تبعداً في الروايات ، كما يظهر من عدّه منها ، نحو : مرسله عبد الله بن جندب (٣) ومرسله إسماعيل الجعفي (٤) وخبر أبي بصير (٥) ومرسله أبي الجارود (٦) وصحيح عبد الله بن جندب عمّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام (٧) وخبر عبد الملك القمي (٨) وغيرها من الروايات المذكوره فيما مضى .

قال النجاشي في ترجمه حفص بن البختري : « مولى بغداديّ أصله كوفيّ ، ثقّه روى عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام ، ذكره أبو العباس ، وإنّما كان بينه وبين آل أعين نبوة (٩) فغمزوا عليه بلعب الشطرنج » (١٠) .

وهذه الروايات تدلّ بوضوح على حرمة اللعب بالشطرنج والرد ولو كان بدون رهان وخرجا عن كونهما آله قمار وأفتى به الأصحاب قدس سرهم ، ولذا آل أعين تمكنوا من الغمز على حفص الثقه بأنّه يلعب بالشطرنج .

ص : ٣٨

١- (١) تفسير أبي الفتوح الرازي ٣ / ٢١٣ .

٢- (٢) الكشف والبيان المعروف بتفسير الثعلبي ٢ / ١٥١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ح ١٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٢ ح ١٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢١ ح ١٢ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٤ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٢٤ ح ٥ .

٩- (٩) النبوه : الجفاء والتباعد والنفور وعدم القبول .

١٠- (١٠) رجال النجاشي / ١٣٤ الرقم ٣٣٤ .

وأما عدّ اللعب بهما من الكبائر - كما عن صاحب الجواهر(١) غير تام لعدم وجود الدليل ، وفي هذه الجهة يكون الحق مع صاحبي المسالك(٢) والرياض(٣) قدس سرهم من عدّ اللعب بهما من الذنوب الصغار ، فلا يقدح في العدالة إلا مع الإصرار على مبنى المشهور بين القوم في تعريف العدالة من أنها ملكه نفسانيه ، وأما على المبنى المختار من أنها الإستقامه في جاده الشرعيه فينقضها كل معصيه ، بلا فرق بين أن تكون صغيره أو كبيره والتفصيل يطلب من محلّه والله العالم .

### خاتمه : القمار من الكبائر

تدلّ على أنّ القمار من المعاصي الكبيره قوله تعالى : «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا»(٤) ، هذه الآيه الشريفه تدلّ بوضوح على أنّه من الكبائر ، ولا ينافي ذلك وجود منفعه ظاهريه للمغالب مع التصريح فيها بأنّ الإثم أكبر من النفع .

وهكذا تدلّ على أنّه من الكبائر عطفه على الخمر ، ولا ريب أنّ شرب الخمر من الكبائر ، نحو قوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ \* إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنتَهُونَ»(٥) .

وفي مرسله أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام في الآيه الأولى من الآيتين قال : أمّا الخمر فكلّ مسكر من الشراب - إلى أن قال - : وأمّا الميسر فالنرد والشطرنج وكلّ قمار ميسر ، وأمّا

ص : ٣٩

١- (١) الجواهر ٤١ / ٤٦ .

٢- (٢) المسالك ١٤ / ١٧٧ .

٣- (٣) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٥ .

٤- (٤) سوره البقره / ٢١٩ .

٥- (٥) سوره المائده / ٩١ و ٩٠ .

الأنصاب : فالأوثان التي كانت تعبدها المشركون ، وأما الأعلام : فالأقداح التي كانت تستقسم بها المشركون من العرب في الجاهلية ، كل هذا بيعه وشراؤه والانتفاع بشيء من هذا حرام من الله محرم ، وهو رجس من عمل الشيطان ، وقرن الله الخمر والميسر مع الأوثان(١).

أقول : نفس هذا الاقتران يثبت كونه من الكبائر .

وتدلّ على أنّ القمار من الكبائر عدّه من الروايات :

منها : معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون قال في عدّ الكبائر : الميسر وهو القمار ، الحديث(٢).

ومنها : خبر الأعمش عن الصادق عليه السلام في حديث شرائع الدين قال في عدّ الكبائر : الميسر ، الحديث(٣).

ومنها : معتبره عمر بن يزيد الماضيه(٤).

بتقريب : أن عدم غفران اللعب بالشطرنج الذي مرّ ممّا إنّه قمار تعبدى في شهر رمضان تدلّ بطريق أولى على أنّ القمار الواقعي ليس من الذنوب المتداوله بل هو من الكبائر .

ومنها : خبر الحسين بن عمر بن يزيد(٥) ، وهو نظير الروايه السابقه في الدلاله حيث ظهر منها أنّ المراد بصاحب الشاهين هو الشطرنج .

وهذه الأدله تدلّ بوضوح على أنّ القمار من الكبائر كما أفتى به الأصحاب أعلى الله كلمتهم ، والله العالم . وإلى هنا تمّ بحث القمار والله الحمد أولاً وآخراً .

ص: ٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٢١ ح ١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٣١٩ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٣١٩ ح ٦ .

هى السعى بين شخصين لجمعهما على الوطنى المحرّم ، وقد يُعبّر عنها بكلمه « الدياته » ، وهى قسم خاص منها . وحرمتها من ضروريات الإسلام وضعاً وتكليفاً كما فى المصباح (١) .

ويمكن أن يقال بانها من الكبائر لقوله تعالى : « إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ » (٢) .

ومن أظهر مصاديق إشاعه الفحشاء وحبها بل العمل فى طريقها القياده ، فهذه الآيه الشريفه تدلّ بوضوح على أنها من الكبائر .

### وتدلّ على حرمتها وعلى أنها من الكبائر عدّه من الروايات :

منها : خبر آخر خطبه خطبها النبى صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه قال فيها : ومن قاد بين رجل وامراه حراماً حرّم الله عليه الجنه ومأواه جهنم وساءت مصيراً ، ولم يزل فى سخط الله حتّى يموت (٣) .

ومنها : خبر عبد العظيم بن عبد الله الحسنى عن محمد بن على الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال فى حديث طويل : وأما التى كانت تحرق وجهها وبدنها وهى تجرّ أمعاءها فإنها كانت قواده ، الحديث (٤) .

ومنها : معتبره إبراهيم بن زياد الكرخى قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لعن

ص: ٤١

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٣٨١ .

٢- (٢) سوره النور / ١٩ .

٣- (٣) عقاب الأعمال / ٣٣٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ٢٠ / ٣٥١ ح ٢ . الباب ٢٧ من أبواب النكاح المحرّم .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٠ / ٢١٣ ح ٧ . الباب ١١٧ من أبواب مقدمات النكاح .

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : الواصلة والمستوصلة ، يعنى الزانية والقوادة(١).

رجال السند كلهم ثقات إلا الحسين بن إبراهيم المكتب ، وهو من مشايخ الصدوق ، وإن لم يكن ثقة فهو حسنٌ . وأما إبراهيم بن زياد الكرخي وإن لم يكن له توثيق خاص ولكن روى عنه ابن أبي عمير بسند صحيح فى الكافي ٢ / ٢٩٢ ح ١١ وصفوان بن يحيى فيه ٦ / ٣٠ ح ١ والحسن بن محبوب وغيرهم وله أكثر من أربعين رواية فى الكتب الأربعة ، فهو لا-أقل من كونه من المعاريف ولم يرد فيه قدح ، فهو معتبر عندنا . ودلالته على الحرمة واضحة .

ومنها : معتبره سعد الإسكاف قال : سئل أبو جعفر عليه السلام عن القرامل(٢) التى تضعها النساء فى رؤوسهن يصلنه بشعورهن ، فقال : لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها .

قال : فقلت : بلغنا أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لعن الواصلة والموصولة ، فقال : ليس هنالك ، إنّما لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الواصلة التى تزنى فى شبابها ، فلما كبرت قادت النساء إلى الرجال ، فتلك الواصلة والموصولة(٣) .

ومنها : مرسله أبى سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يدخل الجنة عاق ولا مئان ولا ديوث ، الحديث(٤) .

ومنها : مرسله ورام عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن جبرئيل عليه السلام قال : إطلعت فى النار فرأيت وادياً فى جهنم يغلى ، فقلت : يا مالك لمن هذا ؟ فقال : لثلاثة : المحتركين ، والمدمنين الخمر ، والقوادين(٥) .

ومنها : مرسله الصدوق قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الواصلة والمؤتصلة ، يعنى : الزانية والقوادة(٦) .

ص : ٤٢

١- (١) وسائل الشيعة ٢٠ / ٣٥١ ح ١ .

٢- (٢) القرامل : ما تشده المرأة فى شعرها من خيوط .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٣٢ ح ٣ . الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١١ ح ٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٢٦ ح ١١ . الباب ٢٧ من آداب التجاره .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٨ / ١٧٢ ح ٢ . الباب ٥ من أبواب حد السحق والقياده .

وقد ورد حدّها في بعض الروايات بخمسة وسبعين سوطاً ، وأفتى بها المشهور ، وهى خير عبد الله بن سنان قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : أخبرنى عن القوّاد ما حدّه ؟ قال : لا حدّ على القوّاد ، أليس على أن يعطى الأجر على أن يقود ؟ ! قلت : جعلت فداك ، إنّما يجمع بين الذكر والأنثى حراماً ، قال : ذاك المؤلّف بين الذكر والأنثى حراماً ، فقلت : هو ذاك ، قال : يضرب ثلاثة أرباع حدّ الزانى خمسة وسبعين سوطاً ، وينفى من المصر الذى هو فيه ، الحديث (١) .

ورجال السند كلّهم ثقات إلاّ محمد بن سليمان ، وهو البصرى الديلمى لأنّه المعروف المشهور كما فى معجم رجال الحديث (٢) ، ولكنه ضعيف كما فى النجاشى (٣) ورجال الشيخ (٤) ، وقد يرمى بالغللو (٥) . وبه صار السند ضعيفاً ، فالتعبير عنها بالصحيحه (٦) غير تام .

نعم ، يمكن جبران ضعف سندها بإفتاء المشهور على طبقها .

ويؤيدها ما ورد فى الفقه الرضوى : وإن قامت بينه على قوّاد جلد خمسة وسبعين ونفى عن المصر الذى هو فيه ، وروى أنّ النفى هو الحبس سنه أو يتوب (٧) .

والحاصل ، أنّ القياده من المحرّمات الشرعيه وضعاً وتكليفاً ، بل هى من الكبائر الموبقه كما عدّه عمّن الأكرم فى رسالته فى المعاصى الكبيره (٨) ، ويثبت له الحدّ خمس وسبعون جلده ثلاثة أرباع حدّ الزانى كما هو المشهور . قال فى الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه ، بل فى

ص : ٤٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٨ / ١٧١ ح ١ .
- ٢- (٢) معجم رجال الحديث ١٦ / ١٣٤ .
- ٣- (٣) رجال النجاشى / ٣٦٥ الرقم ٩٨٧ .
- ٤- (٤) رجال الشيخ / ٣٨٦ الرقم ٢ .
- ٥- (٥) رجال الشيخ / ٣٥٩ الرقم ١٠ .
- ٦- (٦) كما فى المكاسب ١ / ٣٨٥ للشيخ الأنصارى قدس سره .
- ٧- (٧) الفقه الرضوى / ٣١٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٨ / ٨٧ ح ١ . الباب ٥ من أبواب حد السحق والقياده .
- ٨- (٨) معاصى كبيره / ١١١ لآيه الله الشيخ محمد على النجفى المتوفى عام ١٣١٨ .



المسالك (١) ومحكى الإنتصار (٢) والغنيه (٣) الإجماع عليه (٤) . بلا- فرق بين أن يكون القواد رجلاً أو إمرأه ، وبلا فرق بين أن يجمع بين الرجل والمرأه للزنا أو بين رجل ورجل آخر للواط ، وقد نقل عن بعضهم (٥) بين المرأه والمرأه للسحق .

وقد ناقش شيخنا الأستاذ - مدظله - (٦) فى ثبوت الحدّ ، لضعف الروايه ، وذهب إلى أنّ للحاكم تعزيره بما يراه من المصلحه ، وهذا مناسباً لتأديبه .

وفيه : ما مرّ من انجبار ضعف سندها بفتوى المشهور على طبقها ، والشهره يتجبر ضعفها فى الجلده ونفى البلد ، وأما حلق الرأس والإشهار كما ذهب إلى الأخير ابن إدريس (٧) وعن الإنتصار (٨) والغنيه (٩) الإجماع كما نقل عنهم صاحب الجواهر (١٠) ، وكما أفتى به فى الجملة المفيد (١١) والشيخ (١٢) وأبو الصلاح (١٣) والسلار (١٤)

ص: ٤٤

- 
- ١- (١) المسالك ١٤ / ٤٢٢ .
  - ٢- (٢) الإنتصار / ٥١٥ .
  - ٣- (٣) الغنيه / ٤٢٧ .
  - ٤- (٤) الجواهر ٤١ / ٤٠٠ .
  - ٥- (٥) كما عن الكافى / ٤١٠ لأبى الصلاح الحلبي ، ويمكن حمل عباره يحيى بن سعيد فى الجامع / ٥٥٧ عليه وحمل عباره الموجوده فيه على الغلط المطبعى بعد الرجال والنساء ، والصحيح : النساء والنساء ، وكما عن جامع الخلاف والوفاق / ٥٨٤ والغنيه / ٤٢٧ والإصباح / ٥١٩ ونقل عنهم فى كشف اللثام ١٠ / ٥٠٧ والجواهر ٤١ / ٣٩٩ .
  - ٦- (٦) إرشاد الطالب ١ / ٢٢٤ .
  - ٧- (٧) السرائر ٣ / ٤٧١ .
  - ٨- (٨) الإنتصار / ٥١٥ .
  - ٩- (٩) الغنيه / ٤٢٧ .
  - ١٠- (١٠) الجواهر ٤١ / ٤٠٠ .
  - ١١- (١١) المقنعه / ٧٩١ .
  - ١٢- (١٢) النهايه / ٧١٠ .
  - ١٣- (١٣) الكافى فى الفقه / ٤١٠ .
  - ١٤- (١٤) المراسم / ٢٥٧ .

والبيهقي (١) وابن سعيد (٢) .

فإن ثبت الإجماع في الحلق والإشهار فهو وإلا إنكار الاستاذ - مدظله - في هذين الأخيرين في محله .

فيثبت حدّ القياده بثلاثه أرباع حدّ الزانى ، خمسه وسبعون سوطاً ونفى البلد بالنسبه إلى الرجل ، وأمّا الحلق والإشهار منوط بثبوت الإجماع ، والتفصيل يطلب من كتاب الحدود ، والله سبحانه هو العالم .

ص: ٤٥

---

١- (١) إصباح الشيعة / ٥١٩ .

٢- (٢) الجامع للشرائع / ٥٥٧ .

هاهنا مقامات من البحث حول القيافه :

### المقام الأول : تعريف القيافه

لابد في تعريفها من ملاحظه كلمات أهل اللغه وتعريف الفقهاء :

قال أحمد بن فارس : « القاف والراء والفاء كلمه ، وهى من باب القَلْب وليست أصلاً ، يقولون : هو يقوف الأثر وَيَقْتَأْفُهُ بمعنى يقفو . ويقولون : أخذ بِقَوْفِهِ قَفَاه ، وهو الشَّعْرُ المتدلَّى فى نُقْرِهِ (١) القَفَا » (٢) .

وقال ابن منظور : « القائف الذى يعرف الآثار ، والجمع القافه ... القائف الذى يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ... ومنه قيل للذى ينظر إلى شبه الولد بأبيه : قائف ، والقيافه : المصدر ... » (٣) .

وقال الفيومى : « قاف الرجل الأثر قَوْفًا من باب قال ، تَبِعَهُ ، واقتَافَهُ كذلك ، فهو قَائِفٌ ، والجمع قَافَةٌ مِثْلُ كَافِرٍ وَكَفَرَهُ ، ومُقْتَأَفٌ » (٤) .

وقال ابن الأثير : « القائف : الذى يتتبع الآثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ، والجمع : القافه . يقال : فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافه ، مثل قفا الأثر واقتفاه » (٥) .

وقال الجوهري : « القائف : الذى يعرف الآثار والجمع القَافَةُ ، تقول : قفتُ أثره : إذا

ص : ٤٦

١- (١) ثقب فى القفا .

٢- (٢) معجم مقاييس اللغه ٥ / ٤٢ .

٣- (٣) لسان العرب ١١ / ٣٤٩ .

٤- (٤) المصباح المنير / ٥١٩ .

٥- (٥) النهايه ٤ / ١٢١ .

تبعته ، مثل قفوت أثره» (١).

قال فى القاموس : « القائف : مَنْ يَعْرِفُ الْآثَارَ ، جمعه قائفٌ ... » (٢).

وقال الطريحي : « وفى الحديث : لا آخذ بقول قائفٍ ، هو الذى يعرف الآثار ويلحق الولد بالوالد والأخ بأخيه ، والجمع قافه ، من قولهم قفت أثره إذا تبعته مثل قفوت أثره . وقاف الرجل يقوف قوفاً من باب قال : تبعه» (٣).

وقال فى المنجد : « القائف : اسم الفاعل ، الذى يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود ، جمعه قافه ، والقواف والقواف : الذى يتتبع الآثار ويعرفها» (٤).

أقول : قد ظهر من كلمات أهل اللغة أنّ القائف هو الذى يعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه ويحكم بالنسب بنظره إلى أعضاء المولود .

وأما الفقهاء أعلى الله كلمتهم يقولون فى تعريفها :

قال الفاضل المقداد : « التفرس لإلحاق الأبناء بالآباء بسبب اتفاقهم فى صفة من الصفات» (٥).

وقال المحقق الثانى : « هى إلحاق الأنساب بما يزعم أنه يعلمه من العلامات ، أو إلحاق الآثار إذا رتب عليه محرماً ، أو جزماً بنسبه من زعم علمه بكونه أثره» (٦).

وعرفها الشهيد الثانى بقوله : « هى الإستناد إلى علامات ومقادير يترتب عليها إلحاق بعض الناس ببعض ونحوه ، إنما يحرم إذا جزم به ، أو رتب عليه محرماً» (٧).

ص : ٤٧

١- (١) الصحاح ٢ / ١٠٨٤ .

٢- (٢) قاموس اللغة / الطبع الحجرى ماده قوف ، (٣ / ١٨٨) .

٣- (٣) مجمع البحرين / ٤٢٠ الطبع الحجرى ، ماده قوف ، (٥ / ١١٠) .

٤- (٤) المنجد / ٧٠٢ .

٥- (٥) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٣٣ .

٧- (٧) المسالك ٣ / ١٢٩ .

أقول : قد عرّفها فى الروضه البهيه (١) بنحو هذا التعريف أو قريباً منه .

وقال المحقق الأردبيلي : « قيل : القيافه هى الإستناد إلى علامات يترتب عليها إلحاق بعض الناس ببعض ونحوهم ، وإنما تحرم إذا جزم أو رتب عليه محرّماً . والظاهر أنّ ترتب الأحوال من الحفظ والذكاء والبلاجه وغيرها على علامات - مثل علو الجبهه وعلو القفا ومؤخر الرأس - داخل فيها» (٢) .

وقد نقل أصحاب الكفايه (٣) والحدائق (٤) وشرح القواعد (٥) ورياض المسائل (٦) والمستند (٧) والجواهر (٨) فى تعريفها ما ذكره ثانى الشهيدين فى المسالك .

أقول : القيافه كما يظهر من تعاريفهم هى الإلحاق فى النسب بالإستناد إلى علامات وتقادير وصفات وآثار ، وقد قيد الشهيد فى الدروس (٩) بماذا إذا ترتب عليها محرّم ، وزيد فى الميسيه (١٠) وجامع المقاصد (١١) والمسالك (١٢) والروضه (١٣) والمفاتيح (١٤) بما إذا جزم بها . والتقييد فى محلّه .

ص : ٤٨

- ١- (١) الروضه البهيه ٣ / ٢١٥ .
- ٢- (٢) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٠ .
- ٣- (٣) كفايه الأحكام ١ / ٤٤١ .
- ٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١٨٢ .
- ٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٦١ .
- ٦- (٦) رياض المسائل ٨ / ١٦٨ .
- ٧- (٧) مستند الشيعه ١٤ / ١١٧ .
- ٨- (٨) الجواهر ٢٢ / ٩٢ .
- ٩- (٩) الدروس ٣ / ١٦٥ .
- ١٠- (١٠) الميسيه مخطوطه كما نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٧١ .
- ١١- (١١) جامع المقاصد ٤ / ٣٣ .
- ١٢- (١٢) المسالك ٣ / ١٢٩ .
- ١٣- (١٣) الروضه البهيه ٣ / ٢١٥ .
- ١٤- (١٤) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٤ .

وبالجملة ، الحرام فى الشريعة المقدسه بالنسبه إليها حرمة العمل بقول القافه وترتيب الأثر المحرّم عليه .

## المقام الثانى : أدله حرمتها

### ١ - الإجماع وعدم وجود المخالف فى حرمتها :

قد أفتى بالحرمة الشيخ فى النهايه (١) وابن إدريس فى السرائر (٢) والمحقق فى النافع (٣) والشرائع (٤) والعلامه فى التذكرة قال : « والقيافه حرام عندنا» (٥) . وقال فى النهايه : « القيافه حرام عند علمائنا كافه ، لأنّ النسب عندنا لا يثبت بها بل بالقرعه ، فلا يجوز سلوك هذا الطريق» (٦) . وقد أفتى بالتحريم فى القواعد (٧) والتحرير (٨) ، وفى المنتهى (٩) ذهب إلى وجود الإجماع على حرمتها . وقال الشهيد : « ويحرم القيافه والتكسيب بها ، سواء استعمل فى إلحاق الأنساب أو فى قفو الآثار إذا ترتب عليها حرام» (١٠) . وقال الفاضل المقداد : « القيافه حرام عندنا» (١١) . وقال الأردبيلي : « ولعلّ دليل التحريم الإجماع المذكور فى المنتهى» (١٢) . وقال

ص : ٤٩

- ١- (١) النهايه / ٣٦٦ .
- ٢- (٢) السرائر ٢ / ٢١٨ .
- ٣- (٣) المختصر النافع / ١١٧ .
- ٤- (٤) الشرائع ٢ / ٤ .
- ٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ مسأله ٦٥٠ .
- ٦- (٦) نهايه الأحكام ٢ / ٤٧٢ .
- ٧- (٧) القواعد ٢ / ٩ .
- ٨- (٨) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦١ .
- ٩- (٩) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٤ من الطبع الحجرى .
- ١٠- (١٠) الدروس الشرعيه ٣ / ١٦٥ .
- ١١- (١١) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .
- ١٢- (١٢) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٠ .

السبزواری : « لا- أعلم خلافاً بينهم أيضاً في تحريم القيافه» (١). وقال صاحب الحدائق : « المسأله السابعه في السحر ونحوه من القيافه والكهانه والشعبذه ، ولا- خلاف في تحريم الجميع وأخذ الأجره عليه» (٢). وقال الشيخ جعفر بعد الحكم بالحرمة : « لصريح نقل الإجماع فيه من بعض وظهوره من آخرين» (٣). وقال في الرياض : « بلا خلاف» (٤). وقال في الجواهر : « وكأنه لا خلاف في تحريمها نحو الكهانه بل لعلها فرد منها فتندرج تحت ما دلّ على حرمتها» (٥).

وقال في برهان الفقه بعد نقل عدم الخلاف والإجماع عن الأصحاب « وهو الحججه» (٦).

ولكن مع ذلك وسوس صاحب الحدائق في أصل الحرمة (٧) وقال : « وبالجملة فالدليل من الأخبار على التحريم غير ظاهر وليس إلا ما يدعى من الإجماع» (٨).

وتبعه الفاضل النراقي وقال : « فإن ثبت الإجماع فهو المتبع وإلا ففيه نظر» (٩).

أقول : الظاهر أنّ الإجماع على الحرمة ثابت عند أصحابنا قدس سرهم ، وقد حكى الفاضل المقداد (١٠) الخلاف فيه عن بعض المخالفين لبعض رواياتهم ، وقال في المصباح : « خلافاً لأكثر العامه ، فإنهم جوّزوا العمل بقول القافه استناداً إلى جملة من الروايات الوارده من طرقهم» (١١).

ص : ٥٠

- ١- (١) كفايه الأحكام ١ / ٤٤١ .
- ٢- (٢) الحدائق ١٨ / ١٧١ .
- ٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٦١ .
- ٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٦٨ .
- ٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٩٢ .
- ٦- (٦) برهان الفقه / كتاب التجاره ، ٣٢ الطبع الحجري .
- ٧- (٧) كما عبر هكذا صاحب الجواهر ٢٢ / ٩٢ .
- ٨- (٨) الحدائق ١٨ / ١٨٤ .
- ٩- (٩) مستند الشيعة ١٤ / ١١٧ .
- ١٠- (١٠) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .
- ١١- (١١) مصباح الفقاهه ١ / ٣٨٢ .

## ٢ - النسب لا يثبت إلا بالأدلة الشرعية

من المعلوم أن الأصل النافي والاستصحاب يقتضيان نفى النسب ، وطريق ثبوته منحصر بالإقرار أو الولاده على الفراش ونحوهما مما ورد في الشريعة المقدسه ، وأما الإعتقاد على الاستحسانات الحاصله من ملاحظه أعضاء البدن على الوجه الذى قرّر فى علم القيافه يوجب نقض أحكام الإرث والنكاح والديات وغيرها ، ويوجب الفضيحه على المسلمين حيث يرون أنّ أولادهم يلحقون بغيرهم بحكم القافه ، بل نفس مشروعيه اللعان أوضح شىء على عدم اعتبار هذا العلم حيث انحصر نفى النسب الثابت به .

مضافاً إلى أنّ قول القافه لا- يحصل به إلا- الظن ، والآيات الوارده فى النهى عن اتباع الظن والروايات الكثيره الناهيه عن العمل بالظن تشملائه ، ولم يدل دليل على اعتبار الظن الحاصل من قولهم ، بل رواياتنا تدلّ على عدم العبره بقولهم كما سيأتى إن شاء الله تعالى .

قال الفقيه المتتبع السيد جواد العاملى قدس سره فى بطلان القيافه وحرمتها : « وهو الموافق لأصول المذهب والإعتبار ، لأنه يلزم منها إلحاق شخص بآخر الموجب لترتب الأحكام الكثيره بمجرد ظن لا دليل عليه شرعاً بل الدليل على خلافه ، وذلك ممّا تأباه أصول المذهب ومحاسن الشريعة ، بل يحكم أهل العقول بطيش عقل الملحق به أو أنه أحق» (١) .

## ٣ - الروايات تنهى عن اتباع قول القافه

بعض الروايات تنهى عن اعتبار علم القيافه :

منها : صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : لا آخذ بقول عرّاف (٢) ولا قائف ولا لصّ ، ولا أقبل شهاده فاسق إلاّ على نفسه (٣) .

ومنها : خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال : من تكهن أو تكهن له فقد برىء من دين محمد صلى الله عليه وآله وسلم . قال : قلت : فالقيافه ؟ قال : ما أحبّ أن تأتيهم ، وقيل : ما يقولون شيئاً إلاّ كان قريباً ممّا يقولون ، فقال : القيافه فضله من النبوه ذهبت فى الناس حين بعث

ص: ٥١

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٦٩ .

٢- (٢) قال صاحب الوسائل ١٧ / ١٤٩ : « فسر بعض أهل اللغه العرّاف بالكاهن وبعضهم بالمنجم » .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١١ / ٣٧٠ ح ٢ . الباب ١٤ من أبواب آداب السفر .



النبي صلى الله عليه وآله وسلم (١).

ومنها : خبر الجعفریات بسنده المتصل إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : من السحت ثمن الميتة . إلى أن قال : وأجر القافي (٢) .

ومنها : مرسله الطريحي قال : في الحديث : لا آخذ بقول قائف (٣) .

وأما قضية عرض مولانا وإمامنا محمد بن علي الجواد عليه السلام في زمن والده مولانا وإمامنا علي بن موسى الرضا عليه السلام ، التي وردت فيها روايتان :

الأولى : ما رواه أبو جعفر محمد بن جرير بن رستم الطبري الصغير في كتابه دلائل الإمامة بسنده إلى الإمام العسكري عليه السلام أنه قال في حديث : وإنهم أخذوه والرضا عليه السلام عند المأمون ، فحملوه إلى القافه وهو طفل بمكة في مجمع من الناس بالمسجد الحرام فعرضوه عليهم ، فلمّا نظرُوا إليه وزرقوه بأعينهم خرّوا لوجوههم سجداً ، ثم قاموا وقالوا لهم : يا ويحكم مثل هذا الكوكب الدرّي والنور المنير يعرض على أمثالنا ، وهذا والله الحسب الزكي والنسب المهذب الطاهر ، والله ما تردّد إلّا في أصلاب زاكية وأرحام طاهرة ، والله ما هو إلّا من ذرية أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فارجعوا واستقبلوا الله واستغفروه ولا تشكّوا في مثله . إلى أن قال : وبلغ الخبر الرضا علي بن موسى عليه السلام وما صيغ بانه محمد عليه السلام ، فقال : الحمد لله . ثم التفت إلى بعض من حضرته من شيعته فقال : هل علمتم ما قد رُميت به ماريه القبطية وما ادّعى عليها من ولادتها إبراهيم ابن رسول الله ؟ - ثم بين عليه السلام قضية إفك ماريه وقال في ختام الحديث : الحمد لله الذي جعل فيّ وفي ابني محمد أسوة برسول الله وابنه إبراهيم ، الحديث (٤) .

وعلى هذه الرواية العرض على القافه لم يكن بمحضر الرضا عليه السلام ورضايته ، بل عُرض

ص : ٥٢

- 
- ١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٩ ح ٢ . الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به .
  - ٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٠ ح ١ . الباب ٢٣ من أبواب ما يكتسب به ، و ١٣ / ٦٩ ح ١ . الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به .
  - ٣- (٣) مجمع البحرين / ٤٢٠ الطبع الحجري مادة قوف ، (٥ / ١١٠) .
  - ٤- (٤) دلائل الإمامة / (٣٨٨ - ٣٨٤) .

الإمام الجواد عليه السلام بمكه فى المسجد الحرام على القافه ، ومن الواضح أنه من كيد المأمون وسياسه سلطه الوقت .

فهذا النقل لا يدل على اعتبار علم القيافه بوجه . مضافاً إلى ضعف سنده بأبى المفضل محمد بن عبد الله وهو ضعيف ، ومحمد بن إسماعيل الحسنى وهو إمامى مجهول .

الثانيه : ما رواه الكلينى بسند لا يبعد حسنه ، وفيه : قالوا : فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد قضى بالقافه فيينا وبينك القافه ، قال : ابعثوا أنتم إليهم فأما أنا فلا ، ولا تعلموهم لما دعوتموهم ولتكونوا فى بيوتكم ... ثم جاؤوا بأبى جعفر عليه السلام فقالوا : ألحقوا هذا الغلام بأبيه ، فقالوا : ليس له ههنا أبٌ ولكن هذا عمٌ أبيه وهذا عمٌ أبيه وهذا عمّه وهذه عمته وإن يكن له ههنا أبٌ فهو صاحب البستان ، فإنّ قدميه وقدميه واحده ، فلما رجع أبو الحسن عليه السلام قالوا : هذا أبوه ، الحديث (١) .

وقد يُستشكل على الروايه بوجوه :

أولاً : بضعف السند ، لأنّ زكريا بن يحيى الصيرفى مجهولٌ .

وثانياً : أنّها مشتمله على تقرير الإمام عليه السلام بأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد قضى بالقافه .

وثالثاً : اشتملت على عرض أخوات الإمام عليه السلام وعمّاته على القافه ، وهو حرام بلا ريب لا يصدر منه عليه السلام .

ويمكن أن يجاب :

عن الأوّل : بأنّ الروايه متلقاه بالقبول من جانب الأصحاب قدس سرهم ، مضافاً إلى قول المامقانى فى حقّ زكريا بأنّه إمامى لا يبعد حسنه ، وبعد قبول هذا القول صار السند حسناً .

وعن الثانى : بأنّه يؤيد الإمام عليه السلام قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالقافه ، بل بعد أن أجبر بواسطه إخوته وعمومته قال : « ابعثوا أنتم إليهم فأما أنا فلا » وهذه فقره تدلّ بوضوح إلى عدم اعتبار قول القافه عند الإمام وعدم جواز تبعيتهم .

وعن الثالث : بأنّ الضرورات تبيح المحذورات ، وضروره إثبات الإمامه تكون أهمّ

ص : ٥٣

من ستر أخوات الإمام وعمّاته .

ويمكن أن يقال : بأنّ عرضهنّ وقع من جانب إخوه الإمام وعمومته ولم يأمر الإمام بها بل ولم يرض بها .

وبالجملة ، عرض مولانا وإمامنا أبى جعفر محمد بن على الجواد عليه السلام على القافه أمرّ قطعىّ وقع فى تلك الأعصار لكن دون إثبات أنّ العرض كان بأمر الإمام على بن موسى الرضا عليه آلاف التحيه والثناء أو بأمر ابنه الإمام الجواد عليه السلام أو برضايتهما أو رضايه أحدهما خرط القتاد . فلا يدلّ هذا العرض على حجيه قول القافه ولا يثبت صحه أو تأييد علم القيافه . والله سبحانه هو العالم .

ص : ٥٤

يقع الكلام فيه في ضمن فصول :

### الفصل الأول : تعريفه

الكلام إما إنشاءً وإما إخباراً ، والإخبار إما مطابق للواقع فيسمى صدقاً وإما غير مطابق للواقع فيسمى كذباً .

وهذا التعريف يؤيده الوجدان ويقرّ به الناس على مختلف طبقاتهم وأعصارهم وأمصارهم .

### الفصل الثاني : أدله حرمه الكذب

الأدلة الأربعة تدلّ على حرمة :

#### ١ - الكتاب :

آيات كثيرة من الكتاب تدلّ على حرمة :

منها : قوله تعالى : «وَيَا قَوْمِ اعْمَلُوا عَلَىٰ مَكَانَتِكُمْ إِنِّي عَامِلٌ سَوْفَ تَعْلَمُونَ مَنْ يَأْتِيهِ عَذَابٌ يُخْزِيهِ وَمَنْ هُوَ كَاذِبٌ وَارْتَقِبُوا إِنِّي مَعَكُمْ رَقِيبٌ» (١) .

ومنها : قوله تعالى : «وَقَالَ رَجُلٌ مُّؤْمِنٌ مِّنْ آلِ فِرْعَوْنَ يَكْتُمُ إِيمَانَهُ أَتَقْتُلُونَ رَجُلًا أَنْ يَقُولَ رَبِّيَ اللَّهُ وَقَدْ جَاءَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ مِنْ رَبِّكُمْ وَإِنْ يَكُ كَاذِبًا فَعَلَيْهِ كَذِبُهُ وَإِنْ يَكُ صَادِقًا يُصِيبْكُمْ بَعْضُ الَّذِي يَعِدُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي مَنْ هُوَ مُسْرِفٌ كَذَّابٌ» (٢) .

ص : ٥٥

١- (١) سورة هود / ٩٣ .

٢- (٢) سورة غافر / ٢٨ .

ومنها : قوله تعالى : «وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ مَا يَكْرَهُونَ وَتَصِفُ أَلْسِنَتُهُمُ الْكَذِبَ أَنَّ لَهُمُ الْحُسْنَى لَا جَرَمَ أَنَّ لَهُمُ النَّارَ وَأَنَّهُمْ مُّفْرَطُونَ» (١).

## ٢ - السنة الشريفة :

عدّه من الروايات المعتمدة المتواتره تدلّ على حرمه الكذب :

منها : معتبره فضيل بن يسار بل موثقه عن أبي جعفر عليه السلام قال : إِنَّ أَوَّلَ مَنْ يُكَذِّبُ الْكَذَّابَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ، ثُمَّ الْمَلِكُ الْكَذَّابُ ، ثُمَّ هُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ (٢) .

ومنها : صحيحه عمر بن يزيد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إِنَّ الْكَذَّابَ يَهْلِكُ بِالْبَيْنَاتِ وَيَهْلِكُ أَتْبَاعُهُ بِالشَّبَهَاتِ (٣) .

ومنها : موثقه أو صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ جَعَلَ لِلشَّرِّ أَقْفَالًا وَجَعَلَ مَفَاتِيحَ تِلْكَ الْأَقْفَالِ الشَّرَابَ ، وَالْكَذِبَ شَرٌّ مِنَ الشَّرَابِ (٤) .

ومنها : موثقه عبيد بن زراراه قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إِنَّ مِمَّا أَعَانَ اللَّهُ بِهِ عَلَى الْكَذَّابِينَ النِّسْيَانَ (٥) .

ومنها : صحيحه معمر بن خلاد عن الرضا عليه السلام قال : سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ : يَكُونُ الْمُؤْمِنُ جَبَانًا ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قِيلَ : وَيَكُونُ بَخِيلًا ؟ قَالَ : نَعَمْ ، قِيلَ : وَيَكُونُ كَذَّابًا ؟ قَالَ : لَا (٦) .

ومنها : حسنه عبد الله بن عجلان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إِنَّ الْعَبْدَ إِذَا صَدَقَ كَانَ أَوَّلَ مَنْ يَصَدِّقُهُ اللَّهُ وَنَفْسُهُ تَعْلَمُ أَنَّهُ صَادِقٌ ، وَإِذَا كَذَبَ كَانَ أَوَّلَ مَنْ يَكْذِبُهُ اللَّهُ وَنَفْسُهُ تَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ (٧) .

ص : ٥٦

١- (١) سورة النحل / ٦٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٣ ح ١ . الباب ١٣٨ من أبواب أحكام العشرة .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٣ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٤ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٥ ح ٧ .

٦- (٦) المحاسن ١ / ٢٠٩ ح ١٥٤ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٥ ح ١١ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٧ ح ١٥ .

ومنها : صحيحه ابن رثاب قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إنَّ المؤمن لا يكون سجيته الكذب والبخل والفجور ، وربّما ألمّ من ذلك شيئاً لا يدوم عليه . قيل : فيزني ؟ قال : نعم ، ولكن لا يولد له من تلك النطفه (١) .

ومنها : صحيحه معاوية بن وهب قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إنَّ آية الكذاب بأن يخبرك خبر السماء والأرض والمشرق والمغرب ، فإذا سألته عن حرام الله وحلاله لم يكن عنده شيء (٢) .

ومنها : صحيحه أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث : شرّ الروايه الكذِب ، الحديث (٣) .

ومنها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنَّ في من ينتحل هذا الأمر لمن يكذب حتّى يحتاج الشيطان إلى كذبه (٤) .

تلك عشره كامله من الروايات المعتمده حول حرمه الكذب وقبحه ، فإن شئت أكثر ممّا تلوناه عليك فراجع الكافي ٢ / ٣٣٨ وعقاب الأعمال / ٣١٨ وجامع الأخبار / ٤١٧ والوافي ٥ / ٩٢٧ وبحار الأنوار ٦٩ / ٢٣٢ ووسائل الشيعه ١٢ / ٢٤٣ ومستدرک الوسائل ٩ / ٨٣ وجامع أحاديث الشيعه ١٧ / ١٤٣ وكتابي موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣٠٥ .

### ٣ - الإجماع :

الإجماع من المؤمنين بل من المسلمين قائم على حرمه الكذب ، بل حرمة من ضروريات المذهب ، بل الدين ، بل جميع الأديان الإلهيه .

ص : ٥٧

١- (١) الكافي ٢ / ٤٤٢ ح ٦ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣٠٧ ح ١١ .

٢- (٢) الكافي ٢ / ٣٤٠ ح ٨ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣٠٨ ح ١٤ .

٣- (٣) أمالي الصدوق . المجلس الرابع والسبعون ح ١ / ٥٧٦ الرقم ٧٨٨ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣١١ ح ٢٧ .

٤- (٤) أمالي الطوسي . المجلس الرابع عشر ح ٨١ / ٤١٤ الرقم ٩٣٣ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣١٢ ح ٣٣ .

ولكن من المعلوم أنّ هذا الإجماع مستند إلى ما مرّ من أدله الكتاب والسنة ، فهو إجماع مدركي وليس بتعدي .

#### ٤ - العقل :

العقل يحكم بقبح الكذب فطره ، سواء ترتب عليه المفسده والمضره أم لا ! وإذا ترتب عليه المفساد والمضرات دنيويه كانت أو أخرويّه والحكم بقبحه وحرمة واضحه ، ولكنه حينئذ لا يختص بالكذب فقط ، بل يجرى في كلّ ما استلزم شيئاً من هذه الأمور ولو كان صدقاً .

فحكم العقل بقبح الكذب لا يختص بترتب المفسده والمضره حتّى يستلزم هذا الإشكال ، خلافاً للمحقق الخوئي قدس سره في مصباحه (١) حيث قيد حكم العقل بقبح الكذب بترتب المفسده والمضره عليه .

#### الفصل الثالث : هل الكذب مطلقاً من الكبائر ؟

يمكن أن يُستدل بأنّ الكذب من الكبائر مطلقاً بعدّه من الروايات :

منها : معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون : عدّ الكذب من الكبائر (٢) .

ومنها : خبر الأعمش عن الصادق عليه السلام في حديث شرائع الدين : عدّ الكذب من الكبائر (٣) .

ومنها : موثقه أو صحيحه محمد بن مسلم (٤) الماضيه .

ومنها : خبر أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمن إذا كذب بغير عذر ، لعنه سبعون ألف ملك ، وخرج من قلبه نتن حتّى يبلغ العرش فيلعنه حمله العرش ، وكتب الله عليه بتلك

ص : ٥٨

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٣٨٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٤ ح ٣ .

الكذب سبعين زنيه ، أهونها كمن يزني مع أمه (١) .

ومنها : مرسله الشهيد الثاني عن الإمام العسكري عليه السلام أنه قال : جعلت الخبائث في بيت وجعل مفتاحه الكذب (٢) .

ومنها : خبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأبي ذر قال فيها : يا أبا ذر ويلٌ للذي يحدث فيكذب ليضحك به القوم ، ويل له ، ويل له ، الحديث (٣) .

ويمكن أن يُستدل بأن الكذب من الكبائر بقوله تعالى : «إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَاذِبُ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْكَاذِبُونَ» (٤) .

بتقريب : أن الآيه جعلت الكاذب غير مؤمن بآيات الله ، كافراً بها : ويؤيد هذا التقريب تطبيق الإمام الرضا عليه السلام الآيه الشريفه على الكذاب في مرسله العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام أنه ذكر رجلاً كذاباً ، ثم قال : قال الله : «إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَاذِبُ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ» (٥) .

ولكن وردت في قبالتها عدّه من الروايات يظهر منها بأنه ليس بإطلاقه من الكبيره :

منها : حسنه أبي خديجه سالم بن مكرم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الكذب على الله وعلى رسوله من الكبائر (٦) .

ومنها : خبر آخر له عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الكذب على الله وعلى رسوله وعلى الأوصياء عليهم السلام من الكبائر (٧) .

ومنها : مرسله الصدوق قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من قال عليّ ما لم أقل فليتبوأ

ص : ٥٩

١- (١) مستدرک الوسائل ٩ / ٨٦ ح ١٥ .

٢- (٢) الدرر الباهره / ٤٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥١ ح ٤ .

٤- (٤) سوره النحل / ١٠٥ .

٥- (٥) تفسير العياشي ٣ / ٢٤ ح ٧٠ ونقل عنه في البرهان ٣ / ٤٥٦ ح ١ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٨ ح ٣ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٧ ح ٢٥ . الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس .



ومنها : صححه عبد الرحمن بن الحجاج قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الكذاب هو الذى يكذب فى الشىء ؟ قال : لا ، ما من أحد إلا يكون ذاك منه ، ولكن المطبوع على الكذب(٢).

ومنها : ما رواه سيف بن عميره فى الصحيح عمّن حدثه عن أبي جعفر عليه السلام قال : كان على بن الحسين عليه السلام يقول لولده : اتقوا الكذب الصغير منه والكبير فى كلِّ جدٍّ وهزل ، فإنَّ الرجل إذا كذب فى الصغير اجترأ على الكبير ، أما علمتم أنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : ما يزال العبد يصدق حتّى يكتبه الله صديقاً وما يزال العبد يكذب حتّى يكتبه الله كذاباً(٣).

وأنت ترى بأنَّ ضعف أسناد بعضها وضعف دلالة بعضها الآخر يوجب عدم تقييد المطلقات الماضيه بها ، فالكذب مطلقاً يكون من الكبائر ، لإطلاق ما ورد فى معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام(٤) وغيرها وعدم ثبوت مقيد لها .

والله سبحانه هو العالم .

#### الفصل الرابع : هل يحرم الكذب فى الهزل أم لا ؟

الكلام ينقسم إلى الجدِّ والهزل ، ولا ريب فى حرمة الكذب فى الأوّل وأما الثانى فظاهر بعض الروايات حرمة فى الهزل أيضاً :

منها : صحیح سيف بن عميره عمّن حدثه عن أبي جعفر عليه السلام الماضيه آنفاً(٥).

ومنها : خبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأبي ذر الماضى(٦).

ص : ٦٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٧ ح ٢٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٥ ح ٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ١ الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشرة .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ١ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥١ ح ٤ .

ومنها : معتبره الأصيغ بن نباته قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا يجد عبد طعم الإيمان حتى يترك الكذب هزله وجده (١).

رجال السنن كلهم ثقات حتى قاسم بن عروه ، لأنه من المعاريف وله أكثر من ١٢٥ رواية ، وصرح المفيد بوثاقته في المسائل الصاغانية ، فالرجل أيضاً ثقة ولا أقل من اعتباره .

ومنها : خبر الحارث عن علي عليه السلام قال : لا يصلح من الكذب جد ولا هزل ، ولا أن يعد أحدكم صبيته ثم لا يفى له ، إن الكذب يهدى إلى الفجور والفجور يهدى إلى النار ، وما يزال أحدكم يكذب حتى يقال : كذب وفجر ، وما يزال أحدكم يكذب حتى لا يبقى في قلبه موضع إبرة صدق ، فيسمى عند الله كذاباً (٢).

ومنها : خبر جبه الأفریقی أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : أنا زعيم بيت في ربض الجنة وبيت في وسط الجنة وبيت في أعلى الجنة لمن ترك المرء وإن كان حقاً ولمن ترك الكذب وإن كان هازلاً ولمن حسن خلقه (٣).

ومنها : الإطلاقات الواردة في حرمة الكذب التي مر بعضها ، وهي تشمل الكذب في الهزل أيضاً .

ولكن الكل يحمل على الهزل الذي يكون إخباراً عن الواقع ، كأن يخبر بحدوث حادث أو قدوم مسافر ونحوهما ، وهذا الذي يكون حراماً بدلالة الروايات .

وأما الهزل الذي يكون إنشاءً فهو خارج عن الكذب موضوعاً وحكماً ، فلا يصير حراماً بأدلته ، نحو أن ينشئ وصفاً لأحد بداعى الهزل ، كإطلاق العالم الكبير على الجاهل أو الأسد على الجبان ، والفتن الذكي على الأبله ونحوها . وهذا الهزل الإنشائي لا يدخل في عنوان الكذب ، فلا يكون حراماً من جهته . نعم يمكن أن يصير حراماً لانطباق بعض عناوين أخرى عليه ، نحو : الغيبة أو التهمة أو إيذاء المؤمن أو السخريه به أو غيرها .

ص: ٦١

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ٣ .

٣- (٣) الخصال ١ / ١٤٤ ح ١٧٠ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٢ / ٢٣٧ ح ٨ . الباب ١٣٥ من أبواب أحكام العشرة ، ونقلت عنه أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣١٠ ح ٢٤ .

## الفصل الخامس : هل خلف الوعد يدخل فى عنوان الكذب أم لا ؟

الوعد عبارته : أن يخبر المتكلم عن عزمه على الوفاء بشيءٍ لشخصٍ آخر ، كأن يقول : إني عازم على طبع كتابك ، أو إني ملتزم بالمجىء إلى زيارتك أو إكرامك . هذا الفرد يدخل فى عنوان الخبر فيصدق عليه الصدق والكذب ، غاية الأمر أنه إخبارٌ عن الأمور النفسانية فإن كان صادقاً فى هذا الإخبار فهو من الصادقين وإلا فلا .

ثم بعد عزمه الأول على الوفاء بحيث يكون صادقاً فيه ، يجب عليه الوفاء فى المستقبل والإتيان بما وعد أم لا ؟ يعنى هل يجب عليه تنجز وعده وتحقيق عزمه فى الخارج بحيث لا يصير كلامه ووعد كذباً أم لا ؟

ظهور بعض الروايات على وجوب الوفاء بالوعد :

منها : خبر الحارث الأعور عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : لا يصلح من الكذب جد ولا هزل ولا أن يعد أحدكم صبيه ثم لا يفى له ، الحديث (١) .

ومنها : صحيحه شعيب العرقوفى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليف إذا وعد (٢) .

ومنها : صحيحه هشام بن سالم قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : عِدَّةُ الْمُؤْمِنِ أَخَاهُ نَذْرٌ لَا كَفَارَةَ لَهُ ، فَمَنْ أَخْلَفَ بِخَلْفِ اللَّهِ بَدَأَ ، وَلِمَقْتِهِ تَعَرَّضَ ، وَذَلِكَ قَوْلُهُ : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ \* كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ » (٣) (٤) .

ومنها : ما رواه الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كتب فى عهده إلى مالك الأشتر النخعى : وإياك والمن على رعيتك بإحسانك ، أو التزيد فيما كان من فعلك ، أو أن يقدمهم فتب - ع موعداك بخلفك ، فإن المن يبطل الإحسان ، والتزيد يذهب بنور الحق ، والخلف يوجب المقت

ص : ٦٢

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٠ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ١٦٥ ح ٢ . الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشرة .

٣- (٣) سورة الصف / ٢ و ٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ١٦٥ ح ٣ .

عند الله والناس . قال الله تعالى : « كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ » (١).

قد سبق أنّ لهذا العهد الشريف سنداً معتبراً . التزید : إظهار الزيادة في الأعمال عن الواقع منها في معرض الإفتخار .

ومنها : خبر أنس بن مالك قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : تَقَبَّلُوا لِي بَسْتُ أَتَقَبَّلُ لَكُمْ بِالْجَنَّةِ : إِذَا حَدَّثْتُمْ فَلَا تَكْذِبُوا ، وَإِذَا وَعَدْتُمْ فَلَا تُخْلِفُوا ، وَإِذَا إِثْمَنْتُمْ فَلَا تَخُونُوا ، وَعُضُّوا أَبْصَارَكُمْ ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ ، وَكَفُّوا أَيْدِيَكُمْ وَأَلْسِنَتَكُمْ (٢).

والروايات الواردة حول الصدق في الوعد متعددة ، فإن شئت راجع وسائل الشيعة ١٢ / ١٦٤ ومستدرک الوسائل ٨ / ٤٥٨ وجامع أحاديث الشيعة ١٧ / ١٧٢ وكتابتی ألف حديث في المؤمن / ٣٣٣ وموسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٩٩ .

نعم ، ورد في بعض الروايات أنّ الوعد بالنسبة إلى الزوجه والأهل يحسن وإن لم يف به ، نحو : خبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام (٣) وخبر المحاربي (٤) وخبر عيسى بن حسان (٥) وخبري الجعفریات (٦) ، فإن ظاهر هذه الروايات وجوب الوفاء بالوعد إلا بالنسبة إلى الزوجه والأهل . ولكن الأصحاب أعرضوا عن الوجوب وحكموا فيه بالإستحباب ، والسيره القطعيه بين المتشرعه أيضاً تدلّ على جواز خلف الوعد ، فلو كان حراماً لاشتهر وبان . وإن كان الاحتياط في الوفاء به موافق للروايات ، والوفاء موجب لعدم سقوط الفرد عن الاعتبار في المجتمع ، والعقل والعقلاء أيضاً يحكمون بلزوم الوفاء به .

وأما الوعيد : فالروايات والعقل والعقلاء والإعتبارات الأخرى كلّها غير حاكمه

ص : ٦٣

١- (١) نهج البلاغه / الكتاب ٥٣ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٨ / ٤٥٩ ح ٦ .

٢- (٢) أمالي الصدوق . المجلس العشرون ح ٢ / ١٥٠ الرقم ١٤٧ - الخصال ١ / ٣٢١ ح ٥ ونقل عنهما في جامع أحاديث الشيعة ١٧ / ١٧٣ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٣ ح ٥ .

٦- (٦) الجعفریات / ١٧١ و ١٧٦ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ٩٤ ح ١ و ٤ .

بلزوم الوفاء به ، بل تحسّن العفو والإغماض . وقد يحرم الوفاء به إذا كان الوعيد يدخل في الظلم والعدوان ، والله سبحانه هو العالم .

### الفصل السادس : هل المبالغة ونظائرها من الكذب أم لا ؟

المبالغة ونظيرها من الكنايه والتشبيه والاستعاره والمجاز إذا أُريد بها الإخبار عن الواقع تتصف بالصدق والكذب أعنى أنه لا بدّ من وجود أصل الشئ ثم التعبير به على هذه الوجوه من نصب القرينه عليه فحينئذ تتصف بالصدق . وأمّا إذا لم يكن أصل الشئ ثم عبر عنه بهذه الوجوه - نظير استعمال الأسد في الجبان والقمر في الكريهه المنظر وكثير الرماد وهزال الفصيل في الخسيس ونحوها - فيصير كذباً بلا فرق بين المبالغة ونظائرها .

وإمّا إذا كانت المبالغة ونظائرها استعملت في إنشاء المدح أو الذم فإنّها لا تتصف بالصدق والكذب ، لأنها إنشاء ، والإنشائيات كما مرّ لا تتصف بهما بخلاف الإخباريات . ولعلّ إلى هذا القسم ينظر مَنْ رأى خروج المبالغة عن الكذب موضوعاً . والله العالم .

وهذا البيان يجرى في النظم والنثر والهزل والجدّ ، فالمبالغة ونظائرها في النظم والهزل الإخباري يمكن أن يتصف بالكذب ، ولذا قال المحقق في شهادات الشرائع : « يحرم من الشعر ما تضمّن كذباً » (١) . وأمّا إذا كانت المبالغة ونظائرها في النظم والهزل الإنشائي دون الإخباري زادت في حسنه ، بل قيل : أكذبه أعذبه . ويخرج عن الاتصاف بالصدق والكذب .

### الفصل السابع : التوريه

وهي استعمال اللفظ في معنيين أحدهما قريب والآخر بعيد ، فيقصد المتكلم المعنى البعيد ويوهم السامع المعنى القريب . ويسمّها العرب بالملاحن والمعاريض وتقول فيها : إنّ في المعاريض مندوحه عن الكذب . واختلف الفقهاء في وجوبها لدى الإضطرار إلى الكذب ، قال العلامة في مسأله الوديعه إذا طالبها ظالم : « ويجوز الحلف كاذباً للمصلحه ، ويجب التوريه على

ص : ٦٤

العارف»(١). وقال المحقق الكركي : « ولو اقتضت المصلحه الكذب وجبت التوريه»(٢). وناقش كلام العلامة بقوله : « حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التوريه ومعلوم أن لا كذب معها»(٣)(٤).

وقال الفقيه العاملي بعد نقل كلام المحقق الكركي الأول منهما : « فتأمل ، لأنّ ظواهر الأدله على خلاف ذلك»(٥). وذهب إلى عدم وجوبها في الجواهر(٦) تبعاً لأستاذهما في شرح القواعد(٧).

والتوريه نحو قولك : « ما رأيتُ زيداً ولا كلمته » ، فإنّك تُفهم السامع عدم رؤيتك له وتكلمك معه ، وتضمّر في نفسك أنّك ما ضربت ريته ولا جرحته .

والفرض في هذه التوريه إغفال السامع عن المراد وإخفاء الواقع عليه وتمويه الأمر عليه ، فلزم فيها اختلاف المعنيين ظهوراً وخفاءً وكون المراد هو الخفي منهما ولكن السامع ينتقل إلى المعنى القريب والظاهر . هذه هي التوريه العرفيه ، ولكن التوريه البديعيه غيرها ، وهي التي يقصد المتكلم إفهام المعنيين معاً ، وربّما لم يكن بينهما خفاء في الظهور بل يكونان متكافئين في ظهور . وإذا كانا كذلك ، كانت أبداع في الصنعه وأملح في الذوق ، ومع اختلافهما في الظهور فكثيراً ما يرشّح البعيد بما يقربه إلى المعنى الآخر احتيالياً من المتكلم في جعلهما في مرتبه واحده أو في درجتين متقاربتين .

ص: ٦٥

- 
- ١- (١) قواعد الأحكام ٢ / ١٨٨ .
  - ٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .
  - ٣- (٣) جامع المقاصد ٦ / ٣٨ .
  - ٤- (٤) ومن القائلين بوجوب التوريه : المفيد في المقنعه / ٥٥٦ وابن زهره في الغنيه / ٢٨٣ مدعيّاً عليه الإجماع وابن إدريس في السرائر ٣ / ٤٣ والمحقق في الشرائع ٢ / ١٦٣ و ٣ / ٣٢ والعلامة في التحرير ٣ / ١٩٣ و ٤ / ٧٩ والشهيد في اللمعه وشرحها راجع الروضه ١ / ٣٥٨ . وقد ذكر بعضهم الشيخ الأعظم في المكاسب ٢ / ٢٢ و ٢٣ .
  - ٥- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢١ .
  - ٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .
  - ٧- (٧) شرح القواعد ١ / ٢٣٣ .

والحاصل ، أنّ بين التوريتين بون بعيد ، فراجع لمعرفة التفصيل بينهما رساله « سمطا اللآل في مسألتي الوضع والإستعمال » (١) وكتاب « السيف الصنيع لرقاب منكرى علم البديع » (٢) وكلاهما للعلامه الجد آيه الله أبى المجد الشيخ محمد الرضا النجفى الإصفهانى المتوفى عام ١٣٦٢ طاب الله ثراه وجعل الجنة مثواه .

ثمّ فليعلم أنّ كلامنا فى التوريه العرفيه لا- البديعيه ، ومن الواضح أنّها إذا كانت فى مقام الإخبار لا- الإنشاء ، حيث أنّ ظاهر الألفاظ يكون حجه ولم يتم المتكلم قرينه على خلافه وإلاّ التفت السامع إلى المعنى البعيد ، فالتوريه العرفيه بظاهرها داخله فى عنوان الكذب ويترتب عليها حكمه ، ولذا حكم جمع من الأصحاب بأنّ التوريه من غير قرينه تدخل فى اسم الكذب أو حكمه كما فى شرح القواعد (٣) ومفتاح الكرامه (٤) والجواهر (٥) . ولعلّ الوجه فى ذلك ما ذكره المحقق القمى من « أنّ المعبر فى اتصاف الخبر بالصدق والكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام لا ما هو المراد منه » (٦) .

ثمّ يبقى الكلام فى روايه عبد الله بن بكير بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يستأذن عليه فيقول للجاريه قولى : ليس هو هاهنا ، قال : لا بأس ليس بكذب (٧) .

ويمكن أن يستشكل عليها : أوّلاً : بإرسالها ، لأنّ ابن إدريس لم ينقل سنده إلى عبد الله ، فصارت الروايه مرسله سنداً .

وثانياً : يمكن حملها على جواز الكذب لدفع الضرر والخطر ، كما سيأتى بيانه فى

ص : ٦٦

١- (١) سمطا اللآل فى مسألتي الوضع والإستعمال / (٩٧ - ٨٨) .

٢- (٢) السيف الصنيع لرقاب منكرى علم البديع / ٩٧ وما بعدها .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٢ .

٤- (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢٠ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٧٢ .

٦- (٦) القوانين ١ / ٤١٩ .

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٤ ح ٨ .

مسوغات الكذب ، وعليه تحمل مرسله الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢) ، قال : روى سويد بن حنظله قال : خرجنا ومعنا وائل بن حجر نريد النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فأخذته أعداء له ، وتحرّج القوم أن يحلفوا فحلفتُ بالله أنه أخي ، فخلي عنه العدو ، فذكرتُ ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال : صدقت المسلم أخو المسلم .

## تنبیه

وأما الآيات التي وردت فيها نسبه غير الصدق إلى بعض الأنبياء بظاهرها نظير ، قوله تعالى نقلاً عن إبراهيم على نبينا وآله وعليه السلام : «إِنِّي سَقِيمٌ» (٣) وقوله تعالى نقلاً عنه أيضاً : «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ» (٤) وقوله تعالى نقلاً عن مؤذن يوسف أنه قال بأمره : «أَيَّتِهِيَ الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسَيَّارِقُونَ» (٥) أحسن تأويل فيها ما ورد في الإحتجاج مرسلًا عن الصادق عليه السلام أنه سُئِلَ عن قول الله عزَّ وجلَّ في قصه إبراهيم عليه السلام : «يَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ» قال : ما فعله كبيرهم وما كذب إبراهيم عليه السلام . قيل : وكيف ذلك ؟ فقال : إنما قال إبراهيم : «فَاسْأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ» فَإِنْ نَطَقُوا فَكَبِيرُهُمْ فَعَلْ وَإِنْ لَمْ يَنْطِقُوا فَكَبِيرُهُمْ لَمْ يَفْعَلْ شَيْئًا ، فما نطقوا ، وما كذب إبراهيم عليه السلام .

فسئل عن قوله في سورة يوسف : «أَيَّتِهِيَ الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ» ، قال : إنهم سرقوا يوسف من أبيه ، ألا ترى أنه قال لهم : «قَالُوا ... مَاذَا تَفْقِدُونَ \* قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ» (٦) ، ولم يقل سرقتم صواع الملك ، إنما سرقوا يوسف من أبيه .

ص : ٦٧

١- (١) المبسوط ٥ / ٩٥ .

٢- (٢) الخلاف ٤ / ٤٩٠ مسألة ٦٠ .

٣- (٣) سورة الصافات / ٨٩ .

٤- (٤) سورة الأنبياء / ٦٣ .

٥- (٥) سورة يوسف / ٧٠ .

٦- (٦) سورة يوسف / ٧٢ و ٧١ .



فَسئلَ عن قول إبراهيم : «فَنظَرَ نَظْرَةً فِي النُّجُومِ \* فَقَالَ إِنِّي سَقِيمٌ» (١) قال : ما كان إبراهيم سقيماً وما كذب ، إنما عنى سقيماً في دينه ، أى مرتاداً (٢) .

الإرتياد : أى الطلب والميل ، أى إننى طالب ومُجِدُّ فى دينى لتحصيل الإعتقاد الصحيح بالمبدأ والمعاد .

ورويت نظيرها مختصراً فى خبر عطاء (٣) وفى حسنه الحسن الصيقل (٤) الآتية ، المحموله على اراده الإصلاح .

## الفصل الثامن : مسوغات الكذب :

### ١ - جواز الكذب لدفع الضرر

#### إشاره

إطلاق حرمه الكذب يمكن أن يقيد ، ومن مقيداته دفع الضرر أو الضروره إليه ،

#### واستدلوا عليه بالأدله الأربعة :

#### الف : الكتاب

تدلّ على جواز الكذب لدفع الضرر قوله تعالى : «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَيْدراً فَعَلَيْهِمْ عَذَابٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ \* ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ اسْتَحَبُّوا الْحَيَاةَ الدُّنْيَا عَلَى الْآخِرَةِ وَأَنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ» (٥) .

بتقريب : أن الآيه الشريفه تدلّ على جواز الإرتداد والتكلم بالكفر ظاهراً - مع الإيمان الواقعى والعقد القلبى عليه - عند الإكراه والإضطرار ، فإذا جاز إظهار الكفر والإرتداد كذباً لدفع الضرر وعند الضروره ، جاز الكذب بطريق أولى حينئذ .

ص : ٦٨

١- (١) سورة الصافات / ٨٩ و ٨٨ .

٢- (٢) الإحتجاج ٢ / ٣٥٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٤ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٣ ح ٤ .

٥- (٥) سورة النحل ١٠٧ و ١٠٦ .

ويدلّ عليه أيضاً قوله تعالى: «لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً وَيُحَذِّرْكُمْ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ» (١).

بتقريب: أنه لا يجوز للمؤمنين أن يتخذوا الكافرين أولياء لأنفسهم ويظهروا المحبة لهم ويلتجؤوا إليهم ويستعينوا بهم، إلا أن يخافوا منهم ويتقوا منهم تقاةً، فحينئذ يجوز إظهار المودة والمحبة لهم كذباً وغيرها تقيةً منهم، فثبت جواز الكذب تقيةً لدفع الضرر أو الضرورة إليه.

## ب: الروايات

عدّه من الروايات المستفيضة بل المتواتره إجمالاً تدلّ على جواز الكذب لدفع الضرر:

منها: صحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام - في حديث - قال: سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف، قال: لا - جناح عليه، وعن رجل يخاف على ماله من السلطان، فيحلف لينجو به منه، قال: لا جناح عليه، وسألته: هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال: نعم (٢).

ومنها: صحيحه أبي الصباح الكناني قال: والله قال لي جعفر بن محمد عليه السلام: إن الله علم نبيه التنزيل والتأويل، فعلمه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم علياً عليه السلام، قال: وعلمنا والله، ثم قال: ما صنعتم من شيء، أو حلفتم عليه من يمين في تقية فأنتم منه في سعة (٣).

ومنها: معتبره السكوني عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: احلف بالله كاذباً ونجّ أخاك من القتل (٤).

ومنها: موثقه زراره قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: نمّر بالمال على العشار، فيطلبون منا أن نحلف لهم ويخلون سبلنا، ولا يرضون منا إلا بذلك، قال: فاحلف لهم، فهو أحلّ (أحلى)،

ص: ٦٩

١- (١) سورة آل عمران / ٢٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٤ ح ١ . الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٤ ح ٢ . الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٥ ح ٤ .

ن ل) من التمر والزبد(١).

ومنها : صحیحہ الحلبي أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف لصاحب العشور ، يحرز بذلك ماله ، قال : نعم(٢).

ومنها : معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون قال : والتقيه في دار التقيه واجبه ، ولا حنث على من حلف تقيته ، يدفع بها ظلماً عن نفسه(٣).

ومنها : صحیحہ أبي بكر الحضرمي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل حلف السلطان بالطلاق والعتاق ، فقال : إذا خشى سيفه وسطوته فليس عليه شيء ، يا أبا بكر إن الله عز وجل يعفو والناس لا يعفون(٤).

ومنها : صحیحہ صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي كلاهما عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين ، فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك ، أيلزمه ذلك ؟ فقال : لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه ، وما لم يطيقوا ، وما أخطأوا(٥).

ومنها : معتبره بل صحیحہ معاذ بن يعقوب الأكسيه قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنا نستحلف بالطلاق والعتاق ، فماترى أحلف لهم ؟ فقال : أحلف لهم بما أرادوا إذا خفت(٦).

معاذ بن كثير بن يعقوب الأكسيه لأقل من اعتباره بل وثقه المفيد في الإرشاد وذكره في ضمن شيوخ أصحاب أبي عبد الله عليه السلام وخاصته وبطانته وثقاته الفقهاء الصالحين رضوان الله عليهم(٧).

ص : ٧٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٥ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٥ ح ٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٦ ح ١٠ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٦ ح ١١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٦ ح ١٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٧ ح ١٣ .

٧- (٧) الإرشاد ٢ / ٢١٦ .

ومنها : موثقه أخرى لزراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : إنا نمرّ على هؤلاء القوم فيستحلفونا على أموالنا وقد أدينا زكاتها ، فقال : يا زراره إذا خفت فاحلف لهم ما شاؤوا ، قلت : جعلت فداك بالطلاق والعتاق ؟ قال : بما شاؤوا(١) .

ومنها : صحيحه معمر بن يحيى قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : إنّ معي بضائع للناس ونحن نمرّ بها على هؤلاء العشار ، فيحلفونا عليها فنحلف لهم ، فقال : وددت أنّي أقدر على أن أجز أموال المسلمين كلّها وأحلف عليها ، كلّما خاف المؤمن على نفسه فيه ضروره فله فيه التقيه(٢) .

ومنها : صحيحه إسماعيل الجعفي قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : أمرّ بالعشار ومعى المال ، فيستحلفوني ، فإنّ حلفتُ تركوني ، وإن لم أحلف فتشونى وظلمونى ، فقال : أحلف لهم ، قلت : إن حلفوني بالطلاق ؟ قال : فاحلف لهم ، قلت فإنّ المال لا يكون لى ، قال : تتقى مال أخيك(٣) .

ومنها : موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا حلف الرجل تقيّه لم يضرّه إذا هو أكره واضطرّ إليه ، وقال : ليس شيء ممّا حرّم الله إلاّ أحله لمن اضطرّ إليه(٤) .

ومنها : صحيحه أبي بكر الحضرمي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : نحلف بالله لصاحب العشور نجيز بذلك مالنا ؟ قال : نعم ، الحديث(٥) .

ومنها : مرسله الصدوق عن الرضا عليه السلام قال : إنّ الرجل ليصدق على أخيه فينال عنت من صدقه فيكون كذاباً عند الله ، وإنّ الرجل ليكذب على أخيه يريد به نفعه فيكون عند الله صادقاً(٦) .

قد يتوهم معارضه هذه الروايات بروايه أخرى ، وهى مرسله الشريف الرضى عن

ص: ٧١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣ / ٢٢٧ ح ١٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ / ٢٢٧ ح ١٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٣ / ٢٢٧ ح ١٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٣ / ٢٢٨ ح ١٨ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٣ / ٢٢٨ ح ١٩ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٥ ح ١٠ . الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره .

أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : علامه الإيمان أن تؤثر الصدق حيث يضرك على الكذب حيث ينفعك ، وألا يكون في حديثك فضلٌ عن علمك ، وأن تتقى الله في حديث غيرك (١) .

يمكن أن تعالج المعارضه بوجه :

الأول : هذه الروايه مرسله فلا يمكن أخذها في قبال الروايات الصحاح الماضيه ، وعلى فرض التعارض الترجيح معهن .

الثاني : يمكن حمل المرسله على جلب المنفعه مع الكذب لا دفع الضرر معه ، فلا يجوز جلب النفع مع الكذب .

الثالث : ويمكن حمل المرسله على استحباب تحمل الضرر المالى الغير المعتد به كما حملها الشيخ الأعظم (٢) . وحملهن على جواز الكذب عند الضرر النفسانى والعرضى والمالى المعتد به .

وكذا تحمل معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه (٣) .

وهذه المعتبره لسانها فى الاستحباب أظهر من المرسله .

ثم ظاهر بعض الأعلام وجوب التوريه عند الإضطرار إلى الكذب ، ولكن الأدله الماضيه مطلقه بالنسبه إلى هذا التقييد ، فلا يمكن الأخذ به ، مضافاً إلى ما سبق فى الفصل السابع من أنّ التوريه أيضاً داخله فى عنوان الكذب فلا يفيد شيئاً فى المقام .

## ج : الإجماع

الإجماع بين الأصحاب قدس سرهم بالنسبه إلى جواز الكذب فى صورته الإضطرار ودفع الضرر موجود ، ولكنّه إجماع مدركى لا تعبدى ، فلا يستفاد منه شيئاً .

## د : العقل

قد مرّ فى الفصل الثانى بأنّ العقل يحكم بقبح الكذب فطره ، سواء ترتب عليها المفسده

ص : ٧٢

١- (١) نهج البلاغه . الحكمه ٤٥٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٥ ح ١١ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ٢٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٣ / ١٩٨ ح ٣ . الباب ١ من أبواب كتاب الإيمان .

والمضره أم لا-، ولكن العقل نفسه يحكم بحسن الكذب إذا كان هناك ضرر يجب التحفظ منه ، كحفظ النفس المحترمه أو عرض المؤمن أو ماله المعتدّ به . لأنّ العقل حينئذٍ يحكم بأخذ أقل المحظورين أو أقل القبيحين لدفع الضرر الأكثر أو القبح الأعظم أو الخطر الأتم أو الإضرار .

## ٢ - جواز الكذب فى الإصلاح

عدّه من الروايات المعتره المستفيضه تدلّ على جواز الكذب عند إرادته الإصلاح :

منها : صحيحه معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام قال : المصلح ليس بكذاب(١) .

ومنها : صحيحه معاويه بن وهب أو معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال : أبلغ عنى كذا وكذا - فى أشياء أمر بها - قلت : فأبلغهم عنك وأقول عنى ما قلت لى وغير الذى قلت ؟ قال : نعم ، إنّ المصلح ليس بكذاب [ إنّما هو الصلح ليس بكذب (٢) ] .

ومنها : حسنه الحسن الصيقل قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : إنّنا قد روينا عن أبى جعفر عليه السلام (٣) فى قول يوسف عليه السلام : «أَيَّتْهَا الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ» (٤) فقال : والله ما سرقوا وما كذب ، وقال إبراهيم عليه السلام : «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ» (٥) ، فقال : والله ما فعلوا وما كذب . فقال أبو عبد الله عليه السلام : ما عندكم فيها ياصيقل ؟ قلت : ما عندنا فيها إلاّ التسليم . قال فقال : إنّ الله أحبّ اثنين وأبغض اثنين ، أحبّ الخطر فيما بين الصّفين وأحبّ الكذب فى الإصلاح ، وأبغض الخطر فى الطرقات وأبغض الكذب فى غير الإصلاح ، إنّ إبراهيم عليه السلام إنّما قال : «بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا» إرادته الإصلاح ودلاله على أنّهم لا يفعلون ، وقال يوسف عليه السلام إرادته الإصلاح(٦) .

ص: ٧٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٢ ح ٣ . الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره .
- ٢- (٢) الكافى ٢ / ٢١٠ ح ٧ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٩ / ٣١٠ ح ٢٢ .
- ٣- (٣) وقد رويت فى الكافى ٢ / ٣٤٣ ح ٢٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٤ ح ٧ ، وفى تفسير العياشى ٢ / ٣٥٣ ح ٤٩ ونحوها ح ٤٧ و ٤٨ وروى الأوّل منها فى مستدرک الوسائل ٩ / ٩٥ ح ٦ .
- ٤- (٤) سوره يوسف / ٧٠ .
- ٥- (٥) سوره الأنبياء / ٦٣ .
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٣ ح ٤ .

ومنها : خبر عيسى بن حسان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كل كذب مسؤول عنه صاحبه يوماً إلا كذباً في ثلاثه : رجل كاند في حربه فهو موضوع عنه ، أو رجل أصلح بين اثنين يلقي هذا بغير ما يلقي به هذا يريد بذلك الإصلاح ما بينهما ، أو رجل وعد أهله شيئاً وهو لا يريد أن يتم لهم (١) .

ونحوها في الجعفریات / ١٧٦ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ٩٤ ح ٤ .

ومنها : خبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام أنه قال صلى الله عليه وآله وسلم : يا علي إن الله أحب الكذب في الصلاح وأبغض الصدق في الفساد . إلى أن قال : يا علي ثلاث يحسن فيهن الكذب : المكيد في الحرب ، وعدتك زوجتك ، والإصلاح بين الناس (٢) .

ومنها : خبر المحاربي عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : ثلاثه يحسن فيهن الكذب : المكيد في الحرب ، وعدتك زوجتك ، والإصلاح بين الناس ، وثلاثه يقبح فيهن الصدق : النميمة ، وإخبارك الرجل عن أهله بما يكرهه ، وتكذيبك الرجل عن الخبر ، الحديث (٣) .

ومنها : خبر أبي يحيى الواسطي عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الكلام ثلاثه : صدق وكذب وإصلاح بين الناس . قال : قيل له : جعلت فداك ما الإصلاح بين الناس ؟ قال : تسمع من الرجل كلاماً يبلغه فتخبث نفسه [ فتلقاه ] فتقول : سمعت من فلان قال فيك من الخير كذا وكذا ، خلاف ما سمعت منه (٤) .

ومنها : خبر معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - أنه قال له : أبلغ أصحابي كذا وكذا ، وأبلغهم كذا وكذا . قال : قلت : فإني لا أحفظ هذا فأقول ما حفظت ولم أحفظ أحسن ما يحضرني ؟ قال : نعم ، المصلح ليس بكذاب (٥) .

ص : ٧٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٣ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٢ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٤ ح ٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥٤ ح ٩ .

ومنها: خبر ابن الأشعث بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن جده عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي بن أبي طالب عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لا يصلح الكذب إلا في ثلاثه مواطن: كذب الرجل لامرأته، وكذب الرجل يمشى بين الرجلين ليصلح بينهما، وكذب الإمام عدوه فإنما الحرب خدعه (١).

ومنها: مرسله صاحب جامع الأخبار عن الصادق عليه السلام قال: الكذب مذموم إلا في أمرين: دفع شر الظلمه، وإصلاح ذات البين (٢).

تلك عشره كامله من الروايات تدلّ على جواز الكذب في الإصلاح وظاهرها عدم لزوم التوريه كما التزمنا به في الإستثناء السابق.

إلى هنا تمّ بحث الكذب والحمد لله أولاً وآخراً.

ص: ٧٥

---

١- (١) الجعفریات / ١٧١ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ٩٤ ح ١ .

٢- (٢) جامع الأخبار / ٤١٧ ح ٥ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ٩ / ٩٤ ح ٨ .



قبل الخوض في الحكم لابد من تعريف الكهانة موضوعاً ، فلا محيص من مراجعته كلمات اللغويين والفقهاء في هذا المقام :

## تعريفها

قال ابن الأثير في نهايته : « الكاهن : الذى يتعاطى الخبر عن الكائنات فى مستقبل الزمان ويَدْعَى معرفه الأسرار ، وقد كان فى العرب كَهَنَهُ كَشَقٍ وَسَطِيحٍ وغيرهما ، فمنهم من كان يزعم أن له تابعا من الجنّ ورئياً يُلقى إليه الأخبار ، ومنهم من كان يزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات أسباب يَسْتَدِلُّ بها على مواقعها مِنْ كلام مَنْ يسأله أو فعله أو حاله ، وهذا يَخْصُونَهُ باسم العَرَّافِ ، كالذى يدعى معرفه الشيء المسروق ومكان الضَّالِّه ونحوهما ... والعرب تُسَمِّي كلَّ من يتعاطى عِلْماً دقيقاً : كاهناً . ومنهم من كان يُسَمَّى المنجم والطبيب كاهناً» (١) .

وزاد ابن منظور : « قال الأزهرى : وكانت الكهانة فى العرب قبل مبعث سيدنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فلما بعث نبياً وحُرِسَتْ السماء بالشُّهُبِ ومُنِعَتْ الجنُّ والشياطين من استراق السمع وإلقائه إلى الكَهَنه بطل علم الكهانة ، وأزهق الله أباطيل الكُهَّان بالفرقان الذى فَرَّقَ الله عزَّ وجلَّ به بين الحقِّ والباطل ، وأطلع الله سبحانه نبيّه صلى الله عليه وآله وسلم بالوحي على ما شاء من علم الغيوب التى عجزت الكهنة عن الإحاطه به ، فلا كهانة اليوم بحمد الله ومنه وإغنائه بالتنزيل عنها ... » (٢) .

قال أحمد بن فارس : « كهن : الكاف والهاء والنون كلمة واحده وهى الكاهن ، وقد تكهَّنَ يَتَكَهَّنُ . والله العالم» (٣) .

وقال الزمخشري : « ك-ه-ن - هو كاهنٌ بين الكهانة وقد كَهَنَ وكَهَّنَ . وعن ابن عباس :

ص : ٧٦

١- (١) النهايه فى غريب الحديث والأثر ٢١٤ / ٤ .

٢- (٢) لسان العرب ٣٦٣ / ١٣ .

٣- (٣) معجم مقاييس اللغه ١٤٥ / ٥ .

لا تتبع النجوم فإنها تؤدي إلى الكهانة ، وتكهن : قال ما يُشبه قول الكهنه»(١).

وقال الفيومي : « كَهَنَ يَكْهِنُ من باب قَتَلَ ، كَهَانَهُ بالفتح ، فهو كاهنٌ والجمع كَهَنَةٌ وكَهَانٌ مثل كَافِرٍ وكَفَرِهِ وكُفَّارٍ ، وتَكْهَنَ مثله ، فإذا صارت الكهانة له طبيعه وغريزه ، قيل : كَهَنَ بالضم والكهانة بالكسر الصناعه»(٢).

وقال في الصحاح : « كهن يكهن كهانه مثل كتب كتابه إذا تكهن ، وإذا أردت أنه صار كاهناً قلت : كَهَنَ بالضم - كهانه - بالفتح - »(٣).

وفي القاموس : « كَهَنَ له كَمَنَعَ ونَصَيْرَ وكَرَّمَ ، كَهَانَهُ بالفتح وتَكْهَنَ تَكْهَنًا قضى له بالغيب فهو كاهن جمعه كَهَنَةٌ وكَهِيَانٌ ، وحرفته الكهانة بالكسر»(٤).

وقال الطريحي : « قال بعض الشارحين : الكهانة عمل يوجب طاعه بعض الجان له فيما يأمره به ، وهو قريب من السحر وأخص منه ، والكاهن : الساحر»(٥).

وقال ابن الأثير في معنى رَتِيٌّ : « يقال للتابع من الجن رَتِيٌّ بوزن كَمِيٍّ ، وهو فَعِيلٌ أو فَعُولٌ ، سُمِّيَ به لأنه يتراءى لِمَتَّبِعِهِ ، أو هو من الرأى من قولهم فلانٌ رَتِيٌّ قومه ، إذا كان صاحب رأيهم ، وقد تُكْسِرُ رأؤه لإتباعها ما بعدها»(٦).

وقال الفيروز آبادي : « رَتِيٌّ كَغِنِيٌّ ، جُنِّيٌّ يُرَى فيحب»(٧).

هذه كلمات أهل اللغة في المقام ، وأما الكهانة في تعاريف الفقهاء :

قال الشيخ في تفسيره : « الكاهن الذي يزعم أن له خدَمه من الجن تأتيه بضرب من الوحي»(٨).

ص: ٧٧

١- (١) أساس البلاغه / ٤٠٠ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٥٣٤ .

٣- (٣) الصحاح ٦ / ٢١٩١ .

٤- (٤) قاموس اللغة . ماده كهن من الطبع الحجري (٤ / ٢٦٤) .

٥- (٥) مجمع البحرين / ٥٦٩ من الطبع الحجري (٦ / ٣٠٦) .

٦- (٦) النهاية ٢ / ١٧٨ .

٧- (٧) القاموس ، ماده الرؤيه من الطبع الحجري (٤ / ٣٣١) .

٨- (٨) التبيان ١٠ / ١٠٩ .

وقال العلامة فى التذكرة : « يحرم تعلم الكهانة وتعليمها ، والكاهن هو الذى رَئى من الجن يأتية بالأخبار ، يُقتل ما لم يتب »(١) وذكر نحوها فى نهايته(٢) وقواعده(٣) ، وفى بعض نسخ التحرير(٤) نسب التعريف إلى القيل وحكم بحرمه أخذ الأجره عليها(٥)

وقال الفاضل المقداد : « المشهور أنّ الكاهن هو الذى له رَئى - أى صاحب من الجن - يأتية بالأخبار بالمغيبات ، كما كان لعمر بن لحي رَئى من الجن - وهو أول من بَحَرَ(٦) البحائر(٧) وسَيَّب(٨) السوائب(٩) وغير دين إسماعيل عليه السلام ، وعند الحكماء : أنّ النفوس ما يقوى على الإطلاع على ما سيكون من الأمور ، فإن كانت خير فاضله فتلك نفوس الأنبياء والأولياء ، وإن كانت شريره فهى نفوس الكهنة »(١٠) .

قال المحقق الثانى : « رَئى بوزن كَمَى ، وهو التابع للإنسان يتراءى له ، أى هو موضع رأيه ، وقد تكسر راؤه اتباعاً لما بعدها . ثم نقل كلام ابن الأثير الذى سبق عن النهايه ثم قال : ومثله فى الفائق(١١) »(١٢) .

ص : ٧٨

- 
- ١- (١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ .
  - ٢- (٢) نهايه الأحكام ٢ / ٤٧٢ .
  - ٣- (٣) القواعد ٢ / ٩ .
  - ٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦١ .
  - ٥- (٥) التحرير ٢ / ٢٦٠ .
  - ٦- (٦) بَحَرَ : أى شَقَّ .
  - ٧- (٧) البحائر جمع البحيره : فهى الناقه شَقَّ أُذُنَهَا .
  - ٨- (٨) سَيَّبَه : تركه يسيب وأهمله .
  - ٩- (٩) السوائب والسَيَّب جمع السائبه : وهى الناقه التى كانت تُسَيَّب فى الجاهليه لنذر ونحوه أو لأنّها ولدت عشره أبطن كلّها أناث ، فكانت لا تُركب ولا يُشرب لبنها إلا ولدها أو الضيف ولا تمنع عن ماء ولا كِلاء حتى تموت .
  - ١٠- (١٠) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .
  - ١١- (١١) الفائق ٢ / ٢٢ .
  - ١٢- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٣١ .

وقال الشهيد الثاني : « الكهانه : هي - بكسر الكاف - عمل يوجب طاعه بعض الجنّ له واتباعه له ، بحيث يأتيه بالأخبار الغائبه . وهو قريب من السحر» (١) .

ونحوها في الروضه البهيه (٢) .

وقال المحقق الأردبيلي : « قيل : الكهانه - بالكسر - قريب من السحر ، قال فيه أيضاً : الكاهن : هو الذى له رثي من الجن يأتيه بالأخبار ، يقتل أيضاً إلا أن يتوب ويحرم عليه أخذ الأجره ... ثم قال : لعله يريد قتل المستحلّ والذى لم يتب ... » (٣) .

وقال الشيخ جعفر : « (الكاهن هو الذى له رثي) - ككمي - تابع للإنسان يتراى له أو متبوع له يتبع رأيه (من الجن يأتيه بالأخبار) أو من تنكشف له بعض الأمور لشراره نفسه كما تنكشف لبعض الأولياء لطهاره ذاته ، والأول أظهر وأشهر . وأما ملائكه الله فلا ربط معهم لغير أولياء الله» (٤) .

وقال سيد الرياض : « الكهانه - بكسر الكاف - قالوا : هي عمل يوجب طاعه بعض الجنّ له فيما يأمره به ، وهو قريب من السحر أو أخص منه» (٥) .

أقول : قد استعملت لفظه « كاهن » في القرآن الكريم مرتين في قوله تعالى : «فَدَكَّرْ فَمَا أَنْتَ بِنِعْمَتِ رَبِّكَ بِكَاهِنٍ وَلَا مَجْنُونٍ» (٦) وفي قوله تعالى : «إِنَّهُ لَقَوْلُ رَسُولٍ كَرِيمٍ \* وَمَا هُوَ بِقَوْلِ شَاعِرٍ قَلِيلًا \* مَا تُؤْمِنُونَ \* وَلَا بِقَوْلِ كَاهِنٍ قَلِيلًا \* مَا تَدْكُرُونَ \* تَنْزِيلٌ مِّن رَّبِّ الْعَالَمِينَ» (٧) .

والوجه في هذا الاستعمال أنّ الكهنة في كلامهم لجهه انجذاب الناس البسطاء استعملوا

ص : ٧٩

١- (١) المسالك ٣ / ١٢٨ .

٢- (٢) الروضه البهيه ٣ / ٢١٥ .

٣- (٣) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٧٩ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / (٢٥٤ - ٢٥٢) .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦٧ .

٦- (٦) سوره الطور / ٢٩ .

٧- (٧) سوره الحاقه / (٤٣ - ٤٠) .

السجع كثيراً ، بل كانوا يستعملون السجع في الألفاظ بلا وجود معنى فيها ، كما يظهر من بعض أهل اللغة (١) . ولذا قال الله سبحانه في الآيتين بأن القرآن الكريم ليس بقول كاهن وليس رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بكاهن أيضاً .

وأما أصل الكهانة وأنها ما هي ؟ فأحسن بيان فيها هو كلام مولانا الصادق عليه السلام حيث يقول - على ما روى أبو منصور الطبرسي مرسلاً في الإحتجاج - في جواب الزنديق حيث سأل : فمن أين أصل الكهانة ومن أين يخبر الناس بما يحدث ؟ قال : إن الكهانة كانت في الجاهلية في كل حين فتره من الرسل ، كان الكاهن بمنزلة الحاكم يحتكمون إليه فيما يشتهه عليهم من الأمور بينهم فيخبرهم عن أشياء تحدث وذلك من وجوه شتى : فراسه العين ، وذكاء القلب ، ووسوسة النفس ، وفتنه الروح مع قذف في قلبه ، لأن ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهرة ، فذلك يعلم الشيطان ويؤديه إلى الكاهن ويخبره بما يحدث في المنازل والأطراف .

وأما أخبار السماء : فإن الشياطين كانت تعقد مقاعد استراق السمع إذ ذاك ، وهي لا تحجب ولا ترجم بالنجوم ، وإنما منعت من استراق السمع لثلاث - يقع في الأرض سبب تشاكل الوحي من خبر السماء ، فيلبس على أهل الأرض ما جاءهم عن الله ، لإثبات الحجة ونفي الشبهة ، وكان الشيطان يسترق الكلمه الواحده من خبر السماء بما يحدث من الله في خلقه فيختطفها ، ثم يهبط بها إلى الأرض فيقذفها إلى الكاهن فإذا قد زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل ، فما أصاب الكاهن من خبر ممّا كان يخبر به فهو ما أداه إليه الشيطان لما سمعه وما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه ، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانة ، واليوم إنما تؤدي الشياطين إلى كهانها أخباراً للناس بما يتحدثون به وما يحدثونه ، والشياطين تؤدي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث من سارق سرق ومن قاتل قتل ومن غائب غاب ، وهم بمنزلة الناس أيضاً ، صدوق وكذوب ، الحديث (٢)

ص: ٨٠

١- (١) نحو ابن الأثير في النهاية ٤ / ٢١٥ وابن منظور في لسان العرب ١٣ / ٣٦٣ .

٢- (٢) الإحتجاج ٢ / ٣٣٩ .

ويؤيد هذا الحديث الشريف القرآن الكريم في آيات سورة الجن حيث ورد فيه : «وَأَنَّهُ كَانَ رِجَالٌ مِّنَ الْإِنسِ يَعُوذُونَ بِرِجَالٍ مِّنَ الْجِنِّ فَزَادُوهُمْ رَهَقًا \* وَأَنَّهُمْ ظَنُّوا كَمَا ظَنَنْتُمْ أَن لَّن يَبْعَثَ اللَّهُ أَحَدًا \* وَأَنَا لَمَسِيَنَا السَّمَاءَ فَوَجَدْنَاهَا مَلْتًا حَرَسًا شَدِيدًا وَشُهْبًا \* وَأَنَا كُنَّا نَقْعُدُ مِنْهَا مَقَاعِدَ لِلسَّمْعِ فَمَن يَسْمِعَ الْآنَ يَجِدْ لَهُ شِهَابًا رَّصَدًا \* وَأَنَا لَا نَدْرِي أَشَرٌّ أُرِيدَ بِمَن فِي الْأَرْضِ أَمْ أَرَادَ بِهِمْ رَبُّهُمْ رَشَدًا \* وَأَنَا مِنَّا الصَّالِحُونَ وَمِنَّا دُونَ ذَلِكَ كُنَّا طَرَائِقَ قِدَدًا» (١).

وورد في تفسيرها معتبره بل صحيحه زواره قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله : «وَأَنَّهُ كَانَ رِجَالٌ مِّنَ الْإِنسِ يَعُوذُونَ بِرِجَالٍ مِّنَ الْجِنِّ فَزَادُوهُمْ رَهَقًا» قال : كان الجن ينزلون على قوم من الإنس يعوذون برجال من الجن . فزادوهم رَهَقًا ، قال : كان الرجل ينطلق إلى الكاهن الذي يوحى إليه الشيطان ، فيقول : قل لشيطانك : فلان قد عاذ بك (٢).

ويثبت وجود الكهنة في العرب خبر أبي جهم عن أبي طالب عن عبد المطلب قال : بينا أنا نائم في الحجر إذ رأيت رؤيا هالتي فأتيت كاهنه قريش ، الحديث (٣).

وخبر ابن عباس عن والده أنه أتى كاهنه بنى مخزوم في رؤياه في حق أخيه عبد الله والد النبي صلى الله عليه وآله وسلم (٤).

وقد ورد في خبر أبي حازم أنه قال : قدم كاهن مكة ورسول الله ابن خمس سنين ... فقال : يا معشر قريش اقتلوا هذا الصبي ... (٥).

ولا يضر بإثبات وجود الكهنة ضعف سند الروايات ، لأنّ متنها ليس من الأحكام الشرعية .

وورد في خبر أبان بل معتبرته عن الصادق عليه السلام في ذكر عجائب ليله ولاده

ص: ٨١

١- (١) سورة الجن / (١١ - ٦) .

٢- (٢) تفسير القمي ٢ / ٣٨٩ ونقل عنه في البرهان في تفسير القرآن ٥ / ٥٠٧ ح ١ .

٣- (٣) أمالي الصدوق . المجلس الخامس والأربعون ح ١ / ٣٣٤ الرقم ٣٩١ .

٤- (٤) أمالي الصدوق . المجلس الخامس والأربعون ح ٢ / ٣٣٥ الرقم ٣٩٢ .

٥- (٥) بحار الأنوار ١٥ / ٤٠٢ .

النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال فى حديث : وأنتزع علم الكهنة ، وبطل سحر السحره ، ولم تثبق كاهنه فى العرب إلا حجبث  
عن صاحبها ، الحديث (١) .

وظاهر هذه الروايه أن أخبار السماء انقطعت عن الكهنة ورثيهم بولاده النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، ولكن قبل ولاده النبى  
كان يمكن استراق سمع أخبار السماء لبعض الشياطين ، ومن الواضح أنهم من الأجنه ، ويدل عليه قوله تعالى : «وَلَقَدْ جَعَلْنَا فِي  
السَّمَاءِ بُرُوجًا وَزَيَّنَّاهَا لِلنَّاظِرِينَ \* وَحَفِظْنَاهَا مِنْ كُلِّ شَيْطَانٍ رَجِيمٍ \* إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ مُبِينٌ» (٢) .

وعن ابن عباس فى تفسير قوله تعالى : «إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ» كان فى الجاهليه كهنة ومع كل واحد شيطان ، وكان يعقد من  
السماء مقاعد للسمع ، فيستمع من الملائكة ما هو كائن فى الأرض ، فينزل ويخبر به الكاهن ، فيفشي الكاهن إلى الناس (٣) .

وفى مرسله القاضى نعمان المصرى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : كنا مع رسول الله  
صلى الله عليه وآله وسلم ذات ليلة إذ رمى نجم فاستنار ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للقوم : ما كنتم تقولون فى  
الجاهليه إذا رأيتم مثل هذا ؟ قالوا : كنا نقول : مات عظيم وولد عظيم . قال : فإنه لا يرمى لموت أحد ولا لحياه أحد ، ولكن ربنا  
إذا قضى أمراً سبّح حمله العرش وقالوا : قضى ربنا بكذا ، فتسمع ذلك أهل السماء التى تليهم فيقولون ذلك ، حتى يبلغ ذلك  
إلى السماء الدنيا فيسرق الشياطين السمع ، فربما اعتقلوا شيئاً فأتوا به الكهنة فيزيدون وينقصون فتخطىء الكهنة وتصيب ، ثم إن  
الله عز وجل منع السماء بهذه النجوم فانقطعت الكهانه فلا كهانه ، وتلا جعفر بن محمد عليه السلام : «إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَأَتْبَعَهُ  
شِهَابٌ مُبِينٌ» (٤) وقوله عز وجل : «وَأَنَّا كُنَّا نَقْعُدُ مِنْهَا مَقَاعِدَ لِلسَّمْعِ فَمَنْ يَسْمَعِ الْآنَ يَجِدْ لَهُ شِهَابًا

ص : ٨٢

١- (١) أمالى الصدوق . المجلس الثامن والأربعون ح ١ / ٣٦١ الرقم ٤٤٤ .

٢- (٢) سورة الحجر / (١٨ - ١٦) .

٣- (٣) مجمع البيان ٣ / ٣٣٢ .

٤- (٤) سورة الحجر / ١٨ .

والحاصل ، أنّ الكهانه كانت موجوده فى جاهليه العرب ويخبر الشيطان الذى من الجن - الرئى - الكاهن وهو يخبر الناس بالأخبار الغيبية ، ولكن لما ولد النبى صلى الله عليه وآله وسلم منع الشياطين عن استراق سمع أخبار السماء تمهيداً لمبعثه صلى الله عليه وآله وسلم .

والعجب من الشريف المرتضى قدس سره حيث أنكر الكهانه ووجود الكهان وقال : « إنّما وردت به أخبار شاذه ضعيفه سخيّفه لا توجب علماً ولا ظناً ، وما يرد هذا المورد لا يلتفت عليه ، فضلاً عن أن يصدق به والكهانه غير مستنده إلى أصل ولا لها طريق فى مثله شبهه ... إلى أن قال : ولو كانت الكهانه صحيحه ، إما باستراق السمع الذى قيل أو غيره من التخمين والترجيم لما كان الخبر عن الغيوب معجزاً ولاخارقاً للعاده ولا دالاً على نبوه وقد علمنا خلاف ذلك»(٣) .

وقد قسّم المحقق الخوئى قدس سره الكهانه على قسمين :

« الأوّل : أن يخبر الكاهن عن الحوادث المستقبله لاتصاله بالشياطين القاعدين مقاعد استراق السمع من السماء ، فيطلعون على أسرارها ثم يرجعون إلى أوليائهم لكى يؤدوها إليهم .

الثانى : أن يخبر الكاهن عن الكائنات الأرضيه والحوادث السفليه لاتصاله بطائفه من الجن والشياطين التى تلقى إليه الأخبار الرجعه إلى الحوادث الأرضيه فقط ، لأنّ الشياطين قد منعت عن الإطلاع إلى السماء وأخبارها بعد بعثه النبى صلى الله عليه وآله وسلم»(٤) .

وبالجملة ، الكهانه بالمعنى الأوّل قد انقطعت لعدم إمكان استراق سمع أخبار السماء بعد ولاده النبى صلى الله عليه وآله وسلم توطئه للبعثه وأما الكهانه بالمعنى الثانى باقيه ، ويمكن أن يُعَبَّر عنها بنحو

ص: ٨٣

١- (١) سورة الجن / ٩ .

٢- (٢) دعائم الإسلام ٢ / ١٤٢ ح ٤٩٨ ونقله عنه فى بحار الأنوار ٦٠ / ٢٨٠ ح ١٦٨ (٢٤ / ٤٠٨) ومستدرک الوسائل ١٣ / ١١٠ ح ٤ .

٣- (٣) رسائل الشريف المرتضى ١ / ٤٧١ فى جوابات المسائل الطرابلسيات الثالثه .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤١٦ .



ارتباط مع الأجنه للكاهن بحيث يخبرونه عمّا وقع في الأرض من الحوادث والوقائع فيما مضى . وأمّا الإخبار عمّا يأتي من الحوادث والأمور المستقبله فلا يتمكن منها الجان لانسداد أبواب السماء بالنسبه إليهم بعد مولد النبي صلى الله عليه وآله وسلم تمهيداً لبعثته صلى الله عليه وآله وسلم ، فلا يخبر الكاهن اليوم بالنسبه إلى المستقبل ولكن يمكن له أن يخبر عمّا مضى . ولا بدّ أن يحمل كلام الشريف المرتضى قدس سره على القسم الأوّل من الكهانه أى بالنسبه إلى الأمور المستقبله بعد بعثه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وإن كان ظاهر كلامه لا يوافق ، حملاً لكلام الأعظم على الصحه مهما أمكن .

هذا تمام الكلام بالنسبه إلى موضوع الكهانه ، والله سبحانه هو العالم .

### أدله حرمة الكهانه

قد أفتى الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم بحرمتها :

منهم : الشيخ في النهايه (١) والعلامه في كتبه القواعد (٢) والتحرير (٣) والتذكره (٤) والنهايه (٥) والإرشاد (٦) والفاضل المقداد في التنقيح (٧) والمحقق الكركي في جامع المقاصد (٨) وثاني الشهيدين في المسالك (٩) والروضه (١٠) ، ونفى الخلاف عن حرمتها الأردبيلي في مجمع الفائده (١١) والسبزواري في الكفايه (١٢) ، وادعى الإجماع على حرمة الفاضل القيطي في إيضاح

ص: ٨٤

- ١- (١) النهايه / ٣٦٦ .
- ٢- (٢) القواعد ٢ / ٩ .
- ٣- (٣) التحرير ٢ / ٢٦١ .
- ٤- (٤) التذكره ١٢ / ١٤٥ .
- ٥- (٥) نهايه الأحكام ٢ / ٤٧٢ .
- ٦- (٦) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .
- ٧- (٧) التنقيح الرائع ٢ / ١٣ .
- ٨- (٨) جامع المقاصد ٤ / ٣١ .
- ٩- (٩) المسالك ٣ / ١٢٨ .
- ١٠- (١٠) الروضه البهيه ٣ / ٢١٥ .
- ١١- (١١) مجمع الفائده ٨ / ٧٩ .
- ١٢- (١٢) كفايه الأحكام ١ / ٤٤٠ .

النافع (١) والشيخ جعفر في شرح القواعد (٢) وسيد الرياض (٣) والفاضل النراقي في المستند (٤) ، ونفى صاحب الجواهر (٥) الريب في حرمتها ، والشيخ الأعظم قال : « فلا خلاف في حرمة الكهانه » (٦) .

وتدلّ على حرمتها عدّه من الروايات :

منها : خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من تكهّن أو تُكّهّن له فقد برىء من دين محمد صلى الله عليه وآله وسلم ، الحديث (٧) .

ومنها : خبر مناهى النبي أنّه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن إتيان العزّاف وقال : من أتاه صدّقه فقد برىء ممّا أنزل الله عزّ وجلّ على محمد صلى الله عليه وآله وسلم (٨) .

أقول : قد مضى نقل كلام ابن الأثير حيث يقول : « ومنهم (أى من الكهنة) من كان يزعم أنّه يعرف الأمور بمقدمات أسباب يَسْتَدِلُّ بها على مواقعها من كلام من يسأله أو فعله أو حاله ، وهذا يُخْصُّونه باسم العزّاف ، كالذى يدّعى معرفه الشىء المسروق ومكان الضّالّه ونحوهما ... » (٩) .

وقال الراغب في مفرداته : « العزّاف كالكاهن إلّا أنّ العزّاف يختصّ بمن يُخْبِرُ بالأحوال المستقبله والكاهن بمن يخبر عن الأحوال الماضيه » (١٠) .

ص : ٨٥

- ١- (١) إيضاح النافع / ونقل عنه في شرح القواعد ١ / ٢٥٢ .
- ٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٥١ .
- ٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٦٧ .
- ٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١١٦ .
- ٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٩١ .
- ٦- (٦) المكاسب ٢ / ٣٧ .
- ٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٩ ح ٢ . الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به .
- ٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٤٩ ح ١ .
- ٩- (٩) النهايه ٤ / ٢١٤ .
- ١٠- (١٠) مفردات القرآن / ٣٤٣ .

وذكر ابن منظور في لسان العرب (١) كلام ابن الأثير في النهايه .

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصرى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : من جاء عزافاً فسأله وصدّقه بما قال ، فقد كفر بما أنزل الله على محمد صلى الله عليه وآله وسلم ، الحديث (٢) .

ومنها : مرسله جعفر بن أحمد القمى عن عطاء عن عبد الله بن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يدخل الجنه عاقق ، ولا قاطع رحم ، ولا مدمن خمر ، ولا مؤمن بسحر ، ولا قنات ، ولا ممان ، ولا ديوث ولا كاهن ، ومن مشى إلى كاهن فصدّقه بما يقول ، فقد برىء مما أنزل الله على محمد صلى الله عليه وآله وسلم .

فقال عطاء : سألته عن القنات والديوث ، فقال : أما القنات : فالذى يسعى بصاحبه إلى السلطان ، فيهلك نفسه وأخاه وسلطانه ، والديوث . الذى يجلب على حليلته الرجال (٣) .

ومنها : خبر أبى سعيد هاشم عن أبى عبد الله عليه السلام قال : أربعه لا يدخلون الجنه : الكاهن ، والمنافق ، ومُيَدَمِن ، الخمر ، والقنات وهو التمام (٤) .

والروايه ضعيفه السند بأبى سعيد المكارى ، وهو هاشم بن حيان ، قال النجاشى فى شأنه : « أبو سعيد المكارى روى عن أبى عبد الله عليه السلام ، له كتاب يرويه جماعه » (٥) وقال فى ترجمه ابنه الحسين : « إنه كان هو وأبوه وجهين فى الواقفه ، وكان الحسين ثقّه فى حديثه ، ذكره أبو عمرو الكشى فى جملة الواقفه وذكر فيه ذموماً » (٦) وضعفه المامقانى فى نتائج التنقيح وقال : « ضعيف على الأقوى » (٧) .

ص : ٨٦

١- (١) لسان العرب ١٣ / ٣٦٣ .

٢- (٢) دعائم الإسلام ٢ / ٤٨٣ ح ١٧٣٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٠ ح ٣ .

٣- (٣) الأعمال المانعه من الجنه المطبوع ضمن جامع الأحاديث / ٢٨٢ ونقل عنه باختلاف فى مستدرک الوسائل ١٣ / ١١١ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٩ ح ١١ . الباب ١٦٤ من أبواب أحكام العشره .

٥- (٥) رجال النجاشى / ٤٣٦ الرقم ١١٦٩ وذكره فى / ٤٦٠ الرقم ١٢٦٠ .

٦- (٦) رجال النجاشى / ٣٨ الرقم ٧٨ .

٧- (٧) نتائج التنقيح / ١٦٢ الرقم ١٢٧٧١ .

ومنها : مرسله القطب الراوندى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : من صدق كاهناً فقد كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله وسلم (١).

ومنها : خبر عقبه بن بشير الأسدى قال : دخلت على أبى جعفر عليه السلام فقلت له : إئتى فى الحسب الضخم من قومى ، وإن قومى كان لهم عزيف فهلك فأرادوا أن يعرّفونى عليهم ، فماترى لى ؟ فقال أبو جعفر عليه السلام : تمّن علينا بحسبك ! إن الله رفع بالإيمان من كان الناس يسمّونه وضيعاً إذا كان مؤمناً ، ووضع بالكفر من كان يسمّونه شريفاً إذا كان كافراً ، وليس لأحد على أحد فضل إلا بتقوى الله ، وأما قولك : إن قومى كان لهم عزيف فهلك فأرادوا أن يعرّفونى عليهم ، فإن كنت تكره الجنه وتبغضها فتعرّف على قومك ، يأخذ السلطان جائز بأمرى ء مسلم يسفك دمه فتشركهم فى دمه وعسى أن لا تنال من دنياهم شيئاً (٢).

ومنها : خبر نوف البكالى عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : يا نوف إقبل وصيتى : لا تكونن نقيباً ولا عزيفاً ولا عشاراً ولا بريداً (٣).

ومنها : مرسله الرضى عن نوف البكالى قال : رأيت أمير المؤمنين عليه السلام ذات ليله وقد خرج من فراشه فنظر فى النجوم فقال : يا نوف إن داود عليه السلام قام فى مثل هذه الساعه من الليل فقال : إنّها ساعه لا يدعو فيها عبد إلا استجيب له إلا أن يكون عشاراً أو عزيفاً أو شرطياً ، الحديث (٤).

ومنها : خبر أبى خالد الكابلى عن على بن الحسين عليه السلام أنّه قال فى حديث : والذنوب التى تظلم الهواء : السحر ، والكهانه ، والإيمان ، بالنجوم ، والتكذيب بالقدر ، وعقوق الوالدين ، الحديث (٥).

ومنها : مرسله ابن إدريس نقلاً عن كتاب المشيخه للحسن بن محبوب عن الهيثم قال :

ص : ٨٧

- ١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٢ ح ٨ .
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٢ ح ١١ .
- ٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٢ ح ١٠ .
- ٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٢ ح ٩ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٨١ ح ٨ . الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهى .

قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عندنا بالجزيره رجلاً ربّما أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك فنسأله ، فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذّاب يصدّقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب (١).

والعجب من الشيخ الأعمش حيث عبّر عنها بالصحيحه (٢) مع أنّ ابن إدريس لم يذكر سنده إلى كتاب المشيخه للحسن بن محبوب ، فلذا صارت الروايه مرسله سنداً .

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : السحت ثمن الميتة ، وثمان الكلب ، وثمان الخمر ، ومهر البغي ، والرشوه في الحكم ، وأجر الكاهن (٣) .

ومنها : مرسله المحقق والعلامة والشهيد عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : من صدّق كاهناً أو منجماً فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله وسلم (٤) .

وقد ورد بأنّ أجر الكاهن من السحت في عدّه من الروايات الأخر ، نحو : مرسله الصدوق أو مضمّرتّه (٥) وخبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعليّ عليه السلام (٦) وخبر ابن الأشعث في الجعفریات (٧) وخبر كتاب جعفر بن محمد بن شريح الحضرمي عن عبد الله بن طلحه (٨) .

ودلاله هذه الروايات على حرمة عمل الكاهن والرجوع إليه والعمل على طبق قوله وأخذه الأجره على الكهانه واضحه . والنسبه بينها وبين التسخير بالنسبه إلى الأجنه عموم وخصوص مطلق يعني كلّ كهانهٍ تسخير وليس كلّ تسخيرٍ بكهانه ، والكهانه قسم خاص من التسخير ، فالكهانه حرام بدليل الروايات الماضيه ، ولكن التسخير الذي يكون غير الكهانه فلا بأس به كما مرّ منّا في بحث السحر ، والله سبحانه هو العالم .

ص: ٨٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٠ ح ٣ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ٣٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٣ ح ٥ . الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٤٤ ح ١١ . الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٤ ح ٨ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٤ ح ٩ .

٧- (٧) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٠ ح ١ ، و ١٣ / ٦٩ ح ١ .

٨- (٨) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١١ ح ٦ ، و ١٣ / ٧١ ح ٦ .

عدّ الفيض في المفاتيح من المعاصي المنصوص عليها « الإخبار عن الغائبات عن البتّ لغير نبيّ أو وصي نبيّ سواء كان بالتنجيم أو الكهانة أو القيافة أو غير ذلك - ثم ذكر أخباراً داله على تحريم الكهانة والتنجيم ، ثم قال : وإن كان الإخبار على سبيل التفاوض من دون جزم فالظاهر جوازه ، لأنّ أصل هذه العلوم حقّ ولكن الإحاطة بها لا يتيسّر لكل أحدٍ والحكم بها لا يوافق المصلحة»(١) .

أقول : الإخبار عن الأمور المستقبلية ، إن كان المُخبر شاكاً في وقوعها ولكن أخبر بها على سبيل الجزم والبتّ بوقوع المخبر به في الخارج فهو كاذب في إخباره ، وإن صادف الواقع اتفاقاً يكون المخبر متجربياً .

وأما إذا كان المخبر جازماً في وقوع ما يخبر به فلا وجه لحرمة ، لخروجه عن الكذب والقول بغير علم موضوعاً وحكماً . بلا فرق فيما ذكرنا بين سبب الإخبار من الكهانة والتنجيم والقيافة والرمل والجفر والفال ونحوها .

والروايات لا تنافي ما ذكرناه ، ظاهراً والله سبحانه هو العالم .

#### خاتمة : حدّ الكهانة

قال العلامة : « يُقتل ما لم يتب»(٢) .

وقال الأردبيلي : « لعله يريد قتل المستحلّ والذي لم يتب ، وإنّه لا خلاف فيه أيضاً فلا يضر أيضاً ، عدم صحه السند»(٣) .

وقال الشيخ جعفر : « وهو (أى الكاهن) كالمساحر (يقتل ما لم يتب) بل أشدّ منه ، حيث أنّ حدّه لا يتوقف على الاستحلال كما يظهر من كلامه ، وظاهر الأخبار تشبيهه

ص : ٨٩

١- (١) مفاتيح الشرائع ٢ / ٢٤ و ٢٣ .

٢- (٢) تذكّره الفقهاء ١٢ / ١٤٥ - القواعد ٢ / ٩ - التحرير ٢ / ٢٦١ .

٣- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٧٩ .

بالساحر والساحر كافر ، ومساواتهما فى الحكم بردّ حكم السحر إليه أو ردّ حكمه إلى السحر أقرب إلى التحقيق وعدم اشتراط الاستحلال فى استحقاق القتل بهما أوفق بالدليل»(١).

وقال السيد العاملى : « وأما أنه يقتل ما لم يتب ففى مجمع البرهان لا خلاف فيه ، وكذا المستحلّ ، بل هو أولى ، والحكم معلومٌ وإن كان المصرّح به قليلاً»(٢).

أقول : قد مرّ منّا أنّ حدّ ساحر المسلمين هو القتل ، والروايه المعتبره شبّهت الكاهن بالساحر ، فصار حدّ كاهن المسلمين قتلاً أيضاً . بلا فرق بين المستحلّ وغيره كما مرّ عن الشيخ جعفر قدس سره ، وأما الروايه :

فهى معتبره أو صحيحه نصر بن قابوس قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : المنجم ملعون ، والكاهن ملعون ، والساحر ملعون ، والمغنيّه ملعونه ، ومن آواها وأكل كسبها ملعون . وقال عليه السلام : المنجم كالكاهن ، والكاهن كالساحر ، والساحر كالكافر ، والكافر فى النار(٣).

وقال الصدوق فى ذيلها : المنجم الملعون هو الذى يقول بقدم الفلك ، ولا يقول بمفلكه وخالفه عزّ وجلّ(٤).

سند الروايه معتبر بل صحيح ، لأنّ المراد بالحسن بن على الكوفى هو الحسن بن على النعمانى الكوفى الثقه الثبت . وأما إسحاق بن إبراهيم ونصر بن قابوس فكلاهما ثقتان على الأقوى ، فالسند صحيح .

وأما دلالتها على تشابه حدّ الكاهن والساحر فواضح ، وأما المنجم مع توضيح الصدوق أيضاً فمشارك معهما فى الحدّ .

نعم ، حيث أنّ الأصحاب قيدوا الحكم بعدم ورود التوبه ، ولكن الدليل مطلق ، نأخذ بالقيّد . لأنّ الحدود تدرء بالشبهات(٥).

ص : ٩٠

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٥٥ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٤٢ .

٣- (٣) الخصال ١ / ٢٩٧ ح ٦٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٤٣ ح ٧ و ٨ . الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) الخصال ١ / ٢٩٨ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٨ / ٤٧ ح ٤ . الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود .

وتدلّ على حدّ القتل للساحر معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ساحر المسلمين يُقتل وساحر الكفار لا- يُقتل ، فقيل : يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولم لا يقتل ساحر الكفار ؟ قال : لأنّ الكفر أعظم من السحر ولأنّ السحر والشرك مقرونان(١) .

فعليه حد القتل مختص بساحر المسلمين وكاهنهم ، والله سبحانه هو العالم .

ص: ٩١

---

١- (١) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٦٥ ح ١ . الباب ١ من أبواب بقيه الحدود .



## هل اللهو مطلقاً حرام ؟

## تعريف اللهو واللعب واللغو

قبل الورود في البحث عن اللهو لابد من التنبيه على معانى لغات ثلاث لتعيين الموضوع ، وهى : اللهو ، واللعب ، واللغو .

أمّا اللهو فقد قال ابن الأثير « اللهو : اللعب ، يقال : لَهَوْتُ بالشىء أَلْهُو لَهْوًا ، وتَلَهَّيْتُ به إذا لَعِبْتَ به وتشَاغَلْتَ وَغَفَلْتَ به عن غيره . وألْهَاهُ عن كَذَا أى شَغَلَهُ» (١).

وقال ابن منظور : « اللهو : ما لَهَوْتَ به ولعبت به وشغلك من هوى وطرب ونحوهما» (٢) . ثم ذكر كلام ابن الأثير فى طى كلامه .

وقال الراغب : « اللهو : ما يشغل الإنسان عما يعنيه ويهيمه ، يقال : لهوت بكذا ولهيت عن كذا : اشتغلت عنه بلهو ... » (٣) .

وقال الفيومى : « أصل اللهو : التزويج عن النفس بما لا تقتضيه الحكمة» (٤) .

وأما اللعب فقد قال ابن منظور : « اللَّعِبُ وَاللَّعْبُ : ضد الجِدِّ» (٥) .

وقال الراغب : « لعب : أصل الكلمه اللُّعَابُ وهو البزاق السائل ، وقد لَعَبَ يَلْعَبُ لَعْبًا : سأل لُعَابُهُ ، وَلَعِبَ فلانٌ إذا كان فِعْلُهُ غيرَ قاصِدٍ به مَقْصِدًا صحيحًا يَلْعَبُ لَعْبًا ... » (٦) .

وأما اللغو فقد قال أحمد بن فارس : « لغو : اللام والغين والحرف المعتل أصلان

ص: ٩٢

١- (١) النهاية ٤ / ٢٨٢ .

٢- (٢) لسان العرب ١٥ / ٢٥٨ .

٣- (٣) مفردات القرآن / ٤٧٥ .

٤- (٤) المصباح المنير / ٥٥٩ .

٥- (٥) لسان العرب ١ / ٧٣٩ .

٦- (٦) مفردات القرآن / ٤٧١ .

صحيحان أحدهما : يدلّ على الشيء لا يعتدّ به ، والآخر على اللّهج بالشيء - إلى أن قال - ويقال : إنّ اشتقاق اللغه منه ، أى يَلْهَجُ صاحبُها بها»(١).

وقال فى النهايه : « يُقال : لغا الإنسان يَلْغُو وَلَغَى يَلْغَى وَلَغَى يَلْغَى : إذا تكلّم بالمطرح من القول وما لا- يعنى ، وألغى : إذا أسقَطَ»(٢).

وقال فى لسان العرب : « اللّغو واللّغا : السَّقَط وما لا يُعتدّ به من كلام وغيره ولا يُحصَل منه على فائده ولا نفع»(٣).

وقال فى المفردات : « اللّغو من الكلام ما لا- يُعتدّ به ، وهو الذى يُورَدُ لا- عن رَوِيهِ وَفِكْرٍ ، فيجرى مجرى اللّغا ، وهو صوت العصافير ونحوها من الطيور ... وقد يُسمّى كلُّ كلامٍ قبيحٍ لَغْواً»(٤).

قال السيد نور الدين بن نعمه الله الجزائرى فى فروق اللغات : « اللهو : ما يُشغَل الإنسان عما يعنيه ويهمّه . واللعب : طلب المرح بما لا يحسن أن يطلب به ، قيل : واشتقاقه اللعب ، وهو المرور على غير استواء ، كلعاب الطفل»(٥).

وقال المحقق الإيروانى فى الفرق بينها : « ثمّ الظاهر أنّ بين اللهو واللعب واللغو عموم من وجه ، فاللهو فعل النفس واشتغالها باللذائذ الشهويه بلا قصد غايه ، وإن كانت الغايه حاصله سواء صدرت حركه جوارحيه من الشخص أو لا ، كما فى إستماع آلات الأغاني ، قال الله تعالى : « وَهُمْ» فى خوضهم «يَلْعَبُونَ \* لَأَهِيَّ قُلُوبُهُمْ»(٦).

واللعب : هو العمد إلى حركات جوارحيه لغايه الالتذاذ بها بلا قصد غايه أخرى ، وإن كانت الغايه الأخرى حاصله كأكثر أفراد اللعب المترتب عليه غايات عقلايه من فطانه

ص : ٩٣

١- (١) معجم مقاييس اللغه ٥ / ٢٥٥ .

٢- (٢) النهايه ٤ / ٢٥٧ .

٣- (٣) لسان العرب ١٥ / ٢٥٠ .

٤- (٤) مفردات القرآن / ٤٧٢ .

٥- (٥) فروق اللغات / ٢٠٥ .

٦- (٦) سوره الأنبياء / ٢ و ٣ .

النفس وجودتها وجولان الفكر وقوه الأعصاب والعضلات .

واللغو : الحركات الخارجيه الخاليه عن الغايات»(١) .

أقول : تبعه الفقيه السيزوارى فى الجملة(٢) ، ولكن الظاهر عدم تماميه التعريفات الثلاثه ، لأنها غير مستنده إلى العرف واللغه كما يظهر هذا الإشكال من المحقق الأردكانى(٣) أيضاً .

ثمّ الظاهر من اللغه والعرف أنّ اللهو هو من الأفعال الإختياريه للإنسان يشغله عمّا يعنيه ويَهْمُهُ ، ويوجب ترويح نفسه ولذّته ، وهذان غايتان له . ولذا يُطلق على اللذائذ الشهويه أيضاً . وقد يُعبّر عنه بالفارسيه ب- « كيف كردن» .

وأما اللعب : فهو من الأفعال الاختياريه بحيث لا يكون بجهد ، والغرض منه نفس الفعل ولا يقصد به مقصداً وإن كان يمكن أن يترتب عليه أمور اتفاقاً أو غالباً ولكن لا يُقصد ، وهو الذى يُعبّر عنه فى الفارسيه ب- « سرگرمى » أو « بازى كردن» . ولعله أشار إلى ما ذكرناه الشيخ الأعظم(٤) وتبعه شيخنا الأستاذ - مدظله - (٥) .

وأما اللغو : هو كلّ فعل أو قول لم يترتب عليه فائده فى الخارج ولا نفع . ويُعبّر عنه بالفارسيه ب- « بيهوده» .

ومن هنا ظهر أنّ النسبه بين اللغو وصاحبيه التباين ، وأمّا النسبه بين اللهو واللعب عموم وخصوص مطلق ، فإنّ كل لهو لعبٌ ولكن ليس كل لعبٍ بلهوّ .

ويؤيد ما ذكرناه ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال : أول اللهو لعبٌ وآخره حربٌ(٦) .

ص: ٩٤

١- (١) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٤١ .

٢- (٢) مهذب الأحكام ١٦ / ١٥٩ .

٣- (٣) غنيه الطالب ١ / ١٨٢ .

٤- (٤) المكاسب ٢ / ٤٨ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٢٤٩ .

٦- (٦) غرر الحكم ح ٣١٣٢ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٨١ ح ٢٢ .

وهذا الذى يظهر لى بالتأمل فى كلمات أهل اللغه وموارد استعمالها عند العرف .

ثم إنَّ الأصحاب قدس سرهم تعرضوا لحكم اللهو واللعب فى فروع عديده نذكر لك بعضها لمزيد البصيره :

قال الشيخ فى المبسوط : « السفر على أربعة أقسام : واجب مثل الحجِّ والعمره ، وندب مثل الزيارات وما أشبهها ، ومباح مثل تجاره وطلب معيشه وقوت وما أشبهها ، فهذه الأنواع الثلاثة كلُّها يجب فيها التقصير فى الصوم والصلاه . والرابع سفر معصيه مثل باغٍ أو عادٍ أو سعايه أو قطع طريق وما أشبه ذلك من أتباع سلطان جائر فى طاعته مختاراً أو طلب صيد اللهو والبطر ، فإنَّ جميع ذلك لا يجوز فيه التقصير لا فى الصوم ولا فى الصلاه»(١).

وقد أفتى فى النهايه بقبول شهاده من يلعب بالحمام ، وقال : « تقبل شهاده من يلعب بالحمام إذا لم يُعرف منه فسق»(٢).

وعدَّ القاضى ابن البراج من السفر القبيح (أى الحرام) مَنْ طلب الصيد للهو والبطر(٣).

وقال ابن إدريس : « ... فصار سفر الصيد على ثلاثه أضرب ، وكلُّ ضرب منها يخالف الآخر وبيانه ، فصيد اللهو والبطر يجب فيه تمام الصلاه والصوم ، وصيد القوت للعيال والنفس يجب فيه تقصير الصلاه والصوم بالعكس من الأوّل ، وصيد تجاره يجب فيه تمام الصلاه وتقصير الصوم»(٤).

وقال : « يُقبل شهاده المتخذ للحمام غير اللاعب بها والمسابق والمراهن عليها إذا لم يعرف منه فسق» . ثم واستشكل على كلام الشيخ فى نهايته وقال : « وقول شيخنا فى نهايته « وتقبل شهاده من يلعب بالحمام » غير و [ ا ] ضح ، لأنَّه سمّاه لاعباً واللعب بجميع الأشياء قبيح ، فقد صار فاسقاً بلعبه ، فكيف تقبل شهادته»(٥).

ص : ٩٥

١- (١) المبسوط ١ / ١٣٦ .

٢- (٢) النهايه / ٣٢٧ .

٣- (٣) المهذب ١ / ١٠٧ .

٤- (٤) السرائر ١ / ٣٢٧ .

٥- (٥) السرائر ٢ / ١٢٤ .

وقال المحقق : « مسأله : قال علماؤنا اللاهه بسفره كالمتمتزه بصيده بطراً لا يترخص فى صلاته ولا فى صومه ، وقال الشافعى وأبو حنيفه : يترخص . لنا : أنّ اللهو حرام فالسفر له معصيه ، ولأنّ الرخصه لتسهيل الوصول إلى المصلحه ولا- مصلحه فى اللهو ، ويؤيد ذلك روايه زراره عن أبى جعفر عليه السلام ... » (١).

قال العلامه فى القواعد : « الخامس (من شرائط تقصير الصلاه) : إباحه السفر ، فلا يقصّر العاصى به كتابع الجائر والمتصيد لهواً دون المتصيد للقت أو التجاره - على رأى - ... » (٢).

وقال فى النهايه فى حرمه بيع الجاريه المغنيه : « أما التى يطلب بها اللهو فإنّه يحرم بيعها ، لأنّ الرضا عليه السلام ... » (٣).

وقال فى المختلف : « قال أبو الصلاح (٤) : ومن المحرمات الرمى عن قوس الجلاهى ، و الإطلاق ليس بجيد ، بل ينبغى التقييد بطلب اللهو والبطر ، أما لو قصد به الصيد للقت أو للتجاره أو فعل لدفع الخصم أو لغير ذلك ممّا هو مباح فالوجه الإباحه » (٥).

وقال الشهيد : « والصيد لهواً وبطراً معصيه ، فلا ترخص فيه ، ورواه زراره عن الباقر عليه السلام » (٦).

وابن فهد الحللى بعد حكمه بعدم جواز المسابقه فى غير الثلاثه - سواء كان بعوض أو غيره - قال : « عملاً- بعموم النهى عن الرهان فى غير الثلاثه ولأنّها لهو وقداح إلاّ ما خرج بالنص ... » (٧).

ص : ٩٦

١- (١) المعتبر ٢ / ٤٧١ .

٢- (٢) قواعد الأحكام ١ / ٣٢٥ .

٣- (٣) نهايه الإحكام ٢ / ٤٦٩ .

٤- (٤) الكافى ٢٨٢ / .

٥- (٥) مختلف الشيعه ٥ / ١٨ .

٦- (٦) ذكرى الشيعه ٤ / ٣١٤ .

٧- (٧) المهذب البارع ٣ / ٨٢ .

والمحقق الثاني قال في شرائط السفر: «الرابع: كون السفر سائغاً، فالأبق والناشز وتارك وقوف عرفه أو الجمعه مع الوجوب وسالك ما يظن فيه العطب والتمصيد لهواً وتابع الجائر وذو الغايه المحرمه لا يترخصون»(١).

قال سيد الرياض في حرمه المسابقه في غير الثلاثه ولو كانت بغير رهان: «فالممنع أظهر، لحججه الإجماع المنقول، سيما مع التعدد والاعتضاد بالشهره وبما دلّ على حرمه اللهو واللعب، لكون المسابقه في المذكورات منهما بلا تأمل...»(٢).

وفي كتاب الشهادات قوى قول ابن إدريس في عدم مقبوليه شهاده اللاعب بالحمام بقوله: «فلائذ ما دلّ على قبحه (أى قبح اللعب) وورد بدمه من الآيات والروايات أظهر من أن تخفى، فإذا ثبت القبح والذمّ ثبت النهى، إذ لا ذمّ على ما لم ينع عنه اتفاقاً، ولولا شذوذه بحيث كاد أن يعدّ للإجماع مخالفاً لكان المصير إلى قوله ليس بذلك البعيد جداً»(٣).

وقد أفتى بوجوب التمام والصيام لمن كان غرضه من الصيد اللهو جدّنا العلامة التقى صاحب الهدايه في كتاب فتواه(٤). المطبوع أخيراً.

وأنت تجد بعض هذه العبائر صريحه في حرمه اللهو أو اللعب، نحو: كلام ابن إدريس حيث يقول: «واللعب بجميع الأشياء قبيح، فقد صار فاسقاً بلعبه»(٥).

وكلام المحقق حيث يقول: «أنّ اللهو حرام»(٦). وبيان علامه في المختلف(٧) الذى ذكرته آنفاً، وما ذكره ابن فهد الحلبي(٨)، ويظهر من استدلال سيد الرياض أيضاً حرمه اللهو

ص: ٩٧

١- (١) الرساله الجعفرية المطبوعه ضمن رسائل المحقق الكركي ١ / ١٢٣.

٢- (٢) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨.

٣- (٣) رياض المسائل ١٥ / ٢٤٣.

٤- (٤) رساله صلاتيه / ٤١١.

٥- (٥) السرائر ٢ / ١٢٤.

٦- (٦) المعتبر ٢ / ٤٧١.

٧- (٧) راجع مختلف الشيعة ٥ / ١٨.

٨- (٨) المهذب البارع ٣ / ٨٢.

واللعب عنده(١).

نعم ، حرمه الصيد اللهوى ووجوب التمام والصيام فى سفره لا تدلّ على حرمه مطلق اللهو ، وكذا حرمه بيع الجوارى المغنيات لهواً المذكوره فى كلام العلامة فى نهايته(٢).

ومن هنا ظهر عدم تماميه كلام المحقق الإيروانى قدس سره ، حيث يقول : « ليس فى شىء ممّا نقله من العبائر دلالة على حرمه اللهو بقول مطلق عدا عباره المعتبر ... »(٣).

والوجه فيه عدم مراجعته لكلمات الأصحاب فى كتبهم واكتفى بما نقل عنهم الشيخ الأعظم فى مكاسبه كما يظهر ذلك من قوله « ممّا نقله » .

والعمده فى المقام ملاحظه الأدله الوارده فى حرمه اللهو أولاً ثمّ اللعب ثانياً ثمّ اللغو ثالثاً :

### روايات حرمه اللهو

#### أربع طوائف من الروايات

قد يقال بأنّ ظهور الروايات على حرمه اللهو على طوائف أربع :

الأولى : الطائفة الداله على أنّ السفر للصيد اللهوى وجب فيه التمام ، نحو موثقه زواره عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عمّن يخرج عن أهله بالصقوره والبزاه والكلاب يتنزّه الليلتين والثلاثه ، هل يقصّر من صلاته أم لا يقصّر ؟ قال : إنّما خرج فى لهو ، لا يقصّر(٤).

وفيه : غايه ما يُستفاد من الروايه وجوب التمام فى السفر للصيد اللهوى ، وهذا الدليل أعم من المدعى وهو حرمه اللهو ، وقد نُقل هذا البيان عن المحقق البغدادي(٥).

ص: ٩٨

١- (١) رياض المسائل ١٠ / ٢٣٨ و ١٥ / ٢٦٣ .

٢- (٢) نهايه الإحكام ٢ / ٤٦٩ .

٣- (٣) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٣٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٨ / ٤٧٨ ح ١ . الباب ٩ من أبواب صلاه المسافر .

٥- (٥) نقل عنه المحقق الخوئى فى مصباح الفقاهه ١ / ٤٢١ ، والمحقق البغدادي هو السيد محسن الأعرجى المقدس الكاظمى (١٢٢٧ - ١١٣٠) صاحب المحصول فى علم الاصول ووسائل الشيعه إلى أحكام الشريعه فى الفقه الإستدلالي .

والثانيه : الطائفه الداله على أنّ الإشتغال بالماهى من الكبائر ، نحو : معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى كتابه إلى المأمون عدّ فيه من الكبائر : الإشتغال بالماهى والإصرار على الذنوب(١).

وخبر الأعمش عن الصادق عليه السلام فى حديث شرائع الدين عدّ من الكبائر : والماهى التى تصدّ عن ذكر الله عزّ وجلّ مكروهه ، كالغناء وضرب الأوتار والإصرار على صغائر الذنوب(٢).

بتقريب : أنّ الملاهى جمع الملهى مصدرأ أو وصفاً ، لا الملهاه آله ، لأنّه لا يناسب التمثيل بالغناء كما عن الشيخ الأعظم(٣) . فتدلّ على أنّ اللهو مطلقاً من المحرّمات بل من الكبائر .

وفيه : الملاهى جمع الملهاه ، وهى اسم آله ، والشاهد على ذلك تمثيله بضرب الأوتار . وأمّا الغناء فمن أظهر طرق اللهو أيضاً ، ولو لم يكن هذا متعيّناً فلا أقلّ من كونه من المحتمل ، وإذا جاء الاحتمال بطل الإستدلال ، فتصير الروايه مجمله .

مضافاً إلى زياده « الملاهى التى تصدّ عن ذكر الله عزّ وجلّ » فى روايه الأعمش ، فلو فرض عدم وجود هذا القيد فلم يمكن عدّها من الكبائر . مضافاً إلى ضعف سندها .

والثالثه : الطائفه الداله على حرمة استعمال الملاهى والمعازف وآلات الموسيقى وهى روايات متواتره قد سبق ذكرها فى بحث الغناء ، فلا نعيدها فراجعها هناك .

وفيه : إن حرمة الغناء والموسيقى وهذا القسم من اللهو من ضروريات الدين ، وقال المحقق الخوئى : « بحيث يعدّ منكرها خارجاً عن زمره المسلمين »(٤) ، ولكن لا تدلّ على حرمة اللهو مطلقاً .

والرابعه : الطائفه الداله على حرمة اللهو على نحو الإطلاق ، نحو : خبر عبد الله بن على بن على بن موسى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على بن موسى عليه السلام قال : كلّ ما ألهى عن ذكر الله فهو

ص: ٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ٤٤ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤٢٢ .



من الميسر (١).

ومنها : خبر موسى المروزي عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أربعه يفسدن القلب وينبتن النفاق في القلب كما ينبت الماء الشجر : اللهو ، والبذاء ، وإتيان باب السلطان ، وطلب الصيد (٢).

ومنها : مرفوعه على بن إسماعيل قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إركبوا وارموا وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا . ثم قال : كلّ لهو المؤمن باطل إلاّ في ثلاث : في تأديبه الفرس ، ورميه عن قوسه ، وملاعبة امرأته ، فإنهنّ حقّ ، الحديث (٣).

ومنها : ما رواه الكليني بإسناده عنهم عليهم السلام فيما وعظ الله عزّ وجلّ به عيسى عليه السلام في حديث : يا عيسى ... ولا تله فإنّ اللهو يفسد صاحبه ، الحديث (٤).

ومنها : معتبره حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال لقمان لابنه في حديث : وللغافل ثلاث علامات : السهو واللهو والنسيان ، الحديث (٥).

ومنها : خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : لهو المؤمن في ثلاثه أشياء : التمتع بالنساء ومفاكهة الإخوان والصلاه بالليل (٦).

ومنها : مرسله على بن ابراهيم رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : سيكون قوم بيتون وهم على اللهو وشرب الخمر والغناء فينأهم كذلك إذ مسخوا من ليلتهم وأصبحوا قرده وخنازير (٧).

ص: ١٠٠

- 
- ١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٥ ح ١٥ . الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به .
  - ٢- (٢) وسائل الشيعة ٨ / ٤٨١ ح ٩ . الباب ٩ من أبواب صلاه المسافر .
  - ٣- (٣) الكافي ٥ / ٥٠ ح ١٣ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٧٦ ح ٢ ، ونقل عن الكافي في وسائل الشيعة ١٩ / ٢٥٠ ح ٥ مختصراً مع إيراد سند ليس في المصدر .
  - ٤- (٤) الكافي ٨ / ١٣٤ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٧٧ ح ٥ .
  - ٥- (٥) الخصال ١ / ١٢١ ح ١١٣ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٧٨ ح ٨ .
  - ٦- (٦) الخصال ١ / ١٦١ ح ٢١٠ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٧٨ ح ٩ .
  - ٧- (٧) تفسير القمي ١ / ١٨١ ونقل عنه في بحار الأنوار ٧٦ / ٢٤٠ ح ١ (٣١ / ٥٠٣) ونقلت عن البحار في موسوعتي ١٠ / ٨٢ ح

ظاهر هذه الروايات حرمة اللهو مطلقاً ، ولكن الضرورة تقتضى جواز اللهو فى كثير من الموارد ، نحو : المسافره للتفرج ، وبعض الرياضات لأهلها ، ومطالعه بعض القصص والحكايات لأهلها ومثلها . فلا يمكن الأخذ بإطلاق هذه الروايات ، مضافاً إلى ضعف إسناده جميعها . نعم بعض أقسام اللهو حرام قطعاً كما مرّ منّا قسمياً منه فى بحث الغناء . هذا تمام الكلام فى اللهو .

## أما اللعب

قد مضى تعريفه ولم يفت بحرمته إلاّ- ابن إدريس الحلّى فى السرائر(١) وتبعه العلامة وأفتى بحرمه المسابقه على جميع الملاعب(٢) .

وقال سيد الرياض : « فلأنّ ما دلّ على قبحه (أى قبح اللعب) وورد بدمّه من الآيات والروايات أظهر من أن تخفى ، فإذا ثبت القبح والذمّ ثبت النهى ... »(٣) .

وقد ادعى على تحريمه بعض الروايات :

منها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن اللعب بأربعة عشر وشبهها ؟ قال : لا يستحب شيئاً من اللعب غير الرهان والرمى(٤) .

وأنت ترى أنّ دلالتها على الحرمة ممنوعه . قال المحقق الإيروانى : « هى تدلّ على الكراهه »(٥) .

ومنها : معتبره بل صحيحه بكير بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام عن اللعب بالشطرنج ، فقال : إنّ المؤمن لمشغول عن اللعب(٦) .

ص: ١٠١

١- (١) السرائر ٢ / ١٢٤ .

٢- (٢) تذكره الفقهاء ٢ / ٣٥٤ من الطبع الحجرى .

٣- (٣) رياض المسائل ١٥ / ٢٦٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٣١٥ ح ١٤ . الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٥) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٤١ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٢٠ ح ١١ ، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به .

دلالة هذه الرواية أيضاً على الحرمة ممنوعه .

وعلى هذا لم يثبت حرمة اللعب ، مضافاً إلى ورود بعض الروايات بجوازها :

نحو : معتبره غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين والحرتين ، إنما نساؤكم بمنزله اللعب (١) .

وخبر العلاء بن سيباه قال : سألت أبا عبد الله عن شهادته من يلعب بالحمام ، فقال : لا بأس إذا كان لا يُعرف بفسق (٢) .

ورواه الصدوق بسنده الصحيح إلى العلاء (٣) ولكنه إمامي مجهول ، فسنده ضعيف به .

وقد أفتى به الشيخ في النهاية (٤) والأصحاب يتبعونه بحيث كاد أن يكون إجماعاً (٥) .

وعلى هذا لا يمكن القول بحرمة اللعب مطلقاً ، وفي مورد خاص إذا ثبتت حرمة اللعب نحو اللعب بالشطرنج والنرد وآلات القمار أخذنا به ، وفي غيره نرجع إلى أصل البراءة من الحرمة .

## وأما اللغو

قد مرّ منّا تعريفه وربما استعمل في معنى اللهو أيضاً ، وغايه ما يُستدل على حرمة ظهور بعض الآيات والروايات :

فمن الكتاب قوله تعالى : «وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ» (٦) .

وقوله تعالى : «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا» (٧) .

ص : ١٠٢

١- (١) الكافي ٥ / ٥٦٠ ح ١٦ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٥٠ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٤١٢ ح ١ . الباب ٥٤ من أبواب كتاب الشهادات .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٤١٣ ح ٣ . الباب ٥٤ من أبواب كتاب الشهادات .

٤- (٤) النهاية / ٣٢٧ .

٥- (٥) كما يظهر من صاحب الرياض في كتابه ١٥ / ٢٦٣ .

٦- (٦) سورة المؤمنون / ٣ .

٧- (٧) سورة الفرقان / ٧٢ .

وقوله تعالى : «وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ وَقَالُوا لَنَا أَعْمَالُنَا وَلَكُمْ أَعْمَالُكُمْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ لَا نَبْتَغِي الْجَاهِلِينَ» (١).

وقد ورد تطبيق اللغو على الغناء فى روايتى محمد بن أبى عباد(٢) وأبى أيوب الخزاز(٣) ، وهو من موارد استعمال اللغو فى معنى اللغو ، وقد مرّ ذكر حرمه بعض أقسام اللغو نحو الغنا والموسيقى .

مضافاً إلى ضعف سنديهما ، فلا يثبت بهما حرمه مطلق اللغو .

وقد استدل على حرمه مطلق اللغو بعدّه من الروايات :

منها : خبر أبى خالد الكابلى عن زين العابدين على بن الحسين عليه السلام فى حديث : والذنوب التى تهتك العصم : شرب الخمر ، واللعب بالقمار ، وتعاطى ما يضحك الناس من اللغو ، والمزاح ، وذكر عيوب الناس ، ومجالسه أهل الريب ، الحديث(٤) .

والروايه ضعيفه الإسناد بعدّه من المجاهيل ، ولا تدلّ على حرمه اللغو والمزاح مطلقاً ، بل ما كان فيها من السخرية والإستهزاء والغيبه وإدخال الإذى على المؤمن وتعييره وهجائه . وأمّا إضحاك الناس بغير هذه الأمور التى هى من المعاصى ، فلا بأس به قطعاً ، بل يدخل فى عنوان إدخال السرور على المؤمنين ، كما تدلّ عليه خبر يونس الشيبانى قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : كيف مداعبه بعضكم بعضاً ؟ قلت : قليل ، قال : فلا تفعلوا ، فإنّ المداعبه من حسن الخلق وإنّك لتدخل بها السرور على أخيك ، ولقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يداعب الرجل يريد أن يسره(٥) .

وتحمل على ما ذكرنا وصيه النبى صلى الله عليه وآله وسلم لأبى ذر(٦) رضى الله عنه ، بل هى قرينه عليه .

ص: ١٠٣

١- (١) سورة القصص / ٥٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٠٨ ح ١٩ . الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣١٦ ح ٢ . الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٨٢ ح ٨ . الباب ٤١ من أبواب الأمر والنهى .

٥- (٥) الكافي ٢ / ٦٦٣ ح ٣ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٣ / ٤٤٤ ح ٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٥١ ح ٤ . الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشرة .

وأما صحيحه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام في حديث أنه قال : وكلّ كلام ليس فيه ذكر فهو لغو ، الحديث (١).

تحمل على أحسن الإستفاده من التكلم وقدره البيان في ذكر الله تعالى وذكر أوليائه وكتابه ودينه ، ففي الحقيقيه إرشاد إلى ما ذكرناه ولا تحمل على المولويه ، فلا تدلّ على حرمه مطلق اللغو .

ونحوها مرفوعه المفيد عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال كلّ قول ليس لله فيه ذكر فلغو ، الحديث (٢).

وأما مرفوعه نجل الطبرسي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لأبي ذر في وصيته له : ... فاترك اللغو ما دمت فيها (أى فى المساجد) ، فإن لم تفعل فلا تلومنّ يوم القيامة إلاّ نفسك ... يا أبا ذر كلّ جلوس فى المسجد لغو إلاّ ثلاث : قراء مصلّ ، أو ذكر الله ، أو سائل عن علم (٣).

تحمل هذه المرفوعه أيضاً على الإرشاد بحسن الإستفاده من المساجد والأوقات ، فلا تدلّ على المولويه وحرمه اللغو مطلقاً .

والحاصل إثبات حرمه مطلق اللغو مشكل جداً بل ممنوع .

إلى هنا انتهى البحث عن اللهو واللعب واللغو والحمد لله أولاً وآخراً .

ص: ١٠٤

---

١- (١) أمالى الصدوق . المجلس الثامن ح ٢ / ٧٩ الرقم ٤٧ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٦١ ح ٢ .

٢- (٢) الإرشاد ١ / ٢٩٧ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٦٣ ح ٥ .

٣- (٣) مكارم الأخلاق / ٤٦٧ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ٦٥ ح ٩ .

إشاره

قد أفتى العلامة في كتبه بحرمة هذا المدح أو عكسه ، أى ذم مَنْ يستحق المدح ، بل ادعى عدم الخلاف فيه ، قال في التذكرة : « ويحرم سبّ المؤمنين والكذب عليهم والنميمة ومدح مَنْ يستحق الذَّمَّ وبالعكس والتشبيب بالمرأه المعروفه المؤمنه بلا خلاف في ذلك كله» (١). وفي القواعد (٢) والنهائيه (٣) عدَّ مِنْ المحرّمات مدح مَنْ يستحق الذَّمَّ وبالعكس . وزاد في التحرير (٤) أنّ الأمر به أيضاً من المحرّمات ، وكذا أخذ الأجره عليه .

والشهاد في الدروس عدَّ من المحرّمات : « الذَّمَّ لغير أهله والمدح في غير موضعه» (٥) .

وقال المحقق الكركي في تعيين المراد في المقام : « المراد مدح مَنْ يستحق الذم من الوجه الذي يستحق به الذم ، وكذا عكسه . أمّا إعطاء الشخص الواحد حقّه من المدح والذم باعتبار مقتضاهما فإنّه يحسن ، ولا يبعد أن يقال بتحريم مدح من يستحق الذم وإن لم يكن من الوجه الذي يستحق به الذم إذا فهم السامع منه كونه ممدوحاً ، لما فيه من إيهام الباطل ، وإنّما ذكر هذا بخصوصه وإن كان نوعاً من الكذب لأنه أغلظ من غيره ، ولما في ذم من يستحق المدح من زياده إيذائه» (٦) .

وكيف ما كان فقد استدل للحرمة بوجوه :

الاستدلال لحرمة بوجوه

الأوّل : حكم العقل بقبح مدح مَنْ يستحق الذَّمَّ أو عكسه .

ص : ١٠٥

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ وذكر نحوها في المنتهى ٢ / ١٠١٣ من طبع الحجرى .

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢ / ٨ .

٣- (٣) نهائيه الأحكام ٢ / ٤٧١ .

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ .

٥- (٥) الدروس الشرعيه ٣ / ١٦٣ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٢٧ .

بتقريب : أن العقل مستقل بقبح ذلك وبمقتضى قاعده التلازم بين حكمى العقل والشرع يحكم بحرمته .

وفيه : أن العقل لا- يحكم بقبحه ما لم ينطبق عليه عنوان آخر مميّا يستقل العقل بقبحه ، نحو : الكذب ، أو زياده قوه الضالمين وسلطانهم ، أو إهانته المظلوم ، أو الإغراء بالجهل .

الثانى : قوله تعالى : «وَلَا تَزْكُتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءِ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ» (١) .

بتقريب : أن إن مدح الظالم يدخل فى الركون إليه ، وهو من « ركون مؤدّه ونصيحه وطاعه» (٢) المنهى عنه ، فيحرم . وكذا قارن بين المدح والركون فى حديث مناهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم (٣) الآتى .

وفيه : أن الدليل أخص من المدعى ، حرمه الركون إلى الظالمين ومعونتهم واضحه ، وبعض من المدايح يدخل فيه أيضاً من الواضحات ، ولكن مدح من يستحق الذم أو عكسه بإطلاقهما لا يدخلان فى الركون ، كما هو واضح لمن تأمل .

الثالث : ما ورد فى خبر آخر خطبه خطبها النبى صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه ، وفيها : من عظم صاحب دنيا وأحبّه لطمع فى دنياه سخط الله عليه وكان فى درجته مع قارون فى التابوت الأسفل من النار (٤) .

بتقريب : أن المادح يكون من المعظمين لصاحب الدنيا والمحبين له طمعاً فى دنياه .

وفيه : أولاً : أنها ضعيفه الإسناد .

وثانياً : بعض أقسام مدح من لا يستحق يدخل فى الروايه ، ولكن بعضها الآخر لم يندرج تحتها .

الرابع : ما ورد فى خبر مناهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : من مدح سلطاناً جائراً وتحفّف

ص : ١٠٦

١- (١) سوره هود / ١١٣ .

٢- (٢) كذا فى تفسير القمى ١ / ٣٣٨ وفى مجمع البيان ٥ / ٣٠٦ روى عنهم عليهم السلام .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٤ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨١ ح ١٤ . الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به .

وتضع له طمعاً فيه كان قرينه في النار . قال : وقال صلى الله عليه وآله وسلم : قال الله عز وجل : «وَلَا تَزْكُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» ، الحديث (١) .

حَفَّفَ القوم حوله وَحَفَّفوه : أَحَدَقوا به . تَضَعَّع : خَضَع وذَلَّ .

وفيه : أَوْلَا : الروايه ضعيفه الإسناد .

وثانياً : أنها تشمل مدح السلطان الجائر طمعاً في دنياه ، وأما غيره فيخرج من مدلولها ، فالدليل أخص من المدعى .

الخامس : خبر هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال : من جالس لنا عائباً ، أو مدح لنا قالياً ، أو واصل لنا قاطعاً ، أو قطع لنا واصلاً ، أو والى لنا عدواً ، أو عادى لنا ولياً ، فقد كفر بالذي أنزل السبع المثاني والقرآن العظيم (٢) .

القالى : هو المُبْغِض .

وفيه : أَوْلَا : أنها ضعيفه الإسناد ، لأنَّ أبا أيوب سليمان بن مقبل المدني مجهول حاله . وثانياً : تدلُّ على حرمة مدح مبغض أهل البيت لا غيره .

والحاصل ، هذه الأدلة لا تدلُّ على حرمة مطلق مدح من لا يستحق المدح أو عكسه . نعم إذا كانا يدخلان في عنوان الكذب أو الإغراء بالجهل أو تقوية الظالم وشوكته أو إهانته المؤمن والمظلوم أو الغيبة أو السبِّ ونحوها يحكم بحرمتها ، لوضوح حرمة هذه العناوين .

ولعلَّ أحسن مقال في هذا المجال هو قول جدنا الشيخ جعفر حيث يقول : « وتفصيل الحال بعد الإجمال : أنه ينبغي إعطاء كلِّ ذى حقِّ حقَّه ، فَمَنْ سلم من أسباب الذم فهو ممدوح لا يذمُّ ، وبالعكس العكس . ولو كان ذا جهتين كان الإنسان معه ذا حالتين قد يمدح ويبالغ وقد يذمُّ محافظاً على الوجه السائغ . وَمَنْ نقل الإجماع في المنع على الإطلاق مردود إلا أن يكون جارياً على هذا المذاق » (٣) .

ص: ١٠٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٣ ح ١ . الباب ٤٣ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) أمالي الصدوق . المجلس الثالث عشر ح ٧ / ١١١ الرقم ٨٧ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٤ ح ٦ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٦ .



وتبعه تلميذاه صاحبا المفتاح (١) والجواهر (٢) ، وكذا تلميذ تلميذه صاحب برهان الفقه (٣) .

قال في الجواهر : « فَإِنَّ الَّذِي يَنْبَغِي إِعْطَاءُ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَمَنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ صِفَةٌ لِلذَّمِّ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْمَدْحُ وَبِالْعَكْسِ ، فَذُو الْجِهَتَيْنِ يَسْتَحِقُّ الْأَمْرَيْنِ . وَدَعْوَى أَنَّ مَسْتَحِقَّ الذَّمِّ يَحْرَمُ مَدْحَهُ وَمَسْتَحِقُّ الْمَدْحِ يَحْرَمُ ذَمَّهُ كَذَلِكَ ، مَمْنُوعُهُ بِالسِّيَرَةِ الْقَاطِعَةِ وَغَيْرِهَا فَضْلاً عَنْ دَعْوَى الْإِجْمَاعِ عَلَيْهَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ » (٤) .

والمدح الحرام قد يكون سائغاً إذا رفع عن المادح أو غيره الضرر أو الظلم أو المفسده أو كان لا بد منه تقيّه (٥) ، قال شارح القواعد : « وهذه عادة العلماء مع الأمراء ، خصوصاً مَنْ كانوا مِنْ أَهْلِ الْحَقِّ وَلَوْ أَنَّهُمْ مِنْ شَرَارِ الْخَلْقِ » (٦) .

وقال صاحب الغنيه : « قال بعض الأعلام رحمه الله : عمل ذلك بالنسبه إلى السلاطين الغير الغاصبين لحقوق الأئمه الطاهرين عليهم السلام الموالين ما لم يكن إعانته لهم في شيء من ظلمهم لا بأس به أيضاً » (٧) .

وإذا صار المدح حراماً فأخذ الجائزه والأجره والفائده عليه أيضاً حرام ، كما أفتى به العلامة في التحرير (٨) والشيخ جعفر في شرح القواعد (٩) .

ص: ١٠٨

- 
- ١- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢٢ .
  - ٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٧٤ .
  - ٣- (٣) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٢٤ الطبع الحجري .
  - ٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٧٥ .
  - ٥- (٥) كما تدل عليه عمومات التقيه وخبر درست عن أبي الحسن موسى عليه السلام ، راجع مستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٧ ح ١ .
  - ٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٣٦ للشيخ جعفر قدس سره .
  - ٧- (٧) غنيه الطالب ١ / ١٨٤ .
  - ٨- (٨) التحرير ٢ / ٢٦٠ .
  - ٩- (٩) شرح القواعد ١ / ٢٣٦ .

وفي ختام البحث نجلب أنظار القراء الكرام إلى بعض الروايات في المقام حيث يعلم منها المادح والممدوح وظيفتهما :

منها : حديث مناهى النبي صلى الله عليه و آله وسلم ، قد ورد فيه أنه نهى عن المدح وقال : أحثوا وجوه المداحين التراب (١).

وعن على أمير المؤمنين عليه السلام : الثناء بأكثر من الإستحقاق مَلَقٌ والتقصير عن الإستحقاق عَيٌّْ أو حسدٌ (٢).

وعنه عليه السلام : ربّ مفتون بحسن القول فيه (٣).

وعنه عليه السلام : أجهل الناس المغتر بقول مادح متملق يحسن له القبيح ويبغض إليه النصيح (٤).

وعنه عليه السلام : مادحك بما ليس فيك مستهزئ بك ، فإن لم تُسَعِفْهُ بنوالك بالغ في ذمك وهجائك (٥).

وعنه عليه السلام : من مدحك فقد ذبحك (٦).

وعنه عليه السلام في حديث : طلبت المدح فما وجدت إلا بالسخاوه ، كونوا أسخياء تمدحوا ، الحديث (٧).

وعن رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم أنه قال : إذا مدح الفاجر اهتزّ العرش وغضب الربّ (٨).

ص : ١٠٩

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٣ ح ١ .

٢- (٢) نهج البلاغه . الخطبه ٣٤٧ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ٩ .

٣- (٣) نهج البلاغه ، الحكمه ٤٦٢ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ١٠ .

٤- (٤) غ-رر الح-ك-م ح ٣٢٦٢ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ١٣ .

٥- (٥) غ-رر الح-ك-م ح ٩٨٣٨ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٦ ح ١٩ .

٦- (٦) غ-رر الح-ك-م ح ٧٧٦٦ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٦ ح ١٥ .

٧- (٧) جامع الاخبار / ٣٤١ ح ١ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ١٢ .

٨- (٨) بحار الأنوار ٧٤ / ١٥٠ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٦ ح ٢٠ .

وعن أبي محمد الحسن العسكري عليه السلام أنه قال : من مدح غير المستحق فقد قام مقام المتهم (١).

وعن أمير المؤمنين أنه مدحه قوم في وجهه ، فقال : اللهم إنك أعلم بي من نفسي وأنا أعلم بنفسي منهم ، اللهم اجعلنا خيراً ممّا يُظنُّون واغفر لنا ما لا يعلمون (٢).

والحمد لله رب العالمين .

ص: ١١٠

---

١- (١) أعلام الدين / ٣١٣ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ١١ .

٢- (٢) نهج البلاغه . الحكمة ١٠٠ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٠ / ١٨٥ ح ٨ .

قد أفتى الأصحاب قدس سرهم بحرمة معونه الظالمين في الجملة ، نحو : المفيد في المقنعه (١) والشيخ في النهايه (٢) وسالار بن عبد العزيز الديلمي في المراسم (٣) وابن إدريس في السرائر (٤) والمحقق في الشرائع (٥) والنافع (٦) والعلامه في التذكره (٧) والقواعد (٨) والتحرير (٩) والنهايه (١٠) والإرشاد (١١) والشهيد في الدروس (١٢) واللمعه (١٣) والكركي في جامع المقاصد (١٤) وثاني الشهيد في المسالك (١٥) والروضه (١٦) والأردبيلي في مجمع الفائده (١٧) والسبزواري في

ص: ١١١

- ١- (١) المقنعه / ٥٨٩ .
- ٢- (٢) النهايه / ٣٦٥ .
- ٣- (٣) المراسم / ١٧٠ .
- ٤- (٤) السرائر / ٢ / ٢٢٢ .
- ٥- (٥) الشرائع / ٢ / ٤ .
- ٦- (٦) المختصر النافع / ١١٧ .
- ٧- (٧) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٣ مسأله ٦٤٨ .
- ٨- (٨) قواعد الأحكام / ٢ / ٨ .
- ٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعيه / ٢ / ٢٦٠ .
- ١٠- (١٠) نهايه الإحكام / ٢ / ٤٧٠ .
- ١١- (١١) ارشاد الأذهان / ١ / ٣٥٧ .
- ١٢- (١٢) الدروس الشرعيه / ٣ / ١٦٣ .
- ١٣- (١٣) اللمعه الدمشقيه / ١٠٨ .
- ١٤- (١٤) جامع المقاصد / ٤ / ٢٦ .
- ١٥- (١٥) مسالك الأفهام / ٣ / ١٢٧ .
- ١٦- (١٦) الروضه البهيه / ٣ / ٢١٣ .
- ١٧- (١٧) مجمع الفائده / ٨ / ٦٤ .

الكفايه (١) والشيخ يوسف فى الحدائق (٢) والشيخ جعفر فى شرح القواعد (٣) وسيد الرياض (٤) وأصحاب المفتاح (٥) والمستند (٦) والجواهر (٧) وبرهان الفقه (٨) والوسيله (٩) .

**وأما أدلتها :**

## **١ - الإجماع**

قد عرفت أنّ الحكم بالحرمة فى معونه الظالمين فى الجمله إجماعى بين أصحابنا أعلى الله كلمتهم ، وقد اعترف بوجود هذا الإجماع جمع منهم ، نحو : المحقق الأردبيلى (١٠) وسيد الرياض (١١) والفاضل النراقى (١٢) والشيخ الأعظم (١٣) ، وعن المحقق الخوئى فى معونتهم فى ظلمهم قال : « إنها غير جائزه بلا خلاف بين المسلمين قاطبه » (١٤) وعن الفقيه السبزوارى فيه : « إجماع المسلمين بل الضروره من الدين » (١٥) .

ص : ١١٢

- ١- (١) الكفايه ١ / ٤٣٥ .
- ٢- (٢) الحدائق ١٨ / ١١٩ .
- ٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢١٤ .
- ٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٧٦ .
- ٥- (٥) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٠٠ .
- ٦- (٦) مستند الشيعه ١٤ / ١٥٢ .
- ٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ٥١ .
- ٨- (٨) برهان الفقه / كتاب التجاره / ٤١ من الطبع الحجرى .
- ٩- (٩) وسيله النجاه ٢ / ٥ الطبع الحجرى .
- ١٠- (١٠) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٦٤ .
- ١١- (١١) رياض المسائل ٨ / ١٧٦ .
- ١٢- (١٢) مستند الشيعه ١٤ / ١٥٢ : قال فيه « بالثلاثه » ومراده دلالة الكتاب والسنة والإجماع على حرمتها .
- ١٣- (١٣) المكاسب المحرمه ٢ / ٥٣ .
- ١٤- (١٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤٢٦ .
- ١٥- (١٥) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦١ .

وقال قبلهما صاحب برهان الفقه فيه : « وبالجملة لا خلاف نصاً وفتوى في حرمه ما يتحقق به الإعانة على الإثم والظلم أو كان الفعل محرماً في نفسه ولو لغير الإعانة ... » (١).

أقول : الإجماع بقسميه على الحرمة في الجملة حاصل في المقام ، ولكن العمدة أنه مدركي وليس بتبعدي حتى يفيدنا شيئاً .

## ٢ - حكم العقل

العقل يحكم مستقلاً بقبح إبقاء ماله الفساد وإشاعته وترويجه ومعونتهم منها ، فالعقل يحكم بقبحه ، وبقاعده الملازمه يترتب عليه الحكم الشرعي ، أي الحرمة .

وقد ذكر دلاله العقل على الحرمة هنا جمع من الأصحاب ، نحو : المحقق الأردبيلي (٢) والشيخ الأعظم (٣) والسيدان الخوئي (٤) والسبزواري (٥) .

## ٣ - الكتاب

تدل على حرمتها من الكتاب قوله تعالى في سورة هود : « وَلَا تَزْكُونا إِلَي الدِّينِ ظَلْمًا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللَّهِ مِن أَوْلِياءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ » (٦) .

بتقريب : أن معونتهم في ظلمهم وكون الرجل من أتباعهم وممن يعرف بهم من أظهر مصاديق الركون المنهى عنه في الآيه الشريفه .

قال الزمخشري : « رَكَنَ إِلَيهِ رُكُونًا وَهُوَ رَاكِنٌ إِلَى فُلانٍ وَسَاكِنٌ إِلَيهِ » (٧) .

وقال الفيومي : « رَكِنْتُ إِلَى زَيْدٍ : اعتمدتُ عَلَيْهِ ... » (٨) .

ص : ١١٣

١- (١) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٤١ الطبع الحجري .

٢- (٢) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٦٤ .

٣- (٣) المكاسب المحرمة ٢ / ٥٣ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤٢٧ .

٥- (٥) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦١ .

٦- (٦) سورة هود / ١١٣ .

٧- (٧) أساس البلاغه / ١٧٧ .



وقال الفيروزآبادى : « رَكَنَ إِلَيْهِ ... رُكُونًا : مالٌ وَسَكَنَ ... » (١).

وقال ابن منظور : « رَكَنَ إِلَى الشَّيْءِ ... : أَى مَالٍ إِلَيْهِ وَسَكَنَ ... وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ «وَلَا تَزْكُونُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا» قُرَىءَ بِفَتْحِ الْكَافِ مِنْ رَكْنٍ يَزْكُنُ رُكُونًا : إِذَا مَالٌ إِلَى الشَّيْءِ وَاطْمَأَنَّ إِلَيْهِ ... » (٢).

وفى مجمع البحرين بعد الآيه الشريفه : «أى لا تظمنوا إليهم وتسكنوا إلى قولهم وتظهروا الرضا بفعالهم ومصاحبتهم ومصادقتهم ومداهنتهم ... » (٣).

أقول : فالركون فى اللغه الميل والسكون والاعتماد والإطمئنان ، ومن الواضح أنّ الركون يحصل غالباً إلى أرباب الحكم والقدرة والسلطه والثروه بحيث يمكن أن يعتمد عليهم عند أعين الناس الذين يعلمون ظاهراً من الدنيا وهم عن الآخره غافلون .

والآيه الشريفه نهت عن هذا الركون إلى الظلمه وساوت الركون إليهم بالدخول إلى النار واشتعال الراكن .

ومن الواضح بأنّ معونتهم من أتم مصاديق الركون إليهم ، فتحرم بالآيه الشريفه .

#### ٤ - السنه المتواتره القطعيه

الروايات المتواتره (٤) تدلّ على حرمة معونتهم ، ويأتى ذكر بعضها فانتظر .

ثم يقع الكلام فى ثلاث مقامات :

الأول : إعانه الظالمين على ظلمهم .

الثانى : كون الإنسان من أعوانهم وفى جملتهم .

الثالث : معونتهم على المباحات .

ص: ١١٤

١- (١) القاموس : ماده ركن من الطبع الحجرى .

٢- (٢) لسان العرب ٥ / ٣٠٥ طبع بيروت عام ١٤٠٨ .

٣- (٣) مجمع البحرين / ٥٥٨ الطبع الحجرى .

٤- (٤) راجع وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٧ . الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به ، وبحار الأنوار ٧٢ / ٣٦٧ ومستدرک الوسائل ١٣ /

١٢٢ وجامع أحاديث الشيعه ٢٢ / ٣٢٧ وكتابى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤ / ٢٥٨ .



تدلّ عليها مضافاً إلى الآيه الشريفه عدّه من الروايات نتبرك بذكر بعضها :

منها : صحيحه أبي حمزه عن علي بن الحسين عليه السلام في حديث قال : إناكم وصحبه العاصين ومعونه الظالمين (١).

ومنها : صحيحه أبي بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمالهم ؟ فقال لي : يا أبا محمد لا ولا مدّه قلم ، إنّ أحدهم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلاّ أصابوا من دينه مثله ، أو حتّى يصبوا من دينه مثله (٢).

ومنها : حسنه جهم بن حميد الرواسي قال : قال لي أبو عبد الله عليه السلام : أما تغشى سلطان هؤلاء ؟ قلت : لا ، قال : ولم ؟ قلت : فراراً بديني ، قال : وعزمت على ذلك ؟ قلت : نعم ، قال لي : الآن سلم لك دينك (٣).

ومنها : معتبره السكوني عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إذا كان يوم القيامة نادى مناد : أين أعوان الظلمه ومن لاق لهم دواةً أو ربط كيساً أو مدّ لهم مدّه قلم فاحشروهم معهم (٤).

رواها السيد فضل الله الرواندي في النوادر / ١٥٨ ح ٢٣٤ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٣ ح ٧.

ومنها : معتبره أخرى له عن أبي عبد الله عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ما اقترب عبد من سلطان جائر إلاّ تباعد من الله ، ولا أكثر ماله إلاّ اشتدّ حسابه ، ولا أكثر تبعه إلاّ كثرت شياطينه (٥).

ص: ١١٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٧ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٩ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٠ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٠ ح ١١ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨١ ح ١٢ .

ومنها : معتبره ثالثه له عن أبي عبد الله عليه السلام عن آباءه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إياكم وأبواب السلطان وحواشيها ، فإن أقربكم من أبواب السلطان وحواشيها أبعدكم من الله عز وجل ، ومن أثر السلطان على الله أذهب الله عنه الورع وجعله حيراناً(١) .

ومنها : خبر آخر خطبه خطبها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه حيث قال صلى الله عليه وآله وسلم فيها : من تولى خصومه ظالم أو أعانه عليها نزل به ملك الموت بالبشرى بلعنه ونار جهنم وبئس المصير ، الحديث(٢) .

الروايه ضعيفه سنداً وتامه الدلاله . ويمكن تصحيح « معونه » بخصومه في متنها كما كتبه قريباً من عشر سنين حين أقيت هذه الخطبه الشريفه محاضره لجماعه من المؤمنين على هوامش كتاب عقاب الأعمال(٣) لشيخنا الصدوق قدس سره .

ومنها : صحيحه عبد الله بن سنان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من أعان ظالماً على مظلوم لم يزل الله عليه ساخطاً حتى ينزع عن معونته(٤) .

ومنها : خبر طلحه بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : العامل بالظلم والمعين له والراضى به شركاء ثلاثتهم(٥) .

ومنها : مرسله ابن أبي فراس عن اوس بن شرحبيل رفعه : من مشى مع ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم فقد خرج من الإسلام(٦) .

رواها صاحب جامع الأخبار / ٤٣٦ ح ١٠ مرفوعاً عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، ونقلته عنه في الموسوعه ٤ / ٢٦٣ ح ١٨ .

ومنها : مرسله أخرى له قال : قال بعضهم لما أراد ابن هبيرة للقضاء قال : ما كنتُ

ص: ١١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨١ ح ١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨١ ح ١٤ .

٣- (٣) عقاب الأعمال / ٣٣١ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٦ / ٥٧ ح ٥ . الباب ٨٠ من أبواب جهاد النفس .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٦ / ١٥٥ ح ١ - و - ١٧ / ١٧٧ ح ٢ .

٦- (٦) تنبيه الخواطر / ٦٢ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٢ ح ١٥ .

لألى لك بعد ما حدّثنى إبراهيم . قال : وما حدّثك ؟ قال : حدّثنى عن علقمه عن ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إذا كان يوم القيامة نادى منادٍ : أين الظلمه وأعوان الظلمه وأشباه الظلمه حتّى من برى لهم قلماً أو لاق لهم دواه ، فيجعلون فى تابوت حديد ثم يرمى بهم فى نار جهنم(١) .

ومنها : خبر ابن بنت الوليد بن صبيح الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : من سوّد اسمه فى ديوان ولد سابع حشره الله يوم القيامة خنزيراً(٢) .

ومنها : خبر مناهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : ألا- ومن علق سوطاً بين يدي سلطان جعل الله ذلك السوط يوم القيامة ثعباناً من النار طوله سبعون ذراعاً ، يسلّطه الله عليه فى نار جهنم وبئس المصير(٣) .

وهذه الروايات المتواتره تدلّ على حرمه إعانه الظالمين على ظلمهم بوضوح .

### المقام الثانى : حرمه كون الانسان من أعوانهم وفى جملتهم

بحيث يعدّ منهم ومن المنسوبين إليهم ، بأن يقال له : هذا من خدمه أو عماله أو مرتزقه أو أنّه معماره أو طباخه أو خياطه ونحوها .

تدلّ على حرمه ذلك مضافاً إلى الآيه الشريفه ، الروايات الماضيه فى المقام السابق ، لعدم تقييدها بالحرام ، كما نص على ذلك المحقق الإيروانى(٤) قدس سره .

ويدلّ عليها أيضاً : خبر كتاب مسائل الرجال عن أبى الحسن على بن محمد الهادى عليه السلام : أنّ محمد بن على بن عيسى كتب إليه يسأله عن العمل لبنى العباس وأخذ ما يتمكن من أموالهم هل فيه رخصه ؟ فقال : ما كان المدخل فيه بالجبر والقهر فالله قابل العذر ، وما خلا ذلك فمكروه ، ولا محاله قليله خير من كثيره ، وما يكفر به ما يلزمه فيه من يرزقه

ص: ١١٧

١- (١) تنبيه الخواطر / ٦٢ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٢ ح ١٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٠ ح ٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٠ ح ١٠ .

٤- (٤) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٤٣ .

ويسبب على يديه ما يسرّك فينا وفي موالينا ، الحديث (١).

إطلاق العمل يشمل المقام لو لم نقل بأنه ظاهر فيه . ولكن السند مرسل ، لأنّ ابن إدريس لم يذكر سنده إلى كتاب المسائل .

### المقام الثالث : حكم إعانه الظالم على الأفعال المباحه

هل يجوز إعانه الظالم على الفعل المباح أم يحرم ؟ يظهر من بعض الروايات حرمتها :

منها : خبر عذافر قال : قال لى أبو عبد الله عليه السلام : يا عذافر نُبئت أنّك تعامل أبا يوب والربيع ، فما حالك إذا نُودى بك فى أعوان الظلمه ؟ قال : فوجم أبى ، فقال له أبو عبد الله لما رأى ما أصابه : أى عذافر إننى إنّما خوَّفْتُك بما خوَّفنى الله عزّ وجلّ به . قال محمد ابنه : فقدم أبى فما زال مغموماً مكروباً حتّى مات (٢).

والروايه ضعيفه سنداً بسهل وعذافر ، وأما دلالتها أيضاً فيمكن المناقشه فيها بأنه يعامل معهم دائماً كما يدلّ عليه فعل المضارع ، فيدخل فى أدله المقام الثانى ، أى كون الرجل من المنسوبين إليهم وفى جملتهم .

ومنها : حسنه ابن أبى يعفور قال : كنتُ عند أبى عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل من أصحابنا فقال له : جعلت فداك إنّه ربّما أصاب الرجل منّا الضيق أو الشدّه فيدعى إلى البناء بينه أو النهز يكرهه أو المسناه يصلحها فما تقول فى ذلك ؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام : فما أحبُّ أنى عقدتُ لهم عقده أو وكيتُ لهم وكاءً ، وإن لى ما بين لابتيتها ، لا ولا مدّه بقلم ، إنّ أعوان الظلمه يوم القيامة فى سرادق من نار حتّى يحكم الله بين العباد (٣).

رجال السند كلّهم ثقات إلّا بشير وهو بشير بن عاصم البجلي الكوفى (٤) ، ولا يبعد

ص: ١١٨

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٠ ح ٩ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٨ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٩ ح ٦ .

٤- (٤) جامع الرواه ١ / ١٢٤ .

حسنه(١)، فالسند حسنٌ به .

المسناه : السّد وما يبني على وجه السيل . الوكاء : ما يُسَدُّ به رأس الثّربه . والواو في « وإن لي ما بين لابتها » أي وإن كان لي ما بين لابتى المدينه . واللابتان تشبيه اللابيه ، وهى أرض ذات أحجار سود ، وكأن المراد بهما الجبلان في ناحيتى المدينه . والسرادق : الخيمه ، كما ذكره شيخنا الأستاذ - مدظله - (٢) .

وأما دلالتها على الحرمة أيضاً فغير واضح لظهور « ما أحبُّ أنى » فى الكراهه . والحكم بأن أعوانهم فى سرادق من نار يدلّ على حرمة المقام الأوّل ونهايه المقام الثانى .

قال المحقق الخوئى : « فقله عليه السلام « ما أحبُّ أنى عقدت لهم عقده الخ » لو لم يكن ظاهراً فى الكراهه فلا ظهور له فى الحرمة ، فتكون الروايه مجمله» (٣) .

ومنها : صحيحه يونس بن يعقوب قال : قال لى أبو عبد الله عليه السلام : لا تعنهم على بناء مسجد (٤) .

سندها صحيح ، ودلالتها على الحرمة أيضاً واضحه .

ومنها : صحيحه سليمان الجعفرى قال : قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام : ما تقول فى أعمال السلطان ؟ فقال : يا سليمان الدخول فى أعمالهم والعون لهم والسعى فى حوائجهم عديل الكفر ، والنظر إليهم على العمد من الكبائر التى يُستحق بها النار (٥)

دلالتها تامه ، وسندها صحيح ، لأنّ العياشى أدرك الجعفرى فنقل الروايه عنه بلا واسطه .

ومنها : موثقه صفوان بن مهران الجمال قال : دخلت على أبى الحسن الأوّل عليه السلام فقال لى : يا صفوان كلّ شىءٍ منك حسن جميل ما خلا شيئاً واحداً ، قلت : جعلت فداك أى شىءٍ ؟

ص: ١١٩

١- (١) نتائج التنقيح / ٢١ الرقم ١٢٥٢ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٢ .

٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٤٣٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٠ ح ٨ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩١ ح ١٢ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

قال : إكراؤك جمالك من هذا الرجل - يعنى هارون - قلت : والله ما أكريته أشراً ولا بطراً ولا للصيد ولا للهو ، ولكنى أكريته لهذا الطريق - يعنى طريق مكه - ولا أتولاه بنفسى ولكنى أبعث معه غلمانى .

فقال لى : يا صفوان أيقع كراؤك عليهم ؟ قلت : نعم ، جعلت فداك ، قال : فقال لى : أتحبّ بقاءهم حتى يخرج كراؤك ؟ قلت : نعم ، قال : من أحبّ بقاءهم فهو منهم ، ومن كان منهم كان ورد النار .

قال صفوان : فذهبت فبعت جمالى عن آخرها ، فبلغ ذلك إلى هارون ، فدعانى فقال لى : يا صفوان بلغنى أنك بعت جمالك ، قلت : نعم ، قال : ولم ؟ قلت : أنا شيخ كبير وإن الغلمان لا يفون بالأعمال ! فقال : هيهات هيهات إننى لأعلم من أشار عليك بهذا ، أشار عليك بهذا موسى بن جعفر عليه السلام ، قلت : ما لى ولموسى بن جعفر ؟ فقال : دع هذا عنك ، فوالله لو لا حسن صحبتك لقتلتك (١) .

سند الروايه صحيح ، لأنّ الكشى من الثقات وحميدويه بن نصير ثقه ، والمراد بمحمد بن إسماعيل الرازى هو البرمكى الثقه ، والشاهد على ذلك روايه الكلينى فى الكافى (٢) عن محمد بن جعفر الأسدى عن محمد بن إسماعيل البرمكى الرازى ، وذهب إلى اتحادهما المحقق الخوئى (٣) قدس سره ، وابن فضال موثق ، وصفوان بن مهران الجمال أيضاً من الثقات ، فالسند موثق ، ولذا نفى البعد عن كونها موثقه فى الإرشاد (٤) .

ودالاتها على الحرمة واضحه .

وبالجملة ، دلالة بعض هذه الروايات - مع اعتبار سند بعضها - على الحرمة معلومه ، ولذا قال صاحب الحقائق : « وهى (أى الأخبار) صريحه فى تحريم معونه الظالمين بالأموار »

ص : ١٢٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٢ ح ١٧ .

٢- (٢) الكافى ١ / ٧٨ ح ٣ .

٣- (٣) معجم رجال الحديث ١٥ / ١٠٨ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٢ .

المحلّله على أبلغ وجه وآكده ...» (١).

ولكن العمده فى المقام إعراض المشهور عن هذه الروايات ، لأنّ أكثرهم قَيّدوا الحكم بالحرمة فى معونتهم بالحرام كما فى الشرائع (٢) والنافع (٣) والإرشاد (٤) وشرحه (٥) والكفايه (٦) ، أو قَيّدوا الحكم بالظلم كما فى السرائر (٧) والتذكرة (٨) والتحرير (٩) والدروس (١٠) واللمعه (١١) ، بل صرّح بعضهم بجواز معونتهم فى غير الظلم من المباحات منهم أصحاب جامع المقاصد (١٢) والمسالك (١٣) والروضه (١٤) ومجمع الفائده (١٥) والكفايه (١٦) .

وقال سيد الرياض : « وإن كان ظاهر الأصحاب بغير خلاف يُعرف اختصاص التحريم بالإعانه فى المحرّم » (١٧) .

ص : ١٢١

- ١- (١) الحدائق ١٨ / ١٢١ .
- ٢- (٢) الشرائع ٢ / ٤ .
- ٣- (٣) المختصر النافع / ١١٧ .
- ٤- (٤) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .
- ٥- (٥) مجمع الفائده ٨ / ٦٣ .
- ٦- (٦) كفايه الأحكام ١ / ٤٣٥ .
- ٧- (٧) السرائر ٢ / ٢٢٢ .
- ٨- (٨) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٣ .
- ٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ .
- ١٠- (١٠) الدروس ٣ / ١٦٣ .
- ١١- (١١) اللمعه دمشقيه / ١٠٨ .
- ١٢- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٦ .
- ١٣- (١٣) مسالك الأفهام ٣ / ١٢٧ .
- ١٤- (١٤) الروضه البهيه ٣ / ٢١٣ .
- ١٥- (١٥) مجمع الفائده ٨ / ٦٣ .
- ١٦- (١٦) الكفايه ١ / ٤٣٥ .
- ١٧- (١٧) رياض المسائل ٨ / ١٧٧ .

وقال بحر العلوم فى المصاييح « إنه مشهور» (١).

ومنهم : الفاضل النراقى (٢) والشيخ جعفر (٣) وتلميذاه صاحبا المفتاح (٤) والجواهر (٥) والشيخ الأعظم (٦) وصاحب برهان الفقه (٧).

فهذا الإعراض وقيام السيره القطعيه على خلاف ذلك يدلنا على حمل الروايات إمّا على الكراهه أو على المقام الثانى الذى قد مرّ منا .

**ثمّ إنّ هاهنا تنبيهات :**

**الأوّل : هل الظالم يختص بمن ادعى الإمامه من العامه**

الأوّل : هل الظالم يختص بمن ادعى الإمامه من العامه وانحرف عن مذهب الحقّ ، أو أنّه يشمل سلاطين الشيعه ورؤساءهم أيضاً ؟

الظاهر أنّ عنوان الظالم مطلق يشمل جميعهم بلا فرق بين مدعى الإمامه وغيره ، وإن كان الأوّل أظلم ، وأنّ المدعين فى عصر صدور الأخبار ظلمه ولكن لا يوجب الإنحصار .

فما ورد فى بعض العبارات (٨) من تخصيص كراهه معونتهم فى المباحات بأنهم من العامه ولا يشمل سلاطين الشيعه ، غير تام .

**الثانى : هل الظالم هنا ينحصر بالظالم للغير**

الثانى : هل الظالم هنا ينحصر بالظالم للغير من أرباب الحكم والقدرة والسلطه أو يشمل العاصين الذين يظلمون أنفسهم ؟ الظاهر - بقرينه الحكم والموضوع والصدق العرفى -

ص: ١٢٢

١- (١) كما نقل عنه حفيده السيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه . كتاب التجاره / ٤١ الطبع الحجرى .

٢- (٢) مستند الشيعه ١٤ / ١٥٦ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢١٥ .

٤- (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٠٢ و ٢٠٣ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٥٣ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ٥٩ .

٧- (٧) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٤٢ الطبع الحجرى .



٨- (٨) نحو رياض المسائل ١٧٩ / ٨ و شرح القواعد ٢١٦ / ١ ومفتاح الكرامه ٢٠٣ / ١٢ والجواهر ٥٤ / ٢٢ والمكاسب المحرمه  
١٠٣ / ٢ للسيد الخميني قدس سرهم .

أنه يختص بالظالم للغير من السلاطين ونحوهم ولا- يشمل العصيين والآ-ثمين . مضافاً إلى ظهور بعض الروايات ونص بعضها الأخرى بالإختصاص ، فما يظهر من سيد الرياض من شمول الحكم « حتّى للظالم لنفسه بعصيانه مع حرمانه عن الرئاسه وخذلانه»(١) وتبعه الفاضل النراقي(٢) غير تام عندنا .

### الثالث : هل تجوز المعامله معهم ؟

تجوز المعامله معهم بنحو البيع والشراء ، وقيام السيره القطعيه المتصله إلى زمن المعصومين عليهم السلام على المعامله معهم ، ولو لم يكن ذلك لم يتم للمسلمين سوق .

### الرابع : يجوز معونتهم للإضطرار .

معونتهم المحرّمه ترتفع حرمتها لأجل الإضطرار والتقيه ، لإطلاق أدلتهم . وقد اعترف بالجواز بعض الأصحاب في صورتى الضروره والتقيه ، نحو صاحبى المفتاح(٣) والجواهر ، والأخير ذهب إلى كراهه معونتهم فى المباحات ثم قال : « وإن كان هو لا يخلو من كراهه ، ما لم تدع الضروره من تقيه ونحوها إليه ... »(٤) .

### الخامس : إن معونتهم من الكبائر .

تدلّ على كون معونتهم من الكبائر - مضافاً إلى الآيه الناهيه عن الركون إليهم - معتبره الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام حيث عدّ فيها من الكبائر : معونه الظالمين(٥) .

وخبر الأعمش عن الصادق عليه السلام عدّ من الكبائر فيه : وترك معاونه المظلومين والركون إلى الظالمين ، الحديث(٦) .

ص: ١٢٣

١- (١) رياض المسائل ٨ / ١٧٩ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٦ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٠٣ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ٥٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٢٩ ح ٣٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٣١ ح ٣٦ .

وصحيحه سليمان الجعفرى عن الرضا عليه السلام (١) وحسنه ابن أبى يعفور (٢) وخبر مناهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم (٣) وخبر آخر خطبه خطبها النبى صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه (٤) ومرسلى ابن أبى فراس (٥) الماضيه كلها تدلّ بوضوح على كون معونتهم من الكبائر ، ولذا صرح بكونها من الكبائر الأعم (٦) . وعمنا الأكرم آيه الله الشيخ محمد على النجفى المعروف بثقه الإسلام المتوفى عام ١٣١٨ فى رسالته الخاصه بالمعاصى الكبيره (٧) .

إلى هنا تمّ بحث معونه الظالمين ، والحمد لله الذى يقطع دابرهم وهو قاصمهم ومبيرهم ومهلكهم بظهور حجته عجل الله تعالى فرجه الشريف .

ص: ١٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩١ ح ١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٩ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٠ ح ١٠ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨١ ح ١٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٢ ح ١٥ و ١٦ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ٥٣ .

٧- (٧) معاصى كبيره / ٣٧ .

بالنون المفتوحه والجيم الساكنه كما فى جامع المقاصد(١)، أو بفتحتين ويُسَيِّكُن كما فى شرح القواعد(٢) أى بالنون المفتوحه والجيم الساكنه أو المفتوحه كما فى المكاسب المحرمه(٣)، ولا بدّ من تعريفه أولاً ثم بيان حكمه :

### المقام الأول : تعريفه

قال الزمخشري : « نهى عن النجش ، وروى « لا تناجشوا » وهو أن تستام السلعه بأزيد من ثمنها ليراك الآخر فيقع فيها ، وكذلك فى النكاح وغيره ... »(٤).

وقال الفيومى : « نجش الرجل نجشاً من باب قتل : إذا زاد فى سلعه أكثر من ثمنها وليس قصده أن يشتريها ، بل ليُعَرَّ غيره فيوقعه فيه ، وكذلك فى النكاح وغيره والإسم النَّجْش ... »(٥).

وقال الفيروزآبادى : « النجش : أن تُواطىء رجلاً إذا أراد بيعاً أن تمدحه ، أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعه فتساومه فيها بثمان كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها ... »(٦).

وقال الجوهري : « النجش : أن تزايد فى المبيع ليقع غيرك وليس من حاجتك »(٧).

ص: ١٢٥

- ١- (١) جامع المقاصد ٣٩ / ٤ .
- ٢- (٢) شرح القواعد ٣٠٦ / ١ .
- ٣- (٣) المكاسب المحرمه ٦١ / ٢ / للشيخ الأنصارى .
- ٤- (٤) أساس البلاغه / ٤٤٧ .
- ٥- (٥) المصباح المنير / ٥٩٤ .
- ٦- (٦) القاموس . ماده نجش من الطبع الحجرى ( ٢ / ٢٨٩ ) .
- ٧- (٧) الصحاح ١٠٢١ / ٣ .

وقال الطريحي : « فى الحديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن النجش ، النجش بفتحين هو : أن يمدح السلعه فى البيع لينفقها ويروجها أو يزيد فى ثمنها وهو لا يريد شراءها ليقع غيره فيها ، يقال : نجش الرجل نجشاً من باب قتل ، والإسم النجش ، والفاعل ناجشٌ ونجاشٌ مبالغه ... »(١).

وفى المنجد : « نَجَشَ فى البيع : واطأ رجلاً- يريد بيعاً أن يمدحه . وقيل : النجش : أن يريد رجل بيع يباعه فيساومه الآخر فيها بئمن كثير ينظر إليه الناظر فيقع فيها ، أو أن ينفّر الناس عن الشيء إلى غيره ... »(٢).

هذه كلمات اللغويين وأما الفقهاء فقد قالوا فى تعريفه :

قال الشيخ الطوسى : « النجش حرام ، وهو أن يزيد رجل فى ثمن سلعه زياده لا تسوى بها وهو لا يريد شراءها وإنما يزيد ليقضى به المستام ، فهذا هو النجش ... »(٣).

وقال ابن إدريس الحلبي : « ونهى عن النجش - بالنون والجيم والشين المعجمه - وحقيقته الاستثارة ، وهى أن يزيد رجل فى ثمن سلعه ، زياده لا تساوى بها وهو لا يريد شراءها وإنما يريد ليقضى به المستام ، فهذا هو النجش الحرام »(٤).

وقال ابن زهره الحلبي : « ونهى عن النجش فى البيع ، وهو أن يزيد فى الثمن من لا رغبه له فى الشراء ليخدع المشتري ... »(٥).

وورد نظير هذا التعريف فى جامع الخلاف والوافق(٦).

وقال المحقق : « ... النجش وهو أن يزيد لزياده مَنْ واطأه البائع »(٧).

ص: ١٢٦

١- (١) مجمع البحرين / ٣٤٣ .

٢- (٢) المنجد / ٨٥٧ .

٣- (٣) المبسوط ٢ / ١٥٩ .

٤- (٤) السرائر ٢ / ٢٤٠ .

٥- (٥) غنيه النزوع / ٢١٦ .

٦- (٦) جامع الخلاف والوافق / ٢٥٤ .

٧- (٧) الشرائع ٢ / ١٥ .

وقال فى النافع : « ... والزيادة فى السلعة مواطأه للبائع وهو النجش»(١).

وقال يحيى بن سعيد الحلّى : « يحرم النجش ، وهو أن يزيد فى الثمن ليغترّ غيره ولا خيار للمشتري فيه»(٢).

وعدّ العلامة تبعاً لأستاذه وخاله المحقق فى مكروهات البيع النجش وقال : « النجش : وهو الزيادة لمن واطأه البائع»(٣).

ونحوها من التعريف فى القواعد(٤) والمختلف(٥) ، ولكن ذهب فىهما إلى حرمة .

وقال فى التذكرة : « ومعناه أن يزيد الرجل فى ثمن سلعة لا يريد شراءها ليقتنى به المشترون بمواطأه البائع»(٦).

وقال فى التحرير : « هو الزيادة لا للشراء بل ليغترّ المشتري فيزيد»(٧).

وقال فى النهاية : « صورته : أن يزيد فى ثمن السلعة المعروضه للبيع وهو غير راغب فيها ليخدع الناس ويرغبهم فيها»(٨).

وقال ابن فهد الحلّى فى تعريفه : « ومعناه أن يزيد الإنسان فى سلعة البائع ولا يريد شراءها ، قصداً لتغريب الغير ببذل الزيادة ، وتسميه العامه التحريص»(٩).

وقال الشهيد : « النجش وهو رفع السعر ممّن لا يريد الشراء للحضّ عليه»(١٠).

وقال المحقق الثانى بعد تعريف العلامة فى القواعد : « بل التعريف الصحيح : أنّه الزيادة

ص: ١٢٧

١- (١) المختصر النافع / ١٢٠ .

٢- (٢) الجامع للشرائع / ٢٥٧ .

٣- (٣) ارشاد الأذهان / ١ / ٣٥٩ .

٤- (٤) قواعد الأحكام / ٢ / ١٠ .

٥- (٥) مختلف الشيعة / ٥ / ٤٤ .

٦- (٦) تذكرة الفقهاء / ١٢ / ١٥٧ .

٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعية / ٢ / ٢٥٢ .

٨- (٨) نهاية الأحكام / ٢ / ٥٢٠ .

٩- (٩) المهذب البارع / ٢ / ٣٦٦ .

١٠- (١٠) الدروس / ٣ / ١٧٨ .

فى السلعه مَمَّن لا يريد شراءها بمواطأه البائع له على ذلك لإيقاع غيره»(١).

وقال الشهيد الثانى : بعد نقد تعريف المحقق فى الشرائع : « فالأجود فى تعريفه أنه الزيادة فى السلعه مَمَّن لا يريد شراءها ليحضَّ غيره عليه وإن لم يكن بمواطأه البائع»(٢).

وزاد على هذا التعريف فى تعاليقه على قواعد العلامه : « وكلام أهل اللغه موافق لما ذكرناه ، قال الهروى : أصل النجش مدح الشئ وإطراؤه . قال : ومعناه لا يمدح أحدكم السلَّعه ويزيد فى ثمنها وهو لا يريد شراءها ليسمعه غيره فيزيد»(٣)(٤).

وقال المحقق الأردبيلى بعد نقل كلام الجوهري فى الصحاح : « والمراد أنه يكره أن يزيد شخص على ثمن بذل المبيع ليرغب الناس فى بيع ذلك المبيع من غير قصد للشراء»(٥).

أقول : بعد نقل تعاريف الفقهاء أعلى الله كلماتهم فى ألف سنه يظهر لك تعريف النجش ، ولعل أحسن التعاريف تعريفى الشهيدين قدس سرهما .

ومنه يظهر أن للنجش ثلاث إطلاقات :

الأول : مدح سلعه الغير لتحريض المشتري على شرائه بالزيادة ، ويُعبَّر عنه فى زماننا هذا بالإعلانات التجاريه . كما مرَّ هذا التعريف من الفيروز آبادى والطريحي والهروى وصاحب المنجد من اللغويين .

الثانى : الزيادة فى ثمن السلعه لمن لا يريد شراءها ليخدع المشتري ويرغبه فيها ، سواء كانت بمواطأه البائع أم عدمها ، والفقهاء يطلق على هذا القسم عنوان النجش غالباً .

الثالث : ما مرَّ من صاحب المنجد أن نفور الناس من الشئ إلى غيره أيضاً يطلق عليه النجش .

وستأتى آنفاً أحكام الصور الثلاث مع زياده إن شاء الله تعالى ، فانظر .

ص : ١٢٨

١- (١) جامع المقاصد ٣٩ / ٤ .

٢- (٢) مسالك الأفهام ١٩٠ / ٣ .

٣- (٣) غريب الحديث ١٠ / ٢ و ٣٦ / ٣ .

٤- (٤) فوائد القواعد ٥٢١ / ٥ .

٥- (٥) مجمع الفوائد والبرهان ١٣٧ / ٨ .

يقع الكلام فى هذا المقام فى الحكمين التكليفى والوضعى :

### أما الحكم التكليفى

لا- أشكال فى حرمة التكليفيه ، لأنه خيانه و خدعه وتلبيس وتدليس وظلم وإضرار ، والعقل حاكم بقبحه . وقد ورد إءعاء الإءماع على حرمة فى بعض العبائر نحو منتهى المطلب(١) وجامع المقاصد(٢) ، وقال ابن فهد الحلئ : « ولا أعلم فى تحريمه خلفاً بين الأصحاب»(٣) . ومال إلى قبول الإءماع فى الرياض وقال : « وهو الحجه»(٤) .

ولكن الصحيح أن الأكثر يقولون بحرمة كما فى المستند(٥) ، وأما المحقق فى الشرائع(٦) والنافع(٧) والعلامه فى الإرشاد(٨) ، والفاضل الآبئ فى كشف الرموز(٩) نقل عن شيخه المحقق القول بالكراهه ، والفاضل المقداد فى التنقيح(١٠) يذهبون إلى كراهته ، وقال الشهيد فى الدروس : « وكرهه قوم والأقرب التحريم»(١١) . فالإءماع غير ثابت .

وقد ورد فى حرمة روايه عبد الله بن سنان عن أبئ عبد الله عليه السلام قال : قال رسول

ص : ١٢٩

- ١- (١) منتهى المطلب ٢ / ١٠٠٤ من الطبع الحجرئ .
- ٢- (٢) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .
- ٣- (٣) المهذب البارع ٢ / ٣٦٦ .
- ٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ٢٨٢ .
- ٥- (٥) مستند الشيعه ١٤ / ٤٣ .
- ٦- (٦) الشرائع ٢ / ١٥ .
- ٧- (٧) المختصر النافع / ١٢٠ .
- ٨- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٩ .
- ٩- (٩) كشف الرموز ١ / ٤٥٥ .
- ١٠- (١٠) التنقيح الرائع ٢ / ٤٠ .
- ١١- (١١) الدروس ٣ / ١٧٨ .



اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ : الواشمه والمتوشمه ، والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه وآله وسلم (١).

وَسَمَّ الْيَدَ : غرزها بالإبره ثم ذرَّ عليها النيلج فصار فيها رسوم وخطوط ، ويقال له بالفارسيه : « خالكوبى » .

وفى خبر أبي عبيد القاسم بن سلام بأسانيد متصله إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لا تناجشوا ولا تدابروا . معناه أن يزيد الرجل فى ثمن السلعه وهو لا يريد شراءها ولكن لیسمعه غيره فیزید لزیادته . والناجش : الخائن . وأما التدابر فالمصارعه والهجران مأخوذ من أن يولّى الرجل صاحبه دبره ويعرض عنه بوجهه (٢) .

الظاهر أن التفسير من الصدوق أو من أحد الرواه .

وقال الشيخ الطوسى : روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن النجش (٣) .

وقال أيضاً : روى عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لا تناجشوا ولا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تدابروا ، وكونوا عباد الله إخواناً (٤) .

وروى العلامة الأخير فى التذکره (٥) رسالاً .

وقد ورد فى مرسله القاضى نعمان المصرى أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن النجش (٦) .

ونحوها مرسله ابن أبى جمهور الأحسائى (٧) .

دلایله هذه الروایات على حرمة النجش واضحه ، وإنما الاشكال فى سندها ، وبعد ذهاب المشهور إلى الحرمة ینجبر ضعف أسنادها ، كما قال صاحب الحدائق : « المشهور فى كلام الأصحاب : تحريمه » (٨) . وقد مرّ نقل القول بعدم الخلاف فى تحريمه بين الأصحاب عن

ص : ١٣٠

١- (١) وسائل الشیعه ١٧ / ٤٥٨ ح ٢ .

٢- (٢) معانى الأخبار / ٢٨٤ . ونقل عنه فى وسائل الشیعه ١٧ / ٤٥٩ ح ٤ .

٣- (٣) المبسوط ٢ / ١٥٩ .

٤- (٤) المبسوط ٢ / ١٥٩ .

٥- (٥) تذکره الفقهاء ١٢ / ١٥٧ .

٦- (٦) دعائم الإسلام ٢ / ٣٠ ح ٦٢ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٨٦ ح ٢ .

٧- (٧) عوالى اللآلى ١ / ١٤٧ ح ٨٧ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٨٦ ذیل ح ٤ .

٨- (٨) الحدائق ١٨ / ٤٦ .

ابن فهد (١) والإجماع عليه عن العلامة (٢) والمحقق الثاني (٣) وسيد الرياض (٤) .

فالشهره تجبر ضعف أسناد الروايات ، ويمكن الإستناد إليها في الحرمه .

فإذا كان النجش حراماً ، فأخذ الأجره في قبالة من المنجوش أيضاً يصير حراماً .

## وأما الحكم الوضعى

(٥)

أعنى حكم المعامله التى وقع فيها النجش وحكم أخذ الزيادة التى يأخذها البائع ، فهاهنا أقوال :

الأول : البيع يكون صحيح ولا خيار للمشتري ، وهو مختار الشيخ الطوسى فى المبسوط (٤) ، وقواه فى الخلاف (٧) ، ونقل فيه أنه قول ابن أبى هريره ، وظاهر قول الشافعى وبعض أصحابه من العامه ، ونسبه العلامة فى التذكرة (٨) إلى الشافعى ، وهو مختار يحيى بن سعيد الحلبي من أصحابنا (٩) .

الثانى : يصح البيع وللمشتري الخيار مطلقاً ، وهو مختار الشيخ فى الخلاف (١٠) ، ونسبه العلامة فى المختلف (١١) إلى القاضى ابن البراج ، ونسبه الشيخ فى الخلاف (١٢) إلى أبى إسحاق

ص : ١٣١

- ١- (١) المهذب البارع ٢ / ٣٦٦ .
- ٢- (٢) منتهى المطلب ٢ / ١٠٠٤ طبع الحجرى .
- ٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .
- ٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ٢٨٢ .
- ٥- (٥) لم يتعرض الشيخ الأعظم قدس سره لهذا الحكم الوضعى فى الموردين اللذين تعرّض فيهما البحث عن النجش لا فى المكاسب المحرمه ٢ / ٦١ ولا فى أواخر البيع ٤ / ٣٥٥ .
- ٦- (٦) المبسوط ٢ / ١٥٩ .
- ٧- (٧) الخلاف ٣ / ١٧٢ مسأله ٢٨٠ .
- ٨- (٨) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٨ .
- ٩- (٩) الجامع للشرائع / ٢٥٧ .
- ١٠- (١٠) الخلاف ٣ / ١٧١ مسأله ٢٨٠ .
- ١١- (١١) مختلف الشيعة ٥ / ٤٥ .
- ١٢- (١٢) الخلاف ٣ / ١٧١ .

المروزي من أصحاب الشافعي .

الثالث : يصح البيع وللمشتري الخيار مع الغبن ، ذهب إليه المحقق في الشرائع (١) والنافع (٢) والعلامه في المنتهى (٣) والتذكرة (٤) والمختلف (٥) والقواعد (٦) والتحرير (٧) والنهاية (٨) والمحقق الثاني في جامع المقاصد (٩) والشهيد الثاني في المسالك (١٠) والمقدس الأردبيلي في مجمع الفوائد (١١) وسيد الرياض (١٢) والشيخ جعفر (١٣) والفاضل النراقي (١٤) وصاحب الجواهر (١٥) .

الرابع : بطلان البيع إذا كان النجش من البائع ، نسبه العلامه في المختلف (١٦) إلى أبي علي ابن الجنيد الإسكافي وفي التذكرة (١٧) إلى مالك من العامه .

أقول : المختار هو القول الثالث ، أي صحه البيع وثبوت الخيار للمشتري مع الغبن

ص: ١٣٢

- ١- (١) الشرائع ٢ / ١٥ .
- ٢- (٢) المختصر النافع / ١٢٠ .
- ٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠٠٤ الطبع الحجري .
- ٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٨ .
- ٥- (٥) مختلف الشيعة ٥ / ٤٥ .
- ٦- (٦) قواعد الأحكام ٢ / ١١ .
- ٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٥٢ .
- ٨- (٨) نهاية الأحكام ٢ / ٥٢٠ .
- ٩- (٩) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .
- ١٠- (١٠) المسالك ٣ / ١٩١ .
- ١١- (١١) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ١٣٧ .
- ١٢- (١٢) رياض المسائل ٨ / ٢٨٢ .
- ١٣- (١٣) شرح القواعد ١ / ٣٠٩ .
- ١٤- (١٤) مستند الشيعة ١٤ / ٤٤ .
- ١٥- (١٥) الجواهر ٢٢ / ٤٧٧ .
- ١٦- (١٦) مختلف الشيعة ٥ / ٤٤ .
- ١٧- (١٧) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٨ .

فقط ، لأنّ البيع وقع صحيحاً وتشمله العمومات الواردة في صحة البيع ، والنجش وإن ذهبنا إلى حرمة التكليفه ولكن لا تسرى الحرمة إلى البيع . نعم لو كان المشتري مغبوناً فله خيار الغبن لعموم أدلته .

ولو لم يكن للمشتري غبن فليس له خيار أصلاً . ولا فرق فيما ذكرنا أنّ يكون النجش بمواطأه البائع وعلمه أم لا . هذا ما تقتضيه قواعد الفقاهه .

**ثم إن هاهنا فروعاً :**

### **الأول : حكم النجش في غير البيع من المعاملات .**

مما ذكرنا ظهر حكمه في غير البيع من المعاملات من الإجاره والمصالحه والهبه والمضاربه والمزارعه والمساقاه ونحوها ، في الجميع يكون النجش حراماً تكليفاً ويوجب الخيار للمشتري إن بلغ إلى حد الغبن فقط .

وذهب إلى التعدى من البيع إلى غيره من المعاملات والمعاملات والشيخ جعفر(١) والفاضل النراقي(٢) والسيد العاملي(٣) قدس سرهم .

الثاني : قال العلامة في التذكرة : « ولو قال البائع : أعطيتُ في هذه السلعه كذا وكذا ، فصدّقه المشتري فاشتراها بذلك ، ثم ظهر له كذبه ، فإن البيع صحيح ، والخيار على هذين الوجهين . والأقرب عندي انتفاء الخيار هنا ، لأنّ التفريط من المشتري»(٤) .

أقول : أمّا الوجهان المذكوران في كلامه قدس سره ثبوت الخيار لأنه تدليس من جهة البائع ونفى الخيار لأنّ المشتري أفرط حيث اشترى ما لا يعرف قيمته .

فقد ذهب المحقق الثاني في هذا الفرع إلى ثبوت الخيار للمشتري مع الغبن وقال : « ولا يَأْثُمُ البائعُ إلا أن يكون كاذباً»(٥) .

ص : ١٣٣

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٠٨ .

٢- (٢) مستند الشيعة ١٤ / ٤٤ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٥١ .

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٨ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

وقال الشهيد الثاني فيه : « فإِنَّه يتخير لو ظهر الغبن وإن كان البائع صادقاً ، ولو كان كاذباً فكالنجش في التحريم ويزيد عنه بالكذب » (١).

والصحيح عندنا ثبوت الخيار للمشتري حينئذ مع الغبن وفاقاً للثانين وخلافاً للعلامه ، لأنَّ الغبن إذا ثبت يجيء خياره بلا إشكال . ولذا قال صاحب الجواهر : « ولعلَّ في حكم النجش قول البائع كذباً » أعطيتُ في هذه السلعه كذا « وصدَّقه المشتري في الحرمة والخيار مع الغبن ، ولو كان صادقاً فله الخيار خاصه معه ولا أثم » (٢).

الثالث : لو استعمل الناجش النجش لتقليل الثمن وترك الزيادة ليشتريها بالثمن القليل بلا فرق بين أن يكون بمواطأه المشتري وعدمه ، فهل يجري عليه أحكام النجش أم لا ؟

قال المحقق الثاني : « وهل المواطأه على ترك الزيادة في السلعه ليشتريها بالثمن القليل مثلها ؟ لا أعلم فيه شيئاً ، والأصل العدم ، نعم يثبت الخيار لو ظهر غبن » (٣).

وتبعه ثاني الشهيدين وقال : « ولا يلحق به ترك الزيادة في السلعه ليشتريها بالثمن القليل للأصل » (٤).

وتبعهما صاحب الجواهر وقال : « ولا يلحق بالنجش ترك الزيادة في السلعه ليشتريها بالثمن القليل وإن كان هو محرماً في بعض الأحوال المشتمله على المواطأه مع المشتري لإرادته خدعه البائع وإضراره وإغرائه بالجهل ونحو ذلك » (٥).

أقول : الظاهر أنَّ الفرع يلحق بالنجش في الحرمة التكليفيه وثبوت الخيار مع الغبن للبائع ، لاشتراكه مع النجش في الدليل ولو لم يصدق عليه النجش في مصطلح الفقهاء . خلافاً للأعلام الثلاثة ووفقاً لجدنا الشيخ جعفر حيث يقول في شرح القواعد : « ومثله في الحكم أن يواطئه المشتري في دفع الناقص ليرغب البائع في بيعه بأقل ثمن » (٦). وتبعه تلميذه في

ص : ١٣٤

١- (١) مسالك الأفهام ٣ / ١٩١ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٤٧٧ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ / ٣٩ .

٤- (٤) مسالك الأفهام ٣ / ١٩١ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٤٧٧ .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٣٠٨ .

الرابع : لو أعطى أحد المشتريين مبلغاً من المال لرفع يدهم عن الشراء وبعد ذهابهم إشتري هو بثمان بخس دراهم معدوده ، فهل يحرم هذا العمل تكليفاً أم لا ؟ وهل يوجب بطلان البيع أم لا ؟

قال الشيخ جعفر قدس سره : « ونحوه (أى نحو الفرع السابق) مواطأه المشتري فى دفع الزائد إليه والذهاب عنه ليمتنع عن بيعه برجاء الزيادة ، حتّى يتفرّق الطالبون ويبقى حيراناً ، فيشتره بأقلّ ثمن إلى غير ذلك من أسباب الحيل والخدع والمكر» (٢).

وتبعه تلميذه صاحب المفتاح (٣).

أقول : نفس أعطاء المال لغيره من المشتريين لا بأس به ، ولا يمكن الذهاب فيه إلى الحرمة التكليفية ، لعدم وجود دليل عليه ، فافترق من العلامة الجد قدس سره من هذه الناحية .

وأما الحرمة الوضعيه وبطلان البيع فهو قدس سره ونحن نقول معاً بصحة البيع حتّى لو اشتراه بثمان بخس . نعم ، للبائع خيار الغبن مع حصول التفاوت الفاحش . كما فى غيره من موارد الغبن ومع عدم الغبن ، صح البيع بلا إشكال ، والله العالم .

الخامس : حكم مدح السلعه فى البيع لينفقها ويروّجها (الإعلانات التجارية) .

قد فُسر النجش بأن يمدح السلعه فى البيع لينفقها ويروّجها لمواطأه بينه وبين البائع كما فى أقرب الموارد (٤) أو بدونها كما فى النهايه (٥) والمجمع (٦) .

ذكر العلامة الجد الشيخ جعفر قدس سره هذا التفسير ثم أتبعه بقوله : « وتحريم القسم الثانى من المعنى الثانى لا يخلو من بُعد » (٧) .

ص : ١٣٥

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٥١ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٠٨ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٥١ .

٤- (٤) أقرب الموارد ٢ / ١٢٧٤ .

٥- (٥) النهايه ٥ / ٢١ .

٦- (٦) مجمع البحرين ٤ / ١٥٤ .

٧- (٧) شرح القواعد ١ / ٣٠٧ .

وقال تلميذه صاحب الجواهر: « وعن آخر تفسيره بأن يمدح السلعه في البيع لينفقها ويروجها لمواطأه بينه وبين البائع أو بدونها على اختلاف في تعريفهم ، ولعل اعتبار المواطأه فيه غير بعيد ، وإن كان حرمه الثاني لا تخلو من قوه ، لكونه خدعاً وإغراءً وإضراراً وخيانه للمسلم»(١).

أقول : الأستاذ لا يذهب هنا إلى حرمه مدح السلعه مع عدم مواطأه البائع ويرى أن حرمته لا يخلو من بُعد ، ولكن تلميذه ذهب إلى قوه حرمه هذا المدح مطلقاً .

وقال الشيخ الأعظم تبعاً للشيخ جعفر : « وحرمة بالتفسير الثاني - خصوصاً لامع المواطأه - يحتاج إلى دليل ، وحكى الكراهه عن بعض»(٢).

وبالجملة ، مدح السلعه في البيع لينفقها ويروجها أو قبل البيع سواء كان مع مواطأه البائع أو بدونها - ومنه يظهر حكم الإعلانات التجاريه في زماننا هذا - فإن كان المدح بما ليس فيها من الأوصاف والمختصات كان حراماً من جهه الكذب ، وأما إن مدحها بما فيها من الأوصاف والمختصات فلا بأس به .

وإن مدح السلعه ولكن بالغ في المدح مع قيام القرينه على إرادته المبالغه فلا بأس به إن كان في مقام الإنشاء لعدم صدق الكذب حينئذٍ ، وإن كان في مقام الإخبار فيصدق عليه عنوان الكذب فيصير حراماً به .

وفي موارد يصير حراماً للكذب ، فأخذ الأجره على هذا المدح والإعلان أيضاً يصير حراماً وإلا فلا .

وأما ثبوت هذه الحرمة في موارد فلا - ينتقل إلى الحرمة الوضعيه ولا - يحكم ببطلان المعامله التي وقعت على هذا المدح والإعلان والتحريض ، إلا - في موارد ثبوت الخيارات المعينه من الغبن والعيب وعدم الوصف ونحوها . هذا تمام الكلام في النجش والله سبحانه هو العالم وله الحمد .

ص: ١٣٦

١- (١) الجواهر ٢٢ / ٤٧٦ .

٢- (٢) المكاسب المحرمه ٢ / ٦٢ .

يقع الكلام فيها فى مقامين :

### المقام الأول : تعريفها

قال الزمخشري : « ن م م : هو نَمَامٌ بَيْنَ النَّمِيمِ والنَّمِيمَةِ ، وهو يمشى بالنمائم ، نَمَ الحديثُ يَنْمُوهُ ، نَمَ على الرجل ، وسمعت نميمه القانص : هَمَسَ كلامه ... »(١).

وقال الفيومى : « نَمَ الرجلُ الحديثَ نَمًّا ، من بابى قتل وضرب ، سعى به لِيُوقِعَ فتنَهُ أو وحشَهُ ، فالرجل نَمٌّ ، تسميةً بالمصدر ، ونَمَامٌ مبالغةً والإسم النميمة والنمِيمُ أيضاً »(٢).

وقال ابن الأثير : « النميمة : وهى نقل الحديث من قوم إلى قوم على جهه الإفساد والشَّرِّ . وقد نَمَ الحديثَ يَنْمُوهُ وَيُنْمُوهُ نَمًّا فهو نَمَامٌ ، والإسم النميمة ، ونَمَ الحديثَ إذا ظهر ، فهو مُتَعَدِّ ولازم »(٣).

وقال ابن منظور : « النَّمُّ : التوريش والإغراء ، رفع الحديث على وجه الإشاعه والإفساد ، وقيل : تزيين الكلام بالكذب ... ثم ذكر فى تعريف النميمة ما ذكره ابن الأثير »(٤).

وقال الراغب فى ماده نَمَ : « النَّمُّ : إظهار الحديث بالوشايه ، النميمة : الوشايه »(٥).

وقال فى ماده وشى : « الواشى يُكْنَى به عن النمام »(٦).

ص: ١٣٧

١- (١) أساس البلاغه / ٤٧٣ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٦٢٦ .

٣- (٣) النهايه ٥ / ١٢٠ .

٤- (٤) لسان العرب ١٢ / ٥٩٢ .

٥- (٥) مفردات القرآن / ٥٢٧ .

٦- (٦) مفردات القرآن / ٥٦١ .



وقال الفيروزآبادى : « النَّم : التَّوْرِيْشُ وَالْإِغْرَاءُ وَرَفْعُ الْحَدِيثِ إِشَاعُهُ لَهُ وَإِفْسَادُهُ ، وَتَزْيِينُ الْكَلَامِ بِالْكَذْبِ ... » (١).

وقال الطريحي : « نمم : قوله تعالى : «مَشَاءَ بَنِيْمٍ» (٢) أى قتات نَقال للحديث من قوم إلى قوم على وجه السعايه والإفساد ، يقال : نم الحديث ينمه من باب ضرب وقتل : سعى به ليوقع فتنه أو وحشه ، فالرجل نم تسميه بالمصدر ، ونمام مبالغه والإسم النميمه والنميم . ونم الحديث : إذا ظهر ، وهو متعد ولازم ... » (٣).

وفى المنجد : « نَمَّ نَمًّا : الحديث : أظهره بالوشايه ورفعه على وجه الإشاعه والإفساد . - الحديث : ظهر - بين الناس : ورش وأغرى - الكلام : زينته بالكذب ... »

النَّمَام : الذى يتحدّث مع القوم فينمّ عليهم فيكشف ما يُكره كَشْفُهُ» (٤).

قال الشهيد الثانى : « واعلم أنّ النميمه تُطلق فى الأ-كثر على من ينمّ قول الغير إلى المقول فيه ، كما يقول : « فلان كان يتكلم فيك بكذا وكذا» ، وليست مخصوصه به ، بل تطلق على ما هو أعمّ من القول كما مرّ فى الغيبه . وحدّها بالمعنى الأعم : كشف ما يكره كشفه ، سواء كرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث ، وسواء كان الكشف بالقول أم بالكتابه أم الرمز أم الإيماء ، وسواء كان المنقول من الأعمال أم من الأقوال ، وسواء كان ذلك عيباً ونقصاناً على المنقول عنه أم لم يكن ، بل حقيقه النميمه : إفشاء السرّ وهتك الستّر عمّا يكره كشفه ، بل كلّما رآه الإنسان فى أحوال الإنسان فينبغى أن يسكت عنه إلا ما كان فى حكايته فائده لمسلم أو دفع لمعصيه ، كما إذا رأى من يتناول مال غيره فعليه أن يشهد به مراعاةً لحقّ المشهود عليه ، فأما إذا رآه يخفى مالاً لنفسه فذكره نميمه وإفشاء للسرّ ، فإن كان ما ينمّ به نقصاناً أو عيباً فى المحكى عنه كان قد جمع بين الغيبه والنميمه» (٥).

ص: ١٣٨

١- (١) قاموس اللغه / الطبع الحجرى ماده النّم .

٢- (٢) سوره القلم / ١١ .

٣- (٣) مجمع البحرين / ٥٤١ .

٤- (٤) المنجد / ٩١٦ .

٥- (٥) كشف الريبه / ٥٨ المطبوع ضمن المصنفات الأربعة .

ونقل الفيض الكاشاني هذا التعريف في كتابه المحججه البيضاء(١) من دون ذكر صاحبه ، وهكذا نقله الشيخ الأعظم في المكاسب المحرمه(٢) بعنوان القيل .

قال الشيخ جعفر : « والنميمة عليهم (أى على المؤمنين) فيزداد إثمها بنسبتها إليهم ، كالكذب عليهم - أو مطلقاً (مطلقاً ن ل) من قولهم : نَمَّ الحديث - من باب ضرب وقتل : سعى به لإيقاع فتنه أو وحشه»(٣) .

وقال تلميذه السيد العاملى : « أَمَّا النَمِيمَةُ فَهِيَ نَقْلُ الْحَدِيثِ مِنْ قَوْمٍ إِلَى قَوْمٍ عَلَى وَجْهِ السَّعْيِ وَالْإِفْسَادِ ، يُقَالُ : نَمَّ الْحَدِيثَ وَيَنَمُّهُ مِنْ بَابِ ضَرْبٍ وَقَتْلٍ ، سَعَى بِهِ لِيُوقِعَ فِتْنَةً أَوْ وَحْشَةً»(٤) .

وقال تلميذه الآخر صاحب الجواهر : « فالمراد بها (أى بالنميمة) السعاه بنقل حديث كلُّ إلى الآخر أو ما كان بمنزلة لإيقاع فتنه أو وحشه»(٥) .

وقال الشيخ الأعظم : « هى نقل قول الغير إلى المقول فيه ، كأن يقول : تكلم فلان فيك بكذا وكذا»(٦) .

وعلق المحقق الإيروانى على كلام الشيخ بقوله : « بشرط أن يكون سوءً مِنْ شتم أو غيبه ، وأما لو نقل مدحه فصدق النميمة عليه ممنوع وإن أوجب النفوره والكدوره ، كما أن إطلاق حرمة النميمة لما إذا لم توجب التوحش والتنفير ممنوع»(٧) .

أقول : ظهر مما ذكرناه أن المراد بالنميمة نقل كلام شخص إلى المقول فيه لإيقاع الفتنة والإفساد ، ولا عبره فى صدقها بكراهه الكشف مطلقاً ، سواء كانت الكراهه من المنقول عنه أم

ص : ١٣٩

- ١- (١) المحججه البيضاء ٥ / ٢٧٧ .
- ٢- (٢) المكاسب المحرمه ٢ / ٦٤ .
- ٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٣٤ .
- ٤- (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٢١ .
- ٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .
- ٦- (٦) المكاسب ٢ / ٦٣ .
- ٧- (٧) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٤٨ .

المنقول إليه أم ثالث ، بل المعيار في صدقها نقل ما يكون وقيعه بينهما .

## المقام الثاني : حكمها

### إشارة

قال العلامة : « ويحرم سبّ المؤمنين والكذب عليهم والنميمة ... بلا خلاف في ذلك كَلَّه » (١) .

وأفتى بحرمتها في القواعد (٢) والتحرير (٣) وظاهر كلامه قدس سره في كتبه الثلاثة اختصاص التحريم بالنميمة بين المؤمنين .

وتبعه الأصحاب أعلى الله كلمتهم في الحكم بالتحريم واستدلوا عليه بالأدلة الأربعة :

### الاستدلال عليها بالأدلة الأربعة

#### ١ - حكم العقل

العقل مستقلٌ بقبحها ، لأنها منشأ فساد و إفساد ، بل ربّما يترتب عليها آلاف من المفاسد ومنها : القتل . ولذا العقل يستقل بقبحها وبعد حكم العقل فبقاعده الملازمه يترتب الحكم الشرعي على حرمتها .

#### ٢ - الإجماع

الإجماع بقسميه قائم على حرمتها كما مرّ نقل عدم الخلاف في تذكره العلامة . وقال المحقق الخوئي : « لا خلاف بين المسلمين في حرمتها ، بل هي من ضروريات الإسلام ، وهي من الكبائر المهلكة ... » (٤) .

وأدعى الفقيه السبزواري : « إجماع المسلمين على حرمتها » (٥) .

أقول : الإجماع بين المسلمين قائم على حرمتها ، ولكنه إجماع مدركي فلا يفيد شيئاً في المقام .

ص : ١٤٠

١- (١) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .

٢- (٢) قواعد الأحكام ٨ / ٢ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ مسألة ٣٠١٨ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤٣٢ .

٥- (٥) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦٨ .

قد استدلووا على حرمتها بعدّه من الآيات الشريفه :

منها : قوله تعالى : «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» (١).

قال الشيخ جعفر : « وهى المعنيّه بقوله تعالى : «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» (٢) .

وتبعه تلميذه فى الجواهر وقال : « ولعلّها المراد بقوله تعالى : «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» (٣) .

والظاهر من الشيخ الأعظم (٤) قوله ، لأنه ذكره بعنوان القيل ولم يستشكل عليه .

ولكن قال الشيخ الطوسى : « قوله «وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» معناه الفتنه فى الدين - وهى الكفر - أعظم من القتل فى الشهر الحرام» (٥) .

وتبعه الطبرسى فى مجمع البيان (٦) ، وقال فى جوامع الجامع : « الفتنه : الإخراج أو الشرك» (٧) .

وفى تفسير القمى : « والفتنه - يعنى الكفر بالله - أكبر من القتل» (٨) .

وفى نهج البيان : « عن أبى جعفر عليه السلام : الفتنه هيها : الشرك» (٩) .

فعلى ما ذكرناه من أعلام المفسرين الفتنه فى الآيه الشريفه هى الكفر والشرك فلا تشمل النيمه . فالاستدلال بها على حرمتها غير تام .

ص: ١٤١

١- (١) سورة البقره / ٢١٧ .

٢- (٢) شرح القواعد / ١ / ٢٣٤ .

٣- (٣) الجواهر / ٢٢ / ٧٣ .

٤- (٤) المكاسب / ٢ / ٦٣ .

٥- (٥) التبيان / ٢ / ٢٠٧ .

٦- (٦) مجمع البيان / ٢ / ٣١٢ .

٧- (٧) جوامع الجامع / ١ / ١١٩ .

٨- (٨) تفسير القمى / ١ / ٧١ .

٩- (٩) نهج البيان / ١ / ٥٢ ونقل عنه فى البرهان / ١ / ٤٥٤ ح ٢ .

ومنها: قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ» (١).

بتقريب: أنّ النمام قاطع لما أمر الله به أن يوصل من بسط المحبة فيما بين المؤمنين وتأليف قلوبهم ، ويفسد في الأرض فساداً كبيراً فتلحق به اللعنة وسوء الدار .

وبعبارة أخرى وأوجز: النمام قاطع أمر الله بصلته ، مضافاً إلى إفساده وأنه مفسدٌ .

وفيه: أن الآية الشريفه أجنيبه عن النميمه ، لأنها بقرينه الآيات الواردة قبلها من قوله تعالى: «الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ» إلى قوله: «فَنِعْمَ عُقْبَى الدَّارِ» (٢) وردت في شأن ولاية أمير المؤمنين عليه السلام وأولاده المعصومين عليهم السلام وعبر عنها بعهد الله والميثاق وما أمر الله به أن يوصل ، وهي رحم آل محمد عليهم السلام كما ورد ذلك في خبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام قال: إنّ رحم آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم معلقه بالعرش تقول: اللهم صل من وصل مني وأقطع من قطعني ، وهي تجرى في كل رحم ، ونزلت هذه الآية في آل محمد وما عاهدهم عليه وما أخذ عليهم من الميثاق في الذر من ولايه أمير المؤمنين والأئمة عليهم السلام ، وهو قوله: «الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ» الآية ، ثم ذكر أعداءهم فقال: «الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ» يعني في أمير المؤمنين عليه السلام ، وهو الذي أخذ عليهم في الذر وأخذ عليهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بغدير خم ، ثم قال: «أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ» (٣).

نعم ، يمكن التعدى من رحم آل محمد عليهم السلام إلى كل رحم ، كما ورد في خبر محمد بن مسلم أو أبي حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: قال لى بن الحسین عليه السلام: يا بنی أنظر خمسة فلا تصاحبهم ولا تحادثهم ولا ترافقهم في طريق ، فقلت: يا أبا من هم ؟ قال: إياك ومصاحبه الكذاب ... وإياك ومصاحبه الفاسق ... وإياك ومصاحبه البخيل ... وإياك ومصاحبه الأحمق ... إلى أن قال: إياك ومصاحبه القاطع لرحمه فإنه وجدته ملعوناً في كتاب الله عز وجل في ثلاث مواضع ، قال الله عز وجل ... وقال: «الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ

ص: ١٤٢

١- (١) سورة الرعد / ٢٥ .

٢- (٢) سورة الرعد / (٢٤ - ٢٠) .

٣- (٣) تفسير القمي ١ / ٣٦٣ ونقل عنه في البرهان ٣ / ٢٤٦ ح ٧ .

مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ... (١).

ومن المعلوم أنّ ولاية أمير المؤمنين عليه السلام وأولاده ورحمه بل كلّ رحم ، غير النميمة التي نبحت عنها . فالآية الشريفه أجنيبه عنها .

وأما الاستدلال على حرمتها بقوله تعالى في آخر الآية : «وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ» بأنّ النميمة يوجب الفساد والنّمام مفسد أيضاً ، غير تام . لأنّ الآية الشريفه تدلّ على حرمة الفساد والإفساد ولا تدلّ على حرمة النميمة . وغايه ما يمكن أن يقال : أنّ الآية الشريفه تحرم النميمة التي توجب قطع الرحم أو الفساد والإفساد ، ولكن حرمة قطع الرحم والفساد والإفساد في الآية واضحة ولكن النميمة يمكن أن لا يترتب عليها شيء من الأمور المذكوره ، فحينئذ حرمتها لا تُستفاد من الآية الشريفه .

ومنها : قوله تعالى «هَمَّازٌ مَّشَاءٌ بِنَمِيمٍ» (٢) .

بتقريب : أنّه تعالى نهى عن طاعه جماعه منهم : النميم ، فنفس النهى عن إطاعتهم يدلّ على حرمة فعلهم . بل عدّ الله تعالى في الآية الشريفه النميمة من الصفات الرذيله القبيحه ، وما شأنها كذلك لا بدّ من حرمتها .

ولكن نقل شيخنا الأستاذ - مدظله - عن أستاذه المحقق الخوئي قدس سره « بأنّ مدلولها حرمة المبالغه في النميمة ، ولا تدلّ على حرمة أصلها» (٣) .

ثمّ أورد عليه بقوله : « لا - دلالة لها على حرمتها أصلاً لا مع المبالغه ولا بدونها ، بل هي وارده في بيان حكم آخر ، وهو عدم جواز الإتياع والطاعة للحلاف الهماز المشاء بنميم مناع للخير معتد أثيم» (٤) .

ولكن لا يبعد أن يقال : بأنّ ما يوجب حرمة طاعتهم وإتباعهم هو أفعالهم ، فما ورد في

ص : ١٤٣

١- (١) الكافي ٢ / ٣٧٦ ح ٧ .

٢- (٢) سورة القلم / ١١ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٦ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٦ .

الآيات الشريفة وهو من قبيل فعل يُستفاد حرمتها ، قال الله تعالى : «وَلَا تُطْعَمُ كُلَّ حَلَّافٍ مَّهِينٍ \* هَمَّازٍ مَشَاءٍ بِنَمِيمٍ \* مَنَاعٌ لِلْخَيْرِ مُعْتَدٍ أَثِيمٍ \* عَتَلٌ بَعِيدٌ ذَلِكَ زَنِيمٌ» (١). فعلى ما ذكرنا الآيات تدلُّ على حرمة فعل الحلاف والهَمَّاز (٢) والمَشَاءُ بنميمة ومَنَاعُ الخير والإعتداء والأثيم . والعتل : العظیم الكفر المستهزىء بكفره . والزنيمة : الدعى ، وهو الذى لا أصل له ، وهذا الأخير لم يكن بفعل . وأمّا كل ما كان من قبيل الفعل فالآية أشارت إلى حرمتها . وما يكون حراماً يكون المبالغة فيه أيضاً بطريق أولى حراماً . فتأمل .

#### ٤ - السنه

قد وردت الروايات المستفيضه بل المتواتره على حرمتها :

منها : صحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ألا- أنبئكم بشراركم ؟ قالوا : بلى يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، قال : المشاؤون بالنميمة ، المفرقون بين الأحبه ، الباغون للبراء المعاييب (٣) .

ومنها : صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال : الجنه محرّمه على القَتَاتين المشائين بالنميمة (٤) .

القَتَات : النّمام .

ومنها : موثقه عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آباءه عليهم السلام قال : قال على عليه السلام : تحرم الجنه على ثلاثه : على المَنَّان ، وعلى القَتَات ، وعلى مدمن الخمر (٥) .

ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال : حرمت الجنه على ثلاثه : ال-نّمام ، ومدمن الخمر ، والديوث وهو الفاجر (٦) .

ص : ١٤٤

١- (١) سورة القلم / (١٣ - ١٠) .

٢- (٢) الهَمَزَة : الكثير الطعن على غيره بغير حق ، العائب له بما ليس بعيب ، راجع مجمع البيان ١٠ / ٥٣٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٦ ح ١ . الباب ١٦٤ من أبواب أحكام العشرة .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٦ ح ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٨ ح ٨ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٨ ح ٩ .

والروايات الواردة في هذا المجال متواتره ، فإن شئت راجع الكافي ٢ / ٣٦٩ وعقاب الأعمال / ٢٦٢ والوافي ٥ / ٩٨١ وبحار الأنوار ٧٢ / ٢٦٣ ووسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٦ ومستدرک الوسائل ٩ / ١٤٩ وجامع أحاديث الشيعة ٢٠ / ٥٦٦ وكتابي موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ٤٢٦ وغيرها من كتب الأخبار .

**ثم إن هاهنا فروعاً لا بد من التنبيه عليها :**

### **الأول : هل النميمه مطلقاً تكون حراماً**

الأول : هل النميمه مطلقاً تكون حراماً أم إذا كانت بين المسلمين فقط أو بين المؤمنين فقط . ثلاث احتمالات ، ولكن الروايات الواردة في المقام مطلقه ، فلا وجه لتخصيصها بالمسلمين والمؤمنين فقط .

نعم ، قد يجوز بل يستحب بل يجب إيقاع الفتنة بين المشركين وتفريق كلمتهم وكسر شوكتهم وتقويه المحققين على المبطلين ، ولكن هذا في مقام الحرب والدفاع ودفع الضرر عن نفسه أو غيره من المؤمنين ، فتجوز أو تجب للضروره وجريان قواعد باب التراحم .

### **الثاني : النسبه بينها وبين الغيبه وبينها وبين الكذب وبينها وبين ذى اللسانين والوجهين**

الثاني : النسبه بينها وبين الغيبه وبينها وبين الكذب وبينها وبين ذى اللسانين والوجهين عموم وخصوص من وجه ، يشتد العقاب والإثم في مورد الاجتماع ولكل حكمه في مورد الإفتراق .

### **الثالث: استماع النميمه**

الثالث : قال الشيخ جعفر قدس سره : « وفي الأخبار ما يدل على حرمه استماعها» (١) .

وتبعه تلميذه صاحب الجواهر وقال : « بل في بعض الأخبار ما يدل على حرمه استماعها أيضاً» (٢) .

أقول : لم أجد ما ذكره في رواياتنا ، ولعلهما وجدا ذلك ولم يصل إلينا ، والله العالم .

### **الرابع: لا تختص بالأقوال والأفعال**

الرابع : قال صاحب الجواهر : « الظاهر عدم اختصاصها بالأقوال كما أوأنا إليه سابقاً ، بل تكون بالكتابه والرمز والغمز» (٣) .

ص: ١٤٥

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٣٤ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .



أقول : هذا البيان منه قدس سره متين جداً ، وتبع الشهيد الثاني(١) في هذا ، المجال لعدم اختصاص النميمة بالقول ، بل يمكن أن تكون بالكتابه وغيرها . للعموم الوارد في بعض الروايات وتشملها إطلاقات حرمة النميمة .

### الخامس: لا تختص بكون المنقول قولاً أو عيباً أو

الخامس : قال صاحب الجواهر : « وعدم اختصاصها بكون المنقول قولاً أو عيباً أو ما يقتضى نقصاً ، ضروره كون حقيقتها إفشاء السر وهتك الستر عمّا يكره كشفه»(٢) .

أقول : ما ذكره قدس سره من عدم الاختصاص تامّ وأمّا تعليقه فليس بتمام عندنا ، لأنّ حقيقتها ما يكون وقيعه بين المنقول والمنقول إليه(٣) لا ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره من إفشاء السر وهتك الستر عمّا يكره كشفه .

### السادس : هل هي من الكبائر ؟

ذهب الشيخ الأعظم(٤) قدس سره إلى أنّها من الكبائر ، وتبعه عمّن الأكرم آيه الله الحاج الشيخ محمد على النجفي المتوفى عام ١٣١٨ في رسالته في المعاصى الكبيره(٥) والمحقق الخوئي(٦) والفقيه السبزواري(٧) . ويمكن تأييد الأعلام بما ورد في بعض الروايات :

منها : خبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأبي ذر رضى الله عنه (٨) .

ومنها : خبر حفص بن غياث(٩) .

ومنها : خبر آخر خطبه خطبها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه(١٠) .

ص: ١٤٦

١- (١) كشف الريبه / ٥٨ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٧٣ .

٣- (٣) كما عن شيخنا الأستاذ مدظله في إرشاد الطالب ١ / ٢٥٦ .

٤- (٤) المكاسب المحرمه ٢ / ٦٣ .

٥- (٥) معاصى كبيره / ٨٠ .

٦- (٦) مصباح الفقاهه ١ / ٤٣٢ .

٧- (٧) مهذب الأحكام ١٦ / ١٦٨ .

٨- (٨) وسائل الشيعه ١٢ / ٣٠٧ ح ٤ .

٩- (٩) وسائل الشيعه ١٢ / ٣٠٧ ح ٥ .

١٠- (١٠) وسائل الشيعه ١٢ / ٣٠٨ ح ٦ .

ومنها : خبر الربيع صاحب المنصور(١).

ومنها : مرسله أبي منصور الطبرسي في الإحتجاج(٢).

ومنها : مرسله القطب الراوندى(٣).

ومنها : خبر عبد العظيم الحسنى عن أبي جعفر محمد بن على الجواد عليه السلام(٤).

ومنها : مرسله الطبرسي عن البراء بن عازب(٥).

فيمكن من هذه الروايات المستفيضه استفاده كونها من الكبائر ، والله سبحانه هو العالم .

ص: ١٤٧

---

١- (١) وسائل الشيعة ١٢ / ٣٠٩ ح ١٠ .

٢- (٢) الإحتجاج ٢ / ٣٤٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٩ / ١٥١ ح ٧ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ٩ / ١٥١ ح ٨ .

٤- (٤) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢ / ١٠ ح ٢٤ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١١ / ٢٤٩ ح ١٢ .

٥- (٥) مجمع البيان ٥ / ٤٢٣ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٢٠ / ٥٢٧ ح ٢٣ .

قال الزمخشري : « ن و ح - ناحت على الميت نوحاً ونياحه ، وهي نَوَاحِه بنى فلان ، ونساء نَوَائِحُ ونوُحُ وأنوَّاحُ ، واجتمعن في المناحه والمناحات والمناوح ، والطيَرُ تَنوُحُ وتَتَنوُحُ » (١).

وقال الفيومي : « ناحت المرأة على الميت نوحاً من باب قال ، والاسم : التَّوَّاحُ وزان غُرَابٍ ، وربّما قيل النِّياحُ بالكسر ، فهي نَائِحَةٌ ، والنياحه بالكسر اسم منه ، والمناحه بفتح الميم موضع النوح ... » (٢).

وقال الفيروز آبادي : « التناوح : التقابل ، وناحت المرأة زوجها وعليه نوحاً ونواحاً بالضم ونياحاً ونياحه بكسرهما ومناحاً ، والاسم : النياحه ، ونساء نُوْحُ وأنوَّاحُ ونوَّح ونوائِحُ ونائحات ، وكنا في مناحه فلان ... » (٣).

وقال الطريحي : « وناحت المرأة تنوح نوحاً ونياحاً ، والاسم النياحه بالكسر ، ونساء نوائِح ونائحات ، والتناوح : التقابل ، ومنه سميت النوائِح لأنَّ بعضهنَّ يقابلن بعضاً ... » (٤).

وقال ابن منظور : « نوح ، التَّوْحُ مصدر نَاحَ يَنوُحُ نوحاً ، ويقال : نائحه ذات نياحه ، وتَوَّاحُهُ ذات مَنَاحِهِ . والمناحه : الاسم ويجمع على المناحات والمناوح . والنوائِح : اسم يقع على النساء يجتمعن في مناحه ويُجمع على الأنوَّاح ، قال لبيد :

قوماً تَنوُحان مع الأنوَّاح

ص: ١٤٨

١- (١) أساس البلاغه / ٤٧٦ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٦٢٩ .

٣- (٣) قاموس اللغة / الطبع الحجري ماده التناوح .

٤- (٤) مجمع البحرين / ١٩١ الطبع الحجري .

نساء نَوَّحٌ وأنواعٌ ونَوَّحٌ ونائحاتٌ ... والمناحهُ والنَّوْحُ : النساء يجتمعن للحزن ... «(١)» .

## الأقوال فى النباحه

ذهب الأصحاب قدس سرهم إلى أقوال مختلفه فى المقام :

- ١ - حرمه النوح مطلقاً ، كما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط(٢) وأدعى عليه الإجماع ، وابن حمزه فى الوسيله(٣) .
- ٢ - كراهه النوح مطلقاً ، وهو ظاهر الشيخ فى التهذيب(٤) ، وقال سيد الرياض : « نعم ، الكراهه على الإطلاق غير بعيدة»(٥) ، ومال إليه الشيخ جعفر(٦) وتبعهما السيد العاملى فقال : « والقول بالكراهه مطلقاً غير بعيد»(٧) ، وتبعهم فى الجواهر فقال : « نعم ، لا يبعد الحكم بكراهه للخبر بل لا يبعد شدتها مع الشرط ... »(٨) .
- ٣ - التفصيل بين النوح بالباطل فيحرم والنوح بالحق فيجوز ، وذهب إليه المشهور : منهم المفيد فى المقنعه(٩) والشيخ فى النهايه(١٠) وسالار فى المراسم(١١) وابن إدريس فى

ص : ١٤٩

- 
- ١- (١) لسان العرب ٢ / ٦٢٧ .
  - ٢- (٢) المبسوط ١ / ١٨٩ .
  - ٣- (٣) الوسيله / ٦٩ .
  - ٤- (٤) التهذيب ٦ / ٣٥٩ ذيل ح ١٤٩ .
  - ٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٦١ .
  - ٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٠٣ .
  - ٧- (٧) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٨٣ .
  - ٨- (٨) الجواهر ٢٢ / ٥٥ .
  - ٩- (٩) المقنعه / ٥٨٨ .
  - ١٠- (١٠) النهايه / ٣٦٥ .
  - ١١- (١١) المراسم / ١٧٠ .

السرائر (١) والمحقق فى الشرائع (٢) والنافع (٣) والعلامه فى المنتهى (٤) - وأدعى فيه على طرفى التفصيل الإجماع - والتذكرة (٥) والقواعد (٦) والتحرير (٧) والإرشاد (٨) والنهايه (٩) والشهيد فى الدروس (١٠) واللمعه (١١) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد (١٢) وثانى الشهيدى فى الروضه (١٣) والمسالك (١٤) والأردبىلى فى مجمع الفائده (١٥) والمحقق السبزوارى فى الكفايه (١٦) والشيخ يوسف فى الحدائق (١٧) .

والمراد بالنياحه بالحق ذكر أوصاف الميت الموجوده فيه والمستحسن شرعاً أو عرفاً نحو وا رجلاه ، وا كريمه ، وا أبا الأيتام ، وازوج الأرامل .

والمراد بالنياحه بالباطل ذكر الأوصاف التى لم يستحسن شرعاً أو عرفاً ، نحو : وا

ص: ١٥٠

- ١- (١) السرائر ٢ / ٢٢٢ .
- ٢- (٢) الشرائع ٢ / ٤ .
- ٣- (٣) المختصر النافع / ١١٧ .
- ٤- (٤) منتهى المطلب ٧ / ٤٢٣ .
- ٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٣٤ مسأله ٦٤٠ .
- ٦- (٦) القواعد ٢ / ٨ .
- ٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٥٩ .
- ٨- (٨) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٧ .
- ٩- (٩) نهايه الإحكام ٢ / ٤٦٩ .
- ١٠- (١٠) الدروس ٣ / ١٦٢ .
- ١١- (١١) اللمعه / ١٠٨ .
- ١٢- (١٢) جامع المقاصد ٤ / ٢٤ .
- ١٣- (١٣) الروضه البهيه ٣ / ٢١٣ .
- ١٤- (١٤) المسالك ٣ / ١٢٧ .
- ١٥- (١٥) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٧٥ .
- ١٦- (١٦) الكفايه ١ / ٤٣٥ .
- ١٧- (١٧) الحدائق ١٨ / ١٣٦ .

شارب خمره ، واقتلاه ، واظالمه ، واذا زانياه ، واأكل المال بباطلاه .

وأما الكذب والتغنى واستعمال آيات الله واختلاط الرجال والنساء في النياحه وتحريك الرجال بتلطيف صوتها ونحوها محرّمات أخرى ولكنها غير داخله في النوح بالباطل ، وان اختلط الأمر على بعض ، والله العاصم .

والقائلون بالتفصيل وجواز النوح بالحق ذهبوا إلى أقوال ثلاثة :

الف : ذهب بعضهم إلى جواز النوح بالحق من دون كراهه ، وهو ظاهر ثانياً الشهيدين (١) والأردبيلي (٢) وصاحب الحدائق ، وحمل الأخير روايات الكراهه على التقيه (٣) .

ب : وذهب بعضهم إلى الجواز مع كراهه ، كما نسبه المحقق الخوئي (٤) إليهم .

ج : وذهب بعضهم إلى أنّ النوح بالحق إذا اشترط فيه الأجره كان مكروهاً وإلا فلا بأس به ، كما نص عليه العلامة في التذكرة (٥) والنهايه (٦) والتحرير (٧) .

ولتحقيق الأقوال فلا بدّ من المراجعه إلى الروايات والجمع بينها ، ولذا نقول :

## الروايات

## إشاره

الوارده في النياحه على طوائف :

## الطائفة الأولى:

الطائفة الأولى : ما دلّ على المنع من النياحه مطلقاً ، سواء كانت بالباطل أم بالحق :

منها : خبر عمران بن إسحاق الزعفراني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : مَنْ أُنعم الله عليه بنعمه فجاء عند تلك النعمه بمزمار فقد كفرها ، ومن أُصيب بمصيبه فجاء عند تلك المصيبه

ص: ١٥١

١- (١) المسالك ٣ / ١٢٦ .

٢- (٢) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٧٥ .

٣- (٣) الحدائق ٤ / ١٦٨ .

- ٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤٣٤ .
- ٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٣٤ .
- ٦- (٦) نهاية الأحكام ٢ / ٤٦٩ .
- ٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعية ٢ / ٢٦٠ .

بنائحه فقد كفرها(١).

ومنها : خبر مناهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم : أنه نهى عن الرثه عند المصيبة ، ونهى عن النياحه والاستماع إليها ، ونهى عن تصفيق الوجه(٢).

رَنَ : رفع صوتُه بالبكاء .

ومنها : خبر الحسين بن زيد بن علي عن أبيه عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أربعه لا- تزال في أمتي إلى يوم القيامة : الفخر بالأحساب ، والطعن في الأنساب ، والاستسقاء بالنجوم ، وإنَّ النائحه إذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة وعليها سربال من قَطْران ودرع من جَرَب(٣).

القَطْران والقَطْران والقَطْران : سيالٌ دهني يتخذ من بعض الأشجار كالصنوبر والأرز . الجَرَب : وهو داء يُحدث في الجلد بثوراً صغراً لها حكة شديده .

ونحوها مختصراً مرسله القاضي نعمان المصري في الدعائم(٤).

ومنها : مرسله أخرى للقاضي نعمان عن علي عليه السلام أنه كتب إلى رفاعه بن شداد قاضيه على الأهواز : « وإياك والنوح على الميت ببلد يكون لك به سلطان(٥) » .

ومنها : مرسله ثالثة له عن علي عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : صوتان ملعونان يبغضها الله : إعوال عند مصيبه ، وصوت عند نغمه ، يعنى النوح والغناء(٦) .

ومنها : خبر جابر في حديث وفاه إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : فقال عبد الرحمن : أتبكي يا رسول الله ! أو لم تنه عن البكاء ؟ قال : لا ولكن نهيتُ عن النوح ، الحديث(٧) .

ص: ١٥٢

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٧ ح ٥ . الباب ١٧ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٨ ح ١١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٨ ح ١٢ .

٤- (٤) دعائم الإسلام ١ / ٢٢٦ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣ / ٩٣ ح ٢ .

٥- (٥) دعائم الإسلام ١ / ٢٢٧ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣ / ٩٣ ح ٣ .

٦- (٦) دعائم الإسلام ١ / ٢٢٧ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣ / ٩٣ ح ٤ .

٧- (٧) كتاب التعازي / ٩ ح ٨ ونقل عنه في مستدرك الوسائل ١٣ / ٩٤ ح ٥ .



ومنها : مرسله القطب الراوندى أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لعن أربعة : امرأه تخون زوجها فى ماله أو فى نفسها ، والنائحه ، والعاصيه لزوجها ، والعاق(١) .

وأنت تجد ضعف أسناد هذه الطائفة وإرسالها .

### الطائفة الثانيه:

الطائفة الثانيه : ما دلّ على الكراهه مطلقاً :

منها : موثقه سماعه قال : سألته عن كسب المغنيه والنائحه ، فكرهه(٢) .

ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن النوح على الميت أ يصلح ؟ قال : يكره(٣) .

ومنها : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن النوح فكرهه(٤) .

وحمل الكراهه فى هذه الروايات الثلاث على الكراهه المصطلحه مشكلاً ولذا تحمل على التحريم والمنع مطلقاً ، فتلحق بالطائفة الأولى .

### الطائفة الثالثه:

الطائفة الثالثه : ما دلّ على جواز النياحه وجواز أخذ الأجره عليها مطلقاً :

منها : موثقه بل صحيحه يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال لى أبى : يا جعفر أوقف لى من مالى كذا وكذا لنوادب تندبني عشر سنين بمنى أيام منى(٥) .

قال العلامة الحلبي : « الندب لا- بأس به ، وهو عباره عن تعديد محاسن الميت وما يلحقون بفقده بلفظه النداء ب- « وا » ، مثل قولهم : وا رجلاه ، وا كريماه ، وا انقطاع ظهراه ، وا مصيبتاه ... »(٦) .

وقال فى الحدائق : « قيل : الندب أن تذكر النائحه الميت بأحسن أوصافه وأفعاله

ص: ١٥٣

١- (١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٤ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٨ ح ٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٩ ح ١٣ .

- ٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٩ ح ١٤ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٢٥ ح ١ .
- ٦- (٦) منتهى المطلب ٧ / ٤٢٢ .

والبكاء عليه ، الاسم : التُدْبِه - بالضم - . قال بعض مشايخنا : يدلُّ الخبر على رجحان الندبه عليهم وإقامه مأتم لهم ، لما فيه من تشييد حُبهم وبغض ظالمهم فى القلوب ، وهما العمده فى الإيمان ، فالظاهر : اختصاصه بهم عليهم السلام ، لما ذكرنا . انتهى»(١) .

أقول : لا وجه للاختصاص ، لاسيما إذا كان المجلس مجلس ذكر وموعظه ونصيحه وتوسل وتوبه ودعاء وقراءه القرآن ونحوها ، وإيصال ثوابها إلى روح الميت .

ومنها : صحيحه أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام قال : مات الوليد بن المغيره ، فقالت أم سلمه للنبي صلى الله عليه وآله وسلم : إن آل المغيره قد أقاموا مناحه فأذهب إليهم ؟ فأذن لها فلبست ثيابها وتهيتت وكانت من حسننها كأنها جانٌّ وكانت إذا قامت فأرخت شعرها وجلل جسدها وعقدت بطرفيه خلخالها ، فندبت ابن عمها بين يدي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت :

أنعى الوليد بن الوليد أبا الوليد فتى العشيره

حامى الحقيقه ماجد يسمو إلى طلب الوتيره

قد كان غيثاً فى السنين وجعفرأ غَدَقاً وميرَه

فما عاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذلك ولا قال شيئاً(٢) .

الجعفر : النهر الواسع والملاّن . والغدق : الماء الكثير ، ومنه الآية «مَاء غَدَقاً»(٣) . والميره : الطعام . كذا فى الحدائق(٤) .

ومنها : خبر عذافر قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام وسئل عن كسب النائحه ؟ فقال : تستحلّه بضرب إحدى يديها على الأخرى(٥) .

الروايه ضعيفه الإسناد بروايه الكلينى ، لأنّ فيها عذافر بن عيسى الخزاعى الصيرفى

ص : ١٥٤

١- (١) الحدائق ١٨ / ١٣٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٥ ح ٢ .

٣- (٣) سوره الجن / ١٦ .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ١٣٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٦ ح ٤ .

الكوفي ، وهو إمامى مجهول(١). ورواها الصدوق(٢) مرسلاً . والظاهر أنّ المراد بالروايه تصحيح أخذ الأجره بما فعلت النائحه من ضرب إحدى يديها على الأخرى .

ومنها : صحيحه أبى بصير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : لا بأس بأجر النائحه التى تنوح على الميت(٣).

ورواها الصدوق بسنده الصحيح فى الفقيه(٤).

ومنها : مرسله الصدوق أنّه سئل الصادق عليه السلام عن أجر النائحه ؟ فقال : لا بأس به ، وقد نوح على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (٥).

### الطائفة الرابعه:

الطائفة الرابعه : ما دلّ على جواز كسبها إذا قالت صدقاً وعدمه إذا قالت كذباً :

منها : خبر خديجه بنت عمر بن على بن الحسين - فى حديث - قالت : سمعت عمى محمد بن على عليه السلام يقول : إنّما تحتاج المرأه إلى النوح لتسيل دمعها ، ولا ينبغى لها أن تقول هُجراً ، فإذا جاء الليل فلا تؤذى الملائكه بالنوح(٦).

الهَجْر : الإفحاش والخنا كما فى الصحاح(٧) والقبيح من الكلام والإفحاش فى النطق كما فى المنجد(٨).

قال فى الجواهر : « فيراد به (أى بالهَجْر) حينئذ تعداد أفعاله القبيحه وصفاته المذمومه شرعاً ، نحو النياحه على بعض الناس بذكر تهتكهم فى المحرّمات من الزنا واللواط وقتل النفوس والسرقة والنهب ونحو ذلك ، ما لا يشمل المبالغه فى المدح ... »(٩).

ص: ١٥٥

١- (١) نتائج التنقيح / ١٠١ .

٢- (٢) الفقيه ٣ / ١٦٢ ح ٣٥٩٢ و ١ / ١٨٣ ح ٥٥٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٧ ح ٧ .

٤- (٤) الفقيه ٣ / ١٦١ ح ٣٥٨٩ .

٥- (٥) الفقيه ١ / ١٨٣ ح ٥٥١ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٨ ح ١٠ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٧ ح ٦ .

٧- (٧) الصحاح ٢ / ٨٥١ .

٨- (٨) المنجد / ٩٣٨ .

٩- (٩) الجواهر ٢٢ / ٥٥ .

الظاهر أن ما ذكره صاحب الجواهر في معنى الهجر ، هو معنى النياحه بالباطل كما سبق ، وأما معنى الهجر هو الذى مرّ منا آنفاً من الصحاح والمنجد .

ومنها : مرسله الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ولا بأس بكسب النائح إذا قالت صدقاً (١) .

ورواها في الفقه الرضوى / ٢٥٢ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ٩٣ ح ١ .

### الطائفة الخامسة:

الطائفة الخامسة : ما دلّ على منع المشارطه :

وهي موثقه حنان بن سدير قال : كانت امرأه معنا في الحى ولها جاريه نائحه ، فجاءت إلى أبي فقالت : يا عمّ أنت تعلم أن معيشتى من الله ثم من هذه الجاريه ، فأحبّ أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك ، فإن كان حلالاً وإلاّ بعثتها وأكلت من ثمنها حتّى يأتى الله بالفرج ، فقال لها أبى : والله إننى لأعظم أبا عبد الله عليه السلام أن أسأله عن هذه المسأله . قال : فلما قدمنا عليه أخبرته أنا بذلك ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : أتشارط ؟ فقلت : والله ما أدري تشارط أم لا ، فقال : قل لها لا تشارط وتقبل ما أعطيت (٢) .

رواها الشيخ بسنده الموثق في التهذيب ٦ / ٣٥٨ والاستبصار ٣ / ٦٠ ، وكذا رواها الحميرى في قرب الإسناد / ١٢٣ ح ٤٣٤ .

أقول : الطائفتان الأوليان تدلان على المنع والحرمة بوضوح ، والطائفة الثالثة تدلّ على الجواز بوضوح ، فلذا لا بدّ من حمل الأوليين إمّا على التقية كما ذهب إليه صاحب الحدائق (٣) أو على الكراهه المصطلحه كما مال إليه أصحاب الرياض (٤) وشرح القواعد (٥) والمفتاح (٦) والجواهر (٧) .

ص: ١٥٦

١- (١) الفقيه ٣ / ١٦٢ ح ٣٥٩١ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٧ / ١٢٨ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٧ / ١٢٦ ح ٣ .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ١٤٠ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٦١ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٠٣ .

٦- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ١٨٣ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ٥٥ .

وعلى الحملين يجوز أخذ الأجره عليها . وأمّا الخامسة من الطوائف فتدلّ على كراهه أخذ الأجره مع المشارطه فنحملها على التقيه أو نذهب إلى شدّه الكراهه على حمل الكراهه المصطلحه .

وأما الطائفه الرابعه : أيضاً نأخذ بها ، لأنّ الكذب من المحرّمات الشرعيه ، فأخذ الأجره في قبالة أيضاً من المحرّمات . وكذلك لا يجوز التغنى واستعمال آلات الملاهى والموسيقى وإسماع صوتها الأجنب إذا كان فيه كيفيه توجب الريبه لهم ، ولكن كلّ ذلك خارج عن موضوع النياحه .

والحاصل ، أنّ النياحه لكل أحدٍ إمّا تجوز مطلقاً بناءً على حمل الروايات المانع على التقيه كما هو الظاهر ، وإمّا تكراهه بالكراهه المصطلحه بناءً على حملها عليها . وفي صورتين يجوز أخذ الأجره عليها ويكره في الأخير ، ويكره الأخذ مع الشرط أو هو أشدّ كراهه مع المشارطه . هذا حكم النياحه بالنسبه إلى عموم الناس .

### النياحه على المعصومين عليهم السلام

وأما النياحه بالنسبه إلى المعصومين عليهم السلام - نحو النياحه على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبنته سيده نساء العالمين فاطمه الزهراء الشهيده عليها السلام وأمير المؤمنين عليه السلام والأئمه من ولده سلام الله عليهم أجمعين - فإنّها تدخل في ترويح الشعائر الإسلاميه ويحكم باستحبابها بلاخلاف ، بل يمكن القول بوجوبها الكفائي في بعض الأحيان ، وتدلّ عليه مضافاً إلى إطلاق قوله تعالى : «وَمَنْ يُعْظَمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ»<sup>(١)</sup> ، المتواتر من الروايات :

منها : معتبره بكر بن محمد الأزدي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : تجلسون وتتحادثون ؟ قال : قلت : جعلت فداك ، نعم . قال : إنّ تلك المجالس أحبّها فأحيوا أمرنا إنّّه من ذكرنا أو ذكرنا عنده فخرج من عينه مثل جناح الذباب غفر الله له ذنوبه ولو كانت أكثر من زبد البحر<sup>(٢)</sup> .

ص: ١٥٧

١- (١) سورة الحج / ٣٢ .

٢- (٢) ثواب الأعمال / ٢٢٣ ح ١ ونقلها في وسائل الشيعه ١٤ / ٥٠١ ح ٢ ، ونقلت عنه أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٤ ح ١ .

ومنها : صحِيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : كان علي بن الحسين عليه السلام يقول : أيما مؤمن دمعت عيناه لقتل الحسين عليه السلام حتى تسيل على خده بؤاه الله تعالى بها في الجنة غرباً يسكنها أحقاباً ، وأيما مؤمن دمعت عيناه حتى تسيل على خده فيما مسنا من الأذى من عدونا في الدنيا بؤاه الله في الجنة مَبوّاً صدق ، وأيما مؤمن مسه أذى فينا فدمعت عيناه حتى تسيل على خده من مضاضه ما أودى فينا صرف الله عن وجهه الأذى وآمنه يوم القيامة من سخطه والنار(١) .

ورواها ابن قولويه بسنده الصحيح في كامل الزيارات / ١٠٠ ح ١ وكذا علي ابن إبراهيم القمي في تفسيره ٢ / ٢٩١ .

بؤأ المكان : حل فيه ، بؤأ له منزلاً : هتأ له .

ومنها : معتبره الريان بن شبيب عن الرضا عليه السلام - في حديث - قال : يا بن شبيب إن بكيت علي الحسين حتى تصير دموعك على خديك غفر الله لك كل ذنب أذنبته صغيراً كان أو كبيراً ، قليلاً كان أو كثيراً ، يا بن شبيب إن سرّك أن تلقى الله عزّ وجلّ ولا ذنب عليك فزر الحسين عليه السلام . يا بن شبيب إن سرّك أن تسكن الغرف المبنية في الجنة مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم فالعن قتله الحسين . يا بن شبيب إن سرّك أن يكون لك من الثواب مثل ما لمن استشهد مع الحسين بن علي عليه السلام فقل متى ذكرته : « يا ليتني كنت معهم فأفوز فوزاً عظيماً » . يا بن شبيب إن سرّك أن تكون معنا في الدرجات العلى من الجنان فاحزن لحزننا وافرح لفرحنا وعليك بولايتنا ، فلو أن رجلاً أحبّ حجراً لحشر الله عزّ وجلّ معه يوم القيامة(٢) .

ومنها : معتبره معاوية بن وهب عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه قال في حديث : يا شيخ ذاك دم يطلب الله تعالى به ، ما أصيب ولد فاطمه ولا يصابون بمثل الحسين عليه السلام ولقد قُتل في

ص: ١٥٨

١- (١) ثواب الأعمال / ١٠٨ ح ١ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠١ ح ٣ ، ونقلت عنه أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت ٢ / ٧٧ ح ٢ .

٢- (٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١ / ٢٩٩ ح ٥٨ - أمالي الصدوق . المجلس السابع والعشرون ح ٥ / ١٩٢ الرقم ٢٠٢ - ونقل عنهما في وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٢ ح ٥ ونقلت عنهما أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٧ ح ٣ .

سبعة عشر من أهل بيته نصحوا لله وصبروا في جنب الله ، فجزاهم الله أحسن جزاء الصابرين . إنه إذا كان يوم القيامة أقبل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومعه الحسين عليه السلام ويده على رأسه يقطر دماً ، فيقول : يا رب سل أمتي فيم قتلوا ولدى . وقال عليه السلام : كل الجزع والبكاء مكروه سوى الجزع والبكاء على الحسين عليه السلام (١) .

ومنها : معتبره بل صحيحه معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : وارحم تلك الخدود التي تقلبت على حفره أبي عبد الله [ الحسين ] عليه السلام ، وارحم تلك الأعين التي جرت دموعها رحمةً لنا ، وارحم تلك القلوب التي جزعت واحترقت لنا ، وارحم الصرخة التي كانت لنا ، اللهم إنني أستودعك تلك الأنفوس وتلك الأبدان حتى نوافيهم على الحوض يوم العطش ، الحديث (٢) .

أقول : سندا الكليني للرواية ضعيفان وكذا أسناد ابن قولويه في كامل الزيارات / ١١٦ وما بعدها ، ولكنه رواها في إحديتها عن ابن أبي عمير عن معاوية بن وهب (٣) وللشيخ في الفهرست (٤) ثلاثة أسانيد صحاح إلى جميع كتب ابن أبي عمير ورواياته وبعملية تبديل السند صار سندها معتبراً بل صحيحاً ، ولذا عتبرنا عنها بالمعتبره بل الصحيحه .

ومنها : صحيحه فضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : مَنْ ذُكِرْنَا عَنْهُ ففَاضَتْ عَيْنَاهُ وَلَوْ مِثْلَ جَنَاحِ الذَّبَابِ غَفَرَ اللَّهُ ذُنُوبَهُ وَلَوْ كَانَتْ مِثْلَ زَبَدِ الْبَحْرِ (٥) .

ورواها ابن قولويه بإسناده في كامل الزيارات / ١٠٣ ح ٨ .

ومنها : موثقه الحسن بن علي بن فضال عن الرضا عليه السلام أنه قال : مَنْ تَذَكَّرَ مُصَابِنَا فَبَكَى وَأَبَكَى لَمْ تَبْكْ عَيْنُهُ يَوْمَ تَبْكِي الْعَيُونَ ، وَمَنْ جَلَسَ مَجْلِساً يُحْيِي فِيهِ أَمْرُنَا لَمْ يَمِتْ قَلْبُهُ يَوْمَ

ص : ١٥٩

١- (١) أمالي الطوسي . المجلس السادس ح ٢٠ / ١٦١ الرقم ٢٦٨ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٥ ح ١٠ ونقل عنه أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٨ ح ٤ .

٢- (٢) الكافي ٤ / ٥٨٢ ح ١١ ونقل عنه في جامع أحاديث الشيعة ١٥ / ١٩٦ ح ١ .

٣- (٣) كامل الزيارات / ١١٨ .

٤- (٤) الفهرست / ٤٠٥ الرقم ٦١٨ .

٥- (٥) المحاسن ١ / ١٣٦ ح ١٢٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٠ ح ١ .



تموت القلوب ، الحديث (١) .

ومنها : خبر على بن محمد الهرمزانى عن أبى عبد الله الحسين بن على عليهما السلام قال : لما قبضت فاطمه عليها السلام دفنها أمير المؤمنين عليه السلام سراً وعفا على موضع قبرها ، ثم قام فحوّل وجهه إلى قبر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، ثم قال : السلام عليك يا رسول الله عني ، والسلام عليك عن ابنتك وزائرتك والبائتة فى الثرى ببقتك والمختار الله لها سرعه اللحاق بك ... إلى أن قال : أما حزنى فسرمد ، وأما ليلى فمسهد ، وهم لا يبرح فى قلبى أو يختار الله لى دارك التى أنت فيها مقيم ، كمد مقيح ، وهم مهيج ، سرعان ما فرق بيننا ، وإلى الله أشكو ... إلى أن قال : واه واهاً ، والصبر أيمن وأجمل ، ولولا غلبه المستولين لجعلت المقام واللبث لزاماً معكوفاً ، ولأعولت إعوالم الثكلى على جليل الرزیه . فبعين الله تدفن ابنتك سراً ، وتهضم حقها ، وتمنع إرثها ، ولم يتباعد العهد ، ولم يخلق منك الذكر . وإلى الله يا رسول الله المشتكى ، وفيك يا رسول الله أحسن العزاء ، صلى الله عليك وعليها السلام والرضوان (٢) .

السهود : قله النوم . الكمد : الحزن الشديد .

ومنها : ما روى العلامة الحلى عن الجمهور عن فاطمه عليها السلام أنها قالت : يا أبتاه من ربّه ما أدناه ، يا أبتاه إلى جبرئيل أنعاه ، يا أبتاه أجاب ربّاً دعاه (٣) .

ومنها : ما رواه أيضاً عن الجمهور عن على عليه السلام : إنّ فاطمه عليها السلام أخذت قبضه من تراب قبر النبى صلى الله عليه وآله وسلم فوضعتها على عينيها ثم قالت :

ما ذا على من شتم تربه أحمد أن لا يشتم مدى الزمان غوالياً

صبت على مصائب لو أنّها صبت الأيام عدن ليالياً (٤)

ص : ١٦٠

١- (١) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١ / ٢٩٤ ح ٤٨ ، ونحوها فى أمالى الصدوق . المجلس السابع عشر ح ٤ / ١٣١ الرقم ١١٩ ونقل عنهما فى وسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٢ ح ٤ .

٢- (٢) الكافى ١ / ٤٥٨ ح ٣ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٢٥٠ ح ٤ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٧ / ٤٣٢ - صحيح البخارى ٦ / ١٨ ، سنن ابن ماجه ١ / ٥٥٢ ، سنن النسائى ٤ / ١٣ . مسند أحمد ٣ / ١٩٧ . سنن البيهقى ٤ / ٧١ .

٤- (٤) منتهى المطلب ٧ / ٤٢٣ . المغنى ٢ / ٤١١ . الشرح الكبير بهامشه ٢ / ٤٢٩ .

وكذلك يجوز البكاء على موتى المؤمنين والعلماء وأبناء الأئمة عليهم السلام ونحوهم ، تدلّ عليه بعض الروايات :

منها : صحيحه على بن رئاب قال : سمعت أبا الحسن الأوّل عليه السلام يقول : إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة وبقاع الأرض التي كان يعبد الله عليها وأبواب السماء التي كان يصعد أعماله ، فيها وثلم ثلمه في الإسلام لا يسدّها شيء ، لأنّ المؤمنين حصون الإسلام كحصون سور المدينة لها(١) .

ومنها : معتبره أبي بصير عن أحدهما قال : لما ماتت رقيه ابنه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إلهي بسلفنا الصالح عثمان بن مظعون وأصحابه . قال : وفاطمة عليها السلام على شفيع القبر تنحدر دموعها في القبر ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : قال لما مات إبراهيم ابن رسول الله همّلت عين رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدموع ، ثمّ قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : تدمع العين ويحزن القلب ولا نقول ما يسخط الربّ ، وإنّا بك يا إبراهيم لمحزونون ، الحديث(٣) .

ومنها : مرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام أنّه قال : لما مات إبراهيم ابن رسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : حزناً عليك يا إبراهيم وإنّا لصابرون ، ويحزن القلب وتدمع العين ولا نقول ما يسخط الربّ(٤) .

ومنها : مرسله أخرى له عن الصادق عليه السلام أنّه قال : إنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم حين جاءته وفاه

ص: ١٤١

١- (١) الكافي ٣ / ٢٥٤ ح ١٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٣ / ٢٨٣ ح ١ ونقلت عنه أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٣ ح ١ .

٢- (٢) الكافي ٣ / ٢٤١ ح ١٨ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٣ / ٢٧٩ ح ١ ونقلت عنه أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧١ ح ١ .

٣- (٣) الكافي ٣ / ٢٤٢ ح ٤٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٣ / ٢٨٠ ح ٣ ونقلت عنه أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧١ ح ٣ .

٤- (٤) الفقيه ١ / ١٧٧ ح ٥٢٦ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٣ / ٢٨٠ ح ٤ ونقلت عنه أيضاً في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٢ ح ٤ .

جعفر بن أبي طالب وزيد بن حارثه كان إذا دخل بيته كثر بكأؤه عليهما جداً ويقول : كانا يحدثاني ويؤانساني فذهبا جميعاً(١).

ومنها : قال الصدوق : ولما انصرف رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من وقعه أحد إلى المدينة سمع كل دار قتل من أهلها قتيل نوحاً وبكاءً ولم يسمع من دار حمزه عمه ، فقال صلى الله عليه وآله وسلم : لكن حمزه لا بواكى له ، فألى أهل المدينة أن لا ينوحوا على ميت ولا يبكوه حتى يبدؤا بحمزه فينوحوا عليه ويبكوه ، فهم إلى اليوم على ذلك(٢).

آلى يؤلى إبلاءً : أى حلف .

ومنها : خبر هشام بن محمد فى حديث طويل قال : ولما بلغ أمير المؤمنين عليه السلام وفاه الأشر جعل يتلّهف ويتأسف عليه ويقول : لله درّ مالك ، لو كان من جبل لكان أعظم أركانه ، ولو كان من حجر لكان صلداً ، أما والله ليهدنّ موتك عالماً ، فعلى مثلك فلتبكيك البواكى . ثم قال : إنا لله وإنا إليه راجعون ، والحمد لله رب العالمين ، إنى أحسبه عندك ، فإنّ موته من مصائب الدهر ، فرحم الله مالكاً فقد وفى بعهدده وقضى نجه ولقى ربه ، مع أنّا قد وطننا أنفسنا أن نصبر على كل مصيبه بعد مصابنا برسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فإنها أعظم المصيبه(٣).

والروايات فى هذا المجال متواتره ، فإن شئت راجع كامل الزيارات / ١٠٠ ووسائل الشيعة ١٤ / ٥٠٠ ومستدرک الوسائل ١٠ / ٣١١ وجامع أحاديث الشيعة ١٥ / ٤٣٠ وكتابى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٤ . والحمد لله أولاً وآخراً .

ص: ١٦٢

١- (١) الفقيه ١ / ١٧٧ ح ٥٢٧ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٣ / ٢٨٠ ح ٦ ونقلت عنه أيضاً فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٢ ح ٦ .

٢- (٢) الفقيه ١ / ١٨٣ ح ٥٥٣ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٤ ح ٢ .

٣- (٣) أمالى المفيد . المجلس التاسع ح ٨٣ / ٤ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٢ / ٧٤ ح ٣ .

ما المراد من الولاية والجائر ؟

المراد من « الولاية » هنا تارة يُقصد بها المعنى العام ، نحو : ولاية القضاء أو السياسة أو تدبير نظام أو جباية الضرائب والخراج ، وتارة يقصد بها المعنى الخاص نحو : الولاية على القاصرين من الأطفال والمجانين أو القيموميه على مال غائب أو التولية لوقفٍ .

فالولاية هنا تشمل المعينين ، فما ذكره السيد العاملي (١) من أنها تشمل المعنى الأول فقط غير تام .

ثم يظهر معنى الجائر بعد ظهور معنى العادل الذى هو فى قبالة ، والمراد بالعادل فى جملة « الولاية من قبل العادل » هو الإمام المعصوم عليه السلام أو نائبه الخاص أو العام ، فالفقيه المستجمع لشرائط الإفتاء فى زمن الغيبة يدخل فى عنوان العادل .

ولذا قال فى الجواهر : « وقد يلحق به نائبه العام فى هذا الزمان إذا فرض بسط يده فى بعض الأقاليم » (٢) .

وقال أستاذه الشيخ جعفر فى المنصوبين على أيدي ظلمه سلاطين الشيعة قضاه أو شيوخ إسلام أو نواباً أو نحوهم أنهم على أقسام ، ومنهم : « وأما مَنْ لم يداخله الاعتقاد الفاسد مع قابليته ، فليس من ولاه الجائرين وعمّالهم ، لأنّ الولاية لهم من قبل الله وإنما أدخلوا أنفسهم تحت هذا الاسم لينالوا بعض منصبهم وليستوفوا بعض حقّهم ، كما يُستعان بالظالم لاستنفاذ الحقوق ، فمن كانت ولايته من الأئمة عليهم السلام بإذن خاصه كابنى يقطين وابن بزيع والنجاشى ونحوهم ، أو عامّه كعَلَم الهدى والخواجه نصير الدين والمحقق الثانى والبهاى والمجلسى

ص : ١٦٣

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٧٣ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٥٦ .

ونحوهم يدخلون في ولاه إمام العدل» (١).

وقال أيضاً: «ولو نصب الفقيه المنصوب من الإمام بالإذن العام سلطاناً أو حاكماً لأهل الإسلام، لم يكن من حكام الجور، كما كان ذلك في بني إسرائيل، فإن حاكم الشرع والعرف كليهما منصوبان من الشرع» (٢).

أقول: الكلام الأول من الجدل الفقيه تام، وقد وجدناه قبله عند الشيخ في النهاية (٣) والعلامه في التحرير (٤) والشهيد في الدروس (٥)، ويأتي نص كلام الأخيرين في مطاوى البحث، وتبعهم ثاني الشهيدين (٦) في ظاهر كلامه. وأما كلامه الأخير ففيه تأمل، لأن الحاكم المنصوب المأذون من قبل الفقيه يجوز تصرفاته في ما أذن له الفقيه وحدوده المأذونه، كما أذن هو قدس سره لفتحعلي شاه القاجارى بالنسبه إلى الحرب مع الروس ودفع فتنهم من بلاد المسلمين (٧)، فتصرفات الشاه القاجارى بالنسبه إلى ذاك الحرب المأذون فيه من قبل الفقيه جائزه لا جميع تصرفاته، ولم يصير الشاه القاجارى مع هذا الإذن عادلاً ولم يخرج الإذن الخاص عن عنوان الظلمه. فكلامه الأخير بإطلاقه غير تام، ولعله إلى ما ذكرنا أشار تلميذه صاحب الجواهر بعد نقل كلامه الأخير بقوله: «وإن كان فيه ما فيه» (٨).

والحاصل، أن المراد بالجائر كل من ادعى الإمامه والرئاسه العامه وليس بإمام معصوم أو ليس بفقيه في زمن الغيبه، سواء كان مسلماً أو كافراً، مؤمناً أو مخالفاً. هذا كله بالنسبه إلى المراد من ألفاظ العنوان.

ص: ١٦٤

- ١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٣١.
- ٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٣٥.
- ٣- (٣) النهاية / ٣٠٢.
- ٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٧٠.
- ٥- (٥) الدروس الشرعيه ٣ / ١٧٤.
- ٦- (٦) المسالك ٣ / ١١١.
- ٧- (٧) راجع في هذا المجال كشف الغطاء ٤ / ٣٣٣.
- ٨- (٨) الجواهر ٢٢ / ١٥٦.

جعل الشيخ في أول كتاب المكاسب من النهايه « باب عمل السلطان وأخذ جوائزهم » ، وقال فيه : « تَوَلَّى الأمر من قِبَلِ السُّلْطَانِ العادل الأمر بالمعروف والنَّهْيِ عن المنكر الواضع الأشياء مواضعها ، جائزٌ مَرَعْبٌ فيه . وَرُبَّمَا بلغ حدَّ الوجوب ، لما في ذلك من التمكن من الأمر بالمعروف والنَّهْيِ عن المنكر ، ووضع الأشياء مواضعها .

وأَمَّا سلطان الجور ، فمتى علم الإنسان أو غلب على ظنّه : أَنَّهُ متى تَوَلَّى الأمر من قبله ، أمكنه التَّوَصُّلُ إلى إقامة الحدود والأمر بالمعروف والنَّهْيِ عن المنكر وقَسَمَ الأَحْمَاسَ والصَّدَقَاتِ في أربابها وصله الإخوان ، ولا يكون في جميع ذلك مُخِلًّا بواجبٍ ولا فاعلاً لقيح ؛ فَإِنَّه يستحبُّ له أن يتعرَّض لتوَلَّى الأمر من قبلهم .

ومتى علم أو غلب على ظنّه : أَنَّهُ لا- يتمكّن من جميع ذلك ، وَأَنَّهُ لا بدَّ من أن يلحقه ضربٌ من التَّفْرِيطِ في القيام بالواجبات أو يحتاج إلى ارتكاب شيءٍ من المَقْبَحَاتِ ؛ فلا- يجوز له التَّعَرُّضُ له على حال . فَإِنَّ أُلْزِمَ الولايه إلزاماً لا يبلغ تركه إلى الخوف على النَّفْسِ وسلب الأموال ، غير أَنَّهُ يلحقه بعض الضَّررِ وتَحْمُلُ بعض الأثقال ؛ فالأولى له أن يتحمَّل ذلك ولا يتعرَّض لعمل السلطان .

فإن خاف من الإمتناع من ذلك على النَّفْسِ أو على الأهل أو على المال أو على بعض المؤمنين في ذلك ، جاز له أن يتولَّى الأمر ، ويجتهد أن يضع الأشياء مواضعها . فَإِنَّ لم يتمكّن من الجميع ، فما يتمكّن منه يجتهد في القيام به . وإن لم يُمكنه ذلك ظاهراً فَعَلَهُ سِرّاً وإخفاتاً ، وخاصةً ما يتعلَّق بقضاءِ حقوق الإخوان والتَّخْفِيفِ عنهم فيما يُلْزِمُهُمْ مِنْ جهه السِّلاطينِ الجوره مِنْ الخراج وغيره . فَإِنَّ لم يتمكّن مِنْ إقامة حقِّ على وجه ، والحال وصفناه في التَّقْيَةِ ؛ جاز له أن يتقَى في جميع الأحكام والأمر ، ما لم يبلغ ذلك إلى سفك الدِّمَاءِ المحرَّمِ ، فَإِنَّه لا تقْيَةَ له في سفكها على حال .

ومتى ما تَوَلَّى شيئاً من أمور السِّلاطينِ من الإمارة والجبايه والقضاءِ وغير ذلك من أنواع الولايات ، فلا بأس أن يَقْبَلَ على ذلك الأرزاق والجوائز والصَّلَاتِ . فَإِنَّ كان ذلك من

جهه سلطان عادل ، كان ذلك حلالاً له طلقاً ، وإن كان من جهه سلطان الجور ؛ فقد رخص له في قبول ذلك من جهتهم ، لأن له حظاً في بيت المال .

ويجتهد أن يخرج من جميع ما يحصل له من جهتهم الخمس ويضعه في أربابه ، والباقي يواسى منه إخوانه من المؤمنين ويصلهم ببعضه ويتنفع هو ببعض . ولا يجوز له أن يقبل من جوائزهم وصلاتهم ما يعلمه ظلماً وغصباً ويتعين له ، فإن لم يتعين له ذلك ، وإن علم أن المميز له ظالم لم يكن به بأس بقبول جوائزه ويكون مباحاً له والإثم على ظالمه» (1) .

وقال القاضي عبد العزيز بن البراج : « السلطان على ضريين : أحدهما سلطان الإسلام والآخر السلطان الجائر ، فأما سلطان الإسلام العادل فهو مندوب إلى خدمته ومُرْعَبٌ فيها ، وربما وجب ذلك على المكلف طائفه لما فيه من وجوب إتباعه وطاعته في أمره ونهيه .

فإذا ولى السلطان إنساناً إماره وحكماً أو غير ذلك من الولاة عليه وجب عليه طاعته في ذلك وترك الخلاف له فيه ، وجاز قبول جوائزه وصلاته والتصرف في الجميع على كل حال .

وأما السلطان الجائر : فلا يجوز لأحد أن يتولى شيئاً من الأمور من قبلة إلا أن يعلم أو يغلب على ظنه أنه إذا تولى ولايه من جهته ، تمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وقسمه الأخماس والصدقات على مستحقها وصله الإخوان ، ولا يكون في شيء من ذلك تاركاً لواجب ولا مخلاً به ولا فاعلاً بشيء من القبائح ، فإنه حينئذ مستحب له التعرض لتولى الأمور من جهته . وإن علم أو غلب على ظنه أنه لا- يتمكن من ذلك وأنه لا يخلو من تفريط يلحقه في الواجبات ويحتاج إلى ارتكاب بعض المقبّحات ، لم يجز له تولى ذلك . فإن ألزمه السلطان الجائر بالولاية إلزاماً لا يبلغ تركه الإجابة إلى ذلك الخوف على النفس وسلب المال ، وإن كان ربما لحقه بعض الضرر أو لحقه في ذلك مشقه فالأولى أن يتحمل تلك المشقه ويتكلف مضرتها ، ولا يتعرض للولاية من جهته .

ص: ١٦٦

وإن خاف على نفسه أو على أحدٍ من أهله أو بعض المؤمنين أو على ماله جاز له أن يتولّى ذلك ويجرى على وضع الأمور في مواضعها ، وإن لم يتمكن من فعل ذلك اجتهد فيما يتمكن منه ، وإن لم يتمكن من فعل ذلك ظاهراً فعَلَهُ سراً ، لا سيما حقوق الإخوان والتخفيف عنهم من جور السلاطين الجور من خراج أو غيره .

وإذا لم يتمكن من القيام بحقٍّ من الحقوق والحال في التقيه على ما ذكرناه جاز له أن يتقى في سائر الأمور والأحكام التي لا يبلغ إلى سفك دم محرّم ، لأنّ هذا الدم ليس في سفكه تقيه . وإذا تولّى إنساناً من قبل السلطان الجائر ولايته ، جاز له على جهه الرخصه قبول الأرزاق والجوائز منه ، لأنّ له قسطاً من بيت مال المسلمين» (١) .

وقال قطب الدين الراوندى في فقه القرآن : « اعلم أن تقلد الأمر من قبل السلطان الجائر إذا تمكن من إيصال الحقّ إلى مستحقه جائز .

يدلّ عليه - بعد الإجماع المتردّد والسنة الصحيحه - قول الله تعالى حكاية عن يوسف عليه السلام «قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمُ» (٢) طلب ذلك إليه ليحفظه عمّن لا يستحقه ويوصله إلى الوجوه التي يجب صرف الأموال إليها ولذلك رغب إلى الملك فيه ، لأنّ الأنبياء لا يجوز أن يرغبوا في جمع أموال الدنيا إلّا لما قلناه . فقلوه : «حَفِيظٌ» أى حافظ للمال عمّن لا يستحقه عليهم بالوجوه التي يجب صرفه إليها . ومتى علم الإنسان أو غلب على ظنه أنه لا يتمكن مع جميع ذلك فلا يجوز له التعرض له على حال ...» (٣) .

وقال ابن إدريس الحلبي : « السلطان على ضربين ، أحدهما سلطان الحقّ العادل والآخر سلطان الجور الظالم المتقلب ، فأما الأوّل فمندوب إلى خدمته ومعاونته ومرغب فيها ، وربّما وجب ذلك على المكلف ، بأن يدعوه فيجب امتثال أمره ، فإذا ولى هذا السلطان إنساناً إمارَةً أو حكماً أو غير ذلك من ضروب الولايات وجب عليه طاعته في ذلك وترك الخلاف له فيه ، وجائز قبول جوائزه وصلاته وأرزاقه وسائغ التصرف في ذلك على كلّ حال .

ص: ١٦٧

١- (١) المهذب ١ / ٣٤٧ و ٣٤٦ .

٢- (٢) سورة يوسف / ٥٥ .

٣- (٣) فقه القرآن ٢ / ٢٤ .



وأما السلطان الجائر فلا يجوز لأحد أن يتولّى شيئاً من الأمور مختاراً من قبله ، إلا من يعلم أو يغلب على ظنه أنه إذا تولّى ولايةً من جهته ، تمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وقسمه الأخماس والصدقات إلى مستحقيها وصله الإخوان ، ولا يكون في شيءٍ من ذلك تاركاً لواجب ولا مخالفاً به ولا فاعلاً لقبیح ، فإنه حينئذٍ مستحبٌ له التعرض لتولى الأمر من جهته . فإن علم أو ظنَّ أنه لا- يتمكن من ذلك وأنه لا بدّ من الإخلال بواجب ، أو أن يفعل قبيحاً لم يجر له تولّى ذلك ، فإن ألزمه السلطان الجائر بالولاية إلزاماً لا يبلغ تركه الإجابة إلى ذلك ، الخوف على النفس وسلب المال . وإن كان ربّما كان لحقه بعض الضرر أو لحقته في ذلك مشقة ، فالأولى أن يتحمّل تلك المشقة ويتكلّف مضرتّها ، ولا يتعرّض للولاية من جهته ، فإن خاف على نفسه أو على أحد من أهله أو المؤمنين أو على ماله جاز أن يتولّى ذلك ، وساغ له عند هذا الخوف الدخول فيه بعد إلزامه له وخوفه المذكور منه ، ويجتهد ويحرص بعد هذا كلّ على وضع الأمور الشرعيه مواضعها ، وإقرار الحقّ مقره ، فإن لم يتمكن من ذلك اجتهد فيما يتمكن منه . فإن لم يتمكن من فعل شيءٍ ظاهراً فعله سراً ، لا سيما فيما يتعلق بحقوق الإخوان في الدين والتخفيف عنهم من ظلم السلاطين الجوره ، من خراج وغيره . فإن لم يتمكن من القيام بحقّ من الحقوق والحال في التقيه على ما ذكرناه جاز له أن يتقى في جميع الأشياء وسائر الأمور والأحكام التي لا- تبلغ إلى قتل النفوس وسفك الدماء المحرّمه ، لأنّ ذلك ليس فيه تقيه عند أصحابنا ، لا خلاف بينهم أن لا- تقيه في قتل النفس وسفك الدماء . فإذا كان الأمر في التقيه ما ذكرناه جاز له قبول جوائزه وصلاته ما لم يعلم أن ذلك ظلم بعينه ، فإذا لم يعلم أنه بعينه ظلم فلا بأس بقبوله وإن كان المجيز له ظالماً . وينبغي له أن يخرج الخمس من كلّ ما يحصل من ذلك ويوصله إلى أربابه ومستحقيه ، وينبغي له أن يصل إخوانه من الباقي بشيءٍ ويتصرف هو في منافعه بالبعض الذي يبقى من ذلك» (١).

وقال المحقق في الشرائع : « الرابعه : الولاية من قبل السلطان العادل جائزة وربّما وجبت كما إذا عينه إمام الأصل ، أو لا يمكن دفع المنكر أو الأمر بالمعروف إلاّ بها . وتحرم من

ص: ١٦٨

قبل الجائر إذا لم يأمن اعتماد ما يحرم ، ولو أمِنَ ذلك وقدر على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر استُجِبت . ولو أكره جاز له الدخول دفعاً للضرر اليسير على كراهيه وتزول الكراهيه ، لدفع الضرر الكثير ، كالنفس أو المال أو الخوف على بعض المؤمنين .

الخامسه : إذا أكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول والعمل بما يأمره مع عدم القدره على التفصّي ، إلا في الدماء المحرّمه فإنّه لا تقيه فيها»(١) .

وقال في النافع : « السادسة : الولاية من العادل جائزه وربما وجبت وعن الجائر محرّمه إلا مع الخوف . نعم لو تيقّن التخلص من المآثم والتمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر استجبت . ولو أكره لا مع ذلك أوجب دفعاً للضرر ، وينفذ أمره ولو كان محرّماً إلا في قتل المسلم»(٢) .

وقال العلامة في التذكرة : « الولاية من قبل العادل مستحبه ، وقد تجب إذا ألزمه بها أو كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يتم إلا بولايته .

وتحرم من الجائر إلا- مع التمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل أو بعض المؤمنين ، فيجوز حينئذ اعتماد ما يأمره إلا القتل الظلم ، فإنّه له فعله وإن قُتل .

ولو خاف ضرراً يسيراً بترك الولاية ، استحبّ له تحمّله وكرهت له الولاية»(٣) .

وقال في نهايه الأحكام : « ويحرم الولاية من قبل الجائر لما فيه من المساعدة على الظلم ، لقول الصادق عليه السلام : « لا تعنهم على بناء مسجد(٤) » ، ولو عرف أنّه يتمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتحرز عن المظالم ، جاز بل استحب ، ولو لم يأمن الدخول في الظلم حرم . فإن أكره على الدخول جاز دفعاً للضرر اليسير على كراهيه ، ولو كان الضرر كثيراً كالنفس أو المال أو الخوف على بعض المؤمنين جاز وزالت الكراهيه ، فإن تعذّر جاز مع

ص: ١٦٩

١- (١) الشرائع ٢ / ٦ .

٢- (٢) المختصر النافع / ١١٨ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٩ مسألة ٦٥٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٠ ح ٨ وهي صحيحه يونس بن يعقوب .

الإلزام اعتماد ما لا يسوغ من الظلم ، إلا أن يبلغ حد القتل فلا يجوز ، وإن خاف على نفسه القتل ، فإنه لا تقيه في الدماء .

أما الولايه من قبل العادل فإنها جائزه ، وربما وجبت ، كما لو عينه أو لم يكن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا بولايته»(١)

وقال في التحرير : « سلطان الحق يُستحب خدمته والعمل من قبله ويجب مع الإلزام ويجوز أخذ جوائزه . أما الجائر فلا تجوز الولايه منه اختياراً إلا مع العلم بالممكنه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ومع انتفاء العلم والظن بذلك تحرم الولايه من قبله ، ومع العلم بالتمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ووضع الأشياء من الصدقات والموايرث وغيرها مواضعها ، تجوز الولايه من قبل الجائر معتقداً أنه يفعل ذلك من قبل سلطان الحق على سبيل النيايه .

ولو قهره على الولايه مع عدم العلم جازت الولايه ولا يعمل بغير الحق ما أمكن ، فإن اضطر إلى ظلم جاز للضروره ما لم يبلغ الدماء ، فلا-يجوز التقيه فيها على حالٍ . ولو أمكنه دفع الجائر في عدم الولايه وجب ، ويُستحب مع تحمل الضرر اليسير . ولو خاف على نفسه أو ماله أجمع أو على بعض المؤمنين جازت الولايه»(٢) .

وقال في القواعد : « الولايه من قبل العدل مستحبّه ، وقد تجب إن أُلزم أو افتقر في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إليها ، وتحرم من الجائر إلا مع التمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل أو بعض المؤمنين ، فيجوز - حينئذٍ - اعتماد ما يأمره إلا القتل الظلم ، ولو خاف ضرراً سيراً بترك الولايه كره له الولايه حينئذ»(٣)

وقال في الإرشاد : « ولا- بأس ... والولايه من قبل العادل ، ومن الجائر مع علمه بالقيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو بدونه مع الإكراه ... »(٤) .

ص : ١٧٠

١- (١) نهايه الأحكام ٢ / ٥٢٥ .

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٧٠ مسأله ٣٠٥٧ .

٣- (٣) القواعد ٢ / ١١ .

٤- (٤) إرشاد الأذهان ١ / ٣٥٨ .

وقال الشهيد: « والولاية عن العادل جائزه بل مستحبه ، وتجب مع الإلزام أو عدم وجود غيره . ويحرم عن الجائر إلا مع الإكراه فينفذ ما أكره عليه إلا الدماء المحرّمه ... ولو ظنّ القيام بالحقّ والاحتساب المشروع لم يحرم . ويجوز له إذا كان مجتهداً إقامه الحدود معتقداً أنّه عن العادل . ويُسْتَحَبُّ له تحمل الضرر اليسير في ترك الولاية ، ولا يجوز تحمّل الضرر الكثير في نفسه أو بدنه أو من يجرى مجراه من قريب ومؤمن . ويجوز تحمّله في المال ولا يجب» (١).

وقال الشيخ شمس الدين محمد بن شجاع القطان الحلّي: « وتجاوز الولاية من قبل الإمام ، وقد تجب إذا تعيّن أو توقف الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عليها . وتحرم من قبل الجائر ، فإن أمن من ارتكاب المحرّم وتمكّن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر استجبت . ولو أكرهه عليها جازت لدفع الضرر الكثير كالقتل أو اليسير على كراهيه ، ويمثل ما يؤمر به إلا القتل ظلماً» (٢).

وعلق المحقق الثاني على قول العلامة في القواعد: « وتحرم من الجائر إلا مع التمكن من الأمر بالمعروف ... » بقوله: « إذا علم ذلك علماً يقينياً كما صرح به في المنتهى (٣) ، وأمن إدخال الجائر له فيما لا يجوز ، وبدون ذلك يحرم» (٤).

وعلق المقدس الأردبيلي على قوله في الإرشاد: « والولاية من قبل الظالم ... » بقوله: « الظاهر أنّ المراد بالولاية : السلطنة والغلبه على بعض الناس والبلاد أو كونه حاكماً عليهم من قبله أو كونه عاملاً له ووكيلاً له ونائباً عنه . وقد مرّ ما يدلّ على تحريمها من تحريم معاونه الظالمين ، والدليل عليه أكثر من أن يحصى» (٥).

وقال المحقق السبزواري: « لا يجوز التولّي من قبل الجائر إذا لم يأمن الحرام ، ولو أمن

ص: ١٧١

١- (١) الدروس الشرعية ٣ / ١٧٤ .

٢- (٢) معالم الدين في فقه آل ياسين ١ / ٣٣٣ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٤ من الطبع الحجري .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٤٤ .

٥- (٥) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٦٨ .

ذلك وتمكّن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر جاز ، وعبر بعضهم بالإستحباب(١). وقال بعضهم : مقتضى هذا الشرط الوجوب ، لأنّ القادر على الأمر بالمعروف يجب عليه وإن لم يوّله الظالم(٢). وهو متّجه إن ثبت أنّ الأمر بالمعروف بالقياس إلى قدره ليس واجباً مشروطاً ، بل مطلق حتّى يجب عليه تحصيل قدره إن أمكنه .

ولو أكرهه الجائر على الولايه جاز القبول بل وجب . وفي المسالك : ضابط الإكراه المسوّغ للولايه الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين على وجه لا- ينبغي تحمّله عادةً ، بحسب حال المكروه فى الرفعه والضعه بالنسبه إلى الإهانه(٣).

وقال جماعه(٤) : ولو أكره جاز له الدخول دفعاً للضرر اليسير على كراهيه وتزول الكراهه لدفع الضرر الكثير . ولو أكره على الولايه وأمر بمحرّم جاز إذا أكره عليه إلاّ الدماء كما مرّ تحقيق ذلك(٥).

وقال المحدث البحرانى : « والتحقق إنّ هنا مقامات ثلاثه :

الأول : أن يدخل فى أعمالهم لحبّ الدنيا وتحصيل لذّه الرئاسه والأمر والنهي ، وهو الذى يُحمل عليه أخبار المنع .

الثانى : أن يكون كذلك ، ولكن يمزجه بفعل الطاعات وقضاء حوائج المؤمنين وفعل الخيرات . وهذا هو الذى أشير إليه فى الأخبار المتقدمه ، كما عرفت من قوله عليه السلام : ذابذا(٦). وقوله عليه السلام : واحده بواحد(٧). وقوله عليه السلام : وهو أقلهم حظاً(٨). ونحو ذلك .

ص : ١٧٢

١- (١) منهم : الشهيد الثانى فى المسالك ٣ / ١٤٠ .

٢- (٢) المسالك ٣ / ١١١ .

٣- (٣) المسالك ٣ / ١٣٩ .

٤- (٤) منهم : المحقق فى الشرائع ٢ / ٦ والعلامه فى المنتهى ٢ / ١٠٢٥ من الطبع الحجرى .

٥- (٥) الكفايه ١ / ٤٤٧ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٠١ ح ١ صحيحه حسن بن حسين الأنبارى .

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٤ ح ٩ حسنه زياد بن أبى سلمه .

٨- (٨) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٦ ح ٤ ، خير مهران بن محمد بن أبى نصر .

الثالث : أن يكون قصده من الدخول فيها إنما هو محض فعل الخير ودفع الأذى عن المؤمنين واصطناع المعروف إليهم ، وهو الفرد النادر وأقل قليل ، حتى قيل إنه من قبيل إخراج اللبن الخالص من بين فرث دم»(١).

ثم يحمل على هذا القسم دخول أجلاء الشيعة على السلاطين الظلمه .

وتبعه السيد العاملي في مفتاح الكرامه(٢).

أقول : هذا تطور البحث في كلماتهم أعلى الله مقامهم .

### هل الولاية من قبل الجائر محرّم ذاتي أم لا ؟

#### إشاره

قد يظهر من بعض أعلام الطائفة أنّ الولاية من قبل الجائر ، نفسها من المحرّمات ، سواء انجرت إلى محرّم خارجي أم لا . نحو العلامة في كتبه الثلاثه التذكره(٣) والقواعد(٤) والتحرير(٥) والشهيد في الدروس(٦) والمحقق الثاني في جامع المقاصد(٧) والمقدس الأردبيلي في مجمع الفائده(٨) والمحقق السبزواري في الكفايه(٩) والسيد مهدي بحر العلوم في المصابيح كما نقل عنه في الجواهر(١٠) والشيخ جعفر في شرح القواعد(١١) والسيد الطباطبائي في الرياض(١٢).

ص: ١٧٣

- ١- (١) الحدائق ١٨ / ١٣٢ .
- ٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٧٤ .
- ٣- (٣) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٩ .
- ٤- (٤) القواعد ٢ / ١١ .
- ٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٧٠ .
- ٦- (٦) الدروس ٣ / ١٧٤ .
- ٧- (٧) جامع المقاصد ٤ / ٤٤ .
- ٨- (٨) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٦ .
- ٩- (٩) الكفايه ١ / ٤٤٧ .
- ١٠- (١٠) الجواهر ٢٢ / ١٥٩ .
- ١١- (١١) شرح القواعد ١ / ٣٣١ .
- ١٢- (١٢) رياض المسائل ٨ / ٢٠٧ .

والشيخ الأعظم (١) وعمنا آية الله الشيخ محمد علي النجفي (٢) والمؤسس الحائري (٣) والمحققان الخميني (٤) والخوئي (٥) .

وقد يظهر من بعضهم أنّ حرمتها عرضيه ، يعني إذا ارتكب الوالي من قبلهم المحرّمات يكون فعله حراماً وإذا لم يرتكب الحرام فليس عليه شيء . كما هو الظاهر من الشيخ في النهاية (٦) والقاضي ابن البراج في المهذب (٧) وقطب الدين الراوندي في فقه القرآن (٨) وابن إدريس في السرائر (٩) والمحقق في الشرائع (١٠) والنافع (١١) والعلامة في نهايته (١٢) وابن قطان الحلبي في معالم الدين (١٣) وثاني الشهيدين في المسالك (١٤) والإيرواني في حاشيته على المكاسب (١٥) والأردكاني في الغنيه (١٦) .

هذان القولان الرئيسيان في المقام ، وهناك أقوال أخرى :

ص: ١٧٤

١- (١) المكاسب ٢ / ٧٠ .

٢- (٢) معاصي كبيره / ١١٦ .

٣- (٣) المكاسب المحرّمه / ٨٢ من تقرير تلميذه آية الله الشيخ محمد علي الأراكي .

٤- (٤) المكاسب المحرّمه ٢ / ١١٥ .

٥- (٥) مصباح الفقاهه ١ / ٤٣٦ .

٦- (٦) النهاية / ٣٥٦ .

٧- (٧) المهذب ١ / ٣٤٦ .

٨- (٨) فقه القرآن ٢ / ٢٤ .

٩- (٩) السرائر ٢ / ٢٠٢ .

١٠- (١٠) الشرائع ٢ / ٦ .

١١- (١١) المختصر النافع / ١١٨ .

١٢- (١٢) نهاية الأحكام ٢ / ٥٢٥ .

١٣- (١٣) معالم الدين في فقه آل يس ١ / ٣٣٣ .

١٤- (١٤) المسالك ٣ / ١٤٠ .

١٥- (١٥) حاشيه المكاسب ١ / ٢٥٢ .

١٦- (١٦) غنيه الطالب ١ / ١٩٢ .

نحو: قول صاحب المستند حيث يقول: « فالقول الفصل أن يقال: إن الكلام في التولية عنهم (أى عن سلاطين عهد الأئمة المعصومين عليهم السلام من أبناء أميّه والعباس لعنهم الله تعالى) أو عن غيرهم من سلاطين الجور، أما الأول فالأصل فيه الحرمة وإن إنفكّ عن العمل وارتكاب المآثم لإطلاق المستفيضه و ... .

وأما الثانى: فلا تحرم نفس التولية إلا إذا كانت إعانه على محرّم آخر، للأصل وقد تُستحب وقد تجب ... » (١).

وقول صاحب الجواهر حيث يقول: « والأحسن منه الجمع بحمل نصوص المنع على الولاية على المحرّمات أو الممزوجة بالحرام والحلال ونصوص الجواز على الولاية على المباح كجبايه الخراج ونحوه ممّا جوّز الشارع معامله الجائر فيه معامله العادل ... » (٢).

ومستند الكلّ هو الروايات، فلا بدّ من ملاحظتها وهى على طوائف:

### طوائف من الروايات

#### الطائفة الأولى: ما دلّ على حرمتها الذاتية.

منها: مرسله الحسن بن على بن شعبة عن الصادق عليه السلام فقال فى حديث: فأحدى الجهتين من الولاية وولاية ولاه العدل الذين أمر الله بولايتهم على الناس والجهة الأخرى وولاية ولاه الجور، فوجه الحلال من الولاية وولاية الوالى العادل وولاية ولاته بوجه ما أمر به الوالى العادل بلا- زياده ولا- نقصان، فالولاية له والعمل معه ومعونته وتقويته حلال محلّل. وأما وجه الحرام من الولاية فولايه الوالى الجائر وولاية ولاته، فالعمل لهم والكسب معهم بوجه الولاية لهم حرام محرّم معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير، لأنّ كلّ شىء من جهة المؤونه له معصيه كبيره من الكبائر، وذلك أنّ فى ولاية الوالى الجائر دروس الحقّ كلّّه، فلذلك حرّم العمل معهم ومعونتهم والكسب معهم إلاّ بوجه الضروره، نظير الضروره إلى الدم والميته، الحديث (٣).

ص: ١٧٥

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٩٨ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٤١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٨٣ ح ١ . الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به .



أقول: قد مرّ البحث حول هذه المرسله الشريفه مفصلاً في أوائل المجلد الأوّل من الكتاب فلا نعيده ، فراجعهُ إن شئت (١).

ومنها: صحيحه الوليد بن صبيح الأسدی قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فاستقبلني زواره خارجاً من عنده ، فقال لي أبو عبد الله عليه السلام: يا وليد أما تعجب من زواره؟ سألتني عن أعمال هؤلاء أيّ شيء كان يريد؟ أريد أن أقول له: «لا» فيروى ذاك عليّ. ثمّ قال: يا وليد متى كانت الشيعة تسأل عن أعمالهم؟ إنّما كانت الشيعة تقول: يؤكل من طعامهم ويشرب من شرابهم ويستظل بظلمهم ، متى كانت الشيعة تسأل عن هذا (٢)؟

ومنها: صحيحه محمد بن مسلم قال: كنّا عند أبي جعفر عليه السلام على باب داره بالمدينه فنظر إلى الناس يمرون أفواجا فقال لبعض من عنده: حدث بالمدينه ، أمرٌ؟ فقال: أصلحك الله وكلى المدينه والى فغدا الناس يهنؤونه ، فقال: إنّ الرجل ليفدى عليه بالأمر يهنىء به ، وإنّه لباب من أبواب النار (٣).

ومنها: صحيحه حميد قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني وليت عملاً فهل لي من ذلك مخرج؟ فقال: ما أكثر من طلب المخرج من ذلك فعسر عليه! ، قلت: فماترى؟ قال: أرى أن تتقى الله عزّ وجلّ ولا تعد (٤).

الظاهر أنّ المراد بحميد هو «ابن المثنى العجليّ أبو المغراء مولاهم روى عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام ، كوفيّ ثقة ثقّه» (٥).

ومنها: موثقه مسعده بن صدقه قال: سألت رجلاً أبا عبد الله عليه السلام عن قوم من الشيعة يدخلون في أعمال السلطان يعملون لهم ويحبّون لهم ويوالونهم ، قال: ليس هم من الشيعة ولكنهم من أولئك ، ثمّ قرأ أبو عبد الله عليه السلام هذه الآية: «لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن بَنِي إِسْرَائِيلَ

ص: ١٧٦

١- (١) راجع هذا الكتاب ١ / ١٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٧ ح ١ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٨ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٩ ح ٥ .

٥- (٥) رجال النجاشي / ١٣٣ الرقم ٣٤٠ .

عَلَى لِسَانِ دَاوُدَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ» إلى قوله «وَلَكِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ فَاسِقُونَ» (١) قال : الخنازير على لسان داود والقرده على لسان عيسى «كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَن مُّكْرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ» (٢) . قال : كانوا يأكلون لحم الخنزير ويشربون الخمر ، ويأتون النساء أيام حيضهن ، ثم احتج الله على المؤمنين الموالين للكفار ، فقال : «تَرَى كَثِيرًا مِّنْهُمْ يَتَوَلَّوْنَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَبِئْسَ مَا قَدَّمَتْ لَهُمْ أَنفُسُهُمْ» إلى قوله «وَلَكِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ فَاسِقُونَ» (٣) فهى الله عز وجل أن يوالى المؤمن الكافر إلا عند التقية (٤) .

ومنها : صحيحه سليمان بن الجعفرى قال : قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام : ما تقول فى أعمال السلطان ؟ فقال : يا سليمان الدخول فى أعمالهم والعون لهم والسعى فى حوائجهم عدل الكفر ، والنظر إليهم إلى العمد من الكبائر التى يستحق بها النار (٥)

قد مرّ فى بحث معونه الظالمين (٦) أنّ هذه الرواية صحيحه الإسناد ، لأنّ العياشى نقل عن الجعفرى بلا واسطه ، وهو ينقل عن الرضا عليه السلام ، فالرواية صارت صحيحه الإسناد .

ومنها : جميع ما دلّ من الروايات على تحريم معونه الظالمين (٧) التى مرّت منّا بعضها (٨) .

ومنها : الروايات التى دلّت على تحريم صحبه الظالمين ومحبه بقائهم (٩) .

ص : ١٧٧

١- (١) سورة المائدة / (٨١ - ٧٨) .

٢- (٢) سورة المائدة / ٧٩ .

٣- (٣) سورة المائدة / ٨٠ و ٨١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٠ ح ١٠ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩١ ح ١٢ .

٦- (٦) راجع هذا المجلد ، صفحه ١١٩ .

٧- (٧) راجع وسائل الشيعة ١٧ / ١٧٧ الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٢ الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به .

٨- (٨) راجع هذا المجلد ، صفحه ١١٤ وما بعدها .

٩- (٩) راجع وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٥ . الباب ٤٤ من أبواب ما يكتسب به ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٢٨ . الباب ٣٧ من أبواب ما يكتسب به .

## الطائفه الثانيه : ما دلّ على حرمتها العرضيه .

منها : صحيحه داود بن زُرْبِي قال : أخبرني مولى لعلّي بن الحسين عليه السلام قال : كنت بالكوفه فقدم أبو عبد الله عليه السلام الحيره فأتيته ، فقلت : جعلت فداك لو كلمت داود بن علي أو بعض هؤلاء فأدخل في بعض هذه الولايات ، فقال : ما كنت لأفعل . إلى أن قال : جعلت فداك ظننت أنك إنما كرهت ذلك مخافه أن أجور أو أظلم ، وإنّ كلّ إمراه لي طالق وكلّ مملوك لي حرٌّ وعلّي وعلّي إن ظلمت أحداً أو جرت عليه ، وإن لم أعدل . قال : كيف قلت ؟ فأعدت عليه الأيمان ، فرفع رأسه إلى السماء ، فقال : تناول السماء أيسر عليك من ذلك ! (١) .

الروايه ضعيفه الإسناد ، لأن المولى لعلّي بن الحسين عليه السلام المذكور في الروايه لم يعين شخصه ، فهو كالمجهول عندنا من حيث الوثاقه . ولكن السند إلى داود صحيح وداود بن زُرْبِي ثقه على الأظهر ، فالتعبير عنها بالصحيحه كما عن الشيخ الأعظم (٢) قدس سره غير تام .

وأما دلالتها على الحرمة العرضيه ، قال الشيخ الأعظم بعد نقلها : « بناءً على أنّ المشار إليه هو العدل وترك الظلم ، ويحتمل أن يكون هو الترخّص في الدخول » (٣) .

ثمّ استشكل عليه المحقق الإيرواني بقوله : « لا دلالة في الروايه على الجواز حتّى على هذا البناء ، غايتها الإشعار ، بل لا إشعار أيضاً بعد ملاحظه أنّ السائل من العامه ، كما يظهر من حلفه بالطلاق والعتاق ، فإن التخلّص منه حينئذ ينحصر بما صنعه عليه السلام بعد عدم تيسّر التصريح بحكم الكبرى ، وأنّ الدخول في أعمالهم حرام على كلّ حال » (٤) .

وأجابه شيخنا الأستاذ - مدظله - ب- « أنّ حمل الكلام على رعايه التقيه خلاف الأصل ، والحلف بالطلاق والعتاق لا تكون قرينه على ذلك ، كما يظهر ذلك لمن راجع الروايات الوارده في ذلك الحلف ، حيث يظهر منها أن بطلانه لم يكن في ذلك الزمان ظاهراً كظهوره في زماننا ، والحاصل أنّ مجرد الحلف في ذلك الزمان لم يكن قرينه على كون الحالف

ص: ١٧٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٨ ح ٤ الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ٧٠ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ٧١ .

٤- (٤) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٥٣ .

أقول : الحقّ مع شيخنا الأستاذ - مدظله - من عدم ظهور الفرع في ذاك الزمان ، ويظهر لك بعد ملاحظه الروايات الواردة في الباب ١٤ من أبواب كتاب الأيمان من وسائل الشيعة ٢٣٠/٢٣ ، ولكن دلالة الروايه على الحرمة العرضيه غير تامه ، لأنها مستفاده من كلام الراوى لا الإمام عليه السلام ، ولم يرد في كلامه عليه السلام ما يدلّ عليها إلا اسم الإشاره ، والمشار إليه كما يمكن أن يكون ما ذكره شيخنا الأنصارى ، يمكن أن يكون أداء الأيمان أو الدخول في الحكم والولاية أو الدخول فيها والعمل على العداله أو غير ذلك ، وإذا جاء الإحتمال بطل الإستدلال . والله سبحانه هو العالم .

ومنها : خبر مناهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : من تولّى عرافه قوم أتى به يوم القيامة ويده مغلولتان إلى عنقه ، فإن قام فيهم بأمر الله عزّ وجلّ أطلقه الله وإن كان ظالماً هوى به في نار جهنم وبئس المصير (٢).

ومنها : خبر آخر خطبه خطبها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه أنه قال فيها : من تولّى عرافه قوم حُبس على شفير جهنم بكلّ يوم ألف سنه وحُشر ويده مغلوله إلى عنقه ، فإن قام فيهم بأمر الله أطلقها الله ، وإن كان ظالماً هوى به في نار جهنم سبعين خريفاً (٣).

ومنها : صحيحه على بن يقطين قال : قال لى أبو الحسن موسى بن جعفر عليه السلام : إنّ لله تبارك وتعالى مع السلطان أولياء يدفع بهم عن أوليائه (٤).

ومنها : حسنه عبيد بن زراره أنه قال : بعث أبو عبد الله عليه السلام رجلاً إلى زياد بن عبيد الله فقال : وأدّ نقص عملك (٥).

ومنها : حسنه زيد الشحام قال : سمعت الصادق جعفر بن محمد عليه السلام يقول : مَنْ تولّى

ص: ١٧٩

١- (١) إرشاد الطالب ١ / ٢٥٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٩ ح ٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٩ ح ٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ ح ١ . الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٣ ح ٤ .

أمراً من أمور الناس فعدل وفتح بابيه ورفع ستره ونظر في أمور الناس كان حقاً على الله عز وجل أن يؤمن روعته يوم القيامة ويدخله الجنة (١).

ومنها : صحيحه الحلبي قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل مسلم وهو في ديوان هؤلاء وهو يحب آل محمد عليهم السلام ويخرج مع هؤلاء في بعثهم فيقتل تحت رأيهم ؟

قال : يبعثه الله على نيته .

قال : وسألته عن رجل مسكين خدمهم رجاء أن يصيب معهم شيئاً فيعنيه الله به فمات في بعثهم ؟ قال : هو بمنزله الأجير ، إنه إنما يعطى الله العباد على نياتهم (٢).

ومنها : جميع ما ورد من الروايات في جواز قبول الولايه من الجائر لنفع المؤمنين والدفع عنهم (٣).

### الطائفة الثالثة : ما دلّ على حرمة العمل لبني أمية والعباس المعاصرين للأئمة .

بعض الروايات تدلّ حرمة العمل للخلفاء المعاصرين لأئمتنا المعصومين عليهم السلام :

منها : مرسله ابن إدريس نقلاً عن كتاب مسائل الرجال عن أبي الحسن علي بن محمد عليه السلام : إن محمد بن علي بن عيسى كتب إليه يسأله عن العمل لبني العباس وأخذ ما يتمكن من أموالهم هل فيه رخصه ؟ فقال : ما كان المدخل فيه بالجبر والقهر فالله قابل العذر ، وما خلا ذلك فمكروه ، ولا محاله قليله خير من كثيره ، وما يكفر به ما يلزمه فيه من يرزقه ويسبب على يديه ما يسرّك فينا وفي موالينا . قال : فكتبت إليه في جواب ذلك أعلمه أنّ مذهبي في الدخول في أمرهم وجود السبيل إلى إدخال المكروه على عدوه ، وانبساط اليد في التشفى منهم بشيء أن تقرب به إليهم ، فأجاب : من فعل ذلك فليس مدخله في العمل حراماً بل أجراً وثواباً (٤).

أقول : دلالة ذيل الحديث على الحرمة العرضيه واضحه ، وإن كان صدرها يدلّ على

ص: ١٨٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٣ ح ٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٠١ ح ٢ . الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) راجع في هذا المجال وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٢ الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٣٠ الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٠ ح ٩ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

ومنها : خبر ابن بنت الوليد بن صبيح الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من سَوّد اسمه في ديوان ولد سابع حشره الله يوم القيامة خنزيراً (١) .

« سابع » قلب « عباس » ورواها الصدوق بإسناده عنه : من سَوّد اسمه في ديوان الجبارين من ولد فلان - الخ (٢) .

ومنها : خبر الوليد بن صبيح الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من سَوّد اسمه في ديوان بني شيصبان حشره الله يوم القيامة مسوداً وجهه ، إلا من دخل في أمرهم على معرفه وبصيره وينوى الإحسان إلى أهل ولايته (٣) .

الشيصبان : اسم للشيطان ، وقيل : أبو قبيله من الجن ، وهو كناية عن ولاء الجور والطواغيت في تلك الأيام .

ومنها : موثقه مسعده بن صدقه (٤) الماضيه في الطائفة الأولى من الروايات ، لأنّ المراد بالسلطان المذكور فيها هو سلطان الوقت ، أعنى خلفاء الجور كما هو الظاهر .

ومنها : صحيحه سليمان الجعفرى (٥) الماضيه بعين الاستدلال الوارد في الروايه السابقه .

ومنها : خبر على بن أبي حمزه البطائني قال : كان لي صديق من كتّاب بني أميّه ، فقال لي : استأذن لي على أبي عبد الله عليه السلام ، فاستأذنت له فأذن له ، فلما دخل سلّم وجلس ثم قال : جعلت فداك إنّي كنتُ في ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالاً كثيراً وأغمضت في مطالبه ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : لو لا - أنّ بني أميّه وجدوا لهم من يكتب ويجبى لهم الفىء ويقاقل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلّبونا حقنا ، ولو تركهم الناس وما في أيديهم ما وجدوا شيئاً إلا ما

ص : ١٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٠ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٦ ح ٦ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٣١ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٠ ح ١٠ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩١ ح ١٢ .

وقع في أيديهم ، الحديث (١).

رواها الكليني في الكافي ٥ / ١٠٦ ح ٤ والشيخ في التهذيب ٦ / ٣٣٢ ح ٤١ وروى الكليني نظيرها في خبر أبي بصير فراجع الكافي ١ / ٤٧٤ ح ٥ .

ومنها : صحيح وهب بن عبد ربه وعبيد الله الطويل عن شيخ من النخع قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : إنني لم أزل والياً منذ زمن الحجاج إلى يومى هذا ، فهل لى من توبه ؟ قال : فسكت ، ثم أعدت عليه ، فقال : لا حتى تؤدى إلى كل ذى حقَّ حقَّه (٢).

أقول : حرمه الدخول فى ولايه بنى أميه مفروغ عنها فى الروايات الأخيره ، أعنى خبر على بن أبى حمزه البطائنى وخبر أبى بصير وخبر شيخ من النخع ، أى الدخول أمرٌ محرّم ويعلمه حتى الداخلين .

#### الطائفة الرابعة : ما دلّ على معاملة الجائر فى الخراج والمقاسمه معاملة العادل

الطائفة الرابعة : ما دلّ على معاملة الجائر فى الخراج والمقاسمه معاملة العادل عده من الروايات تدلّ على جواز المعاملة مع الجائر وعماله فى غلات المقاسمه وأموال الخراج وأنعام الزكاه ، وأنّ المعاملة معه كالمعاملة مع العادل :

منها : صحيحه زراره قال : إشتري ضريس بن عبد الملك وأخوه هبيرة أرزاً بثلاثمائة ألف . قال : فقلت له : ويلك أو ويحك أنظر إلى خمس هذا المال ، فابعث به إليه ، واحتبس الباقي ، فأبى عليّ . قال : فأدى المال وقدم هؤلاء . فذهب أمر بنى أميه ، قال : فقلت ذلك لأبى عبدالله عليه السلام ، فقال مبادراً للجواب : هو له هو له ، فقلت له : إنّه قد أداها ، فعصّ على إصبغه (٣) .

ومنها : صحيحه معاوية بن وهب قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : أشتري من العامل الشىء وأنا أعلم أنّه يظلم ؟ فقال : إشتري منه (٤) .

ومنها : صحيحه أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل منّا يشتري من السلطان من إبل الصدقه وغنم الصدقه وهو يعلم أنّهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذى

ص: ١٨٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٩ ح ١ . الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦ / ٥٢ ح ٣ . الباب ٧٨ من أبواب جهاد النفس .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢١٨ ح ٢ . الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٢١٩ ح ٤ .

يجب عليهم؟ قال: فقال: ما الإبل إلا مثل الحنظله والشعير وغير ذلك، لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه. قيل له: فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا فنقول: بعنا فيبيعناها، فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس. قيل له: فما ترى في الحنظله والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا، ويأخذ حظه فيعزله بكييل فما ترى في شراء الطعام منه؟ فقال: إن كان قبضه بكييل وأنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كييل (١).

ومنها: صحيحه جميل بن صالح قال: أرادوا بيع تمر عين أبي ابن زياد فأردت أن أشتريه، فقلت: حتى أستأذن أبا عبد الله عليه السلام، فأمرت مصادف فسأله؟ فقال له: قل له: فليشتره، فإنه إن لم يشتره إشتراه غيره (٢).

ومنها: معتبره عبد الرحمن بن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل أيشترى من العامل وهو يظلم؟ فقال: يشترى منه (٣).

## وجه الجمع بين الطوائف الأربع

### إشاره

الطائفة الأولى هي مستند القول الأول بأن الولاية من قبل الجائر نفسها من المحرمات الخارجيه .

والطائفة الثانية هي مستند القول الثاني بأن حرمتها عرضيه ، أي إذا ارتكب الوالي من قبلهم المحرمات يكون فعله حراماً .

والطائفة الثالثة هي مستند قول صاحب المستند بأن الولاية في زمن خلفاء بني أمية وبني العباس المعاصرين للأئمة المعصومين حرام ذاتاً ، وأمياً غيرهم من سلاطين فلا- بأس قبول الولاية منهم إلا إذا ارتكب محرّم خارجي أو أعانه عليه ، كما يُستفاد هذا الأخير من الروايات المجوّزه .

والطائفة الرابعة هي مستند قول صاحب الجواهر ، وهي شاهد جمع بين الطائفتين من

ص: ١٨٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢١٩ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٠ ح ١ . الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢١ ح ٣ .



حمل الروايات المجوّزه على الولايات المحلّله من جبايه الخراج وجمع الزكاه ونحوهما ، وحمل الروايات المانع على الولايات المحرّمه نحو غيرهما من الولايات .

### فذلكه القول فى المقام

وأقول : آخذ بجميع الطوائف الأربع ، لأنّها كلّها من المثبتات ولا تنافى بينهنّ ، ولذا آخذ بالطائفة الأولى وأقول بأنّ الولايه من قبل الجائر من المحرّمات الذاتيه فنفس قبولها حرام شرعاً .

وآخذ بالطائفة الثانيه وأقول : بأنّ من ارتكب فى ولايته الجائره بعض معاصى الله يكتب عليه .

وآخذ بالطائفة الثالثه وأقول : بأنّ قبول الولايه من قبل خلفاء بنى أميه والعباس محرّم شرعاً ، كما أنّ قبولها من غيرهم أيضاً من المحرّمات الشرعيه .

وآخذ بالطائفة الرابعه لا بعنوان شاهد جمع بين الطائفتين بل بأنّ المعامله مع الخلفاء وعمّالهم فى الخراج والمقاسمه ونحوها لا بأس بها .

فذلكه القول فى المقام : نحن نذهب إلى أنّ الولايه من قبل الجائر من المحرّمات الذاتيه ، ونأخذ أيضاً بمفاد جميع الطوائف الأربع لأنّها من المثبتات ولا تنافى بينهنّ كما مرّ ، والله سبحانه هو العالم .

ثمّ يسوّغ الولايه المذكوره أمران :

### يسوّغ الولايه المذكوره أمران

#### الأول : القيام بمصالح العباد

#### اشاره

الولايه المحرّمه يجوّزها الشارع لأجل القيام بمصالح العباد وإيصال النفع إلى المؤمنين ودفع المضارّ عنهم ، وتدلّ عليه قبل الإجماع المحكى (١) عدّه من الروايات المستفيضه :

منها : صحيحه على بن يقطين الماضيه (٢) .

ومنها : حسنه زيد الشحام الماضيه (٣) .

ومنها : حسنه زياد بن أبى سلمه قال : دخلت على أبى الحسن موسى عليه السلام فقال لى : يا

- ١- (١) الحاكي هو الشيخ الأعظم في المكاسب ٢ / ٧٢.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ ح ١.
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٣ ح ٧.

زيداً إنك لتعمل عمل السلطان؟ قال: قلت: أجل، قال لي: ولم؟ قلت: أنا رجل لي مروءة وعلي عيال وليس واره ظهري شيء، فقال لي: يا زيد لئن أسقط من حالك فأتقطع قطعه أحب إلي من أن أتولى لأحد منهم عملاً أو أطأ بساط رجل منهم إلا لماذا؟ قلت: لا أدري جعلت فداك، قال: إلا لتفريج كربه عن مؤمن أو فك أسره أو قضاء دينه، الحديث (١).

ومنها: معتبره أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ذكر عنده رجل من هذه العصابة قد ولي ولاية، فقال: كيف صنيعه إلى إخوانه؟ قال: قلت: ليس عنده خير، قال: أف يدخلون فيما لا ينبغي لهم ولا يصنعون إلى إخوانهم خيراً (٢).

رجال السنند كلهم ثقات، لأن المراد بالحبيب هو ابن يسار الكندي الكوفي ثقة (٣)، إلا ابن سنان وهو محمد والمشهور على تضعيفه والبعض على توثيقه، وعلى قول البعض - كما هو المختار - صار سند الرواية معتبراً.

ومنها: صحيحه محمد بن عيسى العبيدي قال: كتب أبو عمر الحذاء إلى أبي الحسن عليه السلام وقرأت الكتاب والجواب بخطه، يعلمه أنه كان يختلف إلى بعض قضاة هؤلاء وأنه صير إليه وقوفاً ومواريث بعض ولد العباس أحياء وأمواتاً، وأجرى عليه الأرزاق، وأنه كان يؤدي الأمانة إليهم، ثم إنه بعد عاهد الله أن لا يدخل لهم في عمل وعليه مؤونه وقد تلف أكثر ما كان في يده وأخاف أن ينكشف عنه ما لا يجب أن ينكشف من الحال، فإنه منتظر أمرك في ذلك فما تأمر به؟ فكتب عليه السلام إليه: لا عليك وإن دخلت معهم ونحن ما أنت عليه (٤).

الرواية صحيحه الإسناد، لأن سند الشيخ إلى محمد بن علي بن محبوب صحيح وهو ثقة، ومحمد بن عيسى العبيدي ثقة على الأقوى، وهو شهد بخط الإمام عليه السلام، فلا يضرب جهاله أبي عمر الحذاء، لأنه لم يدخل في السنند.

ص: ١٨٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٤ ح ٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٥ ح ١٠ .

٣- (٣) جامع الرواه ١ / ١٧٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٧ ح ١٤ .

وتدلّ على جواز الدخول في أمرهم وقبول الولايه منهم لأجل تحصيل المعاش والأرزاق مع أداء الأمانه ، حتّى عدم مراعاة العهد في تركه . كما تدلّ على جواز الدخول معهم لتحصيل المعاش صحيحه الحلبي الماضيه (١) ، ولكن الصحيحه الأخيره يضاف إليها عدم لزوم مراعاة العهد في الله في تركها ، لأنّ تحصيل المعاش يكون أهمّ وأوجب . والحاصل هاتان الصحيحتان تدلان على جواز قبول الولايه منهم والدخول في أمورهم لأجل تحصيل المعاش والمؤونه ، ولكن الجواز مختص بمن لا يقدر على تحصيل مؤونه إلاّ بذاى عادةً وعرفاً لا عقلاً ، كما تدلّ عليه موثقه عمار بن موسى الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام سُئل عن أعمال السلطان يخرج فيه الرجل ؟ قال : لا إلاّ أن لا يقدر على شىء يأكل ولا يشرب ولا يقدر على حيله ، فإن فعل فصار في يده شىء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت (٢) .

ولعلّ تقييد الإمام عليه السلام الجواز في مَنْ لا يقدر على حيله على معاشه عادةً وعرفاً يوجب سرّ انصراف الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم أجمعين عن الإفتاء على طبق هذه الروايات الثلاث ، لأنّ الغالب بل الأغلب عادةً وعرفاً يمكن تحصيل المعاش والحيله عليه من طرق أخرى . نعم : في فرض انحصار الطريق وطرو الإضطرار أيضاً الأمر واضح لإباحته بالإضطرار وبأنّ الضرورات تبيح المحظورات .

ومنها : صحيحه على بن يقطين أنّه كتب إلى أبى الحسن موسى عليه السلام : إنّ قلبى يضيق ممّا أنا عليه من عمل السلطان - وكان وزيراً لهارون - فإن أذنت لى - جعلنى الله فداك - هربتُ منه . فرجع الجواب : لا - آذن لك بالخروج من عملهم واتق الله ، أو كما قال (٣) .

رجال السند كلّهم ثقات ، ولا يضر دخول زيد بأو على محمد بن عيسى العبيدى اليقطينى ، لأنّ المراد به هو زيد بن يونس أبو أسامه الشحام الكوفى ، روى عن أبى عبد الله وأبى الحسن عليهما السلام ثقّه (٤) .

ص: ١٨٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٠١ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٠٢ ح ٣ . الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) قرب الإسناد / ٣٠٥ ح ١١٩٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٨ ح ١٦ .

٤- (٤) جامع الرواه ١ / ٣٤٤ .

ومنها : خبر يونس بن حماد قال : وصفتُ لأبي عبد الله عليه السلام من يقول بهذا الأمر مَمَّن يعمل عمل السلطان ، فقال : إذا ولَّوكم يدخلون عليكم المرفق وينفَعونكم في حوائجكم ؟ قال : قلت : منهم من يفعل ومنهم من لا- يفعل ، قال : من لم يفعل ذلك منهم فابروا منه برىء الله منه(١) .

دلالة الروايه على الجواز بالمفهوم واضحه ، ولكن في سندها ضعف .

ومنها : مرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام أنه قال : كفاره عمل السلطان قضاء حوائج الإخوان(٢) .

ومنها : مرسله العياشى عن مفضل بن مريم الكاتب قال : دخلت على أبي عبد الله عليه السلام وقد أمرت أن أخرج لبني هاشم فلم أعلم إلا وهو على رأسى ، فوثبت إليه ، فسألنى عمَّا أمر لهم ، فناولته الكتاب ، فقال : ما أرى لإسماعيل هاهنا شيئاً ؟ فقلت : هذا الذى خرج إلينا . ثم قلت : جعلت فداك قد ترى مكاني من هؤلاء القوم ، فقال : أنظر ما أصبت فعد به على أصحابك ، فإنَّ الله تعالى يقول : «إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ»(٣)(٤) .

ومنها : غير ذلك من الروايات الواردة فى الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به من وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ ، والباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به من مستدرک الوسائل ١٣ / ١٣٠ وتعددها وكثرتها يغنيها عن ملاحظه أسنادها .

### كيفية الجمع بين هذه الروايات والطوائف الأربع الماضية

الشارع الذى حرّم قبول الولايه والدخول فى أعمال الظلمه جوّزها بهذه الروايات لِمَنْ يقصد وينوى من الدخول إيصال النفع إلى المؤمنين ودفع الشرّ عنهم ، فيعمل بهذه المهمّة بقدر

ص: ١٨٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٦ ح ١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٢ ح ٣ وفى بحار الأنوار ٧٥ / ٢٠٦ ح ٥٧ : كفاره عمل السلطان الإحسان إلى الإخوان .

٣- (٣) سورة هود / ١١٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩٨ ح ١٧ .

وُسعه وطاقته وإمكانياته . فمع هذه التيه وذاك العمل يجوز الدخول في أعمالهم .

فإذا كان هذا النفع كثيراً أو ذاك الدفع مهماً يكون الدخول مستحباً ، وإذا كان النفع أكثرأ أو الدفع أهم بحيث لا يجوز تركه يكون الدخول واجباً .

فالجواز المستفاد من الروايات يكون بالمعنى الأعم ، فيشمل الاستحباب ، بل يشمل الوجوب هنا بالمعنى الذى مرّ آنفاً .

بهذا البيان يرتفع غائله معركه الآراء بين الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم أجمعين : من أنّ المحرّم كيف يكون جائزاً أو صار مستحباً أو انقلب واجباً ؟ ! فظهر ممّا ذكرنا جوابه ، والله سبحانه هو العالم .

### هل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يجوز الدخول في أعمالهم ؟

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فريضه عظيمه بها تقام الفرائض وهما أسمى الفرائض ، وأشرفها(١) ، بل هما من أفضل فرائض الإسلام(٢) ، وأنهما خلقان من خلق الله ، فمن نصرهما أعزه الله ومن خذلهما خذله الله(٣) . وحيث يهتم الشارع بهذا الاهتمام ولعلهما يكونان أنفع بحال المجتمع الإسلامى من المصالح الفرديه ومنافعها ، فيمكن القول تبعاً لبعض الأصحاب قدس سرهم بجواز الدخول فى أعمال الظلمه وولايتهم إذا تمكن الداخل من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، بل إذا كانا مهمين فالدخول يكون مستحباً ، وإذا كانا أشد أهميه فالدخول يكون واجباً .

وهذا البيان جارٍ حتّى على القول بأنّهما مشروطان بالقدره كما هو الصحيح ، ولا يجب تحصيل هذه القدره لو لم يكن المكلف واجداً لها كما هو الأصح ، ومع ذلك يجوز الدخول لأهميتهما فى الشريعه المقدسه ، أهميتها بالنسبه إلى المنافع الفرديه للمؤمنين ومصالحهم ، والشارع الذى يجوز الدخول للأخير كما مرّ آنفاً فبطريق أولى يجوز الدخول لهما . والله سبحانه هو العالم .

ص: ١٨٨

١- (١) كما فى خبر جابر ، راجع وسائل الشيعه ١٦ / ١١٩ ح ٦ . الباب ١ من أبواب الأمر والنهى .

٢- (٢) كما فى خبر عبد الله بن محمد ، راجع وسائل الشيعه ١٦ / ١٢١ ح ١١ .

٣- (٣) كما فى مرفوعه يعقوب بن يزيد ، راجع وسائل الشيعه ١٦ / ١٢٤ ح ٢٠ .

الثانى من مسوغات قبول الولاية من قبل الجائر الإكراه عليه بالتوعيد على تركه بما يوجب ضرراً على نفسه أو عرضه أو ماله أو ضرراً بمن يعدّ ضرره ضرراً عليه كالأب والولد ومن يجرى مجراهما .

تدلّ عليه مضافاً إلى حديث الرفع (١) وعمومات التقيه (٢) والإضطرار (٣) عدّه من الروايات المستفيضه المعتبره :

منها : صحيحه الحسن بن الحسين الأنبارى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال : كتبت إليه أربع عشره سنه أستأذنه فى عمل السلطان ، فلمّا كان فى آخر كتاب كتبه إليه أذكر أنّى أخاف على خيط عنقى ، وأنّ السلطان يقول لى إنّك رافضى ، ولسنا نشك فى إنّك تركت العمل للسلطان للرفض . فكتب إلىّ أبو الحسن عليه السلام : فهمتُ كتابك وما ذكرت من الخوف على نفسك ، فإن كنت تعلم أنّك إذا وليت عملت فى عملك بما أمر به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثمّ تصير أعوانك وكتّابك أهل ملتك وإذا صار إليك شيءٌ واسيت به فقراء المؤمنين حتّى تكون واحداً منهم كان ذابداً وإلا فلا (٤) .

وهذه الصحيحه تدلّ على كلى مسوغى قبول الولاية من قبل الجائر .

ومنها : حسنه الحسن بن موسى الخشاب قال : روى أصحابنا عن الرضا عليه السلام أنّه قال له رجل : أصلحك الله كيف صرت إلى ما صرت إليه من المأمون ؟ فكأنّه أنكر ذلك عليه .

فقال له أبو الحسن الرضا عليه السلام : يا هذا أيّما أفضل النبى أو الوصى ؟ فقال : لا بل النبى ، فقال : أيّما أفضل مسلم أو مشرك ؟ فقال : لا - بل مسلم ، قال : فإنّ العزيز عزيز مصر كان مشركاً وكان يوسف نبياً ، وإنّ المأمون مسلم وأنا وصى ، ويوسف سأل العزيز أن يوليه حين

ص : ١٨٩

- 
- ١- (١) وهو صحيحه حرير بن عبد الله ، راجع وسائل الشيعه ١٥ / ٣٦٩ ح ١ . الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس .
  - ٢- (٢) نحو صحيحه زراره ، راجع وسائل الشيعه ١٦ / ٢١٤ ح ١ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهى .
  - ٣- (٣) نحو موثقتى سماعه ، راجع وسائل الشيعه ٥ / ٤٨٢ و ٤٨٣ ح ٦ و ٧ . الباب ١ من أبواب القيام .
  - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٠١ ح ١ . الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به .

قال : «اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظٌ عليهم» (١) وأجبرت على ذلك ، الحديث (٢) .

ومنها : صحيحه الريان بن الصلت قال : دخلت على علي بن موسى الرضا عليه السلام فقلت له : يا ابن رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم إن الناس يقولون : إنك قبلت ولاية العهد مع إظهارك الزهد في الدنيا ، فقال عليه السلام : قد علم الله كراحتي لذلك ، فلما خيّرُ بين قبول ذلك وبين القتل اخترت القبول على القتل ، ويحهم أما علموا أنّ يوسف عليه السلام كان نبياً رسولاً- ، فلما دفعته الضرورة إلى تولّى خزائن العزيز قال له : «اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظٌ عليهم» ، ودفعتنى الضرورة إلى قبول ذلك على إكراه وإجبار بعد الإشراف على الهلاك ، على أنّي ما دخلت في هذا الأمر إلاّ دخول خارج منه ، فإلى الله المشتكى وهو المستعان (٣) .

ومنها : حسنه أو معتبره أبي الصلت الهروي في حديث طويل للرضا عليه السلام مع المأمون ، قال المأمون فيه : فبالله أقسم لئن قبلت ولاية العهد وإلاّ أجبرتك على ذلك ، فإن فعلت وإلاّ ضربت عنقك .

فقال الرضا عليه السلام : قد نهاني الله أن ألقى بيدي إلى التهلكه ، فإن كان الأمر على هذا فافعل ما بدالك ، وأنا أقبل ذلك على أن لا أولي أحداً ولا أعزل أحداً ولا أنقض رسماً ولا سنه ، وأكون في الأمر من بعيد مشيراً ، فرضى بذلك منه وجعله ولي عهداً على كراهيه منه عليه السلام لذلك (٤) .

ومنها : خبر محمد بن عرفة (٥) .

ومنها : خبر عبد السلام بن صالح الهروي (٦) .

ومنها : خبر الفضل بن سهل (٧) .

ص : ١٩٠

١- (١) سورة يوسف / ٥٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٢ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٣ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٣ ح ٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٥ ح ٧ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٥ ح ٨ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٠٥ ح ٩ .



ومنها : مرسله محمد بن زيد الرزामी (١) .

ومنها : خبر الفضل عن موسى بن جعفر عليه السلام في حديث طويل قال : لو لا أنّي سمعت في خبر عن جدّي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنّ طاعه السلطان للتقيه واجبه إذا ما أوجب (٢) .

فهذه الروايات تدلّ على جواز قبول الولاية من الجائر في صورته الجبر والإكراه والإضطرار والخوف على النفس والمال والعرض ، والله سبحانه هو العالم .

### وينبغي التنبيه على أمور :

#### الأول : الإكراه يسوّغ الدخول في الولاية فكذلك يباح به ما يلزمها من المحرّمات الأخرى

الأول : الإكراه يسوّغ الدخول في الولاية من قبل الجائر فكذلك يباح به ما يلزمها من المحرّمات الأخرى وما يتفق من خلالها ممّا يصدر الأمر به من الجائر ، عدا إراقه الدم ، فإنّ التقيه إنّما شرعت ليحقن بها الدماء فإذا بلغت الدم فلا تقيه فيه ، كما تدلّ عليه صحيحه محمد بن مسلم (٣) وموثقه أبي حمزة الثمالي (٤) ، وتدلّ على إباحة المحرّمات بالإكراه عموم أدله التقيه نحو : صحيحه الفضلاء (٥) وصحيحه زراره (٦) ، وعموم أدله نفي الإكراه نحو : صحيحه حرّيز بن عبد الله (٧) وأنّ الضرورات تبيح المحظورات . فما ألزم من المحرّمات فلا بأس بالأتين بها بعد جواز الدخول في الولاية ، وهذا ممّا لا إشكال فيه .

إنّما الإشكال في أنّه هل يجوز الإضرار بالناس إذا أكره الشخص على الإضرار بهم ، كنهب أموالهم وهتك أعراضهم وجرح أبدانهم ما لم يصل إلى حدّ النفس أم لا-؟ أو أنّ الإكراه يرفع المحرّمات التي هي حقّ الله خاصة دون ما كان حقّاً للناس دماً كان أو عرضاً أو مالاً؟

ص: ١٩١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٠٦ ح ١٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٢١ ح ٣ . الباب ٢٧ من أبواب الأمر والنهي .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٣٤ ح ١ . الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٣٤ ح ٢ . الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٦ / ٢١٤ ح ١ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهي .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٦ / ٢١٤ ح ٢ . الباب ٢٥ من أبواب الأمر والنهي .

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٥ / ٣٦٩ ح ١ . الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس .

ففيه وجوه ثلاثه :

الأول : الجواز مطلقاً ، لإطلاق أدله الإكراه والإضرار .

والثاني : لا بدّ من إعمال قواعد باب التراحم ودفع الضرر الأكثر بالضرر الأقل . يعنى لا بدّ من الأخذ بأقل الضررين ، سواء كان على نفسه أو غيره .

الثالث : اختصاص المرفوع بالإكراه بالمحرّمات التي هي حقّ الله خاصة دون ما كان حقّاً للناس ، دماً كان أو عرضاً أو مالاً(١) .

واستدل الشيخ الأعظم على الأول بوجوه :

الف : عموم دليل نفى الإكراه يعم الجميع من المحرّمات حتّى الإضرار بالغير ما لم يبلغ الدم .

ب : عموم أدله نفى الحرج ، لأنّ إلزام الغير بتحمل الضرر وترك ما أكره عليه حرج .

ج : قوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم وموثقه أبي حمزه الثمالي الماضيتان(٢) : « إنّما جعلت التقيه ليحقن بها الدم ، فإذا بلغ الدم فليس تقيه» . حيث دلنا على أنّ حد التقيه بلوغ الدم فشرع ما عداه(٣) .

وفيه : دليلي نفى الإكراه والحرج في الشريعة المقدسه إمتنانيّ ، ولذا لا يجريان في فرض خلاف الإمتنان ، وحيث كان الإضرار بالغير خلافاً للإمتنان به ولذا لا يجريان .

وأما أدله التقيه عامه والتي تجرى في كلّ شيءٍ إلاّ الدم لأنها إنّما شرعت ليحقن بها الدم وهو التحفظ على النفس من التلف ، فيوجب جواز كلّ محرّم حتّى الإضرار بالغير مالاً أو عرضاً ولكن لا يجوز به إراقه الدم وتلف النفس . وأما التحفظ على الضرر المالى ونحوه فخارج عن مدلول أدله التقيه ، فما ذكره الشيخ الأعظم في المقام من الأدله الثلاثه غير تام .

وأما التفصيل الذي ذكره المحقق الإيرواني قدس سره واختاره فلم يدلّ عليه دليل . فيبقى الوجه الثاني ، وهو إعمال قواعد باب التراحم ودفع ضرر الأكثر بالضرر الأقل ، ومن

ص: ١٩٢

١- (١) أضاف هذا الوجه المحقق الإيرواني قدس سره واختاره في الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٦٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٣٤ ح ١ و ٢ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ٨٧ .

الاستدلال عليه يظهر بطلان التفصيل بين حقى الله والناس .

تقريب الاستدلال : لو أجزر الجائر شخصاً وخيره بين قتله أو أخذ أموال الغير فكيف يعمل ؟ هل يجوز له أخذ أموال الغير مع الضمان لو أتلفه ومع عدم الإلتاف إرجاعها إليه ، أم لا يجوز له الأخذ فى قتل ؟ ! الجواب واضح : يجوز له أخذ أموال الغير ونجاه نفسه ويدفع القتل عن نفسه .

ثم لو أجزر الجائر شخصاً وخيره بين القتل وبين التعرض إلى عرض غيره فما وظيفته ؟ فمن الواضح نجاه نفسه ودفع القتل عنه ، ويجوز له حينئذ التعرض لعرض غيره أيضاً .

ثم لو أجزر الجائر شخصاً بين القتل وبين إيجاد الجرح الذى لم يبلغ إلى حد القتل أو قطع عضو الغير الذى لم يبلغ إلى حد القتل أو إسقاط الجنين فى الحمل قبل حلول الروح فما تكليفه ؟ يجوز حينئذ إيجاد الجرح و قطع العضو وإسقاط الجنين قبل حلول الروح فراراً من القتل ونجاه لنفسه . ولكن هذا بالنسبة إلى الحكم التكليفى ، وأما الحكم الوضعى - أى الديه فى الموارد الثلاثة - فتكون على الجراح والقاطع والمُسقط .

وأما لو أجزره بين القتل وبين قتل غيره بأنه لو لم يقتل الغير لقتله الجائر ، فلا يجوز له قتل غيره ، لأن التقيه شرعت ليحقق بها الدم فإذا بلغ الدم فليس تقيه .

إلا أن أجزره بين قتله وبين قتل غيره الذى ليس بمحقون الدم - نحو : الكافر الحربى أو الناصب الذى يظهر العداوه والبغضاء لآل محمد عليهم السلام أو الساب للنبي صلى الله عليه وآله وسلم أو الأئمة عليهم السلام أو فاطمه الزهراء عليها السلام - فحينئذ حيث إنهم لم يكونوا بمحقونى الدم بل هم يكونون مهدورى الدم بالنسبة إلى جميع الناس فيجوز قتله ونجاه نفسه .

وأما لو أجزره بين قتله وبين قتل غيره الذى قد حُكم بقتله إما قصاصاً أو حداً ، فلا يجوز له الإقدام على قتله ، لأن إجراء الحد منوط بإذن الحاكم الشرعى وهو الفقيه وإجراء القصاص منوط بإذن أولياء الدم ، فلا يجوز له قتل ذاك الغير نجاهً لنفسه إلا بعد الإستيدان من الفقيه فى الحد الشرعى أو من أولياء الدم للقصاص .

وأما لو أجزر بين قتله وبين قتل الذمى والمعاهد والمخالف ، يجوز له قتلهم ، لأن الفرض من التقيه حفظ دماء الشيعة وأدلتها ساكت عن قتل غير الشيعة ، فإذا تراحم حفظ نفوس

الشيعة وغيرهم ، يُقدم حفظ نفوس الشيعة وصار قتلهم من المحرّمات التي ترتفع حكمها بالإكراه والإضطرار والتقيه ، ولكن مع ثبوت الدية لكلّ منهم .

والحاصل ، لا بدّ للمجبور والمكره من ملاحظه الضرر الذي يتوجّه إلى نفسه والضرر الذي يتوجه إلى غيره ، فيأخذ بأقل الضررين وأدون الضررين مع وجود الضمان بالنسبه إلى الغير ، لأنّ الأدله النافيه ينفي الحكم التكليفي فقط لا الحكم الوضعي ، فالضمان باقٍ على كلّ حال . هذا ما يخطر بالبال مع تشتت الأحوال والحمد لله على كلّ حالٍ .

### الثاني : الإكراه يتحقق بماذا ؟

الإكراه يتحقق بتوعد الضرر على المكره نفساً أو عرضاً أو مالاً ، وفي الأخير بحيث لا يتحمّله عادةً أو يحسب في العرف أنّه كثير لا الضرر المالي القليل . على نفس المكره أو ما يتعلق به من والده أو ولده أو غيرها ممن يعدّ الضرر عليهم ضرراً على نفسه .

وألق الأصبحاب قدس سرهم دفع الضرر عن المؤمنين الأجانب بالضرر على المكره أو ما يتعلق به . كما نقلت كلماتهم في عنوان تطور البحث ، فمنهم : الشيخ في النهايه (١) والقاضي في المهذب (٢) وابن إدريس في السرائر (٣) والمحقق في الشرائع (٤) والعلامه في التذكرة (٥) والتحرير (٦) والقواعد (٧) والنهايه (٨) والشهيد في الدروس (٩) .

ص : ١٩٤

١- (١) النهايه / ٣٥٧ .

٢- (٢) المهذب / ١ / ٣٤٧ .

٣- (٣) السرائر / ٢ / ٢٠٣ .

٤- (٤) الشرائع / ٢ / ٦ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء / ١٢ / ١٤٩ .

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعيه / ٢ / ٢٧٠ .

٧- (٧) القواعد / ٢ / ١١ .

٨- (٨) نهايه الإحكام / ٢ / ٥٢٥ .

٩- (٩) الدروس / ٣ / ١٧٤ .

قال ثانى الشهيدان فى تحقق الإكراه: « ويتحقق بالخوف من المخالفه على نفسه أو ماله أو عرضه ، ويختلف ذلك بحسب اختلاف أحوال الناس فى احتمال الإهانه وعدمها» (١).

وقال أيضاً: « قد تقدم فى باب الأمر بالمعروف أنّ ضابط الإكراه المسوّغ للولاية الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغى تحمله عادةً بحسب حال المكروه فى الرفعه والضعه بالنسبه إلى الإهانه» (٢).

وتبعه المحقق السبزوارى فى الكفايه (٣).

ومنهم: سيد الرياض (٤) والشيخ جعفر (٥) والفاضل النراقى (٦) والشيخ الأعظم (٧).

أقول: الحقّ موافقه الأعلام قدس سرهم ، لأننا قد ذكرنا أنّ إيصال النفع إلى المؤمنين ودفع المضار يكون من مسوّغات قبول الولاية المحرّمه . فإذا تمكن مع قبول الولاية المحرّمه من دفع الضرر على المؤمنين مالاً- أو عرضاً أو نفساً يجوز له الدخول والدفع عنهم بل ربّما وجب .

ولكن هل يجوز له الإضرار بالغير دفعاً للضرر عن غيره ، بأنّ نهب مال زيد لثلاث- ينهب مال عمرو أو تعرّض لعرض بكر لثلاث يتعرض لعرض خالد أم لا ؟

يظهر ممّا ذكرنا فى التنبيه السابق حكم هذا الفرع : بأنّه يلاحظ فيه أحكام باب التراحم ، فيجوز أخذ مال الغير دفعاً للضرر المتوجّه إلى غيره عرضاً أو نفساً ، أو التعرض إلى عرض الغير دفعاً للضرر المتوجّه إلى نفس غيره ونحوها مع ثبوت الضمان على المباشر للفعل كما مرّ منّا سابقاً . والله العالم .

ص: ١٩٥

١- (١) المسالك ٣ / ١١١ .

٢- (٢) المسالك ٣ / ١٣٩ .

٣- (٣) الكفايه ١ / ٤٤٧ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ٢٠٧ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٣٣٣ .

٦- (٦) مستند الشيعة ١٤ / ١٩٢ .

٧- (٧) المكاسب ٢ / ٩٠ .

### الثالث : هل يعتبر العجز عن التفصي في الإكراه أم لا ؟

قال المحقق في الشرائع : « إذا أكره الجائر على الولاية جاز له الدخول والعمل بما يأمره مع عدم قدره على التفصي ، إلا في الدماء المحرّمه فإنّه لا تقيه فيها» (١) .

قال ثاني الشهيدين : « قد ذكر المصنف رحمه الله في هذه المسأله شرطين : أحدهما الإكراه ، والثاني : عدم قدره المأمور على التفصي ، وهما متغايران ، فإنّ الإكراه يجوز أن يجتمع مع القدره - كما عرفت من تعريفه - فالثاني أخص من الأوّل ، والظاهر أنّ مشروطهما مختلف ، فالأوّل شرط لأصل قبول الولاية والثاني شرط للعمل بما يأمره من المظالم ، وهما متغايران أيضاً ... » (٢)

أقول : الظاهر - والله العالم - أنّ عدم القدره على التفصي هو من مقومات الإكراه ، بحيث لو تمكن من التفصي لم يصدق أنّه مكرهٌ . وعلى هذا ما ذكره الشهيد ثاني من إرجاعه إلى الشرطين غير تام . بلا فرق في ذلك بين قبول الولاية والعمل فيها ، وفي كليهما إذا أمكن التفصي لم يصدق الإكراه فلا يجوز الدخول في ولاية الظالم ، وهكذا لا يجوز العمل على طبق أوامره الداله على معاصي الله تعالى أو الإضرار بالغير ، لأنّه مع إمكان التفصي يصدق عليه أنّه غير مُكره بالفعل ، فلا يشمله أدله الجواز .

### الرابع : قبول الولاية عن الجائر مع الضرر المالي رخصه

إذا أجبر الظالم أحداً بين قبول الولاية من طرفه أو إعطاء مبلغاً من المال ، يجوز له قبول الولاية وعدم الإعطاء .

نعم ، لو كان المال قليلاً يستحب له الإعطاء وعدم القبول .

ولو كان المال كثيراً بحيث يضرّ بحاله لو أعطاه مع ذلك يجوز له الإعطاء وعدم القبول .

ص : ١٩٦

١- (١) الشرائع ٢ / ٦ .

٢- (٢) المسالك ٣ / ١٣٩ .

والوجه فى ذلك : أدله نفى الإكراه والضرر ترفع الإلزام فقط عن موردهما ولم تثبت شيئاً ، فهما يرفعان حرمة قبول الولايه ولكنهما لم يثبتا وجوب قبولها .

فما يظهر من الشيخ الأعظم من التفصيل بين الضرر المالى الذى لا يضرّ بالحال وغيره فى غير محلّه ، والله العالم .

### الخامس : حرمة قتل المؤمن بالإكراه أو التقيه

قتل المؤمن حرام ولا يسوّغه الإكراه أو التقيه ، لأنّ أدله نفى الإكراه إمتنانيه ولا إمتنان على الغير فى قتله ، وأدله التقيه مقيده بعدم بلوغها مرتبه الدم ، فلا يجوز قتل المؤمن بهما .

مضافاً إلى قوله : «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ»<sup>(١)</sup> حيث تدلّ على التكافؤ بين الدماء المحترمه .

وتدلّ عليه أيضاً صحيحه عبد الله بن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام : أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خطب الناس فى مسجد الخيف فقال : نصر الله عبداً سمع مقالتي فوعاها وحفظها وبلغها من لم يسمعها ، فربّ حامل فقه غير فقيه وربّ حامل فقه إلى من هو أفقه منه ، ثلاث لا يغلّ عليهنّ قلب امرئ مسلم : إخلاص العمل لله ، والنصيحه لأئمه المسلمين ، واللزوم لجماعتهم ، فإنّ دعوتهم محيطه من ورائهم ، المسلمون إخوه تتكافىء دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم<sup>(٢)</sup> .

وعلى هذا لا يجوز لأحد قتل المؤمن ولو توجه القتل إليه ، وأما غيرهم قد مرّ الكلام فى ذلك فلا نعيده .

إلى هنا تمّ بحث الولايه من قبل الجائر فى يوم الجمعة ٢٩ جمادى الثانيه ١٤٢٦ ببلده إصبهان صانها الله تعالى عن الحدثان على يد مؤلفه الفقير إلى الله الغنى هادى النجفى كان الله له ويكون .

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى الله على سيدنا محمد وآله أجمعين .

ص : ١٩٧

١- (١) سورة المائده / ٤٥ .

٢- (٢) الكافى ١ / ٤٠٣ ح ١ .

لابدّ أولاً من مراجعته أهل اللغة لتعيين موضوع الهجاء فنقول :

قال الزمخشري : « ومن المجاز : فلان يهجو فلاناً هجاءً : يعدّد معاييه ، وهو هجاءٌ ، وله أهجئٌ ، وهاجاه مهاجاةٌ ، وتهاجيا ، وبينهما تهاجٌ ، والمرأه تهجو زوجها هجاءً قبيحاً : إذا ذمّت صحبتته وعددت عيوبه» (١).

قال الفيومي : « هَجَاهُ يَهْجُوهُ هَجْوًا : وقع فيه بالشعر وسبّه وعابه ، والاسمُ الهِجَاءُ مثل كِتَابٍ» (٢).

قال ابن الأثير : « هجا ، فيه : « اللهم إن عمرو بن العاص هجاني وهو يعلم أنني لست بشاعر فاهجّه ، اللهم والعنه عدد ما هجاني أو مكان ما هجاني» ، أي جازه على الهجاء جزاء الهجاء ، وهذا كقوله « من يُرائي يُرائي الله به» أي يُجازيه على مُرآته» (٣).

قال ابن منظور : « هَجَاهُ يَهْجُوهُ هَجْوًا وَهَجَاءً وَتَهْجَاءً ، ممدود : شتمه بالشعر وهو خلاف المدح . قال الليث : هو الوقيعه فى الأشعار . وروى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : اللهم إن فلاناً هجاني فاهجّه اللهم مكان ما هجاني ، معنى قوله اهجّه أى جازه على هجائه إيأى جزاء هجائه ... والمهاجاه بين الشاعرين : يتهاجيان ...» (٤).

وقال الفيروزآبادى : « هَجَاهُ هَجْوًا وَهَجَاءً : شَتَمَهُ بالشعر ...» (٥).

وقال الطريحي : « الهِجَاءُ : خلاف المدح ، وهجى القوم ذكر معاييهم ، والمرأه تهجو

ص: ١٩٨

١- (١) أساس البلاغه / ٤٨٠ .

٢- (٢) المصباح المنير / ٦٣٥ .

٣- (٣) النهاية ٥ / ٢٤٨ .

٤- (٤) لسان العرب ١٥ / ٣٥٣ .

٥- (٥) القاموس المحيط / ماده هجاه من الطبع الحجرى و ٤ / ٤٠٢ من الطبع الحروفى .



زوجها أى تدمّ صحبتته»(١).

أقول: قد عرفت بأنّ بعض اللغويين خصص الهجو بالشعر كالفيومي وابن منظور والفيروز آبادي ، وبعضهم أطلق كالزمخشري والطريحي وصاحب الصحاح(٢). وهذا الخلاف بين اللغويين سرى إلى كلمات الفقهاء أيضاً ، فبعضهم خصص الهجو بالشعر كالمحقق الثاني قال فى تعريف الهجاء : « هو بكسر الهاء والمدّ : ذكر المعاييب بالشعر»(٣) ، وتبعه الشهيد الثاني فى المسالك(٤) والروضه(٥) والمحقق الأردبيلي فى مجمع الفائده والبرهان(٦) والمحقق السبزواري فى الكفايه(٧) والشيخ يوسف فى الحدائق(٨) وسيد الرياض(٩) والفاضل النراقي فى المستند(١٠).

وبعضهم صرح بالإطلاق ، كالعلامه فى شهادات القواعد(١١) والشيخ جعفر فى شرحه(١٢) وتلميذه صاحبى المفتاح(١٣) والجواهر(١٤) ، والشيخ الأعظم(١٥) وصاحبى برهان

ص: ١٩٩

- ١- (١) مجمع البحرين / ٩٩ من الطبع الحجرى .
- ٢- (٢) الصحاح / ٢ / ١٨٣٤ .
- ٣- (٣) جامع المقاصد / ٤ / ٢٦ .
- ٤- (٤) المسالك / ٣ / ١٢٧ .
- ٥- (٥) الروضه البهيه / ٣ / ٢١٣ .
- ٦- (٦) مجمع الفائده والبرهان / ٨ / ٧٦ .
- ٧- (٧) الكفايه / ١ / ٤٣٦ .
- ٨- (٨) الحدائق / ١٨ / ١٤٦ .
- ٩- (٩) رياض المسائل / ٨ / ١٦٢ .
- ١٠- (١٠) مستند الشيعة / ١٤ / ١٥٨ .
- ١١- (١١) القواعد / ٣ / ٤٩٥ .
- ١٢- (١٢) شرح القواعد / ١ / ٢١٩ .
- ١٣- (١٣) مفتاح الكرامه / ١٢ / ٢١٢ .
- ١٤- (١٤) الجواهر / ٢٢ / ٦٠ .
- ١٥- (١٥) المكاسب / ٢ / ١١٨ .

الفقه (١) ومعاصى كبيره (٢) .

وغيرهم أطلق حرمه الهجاء ولم يخصه بالشعر ، كما فى المقنعه (٣) والنهائيه (٤) والمراسم (٥) والسرائر (٦) والشرائع (٧) والنافع (٨) ومكاسب القواعد (٩) والتحرير (١٠) والتذكره (١١) والمنتهى (١٢) ، وفى الأخيرين ادعى عدم الخلاف فيه .

والحاصل ، لا وجه لاختصاص الحرمه بالهجاء الشعرى ، بل الأدله عامه تشمل غيره أيضاً . بل لا وجه لاختصاص تعريف الهجو بالشعر فقط ، والهجاء كما يمكن أن يكون به يمكن أن يكون بالنثر أيضاً ، فما ورد فى كلمات بعض اللغويين لم يرد على سبيل التخصيص بل هو ذكر إحدى المصاديق .

وعلى هذا ما ورد من اختصاصه بالشعر فى كلمات بعض الفقهاء أعلى الله مقامهم غير تام عندنا .

فالهجو : هو ذكر معائب الشخص وشمته وفحشه والوقيعه فيه ، سواء كان بالشعر أو النثر أو غيرهما .

**ثم الأدله الأربعة تدل على حرمه الهجاء :**

**إشاره**

ص : ٢٠٠

- ١- (١) برهان الفقه ، كتاب التجاره / ٢٠ من الطبع الحجرى .
- ٢- (٢) معاصى كبيره / ٨٢ .
- ٣- (٣) المقنعه / ٥٨٩ .
- ٤- (٤) النهائيه / ٣٦٥ .
- ٥- (٥) المراسم / ١٧٠ .
- ٦- (٦) السرائر ٢ / ٢١٥ .
- ٧- (٧) الشرائع ٢ / ٤ .
- ٨- (٨) المختصر النافع / ١١٧ .
- ٩- (٩) القواعد ٢ / ٨ .
- ١٠- (١٠) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٠ مسأله ٣٠١٨ .
- ١١- (١١) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .
- ١٢- (١٢) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٣ من الطبع الحجرى .

قوله تعالى: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (١).

بتقريب: أن هجو المؤمن من أظهر مصاديق إشاعه الفاحشه في الذين آمنوا، فيحرم بدلاله الآية الشريفه. وقد ورد عدّه من الروايات (٢) في ذيلها يمكن تطبيقها عليه، فسيأتى بعضها في عنوان السنه.

وقوله تعالى: «وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ» (٣).

حيث فسرت «الهمزه» ب- «الكثير الطعن على غيره بغير حقّ، والعائب له بما ليس بعيب» (٤)، فيدخل بعض مصاديق الهجو تحت عنوان الهمز واللمز فيحرم.

أمّا الفرق بين اللّمزه والهمزه: «قيل هما بمعنى [ واحد ]، وقيل بينهما فرق، فإنّ الهمزه: الذى يعكس بظهر الغيب، واللمزه: الذى يعكس فى وجهك».

وقيل: الهمزه: الذى يؤذى جليسه بسوء لفظه، اللمزه: الذى يكثر عيبه على جليسه ويشير برأسه ويؤمىء بعينه». كذا فى فروق اللغات (٥).

وقال الشيخ يحيى بن حسين بن عشير البهرانى فى الفرق بين الهمّاز واللمّاز: «أنّ الأوّل هو الذى يعيب فى الوجه، والثانى هو الذى يعيب مع الغيبه، كقوله تعالى: «وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ».

الهمّز: الطعن فى الوجه بالعين، واللمّز الذى يغتاب الناس عند الغيبه. وقيل: الهمز: الذى همز الناس بيده ويضربهم، واللمز الذى يلزمهم بلسانه ويعيبهم» (٦).

وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ عَسَىٰ أَن يَكُونُوا خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ عَسَىٰ أَن يَكُنَّ خَيْرًا مِّنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَرُوا بِالْأَلْسِنَةِ»

ص: ٢٠١

١- (١) سورة النور / ١٩ .

٢- (٢) راجع البرهان فى تفسير القرآن ٤ / ٥٥ .

٣- (٣) سورة الهمزه / ١ .

٤- (٤) مجمع البيان ١٠ / ٥٣٧ .

٥- (٥) فروق اللغات / ٢٠٥ للسيد نور الدين بن نعمه الله الجزائرى .

٦- (٦) بهجة خاطر ونزّهه الناظر / ٨٤ الرقم ١٦١ .

بِسْمِ الْإِسْمِ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (١).

بتقريب: أن بعض أقسام الهجاء يدخل في عنوان السخ-ريه وال-لُمزه والتنايز بالألقاب فتحرم بالآيه الشريفه .

وقوله تعالى: «لَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا» (٢).

بتقريب: أن بعض أقسام الهجو يدخل في عنوان الغيبه بلا ريب فيحرم بالآيه الشريفه .

## ٢ - ومن السنه

عدّه من الروايات تدلّ على حرمة الهجاء لأنه يدخل في عنوان الظلم (٣) والقذف (٤) والفحش (٥) والبذاء (٦) وإيذاء المؤمن (٧) وإهانته (٨) واحتقاره (٩) واستخفافه (١٠) وإحصاء عثراته (١١) وعوراته (١٢) ، وتعييره (١٣) وتأنيبه (١٤) (١٥) وبهتانه (١٦) وغيبته (١٧) ، والروايات الواردة

ص: ٢٠٢

- ١- (١) سورة الحجرات / ١١ .
- ٢- (٢) سورة الحجرات / ١٢ .
- ٣- (٣) راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٤٦ .
- ٤- (٤) راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٣٦ .
- ٥- (٥) راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٣١ .
- ٦- (٦) راجع وسائل الشيعة ١٦ / ٣٥ .
- ٧- (٧) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٤ .
- ٨- (٨) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٥ .
- ٩- (٩) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٦٩ .
- ١٠- (١٠) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٢ .
- ١١- (١١) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٤ .
- ١٢- (١٢) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٤ .
- ١٣- (١٣) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٦ .
- ١٤- (١٤) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٦ .
- ١٥- (١٥) نُبّه : عتّفه ولامه .
- ١٦- (١٦) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٨٧ .
- ١٧- (١٧) راجع وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٨ .

حول حرمة جميعها تدلّ على حرمتها أيضاً :

معتبره محمد بن حُمران عن الصادق عليه السلام قال : من قال في أخيه المؤمن ما رأته عيناه وسمِعته أذناه فهو ممّن قال الله عزّ وجلّ : «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ» (١)(٢) .

ونحوها صحيحه هشام عن أبي عبد الله عليه السلام المرويه في تفسير القمي ٢ / ١٠٠ .

ومنها : موثقه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : إنَّ أقرب ما يكون العبد إلى الكفر أن يؤاخى الرجلَ الرجلَ على الدين فيحصى عليه زلّاته ليعنفه بها يوماً ما (٣) .

ومنها : صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من عيّر مؤمناً بذنب لم يمت حتّى يركبه (٤) .

ومنها : موثقه إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أذاع فاحشاً كان كمتدثها ، ومن عيّر مؤمناً بشيء لم يمت حتّى يركبه (٥) .

ومنها : صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من خاف الناس لسانه فهو في النار (٦) .

ومنها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يقول الله عزّ وجلّ : ليأذن بحرب منى من آذى عبدي المؤمن ، الحديث (٧) .

ص: ٢٠٣

١- (١) سورة النور / ١٩ .

٢- (٢) أمالي الصدوق . المجلس الرابع والخمسون ح ١٦ / ٤١٧ الرقم ٥٤٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٤ ح ٢ . الباب ١٥٠ من أبواب أحكام العشرة .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٤ ح ١ . الباب ١٥١ من أبواب أحكام العشرة .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٧٧ ح ٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٦ / ٣١ ح ٩ . الباب ٧٠ من أبواب جهاد النفس .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٤٤ ح ١ . الباب ١٤٥ من أبواب أحكام العشرة .

فقد مرّ منّا ادعاء عدم الخلاف من المنتهى (١) والتذكرة (٢) وصرّح بوجود الإجماع فى المسألة أصحاب مجمع الفائده والبرهان (٣) وكشف اللثام (٤) وشرح القواعد (٥) ومفتاح الكرامه (٦) ورياض المسائل (٧) ومستند الشيعة (٨) والجواهر (٩) والمكاسب حيث قال : « هجاء المؤمن حرام بالأدله الأربعة » (١٠) .

وقال المحقق الخوئى قدس سره : « لا خلاف بين المسلمين فى حرمة هجاء المؤمن » (١١) .

#### ٤ - أما حكم العقل

هجاء المؤمن ظلم فى حقّه ، والعقل مستقل بقبح الظلم ، ومع ضم قاعده الملازمه بين حكمى العقل والشرع ينتج حكم الشرع بحرمة هجاء المؤمن .

هذا كلّه بالنسبه إلى حرمة هجو المؤمن .

#### ثمّ إنّ هاهنا فروعا :

#### الأول : هل الحرمة تختص بالمؤمن ؟

نعم ، الحرمة من مختصات المؤمن ، فلا بأس بهجو غيره ، ولذا الأصحاب قدس الله

ص : ٢٠٤

١- (١) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٣ من الطبع الحجرى .

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٤ .

٣- (٣) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٧٦ .

٤- (٤) كشف اللثام ١٠ / ٢٩٤ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٢٠ للشيخ جعفر قدس سره .

٦- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٠ .

٧- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٦٢ .

٨- (٨) مستند الشيعة ١٤ / ١٥٨ .

٩- (٩) الجواهر ٢٢ / ٦٠ .

١٠- (١٠) المكاسب ٢ / ١١٧ .



أسرارهم قيدوا الموضوع بالمؤمن أو المؤمنين ، وهذا التقييد أدلّ دليل على الاختصاص .

مضافاً إلى ظهور الأدله في التخصيص كما مرّ في بحث الغيبه .

قال الشيخ جعفر قدس سره : « يَغْلَمُ مَنْ تَتَّبَعَ الْأَدْلَهُ أَنْ كَلَّأَ مِنَ الْكَافِرِينَ الْإِسْلَامِيَّ وَالْإِيمَانِيَّ عَلَى حَدِّ سِوَاءٍ فِي جَوَازِ لَعْنِهِمْ وَهَجْوِهِمْ وَسَبِّهِمْ وَشْتَمِّهِمْ مَا لَمْ يَكُنْ قَذْفًا مَعَ عَدَمِ شَرْطِهِ أَوْ فَحْشًا ، بَلِ الظَّاهِرُ مِنْهَا أَنَّ هَجَاءَهُمْ عَلَى رِوَايَةِ الْأَشْهَادِ مِنْ أَفْضَلِ عِبَادَةِ الْعِبَادَةِ ، وَقَدْ أَمَرَ عَلَيْهِ الْإِيجَادُ وَسَيِّدُ الْعِبَادَةِ حَسَنًا بِهَجْوِ الْمُشْرِكِينَ مَعْلَلًا بِأَنَّهُ أَشَدَّ عَلَيْهِمْ مِنْ رِشْقِ السِّهَامِ (١) ... » (٢) .

أقول : وتبعه تلميذه صاحب الجواهر (٣) ، أنت ترى أنّ الشيخ الأكبر استثنى القذف والفحش ، والاستثناء في محله .

ولكن قد مرّ منّا عدم جواز سبّهم في بحث السبّ ، فراجعه إن شئت .

### الثاني : هل يجوز هجاء الفاسق المعلن ؟

لا- يجوز هجو الفاسق غير المعلن لإطلاقات الأدله ولوجود الحرمة له ، وأمّا المتجاهر بالفسق فيشملة إطلاقات الأدله أيضاً فلا يجوز هجوه .

قال ثاني الشهيدين : « لا فرق في المؤمن هنا بين الفاسق وغيره ، اللهم إلا أن يدخل هجاء الفاسق في مراتب النهي عن المنكر ، بحيث يتوقف ردعه عليه ، فيمكن جوازه حينئذ إن فرض » (٤) .

وقال قريباً من هذا المضمون في الروضه (٥) ، وتبعه المحقق السبزواري في الكفايه (٦) .

وقال الشيخ جعفر : « ولو كان لمصلحه عظيمه أو دفع مفسده عن المهجو دنيويه كدفع الهلكه عن نفسه ، أو المؤاخذه بعد الحلول في رمسه بالنهي عن الفساد حَسَنَ ولو بالهجو على

ص : ٢٠٥

١- (١) سنن البيهقي ١٠ / ٢٣٨ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٢٢٠ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٦٢ .

٤- (٤) المسالك ٣ / ١٢٧ .

٥- (٥) الروضه البهيه ٣ / ٢١٣ .

٦- (٦) الكفايه ١ / ٤٣٦ .



أقول : لو كان الهجو لدفع القتل والهلكه فلا بأس به ، وأما بالنسبه إلى النهى عن المنكر لا سيما بالنسبه إلى بعض أفراده ومراتبه ، فجواز الهجو محل تأمل بل منع ، كما ذهب إليه صاحب الجواهر(٢) .

وأما ما ورد فى الخبر من قوله « مخصوا ذنوبكم بغيبه الفاسقين»(٣) - مضافاً إلى عدم وروده فى مجاميع حديثنا بل نقله صاحب مفتاح الكرامه(٤) عن حواشى الشهيد على القواعد - فإنها روايه مرسله .

مضافاً إلى أنه مختص بالغيبه فلا يشمل الهجو ، وعلى فرض الشمول فلا بد من حملة على الخارجين من الإيمان كما عن الشيخ الأعظم(٥) ، أو تذكر أحوالهم وعاقبه أمرهم فى يوم القيامة وأن مصيرهم إلى النار كى يتعظوا بذلك ويرتدعوا عن القبائح كما عن المحقق الإيروانى(٦) .

وأما حمل الخبر على الفاسق المتجاهر بفسقه كما عن الشيخ الأعظم(٧) أيضاً غير تام .

### الثالث : حرمه استماع الهجو ثابت أم لا ؟

قال السيد العاملى فى المفتاح : « كما يحرم الهجاء يحرم استماعه كما ستمتع»(٨) .

أقول : نكلت حوالبه ولم يأت بدليل على ماأفتى ، وحيث أن الدليل على حرمه استماع الهجاء مفقودٌ والملازمه بين الحرمتين ممنوعه ، فلا بد من جريان البراءه عن الحرمة

ص: ٢٠٦

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ٦١ .

٣- (٣) لم يرد فى مجاميع حديثنا .

٤- (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١١ .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١١٨ .

٦- (٦) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٧٢ .

٧- (٧) المكاسب ٢ / ١١٨ .

٨- (٨) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١١ .

نعم ، إذا كان الهجو يدخل فى عنوان الغيبه - كما ربّما يدخل - يحرم استماعه ، لأنّ استماع الغيبه من المحرّمات الشرعيه .

#### الرابع : يجوز هجو المبدع فى الدين .

الدليل عليه صحيحه داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إذا رأيتم أهل الريب والبدع من بعدى فأظهروا البراءه منهم ، وأكثروا من سبّهم ، والقول فيهم ، والوقيعه ، وباهتوهم كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام ، ويحذرهم الناس ولا يتعلّمون من بدعهم ، يكتب الله لكم بذلك الحسنات ويرفع لكم به الدرجات فى الآخرة (١) .

وهذه الصحيحه صريحه فى جواز هجو أهل البدع ، والتعليل الوارد فيها بأن «لا يتعلّمون الناس من بدعهم» يجرى بالنسبه إلى الهجو أيضاً .

وأما خبر أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام قال : قلت له : إنّ بعض أصحابنا يفترون ويقذفون من خالفهم ، فقال : الكفّ عنهم أجمل . ثمّ قال : يا أبا حمزه والله إنّ الناس كلّهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا . ثمّ قال : نحن أصحاب الخمس والفاء ، وقد حرّمناه على جميع الناس ما خلا شيعتنا ، الحديث (٢) .

هذه الروايه لا تعارض صحيحه داود بن سرحان لما فيها :

أولاً : من ضعف إسنادها لمجهوليه الحسن بن عبد الرحمن وضعف على بن العباس .

ثانياً : موضوعها المخالفين وقذفهم ، وقد مرّ منّا تبعاً للشيخ الأكبر الشيخ جعفر قدس سره عدم جواز قذفهم وفحشهم ، ولم يكن موضوعها أهل البدع والقول فيهم .

ثالثاً : تحمل « الكف عنهم أجمل » على موارد التقيه ، وفى غير موارد هجوز قذفهم كما قال عليه السلام فى نفس الروايه : « والله إنّ الناس كلّهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا » ، فهل هذا إلّا القذف ؟ فلا بدّ من حملها على التقيه وإلّا يتنافى صدرها وذيلها .

ص : ٢٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٦ / ٢٤٧ ح ١ . الباب ٣٩ من أبواب الأمر والنهى .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٧ ح ٣ . الباب ٧٣ من أبواب جهاد النفس .

فحينئذ يجوز هجو المبدع في الدين بما فيه من المعاييب وما ليس فيه لئلا يتعلم الناس منهم البدع والآراء الفاسده ، بشرط أن لا تترتب على هذا الهجو مفسده أو فتنه وإلا- فيحرم لترتبهما . ويمكن حمل خبر أبي حمزه أيضاً على فرض ترتب المفسده أو الخوف من الفتنه ، والله سبحانه هو العالم .

### الخامس : هل يجب إمعاء الهجو كفايه ؟ !

قال الشيخ جعفر قدس سره : « ومن كتب هجو المؤمن في ديوانه وجب عليه كفاية محوه ، ووجب على الناس ردعه ... »(١) .  
وتبعه تلميذه السيد العاملي فقال في المفتاح : « وليعلم أنه لا تجوز المقاصه فيه ويجب عليه هجره كفايةً ويجب على الناس ردعه ... »(٢) .

ولكن قال صاحب الجواهر بعد نقل هذا الكلام من أستاذه : « وإن كان لا يخلو من إشكال في الجملة »(٣) .  
أقول : الحقُّ مع صاحب الجواهر ، لأنَّ الدليل ورد على حرمة الهجو ولم يرد على إمعائه كفايه ، وأمَّا ردعه بتوسط الناس واجب على نحو وجوب النهي عن المنكر وبشرائطه ، وأمَّا ثبوت وجوب آخر غير النهي عن المنكر فمحل تأمل بل منع .  
نعم ، يحرم المقاصه في الهجو والتهاجي والمهاجاه كما عن المفتاح ، لأنَّ الإتيان بالحرام لا يسوّغه لآخر ، والله العالم وله الحمد .

ص : ٢٠٨

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٢١ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢١٢ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٦١ .

لابد في تعيين موضوع الهجر من مراجعه كلمات اللغويين :

قال أحمد بن فارس : « هجر : الهاء والجيم والراء أصلان يدلُّ أحدهما على قطيعه وقطع ، والآخر على شدَّ شىءٍ وربطه . فالأول الهَجْر : ضد الوصل وكذلك الهِجْران - إلى أن قال : - الهُجْر : الإفحاش في المنطق ، يقال : أهجر الرجل في منطقه . قال :

كما جده الأعراق قال ابنُ صرَّه عليها كلاماً جارٍ فيه وأهَجْرا

ورماه بالهاجراتِ وهي الفضائح ، سمى هذا كله لأنه من المهجور الذي لاخير فيه ... » (١).

وقال الزمخشري : « أهَجَرَ : نطق بالهَجْر ، بالضم وهو الفحش » (٢).

وقال الفيومي : « الهُجْرُ : بالضم الفُحْشُ ، وهو اسمٌ من هَجَرَ يَهْجُرُ من باب قَتَلَ ، وفيه لغة أخرى » (٣).

وقال الفيروزآبادي : « الهَجْر ... وبالضم ، القبيح من الكلام كالهَجْرَاءِ ... » (٤).

وقال الطريحي : « قوله : « سَيَامراً تَهْجُرُونَ » (٥) هو من الهَجْر : وهو الهذيان ، وتهجرون من الهَجْر أيضاً ، وهو الإفحاش من المنطق » (٦).

أقول : الحاصل مما قالوه : أنَّ الهَجْر : بالضم الفحش ، وهو أخص من البداء ، وهي

ص : ٢٠٩

١- (١) معجم مقاييس اللغة ٦ / ٣٤ .

٢- (٢) أساس البلاغه / ٤٧٩ .

٣- (٣) المصباح المنير / ٦٣٤ .

٤- (٤) القاموس / ماده هجر الطبع الحجري .

٥- (٥) سورة المؤمنون / ٦٧ .

٦- (٦) مجمع البحرين / ٣١٠ من الطبع الحجري .

خروج الشيء عن طريقه الإحماد ، تقول : هو بذيء اللسان كما قاله أحمد بن فارس (١). وقال الزمخشري : « فلان يَبْذِيءُ اللسان» (٢) ، وقال الفيومي : « بَذَا : على القوم يَبْذُو وَبَذَاءً بِالْفَتْحِ وَالْمَدِّ : سَيِّئُهُ وَأَفْحَشُ فِي مَنْطِقِهِ وَإِنْ كَانَ كَلَامُهُ صِدْقًا فَهُوَ بَذِيٌّ عَلَى فَعِيلٍ وَامْرَأَهُ يَبْذِيئُهُ كَذَلِكَ ... » (٣). فمرادف البذاء بالفارسيه « بد زباني» وهو أعم من الفحش . وعلى هذا كل فحش بذاء وليست كل بذاء بفحش . ولذا قد بحثنا عن البذاء في أول الكتاب في حرف الباء وعن الهُجْر أي الفحش هنا .

### وقد تدل على حرمة عدّه من الروايات المستفيضة :

منها : صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ الفحش لو كان مثلاً لكان مثال سوء (٤) .

ومنها : موثقه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنّ من علامات شَرَك الشيطان الذي لا يشك فيه أن يكون فحاشاً ، لا يبالي ما قال ولا ما قيل فيه (٥) .

ومنها : معتبره سليم بن قيس عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ الله حرّم الجنه على كل فحّاش بذيء قليل الحياء ، لا يبالي ما قال وما قيل له ، فإنك إن فحّشته لم تجده إلا لعيه أو شرّك شيطان . قيل : يا رسول الله وفي الناس شرّك شيطان ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أما تقرأ قول الله عزّ وجلّ : «وَشَارِكُهُمْ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ» (٦) ، الحديث (٧) .

ولد غيّه : أي ولد زنا .

ومنها : موثقه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إنّ من شرّ

ص : ٢١٠

١- (١) معجم مقاييس اللغة ١ / ٢١٧ .

٢- (٢) أساس البلاغه / ١٨ .

٣- (٣) المصباح المنير / ٤١ .

٤- (٤) الكافي ٢ / ٣٢٤ ح ٦ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٣ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٦ / ٣١ ح ١ . الباب ٧١ من أبواب جهاد النفس .

٦- (٦) سورة الإسراء / ٦٤ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٦ / ٣٥ ح ٢ . الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس .

عباد الله من تكره مجالسته لفحشه (١).

ومنها : موثقه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بينا هو ذات يوم عند عائشه إذ استأذن عليه رجل فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : بئس أخو العشيره ، فقامت عائشه فدخلت البيت ، وأذن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للرجل ، فلما دخل أقبل عليه بوجهه وبُشره إليه يحدثه حتى إذا فرغ وخرج من عنده ، قالت عائشه : يا رسول الله بينا أنت تذكر هذا الرجل بما ذكرته به إذ أقبلت عليه بوجهك وبُشرك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عند ذلك : إن من شرّ عباد الله من تكره مجالسته لفحشه (٢).

ومنها : صحيحه جابر الأنصاري عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث أنه قال : أفلا أُخبركم بشرّ رجالكم ؟ فقلنا : بلى ، قال : إن من شرّ رجالكم البهّات الفاحش ، الآكل وحده ، المانع رفته ، الضارب أهله وعبده ، البخيل ، الملجىء عياله إلى غيره ، العاق بوالديه (٣).

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : إن أمير المؤمنين عليه السلام كان لا يقبل شهاده فحاش ولا ذى مخزيه فى الدين (٤).

ومنها : خبر الحسن الصيقل قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : إن الفحش والبذاء والسطا من النفاق (٥).

على القول بوثاقه محمد بن سنان كما لا يبعد صار سند الروايه معتبراً .

ومنها : خبر جابر عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إن الله يحبّ الحىّ الحليم الغنى المتعفف ، ألا وإنّ الله يبغض الفاحش البذى السائل المُلحف (٦).

ومنها : صحيحه يونس عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول

ص : ٢١١

- ١- (١) الكافى ٢ / ٣٢٥ ح ٨ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٥ ح ١١ .
- ٢- (٢) الكافى ٢ / ٣٢٦ ح ١ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٥ ح ١٢ .
- ٣- (٣) التهذيب ٧ / ٤٠٠ ح ٦ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٨ ح ٢٣ .
- ٤- (٤) الكافى ٧ / ٣٩٦ ح ٧ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٤ ح ٧ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٢ ح ٣ .
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ١٦ / ٣٣ ح ٩ .

اللّٰه صلى الله عليه وآله وسلم : ألا- أخبركم بأبعدكم منى شبيهاً؟ قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : الفاحش المتفحش البذىء البخيل المختال الحقود الحسود ، القاسى القلب ، البعيد من كلّ خير يُرجى ، غير المأمون من كلّ شرٍّ يُتقى (١) .

تلك عشره كامله من الروايات المستفيضه تدلّ بوضوح على حرمه الهُجر والفحش وأكثرها معتبره الإسناد ، وإن شئت أكثر من هذا فراجع الكافى ٢ / ٣٢٣ باب البذاء ووسائل الشيعة ١٦ / ٣١ ومستدرک الوسائل ١٢ / ٨٠ وجامع أحاديث الشيعة ١٦ / ٥٥٩ وكتابى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٣ .

## تنبيه

نقل صاحب غنيه الطالب (٢) أنّ بعض المحققين ذهب إلى حرمه الفحش من حيث نفسه ، لا من حيث أنه إيذاء وهتك وتوهين ، ولا- فرق بين كون المخاطب مؤمناً أو مسلماً أو فاسقاً أو كافراً ، ذكراً أو أنثى ، حرّاً أو مملوكاً صغيراً أو كبيراً ، وهو مقتضى إطلاق كلماتهم ، بل قال رحمه الله : يمكن دعوى شموله لما إذا كان المقول له غير المميز من الأطفال ، بل والبهائم ، ويُشعر به ممّا ورد فى لعن المركوب والتوبيخ عليه .

أقول : قد استظهرنا فى بحث السبّ هذا البيان بإطلاقه ، فراجع إن شئت . وهذا المحقق الجليل الذى لا نعلم اسمه ولا نعرف شخصه موافق لنا والحمد لله .

## تبصره

إنّ الفحش يختلف باختلاف البلدان والأشخاص والأقوام والعادات ، ففى كلّ مورد يصدق أنّه فحش عندهم يحكم بحرمته ، وفى مورد الشك فى الشبهات الموضوعيه أو المفهوميه تجرى البراءه العقلية والشرعية من الحرمة ويحكم بالجواز ، مع أنّ حُسن الاحتياط باقٍ على حاله (٣) ، والحمد لله العالم بأحكامه .

ص: ٢١٢

١- (١) الكافى ٢ / ٢٩١ ح ٩ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٨ / ٣٢٥ ح ٨ .

٢- (٢) غنيه الطالب ١ / ٢٠٣ .

٣- (٣) وردت هذه التبصره بغير هذه الالفاظ فى مهذب الاحكام ١٦ / ١٨٢ للفقهاء السبزواري قدس سره .

لأبَدٍ أَوَّلًا مِنْ مَعْرِفَةِ تَعْيِينِ مَوْضُوعِ الْهَجْرَانِ بِمَرَاجَعِهِ كَلِمَاتِ اللَّغَوِيِّينَ ثُمَّ الْبَحْثِ عَنْ حُكْمِهِ :

قَدْ مَرَّ فِي الْعُنْوَانِ السَّابِقِ كَلَامُ أَحْمَدَ بْنَ فَارَسٍ حَيْثُ قَالَ : « هَجْرٌ : ... أَصْلَانِ يَدُلُّ أَحَدُهُمَا عَلَى قَطْعِهِ وَقَطْعٍ ... فَالْأَوَّلُ الْهَجْرُ : ضِدُّ الْوَصْلِ وَكَذَلِكَ الْهَجْرَانُ ... » (٢).

وَقَالَ الْفِيَوْمِيُّ : « هَجْرَتُهُ هَجْرًا مِنْ بَابِ قَتْلٍ : قَطَعْتُهُ ، وَالْإِسْمُ الْهَجْرَانُ ، وَفِي التَّنْزِيلِ « وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ » (٣) أَيْ فِي الْمَنَامِ تَوْصِيَةً لِأَيُّهَا طَاعَتُهُنَّ ، وَإِنْ رَغِبْتَ عَنْ صُحْبَتِهِ وَدَامَتْ عَلَى النِّشْوَزِ ارْتَقَى الزَّوْجُ إِلَى تَأْدِيبِهَا بِالضَّرْبِ ، فَإِنْ رَجَعَتْ صَلَحَتِ الْعِشْرَةُ ، وَإِنْ دَامَتْ عَلَى النِّشْوَزِ اسْتُحِبَّ الْفِرَاقُ ... » (٤).

وَقَالَ الْفِيروزِآبَادِيُّ : « هَجْرَهُ هَجْرًا بِالْفَتْحِ وَهَجْرَانًا بِالْكَسْرِ : صَرَمَهُ وَالشَّيْءُ تَرَكَهُ ... » (٥).

وَقَالَ الطَّرِيحِيُّ : « وَهَجْرَتُهُ هَجْرًا بِالْفَتْحِ وَهَجْرًا بِالْكَسْرِ مِنْ بَابِ قَتْلٍ تَرَكَتُهُ وَرَفَضْتَهُ ، وَفِي الْحَدِيثِ : « لَا هَجْرَةَ فَوْقَ ثَلَاثِ » الْهَجْرُ : ضِدُّ الْوَصْلِ ، يَعْنِي فِيمَا يَكُونُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ عَتَبٍ وَمَوْجِدَةٍ أَوْ تَقْصِيرٍ يَقَعُ فِي حَقِّ الْعِشْرَةِ وَالصَّحْبَةِ دُونَ مَا كَانَ فِي جَانِبِ الدِّينِ ، فَإِنَّ هَجْرَةَ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَالْبَدْعِ دَائِمَةٌ عَلَى مَمَرِ الْأَوْقَاتِ مَا لَمْ تَظْهَرِ التَّوْبَةُ » (٦).

١- (١) لَمْ يَذْكُرْهُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ وَلَكِنْ ذَكَرْنَاهُ لِكَثْرَةِ الْإِبْتِلَاءِ بِهِ .

٢- (٢) مَعْجَمُ مَقَائِيسِ اللَّغَةِ ٦ / ٣٤ .

٣- (٣) سُورَةُ النِّسَاءِ / ٣٤ .

٤- (٤) الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ / ٦٣٤ .

٥- (٥) الْقَامُوسُ / مَادَةُ هَجْرٍ مِنَ الطَّبَعِ الْحَجْرِيِّ .

٦- (٦) مَجْمَعُ الْبَحْرَيْنِ / ٣١١ .



أقول : فالمراد بالهجران بين المؤمنين هو التقاطع وعدم المواصلة في العشره بينهم ، وتدلّ على حرمتها عدّه من الروايات المستفيضة :

### تدل على حرمة عده من الروايات

منها : صحيحه هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا هجره فوق ثلاث (١) .

ومنها : صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال : إنّ الشيطان يغرى بين المؤمنين ما لم يرجع أحدهم عن دينه ، فإذا فعلوا ذلك استلقى على قفاه وتمدّد ، ثم قال : فزّت ، فرحم الله امرءاً ألف بين ولّين لنا ، يا معشر المؤمنين تألّفوا وتعاطفوا (٢) .

أغرى بينهم العداوه : ألقاها . التمدّد : الاستراحه وإظهار الفراغ من العمل .

ومنها : خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يزال إبليس فرحاً ما اهتجر المسلمان ، فإذا التقيا اصطككت ركبته ، وتخلّعت أوصاله ونادى : يا ويله ما لقي من الثبور (٣) . اصطكاك الركبتين : اضطرابهما . التخلّع : التفكك . الأوصال : المفاصل . الثبور : الهلاك . ومنها : خبر مرازم قال : كان عند أبي عبد الله عليه السلام رجل من أصحابنا يلقب شلقان وكان قد صيّره في نفقته وكان سيّء الخلق فهجره ، فقال لى يوماً : يا مرازم [ و ] تكلم عيسى ؟ فقلت : نعم ، فقال : أصبت لآخر في المهاجره (٤) .

شلقان : لقب عيسى بن أبي منصور ، قيل : لقب بذلك لسوء خلقه ، من الشلق : وهو الضرب بالسوط وغيره ، وقد وردت أخبار كثيره في مدحه وأنه ثقّه من أصحابنا روى عن أبي عبد الله عليه السلام .

ومنها : فى خبر وصيه المفضل قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا يفترق رجلان

ص : ٢١٤

١- (١) وسائل ١٢ / ٢٦٠ ح ١ . الباب ١٤٤ من أبواب أحكام العشره .

٢- (٢) الكافي ٢ / ٣٤٥ ح ٦ ونقلته عنه فى كتابي موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٤ ح ٦ - و - ألف حديث فى المؤمن / ٣٣٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٦٢ ح ٦ .

٤- (٤) الكافي ٢ / ٣٤٤ ح ٤ ونقلته عنه فى كتابي موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٤ ح ٤ وألف حديث فى المؤمن / ٣٣٤ ، ونقل عن الكافي مختصراً فى وسائل الشيعه ١٢ / ٢٦١ ح ٢ .

على الهجران إلا استوجب أحدهما البراءة واللعنة ، وربما استحقَّ ذلك كلاهما . فقال له معتب : جعلني الله فداك هذا الظالم فما بال المظلوم ؟ قال : لأنه يدعو أخاه إلى صلته ولا يتغامس له عن كلامه ، سمعت أبي يقول : إذا تنازع اثنان فعازَّ أحدهما الآخر فليرجع المظلوم إلى صاحبه حتى يقول لصاحبه : أي أخى أنا الظالم ، حتى يقطع الهجران بينه وبين صاحبه ، فإنَّ الله تعالى حكّم عدلٌ يأخذ للمظلوم من الظالم (١) .

ومنها : خبر داود بن كثير قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال أبي عليه السلام : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أيما مسلمين تهاجرا فمكنا ثلاثاً لا يصلحان إلا كانا خارجين من الإسلام ولم تكن بينهما ولايه ، فأيهما سبق إلى كلام أخيه كان السابق إلى الجنة يوم الحساب (٢) .

ومنها : خبر مناهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : ونهى عن الهجران ، فمن كان لابدّ فاعلاً فلا يهجر أخاه أكثر من ثلاثة أيّام ، فمن كان مهاجراً لأخيه أكثر من ذلك كانت النار أولى به ، الحديث (٣) .

ومنها : خبر أبي هريره قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لا يحلّ لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيّام ، والسابق يسبق إلى الجنة (٤) .

ومنها : خبر وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأبي ذر في حديث : يا أباذر إياك والهجران لأخيك المؤمن ، فإنَّ العمل لا يتقبل مع الهجران ، الحديث (٥) .

ومنها : خبر الشيخ جعفر بن أحمد القمي بإسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : هجر الرجل أخاه سنه كسفك دمه (٦) .

تلك عشره كامله من الروايات المستفيضه تدلّ على حرمة هجران المؤمن ، فإن شئت

ص: ٢١٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٦١ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٦٢ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٦٢ ح ٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٦٣ ح ١١ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٦٤ ح ١٢ .

٦- (٦) جامع الأحاديث / ١٣١ ونقلت عنه في موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٦ ح ١٣ .

أكثر من هذا فراجع الكافي ٢ / ٣٤٤ والوافي ٥ / ٩١٩ وبحار الأنوار ٧٢ / ١٨٤ ووسائل الشيعة ٢٠ / ٤٩٦ وكتايب موسوعه  
أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢ / ١٣ وألف حديث في المؤمن / ٣٣٤ لهذا العبد .

ص: ٢١٦

النوع الخامس مما يحرم التكسب به

اشاره

ص: ٢١٧



قبل الورود فى البحث عن أخذ الأجره على الواجب لابد من ملاحظه كلمات الأصحاب قدس الله أسرارهم فى المقام :

### كلمات الأصحاب فيه

قال المفيد : « والتكسب بتغسيل الأموات وحملهم ودفنهم حرام ، لأن ذلك فرض على الكفايه أوجب الله تعالى على أهل الاسلام .

ولا بأس بالأجر على تعليم القرآن والحكم كلها ، والتزّه عن التكسب بذلك أفضل .

والأجر على الأذان والصلاه بالناس حرام .

ولا بأس بالأجر على الحكم والقضاء بين الناس ، والتبرع بذلك أفضل وأقرب إلى الله تعالى .

والأجر على كتب المصاحف وجميع علوم الدين والدنيا جائز»(١) .

قال أبو الصلاح الحلبي : « وأجر تعليم المعارف والشرائع وكيفيه العباده من النظر فيها والفتيا بها وتنفيذ الأحكام وتلقين القرآن وعقد الجُمع والجماعات والأذان والإقامه وتغسيل الأموات وتجهيزهم وحملهم والصلاه عليهم ومواراتهم وجهاد الكفار والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وسائر العبادات والمعونه على ذلك محرّم»(٢) .

وقال الشيخ الطوسى : « وأخذ الأجره على غُسل الأموات وحملهم ومواراتهم حرام ، لأن ذلك فرض على الكفايه على أهل الإسلام . وأخذ الأجر على الأذان والصلاه بالناس حرام»(٣) .

ص: ٢١٩

١- (١) المقنعه / ٥٨٨ .

٢- (٢) الكافي / ٢٨٣ .

٣- (٣) النهايه / ٣٦٥ .

وقال القاضي ابن البراج: «إعلم أنّ غسل الميت فرض على الكفايه وكذلك الصلاه عليه ، ودفنه ولا يجوز أخذ الأجر على غسله ، وهو مذهب شيخنا أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي رحمه الله وغيره من علماء الطائفه ، وقد كان شيخنا المرتضى رحمه الله أجازة ، يقول : يجوز أخذ الأجر على ذلك بشرط أن تتكفل مأمور الناس بعض الناس ، قال : فإذا تكفل هذا مأموره سقط الفرض عن غيره وجاز للغير أخذ الأجر على ذلك ، والظاهر من المذهب والأحوط هو ما قدمناه»(١).

عدّ ابن البراج من المكاسب المحرّمه أيضاً : « والأذان والإقامه لأجل الأجر عليهما والصلاه بالناس لمثل ذلك وتغسيل الموتى وتكفينهم وحملهم والصلاه عليهم ودفنهم»(٢).

وقال ابن إدريس الحلبي : «ولا يجوز أخذ الأجره على الأذان والاقامه ولا على الصلاه بالناس وتغسيل الأموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم والصلاه عليهم ، والأجره المحرّمه على حملهم هي إلى المواضع التي يجب على مَنْ حضرهم الحمل إليها ، وهي ظواهر البلدان والجبانه المعروفه بذلك ، فأما ما بعد عن ذلك من المواضع المعظمه والأمكنه الشريفه المقدسه فلا يجب حمل المؤمن إليها على مَنْ حضرهم ، ولا تحرم الأجره على مَنْ استؤجر للحمل إلى المواضع المذكوره النائيه»(٣).

وقال المحقق في المكاسب المحرّمه من الشرائع : «الخامس ما يجب على الإنسان فعله كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم ، وقد يُحرم الاكتساب بأشياء أخر تأتي في أماكنها إن شاء الله .

مسأله : أخذ الأجره على الأذان حرام ولا بأس بالرزق من بيت المال ، وكذا الصلاه بالناس والقضاء على تفصيل سيأتي ، ولا بأس بأخذ الأجره على عقد النكاح»(٤).

وقال أيضاً في النافع : «السادس : الأجره على قدر الواجب من تغسيل الموتى

ص : ٢٢٠

١- (١) شرح جمل العلم والعمل / ١٤٨ .

٢- (٢) المهذب / ١ / ٣٤٥ .

٣- (٣) السرائر / ٢ / ٢١٧ .

٤- (٤) الشرائع / ٢ / ٥ .

وتكفينهم وحملهم ودفنهم ، والرُّشَا في الحكم ، والأجره على الصلاه بالناس والقضاء . ولا بأس بالرزق من بيت المال ، وكذا على الأذان»(١).

وقال في المعبر : « قال(٢) : يجوز أن يعطى المؤذن من بيت المال ومن خاص الإمام ، وقال في الخلاف(٣) : لا يجوز أخذ الأجره على الأذان ... وقال علم الهدى في المصباح : يكره أخذ الأجره على الأذان»(٤).

قال العلامة في القواعد : « ما يجب على الإنسان فعله يحرم الأجره عليه : كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم ، وتحرم الأجره على الأذان وعلى القضاء . ويجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال . ويجوز أخذ الأجره على عقد النكاح والخطبه في الإملاك»(٥) . وتحرم الأجره على الإمامه والشهاده وأدائها»(٦).

وقال في التحرير : « يحرم أخذ الأجره على تغسيل الأموات وتكفينهم ودفنهم والصلاه عليهم وعلى كل ما يجب عليه فعله ، وأخذ الأجره على الأذان . ويجوز أخذ الرزق فيه من بيت المال . وكذا يحرم أخذ الأجره على القضاء ، ويجوز أخذ الرزق فيه من بيت المال ، وكذا الصلاه بالناس ، ويجوز أخذ الأجره على عقد النكاح والخطبه في الإملاك»(٧).

وقال في نهايته : « السادس عشر : ما يجب على الإنسان فعله يحرم أخذ الأجره فيه . أمّا لو أخذ الأجره على المستحب كما لو أخذ أجره على تكرار كل غسله ثلاثاً أو توصيه الميت أو تكفينه بالمستحب أو دفنه في اللحد ، فالأقرب الجواز ، لأنه عمل مقصود محلل ، فجاز أخذ الأجره عليه كغيره ، وكذا يجوز أخذ ثمن الكفن وماء تغسيل الميت .

ص : ٢٢١

١- (١) المختصر النافع / ١١٧ .

٢- (٢) القائل هو الشيخ في المبسوط ١ / ٩٨ .

٣- (٣) الخلاف ١ / ٢٩٠ مسأله ٣٦ .

٤- (٤) المعبر ٢ / ١٣٣ .

٥- (٥) الإملاك : الترويح .

٦- (٦) القواعد ٢ / ١٠ .

٧- (٧) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٥ .



السابع عشر: يحرم أخذ الأجره على الأذان للروايه (١)، ولأنه من أعظم شعائر الإسلام .

الثامن عشر: يحرم أخذ الأجره على القضاء وسيأتي تفصيله ، ويجوز أخذ الرزق عليه وعلى الأذان من بيت المال . وكذا يجوز أخذ الأجره على عقد النكاح والخطبه فى الإملاك . ويحرم أخذ الأجره على الإمامه فى الصلاه والشهاده وأدائها .

التاسع عشر: الأقرب تحريم أخذ الأجره على تعليم القرآن ، لأنه من أعظم المعجزات التى تجب تداولها ونقلها بالتواتر ، فلا يجوز أخذ الأجره عليه ويجوز قبول الهدية عليه - ثم ذكر روايتين فى المقام - (٢) .

وقال فى المنتهى : « يحرم أخذ الأجره على تغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم والصلاه عليهم ، لأن ذلك واجب عليهم ، فلا يجوز لهم أخذ الأجره على فعله كالفرائض » (٣) .

وقال فى التذكرة : « يحرم أخذ الأجره على الأذان ، وبه قال أبوحنيفه وأحمد والأوزاعى - ثم ذكر روايتين بطريقى العامه والخاصه ، ثم قال : - وقال المرتضى : يكره عملاً بالأصل ، وقال الشافعى ومالك بالجواز ، لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الرزق عليه فجاز أخذ الأجره عليه والملازمه ممنوعه » (٤) .

وقال فيه أيضاً : « الخامس : ما يجب على الإنسان فعله يحرم أخذ الأجر عليه كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم . نعم ، لو أخذ الأجر على المستحب منها فالأقرب الجواز . وتحرم الأجره على الأذان وقد سبق ، وعلى القضاء لأنه واجب ، ويجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال . ويجوز أخذ الأجره على عقد النكاح والخطبه فى الإملاك . ويحرم الأجر على الإمامه والشهاده وقيامها » (٥) .

ص: ٢٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٧ ح ١ . الباب ٣٠ من أبواب ما يكتسب به . موثقه عمرو بن خالد .

٢- (٢) نهايه الأحكام ٢ / ٤٧٥ و ٤٧٤ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠١٨ (الطبع الحجرى) .

٤- (٤) تذكره الفقهاء ٣ / ٨١ .

٥- (٥) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٨ .

وقال فى المآآلف : « قال الشآخ فى النهآيه : آكره أآآ الأآره على آعلآم شآء من القرآن ونسآ المصآحف ولس بمآآور ، وإنآ آكره إذا كان هناك شرط ، فإن لم آكن هناك شرط لم آكن به بأس (١) . وكذا قال ابن البرآآج (٢) .

والمفآد قال : لا بأس بالأآره على آعلآم القرآن والآآآم كلآها ، والآآزه عن الآآسب بذلك أفضل (٣) .

وقال أبو الصلاآ : آآرم أآر آعلآم المعارف والشراآ وآفآفه العباده عن النظر فآها والفآآبها وآنفآذ الأحكام وآلقآن القرآن (٤) .

وقال الشآخ فى الإسآبصار : آآرم مع الشرط وآكره بدونه (٥) .

وقال ابن إدرفس : آكره مع الشرط ولا بأس بدونه (٥) .

والأآرب إباحآه على كراهآه ، لنا : الأصل الإباحه ، لأن فآه منفعه آعلآم القرآن وآعمآم إشاعه معآزه النبى صلى الله علىه وآله وسلم . ولأنه آآوز آعله مهراً فآاز أآآ الأآره علىه ، إذ لو آرمت الأآره لآرم آعله مهراً (٧) . آم ذكر بعض الروآآات فى المقام وآملها على الكراهه ، فآآعه .

وقال فآه : « قال ابن البرآآج فى أقسام المآرمات : الأذان والإقامه لا آآل الأآر علىهما ، وكذا الصلاه بالناس وآغسل الموتى وآآفآنهم وآملهم ودفنهم (٨) .

والأآرب آآرم الأآر أما الفآل فلا ، وآآآمل أن آقال : الفآل إنآ كان طاعه لو وآع

ص : ٢٢٣

١- (١) النهآيه / ٣٦٧ .

٢- (٢) المآذب / ١ / ٣٤٦ .

٣- (٣) المقآعه / ٥٨٨ .

٤- (٤) الكافى / ٢٨٣ .

٥- (٥) الاسآبصار / ٣ / ٦٦ و ٦٥ ذآل آ ٢١٩ و ٢١٦ .

٦- (٦) السراآر / ٢ / ٢٢٣ .

٧- (٧) مآآلف الشآعه / ٥ / ١٦ و ١٥ .

٨- (٨) المآذب / ١ / ٣٤٥ .

على الوجه المأمور به شرعاً ، ووقوعه على هذا الوجه ليس بشرعياً فيكون بدعاً فيكون حراماً» (١).

فخر المحققين في ذيل قول والده في القواعد : « وهل يجوز (أى الاستيجار) على تعليم الفقه المنع مع الوجوب والجواز معه » ، قال : « البحث هنا فى موضعين :

الف : من حيث الفريضة ووجه القرب أنه إذا تعين التعليم عليه كان من الواجبات المعينه ، فلا يجوز أن يأخذ الأجر عليها ، ولأنّ كلّما هو فى مقابله عوض لم يلزمه فعله عند عدم وصول العوض إليه ، وإلاّ- لم يكن معاوضه ولم يكن العوض عوضاً ، ويلزمه كلّما يلزمه فعله على تقدير عدم وصول العوض ، فلا يكون فى مقابله عوض . لكن هنا ، كذلك ، لأنه قد تعين عليه فلا تصح الإجاره ، ومع عدمه يجوز لوجود المقتضى وانتفاء المانع : أما الأول فلأنه فعل مقصود ، وأما الثانى فلأنه لا مانع إلاّ وجوبه على الكفايه ، ولا- يصلح للمانعيه ، لأنّ جميع الصنائع واجبه على الكفايه ، فإنّ كلّما ينتظم به أمر النوع واجب على الكفايه . والحقّ عندى أنّ كلّ واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف به أخذ الأجره عليه ، والذى على الكفايه ، فإنّ كان لو أوقعه بغير نيته لم يصح ولم يترك الوجوب به لا- يجوز أخذ الأجره عليه ، لأنه عباده محضه وقال تعالى : « وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ » (٢) حصر غرض الأمر فى انحصار غايه الفعل فى الإخلاص ، وما يفعل بالعوض لا لذلك فلا يصح ، وغير ذلك يجوز أخذ الأجر عليه إلاّ ما نص الشارع على تحريمه كالدفن .

ب : فى العمل وضبطه فنقول : الفقه هو العلم بالأحكام الشرعيه الفرعيه المكتسبه عن أدلتها التفصيليه بالاستدلال ، فإمّا أن يستأجره للتدريس فيه بتعيين المدّه لا مَنْ يتعلّم وما يتعلّم فالأصحّ الصحه وجازت الجهاله للحاجه كالجهاد ، ويحتمل العدم لعدم الضبط ، وإمّا أن يستأجره مع تعيين من يتعلّم أو ما يتعلّم فلا بدّ من ضبط المسائل التى يتعلّمها» (٣).

وقال الشهيد فى عداد المكاسب المحرّمه : « ما يجب على المكلف فعله إمّا عيناً كالصلاه

ص : ٢٢٤

١- (١) مختلف الشيعة ١٨ / ٥ .

٢- (٢) سوره البينه / ٥.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٢ / ٢٦٤ و ٢٦٣ .

اليوميه أو كفايه كتغسيل الميت وتكفينه والصلاه عليه ودفنه ، وفي فتاوى المرتضى هذا واجب على الولي ، فإذا استأجر عليه جاز ، والوجه التحريم ، أما ثمن الكفن والماء والكافور فليس بحرام .

ولو استؤجر على مازاد على الواجب من هذه جاز كالغسلات المندوبه والزيادة فى الكفن وتعميق القبر والحمل إلى المشاهد الشريفه ، فلو بذل له أجره تزيد عليه لم تحرم إذا كان هو المقصود .

ومن الواجب الذى يحرم أخذ الأجره عليه تعليم الواجب عيناً أو كفايةً من القرآن العزيز والفقه والإرشاد إلى المعارف الإلهية بطريق التنبيه . . . وكذا تحرم الأجره على وظيفه الإمامه وإقامه الشهاده وتحملها وإن قام غيره مقامه . ولو أخذ الأجره على مازاد على الواجب من الفقهِ والقرآن جاز على كراهيه ، ويتأكد مع الشرط ولا يحرم ... ولو دفع إليه بغير شرط فلا كراهيه ... ويجوز الإستئجار على عقد النكاح وغيره من العقود ، وأما على تعليم الصيغه وإلقائها على المتعاقدين فلا . وكذا لا تجوز الأجره على الخطبه والخطبه فى الإملاك» (١) .

وعلق المحقق الثانى على قول العلامة فى القواعد : « نعم لو أخذ الأجره على المستحب منها فالأقرب جوازه » بقوله : « أى : من هذه الأمور كتكفين القدر المندوب ، وحفر مازاد على الواجب للأصل ، ولأنه فعل سائغ ، فجاز أخذ الأجره عليه كالحج والصلاه . وقال ابن البراج : لا يجوز لإطلاق النهى (٢) وعن المرتضى : جواز الأجره على الواجب بناءً على اختصاص الوجوب بولى» (٣) (٤) .

وعلق على قوله : « ويجوز أخذ الأجره على عقد النكاح » بقوله : « إنما يجوز إذا كان وكيلاً لأحد الزوجين أولهما ، فيتولى الصيغه ويكون وكيلاً بجعل ، أما إلقاء الصيغه على

ص : ٢٢٥

- ١- (١) الدروس ٣ / ١٧٣ و ١٧٢ .
- ٢- (٢) المهذب ١ / ٣٤٥ .
- ٣- (٣) شرح جمل العلم والعمل / ١٤٨ .
- ٤- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٣٥ .

المتعاقدين فلا يجوز أخذ الأجره عليه إجماعاً ، لأنه من الواجبات الكفائيه ، وكذا باقى العقود»(١).

وعلق على قوله : « والخُطبه فى الإملاك» بقوله : « الخُطبه بالضم : ما اشتمل على حمد الله والصلاه على رسوله وآله صلوات الله عليهم ، والإملاك بكسر الهمزه : الترويح ، والزوج مملَكٌ بفتح اللام . وأما الخُطبه بكسر الخاء : فهو طلب المرأه من وليها ونحوه»(٢) .

وعلق على قوله : « وتحرم الأجره على الإمامه والشهاده» بقوله : « المراد إمامه الناس فى الصلوات من غير فرق بين الواجبه والمندوبه ، ويجوز الإرتزاق من بيت المال . وأما الشهاده تحملاً وإقامه فلأنَّها من الواجبات إمّا العينيه أو الكفائيه»(٣) .

وعلق الشهيد الثانى على قول المحقق فى الشرائع : « ما يجب على الإنسان فعله» . بقوله : « هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وعليه الفتوى . وذهب المرتضى إلى جواز أخذ الأجره على ذلك لغير الولي ، بناءً على اختصاص الوجوب به . وهو ممنوع ، فإنَّ الوجوب الكفائى لا يختص به . وإنما فائده الولاية توقف الفعل على إذنه ، فيبطل منه ما وقع بغيره ممّا يتوقف على التيه .

وخرج ب- « ما يجب فعله» من ذلك ما يستحب ، كتغسيه بالغسلات المسنونه من تليلث الغسل وغسل يديه وفرجه ووضوئه - على القول بنسبته - وتكفينه بالقطع المندوبه ، وحفر قبره قامه مع تأدى الفرض بدونها ، ونقله إلى ما يدفن فيه مع إمكان دفنه فى القريب ، فإنَّ أخذ الأجره على ذلك كله جائز للأصل وعدم المانع ، خلافاً لبعض الأصحاب محتجاً بإطلاق النهى»(٤) .

وعلق على قوله : « أخذ الأجره على الأذان حرام» بقوله : « هذا هو المشهور بين الأصحاب وعليه العمل . وذهب المرتضى إلى جواز أخذ الأجره عليه ، تسويه بينها وبين

ص: ٢٢٦

١- (١) جامع المقاصد ٣٧ / ٤ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٣٧ / ٤ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٣٧ / ٤ .

٤- (٤) المسالك ٣ / ١٣٠ .

الإرتزاق . وهو متروك . والفرق بينهما أن الأجره تفتقر إلى تقدير العمل وال عوض وضبط المدّه والصيغه الخاصه ، وأما الإرتزاق فمئوط بنظر الحاكم ، لا يقدر بقدر . ومحله من بيت المال ما أعدّ للمصالح من خراج الأرض ومقاسمتها ونحوها . ولا فرق في تحريم أخذ الأجره بين كونها من معيّن ومن أهل البلد والمحله وبيت المال .

وهل يوصف أذان آخذ الأجره بالتحريم فلا يعتدّ به ، أم يكون أخذ الأجره خاصه محرّماً ؟ نص بعض الأصحاب على الأوّل ، ووجهه العلامه في المختلف بأنّ الأذان على هذا الوجه لا يكون مشروعاً فيكون محرّماً ، وهو متجه . لكن يُشكل بأنّ النيه غير معتبره فيه ، والمحرّم هو أخذ المال لا نفس الأذان ، فإنّه عباده أو شعار . وأما أخذ ما يعدّ للمؤذنين من أوقاف مصالح المساجد ونحوها فليس بأجره ، وإن كان مقدّراً وكان هو الباعث على الأذان . نعم لا يثاب فاعله عليه إلاّ مع تمخّص إرادته القربه إلى الله تعالى به» (١) .

وعلق على قول المحقق « ولا بأس بأخذ الأجره على عقد النكاح » بقوله : « أى على مباشره الصيغه من أحد الجانبين أو منهما ، فإنّ ذلك غير واجب ، أما تعليم الصيغه وإلقاؤها على المتعاقدين فهو من باب تعليم الواجب ، فلا يجوز أخذ الأجره عليه . وكذا غيره من العقود . وأمّا الخطبه - بالضم - بمعنى حمد الله تعالى والصلاه على رسوله وذكر ما يناسب مقام العقد عنده ، و - بالكسر - بمعنى طلب الزوجه من نفسها أو وليها أو أقاربها ومحاورتهم فى ذلك ، فيجوز أخذ الأجره عليه أيضاً ، لأنّه ليس بواجب» (٢) .

وقال المحقق الأردبيلي فى المقام : « الظاهر أنّه لا خلاف فى عدم جواز أخذ الأجره على فعل واجب على الأجير ، سواء كان عتياً أم كفاًئياً ، فكانّ الإجماع دليله . وأيضاً إنّ لما استحقّ فعله لله لغير غرض آخر ، يحرم عليه فعله لذلك الغرض ويحرم الأجر عليه . هذا ظاهرٌ .

ولكن يرد عليه إشكال ، وهو : أنّ أكثر الصناعات واجب كفاًئى على ما صرّحوا ،

ص : ٢٢٧

١- (١) المسالك ٣ / ١٣١ .

٢- (٢) المسالك ٣ / ١٣٢ .

فيلزم عدم جواز الأجر، وكذا يحرم على الطبيب أخذ الأجر لوجوب الطبابه كفاً كالفقه... فالتحقيق بحيث يستحقّ ببعضه الأجره دون البعض يحتاج إلى التأمل والدليل .

ويمكن أن يقال : بعضها خارج بنصّ أو إجماع ، فكلّ ما دلّ عليه أحدهما يخرج ويبقى الباقي تحت التحريم ... «(١)» .

وقال المحقق السيزواري : « ومن ذلك : (أى من المكاسب المحرّمه) ما يجب على الإنسان فعله كتغسيل الموتى ودفنهم على المشهور بين الأصحاب خلافاً للمرتضى ، حيث ذهب إلى جواز أخذ الأجره على ذلك لغير الولي ، بناءً على اختصاص الوجوب بالولي ، وهذا لا يستقيم على القول بالوجوب الكفائي . وأخذ الأجره على المندوبات جائز على المشهور خلافاً لبعض الأصحاب .

... المشهور بين الأصحاب حرّمه أخذ الأجره على الأذان ولا بأس بالرزق من بيت المال ، وذهب المرتضى إلى جوازها ولعلّ الأقرب الأوّل ... وهل يوصف أذان أخذ الأجره بالتحريم ؟ فيه قولان ، والقول بالتحريم إذا كان غرضه من الأذان منحصرأ في الأجره متّجه ، والظاهر أنّ أخذ ما يعدّ للمؤذنين من أوقاف مصالح المساجد ونحوها جائز ليس بأجره ، ولا يثاب فاعله عليه إلاّ مع تمخّص إرادته القربه في فعله .

... يجوز أخذ الأجره على النكاح أى على مباشره الصيغه وكذا الخطبه»(٢) .

قال الشيخ يوسف البحراني : « المشهور في كلام الأصحاب - من غير خلاف يُعرف - أنّ تغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم والصلاه عليهم من الواجبات الكفائيه على من علم بالموت من المسلمين ، فلا يجوز أخذ الأجره على شيء من ذلك ... ونحن ... ذكرنا أنّ الخطابات الوارده من الشارع في هذه المواضع إنّما توجهت إلى الولي بأن يفعل ذلك أو يأمر منّ يفعلها ، إلاّ أن لا يكون للميت وليّ ، وعلى ما ذكرنا لا يتجه تحريم أخذ الأجره على الإطلاق كما ذكروه ، وإن كان ظاهرهم الإتفاق على ما نقلناه عنهم .

ص : ٢٢٨

١- (١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٩ .

٢- (٢) الكفايه ١ / ٤٤٤ و ٤٤٣ .

إلا أن يقال : إنه إذا أذن الولي وجب عليه حينئذ . وهو بعيد ، لعدم الدليل عليه ، فإننا لم نقف لهم في دعوى الوجوب الكفائي في هذا المقام على دليل يُعتمد عليه من الأخبار ، وليس إلا ظاهر اتفاقهم عليه» (١).

وقال الوحيد البهبهاني معلقاً على قول الأردبيلي « وأيضاً لما استحقَّ فعله لله لغير غرض آخر » بقوله : « ولأنه إذا خوطب بفعل شيء بعنوان الوجوب ، فالقول بأنني لا أفعله إلا - أن تعطوني أجراً عسيان ، كما لو قال : لا أصلي الظهر إلا كذلك . مع أنه لا يصير عمله ملكاً والأخذ حتى يأخذ عوضه منه ، بل لا يخرج عن ملكه ، فكيف يأخذ العوض ، ويجمع بين العوض والمعوض ؟ ! فلا معنى لكون ما يأخذ عوضاً ولا أجره وأجراً وملكاً والأخذ تملكاً .

... والحاصل أنه لا فرق بين وجوب إعطاء الأعيان ووجوب إعطاء المنافع ، ولا بين الوجوب العيني والوجوب الكفائي ، ولا بين العبادات - وهي التي لا تصح إلا بالتيه - وبين غير العبادات - وهي التي تصح بغير التيه - في أنه إذا خوطب بفعله وثبت وجوب تحققه لا يجوز توقيفه على أخذ الأجره ، فيكون الأخذ حراماً أيضاً لما عرفت ... » (٢).

قال سيد الرياض معلقاً على قول المحقق في المختصر « أخذ الأجره على القدر الواجب من تغسيل الأموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم » بقوله : « ونحوها الواجبات الأخرى التي تجب على الأجير عيناً أو كفايةً ، وجوباً ذاتياً ، بلا خلاف بل عليه الإجماع في كلام جماعه ، وهو الحجج مع منافاته الإخلاص المأمور به كتاباً ، وأخرج بالذاتي التوصل كأكثر الصناعات الواجبه كفايةً توصلاً إلى ما هو المقصود من الأمر بها ، وهو انتظام أمر المعاش والمعاد ... » (٣).

قال الشيخ جعفر : « الخامس : ما يجب على الإنسان فعله وجوباً مطلقاً أو مشروطاً بغير العوض وقد تحقق شرطه ، لتعلق ملك أو حق مخلوق أو خالقي تحرم الأجره والجعل وسائر الأَعواض عليه ، عيتياً كان كصلاه الفريضة وصوم شهر رمضان أو كفايةً كتغسيل الموتى وتكفينهم وتحنيطهم والصلاه عليهم وحفر قبورهم ودفنهم وحملهم إلى محالها ،

ص : ٢٢٩

١- (١) الحدائق ١٨ / ٢١٢ و ٢١١ .

٢- (٢) حاشيه مجمع الفائدة والبرهان / ٣٦ و ٣٧ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٨٠ .



ونحوها ... «(١)» .

### أقوالهم فيه بلغ إلى أحد عشر قولاً

أقول : هذا مجمل كلمات القوم في المقام ، وأنت ترى أنّ أقوالهم في التكسب بالواجبات بلغ إلى أحد عشر قولاً . فيظهر من الأقوال عدم وجود الإجماع في المسألة .

الأول : المنع مطلقاً ، وقد مرّ عن الشهيد الثاني أنّه هو المشهور بين الأصحاب وعليه الفتوى (٢) ، وعن المحقق الأردبيلي أنّه إجماعيٌّ (٣) .

الثاني : التفصيل المذكور عن فخر المحققين (٤) بين التعبديات والتوصليات التي تكون بالنيه فلا يجوز أخذ الأجره بها ، وأما التوصليات التي تكون بغير النيه فيجوز أخذ الأجره عليها إلا ما نصّ الشارع على تحريمه كالدفن .

الثالث : التفصيل الذي مرّ عن صاحب الرياض (٥) بين الواجبات التي تجب على الأجير عيناً أو كفايةً وجوباً ذاتياً فلا يجوز ، وبين الواجبات الكفائية التوصلية كالواجبات النظامية فيجوز .

الرابع : التفصيل المذكور عن صاحب مفتاح الكرامه (٦) بين كلّ ما كان الغرض الأهمّ منه الآخره إما بجلب نفع فيها أو دفع ضرر لا يجوز أخذ الأجره عليه ، وكلّ ما كان الغرض الأهمّ منه الدنيا سواء كان بجلب النفع أو دفع الضرر فإنّه يجوز أخذ الأجره عليه وإن كان قد يرجع بالآخره إلى المهمات الدينيه باعتبار كونه وسيله إليها .

الخامس : ما حكاه في البلغه عن جده في المصايح من التفصيل بين التعبدى منه والتوصلى ، فمنع في الأول مطلقاً ، وفصّل في الثاني بين الكفائي منه والعيني ، فجوّز في الأول مطلقاً ، وفصّل في الثاني بين ما كان وجوبه للضروره أو لحفظ النظام ، فجوّز في الأول ومنع في

ص : ٢٣٠

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٧٩ .

٢- (٢) المسالك ٣ / ١٣٠ .

٣- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٨٩ .

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢ / ٢٦٣ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٨٠ .

٦- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٠٥ .

الثانى مطلقاً ، سواء كان الواجب ذاتياً أم غيرياً(١) .

السادس : ما نسب إلى السيد المرتضى من الجواز فى الواجب الكفائى كتجهيز الميت ، وإن كان تعبدياً .

وفيه : الشريف المرتضى(٢) مخالف فى الموضوع لا الحكم ، لأنه ذهب إلى وجوب التجهيز على الولى فقط ، ومع فقدده يجب على الغير ، فإذا أمر الولئى الغير يجوز له أخذ الأجره لعدم وجوبه عليه . وتبعه صاحب الحدائق(٣) وآيه الله السيد على البهبهانى الرامهرمزي المتوفى عام ١٣٩٥ فى تعليقه الفتاويه على الوسيله(٤) .

فانتساب القول إلى الشريف المرتضى غير تام .

السابع : ما حكاه الشيخ الأعظم(٥) من المصاييح عن فخر المحققين وجماعه من التفصيل بين العبادات والتوصليات ، فلا يجوز فى الأوّل ويجوز فى الثانى .

الثامن : ما ذكره السيد اليزدى(٦) رحمه الله عن بعضهم من التفصيل بين الواجب الأصلى فلا يجوز والمقّدّمى فيجوز .

التاسع : ما يظهر من الشيخ الأعظم(٧) من التفصيل بين العينى التعينى والكفائى التعبدى فلا- يجوز ، وبين الكفائى التوصلى والتخيبرى التوصلى فيجوز ، والتردد فى التخيبرى التعبدى .

العاشر : جواز أخذ الأجره على الواجب مطلقاً ، وهو مختار المحقق الخوئى(٨) .

ص: ٢٣١

١- (١) نقل عن البلغه فى مصباح الفقاهه ١ / ٤٦٠ .

٢- (٢) كما مر كلامه عن تلميذه القاضى ابن البراج فى شرح جمل العلم والعمل / ١٤٨ .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٢١٢ .

٤- (٤) الوسيله ٢ / ٧ طبعت تعليقه فى الهامش من منشورات مكتبه الصدر فى طهران .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١٣٢ .

٦- (٦) حاشيه كتاب المكاسب ١ / ١٣١ .

٧- (٧) المكاسب ٢ / (١٣٧ - ١٣٤) .

٨- (٨) مصباح الفقاهه ١ / ٤٦٠ .

الحادى عشر : قول السيد اليزدى ، وهو « أنّ الوجوب بما هو وجوب لا يقتضى عدم جواز أخذ الأجره وإن كان تعبدياً عيئاً ، نعم لو فرض استفاده المجاتيّه من دليله لا يجوز أخذ الأجره عليه ، ولا يبعد دعوى ذلك فى مثل تجهيز الميت ونحوه» (١).

أقول : ونحو وجوب الإفتاء على الفقيه مجاتيئاً والقضاء عليه كذلك على القول المختار . ويمكن إرجاع القولين الأخيرين إلى قول واحد ، ومع نفي ما نسب إلى المرتضى صار عدد الأقوال تسعه .

### تبين موضوع البحث وحكمه

الإجاره هى تملك منافع العين المستأجره للمستأجر بالعوض فى المدّه المعلومه . والكلام هنا - بعد الفراغ من الأمور المعتمره فى عقد الإجاره وما يلحق بها من الجعالة وإباحه المنفعه بالعوض ونحوهما - هل جهتى العباده أو الوجوب مانعتان عن صحه عقد الإجاره أو ما شابها ؟

قد يقال : إنّ حقيقه الإجاره هى تبادل منفعه معلومه بعوض معلوم ، فلا بدّ من وصول المنفعه إلى المستأجر ، لأنّه الدافع للعوض المعلوم وإلاّ انتفت حقيقه الإجاره . وفى البلغه (٢) : إنّ الإجاره بدون هذا الشرط سفهيه وأكل للمال بالباطل .

ولكن نقول : الإجاره لا تقتضى إلاّ دخول العمل فى ملك المستأجر ، وأمّا كون المنفعه راجعه إليه فلا موجب له ، ألا ترى أنّه يصح الإستيجار لكنس باب صديق لصديقه الآخر لمجرد وجود الصداقه بينهما . ومنعنا بطلان المعامله السفهيه ، والصحيح بطلان معامله السفهيه ، لأنّه محجور عن التصرف فى أمواله . ومنعنا أيضاً سفهيه الإجاره فى جميع الموارد ، فىمكن تعلق غرض صحيح فى بعض الموارد ، نحو : إظهار عظمه الإسلام وإخضاع العاصين والمتمردين . فعلى ما ذكرنا يصح عقد الإجاره ونحوها من الجعالة وغيرها على الواجبات

ص : ٢٣٢

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ١ / ١٣١ .

٢- (٢) نقل عنه فى مصباح الفقاهه ١ / ٤٦١ .

والعبادات إذا تمت سائر الشروط المعتبره فيهما ، والوجوب والعباده لا تنافيان عقد الإجاره أو الجعاله فتشملهما عموماتهما .

نعم ، قد أورد عليه بإشكال يظهر في بادئ النظر ، وهو : أخذ الأجره ينافى قصد القربه والإخلاص المعتبر في العبادات .

بتقريب : أنّ عقد الإجاره يوجب تغيير داعى الإخلاص فى العمل إلى داعى أخذ الأجره ، فيلزم من صحه الإجاره فساد العباده .

وفيه : أولاً : إنّ هذا الإشكال لا يثبت دعوى عدم جواز أخذ الأجره على مطلق الواجبات ، لأنّ الإشكال يجرى فى العبادات فقط ، فيصح أخذ الأجره فى التوصليات . وهكذا لا يختص بالواجبات العباديه ، بل يجرى فى المستحبات منها .

وثانياً : لا تنافى بين قصد القربه والإخلاص وأخذ الأجره ، والنسبه بينهما عموم وخصوص من وجه ، لأنّه يمكن أن يقصد القربه ويأتى بالعمل بداعى الإخلاص من دون أخذ الأجره ، ويمكن أن يأخذ الأجره ولم يأت بالعمل أصلاً أو لم يأت بالعمل مع قصد القربه والإخلاص ويمكن أن يجمع بينهما بأن يأتى بالعمل مع قصد القربه ويأخذ الأجره أيضاً .

وثالثاً : لا تنافى بين وجوب الفعل على المكلف ابتداءً وتعلق الوجوب به ثانياً بعنوان وجوب الوفاء بالعقد ، وتعلق الوجوب الثانى يؤكّد الإخلاص ولا ينافيه .

كما أشار إلى هذا الشيخ الأكبر فى شرحه على القواعد(١) وتلميذه فى الجواهر(٢) ، ولكن يناقشه الشيخ الأعظم بالمناقشات الثلاث الآتية .

ورابعاً : الإخلاص وقصد القربه لا- تنافى مع المنافع الدنيويه والأخرويه ، لأنّ جلّ الناس لو لا كلّهم يقصدون تلك المنافع والأغراض ومع ذلك تكون عبادتهم صحيحه عند المشهور المختار(٣) ، وتدل عليه صحيحه هارون بن خارجه عن أبى عبد الله عليه السلام قال : [ إنّ ]

ص: ٢٣٣

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٧٩ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١١٧ .

٣- (٣) خلافاً لشيخنا البهائى فى أربعينه / ٢٢٥ حيث ذهب إلى بطلان العباده إذا قصد بفعلها تحصيل الثواب أو الخلاص من العقاب . ونقل الفخر الرازى اتفاق المتكلمين على أنّ من عبد الله لأجل الخوف من العقاب أو الطمع فى الثواب لم تصح عبادته ، وأورده عند تفسير قوله تعالى : «ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً» [سوره الأعراف / ٥٥] راجع التفسير الكبير ١٤ / ١٣٤ . وجزم الفخر فى أوائل تفسير الفاتحه ١ / ٢٥٠ بأنّه لو قال : أصلى لثواب الله أو للهرب من عقابه فسدت صلاته . راجع فى هذا المجال حاشيه المكاسب / ٥٣ و ٥٤ لآيه الله الميرزا أبى الفضل النجم آبادى المتوفى عام ١٣٨٥ ق .

العباد ثلاثه(١): قوم عبدوا الله عز وجل خوفاً فتلك عباده العبيد ، وقوم عبدوا الله تعالى طلباً للشواب فتلك عباده الأجراء ، وقوم عبدوا الله عز وجل حباً له فتلك عباده الأحرار ، وهي أفضل العباده(٢).

ومن تلك المنافع الدنيويّه ، أخذ الأجره ، فلا ينافى صحه العباده .

### الاشكالات الثلاثه من الشيخ الأعظم على ما ذكره صاحباً شرح القواعد والجواهر وأجوبتها

الاشكال الأول : على فرض تضاعف الوجوب بعقد الإجاره فى الواجبات فيصح بعنوان الاجاره ولكن لا يتضاعف بعقد الجعاله ، لأنه لا يجب فيها العمل ، فحينئذ الأخذ فيها يكون منافياً للإخلاص المعتبر(٣) .

وفيه : لو صح تضاعف الوجوب ولو بعنوان الوفاء بعقد الإجاره وتأكيدهِ للإخلاص المعتبر فى العبادات ، فلازمه عدم منافاه الأخذ مع الإخلاص ، فحينئذ يكون أخذه بعنوان الجعاله أيضاً صحيحاً ولا تنافى بينه وبين الإخلاص .

نعم ، فى عقد الجعاله لا يتأكد الوجوب ، وعدم تأكده لا يضرّ بالإخلاص .

ص: ٢٣٤

١- (١) وفى بعض النسخ : العباده ثلاث .

٢- (٢) الكافى ٢ / ٨٤ ح ٥ ونقلت عنه فى موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٧ / ٤١ ح ٩ .

٣- (٣) راجع المكاسب ٢ / ١٢٧ للشيخ الأعظم قدس سره .

الإشكال الثاني : حديث تضاعف الوجوب في الإجاره كيف يصحح قصد القربه ؟ لأدّن وجوب الوفاء بالعقد وغيرها من المعاملات توصلّي فكيف يوجب تأكد اشتراط قصد القربه في العمل .

وإن ذهبت إلى أنّ تعدد الوجوب ولو مع الاختلاف في التوصليه والتعبدية يؤكد الإخلاص فهو خلاف الوجدان ، لأنه يقضى بأنّ العمل بدون الأجره تكون القربه فيه أخلص(١) .

وفيه : يظهر جوابه ممّا مرّ في الجواب عن الإشكال الأوّل من أنّ حديث تضاعف الوجوب يلزم عدم منافاه أخذ الأجره مع الإخلاص بالوجدان ، مضافاً إلى عدم الذهاب إلى تأكيد الإخلاص ولو مع الاختلاف في التوصليه والتعبدية ، وهذا الاحتمال ممّا يقطع بعدم إرادته كما عن السيد اليزدي(٢) قدس سره .

الإشكال الثالث : وجوب الوفاء بعقد الإجاره توصلّي يسقط بالإتيان بذات العمل . نعم ترتب الثواب موقوف على قصد القربه فيه ، وقصد أمر الشارع بالوفاء به بأنّه ملك للغير . ولكن قصد القربه في العبادات هي الإتيان بالفعل بما أنّه حقّ لله تعالى ، فلا يجتمع قصد القربه في التوصليات مع قصد القربه في التعبديات ، لأنّ الأوّل بما أنّه ملك للغير وحقّ له ، والثاني بما أنّه ملك لله وحقّ له . وهذه الإشكالات الثلاثه من الشيخ الأعظم(٣) قدس سره .

وفيه : نعم ، وجوب الوفاء بالعقود في المعاملات توصلّي ولكن لا تنافي بين هذا الوجوب وقصد القربه ، هذا أولاً .

وثانياً : ترتب الثواب على الإتيان بالعمل في التوصليات منوط بقصد القربه وقصد أمر الشارع ولا يقيد بأنّه ملك للغير ، بحيث لو أتى به مع قصد القربه وقصد أمر الشارع بدون تقييده بأنّه ملك للغير لكان مثوباً .

وثالثاً : يمكن اجتماع قصدي القربه في التوصليات بعد إلغاء ملكيه الغير فيها ، وفي

ص: ٢٣٥

١- (١) راجع المكاسب ٢ / ١٢٧ للشيخ الاعظم قدس سره .

٢- (٢) راجع حاشيته على المكاسب ١ / ١٣٤ .

٣- (٣) راجع المكاسب ٢ / ١٢٧ .

التعبديات أيضاً بعد إلغاء ملكيه الله له ، بل يكفي في التعبديات إضافة العمل إلى الله تعالى ، أعني يقصد المكلف أمر الشارع في الوفاء بالمعامله ويأتي بالعباده مضافاً إلى الله تعالى . فلعمري لا أدري لماذا لا يجتمعان ؟ ! فلا تضرّ المعامله بصحة العباده . والله سبحانه هو العالم .

### تصحيح العباده المستأجره

الوجه في العباده المستأجره أمران :

أحدهما : النيايه ، وهى تنزيل الأجير نفسه منزله المنوب عنه . ونفس النيايه عن الغير في العبادات تعدّ من المستحبات النفسيه التوصليه ، لأنها إحسان في حقّ المنوب عنه ، ويكون أخذ الأجره على هذه النيايه والتنزيل .

ثانيهما : نفس العباده وعمل النائب .

وعلى هذا يأخذ الأجير الأجره في قبال النيايه ويأتي بالعمل العبادى مع قصد القربه ، فتصح العباده المستأجره .

وقد ناقش شيخنا الأستاذ - مدظله - فى هذا الاستدلال بقوله : « إن أراد أنّ تنزيل نفسه منزله المنوب عنه فعل خارجى ، والصلاه مثلاً- فعل آخر ولا- يرتبط أحدهما بالآخر أصلاً ، وأنّ الإجاره فى موارد الاستيجار على العباده تقع على الأوّل . فيردّه أنّ لازم ذلك فراغ ذمه الأجير واستحقاقه المطالبه بالأجره بمجرد قصده النيايه ، أى اعتبار نفسه منزله المنوب عنه ... .

وإن أراد أنّ الموجود خارجاً شىء واحد ، غايه الأمر أنّ فيه جهتان وعنوانان :

أحدهما : متعلق الإجاره ولم يؤخذ فيه قصد القربه ، ثانيهما : ما أخذ فيه قصدها ولكن لم تتعلق به الإجاره ... .

فلا يمكن المساعده عليه :

أمّا أولاً : فلأنّ الاستيجار على العباده صحيح حتّى فيما إذا لم يقصد الأجير النيايه بالمعنى المتقدم ، كمن يقضى ما على الميت ويأتى بالعباده إفراغاً لذمته ... .

وأمّا ثانياً : فلأنّ تعدد العنوان مع الإتحاد بحسب الوجود لا يفيد فى رفع المنافاه

الموهومه بين أخذ الأجره على العمل والإخلاص فيه ، وذلك فإن المطلوب في العبادات والغرض منها لا يحصل إلا بكون الداعى إلى إيجادها أمر الشارع وطلبه ، فلا بد من تحقق العباده بداعى أمر الشارع بها ، وإذا فرض الإتحاد خارجاً فكيف يكون ذلك الوجود مع أخذ الأجره عليه بداعى القربه» (١).

أقول : أصل هذا الإشكال مأخوذ من السيد اليزدى رحمه الله في حاشيته على المكاسب (٢) . وحيث كان أصل الاستدلال من الشيخ الأعظم الأنصارى قدس سره فى مكاسبه (٣) استجوده المحقق النائنى طاب ثراه فى تقريرات بحثه (٤) ، وتعجب من السيد وأجاب عن إشكاله بقوله : « لم يدع شيخنا الأنصارى أنّ الأجره بإزاء نفس قصد النياه من دون العمل ، ولا أنّ الفعل من جهه واحده قربى ويجوز أخذ الأجره عليها ، لما عرفت أنّ له جهتين ، والحامل على العمل على جهه النياه وإن كان هو الأجره ، إلاّ أنّ الحامل له على جهه المنوب عنه التى هى عباره عن كونه بدلاً تنزلياً له هو أمر الله سبحانه المتوجه إلى المنوب عنه .

وملخص الكلام : أنّه لو وقعت الأجره بإزاء إتيان ذات العمل ، أو بإزاء إتيان العمل بقصد القربه ، فهذا ينافى العباديه ، مضافاً إلى أنّه لا يسقط بهذا النحو من الإجاره ما هو الواجب على المستأجر ، لأنّه لم يأت بداعى الأمر المتوجه إلى المنوب عنه ، بل بداعى الأمر الإجارى .

وأما لو وقعت الأجره بإزاء إتيان العمل بأمره المتوجه إلى المنوب عنه بالأمر الأعمّ من المباشره والاستنابه فهذا لا ينافى القربه المعتمده فى العباده ، لأنّه لم يُعتبر فى الأمر الإجارى القربه ، ولا وقعت الأجره فى طول داعى نفس العمل ...

وبعباره أخرى : الفعل إذا اعتبر فيه المباشره فمعناه أنّه يجب أن تصدر هذه النتيجة من نفس الفاعل الذى تعلّق به التكليف . وأما إذا لم يُعتبر فيه المباشره فمعناه أنّ الجامع بين إيجاد

ص : ٢٣٧

١- (١) ارشاد الطالب ١ / ٢٨٥ و ٢٨٤ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٣٥ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٢٨ .

٤- (٤) منيه الطالب ١ / ٥٤ .



غيره نائباً تبرعياً أو إجاريّاً وإيجاد نفسه متعلّق للتكليف ، فإذا كان الجامع متعلّقاً للتكليف ولم يجب على الغير الجهد الإصداريّه فله أن يؤجر نفسه بازاء أجره لتحصيل ما هو واجب على الغير ، فلا بدّ أن يقصد في إيجاده نتيجة الفعل بفعله ، وقوعه عن الغير ليستحقّ الأجره وليسقط عنه ، فيرتب على فعله أمران متغايران :

أحدهما : وقوع متعلّق الإجاره عنه ، وهذا لا يُعتبر فيه القربه ، لأنّ إيجاده العمل من حيث فعل نفسه لا يُعتبر فيه القربه .

وثانيهما : وقوع العمل عن الغير ، لكونه فرداً من أفراد الجامع ، وبه يحصل فراغ ذمّته ، وبه يحصل التقرب له ، وهذا معتبر فيه القربه ولكنّه للمنوب عنه لا للنائب»(١) . إنتهى كلامه .

أقول : وأنت خبير بأنّ ما ذكره المحقق النائيني قدس سره مع تماميته لا يندفع به الإشكال ، وهو أنّ الفعل الواحد - ولو مع تعدد العنوان - لا يخرج عن وحدته ، ومع الوحده كيف يمكن أن يؤتى به مع قصد القربه وأخذ الأجره ، وإذا جاءت الأجره إرتفعت القربه . فالإشكال على الشيخ الأعظم قدس سره وارد .

ثم استشكل الشيخ على استدلال عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات العباديه لأنها تنافى مع قصد القربه المعتبره فيها بقوله : « فإن قلت : يمكن للأجير أن يأتى بالفعل مخلصاً لله تعالى ، بحيث لا يكون للإجاره دخل في إتيانه فيستحقّ الأجره ، فالإجاره غير مانعه عن قصد الإخلاص»(٢) .

وبعبارة أخرى : يمكن أن يكون داعى الأجير إلى العباده أمر الشارع بها ، بحيث لو لا أمر الشارع وطلبه لم يأت بها أصلاً ، حتّى مع بذل الأجره عليها ، وإذا فرض الإتيان بها والداعى إليها أمر الشارع يحصل قصد القربه ويستحقّ الأجره ، ولا تنافى بين أخذ الأجره وقصد القربه .

وأجاب الشيخ عنه بقوله : « قلت : الكلام في أنّ مورد الإجاره لا بدّ أن يكون عملاً

ص : ٢٣٨

١- (١) منيه الطالب ١ / ٥٦ و ٥٥ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٢٨ .

قابلاً لأن يوفى به بعقد الإجاره ، ويؤتى به لأجل استحقاق المستأجر إياه ومن باب تسليم مال الغير إليه ، وما كان من قبيل العباده غير قابل لذلك»(١).

وحاصل جوابه بتوضيح منّا : أنّ الإجاره لابدّ أن تتعلق بما أمكن أن تدعو إليه وتُبعث نحوه ، أى لابدّ من القدره على عنوان الوفاء بعنوان أنّه مال الغير ، والعباده لا تكون كذلك .

وبعبارة أخرى : الإجاره تستلزم أن يكون العمل بحيث يمكن الإتيان به بداعى أنّه ملك للمستأجر ، وفي العباده لا تجرى هذه الملازمه .

أقول : يمكن أن يناقش فى هذا الجواب بعدم اعتبار ذلك فى عقد الإجاره ، أعنى أنه لا يُعتبر فى عقد الإجاره أن يكون العمل بحيث أن يؤتى به لأجل استحقاق المستأجر إياه ومن باب تسليم مال الغير إليه ، بل يكفى فيه أن يأتى الأجير بذات العمل من دون أى تقييد أو قصد ، ألا ترى لو أتى الخياط بالخياطه المستأجره ذاتها من دون تقييد بأنّ المستأجر يستحقه أو من باب تسليم مال الغير إليه أو أنّه ملك للمستأجر ، ومن دون قصد هذه الأمور - بمعنى أنّها يكون الداعى له نحو العمل وتحركه بالإتيان به ، بل يكفى الإتيان بذات العمل مع توصيفه بأنّه هو العمل المستأجر عليه . هذا أولاً .

وثانياً : حتّى على القول باعتبار هذه الحيثيه أو القيد فى عقد الإجاره يمكن أن يأتى به الأجير فى العبادات ، لأنّه قد مرّ منّا عدم التنافى بين قصد القربه والإخلاص وأخذ الأجره واستحقاقها ، وعلى هذا يمكن للأجير أن يأتى بالعمل المستأجر عليه والوفاء به .

وثالثاً : لو تنزلنا مرتين وقبلنا من الشيخ الأعظم قدس سره اعتبار هذا القيد فى عقد الإجاره ، وعدم إمكان الإتيان به فى العبادات ، مع ذلك كله يمكن القول بصحة الإجاره ، لأنّ دليل صحتها لا ينحصر بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٢) حتّى يستلزم عنوان الوفاء ذلك التقييد ، بل يكفى للحكم بالصحة عموم قوله تعالى : «تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ»(٣) كما تبّه عليه المحقق

ص : ٢٣٩

١- (١) المكاسب ٢ / ١٢٩ .

٢- (٢) سوره المائده / ١ .

٣- (٣) سوره النساء / ٢٩ .

ثم استشكل الشيخ ثانياً على استدلال عدم جواز أخذ الأجره على العبادات للمنافاه بينها وبين قصد القربه المعتبره فيها بقوله : « فإن قلت : يمكن أن يكون غايه الفعل التقرب ، والمقصود من إتيان هذا الفعل المتقرب به استحقاق الأجره ، كما يؤتى بالفعل تقرباً إلى الله ويُقصد منه حصول المطالب الدنيويه : كأداء الدين وسعه الرزق وغيرهما من الحاجات الدنيويه » (٢).

توضيحه : كما يمكن أن تكون الحوائج الدنيويه هي الباعث والمحرّك إلى الإتيان ببعض العبادات نحو : صله الرحم والصدقه وصلاه الليل والحج والعمره ، كذلك أخذ الأجره يكون باعثاً على الإتيان بالعمل العبادى مع قصد القربه .

وأجاب عنه بقوله : « قلت : فرق بين الغرض الدنيوى المطلوب من الخالق الذى يُتقرب إليه بالعمل ، وبين الغرض الحاصل من غيره وهو استحقاق الأجره ، فإن طلب الحاجه من الله تعالى سبحانه - ولو كانت دنيويه - محبوب عند الله ، فلا يقدح فى العباده ، بل ربّما يؤكدها » (٣).

توضيح الجواب : الحاجه والغرض والأجره إذا كانت مطلوبه من الشارع بلا فرق بين أن تكون دنيويه أو أخرويّه ، لا تضرّ بالقربه والإخلاص ، وأما إذا كانت مطلوبه من غيره نحو استحقاق الأجره للأجير فلا تجتمع مع قصد القربه .

أقول : يمكن أن يناقش فى الجواب : بأنّ غرض الأجير من عمله العبادى هو استحقاق الأجره فى الشريعة وحكم الشارع به ، ولذا يأتى بالعباده فى غياب المستأجر أو بعد أخذ الأجره منه ، ولا يكون غرضه مجرد أخذ المال واستخلاصه من المستأجر لكى ينافى مع قصد القربه كما ذكره شيخنا الأستاذ - مدظله (٤) - وأضاف : « فتحصل ممّا ذكرنا أنّه لا منافاه بين

١- (١) راجع حاشيته على المكاسب ١ / ٢٨١ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٢٩ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٢٩ .

٤- (٤) راجع إرشاد الطالب ١ / ٢٨٧ .

العمل [ العبادى ] للآخر بالإستيجار ، وبين قصد القربه فى ذلك العمل ، سواء كان واجباً تعديداً أو مستحباً كذلك ، ... بل بناءً على ما ذكرناه فى الأصول من أن قصد التقرب المعتبر فى العباده ليس خصوص الفعل بداعى الأمر المتعلق به ، بل مطلق إضافه العمل إلى الله سبحانه ، فتكون الصلاه على ميت بداعى استحقاق الأجره المقرره بإزائها شرعاً عباده ، لحصول القربه المعتبره فيها بغرض [ وجود ] الداعى وهو استحقاق الأجره شرعاً . وعلى ذلك فلو لم يلتفت الأجير إلى استحباب الصوم أو الصلاه عن الميت ، بل صام أو صلى بغرض استحقيقه شرعاً الأجره المقرره لهما ، حكم بصحة عمله ووقوعها عباده ، بلا حاجه إلى حديث الداعى إلى الداعى ليقال أنه لا يجرى فى صورته الغفله عن استحباب نفس العمل أو وجوبه كما لا يخفى (١) .

### استدلال الشيخ الأكبر فى عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات ونقده

قال الشيخ جعفر قدس سره : « لأن المملوك والمستحق لا يملك ولا يشترط ثانياً ، ولأن الإجاره لو تعلقت به كان للمستأجر سلطان عليه فى الإيجاد والعدم على نحو سلطان الملاك ، وكان له الإبراء والإقاله والتأجيل ، وكان للأجير قدره على التسليم . وفى الواجب يمتنع ذلك ، وهو فى العيني بالأصل أو بالعارض واضح .

وأما الكفائى : فلا أنه بفعله يتعين له ، فلا يدخل فى ملك آخر ، ولعدم نفع المستأجر فيما يملكه أو يستحقه غيره ، لأنه بمنزله قوله : « استأجر ك لتملك منفعتك المملوكه لك أو لغيرك » ، ولأن الظاهر عدم الدخول فى عمومات المعاملات فى الكتاب والسنة ، فيبقى على أصل عدم الانتقال عن الحاله الأولى .

وأما ما كان واجباً مشروطاً فليس بواجب قبل حصول الشرط ، فتعلق الإجاره به قبله لا مانع منه ، ولو كانت هى الشرط فى وجوبه ، فكل ما وجب كفايه من حرف وصناعات لم يجب إلا بشرط العوض بإجاره أو جعله أو نحوهما . فلا فرق بين وجوبها العيني للإحصار

ص : ٢٤١

ووجوبها الكفائي ، لتأخر الوجوب عنها وعدمه قبلها ، كما أنّ بذل الطعام والشراب للمضطر إن بقي على الكفايه أو تعين يستحق فيه أخذ العوض على الأصح ، لأنّ وجوبه مشروط بخلاف ما وجب مطلقاً ، بالإصالة كالنفقات أو بالعارض كالمندورات ونحوها»(١).

قال الشيخ الأعمش في توضيح استدلاله في الواجبات العينية : « إنّ الذي يقابل المال لا بدّ أن يكون كنفس المال ممّا يملكه المؤجر حتى يملكه المستأجر في مقابل تملكه المال إياه ، فإذا فرض العمل واجباً لله ليس للمكلف تركه ، فيصير نظير العمل المملوك للغير...»(٢).

ثمّ استشكل عليه تلميذه صاحب الجواهر على أستاذه الشيخ الأكبر بقوله : « لا مانع من تعدد أسباب الوجوب ، كما يقضى به صحه نذر الواجب والحلف عليه وأمر الوالد والسيد به . نعم هو كذلك بالنسبه إلى أسباب الملءك ، ولا تعدد فيها هنا . والسلطان من حيث الإجاره بالإبراء والإقاله ونحوها متحقق هنا ، والأجير له قدره على التسليم في الواجبات التي تعتبر فيها التيه ونفعها حاصل للغير كأحكام الأموات ونذر خياطه الثوب لزيد مثلاً ونحو ذلك ، بل جواز أخذ الأمّ الأجره على إرضاع الولد اللباء مع وجوبه عليها ، كاستحقاق أخذ العوض عمّا يدفعه للمضطر من المال وما يأخذه الوصى عوضاً عن عمله ، أوضح شاهد على عدم منافاه صفة الوجوب للتكسب ، بل هو مقتضى القواعد والضوابط ... »(٣).

أقول : قوله قدس سره : « لا مانع من تعدد أسباب الوجوب » مأخوذ من أستاذه في نفس الكتاب ، لأنّه ذهب إلى تأكّد القربه بتضاعف الوجوب(٤) . ومنه يظهر القول بجواز تعدد أسباب الوجوب أيضاً .

بل استدلال الشيخ جعفر يرجع إلى أنّ المعتبر في المعاملات نحو الإجاره لا بدّ للمؤجر أن يملك مورد الإجاره حتى يملكه المستأجر ، إذا كان العمل واجباً لله تعالى فليس مملوكاً للمؤجر ، لأنّه لا يقدر على تركه شرعاً فلا تصح الإجاره كما يظهر هذا البيان من الشيخ

ص : ٢٤٢

١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٧٩ الى ٢٨٢ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٣٠ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ١١٧ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٧٩ .

جعفر ، فما ذكره صاحب الجواهر - وإن كان صحيحاً في نفسه - ولكن لم يردّ على الاستدلال .

نعم ، يردّ على الاستدلال ما ذكره الشيخ الأعظم بقوله : « لإمكان منع المنافاه بين الوجوب الذى هو طلب الشارع الفعل ، وبين استحقاق المستأجر له ، وليس استحقاق الشارع للفعل وتملكه المنتزع من طلبه من قبيل استحقاق الآدمى وتملكه الذى ينافى تملك الغير واستحقاقه» (١) .

أقول فى توضيح كلام الشيخ : إن ملكيه المستأجر فى طول طلب الشارع واستحقاقه ، لأنه استأجره للعمل الواجب عليه من الله بأن يأتى به لله تعالى ، فهو - أى الأجير - يأتى بالعمل الواجب لله تعالى ثم يجعل ذلك العمل الذى يأتى به قرباً إلى الله تعالى للمستأجر ويملكه له حتى يستحق الأجره شرعاً ، فالإتيان بالفعل الواجب لله تعالى أولاً ثم تملكه للمستأجر لا يتنافيان ، لأنّ الثانى فى طول الأوّل .

نعم ، إذا كانا فى عرض واحد لا يمكن اجتماعهما فى بعض الفروض ، نحو : إيجاد فعل واحد لشخصين أو نيابه عنهما فى زمان واحد . ولتفصيل هذا البحث راجع إلى حاشيه الفقيه اليزدى قدس سره على المكاسب (٢) .

وأما مناقشه المحقق الإيروانى فى كلام الشيخ الأعظم - وكذلك يردّ على استدلال الشيخ الأكبر أيضاً - من نفى الكبرى ، وهى أنّ المملوك لا يملك ثانياً قال : « وأمّا نحن ننكر الأصل وننكر أن المملوك لا يملك ثانياً ، بل يمكن أن تجتمع ملكيتان عرضيتان مستقلتان على مال واحد ، كما تجتمع أوصياء متعدّدون ووكلاء متعدّدون على مال واحد ، كلٌّ مستقل فى وصيته ووكالته» (٣) .

غير تام ، فتكون الكبرى تامه ، لأنّ المملوك لا يملك ثانياً . وما ذكره قدس سره بعنوان المثال ليس من قبيل الملك بل من قبيل السُلطه على نحو الوكاله أو الوصايه على ملك واحد . والملكيه مركبه من عقدين : إثباتى وسلبى :

ص : ٢٤٣

١- (١) المكاسب ٢ / ١٣١ .

٢- (٢) حاشيته على المكاسب ١ / ١٤١ .

٣- (٣) الحاشيه على المكاسب ١ / ٢٨٣ للمحقق الإيروانى .

أمّا الإثباتي : فهو السلطنة على التصرفات بلا مراجعه أحد ، وأمّا السلبي : فهو السلطنة على منع الغير من التصرف .

ونفى العقد السلبي من الإيرواني تحكّم ولم يدل على كلامه دليل (1) . مضافاً إلى أنّ المراد بالعقد الإثباتي هنا هو العقد الإثباتي الأصلي لا غير الأصيل مثل الوكالة والوصاية ونحوهما .

والحاصل ، أنّ ما ذكره قدس سره في نفي الكبرى غير تامّ.

وكذا لا ينقض على استدلال الشيخ الأكبر قدس سره ببيع الكلّي في الذمه ، لأنّ فيه - وإن يمكن عدم ملكية البائع حين إنشاء العقد - ولكن له القدره على التسليم وفاءً بالعقد بعد تملك المبيع .

وكذا لا يردّ عليه : بأنّ الحرّ يؤجر نفسه مع أنّه لا يملك عمله . لأنّ الحرّ له القدره على تسليم العمل في مدّة إجاره ، ونفس القدره تكفي في صحه الإجاره أو المعامله .

فالإشكال منحصر بما ذكره الشيخ الأعظم على القسم الأوّل من الاستدلال .

وأما ما ذكره الشيخ جعفر في الواجب الكفائي : فيرجع إلى أنّ المكلف إذا اشتغل بالواجب الكفائي يتعيّن له ، أي ترجع مصالحه وثوابه إليه ، فتصير منافعه إليه . وما هذا شأنه من الإختصاص لا ينتقل إلى الغير ، فلا تجوز الإجاره عليه .

وقد ناقش الشيخ الأعظم فيه بقوله : « منع وقوع الفعل له بعد إجاره نفسه للعمل للغير ، فإنّ آثار الفعل حينئذ ترجع إلى الغير ، فإذا وجب إنقاذ غريق كفايةً ، أو إزالة النجاسة عن المسجد ، فاستأجر واحداً غيره ، فثواب الإنقاذ والإزالة يقع للمستأجر دون الأجير المباشر لهما .

نعم ، يسقط الفعل عنه ، لقيام المستأجر به ولو بالاستنابه ، ومن هذا القبيل الاستئجار للجهاد مع وجوبه كفايةً على الأجير والمستأجر » (2) .

والمناقشه في محلّها .

ص : ٢٤٤

١- (١) راجع حاشيته على المكاسب ١ / ٢٨٤ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٣١ .

وقد ناقش المحقق الميرزا محمد تقى الشيرازى قدس سره فى حاشيته على استدلال الشيخ الأكبر بقوله : « إن أريد بذلك (أى بأن الفعل متعين له) أن الواجب الكفائى ممّا لا ينتفع به الغير أصلاً انتفاعاً يصح باعتباره استيجاره فهو واضح المنع ، فإنّ من أوضح الفوائد سقوطه عن المؤجر إذا كان واجباً كفائياً عليهما جميعاً إلى غير ذلك من الفوائد الكثيره . وإن كان أريد بذلك عدم إنتفاع الغير بخصوص ثوابه فهو غير مضرّ مع فرض ثبوت غيره من الفوائد التى يصح باعتباره الإجاره ... »(١).

أقول : والحاصل ، الإشكال على الشيخ جعفر قدس سره بأنّ الواجب الكفائى مع الإتيان به لا يتعين ولا يصير واجباً عيئياً ولا ينقلب من الكفائيه إلى العيئيه ، كما هو الواضح لمن راجع مصاديقه ، هذا أولاً .

وثانياً : ترجع الفائده إلى المستأجر فى الواجبات الكفائيه بسقوطه من ذمته وإيصال الثواب إليه .

وأما ما ذكره الشيخ الأكبر فى الواجب المشروط ، ذكره الشيخ الأعظم رحمهما الله بعنوان الوجه السادس من وجوه التفصّى عن إشكال الواجبات النظاميه ويردّ عليه ب- : « أنّ وجوب الصناعات ليس مشروطاً ببذل العوض ، لأنّه لإقامه النظام التى هى من الواجبات المطلقه ، فإنّ الطبابه والفسد والحجامه وغيرها - ممّا يتوقف عليه بقاء الحياه فى بعض الأوقات - واجبهٌ ببذل له العوض أم لم يبذل »(٢).

وحاصل إيراده : أنّ بعض الواجبات النظاميه واجبٌ مطلقاً ولو لم يبذل العوض فى مقابله ، فلا- يصح أخذه بعنوان الواجب المشروط ، والإيراد فى محلّه إلاّ أن يحمل كلام الشيخ الأكبر « لم يجب إلاّ بشرط العوض »(٣) على الغالب ، فيدفع به الإيراد ، ولكنه خلاف ظاهر كلامه قدس سره ، والله العالم .

ص: ٢٤٥

١- (١) حاشيته على المكاسب ١ / ١٤٩ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٤٠ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٨١ .



ذكر المحقق النائيني في مقدمه بحثه أمرين : الأول منهما - وهو مورد المناقشه - قال : « أن يكون العمل الذي يأخذ الأجير أو العامل بإزائه الأجره والجعل ملكاً له بأن لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعياً عليه ، لأنه إذا كان واجباً عليه فلا يقدر على تركه ، وإذا كان محرماً عليه فلا يقدر على فعله . ويُعتبر في صحة المعامله على العمل كون فعله وتركه تحت سلطنته واختياره»(١) .

أقول : يمكن أن يناقش في ما ذكره بأنّ المعتبر في صحة المعامله على العمل تمكن الأجير من تسليم العمل الذي هو مورد المعامله ، وإيجاب الفعل لا ينافي تسليم العمل . نعم مع تحريم الفعل لا يمكن تسليمه شرعاً ، وتمّ ما ذكره النائيني بالنسبه إلى التحريم فقط لا الوجوب ، وقد تبّه على هذه المناقشه شيخنا الأستاذ - مدظله(٢) - .

والحاصل ، ظهر لك إلى هنا عدم التنافي بين وجوب شيء وأخذ الأجره عليه ، كما تدلّ عليه أيضاً صحيحه هشام بن الحكم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عمّن تولّى مال اليتيم ما له أن يأكل منه ؟ فقال : ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم ، فليأكل بقدر ذلك(٣) .

وظاهر هذه الصحيحه أنّ الأكل أو الأخذ يصح بعنوان أجره المثل ، وليس فقط مجرد تجويز الأكل من مال اليتيم .

وهكذا ظهر عدم التنافي بين قصد القربه وأخذ الأجره ، كما تدلّ عليه الروايات الكثيره في الحج النبائي ، منها : موثقه عمار بن موسى الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يأخذ الدرهم ليحجّ بها عن رجل ، هل يجوز له أن ينفق منها في غير الحج ؟ قال : إذا ضمن الحجّ فالدرهم له يصنع بها ما أحبّ وعليه حجّه(٤) .

ص: ٢٤٦

١- (١) منيه الطالب ١ / ٤٥ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٢٨٩ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٥١ ح ٥ . الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١١ / ١٨٠ ح ٣ . الباب ١٠ من أبواب النيايه في الحج .

فراجع في هذا المجال وسائل الشيعة ١٠ / ١٨٠ الباب ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ وغيرها من أبواب النيايه في الحج .

وبالجملة ، حيث ذهبنا إلى جواز أخذ الأجره حتى في الواجبات العينيّه التعبدية لعدم تنافي قصد القربه مع أخذ الأجره كما مرّ مفصلاً ، فنحن في فسحه من الإشكال المشهور في الواجبات النظاميه حتى إذا بلغت إلى حدّ الوجوب العيني لجواز أخذ الأجره عليها .

نعم ، لو ثبت في مورد مجانيه العمل في الشرع الأقدس - نحو : وجوب الإفتاء أو القضاء على الفقيه مجاناً - نأخذ به ، فلا يجوز حينئذ أخذ الأجره عليه .

هذا كلّه في أخذ الأجره في الواجبات .

أمّا المحرّمات : فقد مرّ منّا عدم جواز أخذ الأجره عليها .

وأمّا المباحات والمكروهات والمستحبات فيجوز أخذ الأجره عليها ، وجوازها في الأوليين ظاهر وأمّا الأخير حيث قد مرّ منّا عدم تنافي قصد القربه مع أخذ الأجره في الواجبات فالأمر في المستحبات سهل .

### وأمّا النيايه والإستيجار في العبادات

الروايات المتواتره إجمالاً تدلّ على أنّ النيايه عن الميت في العبادات من المستحبات الشرعيه لجميع الناس :

منها : صحيحه عمر بن يزيد قلت لأبي عبد الله عليه السلام [ أ ] يصلّي عن الميت ؟ فقال : نعم حتى أنّه ليكون في ضيق فيوسّع الله عليه ذلك الضيق ، ثم يؤتى فيقال له : خُفّف عنك هذا الضيق بصلاه فلان أخيك عنك . قال : فقلت له : فأشرك بين رجلين في ركعتين ، قال : نعم ، فقال عليه السلام : إنّ الميت ليفرح بالترحم عليه والاستغفار له كما يفرح الحيّ بالهديّه تهدي إليه (١) .

سند الصدوق إلى عمر بن يزيد صحيح والرجل ثقّه ، فالروايه صحيحه الإسناد ودلالاتها على استحباب النيايه عن الميت في العبادات واضحه .

ص : ٢٤٧

١- (١) الفقيه ١ / ١٨٣ ح ٥٥٤ ونقل عنه في جامع أحاديث الشيعة ٦ / ٣٩٩ ح ٤ .

ومنها : معتبره بل صحيحه معاويه بن عمار الدهنى قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : أى شىء يلحق الرجل بعد موته ؟ قال : يلحقه الحج عنه والصدقه عنه والصوم عنه(١).

رجال السنن كلهم ثقات من البرقى وأبيه ، وأبان بن عثمان الأحمري التميمي إن لم يكن ثقة كان صحيح الروايه ، ومعاويه بن عمار الدهنى ثقة ، فالسنن باعتبار صحه روايه أبان يكون معتبراً وباعتبار وثاقته يكون صحيحاً .

ومنها : صحيحه على بن جعفر سأل عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام : عن الرجل هل يصلح له أن يصلى أو يصوم عن بعض موتاه ؟ قال : نعم ، فيصلى ما أحبّ ويجعل ذلك للميت ، فهو للميت إذا جعل ذلك له(٢).

ومنها : صحيحه عبد الله بن جندب قال : كتبت إلى أبى الحسن موسى عليه السلام أسأله عن الرجل يريد أن يجعل أعماله من الصلاه والبرّ والخير أثلاثاً : ثلثاً له وثلثين لأبويه ، أو يفردهما من أعماله بشىء مما يتطوع به بشىء معلوم ، وإن كان أحدهما حيّاً والآخر ميتاً . فكتب إليّ : أمّا للميت فحسن جائزٌ ، وأمّا للحى فلا إلا البرّ والصله(٣).

رجال السنن كلهم ثقات من الحميرى وأحمد بن محمد وابن محبوب وعبد الله بن جندب .

ومنها : خبر عمر بن يزيد قال : كان أبو عبد الله عليه السلام يصلى عن ولده فى كلّ ليله ركعتين ، وعن والديه فى كلّ يوم(٤) ركعتين ، قلت له : جعلت فداك وكيف صار للولد الليل ؟ قال : لأنّ الفراش للولد . قال : وكان يقرأ فيهما إنا أنزلناه فى ليله القدر ، وإنا أعطيناك الكوثر(٥).

ص : ٢٤٨

- 
- ١- (١) المحاسن ١ / ١٥٠ ح ١٦٦ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٦ / ٣٩٩ ح ٣ .
  - ٢- (٢) مسائل على بن جعفر / ١٩٩ ح ٤٢٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ٨ / ٢٧٧ ح ٢ .
  - ٣- (٣) قرب الاسناد / ٣١١ ح ١٢١٢ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٦ / ٤٠٢ ح ٢٢ .
  - ٤- (٤) كذا فى جامع أحاديث الشيعة وهو الصحيح ، ولكن فى المطبوع من التهذيب ليله وفى الجامع أشار بأن « ليله » نسخه بدل .
  - ٥- (٥) التهذيب ١ / ٤٦٧ ح ١٧٨ ونقل عنه فى جامع أحاديث الشيعة ٦ / ٣٩٩ ح ٥ .

الشيخ لم يذكر سنده إلى محمد بن عبد الحميد في مشيخه التهذيب ، والسند المذكور في الفهرست (١) ضعيف ، فالرواية من حيث السند ضعيفه .

والروايات في هذا المجال متواتره إجمالاً كما مرّ ، فإن شئت راجع وسائل الشيعة ٨ / ٢٧٦ ومستدرک الوسائل ٦ / ٤٣٧ وجامع أحاديث الشيعة ٦ / ٣٩٨ .

وحيث ثبت بالروايات استحباب النياه في العبادات عن الميت ، بل عن الحيّ في بعض الموارد ، يجوز أخذ الأجره للإتيان بهذا الأمر الإستجابي . نعم بعد عقد الإجاره يصير واجباً على الأجير . وهذا أحسن الطرق لتصحيح العبادات المستأجره . وله طرق أخر أغمضنا عن ذكرها روماً للاختصار (٢) .

**ثم إن هاهنا فروعاً لابدّ من التنبيه عليها :**

**الفرع الأول : لو استؤجر لإطافه غيره هل يجوز احتساب الطواف لنفسه أم لا ؟**

في المسأله خمسه أقوال :

- ١ - القول بجواز الاحتساب مطلقاً ، وقد نسب إلى الشرائع (٣) والقواعد (٤) على إشكال في الثاني ، وجم غفير من الأصحاب (٥) .
- ٢ - عدم جواز الاحتساب مطلقاً ، وقد نسب إلى بعض الشافعيه (٦) .
- ٣ - عدم جواز الاحتساب عن نفسه إذا استؤجر للإطافه بغيره أو لحملة في الطواف ، وقد نسبه الشيخ الأعظم إلى جماعه منهم الإسكافي (٧) .

ص: ٢٤٩

- 
- ١- (١) الفهرست / ٤٣٥ الرقم ٦٩٠ .
  - ٢- (٢) راجع في هذا المجال مصباح الفقاهه ١ / ٤٧٣ .
  - ٣- (٣) الشرائع ١ / ٢٣٣ .
  - ٤- (٤) القواعد ١ / ٤١١ .
  - ٥- (٥) نسبه إليهم المحقق الخوئي في المصباح ١ / ٤٧٧ وفي الثاني حكاية عن بعض الأعظم .
  - ٦- (٦) نسبه إليهم المحقق الخوئي في المصباح ١ / ٤٧٧ .
  - ٧- (٧) المكاسب ٢ / ١٤٧ وأنت تجد قول الإسكافي في المختلف ٤ / ١٨٥ .

٤ - التفصيل بين الاستيجار للطواف به وبين الاستيجار لحمله في الطواف ، فلا يجوز الاحتساب في الأوّل ويجوز في الثاني . وهو مختار العلامة في المختلف (١) .

٥ - التفصيل بين ما إذا كان الحامل متبرعاً أو حاملاً بجعله أو كان مستأجراً للحمل في طوافه أمكن أن يحتسب الطواف لنفسه أيضاً ، وأما لو كان مستأجراً للحمل مطلقاً فلم يحتسب ، لأنّ الحركة المخصوصه قد صارت مستحقه عليه لغيره فلا يجوز صرفها إلى نفسه . وهذا التفصيل من الشهيد الثاني في المسالك (٢) .

أقول : حيث أنّ الإطافه والحمل في الطواف - ولو كانت بالإجاره أو الجعالة أو نحوهما - تكون غير النيايه ، فلذا صح احتساب الطواف لنفسه مطلقاً في صورته الإطافه ، سواء كانت بالإجاره أو الجعالة أو التبرع .

والمستأجر بعد عقد الإجاره يملك الإطافه أو الحمل في الطواف فقط ، وقد حمّله الأجير ووفى بعقد الإجاره ، وأما الحامل والأجير لو نوى الطواف وله شرائطه فقد تمّ طوافه ، وليس للمستأجر منعه بعقد الإجاره .

نعم ، لو أجره على منع الإتيان بالطواف من قبله ، لو أتى بالطواف حينئذ صح طوافه أيضاً ولكن حيث لم يعمل بعقد الإجاره مع شرائطه لم يستحق أجره المسمى ولكن له أجره المثل .

فصح الطواف واحتسابه لنفسه على جميع الفروض جاريه .

وتدلّ على جواز الاحتساب في صورته التبرع - الذي لا فرق بينه وبين صورتي الإجاره والجعالة كما صرح بعدم الفرق الفقيه اليزدي (٣) وباطلاق الروايات حتّى تشمل الإجاره المحقق الخوئي (٤) - عدّه من الروايات :

منها : صحيحه حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأه تطوف بالصبي

ص: ٢٥٠

١- (١) مختلف الشيعة ٤ / ١٨٦ .

٢- (٢) المسالك ٢ / ١٧٧ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٥٥ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤٧٨ .

وتسعى به ، هل يجزى ذلك عنها وعن الصبي ؟ فقال: نعم(١).

ومنها : صحيحه هيثم بن عروه التميمي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل كانت معه صاحبه لا تستطيع القيام على رجلها فحملها زوجها في محمل فطاف بها طواف الفريضة بالبيت وبالصفا والمروه ، أجزيه ذلك الطواف عن نفسه طوافه بها ؟ فقال : إياها الله إذا(٢).

قال صاحب الوسائل : معناه : أى والله يكون ذا ، فالهاء عوض عن واو القسم ، ذكره جماعة من النحويين واللغويين ، « وإيها » كلمه تصديق وارتضاء ذكره جماعة أيضا ، وعلى تقدير ثبوت واو القسم فالأمر أوضح(٣).

ومنها : صحيحه أخرى لهيثم بن عروه التميمي(٤).

ومنها : صحيحه ثالثة لهيثم التميمي(٥).

### الفرع الثانى : هل يجوز أخذ الأجره على الأذان أم لا ؟

#### إشاره

المشهور بين الأصحاب عدم الجواز ، وادعى الشيخ فى الخلاف(٦) والمحقق الثانى فى جامع المقاصد(٧) الإجماع عليه . ولكن حكى(٨) عن المرتضى القول بالكراهه ، وتبعه الشهيد فى الذكرى(٩) والسيد محمد العاملى فى المدارك(١٠) والأردبيلي فى مجمع الفائده(١١) والمجلسي فى

ص : ٢٥١

١- (١) وسائل الشيعه ١٣ / ٣٩٥ ح ٣ ، الباب ٥٠ من أبواب الطواف .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣ / ٣٩٦ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٣ / ٣٩٦ ذيل ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٣ / ٣٩٥ ح ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٣ / ٣٩٥ ح ١ .

٦- (٦) الخلاف ١ / ٢٩٠ .

٧- (٧) جامع المقاصد ٤ / ٣٦ .

٨- (٨) الحاكي هو المحقق فى المعتبر ٢ / ١٣٣ والعلامه فى التذکره ٣ / ٨١ ، ولكن ثانى الشهيدين فى المسالك ٣ / ١٣١ حكى عنه القول بالجواز وتبعه السبزواري فى الكفايه ١ / ٤٤٣ .

٩- (٩) ذكرى الشيعه ٣ / ٢٢٣ .

١٠- (١٠) مدارك الأحكام ٣ / ٢٧٦ .



وأما العامه فقد ذهب أبو حنيفه وأحمد والأوزاعي إلى حرمه أخذ الأجره ، وأما الشافعي ومالك فقد ذهبا إلى الجواز كما نقل عنهم العلامه فى التذكره(٢). فلا بدّ فى المقام من ملاحظه الروايات :

منها : معتبره السكونى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام قال : آخر ما فارقت عليه حبيب قلبى أن قال : يا على ، إذا صلّيت فصلّ صلاه أضعف من خلفك ، ولا تتخذن مؤذناً يأخذ على أذانه أجراً(٣).

ومنها : موثقه زيد بن على عن أبيه عليه السلام عن آبائه(٤) عليهم السلام عن على عليه السلام أنّه أتاه رجل فقال : يا أمير المؤمنين والله إننى أحبك لله ، فقال له : لكنى أبغضك لله ، قال : ولم ؟ قال : لأنك تبغى فى الأذان ، وتأخذ على تعليم القرآن أجراً ، وسمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : من أخذ على تعليم القرآن أجراً كان حظه يوم القيامة(٥).

ولكن فى نقل الصدوق : لأنك تبغى فى الأذان كسباً وتأخذ على تعليم القرآن أجراً(٦).

أقول : قد عبرنا عن هذه الروايه بالموثقه ولكن فى السند عبد الله بن المنبه فى مطبوعات التهذيب(٧) والإستبصار(٨) والوسائل(٩) وهو مجهول ، فلا بدّ من القول بضعف

ص: ٢٥٢

- ١- (١) بحار الأنوار ٨١ / ١٦١ .
- ٢- (٢) تذكره الفقهاء ٣ / ٨١ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ٥ / ٤٤٧ ح ١ . الباب ٣٨ من أبواب الأذان والاقامه .
- ٤- (٤) الظاهر عن أبيه عليه السلام .
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٧ ح ١ . الباب ٣٠ من أبواب ما يكتسب به .
- ٦- (٦) وسائل الشيعة ٥ / ٤٤٧ ح ٢ .
- ٧- (٧) التهذيب ٦ / ٣٧٦ ح ٢٢٠ .
- ٨- (٨) الاستبصار ٣ / ٦٥ ح ٢ .
- ٩- (٩) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٧ ح ١ .



السند به . ولكن الصحيح أن الوارد في السند هو منبه بن عبد الله أبو الجوزاء الثقة بقرينه روايه الصفار عنه وهو عن الحسين بن علوان ، وعلى هذا صار سند الروايه موثقاً كما ذكرنا . وأول من تَبَّه على هذا التصحيح هو الشيخ محمد بن علي الأردبيلي رحمه الله صاحب جامع الرواه(١) وتبعه شيخنا الأستاذ - مدظله - (٢) .

ويؤيد ما ذكرنا أن المحقق الأردبيلي يستشكل في السند وقال : « الخبر ليس بصحيح لكون عمرو بن خالد بترياً ولمجهوليه الحسين بن علوان » (٣) ولم يتعرض لضعف الروايه بواسطه مجهوليه عبد الله بن المنبه ، وهو الذي يتفق الكلّ على أنه مجهول ، وهذا البيان منه قدس سره يؤيد الواقع في سند الروايه في النسخه الموجوده عنده هو منبه بن عبد الله . هذا كلّه في السند .

وأما دلالتها بضميمه نقل الصدوق الوارد فيه لفظه « الكسب » وما ورد في صحيحه سيف التمار عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : لم يكن علي عليه السلام يكره الحلال (٤) . على الحرمة ، واضحه .

وحيث كان الأصل في الروايه عدم الزيادة فلا بدّ من الأخذ بنقل الصدوق ومضافاً إلى صحيحه سيف التمار نستنتج الحرمة من الروايه .

ومنها : خبر العلاء بن سيّابه عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا- يصلى خلف من يبتغي على الأذان والصلاه الأجر ، ولا تقبل شهادته (٥) .

في طريق الصدوق إلى محمد بن مسلم راويان مجهولان ، وهما : علي بن أحمد بن عبد الله ابن أحمد بن أبي عبد الله ، وأبوه ، فالتعبير بالصحيحه عن هذه الروايه - كما في الرياض (٦)

ص : ٢٥٣

١- (١) جامع الرواه ١ / ٥١٣ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٣٠١ .

٣- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / ٩١ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥١ ح ١ . الباب ١٥ من أبواب الربا .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٧٧ ح ٢ . الباب ٣٢ من أبواب الشهادات .

٦- (٦) رياض المسائل ٨ / ١٨٣ .

والمستند (١) - غير تامّ ، ولعلّ سرّ تعبيرهما بالصحيحه عن الروايه لأنّهما وغيرهما يأخذون بظاهر كلام الصدوق في أوّل الفقيه بأنّ كتابه « مستخرج من كتب مشهوره عليها المعوّل وإليها المرجع » (٢) ، فذكر المشيخه والأسناد في آخر الفقيه أشبه شىءٍ بالتشريفات والتمين والتبرك ، لأنّ الكتب المشهوره لا تحتاج إلى السند ، لاسيّما إذا كان لها سنداً صحيحاً عند الآخرين ، كما هو الأمر بالنسبه إلى الروايات أو كتاب محمد بن مسلم الثقفى .

وفيه : ما لا يخفى .

ومنها : معتبره حمران عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث طويل : ورأيتُ الأذان بالأجر والصلاه بالأجر ، الحديث (٣) .

ومنها : خبر الجعفریات بسنده عن علىّ عليه السلام أنّه قال : من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - : وأجر المؤذن ، إلاّ مؤذن يجرى عليه من بيت المال (٤) .

ومنها : مرسله دعائم الإسلام عن علىّ عليه السلام أنّه قال : من السحت أجر المؤذن - يعنى إذا استأجره القوم يؤذن لهم - وقال : لا بأس بأن يجرى عليه من بيت المال (٥) .

هذه الروايات وإن كان سند بعضها ضعيفاً ولكن ينجبر ضعفها بعمل المشهور كما قال الشيخ جعفر : « والسند منجبر » (٦) وقال سيد الرياض : « المنجبر قصور سنده لو كان بالشهره بين الأعيان » (٧) ، فلا بدّ من الأخذ بها والإفتاء على طبق المشهور بأنّ أخذ الأجره على الأذان حرام .

ص : ٢٥٤

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ١٨٣ .

٢- (٢) الفقيه ١ / ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٩ ح ٦ .

٤- (٤) الجعفریات / ١٨٠ ونقل عنه فى مستدرك الوسائل ٤ / ٥١ ح ١ و ١٣ / ١١٧ ح ١ .

٥- (٥) دعائم الإسلام ١ / ١٤٧ ونقل عنه فى مستدرك الوسائل ٤ / ٥١ ح ٢ .

٦- (٦) شرح القواعد ١ / ٢٨٦ .

٧- (٧) رياض المسائل ٨ / ١٨٥ .

لو عصى المؤذن وأخذ الأجره على الأذان أثم ولكن يؤخذ بأذانه الإعلامى أو الصلاتى ، ويمكن الإكتفاء بها فى الصلاه فرادى كانت أم جماعه ، لعدم تنافى قصد القربه مع أخذ الأجره كما مرّ ، والحرمة الوضيعه لا تسرى إلى نفس الأذان حتّى تبطله ، فصح أذانه . وهذا هو المختار الأول للعلامه فى المختلف (١) ، ومال إليه ثانى الشهيدين فى المسالك (٢) ، وهو صريح جدنا الشيخ جعفر (٣) قدس سره .

### الفرع الثالث : حكم أخذ الأجره على الإمامه فى الصلاه

هل يجوز أخذ الأجره على إمامه الصلوات التى تُعتبر فيها الجماعه نحو الجمعة أو الإستقساء ، أو لا- تُعتبر فيها الجماعه نحو الصلوات اليوميه أو العيدين فى زمن الغيبه أم لا ؟

المشهور بين الأصحاب عدم جواز أخذ الأجره على الإمامه ، كما عليه المفيد فى المقنعه (٤) وأبو الصلاح الحلبي فى الكافى (٥) والشيخ فى النهايه (٦) وابن البراج فى المهذب (٧) وابن إدريس فى السرائر (٨) والمحقق فى الشرائع (٩) والنافع (١٠) ، والعلامه فى القواعد (١١)

ص: ٢٥٥

- ١- (١) مختلف الشيعه ١٨ / ٥ .
- ٢- (٢) المسالك ٣ / ١٣٢ .
- ٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٨٨ .
- ٤- (٤) المقنعه ٥٨٨ / .
- ٥- (٥) الكافى ٢٨٣ / .
- ٦- (٦) النهايه ٣٦٥ / .
- ٧- (٧) المهذب ١ / ٣٤٥ .
- ٨- (٨) السرائر ٢ / ٢١٧ .
- ٩- (٩) الشرائع ٢ / ٥ .
- ١٠- (١٠) المختصر النافع ١١٧ / .
- ١١- (١١) قواعد الأحكام ٢ / ١٠ .

والتحرير (١) والنهايه (٢) والتذكرة (٣) ، والشهيد في الدروس (٤) والمحقق الثاني في جامع المقاصد (٥) وغيرهم في غيرها .

ولكن ناقش المحقق الأردبيلي في الحكم ب- « عدم ورود نصّ هنا على ما رأيت » (٦) .

وتبعه صاحب الحدائق وقال : « ولم يحضرني الآن خبر في هذا الحكم ، ومن جملة مَنْ صرح بذلك صاحب الوسائل ، مع أنّه لم يورد في الباب ما يدلّ عليه ، وإنّما أحال على ما قدّمه من أحاديث التظاهر بالمنكرات واختلال الدنيا بالدين وجهاد النفس . وفي استفاده الدلالة على ذلك منها نظر ، لا سيما مع ورود الاستيجار على العبادات ومشروعيتها ، وكيف كان فالإحتياط فيما ذكره » (٧) .

أقول : مراده من تصريح صاحب الوسائل عدم ذكره من الروايات ما يدلّ على الحكم في الباب الذي عقده تحت عنوانه ، وهو الباب ٣٠ من أبواب ما يكتسب به في وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٧ ، ولكنّه قدس سره وإن لم يذكر ما يدلّ على الحكم هناك ولكن أحاله بما تقدّم ويأتي كما هو دأبه في كثير من الأبواب .

وتدلّ على الحكم عدّه من الروايات الماضية :

منها : خبر العلاء بن سيّابه (٨) وخبر محمد بن مسلم (٩) ومعتبره حمران (١٠) المذكوره فيما سبق .

وتدلّ عليه أيضاً أولويه عدم جواز أخذ الأجره على الإمامه بالنسبه إلى عدم جواز

ص : ٢٥٦

١- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٥ .

٢- (٢) نهايه الإحكام ٢ / ٤٧٤ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٨ .

٤- (٤) الدروس ٣ / ١٧٣ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

٦- (٦) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٩٣ .

٧- (٧) الحدائق ١٨ / ٢١٨ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٧٧ ح ٢ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٧٨ ح ٦ .

١٠- (١٠) وسائل الشيعة ١٦ / ٢٧٩ ح ٦ .

أخذ الأجره على الأذان ، بحيث ما دلّ على عدم جواز أخذ الأجره على الأذان من الروايات نحو : معتبره السكوني(١) وموثقه زيد بن علي(٢) الماضيتين وغيرهما تدلّ عليه أيضاً بطريق أولى ، لأنّ الأذان مقدمه للصلاه فإذا لم يجر أخذ الأجره على المقدمه كذلك الأمر بطريق أولى على ذى المقدمه .

وقد اعترف جماعه من الأصحاب بدلاله الروايات الثلاث الأول على عدم جواز أخذ الأجره على الإمامه ، نحو : الشيخ جعفر(٣) وصاحب الرياض حيث يقول فى شأن روايه محمد بن مسلم : « وهو نص فى التحريم »(٤) . والفاضل النراقي(٥) ، وصاحب الجواهر(٦) والفيقيه اليزدى(٧) .

وعلى هذا ينجبر ضعف سند الروايات بفتوى المشهور ودلالاتها أيضاً تامه ، فينتج منها القول بعدم جواز أخذ الأجره على الإمامه . وأما الذهاب إلى عدم جواز أخذ الأجره على الإمامه لأجل التنافى بين قصد القربه وأخذ الأجره ، فقد مرّ منّا الإشكال فيه وعدم التنافى بينهما ، فلا- يتمّ فى المقام ما ذكره الشيخ الأعظم(٨) من التنافى بينهما ، والقاعده التى ذكرها من أنّ « شرط العمل المستأجر عليه قابليه إيقاعه لأجل المستأجر له حتّى يكون وفاءً بالعقد وما كان من قبيل العباده غير قابل لذلك »(٩) .

ص: ٢٥٧

- ١- (١) وسائل الشيعه ٥ / ٤٤٧ ح ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٧ ح ١ .
- ٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٩٣ .
- ٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٨٣ .
- ٥- (٥) مستند الشيعه ١٤ / ١٨٦ .
- ٦- (٦) الجواهر ٢٢ / ١٢٢ .
- ٧- (٧) حاشيه المكاسب ١ / ١٥٩ .
- ٨- (٨) المكاسب ٢ / ١٥١ .
- ٩- (٩) المكاسب ٢ / ١٥١ .

كلاهما غير تامين عندنا ، وظهر ممّا مرّ المناقشه فيهما فلا نعيدها ، والحمد لله .

### الفرع الرابع : أخذ الأجره على تحمّل الشهاده

تحمّل الشهاده من الواجبات عند المشهور من أصحابنا رضوان الله تعالى عليهم ، رفقد ذهب جماعه منهم إلى وجوبه العيني نحو : المفيد (١) وأبى الصلاح الحلبي (٢) وسلار الديلمي (٣) وابنى البراج (٤) وزهره (٥) .

وذهب آخرون إلى الوجوب الكفائي نحو : الشيخ فى النهايه (٤) والمبسوط (٧) وابن الجنيد (٨) والمحقق (٩) والعلامة (١٠) وولده (١١) والشهيد (١٢) .

ولكن ابن إدريس الحلبي (١٣) ذهب إلى نفى الوجوب فى تحمّل الشهاده عيناً وكفايه .

ويدلّ على الوجوب عيناً قوله تعالى : «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» (١٤) بضميمه الروايات المفسره فى ذيلها :

ص : ٢٥٨

- ١- (١) المقنعه / ٧٢٨ .
- ٢- (٢) الكافى / ٤٣٦ .
- ٣- (٣) المراسم / ٢٣٤ .
- ٤- (٤) المهذب ٢ / ٥٦٠ .
- ٥- (٥) غنيه النزوع ٢ / ٤٤١ .
- ٦- (٦) النهايه / ٣٢٨ .
- ٧- (٧) المبسوط ٨ / ١٨٦ .
- ٨- (٨) نقل عنه العلامة فى المختلف الشيعه ٨ / ٥٠٨ .
- ٩- (٩) شرائع الإسلام ٤ / ١٣٨ .
- ١٠- (١٠) قواعد الأحكام ٣ / ٥٠٢ .
- ١١- (١١) إيضاح الفوائد ٤ / ٤٤٢ .
- ١٢- (١٢) الدروس ٢ / ١٢٣ .
- ١٣- (١٣) السرائر ٢ / ١٢٦ .
- ١٤- (١٤) سوره البقره / ٢٨٢ .

منها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل : «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ» قال : قبل الشهادة ، وقوله : «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمٌ قَلْبُهُ» (١) قال : بعد الشهادة (٢) .

ومننا : صحيحه أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى : «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» قال : لا ينبغي لأحد إذا دُعي إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول : لا أشهد لكم عليها (٣) .

عُبرنا عن الرواية بالصحيحه مع ما في سندها من محمد بن الفضيل المشترك بين الصيرفي الضعيف ومحمد بن قاسم بن الفضيل الثقة حيث نُسب إلى جده مع اشتراكهما في الطبقة والمشايع والراوى ، لأنّ الذي ينقل عنه كثيراً ما مشايخ الطائفة أمثال : الحسين بن سعيد ومحمد بن إسماعيل بن بزيع وأحمد بن محمد بن عيسى ، هو محمد بن قاسم بن الفضيل الثقة كما نُبه على هذا صاحب جامع الرواه (٤) .

فلذا سند الرواية صار صحيحاً . مضافاً إلى أنّ الكليني يذكر الرواية بسنده الصحيح وهي صحيحه الحلبي (٥) .

ومننا : موثقه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل : «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» فقال : لا ينبغي لأحد إذا دُعي إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول : لا أشهد لكم (٦) .

رواها العياشي في تفسيره (٧) مرسلأ عن زيد بن يونس أبي أسامه الشحام المعروف

ص : ٢٥٩

- 
- ١- (١) سورة البقره / ٢٨٣ .
  - ٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٠٩ ح ١ . الباب ١ من أبواب الشهادات .
  - ٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٠٩ ح ٢ .
  - ٤- (٤) جامع الرواه ٢ / ١٨٣ .
  - ٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٠ ح ٤ .
  - ٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٠ ح ٥ .
  - ٧- (٧) تفسير العياشي ١ / ٢٨٢ ح ٥٢٦ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١١ ح ١٠ عن يزيد ابن أبي أسامه ولكن الصحيح ما ضبطناه .

ومنها : صحيحه محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام في قول الله عز وجل : «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» فقال : إذا دعاك الرجل لتشهد له على دَيْنٍ أو حَقٍّ لم ينبغ لك أن تقاعس عنه (١).

تقاعس عن الأمر : تأخر .

وحيث أنّ الروايات تدلّ على وجوب الإجابة عيناً إذا دُعِيَ ، تعليق الإجابة على أخذ الأجره يعدّ نوعاً من الإباء المحرّم ، فتحمل الشهادة تكون من الواجبات المجاتيّه .

وأما إقامتها : فواجبٌ كفائى إجماعاً كما ذكره المحقق (٢) والعلامة (٣) والشهيد (٤) ، ويدلّ عليه قوله تعالى : «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ» (٥) وقوله تعالى : «وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن كَتَمَ شَهَادَةً عِنْدَهُ مِنَ اللَّهِ وَمِمَّا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ» (٦) وعده من الروايات :

منها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل : «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» قال : بعد الشهادة (٧).

ومنها : خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرىء مسلم ، أو ليزوى بها مال امرىء مسلم ، أتى يوم القيامة ولوجهه ظلمه مدّ البصر ، وفى وجهه كدوح ، تعرفه الخلائق باسمه ونسبه ، ومن شهد شهادة حقّ ليحى بها حقّ امرىء مسلم ، أتى يوم القيامة ولوجهه نور مدّ البصر تعرفه الخلائق باسمه

ص : ٢٦٠

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٠ ح ٧ .

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤ / ١٣٨ .

٣- (٣) قواعد الأحكام ٣ / ٥٠٣ .

٤- (٤) الدروس ٢ / ١٢٣ .

٥- (٥) سورة البقرة / ٢٨٣ .

٦- (٦) سورة البقرة / ١٤٠ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٢ ح ١ . الباب ٢ من أبواب الشهادات .



ونسبه . ثم قال أبو جعفر عليه السلام : ألا ترى أن الله عز وجل يقول : «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ» (١)(٢) .

الكدوح : الخدوش ، وقيل : هي أكبر من الخدوش .

رجال السند كلهم ثقات إلا أبو جميله ، وهو مفضل بن صالح ، ولم يثبت توثيقه ولكن إن ذهبنا إلى حسن حاله واعتباره - كما مال إليه الوحيد قدس سره على ما في منتهى المقال ٦ / ٣٠٨ - صار السند معتبراً .

ومنها : خبر مناهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى فيه عن كتمان الشهادة وقال : مَنْ كَتَمَهَا أَطَعَمَهُ اللَّهُ لَحْمَهُ عَلَى رِوْءِ الْخَلَائِقِ ، وهو قول الله عز وجل : «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (٣) .

هذه الآيات الشريفة والروايات تدل على وجوب إقامة الشهادة ، وحيث أن وجوبها مغيب بإقامه الحق فيصير وجوبها كفاً ، وبعد إقامة الحق يسقط الوجوب . وهذا سرّ ذهاب الأصحاب إلى وجوبها الكفائي .

ويمكن القول بأنّ الشاهد إذا دُعي إلى التحمّل فأجاب يجب عليه الإقامة ، وأما إذا لم يدع إلى التحمّل ولكن اتفق له الشهادة فلا يجب عليه الإقامة ، إلا إذا كانت إقامة الحق منوطه بإقامته للشهادة فيجب عليه حينئذ . وتدلل على هذا التفصيل عدّه من الروايات :

منها : صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت (٤) .

ومنها : صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار ، إن شاء شهد وإن شاء سكت . وقال : إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد (٥) .

ص : ٢٦١

١- (١) سورة الطلاق / ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٢ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٣ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٧ ح ١ . الباب ٥ من أبواب الشهادات .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣١٨ ح ٢ .

ومنها : صحیحہ أخرى لمحمد بن مسلم أو موثقتہ عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا سمع الرجل الشہادہ ولم يشہد علیہا فهو بالخيار إن شاء شہد وإن شاء سكت ، إلا إذا علم من الظالم فليشہد ، ولا يحل له إلا أن يشہد(١).

وعلى ما ذكرنا حيث وجبت إقامه الشہادہ تجب مجاناً ، لأن في أخذ الأجره نوعاً من الكتمان أو لا أقل ينتهى في بعض الموارد - وهى عدم إعطائه الأجره - إلى الكتمان المحرّم ، فلذا أخذ الشارع المجانيه فيها ، فلا يجوز أخذ الأجره علیہا .

ولذا أفتى جماعه من الأصحاب وصرحوا بمجانيه الشہادہ - تحمّلها وإقامتها - وعدم جواز أخذ الأجره علیہا ، منهم : العلامة في القواعد(٢) والنہايه(٣) والتذکره(٤) والشہيد في الدروس(٥) والمحقق الكركي في جامع المقاصد(٦) وغيرهم في غيرها .

### الفرع الخامس : ما المراد من الإرتزاق من بيت المال ؟

قد مرّ منا كلام ثانى الشہيدین في الفرق بين الأجره والإرتزاق من بيت المال ، قال قدس سره : « والفرق بينهما أنّ الأجره تفتقر إلى تقدير العمل والعوض وضبط المدّ والصيغه الخاصه ، وأما الارتزاق فمِنوط بنظر الحاكم ، لا يقدر بقدر ، ومحلّه من بيت المال ما أعدّ للمصالح من خراج الأرض ومقاسمتها ونحوهما . ولا فرق في تحريم أخذ الأجره بين كونها من معین ومن أهل البلد والمحلّه وبيت المال»(٧) .

والمقدس الأردبيلي ذكر كلامه ثم اعترض عليه بقوله : « هذا يُشعر بأنّ كلّما لم يشتمل

ص : ٢٦٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ / ٣١٨ ح ٤ .

٢- (٢) القواعد ١٠ / ٢ .

٣- (٣) نہايه الإحكام ٢ / ٤٧٤ .

٤- (٤) تذکره الفقهاء ١٢ / ١٤٨ .

٥- (٥) الدروس الشرعيه ٣ / ١٧٣ .

٦- (٦) جامع المقاصد ٤ / ٣٧ .

٧- (٧) المسالك ٣ / ١٣١ .

على القيود المذكوره فى الأجره لا يكون حراماً ويكون ارتزاقاً وأنها لا تكون عن بيت المال .

وفيه تأمل : لأن الظاهر أن المراد من الأجر هاهنا ما يؤخذ من غير ما ذكرناه لفعلة الأذان بحيث لو لم يكن ، لم يفعل ، بأن قيل له : نعطيك كذا وكذا لتؤذن ، وهو يؤذن لذلك ، سواء عتِن المدّه والأجره بحيث لا يقبل الزيادة والنقيصه أصلاً أم لا ، وسواء وقع الصيغه المخصوصه العربيه أم لا ، وسواء كان من بيت المال وغيره ومن شخص معيّن أو قريه أو بلد أم لا . لأن الظاهر أنه يُسمّى ذلك أجراً حينئذ فيشملة دليله . ولأن المتبادر من الأجر فى أمثال هذا المقام ذلك . ولأن الظاهر أن الحكم هنا لا يتغير بالصيغه والتعيين وعدمهما ، بل بالشرط والقصد مع عدم تعينه فى نفس الأمر للمؤذنين وعدم حصوله إلا بالأذان وعدمهما ، فتأمل»(١) .

وتبع صاحب الحدائق(٢) الأردبيلى فى المقام .

ذكر سيد الرياض أولاً تعريف الأردبيلى ثم تعريف الشهيد الثانى فى الفرق بينهما ثم قال : « وفى هذا الفرق نظر ، بل الأوّل أولى وأظهر ، والأمر سهل لمن تدبّر»(٣) .

وقال فاضل النراقى : « المراد بالارتزاق منه : أن يعطيه الحاكم منه وإن كان لكونه مؤذناً ، بل وإن ارتزق منه للأذان ويكون ذلك من جهه أذانه ، ولكن لا يجوز الأذان لذلك بأن يوقفه عليه ويؤذن لذلك ، لصدق الأجر المحرّم بالأخبار عليه لغه وعرفاً وإن لم يكن فيه ولا فى المدّه والعمل تقدير ولم يجر صيغه .

فالتفرقه بين الارتزاق والأجر بعدم التقدير والصيغه فى الأوّل - كما فى المسالك - غير صحيح ، بل الصحيح فى الفرق ما ذكرنا»(٤) .

أقول : الأجره لغه وعرفاً ما يقابل العمل وتوقف العمل عليها كما فى الرياض(٥) ، وغالباً - لا دائماً - تحتاج إلى تقدير العمل والعوض وضبط المدّه والصيغه الخاصه كما فى

ص: ٢٦٣

١- (١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٩٢ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢١٥ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ١٨٥ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٨٥ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ١٨٤ .

المسالک (١) ، بحيث لو لم يعمل لم تعط له الأجره ولو أتى بالعمل تعطى له الأجره .

وأما الارتزاق : أن يعطى الحاكم العاملَ مصارفه ومخارجه بقدر الكفاف والعفاف أو الأكثر ، ولا يقدر بالفقر وعدم إمكان الاكتساب ، بل أنّ « المتصدین لهذه الأعمال من جملة مصارف بيت المال في عرض الفقير » كما تبّه عليه المحقق الإيرواني (٢) .

هذا هو الفارق بين الارتزاق والأجره ، وقد عرفت عدم اعتبار قصد العامل والتعيين وعدمه ، في الفرق بينهما .

ص : ٢٦٤

---

١- (١) المسالک ٣ / ١٣١ .

٢- (٢) حاشیه المكاسب ١ / ٣٠١ .

خاتمه: تشمل على مسائل

اشاره

ص: ٢٦٥



المشهور بين أصحابنا حرمه بيع المصحف ، وإليك نصوص كلماتهم :

نصوص كلمات الأصحاب

١ - قال الشيخ الطوسى : « ولا بأس بشراء المصاحف وبيعها والتكسب بها ، غير أنه لا يجوز أن يبيع المكتوب ، بل ينبغي له أن يبيع الجلد والورق . وأما غيرها من الكتب فلا بأس ببيعها وشرائها بالإطلاق » (٢) .

٢ - وعدّ ابن إدريس الحلّى فى المكاسب المحرّمه : « بيع المصاحف إذا كان ذلك فى المكتوب » (٣) .

٣ - وقال العلامة فى القواعد : « ويحرم بيع المصحف ، بل يباع الجلد والورق ، ولو اشتراه الكافر فالأقرب البطلان ، ويجوز أخذ الأجره على كتابه القرآن » (٤) .

٤ - وقال فى التحرير : « يحرم بيع المصحف ويجوز بيع الجلد والورق ، لا يبيع كلام الله تعالى ، ولو اشترى المصحف وعقد البيع على الجلد والورق جاز وإلا حرم كالبيع ، ولو اشترى الكافر مصحفاً لم ينعقد البيع . وقال بعض أصحابنا : يجوز ويجبر على بيعه . ويجوز أخذ الأجره على كتابه القرآن » (٥) .

ص : ٢٦٧

١- (١) وفى القاموس ٣ / ١٦١ أنه مثلث الميم ، وفى المصباح المنير / ٣٣٤ ومجمع البحرين ٥ / ٧٨ أنّ الضم أشهر ، ونقل الصغانى عن تغلب أنّ الفتح لغه صحيحه فَصِيحَه ، كذا فى مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٧٥ . وفيه أيضاً : المصحف جمع صحيفه ، والصحيفه قطعه من جلد أو قرطاس كتب فيها .

٢- (٢) النهايه / ٣٦٨ .

٣- (٣) السرائر ٢ / ٢١٨ .

٤- (٤) قواعد الاحكام ٢ / ٩ .

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦١ مسأله ٣٠٢٢ .

٥ - وقال في التذكرة: « يحرم بيع المصحف ، لما فيه من الإبتدال له وانتفاء التعظيم ، بل ينبغي أن يبيع الجلد والورق . ثم ذكر الحديثين في المقام وقال : ولا بأس بأخذ الأجره على كتبه القرآن ... » (١).

٦ - وقال في نهايته : « بيع المصحف وشراؤه حرام ، بل يباع الجلد والورق ، لمنع الصحابه منه ولم يعلم لهم مخالف ، ولأنه يشتمل على كلام الله فيجب صيانه عن البيع والإبتدال . ثم ذكر حديثاً وقال : والشراء أسهل من البيع ، لأنه استنقاذ للمصحف وبذل ماله فيه . ويجوز أخذ الأجره على كتابه القرآن لأنها منفعه مباحه ، فجاز أخذ العوض عليها . نعم يحرم نقشه بالذهب » (٢).

٧ - وقال الشهيد في الدروس : « ويحرم بيع خط المصحف دون الآله ، ولا يحرم بيع كتب الحديث والعلم المباح » (٣).

٨ - وذيل المحقق الثاني قول العلامة في القواعد « ويحرم بيع المصحف » بقوله : « للنصوص في الكتاب والسنة » (٤).

٩ - وقال صاحب الحدائق : « صرح جملة من الأصحاب بأنه لا يجوز بيع المصحف ، وإنما يباع الورق والجلد ونحوهما من الآلات التي اشتمل عليها ذلك الكتاب . وعليه تدل الأخبار المكثرة ... » (٥).

١٠ - وقال الشيخ جعفر عليه السلام : « ويحرم بيع ما دخل في رسم المصحف - مثل الميم - وكتابه ، جوهرية أو عرضيه من كلمات وحروف ومدات وشدات ، مجتمعات أو متفرقات ، ولو في ورقات متفرقات للدخول تحت الإسم أو القطع بشمول الحكم من كل ما يُسمى كتابه قرآن والمعاوضه عليها ، مستقلات أو منضّمات إلى جلد أو ورق أو نحوهما . وكذا رسم أسماء

ص: ٢٤٨

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٥ مسأله ٦٥١ .

٢- (٢) نهايه الأحكام ٢ / ٤٧٢ .

٣- (٣) الدروس الشرعيه ٣ / ١٦٥ .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤ / ٣٣ .

٥- (٥) الحدائق ١٨ / ٢١٨ .



اللّه وصفاته الخاصه فى وجه قوى . وما دخل من الآيات فى بعض الكتب ، وبقى الكتب السماويه ، وكتب الحديث وغيرها ، لا يجرى فيه الحكم»(١) .

وفى قبال هذا القول ، قول بالكراهه ، وقد ذهب إليه المحقق السبزواری فى الكفايه حيث يقول : « ... فإذن غايه ما يُستفاد من الأخبار الكراهه»(٢) .

وتبعه العلامة السيد مهدي بحر العلوم الطباطبائي فى مصايحه كما نقل عنه صاحب الجواهر(٣) واختاره ، وتبعهم تلميذ صاحب الجواهر الفقيه السيد على آل بحر العلوم(٤) ، والمحققون الإيروانى(٥) والخوئى(٦) والأردكانى(٧) وشيخنا الأستاذ(٨) - مدظله .-

والعمده فى المقام ملاحظه الأدله ، وهى الروايات وهنّ على الطائفتين :

### الطائفتان من الروايات

#### الطائفة الأولى : تدل على حرمة بيعه

منها : موثقه سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سألته عن بيع المصاحف وشرائها ؟ فقال : لا تشتري كتاب الله ، ولكن اشتر الحديد والورق والدفنتين ، وقل : أشتري منك هذا بكذا وكذا(٩) .

ومنها : معتبره عبد الرحمن بن سيابه عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : إنّ المصاحف لن تشتري ، فإذا اشترت فقل : إنّما اشترى منك الورق ، وما فيه من الأديم وحليته

ص : ٢٦٩

- ١- (١) شرح القواعد ١ / ٢٦٤ .
- ٢- (٢) الكفايه ١ / ٤٤٥ .
- ٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ١٢٨ .
- ٤- (٤) برهان الفقه - كتاب التجاره / ٥٢ .
- ٥- (٥) حاشيه المكاسب ١ / ٣٠٤ .
- ٦- (٦) مصباح الفقاهه ١ / ٤٨٥ .
- ٧- (٧) غنيه الطالب ١ / ٢٤٥ .
- ٨- (٨) إرشاد الطالب ١ / ٣٠٧ .
- ٩- (٩) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٨ ح ٢ . الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به .

وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا(١).

الأديم : الجلد المدبوغ . وفي نسخه الأدم : وهو باطن الجلد وظاهره .

ولكن في المطبوع من الكافي ٥ / ١٢١ ح ١ عبد الرحمن بن سليمان بدل عبد الرحمن بن سيابه وهو (ابن سليمان) مجهول ، ولذا صار السند به ضعيفاً .

ومنها : موثقه بل صحيحه عثمان بن عيسى قال : سألته عن بيع المصاحف وشرائها ؟ فقال : لا تشتري كلام الله ، ولكن اشتر الحديد والجلود والدفتر ، وقل : أشتري هذا منك بكذا وكذا(٢) .

الروايه مضمرة ، ولكن لا بأس بإضمامها لأن مضمرة عثمان بن عيسى وهو من الفقهاء وأصحاب الإجماع الذين لا يروون إلا من الإمام المعصوم عليه السلام . مضافاً إلى أن الكليني رواها في الكافي الشريف ٥ / ١٢١ ح ٢ عن العده عن أحمد بن محمد عن عثمان بن عيسى عن سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام ، فالسند موثق وليس فيه إضماماً .

ومنها : خبر عبد الله بن سليمان ومضمرة قال : سألته عن شراء المصاحف ؟ فقال : إذا أردت أن تشتري فقل : أشتري منك ورقه وأديمه وعمل يدك بكذا وكذا(٣) .

ومنها : حسنه جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام في بيع المصاحف ، قال : لا- تبع الكتاب ولا- تشتريه ، وبع الورق والأديم والجلد(٤) .

ومنها : خبر سماعه بن مهران قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا تبيعوا المصاحف فإن بيعها حرام . قلت : فما تقول في شرائها ؟ قال : اشتر منه الدفتين والحديد والغلاف ، وإياك أن تشتري منه الورق وفيه القرآن مكتوب فيكون عليك حراماً وعلى من باعه حراماً(٥) .

والسند ضعيف بأبي عبد الله الرازي ، وهو محمد بن أحمد الجاموراني ، ضعفه القميون

ص: ٢٧٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٩ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٩ ح ٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٠ ح ١١ .

واستثنوه من كتاب نواذر الحكمة ، وفيه الحسن بن علي ابن أبي حمزه وهو واقف ابن واقف وضعيف . وإن كان في السند أبوه كما في المطبوع من التهذيب ٧ / ٢٣١ فضعفه ظاهر . فالتعبير عن الروايه بالموثقه كما عن الشيخ الأ-عظم (١) والمحقق الإيرواني (٢) ، غير تام ، كما نبه عليه المحققون الخوئي (٣) قدس سره والروحاني (٤) وشيخنا الأستاذ (٥) - مدظلهما - .

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : لا بأس أن يكتب بأجرٍ ، ولا يقع الشراء على كتاب الله ، ولكن على الجلود والدفنتين ، يقول : أبيعك هذا بكذا (٦) .

## الطائفة الثانية : تدل على جواز بيعه

### إشارة

منها : خبر روح بن عبد الرحيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن شراء المصاحف وبيعها ؟ فقال : إنما كان يوضع الورق عند المنبر ، وكان ما بين المنبر والحائط قدر ما تمر الشاه أو رجل منحرف ، قال : فكان الرجل يأتي فيكتب من ذلك ، ثم إنهم اشتروا بعد . قلت : فما ترى في ذلك ؟ فقال لي : أشتري أحب إلي من أن أبيع ، قلت : فما ترى أن أعطى على كتابته أجراً ؟ قال : لا بأس ، ولكن هكذا كانوا يصنعون (٧) .

دلالة الروايه على جواز البيع واضحه ، ولكن في سندها غالب بن عثمان وهو ضعيف ، فالتعبير عن الروايه بالموثقه كما في الإرشاد (٨) غريب .

ص : ٢٧١

- ١- (١) المكاسب ٢ / ١٥٥ .
- ٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٠٣ .
- ٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٤٨٤ .
- ٤- (٤) منهاج الفقاهه ٢ / ٢٨٧ .
- ٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٣٠٥ .
- ٦- (٦) دعائم الإسلام ٢ / ١٩ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٨ ح ١ .
- ٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٥٨ ح ٤ .
- ٨- (٨) إرشاد الطالب ١ / ٣٠٦ و ٣٠٧ .

ومنها : خبر عنبسه الوراق قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت : أنا رجل أبيع المصاحف ، فإن نهيتني لم أبعها ، فقال : ألسنت تشتري ورقاً وتكتب فيه ؟ قلت : بلى وأعالجها ، قال : لا بأس بها(١).

دلالتها على جواز بيع المصحف واضحة ، ولكن سندها ضعيف بسابق السندی وهو مهمل ، وعنبسه الوراق وهو مجهول .

ومنها : صحيحه أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع المصاحف وشرائها ؟ فقال : إنما كان يوضع عند القامه والمنبر ، قال : كان بين الحائط والمنبر قيد ممر شاه ورجل وهو منحرف ، فكان الرجل يأتي فيكتب البقره ويجيء آخر فيكتب السوره كذلك كانوا ، ثم إنهم اشتروا بعد ذلك ، فقلت : فما ترى في ذلك ؟ فقال : أشتريه أحب إلي من أن أبعه(٢).

ومنها : مرسله القاضي نعمان المصري عن علي عليه السلام أنه قال : لا بأس ببيع المصاحف وشرائها(٣).

مقتضى أصول الفقاهه الجمع بين الطائفتين بحمل الروايات المانعه على الكراهه حيث ورد الترخيص ، ولذا أفتى بالكراهه جمع من الأصحاب كما مرّ .

مضافاً إلى أن في الروايات المانعه قرينه داخلية تدلّ على حملها على الكراهه ، وهي الأمر الوارد فيها بالشراء بعد النهي عنه ، ونفس هذا التعبير قرينه قطعية على حمل الروايات المانعه على الكراهه .

فظهر ممّا ذكرنا عدم تماميه إشكال الشيخ الأعظم على دلالة روايتي أبي بصير وروح بن عبد الرحيم على جواز بيعه ، حيث يقول : « لكن الإنصاف أن لا- دلالة فيها على جواز اشتراء خط المصحف ، وإنما تدلّ على أن تحصيل المصحف في الصدر الأوّل كان بمباشره كتابته ، ثم قصرت الهمم فلم يباشروها بأنفسهم ، وحصّلوا المصاحف بأموالهم شراءً واستيجاراً ، ولا دلالة فيها على كيفية الشراء ، وأن الشراء والمعاوضه لا بدّ أن لا يقع إلا على ما

ص: ٢٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٩ ح ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٦٠ ح ٨ .

٣- (٣) دعائم الإسلام ٢ / ١٩ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٨ ح ١ .

عدا الخط من القرطاس وغيره»(١).

وفيه : نعم ورد في الروايتين أنّ تحصيل المصحف كان بالكتابه - لا بالمباشره فقط كما ذكره الشيخ الأعظم - في الصدر الأوّل ، ولكن ورد فيهما شراء المسلمين المصاحف بعده ، والإمام عليه السلام ذهب إلى أنّ شراءه، أحبّ إليه من بيعه .

وهذا البيان الأخير منه عليه السلام صريح في جواز بيعه . وحيث كان في مقام البيان ولم يتصدّد لكيفيه الشراء أو البيع يُعلم منه عدم اعتبار كيفيه خاصه فيه ، ولذا تحمل الروايات المانع على الكراهه .

ويظهر ممّا ذكرنا أخيراً المناقشه الأخرى مع الشيخ الأعظم حول الروايات المجوّزه حيث يقول قدس سره : « وهى وإن كانت ظاهره فى الجواز إلاّ أنّ ظهورها من حيث السكوت عن كيفيه البيع فى مقام الحاجه إلى البيان ، فلا تعارض ما تقدّم من الأخبار المتضمّنه للبيان»(٢) .

مراده أنّ الأخبار المجوّزه ساكتة بالنسبه إلى كيفيه البيع ولم تتعرّض لها ، ولكن فى الأخبار المانع تعرّض إلى كيفيه خاصه من البيع - وهى بيع الجلد والورق والحديد ما عدا الكتابه والخط - فلا تعارض بينهما ، فلا بدّ فى بيع المصحف من مراعاة كيفيه الأمره بها .

وجه المناقشه فى كلامه قدس سره : أنّ الروايات المجوّزه فى مقام البيان ولم تذكر فيها كيفيه خاصه لشراء المصحف ، فيعلم من إطلاقها عدم اعتبار كيفيه خاصه فيه .

وبعباره أخرى : « مورد السؤال فى هذه الأخبار [ المجوّزه ] وتلك الأخبار [ المانع ] واحدٌ ، وهو بيع المصحف الذى قوام عنوانه بالخط ، وهذا هو الذى يتوهم المنع عنه ... ولم يكن يتوهم المنع فى الورق حتّى يسألوا عن ذلك ، مع أن قوله عليه السلام : « أشتريه أحبّ إليّ من أن أبيعته » كالصريح فى أنّ المراد منه الورق مع الخط ، وإلاّ فنفس الورق لا- كراهه فى بيعه » كذا قاله المحقق الإيروانى(٣) قدس سره ، وهو تام . وتبعه المحقق الخوئى(٤) رحمه الله .

ص: ٢٧٣

١- (١) المكاسب ٢ / ١٥٨ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٥٩ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ٣٠٤ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤٨٥ .

ومن الغريب ما ذكره في الإرشاد بقوله: « أن ظاهر السؤال في مثل صحيحه أبي بصير بقوله: « فما ترى في شرائها» هو السؤال عن جواز شراء المصاحف بالنحو المتعارف في سائر الكتب ، فيكون جوابه عليه السلام بالجواز راجعاً إلى ذلك النحو ، وهذا من الظهور الوضعي لا-الإطلاقي ليتوقف على تماميته مقدماته ، وذلك فإن دلالة اللفظ الموضوع للكتاب عليه بالوضع وإضافه البيع إليه ظاهره بمقتضى وضع الإضافة ، في تعلقه بعنوان ذلك الكتاب كما لا يخفى»(١).

وجه الغرابه : أنه لم يرد في الصحيحه وغيرها من الأخبار المجوّزه لفظ « الكتاب » حتّى يدعى - دام ظله - دلالاته على الخط والمكتوب والسطور بالوضع . وإن كان مراده - دامت بركاته - أنّ لفظه « الكتاب » تدلّ بالوضع على أن بيعها مطلق - لا على كيفية خاصه من البيع ، فهو أغرب من الأوّل ، وإن كان مراده - دامت إفضاله - أنّ الشراء والبيع يتعلّقان بالمصحف كما يتعلّقان بغيره من الكتب من دون كيفية خاصه في المصحف ، فهو صحيح تام ، ولكن إنّما يتم بالتمسك بالإطلاق لا بالوضع كما مرّ .

### مؤيدات ونقدها

ثمّ يؤيد ما ذكرناه من جواز بيع المصحف ما ذكره الفقهاء - أعلى الله كلمتهم - من أنّ بيع المصحف للكافر لا يجوز - كما عليه المشهور - فلو لم يجز بيعه للمسلم ، فهذا الفرع لا يطرح .

قال في الجواهر: « والتحقق الجواز لإطلاق الأدله وإطلاق كثير من الفتاوى في مقام ذكر شرائط البيع وغيره ، حتّى في مسأله بيع المصحف من الكافر ، فإنّ كلامهم هناك بإطلاقه شامل لجواز بيعه من المسلم من غير تقييد بالآلات»(٢).

ولكن قال أستاذه في شرح القواعد: « ومنعهم من بيعه للكافر المؤذن بجواز بيعه مطلقاً للمسلم منزّل على ما ذكرناه»(٣) . يعنى على كيفية خاصه من بيعه .

ويؤيد ما ذكرنا بل يدلّ عليه جريان السيره القطعيه المتصله إلى زمن المعصومين عليهم السلام على معامله المصاحف معامله بقيه الأموال ، كما تظهر هذه السيره من الأسئلة الوارده في

ص: ٢٧٤

١- (١) إرشاد الطالب ١ / ٣٠٧ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٢٦ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٦٦ .

أشار إلى ما قلناه صاحب الجواهر قال : « بل السيره القاطعه أقوى شاهد على ذلك » (١) .

ويؤيد ما ذكرناه أيضاً الروايات الواردة حول الحبوه التي تنتقل إلى الولد الأكبر بموت والده ، نحو : صحيحه ربعي بن عبد الله (٢) وصحيحه أخرى له (٣) وصحيحه حرين (٤) . وعُدَّت فيها المصحف من الحبوه ، فلو لم يكن مالاً أو ملكاً أو لم يكن قابلاً للانتقال فيكف يرثه الولد الأكبر من والده .

ويؤيدنا أيضاً أنه لو لم يكن كذلك ، فكيف يحكم بالضمان لصاحبه لو أتلف شخص مصحف غيره أو أحدث فيه نقصاً .

ولكن يمكن أن يناقش في هذه المؤيدات الأربعة بما ذكره جدنا الفقيه الشيخ جعفر قدس سره بقوله : « ولا مانع من تعلق الملك والتملك المجاني ، بل التملك التبعي فيترتب الضمان لمشتريه على متلفه ، بل لو قيل بالتملك الأصلي ، والنهي إنما هو عن الصوري المنافي للإحترام والآداب ، لم يكن بعيداً ، غير أن العمل على ظواهر الأدلة أقوى » (٥) .

بتوضيح : أن المصحف حيث صار ملكاً لمالكة ينتقل منه قهراً بالموت إلى ولده الأكبر ويحكم بضمان متلفه ، بل يجوز بيعه بالكيفية الخاصة الواردة في الروايات ، ويمكن أن تكون السيره القطعية على هذه الكيفية الخاصة . ولذا عتبرنا عن هذه الأربعة بالمؤيدات .

### المراد من حرمه بيع المصحف

النهي الوارد في الروايات تعلق بنفس الشراء أو البيع كما في حسنه أو معتبره عبد الرحمن بن سيّابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : إن المصاحف لن تشتري ،

ص : ٢٧٥

١- (١) الجواهر ٢٢ / ١٢٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٦ / ٩٧ ح ١ . الباب ٣ من أبواب ميراث الأبوين والاولاد .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ / ٩٧ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٦ / ٩٨ ح ٣ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٦٥ .

الحديث (١).

وفى موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تشتتر كتاب الله ، الحديث (٢).

وفى صحيحه عثمان بن عيسى : لا تشتتر كلام الله ، الحديث (٣).

وفى حسنه جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام : لا تبع الكتاب ، الحديث (٤).

وحيث أنّ النهي تعلق بالبيع والشراء فظهوره في الحرمة الوضعيه واضح ، أعني بطلان البيع لا الحرمة التكليفيه واعترف بذلك المحقق الأردكاني (٥).

فظهوره ممّا ذكرنا فساد القول بأنّ « المراد من الحرمة ما يعمّ الفساد دون مجرد الحكم التكليفي » أي أن المراد بالحرمة أعمّ من الحرمة الوضعيه والتكليفيه كما عن المحقق الإيرواني (٦) قدس سره ، وفساد القول بأنّ المراد بها الحرمة النفسيه - أي التكليفيه - كما يظهر من الفقيه اليزدي (٧) قدس سره .

والحاصل ، لو كتبا والروايات المانعه فقط كان لابدّ من الذهاب إلى بطلان بيع المصحف . ثمّ ورد في نفس الروايات بيان الكيفيه الخاصه في بيعه ، وهو بيعه باعتبار الورق والجلد والحديد والدفنتين والأديم والحليه والدفتر وعمل اليد .

ولكن مع ذلك حيث أنّ خط القرآن ونقوش كتابته من الأمور التي يدور عليها التسميه في نظر العرف ، ولذا المصحف عندهم شيءٌ والصحيفه المباركه السجديه - على منشئها آلاف التحيه والسلام - مثلاً شيءٌ آخر ، فكيف يمكن البيع مع عدم قصد تلك الخطوط والسطور والكتابه ؟

ص: ٢٧٦

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٨ ح ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٨ ح ٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٨ ح ٣ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٩ ح ٧ .
- ٥- (٥) غنيه الطالب ١ / ٢٥٢ .
- ٦- (٦) حاشيه المكاسب ١ / ٣٠٣ .
- ٧- (٧) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٣ .



يمكن التخلص عن هذا الإشكال بأحد وجهين :

الأول : أنّ الخطوط والكتابه فى جميع الكتب من المقومات التى تدور عليها التسميه ، ولكن بعد نهى الشارع من بيع المصحف ، يجرى المتعاملين العقد على الورق والجلد وغيرهما الذى فيه الخطوط والنقوش ، فتدخل الأخيران تبعاً فى ملك المشتري .

وبعبارة أخرى : « لو لا- النهى لكانت النقوش جزءاً للمبيع ، بل كانت هى المقصوده الأصلية من المعامله ، وكانت غيرها تابعه ، ولكنه بملاحظه النهى ينعكس الأمر ، ورعايه التبعية أمر ممكن قصدها من المتعاضين ... » . كما قاله المحقق النائيني(1) وتبعه تلميذه السيد الخوئي(2) قدس سرهما ، وأشار إلى هذا الإستدلال الشيخ جعفر(3) وتلميذه صاحب الجواهر(4) أعلى الله مقامهما .

ولكن يمكن أن يناقش فيه : بأنّ النقوش والخطوط من المقومات ، وهى المقصوده الأصلية فى بيع الكتب عموماً والمصحف خصوصاً ، والأصلية والتبعية ليستا من الأمور القصدية حتى يقصدهما المتعاملان ، بل هما من الأمور المتحققه فى الخارج والمعينه عند عرف أهله ، فقصد المتعاملين لا يفيد فى المقام شيئاً .

الثانى : أن يكون المبيع هو الورق والجلد وغيرهما ولكن يشترط المشتري على البائع فى ضمن العقد أن يملكه الخطوط والنقوش والكتابه مجاناً ، ولا يلزم التصريح بذلك الشرط ، لأنه بعد البناء على حرمه بيع المصحف فالقربنه القطعيه قائمه على اعتبار ذلك الشرط فى العقد أو صار كالشروط الإرتكازيه فى العقد .

وأشار إلى هذا الإستدلال الشيخ جعفر(5) وتبعه الفقيه اليزدى(6) والمحقق

ص : ٢٧٧

١- (١) منيه الطالب ١ / ٥٧ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٤٨٨ .

٣- (٣) شرح القواعد ١ / ٢٦٥ حيث قال : « لا مانع ... بل التملك التبعي » .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٢٦ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ٢٦٥ : حيث قال : « لا مانع من تعلق الملك والتملك المجاني » .

٦- (٦) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٢ .

## ثم إن هاهنا فروعا كثيرة لابد من التنبيه على بعضها

### الأول : جواز أخذ الأجره على كتابه القرآن

صرّح بجواز أخذ الأجره عليها سلّار بن عبد العزيز الديلمي في المراسم (٢) والعلامه في التحرير (٣) والنهيه (٤) وتجارات القواعد (٥) والتذكره (٦) وإجارتها (٧) وإجاره جامع المقاصد (٨) ، وفي إجارتى التذكره وجامع المقاصد نسبه ذلك إلى أكثر علمائنا . وقال في الحدائق : « الظاهر أنه لا خلاف فيه » (٩) . ولكن في النهيه (١٠) والنافع (١١) أنه مكروه مع الشرط .

وكذا عدّه ابن إدريس في المكاسب المكروهه وقال : « ... ونسخ المصاحف مع الشرط في ذلك ومع ارتفاعه فهو حلال طلق ، وهذا مذهب جميع أصحابنا وعليه إجماعهم منعقد » (١٢) .

ص : ٢٧٨

- ١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٤٨٨ .
- ٢- (٢) المراسم / ١٧٠ .
- ٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦١ .
- ٤- (٤) نهيه الإحكام ٢ / ٤٧٢ .
- ٥- (٥) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .
- ٦- (٦) تذكره الفقهاء ١٢ / ١٤٦ .
- ٧- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٢٩٤ وتذكره الفقهاء ٢ / ٣٠٥ من الطبعة الحجرية .
- ٨- (٨) جامع المقاصد ٧ / ١٧٧ .
- ٩- (٩) الحدائق ١٨ / ٢٢٠ .
- ١٠- (١٠) النهيه / ٣٦٧ .
- ١١- (١١) المختصر النافع / ١١٧ .
- ١٢- (١٢) السرائر ٢ / ٢٢٣ .

وتدلّ على جواز أخذ الأجره على كتابه القرآن عدّه من الروايات :

منها : خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنّ أمّ عبد الله بن الحارث أرادت أن تكتب مصحفاً ، واشترت ورقاً من عندها ودعت رجلاً فكتب لها على غير شرط ، فأعطته حين فرغ خمسين ديناراً ، وأنه لم تبع المصاحف إلاّ حديثاً (١) .

رجال السند كلّهم ثقات إلاّ القاسم بن محمد الجوهري لم يذكر لنا توثيقه الخاص وقد ضعّفه العلامة الحلّي (٢) والمجلسي (٣) والمامقاني (٤) ، ولكن لم يرد تضعيفه من القدماء وروى عنه مشايخ الطائفة نحو محمد بن أبي عمير وصفوان بن يحيى والحسين بن سعيد وأبي عبد الله البرقي ، ذكره النجاشي وقال : « كوفي سكن بغداد روى عن موسى بن جعفر عليه السلام له كتاب » . ثمّ ذكر سنده المعتمد بل الصحيح إلى كتابه (٥) . وذكره الشيخ بعنوان « الكوفي له كتاب » ثمّ ذكر سنده الصحيح إليه (٦) . وله أكثر من سبعين روايه في الكتب الأربعة ، ولذا لا يعد حسنه واعتباره عندنا ، فصار السند معتبراً به .

والروايه تدلّ على جواز أخذ الأجره على كتابه القرآن من دون شرط .

ومنها : خبر روح بن عبد الرحيم عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : قلت : ما ترى أن أعطي على كتابته أجراً ؟ قال : لا بأس ، الحديث (٧) .

ومنها : خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكتب المصحف بالأجر ، قال : لا بأس (٨) .

ص : ٢٧٩

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٠ ح ١٠ .

٢- (٢) ترتيب خلاصه الأقوال / ٣٤١ الرقم ٩ .

٣- (٣) الوجيزه / ١٤١ الرقم ١٤٦٤ .

٤- (٤) نتائج التنقيح / ١٢٣ .

٥- (٥) راجع رجال النجاشي / ٣١٥ الرقم ٨٦٢ .

٦- (٦) الفهرست / ٣٧١ الرقم ٥٧٦ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٠ ح ٩ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦١ ح ١٢ .

ومنها : خبر آخر لعليّ بن جعفر قال : وسألته عن الرجل هل يصلح له أن يكتب المصحف بالأجر ؟ قال : لا بأس (١).

ومنها : مرسله دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ولا بأس أن يكتب بأجر ، الحديث (٢).

والروايات كما ترى كلّها ضعاف ، ولكن ينجر ضعف أسنادها بالشهره . والاشتراط لم يذكر إلا في خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، ولا يمكن تقييد المطلقات به ، فالأقوى جواز أخذ الأجره على كتابه القرآن مطلقاً ، ولكن الأحوط عدم الاشتراط فيها .

ثمّ فليعلم على القول بکراهه أخذ الأجره مع الشرط ، تجرى في ما تسمى كتابه القرآن ، فلا بأس به في كتابه آيات التعوذ والحرز والحفظ ونحوها .

وكذا الكراهه لا تجرى بالنسبه إلى إصلاحه وتصحيحه وتجليده . وهكذا لا تجرى بالنسبه إلى غيره من الكتب السماويه أو كتب الحديث والفقه والتفسير وغيرها .

### الثاني : حكم تعشير المصحف

المراد به جعل العواشر فيه . وعواشر القرآن : الآي التي يتم بها العشر ، والعاشره : حلقه التعشير من عواشر المصحف ، والمراد بالتعشير تزيين آخر الآيه العاشره بالذهب وبترسيم شبهه الدائره بعدها . كما أنّ المتداول في زماننا هذا ترسيمها بعد كلّ آيه .

قال العلامة في التحرير : « يكره تعشير المصاحف بالذهب ، فيكره الأجره عليه » (٣) .

وكذا أفتى بکراهته في القواعد (٤) ، وسيأتي كلامه في التذکره ، وتبعه المحقق الثاني (٥)

ص : ٢٨٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٦١ ح ١٣ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ١١٨ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦٦ .

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢ / ٦ .

٥- (٥) جامع المقاصد ٤ / ١٠ .

والفيض الكاشاني (١) وأصحاب الكفاية (٢) والحدائق (٣) والرياض (٤) وشرح القواعد (٥) والمفتاح (٦) .

وقد ورد النهي عن ذلك في بعض الروايات :

منها : موثقه سماعه قال : سألته عن رجل يعشّر المصحف بالذهب ؟ فقال : لا يصلح ، فقال : إنّه معيشتي ، فقال : إنك إن تركته لله جعل الله لك مخرجاً (٧) .

يشم من الروايه كراهه تعشير المصحف بالذهب ، والقرينه عليها قوله عليه السلام : « لا يصلح » و« إن تركته » ولو كان حراماً فلا بدّ من تركه .

ومنها : خبر محمّد بن الوراق قال : عرضت على أبي عبد الله عليه السلام كتاباً فيه القرآن مختم معشّر بالذهب وكتب في آخر سورة بالذهب فأريته إياه ، فلم يعب فيه شيئاً إلا كتابه القرآن بالذهب ، فإنه قال : لا يعجبني أن يكتب القرآن إلا بالسواد كما كتب أول مرّه (٨) .

ومنها : خبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس بتحليه المصحف والسيوف بالذهب والفضه بأس (٩) .

ظهور الروايات - مع فهم الأصحاب وإفنائهم - يدل على كراهه تعشير المصحف بالذهب .

ص: ٢٨١

١- (١) مفاتيح الشرائع ٣ / ١٤ .

٢- (٢) الكفاية ١ / ٤٤٥ .

٣- (٣) الحدائق ١٨ / ٢٢٠ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ١٧٥ .

٥- (٥) شرح القواعد ١ / ١١٥ .

٦- (٦) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٠ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٢ ح ١ . الباب ٣٢ من أبواب ما يكتسب به .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ١٦٢ ح ٢ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ٥ / ١٠٥ ح ٣ . الباب ٦٤ من أبواب أحكام الملابس .

قال الشيخ على : « وكتابه القرآن بالذهب أشدّ كراهه ، والظاهر أنّ كتبه الأحزاب بالذهب وجدوله به ونقشه كالتعشير»(١).

وقال الشيخ جعفر : « وإلحاق تذهيب الأجزاء والأنصاف والأحزاب والجداول ونحوها بالتعشير غير بعيد»(٢).

ولكن قال العلامة في نهايته : « نعم يحرم نقشه بالذهب»(٣).

وقال في التذكرة : « يحرم تعشير المصحف بالذهب وزخرفتها - ثم ذكر موثقه سماعه الماضيه وقال : - والأولى عندي الكراهه دون التحريم ، عملاً بالأصل واستضعافاً للروايه ، لأنها غير مستنده إلى إمام والرواه ضعفاء . ويكره كُتبه القرآن بالذهب - ثم ذكر خبر محمّد بن الوراق -»(٤).

أقول : الظاهر أنّ متابعه الشيخين من حيث الأدله تامه ، ويمكن الحكم بكراهه تعشير المصحف وتذهيب الأجزاء والأنصاف والأحزاب وكتابه بالذهب(٥) ، بل لا يبعد القول بكراهه كتابه القرآن بغير سواد ، كما اختاره في الحدائق(٦) والمفتاح(٧) والله العالم .

### الثالث : هل يملك الكافر للمصحف

يظهر من الشيخ الطوسي قدس سره في فصل حكم ما يغنم ومالا يغنم من جهاد المبسوط تملك الكافر للمصحف ، حيث يقول : « إذا وجد في المغنم كتب نُظر فيها فإن كانت مباحه يجوز إقرار اليد عليها مثل كتب الطب والشعر واللغه والمكاتبات فجميع ذلك غنيمه ، وكذلك المصاحف

ص: ٢٨٢

١- (١) جامع المقاصد ١٠ / ٤ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ١١٥ .

٣- (٣) نهايه الأحكام ٢ / ٤٧٢ .

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٤٦ مسأله ٦٥٢ .

٥- (٥) كما ذهب إلى الأخير المحقق السبزواري في الكفايه ١ / ٤٤٥ .

٦- (٦) الحدائق ١٨ / ٢٢٠ .

٧- (٧) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٠ .

وعلوم الشريعة كالفقه والحديث ونحوه ، لأنّ هذا مالٌ يُباع ويُشترى كالثياب ... «(١)» .

ولو لم يدخل المصحف في ملك الكافر فلا وجه لدخوله في الغنيمه ، بل يكون من قبيل مجهول المالك ، ولكن الشيخ نظر إليه بعنوان الغنيمه .

وإرادته غير القرآن من المصاحف المذكور في كلامه بعيده ، كما تبه عليه الشيخ الأعظم (٢) قدس سره .

مضافاً إلى أنّ الأصل الأوّلى في المقام هو الجواز ، وهو تملك كل شخص لأى مال إلا ما خرج بالدليل ، والمصحف ملكٌ ومالٌ فيجوز لكل شخص تملكه حتى الكافر ، وإنّا لم نجد ما يدلّ على حرمة تملك الكافر للمصحف كما اعترف به المحقق الخوئى (٣) قدس سره .

ولكن يظهر من الشيخ جعفر قدس سره عدم تملكه المصحف حيث يقول : « ولو تعقّب الكفر الملك أبطله وبقي بلا مالك » (٤)

والأوّل هو الأظهر .

#### الرابع : بيع المصحف من الكافر

هل يصح بيع المصحف من الكافر أم لا ؟ ذهب إلى البطلان الشيخ في المبسوط (٥) والمحقق في الشرائع (٦) وابن أخته العلامة في القواعد (٧) والتحرير (٨) والإرشاد (٩) والنهايه (١٠)

ص : ٢٨٣

- ١- (١) المبسوط ٢ / ٣٠ .
- ٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٦٢ .
- ٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٤٩٠ .
- ٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٢٦٧ .
- ٥- (٥) المبسوط ٢ / ٦٢ .
- ٦- (٦) شرائع الإسلام ١ / ٣٠٥ .
- ٧- (٧) قواعد الأحكام ٢ / ٩ .
- ٨- (٨) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٦١ .
- ٩- (٩) إرشاد الأذهان ١ / ٣٦٠ .
- ١٠- (١٠) نهايه الإحكام ٢ / ٤٥٦ .

والتذكرة (١) ، وولده فى إىضاح الفوائد (٢) وابن اخته السيد عمىء الدين فى كئز الفوائد (٣) والشهىء فى الءروس (٤) واللمعه (٥) والمحقق الثانى فى ءامع المقاصء (٦) وثانى الشهىءىن فى المسالك (٧) والروضه (٨) والأرءبىلى فى مءمع الفائءه (٩) والشىء يوسف فى الءءائق (١٠) والشىء ءعفر فى شرح القواعد (١١) .

وىمكن القول بصفه البىع كما حكاه المحقق فى الشرائع (١٢) والعلامه عن بعض أصحابنا فى التءرىر وقال : « وقال بعض أصحابنا ىءوز وىءبر على بىعه» (١٣) . وكذا اءتمله فى النهایه وقال : « وىءتمل الصءه فىقهر على بىعه» (١٤) . وقال المحقق الثانى : « وقىل : ىصء وىؤمر بىعه» (١٥) ونءوها فى الءءائق (١٦) ، ولكن قال فى المفاء : « لم أءء القائل بصفه البىع وإءباره على بىعه . نعم قء قىل ذلك فى العءء المسلم ، فأمل ، ولعل الفرق أن القرآن أعظم ءرمه» (١٧) .

ص : ٢٨٤

- ١- (١) ءذكره الفقهاء ١٠ / ٢٣ .
- ٢- (٢) إىضاح الفوائد ١ / ٤٠٧ .
- ٣- (٣) كئز الفوائد ١ / ٣٧٧ .
- ٤- (٤) الءروس الشرعىه ٣ / ١٧٥ .
- ٥- (٥) اللمعه الءمشقىه / ١١١ .
- ٦- (٦) ءامع المقاصء ٤ / ٣٣ .
- ٧- (٧) المسالك ٣ / ١٦٦ .
- ٨- (٨) الروضه البهىه ٣ / ٢٤٣ .
- ٩- (٩) مءمع الفائءه والبرهان ٨ / ١٦١ .
- ١٠- (١٠) الءءائق ١٨ / ٤٢٨ .
- ١١- (١١) شرح القواعد ١ / ٢٦٧ و ٢ / ٥١ .
- ١٢- (١٢) شرائع الإسلام ١ / ٣٠٥ .
- ١٣- (١٣) ءءرىر الأحكام الشرعىه ٢ / ٢٦١ .
- ١٤- (١٤) نهایه الأحكام ٢ / ٤٥٧ .
- ١٥- (١٥) ءامع المقاصء ٤ / ٣٣ .
- ١٦- (١٦) الءءائق ١٨ / ٤٢٨ .
- ١٧- (١٧) مفاء الكرامه ١٢ / ٢٧٧ .



وكيف ما كان فقد استدلل على البطلان بوجوه :

## الاستدلال على البطلان بوجوه

### الأول : فحوى ما دلّ على عدم تملك الكافر للمسلم

ذهب الفقهاء إلى عدم تملك الكافر المسلم ، قال الشيخ : « لا يجوز لكافر أن يشتري عبداً مسلماً ولا يثبت ملكه عليه ، وفيه خلاف لقوله تعالى : «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» (١) » (٢) .

والآيه الشريفه كافيه فى الاستدلال لعدم تملك الكافر المسلم ، لأنّ تملكه إيّاه ذلّ وسبيل إليه وقد نفته الآيه الشريفه . ويؤيدها مرفوعه حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام : أنّ أمير المؤمنين أتى بعبد لدمي وقد أسلم ، فقال : إذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده (٣) .

وحيث لا يجوز للكافر تملك المسلم بالطريق الأولى لا يجوز تملك المصحف الذى هو كلام الله تعالى .

قربنا الشيخ جعفر قدس سره هذا الاستدلال بقوله : « أنّ منع تملك الكافر لأهل الإيمان - للزوم الإهانه بثبوت السلطان - يتمشى بطريق الأولويه إلى القرآن ، مع أنّ الإهانه له عين الإهانه للإسلام والإيمان» (٤) .

وفيه : تملك الكافر المسلم ذلّ واستخفاف عليه ، ولكن تملكه للمصحف لا يكون كذلك ، بل ربّما يزيد فى احترامه كما إذا جعله فى مكان نظيف ويراجع آياته وبراهينه وقصصه وحكاياته وأحكامه ، ولعلّ ذلك يوجب هدايته إلى الإسلام ولذا تأمل الشيخ الأعظم فى هذا الدليل ومنعه فى بيعه (٥) .

ص : ٢٨٥

- 
- ١- (١) سورة النساء / ١٤١ .
  - ٢- (٢) المبسوط ٢ / ١٦٧ .
  - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٨٠ ح ١ . الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع - ووسائل الشيعه ٢٣ / ١٠٩ ح ١ . الباب ٧٣ من أبواب كتاب العتق .
  - ٤- (٤) شرح القواعد ٢ / ٥١ .
  - ٥- (٥) المكاسب ٣ / ٦٠٢ .

## الثانى : النبوى المشهور « الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه »

روى الصدوق مرسلًا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه(١). بتقريب : أن تملك الكافر للمصحف يوجب الاستعلاء على الإسلام فلا يجوز .

ونقل الشيخ الأعظم عن الشيخ الطوسى(٢) استدلاله بالنبوى على عدم تملك الكافر للمسلم ثم زاد عليه : « ومن المعلوم أن ملك الكافر للمسلم إن كان علوًا على الإسلام فملكه للمصحف أشدّ علوًا عليه »(٣).

وفيه : أولاً : هذه الروايه مرسله ليس لها سند .

ويمكن أن يناقش فى هذا الجواب : بأن شهرتها عند العامه والخاصه كافيّه عن السند .

وثانياً : لا تتم دلالة هذه الروايه على المطلوب ، قال الفقيه اليزدى : « هذا الخبر يُحتمل معانٍ خمس : أحدها : بيان كون الإسلام أشرف المذاهب ، وهو خلاف الظاهر جداً .

الثانى : بيان أنه يعلو من حيث الحججه والبرهان .

الثالث : أنه يعلو بمعنى يغلب على سائر الأديان .

الرابع : أنه لا ينسخ .

الخامس : ما أراداه الفقهاء من إرادته بيان الحكم الشرعى الجعلى بعدم علو غيره عليه . وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال فتدبر(٤) .

وثالثاً : على فرض تماميه السند والدلاله فمجرد تملك الكافر المصحف لا يكون علوًا للكفر على الإسلام ، كما أن مجرد تملك المسلم التوراه والأنجيل لا يكون علوًا للإسلام على الكفر ، كما تبّه على ذلك شيخنا الأستاذ(٥) - مدظله - .

ص: ٢٨٦

١- (١) الفقيه ٣٣٤ / ٤ ح ٥٧١٩ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ٢٦ / ١٤ ح ١١ . الباب ١ من أبواب موانع الإرث .

٢- (٢) ذكره الشيخ الطوسى فى الخلاف ٦ / ٤١٩ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٦٢ .

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٤ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٣١١ .

### الثالث : بيع المصحف من الكافر يوجب هتكه واستخفافه

بتقريب : أنّ الكافر لا يبالي بهتك حرّامات الله وبيعه المصحف يوجب تسليطه عليه وهتكه . وهكذا من الواجبات تعظيم كلام الله تعالى ولكن بيعه من الكافر استخفاف ، لأنّ الظن حاصل بأنّ الكافر يستخف بالقرآن ويستتهين به ، كما أشار إلى الأخير الوحيد البهبهاني (١) قدس سره .

وتبعه تلميذه الشيخ جعفر وقال : « والأصل في أصل هذا الحكم لزوم الإهانه ومنافاه التعظيم الباعث على تحريم تملكه » (٢) .

وفيه : نعم لا- يجوز هتك القرآن واستخفافه ، ولكن بينهما وبين بيعه من الكافر عموماً من وجه ، كما إذا اشتراه الكافر واحترمه فوق ما يحترمه نوع المسلمين وجعله في مكتبته نظيفه . مضافاً إلى أن الهتك يتحقق بتسليطه على المصحف خارجاً لا على مجرد بيعه منه ، ولذا ناقش صاحب الجواهر هذا الحكم بقوله : « لإمكان منع منافاه ملكيه الكافر للإحترام ، خصوصاً إذا اتخذته هو على جهه التبجيل والتبرك والاحترام ، كما يصنعه بعض النصارى في تراب الحسين عليه السلام عند الطوفان » (٣) .

الرابع : بيعه من الكافر يستلزم تنجّسه

### بيع المصحف من الكافر يستلزم تنجّسه ، للعلم العادى بمنّ الكافر إياه بالطوبه ، فيكون حراماً من هذه الجهه .

وفيه : أولاً : بين تنجّس المصحف وبيعه من الكافر عموماً من وجه .

وثانياً : على فرض تماميه الإستدلال إنّما يتم إذا حكمنا بحرمة الإعانه على الإثم ، وقد مرّ منّا المناقشه فيها .

تنبيه : لو تمت هذه الأدله الأربعة - ولم تتم - لا تدلّ إلا على حرمة بيعه من الكافر

ص : ٢٨٧

١- (١) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٩٤ .

٢- (٢) شرح القواعد ٢ / ٥١ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٣٤٠ .

تكليفاً ، وبين الحرمة التكليفية والحرمة الوضعية بون بعيد ، لعدم التلازم بينهما .

والحاصل ، أنّ للمناقشة في هذا الحكم مجالاً واسعاً كما ذهب إليه صاحب الجواهر وقال : « بل لا يخلو أصل المسألة من ذلك (أى من بحث) أيضاً » (١) .

### الخامس : حكم بيع أبعاض المصحف

إذا قلنا بحرمة بيع المصحف أو كراهته فهل يختص الحكم بمجموعه أو يسرى إلى الأبعاض أيضاً ؟

قال الشيخ جعفر : « مصحفاً أو أبعاضه المنفصلة أو المتصلة بما لا يغلب عليه اسمه - وفيالغالب إشكال - غير منسوخه التلاوه - وفي المنسوخ منها بحث - منسوخه الحكم أولاً- ، ومع الإشتراك فالمدار على قصد الكاتب ، ومع الشك فالعمل على أصل الإباحه . والمحافظة على جادّه الإحتياط فيه - كما في الخالي عن القصد - أولى » (٢) .

ونقل هذا البيان صاحب الجواهر عن أستاذه في كتابه (٣) فراجعه .

وقال صاحب المفتاح : « ولا ريب أنّ أبعاض المصحف كالمصحف عندهم ، فلا يفرّق فيها بين المجتمع والمتفرّق ، وفي إطلاق كلامهم ما يعطى أنه يُطلق على البعض والكلّ ، وهو الموافق لكلام أهل اللغة » (٤) .

أقول : المصحف لغةً وعرفاً يُطلق على البعض والأجزاء ، وتدلّ عليه أيضاً خبر سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : وإياك أن تشتري منه الورق وفيه القرآن مكتوب فيكون عليك حراماً وعلى من باعه حراماً (٥) .

فعليه ما يجرى في حقّ الكل يجرى في حق الأجزاء أيضاً ولكن إذا كانت مستقلة ، وأمّا

ص : ٢٨٨

١- (١) الجواهر ٢٢ / ٣٤٠ .

٢- (٢) شرح القواعد ٢ / ٥١ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ٣٣٨ .

٤- (٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٧٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٦١ ح ١١ .

المتفرقه فلا يبعد عدم اللحوق كما عن الشيخ الأعظم (١) قدس سره .

## السادس : هل تلحق الأحاديث بالمصحف ؟

ألحقها به الشيخ فى المبسوط (٢) ، ولكن صريح المحقق فى الشرائع (٣) الكراهه ونسبه الصيمرى (٤) إلى المشهور ، وتردد العلامه فى التذكره (٥) فى الإلحاق وعدمه ، ولكن قال فى نهايته : « وهل تجرى الأحاديث عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وأهل بيته عليهم السلام مجرى المصحف فى المنع من البيع ؟ إشكال ، فإن قلنا به منعنا من الكتب المشتمله على الأخبار والآثار من كتب الفقه دون غيرها » (٦) .

وذهب ولده فى « شرح الإرشاد » إلى جواز بيع الأحاديث النبويه على الكافر (٧) .

ولكن المحقق الثانى ألحقها بالمصحف فى « فوائد الشرائع » وقال : « التحريم وبطلان البيع أولى وأحوط ، ولا تكاد الأحاديث تخلو من الآيات القرآنيه فالمنع لا يخلو من قوه » (٨) .

وقال الشيخ جعفر : « وتسريه الحكم إلى الكتب المحترمه من كتب الحديث والفقه والدعوات ونحوها غير بعيد » (٩) .

وقال أيضاً : « ويقوى إلحاق كتب الحديث والتفسير والفقه والمزارات والخطب والمواعظ والدعوات والتربه الحسينيه وتراب الضرائح المقدسه ورضاض الصناديق

ص : ٢٨٩

- ١- (١) المكاسب ٢ / ١٦٣ .
- ٢- (٢) المبسوط ٢ / ٦٢ .
- ٣- (٣) الشرائع ١ / ٣٠٦ .
- ٤- (٤) غايه المرام ١ / ٥٤٠ ونقل عنه الشيخ الأعظم فى بيع المكاسب ٣ / ٦٠٢ .
- ٥- (٥) تذكره الفقهاء ١٠ / ٢٣ .
- ٦- (٦) نهايه الأحكام ٢ / ٤٥٧ .
- ٧- (٧) نقل عنه صاحب مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٧٧ .
- ٨- (٨) فوائد الشرائع ، المطبوع ضمن حياه المحقق الكركى وآثاره ١١ / ١٠٣ .
- ٩- (٩) شرح القواعد ١ / ٢٦٧ .

الشريفه وثوب الكعبه زاد الله شرفها»(١).

وذهب إلى الإلحاق تلميذه صاحب مفتاح الكرامه(٢).

ولم يختر الشيخ الأعظم(٣) قدس سره في المقام شيئاً وكذا في بيعه(٤) ولكن قال فيه : « ولا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم من طرق الآحاد حكمها حكم ما عُلم صدوره منه ، وإن كان ظاهر ما ألحقه بالمصحف هو أقوال النبي صلى الله عليه وآله وسلم المعلوم صدورها عنه » .

أقول : ما ذكره متينٌ وحيث ذهبنا إلى جواز بيع المصحف من الكافر فالجواز في كتب أحاديث الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وأهل بيته عليهم السلام يجرى مجرى المصحف بطريق أولى ، كما ذهب إلى الجواز فخر المحققين قدس سره .

نعم ، لو تمت الأدلة هناك يقوى الإلحاق كما سمعت من الشيخ جعفر . وعلى الإلحاق لا فرق بين الأحاديث النبويه وغيرها ، كما ذكره جدنا الشيخ جعفر وعمم الحكم .

### السابع : هل يلحق اسم النبي صلى الله عليه وآله وسلم وآله عليهم السلام بأحاديثهم ؟

على فرض لحوق الأحاديث بالمصحف الشريف فهل تلحق أسماء النبي صلى الله عليه وآله وسلم والأئمه عليهم السلام وأئمتهم فاطمه الزهراء عليها السلام بأحاديثهم أم لا ؟

استشهد الشيخ الأعظم(٥) قدس سره باللحوق بطريق الأولويه ، لأنَّ اسمه صلى الله عليه وآله وسلم أعظم من كلامه . ثمَّ فُزع عليه الإشكال في تملك الكفار الدراهم والدنانير المكتوبه عليها اسم النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، ثمَّ أجاب عن الإشكال بأنَّ الثمن أو جزءه لا يقع بازاء اسمه صلى الله عليه وآله وسلم ، فالإسم ينتقل إلى البائع تبعاً .

ثمَّ استشكل في جوابه بأن يقال : مناط الحرمة هو التسليط الخارجى لا المعاوضه ولا

ص : ٢٩٠

١- (١) شرح القواعد ٢ / ٥١ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٢٧٧ .

٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٦٣ .

٤- (٤) المكاسب ٣ / ٦٠٢ .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١٦٣ و ١٦٤ .

التمليك ، مضافاً إلى وجود العلم العادي بمس الكافر إياه مع الرطوبة .

وفيه : أولاً : نحن ذهبنا إلى عدم إلحاق الأحاديث النبويه وغيرها بالمصحف الشريف ، فنحن في فسحة من هذا البحث .

وثانياً : بمنع أعظميه اسمه صلى الله عليه وآله وسلم على كلامه ، ولا أقل من أنها غير معلومه . « ومجرد جواز مس المحدث لكلامه دون اسمه صلى الله عليه وآله وسلم لا يكون شاهداً على الأعظميه وإلا كان اسمه صلى الله عليه وآله وسلم أعظم من نفسه صلى الله عليه وآله وسلم الجائر مسه بلا وضوء » كما تبه عليه المحقق الإيرواني (١) قدس سره .

ثالثاً : يمكن أن يقع بإزاء أسمائهم عليهم السلام جزء من الثمن ، كما يظهر ذلك من خبر دعبل بن علي الخزاعي (٢) في الدنانير الرضويه ، حيث باع كل دينار منها بمائه درهم لأن اسم الإمام الهمام علي بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء كان مضرراً عليها .

ورابعاً : على فرض تماميه الأعظميه ، الحرمة تجرى بالنسبه إلى التسليط أو التنجيس الخارجيين لا المعاوضه والتمليك ، وعلى هذا لا بأس بهما .

وخامساً : السيره المستمره بين المسلمين تنفي هذا اللحق من جريان المعاوضه والمبايعه على الدراهم والدنانير المكتوبه عليها اسم النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأهل بيته عليهم السلام .

## الثامن : هبه المصحف

على القول بحرمة بيع المصحف فهل يجوز هبته أم لا ؟

الظاهر عدم وجود إشكال في جواز هبه المصحف مجاناً ، وأما الهبه المعوضه فيمكن الحكم بالجواز ، لأن الأدله المانع تختص بالبيع فقط ، بل يمكن أن يقال : بأن العوض يقابل الهبه لا المصحف . ويمكن الحكم بالمنع ، لأن المستفاد من الأدله حصول الهتك بالمصحف إذا قوبل بمال سواء في البيع أو غيره ، لأن العوض في الهبه أيضاً يصدق عليه العوض عرفاً ، فلا تجوز الهبه المعوضه بالنسبه إلى المصحف .

ص : ٢٩١

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ٣٠٧ .

٢- (٢) راجع في هذا المجال كتابنا : « الأربعون حديثاً في مَنْ يملأ الارض قسطاً وعدلاً » / ٣٩ - وكمال الدين وتمام النعمه / (٣٧٦ - ٣٧٢) .

وهذا البيان يجرى في تملك المصحف بنحو الشرط في ضمن العقد من أنّ الشرط لا يقابل بالعوض ، ومن صدق أخذ العوض عرفاً .

ولكن ما يتمّ عندنا من الأدله جواز الهبه المعوّضه ، لأنّ الأدله المانع - لو تمت - تجرى بالنسبه إلى البيع فقط . وكذا يجوز تملك المصحف بنحو الشرط في ضمن العقد ، لأنّ الشروط لا تقابل بجزء من الثمن .

فظهر ممّا ذكرنا جواز جعل المصحف عوضاً في الإجاره أو الجعّاله أو جعله صدقاً أو جزءاً من الصداق . وقد أشار إلى هذا الفرع الفقيه اليزدي (١) والمحقق الأردكاني (٢) قدس سرهما .

### التاسع : ما المراد من الهدية في معامله المصحف ؟

المتعارف عند المشرعه في بيع المصحف أنّهم يسمّون ثمن القرآن هديّه ، والمراد بها تملك القرآن مجاناً من طرف البائع وبذل الثمن مجاناً أيضاً من طرف المشتري . لأنّهم يراعون الأدب بالنسبه إلى آيات الله تعالى ولا يجعلونها مورداً للبيع كسائر الأمتعه ، وهم يرون كلام الله أرفع من أن يقابل بالثمن ، ولذا يعبرون عن معامله المصحف باسم الهدية .

وهذه المعامله ليس بها بأس وحّتى على القول بحرمه بيع المصحف يمكن التخلص عن الحرام بهذه الهدية ، كما تبّه عليه الفقيه اليزدي (٣) قدس سره .

وقد مرّ ممّا جواز المهاباه المعوّضه بالنسبه إلى المصحف في الفرع السابق آنفاً ، ويمكن أن تُعد الهدية منها .

وكذا يجوز مبادله المصحف بالمصحف وإن كان مع أحدهما شيء آخر ، لانصراف دليل المنع عنه - لو تمّ - كما اعترف به الفقيه اليزدي (٤) قدس سره أيضاً .

ص : ٢٩٢

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٣ .

٢- (٢) غنيه الطالب ١ / ٢٥١ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٢ .

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٣ .



## العاشر : هل يثبت الخيار بالعيب فى الخط ؟

على القول بحرمه بيع المصحف لو ظهر عيب فى الكتابه والخط فهل يثبت خيار العيب أم لا ؟

وجهان : من أنّ الخط والكتابه والسواد على القول بالمنع يدخل فى الملك تبعاً ، فلم يلاحظ فى البيع ، فلا يقع فى مقابله جزء من الثمن ، فإذا بان معيوباً لم يثبت به الخيار .

لا يقال : يكفى فى إثبات الخيار كون الخط والكتابه والسواد هو الداعى التالى البيع .

لأننا نقول : تخلف الداعى فى البيع لا يوجب الخيار كما هو واضح .

ومن أنّ العيب فى الخط أيضاً عيب فى المصحف فيثبت به خيار العيب .

ولكن الظاهر أنه على القول بالمنع لا- يثبت الخيار ، كما ذهب إليه الفقيه اليزدى(١) والمحقق الأردكانى(٢) ، وعلى القول بالجواز يثبت الخيار .

وحيث ذهبنا إلى جواز بيع المصحف فإذا ظهر العيب فى الخط يثبت به خيار العيب للمشتري ، والله سبحانه هو العالم .

وإلى هنا تمّ البحث حول بيع المصحف والحمد لله .

ص: ٢٩٣

---

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٣ .

٢- (٢) غنيه الطالب ١ / ٢٥٢ .

قبل الورد فى البحث لابّد من استعراض كلمات الأصحاب قدس الله أسرارهم فى المقام ، فلذا نقول :

قال الشيخ : « ... وإن كان (الأرزاق والجوائز والصلوات) من جهه سلطان الجور فقد رُخص له فى قبول ذلك من جهتهم ، لأنّ له حظاً فى بيت المال ويجهّد أن يُخرج من جميع ما يَحْصُلُ له من جهتهم الخمس ، ويضعه فى أربابه ، والباقي يُواسى منه إخوانه من المؤمنين ويَصِلُهم ببعضه وينتفع هو بالبعض . ولا يجوز له أن يَقْبَلَ من جوائزهم وصلاتهم ما يَعْلَمُه ظلماً وغصباً ويتعيّن له ، فإن لم يتعيّن له ذلك - وإن عَلِمَ أنّ المجيز له ظالم - لم يكن به بأسٌ بقبول جوائزه ويكون مباحاً له والإثم على ظالمه . إلى أن قال : فإن خاف من ردّ جوائزهم التى يَعْلَمُها غصباً على نفسه وماله ، فليَقْبَلها فإن أمكنه أن يردها إلى أربابها فعل ، وإن لم يتمكّن من ذلك تصدّق بها عن صاحبها» (١).

وقال ابن إدريس الحلبي : « ... فإذا كان الأمر فى التقيه ما ذكرناه جاز له قبول جوائزه وصلاته ما لم يعلم أنّ ذلك ظلم بعينه ، فإذا لم يعلم أنّه بعينه ظلم فلا- بأس بقبوله وإن كان المجيز له ظالماً ، وينبغى له أن يُخرج الخمس من كلّ ما يحصل من ذلك ويوصله إلى أربابه ومستحققيه ، وينبغى له أن يصل إخوانه من الباقي بشئٍ ٍ ويتصرف هو فى منافعه بالبعض الذى يبقى من ذلك ... فإن خاف من ردّ جوائزهم وصلاتهم التى يعلمها ظلماً بأعيانها وغصباً ، على نفسه وماله جاز له قبولها عند هذه الحال ويجب عليه ردها على أربابها إن عرفهم ، فإن لم يعرفهم عرّف ذلك المال واجتهد فى طلبهم . وقد روى (٢) أصحابنا أنّه يتصدق به عنهم ويكون

ص: ٢٩٤

١- (١) النهايه / ٣٥٨ و ٣٥٧ .

٢- (٢) نحو خبر على بن أبى حمزه البطائنى راجع وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٩ ح ١ . الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به .

ضامناً إذا لم يرضوا بما فعل . والإحتياط حفظه والوصيه به . وقد رُوى (١) أنه يكون بمنزله اللقطه ، وهذا بعيد من الصواب ، لأنّ إلحاق ذلك باللقطه يحتاج إلى دليل» (٢) .

وقال المحقق فى الشرائع : « جوائز الجائر إن علمت حراماً بعينها فهى حرام [ وإلا فهى حلال ] فإن قبضها أعادها على المالك ، وإن جهله أو تعذّر الوصول إليه تصدّق بها عنه ، ولا يجوز إعادتها على غير مالكها مع الإمكان» (٣) .

وقال فى المختصر : « جوائز الظالم محرّمه إن علمت بعينها وإلا فهى حلال» (٤) .

قال العلامة فى التذكرة : «جوائز الجائر إن علمت حراماً لغضبٍ وظلمٍ وشبهه حرم أخذها ، فإن أخذها وجب عليه ردّها على المالك إن عرفه ، وإن لم يعرفه تصدّق بها عنه ويضمن أو احتفظها أمانةً فى يده أو دفعها إلى الحاكم . ولا يجوز له إعادتها إلى الظالم ، فإن أعادها ضمن ، إلا أن يقهره الظالم على أخذها فيزول التحريم . وأما الضمان فإن كان قد قبضها اختياراً لم يزل عنه بأخذ الظالم لها كرهاً ، وإن كان قد قبضها مكرهاً زال الضمان أيضاً . وإن لم يعلم تحريمها كانت حلالاً بناءً على الأصل ...» (٥)

وقال فى النهايه : «وأما جوائز الجائر فإن علمت بعينها حراماً ، فهى حرام فإن قبضها أعادها على المالك ، فإن جهله أو تعذّر الوصول إليه تصدّق بها عنه ، ولا يجوز إعادتها على غير مالكها ، وإن لم يعلم حراماً جاز تناولها ... وينبغى الصدقه ببعضها وأن يواسى إخوانه المؤمنين ، والأقرب أنّه على سبيل الإستحباب» (٦) .

وقال فى التحرير : « وجوائز الجائر إن علمت حراماً وجب دفعها إلى أربابها مع

ص : ٢٩٥

١- (١) نحو خبر حفص بن غياث المروى فى وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦٣ ح ١ . الباب ١٨ من أبواب كتاب اللقطه .

٢- (٢) السرائر ٢ / ٢٠٤ و ٢٠٣ .

٣- (٣) الشرائع ٢ / ٦ .

٤- (٤) المختصر النافع / ١١٨ .

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢ / ١٥٢ مسأله ٦٥٨ .

٦- (٦) نهايه الأحكام ٢ / ٥٢٧ و ٥٢٦ .

الممكنه ، ومع عدمه يتصدَّق بها عنه ، ولو لم يعلم تحريمها جاز تناولها ، وينبغي إخراج الخمس منها ويصل إخوانه من الباقي»(١).

وقال في القواعد : « جوائز الجائر إن عُلِّمت غصباً حرمت ، وتُعاد على المالك إن قبضها ، فإن جهله تصدَّق بها عنه ، ولا يجوز إعادتها إلى الظالم اختياراً»(٢).

أقول : ونحو هذه العبائر في منتهى المطلب(٣).

وقال الشهيد في الدروس : « و [ يجوز ] تناول الجائزه منه [ أى من الظالم ] إذا لم يعلم غصبيتها ، وإن علم ردت على المالك ، فإن جهله تصدَّق بها عنه ، واحتاط ابن إدريس بحفظها والوصيه بها ، وروى أنها كاللقطه ، قال [ ابن إدريس ] : وينبغي إخراج خمسها والصدقه على إخوانه منها ، والظاهر أنه أراد الإستحباب فى الصدقه . وترك أخذ ذلك من الظالم مع الإختيار أفضل . ولا يعارضه أخذ الحسين عليهما السلام جوائز معاويه ، لأن ذلك من حقوقهم بالأصله»(٤).

وقال ثانى الشهيدين معلقاً على عبارته الشرائع : « التقييد بالعين إشاره إلى جواز أخذها وإن علم أن فى ماله مظالم كما هو مقتضى حال الظالم ، ولا- يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام فى وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك . نعم يكره أخذها حينئذ»(٥).

وقال المحقق الأردبيلي : « الظاهر أنه يجوز قبول ما لم يعلم كونه حراماً على كراهيه ، وإن علم كونه حلالاً فلا كراهه . ولا يبعد قبول قوله فى ذلك ، خصوصاً مع القرائن ، بأن يقول : هذا من زراعتى أو من تجارتي أو أنه اقترضت من فلان ، وغير ذلك ممّا علم حليته ذلك من غير شبهه وقول وكيله المأمون حين يعطى وغير ذلك ، والظاهر أن كونه زكاه كذلك ، ولا ينبغي رده لما مرّ ، والظاهر أنه كذلك سائر الواجبات . وإذا كان مشتبهاً محتملاً للأمرين فالظاهر أنه مكروه (للشبهه ، ن . ل) ويمكن استحباب إخراج خمسها ، ومواساه الإخوان لتزول كما تدلّ

ص : ٢٩٦

١- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٧١ .

٢- (٢) القواعد ٢ / ١٢ .

٣- (٣) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٥ من الطبع الحجرى .

٤- (٤) الدروس الشرعيه ٣ / ١٧٠ .

٥- (٥) مسالك الإفهام ٣ / ١٤١ .

عليه الروايات وكلمات الأصحاب ... ولا شبهه في أنّ الإجتنب أولى ، وهو واضح عقلاً ونقلاً ولا يحتاج إلى البحث ... إلا أنّه يخطر بالبال أنّه قد يكون الأخذ والقبول وصرفه في المحاويج أولى . ويمكن الأولى منه جعله في المحاويج من المؤمنين بإذن أهله من غير تصرّف . ويمكن فهمه من الأخبار المتقدمة من الإهتمام بحال المؤمنين ومواساتهم بعد الأخذ ، وأنّه ليس بحرام . ويحصل به قضاء حوائج المؤمنين المحتاجين مثل سدّ خلّتهم وقضاء ديونهم وتزويج أراملهم بل يمكن أن يحصل الأذى للمعطي بالردّ ، فإذا كان مؤمناً يشكل الردّ إلا أن يردّ به عن عمله ، أو أنّه قد حصل له الأذى ويستأهل الإرتكاب ما ارتكب .

ولكن يخطر بالبال أنّه لو كان ذلك حسناً لكان القبول له حسناً ، مع أنّه قد علم أولويه الإجتنب . وأيضاً كما يكره للأخذ كذا يكره لغيره ، فكيف يجعله لهم . إلا أنّه قد يقال : الأخذ لنفسه يكون مكروهاً لا لغيره ، وإلا يلزم كراهه قضاء حوائج الإخوان في مثل هذا الزمان ، لأنّ أكثر حوائجهم إلى الحكّام للجوائز إمّا تبرّعاً أو أجره حج ونحوه ، وإن خلى ذلك من التحريم قليلاً ما يسلم من الشبهه ، إلا أن يكونوا مضطّرين ولا يعلموا به ... «(١)» .

وقال المحقق السبزواري : « جوائز الجائر إن علمت حرمتها بعينها فهي حرام ، فإن قبضها أعادها على المالك إن أمكنه ، ولا يجوز إعادتها إلى غير المالك مع الإمكان إلا أن يأخذها الظالم قهراً . وهل يضمن حينئذٍ ؟ قيل : نعم ، وقوى بعضهم التفصيل ، وهو أنّ القبض إن كان بعد العلم بكونها مغصوبه ضمن واستمرّ الضمان ، وإن كان قبل العلم ولم يقصّر في إيصالها إلى من يجوز إيصالها إليه لم يضمن . والفرق أنّ اليد في الأوّل عادية مستصحبه للضمان وفي الثاني أمانه . وهو حسنٌ . وإن جهل المالك أو تعدّر إيصالها إليه تصدّق بها عنه . وإن لم يعلم حرمتها بعينها جاز الأخذ وإن علم أنّ في ماله مظالم ، للأخبار الكثيره ، واشتهر بينهم أنّه مكروه ... «(٢)» .

وقال صاحب الحدائق : « لا إشكال ولا خلاف في حلّ جوائز السلطان وجميع الظلمه

ص : ٢٩٧

١- (١) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / (٨٨ - ٨٦) .

٢- (٢) الكفايه ١ / ٤٤٧ .

على كراهيه ما لم يخبره بأن ذلك من ماله ، فإنه لا- كراهه ، وما لم يعلم بكونه حراماً ، فيجب ردّه على مالكة أو الصدقه به عنه«(١).

وقال الشيخ جعفر : « ... ولو لم يعلم كونها غصباً جاز أخذها من الجائر مطلقاً للإجماع والأخبار ومن غيره ، ما لم يعلم إقدامه على المشتبه المحصور لقضاء اليد وإصالة الصحه فيجوز الأخذ حينئذٍ ، وإن جاء بها من دار أو دكان أو حجره أو صندوق فيه غصب ، أو أشار إلى معين من جمله كذلك ، ولا- يعلم حصوله في المدفوع والمعين ، إلا- أنّ التجبّب مع الانحصار من شيم الأبرار وتختلف مراتب الرجحان باختلافه ... »(٢).

وقال سيد الرياض : «... وإلا يعلم حرمتها بعينها فهي حلال مطلقاً ، وإن علم أنّ في ماله مظالم بلا خلاف فيه ... »(٣).

وقال الفاضل النراقي : « جوائز السلطان - بل مطلق الظالم بل من لا يتورّع المحارم من الأموال - محرّمه إن علمت حرمتها بعينها ، فإن قبضها حينئذٍ أعادها على المالك إن عرف ، ويتصدّق بها إن لم يعرف كما صرّح به في روايه على بن أبي حمزه ، وإن لم يعلم حرمتها كذلك فهي حلال مطلقاً ، وإن علم أنّ في ماله مظالم ، بلا خلاف فيه للأصل والمستفيضه ... »(٤).

وقال في الجواهر : « جوائز السلطان الجائر وعمّاله إن علمت حراماً بعينها فهي حرام بلا خلاف ولا إشكال ، لا يجوز تملّكها والتصرف بها وقبولها ، وإلا فهي حلال مطلقاً وإن علم أنّ في ماله محرّماً بلا خلاف ولا إشكال أيضاً كما اعترف به في الحدائق والرياض ، بل في المصابيح الإجماع عليه ، للأصل والمعتبره المستفيضه ... »(٥).

أقول : قسّم الشيخ الأعظم(٦) المال المأخوذ من الجائر إلى أربعة أقسام :

ص : ٢٩٨

١- (١) الحدائق ١٨ / ٢٤١ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٣٨ .

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ٢٠٥ .

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤ / ١٩٩ .

٥- (٥) الجواهر ٢٢ / ١٧٠ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ١٦٥ .

## المال المأخوذ من الجائر تنقسم إلى أربعة أقسام

الأول : الآخذ لا- يعلم - ولو إجمالاً- - أنّ في أموال الجائر مالاً محرّماً . وفي هذا القسم لا إشكال في جواز أخذه ، لأنّ نفس كونه الشخص ظالماً لا يوجب حرمة أخذ جوائزه أو المعامله معه .

الثاني : الآخذ يعلم إجمالاً أنّ في أموال الجائر محرّماً ولكن لا يعلم - لا تفصيلاً ولا إجمالاً - بالحرام في المأخوذ منه ، فحينئذ يجوز التصرف فيما أخذ منه ، بلا فرق بين أنّ يكون محل ابتلائه جميع أمواله أو بعضه .

الثالث : الآخذ يعلم إجمالاً أنّ في أموال الجائر محرّماً ولكن يعلم تفصيلاً أيضاً بأنّ المأخوذ منه يكون حراماً ، فحينئذ لا يجوز له التصرف فيما أخذ منه .

الرابع : هذا القسم الأخير ولكن مع العلم الإجمالى بوجود الحرام في المأخوذ منه . ويأتى حكمه فيما بعد .

وهذه إجمال الأقسام ، وأمّا تفصيلها :

### القسم الأول :

#### إشاره

استدل الشيخ الأعظم قدس سره لجواز الأخذ وحليته التصرف ب- « الأصل والإجماع والأخبار»(١) .

### المراد من الأصل فى كلام الشيخ

« قد يقال : بأنّ المراد بالأصل فى كلامه قدس سره هو أصاله الإباحه الثابته بالأدله العقلية والنقلية .

وفيه : أنّ أصاله الإباحه إنّما تجرى فى الأموال إذا لم تكن مسبوقة بيد أخرى ، كالمباحات الأصلية التى ملكها الجائر بالحيازه .  
وأما إذا كانت مسبوقة بيد أخرى فإنّ أصاله الإباحه محكوم به بأصل آخر ، وهو عدم انتقال الأموال المذكوره إلى الجائر من مالكة السابق ،

ص : ٢٩٩

فيحرم تناول تلك الأموال من الجائر». كذا قاله المحقق الخوئي (١) قدس سره .

وإن كان المراد بالأصل هو أصاله الصحه وهى التى تقتضى حمل فعل المسلم على الصحه - والمفروض أنّ الجائر أيضاً يكون من المسلمين فيعامل معه معامله بقيه المسلمين .

وفيه : الدليل الوارد على اعتبار أصاله الصحه - هى السيره الجاريه على حمل المعاملات الصادره عن الغير على الصحه والسيره من الأدله اللبّيّه ، فيؤخذ بالمقدار المتيقّن منها ، وهو إحراز أهليه المتصرف للتصرف أو السلطه له ، ومن المحتمل عدم جواز التصرف فى المال للجائر لعدم كونه مالكاً له ، وحينئذ لا يمكن الحكم بجواز التصرف والأخذ منه بأصاله الصحه .

والظاهر أنّ مراد الشيخ من الأصل هو قاعده اليد ، وهى تدلّ على أنّ الجائر يكون مالكاً لما فى يده فعليه يكون تصرفاته نافذه ، وحيث أعطى ماله لشخص يجوز له التصرف فيه وأخذه . وفى التعبير عن هذه القاعده بالأصل مسامحه واضحه .

ثم إنّ المراد بالأصل فى كلام الشيخ لم يكن استصحاباً ، لأنّ استصحاب عدم كون المال ملكاً للجائر وكذا استصحاب عدم طيب نفس المالك بالتصرف فى ماله يمنعان من الأخذ والتصرف . وهكذا استصحاب عدم انتقال المال من مالكه وعدم دخوله فى ملك المجاز له ، وعلى هذا الاستصحاب يجرى على خلاف ما ينتجه الشيخ فلم يكن مراده .

ولكن يمكن أن يناقش فى جريان قاعده اليد فى المقام أيضاً : بأنّ اليد تكون أماره للملكيه إذا لم يعلم حالتها السابقه وحيث أنّ الجائرين فى أوّل أمرهم ليس لهم مال أو ملك غالباً ولكن حصل لهم مال كثير فى زمن قليل بحيث لم يحصل لغيرهم ، فعليه الاعتماد على جريان قاعده اليد فى المقام مشكل .

ولكن هنا شبهه أخرى غير شبهه الغصبيه وعدم جواز الحليّه ، وهى احتمال حرمة أخذ الجائزه والصله وغيرهما من الجائرين ، واحتمال عدم جواز أكل أموالهم والتصرف فيها كحرمة معونتهم ومصاحبتهم والدخول عليهم بالحرمة التكليفيه . وهذه الشبهه الأخيره

ص: ٣٠٠



مدفوعه بأصالة البراءة وأصالة الحلّيه . ولعلّ تمسك الشيخ الأعظم بالأصل - وهو هنا أصلى البراءة والحلّيه - لدفع الشبهه الأخيره ، لا الغصبيه وعدم جواز حلّيه المال ، كما تبّه عليه المحقق الخميني (١) قدس سره .

ولكن يمكن أن يناقش فيه : بأنّ حمل الإجماع فى كلمات القوم والروايات الوارده فى المقام على ما ذكره مشكّل . ولعلّ هذا صار قرينه على أنّ المراد بالأصل فى كلام الشيخ الأعظم قدس سره يجرى فى الشبهه الأولى فقط .

### وأما المراد بالإجماع فى كلامه

فقد يظهر من مطاوى ما ذكرناه لك من كلمات القوم الإجماع على هذا الحكم ، كما صرح بعدم الخلاف فى المقام أو الإجماع أصحاب الحدائق (٢) والمصابيح (٣) وشرح القواعد (٤) والرياض (٥) والمستند (٦) والجواهر (٧) والمكاسب (٨) . ولم يظهر خلاف هذا الحكم ممّن تأخر عنهم بل يظهر موافقتهم معهم .

ولكن من المحتمل جداً أنّ مدرك المجمعين الأصول المرخّصه والروايات المجوّزه فى المقام ، فحينئذ صار الإجماع مدركياً لا يغنى ولا يضمن من جوع .

### وأما المراد بالروايات

يأتى ممّن تفصيلاً الروايات الوارده فى المقام وأما بعضها :

فمنها: صحيحه أبى ولّاد - الحنّاط وهو حفص بن سالم وقيل ابن يونس ، ثقّه - قال :

ص: ٣٠١

١- (١) المكاسب المحرّمه ٢ / ٢٢٣ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٤١ .

٣- (٣) المصابيح للسيد بحر العلوم الطبائى النجفى قدس سره حيث نقل عنه فى الجواهر ٢٢ / ١٧٠ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٣٣٨ .

٥- (٥) رياض المسائل ٨ / ٢٠٥ .

٦- (٦) مستند الشيعه ١٤ / ١٩٩ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ١٧٠ .

٨- (٨) المكاسب ٢ / ١٦٥ .

قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما ترى فى رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم ، وأنا أمرّ به فأنزّل عليه فيضيفنى ويحسن إليّ ، وربّما أمر لى بالدرهم والكسوه ، وقد ضاق صدرى من ذلك ؟ فقال لى : كُلْ وَخُذْ مِنْهُ فَلكَ المهنأ وعليه الوزر(١).

ومنها : صحيحه أبى المغرا - وهو حميد بن المثنى الثقه - قال : سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده ، فقال : أصلحك الله أمرّ بالعامل فيجيزنى بالدرهم آخذها ؟ قال : نعم ، قلت : وأحج بها ؟ قال : نعم(٢).

ومنها : حسنه أو معتبره محمد بن مسلم وزراره قالأ : سمعناه يقول : جوائز العمال ليس بها بأس(٣).

ومنها : صحيحه أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه عن أبى جعفر عليه السلام قال : لا بأس بجوائز السلطان(٤).

ومنها : حسنه محمد بن هشام أو غيره قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : أمرّ بالعامل فيصلنى بالصله أقبها ؟ قال : نعم ، قلت : وأحج منها ؟ قال : نعم وحجّ منها(٥).

لا يخفى أنّ كلمه « أو غيره » يوجب الإخلال بسند الروايه ، ولكن متنها ودالاتها واضحه .

ومنها : معتبره أبى بكر الحضرمى قال : دخلت على أبى عبد الله عليه السلام وعنده إسماعيل ابنه ، فقال : ما يمنع ابن أبى السماك أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفيه الناس ، ويعطيهم ما يعطى الناس ؟ ثم قال لى : لم تركت عطاءك ؟ قال : مخافه على دينى ، قال : ما منع ابن أبى السماك أن يبعث إليك بعطائك ؟ أما علم أنّ لك فى بيت المال نصيباً(٦) ؟ !

ص: ٣٠٢

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٣ ح ١ . الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٣ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٨ ح ١٦ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٦ .

ومنها : مرسله القاضي نعمان عن أبي جعفر عليه السلام أنه سُئِلَ عن جوائز المتغلبين ، فقال : قد كان الحسن والحسين عليهما السلام يقبلان جوائز معاويه لأنهما كانا أهل لما يصل من ذلك إليهما ، وما في أيدي المتغلبين عليهم حرام وهو للناس واسع إذا وصل إليهم في خير وأخذوه من حقه (١) .

وهذه الروايات المستفيضة المعتبره تدلّ بإطلاقها على حكم هذا القسم من جوائز الجائر بلا إشكال .

ثم ذكر الشيخ الأعظم قدس سره مكاتبه الحميري (٢) وقال قبلها : « ربّما يوهم بعض الأخبار أنه يُشترط في حلّ مال الجائر ثبوت مال حلال له » (٣) ، ثم قال : « لكن هذه الصوره قليله التحقّق » (٤) .

أقول : مورد مكاتبه الحميري وجود العلم بوجود الحرام في جملة أموال الجائر ، وهو مفقود في هذا القسم ، فعليه المكاتبه تحمل على القسم الثاني كما حملها الفقيه اليزدي (٥) والمحققون الإيرواني (٦) والأردكاني (٧) والخوئي (٨) قدس سرهم . ولم يكن موردها قليل التحقّق بل كثيراً ما يتحقّق .

## القسم الثاني :

### إشاره

وهو أن يكون الآخذ علم إجمالاً أنّ في أموال الجائر محرّماً ولكن ليس له علماً - لا

ص : ٣٠٣

- ١- (١) دعائم الإسلام ٢ / ٣٢٣ ح ١٢٢٣ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨١ ح ١٨ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٧ ح ١٥ .
- ٣- (٣) المكاسب ٢ / ١٦٥ .
- ٤- (٤) المكاسب ٢ / ١٦٧ .
- ٥- (٥) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٥ .
- ٦- (٦) حاشيه المكاسب ١ / ٣١٠ .
- ٧- (٧) غنيه الطالب ١ / ٢٥٧ .
- ٨- (٨) مصباح الفقاهه ١ / ٤٩٤ .

تفصيلاً ولا إجمالاً - بالحرام فى المأخوذ منه ، وهذا القسم ينقسم إلى صورتين :

الصورة الأولى : عدم تعارض الأصول والأمارات فى أطراف العلم الإجمالى

ذكر الشيخ الأعظم (١) جواز التصرف فى هذه الصورة بأحد شرطين على سبيل منع الخلو :

الأول : إذا كانت الشبهه فى أطراف العلم الإجمالى غير محصوره .

الثانى : إذا كانت الشبهه محصوره بين ما لا- يبتلى المكلف به وبين ما من شأنه الإبتلاء به ، ثم مثل بما « إذا علم أنّ الواحد المرّد بين هذه الجائزه وبين أمّ ولده المعدوده من خواصّ نسائه (أى نساء الجائر) مغصوب» (٢) .

فإذا كان بعض أطراف العلم الإجمالى خارجاً عن محل الإبتلاء فلا ينتجز .

واستدلّ عليه فى الفرائد (٣) بوجه أشار هنا إلى واحد منها ، وهى : من شرائط تنجز العلم الإجمالى كون التكليف المتعلق بالواقع فعلياً على كلّ تقدير ومع عدم كونه مشروطاً بالإبتلاء فى بعض الأطراف ، وإلا- صار فى ما هو فى معرض الإبتلاء كالشبهه البدويه ، فلا ينتجز العلم الإجمالى فيه .

أقول : بنظرنا القاصر العلم الإجمالى منجز بالنسبه إلى التكليف الواقعى ، لتعارض الأصول النافيه فى أطرافه ولكن إذا جرى فى بعضها دون البعض كما فى الموردين اللذين ذكرهما الشيخ الأعظم قدس سره لأنه إذا كان بعض الموارد خارجاً عن محلّ ابتلاء المكلف فلا يجرى الأصل النافى بالنسبه إليه لعدم طرو الفائده عليه بالنسبه إلى المكلف ، فيصير الأصل النافى فى الطرف الآخر بلا معارض ، فيجرى وصار كالشبهه البدويه .

وهكذا مآل الشبهه غير المحصوره ترجع إلى خروج ابتلاء المكلف عن كثير من أفراده فصار كالمورد الأول .

وما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره بالنسبه إلى عدم تنجز العلم الإجمالى فى الموردين تام

ص: ٣٠٤

١- (١) المكاسب ٢ / ١٦٧ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٦٧ .

٣- (٣) فرائد الأصول ٢ / ٢٣٣ التنبيه الثالث .

عندنا ، ولكن يختلف طريقنا وطريقه في الاستدلال ، مع الإتحاد في النتيجة . والتفصيل يطلب من علم الأصول .

ولعله أشار إلى ما ذكرنا المحقق الإيروانى فى ذيل قول الشيخ الأعظم : « فإن كانت الشبهه فيها غير محصوره ... » (١) حيث يقول : « أو وإن كانت محصوره لكن كان العلم الإجمالى بين ما بقى فى يد الجائر وما خرج من يده بغضبٍ أو إباقٍ أو نحو ذلك ، فإنّ هذا مشارك فى الحكم للصوره الأولى » (٢) .

والحاصل ، الحكم بالجواز فى هذه الصوره مبنئى على عدم تنجز العلم الإجمالى فى المقام كما مرّ ، وأما ابتناؤها على قاعده اليد فمشكل بما مرّ فى القسم الأوّل ، بأنّها معتبره بالنسبه إلى ما لا يعلم حالته السابقه ، وأما إذا ظهرت حالته السابقه فلا اعتبار بها ، فالتمسك بقاعده اليد فى المقام مطلقاً لا يتمّ .

خلافاً للمحقق الخوئى (٣) قدس سره وشيخنا الأستاذ (٤) - مدظله - .

### هل أخذ الجائزه من الجائر مكروه مع العلم بوجود الحرام فى أمواله ؟

ذهب إلى الكراهه جمع من الأصحاب ، منهم : العلامه فى المنتهى (٥) والشهيد فى الدروس قال : « وترك أخذ ذلك من الظالم مع الاختيار أفضل » (٦) ، وثانيه فى المسالك (٧) والأردبيلى فى مجمع الفائده بعد الحكم بأنّه مكروه للشبهه قال : « ولا شبهه فى أنّ الإجتنب أولى ، وهو واضح عقلاً ونقلاً ولا يحتاج إلى البحث » (٨) .

ص : ٣٠٥

١- (١) المكاسب ٢ / ١٦٧ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣١١ .

٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٤٩٥ .

٤- (٤) ارشاد الطالب ١ / ٣١٣ .

٥- (٥) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٦ الطبع الحجرى .

٦- (٦) الدروس ٣ / ١٧٠ .

٧- (٧) مسالك الأفهام ٣ / ١٤١ .

٨- (٨) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٨ .

والسبزواری فی الکفایه قال : « واشتهر بینهم أنه مکروه» (١) ولكن ناقش هو فیها ، واختار الکراهه المحدث البحرانی (٢) والسید بحر العلوم الطباطبائی (٣) ، وقال الشیخ جعفر : « والأقوی استحباب التجنب مطلقاً ، لما دلّ علی رجحان التعفّف وعزه النفس والتباعد عن منّه الفسیاق والفجّار ، بل التجنب عن منّه الخلق جميعاً أولى» (٤) ، وقال فی الریاض : « والأفضل التورّع عنها بلا خلاف إن لم یخبر المجهز بالإباحه للشبهه الموجبه للکراهه» (٥) ، وقال فی المستند : « والأفضل التورّع عنها فی غیر ما علم حلّه إجماعاً ، لصدق الشبهه المأمور باجتنابها ، إلاّ مع إخبار المخیر بالإباحه فلا تکره كما قیل بل نفی عنه الخلاف . وهو مشکل ، لعدم خروجه عن الشبهه إذا احتمل کذبه ... » (٦) . وقال فی الجواهر : « ولا- ریب فی أنّه أحوط كما أنّه لا ریب فی استحباب التنزه عن جوائزهم ... » (٧) .

## الاستدلال علیها بوجوه

### إشاره

ثمّ قد استدلوا علیها بوجوه :

### الأوّل : الدلیل قائم علی جواز أخذها ظاهراً

ولكن یحتمل فی الواقع أن تكون حراماً ، فلذا الإجتنب عنها أولى ، فیکون أخذها مکروهاً . ولعلّ هذا مراد العلامه (٨) فی الإستدلال علیها باحتمال الحرمة .

وفیه : کبری هذا الاستدلال هی حکم العقل برجحان الإحتیاط ، وهو تام ولكن لا- تثبت الکراهه الشرعیه كما ذکره المحقق الإيروانی (٩) . مضافاً إلى أنّها لو تثبتت الکراهه

ص: ٣٠٦

١- (١) الکفایه ١ / ٤٤٧ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٤١ .

٣- (٣) حکاه عنه السید محمد المجاهد فی المناهل / ٣٠٣ ونقل الشیخ الأعظم عن المجاهد فی مکاسب ٢ / ١٦٩ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٣٤٠ .

٥- (٥) ریاض المسائل ٨ / ٢٠٦ .

٦- (٦) مستند الشیعه ١٤ / ٢٠٠ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ١٧٦ .

٨- (٨) منتهی المطلب ٢ / ١٠٢٦ الطبع الحجری .

٩- (٩) الحاشیه علی مکاسب ١ / ٣١١ .

الشرعيه لثبت بالنسبه إلى جميع الناس حتى المتورعين في أمورهم لوجود هذا الإحتمال في أموالهم أيضاً ، ولكن لم يلتزم به أحد .

اللهم إلا- أن يقال : إنَّ الدليل « ليس مجرد الإحتمال وإلا لعمت كراهه أخذ المال من كلِّ أحدٍ ، بل الموجب له كون الظالم مظنه الظلم والغصب وغير متورّع عن المحارم ، نظير كراهه سؤر مَنْ لا يتوقّى النجاسه» كما ذكره الشيخ الأعظم(١) قدس سره . فحينئذ يتم الدليل ، ولكن دون إثبات كراهه الأخذ من غير المتورّع ومن يكون في مظنه الظلم والغصب خرط القتاد .

### الثاني : الروايات الواردة على حُسن الاحتياط ، وهي كثيره :

منها : معتبره عمر بن حنظله عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في حديث : فإنَّ الوقوف عند الشبهات خيرٌ من الإقتحام في الهلكات(٢) .

ومنها : مرسله الطبرسي أنه قال : وفي الحديث : دع ما يريبك إلى ما لا يريبك(٣) .

قال الطبرسي : « الريب مصدر رابه يريبه : إذا حصل فيه الريبه ، وحقيقه الريبه قلق النفس واضطرابها . ثم ذكر الحديث وقال : والمعنى أنه من وضوح دلالاته بحيث لا ينبغي أن يرتاب فيه ، إذ لا مجال للريبه فيه»(٤) .

ومنها : خبر أبي هشام الجعفرى عن الرضا عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لكميل بن زياد : أخوك دينك فاحتط لدينك بما شئت(٥) .

ومنها : خبر نعمان بن بشير قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : إنَّ لكلِّ ملك حمى وإنَّ حمى الله حلاله وحرامه والمشتبهات بين ذلك ، كما لو أن راعياً رعى إلى جانب الحمى لم تثبت غنمه أن تقع في وسطه ، فدعوا المشتبهات(٦) .

ص: ٣٠٧

١- (١) المكاسب ٢ / ١٧٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ١٥٧ ح ٩ . الباب ١٢ من أبواب صفات القاضي .

٣- (٣) جوامع الجامع ١ / ١٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٧ / ١٦٧ ح ٤٣ .

٤- (٤) جوامع الجامع ١ / ١٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧ / ١٦٧ ح ٤٦ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٧ / ١٦٧ ح ٤٥ .

وفيه : هذه الروايات إرشاد إلى حسن الإحتياط شرعاً كما هو حسن عقلاً ، فلا يمكن إثبات الكراهه الشرعيه بها ، مضافاً إلى عدم اختصاصها بالمقام بل هي جاريه فى جميع الشبهات .

### الثالث : أخذ المال والجائزه من الظالمين يوجب محبتهم ومودتهم

لأنّ القلوب مجبولة على حبّ من أحسن إليها ، وقد ورد النهى فى الروايات المستفيضه عن محبتهم ومودتهم والتقرب إليهم ، ويترتب عليها من المفاسد ما لا يخفى .

ومن الروايات الناهيه صحيحه أبى بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمالهم فقال لى : يا أبا محمد ، لا ولا مدّه قلم ، إنّ أحدهم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلاّ أصابوا من دينه مثله ، أو حتّى يصيبوا من دينه مثله . الوهم من ابن أبى عمير (١) .

ومنها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ما اقترب عبد من سلطان جائر إلاّ تباعد من الله ، ولا كثر ماله إلاّ اشتدّ حسابه ، ولا كثر تبعه إلاّ كثر شياطينه (٢) .

ومنها : معتبره أخرى له عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إياكم وأبواب السلطان وحواشيها ، فإنّ أقربكم من أبواب السلطان وحواشيها أبعدكم من الله عزّ وجلّ ، ومن آثر السلطان على الله أذهب الله عنه الورع وجعله حيراناً (٣) .

ومنها : مرفوعه سهل بن زياد عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عزّ وجلّ : «وَلَا تَزْكُوتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» (٤) ، قال : هو الرجل يأتى السلطان فيحبّ بقاءه إلى أن يدخل يده إلى كيسه فيعطيه (٥) .

ومنها : معتبره أو حسنه محمد بن هشام عمّن أخبره عن أبى عبد الله عليه السلام قال : إنّ

ص: ٣٠٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ١٧٩ ح ٥ . الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨١ ح ١٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨١ ح ١٣ .

٤- (٤) سورة هود / ١١٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٨٥ ح ١ . الباب ٤٤ من أبواب ما يكتسب به .



قوماً مَمَّن آمن بموسى عليه السلام قالوا: لو أتينا عسكر فرعون فكُنّا فيه ونلنا من دنياه حتّى إذا كان الذى نرجوه من ظهور موسى عليه السلام صرنا إليه ، ففعلوا ، فلمّا توجه موسى عليه السلام ومَن معه هارين من فرعون ركبوا دوابهم وأسرعوا فى السير ليلحقوا موسى عليه السلام وعسكره فيكونوا معهم ، فبعث الله ملكاً فضرب وجوه دوابهم فردّهم إلى عسكر فرعون ، فكانوا فى من غرق مع فرعون(١) .

ومنها : موثقه أو معتبره على بن عقبه عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال : حقّ على الله عزّ وجلّ أن تصيروا مع من عشتم معه فى دنياه(٢) .

ومنها : صحيحه الوليد بن صبيح عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث : يا وليد متى كانت الشيعة تسأل عن أعمالهم ؟ إنّما كانت الشيعة تقول : يؤكل من طعامهم ، ويشرب من شرابهم ، ويستظلّ بظلّهم ، متى كانت الشيعة تسأل عن هذا(٣) ؟

بتقريب : أنّ المرتكز فى أذهان الشيعة حزازه الأكل من طعامهم والشرب من شرابهم حتّى الإستغلال بظلّهم ، ولذا يسألون أئمتهم أئمة الهدى عليهم السلام عنها ، ونفس هذا السؤال الذى نشأ من ارتكازهم يدلّ على الكراهه . والسؤال عن الإستغلال لا يضرّ بالمطلوب ، لعدم قرينه السياق ، ولأنّ الاستغلال بظلّهم لا يتحقق إلّا بالتقرب إليهم وإلى قصورهم ومنازلهم « وهم النار هم النار » كما ورد فى خبر إبراهيم بن مهاجر(٤) . وقد ورد فى مرسله سليمان الجعفرى عن الرضا عليه السلام أنّ « النظر إليهم على العمد من الكبائر التى يستحق بها النار »(٥) .

وفيه : أنه يمكن أن يناقش فى الجميع إلّا صحيحه الوليد ، بأنّ بين أخذ الجائزه منهم ومحبتهم عموم من وجه ، يمكن أن يأخذ الجائزه منهم ولا يحبهم بل يبغضهم ، ويمكن أن لا يأخذ منهم شيئاً ولكن يحبهم . وظاهر الروايات أنّ محبتهم من المحرّمات الشرعيه دون مجرد

ص : ٣٠٩

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٥ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٥ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٧ ح ١ . الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ١٨٨ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ١٩١ ح ١٢ .

الكراهه كما اعترف به المحقق الإيرواني (١) قدس سره ، ولكن بينه وبين الأخذ عموم من وجه كما مرّ .

ولكن صحيحه الوليد تامه السند والدلاله كما مرّ ، فيمكن إثبات الكراهه الشرعيه بها ، والله العالم .

ويؤيد الكراهه خبر الفضل بن ربيع أنّ الرشيد أمر بإحضار موسى بن جعفر عليه السلام يوماً فأكرمه وأتى بها بحُقّه الغاليه ففتحها بيده فغلفه بيده ، ثم أمر أن يُحمل بين يديه خلع وبدرتان دنانير ، فقال موسى بن جعفر عليه السلام : والله لو لا أنّي أرى مَنْ أزوّجه مِنْ عَزَابِ بنى أبي طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلتها أبداً (٢) .

وخبر آخر له قال : لما اصطحب الرشيد يوماً ، استدعى حاجبه فقال له : امض إلى على بن موسى العلوى عليه السلام وأخرجه من الحبس وألقه فى بركه السباع ، إلى أن ذكر أمره بإخراجه وإدخاله عليه ، فلما حضر بين يدي الرشيد عانقه ، ثم حمله إلى مجلسه ، ورفع فوق سريره ، وقال : يابن العم ، إن أردت المقام عندنا ففى الرب والسعه ، وقد أمرنا لك ولأهلك بمال وثياب ، فقال له : لا- حاجه لى فى المال ولا- الثياب ، ولكن فى قريش نفر يفرّق ذلك عليهم ، وذكر له قوماً فأمر لهم بصله وكسوه ، الحديث (٣) .

قال ابن طاوس بعد نقل هذا الخبر : لربّما كان هذا الحديث عن الكاظم موسى بن جعفر عليه السلام لأنّه كان محبوباً عند الرشيد ، لكننى ذكرت هذا كما وجدته (٤) .

ويؤيده أيضاً مرسله الصدوق قال : كان الحسن والحسين عليهما السلام يأخذان من معاويه الأموال ، فلا ينفقان من ذلك على أنفسهما وعلى عيالهما ما تحمله الذبابه بفيها (٥) .

والحاصل ، ذهبنا - تبعاً للمشهور - إلى كراهه أخذ جوائز الظالمين بدلاله صحيحه الوليد كما مرّ ، ويؤيدها هذه الروايات المذكوره ، والله العالم .

ص: ٣١٠

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ٣١١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢١٦ ح ١١ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٧ ح ٨ .

٤- (٤) مهج الدعوات / ٢٤٩ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨٠ ح ١٦ .

ثم ذكروا لإرتفاع الكراهه أُموراً :

منها : إخبار المجيز بحليتها

وأنها من أمواله الخاصه ، بأن يقول : هذه الجائزه من تجارتي أو زراعتي أو حديقتي أو معملى أو نحو ذلك . ولعل أول من تعرض لها المحقق الأردبيلي (١) كما مرّ كلامه في أول البحث وتبعه أصحاب الحدائق (٢) والمصاييح (٣) والرياض (٤) والمناهل (٥) والمكاسب (٦) ، وقال في الجواهر : « بل قيل : لا- كراهه في قبولها مع الإخبار بأنّها من الحلال ، والأمر في ذلك كلّ سهل » (٧) .

وأما مستند هذا الأمر يمكن أن يكون قبول قول ذي اليد الذي يرجع بالمآل إلى اعتبار قاعده اليد .

وفيه : ما قد مرّ منّا من عدم جريان قاعده اليد بإطلاقها بالنسبه إلى أموال الجائر ، أعنى بالنسبه إلى الأموال التي نعلم فيها ملكيتها السابقه ولا- نعلم كيفيه انتقالها إليه ، وفي هذه الموارد لا- تقبل قوله أيضاً ، لرجوع قبول قوله إلى تصحيح يده ، وهكذا الأمر بالنسبه إلى قول وكيله المأمون .

ولكن لا- ينقض على المستند بأنّ إخبار الثقة يكون حجه عند العقلاء والمتشرعه والشريعة ، والجائر لا يكون ثقّه فقوله ليس بمعتبر .

ص : ٣١١

١- (١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٦ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ / ٢٦١ .

٣- (٣) نقل عنه السيد المجاهد في المناهل / ٣٠٣ .

٤- (٤) رياض المسائل ٨ / ٢٠٦ .

٥- (٥) المناهل / ٣٠٣ .

٦- (٦) المكاسب ٢ / ١٦٩ .

٧- (٧) الجواهر ٢٢ / ١٧٧ .

لأن قول الثقة معتبر عندهم وفي الأحكام الشرعيه ، وأما بالنسبه إلى قول ذى اليد فقوله معتبر ولو لم يكن ثقته أو لم يحرز وثاقته . نعم الإحتياط بالنسبه إلى قول المتهّم حسنٌ لو لم نقل بعدم اعتبار قوله . فلو دخل المستشكل من هذا الوجه - وهو عدم اعتبار قول المتهّم - لكان حسناً . ومن الواضح أنّ الجائرين من أظهر مصاديق المتهّمين .

ولكن لا- ينقض على الاستدلال بما ذكره الفاضل النراقي بقوله : « وهو مشكّل ، لعدم خروجه عن الشبهه إذا احتمل كذبه ، ووجوب حمل قول المسلم على الصدق إن كفى فى رفع الشبهه لكفى ووجوب حمل فعله على الصحه فى رفعها بمجرد الإعطاء أيضاً ، فلا يكون مكروهاً مطلقاً» (١) .

لعدم استناد الكراهه إلى الشبهه كما سبق وكذا لا يتم ما ذكره المحقق الخوئى (٢) تبعاً له .

وكذا لا يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ (٣) - مدظله - بأنّ أخبار الإحتياط والتوقف عند الشبهات تجرى فى المقام أيضاً ، لما مرّ منّا من عدم استناد الكراهه إلى هذه الروايات .

### ومنها : إخراج الخمس .

ذهب إلى استحباب إخراج الخمس من الجوائز جماعه من الأصحاب ، منهم :

الشيخ فى النهايه (٤) وابن إدريس الحلى (٥) والعلامة فى التحرير (٦) وقال فى المنتهى : « من أنّ الخمس مطهر للمال المختلط يقيناً بالحرام ، ما لم يعلم فيه الحرام» (٧) . والأردبيلي قال : « فالظاهر أنّه مكروه (للشبهه خ) ويمكن استحباب إخراج خمسه ومواساه الإخوان

ص : ٣١٢

١- (١) مستند الشيعة ١٤ / ٢٠٠ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٤٩٨ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ١ / ٣١٥ .

٤- (٤) النهايه / ٣٥٧ .

٥- (٥) السرائر ٢ / ٢٠٣ .

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٧١ .

٧- (٧) منتهى المطلب ٢ / ١٠٢٥ من الطبع الحجرى .

لتزول» (١). وقال الشيخ جعفر: «ولا- يجب إخراج الخمس منها وليس من قسم ما يتعلّق به لكن إخراج احتمال الإختلاط لا بأس به» (٢). وقال سيد الرياض في ما يوجب انتفاء الكراهه: «... أو إخراج الخمس لكونه مطهراً للمال المختلط بالحرام علماً، فلأن يطهر المختلط به ظناً أو احتمالاً أولى ثم أولى» (٣). وقال في الجواهر: «قد يرفعها (أي يرفع الكراهه) أيضاً إخراج الخمس لمعلومية كونها لإختلاط ماله والخمس يطهر المختلط» (٤).

## الاستدلال عليه بوجوه

### إشاره

واستدلوا على هذا الإستحباب أو هذه الرافعيه للكراهه بوجوه:

### الأوّل: موثقه عمار

عن أبي عبد الله عليه السلام سُئل عن أعمال السلطان يخرج فيه الرجل؟ قال: لا إلا أن لا يقدر على شيء يأكل ولا يشرب ولا يقدر على حيله، فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت» (٥).

وفيه: أن مورد الموثقه هو الدخول في أعمالهم وحصول شيء له من ذلك، والفرق بينه وبين الجائزه واضح كما تبّه عليه صاحب الحدائق (٦). والأصحاب قدس سرهم لم يعملوا بالموثقه في موردها، وهو وجوب إعطاء الخمس لمن يدخل في أعمال الجائرين والظلمه، فكيف نعمل بها في جوائزهم.

مضافاً إلى أنّ ظاهرها وجوب إعطاء الخمس لا استحبابه، ولكن ليس ظاهرها ثبوت الخمس بعنوان ربح المكسب وفاقاً للمحقق الإيرواني (٧)، لأنّ ظاهرها ثبوت الخمس

ص: ٣١٣

١- (١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ٨٧.

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٤١.

٣- (٣) رياض المسائل ٨ / ٢٠٦.

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٧٦.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٠٢ ح ٣ و ٩ / ٥٠٦ ح ٢.

٦- (٦) الحدائق ١٨ / ٢٦٥.

٧- (٧) حاشيه المكاسب ١ / ٣١٤ ولذا قال فيها: «محتمل الموثقه وظاهر باقى الأخبار ثبوت الخمس بعنوان ربح المكسب» ولا يقول ظاهر الموثقه فقبل ظهورها في المال المشتبه.

بعنوان المال المشتبه ، كما ورد نظيره فى صحيحه حفص بن البخرى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : خذ مال الناصب حيثما وجدته وادفع إلينا الخمس (١).

والأصحاب أعرضوا عن الموثقه وحملوها على خمس الأرباح ولكن عملوا بالصحيحه . وبالجمله الموثقه لا- تدلّ على ثبوت الخمس فى جوائز الجائرين .

### الثانى : الروايات الوارده حول وجوب الخمس فى المال الحلال إذا اختلط بالحرام

إذا لم يتميّز قدر المال ولم يعرف صاحبه ، فيصير إخراج الخمس منه بدلاً واقعيّاً من الحرام ، فيرتفع به أثره ، وهو وجوب الإجتنب من جميعه ، فحينئذ صار المال حلالاً واقعيّاً . فإذا كان هذا حكم المال المختلط بالحرام واقعاً ويوجب تطهيره ، فمحتمل الحرمة أولى بالتطهير بالخمس ، فيصير أداء خمسه ندباً ويوجب خروجه عن الشبهه .

وأما رواياتها متعددة :

فمنها : معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال : إننى كسبت مالاً أغمضت فى مطالبه حلالاً وحراماً ، وقد أردت التوبه ولا أدرى الحلال منه والحرام وقد اختلط عليّ ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : تصدّق بخمس مالك ، فإنّ الله رضى من الأشياء بالخمس وسائر المال لك حلال (٢).

ومنها : صحيحه عمار بن مروان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : فيما يخرج من المعادن والبحر والغنيمه والحلال المختلط بالحرام إذا لم يعرف صاحبه والكنوز الخمس (٣).

ومنها : خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السلام قال : إنّ رجلاً أتى أمير المؤمنين عليه السلام فقال : يا أمير المؤمنين إننى أصبت مالاً لا- أعرف حلاله من حرامه ، فقال له : أخرج الخمس من ذلك المال ، فإنّ الله عزّ وجلّ قد رضى من المال بالخمس ، واجتنب ما كان صاحبه يُعلم (٤).

وفيه : أولاً : ما ورد فى الروايات وأفتى به الأصحاب هو إخراج الخمس من المال

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعه ٩ / ٤٨٧ ح ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠٦ ح ٤ وروى نظيرها فى ١٨ / ١٣٠ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٩ / ٤٩٤ ح ٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠٥ ح ١ . الباب ١٠ من أبواب ما يجب فيه الخمس .

المختلط بالحرام ، فيكون كالمصالحه في نظر الشارع ، وأما المال المحتمل كونه حراماً كلّها فلا معنى لتطهيره بإخراج خمسه ، فلا بدّ من الإجتنا من جميعه .

وثانياً : سرايه الحكم من المال المختلط إلى المال المشتبه قياس مع الفارق ، كما نبّه عليه صاحب الحدائق(١) .

وثالثاً : لو أغمضنا وقبلنا تماميه الاستدلال ، يصير أداء الخمس من المال المشتبه مستحباً ، وأما المُدعى - وهي رافعيه الخمس لكراهه أخذ الجائزه - لم تثبت .

### الثالث : الروايات الوارده حول وجوب الخمس في مطلق الجوائز

وردت عدّه من الروايات تدلّ على وجوب الخمس في الجائزه مطلقاً ولكن الأصحاب لم يفتوا بمضونها وحملوها على الاستحباب ، فيمكن الحكم باستحباب إخراج الخمس من جوائز الجائز أيضاً ، لأنّها تدخل في مطلق الجوائز . وأما الروايات :

فمنها : صحيحه على بن مهزيار الطويله عن أبي جعفر الثاني عليه السلام أنّه قال في ما يتعلّق به الخمس : والغنائم والفوائد يرحمك الله فهي الغنيمه يغنمها المرء والفائده يفيدها والجائزه من الإنسان للإنسان التي لها خطر ، الحديث(٢) .

ومنها : خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كتبت إليه في الرجل يهدى إليه مولاه والمنقطع إليه هديّه تبلغ ألفي درهم أو أقلّ أو أكثر هل عليه فيها الخمس ؟ فكتب عليه السلام : الخمس في ذلك ، الحديث(٣) .

سند الروايه : ابن إدريس رواها عن خط جده الشيخ الطوسي عن نوادر محمد بن علي بن محبوب الأشعري الجوهري القمي كما صرح بذلك في السرائر(٤) وللشيخ سند صحيح إلى كتب ابن محبوب(٥) ، فصار السند إلى ابن محبوب صحيحاً ، ولكن الإشكال في أحمد بن هلال

ص: ٣١٥

١- (١) الحدائق ١٨ / ٢٦٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠١ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠٤ ح ١٠ .

٤- (٤) السرائر ٣ / ٦٠١ .

٥- (٥) الفهرست / ٤١١ الرقم ٦٢٤ .

العبر تائي ، لأنه ملعون في لسان الأئمة (١) عليهم السلام (٢) ، فلا يمكن الأخذ بروايته بمجرد قول النجاشي في حقه : « صالح الروايه» (٣) ، فالسند ضعيف بأحمد .

وأما دلالتها : على وجوب الخمس في الهدية والجائزه واضحه ولا يصغى إلى ما ذكر في الروايه بأنها « لا خمس في ذلك» (٤) بقريته « حصر الخمس في الهدية ولم يعمل به أحد» (٥) . لعدم الإعتناء بهذا الإحتمال والقريته كما ناقشه مقزّر هذا المحتمل (٤) .

ومنها : صحيحه يزيد بن إسحاق شَعْر قال : كتبت : جعلت لك الفداء ، تعلّمني ما الفائدة وما حدّها ؟ رأيك أبقاك الله أن تمنّ عليّ ببيان ذلك لكى لا- أكون مقيماً على حرام لا- صلاه لى ولا صوم ، فكتب : الفائدة ممّا يفيد إليك فى تجاره من ربحها وحرث بعد الغرام ، أو الجائزه (٧) .

أقول : قد حملت « يزيد » فى السند إلى ابن إسحاق شَعْر الثقه ، وهو الذى يروى عن موسى بن جعفر عليه السلام وعلى بن موسى الرضا عليه السلام ، ورجع عن القول بالوقف على فرض ذهابه إليه ، لأنّ أحمد بن محمد بن عيسى يروى عنه فقط ، فصار سند الروايه صحيحاً . والعجب من السيد البروجردى قدس سره مع كمال تبحره فى علم الرجال قال فى مجلس درسه الشريف : « وليعلم أنّ الراوى عن يزيد فى هذه الروايه هو أحمد بن محمد بن عيسى ولم يرو عنه فى الكتب الأربعة

ص: ٣١٦

- ١- (١) راجع رجال الكشى / ٥٣٥ ح ١٠٢٠ والغيبه / ٢١٤ للشيخ الطوسى .
- ٢- (٢) ورد فى الروايه الصحيحه التى ذكرها الشيخ الصدوق فى كمال الدين / ٤٨٩ هكذا : « ولما ورد نعى ابن هلال لعنه الله جاءنى الشيخ [ أى الحسين بن روح ] فقال لى : أخرج الكيس الذى عندك ، فأخرجته إليه ، فأخرج إليّ رقعاً فيها : وأما ما ذكرت فى أمر الصوفى المتصنع - يعنى الهاللى - فبتر الله عمره ، ثم خرج من بعد موته : فقد قصدنا فصرنا عليه فبتر الله تعالى عمره بدعوتنا» .
- ٣- (٣) رجال النجاشى / ٨٣ الرقم ١٩٩ .
- ٤- (٤) كما ذكره المحقق البروجردى فى تقريرات بحثه الشريف / ٤٠٦ من خمس تفصيل الشريعه .
- ٥- (٥) زبده المقال فى خمس الرسول والآل / ٨٣ .
- ٦- (٦) الخمس والانفال من تفصيل الشريعه / ١٣١ .
- ٧- (٧) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠٣ ح ٧ .



إلا هذه الروايه ، ولا يعلم من يزيد ولم يعلم أبوه فهو مجهول الحال رأساً»(١).

ومنها : خبر على بن الحسين بن عبدربه قال : سرح الرضا عليه السلام بصله إلى أبي ، فكتب إليه أبي : هل عليّ فيما سرحت إليّ خمسٌ ؟ فكتب إليه : لا خمس عليك فيما سرح به صاحب الخمس(٢).

رجال السند كلهم ثقات وحسان إلا السهل ، وعلى القول بأن الأمر فيه سهل تمّ السند .

وتقريب الاستدلال هو ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره في كتاب الخمس(٣) ، حيث وجّه الإمام عليه السلام « عدم الخمس في المسرح هو كون المسرح صاحب الخمس لا لكونه تسريحاً » ، وأعميه الصلّه عن مطلق الجائزه فضلاً عن جائزه الظالم ظاهره كما تبّه عليه المحقق النقي الشيرازي(٤) قدس سره .

وفيه : أولاً- : على فرض تماميه الاستدلال فيستحب إخراج الخمس من مطلق الجوائز ومنها جوائز الجائر ، وأين هذا من رفع الكراهه بهذا الإخراج ؟

وثانياً : لم يحرز إعراض الأصحاب بالنسبه إلى الروايات ، فيمكن القول بوجوب إخراج خمس الجوائز والهدايا إمّا مطلقاً أو إذا كانت لها خطراً أي ذاقيمه يعتنى بها كما عليه البعض ، وهو المختار ، فلا تتم أركان الاستدلال .

وثالثاً : على القول بوجوب إخراج الخمس من الجوائز إمّا مطلقاً أو إذا كان لها خطر يدخل في خمس أرباح المكاسب ويُسْتثنى منه مؤنه السنه ، لأنّ المال الواحد لا- يخمس مرتين . فالهديه أو الجائزه إذا كانت خطيره وذاقيمه كثيره ولم تصرف في مؤنه السنه يتعلّق بها الخمس ، والله العالم .

ص: ٣١٧

١- (١) تقريرات بحث الخمس للمحقق البروجردى / ٤٠٦ بقلم آيه الله الفاضل - مدظله - المطبوعه ضمن تفصيل الشريعه ، وزبده المقال في خمس الرسول والآل / ٨٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠٨ ح ٢ .

٣- (٣) كتاب الخمس / ٨٦ الطبعة الحديثه عام ١٤١٥ ق .

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٥ .

كراهه أخذ جوائز الجائزين تختص بما إذا أخذها لنفسه وأنفقها في حوائجه ، ولكن إذا أخذها لغيره والإنفاق عليهم وقضاء حوائجهم ، فلا يكره كما سبق ذكر كلام المحقق الأردبيلي (١) في هذا المقام .

وتبعه الشيخ جعفر وقال : « غير أنه لو حصلت مرجحات أقوى منها غلبت عليها ، كما إذا كان الغرض التوصل إلى طلب العلم وإعانه الفقراء وصله الأرحام وغير ذلك ، فإنه ينقلب الرجحان » (٢) .

وتلميذاه صاحب المفتاح والجواهر ، قال الأول منهما : « لو حصل مرجحات أخر أقوى غلبت الكراهيه ، كما إذا كان الغرض تحصيل العلم وإعانه الفقراء والأرحام المضطرين إلى غير ذلك » (٣) .

وقال ثانيهما : « كما أنه أيضاً يرفعها أيضاً اقترانها بمرجحات تقتضى قبولها على حسب غيرها من المكروهات » (٤) .

وقال الشيخ الأعظم : « إن الكراهه ترتفع بكلّ مصلحه هي أهمّ في نظر الشارع من الإجتناّب عن الشبهه » (٥) .

وقال المحقق الإيروانى : « لا- إشكال في ارتفاع الكراهه بكلّ مصلحه هي أهمّ من اجتناب المشتبه ، بلا حاجه إلى التمسك لإثباته بهذه الروايه (أى روايه الكاظم عليه السلام ) ، وإنما الكلام في الصغرى وأنّ كلّ مصلحه وإن كانت ضعيفه هي أهمّ في نظر الشارع من مفسده إرتكاب المشتبه ، وهذه الكليّه غير مستفاده من الروايه ... » (٦) .

ص: ٣١٨

١- (١) مجمع الفائدة والبرهان ٨ / ٨٨ .

٢- (٢) شرح القواعد ١ / ٣٤٠ .

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٨٧ .

٤- (٤) الجواهر ٢٢ / ١٧٧ .

٥- (٥) المكاسب ٢ / ١٧٣ .

٦- (٦) حاشيه المكاسب ١ / ٣١٥ .

أقول : ما ذكره الأعلام فى المقام تام ، والكراهه إذا تعارضت مع مصلحه أقوى منها ترتفع بلا إشكال . ويؤيدها خبران للفضل بن ربيع (١) ومرسله الصدوق (٢) الماضيه . وخبر مفضل بن قيس بن رمانه قال : دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فذكرت له بعض حالى ، فقال : يا جاريه هاتى ذلك الكيس ، هذه أربعمائه دينار وصلنى بها أبو جعفر فخذها وتفرج بها . قال : فقلت : لا والله جعلت فداك ما هذا دهري ، ولكن أحببت أن تدعو الله عزّ وجلّ لى . قال فقال : إننى سأفعل ، ولكن إياك أن تخبر الناس بكلّ حالك فتهدون عليهم (٣) .

### ومنها : الكراهه نزول بالانتقال

قال الشيخ جعفر : « والظاهر أنّ الكراهه - على القول بها - تختص بالمرتبه الأولى ، فلو انتقل إلى الثانيه أو الثالثه زالت الكراهه » (٤) .

أقول : إن كان منشأ الكراهه اجتناب الشبهه أو أخبار الإحتياط لا تختص بالمرتبه الأولى بل تعم غيرها من المراتب كما تبّه عليه المحقق الأردكاني (٥) قدس سره ، ولكن إن كان منشأها حرمة محبتهم أو صحيحه الوليد بن صبيح فتختص بالمرتبه الأولى ، وحيث أنّ التمسك بالصحيحه كان مختارنا فإذا انتقلت الجائزه إلى الثانيه أو الثالثه فقد زالت الكراهه .

### تنبيه : كيف يأخذ الأئمه عليهم السلام جوائزهم مع ثبوت الكراهه فى أخذها ؟

عدّه من الروايات تدلّ على أنّهم عليهم السلام يأخذون جوائز الجائرين كما مرّ منّا بعضها فيما سبق وأمّا غيرها :

فمنها : موثقه الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام : أنّ الحسن

ص : ٣١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢١٦ ح ١١ ، ومستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٧ ح ٨ .

٢- (٢) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٨٠ ح ١٦ .

٣- (٣) الكافي ٤ / ٢١ ح ٧ ونقل عنه مختصره فى وسائل الشيعه ١٧ / ٢١٥ ح ٩ .

٤- (٤) شرح القواعد ١ / ٣٤١ .

٥- (٥) غنيه الطالب ١ / ٢٦٢ .

والحسين عليهما السلام كانا يغمزان معاويه ويقعان فيه ويقبلان جوائزهم (١).

ومنها: خبر الرشيد أنّ موسى بن جعفر عليه السلام دخل عليه يوماً فأكرمه ، ثم ذكر أنّه أرسل إليه مائتي دينار (٢).

ومنها: مرسله الطبرسي عن الحسين عليه السلام أنّه كتب كتاباً إلى معاويه وذكر الكتاب وفيه تقرّيع (٣) عظيم وتوبيخ بليغ ، قال :  
فما كتب معاويه بشيء يسوؤه ، وكان يبعث إليه في كلّ سنة ألف ألف درهم سوى عروض وهدايا من كلّ ضرب (٤).

ومنها: خبر محمد بن عيسى (٥) وخبر الحسن بن الفضل (٦) ومرسلتان للربيع (٧) وخبران آخران له (٨) وخبر محمد بن الزبيران  
الدامغانى (٩) ومرسله الطبري (١٠) وغيرها من الروايات .

يمكن حملها على وجوه :

الأوّل : أنّ الأرض وما فيها كلّها لهم ، كما ورد بذلك عدّه من الروايات المعتبره نحو خبر أبي خالد الكابلي (١١) وصحيحه عمر  
بن يزيد (١٢) وصحيحه حفص بن البختري (١٣)

ص : ٣٢٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٦ ح ١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٦ ح ١٢ .

٣- (٣) تقرّيع : تنقيص ويعاب ، قرع صفاته : أى تنقّصه وعابّه .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٧ ح ١٤ .

٥- (٥) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٣ ح ١ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٤ ح ٢ .

٧- (٧) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٤ ح ٣ ، و ١٣ / ١٧٥ ح ٥ .

٨- (٨) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٦ ح ٦ و ٧ .

٩- (٩) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٧ ح ٩ .

١٠- (١٠) مستدرک الوسائل ١٣ / ١٧٨ ح ١٠ .

١١- (١١) الكافي ١ / ٤٠٧ ح ١ . ويأتى توضيح حول سند هذه الروايه فى هذا المجلد ، صفحه ٤٧٢ .

١٢- (١٢) الكافي ١ / ٤٠٨ ح ٣ .

١٣- (١٣) الكافي ١ / ٤٠٩ ح ٨ .

وغيرها(١).

الثانى : أنّ لهم حقّاً بل حقوقاً فى بيت المال ، فتكون الجوائز من حقوقهم الواجبه ، كما نبّه عليه الشهيد وقال : « لأنّ ذلك من حقوقهم بالأصالة »(٢).

بل هم الذين يجوز لهم التصرف فى بيت المال أولاً وبالذات والأصالة .

الثالث : إنّهم عليهم السلام أخذوها ووزّعوها بين أرباب الحاجه وفقراء المؤمنين وغيرهم كما مرّ منّا أخبارها .

الرابع : يجوز لهم عقلاً وشرعاً فعل المكروه وترك المستحب إحياناً ، لاسيما إذا كان لإظهار جواز الفعل أو تركه كما اعترف به أصحاب روضه المتقين(٣) والحدائق(٤) والجواهر(٥) .

نعم ، ليس لهم الاستمرار على ذلك لمنافاتها مع قدسيّتهم وأفضليّتهم وأعلميّتهم كما لا يخفى . هذا كلّه فى الصوره الأولى من القسم الثانى .

## الصوره الثانيه من القسم الثانى

### إشاره

وهى فرض تعارض الأصول والأمارات فى أطراف العلم الإجمالى ويقع الكلام فيها فى مقامين :

المقام الأوّل : من حيث جريان القواعد

المقام الثانى : من حيث الروايات الوارده

### فأما المقام الأوّل :

قد مرّ منّا أنّ العلم الإجمالى منجزٌ بالنسبه إلى التكليف الواقعى لتعارض الأصول النافيه فى أطرافه ، وحيث تتعارض الأصول النافيه والأمارات فى هذه الصوره الثانيه فالعلم

ص : ٣٢١

١- (١) راجع فى هذا المجال الكافى ١ / ٤٠٧ باب أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام .

٢- (٢) الدروس ٣ / ١٧٠ .

٣- (٣) روضه المتقين ١ / ٣٣٣ .

٤- (٤) الحدائق ١٨ / ٢٦٥ .



الإجمالي منجّز بالنسبة إلى التكليف الواقعي ، فلا بدّ من الإحتياط وعدم جواز أخذ الجائزه من الظالم . هذا كلّ بناءً على الأصل الأوّلى فى المقام .

ولكن يمكن أن يقال بإنحلال العلم الإجمالي الموجود فى موارد :

منها : إذا أجاز الجائر لشخص التصرف فى شىءٍ معين من أمواله أو يعطيه مطلقاً - أى بلا فرق بين أن يعطيه مجاناً أو مع العوض - فحينئذ ينحل العلم الإجمالي إلى شك بدوىّ وعلم تفصيلىّ ، لأنّ الآخذ يعلم تفصيلاً بحرمه التصرف فى بقيه أموال الجائر ، إمّا لأنّه لم يجز التصرف فيها وإما لكونها مغصوبه . وأمّا خصوص ما أخذه فيجوز التصرف فيها لقاعده اليد .

ومنهما : إذا أجاز الجائر أن يتصرف المجاز فى شىءٍ من أمواله على نحو العموم البدلى - كما إذا أعطى الجائر كيسه للمجاز وأجاز له أن يأخذ منه ديناراً والمجاز يعلم إجمالاً بأنّ فى الكيس ديناراً محرّماً - فحينئذ يجرى فيه جميع ما يجرى فى المورد الأوّل ، من انحلال العلم الاجماليّ ، لأنّ اختياره ديناراً خاصاً يعيّن متعلّق الأذن فصار كالمورد الأوّل .

ومنهما : إذا أجاز الجائر أن يتصرف المجاز فى جميع أمواله على نحو العموم الاستيعابى - كما إذا كان له أموال وأجاز له أن يتصرف فى جميعها ويعلم المجاز إجمالاً- بوجود أموال محرّم فيها - ولكن حيث لم تكن جميع أمواله محلّ إبتلائه وإن كان إذنه عاماً ولكن عملاً لم يتصرف المجاز إلّا فى بعض الأموال وبعضها يخرج من تصرفاته ، فحينئذ صار تصرفه العملى كتعين متعلّق الإذن فى المورد الثانى وكالإجازه الخاصه فى التصرف فى شىءٍ معين من أمواله فى المورد الأوّل ، فالعلم الإجماليّ ينحلّ - إمّا واقعاً أو حكماً - إلى شك بدوىّ وعلم تفصيلىّ .

أقول : قد مرّ أنّ العلم الإجماليّ منجّز بالنسبة إلى التكليف الواقعيّ ، ففى جميع الموارد الثلاثه : الإذن الخاص فى شىءٍ من أموال الجائر أو اختيار المجاز أو التصرف العملى كلها لاتحلّ العلم الإجماليّ الوارد فى المقام ، فالعلم الإجماليّ منجّز ، فلا يجوز التصرف فى شىءٍ من أمواله حينئذ .

نعم ، لو فرض فى مورد إنحلال هذا العلم الإجماليّ - كما فى المورد الأوّل - ولكن مع جريان قاعده اليد فى الجائزه بحيث لم تكن يد الجائر مسبوقة بيد الغير ، فحينئذ ينحل العلم

الإجمالى ويجوز الجائزه .

والمحقق عندنا فى علم الأصول أنّ العلم الإجمالى بالنسبه إلى المخالفه القطعيه يصير كالعله التامه ، فلا يمكن مخالفته القطعيه .  
وأما بالنسبه إلى المخالفه الإحتماليه فيصير كالمقتضى ، فيمكن للشارع أن يتصرف فيه ويأذن بارتكاب بعض محتملاته ، ويمكن أن يكون أخذ الجائزه منها ، فيقع الكلام فى المقام الثانى فى ثبوت هذا الإذن .

## المقام الثانى : الروايات

### إشاره

وهى على طوائف ثلاث :

### الطائفه الأولى : الروايات الوارده حول الربا

الداله على حليته إذا كان مالكه مجهولاً :

منها : صحيحه أبى المغرا قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : كلّ ربا أكله الناس بجهاله ثم تابوا فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبه . وقال : لو أنّ رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ فى ذلك المال ربا ولكن قد اختلط - فى التجاره - بغيره حلال كان حلالاً طيباً فليأكله ، وإن عرف منه شيئاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله وليردّ الربا . وأيما رجل أفاد مالاً كثيراً قد أكثر فيه من الربا فجهل ذلك ثم عرفه بعد فأراد أن ينزعه فما مضى فله ويدعه فيما يستأنف (١) .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم قال : دخل رجل على أبى جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ، ثمّ إنّه سأل الفقهاء ؟ فقالوا : ليس يقبل منك شيء إلا أن تردّه إلى أصحابه ، فجاء إلى أبى جعفر عليه السلام فقصّ عليه قصّيته ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : مخرجك من كتاب الله «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ» (٢) والموعظه : التوبه (٣) .

ومنها : صحيحه محمد بن عيسى قال : إنّ رجلاً أربى دهنًا من الدهر فخرج قاصداً أبا

ص : ٣٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٢٨ ح ٢ . الباب ٥ من أبواب الربا .

٢- (٢) سوره البقره / ٢٧٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٠ ح ٧ .



جعفر الجواد عليه السلام ، فقال له : مخرجك من كتاب الله يقول الله : «فَمَنْ حَيَّاهُ مِرْوَعِيَّةً مِّنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ»  
والموعظة هي التوبة فجعله بتحريمه ثم معرفته به ، فما مضى فحلال وما بقى فليتحفظ(١).

ومنها : صحيحه أخرى له قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن ، ومن أكله جاهلاً بتحريمه لم يكن عليه شيء(٢).

ومنها : حسنه أبي الربيع الشامي - وهو خالد بن أوفى - قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أربى بجهاله ثم أراد أن يتركه ، قال : أما ما مضى فله ، وليركه فيما يستقبل ، الحديث(٣).

قد مرّ منا في آخر بحث الربا بأن جماعة من الفقهاء أفتوا بمضمون هذه الروايات وذهبوا إلى جواز أكل الربا مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً ومع الجهل بصاحبه والذهاب إلى التوبة من قبل أخذه أعنى الإنهاء عن الربا ، ويدلّ عليه قوله تعالى : «فَلَهُ مَا سَلَفَ» .

ثم قد ذهب الفقيه اليزدي(٤) إلى التمسك بهذه الروايات في حليته جوائز الجائرين ولو مع وجود العلم الإجمالي باشتمالها على الحرام .

وفيه : نعم نحن نقول بهذه الروايات في بحث الربا كما مرّ ، ولكن تسريه حكم الربا إلى جوائز الجائرين مع الفارق وأشبه شيء بالقياس .

### الطائفة الثانية : الروايات الدالة على حليته الأشياء ما لم يعلم حرمتها

منها : معتبره عبد الله بن سليمان قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الجبن ؟ فقال : لقد سألتني عن طعام يعجبني ، ثم أعطى الغلام درهماً ، فقال : يا غلام اتبع لنا جبناً ، ثم دعا بالغداء ، فتغدينا معه فأتى بالجبن ، فأكل وأكلنا ، فلما فرغنا من الغداء ، قلت : ما تقول في الجبن ؟ قال : أو لم ترني آكله ؟ قلت : بلى ولكني أحب أن أسمع منك ، فقال : سأخبرك عن الجبن وغيره ، كل

ص : ٣٢٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ١٠ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣١ ح ١١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٠ ح ٤ .

٤- (٤) حاشية المكاسب ١ / ١٧٣ .

ما كان فيه حلال وحرام فهو لك حلال ، حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه(١).

رجال السنن ثقات إلا عبد الله بن سليمان لم يرد توثيقه ، وهو مشترك بين أربعة لم يرد توثيق أحدهم ، وحمله الأردبيلي(٢) على النخعي الكوفي ، وهو غير تام . ولكن بهذا العنوان ورد في ٤٥ روايه من الكتب الأربعة ، ونقل كثير من مشايخ الطائفة عنه أمثال : أبان وابن أبي عمير وصفوان بن يحيى والنضر بن سويد وابن مسكان ويونس بن عبد الرحمن ويحيى الحلبي ومحمد بن الحسن العطار وابن أذينة وعبد الله بن سنان(٣) ، فيكشف ذلك عن اعتبار الرجل وشهرته ، ولم يرد قدح فيه فهو معتبر ، ولذا قال الوحيد : « إنَّ عبد الله بن سليمان حسنه خالي لوجود طريق للصدوق رحمه الله إليه ، ويروى عنه صفوان وابن ابى عمير ، وليس بمعلوم أنه أيهم هذا ، الظاهر أنه الصيرفي على تقدير التعدد»(٤) . وبالجمله السنن عندنا معتبر ولو لم يظهر لنا أنَّ ابن سليمان هو الصيرفي أو العامري أو العبسي أو النخعي أو غيرهم . ولكنّه لم يضر باعتباره .

ومنها : صحيح معاوية بن عمار عن رجل من أصحابنا قال : كنت عند أبي جعفر عليه السلام فسأله رجل من أصحابنا عن الجبن ؟ فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّه لطعام يعجبني فسأخبرك عن الجبن وغيره ، كلّ شيءٍ فيه الحلال والحرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام فتدعه بعينه(٥) .

ومنها : صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كلّ شيءٍ يكون فيه حلال وحرام فهو لك حلال أبداً حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه(٦) .

ومنها : موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث : إن كان خلط الحرام بالحلال

ص: ٣٢٥

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٧ ح ١ . الباب ٦١ من أبواب الأطعمة المباحه .

٢- (٢) جامع الرواه ١ / ٤٨٦ .

٣- (٣) جامع الرواه ١ / ٤٨٦ .

٤- (٤) نقل عنه المامقاني في تنقيح المقال ٢ / ١٥٨ من الطبع الحجرى .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ١١٩ ح ٧ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٨٧ ح ١ . الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به - وسائل الشيعة ٢٤ / ٢٣٦ ح ٢ الباب ٦٤ من أبواب الأطعمة المحرمه .

فاختلطا جميعاً فلم يُعرف الحرام من الحلال فلا بأس (١).

ومنها: معتبره مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب يكون قد اشتريته وهو سرقة أو المملوك عندك ولعله حرّ قد باع نفسه، أو خدع فبيع قهراً أو امرأه تحتك وهي أختك أو رضيعتك، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنة (٢).

أقول: لا- إشكال في شمول هذه الروايات وجريان إطلاقها بالنسبة إلى محلّ البحث، ولكن لا يمكن الأخذ بإطلاقها، لأنها تقتضى الحكم بجواز ارتكاب جميع الشبهات، سواء كانت مقرونةً بالعلم الإجمالى أم لا، وسواء كانت الشبهه محصوره أم لا. ومن الواضح أنّ هذا ممّا لا- يمكن الالتزام به، وعليه فلا بدّ من حملها على الشبهات البدويه، وإلاّ يلزم من إطلاقها المخالفه القطعيه فى جميع أطراف العلم الإجمالى، ولا يقول به أحدٌ كما تبه عليه المحقق الخوئى (٣) قدس سره.

ثم قال الشيخ الأعظم قدس سره: «قد تقرر حكومه قاعده الإحتياط على ذلك» (٤) يعنى على هذه الطائفه الثانيه من الروايات الداله على الحليّيه.

وقد قرره الشيخ الأعظم فى فرائده (٥)، ثم استشكل عليه المحققون الإيروانى (٦) والخوئى (٧) والأردكانى (٨) قدس سرهم بمنع حكومه قاعده الإحتياط على أصاله الحليّيه. ولكن الحقّ مع الشيخ الأعظم قدس سره، لأنّ قاعده الإحتياط حاكمه على أصاله الحليّيه فى موارد العلم الإجمالى،

ص: ٣٢٦

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٨٨ ح ٢.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٨٩ ح ٤.
- ٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٥٠٣.
- ٤- (٤) المكاسب ٢ / ١٧٥.
- ٥- (٥) فرائد الأصول ٢ / ٢٠٠.
- ٦- (٦) حاشيه المكاسب ١ / ٣١٨.
- ٧- (٧) مصباح الفقاهه ١ / ٥٠٣.
- ٨- (٨) غنيه الطالب ١ / ٢٦٤.

وخصوص الأموال كما تَبَّه على الأول صاحب عمده المطالب (١) - مدظله - .

### الطائفة الثالثة : الروايات الخاصة التي تدلّ على جواز أخذ الجائزه من الظالم

وقد مرّ منّا في القسم الأول بعض هذه الروايات المعتره بل المستفيضة ، وبعضها في التنبيه التي ذكرتها في آخر الصورة الأولى من القسم الثاني ، وبعضها الأخرى أذكرها لك هنا :

فمنها : صحيحه محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري أنّه كتب إلى صاحب الزمان «عجل الله فرجه» يسأله عن الرجل من وكلاء الوقف مستحلّ لما في يده لا يبرع عن أخذ ماله ، ربّما نزلت في قريته وهو فيها ، أو أدخل منزله وقد حضر طعامه فيدعوني إليه ، فإن لم آكل من طعامه عاداني عليه ، فهل يجوز لي أن آكل من طعامه ، وأتصدق بصدقه ، وكم مقدار الصدقه ؟ وإن أهدى هذا الوكيل هديّه إلى رجل آخر فيدعوني إلى أن أنال منها وأنا أعلم أنّ الوكيل لا يتورع عن أخذ ما في يده ، فهل عليّ فيه شيء ؟ إن أنا نلت منها ؟

الجواب : إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده فكلّ طعامه واقبل برّه ، وإلا فلا (٢) .

أقول : قد عبّرنا عن سند هذه الروايه بالصحيحه مع أنّها مرويه في احتجاج (٣) الطبرسي مرسله ، ولكن للشيخ الطوسي سنداً صحيحاً إلى مكاتبات الحميري مع الناحيه المقدسه رواها الشيخ عن « جماعه عن أبي الحسن محمد بن أحمد بن داود القمي قال : وجدت بخط أحمد بن إبراهيم النوبختي وإملاء أبي القاسم الحسين بن روح رضی الله عنه » (٤) .

وهذا السند من الشيخ صحيح ، لأنّ الجماعه لا أقل من دخول واحد من الثقات فيهم . وأمّا أبو الحسن محمد بن أحمد بن داود بن علي القمي « شيخ هذه الطائفة وعالمها وشيخ القميين في وقته وفقههم ، حكى أبو عبد الله الحسين بن عبيد الله [ الغضائري ] أنّه لم يرَ أحداً

ص : ٣٢٧

١- (١) عمده المطالب ١ / ٤٧٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٢١٧ ح ١٥ .

٣- (٣) الاحتجاج ٢ / ٤٨٥ .

٤- (٤) الغيبه / ٢٢٨ وفي المطبوعه الحسين بن نوح ، وهو إمّا تصحيف روح أو غلط مطبعي ، لأنّ حسين بن نوح لم يوجد في كتب الرجال . وكذا نقل العلامة المجلسي في بحار الأنوار ٥٣ / ١٥٠ الحسين بن روح .

أحفظ منه ولا- أفضه ولا- أعرف بالحديث ... ومات سنه ثمان وستين وثلاثمائة ودفن بمقابر قریش [ ببغداد ] « كما ذكره النجاشى (١) » .

وهذا الفقيه والحافظ والمحدث الجليل شهد بأن هذه المكاتبات من إملاء أبى القاسم الحسين بن روح النائب ، ولذا لا يضر إهمال أحمد بن إبراهيم النوبختى ، لأنه ليس فى سند الروايه بل هو كاتب فقط .

والشاهد على ما ذكرناه سند آخر للشيخ بهذه المكاتبات والتوقيعات ، لأنه قال : « قال ابن نوح : أول من حدثنا بهذا التوقيع أبو الحسن محمد بن على بن تمام وذكر أنه كتبه من ظهر الدرّج الذى عند أبى الحسن بن داود ، فلما قدم أبو الحسن بن داود قرأته عليه ، وذكر أنّ هذا الدرّج بعينه كتب به أهل قم إلى الشيخ أبى القاسم ، وفيه مسائل فأجابهم على ظهره بخط أحمد بن إبراهيم النوبختى وحصل الدرّج عند أبى الحسن بن داود» (٢) .

والمراد بابن نوح هو أبو العباس أحمد بن على بن محمد بن أحمد بن العباس بن نوح السيرافى البصرى ، قال النجاشى فى شأنه : « كان ثقة فى حديثه متقناً لما يرويه ، فقيهاً بصيراً بالحديث والروايه ، هو أستاذنا وشيخنا ومن استفدنا منه» (٣) .

وأما أبو الحسن محمد بن على بن تمام بن سكين - وكان لقب بسكين بسبب إعظامهم له - وكان ثقة عيناً صحيح الاعتقاد جيد التصنيف ، كما ذكره النجاشى (٤) . وأما أبو الحسن بن داود هو نفس محمد بن أحمد بن داود القمى الذى كان فى السند السابق .

والمراد بالشيخ أبى القاسم هو الحسين بن روح النائب الخاص للناحيه المقدسه . وأنت ترى التصريح فى هذا السند بأن النوبختى لم يكن إلا أنّ الدرّج يكون بخطه ، يعنى أنه ليس إلا كاتباً ولم يدخل فى سند الروايه ، فلا يضر إهماله بالسند . هذا كله بالنسبه إلى اعتبار سند هذا التوقيع الشريف .

ص : ٣٢٨

١- (١) رجال النجاشى / ٣٨٤ الرقم ١٠٤٥ .

٢- (٢) الغيبه / ٢٢٩ .

٣- (٣) رجال النجاشى / ٨٦ الرقم ٢٠٩ .

٤- (٤) رجال النجاشى / ٣٨٥ الرقم ١٠٤٦ .

وأما دلالتها : فمورد التوقيع وإن كان في بعض وكلاء الوقف الذي ليس له ورع ولا يرضى مصالح الوقف ولا يصرف مال الوقف في الموقوف عليهم ولذا صار تصرفه فيه محرماً ، وبه يصير أمواله محل الشبهه والحرمه ، ولكن أجاز الإمام عليه السلام التصرف في أمواله بشرط أن يكون له مال أو معاش غير ما في يده من الوقف . وعلى هذا جواز التصرف في جوائز الظالمين يُستفاد من هذا التوقيع ، لأنَّ الغالب وجود أموال لهم غير الأموال المحرَّمة . مضافاً إلى أن الجائر يعطى غالباً من بيت المال لا من مال الوقف الخاص ، وحيث أن للآخذ حق في بيت المال فيجوز له أخذه بطريق أولى . وهذا التوقيع الشريف يدل على جواز أخذ جوائز الظالمين ، وقد حملها على القسم الثاني جماعه من المحققين نحو : السيد اليزدي (١) والإيرواني (٢) والأردكاني (٣) والخوانساري (٤) قدس سرهم كما مرّ سابقاً .

ومنها : خبر عمر أخى عذافر قال : دفع إلى إنسان ستمائة درهم أو سبعمائة درهم لأبى عبد الله عليه السلام ، فكانت في جوالقى ، فلما انتهت إلى الحفيرة شقَّ جوالقى وذهب بجميع ما فيه ، ووافقت عامل المدينة بها ، فقال : أنت الذى شقت زاملتك فذهب بمتاعك ؟ فقلت : نعم ، فقال : إذا قدمنا المدينة فأتنا حتى أعوضك . قال : فلما انتهت إلى المدينة دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقال : يا عمر شقت زاملتك وذهب بمتاعك ؟ فقلت : نعم ، فقال : ما أعطاك الله خير ممّا أخذ منك . إلى أن قال إئت عامل المدينة فتنجز منه ما وعدك ، فإنما هو شىء دعاك الله إليه لم تطلبه منه (٥) .

والحفيره : موضع بالعراق . وافقت : أى صادفت . الزامله : بعير يستظهر به الرجل يحمل متاعه وطعامه عليه . وما أعطاك الله من دين الحق والولاية .

وهذه الروايه نص في جواز أخذ جوائزهم ، ولكن فى السند ضعف بعمر بن عيسى

ص : ٣٢٩

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٦٥ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣١٠ .

٣- (٣) غنيه الطالب ١ / ٢٥٧ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٤٩٤ .

٥- (٥) الكافي ٨ / ٢٢١ ح ٢٧٨ ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٧ / ٢١٥ ح ٨ .

أخى عذافر ، وهو ضعيف أو مجهول وليس له إلا هذه الروايه وبغيره .

ومنها : صحيحه داود بن زُرْبي قال : قلت لأبى الحسن عليه السلام : إني أخالط السلطان فتكون عندي الجاربه فأخذونها أو الدابه الفارهه فيبعثون فأخذونها ، ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه ؟ قال : خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه(١) .

والصحيحه تدلّ على جواز المقاصّه من مال الظالم ، وماله يُحتمل فيه الحرمة ولكن أجاز الإمام التصرف فيه بقدر ماله المأخوذ لا أزيد منه ، لأنّ الظالم لم يجز له ، وأمّا بالنسبه إلى جوائز المجازة فلا بأس بها .

وهذه الروايات وما مضى منها وفيها الصحاح مطلقه بالنسبه إلى الشبهه البدويه والشبهه المقرونه بالعلم الإجمالى ، فتشمل المقام . وحيث ذهبنا إلى أنّ العلم الإجمالى يكون مقتضياً بالنسبه إلى المخالفه الإحتماليه ولا- يكون علّه تامه - تبعاً للشيخ الأعظم الأنصارى قدس سره وخلافاً للمحقق الخراسانى طاب ثراه - فحينئذ الروايات المجوّزه المطلقه تثبت الإذن فى ارتكاب المخالفه الإحتماليه لهذا العلم الإجمالى فى المقام .

مال إلى ما ذكرناه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه(٢) وصرح به الفقيه اليزدى(٣) والمحقق النائينى(٤) . ولعلّ إلى ما ذهبنا إليه ترجع كلمات الأصحاب قدس سرهم ، حيث أخذوا كلمه « التعين » أو « بعينها » فى حرمه جوائز الظالم نحو الشيخ فى النهايه حيث يقول : « ولا يجوز له أن يقبل من جوائزهم وصلاتهم ما يَعْلَمُهُ ظلماً وغصباً ويتعيّن له »(٥) ، وكلمه « يتعيّن » له تفسر مراده من العلم بأنّه التفصيلى لا الإجمالى .

وكذا كلام ابن إدريس حيث يقول : « جاز له قبول جوائزهم وصلاته ما لم يعلم أنّ ذلك

ص : ٣٣٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٧ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢ / ٣٨٤ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٧٤ .

٤- (٤) منيه الطالب ١ / ٦١ .

٥- (٥) النهايه / ٣٨٥ .

ظلم بعينه ، فإذا لم يعلم أنه بعينه ظلم فلا بأس بقبوله ... «(١)» .

ونحوها عبائر المحقق في الشرائع (٢) والنافع (٣) والعلامة في النهاية (٤) وثاني الشهيدين في المسالك (٥) والمحقق السبزواري في الكفاية (٦) والفاضل النراقي في المستند (٧) الماضيه .

هذا تمام الكلام في الصورة الثانيه من القسم الثاني والحمد لله .

### القسم الثالث : الآخذ يعلم تفصيلاً بكون الجائزه محرّمه

#### إشاره

لا يجوز التصرف في هذا المال بلا إشكال . ثم تعرّض الشيخ الأعظم (٨) قدس سره لفروع لا بدّ أن نقتفى أثره :

#### الفرع الأول : لو علم الآخذ بحرمه الجائزه قبل وقوعها في يده لم يجز له أخذها

إذا كان مختاراً في أخذها ، وإذا أخذها ارتكب محرّماً شرعياً وعليه الضمان بقاعده تعاقب الأيدي .

وأما إذا كان مجبوراً في الأخذ ، فأخذها فلم يرتكب محرّماً للإضطرار من الأخذ ، وحينئذ هل يضمن أم لا ؟

يمكن أن يقال : بعدم الضمان ، لأنه كان مجبوراً ومضطراً للأخذ ، وأخذه حينئذ كالأخذ ، فلا يوجب الضمان .

وقد يقال : بعدم الضمان إذا كان مجبوراً في أخذه وأخذه بقصد الردّ إلى مالكه ، فحينئذ لا

ص : ٣٣١

١- (١) السرائر ٢ / ٢٠٣ .

٢- (٢) الشرائع ٢ / ٦ .

٣- (٣) المختصر النافع / ١١٨ .

٤- (٤) نهاية الأحكام ٢ / ٥٢٦ .

٥- (٥) المسالك ٣ / ١٤١ .

٦- (٦) الكفاية ١ / ٤٤٧ .

٧- (٧) مستند الشيعة ١٤ / ١٩٩ .

٨- (٨) المكاسب ٢ / ١٨٢ وما بعدها .



ضمان له ، لأنه مضطرٌّ إلى أخذه من حيث الحدوث فصار كالعدم ، ومن حيث البقاء لا يقتضى الضمان مع قصده الردّ إلى المالك لأنه محسنٌ .

ولكن الصحيح عندنا هو الضمان مطلقاً ، سواء كان مختاراً فى أخذه أو مجبوراً - والجبر ينفى الحرمة التكليفية فقط لا الحكم الوضعى وهو الضمان - وسواء كان الأخذ بقصد الردّ إلى المالك وعدمه ، وسواء كان أخذه بلا قصد أو بقصد التملك ، وسواء كان الأخذ بقصد التملك ترتب عليه التوبة والندم ورجع إلى قصد الردّ إلى مالكة ، أو لم يترتب . فى جميع هذه الصور الأخذ يكون ضامناً بقاعده تعاقب الأيدي ، فإن الأخذ جعل يده على مال الغير فيكون له ضامناً .

فليعلم أنّ صرف نية الردّ لا يوجب عدم الضمان ولا يصير الأخذ بها محسناً كما ادعاه الشيخ الأعظم (١) قدس سره ، لأنّ عنوان الإحسان ليس عنواناً قصدياً ، بل هو عنوان واقعى ينطبق على ردّ المال إلى مالكة فى الخارج ، وبعد تحقّقه فلا ينطبق على الأخذ من يد الغاصب والجائر ولو كان الأخذ بنية الردّ كما نبّه عليه المحقق الإيروانى (٢) .

نعم ، يمكن أن يقال فى الأخذ أنه مقدمه للردّ خارجاً الذى هو من مصاديق الإحسان ، ومن المعلوم أن اشتراط صفه المحبوبيه للمقدمه إذا ترتب التوصل بها إلى ذبيها أو فى حال الوصول أو على فرض الإيصال خارجاً ولكن المحبوبيه تغاير مع ترتب حكم ذى المقدمه على المقدمه . والتفصيل يُطلب من بحث مقدمه الواجب فى علم الأصول .

### **الفرع الثانى : لو لم يعلم الأخذ بحرمة الجائزه ولكن علمها بعد وقوعها فى يده**

من المعلوم أنّ الحرمة التكليفية منتفیه بالجهل بالحرمة حين الأخذ ، وأمّا بعد العلم بها لو نوى إبقاء يده عليه وأكل المال فيرتكب الحرمة ، ولو نوى الردّ إلى صاحبه وقام به فلم يرتكب الحرام التكليفى .

وأما حكمه الوضعى من الضمان وعدمه : فقد مرّ منّا أنّ الضمان أثر وضع اليد على مال

ص : ٣٣٢

١- (١) المكاسب ٢ / ١٨٣ .

٢- (٢) الحاشيه على المكاسب ١ / ٣٢٧ .

الغير أو إتلافه ، وحيث أنّ الآخذ وضع يده على مال الغير بلا رضى صاحبه فيكون ضامناً مطلقاً . بلا فرق بين أنّ يكون الآخذ نوى التملك أولاً ، لأنه يكون جاهلاً بالحرمة ، وسواءً أدامت هذه النيه بعد العلم بالحرمة أم ترجع إلى نيه الردّ بعده ، أو أنّه لم ينو التملك أولاً بل أخذه حتّى يظهر له مالكيه الجائزه وجواز تصرفه فيها أم لا ؟

فى جميع هذه الصور كان على الآخذ الضمان ، لأنه وضع اليد على مال الغير ، ويقانون تعاقب الأيدي كان عليه الضمان ولو مع الجهل . غايه الأمر المغرور يرجع إلى مَنْ غرّ ، وحيث لم يمكن رجوعه إلى الظالم عادةً يستقر الضمان على ذمته ويخرج عنه بإرجاع المال إلى صاحبه . ووافقنا على الضمان مطلقاً فى هذا الفرع المحقق الإيروانى(١) قدس سره وتبعه الأردكانى(٢) .

فلا يصغى إلى ما ذكره فى المسالك(٣) من عدم الضمان مع الآخذ جهلاً مستدلاً عليه بأنّ يده يد أمانه ، لأنّ الفرض عدم علمه بالغصب حتّى قبضها فتستصحب ، ووافقته على ذلك السيد بحر العلوم فى مصابيح(٤) .

لأنّ الآخذ جعل يده على مال الغير فهو ضامن ، مضافاً إلى عدم وجود اليد الأمانى من أوّل الأمر حتّى تستصحب .

وكذا لا يصغى إلى ما ذكره الفقيه اليزدى(٥) من أنّ الضمان يرتفع بنيه الردّ إلى المالك ، لأنّه يدخل تحت عنوان الإحسان الموجب لعدم الضمان . لأنه قد مرّ منا من أنّ الأحسان ليس من العناوين القصدية ، بل يتحقق بإيصال المال إلى صاحبه خارجاً وأدائه واقعاً . فالتيه والقصد لا يدخل الآخذ فى عنوان المحسن ، فلا يرتفع عنه الضمان . مضافاً إلى أنّ الآخذ بجعل اليد على مال الغير يكون ضامناً ولا يخرج من هذا الضمان إلّا بالأداء خارجاً ، وتعويض النيه والقصد لا يخرج من الضمان ما لم يتحقق الأداء خارجاً .

ص: ٣٣٣

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ٣٢٨ .

٢- (٢) غنيه الطالب ١ / ٢٧٢ .

٣- (٣) المسالك ٣ / ١٤٢ .

٤- (٤) نقل عنه صاحب الجواهر فى كتابه ٢٢ / ١٧٩ .

٥- (٥) حاشيه المكاسب ١ / ١٨١ .

## الفرع الثالث : وجوب الرد هل يكون فورياً ؟

لأن جعل اليد على مال الغير محرم ابتداءً واستدامهً ، فالتأخير في الأداء يساوق بقاء اليد على مال الغير بلا رضی صاحبه ، فيكون من المحرمات الشرعيه . فالأداء يكون واجباً فورياً عرفياً ولا يكون واجباً فورياً عقلياً ، لأن الأحكام الشرعيه تنزل على العرف .

## الفرع الرابع : هل يتحقق الرد بمجرد التخليه بين المال وصاحبه أو يجب الإقباض ؟

الظاهر أن الأداء والرد يتحقق بكليهما ، وإن كان مجرد التخليه بين المال وصاحبه ورفع اليد والسلطه عن المال وإعلام المالك بأن المال تحت سلطته وتصرفه كافٍ في الأداء والرد وعلى المالك الأخذ خارجاً .

وإمّا إقباض المال توسط المالك هو الأداء والرد الخارجى أو الجوانحى كما اعترف به المحقق الإيروانى (١) قدس سره وتبعه الأردكانى (٢) .

ونفقه حمل المال على الراد ، وكذا لو تلف فى النقل فهو ضامن إلا إذا كان بأمر المالك .

## الفرع الخامس : وجوب الفحص عن المالك

قد استدلو على وجوب الفحص إذا كان المالك مجهولاً مع الإمكان بقوله تعالى : «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (٣) .

بتقريب : أن الله يأمر بأداء الأمانه إلى أهلها ومالكها ، والأداء يقتضى وجوب الفحص عن المالك إذا كان مجهولاً ، وحيث أن المال فى يد المجاز فى مسألتنا أمانه حتى يؤديه إلى مالكة المجهول فعلاً فيجب عليه الفحص حتى يعرفه ويؤدى ماله إليه .

وبعدّه من الروايات :

منها : خبر حفص بن غياث قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم ، هل يردّ عليه ؟ فقال : لا يردّه ، فإن أمكنه أن يردّه إلى أصحابه فعل ، وإلا كان فى يده بمنزله اللقطه يصيبها ، فيعرّفها حولاً فإن

ص : ٣٣٤

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ٣٣٠ .

٢- (٢) غنيه الطالب ١ / ٢٧٣ .

٣- (٣) سوره النساء / ٥٨ .

أصاب صاحبها ردها عليه وإلا- تصدق بها ، فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله الأجر وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له (١).

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال : واللقطه يجدها الرجل ويأخذها ، قال : يعرفها سنه ، فإن جاء لها طالب وإلا فهي كسبيل ماله (٢).

يمكن أن يناقش في دلالة هذه الصحيحه ونظائرها من الروايات الواردة في باب اللقطه بأنها مختصه بابها ولا تعم غيرها كما نبه عليه المحقق الخوئي (٣) قدس سره .

ومنها : معتبره يونس بن عبد الرحمن قال : سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام - وأنا حاضر - إلى أن قال : فقال : رفيق كان لنا بمكه فرحل منها إلى منزله ورحلنا إلى منازلنا ، فلما أن صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا ، فأى شيء نصنع به ؟ قال : تحملونه حتى تحملوه إلى الكوفه . قال : لسنا نعرفه ، ولا نعرف بلده ، ولا نعرف كيف نصنع ؟ قال : إذا كان كذا فبعه وتصدق بثمانه ، قال له : على من جعلت فداك ؟ قال : على أهل الولاية (٤).

ظاهر السند صحيح إلا أن الشيخ الصدوق نقل عن أستاذه ابن الوليد أنه قال : « ما تفرد به محمد بن عيسى من كتب يونس وحديثه لا أعتمد عليه » (٥) . ثم قال النجاشي : « ورأيت أصحابنا ينكرون هذا القول ويقولون من مثل أبي جعفر محمد بن عيسى » (٦) .

وأنت ترى أن الأصحاب قدس سرهم لم يقبلوا هذا القول من ابن الوليد ولذا نقل النجاشي إنكارهم عليه .

وقد نقل المولى الأردبيلي صاحب جامع الرواه بيان معاصره الفاضل السراب في كتابه وقال : « ذكر الفاضل الكامل مولانا محمد الجيلاني الملقب بالسراب - مدظله العالی - ما يتعلق

ص: ٣٣٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٦٣ ح ١ . الباب ١٨ من أبواب اللقطه .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤١ ح ١ . الباب ٢ من أبواب اللقطه .

٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٥١٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٥٠ ح ٢ . الباب ٧ من أبواب اللقطه .

٥- (٥) رجال النجاشي / ٣٣٣ الرقم ٨٩٦ .

٦- (٦) رجال النجاشي / ٣٣٣ الرقم ٨٩٦ .

بتوثيق محمد بن عيسى وبيان عدم صلاحية ما يتوهم كونه جرحاً له عن المعارضه بكلام مشيع بتقريب بيان اعتبار سند حديث فننقل كلامه بلفظه وهو قوله«(١) فراجع إن شئت .

والحقّ عندنا أيضاً عدم تمامية قول ابن الوليد . هذا كلّه بالنسبه إلى السند .

وأما دلالتها : فالروايه وإن كانت وارده في حكم المال المعلوم مالكة ولكنّه مع تعذر تسليم المال إليه صار حكمه حكم مجهول المالک ، فإنّهما في الحكم مشتركان . وأخذ الإمام عليه السلام الجملة الشرطيه في جواب السائل فقال : « إذا كان كذا فبعه وتصدّق بثمانه » أي إذا لم تتمكن من إيصال المال إلى مالكة فبعه وتصدّق بثمانه ، وهذه الجملة الشرطيه بالمفهوم تدلّ على أنّه إذا تمكن من إيصال المال إلى صاحبه ولو بالفحص وجب ذلك ، فالروايه دالّة على المطلوب كما تبه عليه شيخنا الأستاذ(٢) - مدظله - .

ومنها : معتبره بل صحيحه هشام بن سالم قال : سألت خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام وأنا جالس - فقال : إنّ كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجره ، ففقدناه وبقي من أجره شيء ، ولا يُعرف له وارث ؟ قال : فاطلبوه ، قال : قد طلبناه فلم نجده ، قال : فقال : مساكين - وحرك يده - قال : فأعاد عليه ، قال : أطلب واجهد ، فإن قدرت عليه وإلا فهو كسبيل مالک حتى يجيء له طالب ، فإن حدث بك حدث فأوص به : إن جاء له أن يدفع إليه(٣) .

دلالة الروايه على وجوب الفحص واضحه ، حيث يقول الإمام عليه السلام فيها : « أطلب واجهد » .

ومنها : صحيحه معاويه بن وهب قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان له على رجل حقّ ففقد ولا يدري أحى هو أم ميت ؟ ولا يعرف له وارث ولا نسب ولا بلد ؟ قال : أطلبه ، قال : إنّ ذلك قد طال فأصدّق به ؟ قال : أطلبه(٤) .

ص : ٣٣٦

١- (١) جامع الرواه ٢ / ١٦٦ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٣٢٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٩٦ ح ١ . الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى والمال المجهول المالک .

٤- (٤) التهذيب ٦ / ١٨٨ ح ٢١ ونقل عنه في وسائل الشيعه ١٨ / ٣٦٢ ح ٢ . الباب ٢٢ من أبواب الدين والقرض .

هذه الروايه دلالتها على وجوب الفحص واضحه وسندها أيضاً صحيح ، لأن سند الشيخ بأحمد بن محمد تامّ وحماد ومعاويه ثقتان ، فالروايه صحيحه الإسناد .

ولكن روى نحوها المشايخ الثلاثة فى الكتب الأربعة (١) وفى سندها أبى (ابن) ثابت وابن عون أو أحدهما فى طبقه واحده ، وهما مهملان ، فالتعبير عن هذا السند بالصحيحه ، كما عن الفقيه اليزدى (٢) والنائينى (٣) والأردكانى (٤) وشيخنا الأستاذ (٥) - مدظله - ، غير تام إلا على القول بأنّ السند إذا وصل إلى أصحاب الإجماع - وهو يونس هنا - لا ينظر إلى ما بعده ، ولكن هذا المبني عندنا ولعلّ عند كثير منهم فاسد .

وقد نبه على الخدشه فى هذا السند وتاميه سندها الآخر الفقيه القمى (٦) - مدظله - . وكذا نبه أستاذه السيد الخوئى (٧) على صحه سندها الأول .

هذه الروايات تدلّ على وجوب الفحص عن المالك ، ولكن قال الشيخ الأعظم قدس سره : « ويُحتمل غير بعيد عدم وجوب الفحص ، لإطلاق غير واحد من الأخبار » (٨) .

لعلّ مراد الشيخ الأعظم قدس سره الأخبار التى ستذكر فتأمل بدقّه فيها حتّى تعرف هل تدلّ على عدم وجوب الفحص أم لا ؟ وهل لها إطلاق بحيث تعارض الروايات الماضيه أم لا ؟

ومن الروايات المشار إليها بها صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل ترك غلاماً له فى كرم له يبيعه عبناً أو عصيراً ، فانطلق الغلام فعصر خمرّاً ثمّ باعه ، قال : لا

ص: ٣٣٧

- 
- ١- (١) الكافى ٧ / ١٥٣ ح ٢ - الفقيه ٤ / ٣٣١ ح ٥٧١٠ - التهذيب ٩ / ٣٨٩ ح ٥ - الاستبصار ٤ / ١٩٦ ح ٧٣٧ ونقل عنهم فى وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٩٧ ح ٢ .
  - ٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ١٨٤ .
  - ٣- (٣) منيه الطالب ١ / ٦٤ .
  - ٤- (٤) غنيه الطالب ١ / ٢٧٥ .
  - ٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٣٢٧ .
  - ٦- (٦) عمدہ المطالب ١ / ٤٨٦ .
  - ٧- (٧) مصباح الفقاهه ١ / ٥١٢ .
  - ٨- (٨) المكاسب ٢ / ١٨٥ .

يصلح ثمنه . إلى أن قال : إنَّ أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها(١).

ومنها : صحيحه أبي علي [ الحسن ] بن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت : جعلت فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفى درهم ، فلَمَّيا وفيت المال تُخْبِرْت أنَّ الأرض وقف ، فقال : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّه فيمالكك وادفعها إلى من وقفت عليه ، قلت : لا أعرف لها ربّاً ، قال : تصدّق بغلّتها(٢).

ومنها : حسنه علي الصائغ قال : سألته عن تراب الصوّاعين وإنّا نبيعه ؟ قال : أما تستطيع أن تستحله من صاحبه ؟ قال : قلت : لا ، إذا أخبرته اتّهمنى . قال : بعه ، قلت : بأيّ شىء نبيعه ؟ قال : بطعام ، قلت : فأىّ شىء أصنع به ؟ قال : تصدّق به إمّا لك وإمّا لأهلك ، قلت : إن كان ذا قرابه محتاجاً أصله ؟ قال : نعم(٣).

قد عبّرنا عن الروايه بالحسنه لأنّ المراد بعمران هو ابن موسى الزيتونى القمى الثقه ظاهراً ، والمراد بأيوب الذى يروى عنه عمران هو أيوب بن نوح بن دراج الثقه ، والمراد بعلي الصائغ هو على بن ميمون حسنٌ ، فصار السند به حسناً ولكن الروايه مضمرة .

ومنها : خبر آخر لعلي بن ميمون الصائغ(٤) نظير الذى مرّ ذكره ، ولكن سنده ضعيف بعلي بن حديد .

ومنها : خبر علي بن حمزه البطائنى(٥).

وهذه الروايات ونظائرها تُحمل على صورته عدم إمكان إيصال المال إلى المالك ، أو الجهل به ولو بعد الفحص . فليس فيها إطلاق حتّى تعارض الروايات الداله على وجوب الفحص .

وعلى فرض التعارض يُرجع إلى روايات حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه ،

ص : ٣٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٣ ح ١ . الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٦٤ ح ١ . الباب ١٧ من أبواب عقد البيع وشروطه .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٢ ح ٢ . الباب ١٦ من أبواب الصرف .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٢ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٩ ح ١ . الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به .

ونتيجتها عدم جواز التصدق بالمال قبل الفحص عن صاحبه واليأس عنه .

## الفرع السادس : هل يسمع قول من يدّعيه ؟

### وجوه ثلاثه

#### اشاره

قال الشيخ الأعظم : « ثم لو ادّعاه مدّع ففى سماع قول من يدّعيه مطلقاً لأنه لا معارض له ، أو مع الوصف تنزيلاً له منزله اللقطه ، أو يُعتبر الثبوت شرعاً للأصل ، وجوه»(١) .

### الوجه الأول

أقول: دليل الوجه الأول: - وهو سماع قول مَنْ يدّعيه مطلقاً لأنه ليس له معارض - بعض الروايات:

منها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - فى حديث - قال : واللقطه يجدها الرجل ويأخذها ؟ قال : يعرّفها سنه ، فإن جاء لها طالب وإلاً فهى كسبيل ماله(٢) .

ومنها : خبر كثير قال : سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطه ؟ فقال : يعرّفها ، فإن جاء صاحبها دفعها إليه وإلاً حبسها حولاً ، فإن لم يجىء صاحبها أو من يطلبها تصدّق بها ، الحديث(٣) .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن اللقطه ؟ قال : لا ترفعوها ، فإن ابتليت فعرّفها سنه ، فإن جاء طالبها وإلاً فاجعلها فى عرّض مالك ، يجرى عليها ما يجرى على مالك إلى أن يجىء طالب ، الحديث(٤) .

ومنها : صحيحه البزنطى قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى دراهم كثيره ، وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه ، أيحلّ له إمساكه ؟ فقال : إذا عرف صاحبه ردّه عليه ، وإن لم يكن يعرفه ملك جناحه فهو له ، وإن جاءك طالب لا تتهمه ردّه عليه(٥) .

ومنها : صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : عشره كانوا

ص: ٣٣٩

١- (١) المكاسب ٢ / ١٨٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤١ ح ١ . الباب ٢ من أبواب اللقطه .



٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤١ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤٢ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٤١ ح ١ . الباب ١٥ من أبواب اللقطه .

جلوساً ووسطهم كيس ، فيه ألف درهم ، فسأل بعضهم بعضاً : ألكم هذا الكيس ؟ فقالوا كلهم : لا ، وقال واحد منهم : هو لى ، فلمن هو ؟ قال : للذى ادّعاه (١) .

الروايه صحيحه الإسناد بسند الشيخ ، والمراد بمحمد بن الوليد هو البجلي الثقه بقرينه روايته عن يونس . وأمّا سند الكليني فمرسل .

هذه الروايات تدلّ على قبول قول مَنْ يدعيه ، ولكنها إمّا مختصّه باللقطه أو مختصّه بعدم ثبوت اليد على المال ، كما فى صحيحه منصور بن حازم . وفى الصورتين مختصّه بحصول العلم العادى وهو الإطمئنان بالملكيه فى الدعوى .

### وأما الوجه الثانى :

فليس له دليل أصلاً ، إلّا أنّ بالتوصيف يحصل العلم العادى وهو الإطمئنان بالملكيه غالباً وهو حجه . وأمّا إذا لم يحصل الإطمئنان بالتوصيف ليس له وجه واعتبار .

### وأما الوجه الثالث :

وهو الثبوت شرعاً بالبيّنه الشرعيه أو حكم الحاكم له أو حصول العلم العادى ونحوها ، فيعتبر عند الشرع و« هو الموافق للتحقيق لاشتغال ذمّه ذى اليد بمجرد وضع يده على مال الغير ، فلا تبرأ ذمته إلّا بإيصاله إلى مالكة الواقعى أو الشرعى » كما فى مصباح الفقاهه (٢) .

### تنبيه :

من هنا أنه ظهر لو أدى المال إلى غير مالكة إمّا بمجرد الإدعاء أو الطلب أو معهما بقيد التوصيف أو بالبيّنه الشرعيه أو العلم العادى ونحوها ، فهل هو ضامن بالنسبه إلى مالكة الأصلي أم لا ؟

الظاهر هو الضمان مطلقاً ، لأنه وضع يده على مال الغير ، فلا تبرأ ذمته إلّا بإيصال المال إلى مالكة الواقعى ، فإذا أداه إلى غيره لم يخرج من الضمان مطلقاً . ومن هنا ظهر أن ما ذكره الفقيه اليزدى قدس سره من الوجوه الستة (٣) فى المقام غير تام . والعجب من المحقق الأردكاني (٤)

ص : ٣٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ / ٢٧٣ ح ١ . الباب ١٧ من أبواب كيفيه الحكم .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ١ / ٥١٥ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ١٨٧ .

٤- (٤) غنيه الطالب ١ / ٢٧٦ .

حيث ذهب إلى عدم الضمان مطلقاً .

## فرغ :

إذا دخل الحيوان داره أو أرسل شئ فيه أو جاء به الريح ، فلا يبعد القول بعدم لزوم الفحص عن مالكة بل عدم الضمان . نعم يجب عليه الرد إذا عرفه . ويمكن أن يستأنس لهذا الفرع بذييل صحيحه البنظي (١) الماضيه ، كما تبه عليه شيخنا الأستاذ (٢) - مدظله - وقال في الجواهر : « لو أطارته الريح منه إليه اتجه عدم ضمانه لأنه حينئذ بمنزله الأمانه في يده لا يضمنه إلا بالتعدى أو التفريط » (٣) .

أقول : وفي كونه أمانه إشكال .

## الفرع السابع : مقدار الفحص وكيفيته

هل المال الذي لم يُعرف مالكة يلحق باللقطه فيجب الفحص عن مالكة سنه كامله ؟ كما عليه عدّه من الروايات المستفيضه في اللقطه نحو : صحيحه الحلبي (٤) الماضيه وصحيحه محمد بن مسلم (٥) ومعتبره حنان (٦) وصحيحه أخرى لمحمد بن مسلم (٧) التي يمكن إتحادها مع الأولى وغيرها من الروايات (٨) .

بلا فرق بين أن يكون تقييد الأمر بوجود الفحص في اللقطه بالسنة أمراً تعدياً أو أنه مشروط بعدم اليأس عن الظفر بالمالك ، ولكن إذا يئس عن الظفر - ولو كان في أقل من السنه - فلا يجب الفحص من بعده ، ولكن غايه الفحص عن المالك هي سنه كامله فإذا تمت فلا يجب الفحص بعدها .

ص : ٣٤١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤١ ح ١ .

٢- (٢) ارشاد الطالب ١ / ٣٢٩ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ١٧٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤١ ح ١ . الباب ٢ من أبواب اللقطه .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٢ ح ٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٢ ح ٦ .

٧- (٧) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٤ ح ١٠ .

٨- (٨) راجع الباب ٢ من أبواب اللقطه في وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤١ .

يحتمل أن تكون السنه هي التي يظهر اليأس فيها عادةً ، وأما خبر أبان بن تغلب(١) الذي ورد في تقييد الفحص بثلاثه أيام يُرمى بضعف الإسناد ، لأنّ محمد بن موسى الهمداني ضعيف أو مجهول ، ويحمل على حصول اليأس من معرفه صاحبه بعد ثلاثه أيام كما في الوسائل . وبالجمله الأصحاب أعرضوا عن التقييد بثلاثه أيام . هذا كلّه في اللقطه .

وأما المال المجهول مالكة فلا يلحق باللقطه في وجوب التعريف سنه - على القول بهذا التحديد فيها - لعدم دليل على الإلحاق ، والأمر في مقدار الفحص فيه يدور مدار اليأس ، فيجب عليه الفحص عن مالكة ما لم ييأس ولو صار أزيد من سنه أو سنوات ولم يحصل له اليأس . وإذا حصل اليأس في أقل من سنه أو أكثر فقد تمّ تكليفه باليأس .

وخبر حفص بن غياث(٢) الماضي لا يدلّ على الإلحاق لضعف سنده وعدم إمكان التعدي من اللص إلى غيره من الغاصبين بل الظالمين ومنهم إلى المال المجهول مالكة .

وما ذكرناه هو مقتضى أصل البراءه في المقام أيضاً ، واختاره جمع من الأصحاب ، منهم : صاحب الجواهر(٣) والشيخ الأعظم(٤) والفقيه اليزدي(٥) والمحقق النائيني(٦) والسيد الخوئي(٧) وشيخنا الأستاذ(٨) - مدّله - . هذا كلّه في مقدار الفحص .

وأما كيفية الفحص : فتدور مدار العرف ، وتختلف في الأعصار والأمصار ، فكلّما يصدق الفحص عرفاً فهو عامل بوظيفته إن عمل عليه ، ولم تتقدر كفيته شرعاً ، فيرجع ذلك كله إلى العرف ، والله العالم .

ص : ٣٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٣ ح ٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٦٣ ح ١ . الباب ١٨ من أبواب اللقطه .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ / ١٧٧ .

٤- (٤) المكاسب ٢ / ١٨٦ و ١٨٨ .

٥- (٥) حاشيه المكاسب ١ / ١٨٨ .

٦- (٦) منيه الطالب ١ / ٦٥ .

٧- (٧) مصباح الفقاهه ١ / ٥١٥ .

٨- (٨) إرشاد الطالب ١ / ٣٣٠ .

## الفرع الثامن : أجره الفحص على مَنْ ؟

لو احتاج الفحص على بذل مال ، فهل هو على الآخذ أو على المالك أو التفصيل فى المقام ؟

الظاهر أنّ الحق فى المقام هو التفصيل ، لأنّ الآخذ لو كان إحساناً فى حقّ المالك -نحو أخذ المال من مواضع التلف والفناء - فهذا الآخذ محسن بالنسبة إلى المالك ، وآية نفى السبيل على المحسنين ينفى عن الآخذ أجره الفحص .

وأما لو لم يكن الآخذ محسناً للمالك وجعل يده على المال على سبيل العدوان والغضب والجهل ، فحينئذ أجره الفحص تكون على الآخذ ، لأنه لم يكن محسناً . وإطلاق الروايات الواردة فى وجوب الفحص عليه تشمل الموارد التى يلزم عليه بذل المال ، فكان البذل عليه .

ويمكن أن يقال : بأنّ الفحص عن المالك يكون وظيفه الآخذ ومن المقدمات الموصلة أو من مقدمات الإيصال أو من مقدمات حال الوصول فى بعض الموارد وكذا بذل المال للفحص ، فحينئذ يكون البذل واجباً على الآخذ . وبالجمله فى هذا الفرض الأخير تكون أجره الفحص على الآخذ .

وذهب إلى هذا التفصيل المحقق الخوئى (١) قدس سره وشيخنا الأستاذ (٢) - مدظله - .

## الفرع التاسع : مصرف هذا المال بعد اليأس عن الظفر بصاحبه

### الوجوه المتصوره

### اشاره

المال المعلوم صاحبه ولكن لا يمكن إيصاله إلى مالكة فى الحكم يشترك مع المال المجهول صاحبه ، ولذا الوجوه المتصوره فيها متعدده :

### الوجه الأول :

يحفظه الواجد حتى يتبين صاحبه ويصله إليه ، ويوصى به عند وفاته . وذلك لأنه يجب الحفظ والإيصال إلى المالك مهما أمكن ، فيجب الإبقاء مقدمه له ، وكذا الوصيه عند موته مقدمه لحفظه .

ولكن هذا البيان لا يجرى فى صورته العلم بعدم إمكان الإيصال إلى المالك ، كما تبّه عليه

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٥١٧ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١ / ٣٣٠ .

الفقيه اليزدى (١) قدس سره .

وتدلّ على هذا الوجه جملة من الروايات :

منها : صحيحه هشام بن سالم (٢) الماضيه .

ومنهما : ذيل صحيحه أخرى لهشام بن سالم قال الصادق عليه السلام فيها : توصى بها فإن جاء لها طالب ، وإلا فهي كسبيل مالك (٣) .

ومنهما : صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال فى حديث : وإلا فاجعلها فى عرض مالك يجرى عليها ما يجرى على مالك حتى يجرى لها طالب ، فإن لم يجرى لها طالب فأوص بها فى وصيتك (٤) .

ومنهما : خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : يعرّفها سنه ، فإن لم يعرف صاحبها حفظها فى عرض ماله حتى يجرى لها طالب فيعطىها إياه ، وإن مات أوصى بها ، فإن أصابها شىء فهو ضامن (٥) .

ورواه الصدوق (٦) بسنده الصحيح عن على بن جعفر الثقه ، فسنده إلى الروايه صحيح . وكذا رواه على بن جعفر فى كتابه (٧) ، ولصاحب الوسائل سند صحيح إلى كتابه ، فالروايه بهذين السنين صحيحه الإسناد .

أقول : الروايتان الأخيرتان مختصتان باللقطه فلا تجريان فى مطلق مجهول المالك أو ما بحكمه ، ويمكن حمل كلّها على فرض عدم اليأس بل رجاء وجدان صاحبه ، وأمّا الإلتزام بها ولو مع اليأس عن وجدانه فمشكل جداً .

ص : ٣٤٤

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ١٩٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٩٦ ح ١ . الباب ٦ من أبواب ميراث الخنى .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٥٤ ح ٧ . الباب ٤ من أبواب ضمان الجريره .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٤ ح ١٠ ، الباب ٢ من أبواب اللقطه .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٤ ح ١٣ .

٦- (٦) الفقيه ٣ / ٢٩٢ ح ٤٠٤٩ .

٧- (٧) مسائل على بن جعفر / ١٦٥ ح ٢٦٥ .



وأما حملها على أنها وردت في الحق الكلي الثابت في الذمه ، أو أنها وردت في قضيه شخصيه فلا يمكن التعدى عن موردها - كما ذكرهما المحقق الخوئي (١) قدس سره - في الأوليين ممكن ولكن في الأخيرتين مشكل جداً . والروايات لا تنحصر بهما ، والأولى حملها على ما ذكرنا من احتمال وجدان صاحبه وعدم اليأس عن الظفر به .

وكذا حمل جملة « كسبيل مالك » في الأوليين على حقيقته - يعني أنه يدخل في ملكك كما عن الإيرواني (٢) - مشكل جداً بل الظاهر أن المراد بحرف التشبيه الظاهر في الغيره حفظه كما لك ثم الوصيه به . وما ذكرناه في الأخيرتين أوضح ، لأن التعبير بعرض مالك ظاهر في الحفظ لا الأكل وإلا لم يبق مصداق للوصيه ، والله العالم .

## الوجه الثاني :

هذا المال بمنزله مال الإمام عليه السلام ، لأنه بمنزله مال من لا وارث له .

عدّه من الروايات تدلّ على أنّ من مات وليس له وارث فما له يحسب من الأنفال والأنفال للإمام عليه السلام :

منها : صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : من مات وليس له وارث من قرابته ولا مولى عتاقه قد ضمن جريرته فماله من الأنفال (٣) .

نها : صحيحه محمد الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تعالى : «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ» (٤) قال : من مات ، وليس له مولى فما له من الأنفال (٥) .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من مات وترك ديناً فعلينا دينه وإلينا عياله ، ومن مات وترك مالاً فلورثته ، ومن مات وليس له مولى فما له من الأنفال (٦) . وقد أُلحق هذا المال ومجهول المالك بمال الإمام والأنفال في معتبره داود بن أبي يزيد

ص : ٣٤٥

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٥٢١ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٣٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٤٦ ح ١ . الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريره والإمامه .

٤- (٤) سوره الأنفال / ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٦ / ٤٢٧ ح ٣ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٤٧ ح ٤ .

عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رجل : إني قد أصبت مالاً وإني قد خفت فيه على نفسي ، ولو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلصت منه . قال : فقال له أبو عبد الله عليه السلام : والله أن لو أصبتَهُ كنتَ تدفعه إليه ؟ قال : أي والله ، قال : فأنا والله ما له صاحب غيري ، قال : فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره ، قال : فحلف ، فقال : فاذهب فاقسمه في إخوانك ، ولك الأمان مما خفت منه ، قال : فقسمته بين إخواني (١) .

قد عثرنا عن الرواية بالمعتبره لأنّ موسى بن عمر المذكور في سندها هو موسى بن يزيد بن ذبيان الصيقل بقرينه روايه أحمد بن محمد عنه وهو عن الحجال كما في جامع الرواه (٢) وعنوانه النجاشي (٣) وذكر كتبه وكذا الشيخ (٤) ، والنجاشي مقيد بذكر الغمز والقدح ، وحيث لم يذكر له قدحاً ظهر عدم ورود قدح في شأنه ، كما وافقنا على هذا البيان بل سابقنا إليه المحقق المير محمد باقر الداماد في الرواشح السماويه (٥) وتبعه الفاضل الدربندي في القواميس (٦) .

وروى عنه جماعه من المشايخ منهم : محمد بن علي بن محبوب ومحمد بن أحمد ابن يحيى و محمد بن الحسين ومحمد بن الحسن الصفار كما في جامع الرواه (٧) وسعد بن عبد الله الأشعري القمي كما في النجاشي (٨) وعبد الرحمن بن حماد كما في الفهرست (٩) للشيخ . وبما ذكرنا ظهر أنّه من المشاهير والمعاريف ولم يذكر بقدح فهو معتبر عندنا .

ص: ٣٤٦

- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٥٠ ح ١ . الباب ٧ من أبواب اللقطه .
- ٢- (٢) جامع الرواه ٢ / ٢٧٩ .
- ٣- (٣) رجال النجاشي / ٤٠٥ الرقم ١٠٧٥ .
- ٤- (٤) الفهرست / ٤٥٦ الرقم ٧٢٧ .
- ٥- (٥) الرواشح السماويه / ١١٥ الراشحه السابعه عشر .
- ٦- (٦) راجع المنتقى النفيس من درر القواميس / ١٨٦ و ٢٣٥ المطبوع في العدد ٢٤ من مجله تراثنا .
- ٧- (٧) جامع الرواه ٢ / ٢٧٩ و ٢٧٨ .
- ٨- (٨) رجال النجاشي / ٤٠٦ .
- ٩- (٩) الفهرست / ٤٥٧ .

والمراد بالحجّال هو عبد الله بن محمد الأسدي الثقة ، وداود بن أبي يزيد أيضاً ثقة ، وباقي رجال السنن ثقات ، فالسنن يصير عندنا معتبراً .

وأما دلالتها على أنّ مجهول المالک للإمام عليه السلام فواضح ، والمناقشه فيها بأنّ من المحتمل أنّ يكون المال للإمام واقعاً ، أو أنّ المال له لعلمه بموت مالکة وأنه لم يترك وارثاً غيره ، أو أنّ المال يكون من صفو دار الحرب الذي هو خاص للإمام . وإن كان الكلّ محتمل كما في مصباح الفقاهه (١) ولكنّ كلّها خلاف الظاهر . وظاهرها أنّ المال المجهول مالکة كان للإمام عليه السلام والإمام أمر بتقسيمه للشيعة ، وظهورها فقراؤهم لا أغنياؤهم بقريته الحكم والموضوع ، كما ورد الأمر بذلك في عدّه من الروايات نحو معتبره خلاد السندي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان على عليه السلام يقول في الرجل يموت ويترك مالاً وليس له أحد : أعط المال همشاريجه (٢) .

الروايه معتبره بخلاّد لأنّه حسنٌ ومعتبر عندنا . همشاريجه كلمه معرّبه وأصلها فارسيه « همشهرى » يعنى أهل بلده ومدينته .

وقد وردت في هذا المجال روايات أخرى ، نحو : مرفوعه السرى (٣) ومرسله داود (٤) ومرسله الصدوق (٥) وغيرها (٦) .

والحاصل ، استفيدت من مجموع الروايات أنّ مجهول المالک يصير ملكاً للإمام عليه السلام وأجاز الإمام تقسيمه بين فقراء الشيعة .

### الوجه الثالث : أن يكون لمن وضع يده عليه

قد ورد في صحيحه على بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام أنّه كتب فيما يجب فيه الخمس ...

ص : ٣٤٧

١- (١) مصباح الفقاهه ١ / ٥١٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٢ ح ١ . الباب ٤ من أبواب ولاء ضمان الجريه والإمامه .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٢ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٢ ح ٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٥٣ ح ٤ .

٦- (٦) مستدرک الوسائل ١٧ / ٢٠٩ ح ٤ .

ومثل مال يؤخذ لا يُعرف له صاحب ، الكتاب (١) .

استظهر المحقق الهمداني (٢) من الصحيحه جواز تملك مجهول المالك بعد إخراج خمسه ، وتبعه المحقق الإيرواني وقال : « وهذه الصحيحه صريحه فى جواز تملك مجهول المالك بعد إخراج خمسه » (٣) .

أقول : إطلاق هذه الفقره من الصحيحه وإن يشمل مجهول المالك ولكن الأصحاب قدس سرهم أعرضوا عن هذا الإطلاق ، كما اعترف به المحقق الأردكاني (٤) . مضافاً إلى أنها بصدد بيان ما يجب فيه الخمس ، لا فى مقام بيان حكم مجهول المالك ، فليس لها إطلاق حتى يشمل مجهول المالك . وعلى فرض إطلاقها وشمولها تقييد بالروايات الماضيه الوارده فى خصوص مجهول المالك من حفظها والوصيه بها ، أو أنه للإمام عليه السلام ، أو وجوب التصدق به .

أو الإطلاق يحمل على الموارد التى يجوز تملك اللقطه إما ابتداءً لقله قيمتها - كما إذا كان دون الدرهم على ما ورد فى بعض الروايات (٥) - أو إذا وجدها فى الدار الخربه قد جلا عنها أهلها كما فى بعضها الأخرى (٦) ، أو على من اشترى دابه فوجد فى بطنها مالاً ولم يعرف البائع كما فى بعضها الأخرى (٧) ، أو على من وجد مالاً فى جوف سمكه كما فى بعضها الأخرى (٨) .

والحاصل ، لا يمكن الأخذ بإطلاق الصحيحه على فرض وجوده ، فلا يمكن الأخذ بهذا الوجه .

ولذا قال المحقق الهمداني بعد البحث عن الصحيحه : « لكن قد يُشكل التعويل على هذا

ص : ٣٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠١ ح ٥ . الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس .

٢- (٢) مصباح الفقيه ١٤ / ١٦٨ كتاب الخمس من الطبعه الحديثه .

٣- (٣) الحاشيه على المكاسب ١ / ٣٣٧ .

٤- (٤) غنيه الطالب ١ / ٢٨٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٦ . الباب ٤ من أبواب اللقطه .

٦- (٦) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٧ . الباب ٥ من أبواب اللقطه .

٧- (٧) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٥٢ . الباب ٩ من أبواب اللقطه .

٨- (٨) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٥٣ . الباب ١٠ من أبواب اللقطه .

الظاهر بعد مخالفته للمشهور أو المجمع عليه(١)... والأولى ردّ علمها إلى أهله ، والرجوع في حكم ما لا يعرف صاحبه إلى أخبار الصدقه ، كما هو المشهور(٢).

### الوجه الرابع : يتصدّق به

عدّه من الروايات المعتبره المستفيضه تدلّ على وجوب التصدّق بهذا المال :

منها : حسنه على الصائغ(٣) الماضيه وخبره(٤).

ومنها : معتبره بل صحيحه أبي على الحسن بن راشد(٥) الماضيه .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم(٦) الماضيه .

ومنها : خبر على بن أبي حمزه الباطني(٧) الذي قد مرّ منّا فيما سبق .

ومنها : صحيحه هشام بن سالم(٨) الماضيه .

ومنها : معتبره داود بن أبي يزيد(٩) الماضيه آنفأ .

ومنها : صحيحه يونس بن عبد الرحمن(١٠) الماضيه .

ومنها : خبر حفص بن غياث(١١) الذي قد مرّ منّا .

ص: ٣٤٩

- 
- ١- (١) مصباح الفقيه ١٤ / ١٦٨ كتاب الخمس من الطبعه الحديثه .
  - ٢- (٢) مصباح الفقيه ١٤ / ١٦٩ كتاب الخمس من الطبعه الحديثه .
  - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٢ ح ٢ . الباب ١٦ من أبواب الصرف .
  - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٢ ح ١ .
  - ٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٦٤ ح ١ . الباب ١٧ من أبواب عقد البيع - و - ١٩ / ١٨٥ ح ١ . الباب ٦ من أبواب الوقوف .
  - ٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧ / ٢٢٣ ح ١ .
  - ٧- (٧) وسائل الشيعه ١٧ / ١٩٩ ح ١ . الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به .
  - ٨- (٨) وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٥٤ ح ٧ . الباب ٤ من أبواب ولاء ضمان الجريه .
  - ٩- (٩) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٥٠ ح ١ .
  - ١٠- (١٠) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٥٠ ح ٢ .

١١- (١١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦٣ ح ١ . الباب ١٨ من أبواب اللقطه .

ومنها : خبر أبان بن تغلب (١) الذي قد مرّ منا .

ومنها : صحيحه على بن جعفر عن أخيه قال : وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرّفها سنه ثم يتصدّق بها ، فيأتي صاحبها ، ما حال الذي تصدّق بها ؟ ولمن الأجر ؟ هل عليه أن يرّد على صاحبها أو قيمتها ؟ قال : هو ضامن لها ، والأجر له ، إلا أن يرضى صاحبها فيدعها والأجر له (٢) .

وقد عبرنا عن الرواية بالصحيحه لأنّها رواها على بن جعفر في كتابه (٣) .

ومنها : خبر نصر أو قيصر أو فيض بن حبيب صاحب الخان قال : كتبت إلى عبد صالح عليه السلام : لقد وقعت عندي مائتا درهم وأربعة دراهم وأنا صاحب فندق ومات صاحبها ولم أعرف له ورثه ، فرأيتك في إعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً ، فكتب : إعمل فيها وأخرج صدقه قليلاً قليلاً حتى تخرج (٤) .

سند الرواية ضعيف بابن حبيب ، لأنّه مجهول أو مهمّل في الرجال وليس له إلا هذه الرواية . وأمّا دلالتها على لزوم التصدق بالمال واضحه ، ولكن بعد الفحص عن الورثه وعدم وجدانهم ، حيث قال السائل فيها : « لم أعرف له ورثه » . ومن المحتمل أن تكون فقره « إعلامي حالها » في الرواية ناظره إلى إعلام الموت وعدم وجدان الورثه إلى سلطه الوقت ، ونتيجته تصرف السلطه في الأموال بالكثيّه وضبطها ، ولذا أمره الإمام عليه السلام بالعمل في الأموال بحيث لم يُعرف أنّه مال الغير ، ثم يتصدق به شيئاً فشيئاً حتى يتمّ المال ولا تعرف السلطه من أين حصل له هذا المال . فلزوم العمل في المال وخروجه شيئاً فشيئاً مختص بالمورد الخاص ، وهذه قضيه شخصيه على فرض ثبوت الروايه لا يجب مراعاته في غيره من المال المجهول مالكه . وأمّا لزوم التصدق فمشترك بينها وغيرها من الروايات ، فلا بدّ من الأخذ به .

ولا تنافي بين ما ذكرنا من الروايات وخبر الهيثم بن أبي روح صاحب الخان قال :

ص : ٣٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٣ ح ٧ . الباب ٢ من أبواب اللقطة .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٤٥ ح ١٤ .

٣- (٣) مسائل على بن جعفر / ١٦٥ ح ٢٦٦ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٦ / ٢٩٧ ح ٣ . الباب ٦ من أبواب ميراث المفقود والمال المجهول المالك .

كتبت إلى عبد صالح عليه السلام : إنني أتقبل الفنادق فينزل عندى الرجل فيموت فجأه ولا أعرفه ، ولا أعرف بلاده ولا ورثته ، فيبقى المال عندى ، كيف أصنع به ؟ ولمن ذلك المال ؟ قال : أتركه على حاله (١) .

لأنه محمول على عدم الفحص عن الورثه أو عدم اليأس عن وجدانهم ، فأمر الإمام عليه السلام بترك المال على حاله أى حفظه . مضافاً إلى ضعف سنده ، لأنّ الهيثم صاحب الخان مجهول أو مهمل وليس له إلا هذه الروايه .

والحاصل من مجموع الروايات الماضيه والوجوه المذكوره : أنه يمكن أن يقال بالنسبه إلى المال المجهول مالكة ويشترك معه المال المعلوم مالكة ولكن يتعذر ولا يمكن إيصاله إليه ، يجب حفظه والوصيه به عند الوفاه على فرض رجاء وجدان صاحبه وعدم اليأس منه ، وعلى فرض اليأس عن وجدان مالكة يجب التصديق به على فقراء الشيعة . والأحوط الاستئذان من الفقيه فى التصديق ، لأنّه من المحتمل أن يكون للإمام عليه السلام ، ولكن حيث ورد فى نفس روايات ملكيته للإمام عليه السلام الأمر منهم عليهم السلام بالتصدق كما مرّ كأنّه إذن عام عنهم فيه . ومع ذلك كلّ الاحتياط حسنٌ ولا يترك بالنسبه إلى الاستئذان . هذا كلّ فى حكم مصرف هذا المال والمجهول مالكة ، والله سبحانه هو العالم .

### الفرع العاشر : مَنْ يستحق هذه الصدقه ؟

حيث ورد الإذن بل الأمر بالتصدق بمجهول المالكة ، وظهوره بقريته الحكم والموضوع بل ظهوره من دون هذه القرينه هو التصديق على الفقراء فقط ولا يشمل الأغنياء كما اعترف به الشيخ الأعظم حيث يقول : « إنَّ مستحق هذه الصدقه هو الفقير ، لأنّه المتبادر من إطلاق الأمر بالتصدق » (٢) .

وتدلّ أيضاً على أنّ المراد بالتصدق هو الصدقه على الفقراء قوله تعالى : « إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ » (٣) .

ص : ٣٥١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٦ / ٢٩٨ ح ٤ .

٢- (٢) المكاسب ٢ / ١٩٣ .

٣- (٣) سورة التوبه / ٦٠ .



والمراد بالفقراء هنا فقراء أهل الإيمان فقط ، وتدلّ عليه معتبره داود بن أبي يزيد(١) ومعتبره يونس بن عبد الرحمن(٢) الماضيتان .

ثم هل يجوز إعطاؤها للهاشمي أم لا ؟ وجهان بل قولان ، أظهرهما الجواز ، لأنّ المحرّم على الهاشميين هي الصدقه الواجبه ، أى الزكاه المفروضه مطلقاً ، أى بلا فرق بين زكاه المال وزكاه الفطره التى هي زكاه الأبدان ، وتدلّ عليه عدّه من الروايات :

منها : صحيحه جعفر بن إبراهيم الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : أتحلّ الصدقه لبني هاشم ؟ فقال : إنّما تلك الصدقه الواجبه على الناس لا تحلّ لنا ، فأما غير ذلك فليس به بأس ، ولو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا إلى مكه ، هذه المياہ عامتها صدقه(٣) .

ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال : لو حرمت علينا الصدقه لم يحلّ لنا أن نخرج إلى مكّه لأنّ كل ماء بين مكه والمدينه فهو صدقه(٤) .

ومنها : معتبره إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقه التى حرّمت على بني هاشم ما هي ؟ فقال : هي الزكاه ، قلت : فتحلّ صدقه بعضهم على بعض ؟ قال : نعم(٥) .

والقاسم بن محمد المذكور فى السند هو الجوهرى ، لأنّ الحسين بن سعيد يروى عنه ، وذكره النجاشى(٦) ولم يذكر فيه قدحاً ، وكذلك الشيخ فى الفهرست(٧) ، وعنوانه فى ثلاث مواضع من رجاله فى أصحاب الإمام الصادق عليه السلام(٨) وأصحاب الإمام الكاظم عليه السلام(٩)

ص : ٣٥٢

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٥٠ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩ / ٢٧٢ ح ٣ . الباب ٣١ من أبواب المستحقين للزكاه .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩ / ٢٧٢ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٩ / ٢٧٤ ح ٥ . الباب ٣٢ من أبواب المستحقين للزكاه .

٦- (٦) رجال النجاشى / ٣١٥ الرقم ٨٣٢ .

٧- (٧) الفهرست / ٣٧١ الرقم ٥٧٦ .

٨- (٨) رجال الطوسى / ٢٧٦ الرقم ٤٩ .

٩- (٩) رجال الطوسى / ٣٥٨ الرقم ١ .

وصرح بكونه واقفياً ، وَمِنْ لَمْ يَرَوْا عَنْ الْأَثْمَةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ (١) . ضَعَّفَهُ الْعَلَّامَةُ فِي الْخُلَاصَةِ (٢) وَتَبِعَهُ الْعَلَّامَةُ الْمَجْلِسِيُّ (٣) وَالْمَامِقَانِيُّ (٤) ، وَلَكِنَّ الرَّجُلَ مِنَ الْمَعَارِيفِ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ سَبْعِينَ رَوَايَةً فِي الْكُتُبِ الْأَرْبَعَةِ ، وَرَوَى عَنْهُ مَشَايخُ الْأَصْحَابِ ، وَذَكَرَهُ النَّجَاشِيُّ وَلَمْ يَغْمِزْ عَلَيْهِ بِقَدَحٍ ، فَهُوَ مَعْتَبَرٌ عِنْدَنَا ، فَالسَّنَدُ بِهِ صَارَ مَعْتَبَرًا . وَرَوَاهَا الْكَلِينِيُّ (٥) بِسَنَدٍ مَعْتَبَرٍ بَلِّ صَحِيحٍ ، وَلِذَا عُبِّرَ عَنِ الرَّوَايَةِ شَيْخَنَا الْأَسْتَاذَ (٦) - مَدْظَلَهُ - بِالْمَعْتَبَرَةِ .

فَظَهَرَ مِنْ هَذِهِ الرَّوَايَاتِ أَنَّ الْمَحْرَمَ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ هِيَ الصَّدَقَاتُ الْوَاجِبَةُ ، أَى الزَّكَاةَ . وَأَمَّا غَيْرُهَا مِنَ الصَّدَقَاتِ الْمُنْدُوبَةِ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مَقْرُونَةٍ بِالْمَنْ وَالْأَذَى وَالْإِهَانَةَ فَلَا بَأْسَ بِإِعْطَائِهِمْ . نَعَمْ الصَّدَقَاتُ الْمُنْدُوبَةُ مَحْرَمَةٌ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَالْأَثْمَةُ الْمَعْصُومِينَ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ مِنْ وَلَدِهِ ، وَمَقَالَهُ أُمُّ كَلْثُومُ بِنْتُ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَعَمَلُهَا عِنْدَ وَرُودِ قَافِلِهِ الْأَسْرَاءِ إِلَى الْكُوفَةِ حَيْثُ « كَانَتْ أَهْلُهَا يَتَاوَلُونَ الْأَطْفَالَ الَّذِينَ عَلَى الْمَحَامِلِ بَعْضُ التَّمْرِ وَالْخُبْزِ وَالْجُوزِ ، فَصَاحَتْ بِهِمْ وَقَالَتْ : يَا أَهْلَ الْكُوفَةِ إِنَّ الصَّدَقَةَ عَلَيْنَا حَرَامٌ ، وَصَارَتْ تَأْخُذُ ذَلِكَ مِنْ أَيْدِي الْأَطْفَالِ وَأَفْوَاهِهِمْ وَتَرْمِي بِهِ إِلَى الْأَرْضِ » كَمَا نَقَلَهُ الْعَلَّامَةُ الْمَجْلِسِيُّ فِي بَحَارِهِ (٧) ، تَحْمَلُ عَلَى التَّعْرِيفِ بِأَنَّهَا وَالْأَطْفَالَ مِنْ أَهْلِ الْبَيْتِ الْعِصْمَةَ وَالطَّهَارَةَ .

وَتَدَلُّ عَلَيْهِ أَيْضًا مَعْتَبَرُهُ أَبِي خَدِيجَةَ سَالِمِ بْنِ مَكْرَمِ الْجَمَّالِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ : أُعْطُوا الزَّكَاةَ مِنْ أَرَادَهَا مِنْ بَنِي هَاشِمٍ ، فَإِنَّهَا تَحَلُّ لَهُمْ ، وَإِنَّمَا تَحْرَمُ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَعَلَى الْإِمَامِ الَّذِي بَعْدَهُ وَعَلَى الْأَثْمَةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ (٨) .

ص: ٣٥٣

- ١- (١) رجال الطوسي / ٤٩٠ الرقم ٥ .
- ٢- (٢) ترتيب خلاصه الأقوال / ٣٤١ الرقم ٩ .
- ٣- (٣) الوجيزه / ١٤١ الرقم ١٤٦٤ .
- ٤- (٤) نتائج التنقيح / ١٢٢ الرقم ٩٦٠٢ .
- ٥- (٥) الكافي ٤ / ٥٩ ح ٥ .
- ٦- (٦) إرشاد الطالب ١ / ٣٣٩ .
- ٧- (٧) بحار الأنوار ٤٥ / ١١٤ (١٨ / ٥٨٢) كلاهما من طبع بيروت - وكذا نقله الطريحي في منتخبه / ٤٧٧ .
- ٨- (٨) وسائل الشيعه ٩ / ٢٦٩ ح ٥ . الباب ٢٩ من أبواب المستحقين للزكاة .

سند الكليني (١) والشيخ (٢) إلى الروايه معتبر ، وأبو خديجه ثقه عندنا ، فالسند لا بأس به . والزكاه فى الروايه تحمل على الصدقات المندوبه .

وعلى هذا يجوز إعطاء مجهول المالك إلى بنى هاشم ، وكذا يجوز إعطاؤهم من الصدقات المستحبه .

### الفرع الحادى عشر : التصدق بمجهول المالك هل يوجب الضمان ، لو ظهر المالك ولم يرض به ؟

حيث ذهبنا إلى وجود الضمان فى مجهول المالك مطلقاً ، فإذا تصدق من بيده المال خرج من تكليفه بحسب الشريعه والأمر الأخرى ، وأما بالنسبه إلى المالك إذا ظهر ورضى بالصدقه فلا ضمان ، ولكن لو لم يرض بها فالأصل يقتضى ضمانه . ويؤيده استصحاب الضمان وقاعدتا الإلتلاف وجعل اليد على مال الغير يوجب الضمان وخبر حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث بعد الأمر بالتصدق أنه قال : فإن جاء طالبها بعد ذلك خيرته بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله الأجر وإن اختار الغرم غرم له ، وكان الأجر له (٣) .

ولا تعارضه معتبره داود بن أبى يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث أنه قال : فاذهب فاقسمه فى إخوانك ولك الأمان مما خفت منه ، قال : فقسمته بين إخوانى (٤) .

لأن فقره « ولك الأمان مما خفت منه » لا تنفى الضمان ، والسائل يخاف من اشتغال ذمته بالنسبه إلى المالك فى الآخره ، ولذا أمر الإمام عليه السلام بالصدقه ، ومع التصديق يخرج من هذا الخوف وذمته بريئه فى الآخره . ولكن فى الدنيا لو ظهر المالك ولم يرض بالصدقه ، ذمته مشغوله بالضمان الأول .

فعلى ما ذكرنا يثبت الضمان بمجرد جعل اليد على المال ولا يرتفع بالتصدق ، ولا يرد التصديق من جانب المالك ، بل بنفس جعل اليد السابق .

ص: ٣٥٤

١- (١) الكافى ٤ / ٥٩ ح ٦ .

٢- (٢) التهذيب ٤ / ١٦٠ ح ١٦١ ، والاستبصار ٢ / ٣٦ ح ١١٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٣٦ ح ١ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٥ / ٤٥٠ ح ١ .

ووافقنا على الضمان جماعه من الفقهاء ، منهم : الشهيد فى البيان (١) وثانيه فى المسالك (٢) ، وخالفنا سيد الرياض (٣) وصاحب المدارك (٤) مستدلاً بأنه أوفق بالأصل وبأنه مأمور بذلك شرعاً .

ولو مات المالك ينتقل حق الردّ أو إجازة التصدق إلى ورثته ، فلو ردّوا الصدقه فدمّمه المتصدّق مشغوله بالمال .

وكذا لو مات المتصدّق وردّ المالك الصدقه يتعلّق الضمان بدمّمه الدافع ويخرج من تركته أولاً ، ثم يقسم الباقي بين ورثته .

هذا كلّه لو قام المتصدّق بأمر الصدقه من قبل نفسه ، ولكن لو استجاز من الحاكم الشرعى - وهو الفقيه العادل فى زمن الغيبه - فليس عليه الضمان . وكذا ليس الضمان على الفقيه ولا على الفقير الذى أخذ الصدقه حتّى مع بقاء العين ، ولذا قال الشيخ الأعظم : « لم يقل أحد برجوع المالك على الفقير مع بقاء العين » (٥) .

وكذا لا يثبت الضمان عليهم ، فلو أعطى المال مَنْ جعل يده عليه للفقيه والفقيه أعطاه للفقير فلا ضمان ولو كانت العين باقيه فى يد الفقير .

نعم ، لو أعطاه للفقيه وكانت العين موجوده فى يد الفقيه يجب عليه أداء المال إلى المالك لو طلبه منه ولم يرض بالصدقه ، لأنّه من مجهول المالك الذى وُجد صاحبه ، فعلى الفقيه أن يرجع ماله إليه لو طلبه .

وهاهنا وجوه واحتمالات أغمضنا عن ذكرها روماً للإختصار .

### **الفرع الثانى عشر : هل هذه الأحكام تختص بالجائزه المأخوذه من يد السلطان ؟**

الظاهر أنّ السلطان والظالم يُذكر فى المقام بعنوان المثل ، فلا فرق بينه وبين غيره من

ص: ٣٥٥

١- (١) البيان / ٢١٨ .

٢- (٢) مسالك الأفهام / ١ / ٤٦٧ .

٣- (٣) رياض المسائل / ٥ / ٢٣٩ .

٤- (٤) مدارك الأحكام / ٥ / ٣٨٩ .

٥- (٥) المكاسب / ٢ / ١٩٥ .

الآخذين للأموال بالباطل ، ولذا عمم الشيخ جعفر قدس سره الحكم إلى غيره وقال : « الآخذ للأموال بالباطل - مع العلم بوجودها في جملة أمواله - من سلطان أو عامل أو عشار أو سارق أو مُزبٍ أو مرتشٍ إلى غير ذلك ، وإن كان الظاهر الأوّل والثاني » (١) .

وتبعه في الجواهر وقال : « ... وحينئذ يكون الجائر كغيره في الحكم المزبور ، وإنما ذكر بالخصوص لتعرض النصوص ، ولا ريب في أنه الأحوط » (٢) .

أقول : النصوص لا تختص بالظالم ، بل ورد في عدّه من الروايات ذكر غير الظالم وجواز التصرف في جوائزه وهداياه :

منها : صحيحه أبي بصير قال : سألت أحدهما عليهما السلام عن شراء الخيانه والسرقه ؟ قال : لا ، إلا أن يكون قد اختلط معه غيره ، الحديث (٣) .

ومنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث أنه قال : لو أنّ رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ في ذلك المال ربا ولكن قد اختلط في تجاره بغيره حلال كان حلالاً طيباً فليأكله ، وإن عرف منه شيئاً أنّه ربا فليأخذ رأس ماله وليرد الربا ، الحديث (٤) .

في الوسائل « أبي المغرا عن أبي عبد الله عليه السلام » ، ولكن في الكافي (٥) « أبي المغرا عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام » والصحيح أنه صحيحه الحلبي لا أبي المغرا .

ومنها : صحيحه أخرى للحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في حديث : وإن كان مختلطاً فكله هنيئاً ، فإنّ المال مالك ، واجتنب ما كان يصنع صاحبه ، الحديث (٦) .

ومنها : مكاتبه الحميري - التي صححنا سندها فيما مضى - عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف أنّه كتب في جوابه : إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده

ص : ٣٥٦

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٣٥ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٧٦ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٩٠ ح ٦ . الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ / ١٢٨ ح ٢ . الباب ٥ من أبواب الربا .

٥- (٥) الكافي ٥ / ١٤٥ ح ٤ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨ / ١٢٩ ح ٣ .

فَكَلَّ طَعَامَهُ وَاقْبَلَ بَرَّهُ وَإِلَّا فَلَا(١) .

والظاهر أنّ منشأ الحليّيه فى الجميع هو الإختلاط والاشتباه وعدم تعيّن الحرام فى المقام ، ولذا تأتى جميع هذه الأقسام الأربعة فى أموال السراق والعشّار والمربى والمرتشى وغيرهم من الذين يأخذون أموال الناس بالباطل ولا يرعون الحدود الشرعيه وضوابطها فى تحصيل الأموال .

والحاصل ، أن جوائز السلطان وعمّاله وأمثاله من الذين يأكلون الحرام تشترك فى الحكم ويأتى فيها ما مضى من أقسامه الثلاثه ، وكذا يأتى فيها القسم الرابع الآتى . وهذا تمام الكلام فى القسم الثالث .

### القسم الرابع:

### إشاره

القسم الرابع : الآخذ يعلم إجمالاً أنّ فى أموال الجائر محرّماً ويعلم إجمالاً بوجود الحرام فى المأخوذ منه

هذا القسم الأخير يشترك مع القسم الثالث ، إلاّ أنّ العلم بوجود الحرام فى المأخوذ منه فى القسم الثالث علم تفصيلى وفى القسم الرابع علم إجمالى .

### صورها الثمانيه:

وهذا العلم الإجمالى يقسم المال المأخوذ إلى صورتين رئيسيتين :

١ - العلم الإجمالى الذى يوجب حصول الإشاعه والإشتراك فى المال المأخوذ .

٢ - العلم الإجمالى الذى لا يوجب حصول الإشاعه والإشتراك فى المال المأخوذ .

وعلى الصوره الأولى فالقدر المال المأخوذ ومالكه إمّا معلومان أو مجهولان أو مختلفان ، والأخير تاره القدر معلوم والمالك مجهول وتاره عكسه .

وعلى الصوره الثانيه -وهى ما كان المال مفروضاً واشتبه الحرام بالحلال - فحينئذ أيضاً إمّا المالك وقدر ماله معلومان أو مجهولان أو مختلفان ، والأخير تاره القدر معلوم والمالك مجهول وتاره عكسه .

فهاتان الصورتان فى كلّ صوره منها أربعة فروض ، فصار المجموع ثمانيه فروض نتعرض لها . فظهر ممّا ذكرنا أنّ فروض الصوره الأولى تجرى فى الصوره الثانيه أيضاً ، ولكن



ظاهر الشيخ الأعظم (١) قدس سره انحصارها بصورة مجهوليه القدر ومعلوميه المالك ، وقد تبّه على تعميم الفروض واشتراكها في صورتين الفقيه اليزدي (٢) والمحقق الخوئي (٣) قدس سره ، وتبعهما شيخنا الأستاذ (٤) - مدظله - وهو متين .

### وأما حكم فروض الاشاعه والاشراك :

الف : إذا كان القدر ومالكة معلومين فيجب ردّ القدر إلى مالكة المعلوم .

ب : إذا كان القدر والمالك كلاهما مجهولين فصار من صغريات المال المختلط بالحرام فيجب فيه الخمس .

وقد مرّ ذكر معتبره السكوني (٥) وصحيحه عمار بن مروان (٦) وخبر الحسن بن زياد (٧) وليراجع مرسله الصدوق (٨) وكلّها تدل على كفايه إخراج الخمس في المقام ، أي إذا كان القدر مجهولاً . ولكن إذا كان القدر معلوماً إجمالاً لاسيما إذا كان أزيد من الخمس فيجب إخراج أزيد منها كما أفاده العلامة في التذكرة (٩) ، والشهيد الثاني في المسالك (١٠) والمحققان الهمداني (١١) والنائيني (١٢) حكموا باختصاص الروايات بما إذا كان القدر مجهولاً ، وتبعهم السيد الخوئي (١٣) .

ص: ٣٥٨

- ١- (١) المكاسب ٢ / ١٩٨ .
- ٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ٢١٨ .
- ٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٥٢٩ .
- ٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ٣٤٣ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠٦ ح ٤ وروى نظيرها في وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٠ ح ٥ .
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ٩ / ٤٩٤ ح ٦ .
- ٧- (٧) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠٥ ح ١ .
- ٨- (٨) وسائل الشيعه ٩ / ٥٠٦ ح ٣ .
- ٩- (٩) تذكرة الفقهاء ٥ / ٤٢٢ .
- ١٠- (١٠) مسالك الأفهام ١ / ٤٦٧ .
- ١١- (١١) مصباح الفقيه ١٤ / ١٧٢ . كتاب الخمس من الطبعة الحديثه .
- ١٢- (١٢) منيه الطالب ١ / ٧٦ .
- ١٣- (١٣) مصباح الفقاهه ١ / ٥٣٠ .



فما ذكره السيد اليزدي(١) تبعاً لصاحب المناهل(٢) من إطلاق أخبار الخمس بالنسبه إلى ما لو شك في كون الحرام بمقدار الخمس أو أقل منه أو أكثر ، غير تام .

لأن جعل وجوب الخمس في المال المختلط بالحرام للإمتنان على العباد لتخلصهم من الحرام ، ومن المعلوم عدم صدق الإمتنان لو كان المقدار أقل من الخمس .

وكذا لو كان الإختلاط أزيد من الخمس ، صار بالنسبه إلى الزائد كغيرها من المحرّمات لا ترفع الحرمة عنه وإلا كان ذلك حيله لأكل أموال الناس ، مضافاً إلى عدم القول بالفصل بين صورتى العلم بالزيادة والنقيصه كما ذكره السيد الخوئي(٣) .

فالأخبار تختص بفرض مجهوليه المقدار والمالك .

ج : إذا كان القدر معلوماً والمالك مجهولاً فيصير من مصاديق مجهول المالك الذى سبق حكمه مفصلاً .

د : وإذا كان المالك معلوماً والقدر مجهولاً ذهب جماعه إلى لزوم المصالحة مع المالك ، منهم العلامة فى النهايه(٤) والشهيدان(٥) والفاضل المقداد(٦) والشيخ جعفر(٧) والشيخ الأعظم(٨) ، وزاد النائيني على المصالحة « أو يحكم بالتنصيف بينهما قهراً »(٩) واستدل له بصحيحه عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لى ، وقال الآخر : هما بينى وبينك ، فقال : أما الذى

ص : ٣٥٩

١- (١) حاشيه المكاسب ١ / ٢٠٨ .

٢- (٢) المناهل / ٣٠٣ الطبع الحجرى .

٣- (٣) مصباح الفقاهه ١ / ٥٣١ .

٤- (٤) نهايه الأحكام ٢ / ٥٢٥ .

٥- (٥) البيان / ٢١٧ ، والروضه البهيه ٢ / ٦٧ .

٦- (٦) التنقيح الرائع ١ / ٣٣٧ .

٧- (٧) شرح القواعد ١ / ٣٤٧ .

٨- (٨) المكاسب المحرمه ٢ / ١٩٨ .

٩- (٩) منيه الطالب ١ / ٧٦ .

قال : هما بينى وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه ، ويقسم الآخر بينهما(١).

أقول : ويؤيد ما ذكره بل يدل على التنصيف معتبره السكونى عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام فى رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها ؟ قال : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ، ويقسم الآخر بينهما نصفين(٢).

فقد يُستفاد من الخبرين : « أن كل مال كان مشاعاً بين شريكين ولم يعلم مقدار حقهما فالحكم بالتنصيف ، ومورده وإن كان مورد التنازع إلا أن المناط مطرد فى مقامنا أيضاً » كما ذكره المحقق النائينى(٣).

واستشكل المحقق الخوئى على إطلاق وجوب المصالحة فى كلام الشيخ الأعظم فى مورد الجهل بالمقدار ومعلومه المالك وقال قدس سره : « لأن المال المذكور قد يكون فى يد أحدٍ وقد لا يكون كذلك ، وعلى الأول فالمقدار الذى يعلم صاحبه يرد إليه والمقدار الذى لا يعلم صاحبه فهو لذى اليد لأنها أماره الملكيه . وعلى الثانى فما هو معلوم المالك أيضاً يرد إلى صاحبه وفى المقدار المشتبه يرجع إلى القرعه . ويحتمل الحكم بالتنصيف للمصالحة القهرية ، ويستأنس حكم ذلك بما ورد فى الودعى ، ولكن الظاهر أن الروايه غير نقيه السند(٤).

وتبعه شيخنا الأستاذ - مدظله - فى فرضه الأول وقال : « ... بل يحكم بأن سهم المشاع فى ذلك المال هو الأقل ، أخذاً بمقتضى يد الجائر الجارىه على جميع المال ، فإنه لم يعلم عدم مالكيته للمال إلا بالاضافه إلى السهم الأقل(٥).

أقول : بالنسبه إلى ما ذكره المحقق الخوئى : اليد أماره الملكيه فيما إدعى ذو اليد بأنه صاحب المال ولكن إذا لم يدع ذلك أو علم أن مقداراً منه يكون لغيره فلا اعتبار بيده مطلقاً أو

ص : ٣٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ / ٤٥٠ ح ١ . الباب ٩ من أبواب الصلح .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٤٥٢ ح ١ . الباب ١٢ من أبواب الصلح .

٣- (٣) منيه الطالب ١ / ٧٧ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١ / ٥٢٩ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ١ / ٣٤٢ .

فيما علم وأقرّ، والروايه المشار إليها في كلامه هي معتبره السكوني التي قد مرّ ذكرها وهي تامه السند .

وأما بالنسبه إلى ما ذكره الأستاذ - مدظله - قد مرّ منّا عدم اعتبار يد الجائر في أوائل البحث إذا علم سابقه يد الغير على المال ، أو اعترافه أو علمنا بأن جميع المال أو المقدار المجهول منه ليس له . وبهذا يظهر الإشكال في ما ذكره في الفرض الثالث من الصوره الثانيه(١) .

وفي هذا الفرض يمكن الحكم بالتنصيف في المقدار المشاع ، كما تدلّ عليه الروايتان ، أو المصالحه ، والأخير أحوط . هذا تمام الكلام في فروض الصوره الأولى .

### وأما حكم فروض عدم حصول الإشاعه والإشراك :

قد سبق أنّه يفرض فيما إذا كان المال مفروزاً واشتبه الحلال بالحرام ، وهي أيضاً على أربعة أقسام :

الف : إذا كان المقدار والمالك كلاهما معلومين فيجب ردّه إلى مالكه ، وعلى فرض عدم التعيين يرجع فيه إلى القرعه .

ب : إذا كان المقدار والمالك كلاهما مجهولين فيجب فيه إخراج الخمس ، لأنّه من صغريات المال المختلط بالحرام ، لعدم انحصاره بصوره الإشاعه والإشراك .

ج : وإذا كان القدر معلوماً والمالك مجهولاً فيصير ذلك المقدار من مصاديق مجهول المالك الذي مرّ حكمه في القسم الثالث .

د : وإذا كان المالك معلوماً والقدر مجهولاً- فيتعين بالقرعه ، لأنّها لكلّ أمر مشكل ، أو يباع المجموع ويشتركان في الثمن . ويدلّ على الوجه الثاني موثقه إسحاق بن عمار قال : قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل يبضعه ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب ، فيبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا- هذا ثوبه ؟ قال : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثه أخماس الثمن والآخر خمسى الثمن . قال : قلت : فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين : اختر أيهما شئت ، قال : قد أنصفه(٢) .

ص: ٣٦١

١- (١) راجع كلامه في ارشاد الطالب ١ / ٣٤٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٤٥١ ح ١ . الباب ١١ من أبواب الصلح .

أبضع الشيء : أى جعله بضاعه ، وهى من المال ما أعد للتجاره .

سند الصدوق والشيخ والكلينى إلى هذه الروايه ضعيفه بموسى بن سعدان ، ولكن للشيخ طريقاً آخر رواها فى التهذيب(١) .  
بإسناده عن الحسين بن أبى العلاء عن إسحاق بن عمار ، وسند الشيخ إلى الحسين بن أبى العلاء صحيح فى الفهرست(٢) .  
فالروايه بهذا السند موثقه على القول بفتحيه اسحاق .

ويمكن القول باشتراكهما فى العين بعد الاشتباه بحسب المائيه ، فلا يجب البيع بل لهما أن يقتسما العينين أو الأعيان كما ذكره  
الفقيه اليزدى(٣) قدس سره .

وهذا تمام الكلام فى فروض الصوره الثانيه ، وبه ظهر حكم الأقسام الأربعة .

## تنبيهان

### اشاره

وبقى فى المقام تنبيهان تعرّض لهما الشيخ الأعظم قدس سره :

### الأولى : حكم أخذ المال من الجائر

قال الشيخ الأعظم قدس سره : « أن أخذ ما فى يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الأخذ إلى الأحكام الخمسه»(٤) .

أقول : الظاهر أنّ فى كلام الشيخ الأعظم نوعاً من المسامحه فى التعبير ، لأنّ شأن الأخذ شأن سائر الأفعال التى لا تتصف بحكم  
إلاّ- باعتبار العوارض والطوارئ والإضافه ، فإنّ الأخذ بالنسبه إليها قد يكون حراماً كأخذ مال الغير بدون إذنه ، وقد يكون  
مكروهاً كأخذ المال المشتبه ، وقد يكون مباحاً كأخذ المال من الجائر مع عدم العلم بحرمة لتكثير الثروه وإزدياد المال ، وقد  
يكون مستحباً كأخذ المال منه كذلك لزياره المشاهد المشرفه والتوسعه على العيال ، وقد يكون واجباً كأخذ حقوق الناس من  
الجائر .

### فرع :

قال الشيخ الأعظم : « يجب على الحاكم الشرعى استنقاذ ما فى ذمته (أى ذمه الجائر)

ص : ٣٦٢

١- (١) التهذيب ٦ / ٢٠٨ ح ١٣ .

٢- (٢) الفهرست / ١٤٠ الرقم ٢٠٤ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ٢١٨ .



من حقوق الساده والفقراء ولو بعنوان المقاصه ، بل يجوز ذلك لأحاد الناس ، خصوصاً نفس المستحقين مع تعذر استئذان الحاكم»(١) .

ووافقه على الحكم وعممه المحقق الإيروانى حيث يقول : « لأنه ولى بيت مال المسلمين ، فيجب عليه حفظه عن التلف وأخذه من ذمم الناس ولو بالمقاصه من أموالهم»(٢) . وزاد : « بل يجب ذلك على آحادهم من باب النهى عن المنكر مع اجتماع شرائطه»(٣) .

أقول : لا فرق بين الجائر وغيره فى الحقوق الشرعيه ، فتعميم الحكم من الإيروانى فى محلّه ، ولكن الحكم بوجود المقاصه على الحاكم الشرعى - وهو الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء - مشكل بل معلوم العدم . ووجه ظاهر ، لعدم صدق بيت المال عليه قبل إخراجها ، وغايه ما يمكن أن يقال فى حقّه جواز المقاصه من أموالهم لا وجوبه .

وأما جواز التقاص لأحاد الناس لاسيما المستحقين ، فلا يجوز قطعاً من دون الاستئذان من الفقيه ، فنفى وجوبه أوضح من أن يخفى .

ولو كان الأمر كما ذكره العلمان فلم يبق حجراً على حجرٍ ، ووافقنا على عدم جواز التقاص لأحاد الناس من دون الاستئذان شيخنا الأستاذ(٤) - مدظله - .

### التانيه : هل تخرج أموال الناس من تركه الجائر ؟

الجائر إذا كان حياً يجب عليه ردّ أموال الناس إليهم وكانت ذمته مشغوله بما أتلفه من أموالهم لقاعده الإلتلاف وغيره ، فيجب عليه إفراغ ذمته من هذا الاشتغال بردّ العين إن كانت موجوده أو بردّ المثل فى المثلى أو القيمه فى القيمي إن كانت العين تالفه .

وإذا مات يجب إخراج أموال الناس من أصل تركته ، لأنها من ديونه ، ويدلّ عليه قوله تعالى : «مِن بَعْدِ وَصِيَّتِهِ تَوْصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ»(٥) ثم تقسيم ما بقى من الأموال بين ورثته .

ص : ٣٦٣

١- (١) المكاسب ٢ / ١٩٨ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٤٨ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١ / ٣٤٨ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١ / ٣٤٣ .

٥- (٥) سورة النساء / ١٢ .

ولكن خالف فيما ذكرناه جدنا الفقيه الشيخ جعفر وقال : « وتؤخذ من الظالم قهراً مع الإمكان إن بقيت في يده ، وعوضها مع التلف ، ويقاص بها من أمواله مع حياته ولو كانت ودائع - على نحو ما سيجيء في كتاب الغصب - إلا أن ما في يده من المظالم تالفاً لا يلحقه حكم الديون في التقديم على الوصايا والموارث ، لعدم انصراف الدين إليه وإن كان منه ، وبقاء عموم الوصيه والموارث على حاله ، وللسيره المأخوذه يبدأ بيد من مبدأ الإسلام إلى يومنا هذا . فعلى ذلك لو أوصى بها بعد التلف خرجت من الثلث ، وما كان منها باقياً يجب ردّه ، ولو امتنعوا عنه حلّ الحلال وحرّم الحرام» (١).

نقل صاحب الجواهر هذا المقال من الجدّ ثمّ قال راداً عليه : « وفيه : مع أنّه لم نجد له موافقاً عليه منع واضح ، خصوصاً بعد معلوميه المغصوب منه ، ودعوى عدم الإنصراف كدعوى السيره المجديه ممنوعتان أشدّ المنع . وما في التحرير من أنّ الأفضل للمظلوم عدم أخذه ما ظلم به وإن تمكن منه أجنبيّ عن ذلك ، ويمكن أن يكون وجهه مراعاة التقيه ، والله أعلم» (٢).

أقول : أشار صاحب الجواهر إلى ما ذكره العلامة في التحرير بقوله : « إذا غصب الظالم شيئاً ثمّ تمكن المظلوم من أخذه وأخذ عوضه ، كان تركه أفضل ، ولو كان الظالم قد أودعه ففي جواز الأخذ من الوديعة بقدر ماله قولان ، أقربهما الكراهيه» (٣).

وذكر الشيخ الطوسي نحو هذا في النهايه (٤).

وقد ناقش الشيخ الأعظم (٥) في استدلال الشيخ جعفر بعين ما ذكره صاحب الجواهر مع توضيح بمنع دعوى الإنصراف وأنّ السيره ناشئ عن قلّه مبالاه الناس كما هو ديدنهم في أكثر السير التي استمزوا عليها ، وزاد : « مع أنّه لا إشكال في جريان أحكام الدّين عليه في

ص : ٣٦٤

١- (١) شرح القواعد ١ / ٣٣٨ .

٢- (٢) الجواهر ٢٢ / ١٨٠ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٢ / ٢٧٢ مسأله ٣٠٦١ .

٤- (٤) النهايه / ٣٥٩ .

٥- (٥) راجع المكاسب ٢ / ١٩٩ .

حال حياته من جواز المقاصه من ماله كما هو المنصوص وتعلق الخمس والاستطاعه وغير ذلك»(١).

مراده من النصوص الروايات الواردة في الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به في وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٢ ، منها : صحيحه داود بن زربي(٢) وموثقه أبي العباس البقباق(٣) وموثقه أبي بكر الحضرمي(٤) وصحيحته(٥) وخبر علي بن جعفر(٦).

وما ورد من الروايات المانعه من المقاصه نحو صحيحه سليمان بن خالد(٧) وصحيحه معاويه بن عمار(٨) وخبر ابن أخي الفضيل بن يسار(٩) وخبر زيد الشحام(١٠) تحمل على الكراهه جمعاً بين الطائفتين .

ومراده من تعلق الخمس : عدم تعلق الخمس بما زاد عن مؤنه سنته فيما إذا كان البدل بمقدار الزائد عليها .

ومراده من الاستطاعه : عدم حصول الاستطاعه للحج فيما إذا كان البدل مساوياً لما عنده من المال الكافي لمصارف حجه .

كما أن الأخيرين المذكوران في كلام المحقق الأردكاني(١١) وشيخنا الأستاذ(١٢) - مدظله - .

ص: ٣٤٥

١- (١) راجع المكاسب ٢ / ١٩٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢١٤ ح ٧ و ١٧ / ٢٧٢ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٢ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٣ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٤ ح ٥ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٦ ح ١٣ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٤ ح ٧ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٥ ح ١١ .

٩- (٩) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٣ ح ٣ .

١٠- (١٠) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٧٦ ح ١٢ .

١١- (١١) غنيه الطالب ١ / ٣٠٢ .

١٢- (١٢) ارشاد الطالب ١ / ٣٤٥ .



والحاصل ، ما ذكره العلامة الجدد لم يذهب إليه أحدٌ من فقهاءنا كما اعترف به تلميذه صاحب الجواهر(١). وعدم تماميته واضحة(٢)، بل أوضح من أن يحتاج إلى بيان(٣)، فلا فرق بين حياه الجائر ومماته ، فذمته مشغوله بالمظالم وتخرج من أصل تركته ، ثم تعمل بوصيته في ثلث ما ترك أو في جميعه مع إذن الورثه ، ثم يقسم ما بقى بين ورثته ، والله سبحانه هو العالم . هذا تمام الكلام في المسأله الثانيه من مسائل الخاتمه .

ص: ٣٦٦

---

١- (١) الجواهر ٢٢ / ١٨٠ .

٢- (٢) كما في غنيه الطالب ١ / ٣٠٢ .

٣- (٣) كما في حاشيه المكاسب ١ / ٢١٩ للفقيه اليزدى .

اشاره

قبل الورود فى البحث عن هذه المسأله لا بدّ بأن نعرّف الخراج والمقاسمه وأنهما يتعلّقان بأىّ شىءٍ ولماذا؟

تعريف الخراج والمقاسمه

اشاره

لا بدّ من تقديم مقدمه لتبيين البحث ، وهى بيان أقسام الأرضين وأحكامها ، فنقول تبعاً لبعض أساتيدنا - مد ظله - :  
الأرض إمّا موات وإمّا عامره ، وكلّ منهما إمّا أن تكون كذلك بالأصاله أو عرض لها ذلك ، فهى أربعه أقسام :

أقسام الأرضين و أحكامها

١ - أمّا الموات بالأصاله : فلا إشكال ولا خلاف منّا فى كونها من الأنفال وكونها للإمام بما هو إمام .

٢ - وأمّا العامره بالأصاله : أى العامره لا من معمر مثل الموات بالأصاله فى الحكم أى أنّها من الأنفال .

وأمّا هاتان لا فرق بينهما من أنّهما فى بلاد الإسلام أو فى بلاد الكفر ، إذ لم يتحقق ما هو الملاك الرئيسى للتملك وهو الإحياء .

٣ - وأمّا الموات بالعرض :

ألف : فإن كانت العماره السابقه فيها أصليه أو من معمر بقصد الملك ولكن باد أهلها بالكلّيه أو أعرض عنها بالكلّيه ، فهى للإمام أيضاً وحكمها حكم الموات بالأصاله .

ب - وإن كانت من معمر بقصد الملك ولم يُبد أهلها ولم يعرض عنها ففى بقائها بعد الموت على ملك معمرها أو خروجها عن ملكه أو يفصل بين ما كان الملك بغير الإحياء كالميراث والشراء ونحوهما فيبقى أو بالإحياء فيزول ؟ وجوه .

ألف : فإن كانت العماره بنفسها فهي أيضاً للإمام قطعاً .

ب - وإن كانت من معمر بقصد التملك فهي له ويملكها المحيي بلا- فرق بين المسلم والكافر ، فلا- تخرج من ملكه إلا بالإعراض أو المعاملات الناقله أو النواقل القهرية كالميراث .

وفى هذا القسم الأخير إذا كان المالك المحيي كافراً محارباً فملكه يزول بما يزول به ملك المسلم بانضمام الاغتنام عنوه كسائر أموالهم فتصير ملكاً للمسلمين ، والمتولّى للتصرف فيها وتقبيلها هو الإمام يصرف حاصلها فى مصالحهم .

وأما إن انجلى أهلها وأخذت بغير حرب وعنوه أو صولح عليها على أن تكون للإمام صارت للإمام وتكون من الأنفال والفيء .

وأما إن صولح عليها على أن تبقى ملكاً لأنفسهم ويؤدّوا عنها الخراج سميت أرض الجزية .

وهذه الأقسام الثلاثة الأخيره من الصوره الثانيه من القسم الرابع تُسمى الأراضى الخراجيه ، لأنّ كلّها مشتركه من أنّ الإمام يتصرف فيها من حيث تقبيلها ويأخذ خراجها .

ثمّ ظهر ممّا ذكرنا بأن الخراج والمقاسمه يطلقان على الطّشيق(١) الذى يؤخذ من الثلاثة الأخيره ، فإن كان التقبيل بمال معين بنحو الإجاره سمى خراجاً ، وإن كان بسهم مشاع من عوائد الأرض سمى مقاسمه ، وربما يطلق على كليهما الخراج ، ومقداره فى جميع الأقسام الثلاثة بيد الإمام(٢)(٣) .

ص: ٣٦٨

---

١- (١) قال الشهيد الثانى فى حاشيته على الإرشاد المطبوع ضمن غايه المراد ١/٤٨٩ : «الطسق فارسى معرّب والمراد به أجرؤها» .  
٢- (٢) فى هذا المجال راجع نظام الحكم فى الإسلام / ٥٢٩ و ٥٢٨ .  
٣- (٣) ويشير إلى أقسام الأراضى فقهاؤنا قديماً وحديثاً ، فراجع إن شئت إلى النهايه للشيخ الطوسى / (١٩٦ - ١٩٤) ومبسوطه ٢/٢٨ ، ومنتهى العلامه ٢/٩٣٢ [ ١٤ / ٢٥٣ ] ، وتذكرته ٩/١٨٣ ، رساله قاطعه اللجاج فى حلّ الخراج / ٢٣٩ للمحقق الثانى المطبوعه ضمن المجلد الأول من رسائل المحقق الكركى وكذا طبعت فى ضمن الخراجيات ، والأردبيلى فى مجمع الفائده والبرهان ٧/٤٦٩ ، والمحقق السبزوارى فى الكفايه ١/٣٧٣ وما بعدها ، وصاحب الرياض فى كتابه ٨/١١٥ ، وصاحب الجواهر فيه ٢١/١٥٧ ، والسيد على آل بحر العلوم فى برهان الفقه ، كتاب التجاره / ٥٨ ، والسيد الحكيم فى نهج الفقاهه / ٥٣٥ ، ودراسات فى ولايه الفقيه ٣/١٨١ لبعض أساتيدنا - مد ظله - .

هذا معنى الخراج والمقاسمه ، ومعنى الزكاه واضحه ، ولذا نشرع فى أصل البحث :

جماعه من أصحابنا عرّفوا الخراج والمقاسمه فى كلماتهم :

### كلمات الأصحاب فى الخراج و المقاسمه

منهم : الفاضل المقداد قال : «أما المقاسمه فهو أن يأخذ من الغلات باسم المقاسمه عن الأرض ، ومن الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض»(١) .

ومنهم : المحقق الثانى قال : «المقاسمه هى : مقدار معين يؤخذ من حاصل الأرض نسبتة إليه بالجزئيه كالنصف والثلث . والخراج : مقدار معين من المال يضرب على الأرض أو على البستان ، كأن يجعل على كل جريب كذا درهماً»(٢) .

ومنهم : ثانى الشهيدين قال : «المقاسمه حصه من حاصل الأرض تؤخذ عوضاً عن زراعتها ، والخراج مقدار من المال يضرب على الأرض أو الشجر حسبما يراه الحاكم»(٣) .

ومنهم : المحقق الأردبيلي قال : «المقاسمه : الحصه المعينه من حاصل تلك الأرض (أى الأرض الخراجيه ، وهى الأرض المعموره المفتوحه عَنوه بإذن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أو الإمام عليه السلام على المشهور ، أو المأخوذه بالصلح بأن تكون الأرض للمسلمين ولهم السكنى) مثل العُشر ، والخراج : المال المضروب عليها غالباً ، فلا- يضرب إطلاق الخراج على المقاسمه كما ورد فى بعض الروايات والعبارات ، والأمر فى ذلك هين ، فإنّ المقصود ظاهر ، لأنّ المراد منهما ومن الطّشيق والقباله واحد ، وهو ما يؤخذ من الأرض المذكوره بمنزله الأجره»(٤) .

ص : ٣٦٩

١- (١) التنقيح الرائع ٢/١٨ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤/٤٥ .

٣- (٣) المسالك ٣/١٤٢ .

٤- (٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨/٩٧ .

وقال أيضاً في رسالته الخراجيه - التي كتبها تأييداً للشيخ إبراهيم القطيفي الذي هو ردّ على رساله قاطعه اللجاج للمحقق الكركي في رسالته المسماه ب- «السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعه اللجاج» - فقال الأردبيلي في تعريف الخراج: «على ما فهم من كلامهم: أنه كالأجره المضروبه على الأرض التي فُتحت عنوةً وكانت عامره حين الفتح، وفي معناه: المقاسمه، سواء كانت عين حاصل الأرض كالثلث، أو من النقد بل غيره أيضاً، وقيل: إنه مختص بالقسم الثاني، والمقاسمه بالأول، وقد يفرّق بالمضروب على الأرض والمواشى...» (١).

ومنهم: الفيض الكاشاني قال: «الخراج ما يضرب على الأرض كالأجره لها وفي معناه المقاسمه، غير أنّ المقاسمه يكون جزءاً من حاصل الزرع والخراج مقدار من النقد يضرب عليها، وقد يُسمّى كلاهما بالقباله» (٢).

ومنهم: الشيخ يحيى بن حسين بن عشيره البحراني قال: «... المقاسمه: مقدار معين من حاصل الأرض الخراجيه - وهي المفتوحه عنوةً - نسبته إليه بالجزئيه كالنصف والثلث. والخراج: مقدار معين من المال كان يضرب لكلّ جريب من الأرض كذا درهماً فهو كالأجره لها» (٣).

ومنهم: الفاضل النراقي قال: «المراد بالمقاسمه: الحصّه المعينه من حاصل الأرض يؤخذ عوضاً عن زراعتها، وبالخراج: المال المضروب عليها أو على الشجر حسبما يراه الحاكم، وقد يُطلق الثاني على الأول» (٤).

ومنهم: الفقيه اليزدي قال: «المراد بالخراج ما جعل على الأرض من الدرهم والدينار ونحوهما، وبالمقاسمه الحنطه والشعير ونحوهما إذا جعل عليه أن يزرع بالنصف أو الثلث أو نحوهما» (٥).

ص: ٣٧٠

١- (١) الخراجيات/ رساله الأولى للمحقق الأردبيلي/ ١٧.

٢- (٢) الوافي ١٨/٩٨٤.

٣- (٣) بهجه خاطر ونزهه الناظر/ ٩٣ الرقم ١٨٨.

٤- (٤) مستند الشيعة ١٤/٢٠١.

٥- (٥) حاشيه المكاسب ١/٢١٩.

ومنهم : المحقق النائيني عمّم التعريف وقال : «والظاهر أنّ الخراج هو الأعمّ ممّا يؤخذ من حاصل الأرض وممّا يؤخذ ضريبه ، المعروف في إيران ب- «الماليات» وفي العراق ب- «الميرى» ، وكيف كان مورد السؤال في الأخبار يشمل كلّ ما يؤخذ من الأرض جنساً أو نقداً»(١).

أقول : يظهر من كلمات الأصحاب أنّ المراد بالخراج ما جعل على الأرض الخاصه من النقود والمقاسمه ما جعل عليها من حصاها وثمرتها من نصف أو ثلث أو عشر أو غيرها ، وقد يُطلق الخراج على المقاسمه أيضاً ، وأمّا تعميمه على كلّ ضريبه كما ذهب إليه المحقق النائيني قدس سره ففي غايه البعد .

### تطور البحث

قال الشيخ الصدوق : «ولا بأس بشراء الطعام والشياب من السلطان»(٢).

قال الشيخ الطوسي في النهايه : «... فأما ما يأخذونه (أى يأخذ سلاطين الجور) من الخراج والصدقات وإن كانوا غير مستحقين لها ، جاز له شراؤها منهم»(٣).

وقال فيه أيضاً : «ولا بأس أن يشتري من السلطان الإبل والغنم والبقر إذا أخذها من الصدقه وإن لم يكن هو مستحقاً لها ، وكذلك الحكم في الأطمه والحبوب»(٤).

وقال القاضي ابن البراج : «يجوز للإنسان أن يبتاع ما يأخذه السلطان الجور من الصدقات والخراج ، وإن كانوا غير مستحقين لأخذ شيء من ذلك ، إلا أن يتعين له في شيء منه معيّن أنّه غصب فإنّه لا يجوز له أن يبتاعه»(٥).

وقال ابن إدريس : «يجوز للإنسان أن يبتاع ما يأخذه سلطان الجور من الزكوات :

ص: ٣٧١

١- (١) منيه الطالب ١/٧٩ .

٢- (٢) المقنع / ٣٦٥ .

٣- (٣) النهايه / ٣٥٨ .

٤- (٤) النهايه / ٣٦٩ .

٥- (٥) المهذب ١/٣٤٨ .

الإبل والبقر والغنم والغلات ، والخراج وإن كان غير مستحق لأخذ شيء من ذلك ، إلا أن يتعين له شيء منه بانفراده أنه غضب ، فإنه لا يجوز له أن يتاعه ، وكذلك يجوز له أن يتاع منهم ما أراد من الغلات على اختلافها وإن كان يعلم أنهم يغصبون أموال الناس ويأخذون ما لا يستحقونه ، إلا أن يعلم أيضاً ويتعين له شيء منه بانفراده أنه غضب ، فلا يجوز له أن يتاعه منهم»(١) .

وقال المحقق : «ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات باسم المقاسمه ، أو الأموال باسم الخراج عن حق الأرض ومن الأنعام باسم الزكاة يجوز ابتياعه وقبول هبته ، ولا تجب إعادته على أربابه وإن عُرف بعينه»(٢) .

وقال في المختصر : «يجوز أن يشتري من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمه واسم الزكاة من ثمره وحبوب ونعم وإن لم يكن مستحقاً له»(٣) .

وقال يحيى بن سعيد الحلبي : «يجوز شراء الغلّة والثمر والأنعام من سلطان جور أخذها على وجه الخراج والزكاة والمقاسمه وإن أخذ فوق الواجب»(٤) .

وقال السيد [عميد الدين] ابن عبد الحميد الحسيني في شرحه للنافع : «وإنما يحلّ بعد قبض السلطان أو نائبه ولهذا قال المصنف ما يأخذه باسم المقاسمه فقيده بالأخذ وهو على الجائر ونائبه حرام»(٥) .

وقال العلامة في القواعد : «والذي يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمه ومن الأموال باسم الخراج عن حق الأرض ، ومن الأنعام باسم الزكاة يجوز شراؤه وأتّهابه ولا

ص : ٣٧٢

١- (١) السرائر ٢/٢٠٤ .

٢- (٢) شرائع الإسلام ٢/٧ .

٣- (٣) المختصر النافع / ١١٨ .

٤- (٤) الجامع للسرائر / ٢٦٠ .

٥- (٥) نقل عنه الشيخ إبراهيم القطيفي في « السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعه اللجاج » ، المطبوع ضمن الخراجيات / ١١٥ .

تجب إعادته على أصحابه وإن عرفوا»(١).

ونحوها في نهايته(٢) وإرشاده(٣).

وقال في التحرير: «ما يأخذه الظالم بشبهه الزكاه من الإبل والبقر والغنم، وما يأخذه عن حق الأرض بشبهه الخراج، وما يأخذه من الغلات باسم المقاسمه حلال، وإن لم يستحق أخذ ذلك، ولا يجب إعادته على أربابه وإن عرفهم، إلا أن يعلم في شيء منه بعينه أنه غصب، فلا يجوز تناوله ولا شراؤه»(٤).

وقال في التذكرة: «ما يأخذ الجائر من الغلات باسم المقاسمه، ومن الأموال باسم الخراج عن حق الأرض، ومن الأنعام باسم الزكاه يجوز شراؤه وأتّهابه، ولا تجب إعادته على أصحابه وإن عرفوا، لأن هذا المال لا يملكه الزارع وصاحب الأنعام والأرض، فإنه حق لله أخذه غير مستحقّه فبرئت ذمّته وجاز شراؤه»(٥).

ونحوها في منتهى المطلب ٢٧/١٠٢٧ من الطبع الحجري.

وقال الشهيد: «ويجوز شراء ما يأخذ الجائر باسم الخراج والزكاه والمقاسمه وإن لم يكن مستحقاً له... ولا يجب ردّ المقاسمه وشبههاً على المالك ولا- يُعتبر رضاه، ولا يمنع تظلمه من الشراء. وكذا لو عَلِمَ أن العامل يظلم، إلا أن يعلم الظلم بعينه. نعم يكره معاملته الظلمه فلا- يحرم...، ولا فرق بين قبض الجائر إيّاها أو وكيله، وبين عدم القبض، فلو أحاله بها وقبّل الثلاثه، أو وكلّه في قبضها أو باعها، وهي في يد المالك أو في ذمّته جاز التناول ويحرم على المالك المنع. وكما يجوز الشراء يجوز سائر المعاوضات والهبة والصدقه والوقف، ولا يحل تناولها بغير ذلك»(٦).

ص: ٣٧٣

١- (١) القواعد ٢/١٢.

٢- (٢) نهايه الإحكام ٢/٥٢٦.

٣- (٣) إرشاد الأذهان ١/٣٥٨.

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٢ مسأله ٣٠٦٠.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٢/١٥٣ مسأله ٦٥٩.

٦- (٦) الدروس الشرعيه ٣/١٦٩ و ١٧٠.



وفى هذا المجال راجع إحياء الموات من اللمعه / ٢٤١ .

وقال الفاضل المقداد : «إنّ الدليل على جواز شراء الثلاثه من الجائر - مع كونه غير مستحقّ - النص الوارد عنهم عليهم السلام ، والإجماع وإن لم نعلم مستنده ، ويمكن أن يكون مستنده أنّ ذلك حقّ الأئمه عليهم السلام ، وقد أذنوا لشيعتهم فى شراء ذلك ، فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولى إذا انضمّ إليه إذن المالك» (١) .

وقال محمد بن القطان الحلّى : «وما يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمه ومن الأموال باسم الخراج ومن الأنعام باسم الزكاه و(٢) لا تجب إعادته على ربّه وإن عرفه» (٣) .

وقال المحقق الثانى : «وعبّر بقوله (باسم المقاسمه) و(باسم الخراج) لأذن ذلك لا يعدّ مقاسمه ولا خراجاً حقيقه ، إذ تحقق ذلك إنّما يكون بأمر الإمام عليه السلام . ولا فرق بين قبض الجائر إيّاها وإحالتها بها إجماعاً . ولا يُعتبر رضى المالك قطعاً ، لأنّ ذلك حقّ عليه لا يجوز له منعه بحال . والجائر وإن كان ظالماً بالتصرف فيه ، إلا أنّ الإجماع من فقهاء الإماميه والأخبار المتواتره عن أئمه الهدى دلّت على جواز أخذ أهل الحقّ لها عن قول الجائر تفصيلاً من الحرج العظيم ، فإنّ حقّ التصرف فى ذلك لأهل البيت عليهم السلام وقد رفعوا الحجر من قبلهم . نعم لا يجوز أخذها بغير أمر الجائر قطعاً . وكذا ثمره الكرم والبستان ، صرح به شيخنا الشهيد فى حواشيه» (٤) .

وقريب منها عبارته حاشيته على الإرشاد المطبوعه ضمن حياه المحقق الكركى وآثاره ٩/٣٢٤ .

وقال ثانى الشهيدين : « أنّ ما يأخذه الجائر فى زمن تغلبه قد أذن أئمتنا عليهم السلام من تناوله منه ، وأطبق عليه علماؤنا ، لا نعلم فيه مخالفاً وإن كان ظالماً فى أخذه ، ولاستلزام تركه والقول بتحريمه الضرر والحرج العظيم على هذه الطائفه . ولا يُشترط رضى المالك ولا يقدر فيه

ص : ٣٧٤

١- (١) التنقيح الرائع ٢/١٨ و ١٩ .

٢- (٢) الظاهر زياده الواو .

٣- (٣) معالم الدين فى فقه آل ياسين ١/٣٣٣ .

٤- (٤) جامع المقاصد ٤/٤٥ .

تظلمه ، ما لم يتحقق الظلم بالزيادة عن المعتاد أخذه من عامه الناس في ذلك الزمان . . . وكما يجوز ابتياعه واستيهاه ، يجوز سائر المعاوضات ، ولا يجوز تناوله بغير إذن الجائر ، ولا يُشترط قبض الجائر له . . . فلو أحاله به أو وكله في قبضه أو باعه وهو في يد المالك أو ذمته حيث يصح البيع كفى ووجب على المالك الدفع . . . الظاهر أنّ الحكم مختص بالجائر المخالف للحقّ نظراً إلى معتقده من استحقاقه ذلك عندهم ، فلو كان مؤمناً لم يحل أخذ ما يأخذه منهما لاعترافه بكونه ظالماً فيه ، وإنما المرجع حينئذ إلى رأى حاكمهم الشرعى مع احتمال الجواز مطلقاً ، نظراً إلى إطلاق النص والفتوى . . .» (١).

وذكر مختصر هذه العبارة في حاشيته على الشرائع/٣٢٩ ، وذهب إلى الجواز في الروضة ٧/١٥٣ في كتاب إحياء الموات .

وقال الشيخ ماجد بن فلاح الشيباني رحمه الله في رسالته الخراجيه في الردّ على المحقق الأردبيلي المعاصر له : « . . . ومن ذلك يفهم جواز غير الشراء فتأمل ، وما ورد من الروايات التي يدلّ بعضها صريحاً وبعضها بالفكر الصائب وإن كان في بعضها ضعف ، وعبارات الفقهاء التي هي صريحه بحلّه ممّا يدلّ على تحليله . . . ومن أعجب الأمور أنّ هذا الخراج لم يذهب إلى تحريمه أحدٌ من المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، حتّى أنّ الشيخ إبراهيم رحمه الله الذي نسب إليه الخلاف في ذلك قال في نقض الخراجيه بما يدلّ على اعتقاده بأنّ الخراج حلال للمسلمين وإن حرم أخذ الجائر له . . .» (٢).

وقال المحقق السبزواري : «ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات باسم المقاسمه أو الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض ومن الأنعام باسم الزكاه يجوز ابتياعه وقبول هبته ، ولا يجب إعادته على أربابه وإن علم بعينه» (٣).

وقال قبله في كتاب الجهاد : «المعروف من مذهب الأصحاب حلّ الخراج في زمان

ص: ٣٧٥

١- (١) المسالك ٣/ (١٤٤ - ١٤٢) .

٢- (٢) رساله الفاضل الشيباني في الخراج/١٥ و ١٤ المطبوعه ضمن الخراجيات .

٣- (٣) الكفايه ١/٤٤٧ .

غيبه الإمام عليه السلام فى الجملة ، لا أعرف فى ذلك خلافاً بينهم» (١) وقال بعد نقل كلام الشهيد الثانى : «والظاهر أنّ الأئمة عليهم السلام لمّا علموا انتفاء تسلّط السلطان العدل إلى القائم عليه السلام ، وعلموا أنّ للمسلمين حقوقاً فى الأراضى المفتوحة عنوه ، وعلموا أنّه لا- يتيسّر لهم الوصول إلى حقوقهم فى تلك المدّة المتطاولة إلّا- بالتوسل والتوصل إلى السلاطين والأمرء حكموا عليهم السلام بجواز الأخذ منهم ، إذ فى تحريم ذلك حرج وعضاضه عليهم وتفويت لحقوقهم بالكليّه» (٢).

وأضاف المحدث الكاشانى فى المفاتيح (٣) على حكم المسأله أنّه لا خلاف فيه وقال : «وكذلك ما يأخذه باسم المقاسمه أو الخراج أو الزكاه ، فإنّه جائز الأخذ منه ومن ماله بحوالته عليه بلا- خلاف للنصوص . وقيل : يُشترط أن لا يزيد على المعتاد أخذه من عامه الناس فى ذلك الزمان ، وزاد آخرون إتفاق السلطان والعمال على القدر» (٤).

وقال المحدث البحرانى : «الظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم فى أنّ ما يأخذه السلطان الجائر باسم المقاسمه والخراج من الأراضى والغلات وما يأخذه باسم الزكاه من الأنعام والغلات ونحو ذلك يجوز شراؤه وقبول إتهابه ، بل ظاهر كلام جملة من الأصحاب دعوى الإجماع على ذلك» (٥).

وفى مصابيح العلامه الطبائى أنّ عليه إجماع علمائنا (٦).

وقال حفيده السيد على آل بحر العلوم : «حكى الإجماع والروايات جدى العلامه فى المصابيح على أن ما يأخذه الجائر باسم المقاسمه والخراج من أراضى الصلح والمفتوحه عنوه وباسم الزكاه فى حكم ماله . . .» (٧).

ص: ٣٧٤

١- (١) الكفايه ١/٣٨٠ .

٢- (٢) الكفايه ١/٣٨٢ .

٣- (٣) مفاتيح الشرائع ٣/١٠ .

٤- (٤) مفاتيح الشرائع ٣/١٠ .

٥- (٥) الحدائق ١٨/٢٤٣ .

٦- (٦) كما نقل عنه صاحب الجواهر فى كتابه ٢٢/١٨٠ .

٧- (٧) برهان الفقه . كتاب التجاره / ٥٤ الطبع الحجرى .

قال الشيخ جعفر: «(والذى يأخذه الجائر) المتغلب بجنوده وأتباعه، ذا طبل أو جمعه أو عيد أو لا، فرعاً أو أصلاً، مؤمناً أو مخالفاً، مستحلاً أو لا-، من مؤمن أو مخالف - وإن كان الوجه فى المخالفين أظهر - للعمومات فى الروايات وأكثر العبارات وبعض منقول الإجماعات (من الغلات) وغيرها من حاصل الأرض (باسم المقاسمه) جرى على السيره المألوفه أو لا - ما لم يفرط فى التعدى - من غير فرق بين ما كان فى أرض الخراج أو الصلح أو غيرهما ممّا جرت عاده السلاطين بالتسلط عليها، مع التوافق مع العمّال أو الرعيه وبدونه، (ومن الأموال باسم الخراج عن حقّ الأرض) كذلك بتوزيع النقود عليها، أو على زروعها أو أشجارها (ومن الأنعام) وغيرها ممّا تتعلّق به الزكاه فى مذهبهم - إن كان منهم - وإن لم يوافق مذهب أهل الحقّ دون العكس فى وجهه، أو ولو بطريق الإبداع فى وجهه ضعيف (باسم الزكاه) ومن الذميين باسم الجزية ومن غيرهم من محترمي المال من الكفار باسم الشرط حيث يصحّ (يجوز) لمؤمن وغيره - على إشكال فى الأخير - (شراؤه وإتباعه) وقبول الإحاله به قبل قبضه وبعده وتملكه بسائر وجوه التملكات . وكذا حكم ما يأخذه المخالف من مثله على وجه يحلّ فى مذهبه وإن حرم فى مذهبنا . (ولا يجب إعادته على أصحابه وإن عُرفوا) ولو طلبوه مُنعوا . ولا يجوز لهم الإمتناع عن تسليمه . وفى إباحته لسلطان آخر وجهان . كلّ ذلك للإجماع محصّياً - وندرته المخالف لا تنافيه - ومنقولاً، وللروايات المعتمده مع انجبارها بالإجماع والشهره . والقدح فى دلالتها يردّه التأمل فى عباراتها وفهم الفقهاء ذلك منها . . .» (١).

وقال أيضاً: «ولا يُشترط فى السلطان أن يكون مستطيلاً ذارياً وجماعات وجمعات وأعياد وكتّاب وقضاه وعمّال بحيث يكون متصدياً لما يُراد من إمام الحقّ كما ذكره بعضهم، لأنّ اسم الجائر فى الأخبار وكلام الأصحاب يعمّ كلّ متغلب طلب الاستقلال لنفسه ولم يدخل فى خدمه غيره، سواء عمل شيئاً ممّا ذكر أو لا، ولفظ «السلطان» فيها لا يبعد انطباقه على ذلك، كما يظهر من أهل اللغه . . . فإنّ أكثر أهل الأطراف متغلبون كأهل خراسان

ص: ٣٧٧

إلا من شدّ وأهل الهند كذلك وكثير من بلاد الإسلام ولزوم الخراج المتعدده . . .» (١).

وقال سيد الرياض : «يجوز أن يشتري من السلطان الجائر المخالف لا مطلقاً على الأصح ما يأخذه باسم المقاسمه والخراج واسم الزكاه من ثمره وحبوب ونعم وإن لم يكن السلطان مستحقاً ، له بشرط أن لا يزيد في الأخذ على ما لو كان الإمام العادل ظاهراً لأخذه . وهو في الثالث مقدّر مضبوط ، وقدّر الأولين حيث لا تقدير فيهما في الشريعة بما يترضى عليه السلطان ومُلاك الأرضين في ذلك الزمان . فلو أخذ الجائر زيادةً على ذلك كله حرم الزائد بعينه إن تميّز وإلا حرم الكلّ من باب المقدمه . والأصل في المسأله - بعد عدم الخلاف في الطائفه والإجماع المستفيض حكايته في كلام جماعه - المعتره المستفيضه ...» (٢).

وقال الفاضل النراقى : «الثانى : وهو جواز الأخذ من الجائر بعد أخذه من المالك قهراً أو لكونه متديناً بدين الجائر - فالظاهر عدم الخلاف بل الإجماع فيه فى الجملة ، بل فى المسالك والتنقيح وشرح القواعد للمحقق الثانى ورسالته الخراجيه دعوى الإجماع عليه ، وهو الحججه فى المقام ، وإلا فالأخبار التى استدّلوا بها لا تخلو عن مناقشه فى الدلاله ، مع أنّ ما يمكن إتمام دلالتها - ولو بقطع النظر عن بعض الاحتمالات - ولا يثبت أزيد ممّا يثبت الإجماع ، وهو جواز شراء هذه الثلاثه من الجائر فى الجملة .

بل الظاهر وقوع الإجماع على جواز الأخذ فى الجملة ، سواء كان بالشراء أو غيره ، فيجب الحكم به ، ولكن نقتصر على موضع الإجماع ، وهو السلطان المخالف كما صرح به الشهيد الثانى . أمّا الشيعة فلا ، والتعدى إليهم بواسطه بعض التعليقات قياس مستنبط العله ، مردودٌ عند الشيعة ، ويقتصر فى الأخذ بدون الشراء على من يستحقّه» (٣).

وقال صاحب الجواهر : «لا خلاف أجده فى أنّ ما يأخذه أو يحول عليه أو يصالح عليه السلطان الجائر من الغلات فى زمن الغيبه ونحوها فى قصور من المؤمنين والمخالفين باسم المقاسمه التى هى قسم أيضاً من الخراج الذى هو بمعنى الأجره والطسّق أو الأموال باسم

ص : ٣٧٨

١- (١) شرح القواعد ٢/٢٠٤ .

٢- (٢) رياض المسائل ٨/١٩٥ .

٣- (٣) مستند الشيعة ١٤/٢٠٤ و ٢٠٣ .

الخراج عن حق الأرض من المنتفعين بالأراضي التي مرجع التصرف فيها الإمام العدل حال بسط اليد باعتبار ولايته عن المسلمين من غير فرق بين الدراهم والغلات وغيرهما يكون خراجاً مبرئاً لذمه من كان عليه كما لو أخذه السلطان العادل ، من غير فرق بين قسمه الموجود وبين قبض ما كان منه في الذمه ، كما أنه لا خلاف معتد به في جواز شرائه منه وقبول هبته ونحو ذلك مما يقع على المملوك حقيقه . . .» (١).

وقال تلميذه السيد على آل بحر العلوم : «يجوز أن يشتري من السلطان الجائر ما يأخذه باسم المقاسمه واسم الزكاه من ثمره وحبوب ونعم ، وإن كان المستحق لقبض هذا كله الإمام العادل ولم يكن هو - أي الجائر - مستحقاً له ، لكن دلت الأخبار المستفيضه واستفاض نقل الإجماع على أنّ حكم تصرفات السلطان الجائر في نحو هذه الأشياء التي يرجع إلى الإمام حكم تصرف الإمام عليه السلام في الصحه بالنسبه إلى غيره من الشيعة وإن كان حراماً على نفسه بغير إشكال . وهذا الحكم في الجملة من ممتلكات أصحابنا وإن شذ مخالف فيه نحو الشيخ إبراهيم بن سليمان ، ومثله لا يؤ به بخلافه ، بل المسأله كأنها عندهم قديماً وحديثاً من المسلمات التي لا- تعترها شبهه ولا- ريب ، وتكثرت فيها الروايات متفرقة في موارد ، وأعتضدت بلزوم العسر والحرَج في الاجتناب منها كما لا يخفى . وظاهر الأصحاب المجوزين كما اعترف به جماعه صحه جميع أنحاء التصرفات . .» (٢).

أقول : هذا كله هو القول الأوّل - وهو القول المشهور المُدعى عليه الإجماع - في المقام ، وفي قبالة قول بالحرمة وعدم الجواز ، وهو قول إثنان من فقهاءنا فقط ، وهما الشيخ إبراهيم القطيفي وتبعه المقدس الأردبيلي (قدس سرهما) :

قال الشيخ إبراهيم بن سليمان القطيفي - وكان حيناً سنة ٩٤٤ - في رسالته الخراجيه في ردّ المحقق الثاني المسماه ب- « السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعه اللجاج » : «الذي أذن أئمتنا عليهم السلام لشيعتهم في زمن الغيبه المناكح وفي وجه قوى له شاهد من الأثر والمساكن والمتاجر

ص: ٣٧٩

١- (١) الجواهر ٢٢/١٨٠ .

٢- (٢) برهان الفقه - كتاب التجاره / ٥٤ طبع الحجرى .

وهو فى الأرضين مختصّ بما كان حقّهم عليهم السلام كالأنفال ، أمّا الأرض المفتوحة عنوةً فهى للمسلمين قاطبةً ، فتصرّفهم فيها جائز مع عدم ظهور الإمام . ويدلّ عليه ما يأتى من الأحاديث . . . والظاهر سقوط الخراج زمن الغيبة عن الشيعة لظاهر الأخبار ، ويؤيده أنّه لم ينقل عن السلف منهم والخلف عزل قسط من شىء من الأراضى وإن لم يؤخذ منهم الخراج مع اعتنائهم بالتقوى والتحرّز عن الإشتغال بالحقوق . وقد يُستدلّ على سقوط الخراج عن المسلمين كافّةً مع عدم ظهور الإمام بظاهر بعض الأحاديث وسيأتى . نعم الظاهر أنّه يستقرّ الضمان على غير الشيعة لظاهر حديث عمر بن يزيد .

إذا عرفت هذا فقوله : «وفى حال غيبته صلى الله عليه وآله وسلم قد أذن أنمتنا عليهم السلام لشيعتهم فى تناول ذلك من سلاطين الجور» (١) إن أراد به أنّهم إذ أذنوا فى تناول الأراضى فهو ممنوع ، ولا نعرف قائلًا به ولا أثرًا من الحديث يدلّ عليه . . ، وإن أراد أنّهم أذنوا فى ابتياع ما يأخذه الجائر فليس مخصوصًا بالخراج ، فإنّهم أذنوا فى ابتياع ما يأخذه من زكاه من أسلم طوعاً من الأراضى بل ومن الأنعام ولا بالشيعة ، مع أنّه لا يدلّ على ما هو فيه من حلّ القرية بشىءٍ من الدلالات . . .» (٢) .

وقال أيضاً : «إنّ المراد بالجائر فى كلام الأصحاب مخصوص بمن له شبهة الإمامة ، وقد أُجيز لنا أن نعاملهم بمقتضى مذهبهم كما جاز ابتياع عوض الخمر من اليهود ، وحينئذٍ إذا أخذ إمامهم منهم شيئاً فهو مباح بالنسبة إليه وإلى رعيته المعتقدين إمامته ، فيجوز ابتياعه وإن لم يكن مستحقاً عندنا . وفى وجوب التخصيص بما أخذ من معتقدى الإمامة نظر ينشأ : من أن جواز معاملتهم بمذهبهم هل يقتضى العموم فلا يُشترط الإباحة أو لا يقتضيه فيُشترط ؟ فعلى عدم الإشتراط يجوز وإن أخذ من الشيعى ، وعلى الإشتراط لا يجوز . وظاهر الأصحاب عدم الإشتراط ، لإطلاقهم الجواز من غير تفصيل . ولعلّ الأقرب الإشتراط ، وربّما كان فى الخبر الذى ذكرناه سابقاً عن على بن يقطين دلالة عليه ، حيث قال عليه السلام : فاتق أموال

ص : ٣٨٠

١- (١) رساله قاطعه اللجاج فى تحقيق حلّ الخراج / ٣٨ للمحقق الثانى المطبوعه ضمن الخراجيات .

٢- (٢) السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعه اللجاج / ٣١ و ٣٠ المطبوعه ضمن الخراجيات .

أقول : ما ذكره هذا الفقيه - الشيخ إبراهيم القطيفي قدس سره - في الواقع ردّ للروايات كلّها وكلمات الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم - لأنّه أخذ بقاعده الإلزام وحمل المقام عليها ولو لم تكن شيء من الروايات أو فتوى الأصحاب كان يمكن الذهاب إلى ما ذكره بقاعده الإلزام ، فماذا تكون نتيجة هذه الروايات والفتاوى؟! وهل هذا البيان إلا طرحها وردّها؟! .

وقد قال المحقق النائيني في شأن رسالته ولنعم ما قال : «قد أُرعد وأبرق وترنّم ولم يأت بشيء» (٣) .

وتبعه المقدس الأردبيلي رحمه الله وقال في مجمع الفائده والبرهان : «وأما حليتهما - كما هو ظاهر أكثر العبارات لكلّ أحدٍ ، مستحقاً لذلك كالمصالح أم لا ، قليلاً كان أو كثيراً بشرط عدم التجاوز عن العاده التي تقتضى كونهما أجره بإذن الجائر مطلقاً - سواء كان مخالفاً أو موافقاً ، قبضهما أم لا - وعدمها بدون إذنه مع كونه جائراً وظالماً في الأخذ والإذن ، وعدم إباحتهما مع وجوب الدفع إليه وإلى من يأمره ، وعدم جواز كتمان الرعيه والسرقه منهما بوجه من الوجوه ، مع كونهما أجره للأرض ومنوطه برأى الإمام وبرضى الرعيه للأصل كما هو في الإجازات ، فهي بعيدة جداً .

يدلّ على العدم : العقل والنقل والأصل ، ولا- دليل عليها مع الإشكال في تحققها وثبوتها في نفسها ، ثم العلم بها ، ثم ثبوتها بالنقل وحجّيته ، وما أدعى ولا نقل أيضاً الإجماع صريحاً ، بل قيل : إنّه إنفاق . ونقل عبارات البعض في الرسالة المدوّنه لهذه المسأله بخصوصها مع كثره الإهتمام بتحقيقها وإثبات الإباحه فيها ، ثم قال : «فهو إجماع» .

وفيه ما فيه ، لعدم ثبوت الإجماع بعبارات البعض مع خلو البعض عنه ، ولهذا ترى بعض العبارات خاليه عن هذه .

وقد ذكر إباحه الشراء فقط مثل عبارته نهايه الشيخ على ما نقل في هذه الرسالة ويظهر

ص: ٣٨١

١- (١) وسائل الشيعة ١٧/١٩٣ ح ٨ . الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) السراج الوهاج / ١٢٥ و ١٢٤ المطبوع ضمن الخراجات .

٣- (٣) منيه الطالب ١/٧٨ .



من شرح الشرائع أيضاً دعوى الإجماع فى الجملة ، فالسمع منهما مشكل .

وقد ادعى فيهما دلالة الأخبار المتظافره عليه وما عرفتها وما فهمتها من خبر واحد ، وكأنه لذلك ما ادعى فى المنتهى ، بل استدلل على ذلك بالضروره ودفع الحرج ، وإثبات مثله بمثله بعيد كما ترى «(١)» .

وقال فى رسالته الخراجيه الأولى : « . . . ثم على تقدير الثبوت فلا دليل يعتد به عليه ، وإن كان ظاهر عبارات الأصحاب يفيد ، لكن بمجرد ذلك من غير ظهور دليل ، وثبوت إجماعهم بحيث يقنع النفس به وإن ادعى الشيخ على ذلك الإجماع فى الخراجيه لما يعلم فى الإجماع . ودعواه فى هذا الزمان فى مثل هذه المسأله مشكل ، لأن الظاهر أن المال لمن فى يده من غير أن يكون لأحد شيئاً ، إذ ثبوت الخراج فى أرضه من الإمام ، وقبوله على ذلك المقدار المقرّر الآن غير واضح وإن سلم أن أرضها مما يجب فيه الخراج ، فيكون هو غاصباً يلزمه أجره المثل وليس بمعلوم كونها المقدار المقرّر المأخوذ باسمه . ثم إن ذلك دين فى ذمته ، فلا يمكن الأخذ إلا برضاه ، ولا يتعين كون المأخوذ لذلك إلا بأخذهم أو أخذ وكيلهم ، وهو متعذر حينئذ ، فيكون ثابتاً فى ذمته يوصى به إلى أن يصل إلى صاحبه أو الحاكم لو أمكن ويكون له ذلك ، إذ الإمام ناظر . ولا يلزم من كون الحاكم نائباً عنه فى الجملة كونه نائباً فى ذلك ، أو يوصل هو إلى أهله ، أى يصرفه فى مصالح المسلمين ، أو يكون ساقطاً سيما مع الاحتياج ، إذ هو من المسلمين فقد يكون هذا من نصيبه ، حيث إن المفهوم من كلام الشيخ على رحمه الله أن الآخذ إنما يأخذه لأنه من بيت مال المسلمين وللاخذ نصيب فيه وحضه ، ولا شك أن ذا اليد أيضاً كذلك «(٢)» .

وقال أيضاً فى رسالته الثانيه فى الخراج : « . . . وبالجملة معلوم عدم جواز التصرف فى مال الناس إلا على الوجه الشرعى المعلوم شرعيته عقلاً ونقلاً وكتاباً وسنه وإجماعاً ، وما رأيت دليلاً منها يدل على جواز أخذ واحد من شيئاً مما يأخذه الجائر باسم الخراج ، ولم نعلم

ص: ٣٨٢

١- (١) مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٠٠ و ٩٩ .

٢- (٢) الرساله الأولى فى الخراج للمقدس الأردبيلي / ٢٠ و ١٩ المطبوعه ضمن الخراجيات .

هل لكلِّ أحدٍ مِنَ المسلمين أو للفقراء المستحقِّين له أو للصالح في الجملة ، بقدر الحاجه وفوقها ، وهل الجائر هو المخالف أو الأعم وإن كان ظاهر ذلك العموم . ولهذا تردّد في بعض أفراده بعض المجتهدين المدّعى للإجماع كما أشرنا إليه ، وذلك ليس بكتاب ولا سنه ولا إجماع ولا برهان عقلي حتّى يكون حجه بالنسبه إلى من يدّعى الاستدلال ، وكذا بالنسبه إلى مقلّديه كما عرفت ، مع أنّه فرع جواز تقليده ، وهو ظاهر ، مع أنّهم يدّعون الإجماع على بطلان تقليد الموتى . ومعلوم أنّ حله ليس ممّا يحتاج إلى الدليل ولا التقليد وهو ظاهر . والعجب أنّ الآخذين الآن - وإن كانوا أغنياء عن هذا وفوق حاجتهم - مستندهم كلام المحقق الثاني ، مع أنّه يُفهم من كلامه رحمه الله في مواضع التردّد في جوازه لكلِّ أحدٍ مثل الغنّى وغير المصالح ، وأنّه مع دعواه البرهان عليه ما اكتفى بذلك في أخذه بل شارك أهل القرية في البذر واشترى بعض الأشجار منهم ، صرّح به في الخراجيّة .

وأعجب منه عدم جواز الأخذ إلّا بإذن الجائر مع عدم جواز الأخذ له ، وعدم جواز التصرف في الحاصل إلّا بعد قسمه وإخراج الحقّ الذي يطلبه ظلماً ، فما علم جواز أخذ الخراج على الإطلاق ولا لزومه على الزارع . نعم يلزم أجره على من تصرّف في الأرض الخراجيّة إن ثبت ، فيكون دَيناً في ذمّته يأخذه الوالى أو وكيله يصرّفه في مصالح المسلمين» (١).

أقول : المخالف في المسأله كما مرّ منّا منحصر بهذين الفقيهين ، واعترف بالانحصار صاحب الحدائق حيث يقول : «ولم أفق على مخالف في الحكم المذكور إلّا المقدس الأردبيلي في شرح الإرشاد ، وقبله الفاضل الشيخ إبراهيم بن سليمان القطيفي أصلاً والحلّي مسكناً . - وهذا الشيخ كان معاصراً للمحقق الشيخ على بن عبد العالى الكركى وجرت بينهما مناقشات ومباحثات ، ردّ فيها كلّ منهما على الآخر ، منها هذه المسأله ، فإنّ المحقق الشيخ على قد صنّف فيها رساله في حلّ الخراج فصنّف الشيخ إبراهيم ردّاً عليه رساله في تحريمه» (٢).

وكذا تبّه بخلافهما الفقيه اليزدى رحمه الله في حاشيته على المكاسب (٣).

ص: ٣٨٣

١- (١) الرساله الثانيه في الخراج للمقدس الأردبيلي / ٢٨ و ٢٧ ، المطبوعه ضمن الخراجيات .

٢- (٢) الحدائق ١٨/٢٤٣ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٢٢١ .

تدلّ على الجواز قبل الإجماع المحصّل الذي مرّ منّا في تطور البحث ومضافاً إلى أن تحريمه يوجب لزوم الحرج العظيم بل اختلال نظام المعاش كما ذكرهما الشيخ الأعظم(١) ومضافاً إلى الروايات الماضيه في أخذ الجوائز من السلطان لا سيما الجوائز العظام التي لا يحتمل عادة أن تكون من غير الخراج كما ذكره(٢)، عدّه من الروايات المستفيضة :

منها : صحيحه أبي عبيده عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل منّا يشتري من السلطان من إبل الصدقه وغنم الصدقه وهو يعلم أنّهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذي يجب عليهم ؟ قال : فقال : ما الإبل إلاّ مثل الحنطه والشعير وغير ذلك ، لا بأس به حتّى تعرف الحرام بعينه .

قيل له : فما ترى في مصدّقٍ يجيئنا فيأخذ منّا صدقات أغنامنا فنقول : بعناها فيبيعناها ، فما تقول في شرائها منه ؟ فقال : إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس .

قيل له : فما ترى في الحنطه والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظّنا ويأخذ حظّه فيعزله بكيل فما ترى في شراء ذلك الطعام منه ؟ فقال : إن كان قبضه بكيل وأنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل(٣) .

وأنت ترى أنّ شراء الصدقه من عمّال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل وكان من الواضحات التي لا تحتاج إلى السؤال ، وإنّما سأل :

أولاً : عن الجواز مع العلم الإجمالى بحصول الحرام في أيدي العمّال ، وأجابه الإمام عليه السلام بالجواز حتّى يعرف الحرام منه بعينه .

وثانياً : سأل من جهة توهم الحرمة أو الكراهه في شراء ما يخرج في الصدقه من قبل نفس المزكى ، وأجابه الإمام عليه السلام بلا بأس .

ص: ٣٨٤

١- (١) المكاسب ٢/٢٠٢ .

٢- (٢) المكاسب ٢/٢٠٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧/٢١٩ ح ٥ . الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به .

وثالثاً: سأل من جهة كفايه الكيل الأول في المقاسمه أو الزكاه ، وأجابه الإمام عليه السلام بكفايته والمشترون حاضرون . وقد نبه الشيخ الأعظم على جلّ هذه الأمور (١) .

واستشكل الفاضل القطيفي في رسالته الخراجيه المسماه ب- «السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعه اللجاج» في الفقرة الثالثه من الصحيحه بأنّ: «القاسم يجوز أن يكون مزارعاً أو وكيل المزارع الذي منه الزرع أو منهما أو من الزرع والأرض له ، ولا إشعار في الخبر بأنّ القاسم قاسم الجور وأن الذي يأخذه من الخراج ، سلّمنا ، لكن جوازه لهم لا يدلّ على جوازه مطلقاً . . . وربّما كان في قوله «وأنتم حضور» إشاره إلى ذلك ، لأنّ مع عدم الحضور يحتمل خلطه بغير ما أخذ منهم» (٢) .

وتبعه الفاضل النراقي فذهب إلى عدم ظهور لفظ القاسم في المقاسمه «لتحقّق القسمة في صدقات الغلّات أيضاً ، لأنّها أيضاً كمال المقاسمه تؤخذ بالنسبه والمقابله للمصدّق غير مفیده لجواز اختصاص استعمال المصدّق عندهم بأخذ صدقات الأنعام . . . ولو سلّم الظهور فكون المأخوذ مال مقاسمه السلطان ممنوع ، لجواز أن تكون الأرض ملك القاسم قاسمها للزارع ، كما يُشعر به قوله «حظّه» ويكون المراد بالقاسم من قاسم الملك . . .» (٣) .

وفيه : أولاً: ظهور الروايه يقتضى أنّ المراد بالقاسم هو الآخذ للمقاسمه التي قد مرّ تعريفها ، وغايه الأمر يحتمل ضعيفاً أنّ المراد به العامل الآخذ للصدقات . وأما كون المراد به المزارع أو وكيله أو المزارع والعامل على الزرع الذي يزرع ويحصد أو من الزرع والأرض له ، كلّها خلاف ظاهر الصحيحه ، وحملها عليهم تحتاج إلى القرينه المفقوده في المقام .

وثانياً: ظاهر المشتق هنا هو من كانت القسمة حرفه وعملاً له ، ولذا لا يُطلق على المزارع أو وكيله أو من الزرع والأرض له أو غيرهم ، نبه عليه المحقق الإيرواني (٤) .

وثالثاً: ما ذكره أخيراً بأنّ «الجواز لهم لا يدلّ على جوازه مطلقاً» بعيد في الغايه بأنّ

ص: ٣٨٥

١- (١) المكاسب ٢/٢٠٤ .

٢- (٢) السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعه اللجاج / ١٠٩ المطبوعه ضمن الخراجيات .

٣- (٣) مستند الشيعة ١٤/٢٠٧ .

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١/٣٥٢ .

ظهور الصحيحه فى الجواز مطلقاً وعدم دخل المالك فى هذه الشراء ، ولو كان دخيلاً لا بد أن يأخذه الإمام عليه السلام فى الجواب ، لأن بقاعده الإشتراك تحمل على الجميع وعدم اختصاص جوازها بالمالك ، وقوله عليه السلام : «وأنتم حضور» يدل على كفايه الكيل الأول وعدم لزوم الإكتيال ثانياً ، والشاهد عليه قوله عليه السلام : «فلا بأس بشرائه منه من غير كيل» .

ورابعاً : ما ذكره الفاضل التراقي يردّ عليه ما ذكرناه ، مضافاً إلى كفايه الاستدلال حتى على القول بأن المراد بالقاسم قاسم الزكاه ، وجواز شراء الزكاه من السلطان يثبت جواز شراء الخراج منه ، لعدم القول بالفصل كما تبته عليه الفقيه اليزدى (١) .

واستشكل أيضاً المحقق الأردبيلي فى دلالتها بل وفى سندها ، أذكر لك كلامه بطوله لإكمال الفائدة :

قال قدس سره : «لا دلالة فيها أيضاً على إباحه المقاسمه بوجه من الوجوه ، ويمكن أن لها دلالة على جواز شراء الزكاه ، ولهذا جعلها فى المنتهى دليلاً عليه فقط . وفى الدلالة عليه أيضاً تأمل ، إذ لا دلالة فى قوله : «لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه» إلا على أنه يجوز شراء ما كان حلالاً بل مشتبهاً أيضاً ، ولا يجوز شراء ما هو معروف أنه حرام ، ولا يدل على جواز شراء الزكاه بعينه صريحاً . نعم ظاهرها ذلك ، ولكن لا ينبغى الحمل عليه لمنافاته للعقل والنقل (٢) .

ويُحتمل أن يكون سبب الإجمال التقيه .

ويؤيد عدم الحمل على الظاهر أنه غير مراد بالإتفاق ، إذ ليس بحلال ما أخذه الجائر ، فتأمل .

وأما قوله : «فما ترى فى مصدق . . . الخ» فإنّ ظاهره يدل على جواز الشراء ، ولكن ليس بمعلوم كون المصدق - أى الذى يقبل الصدقه - من قبل الجائر الظالم ، فيحمل على كونه

ص : ٣٨٦

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٢٢٥ .

٢- (٢) وفى هامش بعض نسخ مجمع الفائدة حاشيه من مؤلفه ، وهى : «فإنّهما يمنعان من شراء الزكاه التى هى للمستحقين من الذى أخذها باسمها ولم يصر زكاه أو صار زكاه ، برئت ذمه المالك أم لا ؟ كما هو رأى المصنف فى التحرير والشهيد فى البيان . وكذا المقاسمه ، فإنّ الشراء الحقيقى إنما يتحقق من المالك أو وكيله أو وليه وليس الظالم الجائر أحدهم ، وهو الظاهر» .

من قبل العدل لما تقدّم . على أنه قد يكون المراد بجوازه حيث كان المبيع مال المشتري ، فإنه قال : « يأخذ صدقات أغنامنا » ولم يصر متعيّناً للزكاة ، لأخذه ظلماً ، فيكون الشراء استنقاذاً لا شراءً حقيقياً ، ويكون الغرض من قوله : « إن كان . . . الخ » بيان شرط الشراء وهو التعيين ، ويعلم منه الكلام في قوله : « فما ترى في الحنطه . . . الخ » فتأمل .

ويمكن عدم الصحة أيضاً ، لإحتمال أن يكون أبو عبيده غير الحذاء المشهور .

وبالجملة ، ليست هذه ممّا يصلح أن يُستدل بها على المطلوب ، بل على شراء الزكاة أيضاً ، لما عرفت من أنّها مخالفة للعقل والنقل مع عدم الصراحة واحتمال التقيه .

وعلى تقدير دلالتها على جواز الشراء من الزكاة فلا يمكن أن يقاس عليه جواز الشراء من المقاسمه .

وعلى تقديره أيضاً لا يمكن أن يقاس عليه جواز قبول هبتها وسائر التصرفات فيها مطلقاً كما هو المدعى ، إذ قد يكون ذلك مخصوصاً بالشراء بعد القبض بسبب ما نعرفه ، كسائر الأحكام الشرعية . ألا ترى أنّ أخذ الزكاة لا يجوز منهم مطلقاً ويجوز شراؤها عندهم (١) .

ويؤيده أنه لما وصل العوض إلى السلطان الجائر يكون في ذمته عوض مال بيت المال ، بخلاف ما لم يكن له عوض ، فإنه يصير كالتضييع ، فتأمل (٢) .

وفيه : أولاً - الإشكال السندی في الروايه ، بأن المراد بأبي عبيده يُحتمل أن يكون غير الحذاء المشهور ، فهو غير تام بقريته الراوى والمروى عنه والطبقه والشهره ، لأنّ أبا عبيده المعروف في تلك الطبقة فهو الحذاء فقط ، ولو كان المراد غيره لا بدّ من التنبيه عليه .

وثانياً : الفقره الأولى تدلّ على جواز شراء الزكاة من السلطان الجائر وعماله صريحاً ، ولو تنزلنا لقلنا ظاهراً ، وأما إنكار ظهورها فيه يكون مكابره ، ولو بقريته مخالفه العقل والنقل له ، لأنه ليس في العقل (٣) ما يقتضى قبح هذا الشراء ، ولا فارق بين هذا وبين تحليل

ص : ٣٨٧

١- (١) أى عند الأصحاب .

٢- (٢) مجمع الفوائد والبرهان ٨ / (١٠٣ - ١٠١) .

٣- (٣) الظاهر أنّ مراده بالعقل : أنّ التصرف في مال الغير بدون إذنه ورضايته ظلم في حقه والظلم قبيح عقلاً ، فهذا التصرف - أى الشراء من الظالم - قبيح عقلاً ، ويستتبع الحكم الشرعى بالحرمة بقاعده الملازمه .

حقوقهم عليهم السلام للشيعة نحو تحليل خمس المناكح والمساكن ، واليد أو الطبقة الثانية ، وإجازه تصرف الشيعة في الأنفال ونحوها . وهكذا ليس في النقل ما يخالف هذا الظهور إلا العمومات (١) التي يمكن تخصيصها بمثل هذه الصحيحه وغيرها من الروايات المشهوره بين الأصحاب روايه وعملاً ، ومع نقل الإجماع ، بل الإجماع المحصل الذي قد مرّ منّا . وقد تبّه على جلّ هذا الشيخ الأعظم (٢) .

إن قلت : الفرق بين ما أحلوه لشيعتهم من حقوقهم من الخمس والأنفال وبين هذا (الخراج والمقاسمه) وهو حقوق المسلمين الواجب صرفها في مصالحهم العامه واضح وبيّن ، كما ذهب إليه المحقق الإيرواني (٣) .

قلت : نعم فرق بينهما ، ولكن أمر الخراج والمقاسمه أيضاً إلى إمام المسلمين ، والإمام بما هو الإمام أباح لمصلحه ، وهي تسهيل الأمر على الشيعة وإداره معاشهم ، أجازهم التصرف فيها في عصر الغيبه مثلاً .

وثالثاً : ما ذكره قدس سره من قوله : «ويحتمل أن يكون سبب الإجمال التقيه» قد مرّ منّا عدم إجمالها ، وأما الحمل على التقيه فلا يجوز بمجرد معارضه العمومات كما عن الشيخ الأعظم قدس سره (٤) . ومع أنّ «الظاهر لا داعى إليه لا سيّما مع كون الحكم من المسلّمات عند الشيعة ، ولا أقل من كونه من المشهورات عندهم» وأنّ الحمل عليها خلاف الأصل» كما عن الوحيد البهبهاني رحمه الله (٥) .

ورابعاً : قوله عليه السلام : « لا بأس به حتّى تعرف الحرام بعينه» حيث ورد في جواب من

ص : ٣٨٨

١- (١) نحو قوله عليه السلام : لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره وبغير إذنه ، وقوله عليه السلام : لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه .

٢- (٢) المكاسب ٢/٢٠٦ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٥٢ .

٤- (٤) المكاسب ٢/٢٠٦ .

٥- (٥) حاشيه مجمع الفائدة والبرهان / ٤١ للوحيد البهبهاني .

سأل عن شراء الزكاه من السلطان الجائر الذى يعلم أنه يأخذ أكثر من الحق ، يظهر منه جواز الشراء حتى يُعرف أن المال بعينه حرام ، فتدلّ على جواز شراء الزكاه منه حتى تعرف الحرام بعينه .

وخامساً : قول الأردبيلي قدس سره : «ليس بمعلوم كون المصدّق . . . من قبل الجائر فيحمل على كونه من قبل العدل» . وفيه : بقرينه الفقرة الأولى ظهور المصدّق فى الذى هو من قبل الجائر لا ريب فيه . مضافاً إلى عدم معهوديه عمّال الزكاه إلاّ من قبل الجائرين فى ذلك الأوان ، كما يدلّ عليه فعل المضارع «يجيئنا» .

وسادساً : قول السائل : «مصدّق يجيئنا فيأخذ من صدقات أغنامنا فنقول بعناها فيبيعناها» ، لا يدلّ على أن المبيع مال المشتري ليكون الشراء استنقازاً لا شراءً حقيقياً كما ذكره الأردبيلي قدس سره ، بل الظاهر أن المصدّق يجيء إلى مدينه وقبيله ويأخذ زكاتها ، فهل يجوز للبعض شراء زكاه البعض الآخر .

وسابعاً : وبقرينه حمل المصدّق فى الفقرة الثانيه على عامل الزكاه المنصوب من قبل الجائر ، تحمل لفظ «القاسم» فى الفقرة الثالثه على الذى يجبى الخراج والمقاسمه ، لما مرّ منّا فى جواب الفاضل القطيفى . ولما كان الإمام عليه السلام ترك الاستفصال فى جواب السؤال «يجيئنا القاسم» مع قيام الاحتمال يفيد العموم (١) ، بل المدار فى أراضى العراق كان على المقاسمه غالباً ، والسائل عراقىّ وأراضى العراق مفتوحه عنوه ، والمدار فيها على المقاسمه مع أنه عبّر عن أخذ الزكاه بالمصدّق كما تبّه عليه الوحيد البهبهاني (٢) ، وقد تمسك بهذه الصحيحه العلامه فى التذكره (٣) على حليه الثلاثه - أى الزكاه والخراج والمقاسمه - .

وثامناً : قوله قدس سره : «على تقدير دلالتها على جواز الشراء من الزكاه فلا يمكن أن يقاس

ص : ٣٨٩

١- (١) يعنى إطلاق لفظ «القاسم» وعمومه يشمل الخراج والمقاسمه المصطلحه والزكاه ، فلا وجه لانصرافه وتخصيصه بالثانى .

٢- (٢) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٤٠ .

٣- (٣) تذكره الفقهاء ١٢/١٥٣ .



عليه جواز الشراء من المقاسمه» . بعد دلاله الفقره الثالثه فلا قياس فى البين . ثم لو قلنا بعدم دلالته على المقاسمه فكيفنا تعرض الصحيحه لخصوص الزكاه وجواز شرائه ، فيثبت الحكم فى غيرها بعدم القول بالفصل ، لأن كل من قال بجواز شراء الزكاه وأخذها قال بجواز شراء المقاسمه والخراج وأخذهما كما تبّه عليه المحقق الخوئى (١) ، وقد مرّ آنفاً فى جواب الفاضل النراقى .

وتاسعاً : ما ذكره الأردبيلى قدس سره من قوله : «لا يمكن أن يقاس عليه جواز قبول هبتها وسائر التصرفات فيها مطلقاً كما هو الميّدعى . . .» . فيه : تعلق نفي البأس بالأعيان فى الصحيحه من الإبل والغنم وغيرها يدلّ على أن جميع الأفعال والمعاملات المناسبه لتلك العين جائزه ، لأنّ الحلّيه لكونها حكماً تكليفاً أو وضعياً يكون متعلقها الفعل أو المعامله على القاعده ، وإضافتها إلى العين يفيد جواز عموم المعاملات والتقلبات فى العين ، فلا يختص الجواز بالشراء فقط ، كما تبّه عليه شيخنا الأستاذ - مد ظله - (٢)(٣) . ومضافاً إلى عدم القول بالفصل فى المقام .

وعاشراً : قوله قدس سره : «ألا ترى أنّ أخذ الزكاه لا يجوز منهم مطلقاً . . .» .

استشكل الوحيد بقوله : «فيه ما فيه ، إذ لا - نعلم مأخذه ولا - ما يشير إليه ويوهمه ولا أحداً ذكره . نعم ، إذا صار منشئاً لذاته واستخفافه ومهاتته لا شبهه فى المنع عنه حال الاختيار ، لأنّ الله تعالى لم يرخص المؤمن فى إذلال نفسه ، لكن هذا غير مختص بأخذ الزكاه منهم ، ولا كلّ أخذ الزكاه منهم يوجب الذلّه ، سيما إذا أعطوه بعنوان الهبه والجائزه والهديه . . .» (٤) .

والحاصل : دلاله صحيحه أبى عبيده الحدّاء على حلّيه الزكاه والمقاسمه والخراج واضحه عندنا وعند الأصحاب إلا الفاضل القطيفى والمحقق الأردبيلى قدس سرهما ، وقد دفعنا ما أورده .

ص : ٣٩٠

١- (١) مصباح الفقاهه ١/٥٣٧ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١/٣٤٩ .

٣- (٣) هذا البيان من الأستاذ - مد ظله - يجرى فى الفقره الأولى والثانيه فقط دون الفقره الثالثه كما هو واضح .

٤- (٤) حاشيه مجمع الفائده والبرهان / ٤١ .

ومنها : معتبره بل موثقه إسحاق بن عمار قال : سألته عن الرجل يشتري من العامل وهو يظلم ؟ قال : يشتري منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحداً(١) .

الروايه مضمرة ، ولكن بقرينه أنّ إسحاق يروى عن الإمامين الصادق والكاظم عليهما السلام فالروايه عن أحدهما عليهما السلام . وعبرنا عنها بالموثقه لأنه والحسن فطحيان . ودلالاتها واضحه .

ولكن استشكل الفاضل القطيفي قدس سره في دلالتها وسندها وقال : « . . . لأنّ دلالته ليس إلاّ على جواز الإبتياح من العامل الذى يظلم إذا لم يعلم أنّه ظلم أحداً بعينه ، فأخذه إن كان ظلماً لم يجز وإلاّ جاز ، فأين الدلاله وهو مع ذلك مرسل وإسحاق بن عمار ضعيف»(٢) .

وتبعه الأردبيلي فقال : «ولا دلالة لها أصلاً على شراء شيء لا يكون ظلم فيه أحداً ، فالاستدلال بها على المطلوب بعيد . . مع ضعف الطريق والإضمار ، لأنه قال فيه : «أحمد بن محمد عن الحسن بن علي عن إبان عن إسحاق» ، وأحمد مشترك ، وإن سلم أنّه أحمد بن محمد بن عيسى الثقفي ، والحسن بن علي بن فضال قيل : فطحي وكذا إسحاق وإبان مشترك ، والظاهر أنّه ابن عثمان قيل : هو أيضاً فطحي»(٣) .

أقول : سند الروايه كما سبق معتبر بل موثق . نعم فيه جماعه من الفطحيين ، ولكن كلّهم ثقات وليس فيها إرسالاً . نعم هي مضمرة فقط وإسحاق - لا سيما في هذه المسأله المهمه - لم ينقل فيها إلاّ عن المعصوم والحجه ، ولذا قال الأردبيلي كما في بعض من نُسَخ هامش كتابه بخطه : «وظنى أنّ الحسن وإسحاق وإبان بن عثمان كلّهم يُقبل قولهم لا بأس في الجملة»(٤) .

إن كان مراد الفاضل القطيفي أو مرادهما أنّ « العلم » المأخوذ في كلام الإمام عليه السلام هو بعينه العلم الإجمالي المأخوذ من كلام إسحاق فلا يتم ما ذكره ، أو ذكرهما لأن هذا خلاف ظاهر الروايه ، ولا يتم مع حكم الإمام في أوّل جوابه ب- « يشتري منه » ، لأنّ المناسب مع هذا الاعتبار « لا يشتري منه » . فنفس حكم الإمام عليه السلام بجواز الشراء يدلّ على أنّ العلم المأخوذ

ص : ٣٩١

١- (١) وسائل الشيعة ١٧/٢٢١ ح ٢ . الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) السراج الوهاج / ١٨٠ المطبوع ضمن الخراجيات .

٣- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٠٦ .

٤- (٤) مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٠٦ .

فى كلام السائل هو العلم الإجمالى ، والعلم المأخوذ فى كلام الإمام عليه السلام العلم التفصيلى ، ولذا حكم بجواز الشراء مع العلم الإجمالى ما دام لم يبلغ إلى حد التفصيلى .

وهكذا دلالتها على جواز الشراء من عامل السلطان - فيما هو عامل فيه - واضحة ، وحملها على معامله الظلمه فى أموالهم الخاصة بعيد ، ويدفعه إطلاق الروايه وعدم تفصيل الإمام بين المقامين ، كما نبّه عليه المحقق الخوئى (١) .

وبعبارة أخرى : حتى لو احتمل أن يريد السائل شراء أملاك العامل الخاصه به ، جواب الإمام عليه السلام مطلق يشمل المقامين : أموال الظالم الشخصيه ، وما فى تصرفه وتحت يده من بيت المال .

ومنها : معتبره أبى بكر الحضرمى (٢) وقد مرّ ذكر هذه الروايه فى بحث جوائز السلطان .

قال المحقق الكركى بعد نقل الروايه : «هذا الخبر نص فى الباب ، فإنّه عليه السلام بين للسائل - حيث قال إنّ ترك أخذ العطاء للخوف على دينه - أنّه لا خوف عليه ، فإنّه إنّما يأخذ حقّه حيث إنّه يستحقّ فى بيت المال نصيباً ، وقد تقرّر فى الأصول تعدّى الحكم بالعلّه المنصوصه» (٣) .

واعترض عليه الفاضل القطيفى وقال : «هذا الخبر أورده العلّامة فى المنتهى (٤) دليلاً على جواز تناول جوائز الظالم إذا لم يعلم أنّها حرام ، ولم يذكره فى حلّ الخراج وتناوله ، ولا شك أنّ الاستدلال يتبع الدليل ، والدليل لا إشعار فيه بالخراج . على أنّ ما فهمه هذا المؤلّف من هذا الخبر ليس على الوجه ، وذلك أنّه عليه السلام أشار إلى الردّ على ابن أبى سّمّاك فى إعراضه عن الشيعة بقوله : «أو لا يمنع . . . الخ» ثم سأل أبا بكر عن ترك العطاء فأجابه إنّ تركه مخافه فأقرّه عليه وأعرض عنه . ثم رجع إلى تقرير ابن أبى سّمّاك وإلزامه بأنّه ترك الدفع مع أنّه يعلم لكلّ

ص : ٣٩٢

١- (١) مصباح الفقاهه ١/٥٣٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧/٢١٤ ح ٦ . الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) قاطعه اللجاج فى تحقيق حلّ الخراج / ٧٦ المطبوعه ضمن الخراجيات .

٤- (٤) منتهى المطلب ٢/١٠٢٦ من الطبعة الحجرية .

من المسلمين حقاً في بيت المال وهو يدفع إلى بعضهم دون بعض . . . .» (١).

وتبعه المحقق الأردبيلي واستشكل أولاً - في سند الرواية بقوله : «أنهم ما سموها بالصحة كأنه لعدم ظهور توثيق أبي بكر الحضرمي . . . . - وهو عبد الله بن محمد» . ثم قال : «ليس فيها دلالة أصلاً إلا على الذم على عدم إعطاء مال من بيت المال الذي للمصالح للمستحقين من الشيعة عند إعطائه لغيرهم . . . . وذلك قد يكون من بيت مال يجوز أخذه وإعطاؤه للمستحقين ، مثل أن يكون منذوراً أو وصية لهم ، بأن يعطيه ابن أبي سماك أو غير ذلك ، ولا يقاس عليه الخراج الذي أخذه الظالم باسم الخراج ظمناً . . .» (٢).

أقول : أما الإشكال من جهة أبي بكر الحضرمي في سند الرواية فلا وجه فيه ، لأنه من المعاريف وله أكثر من مائة وأربعين رواية ، فكان كثير الرواية ينقل عنه مشايخ الطائفة أمثال محمد بن أبي عمير ، ولم يرد فيه قدح ، فالرجل معتبر ، ولذا عتبرنا به عن الرواية بالمعتبره .

وناهيك أن الشيخ الأعظم قدس سره عتبر عن روايه ورد في سندها أبي بكر الحضرمي بالحسنه أو الموثقه في فرائده (٣) فراجعها .

وأما ما ذكره العلمان - القطفى والأردبيلي قدس سرهما - من الإشكال في دلالتها، فهو غير تام ، لأن المعتبره ظاهره في جواز أخذ ما في بيت المال للشيعة - بل نص في ذلك كما قاله المحقق الكركي رحمه الله - ومن الواضح أن بيت المال في ذلك الزمان تشتمل على الزكاه والخراج والمقاسمه والجزيه ونحوها .

ولكن استشكل المحقق الخوئي في دلالتها : بأن ظاهر التعليل «أن جواز الأخذ من جهة ثبوت الحق في بيت المال فيجوز له الأخذ بمقدار حقه» (٤) وتبعه تلميذه وزاد عليه : «بل مقتضاها عدم جواز الأخذ لغير المستحق» (٥) .

ص : ٣٩٣

١- (١) السراج الوهاج / ١٠٥ المطبوع ضمن الخراجيات .

٢- (٢) مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٠٤ و١٠٣ .

٣- (٣) فرائد الأصول ١/٢٩٠ ، والرواية في الكافي ١/٢١١ ح ٦ .

٤- (٤) مصباح الفقاهه ١/٥٣٨ .

٥- (٥) إرشاد الطالب ١/٣٥١ .

وفيه : ظاهر التعليل أنّ الإمام عليه السلام علّل أصل الأخذ على أنّ للأخذ في بيت المال نصيباً لا مقدار الأخذ أو الإعطاء ، وإلا لا بدّ له من التنبيه على ذلك المقدار والنصيب وهو مفقود في المعتمده . ولعله إلى ما ذكرناه أشار المحقق الكركي في كلماته الماضية . هذا أولاً .

وثانياً : ما ذكره يناقض مع هذه الفقرة من الروايه : «ما منع ابن أبي السّمّاك أن يبعث إليك بعتاءك ؟» ، ومن الواضح أنّ البعث إلى أبي بكر الحضرمي بعتائه من بيت المال يزيد على نصيبه بكثير قطعاً .

وثالثاً : ما ذكره شيخنا الأستاذ - مد ظله - من عدم جواز الأخذ لغير المستحق أيضاً ، غير تام ، لأنّ الأخذ من بيت المال لا يُشترط فيه الاستحقاق ، بل أنّها وضعت لأجل مصالح المسلمين . والمصلحة يمكن أن تكون غير الاستحقاق ويجوز «صرف بيت المال في سبيل صلاح المسلمين» كما اعترف به شيخنا الأستاذ - مد ظله - في الإرشاد(١) قبل أقل من خمسين صفحته .

ورابعاً : غايه ما يقال في هذه الفقرة ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره قال : «فإنّما يدلّ على أنّ كلّ من له نصيب في بيت المال يجوز له الأخذ ، لا أنّ كلّ من لا نصيب له يجوز أخذه»(٢) . وتبعه شيخنا الأستاذ(٣) - مد ظله - .

ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال : قال لي أبو الحسن موسى عليه السلام : مالك لا تدخل مع عليّ في شراء الطعام ، إنّني أظنّك ضيقاً . قال : قلت : نعم ، فإن شئت وسعت عليّ ، قال : اشتره(٤) .

دلالتها على شراء الطعام من عمّالهم واضح ، لأنّ لا غبار في حليّه شراء الطعام المحض ، فظهر أنّ عبد الرحمن بن الحجاج احتمل في نفسه أنّ شراء الطعام من عمّال سلاطين الجور الذين يأخذون الزكاه والخراج والمقاسمه محظورٌ وأمره الإمام عليه السلام بالشراء ، والأمر

ص : ٣٩٤

١- (١) إرشاد الطالب ١/٣٠٥ .

٢- (٢) المكاسب ٢/٢٣٧ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ١/٣٦٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧/٢١٨ ح ١ . الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به .

عقيب توهم الحظر يفيد الجواز ، وحيث أن الأمر مطلق يفيد إثبات الجواز في الثلاثه . وقد تمسك بهذه الصحيحه لإثبات الجواز العلامه في التذكره (١) والمحقق الثاني في قاطعه اللجاج (٢) .

ولكن استشكل في الإستدلال الفاضل القطيفي وقال : «لا يخفى على من له أدنى تأمل في العلم أنّ هذا الخبر لا يدلّ على تناول ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمه بشيء من الدلالات ، غاية دلالاته أنّه يدلّ على ابتياع الطعام على جهه العموم وليس فيه تصريح بأنّ الابتياح من الجائر ، ولو سلّم فنحن لا (٣) نمنع من جواز ابتياع ما يأخذه باسم الخراج .

فإن قيل : يدل من حيث عمومه .

قلنا : قد ثبت أن شرط صحه الابتياح كون البيع حلالاً ، فالخراج إن كان حلالاً جاز ابتياعه وإلا فلا . ولا دلالة في الخبر على أن الخراج حلال كما لا يخفى ، فإن معاملته الغاصب والابتياح منه - وإن كان أكثر أمواله غصباً - جائز لعموم الكتاب والسنة ، ولا يدلّ على ما في يده من الغصب ، وهذا واضح (٤) .

وتبعه المحقق الأردبيلي فقال : «ما فهمتُ منها الدلالة على حلّ الخراج والمقاسمه بشيءٍ من الدلالات عقلية وعرفية بوجه من الوجوه ولا على شرائهما ، إلا أن يُعلم أن الطعام الذي جوّز شراءه كان من الخراج . وكذا دلالتها على جواز شراء ما أخذه الظالم باسم الزكاه ، وكأنّه لذلك ما ذكرها العلامه في المنتهى دليلاً عليهما (٥) .

وفيه : أنه لو خصصنا الصحيحه بالطعام المحض تلزم اللغويه ، ولو خصصناها

ص : ٣٩٥

١- (١) تذكره الفقهاء ١٢/١٥٣ .

٢- (٢) قاطعه اللجاج / ٧٧ المطبوعه ضمن الخراجيات .

٣- (٣) الظاهر زياده «لا» وإلا تم المطلوب ، وهو حلّيه الخراج والمقاسمه والزكاه مطلقاً سواء بالشراء وغيرها ، لأنه لو ثبتت حلّيه شرائها ثبتت حلّيه جميع الثقلبات ، لعدم القول بالفصل ، ولكن إذا قال القطيفي بالفصل صح وجود كلمه «لا» كما لا يخفى ، والظاهر أنّه يقول به .

٤- (٤) السراج الوهاج / ١٠٦ و ١٠٥ المطبوع ضمن الخراجيات .

٥- (٥) مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٠٠ .

بالأموال الشخصية للجائرين يلزم تخصيص الأ-كثر ، لأنّ الأموال الشخصية لهم بالنسبة إلى ما فى أيديهم من الزكاه والخراج والمقاسمه أقلّ قليل ، فتخصيص الصحيحه بها يوجب خروج الأكثر ، وهو مستهجنٌ وقبيحٌ .

وبما ذكرنا ظهر ضعف ما ذكره بعض المعاصرين - مدّ ظله - من «أنّ المال كان ملكاً شخصياً . . . فكان الأمر بيده وبإجازته» (١) . مضافاً إلى أن أمر الخراج أيضاً بيده . ومثله فى الضعف احتمال أنّ الطعام «من عائد الوقف المجهول أربابه أو نحوه» (٢) كما عن شيخنا الأستاذ - مدّ ظله - .

ومنها : صحيحه زراره قال : إشتري ضريس بن عبد الملك وأخوه من هبیره أرزاً بثلاثمائة ألف ، قال : فقلت له : ويلك أو ويحك أنظر إلى خمس هذا المال فابعث به إليه واحتبس الباقي ، فأبى علىّ . قال : فأدى المال وقدم هؤلاء فذهب أمر بنى أميه ، قال : قلت ذلك لأبى عبد الله عليه السلام فقال مبادراً للجواب : هو له هو له ، فقلت له : إنّه قد أداها ، فعصّ على أصبعه (٣) .

الظاهر أن هبیره أحد عمّال الظلمه ، ويظهر من طبقات (٤) ابن سعد أنّه صاحب الوليد بن عبد الملك الأموى ، وقال فى الوافى : «كان هبیره من عمّال بنى أميه» (٥) ويده أرزٌ كثيرٌ من المقاسمه والخراج واشترى منه ضريس وأخوه وتوهم زراره - وهو عمّهما - حرمه هذه المعامله وبطلانها ، ولذا ظن أنّه من مصاديق المال المختلط بالحرام ، فأمر ضريساً - وهو ابن أخيه - بإخراج خمسّه ، فأبى أولاً- ولكن بعد ذلك قبل من زراره وأخرج الخمس وأداه ، وبعد سقوط بنى أميه وظهور دوله بنى العباس سأل زراره حكم الواقعة من الإمام الصادق عليه السلام ، فقال عليه السلام : « هو له هو له » ، أى المعامله صحيحه ولا حاجه إلى إخراج الخمس ، لأنّه لم يكن من مصاديق المال المختلط بالحرام ، وحيث قال زراره : إنّ ضريساً قد أدى خمسها فعصّ

ص: ٣٩٦

- ١- (١) عمدّه المطالب ١/٥١٥ .
- ٢- (٢) إرشاد الطالب ١/٣٥٣ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧/٢١٨ ح ٢ .
- ٤- (٤) الطبقات لابن سعد ٨/١٢ .
- ٥- (٥) الوافى ١٧/٢٩٧ وتبعه فى الحدائق ١٨/٢٧٠ .

الإمام عليه السلام على أصبعه من خطأ زرارته في الحكم .

وقد مرّ منّا أن تخصيص الرواية بالأموال الشخصية لهم يوجب خروج الأكثر ، وهو مستهجن وقبيح .

ولذا قال الشيخ الأعظم : «فإن أوضح محامل هذا الخبر أن يكون الأرز من المقاسمه»<sup>(١)</sup> .

ولكن الإشكال في الرواية إنّما هو من جهة أنّ أداء الخمس في ذاك الزمان يصح بالنسبة إلى الإمام عليه السلام ، أي إنّهم يؤدونه إلى الإمام عليه السلام ، فكيف أخذه الإمام عليه السلام مع علمه بخطأ المؤدى وأنه لم يجب عليه .

ويمكن أن يجاب عنه بوجوه :

أولاً : يمكن أن يكون أداء المال بالنسبة إلى ثمن الأرز أي ثلاثمائة ألف لا بالنسبة إلى أداء الخمس ، فيرتفع الإشكال من رأسه . ولكنّه خلاف ظاهر الرواية وترتب عضّ الإمام عليه السلام أصبعه .

وثانياً : الأئمة عليهم السلام لهم وكلاء بالنسبة إلى جمع الأحماس ، ولعلّ وكيل الإمام عليه السلام أخذها وصرفها في مواردنا .

وثالثاً : يمكن القول بعدم وجوب علم الإمام عليه السلام بالنسبة إلى الموضوعات إلّا إذا أراد وشاء ، وفي هذا المورد لم يشأ ولم يرد . والله العالم .

ومنها : صحيحه معاوية بن وهب قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشتري من العامل الشيء وأنا أعلم أنه يظلم ؟ فقال : إشتري منه<sup>(٢)</sup> .

حكم الإمام عليه السلام بصحة معامله مع عامل الزكاة أو المقاسمه أو الخراج ، لأنّ ظهور العامل في جابيهم واضح والسائل يعلم أنّهم يظلمون ، ومع ذلك أمر الإمام عليه السلام بالشراء وعدم

ص : ٣٩٧

---

١- (١) المكاسب ٢/٢١٦ وإن لم يوافق معنا هو في معنى الرواية ، وصاحبها الوافي ١٧/٢٩٧ والحدائق ١٨/٢٧٠ وتبعهما المحقق الإيرواني في حاشيته على المكاسب ١/٣٥٧ ولكن لم يتم معناهم لا عندنا ولا عند الشيخ الأعظم .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧/٢١٩ ح ٤ .



الإعتناء بهذا العلم الإجمالي ، ويدلّ قوله عليه السلام على الجواز وأنّ العلم الإجمالي هنا لم يتنجز .

ويمكن أن يقال : بعدم تنجز العلم الإجمالي هنا حتّى لو قال صاحب الزرع أو المتصرف في الأرض الخراجيه أنّ العامل ظلمني ، لعدم العبره بقوله ، لأنّه يظنّ أنّ المحصول كلّ له مع أن الزكاه والمقاسمه أو الخراج حقوق واجبه يجب عليه إخراجها ، والشاهد عليه الروايه الآتيه .

ومنها : معتبره محمد بن أبي حمزه عن رجل قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشتري الطعام فيجيئني من يتظلم ويقول : ظلمني ، فقال : إشتريه (١) .

الروايه تدلّ على جواز الشراء حتّى مع إظهار صاحب المال بأنّ العامل ظلمه ، لما مرّ آنفاً ، ولكن في سندها إرسال .

ومنها : خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : سألته عن الرجل أيشترى من العامل وهو يظلم ؟ فقال : يشترى منه (٢) .

ومن الواضح عدم إختصاص الروايه بالأموال الشخصيه للعامل الظالم ، نعم يمكن القول بأنّ إطلاقها يشملها .

ومنها : صحيحه جميل بن صالح قال : أرادوا بيع تمر عين أبي زياد (٣) ، فأردت أن أشتريه ، فقلت : حتّى أستأذن أبا عبد الله عليه السلام ، فأمرت مصادف فسأله ؟ فقال له : قل له : فليشتريه ، فإنّه إن لم يشتريه إشتراه غيره (٤) .

قال المحقق الثاني : «وقد احتجّ بهذا الحديث لحلّ ذلك العلامه في المنتهى (٥) وصحّحه . لكن قد يُسأل عن قوله : «فإن لم يشتريه إشتراه غيره» ، فإنّ شراء الناس للشئ لا مدخله له

ص : ٣٩٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧/٢١٩ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧/٢٢١ ح ٣ . الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به .

٣- (٣) في المصدر أبي ابن زياد نقلاً عن الفقيه ، وهو لا يتم لعدم وجود الاستعمال هكذا وهو يرادف مع زياد ، وسيأتي منّا توضيح في ترادفهما .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧/٢٢٠ ح ١ . الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به .

٥- (٥) منتهى المطلب ٢/١٠٢٧ من الطبع الحجري .

في صيرورته حلالاً على تقدير أن يكون حراماً ، فأى مناسبة له ليعلل به ؟ ولا يبعد أن يكون ذلك إشارة منه عليه السلام إلى معنى لطيف ، وهو : أن كل من له دخل في قيام دولة الجور ونفوذ أوامرهما وقوه شوكتها وضعف دوله العدل يحرم عليه هذا النوع ونحوه بشراء وغيره ، بخلاف ما لم يكن كذلك ، فإن عدم دخوله في شراء هذا كدخوله في أنه : لا يتعطل أمر دولة الجور ولا يتناقص (١) بل رواجها بحاله (٢) . فأشار عليه السلام بقوله : «إن لم يشتريه إشتراه غيره» إلى أنه لا مانع له من الشراء أو لا دخل له في دولة الجور بتقويه ولا غيرها ، فإن لم يشتريه لم يتفاوت الحال بل يشتريه غيره» (٣) .

ويردّ عليه الفاضل القطيفي بأنه : «لا- دلالة فيه على موضع النزاع ، بل على ابتياع مال الظالم ، ونحن لا نمنعه بل نكرهه » . وقال في ردّ ما ذكره بعنوان معنى لطيف : « هذا خلاف ما أصي له من أن الخراج لجميع المسلمين ، فإنه إذا كان لا يفترق الحكم فيه بالنسبة إلى أهل يقوم به الدولة وغيرهم . . . والذي يخطر ببالي أن قوله عليه السلام «إن لم يشتريه إشتراه غيره» للإشارة إلى أن الإمتناع من أموال الظالم لا فائده مهمه فيها إلا إذا كان أهل العصر جميعاً أو أكثرهم على ذلك ، لأن الإمتناع يفيد تورعه عن المظالم حينئذ بسبب عدم معاملته الناس له ، أما إذا لم يكن كذلك لم تظهر فائدته ، خصوصاً أن أحداً لا يمنع عن معاملته من يعامله وإلا لبطل أكثر النظام ، فلا فائده في الإمتناع حينئذ ، فقول الإمام ذلك للتنبيه على هذا» (٤) .

وتبعه المحقق الأردبيلي وزاد : «وفي الصحه أيضاً تأمل ، لأن الظاهر أن مصادفاً نقل إلى جميل قوله : «قل له فليشتريه . . . الخ » ، ومصادف ضعيف ذكروه في محلّه . ويمكن أن يكون المعنى : جواز شراء مال الظلمه مع عدم العلم بالغصب بعينه كما يدلّ عليه الأصل والأخبار

ص : ٣٩٩

١- (١) كذا في المطبوعه في رسائل المحقق الكركي ١/٢٧٣ وهو الصحيح ، ولكن في المطبوعه ضمن الخراجات / ٧٨ «أو يتناقض» وهو غلط .

٢- (٢) كذا في المطبوعه ضمن الخراجات / ٧٨ وهو الصحيح ، ولكن في المطبوعه في رسائل المحقق الكركي ١/٢٧٣ «بحلاله» وهو غلط .

٣- (٣) قاطعه اللجاج / ٧٧ المطبوعه ضمن الخراجات .

٤- (٤) السراج الوهاج / ١٠٧ و ١٠٦ المطبوع ضمن الخراجات .

الكثيره الداله على جواز أخذ جوائزهم مع كراهه لكن تزول عند الضيق . ويحتمل أن يكون قوله «فإن لم يشتره . . . الخ» أن اجتناب ذلك للتنزه لا- ينفع ، لأنه إن لم تشتري أنت يشتره غيرك ، وأنت مختلط معه وتأكل ممّا يأكل ، أو أنه لا يُردّ به الظالم عن ظلمه كما قيل»(١) .

أقول : أمّا الإشكال في السند - وقد مرّ من الأردبيلي أيضاً بأنّ مصادف ضعيف - فهو غير تام ، لأنّ مصادفاً من موالى أبي عبد الله عليه السلام ، وقد ذهبنا في علم الرجال إلى أنّ الموالى كلّهم معتبرون وحسان ما لم يرد في حقّهم تضعيف ، فمصادف حسنٌ عندنا كما ذهب إليه المحقق المامقاني في نتائج التنقيح(٢) ، وتضعيف ابن الغضائري(٣) له لا يثبت تضعيفه لعدم العبره بتضعيفاته ، والعلامه في الخلاصه(٤) تبعه أيضاً وكذا ابن داود الحلّي(٥) ولكنّه ، لا يثبت تضعيفه ، لأنّ مأخذ تضعيفهما قول ابن الغضائري . مع أن العلامه نفسه قد حكم في المنتهى بصحة الحديث ، وهذا الحكم إمّا عدول عن رأيه في حقّ مصادف وإمّا بأنّه قدس سره لا- يرى مصادفاً في السند ، أو يراه ولكن القرائن تدلّ على صدقه في النقل ، وهي قبول جميل قوله . والحاصل أنّ الإشكال في السند غير تام عندنا بوجه .

وأما دلالتها على حليّته الخراج والمقاسمه والزكاه فلا أقل من إطلاقها لو لم نقل بأنّها تختص بها ظاهره ، لأنّ تمر عين أبي زياد - وهو من عمّال السلطان كما في الوافي(٦) - إمّا أن يكون من الثلاثه وإمّا أن يكون من أمواله الشخصيه وقد حكم الإمام عليه السلام بجواز الشراء .

وأما قوله عليه السلام : «فإنّه إن لم يشتره اشتراه غيره» . فقد علمنا عدم مدخليه هذا الكلام

ص: ٤٠٠

- ١- (١) مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٠١ .
- ٢- (٢) نتائج التنقيح / ١٥٠ الرقم ١١٨٢٢ .
- ٣- (٣) رجال ابن الغضائري/ ٩٠ الرقم ١٢٤ ، تحقيق العلامه السيد محمد رضا الجاللي ، طبعه دار الحديث ١٤٢٢ ق .
- ٤- (٤) ترتيب خلاصه الأقوال / ٤٢٠ الرقم ١٤ .
- ٥- (٥) رجال ابن داود/ ٢٧٨ الرقم ٥٠٠ ، وفيه : ليس بشيء وابنه محمد ثقه . طبع عام ١٣٩٢ بتحقيق العلامه السيد محمد صادق بحر العلوم ، النجف الأشرف .
- ٦- (٦) الوافي ١٧/٢٩٣ .

فى حلّيه الشراء ، فإمّا أن يحمل على أنّ الإمام عليه السلام قاله كذا حتّى يقرب إلى ذهن جميل وجه الحلّيه ، أو يحمل على الحكمه لا العله ، أو على ما ذكره الشيخ على المحقق الثانى ، أو على ما ذكره الفاضل القطيفى من المبارزه المنفيه مع الظالمين ، أو غيرها من المحامل . ومع علمنا بعدم مدخلية شراء الغير لحلّيته ، غايه الأمر أننا نرفع اليد عن هذا التعليل ونأخذ بجواز حكم الشراء الوارد فى الروايه ، فيثبت بها جواز حلّيه الثلاثه ، ولا بأس بالتقطع فى حجّيه الروايه بقبول بعضها وردّ بعضها الأخرى .

ولكن العمده فى دلالة الروايه ما يظهر من بعض الأخبار ، وهو بسند صحيح عن يونس أو غيره عمّن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك بلغنى أنّك كنت تفعل فى غلّه عين زياد شيئاً وأنا أحبّ أن أسمعك منك . قال : فقال لى : نعم ، كنتُ أمر إذا أدركت الثمره أن يتلم فى حيطانها التلم ليدخل الناس ويأكلوا ، وكنت أمر فى كلّ يوم أن يوضع عشر بنيات (١) ، يقعد على كلّ بنيه عشره ، كلّما أكل عشره جاء عشره أخرى يُلقى لكلّ نفس منهم مدّ من رطب ، وكنت أمر لجيران الضيعه كلّهم الشيخ والعجوز والصبى والمريض والمرأه ومن لا- يقدر أن يجيء فىأكل منها لكلّ إنسان منهم مُدّ ، فإذا كان الجُذاذ (٢) وفيت القوّام والوكلاء والرجال أُجرتهم وأحمل الباقي إلى المدينه ، ففرّقت فى أهل البيوتات والمستحقّين الراحلتين والثلاثه والأقل والأكثر على قدر استحقاقهم ، وحصل لى بعد ذلك أربعمائه دينار ، كان غلّتها أربعه آلاف دينار (٣) .

يظهر من الروايه أنّ الأرض كانت ملكاً للإمام الصادق عليه السلام وأنفق عليه السلام تسعه عشر غلّتها وهى الرطب والتمر مع مصارفها فبقى له عشرها . وهذا الإنفاق والإحسان من الإمام عليه السلام كان يوجب زياده المحبه فى قلوب الناس لهم ، ولذا أخذها الظلمه منه غصبوها ، فحينئذ استأذن جميل لشراء تمره من أبى عبد الله عليه السلام ، وضح ما ورد من التعليل فى ذيل الصحيحه : «فإنّه إن لم يشتره إشتراه غيره» . وهكذا صح التعبير عن عين زياد بعين أبى ابن

ص : ٤٠١

١- (١) بنيات مفرده بنيه : مصغر البناء .

٢- (٢) الجُذاذ بالجيم مثله : المكسّر أو المقطوع من جذّه : أى قطعه أو كسره فانقطع أو أنكسر .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٩/٢٠٥ ح ٢ . الباب ١٨ من أبواب زكاه الغلات .

زياد ، وكلاهما يفيدان معنى واحد .

فعلى ما ذكرناه لا تدلّ الروايه على حليّه الخراج والمقاسمه والزكاه ، لأنها مبنيّه على كون عين زياد أو عين أبي زياد أو عين أبي زياد من الأراضى الخراجيه ، لكنّها كانت من الأراضى المغصوبه من الإمام عليه السلام الموقوف اشتراء حاصلها على إذنه ، كما تبّه عليه الشيخ الأعظم رحمه الله (١) تبعاً لصاحب الحدائق (٢) . ولعله أول من تعرض لهذه الروايه فى البحث .

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام : صدقات أهل الذمه وما يؤخذ من جزيتهم من ثمن خمورهم وخنازيرهم وميتتهم ؟ قال : عليهم الجزيه فى أموالهم ، تؤخذ من ثمن لحم الخنزير أو الخمر ، فكلّ ما أخذوا منهم من ذلك فوزر ذلك عليهم وئمنه للمسلمين حلال يأخذونه فى جزيتهم (٣) .

ومنها : طائفه من الروايات وارده فى أحكام تقبّل الخراج من السلطان ، ويُستفاد منها كون أصل التقبّل معلوم الجواز عندهم . وهكذا الروايات الواردة فى قبالة الأراضى الخراجيه واستنجارها من السلطان ثم إجارتها للغير بأزيد من ذلك ، كما تبّه عليهما الشيخ الأعظم قدس سره (٤) .

فمنها : صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال : فى القبالة أن يأتى الرجل الأرض الخربه فيتقبّلها من أهلها عشرين سنه ، فإن كانت عامره فيها علوج فلا يحلّ له قبالتها إلا أن يتقبّل أرضها فيستأجرها من أهلها ولا يدخل العلوج فى شىء من القبالة فإنّه لا يحلّ .

وعن الرجل يأتى الأرض الخربه الميته فيستخرجها ويجرى أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه فيها ؟ قال : الصدقه . قلت : فإن كان يعرف صاحبها ، قال : فليرد إليه حقّه . قال : لا بأس بأن يتقبّل الرجل الأرض وأهلها من السلطان .

وعن مزارعه أهل الخراج بالربع والنصف والثلث ، قال : نعم ، لا بأس به ، قد قبّل

ص: ٤٠٢

١- (١) المكاسب ٢/٢١٠ .

٢- (٢) الحدائق ١٨/٢٤٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٥/١٥٤ ح ١ . الباب ٧٠ من أبواب جهاد العدو .

٤- (٤) المكاسب ٢/٢٠٨ و ٢٠٩ .

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خير أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر ، والخبر هو النصف (١).

العُلُوج : جمع العِلج : وهو الرجل الضخم القوى من كفار العجم ، وبعضهم يطلقه على الكافر عموماً . الخبر بفتح الخاء وكسرها وسكون الباء بمعنى المخابره ، وهى المزارعه ببعض ما يخرج من الأرض ، وقيل : «أصل المخابره من خير ، لأنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم أقربها فى أيدي أهلها على النصف من محصولها ، فقيل خابره أى عاملهم فى خير» (٢) .

ثمّ الصحيحه تدلّ على أنّ أصل القبالة من الجائر جائز ، وقد نقلنا فيما سبق عن الفيض (٣) أنه قد يُسمى كلاهما (أى الخراج والمقاسمه) بالقباله . لا سيما مع عطف أهل الأراضى عليها وتقبّل أهلها هى المعامله على جزية رؤوسهم أو ما يكون عليهم من الخراج ، كما نبّه على الأخير شيخنا الأستاذ (٤) - مد ظله - .

هذا بناءً على التعدد من أنّ تقبّل الأرض شىءً وتقبّل أهل الأرض شىءً آخر . ويمكن أن يكونا شيئاً واحداً ، وهو تقبّل ما فى ذمم مستعمليها من الخراج . وتنبّه على هذا الاحتمال المحقق الأردكاني (٥) قدس سره ، وعلى المحتملات الثلاثه تدلّ على حليته الخراج ومنها المقاسمه .

فمنها : صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يتقبّل بجزية رؤوس الرجال وبخراج النخل والآجام والطيور وهو لا يدرى لعله لا يكون من هذا شىء أبداً ، أو يكون ، أيشتره وفى أىّ زمان يشتره ويتقبّل منه ؟ قال : إذا علمت أنّ من ذلك شيئاً

ص : ٤٠٣

١- (١) التهذيب ٧/٢٠١ ح ٣٤ ونقل صدرها عنه فى وسائل الشيعة ١٩/٥٩ ح ٣ . الباب ١٨ من أبواب المزارعه ، وذيلها فى وسائل الشيعة ١٩/٤٢ ح ٨ . الباب ٨ من أبواب المزارعه عن التهذيب ، والفقيه ٣/٢٥٠ ح ٣٩٠٦ ، وفى الفقيه يوجد الذيل فقط . وقد ورد صدرها فى الكافى ٥/٢٦٩ ح ٣ ، والجمع بين الصدر والذيل يوجد فى التهذيب .

٢- (٢) مجمع البحرين ٣/٢٨٢ ونقل عنه الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ١/٢٢٩ .

٣- (٣) الوافى ١٨/٩٨٤ .

٤- (٤) إرشاد الطالب ١/٣٥٢ .

٥- (٥) غنيه الطالب ١/٣٠٩ .

واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به (١).

هذه الصحيحه تدلّ على جواز تقبل جزية الرؤوس وخراج النخل والآجام ، بل جواز شرائها يكون مسلماً عند السائل وسأل عن زمان الشراء وحدوده .

ومنها : خبر الفيض بن المختار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك ما تقول في أرض أتقبلها من السلطان ثم أؤجرها أكرتي على أن ما أخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان ؟ قال : لا بأس به ، كذلك أعامل أكرتي (٢).

رجال السند كلهم ثقات وحسان إلا أبو نجيح المسمعى لأنه مجهول ، والسند ضعيف به . الأكره : الحرّاس ، مفرده : الأكار ، قال الصدوق رحمه الله : «سمى الأكار لأنه يؤاكر الأرض أى يشقها» (٣) . جواز تقبل الأرض من السلطان مسلماً عند السائل وقرره الإمام عليه السلام على ذلك بل قال : «كذلك أعامل أكرتي» .

ومنها : روايه الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتقبل الأرض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف ؟ قال : لا بأس به .

قلت : فأقبلها بألف درهم وأقبلها بألفين ؟ قال : لا يجوز ، قلت : لم ؟ قال : لأن هذا مضمون وذلك غير مضمون (٤).

فى الكافى (٥) لم يعطف أحمد بن محمد بسهل بن زياد خلافاً لما فى الوسائل المطبوع ، بل ينقل سهل عن أحمد بن محمد عن عبد الكريم ، فحينئذ المراد بأحمد بن محمد هو البنزطى ، وهو ينقل عن عبد الكريم الخثعمى الثقه ، فحينئذ ضعف سند الكافى يكون بسهل . وقد قيل : إن الأمر فى سهل سهل .

ص: ٤٠٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٧/٣٥٥ ح ٤ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩/٥٢ ح ٣ . الباب ١٥ من أبواب المزارعه .

٣- (٣) معانى الأخبار / ٢٧٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩/١٢٦ ح ١ . الباب ٢١ من أبواب كتاب الإجاره .

٥- (٥) الكافى ٥/٢٧٢ ح ٤ .

ولكن الشيخ رواها في التهذيب (١) بسنده إلى أحمد بن محمد عن عبد الكريم عن الحلبي ، وقد مرّ أن المراد بأحمد هو البنظي ، وعبد الكريم هو الخثعمي ، فصار سند الشيخ بالرواية صحيحاً .

ولكن رواها الشيخ نفسه في الإستبصار (٢) بزياده في السند ، وهي علي بن الحكم الزائد بين أحمد بن محمد وعبد الكريم ، وعلي بن الحكم معتبر وثقه عندنا ، ولكن في هذه العجالة لم يتبين لنا أنّ علي بن الحكم هل يروى عن عبد الكريم الخثعمي أم لا ؟ وهل البنظي يروى عنه أم لا ؟

وحيث أنّ الأصل عدم الزيادة فلا بدّ من الأخذ بسند الإستبصار - ولعله لهذا ذكر الشيخ الحرّ في الوسائل (٣) سند الإستبصار فقط - فيشكل أمر السند بجهالة عبد الكريم حينئذٍ لأنّه مشترك .

وأما دلالتها على جواز تقبّل الأرض من السلطان إمّا ظاهره فيه ومختصه به ، وإمّا تشمله بإطلاقها .

ومنها : صحيحه أخرى لإسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماه أو بطعام مسمّى ثمّ آجرها وشرط لِمَن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر ، وله في الأرض بعد ذلك فضل ، أيصلح له ذلك ؟ قال : نعم ، إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك .

قال : وسألته عن الرجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماه أو بطعام معلوم فيؤجرها قطعةً قطعةً أو جريباً جريباً بشيءٍ معلوم فيكون له فضل فيما استأجر من السلطان ولا ينفق شيئاً ، أو يؤجر تلك الأرض قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة فيكون له في ذلك فضل على إجارته وله تربة الأرض أو ليست له ؟ فقال له : إذا استأجرت أرضاً

ص : ٤٠٥

١- (١) التهذيب ٧/٢٠٤ ح ٤٣ .

٢- (٢) الاستبصار ٣/١٣٠ ح ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩/١٢٧ .



فأنفقت فيها شيئاً أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت (١).

رَمَّ البناء أو الأمر : أصلحه ، وكذا رَمَّم .

ومنها : صحيحه يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يستأجر الأرض بشيءٍ معلوم يؤدي خراجها ويأكل فضلها ومنها قوته ؟ قال : لا بأس (٢).

الإجاره من السلطان بلا واسطه أو منه مع الواسطه ، وكلاهما تدلان على جواز تقبل الأرض منه و . . . .

ومنها : حسنه أبي الربيع الشامي - وهو خليلد بن أوفى - عن أبي عبد الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأئى وجوه القبالة أحل ؟ قال : يتقبل الأرض من أربابها بشيءٍ معلوم إلى سنين مسماه فيعمر ويؤدي الخراج ، فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قبالتة ، فإن ذلك لا يحل (٣).

ومنها : خبر أبى بُردَه بن رجاء قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : كيف ترى فى شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلك ؟! هى أرض المسلمين . قال : قلت : يبيعها الذى هى فى يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال : لا بأس اشترى حقّه منها ويحول حقّ المسلمين عليه ، ولعلّه يكون أقوى عليها وأملاً بخراجهم منه (٤).

رجال السند كلهم ثقات إلا أبا بُردَه بن رجاء لأنه مجهول .

ومنها : موثقه محمد بن مسلم وعمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سألته عن ذلك (أى عن الشراء من أرض اليهود والنصارى) فقال : لا بأس بشرائها ، فإنها إذا كانت بمنزلتها فى أيديهم تؤدي عنها كما يؤدي عنها (٥).

هذه الروايات تدلّ على حليّته أخذ الخراج والمقاسمه والزكاه - مطلق الأخذ وهو

ص: ٤٠٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩/١٢٧ ح ٣ و ٤ . الباب ٢١ من أبواب كتاب الإجاره .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩/٥٩ ح ٢ . الباب ١٨ من أبواب المزارعه .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩/٦٠ ح ٥ . الباب ١٨ من أبواب المزارعه .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٥/١٥٥ ح ١ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العد .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٥/١٥٦ ح ٣ .

يشمل الأخذ مع العوض وبدونه كما صرح به السيد الخوئي قدس سره (١) - من السلطان كما عليه المشهور بل الإجماع عليه ، ولعل في هذا المقدار كفايه بل فوقها ، والحمد لله .

## ينبغي التنبيه على أمور

### الأول : هل يعتبر أخذ السلطان خارجاً في حليته الخراج أم لا ؟

قد يظهر من كلمات الأصحاب (قدس سرهم) إطلاقها بالنسبة إلى اشتراط الأخذ خارجاً وعدمه . نعم قد ذهب إلى اشتراط الأخذ السيد عميد الدين الحسيني في شرحه للنافع - على ما حكى عنه الشيخ إبراهيم القطيفي في رسالته (٢) - ولكن صرح جماعة من الأصحاب بعدم الفرق بين الأخذ خارجاً وغيره ، منهم : الشهيد في الدروس (٣) ، والفاضل المقداد في التنقيح (٤) ، والمحقق الثاني صرح بالإجماع على عدم الفرق في جامع المقاصد (٥) ، وثاني الشهيدين في المسالك (٦) ، والفيض الكاشاني في المفاتيح (٧) ، وجدى الشيخ جعفر في شرح القواعد (٨) ، وسيد الرياض صرح بعدم الخلاف في عدم الفرق (٩) ، وأصحاب الجواهر (١٠) والمناهل (١١) والمكاسب (١٢) والمحقق النائيني (١٣) .

ص: ٤٠٧

- ١- (١) مصباح الفقاهه ١/٥٣٩ .
- ٢- (٢) السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعه اللجاج / ١١٥ المطبوع ضمن الخراجيات .
- ٣- (٣) الدروس ٣/١٧٠ .
- ٤- (٤) تنقيح الرائع ٢/١٩ .
- ٥- (٥) جامع المقاصد ٤/٤٥ .
- ٦- (٦) المسالك ٣/١٤٣ .
- ٧- (٧) مفاتيح الشرائع ٣/١٠ .
- ٨- (٨) شرح القواعد ١/٣٤٤ .
- ٩- (٩) رياض المسائل ٨/١٩٩ .
- ١٠- (١٠) الجواهر ٢٢/١٨٠ و ١٩٠ .
- ١١- (١١) المناهل / ٣١٠ .
- ١٢- (١٢) المكاسب ٢/٢١٢ .
- ١٣- (١٣) منيه الطالب ١/٨٣ .

والحقّ موافقه هذه الجماعه من الأصحاب من عدم الفرق بين الأخذ خارجاً والتوكيل فى قبضها وبيعها وهى فى يد المالك أو فى ذمته والحواله إلى المالك ونحوها لأن يصدق على الجميع أخذ الثلاثه من السلطان ، وقد مرّ منّا دليل حليّتها .

مضافاً إلى ذلك الأخبار الوارده فى جواز قبالة الأرض وتقبّل الخراج أو استئجار أرض الخراج من السلطان ثمّ إجارتها للزراع بأزيد من ذلك ونحوها :

منها : خبر الفيض بن المختار(١) الماضى .

ومنها : صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمى(٢) الماضيه .

ومنها : صحيحه يعقوب بن شعيب(٣) الماضيه .

ومنها : روايه الحلبي(٤) الماضيه .

ومنها : صحيحه أخرى ليعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها وما كان من فضل فهو بينهما ؟ قال : لا بأس ، الحديث(٥) .

ومنها : صحيحه داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم ربّما زاد وربّما نقص فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتى درهم فى السنه ، قال : لا بأس(٦) .

ومنها : حسنه إبراهيم بن ميمون قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قريه لأناس من أهل الذمه لا أدرى أصلها لهم أم لا غير أنّها فى أيديهم وعليهم خراج فاعتدى عليهم

ص: ٤٠٨

١- (١) وسائل الشيعة ١٩/٥٢ ح ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧/٣٥٥ ح ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩/٥٩ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩/١٢٦ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩/٤٥ ح ٢ . الباب ١٠ من أبواب المزارعه .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٩/٥٧ ح ١ . الباب ١٧ من أبواب المزارعه .

السلطان ، فطلبوا إليّ فأعطوني أرضهم وقريتهم على أن أكفيهم السلطان بما قلّ أو كثر ، ففضل لي بعد ذلك فضل بعدما قبض السلطان ما قبض ؟ قال : لا بأس بذلك ، لك ما كان من فضل (١).

ومنها : حسنه أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين فيؤاجرها بأكثر ممّا يتقبلها ويقوم فيها بحظّ السلطان ، قال : لا بأس به ، إنّ الأرض ليست مثل الأجير ولا مثل البيت ، إنّ فضل الأجير والبيت حرام (٢).

وهذه الروايات تدلّ على جواز التقبّل قبل أخذ السلطان خراجها وهكذا جواز إجاره الأرض ، فهذه تصرف في الخراج قبل أخذها ، فكذلك يجوز أخذ الخراج قبل قبض السلطان أو وكيله .

### الثاني : هل يجوز منع الجائر من الخراج وعدم إعطائه أم لا ؟

#### إشاره

قال الشهيد : «ويحرم على المالك المنع» (٣).

قال المحقق الثاني في خاتمه رسالته : «لا زلنا نسمع من كثير ممّن عاصرناهم لا سيّما شيخنا الأعظم الشيخ على بن هلال - قدس الله روحه - وغالب ظنّي أنّه بغير واسطه بل بالمشافهه ، أنّه لا يجوز لمن عليه الخراج والمقاسمه سرقة ولا جحوده ولا منعه ولا شيئاً منه لأنّ ذلك حقّ واجب عليه» (٤).

وقال الشهيد الثاني : «وقد ذكر الأصحاب أنّه لا يجوز لأحدٍ جردهما ولا منعهما ولا التصرف فيهما إلاّ بإذنه ، بل أدعى بعضهم الإتفاق عليه» (٥).

ص: ٤٠٩

١- (١) الكافي ٥/٢٧٠ ح ٥ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٩/٥٧ ح ٢ .

٢- (٢) الكافي ٥/٢٧١ ح ١ .

٣- (٣) الدروس ٣/١٧٠ .

٤- (٤) قاطعه اللجاج / ٩١ المبطوعه ضمن الخراجيات .

٥- (٥) المسالك ٣/٥٥ والمدعى للإتفاق هو المحقق الثاني في حاشيته على الشرائع .

وقال أيضاً: «ووجب على المالك الدفع» (١).

وقال الشيخ جعفر: «ولا يجوز لهم الإمتناع عن تسليمه» (٢). وقال أيضاً: «ويقوى حرمه سرقة الحصه وخيانتها والإمتناع عن تسليمها، أو عن تسليم ثمنها - بعد شرائها - إلى الجائر، وإن حرمت عليه ودخل تسليمها في الإعانه على الإثم في البدايه والغايه، لنصّ الأصحاب على ذلك، ودعوى الإجماع فيه. وجعلها من الجعل له على حمايه بيضه الإسلام فتحلّ له، لم يقم عليه دليل...» (٣).

وهذه أحد الأقوال في المسأله، وهو عدم جواز منع الجائر من الخراج ووجوب إعطائه له إذا طلبه.

وفي المسأله قول آخر، وهو جواز منعه وعدم إعطائه له، ذهب إليه جمع من الفقهاء:

منهم: الشيخ إبراهيم القطيفي، قال في رسالته: «... ولو شئت أن أقول أنّ اختيار الدفع إلى الظالم مع التمكن من الكتمان والسرقه والجحود ممّا علم عدم جوازه من الدين بالضروره. لقلتُ لأنّ ذلك حقّ للمسلمين يجب إيصاله إلى واليهم، فإذا كان غائباً وجب أن يوصل إلى نائبه وهو حاكم الشرع، فإن لم يكن فالى مستحقه حسبه كالمال الذي في يده لغيره، فإنّه يدفعه إلى من يستحقّ قبضه شرعاً...» (٤).

ومنهم: المحقق الأردبيلي قال بعد نقل روايات الزكاه: «ولعلّك فهمت من هذه الأخبار عدم وجوب إعطاء الزكاه للسلطان الجائر، بل عدم جواز إعطائها إيّاه مهما أمكن» (٥).

ومنهم: ملا فيض، قال: «المراد أنّه لا يحل المنع والسرقه ممّن اشتراها من الجائر، وأمّا الجائر فيجوز ذلك بالنسبه إليه» (٦).

ص: ٤١٠

١- (١) المسالك ٣/١٤٣.

٢- (٢) شرح القواعد ١/٣٤٤.

٣- (٣) شرح القواعد ١/٣٤٥.

٤- (٤) السراج الوهاج / ١٢٢ المطبوع ضمن الخراجيات.

٥- (٥) مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٠٩.

٦- (٦) نقل عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٣/٨٩، والظاهر أنّ المراد منه هو الملاً محسن الفيض الكاشاني قدس سره، ولم يشتهر بهذا الاسم غيره.

ومنهم : المحقق السبزواری قال : « ... وما أسند إلى الأصحاب من عدم جواز الجحد والمنع والتصرف فيهما إلا بإذنه محلّ تأمل ، إذ لا أعلم حجّجاً واضحة عليه ، وأدعاء بعضهم الإتفاق عليه لا يصلح حجّجاً شرعيه ... » (١).

ومنهم : الفاضل النراقي قال بعد نقل كلام الشيخ إبراهيم : «ولا يخفى أن ذلك (أى جواز المنع) مقتضى الأصل ، لأنّهما كالزكاه حقّ لجماعه خاصه ليس الجائر منهم ولا قتيماً عليهم ، فالأصل عدم جواز دفع حصتهم إليهم - سيما مع ما هو عليه من الفسق الظاهر - ما دام يتمكّن من عدم الدفع » (٢).

ومنهم : صاحب الجواهر بعد نقل مقال أستاذه الشيخ جعفر نقده وقال : «وفيه أوّلاً : أنه كغيره من الأحكام التي شرعت للتقيه المعلوم كونها دائره مدارها ، فمع فرض عدمها في حال أو في زمان أو مكان لا ينبغي التأمل في عدم جواز مراعاتها ...

وثانياً : أن أقصاها جواز الدفع ، أمّا وجوبه على وجه بحيث لا يجزى لو دفعه إلى حاكم الشرع المنصوب من قبلهم فغير معلوم ، بل معلوم خلافه ، ولإطلاق ما دل على ولايته من النص والفتوى ... » (٣).

ومنهم : الشيخ الأعظم قال بعد نقل كلام الشيخ جعفر في شرح القواعد : «... وإن أريد منعها من خصوص الجائر فلا دليل على حرمة ، لأنّ اشتغال ذمّه مستعمل الأرض بالأجره لا يوجب دفعها إلى الجائر ، بل يمكن القول بأنّه لا يجوز مع التمكن ، لأنّه غير مستحقّ ، فيسلّم إلى العادل أو نائبه الخاص أو العام ، ومع التّعذر يتولّى صرفه في المصالح حسبه » (٤).

ص : ٤١١

١- (١) الكفایه ١/٣٩٣ .

٢- (٢) مستند الشیعه ١٤/٢٠٢ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢/١٩٥ .

٤- (٤) المكاسب ٢/٢١٥ .

ومنهم : المحقق الإيرواني في حاشيته على المكاسب(١).

ومنهم : المحقق النائيني قال : «ولكن الأقوى عدم وجوب الدفع إليه مع التمكن»(٢).

ومنهم : المحقق الخوئي قال : «لا يجوز دفع الخراج إلى الجائر مع الإختيار»(٣).

### أدله القائلين بجواز المنع وعدم الإعطاء له

تمسك هؤلاء بعدّه من الروايات :

منها : صحيحه العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام في الزكاه قال : ما أخذوا منكم بنو أمية فاحتسبوا به ، ولا تعطوهم شيئاً ما استطعتم ، فإن المال لا يبقى على هذا أن تزكيه مرتين(٤).

ومنها : صحيحه أبي أسامه زيد الشحام قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك ، إن هؤلاء المصدّقين يأتونا ويأخذون منا الصدقه فنعطيهم إيّاها ، أتجزى عنّا؟ فقال : لا ، إنّما هؤلاء قوم غصبوكم ، أو قال : ظلموكم أموالكم ، إنّما الصدقه لأهلها(٥).

ومن الواضح أنّ كلمتي « الغصب » و « الظلم » تدلان على الأخذ بالقهر والغلبه والقوّه والجور ، وهذا ينافي مع الإعطاء .

ومنها : خبر علي بن يقطين قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : ما تقول في أعمال هؤلاء؟ قال : إن كنت لا بدّ فاعلاً فاتق أموال الشيعة . قال : فأخبرني على أنّه كان يجيبها من الشيعة علانيه ويردّها عليهم في السرّ(٦).

الظاهر من ردّه رحمه الله أموال الشيعة سرّاً ، لأنهم يأخذونها منهم ظلماً وغصباً ، والشيعة لا

ص: ٤١٢

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٣٥٦ .

٢- (٢) منيه الطالب ١/٨٠ .

٣- (٣) مصباح الفقاهه ١/٥٤٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩/٢٥٢ ح ٣ . الباب ٢٠ من أبواب المستحقين للزكاه .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٩/٢٥٣ ح ٦ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧/١٩٣ ح ٨ . الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به .

يعطون إلا بالقهر والغلبة والخوف والتقيّة .

ومنها : خبر سهل بن اليسع ، أنّه حيث أنشأ سهل آباد وسأل أبا الحسن موسى عليه السلام عمّا يخرج منها ، ما عليه ؟ فقال : إن كان السلطان يأخذ خراجها فليس عليك شيء ، وإن لم يأخذ السلطان منها شيئاً فعليك إخراج عشر ما يكون فيها(١) .

المراد بأبي قتاده هو علي بن محمد بن حفص القمي الثقة ، والمراد بسهل بن اليسع هو ابن عبد الله بن سعد الأشعري الثقة ، ولكن الرواية ضعيفة سنداً بعبد الله بن مالك النخعي الكوفي ، وهو إمامي مجهولٌ . هذا كلّ بالنسبة إلى السند .

ولكن تدل الرواية على أن السلطان كانت سيرته وعمله على وجه الاستمرار على الأخذ ، ومن الواضح أنّ الأخذ غير الإعطاء . وإن لم يأخذ السلطان منه شيئاً أمره الإمام عليه السلام بإخراج العُشر بنفسه لا بإعطاء الخراج له طوعاً واختياراً .

ومنها : خبر أبي كهمس عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من أخذ منه السلطان الخراج فلا زكاه عليه(٢) .

ودلالاتها كسابقها ، ولكن في السند ضعف بأبي كهمس ، وهو يمكن أن يكون الهيثم بن عبد الله الكوفي المجهول ، ويمكن أن يكون غيره . ولا فرق في ذلك ، لأنّ أبا كهمس كنيه لعدّه من المجاهيل .

ومنها : خبر أبي البختري عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام كان يقول : أعتد في زكاتك بما أخذ العُشار منك واخفها عنه ما استطعت(٣) .

وقد ورد في كثير من الروايات إضافه الأخذ إمّا إلى السلطان نحو : صحيحه سليمان بن خالد(٤) وصحيحه عبيد الله بن علي الحلبي(٥) وصحيحه أبي عبيده(٦) ، وإمّا إضافته إلى العاشر

ص : ٤١٣

١- (١) وسائل الشيعة ٩/١٩٢ ح ١ . الباب ١٠ من أبواب زكاه الغلاة .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩/١٩٣ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩/٢٥٤ ح ٨ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩/٢٥٢ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٩/٢٥٣ ح ٥ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧/٢١٩ ح ٥ .



أو غيره من عمال الظلمه نحو : معتبره السكوني (١) ومرسله الصدوق (٢) . فحينئذ ظهورها يثبت في الأخذ ظلماً أو زوراً أو قهراً أو غصباً وعدوناً . وعليه تحمل كلمه « يؤدى » الواردة في صحيحه رفاعه بن موسى (٣) ، فإذا كان كذلك يجوز الفرار من الظلم بعدم الإيعاء والإستتار ونحوها إن أمكن .

فغايه ما يمكن أن يقال في المستفاد من النصوص والفتاوى : إن الجائر إذا أخذ الخراج والمقاسمه بالقهر والغلبه يجزى ذلك عن إعطاء الخراج للإمام العدل ويجوز التصرف حينئذ في الأراضى الخراجيه . وسيأتى حكم الأجزاء عن الزكاه أو عدمه إن شاء الله تعالى .

ولا يدلُّ أى دليل على وجوب إخراج الثلاثه (الخراج والمقاسمه والزكاه) إلى الجائر ، بل لا يدلُّ دليل على جواز إخراجها إليه مع التمكن من عدم الإيعاء . فإذا تمكّن المتصرف أو المالك من عدم الإيعاء كلاً أو بعضاً يجب عليه ، ولو أعطاه حينئذ فلا يجزى عنه .

وما ورد في الروايات من حرمه شراء السرقة والخيانه نحو معتبره جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا يصلح شراء السرقة والخيانه إذا عرفت (٤) . تحمل على شراء السرقة والخيانه من محترمى المال ، أو السرقة والخيانه بالحمل الشائع الصناعى . وأمّا إنقاذ مال الخراج والمقاسمه والزكاه من يد الجائر وإيصاله إلى المصالح والمستحقين الواقعيين . وعلى فلا يصدق عليه السرقة والخيانه الواقعيان . وعلى ما ذكرنا تحمل صحيحه أبى بصير قال : سألت

ص: ٤١٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ٩/٢٥٢ ح ٢ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٩/٢٥٤ ح ٧ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٩/١٩٣ ح ٢ .
- ٤- (٤) الكافى ٥/٢٢٨ ح ٤ ، عبرنا عنها بالمعتبره لأنّ رجال السند كلّهم ثقات إلّا القاسم بن سليمان لأنّه يروى عنه الأجلاء وله أكثر من مائه روايه فى الكتب الأربعة ولم يرد فيه قدح ، وأمّا الجراح المدائنى فله خمس وستون روايه مضافاً إلى أنّ النجاشى ذكره ولم يقده فيه ، فهو أيضاً عندنا معتبر ، ولذا عبرنا بهما عن الروايه بالمعتبره .

أحدهما عليهما السلام عن شراء الخيانه والسرقه ؟ فقال : لا إلا أن يكون قد اختلط معه غيره ، فأما السرقه بعينها فلا إلا أن تكون من متاع السلطان فلا بأس بذلك (١) .

وكذلك تحمل على شرائهما قبل أن يقعا في يد السلطان وأن يجمعا عنده وفي بيت ماله ، وإلا فبعدهما مشكلٌ جداً . وعليه فتحمل على إخفاء الخراج والمقاسمه والزكاه وإنقاذها من السلطان ، وهذا عنده وعند عماله يرادف مع الخيانه والسرقه .

### الثالث : هل تختص حليته الخراج بما يأخذه الجائر من الأراضى الخراجيه ؟

من المعلوم أنّ السلطان كما يأخذ الخراج من الأراضى الخراجيه ، كذلك يأخذها من الأنفال وربّما يأخذها من الأراضى الشخصيه ، فهل أدله حليته الخراج تشمل الجميع أم لا ؟ وتختص بالأراضى الخراجيه ؟

إطلاق بعض الروايات تدلّ على التعميم :

منها : خبر الفيض بن المختار (٢) وصحيحه داود بن سرحان (٣) وصحيحه يعقوب بن شعيب (٤) وصحيحه الحلبي (٥) وخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٦) وصحيحه معاوية بن وهب (٧) وصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (٨) ومعتبره أبي بكر الحضرمي (٩) وموثقه إسحاق

ص: ٤١٥

- ١- (١) الكافي ٥/٢٢٨ ح ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩/٥٢ ح ٣ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩/٥٧ ح ١ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩/٥٩ ح ٢ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩/٥٩ ح ٣ .
- ٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧/٢٢١ ح ٣ .
- ٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧/٢١٩ ح ٤ .
- ٨- (٨) وسائل الشيعة ١٧/٢١٨ ح ١ .
- ٩- (٩) وسائل الشيعة ١٧/٢١٤ ح ٦ .

بن عمار(١) والفقره الثالثه لصحيحه أبى عبيده(٢) الماضيه كلها .

ولكن حيث أن غايه ما يُستفاد من روايات الباب أنّ الشارع جعل تصرف الجائر فى الثلاثه بدلاً عن تصرف العادل ، «وأنّه يقوم مقام تصرف العادل فى النفوذ»(٣) . فما يأخذه الجائر من الأراضى الخراجيه ومن مال المقاسمه وكذا فى قبالة الأرض ومن الزكاه يحكم بأنّه يأخذه العادل ، لأنّه بدله فى هذه الأمور . وعلى ما ذكرنا فما يأخذه من أراضى المسلمين - وهى الخراجيه - أو من الأنفال - حيث كان أمرها بيد الإمام العادل والآن يقوم مقامه الجائر - فتشملها أدله حليّه الخراج .

ولكن لو أخذ الخراج من الأراضى الشخصيه فلا تشمله أدله حليّه الخراج ، لعدم جوازه شرعاً حتّى بالنسبه إلى العادل .

والحق عندنا أنه لا تخصيص بالأراضى الخراجيه ولا تعميم لكلّ ما يأخذه الجائر باسم الخراج بل التفصيل بين ما يجوز الخراج فيه - وهو الأراضى الخراجيه والأنفال - وبين ما لا يجوز الخراج فيه - كالأراضى الشخصيه - وأدله حليّه الخراج تشمل الأوّل ولا تشمل الثانى .

ومن المعلوم أنّ الأنفال أمرها بيد الإمام العادل ، ويجوز تصرفاته فيها ، فكذلك الجائر يمكن له أن يأخذ منها الخراج كما كان هو المعمول فى الأزمنه السالفه .

وأما التمسك(٤) لأجل التعميم بأدله نفى الضرر والخرج للشيعة فى المقام ، فغير تام ، لما ثبت فى علم الأصول من عدم إثبات الحكم الشرعى بهما . نعم هما يرفعان الحكم .

وكذلك التمسك بالسيره ، لا سيما أنّها من الأدله اللبّيه ، فلا بدّ من لحاظ القدر المتيقّن فيها ، وهو فى المقام الأراضى الخراجيه .

ص: ٤١٦

١- (١) وسائل الشيعة ١٧/٢٢١ ح ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧/٢١٩ ح ٥ .

٣- (٣) كما صرح به المحقق الإيروانى قدس سره فى حاشيته ١/٣٦١ .

٤- (٤) التمسك بالثلاثه - قاعده نفى الحرج ، والسيره واختلال النظام - هو الفقيه اليزدى قدس سره فى حاشيته على المكاسب

. ١/٢٤٠ .

ونحوهما التمسك بأن « الاختصاص يوجب اختلال النظام » الذى وجب حفظه عقلاً ، بالمنع صغرياً ، لأن القول بالاختصاص لا يوجب اختلال النظام ، لأن فيما يعلم أنه من الأراضى الخراجيه يجوز التصرف والتقلب فيها وفيما لا يعلم أنه منها أو من غيرها حيث لا- يعلم حرمتها بعينه فيجوز التصرف فيها لإطلاق الروايات الواردة فى حليته الجوائز ، والشراء من العامل ، وجواز التقبّل ، وجريان أصل البراءة من الحرمة وغيرها .

#### الرابع : هل يختص الحكم بالسلطان المخالف ؟

ذهب جماعه من الأصحاب إلى اختصاص الحكم بالسلطان المخالف ، منهم : الفاضل القطفى فى إيضاح النافع(١) وصرح به فى السراج الوهاج(٢) والشهيد الثانى فى المسالك(٣) وسيد الرياض جعل هذا القول الأصح(٤) والفاضل النراقى جعل التعدى من المخالف إلى السلاطين الشيعة «بواسطه بعض التعليقات قياس مستنبط العله مردودٌ عند الشيعة»(٥) . والشيخ الأعظم يرى أن هذا القول «لا يخلو عن قوه»(٦) وتبعهم المحقق النائنى فقال : «لا يمكن الجزم بالتعميم وإن كانت الأخبار مطلقه فتدبر»(٧) ، والمحقق الخوئى(٨) .

ص: ٤١٧

- ١- (١) إيضاح النافع / مخطوط وحكى عنه الفقيه العاملى فى مفتاح الكرامه ١٣/٩١ .
- ٢- (٢) السراج الوهاج / ١٢٤ المطبوع ضمن الخراجيات .
- ٣- (٣) المسالك ٣/١٤٤ ، ولكنه قدس سره احتمل الجواز وقال : «مع احتمال الجواز مطلقاً نظراً إلى إطلاق النص والفتوى» .
- ٤- (٤) رياض المسائل ٨/١٩٥ .
- ٥- (٥) مستند الشيعة ١٤/٢٠٤ ، والعجب منه أنه ذهب بعد صفحات إلى جواز التقبيل من سلاطين الشيعة إذا كان شيئاً من تلك الأراضى فى أيديهم وجاز لهم التصرف فيها - إلى أن قال - وهؤلاء السلاطين لكونهم من الشيعة يكونون محللين ممّا فى أيديهم «مستند الشيعة ١٤/٢٣١) . وهذان القولان لا يمكن الجمع بينهما .
- ٦- (٦) المكاسب ٢/٢٣١ .
- ٧- (٧) منيه الطالب ١/٨٥ .
- ٨- (٨) مصباح الفقاهه ١/٥٤٣ .

وفى قبالتهم جماعه يقولون بشمول السلطان للمؤمن أيضاً ، كما يظهر ذلك من المحقق السبزواری (١) والشيخ جعفر (٢) وتلميذيه (٣) وصاحب البرهان (٤) والفقيه اليزدى (٥) والفقيه السبزواری (٦) .

وقد استشكل بعض فى القولين ، نحو المحدث الكاشانى حيث يقول : «فى اختصاص الحكم بالجائر المخالف للحق ، نظراً إلى معتقده من استحقاق ذلك عندهم ، دون غيره لاعترافه بكونه ظالماً فيه ، ولأصالة المنع إلا ما أخرجه الدليل وهو المخالف خاصه ، لأنه المسؤول عنه والمدلول عليه بالقرائن ، إلتفاتاً إلى الواقع أو الغالب فيبقى الباقي ، أو التعميم نظراً إلى إطلاق النص والفتوى إشكال» (٧) .

ولعلّ المحقق النائنى حذا حدوه حيث يقول : «يظهر من جماعه الاختصاص ، ويظهر من جمله منهم التعميم ، ولا يخفى ما فى استدلال الطرفين» (٨) .

والحق عندنا هو القول بالشمول ، لإطلاق النصوص والفتاوى ، وحملهما على القضايا الشخصيه أو الخارجيه والأغلبه ممنوعه ، ولعلّ لأجل ذلك أمر المحقق النائنى بالتدبر فى آخر كلامه . ولا يبعد شمول الحكم للمنتحلين كما قاله الشيخ جعفر (٩) .

نعم ، النصوص والفتاوى منصرفه عن السلطان الكافر ، فلا يدخل فى الحكم وبعد الانصراف لا يبقى إطلاق حتى يدخل الكافر فيه ، كما أنصف فى ذلك الشيخ الأعظم قدس سره وقال :

ص : ٤١٨

١- (١) الكفایه ١/٣٩٢ .

٢- (٢) شرح القواعد ١/٣٤٢ ، و ٢/٢٠٤ .

٣- (٣) وهما صاحباً مفتاح الكرامه ١٣/٩١ و ٩٢ والجواهر ٢٢/١٩٠ وما بعدها .

٤- (٤) برهان الفقه ، كتاب التجاره / ٥٤ من الطبع الحجرى .

٥- (٥) حاشيه المكاسب ١/٢٤٢ .

٦- (٦) مهذب الأحكام ١٦/١٨٧ .

٧- (٧) مفاتيح الشرائع ٣/١٠ .

٨- (٨) منيه الطالب ١/٨٤ .

٩- (٩) شرح القواعد ١/٣٤٦ .

« لكن الإنصاف انصرفهما (أى النصوص والفتاوى) إلى غيره (الكافر)» (١).

والعجب من الفقيه اليزدى رحمه الله (٢) انه أدخل الكافر فى البحث .

وكذلك النصوص والفتاوى منصرفه عن دُعي سلطاناً بلا شوكة وحكومته كبعض سلاطين الهند كما قال الشيخ جعفر (٣) .

ولا مدخل فى النسب فى الحكم ، بأن دعى السلطان ابن السلطان والخابان ابن الخاقان كما يظهر منه أيضاً (٤) .

ثم هل « ظاهر الأخبار ومنصرف كلمات الأصحاب للإختصاص بالسلطان المدعى للرئاسه العامه وعماله ، فلا يشمل من تسلط على قريه أو بلده خروجاً على سلطان الوقت ، فيأخذ منهم حقوق المسلمين » ؟ كما عليه الشيخ الأعظم (٥) وتبعه المحقق الخوئي (٦) وشيخنا الأستاذ - مد ظله - (٧) . أم لا يختص بل يشمل كل من ادعى الرئاسه فى بلده وغلب على الأمر مستقراً ولو لم تكن رئاسته العامه ، فيدخل فيهما جميع سلاطين المسلمين فى مختلف البلاد فى آن واحد ؟ .

الظاهر - والله العالم - أنه لا وجه للإختصاص ، لعدم ظهور الروايات فيه وعدم انصراف كلمات الأصحاب إليه .

#### **الخامس : هل يختص الحكم فى المأخوذ منه بمن يعتقد إمامه الجائر ؟**

قال الفاضل القطيفى : «إنّ المراد بالجائر فى كلام الأصحاب مخصوص بمن له شبهه الإمامه ، وقد أُجيز لنا أن نعاملهم بمقتضى مذهبهم ، كما جاز ابتياع عوض الخمر من اليهود ،

ص : ٤١٩

١- (١) المكاسب ٢/٢٣١ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١/٢٤٢ .

٣- (٣) شرح القواعد ١/٣٤٧ .

٤- (٤) شرح القواعد ١/٣٤٧ .

٥- (٥) المكاسب ٢/٢٢٧ .

٦- (٦) مصباح الفقاهه ١/٥٤٣ .

٧- (٧) إرشاد الطالب ١/٣٦٣ .

وحينئذ إذا أخذ إمامهم منهم شيئاً فهو مباح بالنسبة إليه وإلى رعيته المعتقدين إمامته ، فيجوز اتباعه وإن لم يكن مستحقاً عندنا .  
«(١)» .

وقد نقل المحقق الأردبيلي هذا عن الشيخ إبراهيم من دون ذكر إشكاله الظاهر في قبوله ، قال : «وقد احتمل الشيخ إبراهيم في النقض كون الجائر مخالفاً يظن إمامته وكذا المعطى»(٢) .

أقول : لا- وجه لاختصاص الحكم بأن المأخوذ منه لا بدّ وأن يكون من المخالفين أو القائلين بإمامه الجائر بعد إطلاق النصوص والفتاوى كما مرّ منّا ، بل في الروايات أخبار ظاهرها أنّ المأخوذ منه يكون مؤمناً :

منها : صحيحه أبي عبيده الحذاء(٣) وصحيحه أبي بصير(٤) ومعتبره السكوني(٥) وصحيحه عيص بن القاسم(٦) وصحيحه سليمان بن خالد(٧) وصحيحه أبي أسامة(٨) وغيرها من الروايات .

وليس مدرّك الحكم قاعده الإلزام حتّى يقال :

أولاً : باختصاصها بالمخالف كما في الإرث والنكاح والطلاق وجريانها في بعض المعاملات .

ثانياً : بعدم تماميه دليلها بحيث يجرى في أكثر أبواب الفقه بل له محالّ معينه وهي ما مرّت آنفاً .

ص: ٤٢٠

---

١- (١) السراج الوهاج / ١٢٤ المطبوع ضمن الخراجيات .

٢- (٢) الرسالة الأولى في الخراج للأردبيلي / ٢٤ المطبوعه ضمن الخراجيات .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧/٢١٩ ح ٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩/٦٠ ح ٤ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٩/٢٥٢ ح ٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٩/٢٥٢ ح ٣ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٩/٢٥٢ ح ٤ .

٨- (٨) وسائل الشيعة ٩/٢٥٣ ح ٦ .

فالعمده هنا أنّ مدرك التعميم إطلاقات النصوص والفتاوى ، بل ظهور بعض الروايات في المؤمن وظهور بعضها الآخر في الكافر ، نحو : حسنه إبراهيم بن ميمون(1) ، وليس مدركها قاعده الإلزام حتى يناقش فيها بالإشكاليين . والبحث حول هذه القاعده وتعميمها أو عدم تعميمها في محلها والحمد لله .

### السادس : ليس للخراج قدر معين

الخراج على ما تراضى السلطان ومستعمل الأرض ، لأنه طسق الأرض فمَنوط برضاها .

قال الشيخ : « . . والضرب الآخر من الأرضين ما أخذ عنوه بالسيف ، فإنها تكون للمسلمين بأجمعهم ، وكان على الإمام أن يُقبَلها لمن يقوم بعمارته بما يراه من النصف أو الثلث أو الربع ، وكان على المتقبّل إخراج ما قد قبِلَ به من حقّ الرقبه وفيما يبقى في يده وخاصّه العشر أو نصف العشر »(2) .

وقال أيضاً في مبسوطه : « إذا فُتِح بلد من بلاد الحرب فلا يخلو من أن يفتح عنوه أو صلحاً ، فإن فُتِح عنوه كانت الأرض المحياه . . وأما الأرضون المحياه فهي للمسلمين قاطبةً وللإمام التصرف فيها بالتقيل والضمان على ما نراه ، وارتفاعها يعود على المسلمين بأجمعهم وينصرف إلى مصالحهم الغانمين وغير الغانمين فيه سواء ، فأما الموات فإنها لا تغنم ، وهي للإمام خاصه ، فإن أحيائها أحد من المسلمين كان أولى بالتصرف فيها ويكون للإمام طسُقها . . »(3) .

وقال العلامة في التذكرة : « الأرض المأخوذ بالسيف عنوه يُقبَلها الإمام لمن يقوم

ص : ٤٢١

١- (١) وسائل الشيعه ١٩/٥٧ ح ٢ .

٢- (٢) النهايه / ١٩٥ .

٣- (٣) المبسوط ١/٢٩ و ٢٨ .



بعمارتها بما يراه من النصف وغيره ، وعلى المتقبّل إخراج مال القبالة وحق الرقبه ، وفيما يفضل فى يده إذا كان نصاباً العشر أو نصفه ، فلا يصحّ التصرف فى هذه الأرض بالبيع والشراء والوقف وغير ذلك ، وللإمام أن ينقله من متقبّل إلى غيره إذا انقضت مدّه قبالاته ، وله التصرف فيه بما يراه من مصلحة المسلمين . . . «(١)» .

ونحوها فى المنتهى(٢) .

وقال أيضاً فى التحرير : «ما تُملك بالاستغنام ويؤخذ قهراً بالسيف فإنّها للمسلمين قاطبةً . . . ويقبّلها الإمام لمن يقوم بعمارتها بما يراه من النصف أو الثلث ، وعلى المتقبّل إخراج مال القبالة وحق الرقبه ، وفيما يفضل فى يده إذا كان نصاباً العشر أو نصف العشر . . . «(٣)» .

يظهر من هذه العبارات أنّ الأمر فى الخراج بيد الإمام عليه السلام ، وحيث أنّه فى الواقع عالم بأمر رعيته ومملكته فلا بدّ له من لحاظ الطرفين ، وحيث أنّه عقد لا بدّ من تعينه عندهما ، قال الفيض : «وقيل : يُشترط أن لا يزيد على المعتاد أخذه من عامه الناس فى ذلك الزمان ، وزاد آخرون إتفاق السلطان والعمال على القدر»(٤) .

وقال الشيخ الأعظم : «لو استعمل أحدُ الأرض قبل تعيين الأجره تعين عليه أجره المثل ، وهى مضبوطة عند أهل الخبره ، وأمّا قبل العمل فهو تابع لما يقع التراضى عليه ، ونُسب ما ذكرناه إلى ظاهر الأصحاب»(٥) .

أقول : ما ذكره الفيض عن الآخريين من توافق السلطان والعمال على القدر وذكره الشيخ الأعظم بعنوان التراضى ، وقبلهما الفاضل المقداد يقول به فى التنقيح(٦) وتبعهم المحقق

ص : ٤٢٢

١- (١) تذكره الفقهاء ٩/١٨٦ مسألة ١٠٩ .

٢- (٢) منتهى المطالب ١٤ / ٢٥٥ .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/١٦٩ .

٤- (٤) مفاتيح الشرائع ٣/١٠ .

٥- (٥) المكاسب ٢/٢٣٤ .

٦- (٦) التنقيح الرائع ٢/١٩ .

النائينى وقال : «الأقوى كونه موقوفاً على تراضى السلطان والمأخوذ منه»<sup>(١)</sup> ، ...كلّ هذا غير تام ، لما ذكره الشهيد الثانى بأنّه بعيد الوجه والوقوع<sup>(٢)</sup> . ومراده قدس سره أنّ الأدله لم يظهر منها الإتفاق ، بل فى جميعها أنّ أمره راجع إلى الإمام وأنّه عليه السلام يلاحظ الحقّين : حقّ المسلمين وبيت المال وحقّ الرعيه بحيث يراعى الحقّين .

نعم ، لا بدّ من التعيين ، ولو لم يعينه الإمام عليه السلام ينتقل إلى أجره المثل .

وتدلّ على أنّ الأمر بيد الإمام عليه السلام ما رواه حماد بن عيسى فى الصحيح عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام قال فى حديث : والأرضون التى أخذت عنوه بخيل ورجال فهى موقوفه متروكه فى يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحقّ النصف أو الثلث أو الثلثين وعلى قدر ما يكون لهم صلاحاً ولا يضرّهم ، فإذا أخرج منها ما أخرج بدأ فأخرج منه العشر من الجميع ممّا سقت السماء أو سقى سيقاً ونصف العشر ممّا سقى بالدوالى والنواضح فأخذه الوالى فوجّهه فى الجبهه التى وجّهها الله على ثمانيه أسهم ، الحديث<sup>(٣)</sup> .

الروايه دلالتها على أنّ الأمر بيد الإمام وأنه يصلحهم على قدر طاقتهم واضحه ولكن فى سندها إرسالٌ ، ولذا تعرف بمرسله حماد الطويله عند الفقهاء ، ولكن عمل المشهور على طبقها جابر لضعف سندها .

وكذلك تدلّ عليه صحيحه أحمد بن محمد بن أبى نصر البزنطى قال : ذكرت لأبى الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته ، فقال فى حديث : وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بخيبر قبيل أرضها ونخلها ، والناس يقولون لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد ، وقد قبل رسول الله عليه السلام خيبر وعليهم فى حصصهم العشر ونصف العشر<sup>(٤)</sup> .

ص : ٤٢٣

١- (١) منيه الطالب ١/٨٦ .

٢- (٢) المسالك ٣/١٤٣ .

٣- (٣) الكافى ١/٥٤١ ح ٤ ونقل عنه مختصراً فى وسائل الشيعة ١٥/١١١ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥/١٥٨ ح ٢ . الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو - ٩/١٨٩ ح ٣ .

وكذا يدلّ عليه خبر صفوان بن يحيى والبيزنطى (١) ودلالته بعين صحيحه البيزنطى ولكن فى سنده ضعف بعلى بن أحمد بن أشيم لأنه مجهول .

ثم قال الشيخ الأعظم قدس سره : «يُستفاد منه (أى من قول أبى الحسن فى مرسله حماد الطويله الماضيه) أنه إذا جعل عليهم من الخراج أو المقاسمه ما يضرّ بهم لم يجز ذلك كالذى يؤخذ من بعض مزارعى بعض بلادنا ، بحيث لا يختار الزارع الزراعه من كثره الخراج فيجبرونه على الزراعه ، وحينئذ ففى حرمه كلّ ما يؤخذ أو المقدار الزائد على ما تضرّ الزيادة عليه ، وجهان» (٢) . ثم اختار الشيخ الأعظم القول بالتفصيل : بأنّ مستعمل الأرض لو كان مختاراً فى استعمالها بلا حرج عليه فى تركها كان مقدار الخراج ما تراضيا عليه قليلاً كان أو كثيراً ، وإن كان لا بدّ له من استعمال الأرض - بأن كان تركها حرجاً عليه ، لأنّها كانت تلك الأرض مزرعه له مدّه سنين بحيث يتضرّر بالإرتحال عن تلك القرية إلى غيرها - ففيها يحكم بفساد المعامله أو فساد الزائد (٣) .

ولكن قال قبله صاحب الجواهر : «وكيف كان فالخراج والمقاسمه ليس لهما مقدار معين فى الشرع ، بلا خلاف أجده فيه ، بل هو راجع إلى نظر الإمام عليه السلام على حسب ما تقتضيه مصلحه جميع المسلمين بحسب الأزمنه والأمكنه والأحوال التى تختلف معها الرغبات وغيرها من المنتفعين بالأرض أو بخراجها ، كما فعله أمير المؤمنين عليه السلام فى أيام خلافته . ثم ذكر مرسله حماد الطويله الماضيه وقال : بل فى رساله الكركى (٤) الإجماع على ذلك ، وحينئذ فالخراج مقاسمه كان أو غيره ، أجره الأرض على حسب مقتضى المصلحه الجامعه بين الطرفين .

وإلى ذلك يرجع ما قيل من أنّ الخراج ما ينص به الجائر قلّ أو كثر ما لم يصل إلى حدّ الظلم ، وحينئذ فمتى زاد الجائر على ذلك كان حراماً تناوله منه ، وإن سماه باسم الخراج ،

ص: ٤٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٥/١٥٧ ح ١ - ٩/١٨٨ ح ٢ .

٢- (٢) المكاسب ٢/٢٣٥ و ٢٣٤ .

٣- (٣) المكاسب ٢/٢٣٥ .

٤- (٤) قاطعه اللجاج / ٧١ المطبوعه ضمن الخراجيات .

ضروره كونه ظلماً وإن كان هو حلالاً في مذهبه ، وإن كان لا يُعتبر فيها الإتفاق بين السلطان والرعيه على الأقوى ، خلافاً لما عن بعضهم (١) من اعتبار ذلك ، وهو بعيد الوجه والوقوع كما اعترف به في ذلك المسالك (٢) وغيرها ، فما عن السيد العميد : «من أنه يصح بشرط أن يأخذ الجائر بقدر ما يأخذ سلطان الحق لا أزيد إلا مع رضى المالك ، وإن زاد ولم يرض المالك حرم الجميع» (٣) . إن أراد به القول المزبور [أى لزوم الإتفاق] كان واضح الضعف ، وإلا فهو راجع إلى ما قلناه ، غير أن قوله أخيراً «حرم الجميع» فيه ما لا يخفى» (٤) .

وتبعه الفقيه اليزدى في عدم حرمة الجميع وقال : «الأولى أن يقال : إن المحرّم المقدار الزائد على أجره المثل ، لأنّ المعامله باطله من جهة عدم رضاهم بها ، فيكون كما لو استعملوها قبل تعيين الأجره ، ومن ذلك يظهر حكم ما إذا كانوا مجبورين على الزراعه مع جعله عليهم ما لا- يضرّ بهم ، فإنّ في هذه الصوره أيضاً يتعين عليهم أجره المثل ويكون الزائد عليها حراماً وإن لم يكن مضرّاً بهم» (٥) .

وذهب شيخنا الأستاذ - مد ظله - إلى «بطلان المعامله في صورتين ، فإن السلطان وعماله ليست لهم ولاية التصرف في تلك الأراضي بما يكون فيه إضرار بالمسلمين . . . وأما احتمال بطلانها بالإضافة إلى المقدار الزائد فضعيف ، فإنّ التبعض في المعامله بحسب صحتها يختص بموارد انحلالها ، كما إذا باع شيئين بصفقه واحده أو أجر العين مدّه ، فإنّ انحلال البيع بالإضافة إلى كلّ منهما وانحلال الإجاره بحسب أبعاض المدّه صحيح . وأما انحلالهما بالإضافة إلى بعض الثمن أو بعض الأجره - بأن تتم المعامله ويقع تمام المبيع بإزاء بعض الثمن أو تمام المدّه بإزاء بعض الأجره - فهذا ليس من انحلال المعامله . وعلى ذلك يبتنى الحكم ببطلان البيع الربوى وعدم اختصاص البطلان بالمقدار الزائد . . . بخلاف الربا في باب القرض ، فإنّه لا

ص: ٤٢٥

١- (١) ذكر القول بالاعتبار الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢/١٩ .

٢- (٢) المسالك ٣/١٤٣ .

٣- (٣) نقل السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٣/٨٩ عن السيد عميد الدين .

٤- (٤) الجواهر ٢٢/١٩٩ .

٥- (٥) حاشيه المكاسب ١/٢٤٣ .

يوجب بطلان عقد القرض ، فإنَّ القرض والاقتراض في حقيقتهما تمليك المال وتملكه بالضمان ، ومعنى الضمان اشتغال الذمه بمثل ذلك المال في المثليات وبقيمته في القيميات ، فالزيادة تكون شرطاً فيهما . وبما أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل العقد يصح القرض والاقتراض ويبطل الشرط . . .» (١).

أقول : نعم ، المعامله في الصورتين تكون باطله لعين ما ذكره الأستاذ - مد ظله - ولكن ذمه العامل فيهما مشغوله بأجره المثل ، لأنَّ الأرض للمسلمين وحيث انتفت أجره المسمى ببطلان المعامله ينتقل إلى أجره المثل لثلا تبطل حقوقهم . كما ذهب إليه الفقيه اليزدى فيما نقلناه من كلامه قدس سره .

ولعله يؤيد ما ذكرناه بعض الروايات ، منها : معتبره إسماعيل بن الفضل الهاشمي أو موثقه قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل إكترى أرضاً من أرض أهل الذمه من الخراج وأهلها كارهون ، وإنَّما يقبلها السلطان بعجز أهلها أو غير عجز ؟ فقال : إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضاروا ، وإن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفسهم بها لكم فخذوها ، الحديث (٢) .

تدلّ الروايه على جواز تقبيل الأرض من السلطان إذا عجز أهلها عن إعطاء الخراج ، إلا أن يجعل عليهم خراجاً كثيراً بحيث يتضررون فحينئذ لا يجوز أخذ أرضهم من السلطان ، لبطلان جعل الخراج وعدم صدق العجز ، فإذا إن أراد التقبيل يجب على المتقبيل إعطاء شيء لهم لترضى نفوسهم على تحويل الأرض له .

هذا تمام الكلام في التنبيه السادس والحمد لله .

### **السابع : هل يشترط أخذها من الجائر بالاستحقاق ؟**

قال المحقق الكركي : «قد عرفت أنَّ الخراج والمقاسمه والزكاه مأخوذه بأمر الجائر أو نائبه حلال تناولها ، فهل تكون حلالاً للأخذ مطلقاً حتى لو لم يكن مستحقاً للزكاه ولاذا

ص : ٤٢٦

١- (١) إرشاد الطالب ١/٣٦٦ و ٣٦٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥/١٥٩ ح ٤ . الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو .

نصيب في بيت المال حين وجود الإمام عليه السلام؟ أم إنّما يكون حالاً بشرط الاستحقاق، حتّى أنّ غير مستحق يجب عليه صرف ذلك إلى مستحقه؟ إطلاق الأخبار وكلام الأصحاب يقتضى الأوّل، وتعليقاتهم بأنّ لآخذ نصيباً في بيت المال، وأنّ هذا الحق لله تعالى يُشعر بالثاني.

وللتوقف فيه مجال، وإن كان ظاهر كلامهم هو الأوّل، لأنّ رفع الضروره لا يكون إلّا بالحلّ مطلقاً<sup>(١)</sup>.

وقال في جامع المقاصد: «وهل يجوز أخذ الزكاه من الجائر لكلّ أحدٍ وإن كان غنياً؟ ظاهر الأخبار والعبارات الإطلاق<sup>(٢)</sup>».

وقال ثاني الشهيدين: «ولكن يُشترط هنا (أى في الزكاه) أن لا يأخذ الجائر زيادةً عن الواجب شرعاً في مذهبه، وأن يكون صرفه لها على وجهها المعتبر عندهم، بحيث لا يعدّ عندهم غاصباً، إذ يمتنع الأخذ منه عندهم أيضاً. ويحتمل الجواز مطلقاً نظراً إلى إطلاق النص والفتوى. ويجيء مثله في المقاسمه والخراج، لأنّ مصرفهما بيت المال، وله أرباب مخصوصون عندهم أيضاً<sup>(٣)</sup>».

وقال المحقق الأردبيلي: «وبعد القول بالجواز (أى جواز أخذ الزكاه والخراج من الجائر) يمكن جواز أخذ الزكاه للفقراء والمستحقين منه لا غير، وأنّ الظاهر أنّه يبرأ ذمّه المالك...»<sup>(٤)</sup>.

وقال الفاضل النراقي: «ويقتصر في الأخذ بدون الشراء على من يستحقّه»<sup>(٥)</sup>.

أقول: على القاعده الأوليه أخذ الزكاه في غالب مواردّها يحتاج إلى الإستحقاق وأخذ الخراج يحتاج إلى المصلحه للمسلمين، ولكنّ الإطلاقات الوارده في حلّ جوائز السلطان

ص: ٤٢٧

١- (١) قاطعه اللجاج / ٨٩ المطبوعه ضمن الخراجيات .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤/٤٥ .

٣- (٣) المسالك ٣/١٤٣ .

٤- (٤) مجمع الفائده والبرهان ٨/١٠٧ .

٥- (٥) مستند الشيعة ١٤/٢٠٤ .

تشمل المقام ، نحو : صحيحه أبي ولاد(١) وصحيحه أبي المغرا(٢) وحسنه أو صحيحه محمد بن مسلم وزراره(٣) وخبر محمد بن هشام أو غيره(٤) ، وخبر عمر أخى عذافر(٥) وصحيحه محمد بن عيسى(٦) .

لأنّ ما يُجمع فى بيت المال فى ذاك الزمان ليس سوى الخراج والمقاسمه والزكاه والجزيه ، وربّما يضاف إليها بعض الغنائم ونحوها .

وعلى هذا يجوز للأخذ أخذ جوائز الظالم إذا لم يعلم أنّه من أىّ شىء أعطاه ، ومع علمه لو أعطاه من الخراج فلا بأس بأخذه لأنّه للمسلمين ومصالحهم وهو أحدهم ، ولو أعطاه من الزكاه ولم يكن الآخذ من مصارفها الثمانيه ، الحكم بجواز التصرف فيها بهذه الإطلاقات مشكل . نعم يجوز له الآخذ وإيصاله إلى مصرفه الخاص ، والله العالم .

فظهر ممّا ذكرنا مواقع النظر فى كلام المحقق النائنى حيث يقول : «فإنّ الزكاه وإن كان لها مصرف خاص ولا تدخل فى مصالح المسلمين إلّا بعض مصارفها إلّا أنّ مقتضى النصوص دخولها فى الخراج والمقاسمه حكماً ، وهذا لا إشكال فيه»(٧) ، وقال أيضاً : «عدم اختصاص جواز الآخذ بمن كان مستحقاً له ، أو كان مصرفاً له فإنّ بعض الأخبار وإن كان ظاهره الاختصاص . . . إلّا أن ظاهر جملة من الأخبار الإطلاق . . .»(٨) . وتبعه شيخنا الأستاذ(٩) وبعض المعاصرين(١٠) - مد ظلّهما - .

ص: ٤٢٨

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧/٢١٣ ح ١ . الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧/٢١٣ ح ٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧/٢١٤ ح ٥ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧/٢١٤ ح ٣ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧/٢١٥ ح ٨ .
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧/٢١٨ ح ١٦ .
- ٧- (٧) منيه الطالب ١/٨٥ .
- ٨- (٨) منيه الطالب ١/٨٢ .
- ٩- (٩) إرشاد الطالب ١/٣٦٨ .
- ١٠- (١٠) عمدته المطالب ١/٥٢٤ .

## الثامن : هل يجوز للجائر إقطاع شخص خاص من الأراضي الخراجيه ؟

الأراضي الخراجيه كانت ملكاً للمسلمين وللإمام عليه السلام أن يتصرف فيها بما هو رئيس المسلمين ، يعطيها للغير ويأخذ منهم الخراج ويصرفه في مصالح المسلمين وسدّ خلّاتهم . وأمّا الجائر لم يكن ولي الأمر في زمن الغيبه ولم يكن مأذوناً من قبل الإمام عليه السلام ، فتصرفاته في الأراضي الخراجيه غير نافذه . فيحرم عليه التصرف وضعاً وتكليفاً .

وأجاز الأئمه عليهم السلام تسهياً للأمر على المكلفين أخذ الخراج والزكاه منه بلا عوض أو مع العوض .

وكذا يظهر من الروايات إجازتهم بشراء الأراضي الخراجيه من أصحابها أو المسلّطين عليها فعلياً وينتقل إليه الخراج منهم ، وكذا أخذها من الجائر مع إعطاء الخراج .

تدلّ على ما ذهبنا إليه عدّه من الروايات :

منها : موثقه محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ فقال : ليس به بأس ، الحديث (١) .

ومنها : موثقه أخرى له ولعمر بن حنظله - عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن ذلك ؟ فقال : لا بأس بشرائها ، فإنّها إذا كانت بمنزلتها في أيديهم تؤدى عنها كما يؤدى عنها (٢) .

ومنها : حسنه إبراهيم بن أبي زياد - الكرخي - قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض الجزيه ؟ قال : فقال : إشرها ، فإنّ لك من الحق ما هو أكثر من ذلك (٣) .

ومنها : خبر أبي بُرْدَه بن رجا قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلك ؟! هي أرض المسلمين . قال : قلت : يبيعهالذى هو في يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال : لا بأس ، إشرى حقّه منها ويحول حقّ المسلمين عليه ،

ص : ٤٢٩

- 
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٥/١٥٦ ح ٢ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو .
  - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥/١٥٦ ح ٣ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو .
  - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٥/١٥٦ ح ٤ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو .



ولعله يكون أقوى عليها وأملاً بخراجهم منه(١).

ولذا قال الشهيد الثاني: «ولو أقطع الجائر أرضاً مما تقسم أو تخرّج أو عاوض عليهما، فهو تسليط منه عليهما، فيجوز للمقطع أو المعاوض أخذهما من الزارع والمالك كما يجوز إحالته عليه»(٢).

وقد اعترف بجواز التصرف الفقيه العامل في مفتاح الكرامه ونسبه في الظاهر إلى المعظم، قال قدس سره: «وإن من صار في يده شيء من الخراج أو أقطعه الجائر أرضاً وكان مصلحه للمسلمين كالقاضي والغازي والمشتغل في طلب العلم لتحصيل الاجتهاد جاز له الاستبداد به من دون كراهيه، وأما من سوى ذلك فالأولى له مشاركته بعض إخوانه، وإن كان مجتهداً مستغنياً عنه وجب عليه صرفه في مصالح المسلمين على الظاهر، ويصح له الاستبداد به عند المعظم على الظاهر»(٣).

أقول: يتم ما ذكرناه من النسبه إذا أرجع الضمير في «ويصح له» في آخر كلامه إلى من «صار في يده شيء من الخراج أو أقطعه الجائر أرضاً» ولكن إذا أرجع إلى المجتهد - كما هو ظاهر عبارته - فلا يتم، ولكن حينئذ لا وجه لتقييده بالمستغنى، فتأمل.

### التاسع: إذا أخذ الجائر الزكاه فهل يجزى عن المأخوذ منه؟

بالنسبه إلى الخراج كأنه لا- خلاف في الإجزاء إذا أخذها الجائر، وإنما الخلاف وقع بالنسبه إلى الزكاه، قال المحقق الثاني: «وهل تبرأ ذمه المالك من إخراج الزكاه مرّه أخرى؟ يلوح من تجويز الأخذ والتعليل بكون دفع ذلك حقاً واجباً على المالك، ذلك كما في الخراج والمقاسمه بلا فرق، فتعتبر هاهنا التيه كما يُعتبر في إخراج مطلق الزكاه. ويُحتمل العدم، لأن الجائر ليس نائب الفقراء، فتعذر التيه، ولا يصح الإخراج بدونها»(٤).

ص: ٤٣٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٥/١٥٥ ح ١.

٢- (٢) المسالك ٣/١٤٣.

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٣/١٠٠.

٤- (٤) جامع المقاصد ٤/٤٥.

والشاهد الثاني نقل الاحتمالين في كلام الكركي ثم اختار عدم الاجزاء ، قال : « وهل تبرأ ذمه المالك من إخراج الزكاه مرة أخرى ؟ يحتمله كما في الخراج والمقاسمه ، مع أن حق الأرض واجب لمستحق مخصوص ، وللتعليل بكون دفع ذلك حقاً واجباً عليه وعدمه ، لأن الجائر ليس نائب المستحقين فيتعدّر التيه ، ولا يصح الإخراج بدونها . وعلى الأول تُعتبر التيه عند الدفع إليه كما تعتبر في سائر الزكوات . والأقوى عدم الاجتزاء بذلك ، بل غايته سقوط الزكاه عما يأخذه إذا لم يفترط فيه ، ووجوب دفعه إليه أعم من كونه على وجه الزكاه أو المضي معهم في أحكامهم والتحرز على الضرر بمباينتهم » (١) .

ولكن المحقق الأردبيلي مع خلافه مع القوم في أصل البحث ذهب إلى الاجزاء في الزكاه ، قال : « وإن الظاهر أنه يبرأ ذمه المالك . . . . ويؤيده الأخبار » (٢) . ثم ذكر روايات الباب .

وقال صاحب الحقائق : « والأظهر في وجه الجمع ، إنما هو حمل ما دلّ على الاجزاء على عدم التمكن من إنكارها ومنعها وإنما تؤخذ منه قهراً ، وما دلّ على العدم على من تمكن من عدم الدفع ودفعها لهم اختياراً ، كما تدلّ عليه صحيحه العيص المذكوره ، والله العالم » (٣) .

وقال سيد الرياض : « ثم إن في سقوط الزكاه بأخذ الحاكم لها قولين : للأول ظواهر الصحاح المستفيضة . . . بل يُستفاد من كثير من المعتبره وفيها الصحيح وغيره جواز احتساب ما يأخذه باسم الخراج مكان الزكاه (٤) ، إلا أن ظاهر الأصحاب الإطباق على ردّها ، بل عليه إجماعنا عن المنتهى (٥) ، فتكون ، شاذّه ومع ذلك محتمله للتقيه ، فقد حكى القول بمضمونها عن أبي حنيفه (٦) .

ص : ٤٣١

١- (١) المسالك ٣/١٤٣ .

٢- (٢) مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٠٨ و ١٠٧ وكذا في مجمع الفوائد ٤/١١٦ حمل صحيحه الشحام على الإعطاء للجائر اختياراً .

٣- (٣) الحدائق ١٨/٢٦٠ وراجع أيضاً الحدائق ١٢/١٢٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩/٢٥٣ ح ٥ .

٥- (٥) منتهى المطلب ١/٥٠٠ من الطبع الحجري (٨/٢١٠ من الطبعه الحديثه) .

٦- (٦) حكاة عنه ابن قدامه في المغنى ٢/٥٨٧ والمحدث البحراني في الحدائق ١٢/١٢٩ .

وللثاني: الأصل والعمومات وخصوص الصحيح... ويخص الأولان بما مرّو يحمل الثالث لقصوره عن مقاومته على الاستحباب تاره كما عن الشيخ (١) وعلى الإعطاء اختياراً أخرى كما ذكره جماعه من أصحابنا (٢). وفيهما بُعد، سيما الثاني جداً، لمكان التعليل بالظلم، فالعمل به أحوط (٣).

وذهب الشيخ جعفر إلى عدم الإجزاء وقال: «والأقوى عدم سقوط حقّ الزكاه لو أخذها، لكنّه يحتسب ما بقى بعد أخذها فيزكّى وإن نقص عن النصاب بعده» (٤).

وتبعه تلميذه السيد جواد العاملى وحمل الصحاح الثلاث على أنّها شاذه أو فيها تقيه، ثمّ قال: «ويؤيد صحيحه الشحام الأصل والعموم، وحملها على الاستحباب تاره كما عن الشيخ وعلى الإعطاء اختياراً كما ذكره جماعه بعيداً جداً» (٥).

والفاضل النراقي (٦) ذهب إلى عدم الإجزاء مع التمكن من عدم الدفع والإجزاء فى صوره عدم التمكن.

وصاحب الجواهر أيضاً ذهب إلى الإجزاء (٧) مطلقاً.

وذهب إلى الإجزاء أيضاً المحقق النائنى حيث يقول: «خروج من أخذ منه الزكاه والخراج عن عهده ما يجب عليه إذا لم يتمكّن من دفعه إلى مستحقه وصرّفه فى مصالح المسلمين» (٨).

أقول: القائل بعدم الإجزاء هو الشهيد الثانى، وتبعه الشيخ جعفر تلميذه والسيد

ص: ٤٣٢

١- (١) راجع الاستبصار ٢/٢٧ والتهذيب ٤/٤٠ ذيل ح ١٣.

٢- (٢) كما مرّ عن مجمع الفائده ٤/١١٦ والحدائق ١٢/١٢٩ و ١٨/٢٦٠.

٣- (٣) رياض المسائل ٨/ (٢٠١ - ١٩٩).

٤- (٤) شرح القواعد ١/٣٤٧.

٥- (٥) مفتاح الكرامه ١١/٣٤٢.

٦- (٦) راجع تفصيل كلامه فى مستند الشيعه ١٤/٢٠٥ و ٢٠٤.

٧- (٧) الجواهر ٢٢/٢٠٣ و ٢٠٢.

٨- (٨) منيه الطالب ١/٨٢.

العاملى ، والقائل بالإجزاء هو المحقق الأردبيلي وتبعه أصحاب الحدائق والمستند(١) والجواهر والمنيه .

والكركى ذكر الاحتمالين فقط من دون اختيار ، وجعل سيد الرياض القول بعدم الإجزاء هو الأحوط ، هذا حصيله الأقوال فى المقام .

وقد سبق عدم جواز إعطائهم اختياراً ، وأما ما أخذوه ظلماً وجوراً من الزكاه تدلّ على إجزائه عن الزكاه عدّه من الروايات :  
منها : صحيحه عيص بن القاسم(٢) الماضيه .

ومنها : صحيحه سليمان بن خالد(٣) الماضيه أيضاً .

ومنها : صحيحه عبيد الله بن على الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن صدقه المال يأخذه السلطان ؟ فقال : لا آمرک أن تعيد(٤) .

يُستشَم من هذه الصحيحه استحباب الإعادة لا وجوبها .

ومنها : مرسله الصدوق قال : سُئِلَ أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ منه هؤلاء زكاه ماله أو خمس غنيمته أو خمس ما يخرج له من المعادن ، أيحسب ذلك له فى زكاته وخمسه ؟ فقال : نعم(٥) .

وفى قبال هذه الروايات صحيحه أبى أسامه زيد الشحام قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : جعلت فداك ، إن هؤلاء المصدّقين يأتونا ويأخذون منّا الصدقه فنعطيهم إياها أتجزى عنّا ؟

ص: ٤٣٣

١- (١) قد ذكرنا صاحبى الحدائق والمستند من القائلين بالإجزاء مطلقاً مع أنّهما ذكرا الإجزاء فى صوره عدم التمكن من عدم الدفع إلى الظالم ، وهما يقولان بعدم الإجزاء فى صوره التمكن من عدم الدفع إلى الظالم ، لأنه قد مرّ منّا سابقاً عدم جواز إعطاء الزكاه والخراج والمقاسمه إلى الظالم إذا تمكّن من عدم دفعه إليه ، وحينئذ لو دفعه لم يجزئ عند الكل ، والكلام يقع فى صوره عدم التمكن من عدم الدفع .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩/٢٥٢ ح ٣ . الباب ٢٠ من أبواب المستحقين للزكاه .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٩/٢٥٢ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٩/٢٥٣ ح ٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٩/٢٥٤ ح ٧ .

فقال : لا ، إنّما هؤلاء قوم غضبواكم ، أو قال : ظلمواكم أموالكم ، وإنّما الصدقة لأهلها(١) .

حمل هذه الصحيحه على الإعتاء اختياراً بعيداً ، لوجود كلمه « الغضب » أو « الظلم » الموجوده فيها ، فلا بدّ من حملها على الاستحباب جمعاً بينها وبين غيرها ، فحينئذ إعادة الزكاه بعد أخذها بتوسط الظالم مستحبه .

فرع آخر يرتبط بالمقام : هل فى الأرض الخراجيه زكاه ؟

بعد ما أخذ السلطان خراج الأرض هل على الزارع إخراج زكاته إن بلغ إلى حدّ النصاب سهمه ؟ أم لا ، ويكفى إعطاء الخراج عن الزكاه ؟ .

قال العلامة فى المنتهى : «خراج الأراض يخرج وسطاً ثم يزكى ما بقى إن بلغ نصاباً ، إذا كان المالك مسلماً ، وهو مذهب علمائنا وأكثر الجمهور .

وقال أبو حنيفه : لا زكاه فى الأرض الخراجيه .

لنا : قوله تعالى : «وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ»(٢) .

وما رواه الجمهور عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال : فيما سقت السماء العشر(٣) . وذلك عام - ثم ذكر الروايتين من طريقنا - وقال : ولأنّهما حقّان مختلفان لمستحقّين متغايرين يجوز وجوب كلّ واحد منهما على المسلم ، فجاز اجتماعهما كالكفاره والقيمه فى الصيد المملوك . . .»(٤) .

هذه المسأله هى التى تعرض لها ولكلام العلامة فيها صاحب الرياض(٥) والمفتاح(٦) ، وتدللّ على لزوم إخراج الزكاه بعد إعطاء الخراج إن بلغ نصيبه إلى النصاب عدّه من الروايات :

منها : صحيحه أبى بصير ومحمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال له : هذه الأرض التى يزارع أهلها ما ترى فيها ؟ فقال : كلّ أرض دفعها إليك السلطان فما حرثته فيها فعليك ممّا

ص : ٤٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٩/٢٥٣ ح ٦ .

٢- (٢) سورة البقره / ٢٦٧ .

٣- (٣) صحيح البخارى ٢/١٥٥ ، سنن أبى داود ٢/١٠٨ ح ١٥٩٦ وغيرهما .

٤- (٤) منتهى المطلب ٨ / (٢١٣ - ٢١٠) .

٥- (٥) رياض المسائل ٨/٢٠٠ .

٦- (٦) مفتاح الكرامه ١١/٣٤٢ .

أخرج الله منها الذى قاطعك عليه ، وليس على جميع ما أخرج الله منها العشر ، إنما عليك العشر فيما يحصل فى يدك بعد مقاسمته لك(١) .

ومنها : خبر صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبى نصر قالوا : ذكرنا له الكوفه وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته ، فقال فى حديث : وعلى المتقبلين سوى قبالة الأرض العشر ونصف العشر فى حصصهم ... ، الحديث(٢) .

ومنها : صحيحه البنزنى - فى حديث - قال : ذكرت لأبى الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته ، فقال : ما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذى يرى ، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خيبر ، وعليهم فى حصصهم العشر ونصف العشر(٣) .

«واو» العاطفه تدلّ على أنّ بعد وجه قبالة الأرض ، لا بدّ للزراع من إخراج العشر ونصف العشر وهى الزكاه ، والعطف علامه التعدد والتغاير .

وفى قبال هذه الروايات عدّه أخرى منها تدلّ على كفايه إخراج الخراج عن الزكاه :

منها : صحيحه محمد بن مسلم قال : سألته عن الرجل يتكارى الأرض من السلطان بالثلث أو النصف ، هل عليه فى حصّته زكاه ؟ قال : لا ، الحديث(٤) .

ومنها : صحيحه رفاعه بن موسى(٥) .

ومنها : خبر أبى كهمس(٦) .

ومنها : خبر سهل بن اليسع(٧) . الماضيات .

ومنها : مرسله عبد الله بن بكير عن أحدهما قال فى زكاه الأرض : إذا قبلها النبى أو

ص : ٤٣٥

١- (١) وسائل الشيعة ٩/١٨٨ ح ١ ، الباب ٧ من أبواب زكاه الغلات .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩/١٨٨ ح ٢ - ١٥/١٥٧ ح ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩/١٨٩ ح ٣ - ١٥/١٥٨ ح ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٩/١٩٠ ح ٥ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٩/١٩٣ ح ٢ . الباب ١٠ من أبواب زكاه الغلات .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٩/١٩٣ ح ٣ .

٧- (٧) وسائل الشيعة ٩/١٩٢ ح ١ .

الإمام بالنصف أو الثلث أو الربع فزكاتها عليها ، وليس على المتقَّبَل زكاه إلا أن يشترط صاحب الأرض أن الزكاه على المتقَّبَل ، فإن اشترط فإنَّ الزكاه عليهم وليس على أهل الأرض اليوم زكاه إلا على من كان في يده شيء مما أقطعهُ الرسول صلى الله عليه وآله وسلم (١) .

وهذه الطائفة الأخيره أعرض عنها الأصحاب ، لما قد عرفت من العلامه قدس سره أنَّ الإخراج للزكاه بعد الخراج إن بلغ إلى حد النصاب «هو مذهب علمائنا» (٢) وإعراضهم يوجب الوهن فيها .

ويمكن حملها على أنه لم يجب عليه الزكاه في جميع ما خرج من الأرض ، وإن كان يلزمه زكاه ما يحصل في يده بعد الخراج إن بلغ حدَّ النصاب ، كما حملها الشيخ هكذا في التهذيب (٣) والعلامه في المنتهى (٤) .

ويمكن حملها على عدم بلوغ الباقي في يده إلى حدَّ النصاب ، كما قاله الشيخ الحر العاملي (٥) .

وأما ما ورد في ذيل الخبر الأخير من قوله عليه السلام : «وليس على أهل الأرض اليوم زكاه» ، حملها الشيخ في التهذيب على أنَّ الإمام عليه السلام «رخص اليوم لمن وجبت عليه الزكاه وأخذ منه السلطان الجائر أن يحتسب به من الزكاه وإن كان الأفضل إخراجها ثانياً» (٦) . وإلا فلا يمكن الأخذ به لمخالفته مع الكتاب بالتباين ، ويلزم منه تعطيل حكم الزكاه الذي لم يتفوه به أحدٌ ، والله العالم .

### العاشر : مَنْ الوالى على الخراج فى عصر الغيبه ؟

الولاية على الأراضى الخراجيه فى زمن الحضور للإمام صلى الله عليه وآله وسلم بلا كلام ، وفى عصر

ص : ٤٣٦

- ١- (١) وسائل الشيعه ٩/١٨٩ ح ٤ .
- ٢- (٢) منتهى المطلب ٨/٢١٠ .
- ٣- (٣) التهذيب ٤/٣٩ ذيل ح ٩ .
- ٤- (٤) منتهى المطلب ٨/٢١٣ .
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ٩/١٩٠ .
- ٦- (٦) التهذيب ٤/٣٩ .

الغيبه للفقيه الجامع لشرائط الإفتاء إن كان متمكناً وله بسط يدٍ ، ولذا قال المحقق السبزواري : « وإذا تمكن الحاكم الشرعي من التصرف فيه فالظاهر جواز ذلك له ، والأحوط أن يستأذن الحاكم الشرعي فيما يعطيه الجائر إن تمكن من ذلك » (١).

وقال قبله المحقق الكركي في رسالته قاطعه اللجاج : « فإن قلت : فهل يجوز أن يتولّى من له النيابة حال الغيبه ذلك ، أعني الفقيه الجامع للشرائط ؟

قلنا : لا - نعرف للأصحاب في ذلك تصريحاً ، ولكن من جوّز للفقهاء - في حال الغيبه - تولّى استيفاء الحدود وغير ذلك من توابع منصب الإمامه ينبغي تجويزه لهذا بطريق أولى ، لأنّ هذا أقلّ خطراً ، لا سيما والمستحقّون لذلك موجودون في كلّ عصر ، إذ ليس هذا الحقّ مقصوراً على الغزاه والمجاهدين كما يأتي ، ومن تأمّل في كثير من أحوال الكبراء من علمائنا السالفين مثل السيد الشريف علم الهدى ، وأعلم المحققين من المتقدمين والمتأخرين نصير الحقّ والدين الطوسي ، وبحر العلوم مفتي العراق جمال الملّه والدين الحسن بن مطهر وغيرهم - رضوان الله عليهم - نظر متأمّلٍ منصفٍ لم يعترضه الشك في أنّهم كانوا يسلكون هذا المنهج ويفتحون هذا السبيل ، وما كانوا ليودعوا بطون كتبهم إلا ما يعتقدون صحته » (٢).

وأيد صاحب الجواهر كلامه وقال : « قلت : قد عرفت أنّه لا ينبغي الشك في الحكم المزبور ، فله حينئذ تسليم الخراج له إذا لم تكن تقيته تنافيه ، بل الظاهر تعميمه لعدم ثبوت الإذن في التسليم للجائر في هذا الحال . . . » (٣).

أقول : يظهر أنّ الولاية على الخراج في عصر الغيبه للفقيه ، والعجب من الشيخ جعفر حيث يقول : « . . . ومع عدم السلطان الجائر فالمرجع إلى الفقيه المأمون فيما يتعلّق بأمر المسلمين ، والقول بجواز أخذ الجميع للمؤمنين فيما يكتسبونه بزراعتهم عند عدم تسلّط الجائر

ص : ٤٣٧

١- (١) الكفایه ١/٣٩٤ .

٢- (٢) قاطعه اللجاج / ٧٤ المطبوعه ضمن الخراجيات .

٣- (٣) الجواهر ٢٢/١٩٦ .



هو الأقوى . . . لظاهر الأخبار» (١).

وكذا قال فيه : « وأما مع غيبه الإمام العادل وفقد سلطان الجور أو ضعفه عن التسلط - فلم يبق له سوى اسم إكتسبه بالنسب كسلطان الهند - فالرجوع إلى النائب العام من علماء آل محمد عليهم السلام ويلزم تسليم الخراج إليهم على الترتيب المذكور ، ومع فقد الجميع فللمسلمين أن يتصرفوا في الأرض . . . » (٢).

وقد علق عليه تلميذه صاحب الجواهر بقوله : « وظاهره ترتب ولايه الفقيه على عدم السلطان الجائر ، كما أنّ ظاهره سقوط الخراج عن المؤمنين حينئذ ، وفيهما معاً منع واضح ، وإن كان ربّما يشهد للثاني في الجملة نصوص التحليل (٣) ، وما ورد أيضاً (٤) من أنّ الأرض كلّها لنا وأنه قد أبحنا ذلك لشيعتنا إلى ظهور قائمنا ، فيأخذ طَريقها من الشيعة ويتركها في أيديهم ، كما أنّه يأخذ الأرض جميعاً من أيدي أعدائهم . إلاّ أنّ ذلك مطّرح عند الأصحاب بالنسبة إلى ذلك ، وربّما كان المراد منها خصوص الموات الذي هو لهم من الأنفال أو غير ذلك دون الأراضي الخراجية التي للمسلمين ، فإنّ خراجها غير ساقط عمّن انتفع بها ، ولذا جاز تناوله من يد الجائر ، فإن قضت التقيه بتسليمه للجائر دفعه إليه وبرئت ذمّته وإلاّ دفعه إلى حاكم الشرع صرفه في مصارفه . ودعوى عدم الولاية لحاكم الشرع مع السلطان الجائر - وإن لم تقض التقيه بالدفع إليه - واضحة المنع كما عرفته فيما تقدّم ، مضافاً إلى أنّه لا شك في أنّ للإمام حال قصور يده ذلك ، كما صيّرَح به في بعض النصوص ، وكلّما كان له صار لناثبه المنسوب من

ص : ٤٣٨

- 
- ١- (١) شرح القواعد ١/٣٤٦ .
  - ٢- (٢) شرح القواعد ٢/٢٠١ .
  - ٣- (٣) وسائل الشيعة ٩/٥٤٣ . الباب ٤ من أبواب الأنفال .
  - ٤- (٤) الكافي ١/٤٠٧ ح ١ معتبره أبي خالد الكابلي ، وهي مرويه مكرره في الكافي ٥/٢٧٩ ح ٥ أيضاً ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤ ح ٢ ، والروايه تدلّ على لزوم الخراج في عصر الغيبه ، ولكن تدل على التحليل صحيحه عمر بن يزيد المرويه في الكافي ١/٤٠٨ ح ٣ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٩/٥٤٨ ح ١٢ .

قبله»(١).

وما ذكره صاحب الجواهر تام عندنا في الجملة .

## الحادى عشر : شرائط الأراضى الخراجيه

### إشاره

إنما ثبتت الأراضى الخراجيه بأمر ثلاثه :

**الأول : أن تكون الأرض مفتوحه عنوه أو صلحاً على أن تكون الأرض للمسلمين أو من الأنفال**

### إشاره

(٢)

وهذه العناوين للأرض تثبت بالعلم والبيّنه ولو كانت من قبيل الشهاده على الشهاده والشياع الموجب للعلم ، ويمكن أن يلحق به الشياع المفيد للظن المتآخم للعلم المعبر عنه بالإطمئنان ، بناءً على كفايه الأخير في كل ما يعسر إقامه البيّنه عليه كالنسب والوقف والملك المطلق ونحوها ، أو على القول بحجّيته مطلقاً ، لأنّه علمٌ عادى . وأما ثبوتها بخبر العدل الواحد أو غيره من الإمارات الظنيه حتى قول من يوثق به من المؤرخين فمحلّ منع ، والأصل عدم الفتح عنوه وعدم تملك المسلمين .

نعم ، الأصل عدم تملك غيرهم أيضاً ، وبذلك يدخل في الأنفال ، وقد ألحقناها بالأراضى الخراجيه في الحكم ، ويأتى بحث الخراج فيه .

وأما ثبوت الفتح عنوه بالسيره وحمل فعل الجائر على الصحه أيضاً لا يتم ، لأن المراد بها إن كانت سيره الظالمين فلا يفيد شيئاً ، لأنّهم لا يقيدون بالشريعة ، وإن كانت سيره الفقهاء على معاملة جملة من الأراضى الخراجيه في الجملة وإن كانت صحيحه ولكن لا تفيد شيئاً ، لأنّها تثبت في الجملة ، مع أنّ إثبات الصغرى حينئذٍ مشكّل جداً .

وحمل فعل الجائر على الصحه أيضاً لا يتم ، لأنّ أصله الصحه تجرى في حق الغير إذا كان الفاعل يحتمل في حقّه الصحه ، ولكن هذا الاحتمال في حقّ الجائرين منقضى كما هو واضح .

ص : ٤٣٩

١- (١) الجواهر ٢٢/١٩٧ .

٢- (٢) على المختار في الأخير كما مرّ في التنبيه الثالث من هذه التنبيهات .

ثم يقع الكلام فى صغرى البحث ، وهى تعيين الأراضى التى فتحت عنوه من غيرها :

قال الشيخ : «ظاهر المذهب أنّ النبى صلى الله عليه وآله وسلم فتح مكة عنوه بالسيف ثم أمّتهم بعد ذلك ، وإنّما لم يقسّم الأراضين والدور لأنّها لجميع المسلمين كما نقوله فى كلّ ما يُفتح عنوه إذا لم يمكن نقله إلى بلد الإسلام ، فإنّه يكون للمسلمين قاطبه ، ومَنّ النبى صلى الله عليه وآله وسلم على رجال من المشركين فأطلقهم ، وعندنا أنّ للإمام أن يفعل ذلك وكذلك أموالهم مَنّ عليهم لما رآه من المصلحه .

وأمرًا أرض السواد فهى الأرض المغنومه من الفرس التى فتحها عمر ، وهى سواد العراق ، فلمّا فتحت بعث عمار بن ياسر أميراً وابن مسعود قاضياً ووالياً على بيت المال وعثمان بن حنيف ماسحاً ، فمسح عثمان الأرض واختلفوا فى مبلغها ، فقال البياجى : إثنان وثلاثون ألف ألف جريب ، وقال أبو عبيده : ستة وثلاثون ألف ألف جريب ، وهى ما بين عبّادان والموصل طولاً وبين القادسيه وحلوان عرضاً ، ثم ضرب على كلّ جريب نخل ثمانية دراهم والرطبه ستة والشجر كذلك والحنطه أربعة والشعير درهمين ، وكتب إلى عمر فأمضاه .

وروى أن ارتفاعها كان من عهد عمر مائه وستين ألف ألف درهم فلمّا كان فى زمن الحجاج رجع إلى ثمانية عشر ألف ألف درهم ، فلمّا ولى عمر بن عبد العزيز رجع إلى ثلاثين ألف ألف درهم فى أوّل سنه وفى الثانيه بلغ إلى ستين ألف ألف ، فقال : لو عشت سنه أخرى لرددتها إلى ما كان فى أيام عمر فمات تلك السنه . وكذلك أمير المؤمنين عليه السلام لما أفضى الأمر إليه أمضى ذلك لأنّه لم يمكنه أن يخالف ويحكم بما يجب عنده فيه .

والذى يقتضيه المذهب أنّ هذه الأراضى وغيرها من البلاد التى فتحت عنوه أن يكون خمسها لأهل الخمس ، فأربعة أخماسها يكون للمسلمين قاطبه للغانمين وغير الغانمين فى ذلك سواء ، ويكون للإمام النظر فيها وتقيلها وتضمينها بما شاء ، ويأخذ ارتفاعها ويصرفه فى مصالح المسلمين وما ينوبهم من سدّ الثغور ومعونه المجاهدين وبناء القناطر وغير ذلك من المصالح . وليس للغانمين فى هذه الأراضين خصوصاً شىء ، بل هم والمسلمون فيه سواء .

ولا يصحّ بيع شىء من هذه الأراضين ولا هبته ولا معاوضته ولا تمليكه ولا وقفه ولا رهنه ولا إجارته ولا إرثه ، ولا يصحّ أن يبنى دوراً ومنازل ومساجد وسقايات ، ولا غير ذلك من أنواع التصرف الذى يتبع الملك ، ومتى فعل شىء من ذلك كان التصرف باطلاً ، وهو باقٍ

وعلى الرواية التي رواها أصحابنا : أنّ كلّ عسكر أو فرقه غزت بغير أمر الإمام فغنمت يكون الغنيمه للإمام خاصةً ، هذه الأرضون وغيرها ممّا فتحت بعد الرسول ، إلاّ ما فتح في أيام أمير المؤمنين إن صحّ شيء من ذلك يكون للإمام خاصةً ، ويكون من جملة الأنفال التي له خاصّه لا يشركه فيها غيره» (١) .

وقال في الخلاف : «مكة فتحت عنوه بالسيف ، وبه قال الأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه ومالك . وقال الشافعي : أنّها فتحت صلحاً وبه قال مجاهد . دليلنا : إجماع الفرقه وأخبارهم ، . . . ومن قرأ السير والأخبار وكيفيه دخول النبي صلى الله عليه وآله وسلم مكة علم أنّ الأمر على ما قلناه . . .» (٢) .

قال العلامة في التذكرة : «وأما أرض مكّه : فالظاهر من المذهب أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم فتحها بالسيف ثم آمنهم بعد ذلك ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي . . . وقال الشافعي : إنّّه صلى الله عليه وآله وسلم فتحها صلحاً بأمانٍ قدّمه لهم قبل دخوله ، وهو منقول عن أبي سلمه بن عبد الرحمن المجاهد .

وأما أرض السواد - وهي الأرض المغنومه من الفرس التي فتحها عمر بن الخطاب - وهي سواد العراق وحدّها في العرض من منقطع الجبال بحلوان إلى طرف القادسيه المتصل بعذيب من أرض العرب ، ومن تخوم الموصل طويلاً إلى ساحل البحر ببلاد عبّادان من شرقي دجله ، فأما الغربي الذي تليه البصره إنّما هو إسلامي مثل شط عثمان بن أبي العاص وما والاها كانت سباخاً ومواتاً فأحياها عثمان بن أبي العاص ، وسمّيت سواداً لأنّ الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف شجرها سمّوها السواد لذلك ، ولما فتحها عمر بعث عمار بن ياسر على صلاتهم أميراً ، وابن مسعود قاضياً ، والياً على بيت المال ، وعثمان بن حنيف على مساحه الأرض ، وفرض للثلاثة في كلّ يوم شاه شطرها مع السواقط (٣) لعمار وشطرها

ص: ٤٤١

١- (١) المبسوط ٢/٣٤ و ٣٣ .

٢- (٢) الخلاف ٥/٥٢٧ مسأله ١٣ .

٣- (٣) المراد بالسواقط هو مثل الكبد والكرش والأمعاء .

للاخرين وقال : ما أرى قريه تؤخذ منها كل يوم شاه إلا سريع في خرابها - ثم تعرّض لكلام الشيخ - «(١)» .

وذكر العلامه في المنتهى(٢) والتحرير(٣) نحو ما ذكره في التذكرة .

وقال ثانی الشهيدين : «ويثبت كونها مفتوحه عنوه بنقل من يوثق بنقله واشتهاره بين المؤرخين ، وقد عدّوا من ذلك مكّه المشرفه وسواد العراق وبلاد خراسان والشام . . .»(٤) .

وقال : «إن أكثر بلاد الإسلام فُتحت عنوة»(٥) .

وتبعه في هذه الأكتريه الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣/٢١ والشيخ جعفر في شرح القواعد ٢/١٩٨ .

وقال المحقق السيزواري : «الظاهر أنّ أرض السواد مفتوحه عنوة وأنها خراجيه للمسلمين ، كما يُستفاد من الكتب والتواريخ المعتميره ، ويُستفاد منها استثناء شيء يسير منها كالحيره(٦) . . . والظن قد يحصل بالتواريخ المعتميره إذا كان صاحب الكتاب اشتهر بصحة النقل واشتهر الاعتماد على كتابه والعمل بقوله بين الناس كابن جرير الطبري وصاحب المغازي و(٧) الواقدي والبلاذري والمدائني وابن الأثير والمسعودي وأضرابهم ، وقد يحصل باستمرار أخذ السلاطين الخراج منه وأخذ المسلمين من السلاطين . . .»(٨) .

وقال صاحب الحقائق : «نقل بعض فضلائنا عن بعض كتب التواريخ قال : وكأته من الكتب المعتميره في هذا الفن ، أنّ الحيره وهى من قرى العراق تقرب الكوفه فتحت صلحاً ، وأنّ

ص : ٤٤٢

١- (١) تذكره الفقهاء ٩/١٨٩ - ١٨٨ .

٢- (٢) منتهى المطلب ٢/٩٣٧ من الطبع الحجرى [١٤ / ٢٦٦ من الطبعة الحديثه] .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/١٧٣ و ١٧٢ .

٤- (٤) المسالك ٣/٥٤ .

٥- (٥) الروضه البهيه ٧/١٣٦ كتاب إحياء الموات .

٦- (٦) الكفايه ١/٣٨٨ .

٧- (٧) فى المطبوعه «واو» موجوده ولكنها زائده لأن صاحب المغازى هو الواقدى .

٨- (٨) الكفايه ١/٣٩٠ .

نيسابور من بلاد خراسان فتحت صلحاً ، وقيل : عنوه ، وبلخ وهرات منها ، وقوشج والتوابع فتحت صلحاً ، وبعض آخر فتح صلحاً ، وبعض عنوه . وبالجمله فإن بلاد خراسان مختلفه في كيفية الفتح . وأمّا بلاد الشام ونواحيها فحكى أنّ حلب وحمى وحمص وطرابلس فتحت صلحاً ، وأنّ دمشق فتحت بالدخول من بعض الأبواب غفلةً بعد أن كانوا طلبوا الصلح ، وأنّ أهل طبرستان صالحوا أهل الإسلام ، وإنّ آذربيجان فتحت صلحاً ، وأنّ أهل أصفهان عقدوا أماناً ، والرّى فتحت عنوه «(١)» .

أقول : وفي هذا المجال راجع إلى شرح القواعد ٢/ (١٩٨ و ١٩٧) للشيخ جعفر والجواهر ٢١/١٦٧ و ١٦٦ من كتاب الجهاد .

### وبعض الروايات تدلّ على أنّ مكة وسواد العراق فتحت عنوه :

منها : خبر صفوان بن يحيى والبنظي عن الرضا عليه السلام قال في حديث : وإنّ مكة دخلها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عنوه وكانوا أسراء فأعتقهم وقال صلى الله عليه وآله وسلم : إذهبوا فأنتم الطلقاء (٢) .

ومنها : صحيحه الحلبي قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته ؟ فقال : هو لجميع المسلمين ، لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، الحديث (٣) .

ومنها : حسنه أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تشتري من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمّه ، فإنّما هو فيء للمسلمين (٤) .

ومنها : صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عمّا اختلف فيه ابن أبي ليلى وابن شبرمه في السواد وأرضه ، فقلت : إنّ ابن أبي ليلى قال : إنّهم إذا أسلموا أحرار وما في أيديهم من أرضهم لهم ، وأمّا ابن شبرمه فزعم أنّهم عبيد وأنّ أرضهم التي بأيديهم ليست لهم ، فقال في الأرض ما قال ابن شبرمه وقال في الرجال ما قال ابن أبي ليلى

ص : ٤٤٣

١- (١) الحدائق ١٨/٣١٠ و ٣٠٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩/١٨٢ ح ١ . الباب ٤ من أبواب زكاه الغلات .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧/٣٦٩ ح ٤ . الباب ٢١ من أبواب عقد البيع .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧/٣٦٩ ح ٥ .

إنهم إذا أسلموا فهم أحرار ، ومع هذا كلام لم أحفظه (١).

فظهر ممّا ذكرنا من كلمات الفقهاء ونصوص الروايات أنّ أرض مکه وسواد العراق فتحت عنّوه بلا شكّ وريب ، وقال المحقق النائيني : «وأما بلاد إيران فالرى ونهاوند فتحت عنوه ، وأما باقي الأمصار فالتواريخ مختلفه فيها ، سيّما أصفهان وخراسان وآذربايجان ، وأما بلاد الشام ونواحيه فكذلك» (٢).

والحاصل ، كل أرض ظهر أنّها مفتوحه عنوه أو مفتوحه صلحاً على أن تكون الأرض للمسلمين أو الأنفال يجوز على مسلكتنا جعل الخراج عليه شرعاً ولكن دون إثباتها في الأولين خرط القتاد .

### الثاني : أن يكون الفتح بإذن الإمام عليه السلام

#### إشاره

قد مرّ كلام الشيخ في المبسوط حيث قال : «وعلى الروايه التي رواها أصحابنا أنّ كلّ عسكر أو فرقه غزت بغير أمر الإمام فغنمت يكون الغنيمه للإمام خاصه ، هذه الأرضون وغيرها ممّا فتحت بعد الرسول إلّا ما فتح في أيام أمير المؤمنين عليه السلام - إن صح شيء من ذلك - يكون للإمام خاصه ، ويكون من جمله الأنفال التي له خاصه لا يشركه فيها غيره» (٣).

وقال المحقق الأردبيلي : «على أنّه قد اشترط في المشهور عند أصحابنا بل كاد أن يكون إجماعاً في المفتوحه عنوه كون الفتح بإذن الإمام عليه السلام حتّى يكون غنيمه واشترك فيه المسلمون كلّهم ولا يكون للإمام خاصه» (٤).

أقول : الروايه التي أشار إليها شيخ الطائفه هي مرسله عباس الوراق عن رجل سمّاه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمه كلّها للإمام ، وإذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس (٥).

ص : ٤٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٧ ح ٣ . الباب ٤ من أبواب إحياء الموات .

٢- (٢) منيه الطالب ١/٨٠ .

٣- (٣) المبسوط ٢/٣٤ .

٤- (٤) مجمع الفائده والبرهان ٧/٤٧٣ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ٩/٥٢٩ ح ١٦ . الباب ١ من أبواب الأنفال .

دلالة الروايه تامه ، ولكن سندها ضعيف بالحسن بن أحمد بن يسار أو بشار وهو مهمل ، مضافاً إلى إرسالها . ولكن الأصحاب أفتوا بها ، والشهره جابره لضعف سندها .

وتدلّ عليه أيضاً صحيحه معاويه بن وهب قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : السريه يبعثها الإمام فيصيبون غنائم ، كيف يقسم ؟ قال : إن قاتلوا عليها مع أمير أمره الإمام عليهم أخرج منها الخمس لله وللرسول وقسم بينهم أربعة (١) أخماس ، وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كل ما غنموا للإمام يجعله حيث أحب (٢) .

سندها تام ودلالاتها أيضاً كذلك ، لأنّ المراد بالفقره الثانيه بقربنه الفقره الأولى هو : وإن لم يكونوا قاتلوا مع أمير أمره الإمام عليهم قاتلوا عليها المشركين - الخ ، فالصحيحه أيضاً تدلّ على الحكم .

والعجب من المحقق الإيروانى حيث استشكل فى دلالة الصحيحه بقوله : «فلا تخلو عن إجمال ، فإن فقره الذيل لا إشكال فى أنّها تصريح بمفهوم فقره الصدر ، وحينئذ فالأمر يدور بين أن لا يكون قيد (مع أمير أمره الإمام) فى الصدر احترازياً ، فتكون فقره المفهوم محفوظه عن التصرف ، فلا- تجد ما ينافى المقام ، وبين العكس بحفظ فقره الصدر والتصرف فى فقره الذيل بالتقدير وحذف قيد (مع أمير أمر الإمام) ، وحيث لا ترجيح لأحد التصرفين تخرج الحسنه عن قابليه الاستدلال» (٣) .

وفيه : إن لم تكن قيد (مع أمير أمره الإمام) احترازياً يصير معنى الفقره الثانيه عدم القتال للمشركين ، ومع فرض عدم القتال فكيف غنموا ، وهذه القرينه القطعيه تدلّ على احترازيه القيد وترجيح المعنى الثانى فى كلامه ، وهو الذى مرّ منا فى دلاله الصحيحه .

وعلى هذا يلزم فى كون الأرض مفتوحه عنوّه من ثبوت إذن الإمام عليه السلام ، ومن المعلوم أنّ الإذن غير الرضى ، وما هو المعترى فى المعاملات بالمعنى العام هو الإذن لا الرضى ، وقد تمسّكوا لإثبات إذن الإمام بعدّه من الوجوه :

ص : ٤٤٥

١- (١) هكذا فى الكافى ٥/٤٣ ح ١ ، ولكن نقل عنه فى الوسائل « ثلاثه » ومن الواضح أنّها غلط أو تصحيف .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩/٥٢٤ ح ٣ .

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٧٠ .



المروى فى الخصال عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث طويل عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : يا أخا اليهود فإنّ القائم بعد صاحبه كان يشاورنى فى موارد الأمور فيصدرها عن أمرى ويناظرنى فى غوامضها فيمضيها عن رأى ، لا أعلم أحداً ولا يعلمه أصحابى يناظره فى ذلك غيرى ، الحديث (١) .

قال الشيخ الأعظم فى دلاله الروايه وسندها : «الظاهر أنّ عموم الأمور إضافى بالنسبه الى ما لا يقدر فى رئاسته ممّا يتعلق بالسياسيه ، ولا يخفى أنّ الخروج إلى الكفار ودعائهم إلى الإسلام من أعظم تلك الأمور بل لا أعظم منه .

وفى سند الروايه جماعه تخرجها عن حدّ الاعتبار ، إلا أنّ اعتماد القميين عليها وروايتهم لها - مع ما عُرف من حالهم لمن تتبّعها - من أنّهم لا يخرجون فى كتبهم روايه راويها ضعف إلا بعد احتفافها بما يوجب الاعتماد عليها ، جابر لضعفها فى الجملة» (٢) .

وفيه : المشوره فى بعض الأمور غير الإستئذان . نعم قد شاور أمير المؤمنين عليه السلام فى خروجه مع المقاتلين وعدمه وأمره عليه السلام ببقائه فى المدينه لجهات وقبل قوله عليه السلام ولكن أين هذا من الإذن فى الحرب ، بل هذه المشوره لا تثبت حتّى رضاه عليه السلام . هذا كلّ بالنسبه إلى الدلاله ، وأما السند فضعيف بعدّه من الضعاف ، كما اعترف بذلك الشيخ الأعظم ، ولكن نقل القميين الروايه لا يوجب الاعتماد عليها وإلا كانت جميع روايات الصدوق وأبيه وعلى بن إبراهيم وأبيه وغيرهم منهم معتبره ولم يقل به أحدٌ . نعم قد ذكرنا فى أبحاثنا الرجاليه أنّ اعتماد القميين على الراوى مع كونهم فى أمر الروايه شديدى الإنكار يدخله فى الحسن الإصطلاحى لو لم يدل على وثاقته ، وهم أمثال أحمد بن محمد بن عيسى الذى أخرج جماعه من قم لروايتهم عن الضعفاء واعتمادهم على المراسيل كأحمد بن محمد بن خالد البرقى ، ومحمد بن الحسن ابن الوليد (٣) وكان يستثنى من روايات محمد بن أحمد بن يحيى الأشعري عن جماعه ، وغيرهم .

ص : ٤٤٦

١- (١) الخصال ٢/٣٧٤ ح ٥٨ .

٢- (٢) المكاسب ٢/٢٤٥ .

٣- (٣) عطف على أحمد بن محمد بن عيسى .

مضافاً إلى أنّ هذا الوجه ، لو تم - ولم يتم - يجرى بالنسبة إلى الفتوحات التي وقعت في زمن الثاني فقط لا غيرها .

### ومنها : ما هو المشهور من حضور الإمام أبي محمد الحسن عليه السلام في بعض الغزوات .

بل ورد في تاريخ الطبرى(١) والكامل(٢) من حضور الحسين عليهما السلام ، وما ورد من دخول بعض خواص أمير المؤمنين عليه السلام من الصحابه كسلمان وعمار بن ياسر في أمرهم ، ومن المعلوم أنّهما لا يعملان شيئاً إلا بعد الاستئذان من إمامهما .

وفيه : نعم ، قد ورد في بعض التواريخ حضور الإمام الحسن عليه السلام في إيران أو الحسين عليهما السلام ، ولكن ما ذكره أرباب التواريخ لا- يوجب إلا ظناً والظن لا يغنى من الحق شيئاً ولم يدل دليل على اعتباره . وعلى فرض ثبوت ورود الحسين عليهما السلام بإيران لعلّ ورودهما وحضورهما في الحرب كان لرعايه التقيه كما ذكره شيخنا الأستاذ(٣) - مد ظله - أو أنّهما كانا مضطرين أو مجبورين للحضور ، كما ثبت ذلك بالنسبه إلى أخيها عبيد الله بن علي بن أبي طالب وهو ابن النهشليه قد خرج في جيش مصعب بن الزبير لأجل مقاتله مختار بن أبي عبيد الثقفى فى المذار وقتل هناك وقبره مزار . ولكن مصعب قدّمه لأنّ يحارب المختار وبعد قتله يشنع على المختار ويقول قتل ابن إمامه ، كما كتبتُ تفصيل ذلك قبل خمس عشره سنه فى كتابى «يوم الطف»(٤) فراجعه إن شئت .

وأما دخول سلمان وعمار فى أمرهم كان بإذن أمير المؤمنين عليه السلام قطعاً ، وقد ورد استئذانهما عنه عليه السلام . ولكن الفرق بين الدخول فى أمرهم بعد الفتح لأجل إداره الأمور وغيرها ، وبين أن يكون الفتح بإذن الإمام عليه السلام واضح ، ولا يشك أحدهما الآخر .

### ومنها : العلم بشاهد الحال برضى أمير المؤمنين عليه السلام .

ص : ٤٤٧

١- (١) تاريخ الطبرى ٣/٣٢٣ .

٢- (٢) الكامل فى التاريخ ٣/١٠٩ .

٣- (٣) إرشاد الطالب ١/٣٧٩ .

٤- (٤) يوم الطف / ١٨٤ وما بعدها .

بافتوحات الإسلاميه الموجه لتأييد هذا الدين كما ذكره الشيخ الأعظم (١)، وأن الأئمه عليهم السلام راضون بالفتوحات الواقعه فى زمن خلفاء الجور لكونها موجه لقوه الإسلام وعظمته .

وقد ورد فى خبر أبى عمرو الزبيرى عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث طويل أنه قال : إن الله ينصر هذا الدين بأقوام لاخلق لهم ، فليقت الله عز وجل أمرؤ وليحذر أن يكون منهم ، الحديث (٢) .

وفى صحيحه يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام أنه كتب إليه بعض أصحابه يسأله أن يدعو الله أن يجعله ممن ينتصر به لدينه ، فأجابته وكتب فى أسفل كتابه : يرحمك الله ، إنما ينتصر الله لدينه بشر خلقه (٣) .

وقد ورد فى روايات العامه : إن الله يؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر (٤) .

ورواها العلامة الحلى فى تذكره الفقهاء ٩/٤٩ مسأله ٢٠ مرسلًا ، وهكذا فى منتهى المطلب ٢/٩٠٦ من الطبع الحجرى (١٤ / ٦٩ من الطبعه الحديثه) .

وفيه أولاً : إدعاء العلم بشاهد الحال برضى أمير المؤمنين عليه السلام ليس إلا دعوى بلا شاهد وبرهان ، والروايات المذكوره لا تدل عليها بأى وجه كان .

وثانياً : ما هو المستند فى المعاملات بالمعنى الأعم هو الإذن وهو غير الرضى ، وعلى فرض تماميه الرضى لا ينتج منها الإذن الذى يفيد فى المقام . ومن هنا ظهر ما ذكره المحقق الخوئى من قوله : « إذ المناط فى ذلك هو الكشف عن رضاء المعصوم عليه السلام بأى طريق كان ، ولا

ص : ٤٤٨

١- (١) المكاسب ٢/٢٤٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥/٤٠ ح ١ . الباب ٩ من أبواب جهاد العدو .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٧/١٣٨ ح ١ . الباب ٦٠ من أبواب الدعاء .

٤- (٤) صحيح البخارى ٤/٨٨ و ٥/١٦٩ و ٨/١٥٥ ، صحيح مسلم ١/١٠٥ ، سنن الدارمى ٢/٢٤١ ، مسند أحمد ٢/٣٠٩ و ٥/٤٥ ، كنز العمال ١/٤٥ ح ١١٥ ، المغنى لابن قدامه ١٠/٣٧١ ، شرح شهاب الأخبار ٣٦٨ ح ٧٦٣ .

موضوعيه للإذن الصريح» (١) غير تام عندنا . وما هو الموضوع في المعاملات هو الإذن لا الرضى .

وثالثاً : قوه الإسلام وعظمته مرضيّه للإمام عليه السلام قطعاً ، ولكن يمكن أن يكون حرباً خاصاً ليس له بمرضى لأجل عدم مناسبة الوقت أو لتوقفه على إتلاف نفوس الأبرياء أو الأموال الكثيره ، ولكن لو يؤخر إلى وقت آخر لم تترتب عليه هذه الأمور ، كما أشار إلى هذا المعنى شيخنا الأستاذ (٢) - مد ظله - .

ورابعاً : ما ذكره المحقق الخوئي قدس سره من قوله : «فإنّه ليس كلُّ فتح مرضياً للأئمه حتّى ما كان من الفتوح موجباً لكسر الإسلام وضعفه» (٣) .

**ومنها : قول الشيخ الأعظم : «يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاه من فتح البلاد على الوجه الصحيح وهو كونه بأمر الإمام عليه السلام**

«

(٤) .

قد ناقشه المحقق الإيروانى صغروباً بقوله : «حمل فعل الغزاه على الصحه عجيب ، فإنّهم هم الذين تركوا بيعه أمير المؤمنين عليه السلام وعدلوا به إلى من سواه ، فكيف يستأذنونوا مع ذلك من أمير المؤمنين . ولو فرض وجود بعض خواصه وشيعته تحت رايتهم مسترخصاً منه عليه السلام فذلك لا يجدى ، لأنّ الفتح لم يكن بفعل ذلك النفر المعدود ، هذا إن أُريد من الغزاه الجيش ، وإن أُريد أميرهم وسلطانهم فذلك أشنع» (٥) .

ويمكن أن يناقش على الشيخ الأ-عظم كبرويّاً ب- « أنّ مورد حمل فعل المسلم على الصحه ما إذا كان الفعل ذا وجهين : الصلاح والفساد ، ودار الأمر بين حمله على الصحيح أو الفاسد ، فإنّه يحمل على الأول للقاعده المذكوره ، وأمّا إذا كان كلا وجهي الفعل صحيحاً - كما في المقام - فلا مورد لها أصلاً ، فإنّ الغزوات الواقعه إن كانت بإذن الإمام عليه السلام فالغنائم

ص : ٤٤٩

١- (١) مصباح الفقاهه ١/٥٤٨ .

٢- (٢) إرشاد الطالب ١/٣٧٩ .

٣- (٣) مصباح الفقاهه ١/٥٤٨ .

٤- (٤) المكاسب ٢/٢٤٦ .

٥- (٥) حاشيه المكاسب ١/٣٧١ .

للمسلمين ، وإلا فهي للإمام ، ولا شبهه أن كلا الوجهين صحيح ، فلا مورد لنفي أحدهما وإثبات الآخر بتلك القاعدة» ، كما ذكره المحقق الخوئي (١).

فقد ظهر مما ذكرنا عدم تمامية الوجوه التي أقاموها لإستناد الفتوحات بإذن الأئمة عليهم السلام ، فحينئذ الفتح محرز بالوجدان ، وحيث لم يثبت أنه بإذن الإمام يحرز عدم الإذن بالأصل ، فيترتب الأثر وهو ملكية الإمام لمطلق الغنائم من المنقول وغير المنقول ، فتدخل الأراضي المفتوحة بعد زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في ملك الإمام خاصة ولم تدخل في ملك المسلمين ، وحيث صارت ملكاً للإمام فيجوز له التصرف فيها بأي نحو كان . ولكن قد ثبت بأن أمير المؤمنين عليه السلام قد اكتفى فيها بأخذ الجزية منها ، وفعله حجه لنا ، حيث ورد في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن سيره الإمام في الأرض التي فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ؟ فقال : إن أمير المؤمنين قد سار في أهل العراق سيرة فهم إمام لسائر الأرضين ، وقال : إن أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية ، الحديث (٢).

وهذه الصحيحه تدلّ على جواز أخذ الجزية من أرض العراق وغيرها من الفتوحات الإسلامية مع أنها تدخل في ملك الإمام مع عدم ثبوت إذنه في الفتح . ومن هنا وجّه ما ذكرناه سابقاً من جواز أخذ الجزية من الأنفال التي كانت ملكاً للإمام ، حيث كان أمرها بيده ، فيجوز له أخذ الجزية منها . هذا تمام الكلام في الشرط الثاني والحمد لله .

### الثالث : أن تكون الأرض محياه حين الفتح

لتدخل في الغنائم ويصير ملكاً للمسلمين بعد إخراج خمسه على المشهور ، كما أفتى بهذا الشرط الشيخ في الخلاف (٣) والحلى في السرائر (٤) وابن زهره في الغنية (٥) والمحقق في

ص : ٤٥٠

١- (١) مصباح الفقاهه ١/٥٤٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥/١٥٣ ح ٢ . الباب ٦٩ من أبواب جهاد العدو .

٣- (٣) الخلاف ٣/٥٢٥ .

٤- (٤) السرائر ١/٤٨١ .

٥- (٥) غنية النزوع / ٢٩٣ إطلاق كلامه يدل عليه حيث يقول: «إنّ الموات من الأرض للإمام...».

الشرائع (١) وتلميذه العلامة في التذكرة (٢) والمنتهى (٣) والتحرير (٤) والمحقق الثاني في جامع المقاصد (٥) إدعى الإجماع على ذلك ، والشهيد الثاني في المسالك (٦) والمحقق الأردبيلي في مجمع الفوائد (٧) والسبزواري في الكفاية (٨) والشيخ يوسف في الحدائق (٩) وسيد الرياض (١٠) ، وقال في الجواهر : «بلا خلاف أجده بل الإجماع بقسميه عليه» (١١) .

يدل عليه إطلاق ما ورد من الروايات في أبواب الأنفال بأنّ موات الأرض مطلقاً من الأنفال وملك للإمام عليه السلام :

منها : صحيحه حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب ، أو قوم صالحوا ، أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض خربه وبطون الأودية ، فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء (١٢) .

ومنها : مرسله حماد الطويله عن العبد الصالح عليه السلام في حديث قال : وللإمام . . . وله بعض الخمس الأنفال . . . كل أرض ميتة لا رب لها ، الحديث (١٣) .

ص : ٤٥١

- ١- (١) شرائع الإسلام ٣/٢١٦ .
- ٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٩/١٨٧ .
- ٣- (٣) منتهى المطلب ٢/٩٣٦ من الطبع الحجري [١٤ / ٢٦١ من الطبعة الحديثه] .
- ٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢/١٧٢ مسأله ٢٧٦٦ .
- ٥- (٥) جامع المقاصد ٧/٩ .
- ٦- (٦) مسالك الأفهام ١٢/٣٩١ .
- ٧- (٧) مجمع الفوائد والبرهان ٧/٤٧٠ .
- ٨- (٨) الكفاية ١/٣٧٥ .
- ٩- (٩) الحدائق ١٨/٢٩٩ .
- ١٠- (١٠) رياض المسائل ٨/١١٨ .
- ١١- (١١) الجواهر ٢١/١٦٩ .
- ١٢- (١٢) وسائل الشيعة ٩/٥٢٣ ح ١ . الباب ١ من أبواب الأنفال
- ١٣- (١٣) وسائل الشيعة ٩/٥٢٤ ح ٤ .

ومنها : موثقه سماعه قال : سألته عن الأنفال ؟ فقال : كل أرض خربه ، الحديث (١).

ومنها : صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سمعه يقول : إنّ الأنفال : . . . وما كان من أرض خربه ، الحديث (٢).

ومنها : صحيحه أخرى له عن أبي جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : الفىء والأنفال . . . وما كان من أرض خربه ، الحديث (٣).

يظهر من هذه الروايات أنّ الأرض الموات ملك للإمام عليه السلام بلا فرق بين موات دار الإسلام ودار الكفر ، وما يغنم من الكفار في الحرب هو ما يكون ملكاً لهم ، وأمّا ما لا يكون ملكاً لهم فلا يصح أخذه بعنوان الغنيمه . وحيث كانت الأراضي الموات ملكاً للإمام فلا تدخل في ملك الكفار في دار الكفر ، فلا يصح أخذها غنيمه حتى صارت ملكاً للمسلمين ، وحينئذ الأراضي الموات في دار الكفر باقية على ملكه الإمام من باب الأنفال .

ولو فرض جريان أيدي الكفار عليها كانت من المغصوبه فلا تعدّ من الغنيمه .

لا يقال : إطلاق أنّ الأرض الموات للإمام عليه السلام يعارض مع إطلاق أنّ الأراضي المفتوح عنوه ملك للمسلمين ، فلا يمكن الأخذ بإطلاق الأوّل لوجود المعارض في المقام .

لأننا نقول : على فرض وجود تعارض الإطلاقين ، يرجح إطلاق الأوّل لذهاب المشهور إليه بل الإجماع بقسميه عليه كما سمعت من صاحب الجواهر آنفاً .

إن قلت : لا نسلم هذا الترجيح بل الإطلاقان متعارضان فيتساقطان .

قلت : على فرض التعارض والتساقط ، المرجع هو العام الفوق ، أي الروايات الواردة بأنّ الأرض كلّها للإمام (٤) ، فتدخل تحت تصرفه عليه السلام . هذا ما يظهر بالبال .

والحاصل ، إن ثبتت هذه الأمور الثلاثه ثبت أنّ الأرض تكون مفتوحه عنوه وإلا فلا ، وأنت ترى عدم إمكان إثباتها بل دون إثباتها خرط القتاد ، والله العالم .

ص : ٤٥٢

١- (١) وسائل الشيعه ٩/٥٢٦ ح ٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩/٥٢٦ ح ١٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٩/٥٢٧ ح ١٢ .

٤- (٤) الكافي ١/٤٠٧ باب أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام .

بل تخرج عنها وتدخل في الموات وتجرى عليها ما يجرى عليه ،

**وجوه بل أقوال ثمانية :**

الأول : بقاء الأرض على ملك صاحبها الأول مطلقاً ، يقول صاحب الجواهر : «المحكى عن المبسوط (1) والمهذب (2) والسرائر (3) والجامع (4) والتحرير (5) والدروس (6) وجامع المقاصد (7) أنها باقية على ملكه أو ملك وارثه ، بل قيل (8) : إنه لم يعرف الخلاف في ذلك قبل الفاضل في التذكرة (9)» (10) .

أقول : إختاره المحقق الثاني في رسالته المعموله لذلك المسماه ب- « رساله الأرض المندرسه » (11) .

الثاني : القول بالتفصيل بين ما كان ملكها بالإحياء فتزول بزوال الحياه وبين ما كان بغيره من الشراء أو الوراثة أو الإتهاب أو نحوها فتبقى على ملكه ، قال في الجواهر : «قيل : ربّما أشعرت به (أى بهذا القول ) عبارته الوسيله (12) ، واختاره في المسالك (13) والروضه (14) بعد أن

ص: ٤٥٣

- ١- (١) المبسوط ٣/٢٤٩ .
- ٢- (٢) المهذب ١/١٨٣ .
- ٣- (٣) السرائر ١/٤٨٠ .
- ٤- (٤) الجامع للشرائع / ٣٧٤ .
- ٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٤٨٣ .
- ٦- (٦) الدروس ٣/٥٧ و ٥٦ .
- ٧- (٧) جامع المقاصد ٧/١٨ و ١٧ .
- ٨- (٨) القائل به هو السيد جواد العاملي في مفتاح الكرامه ٧/١٠ من الطبعه القديمه .
- ٩- (٩) تذكره الفقهاء ٢/٤٠١ من الطبع الحجري .
- ١٠- (١٠) الجواهر ٣٨/٢١ .
- ١١- (١١) رساله الأرض المندرسه ، المطبوعه ضمن رسائل المحقق الكركي ٢/ (٢٠٦ - ١٩٩) .
- ١٢- (١٢) الوسيله / ١٣٣ .
- ١٣- (١٣) المسالك ١٢/٤٠٠ .





حكاه عن جماعه منهم العلامه فى بعض فتاواه ، ومال إليه فى التذكره (١) ، وفى الكفايه : «أنه أقرب» (٢) ، وفى المفاتيح : «أنه أوفق بالجمع بين الأخبار» (٣) بل فى جامع المقاصد : «إنّ هذا القول مشهور بين الأصحاب» (٤) (٥) .

الثالث : إنّ عمليه الإحياء توجب ملكيه رقبه الأرض إذا كانت بإذن الإمام عليه السلام ، ولكن إذا لم تكن بإذن الإمام فلا تفيد إلاّ- الأولويه فى التصرف ، ولكن كل هذا يجرى بالنسبه إلى أراضى الأنفال فقط كما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط (٦) وابن إدريس فى السرائر (٧) ويأتى تفصيل ذلك .

الرابع : وهو القول الثالث ولكن انحصاره فى زمن الحضور فقط وفى زمن غيبه الإمام عمليه الإحياء لا تفيد إلاّ الأولويه ، ذهب إليه المحقق فى الشرائع (٨) والمختصر (٩) وتبعه تلميذه العلامه فى التذكره (١٠) والتحرير (١١) والقواعد (١٢) .

الخامس : من المحتمل أن يقال : بعدم خروجها عن ملكه بمجرد موتها ولكنّها تخرج عن ملكه بإحياء الغير لها واستيلائه عليها ، ويوجّه الجمع بين استصحاب ملكيه الأوّل وبين ما

ص: ٤٥٤

١- (١) تذكره الفقهاء ٢/٤٠١ من الطبع الحجرى .

٢- (٢) الكفايه ٢/٥٤٧ .

٣- (٣) مفاتيح الشرائع ٣/٢٤ ، ولكن نص عباره الفيض الكاشانى هكذا : «والجمع بينهما بحمل حديث أحقّيه الأوّل على ما إذا كان قد ملكها بغير الإحياء أوفق» وكأنّ صاحب الجواهر نقلها بمفادها ومضمونها .

٤- (٤) جامع المقاصد ٧/١٧ .

٥- (٥) الجواهر ٣٨/٢١ .

٦- (٦) المبسوط ٣/٢٧٠ و ٢٦٩ .

٧- (٧) السرائر ١/٤٨١ .

٨- (٨) الشرائع ٣/٢١٦ و ٢١٥ .

٩- (٩) المختصر النافع / ٢٥٩ .

١٠- (١٠) تذكره الفقهاء : ٢/٤٠١ من الطبع الحجرى .

١١- (١١) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٤٨٤ .

١٢- (١٢) قواعد الأحكام ٢/٢٦٧ .

دلّ على ملكيه الثانی بالإحياء ، فتبقى ملكيه الأوّل إلى زمن إحياء الثانی .

السادس : القول ببقائها على ملك الأوّل ولكن يجوز للغير إحيائها وأداء طسقتها إلى الأوّل أو وارثه ، ذهب إليه العلامة في الإرشاد(١) والمنتهى(٢) ، ونسبه الشهيد الثانی في المسالك : إلى «المبسوط»(٣) والمحقق في كتاب الجهاد(٤) والأكثر(٥) ، ونحوها في حاشيته على الإرشاد(٦) .

السابع : وهو القول الرابع بانضمام لزوم الاستئذان من المالك أو الحاكم إن أمكن وإلا فيحيها بنفسه ، وبه قال في الدروس(٧) .

الثامن : خروجها عن ملك الأوّل مطلقاً فيجوز لكلّ أحد إحيائها كسائر الموات ، ولا حقّ للأوّل فيها أصلاً . لم أجد القائل بهذا القول وإن كان ربّما يلوح من بعض العبائر ، وعدّ أبو الصلاح الحلبي(٨) من الأنفال كلّ أرضٍ عطّلها مالکها ثلاث سنين .

## كلمات الأعلام في المقام

### إشاره

وبعد ذكر هذه الوجوه والأقوال الثمانية ، فلا بدّ من ملاحظه كلمات الأعلام ثمّ ملاحظه أدله الأقوال حتّى تبين ما هو المختار في المقام :

قال الشيخ الطوسي في التهذيب : « . . وأما الأنفال وما يجري مجراها فليس يصح تملكها بالشراء والبيع وإنّما أبيع لنا التصرف حسب . . . »(٩) .

وقال في الاستبصار : « قال محمد بن الحسن : الوجه في هذه الأخبار وما جرى مجراها

ص : ٤٥٥

١- (١) الإرشاد ١/٣٤٨ .

٢- (٢) منتهى المطالب ١٤ / ٢٧٤ .

٣- (٣) لم أجدّه في المبسوط ولكن قال به في النهايه / ٤٢٠ .

٤- (٤) الشرائع ١/٢٩٤ .

٥- (٥) المسالك ١٢/٤٠١ .

٦- (٦) حاشيه الإرشاد المطبوعه ضمن غايه المراد ١/٤٩٠ .

٧- (٧) الدروس ٣/٥٧ .

٨- (٨) الكافي / ١٧٠ .

٩- (٩) التهذيب ٤/١٤٦ .

مِمَّا أوردنا كثيراً منها في كتابنا الكبير أنّ من أحيا أرضاً فهو أولى بالتصرف فيها دون أن يملك تلك الأرض ، لأنّ هذه الأرضين من جملة الأنفال التي هي خاصة للإمام إلا أنّ من أحياها أولى بالتصرف فيها إذا أدى واجبها للإمام ، وقد دللنا على ذلك في كتابنا المذكور بأدله مستوفاه وأخبار كثيرة . . . » (١).

وأنت ترى كلام الشيخ في الكتابين ينحصر بالأنفال فقط ، وهي غير الأرض التي يسلم أهلها وغير الأرض التي تؤخذ عنوه أو يصلح عليها .

وقال في متاجر النهاية بعد تقسيم الأرض إلى أربعة أقسام : « أرض الخراج . . . وأرض الصلح . . . وأرض من أسلم عليها طوعاً . . . ومنها : أرض الأنفال وهي كلّ أرض انجلى أهلها عنها من غير قتال والأرضون الموات ورؤوس الجبال والآجام والمعادن وقطائع الملوك . وهذه كلّها خاصة للإمام يُقبَّلها من شاء بما أراد ويهبها ويبيعها إن شاء حسب ما أراد . ومن أحيا أرضاً ميتاً كان أملك بالتصرف فيها من غيره ، فإن كانت الأرض لها مالك معروف كان عليه أن يُعطي صاحب الأرض طسق الأرض وليس للمالك انتزاعها من يده ما دام هو راغباً فيها ، وإن لم يكن لها مالك وكانت للإمام وجب على من أحياها أن يؤدّي إلى الإمام طسقتها ، ولا يجوز للإمام انتزاعها من يده إلى غيره إلا أن لا يقوم بعمارته كما يقوم غيره أو لا يقبل عليها ما يقبله الغير » (٢).

ولكن كأنه عدل عن إطلاق هذا الرأي بعد حدود عشرين صفحة ، لأنّه قال : «ومن أخذ أرضاً ميتة فأحياها كانت له ، وهو أولى بالتصرف فيها إذا لم يُعرف لها ربّ وكان للسلطان طسق الأرض ، وإن عُرف لها ربّ كان له خراج الأرض وطسقتها ، فإن شرط على صاحب الأرض أنّه يحييها ويكون إرتفاعها مدّه من الزمان ثم يسئلها إليه كان ذلك جائزاً ، وكذلك إن شرط أن يكون على صاحب الأرض مؤونه ما عليه للسلطان كان ذلك جائزاً ولصاحب الأرض أن يأخذها منه أيّ وقت شاء » (٣).

ص: ٤٥٦

١- (١) الاستبصار ٣/١٠٨ .

٢- (٢) النهاية / (٤٢٠ - ٤١٨) .

٣- (٣) النهاية / ٤٤٣ .

والوجه في العدول أنه ذهب إلى ملكيه الأرض الميتة حيث قال : «كانت له» ، وذهب إلى أنه «صاحب الأرض» الظاهران في الملكيه ، وبهذا أفتى في إحياء الموات من المبسوط حيث قال : «الأرضون الموات عندنا للإمام خاصة لا يملكها أحدٌ بالإحياء إلا أن يأذن له الإمام»(١) .

ويظهر منه حصول الملكيه بالإحياء إذا كان يأذن الإمام .

ولكن مع ذلك قال في جهاد المبسوط في حكم موات المفتوحه عنه : «فأمّا الموات فإنّها لا- تغنم وهي للإمام خاصة ، فإن أحيائها أحدٌ من المسلمين كان أولى بالتصرف فيها ويكون للإمام طسقتها . . .»(٢) .

أقول : يمكن الجمع بين قوله بأنّ عمليه الإحياء إذا لم تكن بإذن الإمام فلا تفيد إلاّ الأولويه بالتصرف ، وأمّا إذا كانت بالإذن فتفيد الملكيه . والشاهد عليه قوله في إحياء الموات من المبسوط : «لا يملكها أحدٌ بالإحياء إلاّ أن يأذن له الإمام»(٣) .

ويدلّ عليه قوله قدس سره فيه : «أمّا الغامر فعلى ضربين : غامر لم يجر عليه ملك المسلم وغامر جرى عليه ملك المسلم . . . وأمّا الذى جرى عليه ملك المسلم فمثل قرى المسلمين التى خربت وتعطلت ، فإنه ينظر فإن كان صاحبه معيّنًا فهو أحقّ بها وهو فى معنى العامر وإن لم يكن معيّنًا فإنه يملك بالإحياء لعموم الخبر ، وعند قوم لا يملك . ثم لا يخلو أن يكون لمالكها عقب أو لا عقب له ، فإن كان له عقب فهى لهم وإن لم يكن له عقب فهى للإمام خاصة ، فإذا ثبت ذلك ثبت أنّها مملوكه لا يحييها أحدٌ إلاّ بإذن الإمام»(٤) .

وقال فى غامر بلاد الشرك : «وأمّا الغامر فعلى ضربين : . . . وأمّا الذى جرى عليه ملك فإنه ينظر فإن كان صاحبه معيّنًا فهو له ولا يملك بالإحياء بلا خلاف وإن لم يكن معيّنًا فهو

ص : ٤٥٧

١- (١) المبسوط ٣/٢٧٠ .

٢- (٢) المبسوط ٢/٢٩ .

٣- (٣) المبسوط ٣/٢٧٠ .

٤- (٤) المبسوط ٣/٢٦٩ .

والحاصل ، أنّ الشيخ قدس سره عدل عمّا ذكره في التهذيبيين والنهائيه بما ذكره في المبسوط ، وفيه ذهب إلى مالكيه أراضي الموات إذا كانت عمليه الإحياء بإذن الإمام عليه السلام ، وذهب أيضاً أنّ طرو الموات على الأرض لا يوجب خروجها عن ملك مالكيها بل يبقى في ملكه وملك وراثه .

قال القاضي ابن البراج في ذكر الأنفال : « . . . وكلّ أرض كانت آجماً فاستحدثت مزارع أو كانت مواتاً فأحييت ، فجميع ذلك من الأنفال . . . وله بعد أنقضاء مدّه القبالة أن يقبضها وينزعها ممّن هي في يده بالقبالة ، ويقبلها لغيره إلا أن يكون ممّا كانت مواتاً فأحييت ، فإنّها إذا كانت كذلك لم ينتزع من يد من أحيّاها ، وهو أولى بالتصرف فيها ما دام يتقبلها بما يتقبلها به غيره ، فإن لم يتقبلها بذلك جاز للإمام عليه السلام أن ينتزعها من يده ويقبلها لغيره كما يراه ، ويجب على المتقبل فيما يبقى في يده بعد إخراج مال القبالة وما لحقه عليها من المؤن العشر أو نصف العشر حسب ما يراه الإمام عليه السلام» (٢).

قال ابن زهره : «ومن أحيى أرضاً بإذن مالكيها ، أو سبق إلى التحجير عليها كان أحقّ بالتصرف فيها من غيره وليس للمالك أخذها منه ، وإلا أن لا يقوم بعمارتها أو لا يقبل عليها ما يقبل غيره بالإجماع المشار إليه ، ويحتجّ على المخالف بما رووه من قوله عليه السلام : من أحيى أرضاً ميتة فهي له ، وقوله : من أحاط حائطاً على أرض فهي له ، والمراد بذلك ما ذكرناه من كونه أحقّ بالتصرف ، لأنّه لا يملك رقبه الأرض بالإذن في إحيائها» (٣).

أقول : أنت ترى هذين الفقيهين ذهباً إلى ما ذهب إليه الشيخ في التهذيبيين من أن الإحياء يوجب أولويه التصرف فقط ولا يوجب الملكيه .

ولكن ابن إدريس قال : «والأرضون الموات عندنا للإمام خاصه لا يملكها أحد»

١- (١) المبسوط ٣/٢٦٩ .

٢- (٢) المهذب ١/١٨٣ .

٣- (٣) غنيه النزوع / ٢٩٣ .

بالإحياء إلا أن يأذن الإمام له» (١).

وهذا بعينه التفصيل الذى مرّ عن الشيخ وتبعه المحقق ، ولكن زاد وقال : « وأما الموات . . . فهو للإمام عليه السلام لا يملكه أحدٌ وإن أحياه ما لم يأذن له الإمام وإذنه شرط ، فمتى أذن ملكه المحيى له إذا كان مسلماً . . . وكلّ أرض جرى عليها ملك لمسلم فهي له أو لورثته بعده ، وإن لم يكن لها مالك معروف معيّن فهي للإمام ولا يجوز إحيائها إلا بإذنه ، فلو بادر مبادر فأحيها من دون إذنه لم يملك . وإن كان الإمام عليه السلام غائباً كان المحيى أحقّ بها ما دام قائماً بعمارتها ، فلو تركها فبادت آثارها فأحيها غيره ملكها» (٢).

وقال فى المختصر : «الموات . . . فهو للإمام لا يجوز إحياءه إلا بإذنه ومع إذنه يملك بالإحياء ، ولو كان الإمام غائباً فمن سبق إلى إحيائه كان أحقّ به» (٣).

أقول : أنت ترى أنّ المحقق فضّل بين زمنى الظهور والغيبه ، ذهب فى الظهور إلى ملكيه عمليه الإحياء مع الإذن وفى الغيبه ذهب إلى الأولويه فقط ، كأنه لم يثبت لديه الإذن العام فى عصر الغيبه . وتبعه العلامة الحلّى فى بعض كتبه (٤) ، ولكن هذا التفصيل غير تام ، لورود الإذن العام عنهم عليهم السلام ، ولذا قال سيد الرياض فى شأن تفصيله : «وجهه غير واضح إن لم ينعقد الإجماع عليه» (٥) . وقال فى الجواهر : ( ولكن - مع أنه لا- دليل على ذلك - لا- تخلو من تنافٍ بين قوله أولاً- « أحقّ » مشعراً بعدم الملك وبين قوله ثانياً « ملكها » ) (٦) .

وقال العلامة الحلّى فى إحياء الموات من التذكرة : «ولا يجوز لأحدٍ إحيائها إلا بإذنه ، فإن بادر إليها إنسان وأحيها من دون إذنه لم يملكها ، ولو كان الإحياء حال غيبه الإمام عليه السلام كان المحيى أحقّ بها ما دام قائماً بعمارتها ، فإن تركها فزالت آثارها فأحيها غيره ملكها ، فإذا

ص: ٤٥٩

١- (١) السرائر ١/٤٨١ .

٢- (٢) الشرائع ٣/٢١٦ و ٢١٥ .

٣- (٣) المختصر النافع / ٢٥٩ .

٤- (٤) نحو تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٤٨٤ .

٥- (٥) رياض المسائل ١٤/١٠٩ .

٦- (٦) الجواهر ٣٨/٢٨ .

ظهر الإمام عليه السلام يكون له رفع يده عنها لما تقدم «(١)» .

أقول : أنت ترى تبع العلامة أستاذة المحقق في التفصيل الذى اختاره ، وقد مرّ الإشكال فيه ، ولكن العلامة ذكره فى نفس الكتاب (٢) مرّه أخرى وكذا اختاره فى التحرير وقال : «إنّ البلاد ضربان : بلاد الإسلام وبلاد الشرك ، فبلاد الإسلام إمّا عامرة وهى لأربابها خاصّة ، وإمّا موات فإن لم يجر عليها ملكٌ مسلم فهى للإمام خاصّة وإن جرى عليها ملكٌ ثم عطلت فإن كان المالك أو وارثه معلوماً فهو أحقّ بها ولا- تخرج بخرابها عن التملك لصاحبها ولا يصح لغيره إحيائها ، وإن لم يكن صاحبها معيّناً فهى للإمام خاصّة لا يملكها المحيى من دون إذن الإمام . . . ولو كان الإمام غائباً كان المحيى أحقّ بها ما دام قائم بعمارتها ، فإن تركها فزالت آثاره فأحيائها غيره كان الثانى أحقّ ، فإذا ظهر الإمام كان له رفع يده عنها» (٣) .

أقول : ونحوها معنّى فى القواعد ٢/٢٦٧ .

وقال الشيخ على بن محمد بن محمد القمى السبزواري : «ومن أحيى أرضاً بإذن مالكها أو سبق إلى التحجير عليها ، كان أحقّ بالتصرف فيها من غيره وليس للمالك أخذها منه ، إلا أن لا يقوم بعمارتها [أ] ولا يقبل عليها ما يقبل غيره ، لقوله عليه السلام : من أحيى أرضاً ميتة فهى له ، والمراد بذلك ما ذكرناه من كونه أحقّ بالتصرف فيها ، لأنّه لا- يملك رقبه الأرض بالإذن فى إحيائها» (٤) .

وقال الشهيد : «عمر الأرض ملك لأربابه ، ولو عرض له الموات لم يصح لغيرهم إحياءه إلا بإذنهم ، ولو لم يعرفوا فهو للإمام ، وكذا كلّ موات من الأرض لم يجر عليه ملك أو ملك وباد أهله ، سواء كان فى بلاد الإسلام أو بلاد الكفر» (٥) .

وقال فى رابع شرائط التملك بالإحياء : «ورابعها : أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو معاهد ،

ص : ٤٦٠

١- (١) تذكره الفقهاء ٢/٤٠١ من طبع الحجرى .

٢- (٢) تذكره الفقهاء ٢/٤٠٣ من الطبع الحجرى .

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٤٨٤ و ٤٨٣ .

٤- (٤) جامع الخلاف والوافق / ٣٦٢ .

٥- (٥) الدروس ٣/٥٥ .



فلو سبق ملك واحد منهما لم يصح الإحياء . نعم لو تعطلت الأرض وجب عليه أحد الأمرين : إما الإذن لغيره أو الانتفاع ، فلو امتنع فلحاكم الإذن وللمالك طسّقها على المأذون ، فلو تعذر الحاكم فالظاهر جواز الإحياء مع الإمتناع من الأمرين وعليه طسّقها . . . ومجرد ثبوت يد محترمه كافٍ في منع الغير من الإحياء وإن لم يعلم وجود سبب الملك . نعم لو علم إثبات اليد بغير سبب ملك ولا موجب أولويه فلا عبره به»(١).

وقال ابن فهد الحلبي بعد نقل روايات الإحياء وجوازها : «وأجمعت الأمة على تملك الأرض الميتة مع إحيائها إذا خلت عن الموانع»(٢).

واختار المحقق الثاني القول ببقاء الملكيه بعد الخراب وعدم جواز إحياء الثاني إلا بإذن الأول ، قال : « . . . واللام تقتضى الملك ، وخروج الملك يحتاج إلى سبب ناقل وهو محصور ، وليس من جملة الأسباب الخراب ، ولأنّ ما ملك بيع أو إرث ونحوهما لا يخرج عن الملك بخرابه - صرح به في التذكرة(٣) - والظاهر أنّه إتفاقيّ ، فكذا ما هنا للإستواء في الملك ولأنّ مطلق الملك لا بدّ أن ينتهي إلى الإحياء ، وهذا متين»(٤).

وكذا ذهب في رسالته المفردة التي كتب في هذه المسألة - أي رساله الأرض المندرسه - إلى نفس هذا القول وقال : « . . . ولأنّ الملك واستحقاق التصرف ومنع الغير منه كان ثابتاً قبل عروض خراب الأرض ، والأصل بقاؤه ، لأنّ أسباب زوال الملك محصوره شرعاً وليس هذا واحداً منها . . . وكأنّ القول بملكيه هذه الأرض بالإحياء ، مع القول بعدم ملكيه المملوكه بسبب غير الإحياء إذا خربت فأحيائها غير مالکها لا يجتمعان ، والثاني ثابت بالإجماع فينتفى الأول .

بيان التنافي : إنّ عروض الموت للأرض إن كان سبباً للخروج عن الملك وجب الحكم

ص : ٤٦١

١- (١) الدروس ٣/٥٧ و٥٦ .

٢- (٢) المهذب البارع ٤/٢٨٥ .

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢/٤٠١ من الطبع الحجري .

٤- (٤) جامع المقاصد ٧/١٨ .

بالخروج فى الموضوعين معاً ، وإلاّ وجب الحكم بعدم الخروج فيهما معاً»(١).

وأما الشهيد الثانى قوَى القول بخروج الأرض عن الملكيه لطرو الخراب وأنها يملكه الثانى بعد الإحياء ، قال فى توجيهه بعد ذكر الروايات الواردة فى المقام : « . . . ولأنّ هذه الأرض أصلها مباح ، فإذا تركها حتّى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحه ، كما لو أخذ ماءً من دجله ثم رده إليها . ولأنّ العله فى تملك هذه الأرض الإحياء والعماره ، فإذا زالت العله زال المعلول وهو الملك ، فإذا أحيها الثانى فقد أوجد سبب الملك ، فيثبت الملك له ، كما لو التقط شيئاً ثم سقط من يده وضاع عنه فالتقطه غيره ، فإن الثانى يكون أحقّ به . وهذا القول قوَى لدلاله الروايات الصحيحه عليه . . . »(٢).

وقال فى الروضه فى شرح قول الشهيد : « (وغامرهما . . . للإمام) فلا يصح إحياءه بغير إذنه مع حضوره ، أما مع غيبته فيملكها المحيى . . . (وكذا كل ما) أى موات من الأرض (لم يجر عليه ملك المسلم) فإنّه للإمام عليه السلام ولا يصح إحياءه إلاّ بإذنه مع حضوره وبياح فى غيبته . ومثله ما جرى عليه ملكه ثم باد أهله (ولو جرى عليه ملك مسلم) معروف (فهو له ولو ارثه بعده) كغيره من الأملاك (ولا- ينتقل عنه بصيرورته مواتاً) مطلقاً ، لأصالة بقاء الملك وخروجه يحتاج إلى سبب ناقل وهو محصور وليس منه الخراب . وقيل : يملكها المحيى بعد صيرورتها مواتاً ويبطل حقّ السابق لعموم « من أحيى أرضاً ميتة فهى له » . . . وهذا هو الأقوى . وموضع الخلاف ما إذا كان السابق قد ملكها بالإحياء ، فلو كان قد ملكها بالشراء ونحوه لم يزل ملكه عنها إجماعاً على ما نقله العلامة فى التذكرة عن جميع أهل العلم (وكل أرض ترك أهلها عمارتها فالمحيى أحقّ بها) منهم ، لا بمعنى ملكه لها بالإحياء لما سبق من أنّ ما جرى عليه ملك مسلم لا ينتقل عنه بالموت فترك العماره التى هى أعم من الموت أولى ، بل بمعنى استحقاقه التصرف فيها ما دام قائماً بعمارتها (وعليه طسّقها) أى أجرتها (لأربابها) الذين تركوا عمارتها . أما عدم خروجها عن ملكهم فقد تقدّم ، وأما جواز إحيائها مع القيام بالأجره

ص : ٤٦٢

١- (١) رساله الأرض المندرسه ، المطبوعه ضمن رسائل المحقق الكركى ٢/٢٠٣ و٢٠٢ .

٢- (٢) المسالك ١٢/٤٠٠ .

وقال في حاشيته على الإرشاد معلقاً على قوله العلامة (وللإمام تقبيل كل أرض ميتة ترك أهلها عمارتها) ، « هكذا أطلق المصنف رحمه الله وجماعه ، والأقوى التفصيل ، وهو أنّ الأرض التي جرت عليها يد مالكٍ ثمَّ خربت لا تخلو إمّا أن تكون قد انتقلت إليه بالشراء ونحوه أو بالإحياء ، والأولى لا يزول ملكه عنها بالخراب إجماعاً نقله المصنف في التذكرة عن جميع أهل العلم ، والثانية - وهي التي مُلكت بالإحياء - لا تخلو إمّا أن يكون ملكها مُعَيَّناً أو غير مُعَيَّنٍ ، والثانية تكون للإمام عليه السلام من جملة الأنفال يملكها المحيي لها في حاله الغيبة ، فإن تركها حتى خربت زال ملكه عنها وجاز لغيره تملكها ، وهكذا الأولى - وهي التي قد خربت ولها مالك معروف - قد اختلف فيها الأصحاب على أقوال أجودها أنّها تخرج عن ملك الأول ويسوغ أحيائها لغيره ويملكها المحيي » (٢).

وذهب الشيخ محمّد نظام الدين الساجي تلميذ الشيخ بهاء الدين محمد العاملي في تكمله كتاب جامع عباسي لأستاذه : إلى حصول الملكية بعملية الإحياء وأنّ ملك المسلم لم يزل بطرو الخراب ، ولا يجوز للغير إحياءه من دون إذن مالكة لو كان حاضراً ، وأمّا إذا كان المالك غائباً فعمرها الثاني كان هو (أى الثاني) أحقّ بها من غيره ما دام قائم بعمارتها (٣).

وقال المحقق الأردبيلي في شرح قول العلامة في الإرشاد (وكل من سبق إلى إحياء ميتة فهو أحقّ بها ولو كان لها مالك معروف فعليه طسقتها له) : «ظاهره يدل على جواز التصرف بالتعمير والزراعة في أرض الغير ، وصيروره المتصرف أولى بها إذا ترك عمارتها من غير إذنه وإن كان معلوماً بعينه ومعروفاً ، إلّا أنه يلزمه أجره المثل . وفيه تأمل ، إلّا أن يقال : عُلم الإذن من الإعراض والترك كما يُعلم ذلك في سائر الأموال المعروض عنها غير الأرض .

وأما لزوم الأجر حينئذ كأنه لعدم العلم بالإعراض عنها ، مع إمكان العدم ما لم

١- (١) الروضة البهية ٢/٢١٠ من الطبع الحجري (٧/١٤٠ - ١٣٦) .

٢- (٢) حاشية الإرشاد ، المطبوعه ضمن غايه المراد ١/٤٩٠ و ٤٨٩ .

٣- (٣) جامع عباسي / ٢٣١ من الطبع الحجري عام ١٣٢١ ق ، و ص ٥٩٧ و ٥٩٨ من الطبعة الحديثه عام ١٣٨٦ ش من منشورات جماعه المدرسين بقم المقدسه ، والكتاب يكون باللغه الفارسيه .

يطلب (١) ، وإمكان عدم فهم عدم الإذن (٢) ، إلا أنه ما ذكره لأن ذلك معلوم من الخارج بأنه إن كان بالإذن فهو جائز ولا عقاب ، وإلا فلا يجوز ويستلزم استحقاقه ، وعلى التقديرين الأجره لازمه (٣) .

أقول : فى العبارة تشويش ، ومع ذلك ذهب الأردبيلى إلى عدم جواز إحياء الثانى إلا إذا كان مأذوناً من المالك ، فهو يرى بقاء الملك لمالكه الأول مطلقاً بعد طرو الخراب عليه .

وقال المحقق السيزوارى : «الثالثة : إذا جرى على الأرض ملك أو ما فى حكمه لمسلم معروف ومن بحكمه فما دامت عامره فهى له ولورثته بعده وإن ترك الانتفاع بها بلا خلاف فى ذلك ، وإن خربت فإن كانت من الأراضى المفتوحة عنوه لم يزل ملك المسلمین عنها ، وإن ملكها بالشراء والعطية ونحوها لم يزل ملكه عنها على المعروف ، ونقله فى التذكرة عن جميع أهل العلم . وإن ملكها بالإحياء ثم تركها حتى رجعت مواتاً ففيه للأصحاب قولان :

أحدهما : ما ذهب إليه جماعه منهم الشيخ ، وهو بقاؤها على ملك مالکها .

وثانيهما : ما ذهب إليه العلامة فى بعض فتاواه ومال إليه فى التذكرة ، وهو صحه إحيائها وكون الثانى أحقّ بها من الأول . وهذا القول أقرب (٤) .

وقال أيضاً : «الرابعة : إذا لم يكن للأرض مالك معروف ، فإن كانت الأرض حيّه فهى مال مجهول المالك يجرى فيها حكمه ، وإن كانت مواتاً وكانت فى الأصل لمالك معين ثم جهل مالکها فهى للإمام ، فإن كان حاضراً لم يصح إحيائها إلا بإذنه وإن كان غائباً لم يتوقف الإحياء على الإذن وكان المحيى أحقّ بها من غيره ما دام قائماً بعمارتها ، ولو تركها فبادت آثارها فأحيائها غيره ملكها ، ومع ظهور الإمام يكون له رفع يده عنها . . .» (٥) .

وقال الآقا جمال الدين الخوانسارى فى حواشيه على الروضة : « . . . وبالجملة فالظاهر

ص : ٤٦٤

- ١- (١) أى مع إمكان عدم لزوم الأجره ما دام لم يطالبها المالك .
- ٢- (٢) أى ويمكن لزوم الأجره ما دام لم يفهم عدم إذن المالك الأول لإحياء الثانى .
- ٣- (٣) مجمع الفائده والبرهان ٧/٤٨٦ .
- ٤- (٤) الكفايه ٢/٥٤٧ و ٥٤٦ .
- ٥- (٥) الكفايه ٢/٥٤٨ .

فيما كان السابق بالإحياء هو القول بأحقّيته الثاني غير لزوم الطسق ، والله تعالى يعلم»(١).

وقال سيد الرياض : « (وكلّ أرض موات سبق إليها سابق وأحيائها) وأخرجها من عطلتها (فهو أحقّ بها وإن كان لها مالك) ومعروف (فعلية طسّقها له) بلا- خلافاً في جواز إحيائها مع عدم معرفته صاحبها ، ولا- في وجوب الأجر له إذا كان معروفاً وملكها بغير الإحياء .

وفي وجوبها له إذا ملكها بالإحياء خلاف مبنى على الاختلاف في زوال ملك الأول الحاصل له بالإحياء ، بإحياء المحيي الثاني أم لا ؟ فقد اختلفوا فيه على أقوال :

قيل : نعم ولا يستحق شيئاً ويملكه المحيي الثاني لعموم الصحاح . . . .

وقيل : لا ، لأصالة بقاء الملك والصحيح . . . .

فمقتضى الجمع بينهما صرف ظهور الصحيحه الأولى من الملكيه للثاني إلى الأحقّيه جمعاً وإلا لزم طرح الثانيه رأساً . ويُراد من الحق فيها الأجره لا الرقبه ، لصراحه الأولى في عدم لزوم أدائها وأحقّيته الثانيه بها .

والحاصل ، أنّ العمل بالروايتين معاً يقتضى صرف ظاهر كل منهما أو مجمله إلى صريح الآخر أو مبينه ، وهذا الجمع أولى من الجموع الآخر . . . .

وعلى المختار ففي توقف الإحياء على استئذان المالك مع الإمكان وإلا فالحاكم وإلا فيحیی هو حشبه ، كما هو مقتضى الأصول الشرعيه وأفتى به الشهيد في الدروس أم لا كما هو ظاهر الأخبار وأكثر الأصحاب ، وجهان . ولا ريب أنّ الأول إنّ لم نقل بكونه أقوى فهو أحوط وأولى»(٢) .

وقال جدی الشيخ جعفر قدس سره : «الأرض التي كانت محياه بأيدي المسلمين ، والحكم فيها : أنّها إن كانت مملوكة بالإحياء ثم ماتت ، كان إحيائها كإحياء موات الأصل ، يملكها المحيي ، كما أنّ سبب التحجير فيها إذا اندرس رجعت إلى أصلها . وإن كان الملك لا عن إحياء ،

ص: ٤٦٥

١- (١) حاشيته على الروضة البهيه/ الطبع الحجري من دون الترقيم بل قبل سبعة أوراق بنهايه الكتاب .

٢- (٢) رياض المسائل ٨ / (١٢٤ - ١٢٤) .

بل عن بيع وشراء أو ميراث أو غير ذلك من الأسباب ، فإن عمرّها المالك فهو أولى بها ، وإن ترك عمارتها أعطاها ولى الأمر لمن يعمرها وعين عليه قدرًا من الحاصل لصاحبها» (١).

وعَدَّ من أرض الأنفال : «أرض مُلكت بالإحياء ثم ماتت» (٢).

وقال فى شرح القواعد فى شأن أرض الأنفال : «وهذه الأرض بأقسامها للإمام عليه السلام ، لا يجوز التصرف بها مع الحضور ورخص بذلك مع الغيبه مجاناً ، ويملك المحيى للموات بما يُسمّى إحياء عرفاً ما لم يسبق عليه تحجير أو حریم لعامر . . . وإذا ظهر المالك - روى له الفداء - رجع الملك إلى أهله . . .» (٣).

وقال فى الأرض المفتوحة عَنه : «وأما ما علم موته حينه فالأقوى أنه للإمام ويملكه المحيى له بعد الغيبه كافراً كان أو مسلماً مخالفاً كان أو مؤمناً - على إشكال فى القسمين الأولين - ملكاً مشروطاً ببقاء التعمير ويزول بزواله على الأصح وبغيبه الإمام روى له الفداء ، فإذا ظهر (عج) رجع المال إلى أهله ولا- يجوز التصرف إلا بإذنه ، والظاهر أنه يأخذ منه ضريبه ويبقيه فى يده» (٤).

وتبعه تلميذه السيد العاملى يرى أولاً- جواز الإحياء للثانى ولكنه لا- يملك ، ثم يرى ثانياً قول المحقق الثانى - أى لا- يجوز التصرف فيها أصلاً إلا بإذن المالك - هو الأوفق بالضوابط ، ثم يرى ثالثاً أنّ تفصيل الشهيد قوى ، قال قدس سره : «وكيف كان قالتريج لما عليه الأصحاب من أنه يجوز إحيائها للثانى ولكنه لا يملكها لما عرفت ، بل الأوفق بالضوابط قول المحقق الثانى وتفصيل الشهيد قوى جداً» (٥).

وقال المحقق الهمدانى : «ثم إنَّ التقييد بكون الأرض الميته المملوكة ممّا باد أهلها فى المتن وغيره بحسب الظاهر للإحتراز عمّا كان لها مالك معروف ، فإنّها له بلا خلاف فيه على الظاهر

ص : ٤٦٦

١- (١) كشف الغطاء ٤/٣٩٩ .

٢- (٢) كشف الغطاء ٤/٤٠٧ .

٣- (٣) شرح القواعد ٢/٢١١ و ٢١٢ .

٤- (٤) شرح القواعد ٢/٢٠٩ .

٥- (٥) مفتاح الكرامه ٧/١٠ الطبعه القديمه .

ولا إشكال لو لم يكن ملكه لها بالإحياء . وأمّا لو كانت مملوكةً بالإحياء ففي زوال ملكيتها بعروض الخراب لها ورجوعها إلى ملك الإمام كما كان قبل الإحياء وعدمه قولان في باب الإحياء ، لا يخلو ثانيهما عن قوه ، وتحقيقه موكول إلى محلّه» (١) .

وقال المحقق الخوئي : «... فيعلم من ذلك أنّ مجرد الخراب لا يستوجب الخروج عن ملك المالك والدخول في ملك الإمام عليه السلام ليعدّ من الأنفال ، بل هو مشروط بالإعراض والإنجلاء...» (٢) .

### وأما الروايات الواردة في المقام

طائفه منها تدلّ على مالكيه الأرض لمحييها بلا فرق بين زمني الحضور والغيبه :

منها : صحيحه الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أحيى أرضاً مواتاً فهي له (٣) .

ظهور اللام في الملكيه واضح ، وضمير «هي» ترجع إلى الأرض ظاهره في ثبوت ملكيته لرقبه الأرض ، وصدور هذا البيان وعدم تقييده بزمن الحضور وعدم ورود المخصص يدلّ على أنّ الحكم عام يشمل زمني الحضور والغيبه .

ومنها : صحيحه زراره عن أبي جعفر صلى الله عليه وآله وسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أحيى مواتاً فهو له (٤) .

ومنها : معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من غرس شجراً أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد ، وأحيى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله

ص : ٤٦٧

١- (١) مصباح الفقيه ١٤/٢٤٢ .

٢- (٢) مستند العروه الوثقى . كتاب الخمس / ٣٥٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢ ح ٥ . الباب ١ من أبواب إحياء الموات .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢ ح ٦ .

ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم (١).

وهذا القضاء من الله ورسوله في زمن الحضور والغيبه ، وأنت ترى أنّ التفصيل بينهما لا وجه له .

ومنها : صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل - وأنا حاضر - عن رجل أحيى أرضاً مواتاً فكري فيها نهراً ، وبنى بيوتاً وغرس نخلاً وشجراً ، فقال : هي له وله أجر بيوتها وعليه فيها العشر فيما سقت السماء ، أو سيل وادٍ أو عين ، وعليه فيما سقت الدوالي والقرب نصف العشر (٢).

ومنها : معتبره محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحقّ بها وهي لهم (٣).

وفي هذه المعتبره قد فسّر الإمام عليه السلام أنّ المراد بالأحقّيه في إحياء الأرض هي المالكيه ، بقريته اللام الظاهره في الملكيه ، ومثلها :

صحيحه محمد بن مسلم قال : سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ قال : ليس به بأس - إلى أن قال : - وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها وهي لهم (٤).

ظهر من هذه الصحيحه - وقد ذكرها صاحب الوسائل بتمامها في كتاب الجهاد (٥) - وتطبيق الإمام عليه السلام أنّ المراد بمن فيها مطلق ، ولا يشمل المؤمن أو المسلم فقط بل يشمل اليهود والنصارى ، وبعدم الفرق بين الكافر الكتابي وغيره يظهر حكم الكافر غير الكتابي .

ونحوها مرسله الصدوق قال : قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على خيبر فخارجهم على أن يكون الأرض في أيديهم يعملون فيها ويعمرونها ، وما بأس لو اشتريت منها شيئاً ، وأيما قوم

ص: ٤٦٨

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٣ ح ١ . الباب ٢ من أبواب إحياء الموات .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢ ح ٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢ ح ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٥/٤١١ ح ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥/١٥٦ ح ٢ . الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو .



أحيوا شيئاً من الأرض فعمره فهم أحقّ به وهو لهم (١).

ومن هنا ظهر معنى كلمه « الأحياء » فى غيرها من الروايات الوارده فى شأن الإحياء أنّ المراد بها هى الملكيه :

ومنها : صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال : أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها (٢).

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ المراد بأداء الحقّ الوارد فى صحيحه سليمان بن خالد هو ردّ رقبه الأرض للمحيى الأول ، لأنّ حقّه هو ملكيته للأرض ، وإليك نصّها :

صحيحه سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتى الأرض الخربه فيستخرجها ويجرى أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه ؟ قال : الصدقه ، قلت : فإن كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليؤدّ إليه حقّه (٣).

وفى هذه الصحيحه يسأل السائل عن أرضٍ كان لها مالك ولكنّه ترك إحياءها فصار مواتاً وأحيائها الثانى فماذا عليه ؟ أجاب الإمام بأنّ عليه الصدقه - أى الزكاه فقط - إن كان لا يعرف صاحبها أو يعلم إعراضه عنها ولكنّه إذا عرف صاحبها فليؤدّ إليه حقّه أى أرضه ، لأنّه مالك لرقبه الأرض . هذا ما استفدته منها .

وكذا يُحمل الترك على الإعراض فى الروايات الآتية بقرينه أنّ المحيى يصير مالكا لرقبه الأرض .

نحو : صحيحه معاويه بن وهب قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : أيما رجل أتى خربه باثره فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فإنّ عليه فيها الصدقه ، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها ، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله ولمن عمّرها (٤).

بل لا بدّ أن تُحمل فى هذه الصحيحه كلمه « تركها » ب- « أعرض عنها » ، وإلا لا يتم

ص : ٤٦٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢ ح ٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥/٤١١ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٥ ح ٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٤ ح ١ .

تطبيق الكبرى الموجوده فى آخرها على المطلوب ، وهو ملكيه المحيى الثانى على الأرض ، وهى قوله عليه السلام : « فإِنَّ الأرضَ لله وللمن عمّرها » .

ولأنه لو لم يعرض المحيى الأوّل عن الأرض فالكبرى تنطبق عليه لا-على الثانى ، فلا بدّ من حمل كلمه « تركها » فيها على الإيعراض حتّى تنطبق الكبرى على الثانى . والأمر هكذا فى الصحيحه الآتية ، فلا بدّ من حمل كلمه « تركها أهلها » فى كلام السائل على إيعراض أهلها ، وإلا-لم تنطبق الكبرى الوارده فى كلام الإمام عليه السلام ، وهى قوله : « مَنْ أَحْيَى أَرْضاً مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَهِيَ لَهُ » على المحيى الثانى ، بل تنطبق على المحيى الأوّل ، وهو خلاف المطلوب . هذا ما ظهر لى عند التأمل .

ومنها : صحيحه عمر بن يزيد قال : سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمّرها وكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً ؟ قال : فقال أبو عبد الله عليه السلام : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : من أحى أرضاً من المؤمنين فهى له وعليه طسّقها يؤدّيه إلى الإمام فى حاله الهدنه ، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه (١) .

يُحمل بقريته ما ذكرنا « الترك » الوارد فى كلام السائل على الإيعراض ، ولكن الوارد فى جواب الإمام عليه السلام تقييد المحيى بالإيمان ، ولا يمكن تقييد المطلقات به لأنهما مثبتان . والظاهر بعد قبول أنّ عمليه الإحياء توجب الملكيه لا بدّ من حمل الطسّق الوارد فيها على الزكاه ، كما تظهر من صحيحتى سليمان بن خالد (٢) وعبد الله بن سنان (٣) الماضيتان .

ويمكن أن يبقى على ظاهره فيصير معنى كلمه « الطسّق » الأجره ، لأنّ الأرض الموات من الأنفال ، والأنفال كلّها للإمام عليه السلام ، فيمكن له أن يأذن فى عمليه الإحياء ولكن مع جعل الطسّق ، أى الأجره على المحيى ، فله أنّ يجعل الطسّق والأجره . ولكن لم يعهد منهم هذا الجعل ، ويمكن أن يجعله صاحب العصر (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره .

ص : ٤٧٠

١- (١) وسائل الشيعة ٩/٥٤٩ ح ١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٥ ح ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢ ح ٨ .

وأما التفصيل الوارد فيها بين زمان ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) وبين غيره فلا بأس به ، أى للقائم (عج) أن يأخذ الأرض من المحيى أو له أن يجعل عليه الطسق أو الأجره . كما يمكن دعوى أنّ المراد بالهدنه زمن حكمه غير الأئمه عليهم السلام ، والمراد بزمن الظهور زمن حكومتهم ، لأنّ كلّهم القائمون بالحقّ .

ويمكن أن يقال بأنّ الضمير المستتر فى كلمه «تؤخذ» يرجع إلى الزكاه ، فيصير المعنى : أنّ القائم - بالمعنيين - يأخذ الزكاه فى زمن ظهوره أو اقتداره ولكن فى غيرها من الزمن على المالك أن يؤديها . هذا ما ظهر لنا بعد التأمل فى الروايه .

ومنها : خبر أبى خالد الكابلى عن أبى جعفر عليه السلام قال : وجدنا فى كتاب على عليه السلام : «إِنَّ الْأَرْضَ لَللَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ» (١) ، أنا وأهل بيتى الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلّها لنا ، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى وله ما أكل منها ، فإن تركها وأخرّبها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيّاها فهو أحقّ بها من الذى تركها ، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتى وله ما أكل منها حتى يظهر القائم (عج) من أهل بيتى بالسيف ، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومنعها ، إلا ما كان فى أيدي شيعتنا ، فإنّه يقاطعهم على ما فى أيديهم ويترك الأرض فى أيديهم (٢) .

عبرنا عن الروايه بالخبر لأنّ أبى خالد الكابلى إثنان :

أحدهما : الكبير اسمه كندر وقيل وردان ، وقد ذكره الشيخ فى أصحاب على بن الحسين زين العابدين عليه السلام (٣) . وهذا الرجل ثقة بلا ريب عندنا .

ثانيهما : الصغير واسمه وردان ذكره الشيخ فى أصحاب الباقر عليه السلام وقال : «وردان أبو خالد الكابلى الأصغر ، روى عنه عليه السلام وعن أبى عبد الله عليه السلام ، والكبير اسمه كندر (٤)» . وكذا

ص : ٤٧١

١- (١) سورة الأعراف / ١٢٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤ ح ٢ .

٣- (٣) رجال الشيخ / ١٠٠ الرقم ٢ .

٤- (٤) رجال الشيخ / ١٣٩ الرقم ٥ .

ذكره في أصحاب الصادق عليه السلام وقال في شأنه : «وردان أبو خالد الكابلي الأصغر روى عنهما عليهما السلام والأكبر كنكر» (١). وهذا الأصغر لم يرد توثيقه ، ولذا استشكل في سند الرواية بأن أبا خالد الكابلي إما مشترك أو أن الراوى عن أبي جعفر عليه السلام هو الأصغر فقط - كما هو الصحيح - ولذا لا يمكن الحكم باعتبار سندها . بل هي ضعيفه الإسناد لعدم اعتبار أبي خالد الكابلي الأصغر الراوى عن أبي جعفر عليه السلام ، ولذا تعجب الشيخ الحر في حاشيه الوسائل (٢) من الشهيد الثانى فى محلّه .

وأما المذكور فى رجال الشيخ فى أصحاب الصادق عليه السلام بعنوان «كنكر أبو خالد القمط كوفى» (٣) ، وكذلك عنوانه فى الفهرست وقال : «أبو خالد القمط له كتاب وقال ابن عقده : اسمه كنكر» (٤) . يكون غيرهما لأنهما الكابليان وهذا الرجل كوفى بتصريح الشيخ ، ويبعد اتحاد الأخير مع أبى خالد الكوفى المذكور فى رجال الشيخ فى أصحاب الرضا عليه السلام (٥) لبعده الزمان .

وأما دلالتها : فيمكن حملها على ما ذكرنا ، بأن للإمام عليه السلام أن يجعل على الأراضى الأنفال الخراج أو الطشق أو الأجره ، والمراد بجمله «وله ما أكل منها» أنه مالكها ، ولكن لو تركها وأعرض عنها يجوز للغير إحيائها وتملكها مع أداء الخراج . ولا يمكن الحكم بتقييد مطلقات الإحياء بالمسلمين ، لأنهما كما مر مثبتتان . والروايه تدلّ على أنّ القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره يأخذ الأرض من غير شيعته ويأخذ منهم الخراج .

ولا بأس بالأخذ بما فيها بالنسبه إلى ما بعد الظهور لو تمّ سندها . والأمر فيه سهل ، لأنّ الإمام عليه السلام عالم بوظيفته وعلينا أن نطيعه . ويمكن اختلاف الحكم بين زمنى ما قبل الظهور وما بعده .

والحاصل : ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكه رقبه الأرض للمحبي - بلا فرق

ص : ٤٧٢

- ١- (١) رجال الشيخ / ٣٢٨ الرقم ٢٦ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٥ .
- ٣- (٣) رجال الشيخ / ٢٧٧ الرقم ٩ .
- ٤- (٤) الفهرست / ٥٢٢ الرقم ٨٣٠ .
- ٥- (٥) رجال الشيخ / ٣٩٦ الرقم ٢ .

بين كونه مؤمناً أو مسلماً أو كتابياً أو مشركاً - ولا تخرج عن ملكه إلا بالإعراض أو الأسباب الناقله للملك ، كما عليه المشهور من أصحابنا ، ولا يجوز لأحد إحياؤها أو التصرف فيها إلا بإذنه .

نعم ، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحياؤها ولكن لو علم المحيي أو حضر المالك يجب على المحيي ردّ رقبه الأرض والأجره له .

ومن المعلوم أنّ النزاع يختص بأراضى الأنفال ، وأمّا غيرها من الأراضى لا يختلف أحدٌ بأنّها باقيه على ملك مالکها ولو طرأ عليه الموات . ومن هنا ظهر حكم الأراضى المفتوحه عَنْوَه لو طرأ عليها الخراب ، فهى باقيه على ملك المسلمين بلا خلاف عند الأصحاب (قدس الله أسرارهم) . هذا ما أدى إليه نظرى القاصر بعد التتبع والتأمل فى الروايات ، والله سبحانه هو العالم .

## **الثانى عشر : هل تلحق الضرائب بالخراج والمقاسمه أم لا ؟**

### **اشاره**

قد مرّ فى أول البحث تعريف الخراج والمقاسمه ، وقد ظهر منه أنّهما غير الضريبه والماليات والميرى ، وبعد ثبوت الغيريه فهل تلحق الضرائب بهما من جهه جواز أخذها للغير أم لا ؟

من المعلوم أنّ جواز أخذ مال الغير حكم على خلاف الأصل والقاعده الأوليه ، فلا بدّ من القول به عند ما يكون دليل عليه ، وحيث لم يرد دليل بالنسبه إلى الضريبه فلا يمكن القول بجواز أخذ الضريبه بأدله جواز أخذ الخراج والمقاسمه ، لا سيما مع ما ذكرنا من وجود الفارق الموضوعى بينهما وأنهما (الخراج والضريبه) شيان مختلفان .

فلا بدّ فيالمقام من البحث حول جهتين :

١ - جواز أخذ الضريبه للحاكم وعدمه .

٢ - جواز أخذ هذه الضريبه من الحاكم للغير .

## **أمّا الجبهه الأولى : هل يجوز للحاكم أن يأخذ الضرائب من رعاياه ؟**

قد ورد فى رواياتنا ذمّ العشارين ، وهم الذين يأخذون من الناس العشر لدى إيرادهم

الأمتعه والأموال فى البلاد المسمى اليوم بالجمارك ، وهذه إحدى الضرائب التى يأخذها الحكام فيما سبق من الأيام ، فهل يمكن استفاده حرمة أخذ جميع الضرائب منها أم لا ؟

من هذه الروايات مرسله الرضى رفعه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال فى حديث : يا نوف ، إن داود عليه السلام قام فى مثل هذه الساعه من الليل فقال : إنها ساعه لا يدعو فيها عبد إلا استجيب له إلا أن يكون عشراً أو عريفاً أو شرطياً أو صاحب عرطبه - وهى الطنبور - أو صاحب كوبه - وهى الطبل - (١).

ومنها : حسنه نوف عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : يا نوف إياك أن تكون عشراً أو شاعراً أو شرطياً أو عريفاً أو صاحب عرطبه - وهى الطنبور - أو صاحب كوبه - وهى الطبل - ، فإن نبي الله عليه السلام خرج ذات ليله فنظر إلى السماء فقال : إنها الساعه التى لا يردّ فيها دعوه إلا دعوه عريف أو دعوه شاعر أو شرطى أو صاحب عرطبه أو صاحب كوبه (٢).

ومنها : خبر نوف عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : يا نوف إقبل وصيتى ، لا تكوننّ نقيباً أو عريفاً أو عشراً أو بريداً (٣).

ومنها : مرفوعه محمد بن الحسين عن رسول الله عليه السلام أنه قال : لا يدخل الجنه مدمن خمر ولا سكير ولا عاق ولا شديد السواد ولا ديوث ولا قلعاع - وهو الشرطى - ولا زنوق - وهو الخنثى - ولا خيوق - وهو التباش - ولا عشّار ولا قاطع رحم ولا قدرى (٤).

ومنها : خبر أبى هريره وعبد الله بن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى آخر خطبه خطبها النبى صلى الله عليه وآله وسلم بالمدينه : ومن منع طالباً حاجته وهو قادر على قضائها فعليه مثل خطيئه عشّار . فقام إليه عوف بن مالك فقال : ما يبلغ خطيئه عشّار يا رسول الله ؟ قال : على العشار كلّ يوم

ص : ٤٧٤

١- (١) نهج البلاغه - الحكمه / ١٠٤ .

٢- (٢) الخصال ١/٣٣٨ ح ٤٠ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٢/٣٤٢ ح ٣٠ (٣٠/٣١) .

٣- (٣) أمالى الصدوق . المجلس ٣٧ ح ٩ / ٢٧٨ الرقم ٣٠٩ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٢/٣٤٣ ح ٣٣ (٣٠/٣٢) .

٤- (٤) الخصال ٢/٤٣٦ ح ٢٣ ، ونقل فى بحار الأنوار ٧٢/٣٤٣ ح ٣٢ (٣٠/٣٢) .

وليله لعنه الله والملائكة والناس أجمعين ، ومن يلعن الله فلن تجد له نصيراً(١).

إنك ترى بأن هذه الروايات تنهى عن أخذ العشور ، والنهى يدل على الحرمة . ولا بأس بضعف إسنادها بعد استفاضتها أو القول بتواترها الإجمالي .

### وأما العشور ما هي ؟

قال أبو يوسف : «يؤخذ من المسلمين ربع العشر ومن أهل الذمة نصف العشر ومن أهل الحرب العشر من كل ما مرّ به على العاشر وكان للتجاره وبلغ قيمه ذلك مائتي درهم فصاعداً أخذ منه العشر ، وإن كانت قيمه ذلك أقل من مائتي درهم لم يؤخذ منه شيء ، وكذلك إذا بلغت قيمه عشرين مثقالاً أخذ منه العشر . . . [ثم] قال أبو يوسف : فإنّ عمر بن الخطاب وضع العشور ، فلا بأس بأخذها إذا لم يتعدّ فيها على الناس ويؤخذ بأكثر ممّا يجب عليهم . وكلّ ما أخذ من المسلمين من العشور فسيبيله سبيل الصدقه ، وسبيل ما يؤخذ من أهل الذمة جميعاً وأهل الحرب سبيل الخراج . . .»(٢).

وقال ابن قدامه في العشر : «إشتهر هذا عن عمر وصحت الروايه عنه به . . .»(٣).

وفي بدائع الصنائع في فقه الحنفيه : « . . . وأصله ما روينا عن عمر أنه كتب إلى العُشّار في الأطراف أن خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربى العشر ، وكان ذلك بمحضر من الصحابه ولم يخالفه أحد منهم ، فيكون إجماعاً منهم على ذلك . وروى أنّه قال : «خذوا منهم ما يأخذون من تجّارنا ، فقليل له : إن لم نعلم ما يأخذون من تجّارنا ؟ فقال : خذوا منهم العشر . . .»(٤).

من هذا يظهر أن عمر أوّل من وضع العشور بالكيفيه الخاصه عندهم من مال التجاره وهى نفس الجمارك فى يومنا هذا ، وقد ورد فى رواياتنا عدم جواز أخذها وأن أخذها من

ص : ٤٧٥

١- (١) عقاب الأعمال / ٣٤١ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٧٣/٣٦٩ (٣٠/٣٦٤) .

٢- (٢) الخراج / (١٣٤ - ١٣٢) .

٣- (٣) المغنى لابن قدامه ١٠/٥٩٧ .

٤- (٤) بدائع الصنائع ٢/٣٨ .

العاصين . فلا يبعد القول بحرمه أخذ العشور المسماه اليوم بالجمارك بدلاله هذه الروايات المستفيضه أو المتواتره إجمالاً . نعم يجوز أخذها من الكافر الحربى ، وأما الذمى فجواز أخذها منه تابع لعقد الذمه ، وأما المعاهد والمسلم فلا يجوز أخذها منهما . وأما التعدى من العشور إلى غيرها من الضرائب والحكم بحرمتها بالأدله الوارده فى حرمه العشور مشكل جداً .

وكذا الحكم بجواز أخذ الضرائب لفعل أمير المؤمنين عليه السلام من أنه وضع الزكاه فى أيام خلافته الظاهريه على الخيل والبراذين لاحتياج دولته بالأموال . أشكل من سابقه ، وقد ورد فعله فى صحيحه محمد بن مسلم وزاره عنهما جميعاً عليهما السلام قال:- وضع أمير المؤمنين عليه السلام على الخيل العتاق الراعيه فى كل فرس فى كل عام دينارين وجعل على البراذين ديناراً(١) .

وقد رواها المفيد مرسلًا إلا أنه قال : وجعل على البراذين السائمه الإناث فى كل عام ديناراً(٢) .

وقد ورد تقييد الخيل بالإناث أيضاً فى صحيحه زواره قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام : هل فى البغال شىء ؟ فقال : لا ، فقلت : فكيف صار على الخيل ولم يصير على البغال ؟ فقال : لأن البغال لا تلحق والخيل الأنث ينتجن ، وليس على الخيل الذكور شىء . قال : فما فى الحمير ؟ قال : ليس فيها شىء . قال : قلت : هل على الفرس أو البعير يكون للرجل يركبهما شىء ؟ فقال : لا ، ليس على ما يعلف شىء ، إنما الصدقه على السائمه المرسله فى مرجها عامها الذى يقتنيها فيه الرجل ، فأما ما سوى ذلك فليس فيه شىء(٣) .

هذه الصحيحه تخص الزكاه بالخيل الأنث السائمه المرسله فى مرجها عامها وتنفيها عن الحمير ، والصحيحه الأولى تثبتها فيها ، فصارت النتيجة عدم وجوبها وثبوت الاستحباب فى الحمير . وبعدم القول بالفصل بين الحمير والخيل ثبت استحباب الزكاه فى الخيل أيضاً . هذا ما تفيدنا الروايات .

وأما أمير المؤمنين عليه السلام بما أن له الولاية فى التشريع فيجوز له أن يجعل حكماً خاصاً فى زمن خلافته ، فإنه عليه السلام بدّل الاستحباب فى الخيل والحمير بالوجوب لمصلحه اقتضت ذلك .

ص : ٤٧٦

١- (١) وسائل الشيعة ٩/٧٧ ح ١ . الباب ١٦ من أبواب ما تجب فيه الزكاه .

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩/٧٨ ح ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩/٧٨ ح ٣ .



ولكن ليس لغيره عليه السلام هذه الولاية ، فالحكم يختص بزمن خلافته فقط وبه عليه السلام .

ولذا استفاده جواز جعل الضرائب للحاكم من صحيحه محمد بن مسلم وزراره ، وفعل أمير المؤمنين عليه السلام مشكل جداً .

ثم هل يمكن تصحيح أخذ الضريبة للحاكم الشرعى بطرق أخرى من العقود الشرعيه أم لا ؟ ذهب المؤسس الحائري قدس سره إلى الجواز بدعوى إمكان خروج سلاطين الشيعة عن عنوان الظالم الوارد فى أخبار منع معونه الظالمين ، ثم قال : « . . . فتبين أن أصل العمل ليس ظلماً ، ثم إنه يمكن تمشيطه أيضاً على وجه لا يخالف الشرع من جهات أخرى ، بأن يعلن هذا السلطان فى جميع البلاد التى تحت اقتداره وسلطنته بأن من أراد أن يشمله كفايتى وحفظى وحمائتى فليدفع إلى فى كل سنة مقداراً من المال وإلا فلست أنا محامياً عنه مجاناً . وليس الوجوب أيضاً منافياً لجواز أخذ الأجره والجعل كما تقدم بيانه سابقاً ، وحينئذ فيكون أخذ المال عن الرعيه على طبق الشرع لأنها جُعِلَ له على عمله . . . » (١) .

وأنت ترى بأن هذا المحقق الجليل صحح أخذ الضريبة من الحاكم على نحو الجعالة .

وكذا يمكن تصحيحها على نحو الهبه المعوضه أو الصلح المعوض ، بأن وهب الحاكم حمايته وفعاله بإيجاد الأمن والطرق ووسائل العيش للرعيه فى مقابل أن الرعيه تهب فى كل سنة مبلغاً من المال . أو صالح الحاكم هكذا فى مقابل أن صالحته الرعيه مبلغاً من المال .

والأمر سهل بالنسبه إلى الضرائب التى أخذها الحاكم فى مقابل إعطاء الخدمات ، نحو : الماء والكهرباء والهاتف (التليفون) والغاز والطرق والبريد والمستشفيات والمستوصفات ونحوها ، لأنه أخذ للمال فى مقابل خدمه ، وأخذ المال فى مقابل العمل والخدمه يمكن تصحيحه شرعاً فى الجملة بوجه عديده ، نحو : البيع والصلح والهبه والجعالة وغيرها .

ويمكن الإشكال فى الكل : بأن البيع والإجاره والصلح والهبه وكذا الجعالة تحتاج إلى رضايه الطرفين ، وإذا لم تكن الرعيه راضياً - كما هو الغالب فى إعطاء الضريبه - فيصير العقد باطلاً .

والجعالة من العقود الجائزه قبل الإتيان بالعمل ، فللرعيه فسحها قبل الإتيان بالعمل من قبل الحاكم أو قبل حلول السنه الآتية مثلاً .

اللهم إلا أن يقال : بأن هذه مبادله قهرية من الطرفين ولا تحتاج إلى رضائتهما بعد

ص : ٤٧٧

إعطاء الطرفين ، كما فى بدل الحيلولة على القول بالإنتقال القهرى إلى المُتلف فيها ، فتأمل .

نعم ، يمكن للحاكم اشتراط الضريبه فى عقد بيعته ، وإذا قبلت الرعيه هذا الشرط وباع مع الحاكم يجوز له أن يأخذ الضريبه وفاءً بالشرط .

ولكن هل يصدق على الإنتخابات أنّها بيعه أم لا ؟ الظاهر هو الثانى .

وأما الحاكم فيأخذ أيضاً بعض الضرائب ولكنّه ليس فى مقابلها أى خدمه أو عمل ، نحو : الجمارك كلّها وما يأخذها بالنسبه إلى رواتب الموظفين أو الاستثمارات والفوائد التى تحصل للرعيه والمدنيين ، أو ما يأخذها بالنسبه إلى البيع والشراء والإنتقالات الماليه ، أو ما يأخذها بالنسبه إلى الضريبه على الميراث ، أو ما تأخذها البلديه من السيارات والبيوت والمعامل ولم تقم بأى خدمه أو عمل ، وفى هذه القسم الأخير الحكم بالجواز شرعاً مشكلاً جداً .

والحاصل ، نحن قسّمنا الضرائب إلى قسمين :

١ - ما تقابل خدمه والعمل فلا بأس بها بشرط وجود التناسب العرفى بين الخدمه والضريبه وقبول الرعيه ذاك ، وإذا لم تقبل فتصحيحه مشكلاً جداً .

٢ - ما أخذها وليس فى قبالها أى خدمه أو عمل فلا يجوز له أخذها .

هذا ما ظهر ببالى القاصر على سبيل العجاله فى الجبهه الأولى .

### **الجبهه الثانيه : هل يجوز للغير أخذ هذه الضريبه من الحاكم ؟**

الآخذ تاره يعلم أنّها بعينها ضريبه وتاره لا يعلم . فإذا علم أنّها بعينها من الضرائب تاره يعلم أنّها ممّا تقابل الخدمه والعمل فلا بأس بأخذها إذا كانت الرعيه راضياً و تاره يعلم أنّها ممّا لا تقابل بالخدمه والعمل فلا يجوز أخذها .

وأما إذا هو لا- يعلم أنّ المأخوذ منه بعينه هل هو من الضرائب أو غيرها ؟ فلا بأس بجواز أخذها للآخذ ، وتشملها الإطلاقات والعمومات الوارده فى أخذ جوائز الظالمين .

والذى يسهل الخطب أنّ الغالب فى هذه الموارد عدم علم الآخذ بأنّ المال من أين حصل للحاكم ، فلذا يجوز له أخذه منه ، والله سبحانه هو العالم .

إلى هنا فرغنا من الفرع الثانى عشر ، وقد تمت مسائل الخاتمه وبحث المكاسب المحرّمه من كتابنا الآراء الفقهيّه ، وقد استوعبت نصف عقد من حياتى على يد مؤلّفها العبد هادى النجف-ى فى يوم الخميس منتصف شهر رجب الأصب عام ١٤٢٧ ببلده أصبهان صانها الله

تعالى عن الحدثان ، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين .

ص: ٤٧٩

سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور : الآراء الفقهیه: قسم البیع / تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری : ۴۴۸ ص.: نمونه.

شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۶۰۲-۹۲۹۰۲-۸-۴

وضعیت فهرست نویسی : فیا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیر نویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/ن ۳۶۳ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱



## تاريخ تصحيح الكتاب من نظم فضيله العلامة القدير الشاعر المُفلق

السيد عبدالستار الحسنى البغدادى حفظه الله تعالى :

عَرَضَ عَلَيَّ صَاحِبُ السَّمَاخَةِ، الْفَقِيهُ الْمَحَقُّقُ، آيَةُ اللَّهِ الشَّيْخُ (الهادئ) مِنْ آلِ (أَبِي الْمَجْدِ) النَّجْفِيِّ - دَامَ ظُلُّهُ - كِتَابَهُ النَّفِيسَ الْقِيَمَ الْمَوْسُومَ ب- (الآراءِ الْفِقْهِيَّةِ) - الْمَجْلَدَ الرَّابِعَ - قَبْلَ طَبْعِهِ، وَغَبَّ الْإِنْتِهَاءَ مِنْ مُطَالَعَتِهِ حَضَرَ رَتْنِي هَذِهِ الْأَعْيَاتُ فِي تَقْرِيطِهِ - إِجْمَالًا - وَفِي آخِرِهَا تَأْرِيخُ الْإِنْتِهَاءِ مِنْ إِتْمَامِهِ، رَاجِيًا مِنْ سَمَاخَةِ الشَّيْخِ النَّجْفِيِّ قَبُولَهَا:

ب- (النَّقْضِ وَالْإِعْرَابِ) (هادئ) الْوَرَى مِيزَانُهُ الرَّاجِحُ دُونَ (١) ارْتِيَابِ

إِذْ سَبَرَ (الْآرَاءِ) مُسْتَقْصِيًا وَخَاصًّا مِنْ (قَامُوسِهِنَّ) (٢) الْعِبَابِ

مُسْتَكْنِيهَا أَشْرَارَ مَا جَاءَ مِنْ أَحْكَامِ دِينِ اللَّهِ فِي كُلِّ بَابٍ

شَمَّرَ عَنْ سَاعِدِهِ (٣) جَاهِدًا بِهِمْ لَّا تَنْشِينِي لِلصُّعَابِ

ص: ٣

١- (١) الْوَجْهُ أَنْ يُقَالَ: (مِنْ دُونَ...) لَكِنْ خُذِفَتْ (مِنْ) - هُنَا - لِمُرَاعَاةِ الْوِزْنِ.

٢- (٢) الْقَامُوسُ: مِنْ أَسْمَاءِ الْبَحْرِ، وَقَدْ سَمِيَ الْمَجْدُ الْفَيْزُوزِ آبَادِي كِتَابَهُ فِي اللَّغَةِ بِ (القاموس...) تَشْبِيهَا لَهُ بِالْبَحْرِ لِاتِّسَاعِ مَوَادِّهِ اللَّغَوِيَّةِ، وَهَذِهِ التَّسْمِيَةُ هِيَ الَّتِي أَوْقَعَتِ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي الْإِشْتِبَاهِ؛ فَظَنُّوا (القاموس) مُرَادِفًا ل (المُعْجَم) وَالْأَمْرُ كَمَا تَرَى!

٣- (٣) يُقَالَ: شَمَّرَ عَنْ سَاعِدِهِ، وَعَنْ سَاعِدَيْهِ، كِلَاهُمَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ، إِذَا جَدَّ فِي الْأَمْرِ وَانْتَدَبَ لَهُ.

وَ كَيْفَ لَا يَحْوِي الْعُلَا مَا جَدُّ مِنْهُ إِلَى (الْمَجْدِ) (١) تَجَلَّى انْتِسَابُ

لِلَّهِ مِنْ سَفَرِ أَتَانَا بِهِ ضَمَّ إِلَى الْحِكْمَةِ فَضَلَ الْخِطَابُ

أَسْفَرَ مِثْلَ الشَّمْسِ لِكِنَّهُ لَا يَتَوَارَى نُورُهُ بِالْحِجَابِ (٢)

فُضُولُهُ قَدْ حُرِّرَتْ فَاعْتَدَتْ بُعْيِهِ (٣) مَنْ يَرُومُ مَحْضَ اللَّبَابِ

(مَنَاطِهَا) (تَنْفِيحُهُ) مُعْرَبٌ عَنِ فِكْرِ خَرِيَّتِ، سَدِيدِ انْتِخَابِ

لَا يَغْتَرِي الْأَيْشُكَالُ مَضْمُونُهُ كَمَا خَلَا فِي الْعَرِضِ مِنْ كُلِّ عَابٍ (٤)

مِنْهَاجُهُ الْمَهْيَعُ مَنْ يَقْفُهُ يَحْظُ بِتَحْصِيلِ الْمُنَى وَالرَّغَابِ

وَبِ- (اللَّيَالِي الْعُشْرِ) أَرُخْ: (أَجَلٌ قَدْ سَلَكَ الشَّيْخُ سَبِيلَ الصَّوَابِ)

١٤٣١ هـ . ق

ص: ٤

١- (١) فِيهِ تَوْرِيَّةٌ لِانْتِسَابِ آيَةِ اللَّهِ الشَّيْخِ الْهَادِي - دَامَ ظِلُّهُ - إِلَى جَدِّهِ الْأَمِّ عَلَى، آيَةِ اللَّهِ الْعُظْمَى عِلْمِ الْفُقَهَاءِ وَالْمُجْتَهِدِينَ  
الْأَمِّامِ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ الرِّضَا آلِ (صَاحِبِ الْحَاشِيَةِ عَلَى الْمَعَالِمِ) الْمُلَقَّبِ بِ(أَبِي الْمَجْدِ) قَدَسَ سِرُّهُ .

٢- (٢) فِيهِ تَلْمِيحٌ بِ(الْإِقْتِبَاسِ) مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: «... حَتَّى تَوَارَتْ بِالْحِجَابِ» وَالضَّمِيرُ فِي (تَوَارَتْ) عَائِدٌ عَلَى الشَّمْسِ .

٣- (٣) بُعْيَةٌ: بِضَمِّ الْبَاءِ وَكَسْرِهَا، لَكِنَّ الشَّائِعَ الْيَوْمَ الْإِقْتِصَارُ عَلَى الضَّمِّ .

٤- (٤) الْعَابُ: الْعَيْبُ . سَلَخُ شَعْبَانَ الْمُعْظَمِ ١٤٣١ هـ . ق .

الحمد لله الذي أحلّ البيع و حرّم الربا و الصلاة و السلام على مؤسس الشريعة و الأحكام محمد رسول الله صلى الله عليه و آله و على ميّنيها أمير المؤمنين على بن أبي طالب عليه السلام و الأعياد عَشْرَ من ولده الأئمة المعصومين عليهم السلام لا سيما على الحجّة الثاني عشر بقيه الله الإمام المنتظر المهدي عجل الله تعالى فرجه الشريف و جعل أرواحنا فداء.

## تقسيم الفقه

بعد الفراغ من البحث حول المكاسب المحرّمه لأبّد من الشروع في البحث عن كتاب البيع و هو من كتب القسم الثاني من أقسام الفقه، لأنّ الفقه ينقسم إلى أربعة أقسام:

١- العبادات: و هي أمور اشترط في صحّتها نية أو شرّعَت للمصالح الأخرويه.

٢- المعاملات: و هي بنفسها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ: العقود: و هي مالاللفاظ فيها مدخلية و مشتمله على إيجاب و قبول أو لأقل مشتمله على رضا الطرفين أو المتضمنه لقصد من الجانبين.

ب: الايقاعات: و هي أيضا ما للالفاظ فيها مدخلية ولكن تشتمل على إيجابات فقط أو مقاصد أو رضا من جانب واحد.

ج: الأحكام: و هي ما أثبتها الشرع من غير توقيف على لفظ أو قصد أو رضا. (١)

و هذه التعاريف ليست من التعاريف الحقيقيه بل من قبيل شرح الاسم و لذا لا تطرّد و لا تتعكّس.

ص: ٥

---

١- (١) كذا قسّمها الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره في شرح القواعد ١/٩٧ و ٩٦.



و ربّما عبّر عن بعض الكتب النهائيه فى الفقه بالسياسات نحو: القضاء و الشهادات و الحدود و القصاص و الديات.

و جماعه عبّروا عن هذا الكتاب بالبيع كما فى الانتصار(1) و المبسوط(2) و الخلاف(3) و الغنيه(4) و الجامع للشرائع(5) و الدروس(6) و كذا ربّما بالتجاره كما فى الشرائع(7) و المراد بالتجاره هى البيع وَ تَوَابُعُهُ، و ليس المراد بها ما ذكره الزمخشري من أنّها «صناعه التاجر و هو الذى يبيع و يشتري للربح»(8).

و كذا ربما عبّروا عن هذا الكتاب بالمتاجر كالعلامه فى القواعد(9) و الشهيد فى اللمعه(10) و هو مصدر ميمى بمعنى التجاره كالمقتل بمعنى القتل.

و حيث كان الإنسان مَدِينًا بالطبع و لا- يمكنه الاستقلال بحوائجه كلّها فلا بدّ فى حفظ النظام من تشريع المعاملات و تعلّم أحكامها و بما أنّ اشتغال الجميع بها يوجب اختلاف النظام و جب التصدى لها كفايه كما فى مصباح الفقاهه(11).

ص: ٦

١- (١) الانتصار/٤٣٣.

٢- (٢) المبسوط ٢/٧٦.

٣- (٣) الخلاف ٣/٣.

٤- (٤) الغنيه ٢٠٧/.

٥- (٥) الجامع للشرائع/٢٤٤.

٦- (٦) الدروس ٣/١٩١.

٧- (٧) شرائع الاسلام ٢/٣.

٨- (٨) الكشاف ٣/٢٤٢.

٩- (٩) قواعد الاحكام ٢/٥.

١٠- (١٠) اللمعه ١٠٣/.

١١- (١١) مصباح الفقاهه ٢/٣.

قبل الورد فيها لابد من التذكير مَحْدًا بِالْفَرْقِ بين المال و الملك و النسبه بينهما؛ المال: هو ما يذلل بإزائه المال أو الشىء و يتنافسون فيه و يدخرونه و يميل إليه النوع فى حد ذاته و لا يختص بالأعيان بل يعم المنافع و بعض الحقوق أيضا.

و النسبه بينه و بين الملك هى العموم من وجه، لأنه قد يوجد الملك و لا يوجد المال كالحب من الأرز فإنها ملك و ليست بمال، و قد يتحقق المال من دون الملك كالمباحات الأصلية قبل حيازتها و قد يجتمعان نحو: الأراضى و الدور و السيارات و نحوها و هى كثيره.

و أما الإضافة بين المال و مالكة: فتارةً هى إضافة حقيقه خالقيه: و هى مالكيه الله تعالى بالنسبه إلى جميع الأشياء و المخلوقات، فالجميع ملك لله تعالى ملكيه حقيقه ذاتيه إشراقه خالقيه: «قل اللهم مالك الملك» (١).

و أخرى: هى إضافة ذاتيه تكوينيه: و المراد بالذاتى هنا هو ما لا يحتاج تحققه إلى أمر خارجى و ليس المراد به الذاتى فى باب البرهان: أى ما ينتزع من مقام الذات، و لا الذاتى فى باب الإيساغوجى أى: الجنس و الفصل.

و هذه الاضافه نحو: ملكيه كل فرد لأعضائه و أطرافه و نفسه و أعماله و أفكاره و ذمته.

و ثالثه: إضافة عرضيه اعتباريه: يظهر تعريف العرضيه مما يقابلها من الذاتيه، فالمراد بها هى ما يحتاج تحققه إلى أمر خارجى و المراد بالإعتبارى أى ليس له وجود حقيقى، متأصل بالذات. و هذه الاضافه نحو: ملكيه كل فرد لأمواله الخارجيه.

و هذه الأخيره إما الأوليه المنقسمه إلى الأصلية الاستقلاليه و التبعية الغيريه.

ص: ٧

و إما الثانويه المنقسمه إلى الاختياريه و القهريه و تفصيل ذلك:

أ: الاضافه الأوليه الأصلية نحو: الاضافه الماليه الحاصله بالعمل أو بالحيازه أو بهما معا.

ب: الاضافه الأوليه التبعية فهى ما تكون بين المالك و نتاج أمواله نحو: أنه اصطاد حيوانا حيا فولد له.

الاضافه الثانويه: وهى أيضا على نوعين:

أ: الاختياريه: وهى الحاصله من المعاملات من البيوع و الهبات.

ب: القهريه: وهى الحاصله من الإرث و الوقف و الوصيه بناءً على أن الأخير من الإيقاعات.

و لتفصيل هذا البحث راجع مصباح الفقاهه ٢/(٧-٤).

ص: ٨

قال أحمد بن فارس: «بيع: الباء و الياء و العين اصلٌ واحدٌ، و هو بيع الشيء و رُبما سَمِيَ الشَّرَى بيعا و المعنى واحدٌ. قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، قالوا: معناه: لا يَشْتَرِ على شَرَى أخيه، و يقال: بعث الشيء بيعا، فإن عَرَضَتْه للبيع قلتَ أَبَعْتَهُ...»(١) (٢).

و قال الفيومي: «... و البيع من الأضدادِ مثلُ الشِّراءِ و يُطلق على كلِّ واحد من المتعاقدين أنه بائع، ولكن إذا أُطلق البائعُ فالمتبادر إلى الذهن باذلُ السُّلْعَةِ، و يُطلق البيع على المبيع فيقال: بيعٌ جيدٌ و يُجمَعُ على بيوع، و بعثُ زيدا الدارَ يتعدى إلى مفعولين و كثر الاقتصار على الثانى لأنه المقصودُ بالإسناد و لهذا تتَّم به الفائده نحو بعثُ الدارَ، و يجوز الاقتصارُ على الأوّل عند عَدَم اللُّبْسِ نحو: بعثُ الأميرَ لأنَّ الأميرَ لا يكون مملوكا يُباع... و الأصلُ فى البيعِ مُبادَلُهُ مالٍ بمالٍ لقولهم يبيعُ رابحٌ و يبيعُ خاسرٌ و ذلك حقيقةٌ فى وصف الأعيان لكنَّهُ أُطلق على العقد مجازا لأنه سببُ التمليك و التملكُ و قولُهُم: صحَّ البيعُ أو بطلَ و نحوه أى صيغه البيع لكن لما حُذِفَ المضافُ أقيمَ المضافُ إليه مقامه و هو مذكَّرُ أسند الفعلِ و إليه بلفظ التذكير...»(٣).

و قد عرّفه الفقهاء بكلماتٍ مختلفه أذكر لك بعضها:

البيع: انتقال عين مملوكه من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضى، فلا- ينعقد على المنافع و لا- على ما لا يصحّ تملكه و لا مع خلّوه عن العوض و لا مع جهالته و لا

ص: ٩

١- (١) و لذا لا يصحُّ قولُهُم: المُباعُ لا يرجع لاءنَّ مَقْصُودَهُم: الذى دَفَعَ عليه البَيْعُ لا المعروف و الصوابُ: المبيعُ.

٢- (٢) معجم مقاييس اللغة ١/٣٢٧.

٣- (٣) المصباح المنير / ٦٩.

مع الإكراه، و يظهر هذا التعريف من المبسوط (١) و السرائر (٢) و التذكرة (٣) و نهايه الأحكام (٤) و التحرير (٥) و التلخيص (٦) و القواعد (٧).

و فى المختلف (٨): أنه العقد على الانتقال المذكور و أنه المتبادر من البيع عند الإطلاق.

و فى الكافى (٩): أنه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن و تسليمهما. و نحوه فى النافع (١٠) و الدروس (١١) و التنقيح (١٢) من أنه الإيجاب و القبول على اختلافها فى القيود زياده و نقصانا.

و استقرب المحقق الثانى (١٣) أنه نقل الملك من مالك إلى غيره بصيغه مخصوصه. و هو ظاهر الشرائع (١٤) و اللمعه (١٥) حيث عرّفا فيهما عقد البيع بما دلّ على نقل الملك فيكون نقلاً لا انتقالاً و لا عقداً و اختاره السيد بحر العلوم فى مصابيح على ما حكى عنه تلميذه

ص: ١٠

١- (١) المبسوط ٢/٧٦.

٢- (٢) السرائر ٢/٢٤٠.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٠/٥.

٤- (٤) نهايه الأحكام ٢/٤٤٧.

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٥.

٦- (٦) تلخيص المرام ٩٤/.

٧- (٧) قواعد الأحكام ٢/١٦.

٨- (٨) مختلف الشيعه ٥/٥١.

٩- (٩) الكافى فى الفقه ٣٥٢/.

١٠- (١٠) المختصر النافع ١١٨/.

١١- (١١) الدروس ٣/١٩١.

١٢- (١٢) التنقيح الرائع ٢/٢٣.

١٣- (١٣) جامع المقاصد ٤/٥٥.

١٤- (١٤) الشرائع ٢/٧.

١٥- (١٥) اللمعه الدمشقيه ١٠٩/.

صاحب المفتاح (١)، الذي جميع هذه المنقولات منه و اختار هو أنه: «إنشا تملك العين بعوض على وجه التراضي» (٢).

و لعلّ الصحيح في تعريفه هو: تملك خاص بعوض أو تبادل العين أو الشيء بعوض على وجه التراضي بين الطرفين. أو «تملك العين بالعوض في ظرف تملك المشتري» كما عن المحقق النائيني (٣). و لازمه التبادل و تعويض طرفي إضافه الملكيه.

و الذي يسهل الخطب أنّ العرف يعرفون البيع و أنّ مفهومه من المفاهيم الواضحه البديهيه الارتكازيه التي يعرفها كلّ أحد في الجملة، و ليس له حقيقه شرعيه و لا- حقيقه متشرعه كما اعترف به الشيخ الأعظم (٤) رحمه الله فهذه التعاريف المختلفه كلّها إشاره إلى ذاك المفهوم العرفي المرتكز في الأذهان فلا تترتب فائده على النقص و الإبرام عليها و تطويل الكلام فيها.

## تنبيهات

### إشاره

نعم هاهنا أمورٌ لا بدّ من التنبيه عليها:

### الأول: هل يعتبر في البيع كون المعوّض من الأعيان؟

المصرّح به في كلام جماعه من الأصحاب و لعل المشهور هو هذا الاعتبار كما قال الشيخ الأعظم قدس سره : «الظاهر اختصاص المعوّض بالعين، فلا يعمّ أبدال المنافع غيرها و عليه استقرّ اصطلاح الفقهاء في البيع» (٥).

و قال قبله صاحب الجواهر: «لا خلاف و لا اشكال في اعتبار كون المبيع عينا و

ص: ١١

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢/٤٧٦.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢/٤٨٢.

٣- (٣) منيه الطالب ١/١١٤.

٤- (٤) المكاسب ٣/١٠.

٥- (٥) المكاسب ٣/٧.

لذلك اشتهر بينهم أنه لنقل الأعيان كإشتهار أن الإجاره لنقل المنافع»(١).

ولكن يظهر من الشيخ أنه يستعمل البيع في نقل غير الأعيان في شأن بيع العبد المدبر إذا عاد إلى مولاه فهل يعود حكم التدبير أم لا؟ قال: «و الذي نقوله إن كان حين باعه نقض تدبيره فإنه لا يعود تدبيره و إن كان لم ينقض تدبيره فالتدبير باق، لأن عندنا يصح بيع خدمته دون رقبتة مدّه حياته...»(٢).

و قال الشيخ في نهايته: «و متى أراد المدبر بيعه من غير أن ينقض تدبيره لم يجز له: إلا أن يُعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته و أنه متى مات هو، كان حراً لا سبيلا له عليه»(٣).

و قد حكى الشهيد عن ابن الجنيد قوله: «تباع خدمته مدّه حياه السيد»(٤).

كما ورد في بعض الروايات استعماله في غير نقل الأعيان:

منها: موثقه اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال: سألته عن رجل في يده دار ليست له و لم تزل في يده و يد آباءه من قبله قد أعلمه من مضي من آباءه أنها ليست لهم و لا يدرون لمن هي فيبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، قلت: فإنه ليس له، قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكني و تكون في يدك كما هي في يدي، قال: نعم يبيعها على هذا.(٥)

و منها: صحيحه اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أرضاً من أرض أهل الذمه من الخراج و أهلها كارهون و إنما يقبلها من السلطان

ص: ١٢

١- (١) الجواهر ٢٢/٢٠٨.

٢- (٢) المبسوط ٦/١٧٢.

٣- (٣) النهاية ٥٥٢.

٤- (٤) الدروس الشرعية ٢/٢٣٣.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧/٣٣٥، ح ٥، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

لعجز أهلها عنها أو غير عجز، فقال: إذا عجز أربابها عنها فلنك أن تأخذها إلا أن يضاروا و إن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها. قال: و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناساً من أهل الذمة نزولوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال. (١)

و نحوها خبر محمد بن شريح (٢) و خبر أبي بردة بن رجا (٣) و صحيحه حرير (٤) و حسنه ابراهيم بن أبي زياد (٥) و موثقه محمد بن مسلم و عمر بن حنظله (٦).

و منها: صحيحه أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال: أي ذلك شاء فعل (٧).

و نحوها معتبره السكوني (٨) و خبر علي (٩).

و حمل الجميع على «مسامحه في التعبير» (١٠) كما عن الشيخ الأعظم قدس سره مشكل جداً.

مضافاً إلى خروج بيع الكلي في جميع أقسامها: من الكلي في ذمه البائع أو في ذمه الغير و الكلي المشاع و الكلي في الخارج، و الكل يتفقون على صحه بيع الكلي.

فالظاهر أن المراد بالعين في كلماتهم إذا كان الشخص الخارجى فلا يصح جميع هذه

ص: ١٣

١- (١) وسائل الشيعة ١٧/٣٧٠، ح ١٠، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧/٣٧٠، ح ٩.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٥/١٥٥، ح ١، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥/١٥٧، ح ٦.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥/١٥٦، ح ٤.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٥/١٥٦، ح ٣.

٧- (٧) وسائل الشيعة ٢٣/١١٩، ح ١، الباب ٣ من أبواب التدبير.

٨- (٨) وسائل الشيعة ٢٣/١٢٠، ح ٤.

٩- (٩) وسائل الشيعة ٢٣/١٢٠، ح ٣.

١٠- (١٠) المكاسب ٣/٧.



الموارد ولكن إذا كان المراد بالعين ما يقابل المنفعة لتشمل الشخص الخارجي و الكلي بجميع أقسامها و يخرج منه الموارد المذكوره فى الروايات التى مرّت آنفا.

و الذى يختلج بالبال كما مرّ: أنّ (يُحذَفُ الباء) البيع ليس له حقيقه شرعيه و لا مشرعه و على هذا كُُلّ ما سماه عرف العقلاء بيعا فهو بيع و أمضاه الشارع ب-«أحلّ الله البيع»<sup>(١)</sup> إلاّ ما خرج بالدليل نحو: البيع الربوى و غيره. و على ما ذكرناه تدخل الروايات أيضا من دون مسامحه و لذا قال صاحب الجواهر رحمه الله: «و عن بعض المتأخرين اعتبار عينه العوضين، و هو وهم»<sup>(٢)</sup> و الله العالم.

## الثانى: بيع الكلى

الأعيان فى البيع تاره تكون شخصيّه و أخرى كُليّه.

العين الشخصى إما يكون بالفعل موجودا و إما أن يكون بالقوه الأول نحو: بيع الأعيان الخارجيه، و الثانى نحو: الأثمار المتجدده فى بيع الثمره على الشجر.

و أما الكلى فَهُوَ أيضا على أقسام: الأول و الثانى: الكلى الثابت فى الذمه، و الذمه تنقسم إلى ذمه البائع نفسه أو ذمه غيره، الكلى الثابت فى ذمه الإنسان نفسه نحو: بيع منّ من الأرز حالا أو سَلَمًا، و الكلى الثابت فى ذمه غيره كبيع الدين مَمَّن هو عليه أو من غيره. فهاتان صورتان.

الثالث: الكلى المشاع: كثلث الدار أو كسر آخر منها.

الرابع: الكلى فى المعين: كصاح من الصبره المعينه.

لا اشكال فى تعلق البيع بجميع هذه الصور فى العرف و عند العقلاء و لم يَنه الشارع

ص: ١٤

١- (١) سوره البقره / ٢٧٥.

٢- (٢) الجواهر ٢٠٩/٢٢.

عنها فصار البيع صحيحا ولا يصغى إلى الاشكالات البارده فى بيع الكلى فى الذمه من أن الملكيه تحتاج إلى محلّ تعرضها و هو هنا غير موجود، و الكلى قبل تحقّق العقد لا يعدّ مالا، و كيف يبيع الإنسان ما لا يملكه؟

و الجواب عن الأول: بأنّ الملكيه أمر اعتبارى و ليست من الأمور الحقيقيه المتأصله من الأعراض حتّى تحتاج إلى محلّ.

و عن الثانى: المالىه تدور مدار العرف و العقلاء و هى حاصله فى مَنْ مِنَ الأرز حالا أو سلّما.

و عن الثالث: بأنّ العرف يُعَدُّ الملكيه ثابتة له ولو على نحو الإجمال و القوّه لأنّ القدره القريبه من الفعل تجعل الإنسان مالكا لشيء بالقوه نظير الثمره المتجدده على الشجره.

و الحاصل: بعد اعتراف العرف و العقلاء بصحه هذه البيوع فلا عبره بهذه الاشكالات الواهنه.

### الثالث: الحقوق و بيعها

#### إشاره

الحقّ فى اللغه يستعمل بمعنى: ثابتٌ و موجودٌ و فى الاصطلاح يطلق على مَعْتَبَرَيْنِ و هما الحقيقى و الإعتبارى.

أمّا المعنى الإصطلاحى الحقيقى: فَيُرَادُ به وجود الشيء و أنّه واقع فى العالم الوجود و يتحقّق خارجا نحو: قول رسول الله صلى الله عليه و آله : على عليه السلام مع الحقّ و الحقّ مع على عليه السلام. (١)

و أمّا المعنى الإصطلاحى الاعتبارى فَمَالِحٌ أَنْ هذا المعنى لا يتحقّق فى الخارج إلاّ مع الاعتبار. كحقّ الزوجيه و حقّ الخيار. و المراد به هو سلطنه و أولويّه شرّعت رعايه لحال

ص: ١٥

---

١- (١) تاريخ مدينه دمشق ٣/١٢٠، شرح نهج البلاغه ٢/٢٩٧، تاريخ بغداد ١٤/٣٢١، كنز العمال ٦/١٥٧، مجمع الزوائد ٧/٢٣٥، و نموها فى صحيح الترمذى ٢/٢٩٨، مستدرک الصحيحين ٣/١١٩ و ١٢٤، مجمع الزوائد ٧/٢٤٣ و ٩/١٣٤.

المكلف ورفقاً به أو لكونه أهلاً لذلك.

قال أمير المؤمنين عليه السلام في خطبه خطبها بصفين: «أما بعد فقد جعل الله سبحانه لي عليكم حقاً بولايه أمركم و لكم عليّ من الحقّ مثل الذي لي عليكم، فالحقّ أوسع الأشياء في التواصف و أضيقتها في التناصف، لا يجري لأحدٍ إلّا جرى عليه و لا يجرى عليه إلّا جرى له و لو كان لأحد أن يجري له و لا يجري عليه لكان ذلك خالصاً لله سبحانه دون خلقه لقدرته على عباده و لعدله في كلّ ما جرت عليه صروف قضائه ولكنّه سبحانه جعل حقّه على العباد أن يطيعوه و جعل جزاءهم عليه مضاعفه الثواب تفضلاً منه و توسّعاً بما هو من المزيد أهله»<sup>(١)</sup>.

و على هذه الاساس ما ورد من الحقّ على الله تعالى ليس منه تعالى إلّا التفضل و الرحمه نحو قوله تعالى: «و كان حقّاً علينا نصر المؤمنين»<sup>(٢)</sup> و قوله تعالى: «كتب ربكم على نفسه الرحمه»<sup>(٣)</sup> و أمّا بالنسبه إلى غير الله تعالى فتكوّن الحقوق متقابله بين الطرفين في الغالب.

الفرق بين الحقّ و المال: الحقّ هو سلطنه متعلقه بالمال و ليس بالمال نفسه نحو: حقّ التحجير و حقّ الرهانه و حقّ الخيار.

و بعباره أخرى: الحقّ كالمملك في أنّه سلطنه متعلّقها المال و ليس المال نفسه، نعم يصحّ تعلّقه بما يتعلّق بالمال كحقّ الخيار و الشفعه.

و كذا يصحّ تعلّقه بنفس الغير كتعلّق حقّ الولاية لولى الصغير بنفسه.

و كذا يصحّ تعلّقه بذمّه الغير كحقّ الزوجيه.

ص: ١٦

١- (١) نهج البلاغه، الخطبه ٢١٦.

٢- (٢) سوره الروم / ٤٧.

٣- (٣) سوره الانعام / ٥٤.

و أما الفرق بين الحقّ و بين الملك: فَإِنَّهُمَا مشتركان في كونهما سلطَنَه ولكن الفرق بينهما أَنَّ الحقّ متعلِّقه إمَّا أن يكون من سنخ المال - ولكن من مال غير من هو له - و إمَّا أن يكون من غير سنخ المال.

ولكن الملك لا بدّ أن يكون متعلِّقه من سنخ المال بل من مال مَنْ هو له ولو كان لقلّته و حقارته لا يعدّ مالاً في العرف.

و الفرق بين الحقّ و الحكم الترخيصى - لا الايجابى و التحريمى - يمكن أن يقال بأنّ الفرق بينهما: أنّ المجعول ابتداءً في الحقّ هو السلطنه و فى الحكم هو الإباحه.

و بعبارة أخرى: الداعى إلى تشريع الحقّ هو الرعايه من الشارع لحال المكلف و لياقته للسلطنه ولكن الحكم الترخيصى الداعى إلى جعله خلوه من المصلحه و المفسده فى نوعه.

و الحقّ و الحكم الترخيصى كثيرا ما يشتبه أحدهما بالآخر نحو: الرجوع إلى المطلّقه الرجعيه قبل انقضاء العده، أو الجواز فى العقود الجائزه بالأصالة. (١)

### أقسام الحقوق بالنسبه إلى صحه النقل و الإسقاط

١- ما لا يصح نقله و لا اسقاطه، و لا ينتقل بالموت نحو: حقّ الأبوه و حقّ الولايه للمجتهد الجامع شرائط الإفتاء، و حقّ الاستمتاع بالزوجه.

٢- ما يجوز اسقاطه و لا يصح نقله و لا ينتقل بالموت أيضا: كحقّ الغيبه بناءً على و جوب إرضاء صاحبه و عدم كفايه التوبه.

٣- ما لا يصح نقله ولكن يجوز اسقاطه و ينتقل بالموت: كحقّ الشفعه على

ص: ١٧

---

١- (١) و لتفصيل هذا البحث راجع كتاب البيع ١/ (١٣-١٠) لشيخنا آيه الله الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

٤- ما يصح نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضا: كحقوق الخيار و القصاص و الرهانه و التحجير و الشرط.

٥- ما يجوز إسقاطه و نقله لا بعوض و لا ينتقل بالموت: كحقّ القَسْم على ما ذكره جماعة كالشيخ في المبسوط (١) و العلامه في القواعد (٢) و الشهيد في اللمعه (٣). و فيه نظر بَيِّن.

٦- ما هو محلّ الشكّ في صحه الإسقاط و النقل و الإنتقال نحو: حقّ الرجوع في العده الرجعيه، و حقّ النفقه في الأرقاب كالأبوين و الأولاد، و حقّ الفسخ في النكاح بالعيوب، و حقّ المطالبه في القرض و الوديعة و العاربه، و حقّ الفسخ في العقود الجائزه كأمثال: الشركه و المضاربه و الوكاله و الهبه. (٤)

و اعلم: أنّ من لوازم الحكم عِدْمُ جَوَازِ إِسْقَاطِهِ و من لوازم الحقّ جواز إسقاطه ما لم يمنع عنه مانع، و إذا ما شككنا بنفوذ الإسقاط و عدمه، فالأصلُ يجرى بالنسبه إلى عدم النفوذ و عدم السقوط، كالرجوع في العده إلى المطلقه الرجعيه قبل انقضاء العده فيشكّ أنّه حكم حتّى لا يؤثر إسقاطه أو حقّ حتّى يؤثر فيحكم ببقائه بعد الإسقاط للاستصحاب.

ثم: إذا تَعَيَّنَتِ الحَقِيقَةُ وَ طَرِحَتِ الحَكْمِيَّةُ و شككنا في أنّها تقبل النقل و الانتقال أم لا؟ فالأصلُ يقتضى عدم نفوذ النقل و الانتقال فلا يجوز بيعها.

و قد أسس المؤسس الحائري قدس سره أصلاً ثانياً في المقام حيث يقول: «لكن يمكن

ص: ١٨

١- (١) المبسوط ٤/٣٢٥.

٢- (٢) القواعد ٢/٤٥.

٣- (٣) اللمعه الدمشقيه ١٧٤/١.

٤- (٤) في هذه الأقسام راجع حاشيه الفقيه اليزدي على المكاسب ١/٢٨٢ و ٢٨١.

استفاده الأصل و القاعده على القبول من قوله عليه السلام : ما ترك الميت من حقِّ فلوارثه(١)، و فى روايه: زياده «أو مال» بعد قوله «من حقِّ»، و على الأوّل: معناه الأعمّ الشامل للمال و كيف كان فمضمونه تأسيس القاعده على أنّ كلّ حقّ ينتقل بالموت إلى الوارث فيستكشف منه القابليه للنقل فى جميع الحقوق ضروره أنّ الانتقال الفعلى الذى هو مضمون الروايه فرع القابليه فيكون هذا أصلاً ثانوياً حاكماً على الأصل الأوّل، غايه الأمر أنّه خرج ما خرج(٢).

و فيه: أولاً: هذه الروايه مرسله، لم تنقل فى كتب الحديث بل نقلت فى كتب الاستدلال فقط كما يظهُر من مصادرها.

و ثانياً: يمكن المناقشه فى دلالتها بأنّ المراد من الحقِّ فيها الحقوق التى تقبل النقل و الانتقال.

ولكن يمكن تأييد المؤسس الحائرى قدس سره بأنّ الحقّ إذا كان من الحقوق التى تُعُورَفَ نقلها و انتقالها عند العرف أمكن القول بامضائها من ناحيه الشارع بعد عدم وصول الردع عنه بخصوصها. لما مرّ فى تعريف البيع.

و أمّا التمسك بعمومات البيع و الصلح و العقد لأجل جواز النقل بنحو القابليه الشرعيه فلا يتمّ لأنّه تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه له.

و لأحدٍ أن يقال: الحقوق التى تقوم بالأشخاص أو العنوان لا يجوز التعدى منها إلى

ص: ١٩

---

١- (١) وردت الروايه فى دعائم الإسلام ٢/٣٩٥ هكذا: ما ترك الميت من شىء فلورثته. نعم وردت هذه الألفاظ المذكوره فى كتب الاستدلال نحو: المسالك ١٢/٣٤١ و المفاتيح ٣/٨٢ و الحقائق ٢٠/٣٢٦ و حاشيه مجمع الفائده ٢١٤/ للوحيد و رياض المسائل ٨/٢٠٢ و الجواهر ٢٣/٧٥.

٢- (٢) كتاب البيع ١/١٧ بقلم شيخنا آيه الله الشيخ محمدعلى الأراكى قدس سره .

غيرها نحو: ولايه الفقيه أو حقوق الوصايه بالنسبه إلى الوصى أو القيموميه بالنسبه إلى القيم أو التوليه بالنسبه إلى المتولى، و أما غيرها إذا تُعَوِّرَفَ نقلها و لم يرد من الشرع النهى عنه فيجوز نقلها و انتقالها.

و بعبارة أخرى: الحق بطبيعته يقتضى جواز إسقاطه و نقله، لأن من له الحق كان مالكا له و مسلطا عليه، فالمنع منهما إما تعبدى أو من جهه قصور فى كفيته بحسب الجعل، و تحصيل عدم الأول واضح، و الثانى نحو أن يكون الحق متقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص كحق التوليه فى الوقف و حق الشفعه بالنسبه إلى الشريك.

و إذا شك فى كون شىء حقاً، فهل يجوز إسقاطه أو نقله أم لا؟ الظاهر لا، و أما إن علم كونه حقاً و علم المنع التعبدى أو كون الشخص أو العنوان مقوماً له فلا اشكال، و إن شك فى المنع فمقتضى العمومات صحه التصرفات فيه، و كذا إن شك فى كون الشخص أو النوع مقوماً بحسب الجعل الشرعى بعد إحراز القابليه بحسب العرف، مقتضى العمومات يدل على صحه التصرفات فيه بعد فرض صدق عناوينها.

و من ذلك يظهر أن ما يقال من أن العمومات لا تثبت القابليات، مدفوع بأن ذلك إذا كان الشك فى القابليه العرفيه، ولكن ما نحن فيه هو فى القابليه الشرعيه و شأن العمومات إثباتها. هذا ما أفاده الفقيه اليزدى (١) قدس سره بتلخيص مآ.

و بما ذكرنا تظهر مواقع النظر فى ما ذهب إليه المحقق السيّد الخوئى: «من أن الحكم و الحق متحدان حقيقه لأن قوامهما بالاعتبار الصرف - ثم قسم المعجولات الشرعيه على ستة أقسام و قال: - و هذه الامور الاعتباريه و إن اختلفت من حيث الآثار اختلافاً واضحاً ولكنها تشترك فى أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المعجول الشرعى أو

ص: ٢٠

العقلاني إلى الحقّ والحكم لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلّها حكم شرعي أو عقلاني قد اعتبر لمصالح خاصه...، نعم، تختلف هذه الأحكام في الأثر اختلافا ظاهرا فبعضها يقبل الإسقاط وبعضها لا يقبله، والسرّ في هذا الاختلاف هو أنّ زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثا وبقاءً، فقد يحكم ببقائه كما حكم بحدوثه، وقد يحكم بارتفاعه ولو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما، نعم المتبع في ذلك - في مقام الإثبات - هو الأدلة الشرعيه و على الجملة إنّ الجواز و اللزوم الوضعيين كالجواز و اللزوم التكليفيين فإن جميعها من الأحكام الشرعيه و لا تفاوت في ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها.

... نعم لا مانع من تخصيص اطلاق الحقّ اصطلاحا بطائفه من الأحكام - و هي التي تقبل الإسقاط، إذ لا مُشَاخَهَ في الاصطلاح... و ممّا يدل على اتحاد الحقّ و الحكم أنّ لفظ الحقّ في اللغه بمعنى الثبوت و لذا يصح إطلاقه على كلّ أمرٍ متقرر في وعائه المناسب له، سواء أكان تقررا تكوينيا أم كان اعتباريا...»(١) و قد استشكل(٢) على هذا المبني في عدم جواز جعل الحقّ ثمنا في البيع لأنّ الحقّ حكم شرعي غير قابل لأن تتعلّق به اضافه ملكيه أو غيرها، و غايه الأمر يكون قابلاً للإسقاط و به ينتهي أمده.

أقول: و فيه: أوّلاً: ظهر ممّا ذكرنا الفرق بين الحكم و الحقّ(٣) و اعتباريتهما لا تدلّ على كونهما شيئاً واحداً و إلا صار جميع العقود و الأحكام شيئاً واحداً لأنّ الجميع مُشْتَرِكٌ في الاعتباريه.

و ثانياً: الحقوق ممّا يبذل العقلاء في قبالتها الأموال و تكون مورداً لرغبتهم و

ص: ٢١

١- (١) مصباح الفقاهه ٢/ (٤٧-٤٥).

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٢/٤٣.

٣- (٣) و لتفصيل الفرق بينهما راجع كتاب البيع ١/١٢ و ١١ من تقريرات المؤسس الحائري بقلم شيخنا آيه الله الأراكي.



تنافسهم فيصدق عليها أنها مال بالحمل الشائع فلا مانع من جواز المعاوضه عليها كما اعترف (١) قدس سره به قبل هذا الاشكال. و كذا يجوز بيعها.

و ثالثاً: إنّ ثبوت الحقّ في موارد عدم ثبوت الحكم - و هو الجواز أو اللزوم - يدلّ على افتراقهما و أنّهما شيئان مختلفان كما إذا باع داره ببيع الخيار ثم عرض له السفه، فإنّه يقوم وليه مقامه، مع أنّ الخيار كان مجعولاً للبائع، أو كان شريك مالك الحصه سفيها لا يصح له الأخذ بالشفعه فإنّه يقوم وليّه مقامه مع أنّ الشفعه مجعوله للشريك نفسه لا لوليّه.

و لذا مثل حقّ التحجير أو السبق يعدّ أولويه اعتباريه للشخص بالإضافة إلى الأرض الموات أو المسجد و المدرسه و نحوهما و هذه الأولويه في نفسها قابله للنقل إلى الآخر مجاناً كان أو بالعوض فتشملها أدله حليه البيوع و اوفوا بالعقود و جواز الصلح و نحوها. و قد تعرض لهذا الجواب شيخنا الأستاذ (٢) - مد ظله - .

و كذا تظهر مواقع النظر في كلام المحقّق النائيني (٣) من أنّ قوام الحقّ بقابليه للإسقاط بخلاف الحكم تبعاً للشهيد (٤) و تعجّب من الفقيه اليزدي كيف يقسم الحقوق إلى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبل!

لما مرّ أنّ من لوازم الحقّ جواز إسقاطه ما لم يمنع عنه مانع تعبدى أو من جهه قصور في كيفية جعله بحيث يكون متقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص، لا من مقوماته و على هذا يوجد في الحقوق ما لا يجوز إسقاطه كحقوق الله على الانسان و حقوق رسول الله صلى الله عليه و آله و الأئمه عليهم السلام عليه، و كبعض الحقوق المتقابله بين المؤمنين من الفرديّه و الاجتماعيه و العائليه و

ص: ٢٢

١- (١) مصباح الفقاهه ٢/٤٢.

٢- (٢) ارشاد الطالب ٢/١٣.

٣- (٣) منيه الطالب ١/١٠٧.

٤- (٤) القواعد و الفوائد ٢/٤٣.

الحكوميّه و الحقوق المتقابله بين الملل و كذا الحقوق بين الانسان و الطبيعه و الحيوانات و نحوها.(١)

فما ذكره المحقق النائيني يوجب خروج عدّه متناهيه من الحقوق و هو غير سديد.

و الحاصل: حيث أنّ الحقوق التي يجوز نقلها و انتقالها بل يجوز إسقاطها تُعَدُّ في العرف مالاً فلا بأس ببيعها و العجب من الجدل الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره حيث ذهب إلى عدم صحه بيعها و قال: «و أمّا الحقوق: فالظاهر أنّها لا تقع ثمنًا و لا ثمنًا لخفاء الملكيه فيها فلا تتبادر من الملك»(٢).

و لعلّ لما ذكرنا استشكل تلميذه صاحب الجواهر عليه بقوله: «في شرح الأستاذ اعتبار عدم كونه حقًا مع أنّه لا يخلو من منع لما عرفته من الإطلاق المزبور [أى من إطلاق العوض و الثمن بحيث يدخل الشخصى و الكلّى و العين و المنفعه] المقتضى لكونه كالصلح الذى لا- إشكال فى وقوعه على الحقوق، فلا- يبعد صحه وقوعها ثمنًا فى البيع و غيره، من غير فرق بين اقتضاء ذلك سقوطها كبيع العين بحق الخيار و الشفعه على معنى سقوطهما و بين اقتضائه نقلها كحقّ التحجير و نحوه، و كان نظره رحمه الله فى المنع إلى الأوّل باعتبار معلوميّه كون البيع من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح.

و فيه: إنّ من البيع، بيع الدين على من هو عليه، و لا ريب فى اقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أنّ الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذى بعينه يقرر فى نحو حقّ الخيار و الشفعه، و الله أعلم»(٣).

ص: ٢٣

---

١- (١) فى هذا المجال راجع «رساله حقوق» لبعض أساتذتنا - مد ظله - باللغه الفارسيه و قد أتعب نفسه الشريفه فى عدّ الحقوق المختلفه.

٢- (٢) شرح القواعد ٢/١١.

٣- (٣) الجواهر ٢٢/٢٠٩.

أقول: قد عرفت أنّ صاحب الجواهر قدس سره ذهب إلى جواز بيع الحقوق التي يجوز إسقاطها و نقلها و انتقالها بجعلها في البيع ثمنا. و الصحيح عندنا جواز بيعها بلا فرق بين كونها ثمنا أو ثمنا لما مرّ في تعريف الحقّ و البيع ما يصح معاملتها و بيعها، و الله العالم.

#### الرابع: هل يعتبر في البيع كونه بالصيغه؟

##### إشاره

انشاء العقد باللفظ و قراءة الصيغه هل يعتبران في البيع أم لا؟ ذهب المشهور على الاعتبار بل كاد أن يكون إجماعا، ولكن جماعه من الفقهاء يقولون بعدم الاعتبار:

منهم: الشيخ المفيد قال: «و البيع ينعقد على تراض بين الاثنتين فيما يملكان التبائع له، إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان»<sup>(١)</sup>.

و استفاد من هذه مقاله جماعه من الفقهاء نحو الشَّهيدَيْنِ<sup>(٢)</sup> و المحقّق الكركي<sup>(٣)</sup> عدم اعتبار الصيغه و الإكتفاء بالمعاطاه فحينئذ ما ذكره العلامة في المختلف: «بأنّ للمفيد قولاً يوهّم الجواز - ثم ذكر كلام المفيد - و قال: ليس في هذا تصريح بصحته إلاّ أنّه موهم»<sup>(٤)</sup>، غير تام.

و منهم: الشيخ الطوسي في ظاهر المبسوط يقول: «البيع هو انتقال عين مملوكه من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضى»<sup>(٥)</sup> و لم يشترط العقد هنا و إن اشترطه في غيرها.

ص: ٢٤

١- (١) المقنعه ٥٩١/.

٢- (٢) الدروس ٣/١٩٢؛ المسالك ٣/١٤٧.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤/٥٨.

٤- (٤) مختلف الشيعة ٥/٥١.

٥- (٥) المبسوط ٢/٧٦.

و منهم: ابن ادريس الحلّي في السرائر(١) ذهب إلى تعريف الشيخ و لم يشترط العقد.

و العلامه أخذ هذا التعريف في عدّه من كتبه نحو: التذكرة(٢) و النهايه(٣) و التلخيص(٤) و التحرير(٥) و القواعد(٦) و لكنّه بعده تعرّض لاشتراط الصيغه أو خروج المعاطاه كما في النهايه حيث يقول فيها: «المعاطاه ليست بيعاً»(٧).

### ترجمه السيد حسن ابن السيد جعفر من مشايخ الشهيد الثاني

و منهم: السيّد حسن ابن السيّد جعفر(٨) و هو من مشايخ الشهيد الثاني حيث قال

ص: ٢٥

١- (١) السرائر ٢/٢٤٠.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١٠/٥.

٣- (٣) نهايه الأحكام ٢/٤٤٧.

٤- (٤) تلخيص المرام ٩٤/.

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٥.

٦- (٦) قواعد الأحكام ٢/١٦.

٧- (٧) نهايه الأحكام ٢/٤٤٩.

٨- (٨) هو بدرالدين الحسن بن جعفر بن فخرالدين بن الحسن بن نجم الدين الأ-عرج الحسيني العاملي الكركي - من مشايخ علي بن هلال الكركي و الشهيد الثاني و الشيخ حسين بن عبدالصمد والد البهائي - و كان ابن خاله المحقق الكركي و وصفه الشهيد الثاني في إجازته للوالد البهائي بقوله: «شيخنا الأجل الأعلم الأكمل ذى النفس الطاهره الزكيه أفضل المتأخرين في قوّتيه: العلميه و العمليه»... ثم ذكر نسبه و كتبه. [راجع رسائل الشهيد الثاني ٢/١١١٦ و ١١١٧]. المتوفى عام ٩٣٣ كما في الأمل، أو ٦ شهر رمضان ٩٣٦ كما في نظام الأقوال و له أقوال في الفقه لعلّه بعضها مختصه به: منها: تطهير الماء النجس إذا وقعت قطره واحده من المطر عليه. كما نقل عنه ثاني الشهيدين في روض الجنان ١/١٧٢، المحدث البحراني في الحدائق ١/٢٢١، و المحقق القمي في غنائم الأيام ١/٥٣٠. و منها: اشتراطه في دم الحيض في الثلاثه رؤيته في أول الأول و آخر الثالث و أيّ وقت من الثاني. كما نقل عنه في الحدائق ٣/١٦٩ و المستند ٢/١٩٤ و الجواهر ٣/١٥٧ [٣/٢٨٤]. منها: أنّه جعل مقارنه النيه مع تكبيره الإحرام في الصلاه من اركانها كما نقل عنه صاحب الجواهر ١٢/٢٤٠. و منها: لو أجنب فنام فطلع الفجر صح صومه لو نوى الاغتسال ليلاً ولكن شرط هو اعتياده الانتباه و إلا كان كمتعمّد البقاء، كما في المسالك ٢/١٨، و نسب في هامش بعض نسخه إليه. و منها: أنّه يرى جعل وضع الحديد في عصا المدائق حيله على جواز الفعل، نظراً إلى دخوله بذلك في النصل [في الرمايه]، كما نقل عنه في المسالك ٦/٨٥. و له مصنفات منها: المحجّه البيضاء و العمده الجليه و مقنع الطلاب و شرح الطيبه الجزريه، انظر ترجمته في أمل الآمل ١/٥٦ و تعليقه للأفندي ٤٢/ و طبقات أعلام الشيعة، القرن العاشر ٤٩/.

فى المسالك: «وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضا، لكن يشترط فى الدال كونه لفظا و إطلاق كلام المفيد أعم منه، و النصوص المطلقة من الكتاب و السنه الداله على حلّ البيع و انعقاده من غير تقييد بصيغه خاصه يدلّ على ذلك، فأنا لم نقف على دليل صريح فى اعتبار لفظ معين غير أنّ الوقوف مع المشهور هو الأجود...»(١).

و منهم: المحقق الأردبيلي قال: «فاعلم أنّ الذى يظهر أنّه لا- يحتاج فى انعقاد عقد البيع المملّك الناقل للملك من البائع إلى المشتري و بالعكس إلى الصيغه المعينه كما هو المشهور، بل يكفى كلّ ما يدلّ على قصد ذلك مع الإقباض و هو المذهب المنسوب إلى الشيخ المفيد من القدماء و إلى بعض معاصرى الشهيد الثانى رحمه الله . و هو المفهوم عرفا من البيع لأنّه كثيرا ما يقال فى العرف و يراد بذلك، بل إنّما يفهم عرفا ذلك من لم يسمع من المتفقهه شيئا و لهذا تسمع يقولون بعنا و يريدون ذلك من غير صدور تلك الصيغه بل بدون الشعور بها و لهذا يصحّ أنّه أوقع البيع بدون الصيغه و بالجمله الاطلاق واضح... و الأصل و الاستصحاب متروك بالأدله التى ذكرناها و هى أربعة عشر دليلاً من الكتاب و السنه و الإجماع و ترك البيان و عدم نقل الصيغه و التصرف المفيد للملكيه و الشريعه السهله و لزوم الحرج و

ص: ٢٦

الضيق المنفى عقلاً- و نقلاً- و اللزوم بعد التصرف و التجاره عن تراض و العلم به و الملك بدون اللزوم عند الأكثر و غرض حصول العلم و بقاء المال للوارث بعد موت البائع... و بالجملة ما نرى له دليلاً قوياً إلا أنه مشهور...»(١).

و منهم: المحدث الكاشاني في المفاتيح(٢).

و منهم: المحقق السبزواري قال: «و قول المفيد غير بعيد و النصوص المطلقة من الكتاب و السنه داله على حلّ البيع و انعقاده من غير التقييد بصيغه مخصوصه. و لم ينقل عنهم عليهم السلام اعتبار خصوص لفظ مع توفر الدواعى فى ذلك لو كان شرطاً»(٣).

و منهم: المحدث البحراني يقول فى شأن هذا القول: «... و إليه يميل والدى و الشيخ عبدالله بن صالح البحراني، و نقلاه عن شيخهما العلامة الشيخ سليمان بن عبدالله البحراني، و هو الظاهر عندى من أخبار العتره الأطهار التى عليها المدار فى الإيراد و الإصدار كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى على وجه لا تعتريه غشاوه الإنكار هذا...»(٤).

و منهم: الفاضل النراقي قال: «و الثالث: ظاهر المفيد و جمع من المتأخرين و هو الحق...»(٥).

و منهم: الفقيه اليزدى قال: «أنّ المسأله (أى أنّ المعاطاه بيع) راجعه إلى الشك فى شرطيه الصيغه فى انعقاد البيع و لا دليل عليها، و عدم الدليل فى مثل هذه المسأله دليل العدم لأنّه لو كان كذلك لبان و وجب على الشارع البيان، مع أنّه لم يرد ذلك فى شيء مما

ص: ٢٧

١- (١) مجمع الفائده و البرهان ٨/ (١٤٢-١٣٩).

٢- (٢) مفاتيح الشرائع ٣/٤٨، مفتاح ٨٩٦.

٣- (٣) الكفايه ١/٤٤٩.

٤- (٤) الحدائق ١٨/٣٥٠.

٥- (٥) مستند الشيعة ١٤/٢٥٣.

وصل إلينا من الأخبار لا من طرق العامه و لا من طرق الخاصه مع توفر الدواعى على نقل مثله فى مثل هذه المسأله...»(١).

و جماعه من العامه يذهبون إلى هذا القول منهم: بعض الشافعيه و أحمد بن حنبل و مالك بن أنس كما نقل عن الأخيرين العلامه فى التذكره(٢) و قال ثانى الشهيدين: «... و الذى اختاره متأخرو الشافعيه و جميع المالكيه انعقاد البيع بكلّ مادّ على التراضى و عدّه الناس بيعا و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم، و ما أحسنه و أمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه»(٣).

أقول: لا- يبعد تماميه هذا القول و عدم احتياج البيع و غيره من المعاملات إلى الصيغه الخاصه و اللفظ و تشمله الإطلاقات و العمومات الوارده فى حلّيه البيوع و الوفاء بالعقود فحينئذ تدخل المعاطاه فى البيع و غيره على الأصل الأوّلى، فلا نحتاج عن البحث حول صيغه البيع أو المعامله ما هى؟ و صيغه الإيجاب و صيغه القبول ما هما؟ و تقديم الإيجاب على القبول لازم أم لا؟ و لزوم النطق بهما فلا- تكفى الإشاره إلّا- مع العجز! و لزوم التصريح فلا يقع بالكنايه، و لزوم الجزم فلو علّق العقد على شرط لم يصح، و لزوم التطابق فى المعنى بين الصيغتين و عدمه! لأننا استغينا عن جميع هذه الأبحاث.

نعم: بالنسبه إلى النكاح خصوصا الأحوط جريان الصيغه و التلفظ بها و يلحق به بعض الإيقاعات نحو: الطلاق و الظهار و اللعان و الإيلاء و نحوها و التفصيل يطلب من محلّه.

ص: ٢٨

١- (١) حاشيته على المكاسب ١/٣٣٦.

٢- (٢) تذكره الفقهاء ١٠/٧.

٣- (٣) المسالك ٣/١٥٢.

و أما ما ورد في ألسن الفقهاء - أعلى الله مقامهم - من «أنَّ المحلَّل و المحرَّم هو اللفظ» (١) أو «إنَّما يحرَّم و يحلَّل الكلام» (٢) أو إقامه التعليل من صاحب الجواهر للسيد حسن بن جعفر الحسيني رحمه الله حيث اشترط «في الدال كونه لفظاً» (٣) بقوله: «محافظه على حصر التحليل و التحريم بالكلام» (٤) إنَّما نشأت من معتبره خالد بن الحجاج (٥) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنَّما يحلُّ الكلام و يحرَّم الكلام. (٦)

مفاد هذه المعتبره مفاد عدّه من الروايات حيث واعد الرجل أحداً شيئاً منه و ليس عنده الآن موجوداً فاشتراه من أجله فهل يلزم الوفاء بهذا الوعد و الشراء منه فأجابه الإمام عليه السلام بعدم لزوم الوفاء بل إن شاء اشتراه و إن شاء تركه.

و من هذه الروايات صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج (٧) و صحیحنا منصور بن حازم (٨).

ولكن إنَّما الكلام في ذيلها «إنَّما يحلُّ الكلام و يحرَّم الكلام» ما معناها؟ قال صاحب الوسائل رحمه الله: «فيه دلالة على عدم انعقاد البيع بغير صيغته، فلا يكون بيع المعاطاه معتبراً،

ص: ٢٩

١- (١) حاشيه مجمع الفائده و البرهان ٦٤/ للوحيد البهبهاني رحمه الله .

٢- (٢) رياض المسائل ٨/٢١٤.

٣- (٣) كما في المسالك ٣/١٤٧.

٤- (٤) الجواهر ٢٢/٢١٢.

٥- (٥) و في الكافي ٥/٢٠١، ح ٦ خالد بن نجیح.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨/٥٠، ح ٤. الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٨/٥١، ح ٩.

٨- (٨) وسائل الشيعه ١٨/٥٢، ح ١١ و ١٢.



و قد حملها صاحب الحدائق(٢) على عدم لزوم البيع حتّى يحرم الرد و الرجوع إلّا إذا حصل من الكلام ما يوجب الانتقال.

و تبعه فى الحمل الوحيد(٣) و سيد الرياض(٤).

ولكن ذكر الشيخ الأعظم قدس سره أربّعه احتمالات(٥) لهذا الذيل و اختار هو اثنتين منها و هما كما قال: «فتعين: المعنى الثالث: و هو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعامله إلّا وجوده قبل شراء العين التى يريدّها الرجل لأنّه بيع ما ليس عنده، و لا- يحلّل إلّا- عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلّا التواعد بالمبايعه، و هو غير مؤثر. فحاصل الروايه أنّ سبب التحليل و التحريم فى هذه المعامله منحصر فى الكلام عدما و وجودا.

أو المعنى الرابع و هو: أنّ المقاوله و المراضاه مع المشتري الثانى قبل اشتراء العين محلل للمعامله، و ايجاب البيع معه محرّم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلاله على اعتبار الكلام فى التحليل...»(٦).

و ذكر المحقق النائينى خمسّه وجوه محتمله لهذا الذيل و قال: «... و على أىّ تقدير لا- تدل الروايه على اعتبار اللفظ فى المعاملات...»(٧).

ص: ٣٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨/٥٠.

٢- (٢) الحدائق ١٨/٣٥٥.

٣- (٣) حاشيه مجمع الفائده و البرهان /٦٤.

٤- (٤) رياض المسائل ٨/٢١٤.

٥- (٥) راجع المكاسب ٣/٦٣-٦١).

٦- (٦) المكاسب ٣/٦٤.

٧- (٧) منيه الطالب ١/١٦١.

وقال المحقق السيّد الخوئي قدس سره بعد المناقشه في احتمالات الشيخ الأعظم: «و المتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا دلالة في روايه ابن نجيج على اعتبار اللفظ في صحه البيع أو لزومه لكي تدلّ على فساد المعاطاه أو على عدم لزومه» (١).

وقال شيخنا الاستاذ: «و الصحيح أنّ ذكر الكلام باعتبار فرض المقاوله و المساومه في الروايه و أنّها ربّما تكون متضمنه لإنشاء البيع و الالتزام قبل تملك المتاع و ربّما لا تكون، لا لأنّ لإنشاء البيع بالكلام خصوصيه لا تجرى في المعاطاه» (٢).

ولكن بنظرنا القاصر إن ناقشت أنت في كلام الشيخ الأعظم و غيره لا يمكن الأخذ بإطلاق ذيل الروايه لأنّ مقتضاه عدم تحقّق الإباحه و لا- يقول به أحد كما تبّه عليه الفقيه اليزدي (٣)، و حملت على أنّ التحليل و التحريم في جميع العقود - من حيث الجميع حتّى تشمل النكاح و الطلاق و نحوهما - إنّما هو بالكلام. أو حملت على الأغلبيه و الأكثريه أو على الحصر الإضافي لا على الحصر الحقيقي لا سيما بعد ما علمنا من الخارج بأنّ غير الكلام أيضا يحلل و يحرم نحو الرضاع و الرجوع في العده فعلاً لا قولاً و الدخول في الأمّ بعد عقد النكاح الذي يوجب حرمة بنتها و بعد مَبْنَانَا من عدم صحه الاستدلال بالحروف أو الالفاظ الخاصه - و هي هنا كلمه «إنّما» - في الروايات لأنّها نقلت بالمعنى لا باللفظ.

و على هذا البيع كما ينعقد بالعقد ينعقد بالفعل و الله العالم.

و في ختام هذا المبحث أذكر لك كلام المحقق السيّد الخوئي قدس سره حيث يقول: «... و المتحصل من جميع ذلك: أنّ إطلاق كلمه البيع على الإيجاب و القبول من الأغلاط الواضحه

ص: ٣١

١- (١) مصباح الفقاهه ٢/١٥٤.

٢- (٢) ارشاد الطالب ٢/٦٤.

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٣٨.

## الخامس: هل وضعت أسماء المعاملات للأعم؟

### إشاره

محل هذا البحث هو علم الأصول ولكن نتعرض إليه تبعاً للشيخ الأعظم قدس سره و لما فيه من الفوائد منها جواز التمسك بالإطلاقات.

قال الشهيد الأول: «الماهيات الجعليه كالصلاه و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحج لوجوب المضى فيه»(٢).

وقال الشهيد الثاني في المسالك في ذيل قول المحقق في الشرائع: «إطلاق العقد ينصرف إلى العقد الصحيح دون الفاسد»(٣) مالفظة: «عقد البيع وغيره من العقود حقيقه في الصحيح، مجاز في الفاسد، لوجود خواص الحقيقه و المجاز فيهما كمبادره المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره وغيره، من ثم حمل الإقرار به عليه، حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يُسمع إجماعاً و عدم صحه السلب و غير ذلك من خواصه، ولو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد ليقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقه، و حيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرر بالفاسد. ولو حلف على الإثبات سواء كان فساده لعدم صلاحتيه للمعاوضه كالخمر و الخنزير أو لفقد شرط فيه كجهاله مقداره و عينه سيأتى البحث فيه»(٤).

وقد نوقش كلامهما بأن مفهوم البيع أمرٌ عُرفيٌّ و هو الذى يمضيه الشارع تاره و يردّه أُخرى و عليه فلا يعقل أخذ الصحه الشرعيه فى مفهومه إلا على القول بالحقيقه الشرعيه فى

ص: ٣٢

١- (١) مصباح الفقاهه ٢/٧٩.

٢- (٢) القواعد و الفوائد ١/١٥٨.

٣- (٣) الشرائع ٣/١٣٨.

٤- (٤) المسالك ١١/٢٦٣.

و لذا قال الفقيه اليزدى: «الظاهر أنه أعم من الصحيح العرفي أيضا، بمعنى أنّ الفاسد في نظر العرف أيضا بيع، فكلّ تمليك عين بعوض مع التعقب بالقبول بيع سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا، و هذا واضح جدّاً»<sup>(١)</sup>.

ولكن أجاب الشيخ الأعظم عن هذه المناقشه بقوله: «نعم، يمكن أن يقال: أنّ البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء لا يستعمل حقيقه إلاّ في ما كان صحيحا مؤثرا - ولو في نظر القائل - ثم إذا كان مؤثرا في نظر الشارع كان يباع عنده و إلاّ كان صورته بيع نظير بيع الهازل عند العرف، فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقيقه في الصحيح المفيد للأثر و مجاز في غيره...»<sup>(٢)</sup>.

و بعبارة أخرى: يمكن أن يوضع البيع لما هو المؤثر في الملكيه واقعا، و يكون الإمضاء، من الشرع أو العرف طريقا إلى ذلك، و قد يحكم الشارع بعدم حصول الملكيه، إلاّ - أنّ ذلك من ناحيه تخطئه الشارع أهل العرف و إذن فلا منافاه بين أن يكون البيع مفهوما عرفيا و بين أن يكون موضوعا لخصوص الحصة الصحيحه.

و الحاصل: إنّ البيع بمعنى الاسم المصدرى حقيقه فيما هو المؤثر في الملكيه واقعا و من الظاهر أنّ هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقه الشرعيه في المفاهيم العرفيه - هذا ما افاده المحقق السيّد الخوئي<sup>(٣)</sup> في توضيح كلام الشيخ - .

ص: ٣٣

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٣١٥.

٢- (٢) المكاسب ٣/٢٠.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٢/٨٠.

ولكن شيخنا الاستاذ(١) - قدس الله روحه - تعدى من البيع بمعنى الاسم المصدرى إلى المصدرى ووجه استدلال الشيخ بقوله: «... فالبيع ولو بمعناه المصدرى من العناوين القصدية فيمكن أن يكون المستعمل فيه أمرا واحدا عند الشرع والعرف وهو ما يترتب عليه الأثر المترقب - فإن الأثر المترقب فى البيع انتقال المالىن - فالمعنى مبهم من حيث

ص: ٣٤

١- (١) ارتحل إلى رحمه ربه شيخنا الأستاذ آية الله العظمى الحاج الشيخ الميرزا جواد التبريزي قدس سره فى الساعه العاشره من الليل المسفر صِبَاخُهُ عَنْ يَوْمِ الْاِثْنَيْنِ الثَّامِنِ وَالْعِشْرِينَ مِنْ شَهْرِ شَوَّالِ الْمَكْرَمِ عَامِ ١٤٢٧ بَعْدَ مَرَضٍ لَازِمِهِ أَرْبَعُ سِنَوَاتٍ وَصَارَ حَلِيفًا لِلْفَرَّاشِ قَرِيبًا مِنْ شَهْرَيْنِ وَ لَعَلَّ شَهْرًا مِنْهُمَا كَانَ فِي الْمَسْتَشْفَى أَوْلًا بِقَمِّ وَ ثَانِيًا بِطَهْرَانَ حَتَّى لَبَّى دَاعِيَ اللَّهِ، وَ نَقَلَ جِثْمَانَهُ الشَّرِيفَ إِلَى قَمِّ - عَشَّ آلِ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ - فِي نَفْسِ اللَّيْلِ وَ وَصَلَ إِلَيْهِ بَعْدَ مُنْتَصَفِهِ وَ اسْتَقْبَلَهُ لَيْلًا شَيْخُنَا الْأُسْتَاذَ آيَةَ اللَّهِ الْعَظْمَى الشَّيْخَ حَسِينِ الْوَحِيدِ الْخُرَّاسَانِيَّ - مَدْظِلُّهُ - عِنْدَ مَدْخَلِ الْمَدِينَةِ وَ شَيَّعَهُ حَتَّى بَيْتِهِ الشَّرِيفِ وَ دَخَلَهُ وَ عَزَى أُنْبَاءَهُ قَرِيبًا مِنْ السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ بَعْدَ مُنْتَصَفِ اللَّيْلِ. وَ لِأَجْلِ ارْتِحَالِهِ عُظِّلَتْ دُرُوسُ الْحَوَازَاتِ الْعِلْمِيَّةِ الشَّيْعِيَّةِ فِي جَمِيعِ الْبُلْدَانِ يَوْمَئِذٍ، وَ كَمَا عُظِّلَتْ قُمْ فِي يَوْمِ تَشْيِيعِهِ وَ هُوَ يَوْمُ الْأَرْبَعَاءِ الثَّلَاثِينَ مِنْ شَوَّالٍ وَ قَدْ حَضَرَتْ تَشْيِيعَهُ وَ الصَّلَاةَ عَلَيْهِ وَ لَمْ أَرْ فِي حَيَاتِي نَظِيرًا لَهُ مِنْ حَيْثُ كَثُرَ الْأَزْدِحَامُ مِنْ جَمِيعِ الطَّبَقَاتِ وَ قَدْ صَلَّى عَلَيْهِ شَيْخُنَا الْأُسْتَاذُ الْوَحِيدُ الْخُرَّاسَانِيَّ وَ دَفَنَ فِي زَاوِيَةِ مَسْجِدِ «بِالْأَسْرِ» فَوْقَ رَأْسِ مَرْقَدِ الْمَوْسَسِ الْحَاثِرِيِّ قَدَسَ سِرُّهُ، وَ قَدْ أَقَمْتُ لَهُ مَجْلِسًا تَرْحِيمِيًّا فِي مَسْجِدِي فِي يَوْمِ الْأَرْبَعَاءِ الْقَعْدِ الْحَرَامِ ١٤٢٧ بِأَصْبَهَانَ وَ كَذَا مَجْلِسًا تَأْيِينِيًّا بَعْدَ عَامٍ وَاحِدٍ عَلَى ارْتِحَالِهِ فِي يَوْمِ ٢٥ شَهْرِ شَوَّالِ الْمَكْرَمِ ١٤٢٨ يَوْمِ الثَّلَاثَاءِ اسْتَشْهَادِ الْإِمَامِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ قَدْ كَتَبْتُ تَرْجَمَتَهُ فِي كِتَابِي «طَرِيقُ الْوَصُولِ إِلَى أَخْبَارِ آلِ الرَّسُولِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ» فَرَاغَهُ، رَحِمَهُ اللَّهُ رَحْمَةً وَاسِعَةً وَ حَسْرَةً مَعَ مَوْلَاهُ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ وَ أَوْلَادِهِ الْمَعْصُومِينَ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ آمِينَ رَبِّ الْعَالَمِينَ. وَ قَدْ حَضَرَتْ عَلَيْهِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ عَامًا فِي الْفَقْهِ وَ أَصُولِهِ وَ حَتَّى مَجْلِسِ تَعْلِيقِهِ عَلَى الْمَنْهَاجِ وَ الْعُرُوهِ وَ الْوَسِيلَةِ كَمَا قَرَأْتُ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْمَدَّةِ عَدَّهُ مِنْ الْكُتُبِ الْفَقْهِيَّةِ مِنْهَا: الطَّهَارَةُ وَ الصَّلَاةُ وَ الْخُمْسُ وَ الْقَضَاءُ وَ الشَّهَادَاتُ وَ الْحُدُودُ وَ الْقِصَاصُ وَ الدِّيَاتُ، وَ مِنْ الْأُصُولِ دَوْرَتَيْنِ فِي الْأَدْلَةِ الْعَقْلِيَّةِ وَ دَوْرَهُ فِي مَبَاحِثِ الْأَلْفَاظِ وَ قَدْ كَتَبْتُ جَمِيعَ هَذِهِ الدَّرُوسِ عَلَى نَحْوِ التَّقْرِيرِ مِنْهُ فِي قَرِيبِ مِنْ عِشْرِينَ مَجْلَدًا، فَحَقَّقَهُ قَدَسَ سِرُّهُ عَلَيَّ كَثِيرًا لَا يَسَعُهَا هَذِهِ الْأَسْطُرُ.

الذات و القيود، و مبيّن من حيث الأثر و إذا كان المعاطاه مثلاً أمراً يترتب عليه انتقال المالكين في اعتبار العرف و الشرع تكون بيعا عندهما، و لو لم يترتب عليه انتقال شرعاً فهي لا تكون بيعا عند الشارع و بالجملة يمكن أن لا يكون خلاف بين الشرع و العرف في المعنى المصدري أو الاسم المصدري و يصح القول بأن ألفاظ المعاملات موضوعه للصحيحه فلا تطلق على الفاسده إلا بطور المجاز»(١)

أقول: الملكيه الحاصله من البيع و غيره من الأمور الاعتباريه التي تدور مدار الاعتبار من حيث الوجود و العدم، و ليست من الأمور التكوينيّه المتأصله في الخارج نحو الخمر و الخنزير، و على هذا فلا يتصور التخطئه في الملكيه بأن يوجد مورد توجد فيه الملكيه و لم يلتفت إليها العرف و يكشف عنها الشارع تخطئه له.

و لذا لو قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر في الملكيه فإن كان المراد منه الاعتبار العقلائي أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعي فلا بد من الالتزام بوضع البيع للأعم.

و إن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعي فلا بد من القول بالحقيقه الشرعيه في ألفاظ العقود و حينئذ يعود المحذور المتقدم أي أخذ الصحه الشرعيه في المفهوم العرفي. هذا ما افاده السيد الخوئي(٢) رحمه الله .

لا يقال: التخطئه في الأمور الاعتباريه لم تتم ولكن يمكن قبول التخطئه من ناحيه الملاكات و المصالح و المفساد.

لأننا نقول: الأحكام التكليفيه تدور مدار الملاكات و المصالح و المفساد غالباً ولكن الأحكام الوضعيه لا تقاس بها و الملاك و المصلحه في نفس اعتبارهما كالأحكام الطريقيه

ص: ٣٥

١- (١) ارشاد الطالب ٢/٢٦.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٢/٨١ و ٨٠.

التي تكون المصلحه في نفسها كحججه البينه الشرعيه و أخبار الآحاد.

نعم، ربّما تصح التخطئه في الملاك أو في نفس الاعتبار، لأنّ الاعتبار لابدّ أن يكون ناشئاً من المصلحه الواقعيه الداعيه إليه، و مع عدم وجود تلك المصلحه يحكم الشارع بعدم صحه اعتبار الملكيه و يكشف عنه خطأ العقلاء في اعتبارهم نحو: عدم ملكيه الخمر و الخنزير و الميته عند الشارع أو الحكم ببطلان البيع الربوي و الغررى و نحوهما، و هذا الاستدراك هو المختار عندنا.

### تذكره لابدّ من التنبيه عليها:

الظاهر أنّ مراد الشيخ الأعظم قدس سره هو ما ذكره جدّنا العلّامه التقي صاحب الهدايه قدس سره في آخر بحث الصحيح و الأعم بعد اختياره القول بالأعم ثم ذكر كلام الشهيدين و سعى في توجيه كلامهما - و لعلّ الشيخ أخذه منه رحمهما الله - حيث يقول: «فالأظهر أن يقال بوضعها لخصوص الصحيحه أيّ المعامله الباعثه على النقل و الانتقال أو نحو ذلك ممّا قرّره تلك المعامله الخاصه، فالبيع و الإجاره و النكاح و نحوها إنّما وضعت لتلك العقود الباعثه على الآثار المطلوبه منها، و إطلاقها على غيرها ليس إلّا من جهه المُشاكله أو نحوها على سبيل المجاز.

لكن لا يلزم من ذلك أن تكون حقيقه في خصوص الصحيح الشرعي حتّى يلزم أن تكون توقيفیه متوقّفه على بيان الشارع لخصوص الصحيحه منها، بل المراد منها إذا وردت في كلام الشارع قبل أن يقوم دليل على فساد بعضها هو العقود الباعثه على تلك الآثار المطلوبه في المتعارف بين الناس، فيكون حكم الشرع بحلّها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها قاضيّاً بترتب تلك الآثار عليها في حكم الشرع أيضاً فتتطابق صحتها العرفيه و الشرعيه، و إذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلك الآثار على بعضها خرج ذلك عن مصداق تلك المعامله في حكم الشرع و إن صدق عليه اسمها بحسب العرف نظراً إلى ترتب الأثر عليه

عندهم. و حينئذ فعدم صدق اسم البيع - مثلاً - عليه حقيقه عند الشارع و المتشرعه لا ينافى صدقه عليه عند أهل العرف مع اتحاد العرفين، و عدم ثبوت عرف خاص عند الشارع، إذ المفروض اتحاد المفهوم منه عند الجميع، و إنما الاختلاف هناك فى المصداق، فأهل العرف إنما يحكمون بصدق ذلك المفهوم عليه من جهة الحكم بترتب الأثر المطلوب عليه، و إنما يحكم بعدم صدقه عليه بحسب الشرع للحكم بعدم ترتب ذلك الأثر عليه، ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً كما أنّ البيوع الفاسده فى حكم العرف خارجه عندهم عن حقيقه البيع.

فظهر أنه لا منافاه بين خروج العقود الفاسده عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقه و كون المرجع فى تلك الألفاظ هو المعانى العرفيه من غير أن تتحقق هناك حقيقه شرعيه جديده فتأمل جيداً». (١)

أقول: أنت ترى بأن ما اوردها على الشيخ الأعظم لم يرد على العلامه الجّد رحمهما الله لأنه صرح بعدم ثبوت عرف خاص عند الشارع و عدم تحقّق حقيقه شرعيه فى المعاملات، و قد نبّه على هذا الأخذ الفقيه اليزدى رحمه الله فى حاشيته (٢) ولكن استشكل عليه بقوله: «... إنّ الملكيه و كذا أخواتها من الزوجيه و الحريره و الرقيه و نحوها أحكام مجعوله للعقلاء أو الشارع و اعتبارات عقلاييه أو شرعيه و لا واقع بها إلا هذا الاعتبار... إذ لا معنى حينئذ لتخطئه العرف فى المصداق إذ المفروض أنّ العقد بدون الشرط الشرعى الفلانى سبب عندهم مفيد للملكيه فلا يمكن أن يقال ما تراه سببا ليس بسبب لأنّ الفرض أنّه هو الجاعل للسبب و الواضع للاسم. نعم: يمكن تخطئته فى أصل الجعل بأن يقال أنّ مقتضى المصلحه أن

ص: ٣٧

١- (١) هدايه المسترشدين ١/٤٩٢.

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١/٣١٩.



لا يجعل هذا سببا، وهذا غير التخطئه في المصداق...»(١).

و فيه: بنظري القاصر يمكن ارجاع التخطئه في أصل الجعل إلى التخطئه في المصداق بادعاء أنّ البيع الربوي أو الغررى أو المجهول ثمننا أو مثمننا لم يكن عند الشارع بيعا، وهذه أيضا بعينها هي التخطئه في مصداقته لعنوان البيع فيتم ما ذكره العلامة الجدل صاحب الهدايه قدس سره .

و قد اعترف الفقيه اليزدي قدس سره بعد صفحه بإمكان التخطئه في المصداق حين استشكل على بعض الأفاضل بقوله: «أولاً: فما ذكره من عدم امکان التخطئه في المصداق كما ترى»(٢).

### ثمره هذا البحث:

قد يقال: بأنّ ثمره بحث الصحيح والأعم في المعاملات تظهر في صحة التمسك بالاطلاقات الواردة فيها و عدمها، و قبل الورد في البحث لابد لنا من تعريف الإطلاق و النسبه بينه و بين التقييد و التذكر بمقدمات أو مقدمه الحكمه:

فأما الإطلاق: فهو رفض القيود عندنا لا جمعها، و أنّ الملاك فيه كون حيثه الطبيعه تمام الموضوع.

و النسبه بينه و بين التقييد: في مقام الثبوت هي التضاد لا- يجتمعان و لا- يرتفعان، ولكن في مقام الإثبات هي تقابل العدم و الملكيه، أي إذا استحيل التقييد لجهه من الجهات لايمكن الحكم بالإطلاق من هذه الجهه.

ص: ٣٨

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٣٢١.

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١/٣٢٣.

و أمّا مقدمات الحكمه أو مقدمتها فهي:

١- كون المتكلم فى مقام البيان و يمكن إحراره بالأصل العقلاى. ولكنه إذا علمنا أنه من جهه فى مقام البيان ثم شككنا فى أنه من يأت سائر الجهات أيضا فى مقام البيان أم لا؟ لا تجرى أصاله أنه فى مقام البيان.

٢- تمكن المتكلم من الاتيان بالقيد و لم يأت به. لما مرّ أن التّقابل بين الاطلاق و التقييد فى مقام الإثبات هو العدم و الملكه. و الكلام فى هذا المقام.

٣- عدم ورود القيد فى كلام المتكلم لا متصلاً و لا منفصلاً. لأنّ مع ورود القيد متصلاً لم يبق مجال لتوهم الاطلاق و مع وروده منفصلاً يمحو الاطلاق السابق لأقل من جهه هذا القيد.

و أمّا وجود القدر المتيقن فى مقام التخاطب، كقدر المتيقن فى الخارج فلا يمنع من الاطلاق. الأول: نحو القيود المأخوذه فى أسئلة السائلين و إجابته الإمام بالاطلاق. و الثانى: نحو قول المولى: اكرم العالم، و وجود العلم من الخارج بأنّ الفقيه هو القدر المتيقن منه، ولكنّ وجود القدر المتيقن فى الخارج لا يوجب رفع اليد عن إطلاق العالم.

و يمكن إرجاع المقدمتين الثانیه و الثالثه إلى الأولى فحينئذ تصير المقدمه الوحيدہ فى المقام هو كون المتكلم فى مقام البيان. (١)

ثم بعد التذکر بهذه المقدمه على القول بأنّ ألفاظ المعاملات موضوعه للأعم فلا بأس بالتمسك بإطلاق خطابات المعاملات و على القول بأنّها موضوعه للصحيح عند العرف أو المعامله الباعثه على النقل و الانتقال - كما ذكره العلامة الجّد قدس سره فى توجيه كلام الشهيدین رحمهما الله - فلا بأس أيضا بالتمسك بإطلاقها، أمّا على القول بأنّها موضوعه للصحيح

ص: ٣٩

١- (١) فراجع نهايه الاصول ٣٨٣/ تقريرات السيد المحقق البروجردى رحمه الله لتوضيح ذلك.

عند الشرع فلا- يصح التمسك بإطلاقها و تصير مجمله و عليه فلو احتمل اعتبار شيء شرعاً في معاملته يلزم من القول بكونها موضوعاً للصحيحه عدم جواز التمسك بالإطلاق، لأنها صارت مجمله.

ولكن مع ذلك نحن نرى أنّ ديدن الفقهاء التمسك بالإطلاقات في ألفاظ المعاملات، حتى القائلون بالصحيح يتمسّدون بها و الشيخ الأعظم رحمه الله (١) يستدل لهم بوجهين على سبيل منع الخلو:

الأول: حمل لفظ البيع و غيره من العقود في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف في النقل و الانتقال، يعنى حمل لفظ البيع على البيع الصحيح العرفي المؤثر في النقل.

و فيه: أنت ترى أنّ هذا الوجه لا يثبت على القول بالصحيح، بل هو الوجه الذي ذكره العلامة الجد و تبعه الشيخ الأعظم في توجيه كلام الشهيدين من حمل الصحيح في كلامهما على الصحيح العرفي و عليه قد مرّ منّا جواز التمسك بالإطلاق، ولكن البحث هنا حول جواز التمسك بالإطلاق على القول بالصحيح الشرعي - لأنّ ما يصدق عليه البيع الصحيح العرفي يمكن أن يكون في الشرع باطلاً - و هذا الوجه لا ينتج بالنسبة إليه.

و لذا قال المحقق السيّد الخوئي رحمه الله إنّ هذا البيان يكون «عبارة أخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم» (٢).

الثاني: أن يحمل البيع على المصدر الذي يراد من لفظ «بعث» بتقريب: أنّ البيع في مثل قوله تعالى: «أحلّ الله البيع» يستعمل في معناه المصدرى و أريد منه الحليّة التكليفية

ص: ٤٠

١- (١) المكاسب ٣/٢٠.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٢/٨٤.

أو الوضعيه و يحتمل على المصاديق العرفيه، لأنّ بيان جعل الحكم التكليفي على المصاديق الشرعيه لغو محض.

و يمكن ان يستعمل في معنى الاسم المصدري و أريد منه الحليه الوضعيه و لا بدّ أن يحمل على امضاء المصاديق العرفيه لأنّ بيان جعل الحكم الوضعي على المصاديق الشرعيه لغو محض.

و بعبارة ثالثة: هذا الخطاب انحلالى فيعم جميع المصاديق العرفيه و إلّا- يصير لغوا. و هذا التقريب مستفاد من كلام شيخنا الاستاد (1) قدس سره .

و فيه: و أنت ترى أيضا بأنّ حمل البيع على المصاديق العرفيه لا يجمع مع القول بالصحيح، بل هذا عين القول بالأعم.

و الظاهر عدم الفرق بين الوجهين بل يرجعان لنا إلى وجه واحد.

و لذا قد تمسكوا لصحة الاستدلال باطلاقات للصحيح بوجه آخر:

منها: البيع و نحوه من العقود يطلق تاره على السبب أخرى على المُسَبَّب:

البيع السببي: عبارته عن العقد المركب من صيغتي الإيجاب و القبول، أو التعاطي خارجا بقصد تحقّق المبادله.

البيع المسببي: عبارته عن تبادل الإضافتين المتحقّقتين بالطرفين أو ما يحصل من الانشاء و يعتبر أمرا باقيا في عالم الاعتبار.

ثم إذا كان المراد من البيع هو السببي و كان الشارع في مقام إمضاء الأسباب العرفيه و لم يرد شيئا على ما هو سبب عندهم فحينئذ يصح التمسك بالاطلاق في نفى اشتراط العريه في صيغته العقد مثلاً.

ص: ٤١

و أمّا إذا كان المراد من البيع هو المُسَيَّبِي لِأَنَّهُ أَمْرٌ مُسْتَقَرٌّ قَارٌّ وَيُعْتَبَرُ أَمْرًا بَاقِيًا فِي عَالَمِ الْإِعْتِبَارِ فَلَا يَصِحُّ التَّمَسُّكُ بِالْإِطْلَاقِ لِأَنَّ أَمْرَ الْمُسَيَّبِ يَدُورُ مَدَارَ الصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ، وَالْوُجُودِ وَالْعَدَمِ وَلَا يَلَاحِظُ الْأَسْبَابَ.

و الظاهر أنّ المطلقات الواردة في الكتاب و السنه كلّها وارده في مقام إمضاء المسببات دون الأسباب حتّى قوله تعالى «أوفوا بالعقود»(١) بقرينه تعلق وجوب الوفاء بها تكون ظاهره في المسببات لأنّ الأسباب آنيه الحصول و غير قابله للبقاء حتّى تكون متعلقه لوجوب الوفاء بل القابل هي المسببات التي لها نحو بقاء بعد انعدام أسبابها(٢)، فحيث لا يمكن التمسك باطلاقات المعاملات.

و بعبارة أخرى: أنّ العرف لا يرى الدليل المتكفل لحكم على المسبب من إمضاء و نحوه ناظرا إلى إثبات ذلك الحكم أو لازمه لسبب، لعدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة.(٣)

و الحاصل: أنّ المسبب حيث أنه موجود آخر في قبال السبب فلا دليل على أن يكون إمضاء المسبب إمضاءً للسبب.(٤)

و قد نُسِبَ (٥) إلى الشيخ الأ-عظم جواباً في حلّ هذا الاشكال: بأنّ العرف حيث يرى حصول المسبب بسبب معين عندهم فإمضاء المسبب يستلزم امضاء السبب.

و استشكل عليه المناسب بقوله: «إنّ المتبع هو أنظار العرف في تعيين المفاهيم لا في

ص: ٤٢

١- (١) سورة المائدة ١/.

٢- (٢) كما ذكره المحقق النائيني في أجود التقريرات ١/٧٢ و تقريرات مكاسبه ١/١١٢.

٣- (٣) كما ذكره السيّد الروحاني رحمه الله في منتقى الاصول ١/٢٩١ و ٢٩٠.

٤- (٤) كما ذكره السيّد الروحاني رحمه الله في منتقى الاصول ١/٢٩١ و ٢٩٠.

٥- (٥) المناسب هو المحقق النائيني في الأجود ١/٧٢ و فوائد الاصول ١/٨٠.

التطبيق، فهم و إن رأوا حصول المسبب عند وجود أمر خاص إلا أن امضاء المسبب لا دليل على كونه إمضاءً لنظره في التطبيق أيضاً، بل المتع هو نظر الشارع فإن ثبت و إلا فيتمسك بإصاله عدم حصول المسببات...»(١).

و يمكن أن يقال: إن أمر المسبب و السبب يتصور على ثلاثة وجوه:

أ: مسبب له إلا سبب واحد.

ب: مسبب له أسباب متعددة في عرض واحد.

ج: مسبب له أسباب متعددة و نحن نقطع بتأثير أسباب فيه و تأثير بعض آخر منها مشكوك.

و إمضاء المسبب يكون إمضاءً للسبب في صورتين الأوليين و أما في الصورة الثالثة فلا و العمده في التمسك بالاطلاقات من قبيل هذه الصورة الأخيره.

و قد أجاب المحقق النائيني عن الإشكال بجواب آخر و هو:

«أن نسبة العقود إلى المعاملات ليست نسبة الأسباب إلى مسبباتها حتى يكونا موجودين خارجيين يترتب أحدهما على الآخر ترتبا قهريا و الاراده تكون متعلقه بالمسبب بتبع تعلقها بالسبب حيث أن اختياريه باختياريه... بل نسبتها إليها نسبة الآله إلى ذيهما... بداهه أن قول: بعث ليس بنفسه موجدا للملكيه نظير الإلقاء الموجد للإحراق، بل الموجد هو الاراده المتعلقه بإيجاده إنشاءً، فإذا لم يكن من قبيل الأسباب و المسببات فليس هناك موجودان خارجيان حتى لا يكون امضاء أحدهما إمضاءً للآخر بل الموجود واحد غاية الأمر أنه باختلاف الآله ينقسم إلى أقسام عديده فالبيع المنشأ باللفظ العربى قسم و بغير العربى قسم آخر، فإذا كان المتكلم في مقام البيان و لم يقنّده بنوع دون نوعٍ

ص: ٤٣

فيستكشف منه عمومه لجميع الأنواع والأصناف، كما في سائر المطلقات طبق النعل بالنعل»(١).

وقد قرّر هذا الجواب عن الثائني في تقريرات بحث مكاسبه بما ملخصه: «باب المنشأ بالألفاظ الإنشاء ليس من باب المسببات و الأسباب بل هو من قبيل إيجاد ذى الآله بآله إيجاد و ألفاظ العقود آلات لإيجاد المعانى الإنشائية بها، و الفعل المباشري الصادر عن الفاعل إما أن لا يتوقف صدوره عنه على آله كإيجاد النفس للصور الذهنيه فى صقعها، أو يتوقف صدوره عنه على آله، و الآله إما تكون من أعضائه كالتكلم المتوقف على اللسان أو يكون أمرا خارجا كالكتابه المتوقفه على القلم فعلى هذا صدور هذه المعانى الإيجاديه الإنشائية عن الفاعل يكون بالمباشره لكن باستعانه تلك الألفاظ فى إنشائها و إيجادها فتلك الألفاظ كالأفعال فى باب المعاطاه آلات لإيجاد تلك المنشآت فلا يصح وصفها بالمسببات و لا وصف آلاتها بالأسباب.

و هذه المنشآت لها اعتباران، اعتبار نفس ذاتها من حيث هى مع قطع النظر عن انتسابها إلى الفاعل، و اعتبارها من حيث انتسابها إلى الفاعل، فهى بالاعتبار الأول معنى اسم مصدرى، و بالاعتبار الثانى معنى مصدرى و هذان الاعتباران واردان على حقيقه واحده و إنما الفرق بالاعتبار و عليهما فامضاء المنشأ بالإنشاء عين إمضاء إنشائه بالآله المعده لإنشائه، سواء كان الإمضاء متعلقا بالمعنى المصدرى أو بالاسم المصدرى، أما على الأول فواضح ضروره أن إيجاد كل شىء له آله تخصه فامضاء الكتابه بالمعنى المصدرى عين إمضاء إيجادها بالقلم فالممضى هو الكتابه بالقلم و إمضاء الفعل باعتبار صدوره عن الفاعل عين إمضاء إيجادها بالآله المعده لإيجاده عرفا. و أما على الثانى حيث أن المعنى

ص: ٤٤

المصدرى يكون عينا للمعنى الاسم المصدرى بحسب الواقع و إنما التغاير بينهما بالاعتبار، فإمضاء معنى الاسم المصدرى عين إمضاء المصدرى لأنّ المعتر في صدق الإمضاء هو صدق العنوان الذى تعلق به الإمضاء على المصدق الخارجى فيكون إمضاء البيع بالمعنى الاسم المصدرى عين إمضاء البيع بالمعنى المصدرى فالكلام الكلام»(١).

أقول: و فيه: لو سلمنا و قبلنا من المحقق النائنى رحمه الله بأنّ نسبه المنشأ بألفاظ الإنشاء هى نسبه ذى الآله بآله إيجاده و أن ألفاظ العقود الآت لإيجاد المعانى الإنشائية بها، و مع ذلك لا يمكننا التمسك بالاطلاق لأنّ دليل إمضاء المعامله لا يكون فى مقام البيان من جهة إمضاء الآله و مع عدم كونه فى مقام البيان فلا يصح التمسك بالاطلاق بلا فرق بين كون الألفاظ من الأسباب أو الآلات. و ما ذكره من أنّ الآله و ذىها موجودان بوجود واحد مع عدم تماميتها لايفيدنا فى المقام شيئا من عدم نظر دليل الإمضاء إلى جهة العقد أو السبب أو الآله على حدّ تعبيره و تسميته السبب آله لا يُعَيَّر واقعه و عدم النظر إليه.(٢)

و المحقق السيّد الخوئى أجاب عن الاشكال بجواب آخر على ما سلكه فى معنى الإنشاء المختص به قال فى تعريفه: «فالتحقيق أنّ حقيقه الإنشاء ليست عباره عن إيجاد معنى - كالطلب و غيره - باللفظ كما هو المعروف... بل الصحيح أنّ الإنشاء حقيقه هو إبراز أمر نفسانى باللفظ غير قصد الحكايه، فالمتكلم بمقتضى تعهده و إلتزامه يكون اللفظ الصادر منه مبرزاً لاعتبار من الإعتبارات القائمه بنفسه و أنّه هو الداعى لإيجاده...»(٣)

و على مبناه استشكل على أستاذه بقوله: «بل التحقيق أن يقال: أنّ المراد من المسبب فى المعامله ليس هو الإمضاء الشرعى أو إمضاء العقلاء، ضروره أنّ البيع و نحوه اسم لفعل

ص: ٤٥

١- (١) راجع المكاسب و البيع ١/١١٢/١١٦ بقلم العلامة الشيخ محمّد تقى الآملى رحمه الله .

٢- (٢) راجع منتقى الاصول ١/٢٩٢ و ٢٩١.

٣- (٣) تعليقه السيّد الخوئى على أجود التقريرات ١/٣٧ و ٣٦.



البائع، و هو يصدر منه لا من غيره، بل المراد منه هو الاعتبار الصادر من البائع، المُظهِرُ باللفظ أو بغيره و الاعتبار أمر قائم بالمعتبر بالمباشره بلا احتياج إلى سبب أو آله.

و قد عرفت سابقاً أنه لا أساس لما هو المعروف من كون الإنشاء عباره عن إيجاد المعنى باللفظ و على ما ذكرناه فإذا كان دليل الإمضاء وارداً في مقام إمضاء الاعتبارات الصادره من المتعاملين فمقتضى إطلاقه و عدم التقييد بمظهر خاص يثبت عموم الإمضاء لكل ما يمكن أن يكون مظهرها له، و بذلك يستغنى عن جميع ما أُفيد في المقام في وجه التمسك بالإطلاقات في المعاملات مع عدم تماميتها في أنفسها فافهم و اغتتم<sup>(١)</sup>.

أقول: لو تمّ هذا المبني صح ما بنى عليه ولكن قد بحثنا في أبحاثنا الأصوليه عدم تماميته و أنه مذهب متفرد به قدس سره و الشاهد على بطلانه أن العقلاء يَحْدِثُونَ الأُمُورَ الإنشائية نحو المعامله و النكاح بنفس إجراء الصيغه و لا يكفي فيها التوافقات القبليه، و الوجدان يشهد على ذلك. كما أنه يشهد بعدم صدق الإنشاء و الاعتبار قبل إيجاد اللفظ و حدوثه و التفصيل موكول إلى محلّه.

قد عرفت إلى هنا عدم تماميه الأجوبه و الذي نذهب إليه أن أدله الإمضاء في المعاملات تدور مدار المسببات ولكن العرفيه منها لا الشرعيه و إلا تكون لغوا كما مرّ، و إمضاء المسبب العرفي إمضاء لأسبابه العرفيه فكلمًا يدخل في الأسباب العرفيه يدخل في الإمضاء، و على هذا يصح التمسك بالإطلاقات.

و بعباره أخرى: أن العرف يرى أن الدليل المتكفل لإمضاء المسبب ناظر إلى إمضاء أسبابه، فعليه يمكن التمسك بالإطلاق لكون المتكلم في مقام البيان من هذه الجهه<sup>(٢)</sup>. فيرتفع الإشكال و الحمد لله على كل حالٍ.

ص: ٤٦

١- (١) تعليقه على أجود التقريرات ١/٧٣ - و راجع أيضا مصباح الفقاهه ٢/٨٤ و ٥٣.

٢- (٢) و لتفصيل البحث راجع منتقى الأصول ١/٢٩٥ و ٢٩٤ تقرير أبحاث السيد الروحاني قدس سره .

فَضْلُ: الْمَعَاظُ

اشاره

ص: ٤٧



و هي مُفَاعَلَةٌ من الإِعْطَاءِ (١) و باب المفاعله يرد للمشاركه بين الاثنين كالتفاعل ولكن لا ينحصر به و لذا قال شارح النّظام: «و فاعل لنسبه أصله و هو مصدر ثلاثيه إلى أحد الأمرين متعلقا بالآخر للمشاركه صريحا، فيجىء العكس ضمنا نحو: ضاربتُه و شاركتُه...، و بمعنى فَعَّلَ نحو: ضاعفتُه بمعنى: ضَعَفْتُ، و بمعنى فَعَلَ نحو: سافرتُ بمعنى سَفَرْتُ...» (٢).

و عليه كما يمكن أن يرد باب المفاعله للمشاركه بين الاثنين في عمل أو فعل كذا يرد و يستعمل فيما إذا فَعَلَهُ واحدٌ من دون اشتراكٍ. فلذا استعمال المعاطاه لغه و عرفا في العقود التي بين الاثنين و الإيقاعات التي تحتاج إلى طرف واحد يجوز حقيقه من دون استعمال مجاز في البين و على هذا يجوز استعمال لفظه المعاطاه في الإيقاعات أيضا من دون تجوّز. هذا كلّ بالنسبه إلى التعريف اللغوى.

أما المعاطاه في مصطلح الفقهاء فَهِيَ «أن يُعْطَى كُلٌّ من الاثنين عوضا عمّا يأخذه من

ص: ٤٩

١- (١) جامع المقاصد ٤/٥٧.

٢- (٢) شرح النّظام /٥٥.

الآخر»(١) أو «هى إعطاء كل واحد من المتبايعين من المال عوضاً عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص»(٢).

التعريف الثانى و إن ورد فى البيع ولكن لا يختص به وقد اعترف المحقق الثانى بأن فى كلام بعض الفقهاء «ما يقتضى اعتبار المعاطاه فى الإجاره و كذا فى الهبه»(٣). و على هذا يمكن جريانها فى جميع العقود. بل الإيقاعات نحو الوقف و غيره.

و قال الشيخ يحيى بن حسين بن عشير البجرانى رحمه الله فى الفرق بين المعاطاه البيعى و نفس البيع: «أن المعاطاه لا يلزم إلا بذهاب أحد العوضين أو بعضه بخلاف البيع بالعقد، فإنه يلزم بنفس العقد و التقابض للثمن و المثلن و لا يبطل إلا بالإقاله أو بحصول فسخ من عيب أو خيار. و المعاطاه يفيد إباحه لا ملكا»(٤).

و قال السيد عبدالفتاح المراغى: «إن سيره المسلمين قديما و حديثا على كون الوقف و الإذن و الإجازة و البذل و الأخذ بالشفعه و الفسخ و الإسقاط بالأفعال كما يكون بالأقوال...»(٥).

### صورها بحسب قصد المتعاطين

قد ذكر صاحب الجواهر رحمه الله لها أربع، إثنان منها غير مشهور:

١- أن يقع الفعل من المتعاطين من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحه بل يعطى

ص: ٥٠

١- (١) المكاسب ٣/٢٤.

٢- (٢) رياض المسائل ٨/٢١٢.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤/٥٩.

٤- (٤) بهجه خاطر و نزهه الناظر ٩٤/.

٥- (٥) العناوين ٢/٩٩.

البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه.(١).

و استشكل الشيخ الأعظم رحمه الله عليه بأن المعاطاه عمل إراديّ و اختياريّ من الطرفين و حيث أنّ المعاملات محصوره في أمور معينه و معلومه من البيع و القرض و الهبه و نحوها التي تفيد ملك العين، و من الإجاره التي تفيد ملك المنفعه و من العاريه التي تفيد إباحه الانتفاع، و من طرف آخر يمكن لهما أن يقصدا أيّ منها شاءا بلا مانع في البين فعليهما أن يقصدا إحدى المعاملات المعروفه.

و فيه: لم يتم عندنا انحصار المعاملات في العقود الدرجه المعروفه و يمكن إيجاد و إحداث العقود الجديده نحو: التأمين بجميع أقسامها و على هذا لا يتم ما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره، و ظاهر الشهيد(٢) في حواشيه على القواعد أنّها معاوضه مستقله.

ثم لو قلنا بأنّها معاوضه مستقله لا بأس بها و تبعه جدنا الشيخ جعفر في شرحه على القواعد(٣).

و بما ذكرنا يظهر عدم تماميه ما ذكره صاحب الجواهر بأنّ: «دعوى كونها معاوضه مستقله لا تدخل تحت اسم شيء من المعاوضات، لكن فيه: أنّه لا دليل عليه، بل ظاهر حصر الأصحاب النواقل فيما ذكروه من الأمور المخصوصه خلافه، مضافاً إلى إصالة عدمه، اللهم إلا أن يستنديه إلى السيره و إن كان دون إثباتها على وجه تكون معتبره خرط القتاد»(٤).

ص: ٥١

١- (١) الجواهر ٢٢/٢٢٦ ثالثها.

٢- (٢) نقل عنه صاحباً مفتاح الكرامه ١٢/٥١١ و الجواهر ٢٢/٢٢٦.

٣- (٣) شرح القواعد ٢/٣٢.

٤- (٤) الجواهر ٢٢/٢٢٧.

٢- أن يقصد الملك المطلق (١) دون خصوص البيع (٢).

ولكن استشكل صاحب الجواهر نفسه على هذه الصورة بأن: «لا ريب في فساده عند من اعتبر الصيغه الخاصه في ملك المعاضه لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه، و أما القائل بعدم اشتراطه فقد يقول بصحته و تنزيله على البيع بناءً على أنه الأصل في نقل الأعيان و لا يخرج عنه إلا بقصد غيره كما صرح به بعض مشايخنا (٣)، لكن قد يناقش في ثبوت الأصل المزبور لعدم الدليل عليه و مطلق النقل جنس مشترك بينه و بين الصلح و الهبه بعوض فلا يتشخص إلا بقصده و لذا لا يكفي في صيغه البيع ملكتك و نحوها، و قد يقول بصحته على أن يكون من الهبه المعوضه، و فيه أنها محتاجه إلى القصد أيضا» (٤).

و استشكل عليه أيضا الشيخ الأعظم بأن التملك الخاص هو البيع أي «التمليك بالعوض على وجه المبادله هو مفهوم البيع لا غير» (٥). فهذا التملك المطلق ليس يباعا عند الشيخ الأعظم.

و يمكن أن ندافع عن هذه الصورة بما ذكرناه آنفا من عدم حصريه العقود و المعاملات بما هو المذكور عند قدماء أصحابنا قدس سرهم و من الممكن إحداث عقود و معاملات جديده تشملها الإطلاقات الوارده في شأن العقود نحو قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» (٦)، و

ص: ٥٢

١- (١) الجواهر ٢٢٧/٢٢.

٢- (٢) المكاسب ٢٣/٣.

٣- (٣) و هو الشيخ جعفر قال في شرحه على القواعد ١٠/٢: «أن الأصل في مطلق التملك للأعيان التنزيل على البيع». و قال أيضا فيه ٣٢/٢: «فالباع أصل في المعاضه على الأعيان مقدّم على الصلح و الهبه المعوضه، و الإجاره في نقل المنافع مقدّمه على الصلح و الجعالة».

٤- (٤) الجواهر ٢٢٧/٢٢.

٥- (٥) المكاسب ٢٤/٣.

٦- (٦) سورة المائده ١/.

لأحد أن يقال: بأن الملك المطلق إحدى هذه العقود.

و يؤيد ما ذكرنا من عدم انحصار المعاملات كلام الشيخ الأعظم قدس سره بأن: «يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود - كبيع لبن الشاه مدّه و غير ذلك - كون التملك المطلق أعمّ من البيع»<sup>(١)</sup>.

قال الشيخ في النهاية: «لا بأس أن يُعطى الانسان الغنم و البقر بالضربيه مدّه من الزمان بشيءٍ من الدراهم و الدنانير و السمن و إعطاء ذلك بالذهب و الفضة أجود في الاحتياط»<sup>(٢)</sup>.

و علّق العلامة عليه: «و التحقيق أنّ هذا ليس ببيع و إنّما هو نوع معاوضه و مرضاه غير لازمه بل سائغه و لا منع من ذلك»<sup>(٣)</sup>.

و المحقّق الثاني وافق العلامة و قال في هذا الفرع: «لم يكن بيعا حقيقيا بل نوع معاوضه و مرضاه غير لازمه بل جائزه وفاقا لاختياره في المختلف...»<sup>(٤)</sup>.

يظهر من هذه الكلمات لأساطين الفقه عدم انحصار المعاملات عندهم في العقود الدارجة المتعارفه و عليه فلا وجه لمنع ابن إدريس<sup>(٥)</sup> أو حمل هذه المعامله على الصلح كما ذكره الشهيد بعنوان قول<sup>(٦)</sup>.

و كذا يؤيده جواز تقبل أحد الشريكين حصّه شريكه بشيءٍ معلوم، إذا كان بينهما

ص: ٥٣

١- (١) المكاسب ٣/٢٤.

٢- (٢) النهاية / ٤٠٠.

٣- (٣) مختلف الشيعة ٥/٢٤٩.

٤- (٤) جامع المقاصد ٤/١١٠.

٥- (٥) السرائر ٢/٣٢٢.

٦- (٦) الدروس ٣/١٩٧.



قال ثانی الشہیدین: «و ظاهر الأصحاب أنّ الصیغه تكون بلفظ القبالة و أنّ لها حکما خاصا زائدا على البیع و الصلح لكون الثمن و المثل واحد، و عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص... كما لا دلیل على إيقاعه بلفظ التقبیل أو اختصاصه به، و إنّما المعلوم من الروایه (١) أنه معامله على الثمره و أنه لازم بحيث یملك المتقبّل الزائد و یلزمه لو نقص...» (٢).

ظاهر الشہید الثانی أنه معامله مستقله غیر البیع.

و قال المحقق الأردبیلی: «یجوز أن یتقبّل أحد الشریکین أو أكثر من الشریک حصته واحدا كان أو أكثر من الثمره بمقدار معلوم من الثمر عشر تغارات مثلا، لا على سبیل البیع، بل هو على سبیل القبول و المراضاه و دلیله الأصل و الحاجه لأنها قد تدعو إليه...» (٣).

و قال صاحب الحدائق فی شأن هذا الفرع: «... و لیس هذا من قبیل البیع و إنّما هی معاوضه مخصوصه تسمى القبالة و هی مستثناه من المزاینه و المحالقه...» (٤) و لكنّه حملها على الصلح و قال: «... و هذا هو الصلح بلا إشکال» (٥).

و قال المتتبع العاملی: «أنّ هذا التقبیل هل هو معامله برأسها غیر الصلح و البیع؟ أو أحدهما و یكون مستثنى من القاعده؟ ظاهر الأصحاب الأوّل كما فی المسالك و هو كما قال بل هو صریح جماعه و فی الروضه (٦) نسبه إلى ظاهر الشہید و جماعه...» (٧).

ص: ٥٤

- ١- (١) صحیحه یعقوب بن شعیب المرویه فی وسائل الشیعه ١٨/٢٣١، ح ١. الباب ١٠ من أبواب بیع الثمار.
- ٢- (٢) المسالك ٣/٣٧٠.
- ٣- (٣) مجمع الفائده و البرهان ٨/٢٢١.
- ٤- (٤) الحدائق ١٩/٣٦٢.
- ٥- (٥) الحدائق ١٩/٣٦٣.
- ٦- (٦) الروضه البهیة ٣/٣٦٩.
- ٧- (٧) مفتاح الکرامه ١٣/٥٢٣.

و أما الاثنان المشهوران فهما:

٣- أن يبيح كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه.

٤- أن يتعاطيا على وجه التمليك الحاصل من البيع.

قيدنا هذه الصورة الأخيره بالبيع حتى لا تتحد مع الصورة الثانيه - و هي الملك المطلق - .

و من المعلوم وقوع الإباحه و التمليك تابع لقصد البائع و المشتري و على هذا لا تنحصر الصور بالأزبع بل يمكن زيادتها بأن يقصد البائع الإباحه و المشتري الملك أو العكس و قد تعرض الشيخ الأعظم لأحكام بعض هذه الصور فى التنبيه الرابع (١) و نحن نفتنى أثره إن شاء الله تعالى فانتظر.

### الأقوال فيها

١- المعاطاه البيعيه بيع و نحوها من المعاملات المعاطايه و أنها تدل على اللزوم إذا كانت عقدا لازمه سواء أكان الدال على التراضى لفظا أم غيره و قد مرّ فى الأبحاث السابقه نسبه هذا القول إلى ظاهر المفيد (٢) و اطلاق كلام الشيخ فى المبسوط (٣) و المقدس الأردبيلي (٤) و المحدث الكاشانى (٥) و السبزواري (٦) و الشيخ سليمان البحرانى و تلميذه الشيخ عبدالله البحرانى و والد الشيخ يوسف البحرانى صاحب الحدائق على ما نقل عنهم

ص: ٥٥

١- (١) المكاسب ٣/٨٠.

٢- (٢) المقنعه ٥٩١/.

٣- (٣) المبسوط ٢/٧٦.

٤- (٤) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٤٢.

٥- (٥) مفاتيح الشرائع ٣/٤٨.

٦- (٦) الكفايه ١/٤٤٩.

صاحب الحدائق في كتابه (١) و اختاره هو أيضا و الفاضل النراقي (٢) و الفقيه اليزدي (٣)، و هو مختار أحمد و مالك و بعض الشافعية من العامة.

٢- و هو القول الأوّل ولكن مع التقييد بأنّ الدال على التراضى أو المعاملة يكون لفظا و قد نسب هذا القول ثانياً الشهيدين إلى شيخه السيّد حسن ابن السيّد جعفر الحسيني العاملي الكركي المتوفى عام ٩٣٣ أو ٩٣٦ و هو ابن خاله المحقّق الكركي و له اختياراتٌ مُختَصَّةٌ به في الفقه كما مرّ منّا (٤)، و استجود هذا القول في المسالك (٥) إلاّ أنّه خلاف المشهور و قال: «ما أحسنه و أمّن دليله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه» (٦).

٣- أنّها تفيد الملكيه الجائزه و تصير لازمه بذهاب إحدى العينين و هو مختار المحقّق الثاني (٧) و حمل عليه كلام كلّ من قال بالإباحه في المعاطاه، و الحمل بعيد من كلماتهم و قد حمل ثانياً الشهيدين (٨) مقاله العلامه في التحرير (٩) عليه، و هو أيضا بعيد ولكن قال المحقّق النائيني: «فالأقوى أن يقال: إنّ التعاطى بقصد التمليك يفيد الملك الجائز...» (١٠).

٤- إنّها تفيد الإباحه ولكن اباحه جميع التصرفات حتّى التصرفات المتوقفه على الملك، مع بقاء كلّ من العينين على ملك صاحبه و يحصل الملك اللازم بتلف إحدى العينين

ص: ٥٦

- ١- (١) الحدائق ١٨/٣٥٠ و ٣٦١.
- ٢- (٢) مستند الشيعة ١٤/٢٥٣.
- ٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٣٦.
- ٤- (٤) في صفحه ٢٥ من هذا المجلّد.
- ٥- (٥) المسالك ٣/١٤٧.
- ٦- (٦) المسالك ٣/١٥٢.
- ٧- (٧) جامع المقاصد ٤/٥٨.
- ٨- (٨) المسالك ٣/١٤٨.
- ٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٥.
- ١٠- (١٠) منيه الطالب ١/١٢٢.

أو ما هو بمنزله التلف وقد نُسب هذا القول إلى أبي الصلاح الحلبي (١) و الشيخ في الخلاف (٢) و المبسوط (٣) و أبناء البراج (٤) و زُهره (٥) و إدريس (٦) و سعيد (٧) و العلامه في تذكره الفقهاء (٨) و الشهيد في الدروس (٩) و قال ثاني الشهيدين: «... لأن من أجاز المعاطاه سوغ أنواع التصرفات» (١٠) و نحوها في الروضه (١١) و ذهب إلى هذا القول سيد الرياض (١٢).

٥- المعاطاه تفيد اباحه جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك كالوطى و العتق و البيع، قال الشهيد في حواشيه على القواعد: «لا يجوز لأحدهما أن يخرجها في زكاه و خمسٍ أو ثمن الهدى قبل التلف - يريد تلف العين الأخرى - و قال: و يجوز أن يكون الثمن و المثلن مجهولين لأنها ليست عقدا و كذا جهاله الأجل، و قال: ولو اشترى أمه بالمعاطاه لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن فإن وطئ كان بشبهه» (١٣).

و عليه يحمل كلام الشيخ (١٤) بأن الجاربه لا تملك بالهديه العاربه عن الإيجاب و

ص: ٥٧

- ١- (١) الكافي في الفقه ٣/٣٥٣.
- ٢- (٢) الخلاف ٣/٤١، مسأله ٥٩.
- ٣- (٣) المبسوط ٢/٨٧.
- ٤- (٤) جواهر الفقه ٥٦/٥٦.
- ٥- (٥) غنيه النزوع ٢١٤/٢١٤.
- ٦- (٦) السرائر ٢/٢٥٠.
- ٧- (٧) الجامع للشرائع ٢٥١/٢٥١.
- ٨- (٨) تذكره الفقهاء ١٠/٧.
- ٩- (٩) الدروس الشرعيه ٣/١٩٢.
- ١٠- (١٠) المسالك ٣/١٤٩.
- ١١- (١١) الروضه البهيه ٣/٢٢٢.
- ١٢- (١٢) رياض المسائل ٨/٢١٤.
- ١٣- (١٣) نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥١٠.
- ١٤- (١٤) المبسوط ٣/٣١٥.

القبول ولا يحلّ وطؤها.

٦- أنّها معاملته فاسده تفرد به العلامة في نهايته و قال: «المعاطاه ليست بيعا... و هل هو إباحه؟ أو يكون حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسده الأقرب الثاني، فلكلّ منهما مطالبه الآخر بما سلمه إليه مادام باقيا و يضمناؤه إن كان تالفا...» (١). ولكنّه رجع عنه في التحرير (٢) و التذكرة (٣).

٧- أنّها معاملته مستقله غير البيع قاله الشهيد (٤) في حواشيه على القواعد و تبعه جدّنا الشيخ جعفر كما في شرح القواعد (٥) و الفرق بينهما أنّ الشهيد ذهب إلى إباحه جميع التصرفات بالمعاطاه إلّا ما يتوقف على الملك كما مرّ ولكن الشيخ جعفر ذهب إلى أنّها تفيد الملكيه كما تبّه عليه الفقيه الزردى (٦).

### المختار من الأقوال

و هو يبنى على أمور:

الأوّل: المعاطاه المقصود بها البيع، بيع أو تجارة عرفا و المنكر مكابّر كما قال الشيخ الأعظم: «و أمّا منع صدق البيع عليه عرفا فمكابره» (٧).

و أمّا ما ذكره ابن زهره من أنّ المعاطاه «ليس بيع و أمّا هو إباحه للتصرف» (٨) ثم

ص: ٥٨

١- (١) نهاية الأحكام ٢/٤٤٩.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٥.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٠/٧.

٤- (٤) نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥١١.

٥- (٥) شرح القواعد ٢/٣٢.

٦- (٦) حاشيه المكاسب ١/٣٣٥.

٧- (٧) المكاسب ٣/٤٠.

٨- (٨) غنيه النزوع ٢١٤.

ادعى عليه الإجماع، فإن كان مراده نفي صدق البيع على المعاطاه عرفا و حقيقه فهو مردود و من الممكن أنه نفي الصحه أو اللزوم و لذا قال: «إنما هو إباحه للتصرف».

الثانى: بيعه المعاطاه راجعه إلى الشك فى شرطيه الصيغه فى انعقاد البيع و قد مرّ فى الأبحاث السابقه عدم الدليل على هذا الاشتراط و عدم الدليل فيها دليل لعدم لأنه لو كان لظَهَرَ و بَانَ و لزم على الشارع البيان، مع أنه لم يرد فى رواياتنا و حتى روايات العامه مع توفر الدواعى على نقله.

الثالث: «السيره المستمره على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطأ و الإيضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك»<sup>(١)</sup> كما قاله الشيخ الأعظم.

أى أن سيرة المشرعه قائمه من زمننا هذا إلى زمن النبى صلى الله عليه و آله على جريان أحكام البيع على المأخوذ بالمعاطاه من دون فرق بين المأخوذ بالمعاطاه أو بالصيغه.

و دعوى: بناءها على عدم المبالاه و المسامحه كما عن صاحب الجواهر<sup>(٢)</sup> و تبعه الشيخ الأعظم<sup>(٣)</sup> مِمَّا لا يصغى إليها، لأنَّ العَامِلِينَ بِهَذِهِ السَّيْرَةِ عَدَّهُ أَشْخَاصَ لَا يُمَكِّنُ رَمِيئُهُمْ بَعْدَ الْمَبَالَاهِ نَحْوَ الْعُلَمَاءِ وَ الْفُقَهَاءِ بَلْ أَصْحَابِ الْأَئِمَّةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَ لَذَا قَالَ الْفَقِيهُ الْيَزِيدِيُّ قَدَسَ سِرُّهُ: «مَنْ الْمَعْلُومُ أَنَّ الْأَئِمَّةَ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَ أَصْحَابَهُمْ بَلْ سَائِرِ النَّاسِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَ الْعَوَامِ كَانُوا يَتَصَرَّفُونَ فِي الْهَدَايَا وَ الْعَطَايَا تَصَرَّفَ الْمَلَائِكَةِ، وَ لَمْ يَعْهَدْ مِنْ أَحَدٍ مِنْهُمْ إِجْرَاءَ الصَّيْغَةِ فِيهَا، مَعَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَهَا وَ بَيْنَ الْبَيْعِ بِنَاءً عَلَى اعْتِبَارِهَا فِي الْمَلَكِيَةِ فَتَدْبِرُ»<sup>(٤)</sup>.

ص: ٥٩

١- (١) المكاسب ٣/٤٠.

٢- (٢) الجواهر ٢٢/٢٤٣.

٣- (٣) المكاسب ٣/٤٢.

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١/٣٣٦.

الرابع: بعد صدق البيع على المعاطاه عرفاً أو تجارته يشملها قوله تعالى: «أحل الله البيع» (١) وقوله تعالى: «إلا أن تكون تجاراً» عن تراضٍ» (٢) ولذا قال الشيخ الأعظم: «و كيف كان ففي الآيتين مع السيره كفايه» (٣).

بل يُدَلُّ عليها قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» (٤) بعد ما مرَّ من عدم اشتراط العقد بالصيغه، و حتى على القول باشتراطها فيه، لأن المراد بالعقود العهود و لا إشكال في صدق العهد على المعاطاه. فالمعاطاه بيع لازم.

الخامس: إذا وافقت أنت معي فهو، و إلاّ- يَحَقِّقُ ما ذكره الفقيه الشيخ جعفر كاشف الغطاء من أنّ القول بالإباحه في المعاطاه يستلزم تأسيس «قواعد جديده:

منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد، و قصد الملك و التمليك عند المعامله و البناء عليهما لا محض الإباحه بها لا ينافيها.

و منها: أنّ اراده التصرف من المملكات فتملك العين و المنفعه بإرادته التصرف بهما أو معه دفعه، و إن لم يخطر ببال المالك الأوّل الإذن في شيء من هذه التصرفات لأنّه قاصد للنقل من حين الدفع و أنّه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال: اعتق عبدى، و تصدق بمالى عنك. (٥)

و منها: أنّ الأخماس و الزكوات و الاستطاعه و الديون و النفقات و حقّ المقاسمه و الشفعه و المواريث و الربا و الوصايا تتعلّق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف

ص: ٦٠

١- (١) سورة البقره / ٢٧٥.

٢- (٢) سورة النساء / ٢٩.

٣- (٣) المكاسب / ٣/٤٢.

٤- (٤) سورة المائده / ١.

٥- (٥) لتوضيح الاشكال راجع إلى ما قاله المحقق النائيني في منيه الطالب ١/١٣٣.

به أو عدم العلم به فينفي بالأصل فتكون متعلقه بغير الأملاك، و أنّ صفه الغنى و الفقر تترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك. (١)

و منها: كون التصرف من جانب مملّكا للجانب الآخر، مضافا إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.

و منها: جعل التلف السماوى من جانب مملّكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين و لا رجوع إلى قيمه المثل حتى يكون له رجوع التفاوت. و مع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنّه المطالب - لأنّه تملّك بالغصب أو التلف فى يد الغاصب - غريب و القول بعدم الملك بعيد جدّا. مع أنّ التلف القهرى: إنّ التالف قبل التلف فهو عجيب، و معه بعيد لعدم قابليته حينئذ، و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول فى الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفى الملك مخالف للسيره و بناء المتعاملين.

و منها: أنّ التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية، فلا يتوقف على النية فهو بعيد و إن اوقفناه عليها كان الواطى للجاريه من غير علم واطنا بالشبهه، و الجانى و المتلف جانبا على مال الغير و متلفا له.

و منها: أنّ النماء الحادث قبل التصرف إن جعلناه حدوثة مملّكا له دون العين فبعيد أو معها فكذلك، و كلاهما منافٍ لظاهر الأكثر. و شمول الإذن له خفى.

و منها: قصر التملّك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالك به إذن بالتملك فيرجع إلى كون المتصرف فى تملكه نفسه موجبا قابلاً، و ذلك جار فى القبص بل هو أولى منه لاقرانه بقصد التملك دونه و إيراد عدم الملازمه بين صحه التملك مجاناً و صحته

ص: ٦١

---

١- (١) لتوضيح الاشكال راجع إلى ما قاله المحقق النائينى فى منيه الطالب ١/١٣٦.



معاوضه مشترك الإلزام و الكلام الكلام»(١).

و مقصود هذا الفقيه صرف استبعاد هذا القول كما تبّه عليه الشيخ الأعظم(٢) لا الاستدلال بهذه الوجوه و لذا لا ينبغي النقض فيها و العجب منه أنه تصدّى له(٣) مع اعترافه بأنّه «لم يذكرها للاعتماد و الإنصاف أنّها استبعادات في محلّها»(٤).

## وَهُمَا

الأوّل منهما: تخيّل استفاده لزوم الصيغه من بعض الروايات:

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء الأجمه ليس فيها قصب إنّما هي ماء، قال: يصيد كفاً من سمك تقول: أشتري منك هذا السمك و ما في هذه الأجمه بكذا و كذا.(٥)

و منها: صحيحه رفاعه النخاس قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: يصلح لي أن أشتري من القوم الجاربه الآبقه و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فإنّ ذلك جائز.(٦)

و منها: موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، و يقول: أشتري منك هذا الشيء و عبدك

ص: ٦٢

١- (١) شرح القواعد ٢/ (٢٧-٢٣).

٢- (٢) المكاسب ٣/٤٦.

٣- (٣) راجع المكاسب ٣/ (٥٠-٤٦).

٤- (٤) المكاسب ٣/٥٠.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧/٣٥٥، ح ٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧/٣٥٣، ح ١، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

بكذا و كذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه. (١).

و منها: موثقه أخرى له عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها؟ فقال: لا تشتري كتاب الله ولكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل: اشترى منك هذا بكذا و كذا. (٢).

و منها: حسنه عبدالرحمن بن سيابه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: إن المصاحف لن تشتري فإذا اشترت فقل: إنما اشترى منك الورق و ما فيه من الأديم و حلثته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا. (٣).

و منها: موثقه و مضمره عثمان بن عيسى قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها؟ فقال: لا تشتري كلام الله ولكن اشتر الحديد و الجلود و الدفتر، و قل اشترى هذا منك بكذا و كذا. (٤).

و منها: صحيحه بُرَيْد بن معاوية عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت و اشترت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، و وكل المشتري من يقبضه فأصبحوا و قد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقي عشرة آلاف طن، فقال: العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري و العشرون التي احترقت من مال البائع. (٥).

ص: ٦٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧/٣٥٣، ح ٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧/١٥٨، ح ٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧/١٥٨، ح ١، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧/١٥٨، ح ٣، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٥، ح ١، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.

الطنّ: حزمه من حطب أو قصب

و منها: موثقه سماعه قال: سألته عن بيع الثمره هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها؟ فقال: لا إلا أن يشتري معها شيئاً غيرها رطبه أو بَقْلًا (١) فيقول: أشتري منك هذا الرطبه و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا، فإن لم تخرج الثمره كان رأس مال المشتري في الرطبه و البقل، الحديث. (٢)

و منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قدم لأبي متاع من مصر فصنع طعاما و دعا له التجار، فقالوا: نأخذه منك بده دوازده، قال لهم أبي: و لم يكون ذلك؟ قالوا: في عشره آلاف ألفين، فقال لهم أبي: فإني أبيعكم هذا المتاع بإثني عشر ألفا، فباعهم مساومه. (٣)

و منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: في رجلين كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما. (٤)

تلك عشره كامله من الروايات و أنت ترى بأن غايه مايمكن أن يقال فيها: أنّ المعاملات الوارده في هذه الروايات أنشأت باللفظ و لا إشعار فيها باعتبار اللفظ فضلاً عن الدلاله. مضافا إلى جريان السيره على المعاطاه، فالنهي الوارد عنها لا بدّ بأن يكون طائفه

ص: ٦٤

١- (١) البَقْل: هو ما ينبت في بزره لا في أصل ثابت جمعه بَقُول و أبقال، و بزر الحبوب: أي بذرها، فحينئذٍ فالخضروات قسم من البقل لا جميعها.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨/٢١٩، ح ١، الباب ٣ من أبواب بيع الثمار.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨/٦١، ح ١، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨/٤٤٥، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الصلح.

من النصوص الصريحة الصحيحة كالنهي عن القياس، ولا يفيد بعض الإطلاقات و العمومات.

الثانى منهما: قد يتوهم أنّ النهى الوارد عن بيع المنابذه و الملامسه و الحصاه يشمل المعاطاه أو أنّ المعاطاه تكون من مصاديقها.

قد ذكر الصدوق بسند ضعيف عن النبى صلى الله عليه و آله أنّه نهى عن المنابذه و الملامسه و بيع الحصاه. (١)

و قال فى تفسيرها: «فى كلّ واحد منها قولان: أما المنابذه فيقال: إنّها أن يقول الرجل لصاحبه: انبذ إليّ الثوب أو غيره من المتاع أو انبذه إليك و قد وجب البيع بكذا و كذا. و يقال: إنّما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البيع و هو معنى قوله أنّه نهى عن بيع الحصاه.

و الملامسه أن تقول: إذا لمست ثوبى أو لمست ثوبك فقد وجب البيع بكذا و كذا. و يقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب و لا ينظر إليه فيقع البيع على ذلك.

و هذه بيوع كان أهل الجاهليه يتبايعونها فنهى رسول الله صلى الله عليه و آله عنها لأنّها غرر كلّها» (٢).

و قد فسروا بيع الحصاه بثلاثه تفاسير (٣):

أحدها: أن يجعل اللمس للشئ و النبذ له و إلقاء الحصاه بيعا موجبا كما عن ابن

ص: ٦٥

١- (١) معانى الأخبار / ٢٧٨ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧/٣٥٨، ح ١٣، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- (٢) معانى الأخبار / ٢٧٨ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧/٣٥٨ ذيل ح ١٣.

٣- (٣) حكاها الرافعى فى المجموع ٨/١٩٤ و ١٩٣ و نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٥١٦.

زهره فى الغنيه (١)، و وجه بطلانها جعل اللمس و النبذ بيعا و عقدا موجبا للانتقال و اللزوم.

الثانى: أن يقول: بعتك ثوبا من هذه الأثواب و ارم بهذه الحصاه فعلى أيها وقعت فهو مبيعٌ و وجه بطلانه جهل المبيع.

الثالث: أن يقول: بعتك هذا على أنك بالخيار إلى أن أرمى بهذه الحصاه، و بطلانه لإبهام مدّه الخيار.

فقد كان معنى النهى عن هذه البيوع: لا تعقدوا بالنبذ و لا باللمس كما كان أهل الجاهليه يفعلون.

دفعه: المعاطاه شىءٌ و هذه البيوع أشياء أخر، فالمعاطاه ليست من مصاديقها و لاتشمل هذه البيوع المعاطاه. هذا أوّلاً.

و ثانيا: الروايه عاميه ضعيفه الإسناد.

و ثالثا: الظاهر أنّ تعيين المبيع فى هذه البيوع بهذه الأفعال، لا أصل إيجابه و قبوله و انشائه بأن يقول: «بعتك مايقع عليه الحصاه

أو ما لامسته أو ما نبذته» فتكون عله النهى أنّها بيعٌ غررى كما تبه عليه الفقيه اليزدى (٢) قدس سره فلا ربط لها بالمعاطاه.

**و ينبغى التنبيه على امور:**

**الأول: إعتبار شروط البيع فى المعاطاه و عدمه و هل يلحق بها أحكام البيع أم لا؟**

**اشاره**

قال الشيخ جعفر: «أنّها هل هى داخله فى إسم المعامله التى جاءت فى مقامها فيجرى فيها شرائطها و أحكامها؟

الظاهر من جماعه من الأصحاب إختيار ذلك فيجرى فيها قائمه مقام البيع مثلاً

ص: ٦٦

١- (١) غنيه النزوع / ٢١٤.

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١/٣٣٨.

أحكام الشفعة و الخيار و الصرف و السلم و بيع الحيوان و الثمار و جميع شرائطه سوى الصيغه. و لم يقم على ذلك شاهد معتبر من كتاب أو سنه أو إجماع»(١).

أقول: هاهنا مقامان من البحث:

### المقام الأول: إعتبار شروط البيع فيها

١- بناءً على المختار من أنّ البيع المعاطاتي بيع فى الواقع فحينئذ تعتبر فيها جميع شروط البيع و لا دليل على أنّها تختص بالبيع القولى.

٢- و أمّا بناءً على القول بالإباحه بمعنى كون قصد التمليك داعياً إلى إنشاء ما هو مصداق للإباحه و هو التسليط عن قصدٍ و ارادِهِ فَتَقَعُ الإباحه لأنّها المقصوده بالإنشاء الفعلى عن اختيار و يتخلف قصد التمليك من باب تخلف الداعى، و على هذا المسلك و هو مختار المحقّق النائينى(٢) على القول بالإباحه أيضاً يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى البيع من الشروط، لأنّ فى هذه المعامله الخاصه كون العوضين فيها مضموناً بالمسمى لا بالمثل أو القيمه فلا بدّ فى إثبات صحتها من قيام دليل و الدليل هو السيره و هى دليلٌ تُبى لا إطلاق لها و لا عموم فيجب الأخذ بالمتيقن منها و هو ما اجتمع فيه الشرائط المعتره فى البيع.

لا يقال: عموم دليل السلطنه ينفى اعتبارها.

لأنّنا نقول: دليل السلطنه و عمومها ناظرٌ إلى إيجاد المسببات و لا ينظر إلى الأسباب بل لا يعقل جعلها فى ناحيه الأسباب بعد كونها أسباباً شرعيه و لا بدّ فيها من الجعل التشريعى.

٣- و أمّا بناءً على القول بالإباحه بمعنى أنّه مع الأءنشاء الفعلى للمتعاملين التمليك مع

ص: ٦٧

١- (١) شرح القواعد ٢/٣١.

٢- (٢) المكاسب و البيع ١/١٩١ و ١٩٣.

قصدهما به، حكم الشارع تعبداً بحصول الإباحة و عدم حصول الملك إلى زمان تحقق إحدى الملزمات. فحينئذ يجري فيها جميع ما يعتبر في البيع لأن المفروض كون قصدهما التمليك و كان هو المنشأ بإنشائهما، غاية الأمر لم يترتب المنشأ بواسطه حكم تعبدى من الشارع و صار ترتيبه منوطاً على أمر متأخر من وجود إحدى الملزمات و هذا لا يخرج من كونه بيعاً و يصير نحو توقف الملكيه في بيع الصرف على القبض.

قال المحقق النائيني في ذيل هذا المبنى: «لا أظن لهذا المسلك قائلًا و لا أصدق بوجود القائل به»<sup>(١)</sup>.

أقول: إنما يأتي ما ذكره المحقق النائيني على القول بانحصار العقود في الرائج و الدارج في ألسنه الفقهاء و عليه فلا بد من حمل هذه المعامله على البيع و تأتي فيه الشروط المعتمره فيه و لكن على القول بعدم انحصارها كما مرّ سابقاً فلم يدل دليل على أنّ هذه المعامله بيع حتى أجريننا شروطه، و لأحد أن يقول: أنّها معامله جديده حديثه و لم تجر فيها شرائط البيع، فتأمل.

و قد مرّ منّا في القول الرابع من الأقوال في المعاطاه ذكّر القائلين به، و هم كثيرون و الظاهر عدم تماميه ما ذكره النائيني قدس سره من عدم القائل به.

٤- و أمّا بناءً على القول بالإباحه بمعنى أنّ قصد المتعاطيين من أوّل الأمر هو الإباحه و كان الدليل على صحتها أدله التسليط كما ذكره صاحب الجواهر<sup>(٢)</sup> فحينئذ تدلّ اطلاق الدليل على صحتها ولو مع فقد الشروط.

ولكن قد مرّت المناقشه في إطلاق دليل السلطنه أو عمومها من أنّها ناظره إلى إيجاد

ص: ٦٨

---

١- (١) المكاسب و البيع ١/١٩٢ تقرير أبحاث المحقق النائيني بقلم العلامة الشيخ محمد تقى الآملى رحمه الله .

٢- (٢) الجواهر ٢٢/٢٢٤.

المسيبات ولا ينظر إلى إيجاد الأسباب. فحينئذ يقتصِرُ الدليل على السيرهِ وَ يَنْحَصِرُ بِهَا، وَ هِيَ دَلِيلٌ لَبِيٍّ فَيَجِبُ الْأَخْذُ بِالْمُتَيْقِنِ مِنْهَا وَ هُوَ مَا اجْتَمَعَ فِيهِ الشَّرَائِطُ الْمَعْتَبَرَةُ فِي الْبَيْعِ. فَقَدْ عُرِفَتْ اعْتِبَارُ شُرُوطِ الْبَيْعِ فِي الْمَعَاطَاهُ عَلَى جَمِيعِ الْمَبَانِي إِلَّا الْمَبْنَى الثَّلَاثَ، وَ قَدْ مَرَّ مِنَ النَّائِنِيِّ عَدَمُ وَجُودِ الْقَائِلِ بِهِ وَ قَدْ مَرَّتْ مَنَّا الْمُنَاقَشَةُ فِي هَذَا كَلِّهِ فِي الْمَقَامِ الْأَوَّلِ.

### المقام الثاني: لحوق أحكام البيع للمعاطاه

بعض أحكام البيع يلحق بالمعاطاه نحو: الربا لأنه يجري في كلِّ معاملة و معاوضه و لا يختص بالبيع، فعلى القول بأنها بيعٌ فواضح و على القول بالإباحه على جميع وجوهه الأربعة المتقدمه في المقام الأول فلأنها معاوضه يكون الضمان فيها بالمسمى لا بالمثل أو قيمه فتكون إما بيعاً أو معاملة معاوضيه و على التقديرين فيجرى فيها الربا.

و أمّا انفساخ العقد بالتلف قبل القبض و إن اسْتَيْفِنَدَ مِنَ النَّصِّ وَلَكِنْ لَيْسَ مِنَ التَّعْبُدِيَّاتِ الصَّرْفِ بَلْ هُوَ مُنْطَبِقٌ عَلَى التَّزَامِ الْمُتَعَامِلِينَ بِالتَّسْلِيمِ ضَمَانًا فَإِذَا امْتَنَعَ التَّسْلِيمَ انْفَسَخَ الْمَعَامَلَةُ، فَهُوَ يَجْرِي فِي الْمَعَاطَاهُ لِعَدَمِ اخْتِصَاصِهِ بِالْبَيْعِ بَلْ يَجْرِي فِي كُلِّ مَعَامَلَةٍ وَ مَعَاوُضِهِ، فَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا بَيْعٌ فَالْأَمْرُ فِيهِ وَاضِحٌ وَ عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِبَاحَةِ بِالْوَجْهِ الْمَتَقَدِّمَةِ فَالْأَمْرُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَعَاوُضَةَ الْمَفِيدَةَ لِإِبَاحَةِ الْعَوْضِ الْمَسْمُومِ قَوَامُهَا بِوُجُودِ الْمَبَاحِ فَلَوْ تَلَفَ لَا يَبْقَى مُورِدٌ لِلْإِبَاحَةِ وَ تَعَلُّقُ الْإِبَاحَةِ بِالْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ لَا وَجْهَ لَهُ.

و أمّا الخيارات فأمرها مختلف بالنسبه إلى قبل لزوم المعاملة و بعده.

و أمّا عدم جريانها قبل اللزوم فواضحٌ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ حَقٌّ وَ سُلْطَنَةٌ لِنَدَى الْخِيَارِ عَلَى التَّزَامِ الْآخَرَ، بَحِيثٌ إِنْ شَاءَ حَلَّ الْعَقْدِ اللَّازِمِ وَ إِنْ شَاءَ أَمْضَاهُ وَ لَيْسَ لِصَاحِبِهِ هَذِهِ السُّلْطَنَةُ وَ الْحَقُّ، فَمَعَ عَدَمِ لُزُومِ الْمَعَامَلَةِ فَلَا وَجْهَ لِهَذِهِ السُّلْطَنَةِ. وَ يَكُونُ نَفْيُ الْخِيَارِ فِيهِ مِنَ بَابِ السَّالِبَةِ بِاتْتِفَاءِ الْمَوْضُوعِ.

اللهم إلا أن يقال: على القول بأنها بيع أو بيع يفيد الإباحه شرعا قبل الملزمات يجرى فيها



الخيار أيضا لأن جوازها من وجه لا ينافي جوازها من وجه آخر، وهذا هو المختار.

و يمكن أن يقال: إنَّ المعاطاه من المعاملات اللازمة فيجرب فيه الخيار كما لا يبعد.

و أمَّا جريانها بعد اللزوم على القول بأنَّها بيع لازم أو القول بأنَّها تفيد الإباحه و بعد تحقق إحدى الملزمات يفيد الملكيه و اللزوم فلا إشكال في جريان أحكام الخيار، لكون المعاطاه حينئذ يبيعا فيقع فيها ما يقع في البيع من الخيارات.

و على القول بأنَّها بيع جائز أو القول بالإباحه بمعنى كون التمليك داعيا إلى إنشاء ما هو مصداق للإباحه كما ذهب إليه المحقق النائيني، أو القول بالإباحه بمعنى أن قصد المتعاطيين من أول الأمر هو الإباحه كما ذكره صاحب الجواهر، فحينئذ قد يقال (١) بأن ثبوت الخيار فيها بعد اللزوم مبنئ بأن كون اللزوم المتحقق بإحدى الملزمات حكما أو حقا، على القول الأول لا تجرى الخيارات، و على القول الثاني تجرى ولكن تصوير كونه حقا ليتمكن فيه ثبوت الخيار مشكل و سيأتي البحث عن هذه مقاله في بعض التنبيهات الآتية (٢) إن شاء الله تعالى.

### الثاني: لا يعتبر في المعاطاه قبض العوضين بل يكفي أحدهما

#### إشاره

قال الشهيد: «من المعاطاه أن يدفع إليه سلعه بثمان يوافقه عليه من غير عقد ثم تهلك عند القابض فيلزم الثمن المسمى...» (٣).

و نحوه في حواشيه على القواعد (٤) و كذا في حواشى المحقق الثاني على الإرشاد (٥). و

ص: ٧٠

١- (١) و القائل المحقق النائيني رحمه الله في تقاريره بحته الشريف فراجع المكاسب و البيع ١/١٩٦.

٢- (٢) يأتي في التنبيه السابع.

٣- (٣) الدروس ٣/١٩٢.

٤- (٤) كما نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٩.

٥- (٥) حاشيته على إرشاد الأذهان ٣٣٤/ المطبوعه في المجلد التاسع من حياه المحقق الكركي و آثاره، و نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٩.

تبعهما الشيخ يوسف في الحدائق (١) و السيد المجاهد في المناهل (٢) و قال الشيخ جعفر: «هل يُعتبر فيها قبض العوضين معا - كما يظهر من لفظهما أو يكفي أحدهما فيجرب فيه السلم و النسيئه، و يجرى حكمها في قبض أحد الطرفين إذا تلف في يده قبل قبض الآخر؟ الظاهر الثاني، لقضاء السيره بقيامها مقام عقود المعاوضات بأسرها» (٣). و تبعهم أصحاب المفتاح (٤) و الجواهر (٥) و المكاسب (٦).

و قال ثانى الشهيدان: «لو وقعت معامله بقبض أحد العوضين خاصه - كما لو دفع إليه سلعه بثمان وافقه عليه، أو دفع إليه ثمننا عن عين موصوفه بصفات السلم فتلف العوض المقبوض - ففي لحوق أحكام المعاطاه و لزوم الثمن المسمى و المثلن الموصوف نظر، من عدم صدق إسمها، لأنها مفاعله تتوقف على العطاء من الجانبين و لم يحصل و الإقتصار بما خرج عن الأصل على موضع اليقين إن كان، و من صدق التراضى على المعاوضه و تلف العين المدعى كونه كافيا فى التقابض من الجانبين، و الظاهر أنّ الحكم واحد. و قد ذكر أولهما شيخنا رحمه الله فى الدروس و ألحقه بها» (٧).

و قال نحوه فى الروضه (٨).

ص: ٧١

١- (١) الحدائق ١٨/٣٦٤.

٢- (٢) المناهل / ٢٧٠.

٣- (٣) شرح القواعد ٢/٣١.

٤- (٤) مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٩.

٥- (٥) الجواهر ٢٢/٢٣٨.

٦- (٦) المكاسب ٣/٧٥ للشيخ الأعظم قدس سره .

٧- (٧) المسالك ٣/١٥١.

٨- (٨) الروضه البهيه ٣/٢٢٤.

و أنت ترى أنّ الشهيد الثاني لم يختَر أحد طرفي الحكم بل ذكرهما على وجه الاحتمال.

و بعد نقل هذه الأقوال لتتقيد محل النزاع و تحرير مَوْضِعِ الخِلافِ يمكن أن يقال: أنّ لَفْظَ المعاطاه لم يرد في آيه و لا روايه و لا أنّه معقد للإجماع التعبدي حتّى يحفظ على هذا العنوان و يؤخذ بالقدر المتيقن منه. بل الإجماع و السيره قائمان على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاه و إن كان الإعطاء أو التعاطى من طرف واحد.

مضافا إلى ما مرّ منّا في أوّل بحث المعاطاه بأنّ باب المفاعله لا ينحصر بالمشاركه بين الإثنيين بل يجيىء أيضا من طرف واحد نحو: ضاعفته بمعنى ضَعَفْتُ و سافرتُ بمعنى سافرت، و على هذا الإعطاء أو التعاطى من طرف واحد أيضا يصدق عليه المعاطاه بلا إشكال و تجوّز و بالقَدَرِ الْمُتَيَقَّنِ، فيجرى عليه ما يجرى عليها على جميع المباني في المعاطاه.

### فرعان تعرّض لهما الشيخ الأعظم قدس سره

الأوّل: هل مجرد وصول الثمن إلى البائع و المثلن إلى المشتري بأيّ نحواتفق يُعدّ معاطاه؟ استظهر الشيخ الأعظم من كلام المحقّق الأردبيلي حيث يقول: «و لأدّن الظاهر أنّ الفرض حصول العلم بالرضا و هو حاصل»<sup>(١)</sup>، «أنّ المعيار في المعاطاه وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف»<sup>(٢)</sup> و قال في توضيح ذلك: «أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطى في كلماتهم لمجرد الدلاله على الرضا و أنّ عمدته الدليل على ذلك هي السيره، و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين، و السيره موجوده في المقام أيضا...»<sup>(٣)</sup>.

ثمّ مثل بالأمثله الثلاثه:

١- تعارف أخذ الماء مع غيبه السقاء و وضع الفلّس في المكان المعدّ له إذا علم من

ص: ٧٢

١- (١) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٤١.

٢- (٢) المكاسب ٣/٧٥.

٣- (٣) المكاسب ٣/١١٣.

حال السقاء الرضا بذلك»(١).

٢- إنَّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس فى الموضع المعدَّ له»(٢).

٣- «الدخول فى الحمام و وضع الأجره فى كوز صاحب الحمام مع غيبته»(٣).

أقول: الظاهر عدم كفايه الرضا فى المعاملات بالمعنى الأخص و الأعم و الذى يُصَيِّحُ المعامله هو استنادها إلى البائع و المشتري، أو الطرفين فى غير البيع، و هذا الاستناد لا يتم إلا بأقل من الإذن، و صرّف الرضا لا يكفى فى تصحيح المعامله، فحينئذٍ فى أى صوره يكشف الإذن مع تعاطى الطرفين بل مع الإيعاء من طرف واحد صحت المعامله و إلا فلا كما ذكر الشيخ الأعظم كفايه الرضا على القول بأنّ المعاطاه يوجب الإباحه فقط لا التمليك و قال: «فالمعيار فى المعاطاه: وصول المالىن أو أحدهما مع التراضى بالتصرف، و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحه»(٤).

هذا كله بالنسبه إلى أصل المسأله و أمّا الأمثله المذكوره فى كلام الشيخ الأعظم قدس سره فهى و إن صحّحت هذه المعاملات ولكن لا- لوجه التى ذكرها و هى الرضا فقط، بل لأنها من قبيل المعاوضه الخاصه التمليكيه أو الإباحه بالعوض، نعم يمكن حمل الثانى منها على البيع المعاطاتى المتعارف ولكن إيجابه ليس بمباشره المالك بل إنّما هو بمباشره وكيله و فى الكلّ حصل التعاطى من الجانبين و يمكن تحصيل الإذن بأنّ الحّمّامى إذا فتح باب حَمَامَهُ أو إذا فتح الخضار أو البقال أو العطار دكانه لبيع المحقرات التى فيها أو إذا مَلَأَ السُّقَاءَ قَرَبَتَهُ من الماء و

ص: ٧٣

١- (١) المكاسب ٣/٧٥.

٢- (٢) المكاسب ٣/١١٣.

٣- (٣) المكاسب ٣/٧٥.

٤- (٤) المكاسب ٣/١١٤.

جعله فى المعرض فىكشف من نفس هذه العملفه الإذن العام فى المعاضه أو المعامله كما هو الظاهر. فإننا نحكم بصحه المعامله فى هذه الموارد لا- من جهه أنها كلها من البفع المعاطاتى و أنها يكفى فىها الرضا، بل من جهه أنها معاضه خاصه تملكفه أو إباحه بالعوض و يوجد فىها إذن طرفى المعاضه أو الإباحه أو المعامله.

و يمكن القول بأن الثلاثه كلها بفع معاطاتى و دفع الغرر من المثالين الأول و الثالث بأنهما حُملا على القدر المتعارف عند الناس.

نعم، قد تتحقق المعامله بلا عطاء من الجانبين و هو أن يكون مال كل من الجانبين عند الجانب الآخر نحو إذا كان المالان عند كل منهما بسبق أمانه أو غضب أو إطاره ربح فحينئذ إن ثبت الإذن بالنسبه إلى المالين تمت المعامله و إلا لم يصدق عنوان المعامله بمجرد الرضا لما مرّ و قد إترف الشفخ الأعظم به فىما بعد و قال: «و ربّما يستعمل فى المعامله الحاصله بالفعل و لو لم يكن عطاء و فى صحته تأمل»<sup>(١)</sup>.

و كذا يجوز الأكل فى هذه الأمثله الأخيره حتّى مع عدم الرضا بشرط صدق عنوان التقاص و حدوده.

الثانى: قال الشفخ الأعظم قدس سره: «لو قلنا بأن اللفظ الغير المعترف فى العقد كالفعل فى إنعقاد المعاطاه، أمكن خلؤ المعاطاه من الإعطاه و الإيصال راسا، فىتقاولان على مبادلته شىء شىء من غير إيصال و لا يبعد صحته مع صدق البفع عليه بناءً على الملك و أمّا على القول بالإباحه فالإشكال المتقدم هنا أكد<sup>(٢)</sup>»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٧٤

١- (١) المكاسب ٣/٨١.

٢- (٢) الإشكال هو العلم بعدم قفام السفره هذه على إباحه التصرف دون الصوره السابقه و هى أن يكون التعاطى من طرف واحد. كما فى المصباح ٢/١٧٢.

٣- (٣) المكاسب ٣/٧٤.

أقول: حتّى على القول بأنّ اللفظ الغير المعترف فى العقد كالفعل فى المعاطاه لا يمكن القول بإمكان خلوّ المعاطاه من التعاطى أو لأقل من الإعطاه من طرف واحد، لآئنّه حتّى على القول بأنّ المعاطاه بيع فعلى لا يتم إلاّ باعطاه أحد طرفى البيع من الثمن فصار البيع سلماً أو من المثلث فصار البيع نسيه أو منهما فصار نقداً و أمّا مع خلّوهما فصار بيع الكالى بكالى و يكون باطلاً عند الجميع. فما تعرّض له الشيخ الأعظم فى هذا الفرع غير تام.

و وافقنا المحقّق العراقى (١) على عدم إيجاد البيع حينئذ و استغرب كلام الشيخ الأعظم رحمه الله من عدم استبعاد الصحه كصدق البيع عليه فى هذا الفرع.

### الثالث: بماذا يتميّز البائع عن المشتري؟

يتميّز البائع من المشتري فى المعاطاه بل و فى العقد القولى بأنّ البائع هو الذى بذل ماله مع خصوصياته ولكن أمسك بماليته بأخذ البديل ليحفظ تمّوله و ثلاثينقص ماله بدفع العين و يختار البائع فى الأغلب من الأبدال النقود لأنها أسهل فى الحمل و الاثراء و المصروف.

و أمّا المشتري فإنّ رغب فى خصوصيات العين التى يريد شراءها فمقصوده العين لرفع حاجاته ولكن حيث لا يعطى مجاناً و بلا بدل التّجأ إلى إحضار بدلها.

و يمكن أن يقال بأنّ تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري من الواضحات التى لا تحتاج إلى البيان و إنّما الغرض من عقد هذا التنبية بيان صدق مفهوم البائع أو المشتري من جهة السعه و الضيق ليبيّن مقدار صدقهما و بالمآل يرجع إلى الشبهه فى المفهوم فلذا نقول:

إذا كان أحد العوضين نقداً و الآخر سلعه أو عرضاً، فصاحبُ النقد يكون مشترياً و

ص: ٧٥

١- (١) حاشيه المكاسب / ١٢٩ لآيه الله الميرزا أبو الفضل النجم آبادى كتبه من تقرير أبحاث المحقّق العراقى.

صاحب السلعه و العرض يكون بائعا، لقيام سيره العقلاء على ذلك.

و أمّا إذا كان كالا- العوضين نقداً أو سلعه، فَمَنْ يُرَدُّ حفظ تمّوله أو ازدياده يَكُنْ بائعا و من يُرَدُّ رفع حاجاته و سدّ خلّاته فهو المشتري.

و فى هذه الصوره إذا كان غرض كلّ من المتعاملين هو التحفظ على ماله و تمّوله و كسب الربح و المنفعه أو رفع الحاجه و سدّ الخللّه نحو تبادل بيت بيت أو سياره بأخرى و نحوها فأيهما يكون بائعا و أيهما يكون مشتريا؟ ذكر الشيخ الأعظم أربعه وجوه فى تعيينهما:

١- يكون بيعا و شراءً بالنسبه إلى كلّ منهما لأنّ البيع لغه مبادلّه مالٍ بمالٍ كما مرّ عن المصباح(١)، و الاثراء هى ترك الشىء و الأخذ بغيره كما عن صاحب اللسان(٢) و القاموس(٣) فحينئذ يصدق على كلّ منهما أنّه بائعٌ و مُشْتَرٍ لكن لا- تترتّب عليهما أحكام البائع و المشتري المختصه بهما لأنّها تجرى فى حقّ البائع المحض و المشتري كذلك.

٢- يكون بيعا بالنسبه إلى المعطى أوّلاً متاعه و شراءً بالنسبه إلى الآخذ و الذى يعطى متاعه ثانياً.

٣- يكون من قبيل المصالحه لأنّها بمعنى التسالم على شىءٍ و لذا حملوا صحيحه محمّد بن مسلم الوارده فى رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولى ما عندى، فقال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما(٤). حملوها على الصلح.

٤- يكون معاوضه مستقله حيث لا يدخل تحت العناوين المتعارفه السابقه.

ص: ٧٦

١- (١) المصباح المنير / ٦٩.

٢- (٢) لسان العرب ١٠٣/٧.

٣- (٣) قاموس اللغه ٣٤٨/٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨/٤٤٥، ح ١، الباب ٥ من أبواب الصلح.

فهذه أربعه وجوه المذكوره فى كلام الشيخ الأعمم قدس سره و اختار هو الثانى منها(١) و تبعه المحققان النائى(٢) و الإصفهانى(٣).

و اختار الرابع منها الفقيه اليزدى(٤) و المؤسس الحائرى(٥) و المحققون العراقى(٦) و الإيروانى(٧) و الحكيم(٨) و الخوئى(٩) و الأردكانى(١٠) قدس سرهم .

فلا بد لنا من التحقيق حول الوجوه الأربعة و لذا نقول:

أمّا الوجه الأول: فإِنَّهُ و إن كان يؤيده قول بعض اللغويين نحو أحمد بن فارس حيث يقول فى معنى البيع: «بيع الشئ و ربّما سمى الشئ ببيعا و المعنى واحد»(١١) و يقول الفيومى: «البيع من الأضداد مثل الشراء و يطلق على كل واحد من المتعاقدين أنّه بائع»(١٢)، ولكن يرد عليه: بأنّ لو تم هذا الوجه ليجرى حتّى بالنسبة إلى البيوع المتعارفه فلا يختص أحدهما بكونه بائعا و الآخر مشتريا و من البديهي بطلان هذا الأمر. مضافا إلى أنّه لو كان حصل الغرض من البيع و الشراء الأءَوْلَيْنِ فإجراء الثانى منهما ليس له مؤضوع بل

ص: ٧٧

- ١- (١) المكاسب ٣/٧٩.
- ٢- (٢) منيه الطالب ١/١٦٩.
- ٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/١٦١.
- ٤- (٤) حاشيته على المكاسب ١/٣٧٧.
- ٥- (٥) كتاب البيع ١/١٠٥ الآيه الله الشيخ محمّدعلى الأراكى.
- ٦- (٦) حاشيه المكاسب ١٣٢/ آيه الله النجم آبادى تقريراً لمحاضرات المحقق العراقى.
- ٧- (٧) حاشيته على المكاسب ٢/٧٢.
- ٨- (٨) نهج الفقاهه ١٠٨/
- ٩- (٩) مصباح الفقاهه ٢/١٧٥.
- ١٠- (١٠) غنيه الطالب ٢/٦٤.
- ١١- (١١) معجم مقاييس اللغه ١/٣٢٧.
- ١٢- (١٢) المصباح المنير ٦٩/.



هُوَ لَعْوٌ. و العقلاء لم يذهبوا فى سِرِّهِم بِالْأُمُورِ اللُّغْوِيَةِ.

و أمّا الوجه الثانى: فالواضح عدم تماميته على إطلاقه بحيث ربّما يعطى البائع ماله ثانيا كما فى البيع السلم و ربّما ينشأ العقد بصيغه القبول بعد إنشاء المشتري صيغه الإيجاب. فهذا الوجه فى محله لا يتم حتّى نتمسك به فى موارد الإشتباه.

و أمّا الوجه الثالث: فلوّ سلمنا حمل الصحيحه على المصالحه كما هو الظاهر، ولكن الصلح معامله خاصه معيّنه لأقل من قصدها و نيتها و بدونها لا تتحقّق و قصدها و نيتها هنا مفقوده.

و أمّا الوجه الرابع: فلوّ ذهبنا إلى إمكان وجود عقود و معاملات مستقله غير العناوين الدارجه فحينئذ يمكن أن يفرض هنا معاوضه مستقله كما مال إليها جماعه من الأعلام ولكن العرف يرى هذه معامله بيعا لا غيره فلا يتم هذا الوجه لأنّ العرف ينظر إليها بعنوان البيع.

و على هذا بنظرى القاصر هذه معامله تكون بيعا فإن أقرّ كلّ منهما بأنّه البائع أو المشتري و لم يلحق به نفيه من الجانب الآخر فيقبل منه و تترتب عليه آثاره و إلاّ ففى ترتب الأحكام المختصه تحتاج إلى المرافعه الشرعيه و إثباتها بضوابط القضاء من البيئه و اليمين و غيرهما.

#### الرابع: الوجوه المتصوره بحسب قصد المتعاطين للمعاطاه

##### إشاره

قبل الورود فى البحث لابدّ لنا من التّدكير بالفرق بين التّبيّهين الثانى و الرابع فلذا نقول: الغرض من الثانى بيان مورد المعاطاه و ما هو المبرز الخارجى لما قصده المتعاطيان و بعباره ثالثه مقام الإثبات، و الغرض من الرابع بيان ما يمكن أن يقصده المتعاطيان و بعباره أخرى مقام الثبوت.

ثم الوجوه المتصوره فى المقام بلغت إلى العشره لأنّ المبادله: إمّا أن تكون بين المالين و

هما إما بين ملكيتهما أو إباحتهما أو مختلفين أى ملكيه أحدهما وإباحه الآخر. فهذه ثلاثة أقسام.

و إما أن تكون بين الفعلين و هما أيضا يمكن أن يكونا بين تملكين أو إباحتين أو مختلفين أى بين تملك و إباحه فهذه أيضا ثلاثة.

و إما أن تكون بين مال و فعل، و الفعل يمكن أن يكون إباحه أو تملك، و المال إما أن يجعل عوضا فى كونه ملكا أو فى كونه مباحا فهذه أربعة و يكون المجموع عشره وجوه كما ذكره المحقق الإيروانى (١) قدس سره .

و الظاهر صحه جميع الأقسام لشمول العمومات، نعم فيما كان أحد الطرفين أو كلاهما إباحه فيه إشكال إذا كان المقصود إباحه جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملك كما ذكره الشيخ الأعظم و تبه على هذا الأخير الفقيه اليزدى (٢).

ثم إنَّ الشيخ الأعظم تعرض لأربعة من هذه الوجوه لإيضاح حكم الباقي منها و نحن نقتفى أثره:

### الوجه الأول: المقابله بين المالكين فى الملكيه

بأن يقصد كل من المتعاطين تملك ماله بمال الآخر فتكون المقابله بين المالكين لا بين التملكين فحينئذ تتم المعامله بإعطاء أحدهما و أخذ الآخر لأنَّ الأول تملك و الثانى تملك، فإعطاء الثانى لا يكون إنشاء القبول و لا إنشاء التملك و إنما هو وفاء بالعقد، و لذا لومات الثانى قبل دفع ماله لم يؤثر فى المعاطاه و تماميتها.

و بهذا الإطلاق تُستعمل المعاطاه فى الرهن و القرض و الهبه.

ص: ٧٩

١- (١) حاشيه المكاسب ٢/٧٣.

٢- (٢) حاشيته على المكاسب ١/٣٧٦.

و مثله - أى مثل صدق المعاطاه بإعطاء واحد و خلافاً لظهور باب المفاعله أو اشتهااره - صدقُ المصالحه و المزارعه و المساقاه و المضاربه و المؤاجره كما عن الشيخ الأعظم(1).

و اعترض عليه المحقق النائنى بأنّ لو تمّ هذا الكلام الأخير من الشيخ الأعظم قدس سره فى المعاطاه بأنّها بالإعطاء و القبض الأوليين تمت و حصلت، فهو يتنافى مع ما ذكره فى الأمر [التنبه] الثانى من أنّ المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى(2) و الوجه فى ذلك أنّ العطاء الثانى لا أثر له و لا يتحقّق به إلاّ عنوان الوفاء بالمعاطاه(3).

ولكن يمكن أن يجاب بأنّ الأيجاب و القبول يحصلان بالإعطاء و القبض أولاً و إنّ دفع العين ثانياً خارج عن حقيقه المعاطاه و هو وفاء بالعقد الفعلى ولكن مع ذلك أنّ المتيقن من المعاطاه فى قبال العقد اللفظى هو ما تعقبه الإعطاء من الطرف الثانى أيضاً فلاتنا فى بين الأمرين كما عن السيد المحقق الخوئى(4).

و بعباره أخرى: إنّ المعاطاه تمت بالإعطاء و القبض الأوليين و إعطاء الثانى و كذا قبضه خارج عن حقيقه المعاطاه و هو وفاء بالعقد كما مرّ ولكن المراد من المتيقن من المعاطاه هو تيقنه من معنى باب المفاعله لأنّ المتيقن من موارد استعمالها هو اشتراك المبدأ بين الطرفين، فهذا الوزن ينادى باعتبار إنشاء المعامله بالمعاطاه من الطرفين كما عن المحقق المروج(5) رحمه الله .

ص: ٨٠

١- (١) المكاسب ٣/٨١.

٢- (٢) المكاسب ٣/٧٤.

٣- (٣) منيه الطالب ١/١٦٩.

٤- (٤) مصباح الفقاهه ٢/١٧٦.

٥- (٥) هدى الطالب ٢/٨٠.

وقد مرّ منّا في أوّل بحث المعاطاه بأنّها تُسْتَعْمَلُ في طرف واحد أيضا ولا تختص باشتراك الاثنتين بالمبدأ. نعم: يمكن أن يقال بأن الاشتراك قدر مُتَيَقَّنٌ كما عن الشيخ الأعظم قدس سره .

وكما يمكن أن يكون إنشاء القبول بدفع العوض، بأن يكون أخذ المعوّض من باب الاستيفاء لا بعنوان القبول كما كان هو الغالب وقوعا فلا وجه لإهماله.

لا يقال: إذا أعطاه البائع بعنوان التملك فلا يمكن أخذه إلا بعنوان القبول فيكون دفع العين الأخرى من باب الوفاء لا محاله.

لأننا نقول: كما يمكن أن يكون أخذه بعنوان القبول كذا يمكن أن يكون الأخذ بعنوان تميم الإيجاب والاستيفاء للمبيع و دفع العين الأخرى يصير إنشاء للقبول كما قاله الفقيه اليزدي(١) رحمه الله .

و بعبارة أخرى: كما يتصور كون القبول في هذا الوجه أن يكون بأخذ المعوّض، فكذلك يتصور كونه بإعطاء العوض فحينئذ لا يترتب عليه الثمره المذكوره في كلام الشيخ الأعظم رحمه الله من أنّه لو مات الثاني قبل إعطاء العوض مات بعد العقد كما عن المؤسس الحائري(٢) قدس سره .

### الوجه الثاني: المقابله بين التملكين

هذا الوجه أيضا يمكن أن يقرّر على الوجهين:

الأوّل: ما ذكره الشيخ الأعظم(٣) بأن يقصد كلّ منهما تملك ماله للآخر بإزاء تملك الآخر ماله إياه فيكون تملكيا بإزاء تملك فالمقابله يصير بين التملكين لا الملكين و متقومه

ص: ٨١

١- (١) حاشيته على المكاسب ١/٣٧٨.

٢- (٢) كتاب البيع ١/١٠٦ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي رحمه الله .

٣- (٣) المكاسب ٣/٨١.

بالإعطاء من الطرفين فحينئذ فلومات الثانى قبل الدفع لم يتحقق المعاطاه كما لو مات أحدهما بين الإيجاب و القبول.

و بعبارة أخرى: قَصَدَ كُلُّ من المتعاطيين التمليك بأن يكون تمليك الأول مشروطا بتمليك الثانى، بحيث لو لم يُملِكْ الثانى لم يتم تمليك الأول.

قال الشيخ الأعظم: «و هذا بعيد عن معنى البيع»<sup>(١)</sup> لأنهم اعتبروا فى تعريف البيع أن يكون المبيع من الأعيان فحينئذ يخرج التمليك لأنه من الأفعال لا الأعيان.

و فيه: قد مرّ فى التنبيه الأول فى بدايه الكتاب عدم اعتبار كون المبيع أن يكون من الأعيان فلا وجه لبعد هذا القسم من تعريف البيع و يصح أن يكون بيعا.

ثم حيث أنّ الشيخ الأعظم بعده عن البيع قَرَبَهُ بثلاثه وجوه أُخر:

أ: الهبه المعوّضه: و قد قَرَبَهَا من وجه و هى: «لكون كلّ من المالين خائِيا عن العوض»<sup>(٢)</sup>. أىّ المقابله وقعت بين التملّكين و هما فعلاّن، لا بين الملكين و هما مالان فتكون كالهبه المعوّضه.

و قد بَعِدَهَا من وجه و هى: أنّ حقيقه الهبه هى الإعطاء بلا- بدل فقوامها تكون بالمجانیه، و اعتبار العوض فى المعوّضه منها يمكن أن يكون على نحو الداعويه أو الاشتراط، لا على نحو المعاوضه أو المقابله، و من المعلوم فى هذا القسم أنّه قابل التمليك بإزاء التمليك و هو يكون غير الهبه التى حقيقتها المجانیه و حيث ذكر قدس سره وجه بعده عن الهبه المعوّضه ذكر وجهين آخرَيْن و هما:

ب: مصالحه و تسالم على أمر معين: بأنّ يكون المقام من قبيل الصلح المعاطاتى.

ص: ٨٢

١- (١) المكاسب ٣/٨١.

٢- (٢) المكاسب ٣/٨١.

أقول: ويمكن أن يناقش في هذين الاحتمالين الأخيرين بأنهما لا يتحققان إلا مع قصدهما و خلو قصدهما عند المعاطين معلوم.

ج: معاوضه مستقلة: تشملها إطلاقات «تجاره عن تراض» و نحوها.

هذا ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره في المقام بتوضيح منّا.

و يمكن أن يناقش في هذا الوجه الأخير بأن بعد صحه بيعه هذه المعاطاه لا نحتاج إلى جعلها معاوضه مستقلة.

الثاني: تقرير آخر لهذا الوجه: و هو كما يُمكن أن يكون القبول في هذا القسم بالإعطاء من الطرف الآخر فكذلك يمكن أن يكون القبول بالأخذ من الطرف الآخر و يكون التملك واجبا عليه من باب الوفاء فلا يترتب ما ذكره الشيخ الأعظم من الثمره من عدم تحقق المعاطاه لو مات الثاني قبل الدفع، بل لو أخذ و مات تمت المعاطاه و على ورثته الإعطاء. فحينئذ يكون كالإجاره فكما في الإجاره يحصل تملك الأجره و العمل على العهده و وجب الأئتيان به و فاءً بالعقد قبل حصوله فكذلك في المعاطاه هنا يحصل تملك المال و التملك على العهده قبل حصوله و وجب الأئتيان به و فاءً بالمعامله و قال الفقيه اليزدي رحمه الله : «و يمكن أن يقال إنّ هذا [التقرير] هو المتعين»(1).

### الوجه الثالث: المقابله بين الإباحه و التملك

بأن يقصد الباذل أولاً إباحه ماله للأخذ بإزاء أن يملك الآخذ ماله إياه أو بالعكس كأن يقول: أبحث لك التصرف في داري هذه في مقابل كذا مقدار من المال، بحيث يكون المال ملكا لي. أو يقول: ملكتك هذا المقدار من المال في مقابل إباحتك تصرفي بدارك.

و في هذا القسم يقابل الإباحه مع المال أو التملك له و قبول الثاني يكون بالأخذ و

ص: ٨٣

التصرف في الدار مثلاً أو في المال فحينئذ يكون أداء المال أو الدار وفاءً بالمعاملة فلا تكون هذه المعاملة مقومة بالإعطاء من الطرفين.

و قد عمّمنا الوجه عمّا ذكره الشيخ الأعظم (١) تبعاً للفقهاء اليزدي (٢).

و قد استشكل عليه الشيخ الأعظم بإشكالين يردان على هذا الوجه، و حيث يرد أحد الإشكالين على الوجه الرابع أيضاً، لذا نذكرهما بعد الوجه الرابع.

### الوجه الرابع: المقابلة بين الإباحين

بأن يقصد كلّ منهما إباحه ماله للآخر بإزاء إباحه الآخر ماله إياه فيكون الإباحه في مقابل الإباحه أو الإباحه بداعي الإباحه لأنها يمكن أن تصور على نحو الداعي.

و كما قد تكون المقابلة بين الإباحين اللّتين هما من الأفعال، كذلك يمكن أن تكون المقابلة بين المالين على وجه الإباحه كما ذكره الفقهاء اليزدي (٣).

و قد استشكل عليه الشيخ الأعظم بإشكال يشترك وروده على الوجهين الثالث و الرابع.

أمّا الإشكال المشترك على الوجهين الأخيرين

و هو أنّ الإباحه من حيث هي إباحه لا تسوغ جميع التصرفات، حتّى المتوقفه على الملك إلا على نحو التشريع.

بتقريب: للمالك أن يبيح التصرف في ماله للغير ولكن ليس له إلا الإباحه في التصرفات المشروعه و إلا تكون الإباحه مشرّعا حتّى تقدر على التصرفات الغير المشروعه. و من جمله التصرفات الغير المشروعه للمجاز هي التصرفات الموقوفه على

ص: ٨٤

١- (١) المكاسب ٣/٨٢.

٢- (٢) حاشيته على المكاسب ١/٣٨٠.

٣- (٣) حاشيته على المكاسب ١/٣٨٠.

الملك نحو: البيع و الوقف و العتق و الوطى و نحوها.

ثم قد تصحح التصرفات التى تختص بالملك للمباح له بوجوه:

١- منها: قصد المبيع من إباحه ماله للمباح له هو إنشاء التوكيل فى بيع ماله للمباح له ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة من طرف المبيع.

أو قصد المبيع تمليك ماله بصيغه الإباحه، فىكون إنشاء الإباحه إنشاءً لتمليك المال للمباح له، فحينئذ لوباع المباح له المال، يكون بيعه بمنزله قبوله، فىصير نحو قول الرجل لملك العبد: «إعتق عبدك عنى بكذا»، فهذا القول استدعاءً لتمليكه، و إعتاق المولى عنه جواب لذلك الإستدعاء فبعد هذا القول بيعاً ضمئياً لا- يحتاج إلى شروط البيع كما قال العلامة: «إنما يفتقر إلى الإيجاب و القبول فيما ليس بضمئى من البيوع أما الضمنى ك- «إعتق عبدك عنى بكذا» فىكفى فيه الإلتماس و الجواب و لا تعتبر الصيغ المتقدمه إجماعاً»(١).

و فيه: ظهور كلمه الإباحه لم يدخل فيه التوكيل أو التمليك، فهما غير مَقْصُودَيْنِ، و لو أراد المبيع إرادتهما كان عليه التصريح بهما، مضافاً إلى أنّ استيفاء الأموال و الأعمال بالاستدعاء المعاملى يَقْتَضِي وقوع ما استدعاه فى ملك المستدعى و هذا المعنى مفقود فى الإباحه لأنّ مجردها لا توجب الملكيه كما تبه على هذا الأخير المحقق النائينى(٢).

٢- منها: دلالة دليل شرعى على حصول الملك للمباح له بعد إنشاء الإباحه توسط المبيع ولو آنا ما قبل بيعه فحينئذ يَقَعُ البيع فى ملكه، نظير دخول العمودين فى الملك آنا ما بحيث لا يقبل غير العتق. و هذه الدلالة موجوده و هى إمّا «دلاله الاقتضاء»(٣) أو عموم

ص: ٨٥

١- (١) تذكره الفقهاء ١٠/١٠.

٢- (٢) راجع منه الطالب ١/١٧٣ و ١٧٤.

٣- (٣) و المراد بها ما يتوقف صحه الكلام عليه عقلاً- نحو قوله تعالى «و اسئل القرية» أو شرعاً نحو قول الأمر «اعتق عبدك عنى».



و فيه: دلالة الاقتضاء تامه حيث ما وجدت نحو قول الأمر: «اعتق عبدك عتي»، و وجهها هو أنّ استيفاء المال أو العمل المحترمين مع عدم قصد التبرع من المالك أو العامل يقتضى ضمان المستوفى و مقتضى ضمانه انتقال ما إستوفاه إلى ملكه، لأنّ ضمانه يكون من باب المعامله لا الغرامه، و نظيرها قول الأمر: «أدّ ديني» أو «أحلق رأسي».

ولكن هذه الدلاله مفقوده هنا لأنّ إعتاق عبد الغير أو بيع ماله للمباح له مشروط بالإباحه المطلقه بحيث تشمل التصرفات التي لا تصح إلا من المالك، و إذا أنت تريد تصحيح هذه الإباحه المطلقه بالتمسك بصحة هذا الإعتاق أو البيع يكون دورا واضحا فدلاله الاقتضاء لا تجرى في مثل «إعتق عبدى عنك» و «إشتر لنفسك من مالى دارا» كما نبه عليه المحقق النائيني(٢).

و أما عموم حديث «الناس مسلطون على أموالهم» فإنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحه المالك كلّ تصرف جائز شرعا فالإباحه و إن كانت مطلقه إلا أنه لا يباح بها إلا ما هو جائز بذاته فى الشريعة. فحينئذ دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتق عبد الغير لنفسه حاكم على عموم الحديث. نظير حكومه دليل عدم جواز عتق عبد الغير على عمومات وجوب الوفاء بالنذر و العهد، إذا نذر عتق غيره له أو لنفسه فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى - و لو آنا ما - للناذر كما عن الشيخ الأعظم(٣) و قال: «و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور، بل قيل(٤): لم يوجد خلاف فى أنه لو

ص: ٨٦

١- (١) عوالى اللآلى ١/٢٢٢، ح ٩٩.

٢- (٢) منيه الطالب ١/١٧٥ و ١٧٤.

٣- (٣) المكاسب ٣/٨٧.

٤- (٤) القائل هو صاحب الجواهر فى كتابه ٢٣/١٧٤ قال فيه: «بلاخلاف أجده فيه».

دفع إلى غيره مالاً و قال: إشتريه لنفسك طعاماً... لم يصح»(١).

أقول: كما ذهب إليه الشيخ في المبسوط(٢) و المحقق في الشرائع(٣) و العلامة في القواعد(٤) و اقتصر في التذكرة(٥) و التحرير(٦) على نقل كلام الشيخ في المبسوط و الشهيد في الدروس(٧) و الشيخ مفلح الصيمري البحراني في غايه المرام(٨) و المحقق الثاني في جامع المقاصد(٩) و الشهيد الثاني في المسالك(١٠).

ولكن استقرب العلامة الجواز في المختلف(١١) و تؤيده بل تعينه صحيحه يعقوب بن شعيب(١٢) و لذا بها تُحْمَلُ صحيحه الحلبي(١٣) و صحيحه عبدالرحمن بن أبي عبدالله البصري(١٤) على خوف التهمه كما في مفتاح الكرامه(١٥)، و حُكِمَ بالصحة لو دفع إليه مالاً و أمره بالشراء له، و الله العالم.

ص: ٨٧

١- (١) المكاسب ٣/٨٥.

٢- (٢) المبسوط ٢/١٢١.

٣- (٣) الشرائع ٢/٢٦.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢/٨٧.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٠/١٠٦.

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٣٣٨.

٧- (٧) الدروس الشرعيه ٣/٢١١.

٨- (٨) غايه المرام ٢/٥٨.

٩- (٩) جامع المقاصد ٤/٤٠٠.

١٠- (١٠) المسالك ٣/٢٥٢.

١١- (١١) مختلف الشيعة ٥/٢٨٧.

١٢- (١٢) التهذيب ٧/٤٢، ح ٦٨، الفقيه ٣/٢٥٩ ذيل ح ٣٩٣٥.

١٣- (١٣) الكافي ٥/١٨٥ ح ٥، الفقيه ٣/٢٨٥ ح ٣٩٣٤، التهذيب، ٧/٢٩ ح ١٣.

١٤- (١٤) الكافي ٥/١٨٦ ح ٩، التهذيب ٧/٣٠ ح ١٤.

١٥- (١٥) مفتاح الكرامه ١٤/٦٧٨.

و تبعهما صاحب الجواهر فى الجملة و قال: «إلا- أن الإنصاف عدم خلو ذلك عن البحث أن لم يكن إجماعا، و لو علم بقريته إرادته قرض الدراهم من ذلك، أو القضاء لما عليه من الطعام بجنس الدراهم أو الاستيفاء بعد الشراء و القبض له، و يكون التعبير المزبور باعتبار ما يثول إليه، أو لأنه السبب فى هذا الشراء، خرج عن موضوع البحث، و الله أعلم»(1)

٣- و منها: ما نحن فيه يكون من قبيل بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه، لأنّ البيع و العتق فى الفرض يكشفان عن رجوع الواهب فى هبته قبلهما بأنّ و نحو ذلك بيع ذى الخيار بحيث يسقط به خياره.

و فيه: الإباحه لم تثبت الملكيه هنا بحيث يكشف البيع أو العتق فيها، و إذا لم تثبت الملكيه فالبيع و العتق يقعان فى غير الملك و يحكم بطلانهما.

قد و جهوا إشكال الشيخ الأعظم بأنّ الإباحه لا تسوّغ التصرفات الموقوفه على الملك بأمرين:

أ: حقيقه البيع هو تبديل أحد طرفى الإضافه بالنسبه إلى العين و الثمن و مقتضى ذلك انتقال العين من مالكة إلى المشتري و انتقال الثمن من المشتري إلى مالك العين، فإذا قال المالك لأحد: «اشتر لنفسك من مالى دارا» أو «خذ هذه الفلوس و اشتر لنفسك طعاما أو ثوبا» فحينئذ تصير إضافه الثمن و المثلن لشخص واحد فلا- يتحقق تبادل الإضافتين التى هى ماهيه البيع و حقيقته أو خروج أحد العوضين على ملك شخص و دخول العوض الآخر فى ملك شخص آخر يعنى خروج الثمن من ملك مالكة ولكن دخول الدار أو الطعام أو الثوب فى المثل للمباح له. فإذا لم تتحقق ماهيه البيع لا يوجد. إلا على نحو التقاريب

ص: ٨٨

الثَّلَاثَةُ الَّتِي ذَكَرَهَا الشَّيْخُ وَاسْتَشْكَلَ عَلَيْهِ - وَهَذَا هُوَ الْمَانِعُ الْعَقْلِيُّ - .

ب: المانع الشرعي: لا بد أن يكون المبيع ملكاً للبائع حتى يصح بيعه لما ورد من قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا يبيع إلا فيما تملك» (١) و عنه صلى الله عليه وآله: «لا طلاق إلا فيما تملكه و لا يبيع إلا فيما تملكه» (٢) و قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس يملكك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك» (٣). و قوله عليه السلام: «ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له» (٤) و قوله عليه السلام: «لا تشتريها [الأرض] إلا برضا أهلها» (٥) و قوله عليه السلام: «الضيعة لا يجوز ابتاعها إلا من مالكها أو بأمره أو رضا منه» (٦).

و في المثال حيث باع المباح له مال المبيع فيكون بيعه باطلاً لأنه باع مال غيره و يخرج العين من مال الميسر و يدخل الثمن في مال المباح له.

ولكن هذا الإشكال و إن قبله جمع كثير من الأصحاب قدس سرهم ولكنه غير تام عندنا لما مر من أن البيع و حقيقته و ماهيته معلومة عند العرف و هو من المفاهيم الواضحة عندهم و لا يحتاج إلى تعريف حتى يقال في ماهيته بتبديل الإضافتين، فهذه الماهية من رأسها لا تتم للزوم استقلال الإضافه و صيرورتها بلامضاف و لا مضاف إليه و لو آنا ما و هو محال حتى في الأمور الاعتبارية عند العقل و العقلاء و العرف و يظهر هذا صريحاً في الإعراض عن الملكية، و يمكن أن ينقض عليها: من بيع الوقف العام في صورته جوازه، و بيع الوقف و

ص: ٨٩

١- (١) عوالي اللآلي ٢/٢٤٧، ح ١٦ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣/٢٣٠، ح ٣.

٢- (٢) عوالي اللآلي ٣/٢٠٥، ح ٣٨ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣/٢٣٠، ح ٤.

٣- (٣) الفقيه ٣/٢٤٢، ح ٣٨٨٦.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٥، ح ٥. معتبره اسحاق بن عمّار.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٤، ح ٣. صحيحه محمد بن مسلم.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٧، ح ٨. توقيع الحميري.

اشترى شيء آخر بدله بثمن وقف آخر بحيث يصير وقفا في صورته جواز هذا البيع والشراء إذا طرأ أحد مجوزات بيع الوقف، و شراء عين زكويته بنقد زكوي و أمثال هذه المعاملات تكون يبيعا عند العرف و الشرع و العقلاء ولكن ليس فيها تبادل الإضافتين فيظهر عدم تماميه هذه الماهيه. هذا كله بالنسبه إلى المانع العقلي.

و أما المانع الشرعي: فإن ما ورد في هذه الروايات و إن تلقاها المسلمون بالقبول ولكن المراد منها عدم جواز بيع مال الغير إلا بإذنه أو عدم جواز بيع مالا- يقبل التملك كالخمر و ليس المراد منها دخول الثمن في مال من يخرج العين المثل من ماله و دخول العين المثل في مال من يخرج الثمن من ماله، فإذا قال المبيح للمباح له: «خذ هذه الأموال و اشتر لنفسك دارا»، هذا القول بنفسه إذن في جواز بيع ماله و شراء دار للمباح له، و هذا المقدار من الإذن يكفي في صحة البيع و يخرج من الفضولي أيضا.

و الشاهد لما ذكرنا وقوع هذه البيوع و المعاملات و المبادلات و المباحات في الخارج و عند العرف كثيرا و حيث ينظر العرف إليها بعنوان البيع فتشملها إطلاقات «أحل الله البيع» و «تجاره عن تراض» و «أوفوا بالعقود» و «الناس مسلطون على أموالهم» و لا نحتاج إلى تصحيحها بما ذكره الشيخ الأعظم بالوجه الثلاثة الماضية.

و ما توصلنا إليه من نتيجة الاستدلال هو الموافق لرأى الفقيه اليزدي (١) و المحقق الإيرواني (٢) و على كفيته و طريقه و نتيجته المحقق الخميني (٣) قدس سرهم .

أما الإشكال المختص بالوجه الثالث

فإن الإباحه بعوض التملك لا تندرج في المعاوضات الماليه لأن كلاً من العوضين يدخلان في

ص: ٩٠

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٣٨١.

٢- (٢) حاشيته على المكاسب ٢/٧٤.

٣- (٣) كتاب البيع ١/١٧٣ و ١٧٢.

ملك المبيح، أمّا ما أباحه معلوم و أمّا ما عوضه فالمفروض أنّه عوض الإباحه فيدخل في ملك المبيح، فهو قد جمع بنى الملكين و لا دليل على مشروعيه هذه المعامله كأنّه قد جمع بين الثمن و المثلث.

و يمكن الاستدلال على مشروعيتها و صحتها بأنّها نوع من الصلح لأنّها بمعنى التسالم و الاتفاق على أمر و لا يشترط فيها لفظ (صالح) أو (تسالمت) بل يكفي كلّ لفظ أو فعل يدلّ عليه و لو بالالتزام كما ورد في صحيحه محمّد بن مسلم «لك ما عندك و لى ما عندى»<sup>(١)</sup> و ما ورد في مصالحه الزوجين نحو صحيحه الحلبي<sup>(٢)</sup> و غيرها<sup>(٣)</sup> من الروايات الواردة في تفسير قوله تعالى: «و إن امرأه خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا و الصلح خير»<sup>(٤)</sup>.

و يمكن أن يناقش فيه: بعدم وجود دلالة لفظيه أو فعلية على إنشاء الصلح و لا يدلّ حتّى السياق على أنّها صلح و لم يقصده المتعاطيان و مجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة و إلّا لزم إرجاع جميع العقود حتّى النكاح إلى الصلح. كما عن المحقّقين النائيني<sup>(٥)</sup> و الخوئي<sup>(٦)</sup>.

و كذا الاستدلال على صحتها بقوله صلى الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم» المذكور في موثقه منصور بن يونس (بزرج)<sup>(٧)</sup> لا يتم لعدم دخول الشروط الإبتدائية في الروايه، و على

ص: ٩١

- 
- ١- (١) وسائل الشيعة ١٨/٤٤٥، ح ١، الباب ٥ من أبواب الصلح.
  - ٢- (٢) وسائل الشيعة ٢١/٣٤٩، ح ١، الباب ١١ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق.
  - ٣- (٣) راجع جميع روايات الباب المذكور في المصدر السابق.
  - ٤- (٤) سورة النساء ١٢٨/.
  - ٥- (٥) منيه الطالب ١/١٨٥.
  - ٦- (٦) مصباح الفقاهه ٢/١٩٠.
  - ٧- (٧) وسائل الشيعة ٢١/٢٧٦، ح ٤، الباب ٢٠ من أبواب المهور.

فرض دخولها فآمرأدُ بها التزام المؤمن بشروطه تكليفاً أى يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه لأنه من علائم إيمانه لا وضعا كما عن المحقق السيد الخوئي (١).

نعم، يمكن القول بأنها معاوضه أو معامله مستقلة يشملها قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) وقوله تعالى «تجاره عن تراض» (٣) بل يمكن القول بأنها بيع فيشمها قوله تعالى: «أحل الله البيع» (٤) ولا سيما بعد تصحيح التصرفات التي تختص بالمالك في الإباحه كما مرّ آنفاً.

و كذا قوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلطون على أموالهم» (٥).

وقد عدّ المحقق الإيرواني (٦) من الإباحه بالعوض بعض المعاملات الشائعه من عصر الشارع إلى زماننا هذا نحو الدخول في الحمامات مع إعطاء العوض و كذلك الدخول في المطاعم و أشباه ذلك.

و حيث صححنا هذه المعامله و جرت الآيات الثلاث في شأنها فهل القول بلزومها يكون تماماً أم لا؟

ثم استدل الشيخ الأعظم (٧) لجوازها بحديث السلطنه و أصلتها - بعد القول بأن الأقوى لزومها - ، و يردّه الفقيه اليزدى (٨) بأن متقضى السلطنه على المال لزوم الإباحه

ص: ٩٢

- ١- (١) مصباح الفقاهه ٢/١٩٠.
- ٢- (٢) سوره المائده ١/.
- ٣- (٣) سوره النساء ٢٩/.
- ٤- (٤) سوره البقره ٢٧٥/.
- ٥- (٥) عوالى اللآلى ١/٢٢٢، ح ٩٩.
- ٦- (٦) حاشيته على المكاسب ٢/٧٦.
- ٧- (٧) المكاسب ٣/٩٠.
- ٨- (٨) حاشيته على المكاسب ١/٣٩١.

المفروضه لا جوازها لأنه إذا كان مسلطاً على ماله و قد أباحه بعوض فيلزم أن تكون نافذه لازمه.

ولكن الظاهر أن القول بالجواز إذا كان أحد طرفي المعامله أو كلاهما الإباحه يكون متعيناً بقاعده السلطنه حيث للمبيح أن يرجع عن إباحته لتلك القاعده أو بحديث «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» فإذا رجع المبيح عن إباحته فلا يحل للمباح له التصرف في المال، و للمباح له الرجوع في ملكه أيضاً لأنه ملكه للمبيح في قبال إباحته فإذا رجع هو عنه فيجوز له الرجوع في ماله. فهذه المعامله جائزه وضعا و تكليفاً، و العجب من المحقق الإيرواني (١) حيث قال بالجواز الوضعي و هو الموافق لما قررناه ولكن ذهب إلى اللزوم التكليفي بالأطلاق الأوراده في تصحيح هذه المعامله و أنت تعلم بأجنبيتها عن اللزوم التكليفي بعد ثبوت الجواز الوضعي و الله العالم.

### الخامس: جريان المعاطاه في جميع العقود و بعض الإيقاعات

#### إشاره

صرح الشيخ بأن إعطاء الهديه من دون الصيغه يفيد الإباحه دون الملك و قال: «إذا وصلت الهديه إلى المهدى إليه لم يملكها بالوصل و لم تلزم و يكون ذلك إباحه من المهدى حتى أنه لو أهدى إليه جاريه لم يجر أن يستمتع بها لأن الإباحه لا تدخل في الاستمتاع...» (٢).

و ظاهر الشيخ الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد و قال: «إذا بنى مسجداً خارج داره في ملكه فإن نوى به أن يكون مسجداً يصلّي فيه كل من أراد زال ملكه عنه، و إن لم ينو ذلك فملكه باقى عليه سواء صلى فيه أو لم يصل...» (٣).

ص: ٩٣

١- (١) حاشيه المكاسب ٢/٨١.

٢- (٢) المبسوط ٣/٣١٥.

٣- (٣) المبسوط ١/١٦٢.



و تبعه ابن ادريس الحلي في الهدية و قال: «إذا أهدى لرجل شيئاً على يد رسوله فإنه على ملكه بعد، و إن مات المهدى إليه كان له استرجاعه، و إن مات المهدى كان لوارثه الخيار، و إذا وصلت الهدية إلى المهدى إليه، لم يملكها بالوصول و لم تلزم و يكون ذلك إباحه من المهدى»(١).

و كذا العلامة الحلي قال في الهبة من القواعد: «و لا تكفى المعاطاه و الأفعال الداله على الإيجاب، نعم يباح التصرف. و الهدية كالهبة في الإيجاب و القبول و القبض»(٢).

و قال في بحث الرهن من التذكرة: «و الخلاف فيه بالمعاطاه و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكوره في البيع بجملته آت هاهنا»(٣).

و يلوح من عبارته في هبة التذكرة كفايه المعاطاه في الهدية حيث نقله عن بعض العامه و لم يناقش فيه قال: «الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول باللفظ كالبيع و سائر التمليكات، و أما الهدية فذهب قوم من العامه إلى أنه لا حاجة فيها إلى الإيجاب و القبول اللفظيين، بل البعث من جهة المهدى كالإيجاب و القبض من جهة المهدى إليه كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله من كسرى و قيصر و سائر الملوك فيقبلها، و لا لفظ هناك، و استمر الحال من عهدته إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يُعتدّ بعبارتهم، و منهم من اعتبرهما كما في الهبة و الوصية. و اعتذروا عما تقدم بأن ذلك كان إباحه لا تمليكا. و أُجيب بأنه لو كان كذلك لما تصرف الملاك، و معلوم أن النبي صلى الله عليه و آله كان يتصرف فيه و يملكه غيره. و الصدقة كالهديه في ذلك بلا فصل. و يمكن الإكتفاء في هدايا الأطمعه بالإرسال و الأخذ من غير لفظ الإيجاب و القبول

ص: ٩٤

١- (١) السرائر ٣/١٧٧.

٢- (٢) قواعد الأحكام، ٢/٤٠٥.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ١٣/٩١.

جريا على المعتاد بين الناس. و التحقيق مساواه غير الأطمعه لها، فإنَّ الهدية قد يكون غير طعام، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله فإنَّ ماريه القبطيه أم ولده كانت من الهدايا. و قال بعض الحنابلة: لا يفتقر الهبه إلى عقد بل المعاطاه و الأفعال الداله على الإيجاب و القبول كافي، و لا يحتاج إلى لفظ، لأنَّ النبي صلى الله عليه و آله كان يهدى و يُهدى إليه، و يُفرَّق الصدقه و يأمرُ بتفرقتها، و لم ينقل في ذلك لفظ إيجاب و لا قبول، و لو كان شرطا لأمر به...»(١).

و تبع الشهيدُ الشيخَ في الاكتفاء بغير اللفظ في وقف المساجد و قال بعد نقل كلام الشيخ: «فظاهره الاكتفاء بالتيه، و أولى منه إذا صلى فيه، و ليس في كلامه دلالة على التلفظ و لعله الأقرب»(٢).

و قال في بيع الدروس: «... و شبهها (أى شبه المعاطاه) اقتضاء المدين العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاك، و إلا فله سعر يوم القبض، و لا يحتاج إلى عقد و ليس لهما الرجوع بعد التراضي»(٣).

و قال في رهنها في اشتراط الصيغه المخصوصه: «و لو قال: خذه على مالِك أو بمالك فهورهن. و لو قال: إمسه حتى أعطيك مالِك و أراد الرهن، و لو أراد الوديعة أو اشتبه فليس برهن، تنزيلاً للفظ على أقل احتمالاته...»(٤).

و قال المحقق الثاني في بيع كتابه: «و أعلم أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره و كذا في الهبه، و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين، عمله و

ص: ٩٥

١- (١) تذكره الفقهاء ٢/٤١٥ من طبع الحجرى.

٢- (٢) ذكرى الشيعة ٣/١٣٣.

٣- (٣) الدروس الشرعيه ٣/١٩٢.

٤- (٤) الدروس الشرعيه ٣/٣٨٣.

استحق الأجر و لو كان هذا إجاره فاسده لم يجز له العمل، و لا يستحق أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، و كذا إذا وهب بغير عقد، فإن ظاهرهم جواز الإتلاف و لو كانت هبه فاسده لم يجز، و منع من مطلق التصرف. و هو ملخص وجيه<sup>(١)</sup>.

و استشكل على قول العلامة في القواعد: «و لا بدّ فيه (أى فى القرض) من إيجاب صادر عن أهله: كقوله: أقرضتك أو تصرّف فيه أو انتفع به أو ملكتك و عليك ردّ عوضه و شبهه، و قبول، و هو: ما يدلّ على الرضى قولاً- أو فعلاً<sup>(٢)</sup>. بقوله: «ظاهر عباراتهم: أنّه لا بدّ من الإيجاب القولىء، و عبارته التذكرة<sup>(٣)</sup> أدل على ذلك. و يرد عليه: أنّه قد سبق فى البيع الاكتفاء بالمعاطاه التى هى عبارته عن الأخذ و الإعطاء فإن اكتفى فى العقد اللازم بالإيجاب و القبول الفعلين فحقّه أن يكتفى بهما هنا بطريق أولى. و ليس ببعيد أن يقال: إنّ انتقال الملك إلى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا، لا إباحه التصرف إذا دلّت القرائن على إرادتها<sup>(٤)</sup>.

و نحوها فى حاشيته على إرشاد الأذهان<sup>(٥)</sup>.

و قال فى تعليقه على الإرشاد: «إنّ من المعاطاه الإجاره و نحوها بخلاف النكاح و الطلاق و نحوهما فلا تقع أصلاً<sup>(٦)</sup>.

ولكن استشكل على كلام العلامة فى رهن التذكرة الذى مرّ منّا آنفا بقوله: «... و

ص: ٩٦

١- (١) جامع المقاصد ٤/٥٩.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢/١٠٣.

٣- (٣) راجع تذكره الفقهاء ١٣/٣٢.

٤- (٤) جامع المقاصد ٥/٢٠.

٥- (٥) حاشيه إرشاد الأذهان ٤٣٠/ المطبوعه ضمن المجلد التاسع من حياه المحقّق الكركى و آثاره.

٦- (٦) نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٩ و لم أجده فى حاشيه إرشاد الأذهان المطبوعه ضمن المجلد التاسع من حياه المحقّق الكركى و آثاره مع كثره تتبعي لها.

يشكل بأن باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع بخلاف ما هنا، أما الاستيجاب و الإيجاب فنعم»(١).

وقال فى قرض صيغ عقودة: «فأما الإيجاب: فلا بد أن يكون بالقول، فلا يكفى الدفع على وجه القرض من غير لفظ فى حصول الملك، نعم يكون ذلك فى القرض كالمعاطاه فى البيع فىثمر إباحه التصرف، فإذا تلف العين وجب العوض. و الذى ينساق إليه النظر أن المعاطاه فى البيع ثمر ملكا متزلزلاً و يستقر بذهاب أحد العينين أو بعضها، و مقتضى هذا أن النماء الحاصل من المبيع قبل التلف شىء من العين يجب أن يكون للمشتري، بخلاف الدفع للقرض هنا فإنه لا يثمر إلا محض الإذن فى التصرف و إباحه الإتلاف، فىجب أن يكون نماء العين للمقرض، لبقائها على الملك، إذ لا معاوضه هنا و لا تمليك بخلاف الأول»(٢).

وقال فى هبه جامع المقاصد بعد نقل محتوى كلام العلامة فى هبه التذكرة الذى مرّ آنفا: «و هذا قوئى متين، يؤيده أن الهدية مبنيه على الحشمه و الإعظام، و ذلك يفوت مع إعتبار الإيجاب و القبول و ينقص موضعها من النفس، و مطالبه المهدى إليه بالتمليك و سؤال الرسول هل هو وكيل فيه أم على تقدير اعتبار عبارته و نحو ذلك خروج عن مقصودها»(٣).

وقبل ثانى الشهيد كلام المحقق الثانى فى بيع جامع المقاصد و قال بعد نقل كلامه: «... و لا بأس به إلا أن فى مثال الهبه نظرا من حيث أن الهبه لا تختص بلفظ، بل كل لفظ يدل على التمليك بغير عوض كافٍ فيها كما ذكره فى بابها. و جواز التصرف فى المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها، فىكون كافيا فى الإيجاب. اللهم إلا أن يعتبر القبول القولى مع

ص: ٩٧

١- (١) جامع المقاصد ٥/٤٥.

٢- (٢) صيغ العقود و الايقاعات ١٨٧/، المطبوع فى ضمن المجلد الأول من رسائل المحقق الكركى.

٣- (٣) جامع المقاصد ٩/١٤٢.

ذلك، و لا يحصل فى المثال فىتجه ما قاله»(١).

و قبل المعاطاه فى الإجاره و قال: «لما كان الأمر بالعمل يقتضى استيفاء منفعه مملوكه للمأمور متقومه بالمال و جب ثبوت عوضها على الأمر كالأستيجار معاطاه»(٢).

و قال فى هبه المسالك بعد نقل نص عباره هبه التذكره: «و هذا الذى ذكره من التحقيق يشعر بما نقلناه عنه من الاكتفاء بذلك، و هو حسن، و مع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاه يفيد الملك المتزلزل و يبيح التصرف و الوطى ولكن يجوز الرجوع فيها قبله عملاً بالقواعد المختلفه...»(٣).

و تبعه المحقق الأردبيلى و فى ذيل قول العلامه فى الإرشاد: «و لو أمره بعمل له أجره بالعهاده فعليه الأجره و إلا فلا»(٤) قال: «هذا الحكم مشهور و يحتمل أن يكون مجمعا عليه و لعلّ سنده اقتضاء العرف فإنه يقتضى أن يكون مثل هذا العمل بالأجره، فالعرف مع الأمر بمنزله قوله: اعمل هذا و لك على الأجره، فيكون جعاله أو إجاره بطريق المعاطاه مع العلم بالأجره، و لو كان من العاده مثل أجره الحمالين، و يبعد كونها إجاره باطله...»(٥).

و ذهب صاحب الحدائق إلى عدم اعتبار الصيغ الخاصه بالنسبه إلى جميع العقود و قال: «... أنه لا يعتبر فيها أزيد من الألفاظ الداله على الرضا بمضمون ذلك العقد كيف كانت، و على أى نحو صدرت، و مع استكمال جميع ما يشترط فيه، من غير توقف على الصيغ الخاصه التى اوجبوها فى كلّ عقد، و أمّا الاشكال فى كون ذلك يسمى معاطاه أم لا؟ ... ما

ص: ٩٨

١- (١) مسالك الأفهام ٣/١٥٢.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٥/٢٢٩.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٦/١١.

٤- (٤) إرشاد الأذهان ١/٤٢٥.

٥- (٥) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٨٣.

أشرنا إليه آنفاً من أن هذه التسمية إنما هي اصطلاحية ذكروها في باب البيع...»(١).

وقال الفاضل المراعى: «إنَّ المعاطاه هل هي ملحقة في كلِّ باب بالعقد الذى هو أصل لها؟ فيكون في مقام البيع بيعاً و في مقام الإجاره إجاره و في مقام الصلح صلحاً و في مقام الهبه هبه و نحو ذلك أو هي معامله مستقلة؟ مقتضى حصر الأصحاب أبواب المعاملات في الأمور المخصوصه و عدم ذكرهم للمعاطاه عنواناً آخرَ دخولها فيها، كما أنَّ صدق لفظ البيع و الإجاره و نحو ذلك من ألفاظ المعاملات أيضاً يقتضى كون المعاطاه داخله فيها... و حيث قلنا باندارجها تحت أسامى العقود، فالظاهر جريان جميع الأحكام المذكوره في أبواب العقود من الشرائط في المتعاقدين أو العوضين و غير ذلك من أحكام الخيارات و الضمان و الشروط و نحو ذلك من التوابع و غيرها آتية في المعاطاه»(٢).

وقال الفقيه اليزدى: «إنَّ مقتضى ما هو التحقيق من شمول العمومات العامه و الخاصه بكلِّ عنوان للمعاملات الفعلية كالقوليه و كون المعاطاه على طبق القاعده جريانها في جميع العقود جائزه كانت أو لازمه إلا ما قام الاجماع فيه على اعتبار الصيغه الخاصه كالنكاح و التحليل و نحوهما...»(٣).

وقال المؤسس الحائرى قدس سره: «لا اشكال في إمكان المعاطاه في سائر العقود كما في البيع و لا في صدق عناوين تلك العقود على ما كان منها بالمعاطاه، كما كان باللفظ بلا فرق، و مقتضى ذلك دلالة أدله صحه تلك العقود - كالإجاره و الهبه و الصلح و نحوها على صحه المعاطاه فيها، نعم استثنوا من ذلك عقد النكاح، فحكموا بعدم جريان المعاطاه فيه»(٤).

ص: ٩٩

١- (١) الحدائق ١٨/٣٦٤.

٢- (٢) العناوين ٢/١٢٩ و ١٢٨.

٣- (٣) حاشيته على المكاسب ١/٣٩١.

٤- (٤) كتاب البيع ١/١١٣ بقلم شيخنا آية الله الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

قال المحقق الأصفهاني: «إنَّ صحه المعاطاه فى البيع إن كانت على القاعده و أنّها بيع فيعمّها أدله البيع، فكذا فى غيره من المعاملات لعدم الفرق فى صدق عناوينها بين البيع و غيره... إذا عرفت ما ذكرنا تعرف أنّ التمسك بالاطلاق لجريان المعاطاه فى العقود و الايقاعات بمعنى صحتها بالإنشاء الفعلى كالإنشاء القولى بمكان من الإمكان و إن لم يصدق عليه المعاطاه بعنوانها، لما مرّ مرارا أنّ المعاطاه بعنوانها لم ترد فى آيه و لا- روايه ليدور الأمر مدارها بعنوانها، نعم بعض العقود و الايقاعات ممّا قام الدليل على انحصار سببها فى صيغه خاصه كالطلاق و العتق و شبههما و بعضها ربّما يدعى البرهان على عدم جريان المعاطاه فيها»<sup>(١)</sup>.

و قال المحقق السيّد الخمينى: «مقتضى القاعده جريان المعاطاه فى كلّ عقد أو إيقاع يمكن إنشاؤه بالفعل، فإنّ الفعل كالقول آله للإيجاد و الإيقاع الإعتبارى، و مع الاتّيقاع كذلك يصير المنشأ مصداقا للعناوين العامه و الخاصه، و دليل صحتها و لزومها هو الأدله الخاصه أو العامه، نعم ما لا يمكن إيقاعه بالفعل فهو خارج عن البحث، و لعلّ الوصيه أو بعض أقسامها منه...»<sup>(٢)</sup>.

و قال المحقق السيّد الخوئى: «... فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاه فى جميعها إلّا ما خرج بالدليل، و إذن فيكون ما هو المنشأ بالأفعال من المعاملات مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الايقاعات و لزومهما»<sup>(٣)</sup>.

و قال شيخنا الأستاذ قدس سره: «الصحيح الالتزام بجريان المعاطاه فى ساير المعاملات عقودا و إيقاعا أخذنا بإطلاق صحتها و نفوذها، نعم لا تجرى فى عقد أو إيقاع قام الدليل

ص: ١٠٠

١- (١) حاشيه المكاسب ١/١٨٣.

٢- (٢) كتاب البيع ١/١٨٠.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٢/١٩٢.

على اعتبار اللفظ فى إنشائه كما فى النكاح و الطلاق حيث أنّ مطلق اللفظ غير كاف [فى] [إنشائهما فضلاً عن الإنشاء بمجرد الفعل] (١).

أقول: قد عرفت جريان المعاطاه فى الجملة و فى بعض العقود أو الإيقاعات من أساطين الفقه و أعلام الطائفة نحو: الشيخ الطوسى فى الهدية و وقف المساجد، و تبعه ابن ادريس فى الهدية، و كذا العلامة فى الهدية و الهبة و الرهن، و الشهيد فى وقف المساجد و أداء الدين و الوثيقة فيه، و المحقق الثانى فى الإجاره و الهبة و الهدية و القرض، و ثانى الشهيد فى الإجاره و الهبة و الهدية، و الأردبيلى فى الإجاره، و مال إلى جريانها فى جميع العقود و الإيقاعات صاحب الحدائق و الفاضل المراعى و الفقيه اليزدى و المؤسس الحائرى و المحققون الأصفهانى و الخمينى و الخوئى و شيخنا الإستاذ - قدس الله أسرارهم - و يظهر مما سردناه عليك وجه استغرابنا من صاحب الجواهر حيث يقول: «و أغرب من ذلك كله دعوى جريان المعاطاه فى مورد جميع العقود جازها و لازمها، فيتحقق مسماها بها دون عقدها للإطلاق عرفاً، و فائده العقد حينئذ اللزوم فى اللازمه منها و لا فائده له فى غيره إذ هو كما ترى لا ينبغى صدورها ممن ذاق طعم الفقه» (٢). فتأمل.

### ما يستثنى من المعاطاه:

ثم القائلون بالتعميم و جريان المعاطاه فى جميع العقود و الإيقاعات استثنوا موارد.

منها: الوصيه: لأنها لا تُنشأ إلا بالقول و ليس فى موردها فعل يكون مصداقاً لها و مثلها جعل القيموميه و التدبير. و الإشكال فيها ليس من ناحيه القابل و العقد و الإيقاع، بل الاشكال من ناحيه الفاعل بحيث لا يوجد هناك فعل يدل على هذه الأمور، و لو وجد

ص: ١٠١

١- (١) إرشاد الطالب ٢/٨٦.

٢- (٢) الجواهر ٢٢/٢٤٤.



فعل يدل عليها تمت المعاطاه فيه. نحو: أن يسأل أحد عن غيره من القِيَم بعدك على أولادك أو أموالك؟ أو من الوَصِي في ما وصيت به؟ أو أيما من بيوتك أو أراضيكم جعلتها للمسجد أو المدرسه؟ أو أي من عبيدك أو إمائك يكون بعدك حرا أو حرّه؟

و في جميع هذه الموارد أشار إلى شخص أو بيت أو أرض، أو عينه بفعل دون قول، بلا فرق في ذلك بين الحياه المستقره أو حاله الاحتضار مع شرائطها ينفذ ما أقربها أو قرره أو عينه، و لعلّه لم ينكر هذا أحد من فقهاءنا الكبار، و على هذا تجرى المعاطاه بالنسبه إلى

الوصيه و التدبير و القيموميه و نحوها.

و لآئنه لم ينحصر الإنشاء المعاطاتي بالإعطاء و الأخذ الخارجيين حتى يستشكل بأن هذه الأمور من الأمور الاستقباليه فيستحيل إنشاؤها بفعل يتحقق قبل الموت بل المعاطاه هي تبديل الفعل بدل القول في المعاملات و عليها تجرى المعاطاه في الوصيه و القيموميه و التدبير.

و بما ذكرنا يظهر جريان المعاطاه في الوقف و كذا في الرهن لآئنا ذهبنا إلى اللزوم في المعاطاه لا الجواز في المعاملات اللازمه، لأن الرهن من العقود اللازمه من طرف الراهن و كذا تجرى المعاطاه في القرض.

و قد يستشكل جريان المعاطاه في الضمان لأن انتقال الدين من ذمه إلى أخرى لا يمكن أن يتحقق بالفعل الخارجى.

و يرد عليه: كما يمكن أن ينتقل المال في البيع بالمعاطاه كذلك يمكن انتقال الدين، و لا فرق في الانتقال في عالم الاعتبار بين العين و الدين فكما يمكن الانتقال بالمعاطاه في العين فكذلك يمكن في الدين.

و أمّا جريان المعاطاه في النكاح: فَمَقْدُ يتوهم عدم جريانها فيه لأنّ الفعل فيه ملازم لضده و هو الزنا و السفاح، بل هو مُضْداقٌ له حقيقه و من الواضح أنّه لا يمكن إنشاء شىء

من الأمور الإنشائية بوضده.

و دفعه: الزنا عند العرف غير النكاح و الزواج سواء كان انشاؤه بالقول أو الفعل، و الزنا يكون قسيمه، لو قصّد الزوجان النكاح و أنشأه بالفعل لا بالقول، تحقّق الزوجيه، و الوطى بعدها ليس من الزنا.

و من هنا ظهر جواب تسبّب الوطى للنكاح و الإشكال فيه بأنّ الوطى يحتاج إلى سبب محلّل له، فلو كان سببا لحلّيته نفسه لزم إتحاد السبب و المسبب في مرتبه واحده مع امتناع تأثير الشى فى نفسه.

و أما جوابه: فَإِنَّ الزَّوْجَيْنِ يَقْصِدَانِ النِّكَاحَ بِالْفِعْلِ ثُمَّ يَتَحَقَّقُ وَ مِنْ بَعْدِهِ يَقَعُ الْوَطَى وَ مِنْ أَيْنَ لَزِمَ إِتْحَادُ السَّبَبِ وَ الْمَسْبُوبِ؟ هَذَا أَوَّلًا.

و ثانيا: امتناع إتحاد السبب و المسبب و امتناع تأثير الشى فى نفسه فى عالم التكوين تام و أمّا عالم الاعتبار غيره، و ما هو ممتنع فى عالم التكوين يمكن وقوعه فى عالم الاعتبار، لأنّهما عالمان بينهما بون بعيد و لكل واحد منهما قوانينه و قياس أحدهما بالآخر مع الفارق و

غَيْرِ سَدِيدٍ.

و ثالثا: على القول بالاتحاد بين السبب و المسبب و على القول بصحة قياس العالمين يمكن أن يجاب عن الإشكال بعدم الاتحاد لأنّ السبب هو الوطى و المسبب هو الحلية فلم يلزم إتحاد السبب و المسبب، و لا- تأثير الشىء فى نفسه. كما عن المحقّق الإصفهاني(١) قدس سره و له أجوبه أخرى لهذا الاشكال إن شئت فراجع حاشيته على المكاسب(٢).

و يمكن ان يستدل لجريان المعاطاه فيه بخبر عبدالرحمن بن كثير المرورى فى الكافى

ص: ١٠٣

١- (١) حاشيه المكاسب ١/١٨٤.

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١/١٨٧-١٨٤).

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاءت امرأه إلى عمر فقالت: إنني زينب فطهرني، فأمر بها أن ترحم، فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: كيف زينب؟ فقالت: مررت بالبادية فأصابني عطش شديد فاستسقيت أعرابيا فأبى أن يسقيني إلا أن أمكنه من نفسي، فلما أجهدني العطش و خفت على نفسي سقاني، فأمكنته من نفسي، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: تزويج و رب الكعبة (١).

بتقريب: حمل أمير المؤمنين عليه السلام فعلها على التزويج بحيث لما اشتد عطشها رضيت بالنكاح فصار مهرها الماء الذي به دفعت عطشها، و مدته دفعه واحده فهذا نكاح موقت بالمهر المعلوم و دفعه واحده و قد جرى بالفعل و المعاطاه لا القول و الصيغه.

و حمل الروايه على الاضطرار خلاف ظاهرها لأن أمير المؤمنين عليه السلام لم يحمل عملها على الاضطرار بل حمله على النكاح. و القول بحمله على الاضطرار تصحيحا لما ورد من الأمر بالرجم، لا يتم لأن أمره - و هو الثاني - ليس بفقيه و كل الناس أفقه منه أو أعلم على حد تعبيره (٢). لأن الرجم لا يتم إلا إذا كانت الزانيه ذات بعل فحينئذ لا يتم نكاحها فعليه لا بد من حملها على الاضطرار. و قد ظهر ممّا ذكرنا جوابه بأن أمير المؤمنين عليه السلام حمله على النكاح لا الاضطرار. مع أن الاضطرار أيضا يمكن أن يرفع به الذنب و الحد من جانب المرأة فقط.

فالروايه تدل على جواز النكاح المعاطاتي بل وقوعه ولكن سندها ضعيف بعلي بن

حسان و هو مشترك بين الواسطى الثقه و الهاشمى مؤلاههم المرمى بالكذب و الوقف، و

ص: ١٠٤

١- (٣) الكافي ٥/٤٦٧، ح ٨.

٢- (٤) سنن البيهقي ٧/٢٣٣؛ الدر المنثور ٢/١٣٣؛ الكشاف ١/٤٩١ ذيل آيه «و إن أردتم استبدال زوج مكان زوج و اتيتم أحديهن قنطارا» من سوره النساء /الآيه ٢٠؛ و نقل عنهم العلامة السيد مرتضى الفيروز آبادي في كتابه «السبعه من السلف» ٨٨/ و ما بعده.

كلاهما ينقلان عن عبدالرحمن بن كثير - وهو كان عم الهاشمي - وقد يقال: بضعفه أو مَجْهُولِيَّتِهِ ولكن قال الوحيد في شأنه: «روايه الأجلاء الثقات كتبه تشهد على الاعتماد بل الوثاقه» و له أكثر من أربعين روايه في الكتب الأربعه.

فإن ذهبنا إلى أن المراد بعلي بن حسان هو الواسطي - لا الهاشمي - و إلى اعتبار عبدالرحمن بن كثير كما عليه الوحيد، صار سندُها مُعْتَبَراً ولكن في الجميع نظر بين.

و الذي يسهل الخطب وجود الإجماع بين الأصحاب من عدم تحقّق النكاح المعاطاتي و أنه لا- يتحقّق إلا- بالصيغ الخاصّه المتداوله بين المُتَشَرِّعِ و يلحق بالنكاح، الطلاق فإنّه أيضا لا يتحقّق إلا بالقول و الصيغ الخاصه و كذا الظهار و الإيلاء و اللعان.

فيظهر ممّا ذكرنا جريان المعاطاه في جميع العقود و الإيقاعات إلا ما خرج بالدليل.

## السادس: ملزمات المعاطاه

### اشاره

قد مرّ أنّ المعاطاه - في المعاملات التي أصلها اللزوم - تدل على اللزوم و - في المعاملات التي أصلها الجواز - تدل على الجواز فلا فرق بين الأئتيان بالمعامله و إجرائها بالقول و الصيغه بها و إجرائها بالفعل و المعاطاه، و على هذا فنحن في فسحه عن هذا المبحث - أي ملزمتها - .

و أمّا إذا ذهب أحد إلى القول بالجواز في المعاملات المعاطاتيه - كما لعلّه هو المشهور - فسوف يأتي هذا البحث و يجرى القول في ملزمتها.

ثم ذهب الشيخ الأعظم أولاً إلى تأسيس الأصل في المقام و قال: «إنّ الأصل على القول بالملك اللزوم... و أمّا على القول بالإباحه فالأصل لعدم اللزوم»(1).

ص: ١٠٥

لأنه قدس سره أقام ثمانية أوجه<sup>(١)</sup> تدل على اللزوم على القول بالملك و حيث أغمضنا الكلام عنها هناك نبحثها هنا تميماً للفائدة باختصار:

### ١- الاستصحاب

بتقريب: أن كل واحد من المتعاطيين مَلِك الآخر ماله بالمعاطاة، ثم يشك بخروج المال عن ملك أحدهما برجوع صاحبه، فيستصحب بقاء الملك الحادث بالمعاطاة وهذه عبارته أخرى عن اللزوم في المعاملات.

وقد استشكل على هذا الاستصحاب الشخصي بوجهين:

الأول: عدم اتحاد الْقَضِيَّةِ المتيقنه والمشكوكه في هذا الاستصحاب لأن المتيقنه منهما هي القدر المشترك بين فردى الملك: اللازم والجائز، والمشكوكه منهما هي الفرد المعين أى الملك اللازم، فاليقين تعلق بالقدر المشترك بين فردى الملك، والشك تعلق بحدوث فرد معين وهو الملك اللازم. ومع عدم اتحاد القضيتين لا يجرى الاستصحاب.

الثاني: وجود أصل حاكم على هذا الاستصحاب - على فرض جزيانه - وهو استصحاب بقاء العلقه التي أثرها جواز الرجوع بين المالك الأول وماله ومع جريان هذا الاستصحاب فلا مجال لجريان استصحاب ملكيه المالك الثاني.

وبعبارة أخرى: مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك عن العين التي له فحينئذ يجوز له الرجوع فيها وهذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المقتضى لللزوم.

ثم أجاب عن الاشكال الأول بوجهين:

الأول: نمنع انقسام الملك إلى قسمين وتنوعه بنوعين وهما الملك المترلزل و الملك المستقر لطبيعه الملك لكي يجرى الاستصحاب فى الكلى و هو القدر المشترك بينهما. بل نجرى

الاستصحاب فى الشخص و هو الملكىه التى هو اضافه خاصه بين المالك و المملوك، و التزلزل و الاستقرار ينشأان من حكم الشارع على الملك بزواله برجوع المالك الأول و عدمه. فحينئذ اللزوم و الجواز حكمان للملك و ليسا منوعين له.

و الوجه فيه لأنّ المنشأ فى العقود اللازمه و الجائزه كلاهما أمرٌ واحدٌ و هو إضافه الملكيه التى هى أمر بسيط شخصى. و استقرار الملك أو تزلزله حكمان شرعيان للملك يستندان إلى حكم الشارع بجواز الرجوع و عدمه الناشئ فى اختلاف السبب المملك. و لا يستندان إلى المالك بوجه بحيث يكون الخيار بيده.

الثانى: يجرى الاستصحاب حتّى على القول بأنّه كلّى، لجريان الاستصحاب فى القسم الثانى من أقسام الكلّى على المشهور الذى موردنا يحسب منه، و هو عبارته عن العلم بوجود الكلّى فى ضمن أحد فردين: أحدهما معلوم الارتفاع و الآخر محتمل الحدوث وَلَكِنَّ الأثرَ مُتَرَتَّبٌ على الجامع بين الفردين لا على خصوصيتهما الفرديان، نحو: إذا علم بنجاسه مردّده بين البول و الدم فإنّه بعد الغسل مرّه يشكّ فى بقاء النجاسه: فيستصحب بقاء النجاسه.

و فى ما نحن فيه: أيضا لا نستصحب الأفراد و هما اللزوم و الجواز الحاصلان من

الملك، بل نستصحب الجامع بينهما و هو استصحاب كلّى الملك و بعد جريانه نحكم باللزوم.

لم يجب الشيخ الأعمش عن الإشكال الثانى هنا - فى بحث البيع - ولكن طرح الإشكال فى اوائل بحث الخيارات و أجاب عنه بقوله: «إن أُريد بقاءَ علاقهِ الملكِ أو علاقهِ تتفرع على الملك، فلا ريب فى زوالها بزوال الملك.

و إن أُريد بها سلطنه إعادته العين فى ملكه، فهذه علاقته يستحيل اجتماعها مع الملك، و إنّما تحدث بعد زوال الملك لدلاله دليل، فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها.

و إن أُريد بها علاقته التى كانت فى مجلس البيع، فإنّها تستصحب عند الشكّ فيصير

الأصل فى البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرف، فى مقابل مَنْ جعلها لازمه بالتصرف، ففيه: - مع عدم جريانه فيما لا- خيار فى المجلس، بل مطلقا بناءً على أنّ الواجب هنا الرجوع فى زمان الشك إلى عموم «أوفوا» لا الاستصحاب - أنّه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم»(١).

و يجب عن الإشكال الثانى بوجه آخر:

الأول: العلاقة الموجوده بين المالك و ماله ليست إلاّ العلاقة المالكه و أمّا غيرها فمن أوّل الأمر ثبوتها محلّ ترديد.

الثانيه: العلاقة الموجوده ليست إلاّ الإضافه المالكه بين المالك و ملكه و هذه قد ارتفعت قطعاً بنقل المال إلى غيره، و لم تكن هناك إضافه أخرى حتّى تستصحب ليكون حاكماً على أصاله اللزوم، فالشك حينئذٍ فى حدوث علاقته جديده للمالك الأوّل بعد الفسخ - لا فى بقائها - و الأصل عدمها.

الثالثه: العقد الخيارى يوجب بسبب الخيار أن يحدث علاقته لذى الخيار فهو مالك لأن يملك، لا أنّ العلاقة الأولى باقيه له، كما ذكره المحقق النائينى(٢).

الرابعه: ان كان المراد من العلاقة هى جواز رجوع المالك السابق إلى العين و استرجاعها من الآخذ بالمعاطاه فلا ريب فى أنّ ذلك لم يكن موجوداً سابقاً و أنّه مشكوك الحدوث فعلاً، فالأصل يقتضى عدمه دون بقائه.

الخامسه: و إن كان المراد منها أنّ المملكه الثابته للمالك لها مراتب شتى التى لم يعلم

ص: ١٠٨

١- (١) المكاسب ٥/٢٣ و ٢٢.

٢- (٢) منيه الطالب ١/١٤٤.

زوال جميعها بالبيع المعاطى، بل من المحتمل أن الملكيه إذا زالت بحدّها الأقوى بقيت منها المرتبه الضعيفه.

فیرد علیه: الملكيه الاعتباريه ليست مشكّكه و ليست ذات مراتب، لأنّ اعتبار أيّه مرتبه منها مغايره لاعتبار مرتبتها الأخرى. فحينئذ إذا زال المرتبه الأقوى ثبوت مرتبه أخرى منها تحتاج إلى دليل و هو مفقود.

السادسه: و إن كان المراد منها هُوَ بقاء سلطنه المالك و قدرته على التصرف فى العين لأنّ الملكيه و السلطنه أمران مُتغايران و يمكن تفكيك أحدهما عن الآخر كما فى المحجور بقى ملكه من دون السلطنه و فى الولى و الوصى لهما السلطنه على أشخاص أو أموال من دون الملك، فعلى هذا أنّ المتيقن هو سقوط الملكيه و أمّا السلطنه للمالك فزوالها مشكوك فيه فتستصحب.

و یرد علیه: نعم يتغاير الملكيه عن السلطنه ولكن تغايرهما من قبيل تغاير الحكم و موضوعه لأنّ الملكيه موضوع للسلطنه و إذن قلدور السلطنه مدار موضوعها - أى الملكيه - و على هذا لا یرجى استصحاب بقاء السلطنه لعدم اتحاد القَضِيَّتَيْنِ المتيقنه و المشكوكه، لأنّ المتيقنه منهما أنّما هى السلطنه المترتبه على المكيه و المشكوكه منهما إنّما هى السلطنه العاريه عن الملكيه فلا یرجى استصحاب السلطنه. و من المعلوم أنّ انفكاكهما فى الموارد الخاصه لوجود دليل خاص و نص معتبر. كما يظهر من السيد المحقق الخوئى (1) رحمه الله .

ص: ١٠٩



و هو قوله صلى الله عليه و آله : إنَّ الناس مسلطون على أموالهم.(١)

مقتضى الجمع الوارد على الجمع هو عموم السلطنة لكل مالِكٍ على ماله، فيجوز له جميع أنحاء التصرفات المجرّزة شرعاً في ماله، و منع سلطنه غير المالك عنه، فحينئذ الخبر متضمن لعقدين:

أ: العقد الإيجابي: و هو سلطنه المالك على ماله بجميع أنحاء السلطنة و التصرف، ولكن نعلم من الخارج تقييده بالشريعة المقدسه.

ب: العقد السلبي: و هو نفى سلطنه الغير عن ماله بأيّ نحو كان، و هذا الأخير يخرج من عموم الأوّل، و العقد الإيجابي لا يكون تاماً حتّى يلحقه العقد السلبي، أى أنّ تصرّفات المالك لا تكون تامه إلاّ أن يُلحَقها نفى تصرفات الغير.

و على هذا الأساس عموم سلطنه المالك على ماله ينفي سلطنه الغير عن ماله فحينئذ يدلُّ على عدم نفوذ رجوع الغير أى المالك الأوّل السابق. لأنّ المال الآن للمالك الأخير و السلطنة عليه تختص به لا بالأوّل، فعموم السلطنة يَدُلُّ على اللزوم و عدم نفوذ رجوع المالك الأوّل.

و قد يناقش فى دلاله عموم السلطنة أو إطلاقها على اللزوم بوجوه:

الأوّل: ما يظهر من المحقق الخراسانى من أنّ الروايه فى مقام بيان عدم محجوريه المالك لا فى نفوذ جميع تصرفاته فلا يتم التمسك بها لأجل إثبات لزوم المعامله، قال قدس سره: «... حيث أنّه مسوق لبيان سلطنه المالك و تسلّطه، قبلاً لحجره، لا لبيان تشريع أنحاء السلطنة، كى يجدى فيما إذا شك فى تشريع سلطنته فلا يجوز التمسك به على صحه معامله خاصه و

ص: ١١٠

١- (١) عوالى اللآلى ١/٤٥٧، ح ١٩٨ و نقل عنه فى بحار الأنوار ٢/٢٧٢، ح ٧ (١/٣٥٨).

جواز تصرف خاص مع الشك فيهما شرعا، فافهم»(١).

و تبعه في هذه المناقشه المحقق السيد الخوئي حيث يقول: «... أن دليل السلطنة يتكفل ببيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعه و عدم كونه محجورا عن التصرف في تلك الجهات و ليس لغيره أن يزاحمه في ذلك، و عليه فشان دليل السلطنة شأن الأوامر المسوقه لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الكم و الكيف. و على الجملة: أن دليل السلطنة لا يدل على استقلال الملاك في

التصرف في أموالهم من جميع الجهات بحيث لو منع الشارع عن التصرف فيها من ناحيه خاصه كان ذلك مخصصا لعموم الحديث...»(٢).

و يرد عليهما: إنّه لا قصور في عموم الناس و لا في إطلاق السلطنة و مقتضى مقابله الجمع بالجمع أن يكون كلّ أحد مسلطا على ماله بأي نحو من أنحاء السلطنة و منها: منع الغير عن التصرف في ماله كما عن المحقق النائيني(٣).

الثاني: سلطنة المالك لا تُنافي الخيار بناءً على كونها مُتعلّقه بالعقد لا بالعين، فصاحب الخيار يفسخ العقد - أي حلّه - و لازمه إرجاع العين، فحينئذ لا يكون الفسخ تصرفا في ملك الغير حتّى يكون منافيا مع عموم سلطنته.

و يرد عليه: تعلق الخيار بالعقد و حلّه لا بالعين - حتّى على القول به - يرجع بالمآل إلى التصرف بالعين لأنّ تعلقه بالعقد طريقي لا موضوعي، أيّ تعلق الخيار بالعقد و حلّ العقد به يصير طريقا إلى استرجاع العين و التصرف فيه، و حقّ استرجاع العين يستلزم أن تكون سلطنة المالك ناقصه، لأنّه ينجز إلى التصرف في العين - و بعموم السلطنة و إطلاقها

ص: ١١١

١- (٢) حاشيه المكاسب / ١٢ للمحقق الآخوند الخراساني.

٢- (١) مصباح الفقاهه ٢/١٠٢ - و نحوها فيه ٢/١٣٧.

٣- (٢) منيه الطالب ١/١٥٤.

تنفى هذا الحق كما ذكره المحقق النائيني (١).

الثالث: انّ التمسك بهذه الروايه لأجل إثبات اللزوم فى المعاطاه على القول بالملكيه فيها يكون من قبيل التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لذلك العام، لأنّ مع الشك فى تأثير الفسخ يشك فى بقاء أصل الملكيه، فالتمسك بها فى إثبات الملكيه يكون من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و بعباره أخرى: إذا شك فى لزوم معامله أو جوازها و فسخ أحد المتعاملين فحينئذ يشك فى جواز تصرفات المالك لاحتمال تأثير الفسخ و رجوع المال عمياً انتقل إليه إلى ما انتقل عنه و اثبات اللزوم و نفوذ تصرفات المالك بعموم دليل السلطنه أو إطلاقها تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لذاك العام.

و يرد عليه: نعم، التمسك به فى الشبهات الموضوعيه تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه فإذا شك فى عقد بين البيع و الهبه لا يمكن القول باللزوم بعموم دليل السلطنه، لاحتمال كونه من مصاديق ما ثبت فيه شرعاً سلطنه غير المالك على ملك المالك إذا كان

العقد فى الشريعة من العقود الجائزه، بخلاف الشبهه الحكميه و الفرق بينهما واضح فإنّ مرجعهما إلى الشك فى أصل التخصيص فى الشبهه الحكميه، و إلى الشك فى مصداق المخصص إذا كانت الشبهه مصادقيه.

و بعباره واضحه: نفرض آئين، أحدهما أنّ يقع فيه الفسخ و الآخر أنّ يقع فيه التصرف بعد الفسخ فى العين المرتجع، و من الواضح أنّ الشك يقع فى الآن الثانى و فى جواز تصرفات المالك فيه أم لا؟ و الشك ناشٍ من نفوذ الفسخ من المالك السابق و عدم نفوذه، ولكن ببركه عموم السلطنه يحكم بجواز تصرفات المالك فى العين المرتجع فإذا جاز تصرفه

ص: ١١٢

لم يؤثر الفسخ و يحكم باللزوم ولكن هذا إذا كانت الشبهه حكميه بحيث نشك في أصل وجود التخصيص و الأصل عدمه، ولكن إذا كانت الشبهه مصداقيه يقع الشك في مصداق المخصص و عموم الدليل لا يتمكن من تعيين مصداق مخصصه.

الرابع: ما ذكره المحقق الإصفهاني بقوله: «إنَّ المنفى بالالتزام هي السلطنه المنافيه لسلطنه المالك على جميع التصرفات الوارده على المال، دون غيرها من أنحاء السلطنه، مثلاً سلطنه المالك على بيع ماله تنافى سلطنه الغير على اشتراؤه منه بدون اختياره و ليس سلطنه الغير على الرجوع سلطنه على تملك المال على حدّ سلطنه الشفيع على تملك مال المشتري ببدال الثمن لتكون مزاحمه لسلطان المالك، بل سلطنه على الرد و الاسترداد، فهو في الحقيقه سلطنه على إزاله الملكيه، و المالك له السلطان على الملك لا على الملكيه، فكما ليس له السلطنه على إزاله الملكيه ابتداءً، كذلك ليس له السلطنه على إبقاء الملكيه، حتّى تكون سلطنه الغير على إزالتها مزاحمه لها»<sup>(١)</sup>.

حاصل إشكاله يرجع إلى الفرق بين السلطنه على الملك التي أثبتتها الحديث و السلطنه على الملكيه التي هي خارجه عن مدلول الحديث، لأنّ مقتضى ترتب السلطنه على أموالهم - أي الملك - تأخرها رتبه عن إضافه الملكيه و سلطنتها تأخر كلّ حكم عن موضوعه و هذه إضافه الملكيه و سلطنتها أيضاً متأخره عن العقد المملّك أو المعاطاه، و حيث أن نسبه الفسخ إلى العقد نسبه الرافع إلى المرفوع فلو فسخ المالك الأصلي كان مقتضاه إعدام العقد أو انحلاله الموضوع لإضافه الملكيه الموضوعه للسلطنه، فظهر مما ذكرنا أنّ فسخ العقد يتقدّم على السلطنه الملك برتبتين و على السلطنه الملكيه برتبه واحده فلا معنى لتأثير

سَلْطَنَةِ الْمَلِكِ فِي الْفَسْخِ الَّذِي يَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ بَرْتَبَتَيْنِ وَ لَا حَتَّى تَأْثِيرَ السَّلْطَنَةِ الْمَلِكِيَّةِ عَلَيْهِ لِأَنَّ

ص: ١١٣

الفسخ يتقدّم عليه برتبه واحده لاستحاله تكفل الحكم بإبقاء موضوع نفسه و لاستحاله تأثير الحكم في أمر متقدّم عليه برتبه أو رتبتين على موضوع نفسه.

ولكن يرد عليه: أولاً: نحن لا نفرق بين السلطنة على الملك و الملكية، لأنّ سلطنة المالك على ملكه تكفى في كونه سلطانا على إبقائه و إزالته من غير احتياج إلى السلطنة على الملكية، و على فرض تعددهما أنّ السلطنة على الملك بما هو ملك سلطنة على الملكية أيضا فإزاله ملكيته من غير اختياره من أوضح مراتب المزاحمة لسلطنته و عموم حديث السلطنة أو إطلاقها ينفيها. (1)

و ثانيا: حديث تعدد الرتبة على فرض صحتها أجنبي عن الاستظهار العرفي المعول عليه في الخطابات الشرعية فلا ينظر إليها.

و ثالثا: على فرض صحة الفسخ بالمآل ينافى سلطنة المالك الفعلى على المال و لذا يَنْفِيهِ عموم حديث السلطنة أو إطلاقه.

و رابعا: قد مرّ مرارا عدم سرايه القوانين الحاكمة على عالم الكون إلى عالم التشريع و الجعل و الاعتبار، و الاعتبار سهل المؤنه يكفى في صحته عدم اللغويه، و ما قرّره المستشكل يختص بعالم التكوين لا الاعتبار.

هذا كلّه بالنسبة إلى المناقشات الواردة في دلالة الحديث و جواباتها.

و أمّا سنده: فهذه الروايه لم تذكر في كتبنا إلا على نحو الإرسال فسندها ضعيف.

قد يقال: بانجبار ضعف سندها بعمل المشهور من فقهائنا على طبقها و إرسالهم إليها في كتبهم الاستدلاليه إرسال المُسَيِّمَاتِ حتّى جعلوا مفادها من القواعد الفقهيّه المسلّمه عندهم و قد تمسك بها أساطين فقه الشيعة:

ص: ١١٤

---

١- (١) لتفصيل هذا الجواب راجع كتاب البيع ١/١٠٧ للمحقّق الخميني قدس سره .

فَقَدْ قَالَ الْمُحَقِّقُ فِي قَرْضِ الشَّرَائِعِ: «الْقَرْضُ يُمْلِكُ بِالْقَبْضِ لَا بِالتَّصْرِيفِ، لِأَنَّهُ فَرَعُ الْمَلِكِ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوطًا بِهِ، وَ هَلْ لِلْمُقْرِضِ ارْتِجَاعُهُ؟ قِيلَ: نَعَمْ، وَ لَوْ كَرِهَ الْمُقْرِضُ، وَ قِيلَ: لَا، وَ هُوَ الْأَشْبَهُ، لِأَنَّ فَائِدَةَ الْمَلِكِ التَّسَلُّطُ» (١).

وَ قَالَ تَلْمِيزُهُ وَ ابْنُ أُخْتِهِ الْعَلَامَةُ فِي بَيْعِ التَّذَكُّرِ: «يَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ مَا فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَنَّ الْمَلِكَ سَبَبٌ لِإِطْلَاقِ التَّصْرِيفِ، وَ الْمَنْفَعَةُ الْمُبَاحَةُ كَمَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهَا

فِي بَاحٍ لِغَيْرِهِ بِذَلِكَ مَالِهِ فِيهَا تَوْضِيحًا لِإِلِيهَا وَ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ بِهَا، كَسَائِرِ مَا أُبِيحَ بَيْعُهُ وَ سِوَاهُ أُجْمِعَ عَلَى طَهَارَتِهِ كَالثِيَابِ وَ الْعَقَارِ وَ بِهِيمِهِ الْأَنْعَامِ وَ الْخَيْلِ وَ الصِّيُودِ أَوْ مُخْتَلِفًا فِي نَجَاسَتِهِ كَالْبُغْلِ وَ الْحِمَارِ وَ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ وَ جَوَارِحِ الطَّيْرِ الصَّالِحَةِ لِلصَّيْدِ كَالْفَهْدِ وَ الصَّقْرِ وَ الْبَازِيِّ وَ الشَّاهِينِ وَ الْعِقَابِ، وَ الطَّيْرِ الْمَقْصُودِ صَوْتُهُ كَالْهَزَارِ وَ الْبَلْبَلِ، وَ هَذَا هُوَ الْأَقْوَى عِنْدِي، وَ بِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَ أَحْمَدُ» (٢).

وَ قَالَ فِي بَحْثِ كَيْفِيَةِ الْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ: «يَجُوزُ لِلْمَشْتَرِي التَّصْرِيفَ فِي الشَّقْصِ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَهُ الشَّفِيعَ وَ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ فَإِذَا تَصَرَّفَ صَحَّ تَصَرُّفُهُ لِأَنَّ مَلِكَهُ بِالْعَقْدِ إِجْمَاعًا وَ فَائِدَةَ الْمَلِكِ اسْتِبَاحَهُ وَ جَوْهَ الْإِنْتِقَاعَاتِ وَ صَحَّ قَبْضُ الْمَشْتَرِي لَهُ، وَ لَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنَّ الشَّفِيعَ مَلِكٌ عَلَيْهِ أَنْ يَمْلِكَ، وَ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ تَصَرُّفَهُ كَمَا لَوْ كَانَ الثَّمَنُ مَعْيَا فَتَصَرَّفَ الْمَشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ. وَ كَذَا الْمَوْهُوبُ لَهُ إِذَا كَانَ الْوَاهِبُ مَمَّنَّ لَهُ الرَّجُوعَ فِيهَا، فَإِنَّ تَصَرُّفَهُ يَصَحُّ وَ إِنْ مَلِكُ الْوَاهِبِ [الرَّجُوعَ] فِيهَا...» (٣).

وَ قَالَ فِي قَرْضِ الْمُخْتَلَفِ: «مَسْأَلَةٌ: قَالَ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ (٤) وَ الْخِلَافِ (٥): يَجُوزُ لِلْمُقْرِضِ أَنْ

ص: ١١٥

١- (٢) الشرائع ٢/٦٢.

٢- (١) تذكره الفقهاء ١٠/٣٣، مسأله ١٢.

٣- (٢) تذكره الفقهاء ١٢/٢٥١، مسأله ٧٤٠.

٤- (٣) المبسوط ٢/١٦١.

٥- (٤) الخلاف ٣/١٧٧، مسأله ٢٩٩.

يرجع في عين القرض. وقال ابن ادريس: ليس له ذلك إلا برضى المقترض (١). وهو الأ-جود لنا: أنه ملكه بالقرض و القبض، فلا يتسلط المالك على أخذه منه لانتقال حقه إلى المثل أو قيمه. واحتج الشيخ بأنه كالهبة. والجواب: المنع من المساواه بين المسألتين» (٢).

و بالجمله: حديث السلطنة يدلُّ على اللزوم و تمت عندنا دلالتُهُ و يجبر ضعف سَنَدِهِ بالشهره، و الحمدلله.

لا يقال: إنهم لم يذكروا تمسكهم بحديث السلطنة فمن الممكن أنهم تمسكوا بالقاعده المقبوله عند العقلاء من ذهابهم إلى أن حق السلطنة على المال للمالك.

لأننا نقول: إنهم تمسكوا باطلاق السلطنة و الاطلاق لا يستفيد إلا من الحديث و الدليل اللفظي لأن ليس للقاعده المقبوله عند العقلاء إطلاق لأنها دليل لئى فلا يجوز التمسك بإطلاقها أى ليس لها إطلاق أصلاً و حيث أنهم تمسكوا بإطلاق السلطنة فهم يتمسكون

بحديث السلطنة.

### ٣- حديث لا يحل مال امرى إلا عن طيب نفسه

قد وَرَدَ مضمون هذا الحديث فى عدّه من الروايات:

منها: موثقه سماعه عن أبيعبدالله عليه السلام فى حديث أن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: من كانت عنده أمانه فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيبه نفسه (٣).

ص: ١١٦

١- (٥) السرائر ٢/٦٠.

٢- (٦) مختلف الشيعة ٥/٣٩٢.

٣- (١) وسائل الشيعة ٥/١٢٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

و نحوها صحيحه أبي اسامه زيد الشحام(١).

و منها: التوقيع الشريف المروئي بسند صحيح عن الناحيه المقدسه و فيه: و أما ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتهما، و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحيه احتسابا للأجر و تقربا إليكم؟ فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحل ذلك في مالنا؟! من فعل شيئا من ذلك لغير أمرنا فقد استحل منا ما حرم عليه و من أكل من مالنا شيئا فإنما يأكل في بطنه نارا و سيصلى سعيرا(٢).

و منها: خبر محمّد بن زيد الطبري قال: كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى أبي الحسن الرضا عليه السلام يسأله الإذن في الخمس، فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم، إن الله واسع كريم ضمن على العمل الثواب و على الضيق الهم، لا يحل مال إلا من وجه أحله الله، إن الخمس عوننا على ديننا و على عيالاتنا و على أموالنا، الحديث(٣).

و منها: مرسله ابن شعبه الحراني رفعه عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنه قال في خطبه الوداع: أيها الناس، إنما المؤمنون إخوه و لا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه(٤).

و منها: مرسله ابن أبي جمهور الأحسائي رفعه عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنه قال: المسلم أخو المسلم، لا يحلّ ماله إلا عن طيب نفسه.

و عنه صلى الله عليه و آله قال: لا يحلبن أحدكم ماشيه أخيه إلا بإذنه(٥).

ص: ١١٧

١- (٢) وسائل الشيعة ٢٩/١٠ ح ٣، الباب ١، من أبواب القصاص في النفس.

٢- (٣) وسائل الشيعة ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

٣- (٤) وسائل الشيعة ٩/٥٣٨، ح ٢.

٤- (٥) وسائل الشيعة ٥/١٢٠، ح ٣.

٥- (٦) مستدرک الوسائل ٣/٣٣١، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.



و هذه الروايات تدلّ على حرمه التصرف في مال الغير بدون إذنه و فيها الصحيحه و الموثقه ولكن خصوص ما ذكره الشيخ الأعظم من الروايه لم أقف عليه في كتب الحديث و كأنه نقل المضمون أو المعنى.

و أما دلالتها: فإنّ الروايات تدلّ على سبب حلّيه التصرف في مال الغير هو طيب نفسه و رضاه - أي طيب نفس مالكه و رضاه - و لم يجز للغير التصرف فيه إلاّ بإذنه و رضاه، فلا يجوز للغير أن يتملك ذلك المال بدون إذن مالكه و رضاه حيث أنّ تملكه كذلك مُنافٍ لانحصار سبب الحلّ في الرضا و الإذن.

و بلا فرق بين ذلك الغير أنّه المالك السابق أو غيره فحينئذ انحصار سبب الحلّ في رضا المالك و إذنه يكشف عن عدم نفوذ فسخ المالك السابق لأنّ الفسخ و الرجوع تصرّف في مال الغير و كلّ تصرّف غير مشروط برضا المالك أو إذنه ممنوع شرعا فلا ينفذ فسخه و هذه عباره عن لزوم الملك.

توهّم: موضوع الحرمة هو مال الغير و مادام هذا الموضوع محققا ثبتت الحرمة و إذا انتفى انتفت الحرمة لأنّ الحكم لا يتعرض لموضوعه نفيًا أو إثباتا فحينئذ التمسك بهذه الأحاديث على لزوم المعاطاه تمسك بالعام في الشبهه المصداقيه لذاك العام، لأنّ بعد الرجوع و نفوذه من المالك الأوّل لا يبقى موضوع لمال الغير حتّى يُتَمَسَّكَ بحديث لا يحلّ مال الغير.

دفعه: ظهر ممّا ذكرنا في حديث السلطنه (1) لدفع هذا الاشكال من جواز التمسك بالعام في الشبهات الحكميه لذاك العام لأنّه يرجع بالمآل إلى الشك في أصل التخصيص و الأصل عدمه و ما نحن فيه من هذا القبيل، لا من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه لذاك العام. هذا أوّلاً.

ص: ١١٨

١- (١) الاشكال الثالث في حديث السلطنه.

و ثانيا: الحليّ في مال الغير منوطه بطيب نفسه أعني رضاه و إذنه و حيث أنّ جواز التصرف في مال الغير منوط برضاه و إذنه فقط و على الفرض لا يرضى المالك لغيره بالفسخ و لا يأذن فيه، فالفسخ لا ينفذ و يردّ.

و ثالثا: عدم حليّ مال الغير يشمل تملكه أيضا و لا معنى لحرمة التملك إلاّ فساده و عدم تأثيره في الملكيه فصار مفاد الروايه أنّه لا يحلّ التصرف في مال أحدٍ و لا تملكه بأيّ سبب من الأسباب إلاّ بطيب نفسه كما عن المصباح (١).

نعم، لأجل تماميه الاستدلال لا بدّ من التذكير بأمر مهمّ:

الأول: أنّ المراد بالحلّ في الشريعه المقدسه أعني عدم وجود المانع الشرعيّ و لذا يمكن الذهاب و المضى فيه و هذا المعنى أعمّ من الوضع و التكليف مع وحده المعنى، و المراد بالحرمة في الشريعه أعني وجود المانع الشرعيّ و لذا لا يمكن الذهاب و المضى فيها و لذا يشمل الوضع و التكليف معا بالمعنى الواحد كما مرّ منّا هذا المبنى في البحث عن المكاسب المحرّمه.

الثانيه: الحلّ إذا تعلّق بالمال ظاهر بالأعم من الوضع و التكليف و توهم الاختصاص بالتكليف فقط بمثل الأكل و الشرب و غيرهما من التقلّبات الحسيّه و المعاملية بلا ترديد فإذا جاز له ذلك، لم يجز لغيره إلاّ مع طيب نفسه و رضاه و إذنه. فحينئذ لا يتم اطلاق ما ذكره بعض الأعلام من أنّ الحلّ إذا أسند إلى الأعيان الخارجيه يُراد منه الحلّ التكليفيّ فقط لأنّه من الممكن استفاده الحليه المطلقه أي التكليف و الوضع معا بالمعنى الذي مرّ منّا بحيث لا يستلزم منه استعمال اللفظ في أكثر من معنى - و إن ذهبنا إلى جوازه في الأصول - كما إذا أسند إلى الأموال أو النساء أو غيرهما.

ص: ١١٩

الثالثة: حذف المضاف في حديث «لا يحلّ مال امرئ» أي لا يحلّ التصرف في مال امرئ، قرينه على عموميه المضاف أي التصرف فحينئذ يشمل التصرف الخارجى و الاعتبارى معا، لأنّه لا يصح إطلاق عدم حلّيه الذات إلا بملاحظه أنّ المنفى جميع الأمور و التقلبات من الحسيه و الاعتباريه و المعامله.

بعد وضوح هذه الأمور يظهر ما فى إشكال السيدين الحكيم و الخوئى حيث يقول السيد الحكيم: «هذا يتوقف على أن يكون المراد من الحلّيه، الحلّيه الوضعيه ليكون موضوعها التصرفات الإعتباريه التى منها التملك، أمّا لو كان المراد منها الحلّيه التكليفيه كما هو الظاهر منها، و لا سيّم-ا بقرينه السياق و المورد، إذ لم نعث على المتن المذكور إلا على ما رواه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام ... اختصت بالتصرفات الحقيقه مثل أكله و لبسه و نحوهما فلا تشمل التملك، و أمّا روايه تحف العقول... فضعيفه السند»(١).

و فيه: مضافا إلى مرّ من أعميه الحرمة للوضع و التكليف مع وحده المعنى، و وجود التوقيع الشريف المروى بسند صحيح و فيه: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير

إذنه»(٢) الظاهر فى الأعم من الوضع و التكليف.

و يقول السيد الخوئى: «... إذا أسند لفظ الحلّ إلى الأمور لاعتباريه كالبيع و نحوه أريد منه الحلّ الوضعى و التكليفى معا، و إذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجيه أريد منه الحلّ التكليفى فقط... و هكذا الحال فى لفظ التحريم. و عليه فلفظ الحلّ فى الروايه الشريفه إنّما نسب إلى المال و هو إمّا من الأعيان الخارجيه أو من المنافع و على كلا التقديرين فلا معنى لحلّيه ذلك إلا باعتبار ما يناسبه - كالتصرف - و إذن فيراد من حلّيه المال حلّيه التصرف

ص: ١٢٠

١- (١) نهج الفقاهه ٨١/ و ٨٠، طبع عام ١٤٢١، قم المقدسه بتحقيق جواد القيو مى الإصفهانى.

٢- (١) وسائل الشيعه ٩/٥٤٠، ح ٧.

فيه... و على هذا فمعنى الروايه: أنّ الشارع المقدس لم يرخص في التصرف في مال امرىء إلا بطيب نفسه، و إذن فهي أجنبيه عمّا نحن فيه»<sup>(١)</sup>.

و فيه: قد مرّ أعميه الحرمة و الحلّ للوضع و التكليف سيما إذا أسند إلى المال و النساء و عموميه التصرف كما يظهر من حذف المضاف و وافقنا على هذا الإشكال شيخنا الاستاذ قدس سره فيما أوردّه على استاذه و قال: «وجه الضعف ما ذكرنا من أنّ الظاهر من إضافه عدم الحلّ إلى المال الذى من قبيل الأعيان تعلّقه بالتصرفات المتعارف، تعلّقها به سواء كانت حقيقه أو اعتباريه و مقتضى عدم الحلّ فى الإعتباريات هو الوضع»<sup>(٢)</sup>.

و كذا يظهر ما فى اشكالات المحقّق الأردكاني حيث يقول: «... لكن يرد على هذا الوجه من التمسك تاره: بأنّ الظاهر من لا يحلّ الحرمة التكليفيه لا الوضعيه فهي مختصه بغير التملك، و أخرى: دعوى ظهور الروايه فى تقدير التصرف بقريته التصريح به فى روايه «لا يحلّ لأحد أن يتصرف فى مال غيره»، و ثالثه: يلزم منه الجمع بين إرادته الحكم التكليفى و الوضعى فى كلمه واحده فالمراد من قوله عليه السلام: لا يحلّ، أحد الحكمين و قد تقدم ظهوره فى الأوّل»<sup>(٣)</sup>.

و الحاصل: تماميه الاستدلال على اللزوم بمضمون هذه الروايات على القول بالملك فى المعاطاه عندنا و الله العالم.

ص: ١٢١

١- (٢) مصباح الفقاهه ٢/١٣٩.

٢- (٣) إرشاد الطالب ٢/٥٨.

٣- (٤) غنيه الطالب ٢/٤٩.

(١)

تمسك الشيخ الأعظم بهذه الآيه الشريفه مرتين تاره بالنظر إلى مجموع المستثنى و المستثنى منه و جعله الدليل الرابع. و أخرى استفاد اللزوم من المستثنى منه من دون انضمام الاستثناء و جعله الدليل الخامس.

تقريب الوجه الأول: الأكل في الآيه الشريفه كناية عن التصرف و التملك كما هو الشائع في كل لغة و في كلمات فصحاءها، فالآيه تدل على عدم جواز تملك أموال الناس أو التصرف فيها بسبب من الأسباب الباطله التي لم يرضها الشارع - كالقمار و السرقة و الربا و غيرها - إلا أن يكون سبب الأكل و التصرف و التملك هو تجارته عن تراض فقط.

و لا فرق في استفاده انحصار سببيه الناقل و المملك للأموال في تجارته عن تراض بين كون الإستثناء متصلًا - كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية - فحينئذ تكون الباء للسببيه و يصير مفاد الآيه الشريفه عدم جواز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطله إلا أن يكون ذلك السبب تجارته عن تراض، فيستفاد من الآيه الشريفه حصر الأسباب الصحيحه في تجارته عن تراض.

و بين ان يكون الاستثناء منقطعاً فتصير الآيه ظاهره في بيان الكبريين الكليتين و هما حرمة تملك أموال الناس بالباطل، و نفوذ تجارته عن تراض و صحتها فحينئذ لابد من إحراز موضوع كل من الكبريين بالعرف حتى يترتب عليه حكمه الخاص. و لا يمكن اثبات الحصر في هذا الفرض بالقرينه المقاميه و هي: أن الشارع في هذا المقام بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و لا يذكر إلا تجارته عن تراض و لا ريب بأن الاهمال يضر بالمقصود فلا محاله يستفاد حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات في تجارته عن تراض.

ص: ١٢٢

و على كل تقدير ينحصر السبب الناقل في الأموال بالتجاره عن تراض، و أما الرجوع من المالك السابق و فسخه فلا يدخل في التجاره لأنها هي الإعطاء و الأخذ بقصد الاسترباح و من المعلوم إن المالك الأول حين رجوعه لا يُحصّل ربحاً بل إنّما يسترّد عين ماله.

و كذا لا يصدق على الرجوع و الفسخ عنوان التراضى لفرض عدم رضا المالك الفعلى به و إلا كان إقاله من الطرفين.

و على هذا الأساس مجموع المستثنى و المستثنى منه يُدلُّ على عدم جواز الرجوع و الفسخ من المالك السابق - أى عدم نفوذ فسخه - فتصير المعامله لازمه. هذا بنظرنا القاصر.

ولكن بنظر الشيخ الأعظم لا يتم هذا الاستدلال لأنّه قال في بحث الاختيار من شروط المتعاقدين مانصه: «... لأنّ دلالة الآيه على اعتبار وقوع العقد عن التراضى إمّا بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، و لا حصر كما لا يخفى لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ، و مفهوم الوصف - على القول به - مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في «ربائبكم اللاتى فى حجوركم» (١) «...» (٢).

فالشيخ الأعظم يرى الاستثناء منقطعاً لا يُدلُّ على الحصر فلا يتم الاستدلال على اللزوم على رأيه كما تبّه عليه الفقيه اليزدى (٣).

و تبعه شيخنا الأستاذ قدس سره و قال: «... أنّ الاستثناء فى الآيه من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يفيد حصراً حيث أنّ التجاره عباره عن البيع و الشراء بقصد تحصيل الربح كما هو حال التجار فى الأسواق، و التجاره بهذا المعنى لا تكون داخله فى عنوان الأكل بالباطل حتّى

ص: ١٢٣

١- (١) سورة النساء / ٢٣.

٢- (٢) المكاسب ٣/٣٣١.

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٦٠.

يعمها النهى لو لا ذكر الاستثناء. و بالجمله الآيه متضمنه لحكم التملك بالباطل و أنه فاسد فى الشرع و لحكم التملك بالتجاره و التراضى و أنه جازى، و أما ساير المملكات التى لا تدخل فى عنوان الأكل بالباطل بحسب بناء العقلاء كالهبة و الاجاره و الصلح و البيع و الشراء لا بقصد تحصيل الربح إلى غير ذلك فليست للآيه دلالة عليها، و على ذلك فعدم كون الرجوع من التجاره و لا من التراضى لا يوجب الحكم بفساده»(١).

أقول: إن تمت القرينه المقاميه المُدعاه سابقا من أنّ الشارع فى هذا المقام بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و لا يذكر إلا التجاره عن تراض و من المعلوم أنّ الاهمال يضرب بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر و تم الاستدلال و يمكن دخول كثير من الأمور الاقتصاديه فى عنوان التجاره و لا ينحصر بالبيع الاسترباحى فقط و لكن تبعد تماميه القرينه عندنا.

و بعباره أخرى: نحن نذهب إلى أنّ الاستثناء فى الآيه الشريفه منقطع - كما مرّ منا فى

أول البحث عن الأدله العامه فى المكاسب المحرّمه(٢) - ولكن العقد الثانى فى الآيه أى التجاره عن تراض أيضا مطلق يشمل المعاطاه فيحكم بصحتها و لزومها، فالتمسك فى هذه الاخيريه بالاطلاق اللفظى لا المقامى فتأمل.

و أما التوهم السابق فى تقريب الاستدلال بحديثى السلطنه و لا يحلّ من أنّ التمسك بهما يكون من مصاديق التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لذاك العام، لا يجرى هنا لأنّ المستفاد من الآيه الشريفه حصر سبب تملك أموال الناس فى التجاره عن تراض و من المعلوم أنّ رجوع المالك السابق لا يصدق عليه التجاره - و لا عن تراض - فتدلّ بالدلاله المطابقه

ص: ١٢٤

١- (٤) إرشاد الطالب ٢/٥٩.

٢- (١) راجع الآراء الفقهيّه ١/١٣.

على عدم جواز أكل المال بهذا الرجوع أو الفسخ، أعنى بطلانهما.

و على ما ذكرنا لابد أن تكون عبارته الشيخ الأعظم هكذا: «و التوهم المتقدم فى السابق غير جار هنا...»<sup>(١)</sup> مع وجود كلمه الغير، و إلا لاتتم عبارته إلا بالبعض.

التأويلات الباردة نحو: «التوهم المتقدم فى السابق جار هنا مع جوابه و دفعه» كما ذكره السيد اليزدى<sup>(٢)</sup>.

## ٥- قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»

تمسك الشيخ الأعظم هنا بجمله المستثنى منها فقط من دون انضمام الاستثناء:

تقريب الوجه الثانى: إن تملك أموال الناس بغير رضا منهم و قهرا و غلبه تملك بالباطل و أكل و تصرف بالباطل عرفا فهو حرام بمتقاضى النهى عنه، فيكون تملك المال بالفسخ بدون رضا مالكة أكلاً للمال بالباطل.

نعم، إذا أذن الشارع - و هو المالک الحقيقى - فى التصرف و لو من دون رضا مالكة الاعتبارى يخرج من البطلان موضوعا و تخصّصا لحكومته الشارع على أنه ليس من أكل المال بالباطل لا حكما و تخصيصا.<sup>(٣)</sup>

و بعد ورود إذن الشارع لا يحكم العرف المتشرعه بكونه مصداقا للباطل كما فى حق الماره و الأخذ بالشفعه و الفسخ بالخيار نحو خيارى الحيوان و المجلس - و أمّا الأخذ

بالخيارات المستنده إلى الشرط الارتكازى أو المجعوله بتوسط المتعاقدين فليس من أول الأمر أكلاً للمال بالباطل عرفا - و الأسباب القهرية نحو: الإرث و الارتداد و الإلتلاف فى

ص: ١٢٥

١- (٢) المكاسب ٣/٥٥.

٢- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٥٩.

٣- (٤) كما يراه الفقيه اليزدى تخصيصا و خروجه عن البطلان حكما لا موضوعيا فى حاشيته على المكاسب ١/٣٦٠.



ولكن اورد المحقق السيد الخوئي على الاستدلال بالآيه الشريفه بقوله: «هذا الاستدلال مبنئ على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفي لكى يكون ذلك أمرا معلوما في نظر أهل العرف و متميزا عن السبب الصحيح، و أما لو أريد منه الباطل الواقعي - كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعه للمفاهيم الواقعيه - أو احتملت إرادته ذلك من كلمه الباطل فى الآيه فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأننا نحتمل احتمالاً عقلائياً أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحه للأكل لا من الأباطيل الواقعيه، و عليه فيكون التمسك بالآيه فى المقام من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه. و هذا ظاهر»(١).

أقول: المخاطب بالآيه الشريفه كغيرها من الأدله الشرعيه هو العرف فلا بدّ من حملها على المعانى العرفيه و إلاّ صارت مجمله كما مرّ منّا فى اوائل هذا المجلد، و حيث أنّ الآيه الشريفه وردت بالنسبه إلى الأموال و مالكيها و المالكه يعدّ من الأمور الاعتباريه لا الواقعيه فحينئذ - فى المقام - يكون مراده قدس سره من المفاهيم الواقعيه - هو الاعتباريه منها - و على هذا لأجل عدم تطرق الإجمال فى الآيه الشريفه لا بدّ من حمل كلمات الباطل و التجاره و التراضى على المعانى العرفيه منها، ولكن للشارع الحكومه عليها و تعيينها فى موارد خاصه و ما ذكره الشارع يخرج من المعانى العرفيه بالتخصيص و الموضوع تعبدا لا التخصيص و الحكم كما مرّ آنفاً فحينئذ يرى العرف رجوع المالك السابق أو فسخه خارجا عن التجاره عن تراضٍ فيحكم ببطلان الرجوع و عدم نفوذ الفسخ و يندفع اشكال المحقق الخوئي قدس سره و الله العالم.

هناك عدّه من الروايات تدل على خيار المجلس:

منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام. (١)

منها: صحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

البيعان بالخيار حتى يفترقا، الحديث. (٢)

و منها: معتبره بل صحيحه فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. (٣)

و منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أيما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع، الحديث. (٤)

و منها: صحيحه محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: بايعت رجلاً فلما بايعته قمّت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين إفترقنا. (٥)

هذه الروايات و أمثالها تدل على لزوم البيع بعد تفرقه المتبايعين، و من المعلوم أنّ البيع المعاطاتي أيضا بيع بالحمل الشايح و عند العرف و العقلاء و الشرع فتكون مشموله لعموم الروايات الماضية.

ص: ١٢٧

١- (٢) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ١، الباب ١ من أبواب الخيار.

٢- (١) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ٢.

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٣.

٤- (٣) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٤.

٥- (٤) وسائل الشيعة ١٨/٨، ح ٣، الباب ٢ من أبواب الخيار.

ان قلت: هذا الروايات و إن دلت على لزوم البيع بعد تفرقه المتبايعين عن مجلس العقد، إلا أن المراد من اللزوم هو اللزوم من ناحيه خيار المجلس فقط لا على وجه الاطلاق، و الشاهد عليه امكان وجود الخيارات الأخر في البيع فإذن لا تدل هذه الروايات على لزوم البيع مطلقا.

قلت: هذا الاحتمال ممكن في مقام الثبوت ولكنّه خلاف الظاهر من الروايات في مقام الإثبات، فإن اطلاقها يقتضى اللزوم بعد التفرق، فلا موجب لصرافها إلى اللزوم من ناحيه خيار المجلس فقط. كما في المصباح. (١)

نعم: يمكن تقييد هذا الاطلاق بالأدله الوارده في اثبات غيرها من الخيارات كما في كل اطلاق، ولكن الاطلاق بالنسبه إلى الموارد الأخر موجودٌ و منها: لزوم البيع باق و يجرى و يثبت به اللزوم في البيوع.

## ٧- قوله تعالى: «وفوا بالعقود»

(٢)

الأمر الوارد في الآية الشريفه يكون إما إرشاديا أو مولويا:

على الأول: يكون الأمر ارشادا إلى صحه معامله و لزومها، بناءً على أن المراد بالعقود هي العقود - كما يأتي - أو لم يبين، فالآيه تدل على وجوب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العهد أو العقد عرفا، و من المعلوم أن المعاطاه عهد أو عقد عرفي كسائر العقود أو العقود، فتكون مشموله بعموم الآية الشريفه.

و على الثانى: - كما عليه الشيخ الأعظم فى أول الخيارات (٣) - يكون الأمر بالوفاء مولويا و دلالتها على اللزوم يحتاج إلى تقديم مقدمات:

ص: ١٢٨

١- (٥) مصباح الفقاهه ٢/١٤٣.

٢- (٦) سورة المائده ١/.

٣- (١) المكاسب ٥/١٧.

الأولى: هيئته «افعل» ظاهرة في الوجوب التكليفي وبعث المكلف نحو المادة و لا يرفع اليد عن الظهور إلا بالقرينه القطعيه و هي مفقوده في المقام فلا يمكن حمل الأمر على الإرشاد.

الثانيه: الوفاء هو عبارة عن القيام بمقتضى العقد كما عن البيضاوى(١).

الثالثه: العقود الوارده في الآيه الشريفه لغويًا عباره عن: «العقد نقيض الحلّ» كما عن ابن منظور(٢)، أو «الجمع بين أطراف الشيء و يستعمل ذلك في الأجسام الصلبه كعقد الحبل و عقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع» كما عن الراغب(٣)، أو «عقد الحبل و البيع و العهد يعقده: شدّه» كما عن الفيروزآبادى(٤)، أو «العقد: العهد الموثق» كما عن البيضاوى(٥)، أو «العقود جمع عقد بمعنى معقود، و هو أو كد العهود، و الفرق بين العقد و العهد: أن العقد فيه الاستيثاق و الشدّ، و لا يكون إلاّ بين متعاقدين، و العهد قد ينفرد به الواحد، فكلُّ عهدٍ عقدٌ، و لا يكون كلُّ عقدٍ عهداً، و أصله: عقد الشيء بغيره، و هو و صلّه به كما يعقد الحبل» كما عن الطبرسى(٥).

و قد نقل الطبرسى بعد تفسير العقود بالعهود - و كما في صحيحه عبد الله بن

سنان(٦) - أقوالاً أربعه في العقود الوارده في الآيه:

أحدها: العهود التي كان أهل الجاهليه يعاهد بعضهم بعضا على النصره و المؤازره و

ص: ١٢٩

١- (٢) تفسير البيضاوى ١١٢/ من طبع الحجرى.

٢- (٣) لسان العرب ٣/٢٩٦.

٣- (٤) المفردات ٣٤١/.

٤- (٥) القاموس المحيط ١/٣١٥. (٥) تفسير البيضاوى ١١٢/، طبع الحجرى.

٥- (٧) مجمع البيان ٢/١٥١.

٦- (١) تفسير القمى ١/١٦٠.

المظاهرة على من حاول ظلمهم.

ثانيها: العهود التي أخذها البارى على عباده بالإيمان به و طاعته فيما أحلّ لهم أو حرّم عليهم.

ثالثها: العقود التي يتعاهد بها الناس كعقد الأيمان و النكاح و العهد و البيع، أى العقود الفقهيّة، و المعاملات بالمعنى الأعم.

رابعها: العهود المأخوذة من أهل الكتاب على العمل بما فيها من تصديق نبينا صلى الله عليه و آله ثم رجح الطبرسى (١) القول بعموم العهود لكلّ ما اوجهه الله تعالى على العباد و الفرائض و الحدود و العقود الفقهيّة المتداوله بين العقلاء.

و قد زاد الفاضل النراقى على هذه المعانى الأربعة بأربعة أخرى. (٢)

و بعد وضح هذه المقدمات الثلاث يتمّ تقريب الاستدلال: بأنّ العقد سواء كان مطلق العهد أو خصوص المؤكّد منه يصدق على المعاطاه، اذ لا شبهه فى أنّ عنوان العهد و العقد لا ينحصر فى العهد أو العقد اللفظى و القولى و لذا يشمل الفعلى و العملى منهما و هى المعاطاه. فالشارع أمر بالأئفاء بالمعاطاه حدوداً و بقاءً، فلو لم يلتزم العاقد فى العمل بمقتضى العقد حدوداً أو بقاءً لم يصدق الوفاء به. فوجوب الوفاء بالعقد يعنى استمرار الالتزام به و هذا هو المطلوب.

ولكن جماعه من الأصحاب استشكلوا فى هذه الدلالة:

منهم: الفاضل النراقى من أنه يحتمل أن يكون المراد بالعقود فى الآيه سائر معانى العهد كالوصيه و الأمر و الضمان و قال: «و لو سلّمنا أنّ للعهد معنى يلائم العقود الفقهيّة

ص: ١٣٠

١- (٢) راجع مجمع البيان ٢/١٥٢ و ١٥١.

٢- (٣) عوائد الأيام، العائده الأولى / (٢-٥).

فإرادته ذلك من الآيه غير معلومه»(١).

و ما عنه أيضا: من أنّ العهد الموثق إمّا العقد اللازم شرعا، فلا بدّ من إحرازه و معه لا- حاجه إلى التمسك بالآيه، أو الموثق العرفي فلا بدّ من إثباته، و ليس مجرد بنائهم على الإبقاء

على مقتضى العقد توثيقا له، لأنّ ما لا يقصد فيه الإتيان البتة ليس عهدا فحصول التوثيق يحتاج إلى أمرٍ آخرٍ و على المستدلّ إثبات التوثيق عرفا.(٢)

و فيه: العقد سواء يترادف مع العهد أم لا، يكون من أظهر مصاديق العقد و أتمها العقود الفقهيّه هذا أوّلاً.

و ثانيا: صحيحه ابن سنان دلّتنا على الترادف بين العقد و مطلق العهد لا الموثق منه فقط حتى يردّ إشكاله الثاني.

و ثالثا: على فرض أنّ المراد بالعقد هو العهد و هو الموثق منه لا مطلقا، يكون المراد من العهد الموثق هو العرفي منه، و المراد منه هو الأئتيان بمقتضى العقد على سبيل الحتم و القطع، و هذا يجرى بالنسبه إلى المعاطاه البيعي أيضا.

و منهم: المحقّق الإيرواني قال: «إنّ الآيه لا- تجدى لإثبات اللزوم عموما، و إنّما تجدى لإثباته في خصوص ما إذا كان العقد متعلّقا بالفعل لا- في العقد على النتيجة الذي منه المقام، إذ العقد على النتيجة إمّا أن يكون مؤثرا في وقوع تلك النتيجة أو لا يكون مؤثرا، و على كلّ حال لا عمل خارجيّ له من العاقد حتّى يخاطب بخطاب «أوفوا»، و أمّا التسليم للعوضين فذلك ليس لأجل أنّه مصداق للوفاء و إنّما هو من جهه أنّه بالعقد صار ملكا للغير فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه...»(٣).

ص: ١٣١

١- (٤) عوائد الأيام / ٨.

٢- (١) عوائد الأيام / ٨.

٣- (٢) حاشيه المكاسب ٢/٤١.

و فيه: قد مرّ تقريب الاستدلال على الزوم على كلّ من المولويه و الإرشاديه و من المعلوم أن البيع المعاطاتي كالقولي يتعلّق بالتملك أو التبديل من دون فرق بين العقد القولي و الفعلي، فكلّ منهما يتعلّق بالتبديل أو التملك الذي هو فعل يتعلّق به خطاب أو فوا، هذا.

مع أنّ العقد الواقع على النتيجة يتعلّق به «أوفوا» باعتبار مقتضياته، فإنّ الملكيه تترتّب عليها آثارٌ من حرمة تصرف غير المالك أو حرمة مزاحمته، فالوفاء بالملكيه عباره عن التصرفات المترتبه عليها، كما عن المحقّق المروج. (١)

و منهم: المحقّق النائيني بعد تقريب دلاله آيه «أوفوا بالعقود» على الزوم سواء على القول بتأصل الأحكام الوضعيه أو على القول بأنّها منتزعه عن الأحكام التكليفيه كما عليه الشيخ الأعظم قدس سره قال: «دلاله الآيه على الزوم في المعاملات اللفظيه لا إشكال فيها،

كما لا إشكال في عدم دلالتها عليه في المعاطاه، لعدم إمكان إفادتها له ثبوتاً، مضافاً إلى قيام الإجماع على الجواز» (٢).

و فيه: على القول بترادف العقد مع العهد لا إشكال في أنّ المعاطاه من العهود فتشملها الآيه الشريفه.

بل العقد يمكن أن يُنشأ بأمرين مستقلين:

الأوّل: اللفظ و الصيغه الخاصه.

الثاني: الفعل و العمل الخارجي.

فالمعاطاه عقد تشملها الآيه الشريفه.

و أمّا الإجماع المذكور في كلام النائيني فقد عرفت سابقاً الاشكال فيه و عدم ثبوته.

ص: ١٣٢

١- (٣) هدى الطالب ١/٥٤٨.

٢- (١) منيه الطالب ١/١٥٦.

فما ذكره قدس سره غير تام.

و الآيه الشريفه تدل على اللزوم فى المعاطاه.

#### ٨- قوله صلى الله عليه و آله : «المؤمنون عند شروطهم»

وَرَدَ هذا الحديثُ من رسول الله صلى الله عليه و آله فى موثقه منصور بن يونس بُزْرَج (١)، و بلفظ «المسلمون عند شروطهم» عن أميرالمؤمنين عليه السلام كما فى حسنه إسحاق بن عمار (٢) و عن غيره من الأئمه عليهم السلام كما فى صحيحتى عبد الله بن سنان (٣) و صحيحه محمد بن مسلم (٤) فهذه الروايه ليست بمرسله كما فى نقل الأحسائى (٥).

و قد تمسّك بها عدّه من أعلام الأئمه على اللزوم حتّى فى المعاطاه (٦) أو مطلق البيع (٧). و تبعهم الشيخ هنا فى بحث البيع (٨) ولكن ناقشهم فى أوّل الخيارات (٩) بمنع صدق الشرط

على الالتزامات الابتدائيه ثم عاد إلى القول الأوّل - أى صدق الشرط على الالتزامات الابتدائيه - فى بحث الشروط (١٠) فلا بدّ من البحث حول كلمه «الشرط» هل تشمل الالتزامات الابتدائيه أم لا؟ يظهر من بعض اللغويين شموله لها:

ص: ١٣٣

- ١- (٢) وسائل الشيعه ٢١/٢٧٦، ح ٤، الباب ٢٠ من أبواب المهور.
- ٢- (٣) وسائل الشيعه ١٨/١٧، ح ٥، الباب ٦ من أبواب الخيار.
- ٣- (٤) وسائل الشيعه ١٨/١٦، ح ١ و ٢.
- ٤- (٥) وسائل الشيعه ٢٦/٥٥، ح ١، الباب ٢١ من أبواب موانع الإرث.
- ٥- (٦) عوالى اللآلى ١/٢١٨، ح ٨٤ و ١/٢٩٣، ح ١٧٣ و ٣/٢١٧، ح ٧٧ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣/٣٠١، ح ٧.
- ٦- (٧) نحو المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائده و البرهان ٨/٣٨٣.
- ٧- (٨) نحو صاحب الحقائق فى كتابه ١٩/٤.
- ٨- (٩) المكاسب ٣/٥٦.
- ٩- (١٠) المكاسب ٥/٢١.
- ١٠- (١) المكاسب ٦/١٢ و ١١.



قال ابن فارس: «شرط: الشين و الراء و الطاء أصلٌ يدلُّ على عَلَمٍ و علامه و ما قارب ذلك من عَلَمٍ. من ذلك الشرط: العلامه. و أشرط الساعه: علاماتها و من ذلك الحديث حين ذكر أشرط الساعه، و هى علامتها، و سمى الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامه يُعرفون بها. و يقولون: أشرط فلانٌ نفسَه للهلكه، إذا جعلها علما للهلاك. و يقال: أشرط من إبله و غنمه، إذا أعد منها شيئا للبيع. قال الشاعر:

فأشرط فيها نفسه و هو مُعصِمٌ و ألقى بأسبابٍ له و توكلًا

و من الباب شَرط الحاجم، و هو معلوم، لأن ذلك علامه و أثر...»(١).

و قال الزمخشري: «ش ر ط: شرط عليه كذا و اشترط و شارطه على كذا و تشارطا عليه و هذا شَرطِي و شَرِطْتِي...»(٢).

و قال الفيومي: «شرط: الحاجم شَرطًا، من بابي ضرب و قتل، الواحده شَرطَه و شَرَطْتُ عليه كذا شرطًا؛ أيضا و اشترطت عليه، و جمع الشرط شُرُوطٌ مِثْلُ فُلُسٍ و فُلُوسٍ...»(٣).

و يظهر من ابن عشييره البحراني أن «الشرط ما يمكن وقوعه و عدمه كدخول زيد الدار أو يتحتم الوقوع ولكن غير معلوم كإدراك الثمرات و قدوم الحاج»(٤). و كذا أن «الشرط يتعلّق بفعله و بفعل غيره... و الشرط المقصود منه مجرد التعليق خاصه لا غير»(٥).

و قال الطريحي: «و الشرط معروف و جمعه شروط كفلس و فلوس و شرط الحاجم

ص: ١٣٤

١- (٢) معجم مقاييس اللغة ٣/٢٦٠.

٢- (٣) أساس البلاغه / ٢٣٣.

٣- (٤) المصباح المنير / ٣٠٩.

٤- (٥) بهجة الخاطر و نزهة الناظر / ٧١.

٥- (٦) بهجة الخاطر و نزهة الناظر / ٧٢.

شرطا من باب ضرب و قتل و شرطت عليه كذا شرطا و اشترطت عليه و منه حديث بريره: شرط الله أحق، يريد ما أظهره و ما بينه من حكم الله بقوله: الولاء لمن أعتق و قيل: هو إشاره إلى قوله تعالى «و إخوانكم في الدين و مواليتكم»<sup>(١)</sup> و الشريطه فى معنى الشرط و جمعها شرائط»<sup>(٢)</sup>.

و أنت ترى أنّ كلماتهم مطلقه تشمل الالتزامات الابتدائيه كما أنّ الشرط استعمل فى عدّه من النصوص هكذا نحو: صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام حديث: أنّ شرط الله قبل شرطكم، الحديث<sup>(٣)</sup>.  
و نحوها مرسله ابن مسلم<sup>(٤)</sup>.

و صحيحه على بن رئاب عن أبى عبدالله عليه السلام قال: الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط، الحديث<sup>(٥)</sup>.

و نحوها صحيحه فضيل<sup>(٦)</sup>.

و قوله صلى الله عليه و آله فى قضيه بريره: الولاء لمن أعتق و شرط الله آكد و كل شرط خالف كتاب الله فهو زُدّ، الحديث<sup>(٧)</sup>.

ص: ١٣٦

- 
- ١- (٧) سورة الأحزاب / ٥.
  - ٢- (١) مجمع البحرين / ٣٦٣ من طبع الحجرى.
  - ٣- (٢) وسائل الشيعه ٢١/٢٩٦، ح ١، الباب ٣٨ من أبواب المهور.
  - ٤- (٣) وسائل الشيعه ٢١/٢٧٧، ح ٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور.
  - ٥- (٤) وسائل الشيعه ١٨/١٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الخيار.
  - ٦- (٥) وسائل الشيعه ١٨/١١، ح ٥، الباب ٣ من أبواب الخيار.
  - ٧- (٦) مستدرک الوسائل ١٣/٣٠٠، ح ٢، الباب ٥ من أبواب الخيار - راجع فى قصه بريره و وسائل الشيعه ٢٣/٦٥، ح ٢، الباب ٣٧ من أبواب كتاب العتق. صحيحه الحلبي و أربعين البهائي مع تعليقه الخواجوي / (٥٠٩-٤٩٩)، سنن البيهقي ١٥/٥٥٥، باب بيع المكاتب، ح ٢٢٣٤٤.

وقد ورد عن سيّد الساجدين علي بن الحسين عليه السلام في دعاء التوبه من الصحيحه الشريفه: «وقد قلت يا إلهي في محكم كتابك إنك تقبل التوبه عن عبادك و تعفو عن السيئات و تحبّ التوابين فاقبل توبتي كما وعدت واعف عن سيئاتي كما ضمنت و أوجب لي محبتك كما شرطت و لك يا ربّ شرطي الأعود في مكروهك و ضمانى أن لا أرجع في مذموك و عهدى أن أهجر جميع معاصيك...»(١).

و ماورد في دعاء الندبه من قوله عليه السلام : «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا...»(٢).

ولكن مع ذلك كله ورد التخصيص في الشرط بحيث لا يشمل الالتزامات الابتدائية

في كلمات بعض اللغويين:

منهم: ابن منظور قال: «الشرط: إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و الجمع شروط»(٣).

و منهم: الفيروزآبادى قال: «الشرط: إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه كالشرطه جمعه شروط»(٤).

و منهم: سعيد بن عبدالله الخورى الشرتونى صاحب أقرب الموارد قال: «شرط عليه في البيع و نحوه شرطاً: ألزمه شيئاً فيه»(٥).

فظهر مما ذكرنا عدم تفرد صاحب القاموس بالتخصيص كما يظهر من الشيخ

ص: ١٣٦

---

١- (٧) الصحيحه السجديه. الدعاء الحادى و الثلاثون، دعاء التوبه و طلبها.

٢- (٨) مصباح الزائر / ٤٤٦ و نقل عنه في بحار الأنوار ١٠٢/١٠٤.

٣- (١) لسان العرب ٧/٣٢٩.

٤- (٢) القاموس / ذيل ماده شرط من طبع الحجرى (٢/٣٦٨).

٥- (٣) أقرب الموارد ١/٥٨٣.

و أما ما ذكر من الروايات و الأدعيه فَيُمْكِنُ حملها على الالتزامات المعاملية أو الضمنيه و غير الابتدائيه (٢) و ما لا يمكن حملها كذلك فغايه ما يمكن أن يقال فيها أنها استعمالٌ و الاستعمال أعمٌ من الحقيقه. فعليه صدق الشرط على الالتزامات الابتدائيه مشكلاً. خلافاً للفاضل النراقي (٣) و الفقيه اليزدي (٤) فإنهما يَزيانِ الصدق و الشمول و السيد الإشكوري (٥) فإنه يراه الإنصاف. و تبعهم الفقيه السبزواري (٦).

مضافاً إلى حمل الروايه على الالتزام التكليفي لا-الوضعي، فصار معناها يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه تكليفاً كما عن المحقق الإصفهاني (٧) و ظاهر السيد المحقق الخوئي (٨).

و أما حملها على خطاب أخلاقي مسوق لما يقتضيه الإيمان و يقود إليه، نظير «المؤمن

إذا و عد وفي» فلا يمكن استفاده الوجوب منها كما عن المحقق الإيرواني (٩) محل تأمل بل منع.

و الحاصل: استفاده اللزوم من هذه الروايه لمعاطاه على القول بالملك مشكلاً جداً.

ص: ١٣٧

١- (٤) المكاسب ٦/١٢.

٢- (٥) راجع في هذا المجال إلى حاشيه المكاسب ٥/ (١٠٩-١٠٥) للمحقق الإصفهاني.

٣- (٦) راجع عوائد الأيام / ١٤٢.

٤- (٧) راجع حاشيته على المكاسب ١/٣٦١ و ٣/٣٢٩.

٥- (٨) مهذب الأحكام ١٦/٢٣٢.

٦- (٩) بُغِيه الطالب في شرح المكاسب ١/٧٧.

٧- (١٠) حاشيته على المكاسب ١/١٤٨.

٨- (١١) مصباح الفقاهه ٢/١٤٢.

٩- (١) حاشيه المكاسب ٢/٦٢.

منها: تلف العوضين

اشاره

لا- اشكال و لا- خلاف عندهم في أنه لو تلف العينان في بيع المعاطاه صارت لازمه كما في الحدائق(١) و شرح القواعد(٢) و المناهل(٣) و المفتاح(٤) و الجواهر(٥).

أمّا على القول بالإباحه: فواضح لأنّ يجوز لكلّ من المتعاطيين الرجوع في ماله لأن المال باقٍ على ملك معطيه ولكن مع بقاء العينين و أمّا اذا تلفتا لزمّت المعاطاه لا امتناع الرجوع.

لا يقال: المتعاطيين وضع يدهما على مال الآخر لأنّ مالكه أباح له التصرف فيه، و من المعلوم أنّ للمالك استرداد ماله من المباح له مادام موجودا، و لو تلف استقرّ بدله عليه، فكلّ منهما ضامن لمال الآخر بمقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» و قاعده الضمان أيّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن، فإذا جاز الرجوع إلى بدل العينين فقد استمرت الإباحه و لم تلزم المعاطاه بمجرد تلف العينين، لأنّ التلف غير مانع من الرجوع إلى البدل و المراد به الرجوع إلى المثل أو قيمه لا ما قابله في المعاطاه.

لأننا نقول: لا- تجرى هنا قاعده الضمان أيّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن و كذا لا تجرى قاعده على اليد ما أخذت حتى تؤدي، لأنّ الأولى تختص بمورد لم يعط المتلف بإزاء المال الغير مالا- آخر مع رضايه صاحب المال و المعطى و إلا- ذمته مشغوله بذاك المال

ص: ١٣٨

١- (٢) الحدائق ١٨/٣٤٢.

٢- (٣) شرح القواعد ٢/٢٨ للشيخ جعفر قدس سره .

٣- (٤) المناهل ٢٦٩/ من طبع الحجري للسيد محمد المجاهد قدس سره .

٤- (٥) مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٦.

٥- (٦) الجواهر ٢٢/٢٣٠.

و الثانيه تختص باليد المضمنه و هي إمّا اليد العدوانيّه أو اليد المشروط عليها الضمان و كلاهما منتفيتان في المقام، لأنّ المفروض حكم الشارع بإباحه التصرف في المأخوذ بالمعاطاه، فاليد السابقه لم تكن مضمنه قطعاً لاستنادها إلى إذن الشارع و إذا تلفت العين

امتنع انقلاب اليد عمّا هو عليه، فلا بدّ من استناد الضمان إلى موجب آخر و المفروض عدمه.

نعم: هذا البيان إنّما يتمّ على القول بكون الإباحه المترتبه على المعاطاه - المقصود بها الملك - إباحه مالكيه.

ولكن إذا قلنا بأنّها إباحه شرعيه - كما هو الظاهر فلا يتمّ ما ذكرناه أخيراً تبعاً للشيخ الأعظم (١) قدس سره - فيجربى ما أفاده قدس سره في مناقشاته (٢) لكاشف الغطاء رحمه الله من الامتزام بحصول الملكيه أنا ما قبل التلف فيكون التلف في ملك المالك الثاني و يكون ضامناً بضمان المسمّى، لأنّ الإجماع يقتضى عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمه، و قاعده ضمان اليد تقتضى كون التلف من ذى اليد لأنّ المفروض أنّ المعاطاه لم تفد إلاّ الإباحه الشرعيه فحينئذ لا بدّ أن يقال جمعا بين الأدله ببقاء المال في ملك مالكة الأول ولكن أنا ما قبل التلف يدخل في ملكيه الثاني و إذا حصلت الملكيه للثاني فذمته مشغوله بالضمان المسمّى فقط كما تبّه عليه المحقّق الخوئي (٣) رحمه الله تبعاً لأستاذه المحقّق النائيني (٤) قدس سره .

و أمّا على القول بالملك: فلا بدّ أولاً من تمهيد مقدمه و هي:

تقسيم اللزوم و الجواز إلى القسمين و هما الحكمي و الحقّي

ص: ١٣٩

١- (١) المكاسب ٣/٩٦ و ٩٨.

٢- (٢) المكاسب ٣/٤٩.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٢/١٩٩.

٤- (٤) منيه الطالب ١/١٩٧.

اللزوم الحكمى: هو ما كان باقتضاء من ذات المعاملة مع قطع النظر عن التزام المتعاملين بل نفس طبع المعاملة أينما تحققت تقتضى اللزوم و يترتب عليه عدم وقوع الإقالة فيها و عدم صحة شرط الفسخ فيها و عدم انفساخها بالفسخ إلا أن يرد دليل بالخصوص على انفساخها بالفسخ أو الاقاله فيؤخذ به بمقدار دلالته و يقتصر عليه و ذلك كالكاح.

اللزوم الحقى: هو ما كان ناشئاً عن اقتضاء التزام المتعاملين على مضمون المعاملة من غير أن يكون فى ذات المعاملة اقتضاء للزوم و يترتب عليه صحة شرط الفسخ فيها و قبولها للإقاله و انفساخها بالفسخ كالوكالة بشرط عدم عزل الوكيل.

و مما ذكرنا من تعريف اللزومين يظهر تعريف الجوازين و هما:

الجواز الحكمى: هو ما كان باقتضاء من ذات المعاملة و طبعها مع قطع النظر عن

توافق المتعاملين على الجواز و يترتب عليه وقوع الاقاله فيها و جواز فسخها نحو عقدى الهبه و الوكالة.

الجواز الحقى: و هو ما كان ناشئاً من توافق المتعاملين على الجواز من دون أن يكون الجواز فى ذات المعاملة نحو جعل الخيار و شرط الفسخ لأحد المتعاملين أو كليهما فى البيع.

ثم ذهب الشيخ الأعظم (1) قدس سره إلى أنه على القول بالملك يحكم بلزوم المعاطاه و المتيقن من مخالفه دليل اللزوم فى المعاطاه - بسبب الإجماع على القول به - هو صورته إمكان تراذ العينين فمع تلفهما و امتناع التراذ يرتفع فرض إمكان الجواز و يثبت اللزوم.

يظهر منه قدس سره اختصاص ثبوت جواز الحكمى بصوره بقاء العينين فلا يصح الرجوع

ص: ١٤٠

مع التلف لارتفاع مورده بخلاف جواز الحَقِّي فإنه يصح مع بقائهما و تلفهما إلا أنه عند التلف يرجع إلى المثل أو قيمه، و عدم تماميه هذا البيان يظهر ممّا ذكرنا في تعريف الجوازين لأنّ الجواز الحكمي ليس مختصا بصوره بقاء العينين على نحو الإطلاق بل يفصل فيه بين ما كان بناء المعامله على الضمان و كانت معاوضيه و بين ما لم تكن كذلك كالهبه فيشرط جواز الرجوع ببقاء العين أو العينين في الثاني دون الأوّل.

أمّا الأوّل فلأنّ بناء المعامله على الضمان المسمّى، فإذا سلم المسمّى فهو و مع عدمه إمّا بفساده من الأوّل أو بواسطه الرجوع فلا بدّ من الرجوع إلى المثل أو قيمه و ليس التلف في هذه الصوره مانعا عن الرجوع بعد إمكانه بأخذ المثل أو قيمه.

أما الثاني فلأنّ المعامله ليست مبنيّه على الضمان فالواهب إنّما وهب العين للمتهب لكي يتلقه بلا ضمان له بالمثل أو قيمه فإذا كان باقيا في يد المتهب فله الرجوع بعين ماله فإذا تلف فليس له الرجوع بأخذ مثله أو قيمته لكون مبني المعامله على عدم التضمنين بالمثل و قيمه كما يظهر هذا الاشكال و التعاريف من المحقّق النائيني (١) قدس سره .

أقول: هذا الاشكال يرد على ظاهر عباره الشيخ من قوله قدس سره : «... فلما عرفت من إصالة اللزوم و المتيقن من مخالفتها جواز تراّد العينين و حيث ارتفع مورد التراّد امتنع» (٢). ولكن على ما ذكرنا من تقريب كلام الشيخ فلا يرد و الحمد لله.

ثمّ قال المحقّق النائيني: «إذاصارت المعاطاه لازمه بالتلف أو بغيره من الملزمات فهل هذا اللزوم الطارى حَقِّي أو حكمي لا يخلو كلّ منهما عن إشكال لبعد اللزوم الحقي بلا- التزام في البين كما هو المفروض، و كون البيع المعاطاتي بعد تلف العينين أو أحدهما [صار] لازما

ص: ١٤١

١- (٢) المكاسب و البيع ١/٢٢٧ و ٢٣٠.

٢- (٣) المكاسب ٣/٩٦.



كالنكاح بحيث يحكم بعدم صحه التقايل فيه و عدم قابليه لاشتراط الفسخ يكون أبعد لعدم الالتزام بأحكام اللزوم الحكمي فيه من أحد من الأصحاب.

و حلّ الإشكال هو اختيار كون اللزوم فيه حقياً لا حكماً، بدعوى عدم الحاجة في اللزوم العقدي إلى الالتزام العقدي دائماً بل يكتفى في تحققه بجعله من الشارع، و هذا كالجواز الحقي حيث أنه قد يكون بجعل المتعاملين كما في خيار الشرط، و قد يكون بجعل الشارع كما في خيار المجلس و الحيوان، و كذلك اللزوم الحقي، تاره يكون بجعل المتعاملين كما في المعامله العقديه و أخرى يكون بجعل الشارع كما في المعاطاه عند تعير العينين عمّا هو عليه فهذا اللزوم حقي يترتب عليه صحه التقايل و غيره ممّا يترتب على اللزوم الحقي لكّنه لا يكون بواسطه التزام المتعاملين بل إنّما هو بجعل الشارع فتبصر»(1).

أقول: ما ذكره قدس سره صحيح ولكن لابدّ من إصلاح التعاريف الماضيه بما ذكره أخيراً و الأمر سهل لأنّه لا مُشاحّه في الاصطلاح.

لا- يقال: إذا ثبت بالإجماع جواز الملك قبل التلف في المعاطاه و شكّ في انتفاء ذاك الجواز بالتلف، من الممكن إحراز استصحاب الجواز و الحكم بعدم لزوم الملك بعد التلف أيضاً و نتيجهها جواز فسخ المعامله بعد التلف و الرجوع بالمثل أو القيمي.

لأنّ الشيخ الأعظم(2) قدس سره أجاب عن هذا الإشكال بجوابين:

الأوّل: الفرق بين الجواز في العقد الخياري و الجواز في المعاطاه فإنّ الأوّل بمعنى انحلال العقد و فسخه و لذا يجري بعد تلف العين أيضاً لأنّ متعلّقه العقد و هو باق على حاله و لو بعد تلف العين أو العينين، ولكن الثاني بمعنى الرجوع في العين و جواز تملكها مجدداً و

ص: ١٤٢

١- (١) المكاسب و البيع ١/٢٣٠.

٢- (٢) المكاسب ٣/٩٧.

الجواز لا يتعلق بنفس المعاطاه بل بموضوع التراد، فعليه بعد تلف العين أو العينين فلا يمكن الرجوع فيها و كذا لا يمكن تملكها فلا يجرى الجواز لإنعدام موضوعه و مع الانعدام لا يجرى الاستصحاب.

الثانى: حتّى على التردّد فى أنّ متعلق الجواز فى المعاطاه هل هو نفس المعاطاه أو

الرجوع فى العين أو العينين أى الترادّ من الطرفين لا- يجرى الاستصحاب، لأنّ من شرائط جريان الاستصحاب هو إحراز اتحاد القضيتين المتيقنه و المشكوكه و مع عدم إحرازهما - لأنّه على فرض تعلّق الجواز بالرجوع فى العين أو العينين فلا يبقى موضوع فى البين حتّى يستصحب و كذا تختلف القضيتان - فلا يجرى الاستصحاب.

إن قلت: غايه ما يمكن أن يقال على تقريب الشيخ الأعظم قدس سره عدم جريان استصحاب فرد الجواز لإنعدام موضوعه أو لعدم إحراز قضيتى المتيقنه و المشكوكه، ولكن يجرى استصحاب كلّى الجواز بتقريب: الاجماع يدلّ على أنّ المعامله المعاطاتيه حتّى على القول بالملك جائز إجمالاً، و لا يُدرى هذا الجواز الذى يتعلّق بها هل هو الجواز الصغير أى إلى بقاء العينين و امكان ترادّهما أو المتعلّق بها هو الجواز الكبير أى إلى ما بعد تلف العينين و بعد عدم إمكان ترادّهما، فيستصحب كلّى الجواز على نحو استصحاب القسم الثانى من الكلّى المتفق عليه جريانه.

قلت: لا يجرى استصحاب القسم الثانى من الكلّى فى المقام لعدّه من الوجوه:

منها: الإجماع دليل لئبى لا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو هنا جريان جواز إلى بقاء العينين و إمكان ترادّهما.

و منها: المناط فى عدم جريان الاستصحاب هنا هو الشكّ فى بقاء موضوعه نظير العلم باجتهاد الفردين الأوّل أو الثانى، و الأوّل منهما مات فلا يجوز تقليده و الثانى منهما حيّ و إن كان هو المجتهد فيجوز تقليده ولكن لا ندرى لعلّ الأوّل يكون مجتهدا بخلاف

الاستصحاب الكلي القسم الثاني لأن موضوعه هو الكلي.

و منها: ثم على فرض جريان استصحاب القسم الثاني من الكلي في المقام لا يفيد شيئاً لأن الآثار المختصة بكل فرد لا تترتب عليه بخلاف آثار الكلي لأنها تترتب و جواز فسخ المعاطاه بعد تلف العينين من الآثار المختصة للفرد الطويل فلا تترتب، فعليه لا يترتب على جريان الاستصحاب الكلي أثراً و مع عدم ترتب الأثر لا يجرى لأنه من الأصول العمليه.

إن قلت: نعم، استصحاب الكلي القسم الثاني لا يجرى في المقام، ولكن يمكن جريان استصحاب الفرد المردد كالحديث المردد بين الأصغر و الأكبر بعد الوضوء بحيث يكون فعلاً مردداً بين ما هو مقطوع الارتفاع إذا كان الحدث أصغر لأنه تؤضاً و بين ما هو مقطوع البقاء إذا كان الحدث أكبر لأنه لا يغتسل و لذا تترتب الآثار المختصة بالحدث الأكبر.

بتقريب: أن هنا فردين للجواز، الفرد الأصغر و هو الجواز إلى تلف العينين و امكان ترادهما، و بعد تلف العينين هذا الجواز قد ارتفع يقيناً، و الفرد الأكبر و هو الجواز إلى ما بعد تلف العينين و بعد عدم امكان التراد، و هذا الفرد الأكبر بعد تلف العينين يكون باقياً قطعاً، و لذا باستصحاب الفرد المردد نستصحب الفرد الأكبر من الجواز و تترتب عليه آثاره المختصة له.

قلت: نمنع من جريان استصحاب الفرد المردد لا سيما بعد القطع بارتفاع الفرد الأصغر، بأن الفرد المردد إذا كان الأصغر قد ارتفع يقيناً بعد التوضي في المثال و بعد تلف العينين في المقام، و إذا كان الأكبر فهو مشكوك الحدوث من الأول فلا يجرى الاستصحاب في حقه. هذا أولاً.

و ثانياً: الفرد المردد بما هو مردد لا ماهيه له و لا وجود، فليس موضوعاً لأثر شرعي حتى يصح التمسك بالاستصحاب لإثبات ذاك الأثر.

و ثالثاً: استصحاب الفرد المردد لا- يجرى - بنظرنا القاصر - بلا- فرق بين صورتى الشك فى ارتفاع الفرد القصير على تقدير حدوثه، و اليقين بارتفاعه على تقدير حدوثه و التفصيل يطلب من بحث الاصول و الحمد لله.

و قد اعترض المحقق السيد الخوئى على الشيخ الأعظم بقوله: «إن كان المراد من الترادّ هو الترادّ الخارجى فهو غير مفيد بديهه أن مجرد ردّ العين خارجاً مع بقائهما فى ملك الآخر بالمعاطاه لا يترتب عليه أثر.

و إن كان المراد من الترادّ هو فسخ العقد [الذى] لا يكون إلا بتراد العين خارجاً، أو بعد تحقق التراد فى الخارج فهو متين، ولكنّه ليس شيئاً آخر وراء تعلق الخيار بنفس العقد، لأنّ الأدله الداله على لزوم العقود إنّما تدل على لزوم كلّ عقد، و قد قام الاجماع على أنّ المعاطاه المقصود بها الملك تفيد الإباحه إلى زمان معين، و من الواضح أن الاجماع لبيّ، فلا يؤخذ منه إلاّ بالمقدار المتيقن، و هو ما إذا أمكن تراد العينين، و فى غير هذه الصوره يتمسك بعموم العام.

و إذن فلا بدّ للمصنف أن يعلّل لزوم المعاطاه مع تلف العينين بأنّ المأخوذ بالمعاطاه إنّما تلف من ملك المالك الثانى، فلا يجوز للمالك الأوّل أن يرجع إليه، إذا المتيقن من جواز الرجوع إنّما هو صوره الفسخ بترادّ العينين و هو غير ممكن مع تلفهما» (١).

ولكن يرد عليه: أنّ المعتبر فى المعاطاه من جواز الرجوع ليس فرض الفسخ بترادّ العينين أى الفسخ الخاص بل هو الفسخ المطلق و الشاهد عليه أنّه إذا فسخ أحد المتعاطيين المعاطاه قولاً- مع بقاء العينين ولكن لم يسلم العين إلى مالكة الأوّل بعد الفسخ عصياناً، لا ريب فى انفساخ المعاطاه و عصيان المانع. و هذا يدل على أنّ المعتبر فى المعاطاه نفس الفسخ

ص: ١٤٥

- لا الفسخ الخاص و هو المشروط بترادّ العينين - غاية الأمر المتيقن من وجود الإجماع جواز الفسخ حال إمكان ترادّ العينين، و إذا شك في ثبوته في حاله أخرى كتلف إحدى العينين فيستصحب جواز الفسخ كما في سائر موارد الاستصحاب و كما عليه شيخنا الأستاذ(١) قدس سره .

و كذا استشكل الأستاذ(٢) قدس سره على الشيخ الأعظم رحمه الله بعدم وجود الفرق بين جواز فسخ الهبه أو المعاطاه و جواز الفسخ في موارد الخيار إلا أنّ جواز الفسخ فيهما حكمي لا يسقط بالإسقاط و جواز الفسخ في الخيارات حقّي قابل للإسقاط، فعليه على القول بترتب الملكيه الجائزه على المعاطاه، يحكم بجواز فسخها و بعد تلف أحد العينين أو كليهما يستصحب ذلك الجواز كاستصحاب الخيار بعد طرو ما يحتمل معه زواله، و مع جريان استصحاب الجواز لا- مجال لإستصحاب بقاء الملك المالك الثاني الذي حصل ملكه بالمعاطاه، لأنّ استصحاب بقاء جواز الفسخ حاكم عليه و مع جريانه لا يبقى موضوع له.

أقول: يرد على الأستاذ قدس سره ما مرّ منّا من أنّ الملك يفيد اللزوم، قد خرج من هذا العام المعاطاه على القول بالملك إجماعاً بأنّها تفيد الملكيه الجائزه - على مسلك القوم - و بعد تلف العينين نشك في بقاء اللزوم على القاعده الأولى أو الجواز للإجماع و حيث كان دليل الجواز الإجماع و هو دليل لبيّ يؤخذ بالقدر المتيقن منه، و هو بقاء الجواز قبل تلف العينين و فيما بعد التلف نرجع إلى القاعده الأولى و هي اللزوم فلا نشك في حكم ما بعد التلف حتّى نحتاج إلى الاستصحاب و الحمد لله.

ص: ١٤٦

---

١- (١) إرشاد الطالب ٢/٨٩.

٢- (٢) إرشاد الطالب ٢/٩٠.

تلف العوضين يوجب اللزوم فى المعاطاه بلا فرق بين القول بالملك و الاباحه ولكن قبل التلف يحكم بالجواز فيها بلا فرق أيضا بين قولى الملك و الاباحه - على مسلك القوم - و الوجه فى ذلك باختصار:

قبل تلف العينين يحكم بجواز الرجوع: أمّا على القول بالاباحه فواضح لأنّ كلاً منهما يرجع إلى ملكه و أمّا على القول بالملك لقيام الإجماع عليه بأنّ مقتضى القاعده اللزوم لكن المعاطاه خرج منها بالإجماع و القدر المتيقن منه قبل تلف العينين.

و بعد تلف العينين يحكم باللزوم: أمّا على القول بالاباحه فلانتقال كلّ من العينين من مالکها الأول إلى الآخر آنا ما قبل التلف، فتلف فى ملك نفسه و لذا يحكم باللزوم و عدم الرجوع إلى المثل و قيمه جمعا بين الدليلين القول بالاباحه و الاجماع على عدم الرجوع إلى المثل و قيمه بعد التلف.

و أمّا على القول بالملك: فإنّ الملك يقتضى اللزوم و قد خرج من هذا اللزوم المعاطاه إجماعا و الإجماع دليل لئى يؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو الجواز قبل تلف العينين و بعده يرجع إلى اللزوم الاوّل.

ثم إنّ هنا أصليين آخرين يمكن اثبات اللزوم بهما بعد التلف:

أحدهما: استصحاب براءه ذمه كلّ واحد من المتعاطيين عن ضمان المثل أو قيمه عند تلف العينين، أو براءه ذمه من وقع عنده التلف لو كان التالف إحدى العينين، و هذا الأصل لا غبار عليه ضروره أنّ التالف قبل الرجوع مضمون بالمسمى و بعد الرجوع يشك فى ثبوت الضمان بالمثل أو قيمه و يكون المرجع فى هذا الشك هو أصاله العدم.

و ثانيهما: استصحاب بقاء الملكيه الثابته آنا ما قبل التلف - التى قد مرّ منّا توضيحها - لإثبات عدم جواز الرجوع إلى المثل أو قيمه ضروره أنّ عدم جواز الرجوع

من آثار تلك الملكيه الثابته قبل التلف، إذ لا ملكيه بعده لسلب الملكيه بعد التلف بسلب موضوعها.

وقد تبّه المحقّق النائي (1) على هذين الأصلين في المقام وقد مرّ منّا أيضا أنّ عدم الرجوع إلى المثل أو قيمه بعد تلف العينين في المعاطاه إجماعاً. هذا تمام الكلام في تلف العوضين والحمد لله.

### و منها: تلف إحدى العينين

المشهور بين الأعلام صيروره المعاطاه لازماً بعد تلف إحدى العينين كما عليه الشهيد (2) والفاضل المقداد (3) والمحقّق الثاني (4) والشهيد الثاني في الروضه (5) و صاحب الميسيه (6).

وقال المحقّق الثاني في حاشيته على الإرشاد أنه: «الأظهر بين عامّة المتأخرين» (7) وفي جامع المقاصد نسبه إلى «جمع من متأخري الأصحاب» (8).

و تبعهم الشيخ جعفر (9).

ص: ١٤٨

- ١- (١) المكاسب و البيع ١/٢٣٤ و ٢٣٣.
- ٢- (٢) الدروس الشرعيه ٣/١٩٢، و الحاشيه النجاريه، مخطوطه و نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٧، و كذا ظاهر اللمعه ١٠٩/.
- ٣- (٣) التنقيح الرائع ٢/٢٥.
- ٤- (٤) جامع المقاصد ٤/٥٨ و رسالته «صينغ العقود» المطبوعه ضمن رسائل المحقّق الكركي ١/١٧٨ و حاشيته على إرشاد الأذهان ٣٣٣/.
- ٥- (٥) الروضه البهيه ٣/٢٢٣.
- ٦- (١) الميسيه، مخطوطه، كما نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٧.
- ٧- (٢) حاشيته على إرشاد الأذهان ٣٣٣/.
- ٨- (٣) جامع المقاصد ٤/٥٨.
- ٩- (٤) شرح القواعد ٢/٢٨.

ولكن قال الشهيد الثاني في المسالك: «لو تلفت العينان معا تحقّق الملك فيهما و لو تلفت إحداهما خاصة فقد صرّح جماعة بالاكْتفاء به في تحقّق ملك الأخرى، نظرا إلى ما قدّ مناه من جعل الباقي عوضا عن التالف لتراضيهما على ذلك، و يحتمل هنا العدم، التفاتا إلى إصالة بقاء الملك لمالكه و عموم الناس مسلطون على أموالهم، و الأوّل أقوى فإنّ من بيده المال مستحقّ قد ظفر بمثل حقه بإذن مستحقه فيملكه، و إن كان مغايرا له في المجنس و الوصف لتراضيهما على ذلك»<sup>(١)</sup>.

و تبعه في الاحتمال و تنظر في اللزوم المحقق السبزواری و قال: «... و المشهور بينهم أنّه يفيد إباحه تصرف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض لا أنّه بيع فاسد و هو أقوى بناءً على القول بعدم اللزوم و على هذا يجوز له الرجوع في المعاوضه مادامت العين باقيه، قالوا: فإذا ذهب لزمت، و فيه نظر»<sup>(٢)</sup>.

و تبعهما السيد المجاهد على القول بالاباحه التي لا يرضاها نفسه و قال: «منهل: قد بيّنا فيما سبق أنّ المعاطاه لا تفيّد اللزوم، فيجوز لكلّ من المتعاطيين الفسخ و الاسترداد و إن لم يرض الآخر به إلّا في مواضع: ... و منها: ما إذا تلف أحد العوضين... ولكن في

المسالك...، و فيه نظر لأنّ الوجهين المذكورين إنّما يتجهان إن قلنا أنّ المعاطاه لا تفيّد نقل الملك و أمّا على تقدير إفادتها الملك كما هو المختار فلا، فالمعتمد عليه عدم جواز الفسخ حينئذ لأنّ الأصل عدم جواز الرجوع بعد انتقال الملك...»<sup>(٣)</sup>.

و قال الفاضل التراقي: «... و لو تلفت إحداهما خاصة فلا يجوز الرجوع لصاحب التالفه، و هل له ردّ الموجوده بلا مطالبه شيء لو أراد لمصلحه و امتنع صاحبه؟ الظاهر: نعم،

ص: ١٤٩

١- (٥) المسالك ٣/١٤٩.

٢- (٦) الكفايه ١/٤٤٩.

٣- (١) المناهل ٢٦٩/.



لإصاله عدم اللزوم... و لصاحب الموجوده الرجوع إليها لذلك أيضا على الأقوى، ثم الآخر يرجع إلى قيمه التالفه أو مثله كذا قالوا. و هو بإطلاقه مشكّل، بل الموافق للقواعد أن يقال: لو كان التلف لا من جهة صاحب الموجوده فلا يرجع إليه بشيء، لأصل البراءة و عدم دليل على الاشتغال.

و إن كان منه فإن قصد الرجوع قبل الإتلاف فعليه المثل أو قيمه، إذ كونه مادونا في الإتلاف إنما كان مع عدم قصده الرجوع، فمعه يكون غاصبا، فيعمل فيه بقاعده الغصب.

و إن لم يقصده قبله فمقتضى الأصول و إن كانت برئت ذمته عن المثل أو قيمه لعدم كونه غاصبا و جواز رجوعه إلى عينه للأصل، إلا أن الإجماع و نفى الضرر يمنعان عن الأمرين معا، فلا بدّ من أحدهما، ولكن تعيين أحدهما مشكّل. و تعيين الاشتغال مطلقا أو على كون المعاطاه إباحه محضه لقاعده الغصب كعدم الرجوع على كونها تمليكا لثلا يلزم الجمع بين المالين باطل، لمنع صدق الغصب، و تسليم جواز جمع المالين إذا اشتغلت ذمته بمثل أحدهما أو قيمته، إلا أن تَعَيَّنَ الاشتغال بإثبات جواز الرجوع بمثل: «الناس مسلّطون على أموالهم» (١) و «على اليد ما أخذت» (٢). (٣)

أقول: على القول بالملك يحكم باللزوم بعد تلف إحدى العينين لأنّ الاجماع قائم بجواز المعاطاه و قدر المتيقن منه صوره إمكان تراّد العينين و مع تلف أحديهما تنتفى صوره الجواز و يحكم باللزوم.

و أمّا على القول بالاباحه فقد نسب الشيخ الأعظم قدس سره إلى بعض مشايخه - و لعلّ هو السيّد المجاهد رحمه الله - وفاقا لبعض معاصري شيخه - و لعلّ هو الفاضل النراقي رحمه الله - تبعا

ص: ١٥٠

١- (٢) عوالي اللآلي ١/٢٢٢، ح ٩٩.

٢- (٣) عوالي اللآلي ١/٣٨٩، ح ٢٢.

٣- (٤) مستند الشيعة ١٤/٢٦١ و ٢٦٠.

لشهادته الثاني قدس سره في المسالك حيث استوجه أصاله عدم اللزوم بأمرين:

١- بقاء سلطنه مالك العين الموجوده و ملكه لها.

٢- التمسك بعموم على اليد.

و في النسبه نظر يظهر لك بالتأمل في نقل كلمات الأعلام الثالثه.

و قد ناقش الشيخ الأعظم رحمه الله فيهما و ردّ الاوّل منهما بأنّها معارضه بأصاله براءه ذمه من تلف عنده مال صاحبه عن مثله أو قيمته و إذا تعارضتا تساقطا.

و الوجه في المعارضه: أنّ أصاله بقاء سلطنه المالك تقتضى جواز استرداد العين الموجوده و الرجوع ملازم لضمان بدل التالف من المثل أو القيمه للقطع بعدم مجانيه التالف، أو للإجماع المركب على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقيه و جواز رجوع مالك العين التالفه بدلها.

و ردّ الثاني منهما: بأنّ اليد تكون معدومه عند الحكم بالضمان - على القول به - و هو حال التلف. و اليد السابقه على التلف لم تكن يد ضمان لأنّها ياذن الشارع أو المالك. بل و لا بعد التلف إذا قصد مالك العين الموجوده على امضاء المعاطاه و لم يرد الرجوع. فاليد إذا لم تكن عدوانيه قبل التلف و لا بعده لا تنقلب إلى العدوانيه حتّى توجب الضمان.

فيبقى في المقام إرادته الرجوع و قصده و هذه الإراده ليست من موجبات الضمان و به يظهر إشكال الشيخ الأعظم رحمه الله على الفاضل التراقي قدس سره حيث فصل بين إرادته الرجوع و عدمها.

ثم ناقش الشيخ الأعظم رحمه الله بنفسه في ما ذكره:

المناقشه الاولى: أصاله بقاء سلطنه مالك العين الموجوده على رجوع ماله حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه، لأنّ الشك في ضمان المثل أو القيمه و عدمهما مسبب عن الشك في بقاء سلطنه مالك العين الموجوده و عدمها، و من الواضح حكومه الأصل السببي

على الأصل المسببي، فمع جريان أصاله بقاء السلطنه، لا تجرى أصاله عدم الضمان فلا معارضه فى البين.

مضافا إلى أنّ وجود الضمان فى الجملة فى المعاطاه عند تلف إحدى العينين من المُسَلِّمَاتِ و إنّما الكلام فى أنّ المُتَلَفَ ضامنٌ بالبدل الحقيقى - أى المثل أو قيمه - أو البدل الجعلى و المسمى - أى العين الموجوده - فلا تجرى أصاله عدم الضمان - للعلم بوجوده إجمالاً - حتى تعارض أصاله بقاء سلطنه المالك.

المناقشه الثانيه: يمكن التمسك بعموم «الناس مسلطون على أموالهم» و الحكم بوجود السلطنه للمالكين على مالهما فإن كان المال موجودا فهو مسلط على أخذه برجوعه فيه، و إن كان المال تالفا فهو مسلط على بدله الحقيقى - أى المثل أو قيمه - فيثبت بهذا العموم جواز الرجوع بعد تلف إحدى العينين، و من الواضح أنّه مع وجود دليل لفظى - و هو العموم - لا تصل النوبه إلى الأصل العملى - و هو أصاله بقاء سلطنه المالك - حتى تناقش فيها بالمعارضه مع أصاله برأءه الذمه.

ثم أمر الشيخ الأعظم رحمه الله بالتدبر و لعله لوجود المناقشه فى هذه الاستدلالات و منها: عدم شمول عموم «الناس مسلطون على أموالهم» للمال التالف و لذا لم يستدل بها أحدٌ على الضمان.

ثم يمكن أن يُناقشَ قَوْلُ الشيخ الأعظم رحمه الله بوجوه:

منها: لا- يجوز التمسك بأصاله بقاء سلطنه مالك العين الموجوده لأجل جواز جوعه فيها لأنّ هذا الأصل يقتضى جواز رجوع مالك العين التالفه فى مثلها أو قيمتها أعنى اشتغال ذمه من بيده تلف المال و التالى باطل إجماعا فالمقدم مثله.

هذا مع الأعماض عن اقتضاء المعاطاه للملكيه و لو آنا ما قبل التلف - كما هو مختار الشيخ الأعظم رحمه الله فى جواب الشيخ جعفر قدس سره - و إلاّ ينقلب التمسك بأصاله بقاء سلطنه المالك

كما هو الواضح.

و منها: اليد الموجوده فى المعاطاه يدُ ضَمانٍ - حَتَّى على القول بأنَّها تفيد الإباحه - لأنَّ الاخذ و الإعطاء فيها ليسا بمجانين، نعم إنَّما الكلام فيها بعد تلف العينين أو إحدَيْهَما فى الضمان الحقيقى - أى المثل أو القيمه - أو الضمان الجعلى و المسمى - أى العين الموجوده - كما اعترف به الشيخ الأعظم فى كلماته الأخيره.

فليعلم بأنَّ اليد فى موردين لم تكن يد ضمان:

أولهما: أن يسلط المالك غيره فى التصرف على ماله مجاناً، فتلف المال عند المتصرف، الوجه فى عدم الضمان حينئذ لأنَّ المالك قد أجاز التصرف فى ماله بلا عوض.

ثانيهما: أن تكون اليد يد أمانه - بلا فرق بين الأمانه الشرعيه و الأمانه المالكيه - لأنَّه ليس على الأمين سبيل فليست يده يد ضمان.

و من المعلوم أنَّ اليد فى المعاطاه ليست من أحد الموردين.

و منها: ذهب الشيخ الأعظم رحمه الله إلى حكمه أصاله بقاء سلطنه مالك العين الموجوده

على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه و هذه الحكمه يمكن أن تقرر بوجهين:

الأول: ما ذكرناه فى توضيح كلام الشيخ الاعظم بأنَّ الشك فى ضمان المثل أو القيمه و عدمها مسبب عن الشك فى بقاء سلطنه مالك العين الموجوده و عدمها، و من المعلوم حكمه الأصل السببى على الأصل المسببى.

و يرد عليه: حكمه الأصل السببى على الأصل المسببى إنَّما تتم فيما إذا كان ارتفاع ضمان المثل أو القيمه ليس من الآثار الشرعيه للأصل السببى، و من الواضح عدم ثبوت ضمان المثل أو القيمه ليس من الآثار الشرعيه لأصاله بقاء سلطنه مالك العين الموجوده، بل من لوازمه العقليه لوجود الملازمه الخارجيه بين جواز رجوع مالك العين الموجوده فيها و جواز رجوع مالك العين التالفه فى بدلها الواقعيه. فالحكمه الوارده فى كلام الشيخ الأعظم

لا تتم.

الثانى: المراد بأصالة بقاء سلطنه مالك العين الموجوده هى استصحاب ملكيته على عينه و المراد بأصالة عدم الضمان بالمثل أو قيمه هى جريان البراءة عن اشتغال ذمه التالف، و من البديهى حكومه دليل الاستصحاب على دليل البراءة. لارتفاع موضوع البراءة بجريان الاستصحاب.

و يرد عليه: نعم، دليل الاستصحاب يكون حاكما على دليل البراءة، أما إذا كان مجراهما واحدا و على فرض بقدر المجرى فكلّ يجرى فى مجراه و ما نحن فيه من قبيل الثانى لأنّ جريان استصحاب ملكيه مالك العين الموجوده لم يثبت شرعا اشتغال ذمته بالمثل أو قيمه، لأنّ اشتغال الذمه يعدّ من اللوازم العقليه لهذا الاستصحاب لأنّه يثبت بالملازمه الخارجيه بين جواز رجوع المالكين. فحينئذ تقديم الاستصحاب على البراه هنا لتعدد المجرى يحتاج إلى حجيّه الأصل المثبت.

مضافا إلى تبديل براءة الذمه عن الاشتغال بالمثل أو قيمه باستصحاب عدم اشتغال الذمه قبل التلف و كذا بعده مادام لم يقصد الرجوع، فحينئذ لا يقدم أحد الاستصحابين على الآخر فيتعارضان و يتساقطان و بعد يرجع إلى أصالة البراءة.

هذا بعض المناقشات الواردة على الشيخ الأعظم رحمه الله و هى مأخوذه من كلام المحقق السيّد الخوئى (1) قدس سره .

و منها: تلف بعض العينين أو بعض إحدى العينين

قال المحقق الكركى: «و يكفى [فى اللزوم] تلف بعض إحدى العينين لامتناع الترادّ فى الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقه و للضرر، و لأنّ المطلوب هو كون إحداهما فى مقابل

ص: ١٥٤

و نحوها فى صبغ العقود(٢) و حاشيه الإرشاد(٣) له أيضا. و تبعه الشهيد الثانى فى الروضه(٤).

و تبعهما الشيخ جعفر قدس سره و قال: «إننا نعلم من تتبع كلمات القوم و النظر إلى سيره القاطعه أن الجواز مشروط بإمكان الردّ و بالخلوّ عن الضرر المنفى بحديث الضرار فلو تلف كلّ أو بعض منه، أو من فوائده بتصرف بعين أو منفعه من ركوب أو سكنى أو حرث أو دخول فى عمل و نحوها، أو بيع أو إجاره أو زراعه أو مساقاه و نحوها على وجه لا يمكن فسخها شرعا، أو بإتلاف أو تلف سماوى، تعدّر الردّ و لم يتحقّق مصداقه، و لو صدق فى البعض امتنع أيضا مع حصول الضرر بالتبعيض.

و تغيير الصورة بطحن أو تفصيل أو خياطه أو صبغ و نحوها، لو دخل تحت الردّ جاءه ثبوت الضرر غالبا بتبديل الأوصاف و اختلاف الرغبات.

نعم، لو بقى الشئ على حاله وزاده حسنا بصقل أو إخراج غبار و رفع و سخ و نحوها لم يكن فيه ذلك.

و أمّا المزج على وجه لا يتميّز فلا يمكن الردّ بعينه، و قبول الجميع فيه منه، و دخول مال الغير فى ماله، من غير فرق بين الأجود و مقابلاته»(٥).

ولكن ناقشهم الشهيد الثانى نفسه فى المسالك و قال: «و فيه نظر، فإنّ تبعض الصفقه

ص: ١٥٥

١- (١) جامع المقاصد ٤/٥٨.

٢- (٢) صبغ العقود، المطبوعه فى رسائل المحقّق الكركى ١/١٧٨.

٣- (٣) حاشيه إرشاد الأذهان /٣٣٤ قال فيها: «فلا حاجه إلى تلف العين بل يكفى تلف البعض».

٤- (٤) الروضه البهيه ٣/٢٢٣.

٥- (٥) شرح القواعد ٢/٢٩.

لا يوجب بطلان أصل المعاوضه، بل غايته جواز فسخ الآخر فيرجع إلى المثل أو القيمه كما في نظائره، و أما الضرر الحاصل من التبعض المنافي لمقصودهما من جعل إحدهما في مقابله الأخرى فمستند إلى تقصيرهما في التحفظ بإيجاب البيع، كما لو تبايعا بيعا فاسدا. و يحتمل

حينئذ أن يلزم من العين الأخرى [ما] في مقابله التالف و يبقى الباقي على أصل الإباحه بدلاله ما قدمناه»(١).

و قال في الحدائق بعد نقل هذا المقال من ثانى الشهيدين: «و هو جيد بناءً على قواعدهم»(٢).

و فى الجواهر نقل كلام الشيخ جعفر بطوله وردّ عليه بقوله: «و لا يخفى عليك مواقع النظر فى كلامه بعد الإحاطه بما ذكرناه و حديث الضرار لو قضى بذلك لقضى به فى الخيار كما أنّه لا سيره معتدّ بها فى إثبات أكثر هذا الأحكام أو جميعها، و لم يصدر من المتعاملين سوى قصد البيع على نحو غيره من البيوع، فلا بناء للمعامله على شىء من ذلك، و إصالة اللزوم بعد فرض انحصار دليلها فى آيه «أوفوا» المعلوم عدم صدقها على ما نحن فيه كما صرح به الكركى و عليه بنى ثبوت الجواز فى هذا البيع لا وجه لها. على أنّ المتجه بعد ثبوت الجواز استصحابه حتّى يحصل المخرج، فكل ما شك فى ارتفاع الجواز معه كان مقتضى الاستصحاب المزبور ثبوته.

اللهم إلّا- أن يقال: أنّه يكفى فى اللزوم استصحاب الملك الذى قد فرض ثبوته، إنّما يخرج عنه بالمتيقن و هو مع بقاء العين بحالها، فكلّ ما شك حينئذ فى الجواز معه كان مقتضى الاستصحاب المزبور اللزوم فيه، إلّا أنّه هو أيضا كما ترى محلّ للنظر و المنع كما تقرر فى

ص: ١٥٦

١- (١) المسالك ٣/١٤٩.

٢- (٢) الحدائق ١٨/٣٦٣.

أقول: مع قطع النظر عن المناقشات الواردة على كلمات القوم فى طرفى المسأله، بناءً على أنّ المعاطاه تفيده الملك تجرى أصاله للزوم لأنّ المتيقن من الإجماع على الجواز هو إمكان تراّد العينين، و الاجماع دليل لبيّ يؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو تراّد العينين، و فى غيرها يحكم بأصاله للزوم.

و بناءً على أنّها تفيده الملكيه الجائزه أو المترلزله - على القول بها - فيحكم بالجواز فى الفرضين، لأنّ القدر المتيقن من تبديل هذه الملكيه الجائزه باللازمه هما صورتا تلف العينين أو تلف إحداهما و أمّا الفرضان الخارجان عن الصورتين فيحكم فيهما بالجواز.

و أمّا بناءً على القول بأنّ المعاطاه تفيده إباحه مالكيه فتجرى قاعده سلطنه الناس

على أموالهم و ثبت الجواز بها.

و على القول بأنّها تفيده إباحه شرعيه لا تجرى قاعده السلطنه لأنّها محكومه بدليل الإباحه الشرعيه و يجرى استصحاب الإباحه و نتيجهها هى للزوم.

و من البديهي فى موارد الجواز أنّه يمكن التراّد ولكن بالنسبه إلى العين التى تلف بعضها مع زياده الأرش و جبران النقيصه أو الرجوع إلى المثل أو القيمه.

**و منها: كون أحد العوضين ديناً**

**إشاره**

إذا كان زيد مديونا لعمرو بألف ريال ثم اشترى عمرو منه سجاجدا بألف ريال بالمعاطاه، يترتب عليه فراغ ذمّه زيد عمّا اشتغلت به لعمرو و حينئذ تصير المعاطاه لازمه من أول تحققها لعدم إمكان التراّد الذى هو موضوع الجواز.

و لذا قال الشهيد فى الدروس: «و من المعاطاه أن يدفع إليه سلعه بضمن يوافقه عليه

ص: ١٥٧



من غير عقد، ثم تهلك عند القبض فيلزم الثمن المسمى و شبهها اقتضاء المدين العوض عن النقد أو عن عرض آخر، فإن ساعره فذاك، وإلا فله سعر يوم القبض ولا يحتاج إلى عقد، وليس لهما الرجوع بعد التراضي»(١).

و كذا جعل في قواعده(٢) الإبراء مرددا بين الإسقاط و التمليك.

أقول: قبل الشروع في بحث اللزوم لابد من البحث عن صحه هذه المعاطاه فلذا على القول بصحه المعاطاه في الإعطاء من طرف واحد الأمر واضح و يحكم بصحتها، و أما على القول بعدم كفايه الإعطاء من طرف واحد فيحكم بصحتها أيضا لأن الدين بمنزله المقبوض فلا يحتاج إلى القبض ثانيا.

ثم وقع الخلاف في بيع الدين على من هو عليه كبيع من ينعق عليه بعد الاتفاق على حصول البراءة للذمه في الأول، و الانعتاق في الأخير، في أن المبيع أعنى الدين في الأول و العبد في الثاني يتلف على المشتري بنفس إنشاء البيع و المنشأ و كانت ملكيه الدين لمَن هو عليه و العبد لمن ينعق عليه لا تنتج إلا نتيجة التلف، أو أن الدين أو العبد ينتقلان إلى المشتري و يدخلان في ملكه آنا ما ثم يتلفان عليه بسقوط الدين و بانعتاق العبد.

و منشأ القول الأول: في باب الدين هو لأجل استحاله أن يسلط الانسان على نفسه بمال و يملك على نفسه شيئا لعدم صحه اعتبار مال الانسان على نفسه عند العقلاء أو

لأنه قد مرّ منا في أول البيع بأن كل أحد مالك لذمته و ما فيها بالملكيه الذاتيه التكوينيّه كما يملك أعضائه و جوارحه، لا بالملكيه الاعتباريه العرضيه كما يملك الأموال و مع حصول الملكيه الذاتيه التكوينيّه يَكُونُ جَعْلُ الملكيه الاعتباريه العرضيه لغوا - كما عليه المحقق

ص: ١٥٨

١- (١) الدروس ٣/١٩٢.

٢- (٢) القواعد و الفوائد ١/٢٩١ للشهيد و نقل عنه الشيخ في المكاسب ٣/٩.

السيد الخوئي (1) قدس سره و سيأتي الاشكال فيه في الفرق بين الذمه و ما فيها - و إذا ورد الدليل على صحة بيع الدين عليه فيصير مآله إلى إبراء ذمته عن الدين بالعوض أو سقوطه كذلك، لا صيرورته مالكا لما في ذمته، و كذا في بيع من يعتق عليه يُقيم الدليلين:

الأول منهما: يدل على أنّ الإنسان لا يملك عموديه (2).

و الثاني منهما: يدل على انعاقهما عليه بعد البيع (3).

و الجمع بينهما يقتضى كون البيع لا ينتج إلا الانعتاق على البائع من دون تحقق ملك للمشتري أصلاً.

و منشأ القول الثاني: في باب الدين فلائّ المانع عن اعتبار المال للإنسان على نفسه إنّما يمنع عن اعتباره على نحو الاستمرار، و أمّا اعتباره لما ثبت في ذمته عن الغير ملكا يترتب عليه الإبراء لا ملكا مستقرا، فلا مانع عن اعتباره، و أمّا في باب العتق فلائّ الدليل على عدم ملكية العمودين أيضا إنّما يمنع عن الملك المستقر لا الملك المترتب عليه العتق.

قد اختار الشيخ الأعظم (4) و تبعه المحقق النائيني (5) رحمه الله القول الثاني، و لكن يظهر ممّا ذكرنا بالنسبه إلى باب الدين و بيعه عدم الفرق بين استحاله أن يسلط الإنسان على نفسه بمال استمراريه أو ابتدائية، أو أنّ كلّ انسان يملك ذمته بالملكه الذاتيه التكوينيّه، لا الملكيه الاعتباريه العرضيه، فحينئذ جعل الملكيه الاعتباريه العرضيه بالنسبه إلى الذمه تكون لغوا حتّى إذا كانت على نحو الملكيه الابتدائية لا الاستمراريه التي لا يترتب عليه إلا الإبراء -

ص: ١٥٩

١- (١) مصباح الفقاهه ٢/٢٠٧.

٢- (٢) راجع وسائل الشيعه ٢٣/١٨، الباب ٧ من أبواب كتاب العتق.

٣- (٣) راجع وسائل الشيعه ٢٣/١٨، الباب ٧ من أبواب كتاب العتق.

٤- (٤) المكاسب ٣/٩٨ قال: «يملكه من في ذمته فيسقط عنه».

٥- (٥) المكاسب و البيع ١/٢٤٢.

على مبنى المحقق السيد الخوئي رحمه الله كما مرّ.

فَالْقَوْلُ الْمُخْتَارُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى هَذَا الْبَابِ هُوَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ وَوَأَفْقَانَا الْمُحَقِّقَ الْعِرَاقِيَّ (١) رَحِمَهُ اللَّهُ وَ

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى بَابِ الْعِتْقِ فَالظَّاهِرُ تَمَامِيهِ اخْتِيَارُ الْمُحَقِّقِ النَّائِنِيِّ لِأَنَّ ظَاهِرَ الْجَمْعِ بَيْنَ الدَّلِيلَيْنِ الْمَاضِيَيْنِ بِانْضِمَامِ مَا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا عِتْقَ إِلَّا فِي مَلِكٍ، بَلْ وَرَدَ فِي صَحِيحِهِ مَنْصُورَ بْنِ حَازِمٍ: «لَا عِتْقَ قَبْلَ الْمَلِكِ» (٢) هُوَ حَدُوثُ الْمَلِكِ أَنَا مَا لِلْمَشْتَرَى ثُمَّ الْانْعِتَاقُ عَلَيْهِ.

هذا التفصيل هو مختارنا في المقام والذي يسهل الخطب هو التنبيه على عدم ترتب ثمره عمليه في البابين - أي الدين و العتق - لأنّ القَوْلَيْنِ يذهبان إلى سقوط الدين و انعقاد العمودين.

ثم يقع الكلام في أنّ هذا التلف الشرعي - أي سقوط الدين - هل هو كالتلف التكويني الخارجي يكون من ملزمات المعاطاه أم لا؟

فلذا نقول بناءً على القول بالملك يكون التلف الشرعي الاعتباري كالتلف الخارجي التكويني، لأنّ على القول بالملك تكون المعاطاه لازمه إلا في فرض كون العوضين عينين و امكان الترادف في هذا الفرض تكون جائزه إجماعاً و في فرض كون أحدهما ديناً، و مع التلف الشرعي الاعتباري لا يمكن الترادف فتخرج المعاطاه من تحت فرض الجواز و تكون لازمه.

و بما ذكرنا يظهر أنّه إذا كان أحد العوضين ديناً و لو كان على ذمه غير المتعاطيين تكون المعاطاه لازمه.

و أنّه ليس اللزوم فيها متوقفاً على القول الثاني فيما مرّ - من صيروره الدين ملكاً لمن هو عليه ثم تلف عليه كما هو مختار الشيخ الأعظم و تبعه المحقق النائيني - بل على القول

ص: ١٦٠

١- (٦) حاشيه المكاسب / ١٥١ لآيه الله الميرزا ابوالفضل النجم آبادي رحمه الله من تقرير أبحاث المحقق العراقي رحمه الله .

٢- (١) وسائل الشيعه ٢٣/١٥، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق.

المختار و هو سقوط الدين بنفس حدوث المعاطاه من دون وساطه الملكيه - أيضا يجرى، فعليه ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره من قوله: «فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته فيسقط عنه» (١) كما مرّ هو اختيار الشيخ فى المقام لا ابتناء المسأله عليه.

و ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله من قوله: «الظاهر أنّه فى حكم التلف» (٢) أى أنّ سقوط الدين فى حكم التلف الخارجى التكوينى من جهه إيجاد اللزوم فى معاطاه العينين غير تام لأنّ نفس وجود الدين فى طرف المعاطاه يخرجها من فرض الجواز، نعم، التساوى بين التلفين و عدم إمكان التراد يؤيد هذا الخروج.

و أمّا التَّغْيِيلُ الوارد فى كلامه قدس سره من قوله: «لأنّ الساقط لا يعود و يحتمل العود، و هو

ضعيف» (٣) لا يتم عندنا لإمكان عوده بالإقاله و الفسخ، قال شيخنا الاستاذ قدس سره: «لأنّ عود ما على الذمه إليها فى بعض الموارد شاهد قطعى لإمكانه، كما إذا باع المديون لآخر بعشره دنا نير متاعه منه بألف على شرط إبراء ذمته من العشر و خياطه ثوبه المعين، فأخذ المشتري المتاع و سلم الألف و أبرأه عن العشر ولكن امتنع عن خياطه الثوب فإنّه لا ينبغى الريب فى أنّ للبائع خيار تخلف الشرط و إذا فسخ يعود العشر إلى ذمته، و هذا عود بعد السقوط.

و الحاصل، أنّه لا يمكن قياس عود المال إلى الذمه بعود الشىء الخارجى بعد صيرورته معدوما و يقال بأنّ الشىء لو كان عوده بشخصه الأوّل لزم تخلل العدم فى الوجود الواحد، و لو كان بشخص آخر يكون غيره لا الأوّل، و الوجه فى الفرق أنّ ثبوت المال على الذمه اعتبار يتعلق بالطبعى و يمكن اعتباره ثانيا بنحو لا يكون بينه و بين

ص: ١٤١

١- (٢) المكاسب ٣/٩٨.

٢- (٣) المكاسب ٣/٩٨.

٣- (١) المكاسب ٣/٩٩.

لا يقال: أنتم ذهبتم إلى القول بالملكيه الذاتيه الحقيقيه بالنسبه إلى الذمه لكلّ أحد فكيف تذهبون إلى ما ذكره شيخكم الأستاذ قدس سره من «أنّ ثبوت المال على الذمه اعتبار يتعلّق بالطبيعي و يمكن اعتباره ثانيا الخ»، و الجمع بين الملكيتين الحقيقيه و الاعتباريه لا يمكن! فكيف ذهبتم إلى هذا الجمع؟!

لأننا نقول: هناك شيان لا بدّ بأن يفرق بينهما:

الأول: الذمه لكلّ أحد و تكون ملكيتها على نحو الملكيه الحقيقيه.

الثاني: ما في الذمه و عليها و تكون ملكيته غالبا على نحو الملكيه الاعتباريه كعشره دنانير أو منّ من الحنطه، و ناهيك غالبا - لا دائما - لأنّه ما في الذمه قد يكون ملكيته على نحو الملكيه الحقيقيه نحو: بيع اختراع اخترعته أو كتاب ألّفته أو مقاله قُلتها أو يدائع فكرٍ أبدعتها. و على ما سردناه عليك يمكن لك التمييز بين الذمه و ما فيه و تعلق الملكيه بقسميها عليهما بل على ما في الذمه.

و نضرب لك مثلاً- حتى تكون على بصيره من الأمر نحو العلم و المعلوم، العلم يكون من الأشياء الحقيقيه و يكون متّحدا مع ذات العالم، ولكن المعلوم كما يمكن أن يكون من الأشياء الحقيقيه كالنفس و خالقها و رسول الخالق كذلك يمكن أو يكون من الأشياء

الاعتباريه كالقوانين الموضوعه في الممالك و نحوها، و مع ذلك لا تنافي أن يكون متّحدا مع العالم و علمه.

و بما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكره المحقّق الأصفهاني قدس سره من قوله: «أنّ الذمه المطلقه لا معنى لها، فإنّها ليست من الأوعيه و الظروف بل هي نحو ثبوت الشيء اعتباراً، فشخص

ص: ١٤٢

الذمه يتشخص بأطرافها و هي من له و من عليه و ما فيها، و ليس هي على اعتباريتها بأعظم من العلم الذى يتشخص بالعالم و المعلوم بذاته»(١).

و ضعف ما ذكره المحقق الخراسانى رحمه الله من قوله: «لا يكاد يعود نفس الساقط حقيقه لإمتناع إرادته المعدوم، لكنّه لا يختص بالساقط، بل الملكيه الزائله عن العين الموجوده، كذلك لا تعود لذلك، و إعاده مثله كما فى الملكيه بمكان من الإمكان، فالعمده مع الشك هو إصالة عدم العود، و عدم زوال ملكه عمّا انتقل إليه بعوض الدين، و لا استصحاب للجواز ههنا، ليحكم عليها كما لا يخفى»(٢).

### فذلكه القول فى المقام

لعلّ أجلى ما يكشف عنها هو بيان المؤسس الحائرى قدس سره - و هو أحسن مقال، بل تحقيق القول فى المقام - قال: «قد يبحث عن جواز و لزوم هذا القسم من المعاطاه من جهه القواعد و قد يبحث عنهما من جهه إمكان التراد و عدم إمكانه.

أمّا الكلام فى الأوّل: فهو أنّه لا شك أنّ القدر المتيقن من الخروج عن تحت قاعده اللزوم هو صورته كون العوضين عينين، فتبقى صورته كون أحدهما ديناً تحت القاعده من أوّل الأمر.

أمّا الكلام فى الثانى: فهو أنّه كما يمكن نقل السلطنه على الدّين من الدائن إلى المديون، كذلك يمكن نقلها من المديون إلى الدائن ثانياً، فليس ديتيه العوض كتلفه، فأصالة الجواز - لو لا العمومات - ثابتة، لثبوت موضوعها، لا أنّها منفيه لانتفائه»(٣).

و أمّا بناءً على القول بالإباحه: فقد قال الشيخ الأعظم قدس سره: «و الظاهر أنّ الحكم كذلك

ص: ١٤٣

١- (١) حاشيته على المكاسب ١/٢٢٢.

٢- (٢) حاشيه المكاسب /٢٤ للآخوند الخراسانى رحمه الله .

٣- (٣) كتاب البيع ١/١٢٠ بقلم مقررره شيخنا آيه الله الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

على القول بالإباحه، فافهم»(١).

مراده قدس سره أنه يوجب سقوط الدين لا أنه يوجب اللزوم كما فى القول بالملك، لأنّ «إباحه الدين على من عليه الدين لا يقبل لها معنى إلاّ سقوطها» كما ذكره المحقق الخراسانى رحمه الله (٢).

وقد نبه على تشابه سقوط الدين فى القولين لا اللزوم المحقق الإصفهانى رحمه الله فى حاشيته على المكاسب قال: «ليس غرضه [أى غرض الشيخ الأعظم] رحمه الله: أنّ الحكم هو اللزوم على القول بالإباحه، فإنّ كون الإباحه مفيده للسقوط لا يوجب كون السقوط بأعظم من التلف، مع أنه لا لزوم عنده قدس سره على القول بالإباحه فى صورته التلف الحقيقى لجريان أصله السلطنه فى طرف العين الباقية، و الرجوع بالبدل الواقعى فى طرف العين التالفه، فكيف بما هو فى حكم التلف. بل غرضه رحمه الله أن جعل الدين عوضا على الإباحه يوجب السقوط، كما أنه يوجب على القول بالملك، حيث لا معنى لإباحه الدين إلاّ الإبراء و الإسقاط...»(٣).

و تبعه تلميذه المحقق السيد الخوئى (٤) رحمه الله .

نعم، يمكن القول باللزوم حتى على القول بالأباحه فى المقام لأنّ «الإباحه تثبت فى المعاطاه بالإجماع و السيره و من الظاهر أنّ الإباحه فى مقابل الملك لا معنى لها فى المقام فىكون الإجماع و السيره فى ساير الموارد و يثبت الملك فى المورد من الأوّل كما هو مقتضى

ص: ١٦٤

١- (٤) المكاسب ٣/٩٩.

٢- (١) حاشيته على المكاسب /٢٤.

٣- (٢) حاشيته على المكاسب ١/٢٢٢.

٤- (٣) مصباح الفقاهه ٢/٢٠٧.

حلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقد». كما عليه شيخنا الأستاذ (١) قدس سره تبعاً لأستاذه المحقق السيّد الخوئي (٢) رحمه الله و لعلّ الشيخ أشار إلى هذا بقوله فافهم في آخر كلامه.

و أمّا على القول بأنّ الحكم على القول بالإباحة أيضاً هو اللزوم كما في القول بالمك فيمكن أن يشير أمر الشيخ بالتفهم إلى الجواز لجريان قاعده السلطنة و لذا قال الفقيه اليزدي: «حاله حال تلف إحدى العينين على القول بالإباحة، فيمكن الحكم بالجواز لقاعده السلطنة بالنسبة إلى العوض الموجود، و لعله إليه أشار بقوله «فافهم» (٣).

### و منها: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز

عدّه المحقق الثانی من ملزمات المعاطاه و قال: «... بل تعذّر الرد بعقد لازم كبيع و وقف و نحوهما» (٤).

و هكذا عدّه من ملزمات المعاطاه في الميسيه (٥).

و قال ثاني الشهيدین: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازماً كالبيع و الهبه بعد القبض و الوقف و العتق فكالتالف و إن كان جائزاً كالبيع في زمن الخيار فالظاهر أنّه كذلك لصدق انتقال الملك عنه فيكون كالتلف» (٦).

و نحوها في الروضه (٧).

و قال الشيخ جعفر: «أنّه لا ريب و لا خلاف في أنّ المعاطاه تنتهي إلى اللزوم و أنّ

ص: ١٦٥

١- (٤) إرشاد الطالب ٢/٩٣.

٢- (٥) مصباح الفقاهه ٢/٢٠٨.

٣- (٦) حاشيته على المكاسب ١/٣٩٩.

٤- (١) حاشيه الإرشاد ٣٣٤/.

٥- (٢) الميسيه، مخطوطه، و نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٧.

٦- (٣) المسالك ٣/١٥٠.

٧- (٤) الروضه البهيه ٣/٢٢٣.



التلف الحقيقي أو الشرعى - بالنقل بالوجه اللازم للعوضين معا - باعث على اللزوم و كذا للواحد منهما. و احتمال العدم فيه و فى الناقل الشرعى فى حكم العدم... فلو خرج عنه و لو بعقد جائز دخل فى حكم آخر»(١).

و قال الفاضل النراقى: «و لو لم تتلف العين ولكن وقع التصرف فيها، فإن كان بنقل الملك اللازم فكالنقل لأنه سلطه على ذلك. و إن كان بالمتزلزل فيحتمل اللزوم أو الإلزام بالاسترداد أو بالمثل أو القيمة»(٢).

أقول: التصرفات الواقعة على العينين من المتعاطيين إذا كانت متوقفه على الملك بلا فرق بين التصرفات الخارجيه كالوطء و بين التصرفات الاعتباريه، و الأخير منها بلا فرق بين الإيقاعات كالوقف و العتق و العقود، و الأخير منها بلا فرق بين العقود غير المعاوضيه كالهبه و العقود المعاوضيه، و الأخير منها بلا فرق بين أن يقَع على الأعيان كالبيع و الرهن و أن يقَع على المنافع كالإجاره. و بلا فرق بين أن يكون التصرف ناقل العين كالبيع و أن يكون غير ناقل للعين كالوديعة و العاربه، فكل ذلك موجب لسقوط الردّ و لزوم المعاطاه.

و سواء فى ذلك كله العقد اللازم أو الجائز، و العقد باللفظ و الصيغه أو بالعمل و المعاطاه، فَسَخَّ العقد بخيار أو إقاله أم لا، عاد العين إلى مَنْ انتقل عنه بمعاوضه أخرى أم لا، و

فى المعاطاه بلا فرق بين قولى الملك و الاباحه.

و الوجه فى ذلك أن جواز المعاطاه مشروط ببقاء العين بعينها و عدم خروجها عن ملكه، و عدم تصرفات المالكه فيها و كل ذلك يكون من التصرفات المالكه أى لا تجوز هذه التصرفات إلا من المالك، و إذا تصرّف فى العين بهذه التصرفات المالكه و لا يمكن

ص: ١٦٦

١- (٥) شرح القواعد ٢/٢٨ و ٢٩.

٢- (٦) مستند الشيعة ١٤/٢٦١.

التراذ فتصير المعاطاه لازمه.

أمّا على القول بالملك لأنّ القدر المتيقن من الجواز الثابت بالإجماع هو عدم التصرفات المالكى و معها تخرج المعاطاه من القدر المتيقن و فيحكم بلزومها.

و على القول بالإباحه لأنّ الجواز مشروط ببقاء العين بعينها و مع هذه التصرفات يفقد الشرط بل أنّها فى حكم التلف كما اعترف به الشيخ الأعظم (١) رحمه الله فيحكم بلزومها.

و بعد الحكم بلزومها فإنّ رجوع العين إلى المتعاطى بالفسخ أو الإقاله أو معاوضه أخرى لا يخرجها عن اللزوم لأنّ بعد خروج المعاطاه عن الجواز إلى اللزوم، رجوعها مجددا إلى اللزوم يحتاج إلى دليل و هو مفقود.

و لا فرق فى ما ذكرناه بين عقدى اللزوم و الجائز لأنّ بعد هذا التصرف المالكى لم تبق العين بعينها فتصير المعاطاه لازمه، و كذا لا فرق بين العقد بالصيغه و المعاطاه لما ذكرنا.

و كذا لا فرق بين التصرفات الناقله للعين و غير ناقله لها كالإجاره و العاريه و الوديعه، لأنّ الأخير أيضا من التصرفات المالكيه فى العين و الفرق بين العين التى عقد عليها هذه العقود و غيرها واضح فلم تبق العين بعينها و لذا صار المعاطاه بها لازمه خلافا للمحقق النائينى (٢) رحمه الله حيث أنّه يرى فى التصرفات غير الناقله بقاء العين على حالها.

و كذا لا يجرى استصحاب جواز الرد الثابت قبل العقد للقطع بانقطاعه بالعقد فموضوعه معدوم، لا أنّ «الموضوع غير محرز» (٣) كما عليه الشيخ الأعظم رحمه الله و بما ذكرنا يظهر جواب السيّد الحكيم رحمه الله من بناء قول الشيخ على «أنّ المرجع فى تعيين موضوع

ص: ١٦٧

١- (١) المكاسب ٣/٩٩.

٢- (٢) منيه الطالب ١/٢٠٧.

٣- (٣) المكاسب ٣/٩٩.

الاستصحاب الدليل لا العرف و مع إجمال الدليل لا يحرز موضوعه»<sup>(١)</sup>، مع أنّ العرف أيضا لا يرى في المقام وحده الموضوع في القضيتين.

و العجب من شيخنا الأستاذ قدس سره حيث يقول: «المستصحب جواز الترادّ وضعاً أى نفوذ الترادّ و صحته، و عدم إمكان الترادّ قبل فسخ العقد اللازم لا يوجب ارتفاع هذا الجواز»<sup>(٢)</sup>. و لعله قدس سره تنبه على عدم تماميه كلامه فذكر بعده إشكال الشيخ الأعظم بأنّ الموضوع غير محرز في الاستصحاب و لم يرد عليه.

نعم، يمكن جريان الاستصحاب التعليقي - على القول به - بأنّ استحقاق أخذ العين عند كونها في ملك الطرف المقابل كان ثابتاً و هذا الاستحقاق التعليقي مستمر حتّى عند كون العين خارجه عن الملك و أثره أنّها إذا رجعت إلى الملك صار مستحقاً كما فسره في المقام المحقّق الإيرواني<sup>(٣)</sup> و العمده عدم جريانه.

و أعجب منه مقاله المحقّق الخراساني<sup>(٤)</sup> رحمه الله حيث جمع بين جواز رجوع المالك الأوّل الذي هو من المتعاطيين في الهبه التي و هبها المتعاطي الآخر، و بين عدم جواز ردّه للمعاطاه، و كذا حكم بإمكان الجمع بين العوضين في يد المالك الأوّل أحدهما بالمعاطاه و الآخر بالرجوع في العين الموهوبه، و لا يخفى ما في كليهما من التأمل.

و قد ناقشه تلميذاه المحققان النائيني<sup>(٥)</sup> و الإصفهاني<sup>(٦)</sup> رحمهما الله .

ص: ١٦٨

١- (٤) نهج الفقاهه ١٤٣/ طبع عام ١٤٢١ق.

٢- (١) إرشاد الطالب ٢/٩٣.

٣- (٢) حاشيته على المكاسب ٢/٨٨.

٤- (٣) حاشيه المكاسب ٢٥/.

٥- (٤) منيه الطالب ١/٢١٢.

٦- (٥) حاشيته على المكاسب ١/٢٢٦.

و كذا لا- ينقضى تعجبي ممّا نسب إلى المحقق العراقي رحمه الله من أنّه بنى كلام الشيخ «ولو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد... و عدمه... و جهان أجمدهما ذلك»<sup>(١)</sup> على إصالة اللزوم و قال: «و أمّا بناءً على ما اخترناه من إصالة الجواز، فلا ريب فى جواز التراد لأنّ الخروج عن الملك إنّما يمنع جواز الرجوع من جهة فقد الموضوع لا لضعف فى سلطنه الارتجاع، فإذا عادت العين إلى ملكه عادت سلطنه الارتجاع لأنها عين ما ملكه الباقي، مع بقاء سلطنه الارتجاع إنّما منع عن فعليتها خروجها عن ملكه، فإذا ارتفع المانع أثر المقتضى أثره»<sup>(٢)</sup>.

و الوجه فيه: بعد الحكم عليها باللزوم من أىّ جهة كانت، رجوع حكم الجواز عليها بأىّ وجه كان يحتاج إلى دليل و هو مفقود، مع الاعتراف بأنّ «الملك الحاصل بالفسخ لا- يعقل أن يكون شخص الذى زال بل هو شخص آخر» كما عليه المحقق الإيروانى<sup>(٣)</sup> رحمه الله فالحكم بلزومه يحتاج إلى دليل.

### و منها: لو باع العين ثالثاً فضولاً

تاره أجاز البيع المالك الأول الأصلي الذى منه ينتقل العين بالمعاطاه إلى الثانى، و أخرى أجازة المالك الثانى الذى تنتقل العين إليه، و الإجازتان تأتيان على قولى الملك و الإباحه فتصير الفروع أربعة:

الأول: أجاز المالك الأول على القول بالملك.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «لم يُبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته و سائر تصرفاته

ص: ١٦٩

١- (٦) المكاسب ٣/٩٩.

٢- (٧) حاشية المكاسب ١٥٢/ من تقرير المحقق العراقي بقلم آية الله الشيخ الميرزا أبو الفضل النجم آبادى.

٣- (١) حاشيته على المكاسب ٢/٨٨.

مراده نفى البعد عن صحه بيع الفضولى حينئذ لأن المالك الأول بإجازته للبيع الفضولى فسخ المعاطاه، و صار بنفسه مالكا للعين و لذا إجازته تكون نافذه، و كذلك ردّه.

و أمّا وجه البعد فى كلامه رحمه الله يمكن أن يقدر بوجهين:

أ: عدم الدليل على كون الإجازة فسخاً أو رجوعاً، بخلاف التصرفات الناقله من ذى الخيار، لأنه قد ثبت الدليل على أنها رجوع و الدليل هو الإجماع.

ب: أن الفسخ فى المعامله المعاطاتيه لابد أن يكون بترادّ العينين بخلاف الفسخ فى العقود، و من المعلوم إجازة بيع الفضولى ليس ردا للعين حتّى يصدق الترادّ.

ولكن يمكن أن يُناقشَ الوُجْهان:

أمّا الأول: فإنّ التصرفات المنافيه للمعاطاه تكون رجوعاً عند العرف و فسخاً عندهم. و أنت ترى بأنّهم لا يفرقون بين التصرفات الناقله من ذى الخيار أو فى المعاطاه من أنها رجوع فى الخيار أو المعاطاه و تكون رداً لهما.

و أمّا الثانى: فإنّ المعتبر فى الفسخ هو إمكان الترادّ لا الترادّ الخارجى و فى إجازة بيع الفضولى توسط المالك الأول يمكن الترادّ بالرجوع إلى العين إن كانت موجوده أو المثل و قيمه إن كانت مفقوده.

الثانى: أجاز المالك الثانى على القول بالملك.

قال الشيخ الأعظم: «نَفَذَ بغير اشكال»(٢).

أقول: لأنه مالك للعين حين وقوع العقد فينفذ إجازته و كذلك ردّه و تكون إجازته

ص: ١٧٠

١- (٢) المكاسب ٣/١٠١.

٢- (١) المكاسب ٣/١٠١.

كبيعه المباشري ملزما للمعاطاه، و أمّا ردّه فليس إلّا- هدمًا للعقد الفضولي فلا- تخرج المعاطاه من التزلزل إلى اللزوم. بخلاف إجازة المالك الأول أو ردّه لأنهما منه كانا فسحا للمعاطاه و كاشفّين عن الرجوع في المعاطاه بالدلاله الالتزاميه.

الثالث: أجاز المالك المبيح على القول بالإباحه

على القول بالإباحه، العين باقيه على ملك المالك الأول فينفذ إجازته و ردّه، و إجازته تكون رجوعا في المعاطاه و تدلّ على فسحها، لعدم الفرق بين إجازته و بيعه المباشري.

ثم هل يكون ردّه رجوعا عن المعاطاه أم لا-؟ قد يقال: بأنّ ردّ العقد الفضولي لا- يترتب عليه إلّا- بقاء ماله على ما كان عليه مملوكا له و هذا لا ينافي إباحته للمتعاطي فتبقى الإباحه على حالها.

ولكن ردّ المحقّق السيّد الخوئي هذه المقاله بقوله: «ولكن في هذا خلطا بين المعاطاه المقصود بها الإباحه و بين المعاطاه المقصود بها الملكيه مع ترتب الإباحه عليها بالتعبد، ففيما إذا أعطى المالك ماله و قصد به الإباحه لم يكن ردّ العقد الواقع عليها فضولاً- رجوعا عن الإباحه بخلاف إجازته. و أمّا إذا أعطى ماله قاصدا به التمليك فهو أجنبي عن ذلك المال في اعتباره، و الإباحه الشرعيه مترتبه على هذا الاعتبار حدودا و بقاءً، فمادام هذا الاعتبار كان باقيا فهو أجنبي عن المال، فليس له ردّ العقد الواقع عليه، فردّه يكشف بالدلاله الالتزاميه عن رجوعه في المعاطاه و إرجاع مملوكه إلى نفسه، فكان الرد كالأجازة في أنّه يكون رجوعا عن المعاطاه»(١).

الرابع: أجاز المباح له على القول بالإباحه

ص: ١٧١

إجازته نافذه و صح العقد الفضولى بها و كذلك صارت المعاطاه بها لازمه، لأنّ شأن الإجازة الصادره منه شأن البيع الصادر منه و لذا توجب لزوم المعاطاه. و أمّا ردّه فلا- يؤثر فى إبطال العقد الفضولى، لأنّه ليس له إلاّ جواز التصرف فيها دون ردّ العقد الواقع

عليها.

و بعبارة أخرى: مع ردّه لا يضاف العقد إليه و يجوز للمالك التصرف فى ماله بإجازته للعقد الفضولى و تكون هذه رجوعا عن المعاطاه.

و بالجملة يمكن التفصيل بين إجازة المباح له و ردّه بأنّ إجازته تصحح العقد ولكن ردّه لا يرده خلافا للشيخ الأعظم (١) و المحقق النائينى (٢).

و قال الشيخ الأعظم قدس سره فى الصورتين الأخيرتين ما نصه: «و ينعكس الحكم إشكالاّ و وضوحا على القول بالإباحه» (٣).

مراده: أنّ الاشكال يأتى فى الصورة الأخيره و هى إجازة المباح له، و هو عبارة عن استدعاء نفوذ إجازته، الملكيه أنا ما قبلها له و هذه الملكيه أيضا لا- تفيد على القول بأنّ الإجازة كاشفه و ليست بناقله لأنّ الملكيه أنا ما قبل الإجازة لا تصحح العقد الفضولى بناءً على أنّ الإجازة كاشفه - كما هو الصحيح - نعم تصححه بناءً على أنّ الإجازة ناقله.

و جوابه: ترتب الإباحه على المعاطاه لم يدل دليل لفظى عليها بل هو مقتضى الإجماع المدعى، و المتيقن منه هو ما قبل صدور العقد الفضولى المتعقب بإجازته، و فى غيره يتمسك بالاطلاقات الوارده و بها تثبت الملكيه من حين صدور العقد.

هذا كلّ على مبنى القوم و إلاّ على القول المختار فى المعاطاه من أنّ المعاطاه بيّع بلا

ص: ١٧٢

١- (١) المكاسب ٣/١٠١.

٢- (٢) المكاسب و البيع ١/٢٥٧.

٣- (٣) المكاسب ٣/١٠١.

فرق بينها وبين البيع باللفظ، فالمال ينتقل إلى الثاني وله الإجازة أو الرد في العقد الفضولي وليس لغيره، فإذا أجاز نفذو وإن ردّ المال، فهو باق على ملكه.

ثم قال الشيخ الأعظم: «و لكلّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر»<sup>(١)</sup>.

أقول: للمالك الأول ردّه - على قولي الملك والإباحة - و ردّه رجوع في المعاطاة.

و أما الثاني فله ردّه على القول بالملك لأنه مالك و له الإجازة و الردّ، و أما على القول بالإباحة فردّه يرد انتساب العقد الفضولي إليه ولكن يمكن للمبيح أن يجوّز العقد و لو بعد ردّه و هذا الأخير هو الفارق بيننا و بين الشيخ الأعظم كما مرّ.

ثم قال الشيخ الأعظم: «لو رجع الأول فأجاز الثاني، فأن جعلنا الإجازة كاشفه لغي

الرجوع و يحتمل عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً»<sup>(٢)</sup>.

أقول: لو رجع المالك الأول أو المبيح عن المعاطاة ولكن العقد الفضولي وقع قبل رجوعه ثم وقع الرجوع ثم أجازة الثاني فهل يؤثر الرجوع أو الاجازة؟

فليعلم بأنّ الفضولي قد يبيع الثمن و قد يبيع المثل، و الرجوع قد يقع من البائع و الإجازة من المشتري و أخرى بالعكس، فهذه أربعة فروع تارة وقع على القول بالملك و تارة وقع على القول بالإباحة فصارت ثمانية و الكل يقع على قولي الكشف و النقل فصارت ستة عشر.

في بعض الفروع لا بأس بالقول بالصحة نحو: إذا كان المبيع فضولاً هو المبيع معاطاه و الراجع هو المشتري و المجيز هو البائع، أو كان المبيع هو الثمن و الراجع هو البائع و المجيز هو

ص: ١٧٣

١- (٤) المكاسب ٣/١٠١.

٢- (١) المكاسب ٣/١٠١.



المشترى فلا إشكال في نفوذ الإجازة و صحه العقد لأنها تقع على ملك مالكة، و بلا فرق بين قولى الملك و الإباحه و كذا بلا فرق بين قولى الكشف و النقل فى الإجازة، فهذا حكم ثمانية فروع.

و بقيت ثمانية فروع محل البحث و هى: باع الفضولى المبيع فرجع البائع ثم أجاز المشتري، أو باع الفضولى الثمن فرجع المشتري ثم أجاز البائع على قولى الملك و الإباحه و كذا على قولى الكشف و النقل.

و أنت ترى بأن لا- فرق هنا بين قولى الملك و الإباحه و الحكم فيهما واحد ولكن الكلام كل الكلام يظهر فى الفرق بين قولى الكشف و النقل، لأنه لو رجع الأول ثم أجاز الثانى فلو جعلنا الإجازة كاشفه - بمعنى عدم دخلها فى العقد لكون السبب التام هو العقد بحيث كانت الإجازة طريقا صريفا إلى الواقع كالعلم كما يظهر من بعض نحو: سيد الرياض (1) و صاحب الجواهر (2) - لغى الرجوع لوقوعه فى ملك الغير ولو كان سابقا على الإجازة لتأخره عن السبب التام و هو العقد.

ولكن هذا المعنى من الكشف غير تام لأنه و إن كان محتملاً فى مقام الثبوت ولكن لا دليل عليه فى مقام الإثبات، و لأن هذا المعنى فى الكشف يتم إذا كان صدرت الإجازة من

المالك، لا- من كل أحد، و من المعلوم رجوع المالك الأول يرفع موضوع الإجازة من المالك الثانى فلا تكون إجازته صادرة من المالك.

ولكن لو جعلنا الإجازة كاشفه ولكنها بمعنى أنها دخيله فى تأثير الإنشاء السابق للعقد إما بنحو الشرط المتأخر أو بنحو القيديه على أن يكون المؤثر فى صحه العقد الفضولى

ص: ١٧٤

١- (٢) رياض المسائل ٨/٢٢٧.

٢- (٣) الجواهر ٢٢/٢٨٥ و ٢٨٧.

و ترتب الملكيه عليه هو الإنشاء السابق المقيّد بتعقب الإجازة، صارت الإجازة لاغيه لأنّ المالك الثاني قد انقطعت علاقته عن المال برجوع المالك الأوّل عن معاطاته.

ولو جعلنا الإجازة ناقله فلغويتها في المقام ظاهرٌ.

هذا كلّه في فرض تقدم الرجوع على الإجازة ولكنهما إذا تقارنا فأيهما يقدم على الآخر؟ لو قلنا بشمول الإجماع القائم على جواز المعاطاه حتّى في صورته رجوعه حال إجازة المالك الثاني فلا يبقى مجال لإجازة الثاني و الرجوع يقدم عليها، ولو قلنا بعدم شمول الإجماع في هذه الصورة كان الرجوع لاغيا و تقدم الإجازة.

و في فرض الشك في الشمول و عدمه حيث كان الإجماع دليلاً لبيّن، لا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو صورته عدم المقارنه بين الرجوع و الإجازة، ففي صورته المقارنه لا يجرى الإجماع و تقدم الإجازة حينئذ و لله الحمد.

### و منها: امتزاج إحدى العينين بغيرها

قال المحقّق الثاني في تعليقه على الإرشاد: «و مثله (أى في معنى التلف)... أو خلطت بما لا يتميّز معه» (١).

و نحوها في الميسيه (٢).

و قال ثاني الشهيدين: «لو اشتبهت بغيرها أو امتزجت بحيث لا يتميّز فإن كان بالأجود فكالتلف. و إن كان بالمساوى أو الأردأ احتمال كونه كذلك لامتناع الترادّ على الوجه الأوّل، و اختاره جماعة. و يحتمل العدم في الجميع لأصالة البقاء» (٣).

و علّق صاحب مفتاح الكرامه على قوله «و اختاره جماعة» بقوله: «لعلّه فهمه من

ص: ١٧٥

١- (١) حاشيه الإرشاد / ٣٣٤.

٢- (٢) كما نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٨.

٣- (٣) المسالك ٣/١٥٠.

إطلاقهم»(١). و هذا اشارہ على عدم وجود قائل صريح بهذا التفصيل من فقيه متتبع.

و نحوها في الروضه(٢) و كذا احتمل عدم إلحاق الامتراج بالتلف فيها.

و قال الشيخ جعفر: «و الحق به طحن الحنطه و مزجها مطلقا أو بالأجود دون الأدنى و المساوى... و أما المزج على وجه لا يتميز فلا يمكن ردّه بعينه و قبول الجميع فيه منّه و دخول مال الغير في ماله، من غير فرق بين الأجود و مقابلاته»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «ولو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد و يحتمل الشركه، و هو ضعيف. أمّا على القول بالإباحه، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به، نعم لو كان المزج مُلحقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف»(٤).

أقول: الامتراج لا بدّ أن يكون امتراجا عرفا و أمّا ما لم يكن كذلك ولو كان امتراجا عقلاً فلا عبره به نحو امتراج الاوراق النقديه، ثم الامتراج إمّا أن يكون بغير جنسه و إمّا أن يكون بجنسه، و الأوّل على القسمين تاره على وجه الاستهلاك كامتراج ماء الورد بالزيت، و أخرى على وجه لا يُعدّ تالفا كالخل الممتزج بالأنجيين.

الثانى: تاره يمتزج بالمساوى و أخرى بالأرادأ و ثالثه بالأجود.

فهذه موارد الامتراج الخمسه ذكرها الشيخ الأعظم في بحث خيار الغبن(٥)، و يأتى الحكم في كلّ منها على قولى الملك و الإباحه فى المعاطاه فصار عشره فروع.

ص: ١٧٤

١- (٤) مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٨.

٢- (١) الروضه البهيه ٣/٢٢٣.

٣- (٢) شرح القواعد ٢/٢٨ و ٢٩.

٤- (٣) المكاسب ٣/١٠١.

٥- (٤) المكاسب ٥/١٩٩.

و من المعلوم عند أهله أنّ البحث عن التغيير و الامتزاج يأتي في خمسة أبواب أقلّ: هنا و خيارا العيب و الغبن و الهبه و التفليس.

و الفقهاء حكموا بسقوط خيار العيب بالتغيير و المزج لأنّ المناط فيه بقاء العين بعينها كما تدل عليه صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا، فقال: إن كان الشيء قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب. (١)

و أنت تعرف بأنّ المناط مشترك بين المزج و التغيير فيسقط الردّ دون الأرش. و

الأصحاب الحقوا خيار الغبن و الهبه بخيار العيب و الأوّل يأتي حكمه مفصلاً في محلّه كالمُلحَق إن شاء الله تعالى فانظر.

و أمّا الهبه و إن كان نُسب (٢) إلى ظاهر المحقّق اختصاص سقوط الرجوع فيها بالتلف الحقيقي دون التغيير و الامتزاج لأنّه قال: «.. و إن كان اجنبياً فله الرجوع مادامت العينُ باقيةً فإن تَلَفَتْ فلا رجوع... و هل يلزم بالتصرف؟ قيل: نعم، و قيل: لا يلزم و هو الأشبه» (٣).

ولكن الظاهر الحاقهما بالتلف في الهبه أيضا لما ورد في صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع و إلّا فليس له. (٤)

ولكن في باب التفليس حكموا بأنّ التغيير و المزج لا يوجب سقوط حقّ صاحب العين عن عينه لأنّ المناط فيه وجود العين فما لم يطرأ عليها التلف فصاحب العين أحقّ بها و هما لا يخرجان العين عن امكان رجوع صاحبها إليها فلا يضرب مع الغرماء لما ورد في

ص: ١٧٧

١- (٥) وسائل الشيعه ١٨/٣٠، ح ٣، الباب ١٦ من أبواب الخيار.

٢- (١) الناسب هو المحقّق النائيني في منيه الطالب ١/٢١٧.

٣- (٢) شرائع الإسلام ٢/١٨٠ كتاب الهبات.

٤- (٣) وسائل الشيعه ١٩/٢٤١، ح ١، الباب ٨ من أبواب كتاب الهبات.

صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه، فقال: إذا كان المتاع قائما بعينه ردّ إلى صاحب المتاع و قال: ليس للغرماء أن يُحاصّوه»(١).

و نحوه صحيحه عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه؟ قال: لا يُحاصّ الغرماء.(٢)

نعم في بعض صور، باب التفليس خلافاً كما في المزج بالأجود عن الشيخ في الخلاف حيث قال: «إذا باع زيتا فخلطه المشتري بأجود منه ثم أفلس المشتري بالثمن سقط حقّ البائع من عين الزيت و...»(٣).

و تبعه العلامة في التذكرة و قال: «أن يمتزج بالأجود فالأجود فالأصح أنه يسقط حقه من العين و ليس إلا المضاربه بالثمن...»(٤).

ولكن المشهور باقون على جواز الرجوع في العين ولو مع التغيير و المزج في الجملة و

التفصيل يطلب من كتاب الحجر.

ثم التغيير و الامتزاج في المعاطاه هل يلحقان بخيارى العيب و الغبن و باب الهبه أو يلحقان بباب الحجر و التفليس؟ الظاهر لحوقهما بالأول و الحكم بلزوم المعاطاه و عدم جواز الردّ لأنّ على القول بالملك دليل الجواز هو الإجماع، و هو لا يأتي في صورته التغيير و الامتزاج و لأقل من الشك في إتيانه فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو فرض بقاء العين من دون تغيير و مزج.

ص: ١٧٨

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨/٤١٤، ح ١، الباب ١٥ من أبواب كتاب الحجر.

٢- (٥) وسائل الشيعة ١٨/٤١٥، ح ٢.

٣- (٦) الخلاف ٣/٢٦٦، مسأله ٦.

٤- (٧) تذكرة الفقهاء ١٤/١٥٢.

و على القول بالإباحه أيضا تَبَيَّنَتُ الإباحه الشرعيه فى المعاطاه بالإجماع فالكلام الكلام.

مضافا إلى قيام السيره القطعيه على عدم جواز الرجوع فى المعاطاه فى صورتى التغيير و الامتراج.

و بما ذكرنا يظهر وجه ضعف احتمال الشركه على القول بالملك كما ضعفه الشيخ الأعظم، و كذا عدم تماميه الشركه على القول بالإباحه الوارده فى كلامه قدس سره، و أما دليل الشركه على القولين فليس إلا السيره العقلانيه على تحقق الشركه عند حصول الامتراج بين العينين بحيث يمتنع تمييز إحداهما و إفرازها عن الأخرى بحسب العاده بلا- فرق فى جريان السيره بين الامتراج بجنسه أو بغيره و لم يثبت الردع الشرعى عنها، فهذه السيره العقلانيه مع عدم ورود الردع شرعا تثبت الشركه. ولكن مع ملاحظه ما ذكرناه لا يتم القول بالشركه فى المقام.

و كذا لا- تتم مقاله المحقق الخراسانى حيث يقول: «لو قيل بحصول الشركه بمجرد الامتراج، و إلا لم يمتنع الترادد لبقاء الأجزاء الممتزجه على ما كانت عليه من الملك أو الإباحه، لمن صارت إليه من المتعاطيين فيصح ردّها إلى من انتقل عنه. فتدبر جيدا»(١).

و فيه: أولاً: قد مرّ أنّا جريان السيره العقلانيه على تحقق الشركه عند حصول الامتراج بين العينين و عدم ورود الردع الشرعى، فما ذكره بعنوان القيل تمام و لكن فى غير المقام.

و ثانيا: و كذلك مرّ من أن ممّا يوجب لزوم المعاطاه عدم بقاء العين على ما هى عليه من الوصف كما فى خيار العيب و غيره، و ليس منحصرًا بخروج المال عن قابليه التملك.

ص: ١٧٩

قال ابن ادريس الحلى: «... و لكل واحد منهما أن يرجع فيما بذل لأن الملك لم يحصل لهما بشرط أن بقيا، فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أوّلاً فلا خيار لأحدهما...»(١).

يمكن حمل كلامه على صورته التغيير أو إطلاقه يشملها.

و قال المحقق الثانى فى تعليقه على الإرشاد: «و مثله (أى فى معنى التلف) لو تغيّرت من حاله إلى أخرى كالحنطة تُطحن أو اشتبهت بغيرها...»(٢).

و نحوها فى الميسيه(٣) بل الحقّ فيها بالتلف تغيير صفتها كخياطه الثوب و صبغه و قصره.

و قال الشهيد الثانى: «لو تصرف فيها تصرفاً غير ناقل للملك و لا جزء سببه فإن لم تتغير العين به عن صفتها - كالاستخدام [و الانتفاع بالأثناء] و لبس الثوب - فلا أثر له فى اللزوم، و إن أوجب تغييراً إلى حاله أخرى - كطحن الحنطة و صبغ الثوب - احتمال كونه كذلك لأصالة بقاء الملك مع بقاءه، و لزوم المعاطاه بذلك و به جزم بعض الأصحاب لما تقدم من امتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدد. و عندى فيه إشكال»(٤).

و احتمال عدم اللاحق بالتلف فى الروضه(٥).

و قال الشيخ جعفر: «... و الحقّ به طحن الحنطة... و خياطه الثوب و صبغه و قصره... و تغيير الصورة بطحن أو تفصيل أو خياطه أو صبغ و نحوها، لو دخل تحت الردّ

ص: ١٨٠

١- (١) السرائر ٢٥٠/٢.

٢- (٢) حاشيه الإرشاد ٣٣٤.

٣- (٣) كما نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٥٠٧ و ٥٠٨.

٤- (٤) المسالك ٣/١٥٠.

٥- (٥) الروضه البهيه ٣/٢٢٣.

جاءه ثبوت الضرر غالباً بتبديل الأوصاف و اختلاف الرغبات، نعم لو بقى الشئ على حاله و زاده حسنا بصقل أو إخراج غبار و رفع و سنخ و نحوها لم يكن فيه ذلك»(١).

و قال الشيخ الأعظم: «و لو تصرّف في العين تصرفاً مغيراً للصوره - كطحن الحنطه و فصل الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحه، و على القول بالملك ففي اللزوم و جهان مبيّان على جريان استصحاب جواز الترادّ و منشأ الاشكال أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيٌّ أو حقيقيٌّ»(٢).

أقول: قد ظهر مما ذكرناه في الامتراج أنّنا من أنّ دليل الجواز على قولى الملك و الإباحه الشرعيه هو الإجماع فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو عدم التغيير و القول باللزوم في صورته التغيير.

فالتغيير يلحق بالامتراج و هما هنا يلحقان بخيارى العيب و الغبن و الهبه كما مرّ في بحث الامتراج، و لا يلحقان بباب التفليس كما مرّ، فما ذكره الشيخ من الجواز على القول بالإباحه، و ابتناء المسأله على جريان الاستصحاب و عدمه على القول بالملك لا يتم.

لأنّ المراد بالإباحه هو الشرعيه منها لا- المالكيه فحينئذ لا بدّ من ملاحظه دليلها و هو الإجماع، و لا تبتنى المسأله على جريان الاستصحاب على القول بالملك لأنّ دليل الجواز أيضاً هو الإجماع و مع عدم إتيان الدليل في صورته التغيير فلا تصل النوبه إلى الاستصحاب حتّى نبحت في أنّ الموضوع فيه عرفي - كما هو الصحيح - أو حقيقي.

مضافاً إلى قيام السيره المستمره على اللزوم فيها في صورتى التغيير و الامتراج كما مرّ، و حيث أنّ الصورتين (التغيير و الامتراج) من سنخ واحد فلا نطيل الكلام فيهما و يظهر

ص: ١٨١

١- (٦) شرح القواعد ٢/٢٨ و ٢٩.

٢- (٧) المكاسب ٣/١٠١ و ١٠٢.



لك الحكم ممّا ذكرناه فى صورته الامتراج و الحمد لله.

## و منها: موت أحد المتعاطيين

هل المعاطاه على القول بجوازها تصير لازمه بموت أحد المتعاطيين؟ أم تبقى على جوازها و اختيارها يكون بيد الوارث؟!

قال الشيخ الأعظم: «ليس جواز الرجوع فى مسأله المعاطاه نظير الفسخ فى العقود اللازمه حتّى يورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداءً أو فى ضمن المعامله، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبه، و على القول بالإباحه نظير الرجوع فى إباحه الطعام...»(١).

أقول: الوارث يرث من مورثه ما تركه من حقّ أو ملك، و الجواز فى المعاطاه على القول بها لا يكون حقًا و لا ملكا بل يكون حكما شرعيًا و لذا لا- يورث، لأنّ الحكم الشرعى الجواز يختص بالمتعاطيين و انتقاله إلى ورثتهما يحتاج إلى دليل مفقود فى المقام و لذا يكون نظير الحكم الشرعى بالجواز فى الهبه.

ثم قد مرّ أنّ دليل الجواز فى المعاطاه على قولى الملك و الإباحه الشرعيه ليس إلّا

الاجماع، و الاجماع دليل لثبوت يؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو فرض نفس المتعاطيين و لا- يجرى فى حقّ ورثتهما و لأقل من الشكّ فيؤخذ بالقدر المتيقن منه و هما المتعاطيان أنفسهما فبموت أحدهما تصير المعاطاه لازمه.

مضافا إلى وجود السيره القطعيه على لزوم المعاطاه بموت أحد المتعاطيين على قولى الملك و الإباحه.

فظهر ممّا ذكرنا عدم صحه الفرق بين قولى الملك و الإباحه حيث يظهر من الشيخ

ص: ١٨٢

الأعظم الفرق بينهما، وكذا عدم تمامية القول بالإباحة المالكية، كما يظهر من تمثيل الشيخ في المقام حيث يقول: «و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام بحيث ينافي الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهه المالك باطنا لم يجر له التصرف»<sup>(١)</sup>. بل على القول بالإباحة ليست إلا- الشرعية منها. ولا يجرى استصحاب الجواز لأن المتيقن منه يكون راجعا إلى الميت لا وارثه، فالموضوع مغاير في قضيتي المتيقنه والمشكوكه ولذا لا يجرى الاستصحاب.

### و منها: جنون أحد المتعاطين

هل جنون أحدهما يلحق المعاطاه باللزوم؟ أم لا؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى جواز المعاطاه مع طرو الجنون ولذا قال: «ولو جنَّ أحدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين»<sup>(٢)</sup>.

ولكن ظهر ممّا ذكرنا أنّ دليل الجواز هو الاجماع والقدر المتيقن منه هو عدم طريان الجنون على أحدهما و معه يحكم باللزوم و ينتفى قيام وليه مقامه في الرجوع. قد طال بنا الكلام في التنبيه السادس من المعاطاه و تم و الحمد لله أولاً و آخراً.

### السابع: المعاطاه بيع - ولو بعد اللزوم - أو معاوضه مستقله؟

#### اشاره

إذا كانت بيعا تجرى في حقها أحكام البيع من الفسخ بالخيارات والإقالة ولو بعد اللزوم، وقد بحثنا في التنبيه الأول عن ترتب أحكام البيع على المعاطاه ولكن واعدنا لتفصيل بحث الخيارات إلى هنا، ولكن قبل الورود في البحث لابد من نقل كلام الشهيدين ثم تعليق الشيخ عليهما.

ص: ١٨٣

١- (١) المكاسب ٣/١٠٢.

٢- (٢) المكاسب ٣/١٠٢.

نقل السيد العاملي عن الشهيد أنه قال في حاشيته على القواعد: «إن المعاطاه

معاوضه برأسها إما لازمه و إما جائزه»(١). و قال العاملي: «و هل تصير بيعا على تقدير لزومها بأحد الوجوه أو معاوضه برأسها؟ ففي حواشى الكتاب أنها معاوضه برأسها إما لازمه و إما جائزه فقد جعلها أولاً و آخرها معاوضه على حده، و هو الظاهر من كلامهم»(٢).

و علق الشيخ الأعظم على كلام الشهيد: «الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحه و كونها معاوضه قبل اللزوم، من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الأخرى لكن لزوم هذه المعاوضه لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد أن يقول بالإباحه اللازمه، فافهم»(٣).

أقول: قد مرّ عدم انحصار العقود و الإيقاعات بما ذكره الأصحاب قديما و يمكن إحداث عقود حديثه نحو التأمين و تشملها الإطلاقات و العمومات كقوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(٤) و لذا يمكن جعل المعاطاه برأسها معاوضه مستقلة.

ولكن إن جعلنا الإباحه الوارده فى المعاطاه الإباحه المالكيه - كما هر ظاهر الشيخ الأعظم فى بعض كلماته - فإن لزومها من الإبتداء لا يلازم الملك، بخلاف الإباحه الشرعيه لأن اللزوم الإبتدائى فيها يلازم الملك، فلا بد من حمل الإباحه فى كلام الشيخ على مذهبه أى الإباحه المالكيه، لا الشرعيه منها. و نبه عليه شيخنا الاستاذ(٥) قدس سره .

ثم قال ثانى الشهيدين: «على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكوره، فهل تصير بيعا

ص: ١٨٤

١- (١) مفتاح الكرامه ٢/٥١١.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢/٥١١.

٣- (٣) المكاسب ٣/١٥٠.

٤- (٤) سوره المائده ١/.

٥- (٥) إرشاد الطالب ٢/١٠٠.

أو معاوضه برأسها؟ يحتمل الأول، لأنّ المعاوضات محصوره و ليست أحدها و كونها معاوضه برأسها يحتاج إلى دليل، و يحتمل الثاني لإطباقهم على أنّها ليست بيعا حال و وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف.

و تظهر الفائده في ترتب الأحكام المختصه بالبيع عليها - كخيار الحيوان - لو كان التالف الثمن أ و بعضه، و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثه من حين المعاطاه أم من حين اللزوم؟ كلُّ محتمل. و يشكل الأول بقولهم: «أنّها ليست بيعا، و الثاني بأنّ التصرف ليست معاوضه بنفسه. اللهم إلا أن تجعل المعاطاه جزء السبب و التلف تامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار

الحيوان هنا، بناءً على أنّها ليست لازمه و إنّما يتم على قول المفيد و من تبعه. أما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتفٍ»(١).

ثم علّق عليه الشيخ الأعظم(٢) بأنّ كلام ثاني الشهيدين يجرى على القول بالإباحه في المعاطاه، أمّا على القول بالملك حتّى المترزل و الجائر منه، يعدّ المعاطاه بيعا بلا إشكال عندهم و إذا لزمّت صارت بيعا لازما، و اختار قدس سره على القول بالإباحه أنّها بيع عرفي لم يصحّحه الشارع و لم يمضه إلا بعد التلف أو ما في حكمه، و بعده تترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من أول الأمر.

أقول: هذا الكلام من الشيخ الأعظم ظاهر في الإباحه الشرعيه - خلافا لبعضها الآخر الظاهر في الإباحه المالكيه كما مرّ في بحث الامتزاج و التغيير و موت أحدهما - و أنّ المعاطاه بيّع على القولين ولكن على القول بالملك قبل اللزوم و على القول بالإباحه بعده فيكون اللزوم على هذا القول الأخير كالتقابض في البيع الصرف فحيثئذ - أي حين اللزوم -

ص: ١٨٥

١- (١) المسالك ٣/١٥١.

٢- (٢) المكاسب ٣/١٠٤ و ١٠٣.

على القول بالإباحه و على القول بالملك من أول أزمته التعاطى يترتب عليها جميع أحكام البيع و من جملتها الخيارات هذا ما يستفاد من كلام الشيخ الأعظم.

### و أما جريان الخيارات فى المعاطاه

فإنه قبل ورود البحث لابد من التذكير بأن الخيارات على أقسام ثلاثه:

١- تاره يثبت الخيار فى البيع بالشرط الضمنى و الارتكاز العرفى من غير تصريح بالشرط فى ضمن العقد نحو خيارى العيب و الغبن و خيار تأخير الثمن.

٢- و أخرى يثبت فيه بالجعل و الاشتراط من قبل المتبايعين سواء كان شرط فعل على أحدهما أو اشتراط صفه فى أحد العوضين نحو خيارى الرؤيه و تخلف الوصف، و من البديهى عدم إمكان توقف أصل العقد على تحقق الشرط لأنه يستلزم التعليق فى العقود و هو مبطل اجماعا - على المشهور - و لذا يحكم بأن لزوم العقد متوقف على الوفاء بالشرط.

٣- و ثالثه يثبت الخيار فيه بالدليل الشرعى التعبدى نحو خيارى المجلس و الحيوان.

ثم من المعلوم جريان الخيارات فى المعاطاه على القول بأنّها بيع لازم، لأنها بيع و لذا تجرى جميع الخيارات فيها.

و عدم توهم جريانها فيها على القول بأنّها تفيد الإباحه المالكيه نحو: إباحه الطعام و

الألبسه و الأمكنه.

و أما على القول بأنّها معاوضه مستقله فيجرى القسم الأول و الثانى منها دون الثالث لانحصار دليلها بالبيع فقط.

و على القول بأنّها تفيد الإباحه الشرعيه أو الملك الجائز - أى المترزل - أيضا يجرى القسم الأول و الثانى منها لأن دليل القسم الأول يأتى فى جميع المعاملات و كذلك القسم الثانى يأتى حين الاشتراط و الجعل فى المعاملات بل القسم الثالث لأنّها بيع عرفا.

إن قلت: أثر الخيار هو جواز العقد و من المعلوم - على القولين أى الملكيه الجائزه و

الإباحه الشرعيه - تكون المعاطاه جائزه بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض.

قُلْتُ: قد مرَّ مِنَّا في التنبيه الأوَّل بأنَّ الجواز من ناحيه لا ينافي الجواز من ناحيه أُخرى كما يمكن أن تترتب على بيع عدّه من الخيارات، و تظهر الثمره في طرو إحدى الملزمات و مع طريانها صارت المعاطاه لازمه فتثمر جريان الخيارات، مع جواز أخذ الأرش في عدّه منها.

إن قُلْتُ: الظاهر من أدله الخيارات عموما و الخيارات المختصه بالبيع - نحو خيارى المجلس و الحيوان - خصوصا، اختصاصها بالعقود اللازمه من غير ناحيه هذا الخيار، فلا تشمل المعاطاه لأنّها الجائزه.

قُلْتُ: مضافا إلى ما مرَّ في الجواب عن الاشكال السابق، أنّها تختص بعقد لازم عند المتعاقدين و المعاطاه منها، و لا اللازم عند الشارع لأنّها حتّى في العقد اللفظى أيضا لا تتم لاجتماع الخيارات.

إن قُلْتُ: على فرض جريان الخيارات في المعاطاه، يمكن جريانها على القول بالملك ولو كانت الجائزه ولكن على القول بأنّها تفيد الإباحه الشرعيه فكيف يمكن جريانها فيها مع أنّها ليست إلا اباحه شرعيه و لكلّ منهما التصرف في مال الآخر فقط فكيف يمكن جريان القسم الثانى من الخيارات الثابته بالجعل و الشرط مع عدم لزوم المشروط، و كذلك القسم الأوّل منها لأنّها تثبت بالشرط الضمنى و الإرتكازى، و القسم الثالث أيضا دليله مختص بالبيع فقط فلا يجزى في الإباحه الشرعيه، فلا يجرى الخيارات بأثرها على القول بالإباحه الشرعيه.

قُلْتُ: قد مرَّ مِنَّا بأنَّ الجواز لا ينافى جريان الخيار و أنّ المعاطاه على القول بالإباحه الشرعيه أيضا معاوضه و معامله، مضافا بأنّ الإطلاقات الوارده في وجوب الوفاء بالشرط

تشمل المقام، و المعاطاه بيع عرفا و عند المتعاطيين فتجرى الأقسام الثلاثه من الخيارات

حتى على القول بأنها تفيد الإباحه الشرعيه.

و كذلك يجرى خيار تأخير الثمن أيضا فى المعاطاه على جميع الأقوال فيها لأنه قد مرّ فى التنبيه الثانى صحه المعاطاه و إن كانت من طرف واحد و مع عدم لحوق الثمن بها يجرى هذا الخيار.

و أمّا مبدأ خيارى المجلس و الحيوان هل يُحسب من مجلس إحدى الملزمات و يومها أو يُحسب من مجلس التعاطى و يومه، فالظاهر هو الثانى لأنه هو مبدؤها على جميع الأقوال فلا يلاحظ زمن طرو الملزمات.

و بما ذكرنا يظهر عدم تبنى جريان الخيارات على القول بأنّ اللزوم فيها حقّيّ و عدم جريانها على القول بأنّ اللزوم فيها حكميّ، لأنّ الخيار ثابت فيها حتى قبل اللزوم لعدم التنافى بينهما، هذا تمام الكلام فى جريان الخيارات فى المعاطاه و الحمد لله.

**الثامن: هل العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغه معاطاه؟**

**مسألتان لأبد من التنبيه عليهما ثم وجه الجمع بينهما:**

**أما الأولى منهما: المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان.**

فقد قال الشيخ فى المبسوط: «إذا باع عبدا بيعا فاسدا و أقبضه لم يملك و لم ينفذ عتقه و لاشيء من تصرفه من البيع و الهبه و الوقف و غير ذلك و يجب عليه ردّه و ردّ ما كان من نمائه المنفصل منه لأنّ ملك الأول لم يزل عنه فالتصرف فيه لا يصح و يلزمه ردّه على البائع لأنه ملكه و لا أثم عليه...»(١).

و قال فى غضب المبسوط: «... و جملته أنّ كلّ منفعه تضمن بعقد الإجاره فإنّها تضمن بالغصب كمنافع الدار و الدابّه و العبيد و الثياب المقبوض عن بيع فاسد فإنّه لا يملك

ص: ١٨٨

بالبیع الفاسد و لا ینتقل به الملك بالعقد و إذا وقع القبض لم یملك به أيضا لأنه لا دلیل علیه، و إذا یملك

به كان مضمونا...»(١).

و قال فی الخلاف: «إذا اشترى جاریه شراءً فاسدا ثم قبضها فاعتقها لم یملك بالقبض و لم ینفذ عتقها و لا یصح شیء من تصرفه فیها مثل البیع و الهبه و الوقف و غیر ذلك و یجب ردّها على البائع بجميع نمائها المنفصل منها... دلیلنا على ذلك: أنه إذا كان البیع فاسدا فملك

الأول باق لم یزل و إذا لم یزل فكلّ من تصرف فی ملكه بغير إذنه یجب أن لا یصح تصرفه لأنه لا دلیل على صحته»(٢).

و قال فیہ أيضا: «إذا اشترى جاریه بیعا فاسدا فوطأها فإنه لا یملكها و وجب علیه ردّها و علیه إن كانت بکرا عشر قيمتها و إن كانت ثوبا نصف عشر قيمتها... دلیلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم، فإنهم رووا ذلك منصوصا عن الأئمة علیهم السلام و إجماعهم حجه»(٣).

و قال فی غضب الخلاف: «المقبوض بیع فاسد لا یملك، و لا بالقبض. و به قال الشافعی، و قال أبوحنیفه: یملك بالقبض. دلیلنا: أنه لا دلیل على أنه یملك بهذا القبض، فمن ادعی ذلك كان علیه الدلاله، لأن الأصل أنه على ملك مالک»(٤).

و قال ابن ادريس الحلّی: «... لأنّ هذا بیع فاسد، و البیع الفاسد عند المحصلین یجرى مجرى الغصب فی الضمان...»(٥).

و قال المحقق: «ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملكه و كان مضمونا

ص: ١٨٩

١- (٢) المبسوط ٣/٦٤.

٢- (١) الخلاف ٣/١٥٨، مسأله ٢٥٠.

٣- (٢) الخلاف ٣/١٥٨، مسأله ٢٥١.

٤- (٣) الخلاف ٣/٤٠٣، مسأله ١٢.

٥- (٤) السرائر ٢/٢٨٥.



عليه»(١).

و قال فى غضب الشرائع: «لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمه و ما يتجدد من منافعه و ما يزداد من قيمته لزياده صفه فيه، فإن تلف فى يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه...»(٢).

و قال العلامة: «ولو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و ضمن»(٣).

و قال فى غضب القواعد: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمه و ما يتجدد من منافعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء و بدونه إشكال...»(٤).

و قال فى التذكرة: «البيع الفاسد لا يفيد ملكيه المشتري للمعقود عليه سواء فسد من

أصله أو باقتران شرط فاسد أو بسبب آخر ولو قبضه لم يملكه بالقبض، ولو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع و به قال مالك و الشافعى و أحمد...»(٥).

و قال فى نهج الحقّ و كشف الصدق: «ذهبت الإماميه إلى أنّ الشراء الفاسد لا يملك بالقبض و لا ينفذ عتقه لو كان عبداً أو أمه، و لا يصح شىء من تصرفه ببيع أو هبه أو غيرهما...»(٦).

و قال الشهيد الأئول: «حكم البيع الفاسد استرداد العوضين أو بدلتهما و لا يوجبه

ص: ١٩٠

١- (٥) الشرائع ٢/٧.

٢- (٦) الشرائع ٣/١٩٤.

٣- (٧) القواعد ٢/١٧.

٤- (٨) القواعد ٢/٢٣٨.

٥- (١) تذكرة الفقهاء ١٠/٢٩٠.

٦- (٢) نهج الحقّ و كشف الصدق ٤٨٥.

ايصال القبض و يرجع صاحب العين بمنافعها المستوفاه، فلو فاتت بغير استيفاء فوجهان...»(١).

و قال ابن فهد الحلبي: «إذا اشترى فاسدا لم يملك و كان لمالكة الرجوع فإن تعيب ضمن أرشه ولو زاد... اجماعا»(٢).

و قال المحقق الثاني: «لاريب أنه مضمون عليه(٣) كالصحيح لأنهما تراضيا على ذلك فيحكم عليه به فلو تلف بغير تفريط كان من ضمانه، و إذا علم بالفساد لم يجزله التصرف عندنا، لأنه فرع الملك و لم يحصل و كذا نقول في كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، كما أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده»(٤).

و قال أيضا في كتاب الغصب: «لاريب في أن البيع الفاسد مضمون لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده و ذلك لأنه إنما دخل على تملك العين في مقابل الثمن، فإذا كان العقد غير مملوك و جب رد كل من العوضين إلى مالكة فلو تعذر و جب بدله من الثمن أو القيمة لامتناع فوات العين و ما جعلت في مقابله»(٥).

و قال الشهيد الثاني: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد لأنه أقدم على أن يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به، و إن تلف بغير تفريط، و لقوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتى تؤدي(٦) و من القواعد المقرره في هذا الباب أن كل عقد يضمن بصحيحه

ص: ١٩١

١- (٣) الدروس ٣/١٩٤.

٢- (٤) المهذب البارع ٢/٣٦١.

٣- (٥) الزيادة من نقل مفتاح الكرامه ١٢/٥٣٨ و يقتضيها السياق.

٤- (٦) جامع المقاصد ٤/٦١.

٥- (٧) جامع المقاصد ٦/٣٢٤.

٦- (٨) عوالي اللآلي ١/٢٢٤، ح ١٠٦ و ١/٣٨٩، ح ٢٢ - سنن البيهقي ٦/٩٥.

يضمن بفاسده، و أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، و لا فرق - مع جهله - بين كون البائع عالماً بالفساد أو جاهلاً، مع احتمال عدم الضمان لو علم، لتسليطه على إتلافه، مع علمه بكونه باقياً على ملكه و كذا لو كان عالماً بالفساد. ولو كان البائع جاهلاً به و المشتري عالماً بالضمان أولى. و الأقوى ثبوته في جميع الصور، فيترادان العينين مع بقائهما و بدلتهما مع تلفهما، و يرجع صاحب المنافع المستوفاه بها. ولو فاتت بغير استيفاء فوجهان. ولو زادت العين فللمالك إلا أن تكون الزيادة بفعل الآخر جاهلاً فهي له عينا كانت كالصبيغ أو صفه كالصنعه»(١).

و قال في كتاب الغصب: «لاشكال في عدم ملك المشتري شراءً فاسداً لأنّ نقل الملك من مالك إلى آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع و حدود حدّها، فما لم يحصل فالملك باق على أصله. و تسميته على تقدير فساد الشراء مشترياً مجاز بحسب الصورة و إلا فالبيع حقيقه لا يطلق إلا على الصحيح.

و أمّا كونه مضموناً عليه فلائنه قبضه ليكون مضموناً عليه كذلك، و لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي و للقاعده المشهوره أنّ ما كان مضموناً بصحيحه يضمن بفاسده، و البيع لو صحّ انتقل ضمان المبيع إلى المشتري بمعنى كون تلفه من ماله فيكون في فاسده كذلك...»(٢).

و علّق فيه على قول المحقق: «و من الأسباب: القبض بالعقد الفاسد»(٣). بقوله: «هذا الثلاثة من جمله الأسباب للضمان بغير الغصب و الحكم في الأوّل منها موضع وفاق، لعموم: على اليد ما أخذت حتى تؤدي لأنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و المراد بالعقد

ص: ١٩٢

١- (١) المسالك ٣/١٥٤.

٢- (٢) المسالك ١٢/٢٢٢.

٣- (٣) الشرائع ٣/١٨٧.

هنا عقد البيع و نحوه من العقود اللازمه الموجهه لانتقال الضمان إلى القابض، لا مطلق العقد، فإنّ منه ما لا يضمن بصحيحه - كالتقراض و الوكاله و الوديعه - فلا يضمن بفاسده»(١).

و قال المحقّق السبزواری: «لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، لإنتفاء الأسباب المقتضيه للملك. و المقطوع به في كلام الأصحاب أنّه مضمون عليه لعموم: على

اليد ما أخذت حتّى تؤدّي و للقاعده المشهوره أنّ ما كان مضمونا بصحيحه يضمن بفاسده. و البيع لو صحّ انتقل ضمانه إلى المشتري بمعنى كون تلفه من ماله، فيكون في فاسده كذلك. و في التعليلين تأمل. و إن لم يثبت اجماع فيه كان للمأمل فيه مجال»(٢).

أقول: هذا كلّه في تطور المسأله الاولى و يأتي تفصيل أحكامها بعد أقل من مائه صفحہ ستأتي إن شاء الله (٣) فانتظر.

### و أمّا الثانيه منهما: و هو الإخلال بالشروط المعتبره في الصيغه جعل البيع معاطاه

فقد قال أبو الصلاح الحلّي: «فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع اختلال بعضها للراضى [للتراضى] دون عقد البيع و يصح معه الرجوع»(٤).

و قال أيضا: «و إن كان مع كون العقد فاسدا ممّا يصح التصرف فيه للتراضى فلكلّ منهما الرجوع بعين ما رضى بتسليمه خاصه، فإن هلكت العين في يد أحدهما لم يصح الرجوع»(٥).

ص: ١٩٤

١- (٤) المسالك ١٢/١٧٤.

٢- (١) الكفايه ٢/٤٥٣.

٣- (٢) راجع صفحہ \*\*\* من هذا المجلد.

٤- (٣) الكافي في الفقه ٣٥٣.

٥- (٤) الكافي في الفقه ٣٥٥.

و قال الشهيد الأوّل بعد نقل كلامه: «لعلّه أراد المعاطاه»<sup>(١)</sup>.

و قال المحقّق الثّاني في رسالته «صيغ العقود و الإيقاعات»: «... فلو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضي منهما كان معاطاه، لا يلزم إلاّ بذهاب أحد العينين و كذا القول في الإجاره و نحوها بخلاف النكاح و الطلاق و نحوهما فلا تقع أصلاً»<sup>(٢)</sup>.

و قال الشهيد الثّاني: «أنّها تفيد المعاطاه مع الإفهام الصريح»<sup>(٣)</sup>.

و قال الشيخ يوسف البحراني: «ولو ظن أنّ المالك رضى لهذا المال بالبدل المعلوم فهو راض بأن يتصرف فيه عوضاً عمّا في يده، فالأكل حينئذ ليس بالباطل، بل بالرضا فإنّه رضى بالتصرف فيه بأن يجوز له التصرف في بدله و قد جوز صاحبه ذلك و عرف كلّ واحد من صاحبه ذلك. فحينئذ يجوز تصرف كلّ واحد في بدل ماله و إن لم يكن بسبب البيع، بل

بسبب الإذن المفهوم مع البدل و كأنّه يرجع إلى المعاطاه و الإباحه مع العوض من غير بيع و لا- تجد منه مانعاً، غايه الأمر إنّه يكون لكلّ واحد الرجوع عن قصده الأوّل و أخذ ماله عينا و زياده»<sup>(٤)</sup>.

قال الشيخ جعفر: «... نعم، لو وقع العقد من كاملين لا- غيين به (أى بالعقد) قاصدين للمعاطاه أو الإباحه، جاءت أحكامها بتمامها»<sup>(٥)</sup>.

أقول: هذا الكلام غير فرعنا هذا.

و قال السيّد محمّد المجاهد: «إذا كان إيجاب البيع و قبوله بغير اللغه العربيه من الألفاظ

ص: ١٩٤

١- (٥) الدروس ٣/١٩٤.

٢- (٦) رساله صيغ العقود و الإيقاعات، المطبوعه في ضمن رسائل المحقّق الكركي ١/١٧٨.

٣- (٧) الروضه البهيه ٣/٢٢٥.

٤- (١) الحدائق ١٨/٤٦٧.

٥- (٢) شرح القواعد ٢/٣٥.

الفارسيه و غيرها فلا اشكال فى صحه البيع حينئذ و إفادته إباحه التصرف و نقل الملك بناءً على المختار من افاده المعاطاه ذلك لظهور عدم القائل بالفصل بين الأمرين و لفحوى مادلاً على إفاده المعاطاه أو عمومه الملك...»(١).

أقول: الانتقال إلى المعاطاه مطلقاً أى بلا فرق بين التقابض و عدمه لم يظهر من السيد المجاهد قدس سره .

و قال الفاضل النراقى: «على القول باشتراط الصيغه - كما هو المشهور - فهل هى شرط اللزوم خاصه، أو مع انتقال الملك أيضاً، أو هما مع إباحه التصرف؟ لا ينبغى الريب فى الإباحه بدونها للأصل و الإجماع و إذن المالك فى التصرف.

و القول بكونه بيعاً فاسداً مع شذوذه لا ينفى إلا الإباحه الشرعيه من جهه البيع لامطلقاً، مع أن حرمه التصرف فى المقبوض بالبيع الفاسد بجميع أفراده - حتى ذلك - لم تثبت. نعم، ينبغى تقييد إباحه التصرف من كلّ منهما بعدم قصده الرجوع بماله حال التصرف لأنه المعلوم من الإذن.

أمّا الأولان فيجب بناؤهما على كون المعاطاه و نحوها ممّا تجرد عن الصيغه بيعاً عرفاً و لغه، أم لا؟ فإن قلنا به - كما هو الحقّ - فالحقّ هو الأول لانحصار دليل اشتراط الصيغه عندهم حينئذ و تخصيص عمومات اللزوم بالاجماع، و انحصاره فى اشتراط اللزوم ظاهراً، أو مع بعض الظواهر الذى لا- تثبت منه حرمه التصرف بدون الصيغه، و تبقى عمومات حليه البيع خاليه عن المعارض فيصير البيع فى الشرع قسمين: لازم و جائز.

و إن لم نقل به فالحقّ هو الثانى، اذ تدلّ على اشتراط الصيغه حينئذ الأصول المتقدمه و هى جاريه فى نفى الملك.

ص: ١٩٥

و اطلاق القول بنقل الملك مع المعاطاه - تمسكا بأنه لولاه لما تحقّق الملك بالتلف - ضعيف جدًا»(١).

أقول: لم يظهر من الفاضل النراقي الانتقال إلى المعاطاه مطلقا.

ولكن سيد الرياض ناقشهم في الحاقه بالمعاطاه و قال: «و احتمال اللاحق بالمعاطاه في عدم لزوم قيمه الفائت و الاكتفاء عنها بالعوض المبدول بالرضا في المقابل كما في عبارته بعض الأصحاب غير جيّد بناءً على عدم الدليل على الاكتفاء بالعوض و لزومه بمجرد الرضاء السابق، بل يترتب على العقود الناقله بشرائط الصحه و هي هنا مفقوده. فإن تراضيا بالبدلين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما فلا- كلام فيما ذكره و إن انتفى فلاكتفاء بالرضاء السابق في لزومه يحتاج إلى التأمل، سيما مع العلم بأنّ المُنْشِئاً زعم صحه المعامله، فبعد كشف الفساد و عدم الرضاء بعده لم يكن هناك رضاء في الحقيقه، فلكلّ منهما الرجوع إلى المال أو بدله مع التلف فإن الناس مسلطون على أموالهم...»(٢).

و تبعه في الجواهر: «... نعم لو علم منهما ولو بالقرائن بعد ذكرهما العقد عدم إرادتهما ذلك بل قصد الإنشاء بتقابضهما و أراد حصول الملك أو الإباحه جرى عليه حكم المعاطاه، و كان خارجا عمّا نحن فيه»(٣).

فعلى هذا يكون صاحب الجواهر من القائلين بعدم تحقّق المعاطاه مطلقا.

### هاهنا فرعان، و كيفية الجمع بينهما

#### إشارة

أقول: هاهنا فرعان: الأوّل منهما إجماعى و هو أنّ المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان، و الثانى منهما: أنّ الاخلال بالشروط المعبره فى الصيغه يجعل البيع معاطاه كما ذهب إليه بعض الأصحاب، فكيف يمكن الجمع بين الفرعين؟

ص: ١٩٦

١- (١) المستند ١٤/٢٥٩.

٢- (٢) رياض المسائل ٨/٢٥٥.

٣- (٣) الجواهر ٢٢/٢٥٦.

قال السيد العاملي في وجه الجمع بين المسألتين: «موضوع المسألة ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة أو اشتبه الحال، وفي الظن في الرضا بدونه إشكال، فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن لترتبها على زعم الصحة، فكان التصرف حينئذ تصرفاً بغير إذن و أكل

مال بالباطل لانحصار وجه الحل في كون المعاملة بيعاً أو تجاره عن تراض أو هبه أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض، والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا البواقي للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المتقدم كالعدم. فإن تراضياً بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمر رضاهما فلا كلام في صحة التصرف بأي نوع اتفق سواء صحت المعاملة أو فسدت فإن ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء كما بينا ذلك في مبحث المعاطاه...»(١).

أقول: حاصل جمعه يرجع إلى أمرين و يحكم بصحة المعاطاه فيهما و هما:

الأول: تحقق المعاطاه بالتراضى الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقيده بصحة المعاملة.

الثاني: حصول المعاطاه بالتراضى الجديد الحادث بعد العقد و العلم بالفساد.

و استشكل عليهما الشيخ الأعظم(٢) قدس سره و رد:

الأول منهما: بأن التراضى الموجود حين العقد مقيّد بالتملك لا أنه مطلق، و من البديهي انتقاء المقيّد بانتفاء قيده، فبانتفاء التملك ينتفى التراضى.

و الثانى منهما: أنّ كلام الجماعة لا يقبل الحمل على التراضى الجديد و وقوع معاطاه جديده بالتقابض الواقع بعد العقد الفاسد. لأنّ كلامهم ظاهر فى حصول المعاطاه بنفس الصيغه الخاليه عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

ص: ١٩٧

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢/٥٣٩ و نقل عنه الشيخ فى المكاسب ٣/١٠٨.

٢- (٢) راجع المكاسب ٣/١٠٩.



قال: «يمكن أن يقال: أنّ الصيغه المفروضه، وإن لم تتضمن إلّا إنشاءً واحداً و المفروض فسادها للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلّا أنّ الصحه و الفساد لما كان من الأمور الإضافيه... كان فساد الصيغه المُنشأ بها التمليك بما هي عقد البيع، و لا يترتب عليها شيء مما يكون آثار العقد من اللزوم و غيره، لا ينافي كونها معاطاة و داخله في المسأله التي تكون معركه للآراء و صحاحه بما هو بيع عند بعض و اباحه عند الآخر إلى غير ذلك من الأقوال فيها، و الحكم بالضمان بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنه حكم اقتضائي لا فعلي، بمعنى أنّ قضيه فساده بما هو عقد، ذلك لو لم يجيء في البين الحكم بصحته بوجه آخر، أي بما هو بيع بغير العقد، و هذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في المقامين

فتفتن»(١).

و فيه: حمل الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد و هكذا فساد عقده بما هو معامله و معاوضه على الحكم الإقتضائي لغو محض، لأنّ العنوان الثاني و هو المعاطاه دائماً يكون موجوداً فيه، لا سيما إذا قلنا بأنّ العقد الفاسد حكمه حكم المعاطاه مطلقاً أي ولو لم يتحقق معه قبض أصلاً كما نسبه الشيخ الأعظم(٢) إلى ظاهر غير واحد من مشايخه المعاصرين له، و مع وجود المعاطاه دائماً في العقد الفاسد فلا تصل النوبه إلى الضمان أصلاً فجعل الحكم بالضمان ولو على نحو الحكم الإقتضائي يكون لغوا لعدم تحقق فعليته أصلاً. و هذا مراد شيخ مشايخنا المحقق النائيني(٣) في الردّ على المحقق الخراساني.

### ما هو المختار في المقام

إذا لم يتحقق القبض بعد الصيغه الفاسده فهذا خارج عن المعاطاه المصطلحه لعدم

ص: ١٩٨

١- (١) حاشيه المكاسب / ٢٤٠.

٢- (٢) المكاسب ٣/١٠٧.

٣- (٣) منيه الطالب ١/٢٢٨.

التقايض المعترف في المعاطاه، فلا بدّ من إخراجها من كلام الجماعة، و من هنا ظهر أنّ القول بأنّ الإنشاء القولي الغير الجامع لشرائط الصحة يرجع إلى المعاطاه مطلقا - أى سواء تحقق القبض أو لم يتحقق - فلا- وجه له لخروجه عن عنوان المعاطاه بالكليه.

و إن تحقق القبض و يكون بناؤهما على الإغماض عن الصيغه الفاسده و يريدان انشاء العقد مجددا بالفعل، فهذه الصوره تدخل في عنوان المعاطاه بلا ريب و تكون خارجه عن محط كلام الجماعة.

و إن تحقق القبض ولكن ليس بناؤهما على الاغماض بل أنّهما يقبضان وفاءً بما التزامه على البيع الفاسد بحيث لم يعلم منهما رضا بالتصرف في ماله. إلاّ الرضا المعاملى الذى كان في ضمن الإنشاء الفاسد و مقيدا به، فهذه الصوره ليست إلاّ المقبوض بالعقد الفاسد الذى هو موجب الضمان، و هذه أيضا خارجه عن موضوع البحث.

ولكن إن تحقق القبض و ليس بناؤهما على الاغماض بل أنّهما يقبضان لا بما أنّ القبض يكون وفاءً بل رضا جديدا يحصل لهما في أى حال و هذه الصوره هي محل كلام الجماعة.

ثم هذا الرضا تاره يكون حقيقيا كما لو علما بفساد الصيغه و مع ذلك رضيا

بالتصرف، و أخرى تقديرية كما لو جهلا به ولكن يظهر من حالهما أنّهما لو علما بفساد الصيغه لرضيا بالتصرف أيضا و يكون كالرضا من شاهد الحال في غير المقام.

و ادخال هذا في المعاطاه يتوقف على أمرين:

الأول: كفايه الرضا الشأني في صحه المعاطاه لصدق طيب النفس المعترف في أكل مال الغير و صرح بكفايته المحقق التستري في المقابس(1) و يمكن حمل كلام السيد العاملى: «فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاها...»(2) عليه.

ص: ١٩٩

١- (١) مقابس الأنوار / ١٣٨.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٢/٥٣٩.

الثانى: عدم اعتبار إنشاء عنوان العقود قولاً- و لا- فعلاً، بل كفايه مجرد وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر، بل يكفى قبض أحد العوضين. لا سيما فى المعاطاه، و السيره موجوده بالنسبه إليها لأنّ بناء الناس على أخذ المحقرات من دكاكين أربابها و وضعهم الفلوس فى الموضع المعدّ له، و على دخول الحمام و وضع الفلوس فى كوز صاحبه.

ولكن يمكن إن يناقش فى الأمرين:

أمّا الأوّل منهما: قد مرّ منّا عدم كفايه الرضا مطلقاً - أى سواء كان شائياً أو فعلياً - فى العقود و الإيقاعات و أنّها تحتاج إلى الإذن و الانتساب.

ثم، لو قلنا بكفايه الرضا الباطنى فى إباحه جميع التصرفات حتّى ما كان منها متوقفاً على الملك فكيف يتحقق الركن الآخر و هو الضمان بالمسمى و انتقال التالف إلى ملك من تلف فى يده؟ كما يتّيه عليه المحقّق النائينى. (١)

أمّا الثانى منهما: فمن الواضح أنّ العقود و الإيقاعات تكون من الأمور الإنشائيه و هى تحتاج إلى الإنشاء و إلا لا يتحقق فى الخارج، و الإنشاء كما يمكن أن يكون باللفظ يمكن أن يكون بالفعل و أمّا حدوثها من دون إنشاء فلا يمكن.

نعم: يمكن أن يكون إنشاؤها من طرف واحد بالخصوص مع تحقق الإنشاء العام من طرف آخر كما يمكن الذهاب إليه بالنسبه إلى أخذ المحقرات من دكاكين أربابها مع غيابهم و وضع الفلوس فى موضعها و على دخول الحمام و وضع الأجره فى كوز صاحبه و نحوها، و قد مرّ تفصيل هذا البحث فى التنبيه الثانى فراجع.

و بالجملة: الحكم بتحقق المعاطاه بمجرد الإخلال بالشروط المعتبره فى الصيغه

مشكل جدّاً.

ص: ٢٠٠

فصل: عقد البيع

اشاره

ص: ٢٠١



قبل الكلام فى عقد البيع لابدّ من البحث حول تماميه حدوث العقود بالألفاظ فقط، و عدم حدوثه إذا لم يكن هناك لفظ!؟ أو عدم تماميته، و لأجل ظهور هذا البحث لابدّ من تقديم أمور:

### تقديم أمور:

#### الأول: الأصل فى العقود هل هو الصّحّه أم الفساد؟

العقود و الإيقاعات أمور حادثه و مسبوقه بالعدم، كما أنّ نتائجها من الزوجيه و الملكيه و الفراق و نحوها أيضا منها، فإذا شك فى تحققها أو تحقق نتائجها يحكم بأصالة عدمهما بفسادها و عدم تحقق نتيجتها و هذا هو المراد من أصالة الفساد من العقود و الإيقاعات.

و إذا شككنا فى جزئيه شىء فى نفس الصيغه أو شرطيه لها أو مانعيته لها أو لترتب الأثر عليها فلا يجرى حديث الرفع فيها، لا لعدم جريانه فى الأحكام الوضعيه كما ذهب إليه جمع، و لا لعدم جريانه فى خصوص الجزئيه و الشرطيه و المانعيه بالنسبه إلى نفس التكليف أو متعلّق التكليف كما ذهب إليه السيد الخوئى (١) قدس سره ، لأننا نذهب إلى جريانه فى الأحكام الوضعيه مطلقا بلا فرق بين أن تكون مجعوله بنفسها كالملكيه و الزوجيه و الرقيه و نحوها، أو

ص: ٢٠٣

تكون راجعه إلى نفس التكليف نحو: الشرطيه و الجزئيه و السببيه و المانعيه بالنسبه إلى الوجوب، أو تكون راجعه إلى متعلّق التكليف نحو الشرطيه و الجزئيه و المانعيه بالنسبه إلى الواجب أو المأمور به أو المكلف به، فحديث الرفع يجرى في جميعها و التفصيل يطلب من علم الاصول.

ولكن مع ذلك كله لا يجرى في المعاملات بالمعنى الأعم بأسرها، لأنها تحتاج إلى إمضاء الشارع حتى تصحّ عنده و حديث الرفع غير ناهضٍ بإثبات تحقق الإمضاء فلا يمكن جريانه فيها و هذا هو سرّ عدم جريانه فيها.

قد يقال: فلماذا أجراه الإمام عليه السلام فيها لما ورد في صحيحه صفوان و البنزطى عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يُستَكْرَهُ على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله : وُضِعَ عن أمتي ما أكرهوا عليه و ما لم يطبقوا و ما أخطأوا. (1)

ولكن نقول: بأن الإمام أجرى حديث الرفع بالنسبه إلى نفي الحكم التكليفى لليمين و أنّ ليس عليه الوفاء به لأنّه مكره فجميع ما يحلف بها من الزوجيه و الرقيه و الملكيه باقيه على ما كانت عليها و لا يلزمه الوفاء به، و هذا غير جريانه في المعاملات.

و بما ذكرنا تظهر مواقع النظر في كلام المحقّق الإيروانى حيث يقول: «لا- مانع من هذه الأصاله بناءً على جريان البرائه في الأحكام الوضعيه كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عتاقه فينفي بأصاله عدم الوجوب و وجوب كلّ خصوصيه شك فيها بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب و عدم كونها من أجزاء السبب، و لا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقّق النقل و الانتقال، لأنّ هذا في مرتبه السبب و ذاك في

ص: ٢٠٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣/٢٢٦، ح ١٢، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

مرتبته المسبب، والاستصحاب إنما يقدم على إصالة البرائه حيث يكونان في مرتبه واحده»(١).

## الثاني: هل يجوز التمسك بالإطلاقات عند

الشك في صحه العقود والإيقاعات؟

بعد عدم جريان حديث الرفع في المعاملات و التمسك بأصالة عدم تحقق العقد و نتيجه و استصحاب عدمهما، هل يجوز التمسك بالعمومات أو الإطلاقات في مورد منها إذا فرض وجودها أم لا؟

نعم، يجوز التمسك بالإطلاقات و العمومات حيث ما وُجِدَتْ نحو قوله تعالى: «أحل الله البيع»(٢) أو قوله عليه السلام: «لكل قوم نكاح»(٣). حيث أنها مطلقه بالنسبه إلى أنكحه غير المسلمين من الإلهيين أو غيرهم. و بعد التمسك بالإطلاق تُنْفَى الجزئيه أو الشرطيه المشكوكه

أو المانعيه المتردده و يحكم بصحّه العقد و ترتب الأثر عليه.

و على هذا إذا وجد إطلاق أو عموم فهو مقدّم على أصالة عدم تحقق العقد و أثره لأنهما من التمسك بالدليل اللفظي و هو مقدّم على الأصل العملي كما هو الواضح.

## الثالث: هل العقود تحتاج إلى اللفظ و لا تحقق بدونه؟

قد يقال: بوجود الاجماع على أنّ العقود لا تتحقق من دون اللفظ(٤) أو أنّ العقود اللازمه لا تتحقق بدونه.(٥)

ص: ٢٠٥

١- (٢) حاشيته على المكاسب ٢/٩٥.

٢- (٣) سورة البقره ٢٧٥/.

٣- (٤) وسائل الشيعه ١٥/٨٠، ح ٢، و ١٧/٢٩٩، ح ٢، و ٢١/١٩٩، ح ٢.

٤- (١) كما عن ابن زهره في الغنيه ٢١٤/.

٥- (٢) كما عن المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥/٣٠٩.



ولكن يمكن أن نقول في الجواب: عدم امكان تحصيل هذا الاجماع فى كلمات القدماء من أصحابنا قدس سرهم و أما المتأخرون فلا عبره بإجماعهم - على فرض وجوده - لأن المسأله تكون من المسائل الاجتهاديه المستنبطه و ليست من الأصول المتلقاه من الأئمه المعصومين عليهم السلام فحينئذ ادعاء الإجماع فى المقام لا يغنى و لا يضمن من جوع.

و قد مرّ الكلام فى بحث المعاطاه من أن الروايات قاصره عن اثبات لزوم اللفظ فى العقود فراجع ما حررناه هناك.

نعم، العقود و الايقاعات تعدان من الأمور الإنشائيه، و الإنشاء يحتاج إلى ما يُنشأ به حتى توجد فى الخارج و ما يُنشأ به كما يمكن أن يكون من الألفاظ يمكن أن يكون من الأفعال، فالإنشاء يُوجد باللفظ و بالفعل فلا يتحقق باللفظ فقط بل يتحقق بالفعل أيضا كما باللفظ.

ثمّ بعض الأمور الإنشائيه لا تتحقق إلا باللفظ بل إلا بالصيغ الخاصه نحو: النكاح و الطلاق و الظهار و الإيلاء و اللعان.

فما ورد من الروايات بالنسبه إلى الأخرس و طلاقه يكون خلاف القاعده الأوليه لأنّ الطلاق معتبر فيه اللفظ الخاص، و الأخرس إن لم يتمكن من التكلم به ولكن يتمكن من التوكيل، و لذا لو كنّا و القاعده الأوليه لابد له من التوكيل ولكن النصوص وردت فى مباشرته للطلاق و نفوذ طلاقه كما ورد فى صحيحه البنظى أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأه يصمت و لا يتكلم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، و يعلم منه بغض لامرأته و كراهه لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب و يشهد على ذلك، قلت: أصلحك الله، فإنه لا يكتب و لا يسمع، كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف به من

أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها.(١)

و فى حسنه أبان بن عثمان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الخُرسِ (٢) قال: يلفُّ قناعها على رأسها و يجذبها.(٣)

و فى معتبره السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها و يعتزلها.(٤)

و نحوها خبر أبي بصير.(٥)

و كذا تحريك لسان الأخرس و إشارته يقومان مقام تلييته و تشهده و قراءته الصلاتيه كما فى معتبره السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تلييه الأخرس و تشهده و قراءته القرآن فى الصلاه تحريك لسانه و إشارته بإصبعه.(٦)

و لذا نأخذ بهذه النصوص و نحكم بنفوذ طلاقه، و بعدم الفرق بينه و بين النكاح فكذا نكاحه، و أمّا غيرها من العقود و الإيقاعات فحكم الأخرس مطابق للقاعده الأوليه من إنشائها بالفعل تصح منه و من غيره.

فحينئذ لا فرق بين الأخرس و غيره فى العقود و كذا المعاطاه فالتفصيل بينه و بين غيره كما يظهر من الشيخ الأعظم (٧) رحمه الله فى غير محلّه. لأنه قادر على إنشاء العقد ولكن

ص: ٢٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢/٤٧، ح ١، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٢- (٢) الخُرس: جمع الأخرس.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٢/٤٧، ح ٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٢/٤٨، ح ٣.

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٢/٤٨، ح ٥.

٦- (٦) وسائل الشيعه ٦/١٣٦، ح ١، الباب ٥٩ من أبواب القرأه فى الصلاه - و وسائل الشيعه ١٢/٣٨١، ح ١، الباب ٣٩ من أبواب الإحرام.

٧- (٧) المكاسب ٣/١١٨.

بالإشارة و كذلك هو قادرٌ على إنشاء المعاطاه بها و بفعله فلا فرق بينه و بين غيره فى المعاطاه.

و يؤيد ما ذكرنا من كفايه الإنشاء بالفعل ما ورد فى صحيحه الحلبي عن أبيعبدالله عليه السلام أنّ أباه حدّثه: أنّ أمامه بنت أبيالعاص بن الربيع و أمّها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و آله فتزوّجها بعد على عليه السلام المغيره بن نوفل، أنّها وجعت وجعا شديدا حتّى اعتقل لسانها فأتاها الحسن و الحسين عليهما السلام و هى لا تستطيع الكلام، فجعلا يقولان - و المغيره

كاره لما يقولان - : اعتقت فلانا و أهله؟ فتشير برأسها: أن نعم، و كذا و كذا، فتشير برأسها: نعم أم لا، قلت: فأجازا ذلك لها؟ قال: نعم. (١).

و كذا خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو إمراه فجعل أهاليهما يسأله: اعتقت فلانا و فلانا فيؤمىء برأسه أو تؤمى برأسها فى بعض نعم، و فى بعض: لا، و فى الصدقه مثل ذلك، أيجوز ذلك؟ قال: نعم جائز. (٢).

و كذا خبر محمّد بن جمهور عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إنّ فاطمه بنت أسد أمّ أميرالمؤمنين عليه السلام كانت أوّل امرأه هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله من مكه إلى المدينه على قدميها - إلى أن قال - و قالت لرسول الله صلى الله عليه و آله يوما: إننى أريد أن أعتق جاريتى هذه، فقال لها: إن فعلت أعتق الله بكلّ عضو منها عضوا منك من النار، فلما مرضت أوصت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و أمرت أن يعتق خادمها و اعتقل لسانها، فجعلت تؤمىء إلى رسول الله صلى الله عليه و آله إيماء فقبل رسول الله صلى الله عليه و آله وصيتها، الحديث. (٣).

و لذا ذهب المحقّق فى ظاهر عبارته فى النافع إلى الاكتفاء بالإشارة مع إمكان النطق و

ص: ٢٠٨

١- (١) وسائل الشيعة ٢٣/٨٠، ح ١، الباب ٤٤ من أبواب كتاب العتق.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩/٣٧٤، ح ٢، الباب ٤٩ من أبواب كتاب الوصايا.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩/٣٧٤، ح ٣.

قال: «و تكفى الإشارة الداله على القصد، و لا تكفى الكتابه ما لم تنضم القرينه الداله على الإراده»(١).

و قال فى الجواهر: «... لما ذكرناه من كفايه الفعل فى إجراء حكم الوصيه و إن لم يتحقق بذلك عقدها و أنه كالمعاطاه فى البيع»(٢).

#### الرابع: هل تتحقق العقود بالكتابه؟

على ما سلكناه من أن العقود تحتاج إلى ما تُنشأ به و هو يمكن أن يكون قولاً و صيغَةً و كذلك يمكن أن يكون فعلاً و عملاً و ثالثه يمكن أن يكون كتابَةً و خطأ، فحينئذ يجوز تحقق العقود و الإيقاعات بالكتابه إلاّ مادّلّ الدليل على لزوم التلفظ و النطق بها نحو: النكاح و الطلاق.

ولكن عند القوم العقود لا تتحقق إلاّ باللفظ و مع عدم التمكن من اللفظ نحو

الأخرس تتحقق بالإشاره و مع عدم التمكن منها تتحقق بالكتابه. فالكتابه عندهم تكون أدوّن من الإشاره و لذا قال فى المفتاح معلّقاً على قول العلّامه فى القواعد: «و لا تكفى الكتابه بدون الإشاره و اللفظ»، «قضيه مفهوم العبارة كفايه الكتابه فى العمل بها مع القرينه الداله على المراد و العجز عن النطق كالإشاره المفهمه و قد حكى الإجماع فى الإيضاح على ذلك، و فى التنقيح أنه لاخلاف فيه، و فى جامع المقاصد نفى الشك فيه و به صرح فى الجامع و التذكره فى موضعين منها و التحرير و التبصره و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروضه... و قد احتمل فى التذكره فى أول كلامه كفايه الكتابه مع القدره على النطق و هو الظاهر من عبارة النافع...»(٣).

ص: ٢٠٩

١- (٤) المختصر النافع / ١٦٣.

٢- (٥) الجواهر ٢٨/٢٤٦.

٣- (١) مفتاح الكرامه ٩/٣٧٩ من الطبعة الاولى.

و فى وصايا الجواهر: «ربّما ظهر من تقييد الاكتفاء بالعجز عدم الاكتفاء بها مع الاختيار، بل هو صريح المحكى عن الفاضل و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى و القطيفى بل عن السرائر نفى الخلاف فيه، نعم عن التذكرة احتمال الاكتفاء بها مع الاختيار فى أوّل كلامه بل لعلّه الظاهر من النافع و فى الرياض أنّه لا يخلو عن قوه مع قطعيه دلالة القرينه...»(١).

و قال الشيخ جعفر: «و العبارة السقيمه مقدّمه عليها (أى على الإشاره) و الكتابه مؤخره عنها»(٢).

ولكن علّق عليه صاحب الجواهر بقوله: «... بل لا يبعد أنّ المراد كل ما دلّ على المقصود غير اللفظ حتّى الكتابه التى قد صرح فى الاجتزاء بها حينئذ فى محكى التحرير و نهايه الأحكام و الدروس و غيرها... فما فى شرح الأستاذ من أنّ الكتابه قاصره عن الإشاره لا يخلو من نظر هذا»(٣).

أقول: دخول الكتابه فى الإشاره بعيد فى الغايه، لأنّهما شيان مختلفان حتّى عند عرف ذلك الزمان كما هو الواضح.

و قال الشيخ الأ-عظم قدس سره: «و الظاهر أيضا كفايه الكتابه مع العجز عن الاشاره لفحوى ما ورد من النص على جوازها فى الطلاق مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه، و أمّا مع القدره على الاشاره فقد رجّح بعض الاشاره و لعلّه لأنّها أصرح فى الإنشاء من الكتابه، و

فى بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس و إليه ذهب الحلّى(٤) رحمه الله هناك»(٥).

ص: ٢١٠

١- (٢) الجواهر ٢٨/٢٤٨.

٢- (٣) شرح القواعد ٢/١٨.

٣- (٤) الجواهر ٢٢/٢٥١.

٤- (١) السرائر ٢/٦٧٨.

٥- (٢) المكاسب ٣/١١٨.

يؤيد ما ذكرناه من تحقق العقود بالكتابه آيتها(١) الواردة في كتاب الله تعالى و هي أطول آيه.

و صحيحه البنزطى عن الرضا عليه السلام فى شأن الأخرس أنه قال فى حديث: ولكن يكتب و يشهد على ذلك، الحديث.(٢)

و معتبره يونس فى رجل أخرس كتب فى الأرض بطلاق امرأته، قال: إذا فعل فى قبل الطهر بشهود و فهم عنه كما يفهم عن مثله و يريد الطلاق جاز طلاقه على السنه.(٣)

و صحيحه إبيحزمه الثمالى قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إبنى امرأتى بطلاقها أو اكتب إالى عبدى بعته، يكون ذلك طلاقا أو عتقا؟ قال: لا يكون طلاقا و لا عتقا حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده و هو يريد الطلاق و العتق و يكون ذلك منه بالأهله و الشهود و يكون غائبا عن أهله.(٤)

أقول: تحمل الروايه على طلاق الغائب عن أهله و أمّا حملها على التقيه أو على التلفظ معها أو على حدوث علم الزوجه و العبد بالطلاق و العتق أو على الأخرس كما عن صاحب الوسائل فلا يتم. نعم يأتى منّا فى آخر البحث ما يفيد فى المقام فانتظر.

و فى معتبره سدير عن أبي جعفر عليه السلام قال: دخلت على محمد بن على، - ابن الحنفية - و قد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيه فلم يجب، قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خطّ بيدك، فخطّ وصيته بيده فى الرمل و نسخت أنا فى صحيفه.(٥)

ص: ٢١١

١- (٣) سورة البقره ٢٨٢/.

٢- (٤) وسائل الشيعه ٢٢/٤٧، ح ١، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٣- (٥) وسائل الشيعه ٢٢/٤٨، ح ٤.

٤- (٦) وسائل الشيعه ٢٢/٣٧، ح ٣، الباب ١٤ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥- (٧) وسائل الشيعه ١٩/٣٧٢، ح ١، الباب ٤٨ من أبواب كتاب الوصايا.

لم يذكر الصدوق سنده إلى عبدالصمد بن محمد في مشيخه الفقيه ولكن له سند آخر للرواية في كتابه كمال الدين (١) و كذا للشيخ سند لها في التهذيب (٢) و كلاهما معتبران. و سدير ذكره النجاشي (٣) في ترجمه ابنه الحسن و لم يطعن عليه فهو إمامي معتبر.

و حسنه ابراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتابا بخطه و لم يقل لورثته: هذه وصيتي، و لم يقل: إني قد اوصيت إلا أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر و غيره (٤).

نعم، قد مرّ في أول البحث أنّ بعض العقود لا تتحقّق إلاّ باللفظ و منها: الطلاق لما ورد في صحيحه زراره قال: سألته عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعق مملوكه و لم ينطق به لسانه، قال: ليس بشيء حتى ينطق به (٥).  
و وَرَدَ في خبر زراره (٦) أيضا.

و كذا ورد في صحيحته الأخرى قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو بعق غلامه ثم بدا له فمحاها، قال: ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتى يتكلم به (٧).

فكل ما ثبت بالدليل خروجه فهو و إلاّ تتحقّق العقود بالكتابه و الله العالم.

ص: ٢١٢

١- (٨) كمال الدين / ٣٦.

٢- (٩) التهذيب ٩/٢٤١.

٣- (١٠) رجال النجاشي / ٦٢، الرقم ١٤٦.

٤- (١) وسائل الشيعة ١٩/٣٧٢، ح ٢.

٥- (٢) وسائل الشيعة ٢٢/٣٦، ح ١.

٦- (٣) وسائل الشيعة ٢٣/٨١، ح ١، الباب ٤٥ من أبواب كتاب العتق.

٧- (٤) وسائل الشيعة ٢٢/٣٦، ح ٢.

**١- اشارة**

قد عرفت أن العقود و الإيقاعات تكون من الأمور الإنشائية و هي لا تتحقق إلا بما يُنشأ به، و قد مرّ أنّ ما يُنشأ به كما يمكن ان يكون قولاً- و لفظاً و صيغه كذلك يمكن أن يكون فعلاً و عملاً، و كذلك يمكن أن يكون كتابه و سطراً، ولكن في الجميع لابد أن يكون ما ينشأ به العقد أو الإيقاع صريحا أو ظاهرا عرفا في ذاك العقد أو الإنشاء، بحيث يتميز عن غيره فمادام لم يكن صريحا أو ظاهرا عرفا في العقد لا يتحقق ذلك.

نعم، يمكن تعيين الظهور و تصريح بالقرائن المقاليه و الحاليه في تمييز عقد عمّا سواه.

و بما ذكرنا نستغنى من البحث حول ماده الصيغه و هيئتها و ترتيبها و أنها بأجمعها موكل إلى العرف و تعيين الظهور إلا ما ورد من الشرع تحديدها نحو صيغ النكاح و الطلاق و الظهار و الإيلاء و اللعان و أنها لا تتحقق إلا بالصيغ الخاصه.

**٢- ثم لابد من التنبيه على فروع:**

**اشاره**

**الإختلاف في تعيين الموجب و القابل**

ذهب الشيخ الأعظم (١) رحمه الله فيه إلى الحكم بالتحالف و عدم ترتب الآثار المختصه بالبائع و المشتري عليهما.

و فيه: الآثار إمّا مترتب على عنوان البيع نحو خيار المجلس أو على عنوان المشتري فقط كخيار الحيوان فإنّه مختص به على المشهور.

ولو فرض وجود أثر على عنوان البائع فلا بدّ من تعيين المدعى و المنكر على موازين القضاء للمدعى البيه و اليمين على من أنكر و لا تصل النوبه إلى التداعي و التحالف.

و أمّا ما قد يقال: من أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و استدل له

ص: ٢١٣



بالإجماع و مرسله عوالى اللآلى عن النبى صلى الله عليه و آله أنه قال: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه(١) و خبر عقبه بن خالد فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غدا إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه.(٢) فهذه ثمره تترتب على عنوان البائع.

فلا- يتم، لأنّ الاجماع مدركى و المرسله لا- يمكن الاستدلال بها و الخبران ضعيفان سنداً و لا-يجبر ضعف سندهما بعمل الأصحاب، لعدم استناد عملهم بهما لوجود السيره القطعيه عند العقلاء بتسليم الثمن و المثلن فى المعاملات و القبض و الإقباض فمادام لم يتحقق القبض فإن تلف فهو من مال صاحبه الأول و هذه السيره تجرى فى ناحيه البائع كما تجرى فى ناحيه المشتري بالنسبه إلى الثمن. فلا تترتب هذه الثمره على عنوان البائع خاصه.

### هل تعتبر العربيه فى العقد؟

المحكى عن السيد عميد الدين: «يشترط فى سائر العقود و النذور و العهد و اليمين وقوعها باللفظ العربى»(٣).

و اعتبرها الفاضل المقداد(٤)، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد(٥) و رساله صيغ

العقود(٦) و حاشيه الارشاد(٧)، و الشهيد الثانى فى الروضه(٨).

ص: ٢١٤

- ١- (٢) عوالى اللآلى ٣/٢١٢، ح ٥٩ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣/٣٠٣، ح ١، الباب ٩ من أبواب الخيار.
- ٢- (٣) الكافى ٥/١٧١، ح ١٢.
- ٣- (٤) الحاكى عنه هو الشهيد فى حواشيه على القواعد كما فى مفتاح الكرامه ١٢/٥٢٣.
- ٤- (٥) التنقيح الرائع ٢/١٨٤، كنزالعرفان ٢/٧٢.
- ٥- (٦) جامع المقاصد ٤/٥٩.
- ٦- (١) رساله صيغ العقود ١٧٨، المطبوعه فى المجلد الأول من رسائل المحقق الكركى.
- ٧- (٢) حاشيه الارشاد ٣٣٥/ المطبوعه فى المجلد التاسع من حياه المحقق الكركى و آثاره.
- ٨- (٣) الروضه البهيه ٣/٢٢٥.

و استدلل لها المحقق الثاني في حاشيه الارشاد و جامع المقاصد بالتأسي، و زاد في الأول ب- «أن إيقاع العقد بلفظ غير الماضي غير صحيح مع أنه عربي اتفاقا فغير العربي بطريق أولى»(١).

و فيه: أولاً: نعم، الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله أنشأ العقود بالعريه ولكن من جهه أنها لسان قومه كما هي كذلك في محاوراته و محادثاته.

و ثانيا: لو كانت العريه معتبره لظهرت و بانث لأن الناس يُتَّبَلُونَ بها أكثر من ابتلائهم بالصلوات الخمس.

و ثالثا: سيأتى منا عدم اعتبار الماضيه في العقود، و منع الأولويه في المقام لأن من الممكن أن غير العريه يكون صحيحا ولكن العريه بغير الماضي لم تكن صحيحه، و يمكن ان يقال: «إذا لم يكن قادرا على الماضي يجوز بغير العريه و لا- يجوز بغير الماضي» كما في مفتاح الكرامه(٢).

و رابعا: شمول عمومات و مطلقات العقود و وجوب الوفاء بها للعقد غير العربي.

و خامسا: ولو قلنا باعتبار العريه فإنما تكون مع قدره و أمّا مع العجز فتجوز بغير العريه كما قطع به الأصحاب ولو بالتعلم بلامشقه و لا فوت غرض مقصود كما تبّه عليه الفاضل الإصبهاني(٣) رحمه الله .

نعم، في صيغ النكاح الإجماع على عدم الصحه بغير العريه مع قدره كما عن الشيخ

ص: ٢١٥

١- (٤) حاشيه الارشاد / ٣٣٥.

٢- (٥) مفتاح الكرامه ١٢/٥٢٧.

٣- (٦) كشف اللثام ٧/٤٧.

فى المبسوط (١) و العلامه فى التذكره (٢)، و خالفهم ابن حمزه فى الوسيله (٣) و ذهب إلى

استحباب العربيه فيه.

و أما العربى الملحون من حيث الماده أو الهيئه أو الإعراب بناءً على القول باعتبار العربيه، فإنّ العربيه الصحيحه المتيقنه تكون من أسباب النقل و الانتقال و أما الملحونه فلا، فلا يصحّ إنشاء العقود بها.

إمّا بناء على ما اخترناه من جواز إنشاء العقود بكلّ ما يُنشأ به فلا بدّ من التفصيل بين ما يعدّ فى العرف أيضا غلطا فلا يصحّ الإنشاء به و بين ما يعدّ غلطا بحسب القواعد العربيه فقط ولكن العرف يستعملونه فيتمّ الإنشاء به.

و بالجملة فالأمر فى العربيه الملحونه مُؤكّل إلى العرف و أنّه يحكم بغلطها أو لا يراها غلطا و فى الأخير يصحّ الإنشاء به.

ثم هل المعتبر - على فرض اعتبارها - عربيه الصيغه فقط فيصحّ نحو: بعتك - اين كتاب را به فلان مقدار - أو لا يُد أن يكون الجميع بالعربيه!؟

الظاهر كفايه صحه العقد بعربيه صيغتها، أما سائر متعلقاتها فيجوز فيها غير العربيه لعدم احتمال أن يكون اللفظ غير العربى مخللاً بصحه العقد، و يدلّ على ما ذكرنا عدّه من الروايات.

منها: صحيحه اسماعيل بن عبد الخالق (٤) و صحيحه العلاء (٥).

ص: ٢١٤

١- (٧) المبسوط ٤/١٩٤.

٢- (٨) تذكره الفقهاء ٢/٥٨٢ من طبع الحجرى.

٣- (٩) الوسيله ٢٩١/١.

٤- (١) وسائل الشيعه ١٨/٥٣، ح ١٤، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

٥- (٢) وسائل الشيعه ١٨/٦٣، ح ٥، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

و بهما تحمل صحيحه الحلبي(١) و خبر جراح الملائي(٢) و معتبره حنان بن سدير(٣) على الكراهه، و الله العالم.

### هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغه تفصيلاً؟

جهله بها يتصور على القسمين:

الأول: أن يكون المنشىء جاهلاً بمعنى الصيغه و مضمونها راساً بل ربما يكون المرتكز في ذهنه غير ما يفهمه أهل اللغة و العالمون بها فحينئذ لا يصح الإنشاء بها للإخلال بقصد الإنشاء فلا يتحقق الإنشاء لأنه لا يدري معنى الصيغه حتى يقصد الإنشاء بها.

الثاني: المنشىء يعلم إجمالاً معنى الصيغه ولكنّها جاهل بها تفصيلاً - أى لا يدري وقوع أى جزء منها بإزاء أى جزء من معناها - فهو لا يدري كيفيه الدلاله، فحينئذ يجوز الإنشاء بها لعدم الدليل على اعتبار العلم التفصيلى بمعنى الصيغه و لقيام السيره القطعيه على الصحه فى هذا الفرض، لأنّ لا يطلع على المعنى التفصيلى إلاّ الأفاضل. و لم يثبت أى ردع بالنسبه إلى جريان العقود و الإيقاعات توسط عموم الناس الغافلين من كيفيه الدلاله و معانى المفردات.

و من هنا ظهر عدم ابتناء المسأله على اعتبار العرييه فى الصيغه كما هو ظاهر الشيخ الأعظم رحمه الله حيث يقول: «الظاهر هو الأول (أى اعتبار العلم التفصيلى) لأنّ عرييه الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب...»(٤).

بل الظاهر ايتان النزاع حتى على القول بجواز إنشاء الصيغ بغير العرييه و لذا اعترض

ص: ٢١٧

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨/٦١، ح ١.

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٨/٦٢، ح ٢.

٣- (٥) وسائل الشيعه ١٨/٦٣، ح ٣.

٤- (١) المكاسب ٣/١٣٧.

عليه الفقيه اليزدي بقوله: «... بل يكفي الإيتان بالصيغه الصحيحه بقصد الإنشاء مع العلم بها بأنها لإنشاء البيع أو غيره، وإن لم يفهم المعنى تفصيلاً و لم يميز بين الخصوصيات، حتى بالنسبه إلى النكاح أيضا فتدبر»(١).

### اشترط الماضيه في الصيغ

ذهب إلى الاشتراط ابن حمزه في الوسيله(٢) و المحقق في الشرائع(٣) و العلامه في التذكره(٤) و التحرير(٥) و المختلف(٦) و القواعد(٧) و الإرشاد(٨) و ولده في شرحه(٩) و الشهيد في الدروس(١٠) و اللمعه(١١)، و الفاضل المقداد في التنقيح(١٢)، و المحقق الثاني في جامع المقاصد(١٣) و صيغ العقود(١٤) و حاشيه الإرشاد(١٥)، و الشهيد الثاني في المسالك(١٦) و

ص: ٢١٨

- ١- (٢) حاشيته على المكاسب ١/٤٢٤.
- ٢- (٣) الوسيله ٢٣٧.
- ٣- (٤) شرائع الإسلام ٢/٧.
- ٤- (٥) تذكره الفقهاء ١٠/٨.
- ٥- (٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٥.
- ٦- (٧) مختلف الشيعه ٥/٥٣.
- ٧- (٨) قواعد الأحكام ٢/١٧.
- ٨- (٩) إرشاد الأذهان ١/٣٥٩.
- ٩- (١٠) نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٥٢.
- ١٠- (١١) الدروس الشرعيه ٣/١٩١.
- ١١- (١٢) اللمعه الدمشقيه ١٠٩.
- ١٢- (١٣) التنقيح الرائع ٢/٢٤.
- ١٣- (١) جامع المقاصد ٤/٥٩.
- ١٤- (٢) رساله صيغ العقود ١٧٧/ المطبوعه في ضمن المجلد الأول من رسائل المحقق الكركي.
- ١٥- (٣) حاشيه الإرشاد ٣٣٥.
- ١٦- (٤) المسالك ٣/١٥٣.

الروضه (١)، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان (٢)، و الفيض الكاشاني في المفاتيح (٣) فهذا هو المشهور بين الأصحاب كما في الأخيرين.

ولكن نُسب الخلاف إلى القاضي ابن البراج في كتابيه: قال في الكامل: «لو قال المشتري: بعني هذا، فقال البائع: بعتك، انعقد» (٤).

و قال في المهذب: «لو قال المشتري: بعني هذا، فيقول البائع: بعتك، صح» (٥).

و استدل لهم: بأن الماضي صريح في الإنشاء بخلاف الأمر و المضارع، لأنَّ الأمر استدعاء و المضارع أشبه شيء بالوعد.

و أنَّ الإنشاء بغير الماضي خارج عن العقود المتعارفه فلا تشمله العمومات.

و أنَّ الاجماع قائم على عدم جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر كما تبّه عليه في التذكرة (٦) بالنسبه إلى الأوّل فقط.

و استدل على عدم الاشتراط: صدق عنوان العقد على المنشأ بالمضارع و الأمر فيكون مشمولاً للاطلاقات و العمومات.

و أنّهما يكونان صريحين في الإنشاء بالقرائن المقاليه أو الحاليه كما أنَّ الماضي كذلك بهما.

و الاجماع المُدعى لا يفيد شيئاً لأنه مدرَكٌ و مدركه هو الوجوه الاعتباريه التي

ص: ٢١٩

١- (٥) الروضه البهيه ٣/٢٢٥.

٢- (٦) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٤٥.

٣- (٧) مفاتيح الشرائع ٣/٤٩.

٤- (٨) نقل عنه العلامة في مختلف الشيعه ٥/٥٣.

٥- (٩) المهذب ٢/٣٥٠.

٦- (١٠) تذكرة الفقهاء ١٠/٨.

ذكرها.

وقد ورد في عدّه من الروايات الإنشاء بصيغه المضارع أو الأمر:

منها: صحيحه رفاعه النَّخَّاس. (١)

و منها: موثقه سماعه. (٢)

و منها: موثقه أخرى له. (٣)

و منها: موثقه عثمان بن عيسى و مضمرة. (٤)

و منها: خبر عبدالله بن سليمان. (٥)

و منها: خبر أبان بن تغلب. (٦)

و منها: خبر هشام بن سالم الجواليقي. (٧)

و منها: خبر الأحول و هو محمّد بن علي بن النعمان مؤمن الطاق. (٨)

و منها: صحيحه ثعلبه بن ميمون. (٩)

و منها: موثقه أبي بصير. (١٠)

ص: ٢٢٠

- 
- ١- (١) وسائل الشيعة ١٧/٣٥٣، ح ١، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.
  - ٢- (٢) وسائل الشيعة، ١٧/٣٥٣، ح ٢.
  - ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧/١٥٨، ح ٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.
  - ٤- (٤) وسائل الشيعة ١٧/١٥٨، ح ٣.
  - ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧/١٥٩، ح ٦.
  - ٦- (٦) وسائل الشيعة ٢١/٤٣، ح ١، الباب ١٨ من أبواب المتعه.
  - ٧- (٧) وسائل الشيعة ٢١/٤٥، ح ٦، وسائل الشيعة ٢٠/٢٦٤، ح ١٠، الباب ١ من أبواب عقد النكاح.
  - ٨- (٨) وسائل الشيعة ٢١/٤٤، ح ٥.
  - ٩- (٩) وسائل الشيعة ٢١/٤٣، ح ٢.
  - ١٠- (١٠) وسائل الشيعة ٢١/٤٤، ح ٤.

و لا- يضر إضمار هاتين الأخيرتين مضافا إلى جلاله راوِيَيْهِمَا و أَنَّهُمَا لا يَنْقَلان إِلَّا من الإمام عليه السلام ، لأنَّ الكلام في جواز إنشاء العقود بصيغته المضارع و أَنَّهُمَا - أى ثعلبه و أبابصير - أنشأ أعقد النكاح بالمضارع و لا يمكن لأحد أن يقال أَنَّهُمَا لا يعلمان إنشاء عقد المتعه.

فتلك عشره كامله من الروايات - و الباحث يجد أكثر منها - فيما يدل على جواز إنشاء العقود بصيغتي المضارع و الأمر، لأنَّ خبر الأحوال ورد بصيغته الأمر.

## تقديم الإيجاب على القبول

### إشاره

هل يعتبر الترتيب بين الإيجاب و القبول بتقديم الأوّل؟

نسب الشهيدان في غايه المراد(١) و المسالك(٢) إلى الشيخ في الخلاف دعوى الاجماع على الاعتبار فلا بدّ من ملاحظه كلامه.

قال الشيخ في الخلاف: «إذا قال: بعنيه بألف، فقال: بعثك لم يصح البيع حتّى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت أو قبلت... دليلنا: إنّ ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به و ما ادعوه لا دلالة على صحته و الأصل عدم العقد، و من ادعى ثبوته فعليه الدلاله»(٣).

أقول: و أنت ترى عدم وجدان الاجماع في كلامه قدس سره على اعتبار التقديم إنّما قال بأنّ العقد لو وقع إيجابه أوّلاً ثم قبوله، الكلّ يقول بانعقاده و هذا البيان صحيح منه ولكنّه لن يدعى الاجماع في المقام و لذا قال في المفتاح بالنسبه إلى ادعاء اجماع الخلاف: «و هو وهم قطعاً لأنّي تتبعت كتاب البيع فيه مسأله مسأله و غيره حتّى النكاح فلم أجده ادعى ذلك و إنّما عبارته في المقام توهم ذلك المستعجل... إلّا أن يريد أنّه استدلّ بأنّه مجمع عليه»(٤).

ص: ٢٢١

١- (١١) غايه المراد ٢/١٦.

٢- (١٢) المسالك ٣/١٥٣.

٣- (١) الخلاف ٣/٣٩، المسأله ٥٦.

٤- (٢) مفتاح الكرامه ١٢/٥٢٩.



قال فى بىع المبسوط: «عقد النكاح ىنعقد بالإيجاب و القبول سواء تقدم الإيجاب فقال [كقوله] زوّجتك بنتى، فقال، قبلت النكاح أو تأخر الإيجاب كقوله: زوّجنى بنتك، فقال: زوّجتك، بلاخلاف.

فأما البىع فإن تقدم الإيجاب فقال: بعتك، فقال: قبلت، صحّ بلاخلاف، و إن تقدم القبول فقال: بعنيه بألف فقال: بعتك، صحّ، و الأقوى عندى أنه لا يصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت. فإذا ثبت هذا فكلّ ما يجرى بين الناس إنّما هو استباحات و تراض دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً...»(١).

ولكن قال فى نكاح المبسوط: «... فإذا تعاقدنا فإن تقدم الإيجاب على القبول، فقال: زوّجتك، فقال: قبلتُ التزويج صحّ، و كذلك إذا تقدم الإيجاب فى البىع على القبول صحّ بلاخلاف.

و أمّا إن تأخر الإيجاب و سبق القبول، فإن كان فى النكاح فقال الزوج: زوّجتها، فقال: زوّجتكها صحّ، و إن لم بعد الزوج القبول بلاخلاف، لخبر سعد الساعدى قال الرجل زوّجها يا رسول الله صلى الله عليه و آله ، فقال: زوّجتكها بما معك من القرآن، فتقدم القبول و تأخر

الإيجاب، و إن كان هذا فى البىع، فقال بعنيها، فقال: بعتكها صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين، و قال قوم منهم لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب»(٢).

و أنت ترى بأنّ الشيخ عدل فى باب النكاح عمّا ذهب إليه فى باب البىع من المبسوط و الخلاف من لزوم تقدم الإيجاب على القبول فى البىع فقط و قال: «صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين».

ص: ٢٢٢

١- (٣) المبسوط ٢/٨٧.

٢- (١) المبسوط ٤/١٩٤.

و الحاصل: اعتبار الترتيب بين الإيجاب و القبول هو مذهب الشيخ في الخلاف(١) و بيع المبسوط(٢)، و خيره ابني حمزه و ادريس في بيع الوسيله(٣) و السرائر(٤)، و عدّه من الأقوى العلامه في التذکره(٥) و من الأشهر في المختلف(٦) و نجله في الإيضاح(٧) كما هو ظاهر شرحه على الإرشاد(٨)، و كذا ظاهر الشهيد في غايه المراد(٩) و كذا عدّه من الأقوى الفاضل المقداد في التنقيح الرائع(١٠)، و المحقق الكركي في جامع المقاصد(١١) و في صيغ العقود(١٢) ذهب إلى أنّه الأصح، و في حاشيته على الإرشاد على أنّه الأظهر(١٣)، و ذهب الشيخ جعفر على أنّه الأشهر و الأظهر في شرحه على القواعد(١٤).

و أمّا عدم الاعتبار فهو مذهب جماعه كما هو المنقول(١٥) عن القاضي ابن البراج و

ص: ٢٢٣

- ١- (٢) الخلاف ٣/٣٩.
- ٢- (٣) المبسوط ٢/٨٧.
- ٣- (٤) الوسيله ٢٣٧/.
- ٤- (٥) السرائر ٢/٢٥٠.
- ٥- (٦) تذکره الفقهاء ١٠/٨.
- ٦- (٧) مختلف الشيعه ٥/٥٢.
- ٧- (٨) ايضاح الفوائد ١/٤١٣.
- ٨- (٩) نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٢٩.
- ٩- (١٠) غايه المراد ٢/١٦.
- ١٠- (١١) التنقيح الرائع ٢/٢٤.
- ١١- (١٢) جامع المقاصد ٤/٦٠ و ١٢/٧٤.
- ١٢- (١٣) صيغ العقود ١٧٧/ المطبوعه في ضمن المجلد الأول من رسائل المحقق الكركي.
- ١٣- (١٤) حاشيه الإرشاد ٣٣٥/.
- ١٤- (١٥) شرح القواعد ٢/١٩.
- ١٥- (١٦) الناقل هو العلامه في المختلف ٥/٥٢.

عدّه المحقق في الشرائع (١) من الأشبه، و ذهب العلامة في نهايه الأحكام (٢) أنه الأقوى و في

التحرير (٣) أنه الأقرب، و تنظر في الاشتراط في القواعد (٤) و الإرشاد (٥) و تبعه الشهيد في الأقربيه في الدروس (٦)، و في اللمعه (٧) ذهب إلى عدم اعتبار الاشتراط و إن كان تقديمه أحسن، و عدم الاعتبار هو اختياره في حواشيه على القواعد (٨). و صاحب الميسيه (٩) ذهب إلى أنّ عدم الاشتراط هو الأقوى و كذا الشهيد الثاني في المسالك (١٠)، و في الروضه (١١) ذهب إلى عدم الاشتراط و إن كان تقديم الإيجاب أحسن، و المحقق الأردبيلي ذهب إلى أنه الأظهر في مجمع الفائده و البرهان (١٢)، و المحقق السبزواري على أنه الأقرب في الكفايه (١٣). و كذا الفقيه المتتبع السيد العاملي في مفتاح الكرامه (١٤). و كلّ هذه المنقولات منه قدس سره .

و هو ظاهر السيد ابن زهره في الغنيه لأنه لم يتعرض لهذا الاشتراط، و نحوه في

ص: ٢٢٤

- ١- (١٧) الشرائع ٢/٧ و ٢/٢١٧.
- ٢- (١٨) نهايه الأحكام ٢/٤٤٨.
- ٣- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٥.
- ٤- (٢) قواعد الأحكام ٢/١٧.
- ٥- (٣) إرشاد الأذهان ١/٣٥٩.
- ٦- (٤) الدروس الشرعيه ٣/١٩١.
- ٧- (٥) اللمعه ١٠٩/ و ١٨٤.
- ٨- (٦) نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٣١.
- ٩- (٧) نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٥٣١.
- ١٠- (٨) المسالك ٣/١٥٤.
- ١١- (٩) الروضه البهيه ٣/٢٢٥.
- ١٢- (١٠) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٤٥.
- ١٣- (١١) الكفايه ١/٤٤٩.
- ١٤- (١٢) مفتاح الكرامه ١٢/٥٣١.

و ذهب بعض إلى التفصيل بين النكاح و غيره من العقود فيجوز فيه دون غيره كما يظهر من الشيخ في بيع المبسوط (١) و ابن حمزه في الوسيله (٢) و يمكن استفاده هذا التفصيل من كلام فخر المحققين في ايضاح الفوائد (٣)، و نسب السيد محمد العاملى - صاحب المدارك - عدم اشتراط تقديم الإيجاب فى النكاح إلى المشهور بين الأصحاب فى كتابه نهايه المرام (٤).

و ذهب بعض إلى التفصيل بين القبول بلفظ قبلت و نحوه و غيره فجوز التقديم فى الثانى دون الأوّل كما يظهر من الشهيد الثانى فى المسالك (٥) و المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائده و البرهان (٦).

فهذه أربعه أقوال فى المقام.

### أدله الأقوال

يمكن أن يستدل للترتيب بوجوه:

الأوّل: أصاله عدم تحقّق العقد و عدم تحقّق الآثار المترتبه عليه و منها النقل و الانتقال إلاّ بما ثبت من الأدله، و ليس إلاّ ما قدّم فيه الإيجاب.

الثانى: أدله وجوب الوفاء بالعقود تنصرف إلى ما كانت منها مرتبه بين الايجاب ثم القبول و العكس ليس مشمولاً لأدلتها فلا يصحّ.

ص: ٢٢٥

١- (١٣) المبسوط ٢/٨٧.

٢- (١٤) الوسيله ٢٣٧/ و ٢٩١.

٣- (١٥) ايضاح الفوائد ١/٤١٣.

٤- (١٦) نهايه المرام ١/٢٦.

٥- (١) المسالك ٣/١٥٤.

٦- (٢) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٤٦.

الثالث: القبول هو انفعال - أى مبنى على كون الفعل صادرا من آخر حتى يتحقق الانفعال - فلو قَدّم القبول لزم البناء على أمر لم يتحقق.

و يمكن أن يستدل لعدم اعتبار الترتيب بوجه تظهر منها المناقشه فى أدله الترتيب:

الأول: اطلاق أدله وجوب الوفاء بالعقود الشامل لصورتي التقديم و التأخير و الأصل عدم التقييد.

الثانى: الروايات الواردة فى بيع العبد الآبق(١)، و بيع المصحف(٢)، و بيع الثمر(٣) و صيغه المتعه(٤) التى مرّ بعضها فى البحث عن الماضويه تدلّ على جواز تقدّم القبول.

الثالث: ما ورد فى جواز جعل المهر تعليم شىء من القرآن نحو: صحيحه محمّد بن مسلم(٥) و مرسله سهل بن سعد الساعدي(٦) التى رواها العامه(٧).

و يستفاد من الروايتين أحكام أربعة:

أ: جواز تقديم القبول على الإيجاب.

ب: جواز وقوع القبول بلفظ الأمر.

ج: جواز الفصل بين الإيجاب و القبول.

د: جواز جعل المهر تعليم شىء من القرآن.

ولكن استفاده الثلاثه الأول منهما مبنيّه على أنّ الإيجاب قوله صلى الله عليه و آله : «زوّجْتُكها» و

ص: ٢٢٤

١- (٣) وسائل الشيعة ١٧/٣٥٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- (٤) وسائل الشيعة ١٧/١٥٨، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٨/٢١٩، ح ١، موثقه سماعه، الباب ٣ من أبواب بيع الثمار.

٤- (٦) وسائل الشيعة ٢١/٤٣، الباب ١٨ من أبواب المتعه.

٥- (٧) وسائل الشيعة ٢١/٢٤٢، ح ١، الباب ٢ من أبواب المهور.

٦- (٨) عوالى اللالكى ٢/٢٤٣، ح ٨ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٥/٦١، ح ٢.

٧- (٩) صحيح البخارى ٤/١٩٢، ح ٤٧٤٢، سنن البيهقى ٧/٢٤٢.

القبول قول الصحابي: «زوّجنيها» قبلها بفصل غير قصير كما فهمه جمع (١).

ويمكن أن يستدل للتفصيل بين النكاح وغيره من العقود بأنّ النص ورد فيه كما في صحيحه محمّد بن مسلم و مرسله سهل الساعدي المذكورتين، و أمّا في غيره من العقود فيتمسك بالأصل من لزوم اشتراط الترتيب.

إن قلت: إذا قبلت تقديم القبول على الإيجاب في النكاح فيجوز في غيره من العقود إمّا لوجود الإجماع المركب بعدم القائل بالفرق بين النكاح وغيره، و إمّا بالأولوية القطعية إذ من المعلوم أنّ الاحتياط في أمر الفروج أزيد من غيره و إذا صحّ العقد فيه، ففي غيره بطريق أولى.

قلت: يمنع وجود الإجماع المركب صحّ القائل بالفصل - كما مرّ القائل به - و يمنع أيضا الأولوية بأنّ الإيجاب في النكاح إنّما هو في طرف المرأه و هي تستحي غالبا فالمناسب تقديم القبول و لعلّ السر فيه مراعاة الحياء - كما عن الفاضل المراغي (٢) - و هو غير موجود في الأبواب الأخر.

ويمكن أن يستدل للتفصيل بين القبول بلفظ قبلت و رضيت و بين غيره نحو تزوّجت و اشتريت و ابتعت، بأنّ كلمه القبول و ما بمعناه صريحه في الانفعال أعني أنّه مبنئ على كون الفعل صادرا من الآخر أوّلاً ثم القبول و إلّا لزم البناء على أمر لم يتحقّق.

و بعبارة أخرى: كلمه القبول و ما بمعناه صريحه في البناء على أمر سابق فاستعمالها فيما لم يقع بعد مستبعد راجع إلى استعمال المجاز البعيد، بل ولو أبقى معناه على ما هو عليه لزم إرادته المحال، فأمره دائر بين إرادته المحال أو المجاز البعيد و كلاهما ممّا لا يصح فلا يجوز تقديمه.

ص: ٢٢٧

١- (١) راجع مصباح الفقاهه ٣/٥١.

٢- (٢) هو السيّد المير عبدالفتاح الحسيني المراغي المتوفى عام ١٢٥٠ من تلاميذ الشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء في كتابه «العناوين» ٢/١٧٠.

و أما ما عداه فلا صراحه فيه فى هذا المجال فلو أبقي على معناه صار كالإيجاب، ولو

صُرف عن معناه - أيضا - إلى القبول لم يكن بعيدا عن معناه. (1)

### فذلكه كلام الشيخ الأعظم فى المقام و نقده

قسّم صيغه القبول باعتبار ألفاظها إلى ثلاثة أقسام:

الأول: إذا وقع القبول بلفظ قبلت و رضيت و نحوهما لم يجرز تقديمه على الايجاب، للإجماع، و أنّ العمومات محموله على العقود المتعارفه و أنه ليس منها، و أنّ القبول فرع الايجاب و ليس مجرد الرضا به حيث يمكن تعلق الرضا بالأمر المتأخر بل المراد منه الرضا بالاييجاب المتضمن لآثار العقد نحو نقل المال من الموجب إلى القابل نقلاً فعليا و هذا المعنى لا يتحقق إلا بتأخر الرضا عن الايجاب، و السرّ فى ذلك أنّ كلمه قبلت و أشباهها قد اخذ فيها مفهوم الإنفعال و المطاوعه و لا يتحقق ذلك فى الخارج إلا بتأخره عن الايجاب.

وفيه: أوّلاً: الاجماع المدعى غير تام و قد عرفت الأقوال فى المسأله و وجود المخالف و على فرض تماميته أنه مدركى و ليس مدركه إلا هذه الوجوه الاعتباريه المردوده.

و ثانيا: لا وجه لحمل العمومات أو الاطلاقات على العقود المتعارفه بل هما تشملان المتعارفه و غير المتعارفه.

و ثالثا: المتحصل من كلمات أهل اللغه و العرف أنّ العقد لا يوجد إلا بين شخصين سواء كان الصادر منهما مركبا من الايجاب و القبول أو مركبا من الايجابين فقط، و الاطلاقات و العمومات تشملهما. و لذا يمكن أن يعدّ القبول المقدم ايجابا من صاحبه فيدخل فى تركيب العقد من الايجابين.

ص: ٢٢٨

و لذا نص الشهيد الثانى (1) فى مقامات عديده أنّ القبول المقدم يكون فى معنى الايجاب.

و رابعا: لو سلمنا احتياج العقد إلى القبول و سلمنا أيضا أخذ الانفعال و المطاوعه فى مفهوم القبول، ولكننا لا نسلم استحاله تقدم القبول على الايجاب لأنّ القبول تاره يتعلق بالمعنى المصدرى أعنى به إنشاء البائع، القول بالاستحاله يمكن أن تأتى هنا، و أخرى يتعلق باسم المصدر أعنى به نفس الأثر المترتب على العقد مع قطع النظر عن اضافته إلى طرف الآخر فحينئذ يمكن القول بتحقيق القبول قبل الايجاب لأنّ مفهوم الانفعال و المطاوعه هو الأخذ و يصدق عليه أنه أخذ المبدأ - و هو العقد الخاص كالنكاح أو البيع - و صح العقد نحو

قوله: قبلت و رضيت بأن أكون زوجا لك و أن تكونى زوجة لى، أو قبلت و رضيت مالك بمالى و نحوها.

و عليه فلا محذور من جهة تحقق الانفعال و المطاوعه فى تقدم القبول فى العقود أصلاً.

و خامسا: كل من المتعاقدين متساويان فى إحداث العقد، فكل من بدأ بالإحداث قاصدا ذلك صح، سواء سمّيته قبولاً أو ايجاباً لأنّ القبول بهذا المعنى ايجاب كما مرّ و عموم أدله العقود يشمله كما نص عليه الفاضل المراعى (2) و قد مرّ من ثانى الشهيدين أنّفا.

الثانى: إذا وقع القبول بلفظ الأمر نحو: بعنى أو زوجنى بتتك و أمثالها لم يجز أيضا تقديمه على الايجاب لأنه استدعاء و ليس بصيغه القبول، مضافا إلى اعتبار الماضويه فى العقود كما عليه جماعه.

و فيه: أولاً: قد مرّ عدم اعتبار الماضويه فلانعيد.

ص: ٢٢٩

١- (٢) راجع المسالك ٣/١٥٤ و ٧/٩٥ - الروضه البهيه ٥/١١٠.

٢- (١) العناوين ٢/١٧٣.



و ثانيا: يمكن أن تُعدَّ صيغته الأمر بالقرائن الحالية و المقاليه قبولاً بالنسبه إلى العقد كما هو الحال فى صيغه الماضى.

و ثالثا: أدل دليل على إمكان الشىء وقوعه و قد مرّ بعض الروايات الوارده فى تقدم القبول بصيغه الأمر نحو: خبر الأحوال مؤمن الطاق(١) و صحيحه محمّد بن مسلم(٢) و مرسله سهل الساعدى(٣).

الثالث: إذا وقع القبول بلفظ اشترت و ابتعت و ملكت - مخففا - يجوز تقديمه على الايجاب، لعدم أخذ عنوان المطاوعه فيه حينئذ فأنشأ المشتري بهذه الألفاظ ملكيه المثلن لنفسه بإزاء الثمن فلا يفرق فى ذلك تقدّمه على الإيجاب و تأخره عنه.

أقول: الجواز تام عندنا فى جميع الصور الثلاث.

ثم قال الشيخ الأعظم فى آخر كلامه: إنّ العقد «إمّا أن يكون التزاما بشىء من القابل كنقل ماله عنه أو زوجيه، و إمّا لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب.

و الأوّل على قسمين: لأنّ الالتزام الحاصل من القابل إمّا أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحه أو متغيرا كالاشتراء.

و الثانى أيضا على قسمين: لأنّه إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعه كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض، و إمّا أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالايجاب كالوكاله و العاريه و شبههما.

فتقديم القبول على الايجاب لا يكون إلّا فى القسم الثانى من كلّ من القسمين»(٤).

ص: ٢٣٠

١- (٢) وسائل الشيعه ٢١/٤٤، ح ٥.

٢- (٣) وسائل الشيعه ٢١/٢٤٢، ح ١.

٣- (٤) مستدرک الوسائل ١٥/٦١، ح ٢.

٤- (١) المكاسب ٣/١٥٦.

ولكن يمكن أن ينقض عليه، إذا قال أحد لصاحبه: قبلت المصالحة على مالك الفلاني بهذا المال أو المبلغ، و أجابه الآخر: صالحتك مالى الفلاني بمالك أو المبلغ، و لا أظن بأحد أن يذهب إلى بطلان هذه المصالحة لأجل تقديم قبولها.

و كذا إذا قال للواهب: تملكُ مالك مجاناً، أو قال: قبلتُ هبتك، و قال الواهب بعد ذلك: وهبتك أو ملكتك إياه، فهل لأحد أن يقول ببطلان الهبة؟!

و كذا إذا قال المقترض: قبلتُ أو تملكُ منك مائة دينار مع الضمان، و قال المُقرضُ: خُذها، فهل يمكن القول ببطلانها؟!

و كذا إذا قال المرتهن: أخذتُ أو قبلتُ مالك الفلاني رهناً على دينك، و قال الراهن: أرهنت، فهل لأحد القول بعدم انعقاد هذا العقد؟! (١)

و هل أنت ترى فرقا بين هذه الأمثلة الأربعة و بين قول المشتري: قبلت هذا الثوب بألفين، و قال البائع بعده: بعته بهما.

و بين قول أحد: قبلتُ و كالتك فى هذا الأمر، و أجابه الموكل بقوله: و كلتك.

و بين قول المستعير: أعزني أو قبلتُ عاريتك لهذا العين، و أجابه المعير بقوله: أعرتك.

و لَعَمْرِي فَصَّلَ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ قَدَسَ سِرِّهِ وَجِهَ تَفْرِيقَهُ بَيْنَ الْأَمْثَلَةِ الْأَرْبَعَةِ الْأُولَى وَ الثَّلَاثَةِ الْأُخْرَى حَتَّى تَعْلَمُنَا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا!!

و الحاصل: القول المختار فى المقام هو جواز تقدم القبول على الايجاب مطلقاً أى بلا فرق بين ألفاظ القبول و بلا فرق بين عقد النكاح و غيره من العقود و الحمد لله.

ص: ٢٣١

---

١- (٢) هذه الأمثلة الثلاثة الأخيره لشيخنا الاستاذ رحمه الله فى إرشاد الطالب ٢/١١٥.

هل تعتبر الموالاته بينهما؟ و أن لا يتأخر القبول بحيث لا يعدّ جواباً للإيجاب؟ ذهب إلى اعتباره الشيخ في خلع المبسوط (١) و العلامه في نكاح القواعد (٢) و خلعها (٣) و بيع

نهايته (٤) و الشهيد في وقف الدروس (٥) و بيعها (٦) و قواعده (٧) و الفاضل المقداد في التنقيح (٨) و المحقق الثاني في خلع رساله صيغ العقود (٩) و بيع جامع المقاصد (١٠) و ثاني الشهيد في هبه المسالك (١١) و خلعها (١٢) و الشيخ جعفر في شرح القواعد (١٣) و السيد العاملي في المفتاح (١٤).

قال الشهيد في القواعد: «الموالاته معتبره في العقد و نحوه، و هي مأخوذه من اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه، و قال بعض العامه: لا يضرّ قول الزوج بعد الإيجاب:

ص: ٢٣٢

- ١- (٣) المبسوط ٤/٣٦٢.
- ٢- (٤) القواعد ٣/١٠.
- ٣- (٥) القواعد ٣/١٦١.
- ٤- (١) نهايه الاحكام ٢/٤٥٠.
- ٥- (٢) الدروس ٢/٢٦٤.
- ٦- (٣) الدروس ٣/١٩١.
- ٧- (٤) القواعد و الفوائد ١/٢٣٤، القاعده ٧٣.
- ٨- (٥) التنقيح الرائع ٢/٢٤.
- ٩- (٦) المطبوعه ضمن رسائل المحقق الكركي ١/٢٠١.
- ١٠- (٧) جامع المقاصد ٤/٥٩.
- ١١- (٨) المسالك ٦/٩.
- ١٢- (٩) المسالك ٩/٣٨٤.
- ١٣- (١٠) شرح القواعد ٢/٢١.
- ١٤- (١١) مفتاح الكرامه ١٢/٥٣٢.

«الحمد لله و الصلاة على رسول الله صلى الله عليه و آله ، قبلت نكاحها»(١).

و منه: الفوريه فى استتابه المرتد فيعتبر فى الحال، و قيل(٢) إلى ثلاثة أيام.

و منه: السكوت فى اثناء الأذان فإن كان كثيرا أبطله.

و منه: السكوت الطويل فى اثناء القرأه أو قرأه خلالها، و كذا التشهد.

و منه: تحريم المأمومين فى الجمعه قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعه. و اعتبر بعض العامه تحريمهم معه قبل الفاتحه.

و منه: الموالاه فى تعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر، و الموالاه فى سنه التعريف، فلو رجع فى اثناء المدّه استؤنف ليتوالى(٣).

أقول: اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه يعدّ من الأمور البديهيه، لأنّ الاستثناء من النفى يعيد الإثبات، و الاستثناء من الإثبات يفيد النفى فلا بدّ من الاتصال بينهما للإفاده و كان لهما ظهور واحد. و فى فرض انفصال أحدهما عن الآخر كان لكلّ منهما ظهور خاص و لذا حكم بكفر من قال: لا إله و لم يعقبه بقوله إلاّ الله. أو أتى به بعد مدّه طويله.

و الظاهر أنّ الشهيد أراد أن يأخذ من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه دليلاً عاماً لاعتبار الاتصال فى كل أمر تدريجى ثبتت له الصوره الاتصاليه فى نظر العرف.

و مثل قدس سره بلزوم الفوريه فى استتابه المرتد حيث تجب عليه المبادره إليها بعد طلب التوبه منه، و الوجه فى ذلك ثبوت الدليل الشرعى على وجوب الاستمرار فى الإسلام و عدم قطعه بالكفر. فلا يصح الاتيان بها على المثال فى ما نحن فيه و لذا قال الشيخ الأعظم:

ص: ٢٢٣

١- (١٢) قاله النووى، أنظر المجموع ١٧/٣٠٧.

٢- (١٣) قائله هو العلامه فى الإرشاد ٢/١٨٩.

٣- (١٤) القواعد و الفوائد ١/٢٣٤، القاعده ٧٣/.

«إنَّ المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بدَّ من إعادته في أقرب الأوقات»<sup>(١)</sup>.

و أمّا دخول المأمومين في صلاه الجمعة قبل ركوع الإمام فيحتاج إلى دليل شرعي إن وجد فهو و يحمل عليه كلام الشيخ الأعظم: «لأنَّ هيئته الاجتماع في جميع أحوال الصلاه من القيام و الركوع و السجود مطلوبه فيقده الإخلال بها»<sup>(٢)</sup> و إلّا يرجع فيه إلى أصل البرأه و صحه صلاتهم حتّى لو دخلوا بعد الركوع.

و أمّا اعتبار اتصال لزوم الموالاه في تعريف اللقطه بحيث تُعرف في كلِّ مرّه أنّه تكرار للتعريف السابق أيضا فيحتاج إلى دليل شرعي و هو مفقود في المقام فيرجع فيه إلى البرأه.

و بالجمله: أخذ اعتبار الاتصال بين جملة الاستثناء دليلاً على اعتباره، في كلِّ أمر تدريجي له الصوره الاتصاليه، قياس مع الفارق و يمكن المناقشه أيضا في الأمثله كما قال الشيخ الأعظم: «و للتأمل في هذه الفروع و في صحه تفريعها على الأصل المذكور مجال»<sup>(٣)</sup>.

نعم: إذا أخذ في موضوع حكم شرعي أمرٌ تدريجيٌّ مقيّدٌ بالهيئته الاتصاليه إذا انتفى الاتصال انتفى الموضوع فينتفى الحكم. و تمام الكلام في ثبوت هذا الاتصال في الموضوع إذا ورد يجب مراعاته ولكن في صوره الشك، أصل العدم يجرى في المقام و يحكم بعدم اعتباره.

### **أدله اعتبار الأتصال بين إيجاب العقد و قبوله**

الأول: ما ذكره الشيخ الأعظم تتيما و تحصيلاً لبيان الشهيد و هذا نصه: «أنَّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صوره اتصاليه في العرف فلا بدَّ في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصاليه، فالعقد المركب من الايجاب و القبول القائم بنفس

ص: ٢٣٤

١- (١) المكاسب ٣/١٦٠.

٢- (٢) المكاسب ٣/١٦٠.

٣- (٣) المكاسب ٣/١٦٠.

المتعاقدين بمنزله كلام واحدٍ مرتبط بعضه ببعض فيقدح تخلُّل الفصل المخلَّ بهيئته الاتصاليه و لذا لا يصدق التعاقد إذا كان الفصل مُفْرَطاً في الطول كسنة أو أزيد، و انضباط ذلك إنّما يكون بالعرف فهو في كل أمرٍ بحسبه، فيجوز الفصل بين كلٍّ من الايجاب و القبول بما لا- يجوز بين كلمات كل واحدٍ منهما، و يجوز الفصل بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف كما في الأذان و القرأه»(١).

و حيث إنّ هذا البيان يرتبط بالعقود و آيه و جوب الوفاء بها استشكل الشيخ السيد الأعظم قدس سره عليه بقوله: «ما ذكره حسنٌ لو كان حكم الملك و اللزوم في المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بآيه الوفاء بالعقود و باطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، و إمّا لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجاره عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد»(٢).

أقول: يمكن أن يجاب عن إشكال الشيخ الأعظم بعدم الفرق بين العقد و البيع و التجاره في الصدق مع عدم الموالاه، كما لا فرق بينها على فرض عدم الصدق مع عدمها، فالتفصيل المذكور بين العقد و اخوته - أى البيع و التجاره - في غير محلّه كما اعترف بذلك الفقيه اليزدى(٣) و المحقّق الإيروانى(٤) و شيخنا الأستاذ(٥) - قدس الله أسرارهم - و خلافاً للمحقّق السيد الخوئى(٦) حيث وافق الشيخ في تفصيله.

ص: ٢٣٥

١- (١) المكاسب ٣/١٥٩ و ١٥٨.

٢- (٢) المكاسب ٣/١٥٩.

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٤٣٨.

٤- (٤) حاشيته على المكاسب ٢/١٠٠.

٥- (٥) إرشاد الطالب ٢/١١٧.

٦- (٦) مصباح الفقاهه ٣/٥٤.

ولكن يمكن أن يناقش على أصل استدلاله بأن مجرد تعليق الحكم على مركب لا يدل على اعتبار الموالاه بين أجزائه ما لم يعلم اعتبار الهيئه الاتصاليه بينها إما من العرف كما فى لواحق الكلام من الجمل الاستثنائيه و سائر القرائن المتصله، و إما من الشرع كما ورد

اعتبارها فى الأذان و القراءه و نحوها.

و أما العقود فيمكن منع احتياجها إلى الطرفين مفهومًا لأنها بمعنى العهود أو العهود المشدّات و هى يمكن تحصيلها من طرف واحد كما فى النذر و العهد و اليمين. هذا أولاً.

و ثانياً: و على فرض احتياجها إلى الطرفين كما فى بعضها من البيع و النكاح، لا يتم اعتبار اتصال القبول بالايجاب، لأنه لو كان لأحد طرفى العقد من الايجاب أو القبول بقاء فى عالم الاعتبار، يتم العقد مع الحاق طرفه الآخر ولو بعد فصل طويل كما يظهر ذلك بملاحظه المعاملات الجاريه بين الأقوام و الملل المختلفه بالكتابه أو البرقيات أو الإنترنت - المصطلح عليه فى عصرنا- أو بايصال المال إلى طرف آخر، و بملاحظه لو أنّ أحدا قال بعد سماع الايجاب: إننى لا أقبل حتى أتأمل فى صلاحه و فساده و بعد أيام أو أسبوع أو حتى عدّه شهور قال: قبلت. فلا بدّ من القول بصحة الجميع و هذا أقوى شاهد على عدم اعتبار الموالاه فى العقود.

نعم: إذا فرض أنّ الطرف رجع عن ايجابه قبل قبول الآخر لم يتحقق العقد، و فى صورته الشكك يمكن للشاك أن يسأل من طرفه هل أنت باق على ايجابك و بعد علمه ببقاء ايجابه يمكنه إنشاء قبوله و تظهر هذه المناقشه إجمالاً من المؤسس الحائرى (1) و المحقق السيد الخوئى (2) و شيخنا الاستاذ (3).

ص: ٢٣٦

١- (١) كتاب البيع ١/١٣٩ و ١٤٠ بقلم شيخنا آيه الله الشيخ محمد على الأراكى رحمه الله .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٥٥.

٣- (٣) إرشاد الطالب ٢/١١٧.

ولذا قال السيّد الحكيم: «الظاهر الاكتفاء في تحقق العقد ببقاء العهد النفساني في نفس الموجب فإذا كان باقيا إلى زمان القبول وتحقق، كفى ذلك في تحقق العقد عندهم ولو مع الفصل الطويل... وهذا هو السرّ في عدم صدق العقد مع الفصل المفرد كسنة أو أزيد...»(١).

الثاني: ما ذكره المحقّق النائيني بقوله في العقود العهديه المعاوضيه كالبيع و ما يلحق بها كالنكاح و نحوهما: «أنّه لما كان فيها خلع و لبس أو إيجاد علقه فلا بدّ أن يكون مقارنا للخلع لبس، و هكذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول، و إلّا يقع الاضافه و العلقه بلا محلّ و مضاف إليه»(٢).

و استشكل عليه المحقّق السيّد الخوئي بالنقض و الحلّ و أمّا النقض: «أنّ هذا الوجه يقتضى استحاله تحقّق العقد مع وجود الفصل بين الايجاب و القبول و لازم ذلك أن لا يوجد عقد في العالم، لأنّه لا يتحقّق إلّا بوجود الفصل بين ايجابه و قبوله - ولو بزمان قليل - و من البين أنّه لا يفرق - في استحاله الفصل بينهما - بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير و بين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل و هذا بين لا ريب فيه.

و الحلّ: أنّ الخلع و اللبس - في اعتبار البائع - ليس على وجه الاطلاق و إلّا لتحقّق ذلك قبل تحقق القبول، مع أنّه لا يتحقّق قبله حتّى في اعتبار نفس البائع فضلاً عن امضاء العقلاء أو الشارع. بل الخلع و اللبس في اعتبار البائع معلق على قبول المشتري و على فرض تحقّقه، و عليه فالخلع مقارن باللبس دائماً، سواء أتحققت الموالاه بين الإيجاب و القبول أم لم تتحقّق»(٣).

و استشكل عليه شيخنا الاستاذ رحمه الله أيضا بقوله: «أنّ العقد ليس بذلك و الشاهد

ص: ٢٣٧

١- (٤) نهج الفقاهه ١٧٧/.

٢- (٥) منيه الطالب ١/٢٥١.

٣- (١) مصباح الفقاهه ٣/٥٥ و ٥٦.



ملاحظه العقود حتى التمليكيه كبيع الكلى بالذمه فضلاً عن مثل عقد النكاح أو المضاربه و الوكاله و نحوها.

و ثانياً: على تقدير كون العقد فى حقيقته ما ذكر فيكفى فى تحقق اللبس بقاء الخلع و عدم إغائه و مع حصول اللبس فى أى زمان يتحقق المجموع»(١).

أقول: مضافاً إلى وجود السيره القطعيه على عدم اعتبار الموالاه بين الايجاب و القبول فى معاملات الناس و تجارتهم و إرسال الهدايا من البلاد النائيه. و منها: إرسال ملك الحبشه النجاشى بعد اسلامه بالهدايا و ماريه القبطيه أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه و آله كما ورد تفصيله فى تفسير على بن ابراهيم القمى(٢) و إعلام الورى بأعلام الهدى(٣) للطبرسى و قصص الأنبياء(٤) للقطب الراوندى، و راجع فى هذا المجال دلائل النبوه(٥) للبيهقى و البدايه و النهايه(٦) لابن كثير.

## تنبيهات

## اشاره

ثم هاهنا امور لابد من التنبيه عليها:

## الأول: فذلكه ما ذكره المحقق النائى فى المقام

قسّم العقود إلى الثلاثه:

١- العقود العهديه المعاوضيه: كالبيع و ما يلحق بها كالنكاح و نحوهما و ذهب إلى

ص: ٢٣٨

١- (٢) إرشاد الطالب ٢/١١٨.

٢- (٣) تفسير القمى ١/١٨٦-١٨٣) و نقل عنه فى بحار الأنوار ١٨/٤١٦-٤١٤) - [٨/٤٨٧-٤٨٩) من الطبعه الحديثه البيروتيه].

٣- (٤) إعلام الورى بأعلام الهدى ١/١١٩ و نقل عنه فى بحار الأنوار ١٨/٤١٩ [٨/٤٩١].

٤- (٥) قصص الأنبياء ٣٢٣/٣، ح ٤٠٤ و نقل عنه أيضاً فى بحار الأنوار ١٨/٤١٩ [٨/٤٩١].

٥- (٦) دلائل النبوه ٢/٣٠٨.

٦- (٧) البدايه و النهايه ٣/٨٣.

اعتبار الموالاه فيها بالدليلين الماضيين - الأول والثاني - ، وقد مرّ الإشكال فيهما فلا نعيده.

٢- العقود العهديه الغير المشتمله على المعاوضه: كالهبه و الرهن، و تاره ناقشها بالإشكال فى كونها من العقود كما فى منيه الطالب (١)، و أخرى يجرى فيها الدليل الأول فقط دون الثانى كما فى المكاسب و البيع. (٢).

و فيه: لا اشكال فى كونها من العقود فى الشرع و عند العرف، و قد مرّ عدم تماميه الدليل الأول.

٣- العقود الإذنيه: نحو الوكاله و العاريه و الوديعه، ذهب فيها إلى عدم اعتبار الموالاه فيها لأنّ اطلاق العقد عليها تكون مسامحه و يكفى فيها كل ما يدلّ على الرضا. (٣).

ثم قال فى آخر كلامه بالنسبه إلى إرسال الهدايا من البلاد البعيده: «جميع هذه الأفعال الصادره من الواسطه كأنّها صادره من الموجب، فهو بمنزله من كان فى المشرق و كانت يده طويله تصل إلى المغرب فمدّ يده و أعطى شيئاً لمن كان فى المغرب فإنّ فعله يتمّ فى زمان وصول يده إلى المغرب فتأمل جيّداً» (٤).

ناقشه تلميذه المحقق السيّد الخوئى بقوله: «ولكن هذا لا يستقيم، للفرق الواضح بين ما نحن فيه و بين المثال المزبور، بداهه أن المهدى فى - مورد السيره - ربّما يغفل عن هديّته فى زمان وصولها إلى المهدى إليه و عندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول و الواسطه منزله فعل المرّسل» (٥).

ص: ٢٣٩

١- (١) منيه الطالب ١/٢٥٣.

٢- (٢) المكاسب و البيع ١/٢٩١.

٣- (٣) راجع منيه الطالب ١/ (٢٥٣-٢٥١) - المكاسب و البيع ١/ (٢٩١-٢٨٩).

٤- (٤) منيه الطالب ١/٢٥٣.

٥- (٥) مصباح الفقاهه ٣/٥٧.

روى سَهْلُ الساعديُّ: أنَّ النبي صلى الله عليه وآله، جاءت إليه امرأه فقالت: يا رسول الله إنني قد وهبت نفسي لك، فقال صلى الله عليه وآله: لا اربيه لى فى النساء، فقالت: زوّجنى بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوّجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال: والله ما معى إلا ردائى هذا، فقال: إن أعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك، هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا وكذا، فقال صلى الله عليه وآله: زوّجتها على ما معك من القرآن. (١)

أقول: قد مرّ منا أنّ هذه الروايه عامّيّه مضافا إلى إرسالها ولكن وردت بمضمونها صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: جاءت إمراه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوّجنى، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: مَنْ لهذه؟ فقال رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: مالى شيء، قال: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه وآله فى المرّه الثالثه: أتحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوّجتها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه. (٢)

قال الشيخ الأعظم: «يظهر من روايه سهل الساعدي، جواز الفصل بين الايجاب والقبول بكلام طويل أجنبي، بناءً على ما فهمه الجماعه من أنّ القبول فيها قول ذلك الصحابي: زوّجنيها، و الايجاب قوله صلى الله عليه وآله بعد فصل طويل: زوّجتها بما معك من القرآن، ولعلّ هذا موهنٌ آخر للروايه، فافهم» (٣).

و علّق عليه شيخنا الاستاذ: «الموهن الأول ما تقدم آنفا من أنّه لا دلالة فيها على اقتصار الرجل فى قبوله النكاح باستدعائه، و وجه عدم الدلاله عدم ورودها فى مقام بيان

ص: ٢٤٠

١- (١) مستدرک الوسائل ١٥/٦١، ح ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١/٢٤٢، ح ١.

٣- (٣) المكاسب ٣/١٦١.

كيفية عقد النكاح بل حكاية قضيه شخصيه لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهرا.

و الموهن الثانى: لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

ولكن لا- يخفى ما فيه: فإنّ قبول الإيجاب ليس استدعائه الأوّل ليقال: بتخلل الفصل الطويل بينه و بين ايجاب النكاح بل إنّ قد كثر استدعاء بعد نداء رسول الله صلى الله عليه و آله ثانيا و ثالثا، و قد سأله رسول الله صلى الله عليه و آله فى الثالثه عن عرفانه القرأه فى الفحص عمّا عنده ممّا يمكن أن يجعله مهرا فأجاب الرجل بنعم الذى يمكن جعله فى أمثال المقام قبولا من غير تخلل بين الإيجاب و القبول بالأجنبى أو غيره و على تقدير كون القبول هو استدعائه الأخير فلا

فصل بين الايجاب و القبول بالأجنبى الطويل، فلاحظ الحديث«(١)».

أقول: ما ذكره قدس سره فى آخر كلامه لا يمكن المساعده عليه لأنّ «نعم» الوارد فى الروايه فى كلام الصحابى يكون جوابا لسؤال رسول الله صلى الله عليه و آله ، هل معك شىء من القرآن؟ فى روايه سهل الساعدى، و سؤال: أتحسن من القرآن شيئا؟ فى صحيحه محمّد بن مسلم، و جعله قبولا خلاف ظاهر الروايه.

و يمكن المناقشه فى الموهن الأوّل بأنّه لو كان للقضيه - ولو كانت شخصيه - ذيل لا بدّ من التعرض له لا سيما فى كلام سيدنا أبى جعفر عليه السلام ، و من الممكن مراد الشيخ من الموهن الأوّل هو إرسال الروايه و عاميتها فى خبر سهل الساعدى، فلا يتم لا- الموهن الأوّل و لا- الثانى و الروايه تدلّ على جواز الفصل الطويل و بالكلام الأجنبى بين الإيجاب و القبول فى العقود و لعلّ إلى ما ذكرنا أشار الشيخ الأعظم بقوله فافهم.

ولكن قال السيد الحكيم فى وجه أمره بالتفهم: «لعله اشاره إلى ما تقدّم من أنّ اعتبار الموالاه إنّما هى فى خصوص العقد لا مطلق الأسباب كالتجاره و البيع، لأنّه خلاف عموم

ص: ٢٤١

نفوذهما و يمكن أن يكون النكاح كذلك»<sup>(١)</sup>.

### الثالث: الفاصل بين الإيجاب و القبول

#### أشاره

قد مرّ تعريف الموالاه هنا بالاتصال بين الإيجاب و القبول، فالفاصل بينهما ينعدم الموالاه، و هو يقع على أقسام:

أ: الرّد

يتخلل بين الإيجاب و القبول إمّا من الموجب أو من القابل و كلاهما يوجبان بطلان و العقد لأنّ في الرّد من الموجب لا يبقى إيجاب حتّى يلحقه القبول، و من القابل أيضا مبطل للإيجاب فلا ينفع القبول بعده، لأنّ مع تخلل الرد لا يكون عقدا، لا شرعا و لا- عرفا فلا- يشمله اطلاقات صحه العقود، و الأصل أيضا يقتضى فساده لأنّ الأصل فى العقود الفساد، و الإجماع المحصّل من الأصحاب فى أبواب مختلفه من العقود المشروطه صحتها بعدم تخلل الرد، و كذا الاجماع المحكى<sup>(٢)</sup> المستفيض عليه.

و كذا يدلّ عليه الاتفاق بينهم من بطلان العقد الفضولى إذا يلحقه الرد و لا ينفعه

الاجازه بعد الرد مع تماميه الإيجاب و القبول هناك، و أمّا هنا فبطريق الأولى لأنّه الإيجاب فقط إذا كان الراد هو القابل أو حتّى من دون إيجاب إذا كان الراد هو الموجب.

و من عدم تماميه الاستصحاب التأهلى كما مرّ منّا فى بحوثنا الأصوليه.

و كذا الرّد يبطل بتخلله فى أثناء الإيجاب أو القبول و كذلك يبطل بتخلله بين العقد و القبض فى كلّ عقد يشترط فيه القبض كالوقف و الحبس و السكنى و الهبه و القرض و الصدقه و الصرف و السّلم لعدم حصول، التمليك ما لم يتحقّق القبض.

ص: ٢٤٢

١- (٢) نهج الفقاهه ١٧٨/.

٢- (٣) حكاة الفاضل المراغى فى العناوين ١٧٧/٢.

و أما ما ذهب إليه المشهور (١) من أصحابنا من أن الموصى له لو ردّ الوصيه في حياه الموصى فله أن يقبل بعد وفاته فلا ينافى ما ذكرناه لأنه «لا حكم لهذا الرد لأنه ما وجب له شيء حتى يرده كما لو عفى عن الشفعه قبل البيع، فلا يكون له حكم و يكون له القبول بعد وفاه الموصى» كما في المبسوط (٢).

ب: السكوت

لابأس بتخلّل السكوت بين الإيجاب و القبول، مادام الطرف الآخر باقيا و للساكت قبول العقد، أو إنشاء إيجابه لو تقدّم القبول، لأنّ السكوت لا يبطل العقد بخلاف الردّ.

ج: تخلّل الكلام الأجنبي

أو ما في حكمه من الشرط الفاسد، أيضا لا بأس به، مادام الإيجاب أو القبول من الطرف الآخر باقيا.

د: تخلّل ما هو من لواحق العقد

من الشرائط و الخيارات و القيود و توصيف السّلعه و نحوها فلا بأس بها عند الكلّ.

و ما ذكرنا يجرى في العقود اللازمه و الجائزه، بل الصحه في الأخيره لعلّه إجماعيّ في الفواصل الثلاثه الأخيره.

و هذا تمام الكلام في عدم اعتبار الموالاه في العقود و الحمد لله.

## التنجز في العقود

### اشاره

ذكر جماعه اعتباره في العقود:

منهم: الشيخ في وكاله المبسوط قال: «إذا علّق الوكاله بصفه مثل أن يقول: إن قدم

ص: ٢٤٣

١- (١) كما نسبه الشهيد إليهم في الدروس ٢/٢٩٦ و ثانيه في الروضه ٥/١٥.

٢- (٢) المبسوط ٤/٣٣.

الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكتكتك في البيع فإن ذلك لا يصح لأنه لا دليل عليه»(١).

وقال في وكاله الخلاف: «مسأله: إذا قال: إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر، فقد وكتكتك في البيع فإن ذلك لا يصح و به قال الشافعي. قال أبوحنيفه: يصح، دليلنا: أنه لا دليل على صحة هذا العقد، و عقد الوكاله يحتاج إلى دليل»(٢).

وقال ابن ادريس في وكاله السرائر: «و إذا قال: إن جاء رأس الشهر فقد وكتكتك في الشيء الفلاني، فإن الوكاله لا تنعقد و إن ذلك لا يصح، فأما إن وَّكَّله في الحال بأن يبيع الشيء إذا جاء رأس الشهر جاز ذلك و صحَّ، لأنَّ الوكاله صحت في الحال و انعقدت ثم أمره بتأخير البيع إلى رأس الشهر، و المسأله الاولى ما انعقدت الوكاله في الحال بل يحتاج إذا جاء رأس الشهر إلى عقد الوكاله فافترق الأمران»(٣).

وقال المحقق في وكاله السرائر: «و من شرطها أن تقع منجزه فلو علقت بشرط متوقع أو وقت متجدد لم تصح، نعم لو نجز الوكاله و شرط تأخير التصرف جاز»(٤).

وقال العلامة في شرائط صيغه البيع من التذكرة: «الجزم، فلو علق العقد على شرط لم يصح و إن كان الشرط المشيئه للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته، و هو أحد قولي الشافعيه، و أظهر الوجهين لهم: الصحه، لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد لأنه لو لم يشأ لم يشتر»(٥).

وقال في وكاله التذكرة: «لا يصح عقد الوكاله معلقا بشرط أو وصف، فإن علقت

ص: ٢٤٤

١- (٣) المبسوط ٢/٣٩٩.

٢- (١) الخلاف ٣/٣٥٤.

٣- (٢) السرائر ٢/٩٩.

٤- (٣) السرائر ٢/١٥١.

٥- (٤) تذكرة الفقهاء ١٠/٩.

عليهما بطلت مثل أن يقول: إن قدم زيد أو إذا جاء رأس فقد وكلتك، عند علمائنا - وهو أظهر مذهب الشافعي - لأنه عقد يملك به التصرف حال الحياه لم يبن على التغليب و السرايه فلم يجز تعليقه بشرط كالباع، ولأن الشركه و المضاربه و سائر العقود لا تقبل التعليق فكذا الوكاله.

و قال بعض الشافعيه و أبوحنيفه و أحمد: يصح تعليقها على الشرط لأن النبي صلى الله عليه و آله قال في جيش مؤته: «أميركم جعفر فإن قتل فزيد بن حارثه فإن قتل فعبدا لله بن رواحه» و التأمير في معنى التوكيل. و لأنه لو قال: أنت و كيلي في بيع عبدى إذا قدم الحاج أو وكلتك في

شراء كذا في وقت كذا صح إجماعا و محل النزاع في معناه.

و الفرق ظاهر بين تنجيز العقد و تعليق التصرف و بين تعليق العقد، إذا ثبت هذا، فلا خلاف في جواز تنجيز الوكاله و تعليق العقد مثل أن يقول: وكلتك في بيع العبد و لا تبعه إلا بعد شهر فهذا صحيح و ليس للوكيل أن يخالف....

قد بيننا بطلان الوكاله المعلقه على الشرط و هو أظهر قولى الشافعيه، فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط فالأقرب صحه التصرف لأن الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد و صار كما لو شرط في الوكاله عوضا مجهولاً، فقال بع كذا على أن لك العشر من ثمنه تفسد الوكاله ولكن إن باع يصح و هو أحد وجهى الشافعيه.

و الثانى: لا يصح لفساد العقد، و لا اعتبار بالاذن الضمنى في عقد فاسد ألا ترى أنه لو باع بيعا فاسدا و سلم إليه المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه، و إن تضمن البيع و التسليم الإذن في التصرف و التسليط عليه.

و ليس بجيد، لأن الإذن في تصرف المشتري باعتبار انتقال الثمن إليه و الملك إلى المشتري و شىء منهما ليس بحاصل و إنما أذن له في التصرف لنفسه ليسلم له الثمن، و هنا إنما أذن له في التصرف عن الإذن لا لنفسه... فإن قلنا بالصحه - على ما هو مختارنا - فأثر بطلان



الوكاله أنه يسقط الجعل المسمى إن كان قد سمي له جعلاً إلى أجره المثل»(١).

وقال في نهايته: «و لا بدّ و أن يقع الايجاب و القبول منجزاً، فلو علّقه على شرط لم يقع كما لو قال: إن دخلت لأصاليه بقاء الملك، ولو علّقه على مشيه المشتري بأن قال: بعث هذا بألف إن شئت، فقال: اشتريت لم ينعقد أيضاً لما فيه من التعليق، كما لو قال: إن دخلت الدار، و يحتمل هنا الصحة لأنّ هذه صفة تقتضيها إطلاق العقد فإنه لو لم يشأ لم يشتر و(٢)، الحقّ الأوّل فإنّه حاله الايجاب غير عالم بحاله فلم يوقع الإيجاب منجزاً»(٣).

وقال في وكاله القواعد: «و يجب أن تكون منجزه فلو جعلها مشروطه بشرط متوقع أو وقتٍ مترقّبٍ بطلت. نعم لو نجز الوكاله و شرط تأخير التصرف إلى وقت أو حصول شرط جاز كأن يقول: وكّلتك الآن و لا تتصرف إلا بعد شهر. و إذا فسد العقد لتعلّقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الإذن، و فائده الفساد سقوط الجعل

المسمى و الرجوع إلى الأجره»(٤).

وقال في وقف التحرير: «إذا علّق الوقف على شرط أو صفة لم ينعقد و كان باطلاً... و لانعلم فيه خلافاً»(٥).

وقال الشهيد في وقف الدروس: «ولو قال إذا متُّ أو إن متُّ فهو وقف فالظاهر بطلانه لتعليقه. ولو قال هو وقف بعد مماتي احتمل ذلك أيضاً، و أن يحمل على الوصيه

ص: ٢٤٦

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٥/١٣-١٤).

٢- (٢) كذا في المصدر ولكن الظاهر زياده «وا» كما يدل عليها السياق.

٣- (٣) نهايه الأحكام ٢/٤٥١.

٤- (١) القواعد ٢/٣٤٩.

٥- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٣/٢٩١.

وقال أيضا في عنوان خامس شرائط الوقف: «التنجيز فلو علق بشرط أو وصف بطل، إلا أن يكون واقعا، والواقف عالم بوقوعه كقوله: وقفت إن كان يوم الجمعة»(٢).

وقال المحقق الثاني في وكاله جامع المقاصد: «يجب أن تكون الوكالة منجزة عند جميع علمائنا، فول علقها بشرط وهو مما جاز وقوعه كدخول الدار، أو صفه وهي ما كان وجوده محققا كطلوع الشمس لم يصح. وذهب جمع من العامة إلى جوازها معلقه لأن النبي صلى الله عليه وآله قال في غزاه مؤته: «أميركم جعفر فإن قتل فزيد بن حارثه»، الحديث. والتأشير في معنى التوكيل ولأنه لو قال: أنت وكيل في بيع عبدى إذا قدم الحاج صح إجماعا، وفي كون التأشير توكيلا نظر والفرق بين محل النزاع والمفروض ظاهر، لأن المعلق فيه هو التصرف لا التوكيل ولا بحث في جوازه... واعلم أن قوله «فلو جعلها مشروطة بشرط» لا يريد به إلا التعليق أما مطلق الاشتراط فلا، فلو قال: «وكلتك في كذا وشرطت عليك كذا مما لا مانع منه صح، واعلم أيضا أن توقيت الوكالة لا يلزم، لكن لا يجوز التصرف بعده»(٣).

وقال في شرائط الوقف: «أحدها: تنجيزه، فلو علق بشرط أو صفه مثل أن يقول: إذا جاء زيد فقد وقفت داري، أو إذا جاء رأس الشهر وقفت عبدى لم يصح لعدم الجزم به، كما لا يصح تعليق البيع والهبة، واستثنى في الدروس ما إذا كان المعلق عليه واقعا والواقف علم بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة. وقد سبق في الوكالة مثل ذلك والمراد بالشرط: ما جاز وقوعه وعدمه بالنسبة إلى العادة، والصفه: ما كان محقق الوقوع عادة»(٤).

ص: ٢٤٧

١- (٣) الدروس ٢/٢٤٣.

٢- (٤) الدروس ٢/٢٤٤.

٣- (٥) جامع المقاصد ٨/١٨٠ و ١٨١.

٤- (٦) جامع المقاصد ٩/١٤ و ١٥.

وقال فى نكاح كتابه: «يشترط فى عقد النكاح التنجيز قطعاً، لانتفاء الجزم بدونه فيبطل ولو علقه بأمر محتمل أو متوقع الحصول»(١).

وقال الشهيد الثانى فى وكالة المسالك: «من شرط الوكالة وقوعها منجزاً عند علمائنا فلو علقها على شرط متوقع وهو ما يمكن وقوعه وعدمه، أو صفه وهى ما كان وجوده فى المستقبل محققاً كطلوع الشمس وإليها أشار بقوله: أو وقت متجدد لم يصح. و احترز بتعليقها على الشرط عمّا لو قرنّها بشرط لا يقتضى التعليق ك- «وكلتك فى كذا و شرطت عليك كذا» ممّا لا مانع منه فإنه جائز.

و اعلم أنه متى فسد العقد لتعليقه على الشرط فهل يصح التصرف بعد حصول الشرط؟ قرّب فى التذكرة ذلك محتجاً بأن الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد و صار كما لو شرط فى الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه، تفسد الوكالة، ولكن إن باع يصح، ولأنّ المقتضى للصحة حاصل وهو الإذن، إذا الغرض حصول المعلق عليه و انتفاء المانع إذ ليس إلا رفع الوكالة وهى أخص من مطلق الإذن، و رفع الخاص لا يستلزم رفع العام فعلى هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى فى عقد الوكالة إن كان و الرجوع إلى أجره المثل كما فى المضاربه الفاسده حيث يحكم فيها بعدم استحقاق الحصه المشروطه و وجب للعامل أجره المثل.

وفيه: أنّ الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن و الجعل المشروط ليس جزءاً منها و إنّما هو شرط زائد عليها، لصحتها بدونها، بخلاف المضاربه فإنّ اشتراط الحصه شرط فى صحتها، ولأنّه لو تمّ ذلك لزم الحكم بصحة التصرف مع فسادها بوجه آخر، كعزل الوكيل نفسه مع علم الموكل به و سكوته، فإنّ الإذن حاصل منه فلا يرتفع بفسخ الوكيل. و لأنّ

ص: ٢٤٨

العقد حينئذٍ فاسد قطعاً. ولا معنى للفاسد إلا ما لا يترتب عليه أثره. ولأن الإذن المطلق إنما وجد في ضمن الوجه المخصوص، إذ لا وجود للكلى إلا في ضمن جزئياته و لم يوجد منها إلا هذا الجزئي، فإذا ارتفع ارتفع الكلى و للتوقف في هذا الحكم مجال» (١).

و قال في وقف المسالك: «... و اشتراط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالباع و غيره من العقود و ليس عليه دليل بخصوصه... و يستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط ما لو كان

الشرط واقعا و الواقف عالماً بوقوعه كقوله: «وقفت إن كان اليوم الجمعة، فلا يضرب كغيره» (٢).

قال الفاضل الإصبهاني في نكاح كشفه: «و يشترط التنجيز اتفاقاً، إذ لا عقد مع التعليق، خصوصاً و أمر الفروج شديد. (فلو علّقه) ولو بأمرٍ متحققٍ كأن يقول: إن كان اليوم يوم الجمعة فقد زوجتك (لم يصح) و إن لم يرد التعليق، لأنه غير صريح فهو بمنزله الكناية» (٣).

و قال سيد الرياض في وقفه: «و يشترط فيه التنجيز فلو علّقه على شرط متوقع أو صفة مترقبه، أو جعل له الخيار في فسخه متى أراد من دون حاجه بطل بلاخلاف فيه، و في الصحه لو كان المعلّق عليه واقعا و الواقف عالمٌ بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة، و كذا في غيره من العقود و بعدم الخلاف صرح جماعة و لعلّه كافٍ في الحجية» (٤).

و قال السيد جواد العاملى في مفتاحه معلّقاً على قول العلامة في القواعد: «و يجب أن

ص: ٢٤٩

١- (٢) المسالك ٥/٢٣٩ و ٢٤٠.

٢- (١) المسالك ٥/٣٥٧.

٣- (٢) كشف اللثام ٧/٤٨.

٤- (٣) رياض المسائل ١٠٣/١٠.

تكون منجزه»: «عند علمائنا كما في التذكرة(١)، أجمع كما في جامع المقاصد(٢)، وفي شرح الإرشاد لفخر الإسلام: أن تعليق الوكاله على الشرط لا يصح عند الاماميه و كذا سائر العقود جائزه كانت أو لازمه، و عن غايه المرام(٣) أنه لا خلاف فيه، و مع ذلك قال في الكفايه(٤): أنه المشهور و أنه غير مرتبط بدليل واضح... و به - أي وجوب التنجيز - صرح في الخلاف(٥) و المبسوط(٦) و السرائر(٧) و الشرائع(٨) و النافع(٩) و التحرير(١٠) و الإرشاد(١١)

و اللعه(١٢) و التنقيح(١٣) و جامع المقاصد(١٤) و المسالك(١٥) و الروضه(١٦) و هو قضيه بقيه الشروح(١٧) و الحواشى(١٨) حيث سكتوا عمدًا في متونها و لا يقدح في ذلك عدم التعرض له في

ص: ٢٥٠

- ١- (٤) تذكرة الفقهاء، ١٥/١٣.
- ٢- (٥) جامع المقاصد ٨/١٨٠.
- ٣- (٦) غايه المرام ٢/٣٣٧.
- ٤- (٧) الكفايه، ١/٦٧١.
- ٥- (٨) الخلاف ٣/٣٥٤.
- ٦- (٩) المبسوط ٢/٣٩٩.
- ٧- (١٠) السرائر ٢/٩٩.
- ٨- (١١) شرائع الإسلام ٢/١٥١.
- ٩- (١٢) المختصر النافع ١٥٤/.
- ١٠- (١٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٣/٢٢.
- ١١- (١٤) إرشاد الأذهان ١/٤١٧.
- ١٢- (١) اللعه الدمشقيه ١٦٦/.
- ١٣- (٢) التنقيح الرائع ٢/٢٨٠.
- ١٤- (٣) جامع المقاصد ٨/١٨٠.
- ١٥- (٤) مسالك الأفهام ٥/٢٣٩.
- ١٦- (٥) الروضه البهيه ٤/٣٦٨.
- ١٧- (٦) منها: إيضاح الفوائد ٢/٣٣٣؛ و غايه المرام ٢/٢٨٨؛ و كنز الفوائد ٢/٨٦.
- ١٨- (٧) نحو حاشيه الإرشاد للشهيد الثاني المطبوعه ضمن غايه المرام ٢/٢٨٨.

المختصرات التي هي متون أخبار كالمقنعه و المراسم و الكافي و النهايه و الوسيله و فقه الراوندى و الجامع - بل لا ذكر لباب الوكاله فى المقنع و الانتصار - و الدليل على ذلك بعد الاجماع نقلاً و تحصيلاً أنّ الأصل عدم جواز الوكاله خرجت المنجزه بالإجماع و بعض الأخبار و بقى الباقي...»(١).

و قال صاحب الجواهر فى وكاله كتابه: «(من شرطها أن تقع منجزه) كغيرها من العقود بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لمنافاته مقارنة ترتب السبب على المسبب المستفاد مما دلّ على تسيب العقود (فلو علقت على شرط متوقع) كمجىء زيد (أو وقت متجدد لم تصح)، بل قيل: إنه كذلك فى التعليق على أمرٍ محققٍ نحو: إذا كانت الشمس طالعه فأنت وكيلى، لا لفوات المقارنه المزبوره بل للشك فى تناول الاطلاقات لمثل ذلك، فيبقى حينئذ أصل عدم ترتب الأثر بحاله»(٢).

أقول: خالف جماعه من الفقهاء هذا الإجماع الوارد فى كلمات القوم، و من المخالفين المحقق الأردبيلي قال فى وكاله مجمع الفائدة: «أنّ الأصل و عموم أدله التوكيل و كونه جائزاً و مبناه على المساهله دون الضيق و ما تقدم فى عباره التذكره من أنه إذن و أمر و أنه مثل الإذن فى أكل الطعام و لا شك فى جواز تعليقه مثل إن جئت فأنت مأذون فى الأكل و نحوه مع عدم مانع ظاهر يدلّ على جواز التعليق. و يؤيده عدم ظهور فرق كثير فى المآل بين ما صورناه من المجوزات مثل التوقيت و ذكر الشرط و المنع إلّا بعد كذا و بين التعليق. و يؤيده أيضا جواز التعليق فى العقود الجائزه مثل القراض»(٣)، بل هو و كاله بجعل و العاريه و

ص: ٢٥١

١- (٨) مفتاح الكرامه ٧/٥٢٦، الطبعه الأولى (٢٠/٢١ و ٢١ من الطبعه الحديته).

٢- (٩) الجواهر ٢٧/٣٥٢ و راجع أيضا ٢٢/٢٥٣ و ٢٣/١٩٨ و ٣٢/٧٨ و ٧٩.

٣- (١٠) أهل العراق يسمونه مضاربه كما فى التحرير ٣/٢٢٤.

ولكن ردّ عليه الوحيد في حاشيته على مجمع الفوائد بقوله: «العموم ما وجدناه، نعم وجدنا اطلاقات مثل ما ذكر من أنّ «الوكيل وكيل حتّى يبلغه العزل» و أمثاله من الأخبار(٢) و القاعده أن ينصرف إلى الأفراد الشائعه و كون ما نحن فيه منها محلّ تأمل. و الأصل ما نعرفه لأنّ الحكم الشرعى و ترتب الآثار الشرعيه يحتاج إلى دليل شرعى و مجرد الجواز لا يقتضى ترتب الآثار سوى إباحه التصرف فتأمل»(٣).

و منهم: المحقّق السبزواری قال فى وكاله الكفايه: «و مذهب الأصحاب - كما نُقل - أنّ من شرط صحه الوكاله أن يقع منجزه فلو علّقت بشرط و هو ما أمكن وقوعه أو صفه و هو ما تحقّق وقوعه كانت باطلاً... و ادّعى فى التذكره الإجماع على صحه قوله: أنت و كيلي فى بيع عبدى إذا قدم الحاج، و لعلّ الشرط قيد للبيع، و به يحصل الفرق بينه و بين المعلق الممنوع، و مرجعهما بحسب المآل واحد، و منع التعليق غير مرتبط بدليل واضح إلاّ أن يثبت الإجماع عليه»(٤).

و منهم: صاحب الحدائق قال فى وكاله كتابه: «لاخلاف بين الأصحاب فى اشتراط التنجيز فى الوكاله فلو علّقها على شرط... بطلت... و بالجمله فمقتضى إطلاق روايات الوكاله و عمومها هو الصحه مطلقا و تخصيصها يتوقف على الدليل و ليس إلاّ الاجماع، فمن ثبت عنده حجيه الإجماع و أنّه دليل شرعى فله أن يخصص به عموم تلك الأخبار و إلاّ

١- (١) مجمع الفوائد و البرهان ٩/٥٣٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩/١٦١ و ١٦٢ الباب ١ و ٢ من أبواب كتاب الوكاله.

٣- (٣) حاشيه مجمع الفوائد و البرهان ٤٦١/٤٦١.

٤- (٤) الكفايه ١/٦٧١.

فالعامل على ما دلت عليه تلك العمومات...»(١).

و ذهب المحقق القمي(٢) إلى أنّ التعليق في الوكالة لا يضرّ بصحتها.

وقال الشيخ الأعظم: «و بالجمله فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً»(٣).

و تبعه المحقق الخراساني و قال: «و تحصيل الاجماع في مثل هذه المسأله من الاتفاق

لو كان أشكل لاحتمال تشبث البعض لو لا الجللّ أو الكلّ بما أشار إليه من الوجوه الاعتباريه بما فيها من الضعف، و المنقول منه في مثلها ليس بحجه ولو قيل بحجيته في نفسه، فالعمل باطلاقات أبواب المعاملات لا يخلو من قوه»(٤).

وقال المحقق السيد الخوئي: «لادلل على بطلان العقود بالتعليق لكي يكون ذلك الدليل مخصصاً لأدله صحه العقود»(٥).

وقال المحقق السيد الخميني: «فالتحقيق عدم اعتبار التنجيز في المعاملات مطلقاً سواء كانت معلّقه على معلوم الحال أو الاستقبال أو مجهول كذلك، بل أو معلوم العدم كذلك ثم بأن تحقّقه»(٦).

### أقسام التعليق و أحكامها

قبل الورود في البحث لابدّ من التذكير بعقود يصح فيها التعليق، و العقد معه يكون

ص: ٢٥٣

١- (٥) الحدائق ٢٢/١٠ و ١١.

٢- (٦) جامع الشتات ١/٣٠٧.

٣- (٧) المكاسب ٣/١٧٢.

٤- (١) حاشيه المكاسب ٢٩.

٥- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٧٠.

٦- (٣) كتاب البيع ١/٣٣٦.



منها: التعليق لبيان اعتبار وصف فى المبيع نحو: اشترت هذا الثوب إن كان من القطن.

و منها: التعليق لاثبات حقّ زائد نحو: بعثك هذا بكذا بشرط أن تخيط لى ثوبا.

و منها: التعليق لتحديد المتعلّق نحو: وكّلتك فى بيع دارى بشرط أن تبيعه بعد النيروز.

و منها: التعليق لتحديد الإنشاء نحو: وقف المدرسه لإسكان طالب العلم بشرط أن يصلى صلاه الليل و يلبس العمامه.

و منها: التعليق لتحديد اللزوم نحو: بعثك سيارتى بكذا بشرط أن ترضى زوجتى ببيعها.

و منها: التعليق لتحديد المتعلّق من جهه صحه التأثير نحو: زوجتى فلانه هى طالق إن كانت فى طهر غير المواقعه.

و منها: التعليق لتحديد ما يعتبر فى المُنشىء نحو: اشترت منك دارك بشرط أن لاتكون محجورا.

و منها: التعليق لتحديد ما يعتبر فى العقد نحو: بعثك دار الفلانى فضوليا بشرط أن يجيز.

و منها: التعليق لتحديد جزء المقتضى للعقد نحو: بعثك هذا إن قبلت. (1)

و لأجل بيان الضابطه الكليه نرسم لك أقسام التعليق و أحكامها تبعاً للمحقّق

---

١- (١) راجع فى هذا المجال حاشيه المكاسب / ٢٠٤ لآيه الله ابوالفضل النجم آبادى من تقرير المحقّق العراقى -رحمه الله عليهما - .

لسيد الخوئي (١) و إن يمكن الزيادة فيها كما عن الفاضل المراغى (٢).

المعلّق عليه إمّا أن يكون معلوم التحقّق أو محتمل التحقّق، و كذا إمّا أن يكون أمراً حالياً أو استقبالياً فصار أربعة.

و الشرط الذى علّق عليه العقد إمّا أن يكون دخيلاً فى مفهوم العقد أو يكون دخيلاً فى صحته أو لا يكون دخيلاً فى شىء منهما فصار العدد اثنتى عشر قسماً.

و أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا- شبهه فى صحته نحو قول الزوج: زوجتى طالق إن كانت زوجتى، أو قول الواقف: وقفت هذه الدار إن كانت ملكى. أو قول البائع: إن كان هذا مالى فقد بعته بكذا.

و هذا المقدار من التعليق لا يضر بالعقد، لأنّ العقد بنفسه معلّق عليه معنى حتى لو لم يذكر فى اللفظ، فلو جاء به العقد فى صيغته فلا بأس به.

و عليه يحكم بصحة التعليق فى أربعة من الأقسام:

١- أن يكون المعلّق عليه أمراً حالياً و معلوم الحصول كقول الزوج: إن كانت فلانة زوجتى فهى طالق.

٢- أن يكون المعلّق عليه أمراً حالياً مع الجهل بتحقيقه كما إذا قال الرجل: إن كانت هذه زوجتى فهى طالق، مع جهله بأنّها زوجته.

٣- أن يكون المعلّق عليه أمراً استقبالياً و معلوم الحصول فى ظرفه نحو قول البائع للمشتري: بعتك حديقتى إن قبلت مع علمه بأنّ المشتري يقبله.

٤- أن يكون المعلّق عليه أمراً استقبالياً و مجهول التحقّق فى ظرفه نحو قول المرأة:

ص: ٢٥٥

١- (٢) مصباح الفقاهه ٣/ (٦٥-٦٢).

٢- (٣) راجع العناوين ٢/ (٢٠٦-١٩١).

أُنكحْتُكَ نفسى على الصداق كذا، و هى لا تعلم بأن الرجل يقبل النكاح أم لا؟

و التعليق فى هذه الصور الأربع لا أشكال فى صحته لأنَّ العقد و مفهومه فى الواقع معلقان على هذه الأمور فذكرها فى الصيغه و عدمه لا يغيّر الواقع.

و أما التعليق على ما هو داخلٌ فى صحه العقد دون مفهومه فهو أيضا على أربعة أقسام:

١- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا و معلوم الحصول كقول الرجل: إن كان هذا الشيء مما يملك فقد بعته بكذا، مع علمه بأنه مما يملك.

٢- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا و مجهول التحقق نحو قول البائع: إن كنت غير محجور فقد بعتك هذا المال، و هو لا يدري بحجره أم لا؟!!

٣- أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا و معلوم التحقق كالتسليم و التسلم فى بيع الصرف كقول البائع: بعتك هذا الذهب بكذا إن أخذتها و سلمت إلى الثمن.

٤- أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا و مجهول التحقق، نحو المثال السابق مع عدم علم البائع بتحقق التسليم و التسلم.

و التعليق فى هذه الصور الأربع أيضا لا اشكال فى صحته لأنَّ صحه العقد تتوقف عليها فى الخارج و ذكره فى الصيغه لا يغيّر شيئا.

مضافا إلى أن جميع هذه الصور الثمان تشملها العمومات و لم يرد أى مخصص لها.

و أما التعليق على الصفه أو الشرط اللذين لا دخل لهما فى تحقق عنوان العقد و مفهومه و لا فى صحه العقد فهو أيضا على أربعة أقسام:

١- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا و معلوم الحصول كأن يقول البائع للمشتري: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك دارى، مع علمه بأن هذا اليوم يوم الجمعة.

وقد مرّ من الشهيد في وقف الدروس (١) صحه هذا القسم و تبعه ثانيه في وقف المسالك (٢) و تبعهما جماعه و منهم: سيّد الرياض قال: «و بعدم الخلاف صرّح جماعه و لعلّه كافٍ في الحجيه» (٣) ولكن ناقشه الفاضل الأصبهاني في نكاح كشفه (٤) لا من جهه التعليق بل من جهه عدم التصريح و أنّه بمنزله الكنايه.

ولكن لا- إشكال في صحته لأنّ المضرّ بالعقد هو واقع التعليق لا- صورته و التعليق في الفرض صوريٌّ. و لا- نقبل قول صاحب كشف اللثام في عدم التصريح و أنّه بمنزله الكنايه، بل هو العقد المصرح به و ليس فيه الكنايه.

٢- أن يكون المعلّق عليه أمرا حائيا و مجهول التحقّق عند العقاد كقول البائع: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعثك داري، و هو لا يدرى أنّ يوم الجمعة موجود أم لا؟!.

٣- أن يكون المعلّق عليه أمرا استقباليا و معلوم التحقّق في المستقبل، بحيث ايقاع العقد مشروط بتحقّق ذلك الأمر أعني العقاد ينشئ العقد في ظرف تحقّق الأمر الاستقبالي نحو قول البائع: بعثك داري إذا أهل شهر رجب، و يريد من ذلك تحقّق البيع من حين رؤيه هلال رجب.

٤- أن يكون المعلّق عليه أمرا استقباليا و مجهول التحقّق في المستقبل نحو قول البائع: إن جاء زيد الحاج من سفره حجّه فقد بعثك داري.

و هذه الثلاثه الأخيره هي مورد الإجماع المدعى من بطلان التعليق في العقود. فلا بدّ من البحث حول الوجوه التي استدلّ بها على بطلان التعليق في العقود فنقول:

ص: ٢٥٧

١- (١) الدروس ٢/٢٦٤.

٢- (٢) المسالك ٥/٣٥٧.

٣- (٣) رياض المسائل ١٠٣/١٠.

٤- (٤) كشف اللثام ٧/٤٨.

الوجه الأول:

الإجماع المذكور في كلمات الفقهاء نحو: العلامة في وكاله التذكرة (١) ووقف التحرير (٢) وولده في شرح الإرشاد (٣) و المحقق الثاني في وكاله جامع المقاصد (٤) و الشهيد الثاني في تمهيد القواعد (٥) و وكاله المسالك (٦) و وقفه (٧)، و المحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع (٨) و الإصفهاني في كشف اللثام (٩) و السبزواري في الكفاية (١٠) و صاحب

الحدائق (١١) و الشيخ مفلح الصميري البحراني في غايه المرام (١٢) و سيّد الرياض (١٣) و صاحب الجواهر (١٤).

و فيه: أولاً: قد عرفت وجود المخالفين في المسألة و هم أصحاب مجمع الفائدة و

ص: ٢٥٨

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٥/١٣: ورد فيها: عند علمائنا.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣/٢٩١: ورد فيها: لا نعلم فيه خلافاً.

٣- (٣) كما نقل عنه صاحب مفتاح الكرامة ٧/٥٢٦ من الطبعة الأولى، (٢١/٢٠) و فيه: لا يصح عند الإمامية.

٤- (٤) جامع المقاصد ٨/١٨٠ و فيه: عند جميع علمائنا.

٥- (٥) تمهيد القواعد ٥٣٣/ و فيه: الاتفاق عليه.

٦- (٦) المسالك ٥/٢٣٩ و فيه: عند علمائنا.

٧- (٧) المسالك ٥/٣٥٧ و فيه: موضوع وفاق.

٨- (٨) مفاتيح الشرائع ٣/٢٠٧ و فيه: عدم الخلاف فيه.

٩- (٩) كشف اللثام ٧/٤٨ و فيه: اتفاقاً.

١٠- (١٠) الكفاية ١/٦٧١ و فيها: مذهب الأصحاب - كما نُقل - .

١١- (١) الحدائق ٢٢/١٠ و فيه: لا خلاف بين الأصحاب.

١٢- (٢) غايه المرام ٢/٣٣٧ و نقل عنه في مفتاح الكرامة ٧/٥٢٦، (٢١/٢٠) و فيه: لا خلاف فيه.

١٣- (٣) رياض المسائل ١٠/١٠٣ و فيه: بلا خلاف فيه.

١٤- (٤) الجواهر ٢٧/٣٥٢ و فيه: بلا خلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه.

البرهان، و الكفايه و الحدائق و القوانين و المكاسب و كفايه الأصول و معجم رجال الحديث و تحرير الوسيله كما مرّت أقوالهم فلا نعيدها.

و ثانيا: على فرض تحقّق الاجماع يكون مدركيا أو لأقل من أن يكون محتمل المدركيه فلايفيد فى المقام شيئا.

الوجه الثانى:

عدم قابليه الإنشاء للتعليق كما اشتهر لأنّ الإنشاء هو تحقّق الوجود الإنشائى فى نفس الأمر فلا يعقل تعليقه على شىء ما، لأنّ ما وجد يمتنع عدمه فكيف يمكن أن يكون موجودا على تقديرٍ و معدوما على تقديرٍ آخر.

وفيه: نعم الأمر كذلك ولكن ليس الكلام فى تعليق الإنشاء بل فى تعليق المنشأ و لاشبهه فى إمكانه بل وقوعه فى الأحكام العرفيه و الشرعيه و العقود و الايقاعات نحو: الوصيه و التدبير و النذر و العهد و اليمين، و المثال للأحكام الشرعيه نحو: الواجبات المشروطه و المثال للأحكام العرفيه كثير.

الوجه الثالث:

الظاهر من آيه «أوفوا بالعقود»<sup>(١)</sup> و «أحلّ الله البيع»<sup>(٢)</sup> أنّ الحكم بوجوب الوفاء و حلّيه البيع يترتب على تحقّق موضوعه خارجا، و إذا كان فى البين تعليق يتخلّل بين العقد و وجوب الوفاء به، أو البيع و الحكم بحلّيته و هو انتظار حصول المعلق عليه.

فتكون العقود أو البيوع التعليقيه خارجة عن مدلول الآيتين و المفروض عدم وجود خطاب آخر يقتضى وجوب الوفاء أو حلّيته و صحته فتكون باطله.

ص: ٢٥٩

١- (٥) سورة المائدة /١.

٢- (٦) سورة البقره /٢٧٥.

و كذلك الأمر بالنسبه إلى حديث السلطنه - و هو قوله صلى الله عليه و آله : الناس مسلطون على أموالهم(١) - .

و فيه: أجاب الشيخ الأعظم(٢) قدس سره عن هذا الوجه بوجوه:

الأول: أدله وجوب الوفاء أو حلّيه البيع أو حديث السلطنه ناظره إلى وجوب الوفاء بالعقد أو الإيقاع أو حلّيه البيع أو السلطنه على الأموال بأيّ نحو تحقّق في الخارج منجزا كان أو معلقا.

و بالجملة: الإمضاء الشرعى للعقود أو البيوع أو إداره المال تابع لجعل المتعاقدين أو المتبايعين و أو المديرين و المسلطتين فإذا كان مطلقا فيكون أثره الشرعى منجزا غير مشروط بشيء. و إذا كان معلقا فأثره الشرعى يكون معلقا مشروطا بوجدان الشرط و المعلق.

و الحاصل: لزوم الوفاء بالعقد يكون نظير الوفاء بالعهد الذى يكون مطلقا أو مطلقا.

الثانى: ثبت فى الشريعة تخلف الأثر عن العقد فى موارد مختلفه نحو: الوقف و الهبه قبل حصول القبض لأنّ الملكيه فيهما مشروط به. و البيع قبل انقضاء خيار المجلس. و بيع الصرف و السلم قبل حصول تحقّق القبض فى المجلس. و الوصيه. و المعاطاه - على القول بإفادتها الإباحه مع قصد الملكيه - فحينئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه و إلاّ لزم القول بفساد الجميع.

و فيه: يمكن أن يرد على هذا الجواب بأنّ صحه هذه المعاملات تكون بالنص الخاص فلامورد للنقض بها و قياس غيرها عليها.

ص: ٢٤٠

١- (١) عوالى اللآلى ١/٢٢٢، ح ٩٩ و ١/٤٥٧، ح ١٩٨ و نقل عنه فى بحار الأنوار ٢/٢٧٢، ح ٧، (١/٣٨٥).

٢- (٢) راجع المكاسب ٣/١٧٠ و ما بعدها.

الثالث: الدليل أخص من المدعى لأنّه إنّما يلزم تخلف الأثر عن العقد فى ما إذا كان التعليق على أمر خارجى غير دخيل فى تحقّق العقد نحو: بعثك دارى بكذا إن جاء زيد من السفر. وأمّا إذا كان التعليق على أمر حالى كقبول المشتري فإنّه لا يلزم تخلف الأثر عن العقد لأنّ القبول جزء من العقد لا أمر خارج عنه.

وفيه: قد ظهر ممّا مرّ خروج مثل هذا التعليق الأخير عن محل الكلام فلا يتم ما ذكره.

الرابع: الدليل أخص من المدعى لأنّه لا- يجرى فى التعليق على الشرط الذى يشك فى تحقّقه فى الحال فإن تحقّق الشرط، فيكون العقد مراعى بالعلم بظهور الواقع. وإن انكشف وجود المعلّق عليه فى الواقع فيحكم بصحة العقد من حين حدوث العقد.

وإلا فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفا على الشرط لى يلزم منه تخلف الأثر عن العقد.

و بعبارة أخرى: يكون وجوب الوفاء فى هذه الموارد مراعى بانكشاف الحال لاموقوفا على حصول الشرط.

الخامس: الدليل لا يجرى فى العقود التى يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبعها أو الدليل الخاص نحو: الوصيه و التدبير و السبق و الرمايه و الجعالة، و من الواضح، أنّ الكلام ليس فى خصوص البيع و ليس على بطلان التعليق فى كلّ عقد دليل مستقل. فالدليل أخص من المدعى من وجه آخر أيضا.

الوجه الرابع:

أسباب العقود و الايقاعات أمور توقيفيه فلا بدّ أن يقتصر فيها بالقدر المتيقن و هو ليس إلا العقد العارى عن التعليق.

وفيه: اطلاق الأدله و عمومها تدلّ على صحه كلّ ما صدق عليه عنوان العقد أو



البيع أو التجاره عن تراض أو سلطنه الناس على أموالهم.

الوجه الخامس:

ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله من أنّ العمومات و الاطلاقات الداله على صحه العقود منصرفه عن العقد المعلق إلى العقد المنجز قال قدس سره: «إنّ التعليق ليس ممّا جرى عليه العرف و العاده في الأمور العهديه و العقود المتعارفه بين عامّه الناس و إن مسّت الحاجه إليه إحيانا في العهود الواقعه بين الدول و الملوك فلا- يشمله أدله العقود و العناوين ممّا يشك في صدقها عليه»(١).

و أجاب عنه تلميذه المحقق السيّد الخوئي بالمنع عن هذا الوجه كبرى و صغرى.

أمّا منع الكبرى: فلانّ الانصراف لو صح فإنّما يتم في المطلقات بدعوى احتياجها إلى مقدمات الحكمه فإذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفا في الخارج كان ذلك قادحا في شمول

الاطلاق لهم، ولكن هذه الدعوى لا تجرى في العمومات لأنّ العموم فيها يكون بحسب الوضع فلا نحتاج إلى مقدمات الحكمه حتّى يجرى ذلك البيان.

و أمّا منع الصغرى: فلا نسلم كون العقود المعلقه غير المتعارفه ضروره أنّها واقعته في العرف كثيرا كتعليق البيع على إجازة الأب أو الزوجه أو الصديق و نحوه.(٢)

الوجه السادس:

ما ذكره الشهيد الثاني بعد دعوى الاتفاق على عدم صحه التعليق في العقود بقوله: «الانتقال مشروط بالرضا و لا رضا إلا مع الجزم و لا جزم مع التعليق»(٣).

و فيه: يمكن المناقشه في الجميع لأنّ الانتقال مشروط بالإذن لا الرضا و شاهده بيع

ص: ٢٤٢

١- (١) منيه الطالب ١/٢٥٥.

٢- (١) راجع مصباح الفقاهه ٣/٧٠.

٣- (٢) تمهيد القواعد ٥٣٣.

المضطر، و الإذن، أو الرضا عنده موجودان مع التعليق و شاهد ذاك العقود المعلقة الموجوده فى الشريعة نحو: الوصيه و التدبير و النذر و العهد و اليمين و الجعالة و السبق و الرمايه.

الوجه السابع:

قد مرّ فى أوّل الفصل من أنّ الأصل فى العقود هو الفساد لأنّها مسبوقة بالعدم و كذا الأصل فى ترتب الآثار عليها هو العدم و مع الشك و التردد فى شمول الاطلاقات و العمومات للعقود المعلقة و عدم جواز التمسك بهما يجرى أصاله الفساد و أصاله عدم ترتب الآثار فيحكم بطلان العقود المعلقة، و يمكن تأييده بالإجماع المُدعى أو لأقل من فتوى المشهور على بطلانها و لعلّ هذا البيان هو مراد الشيخ بقوله: «لادليل عليه»<sup>(١)</sup> أو «لادليل على صحه هذا العقد»<sup>(٢)</sup>.

و كذا مراد شيخنا الاستاذ قدس سره من قوله: «ولكن يمكن دعوى انصراف أدله المعاملات عن التعليق... فالحكم فيها بالبطلان لقصور دليل الامضاء لا لمانع خارجي»<sup>(٣)</sup>.

الوجه الثامن:

ما ذكره الفقيه الهمداني فى تعليقه على المكاسب: «إنّ تنقيح المقام يتوقف على معرفه الأسباب المملّكه فى أنظار أهل العرف من أنّها هل متحقّق عندهم مع التعليق، أم يتوقّف

عندهم تحقّقها على الجزم<sup>(٤)</sup> و التنجيز<sup>(٥)</sup> و بدونها لا يرتّبون عليها حال كونها مجرّده عن

ص: ٢٤٣

١- (٣) المبسوط ٢/٣٩٩.

٢- (٤) الخلاف ٣/٣٥٤.

٣- (٥) إرشاد الطالب ٢/١٢٣.

٤- (١) الجزم: أن يكون المتبايعان قاطعين بحصول الأثر حين ايقاع العقد. حاشيه المكاسب ٤٥/ للمحقّق الهمداني.

٥- (٢) التنجيز: أن لا يكون معلقا على شىء بأدوات الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعامله فى صوره وجود ذلك الشىء لا فى غيرها. حاشيه المكاسب ٤٥/ له.

هذين الشرطين آثار الملكيه بل يعدون ما صدر من المالك من اللفظ مثل قوله: هذا لك إن جاء زيد من السفر، مجرد الوعد على الإيعاء و لا- يحصل به - مع قطع النظر عن إمضاء متأخر عن حصول الشرط - تمليك عندهم، فيكون على هذا التمليك على هذا منافيا للتعليق فيه»(١).

الوجه التاسع:

ما ذكره الفقيه الإشكوري من أن أدله العقود و الايقاعات غير ما استثنى من النذر و الوصيه و التدبير و الظهار و نحوها قاصره عن شمول التعليق، لظهورها في كون السبب ما أنشأه الموجب على وجه أوجد مفادها تحقيقا و فعلا- فيترتب على إيجادها وجود مفاده.

و دعوى: أن الغرض ليس إلا ترتيب ما أوجده المنشىء، غايته أنه يترتب عليه التحقق و الفعلية عند وجود المعلق عليه.

مسلمة، لو لا ظهور الأدله في أن السبب في نظر المشهور ليس مطلق إنشاء هذه المعانى، بل إنشاؤها على وجه الاطلاق كما يظهر من كلمات القوم.(٢)

الوجه العاشر:

ما جاء في تقرير المحقق العراقي من: «أن الغرض من إنشاء العقود و الايقاعات حصول الالتزام من المنشىء بسبب الإنشاء و تحقق العناوين الطارئة، و التعليق على الأمور الغير المتوقفه عليه التأثير ينافيه، لكونه موجبا لعدم تحقق ذلك العنوان بخلاف التعليق على الأمور المتوقفه عليه التأثير.

فإن قلت: إن إنشاء الأمر يصح تعليقه على ما يشتهيه الأمر فيتحقق معه الطلب

ص: ٢٤٤

١- (٣) حاشيه المكاسب / ٤٦ له أيضا.

٢- (٤) راجع بغيه الطالب في شرح المكاسب ١/١٧٦ للفقيه السيد أبو القاسم الإشكوري المتوفى عام ١٣٢٤ق.

المشروط، فلم لا يصحّ تعليق البيع على ما يشتهيه البائع، فتحقق معه المبادله المشروطه و يترتب الأثر عند وجود الشرط...؟!!

قلت: فرق بين المقامين لأنّ الإنشائيه فى الأوامر و النواهي إنّما هي باعتبار النسب المدلوله للهيهه أو الأداء بالوضع و أنّها قابله للتعليق بخلاف العقود و الإيقاعات الإنشائية و إنّما هي باعتبار ترتب العناوين الطارئه، و التعليق على غير ما يترتب عليه التأثير ينافيها، فإنّ مَنْ أظهر المبادله على تقدير مشيئه زيد أنّه لم يكن مبادلاً فعلياً و لم يتحقّق منه مبادله أخرى على تقدير مشيئته. و الأثر إنّما يترتب على المبادله لا على مجرد مشيئتها و الرضا بها»(١).

و بما ذكرنا ظهر أن الثلاثه الأخيره هي مورد الإجماع المُدعى و دعوى كون المتيقن منه صورته كون الشرط مشكوك الحصول فى الاستقبال فقط كما فى كلام المؤسس الحائرى(٢) رحمه الله لاشاهد عليه.

و بالجملة: بطلان العقود المعلقه تبعاً للمشهور تام عندنا و موافق للاحتياط و الله العالم.

## التطابق بين الإيجاب و القبول

### إشاره

قبل الخوض فى البحث لابدّ من ملاحظه كلمات القوم:

قال الشيخ فى الخلاف: «إذا قال واحد لإثنين: بعثكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بحسابه، و ردّ الآخر، لم ينعقد العقد، و به قال أبوحنيفه.

و قال الشافعى: ينعقد العقد فى حقه، سواء قبل صاحبه أو ردّه.

ص: ٢٤٥

١- (١) حاشيه المكاسب / ٢٠٠ و ٢٠١ من تقريرات المحقّق العراقى لآيه الله الميرزا ابوالفضل النجم آبادى.

٢- (٢) كتاب البيع ١/١٤٧ بقلم شيخنا آيه الله الشيخ محمدعلّى الأراكى قدس سره .

دليلنا: إن قبوله غير مطابق للإيجاب و إن العقد يحتاج إلى دلاله، و لا دليل على ثبوت هذا العقد»(١).

و قال فى المبسوط: «إذا قال واحد لإثنين: بعثكما هذا العبد بكذا فقال أحدهما: قبلتُ نصفه بنصف ما قال من الثمن، لم ينعقد العقد لأنه غير مطابق لإيجابه. و إن قال واحد لرجلين: بعثكما هذين العبدين بألف فقبل أحدهما أحد العبدين بخمسائه لم يجز إجماعاً و فى الأول خلاف.

و الفرق بينهما أنه إذا قال: بعثكما هذين العبدين بألف فإنما أوجب لكل واحد منهما

نصف كل واحد من العبدين فإذا قبل أحد العبدين فقد قبل ما لم يوجبه و بثمن لا يقتضيه إيجابه، لأن الثمن ينقسم على قدر قيمه العبدين و لا يقابل نصف الثمن أحدهما.

فإن قال: قبلت نصف كل واحد منهما بنصف الثمن كان مثل المسئلة الأولى سواء.

و إن قال: قد قبلت نصف أحد العبدين بحصته من الثمن لم يصح إجماعاً لأن حصته مجهولة.

و إن قال واحد لرجلين: بعثكما هذين العبدين بألف درهم هذا العبد منك و هذا العبد الآخر منك فقبله أحدهما بخمسائه لم يصح لأنه قبله بثمن لم يوجب له لأن الألف مقسومه على قدر القيمتين لا على عددهما و هو إجماع»(٢).

و قال القاضى ابن البراج فى المذهب: «و إذا قال رجل لرجلين: بعثكما هذا العبد، فقال الواحد منهما: قبلت نصفه بنصف ما قال من الثمن، لم ينعقد البيع لأنه ليس مطابقاً لإيجابه، فإن قال: بعثكما هذين العبدين بألف فقبل أحد العبدين بخمسائه لم يجز بغير

ص: ٢٤٤

١- (٣) الخلاف ٣/٤٠، مسأله ٥٨.

٢- (١) المبسوط ٢/١٢٨.

خلاف، و في الناس مَنْ خالف في المسأله الأولى، و الفرق بينهما أنه إذا قال بعثكما هذين العبدین فإنما اوجب لكل واحد منهما نصف كل واحد من العبدین، و إذا قبل أحد العبدین فقد قبل ما لم يوجبه و بئس لا يقتضيه إيجابه لأن الثمن ينقسم على قدر قيمه العبدین و لا يقابل بنصف الثمن أحدهما.

فإن قال: قبلت نصف كل واحد منهما بنصف الثمن كان مثل المسأله الأولى، فإن قال: قبلت نصف أحد العبدین بحصه من الثمن لم يصح أيضا لأن حصته مجهوله.

و إذا قال واحد لاثنين: بعثكما هذين العبدین بألف درهم، هذا العبد منك و هذا العبد منك فقبله أحدهما بخمسائه لم يصح لأنه قبله بالثمن الذي لم يوجب لأن الألف مقسومه على قدر القيمتين لا على عددهما إجماعاً<sup>(١)</sup>.

و قال العلامة في القواعد: «و لا بدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول، فلو قال: بعثك هذين بألف فقال: قبلت أحدهما بخمسائه، أو قبلت نصفهما بنصف الثمن، أو قال بعثكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن لم يقع»<sup>(٢)</sup>.

و قال في التذكرة: «لا بدّ من التطابق في المعنى بين الصيغتين، فلو قال: بعثك هذين

بألف، فقال: قبلت أحدهما بخمسائه، أو: قبلت نصفهما بنصف الثمن. أو قال: بعثكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، لم يقع على اشكال في الأخير، أقربه الصحه و اختيار البائع»<sup>(٣)</sup>.

أقول: سيأتى منه قدس سره توضيح الإشكال و تقريب الصحه و الخيار في نقل كلامه عن المختلف.

ص: ٢٤٧

١- (٢) المهذب ١/٣٩٤ و ٣٩٣.

٢- (٣) قواعد الأحكام ٢/١٧.

٣- (١) تذكرة الفقهاء ١٠/١٠.

و قال فى تلخىص المرام: «ولو قال: بعتكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت بخمسائه لم يصحّ على رأي، لاختلال التطابق بين الإيجاب و القبول، أما لو قال: بعتكما هذين العبدین بألف، فقال أحدهما: قبلت أحدهما بخمسائه لم يصحّ إجماعاً» (١).

و قال فى النهاية: «و يشترط المطابقيه بين الإيجاب و القبول فلو قال: بعتك بألف صحيحه، فقال: قبلت بألف قراضه (٢)، أو بالعكس. أو قال: بعتك جميع كذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسائه. أو قال لإثنين: بعتكما بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه بخمسائه لم يصح.

ولو قال: بعتك هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسائه و نصفه بخمسائه، احتمل الصحه لأنه تصریح بمقتضى الاطلاق و لا مخالفه، و ترتبه على أنّ تفصيل الثمن هل هو من موجبات تعدد الصفقه، و البائع هنا اوجب بيعه واحده و الفاعل قبل بيعين لم يوجبهما البائع، ففيه مخالفه.

ولو قال: بعتك بألف، فقال: اشترت بألف و خمسائه، لم يصح أيضاً» (٣).

و قال فى المختلف: «قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف: إذا قال واحد لإثنين: بعتكما هذا العبد بألف فقال أحدهما: قبلت نصفه بخمسائه لم ينعقد العقد لعدم التطابق بين القبول و الإيجاب و تبعه على ذلك ابن البراج، و الأقوى عندى الصحه و ثبوت الخيار للبائع، أما الصحه فلاّ أنّ البائع لم يقصد بقوله: «بعتكما» تمليك كلّ واحد منهما جميع المبيع و لا تمليك أحدهما ذلك، و لا تمليك كلّ واحد منهما نصف الثمن، و إنّما قصد تمليك كلّ واحد منهما نصف المبيع بنصف الثمن، و قد أتى باللفظ الدال عليه وضعا فيجب الحكم بالصحه، كما لو قال:

ص: ٢٦٨

١- (٢) تلخىص المرام / ٩٥.

٢- (٣) قراضه: ما سقط بالقرض (أى القطع) كقراضه الذهب و الثوب، قراضه المال: رديئه.

٣- (٤) نهايه الأحكام ٢/٤٥٠.

بعتكما هذا العبد بألف نصفه منك بخمسائه و نصفه من هذا بخمسائه فإنه يجوز عندهما و لا فرق بينهما، و أما ثبوت الخيار فلأنَّ البائع قصد تملك كل واحد بشرط تملك الآخر، فإذا فقد الشرط وجب أن يثبت له الخيار»(١).

و قال الشهيد: «و يشترط فيهما التطابق، فلو قال: بعتك العبدین بألف، فقال: قبلت أحدهما بنصفه لم يصح، و إن تساويا قيمه، و أولى بالبطلان ما لو قال: بعتكما العبدین بألف فقبل أحدهما بخمسائه، لأنَّ الإيجاب لم يقع للقابل، إلا على نصف العبد قضيه للإشاعة»(٢).

و علق المحقق الثاني على قول العلامة «و لا بدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول»، بقوله: «أى: على الوجه المخصوص، الذى يدل عليه باقى كلامه، لا مطلق التطابق للاتفاق على أنه لو قال: بعتك، فقال: اشتريت، صح»(٣).

و علق على قوله: «قبلت أحدهما بخمسائه» و «أى: لا يصح هنا على أصح الوجهين، و يحتمل الصحة، لأنه فى قوه عقدين، و من ثم افترقا فى الشفعه لو اختصت بأحدهما، و ليس بشيء، لأنَّ ذلك حقّ ثابت فى البيع بالأصالة، و رضاهما محمول عليه، بخلاف ما هنا، لأنَّ رضا البائع إنما وقع على المجموع بالمجموع»(٤).

و قال الشيخ جعفر فى شرح القواعد مع متنه: «(و لا بدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول) فى المتعاقدين و فى قدر العوضين (فلو) اختلفا فى أحدهما أو كليهما بأن (قال: بعتك هذين بألف، فقال: قبلت أحدهما) أو بعضه منفردين أو مع بعض الآخر (بخمسائه) أو قبلتهما بنصف الثمن أو قبلت أحدهما (أو قبلت نصفهما) أو نصف أحدهما (بنصف الثمن) أو

ص: ٢٦٩

١- (١) مختلف الشيعة ٥/١٨٦.

٢- (٢) الدروس ٣/١٩١.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤/٦٠.

٤- (٤) جامع المقاصد ٤/٦٠.



بكله (أو قال: بعثكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلت نصفه) أو كله (بنصف الثمن) أو بكله، أو قال: بعثك أحدهما، فقال: قبلتهما كليهما (لم يقع) وإن جمع الشرائط الآخر. وكذا لو لم يحصل التطابق في جنس العوضين أو قدرهما أو مكانهما أو زمانهما إلى غير ذلك. (١)

و أمّا لو حصل التطابق الحقيقي دون الصوري، كأن قال في الأول: قبلت كل واحد منهما بخمسائه، أو قال: قبلت أحدهما بخمسائه و الآخر بخمسائه، و في الآخر: قبلنا كل

واحد من نصفيه، أو قبلناه بنصفى الثمن، أو: قبلنا نصفه بنصف الثمن و نصفه الآخر بنصفه الآخر، فالأقرب الصحة» (٢).

و نختم نقل الأقوال بكلام صاحب الجواهر - و هو كالحصيله للبحث - قال: «و من ذلك يعلم الحال في التطابق بين الإيجاب و القبول الذي قد صرح به غير واحد من الأصحاب، لكن على معنى المطابقه بينهما بالنسبه إلى المبيع و الثمن، لا مطلق التطابق للإتقان على صحه الإيجاب بيعت و القبول باشتريت، بل الظاهر صحه قبلت النكاح مثلاً- لإيجاب زوّجتك كما عن جماعه التصريح به، بل المراد المطابقه التي مع انتفائها ينتفى صدق القبول لذلك الإيجاب و بالعكس، و الظاهر أنّ من ذلك ما لو قال: بعثك هذين بألف فقال: قبلت أحدهما بخمسائه، ضروره تعلق الرضا بالمجموع، و أولى من ذلك ما لو قال: بعثكما العبدین بألف فقبل أحدهما بخمسائه، بل عن المبسوط أنّه لم يجز إجماعاً، بل عنه أيضاً أنّه لو قال: قبلت نصف أحد العبدین بحصه من الثمن لم يصح إجماعاً، لأنّ حصته مجهوله. بل الظاهر عدم الصحه لو قال: قبلت نصفهما بنصف الثمن، كما عن المبسوط التصريح به أيضاً لما عرفت، و عنه أيضاً أنّه لو قال: بعثكما هذين العبدین بألف هذا العبد منك و هذا العبد من الآخر فقبل

ص: ٢٧٠

١- (٥) وردت هذه العبارة في بعض نسخ شرح القواعد هكذا: «و كذا يشترط التطابق في جنس العوضين أو مكانها أو زمانها أو المركب منها إلى غير ذلك».

٢- (١) شرح القواعد ٢/٢٠.

أحدها بخمسائه لم يصح لأنه قبله بثمن لم يوجب له، بأن الألف مقسومه على قدر القيمتين لا عددهما و هو إجماع، قلت: وجهه واضح كما ذكره.

نعم لو قال: بعثكما هذين العبدین هذا العبد منك بخمسائه و هذا الآخر منك [بخمسائه] صح لمعلومیة ثمن كل منهما مع ظهور عدم اراده اشتراط تمليك كل منهما بتملك الآخر، أما لو قال: بعثكما هذا بألف فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن، فالظاهر عدم الصحة كما في القواعد و محكى المبسوط و الخلاف و القاضی و نهایة الإحكام و التلخیص لظهور إرادته الاجتماع، خلافا للفاضل في محكى المختلف و التذکره فالصحة مع الخيار.

ولو قال: بعثك هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسائه و نصفه بخمسائه فالأقوى الصحة، لأنه تصريح بمقتضى الاطلاق من غير مخالفه، مع احتمال البطالان، ولو قال: بعثك بألف فقال: اشتریت بألف و خمسائه فالأقوى الفساد لعدم المطابقه، و ربما احتمل الصحة إلى غير ذلك من الفروع التي مدارها ما عرفت»(١).

### أقسام التطابق بين الإيجاب و القبول

و هو يتصور على أنحاء و الوجه في اعتبار كلهما ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري لصدق المعاقده و أما أقسامها:

١- التطابق بالاضافه إلى عنوان المعامله: بأن يقول البائع: بعثك داری، و يقول المشتري: قبلت هبتك أو الصلح.

٢- التطابق بالاضافه إلى المبيع كأن يقول البائع: بعثك الكتاب، و يقول المشتري: قبلت بيع الدار.

٣- التطابق بالاضافه إلى الثمن كأن يقول البائع: بعثك سيارتي بألف دولار أمريكي،

ص: ٢٧١

و يقول المشتري: قبلت البيع بألف تومان إيراني.

٤- التطابق بالإضافة إلى البائع و المشتري - أي طرفي العقد - فلو قال زيد لعمر: بعتك هذا الدار بكذا، قال عمرو: قبلت البيع لخالد.

و الوجه في ذلك مضافا إلى عدم ورود الإيجاب و القبول على موردٍ واحدٍ، من الممكن عدم رضا البائع ببيع داره لخالد أو عدم رضا الخالد ببيع دار زيد. و تظهر الثمره في ما إذا كان أحد المبيعين - أو كليهما - في الذمه، لاختلاف ذمم الأفراد في الاعتبار فربَّ شخصٍ لا- يعتمد عليه إلا- في الأمور الحقيقه و ربَّ شخصٍ يعتمد عليه حتَّى في الأمور الخطيره فلا بدَّ من التطابق بين الإيجاب و القبول من هذه الجهه.

نعم: إذا قبل عمروُ البيع لخالد و رضى زيد بالبيع لخالد، فالبيع يكون صحيحا.

٥- التطابق بالإضافة إلى الشروط المذكوره في العقد. و الوجه في ذلك لأنَّ مرجع اعتبار الشرط في العقد إمَّا إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيءٍ كشرط عقد النكاح، أو إلى تعليق لزمه على شيءٍ كاشتراط صفه في المبيع، أو تعليقهما معا عليه كاشتراط عمل في البيع و نحوه.

و مرجع الجميع في العرف إذا لم يقبل أحدهما الشروط في العقد إلى بطلانه و عدم انعقاده. و الحاصل أنَّ البطلان في موارد تعليق العقد واضح، و أمَّا في مورد تعليق لزمه أيضا فيمكن أن يقال مضافا إلى ما ذكرنا من «أنَّ تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، و جعل الخيار إمَّا يرجع إلى تحديد المنشأ»<sup>(١)</sup> و عدم التطابق بين مُنشأتهما يوجب بطلان العقد.

٦- التطابق بالإضافة إلى أجزاء المبيع و الثمن كأن يقول البائع: بعتك هذا الأرض

ص: ٢٧٢

١- (١) كما في مصباح الفقاهه ٣/٧٣.

بمليون، و قال المشتري: قبلت نصف الأرض بنصف مليون. و الوجه في ذلك: «عدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر»<sup>(١)</sup> كما عن المحقق النائيني، أو «عدم المطابقه من جهه الشرط»<sup>(٢)</sup> كما عن المحقق السيد الخوئي لأنَّ بيع كلِّ نصف من المبيع في قبال نصف الثمن مشروط بنصفه الآخر.

نعم: في كلِّ موردٍ ينحلُّ العقد عرفاً إلى عقدين أو عقود، فقبل بعضها يقع التطابق و يكون صحيحاً.

هذا تمام الكلام في التطابق.

### هل يجوز إنشاء أحد المتعاقدين في حال كون الآخر فاقدا لشرائطه؟

#### اشاره

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره - و هو أوّل من تنبه لهذا الشرط - إلى عدم الجواز و أنّ المعتبر في العقد أن يقع كلُّ من الايجاب و القبول في حالٍ يجوز لكلِّ من الموجب و القابل الانشاء.

قال: «فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابليه الايجاب لم يتعقد.

ثم إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم - فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقده و المعاهده حينئذٍ....

و إن كان لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه أيضا عن مفهوم التعاهد و التعاقد لأنَّ المعتبر فيه عرفاً رضا كلِّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه كمن يعرض له الحجر بفلسٍ أو سفّهٍ أو رقي - لو فرض - أو مرض موت.

ص: ٢٧٣

١- (١) منيه الطالب ١/٢٥٧.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٧٤.

و الأصل فى جميع ذلك أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق و كذا لو كان المشتري فى زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممنّ لا- يعتبر رضاه - كالصغير - فصحه كلّ من الايجاب و القبول يكون معناه قائما فى نفس المتكلم من أوّل العقد إلى أن يتحقّق تمام السبب و به يتمّ معنى المعاقده، فإذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس أحدهما أو قام و لم يكن قيامه معتبرا لم يتحقّق معنى المعاقده»(١).

ثم خرّج (٢) قدس سره الوصيه من العقود و جعلها فى الايقاعات لصحه القبول من الموصى له بعد موت الموصى، أو صححه القبول بعد الردّ فى حال حياه الموصى و قبوله بعد موته، و الشاهد عليه لو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه.

و كذا صرح (٣) بأنّ صححه بيع المكره يكون على خلاف القاعده لأجل الإجماع.

و وافقه المحقّق النائينى حيث يقول: «لا- يخفى أنّ هذا الشرط أيضا كالشرط السابق من القضايا التى قياساتها معها بل منشاء اعتباره هو المنشأ لاعتبار الشرط السابق لأنّ العقد لا ينعقد إلاّ بفعل الإثنين، فلو فقد حين أنشأ أحدهما شرائط العقد فوجودها سابقا أو لاحقا لا أثر له و مجرد تحقّق الشرط حين أنشأ الآخر لا يفيد بعد يكون إنشائه جزءا للعقد لا إيقاعا مستقلا، فلو كان المشتري حين إنشاء البائع نائما لا يصحّ العقد و كذلك العكس.

و التفصيل بينهما كما فى حاشيه السيّد لا وجه له. ما يدّعيه من الصحه بلا إشكال فى العقود الجائزه فإنّما فى العقود الإذنيه لا العهديه.

ثم لا- فرق بين الموت و الجنون و نحوها و بين الفلس و الرقيه و نحو ذلك لأنّ المدار فى التطابق بين المشتري و البائع حال العقد على اجتماع جميع شرائط الصحه و الزوم.

ص: ٢٧٤

١- (٣) المكاسب ٣/١٧٧ و ١٧٦.

٢- (١) المكاسب ٣/١٧٦.

٣- (٢) المكاسب ٣/١٧٧.

و بعبارة أخرى: المدار على ما به يصير العقد عقداً، نعم رضا المشتري حين ايجاب البائع و كذا العكس غير معتبر في صحت العقد و المعاهده، لأن ما يعتبر في صدق العقد هو قصدهما لايجاد المادّه، لا رضاهما به، فلا يكون صحه بيع المكره إذا لحقه الرضا على خلاف القاعده»(١).

و وافق المحقق الأصفهاني الشيخ الأعظم في الجملة و قال: «أمّا عدم الأهليه لما يوجب امتناع تحقّق المعاهده و المعاقده كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإنّ مناط عهد كلّ منهما و التزامه و إنّ كان حياه المتعهد و عقله و يقظته و هي مفروضه الحصول هنا، إلاّ أنّ مناط المعاهده مع الغير يقتضى كونهما معا كذلك في حال الإيجاب و في حال القبول، إذ معيه المتعاقدين ليست معيه جسم مع جسم و لا- معيه حيوان مع حيوان بل معيه شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير و يلتزم له الغير، و إلاّ فلا ينقدح القصد الجدى في نفس العاقل إلى المعاهده مع من هو كالجدار أو كالحمار و علمه بالثفاته فيما بعد لا يصحح المعاهده معه فعلاً...»

و أمّا عدم الأهليه لعدم الرضا المعتبر ولو لعدم اعتبار رضاه، فمن الواضح أنّه لا دخل له بالتعاهد و التعاقد فإنّهما متقومان بالشعور و الالتفات المحقّقين للقصد الجدى إلى المعاهده مع الغير...»

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ استمرار الأهليه بين الايجاب و القبول غير لازم، فإنّ مقوم المعاهده مع الغير الثفانتهما و شعورهما حال كون كلّ منهما معاقداً مع الآخر، و قد عرفت أنّ النوم و الإغماء فضلاً عن غيرهما لا يوجب زوال الالتزام، حتّى يعتبر استمرار الأهليه

ص: ٢٧٥

لبقاء الالتزام»(١).

و تبع المحقق الأردكاني المحقق الأصفهاني و نقل كلامه إلّا- أنه قال: «إنّ المناسب ذكر هذا الشرط في جملة شروط المتعاقدين...»(٢).

و قبل السيد ابوالقاسم الإشكوري ما ذكره الشيخ في شرحه على المكاسب و قال: «أنّ التأمل قاضٍ بصحة ما ذكره المصنف»(٣). ولكن ناقش الفقيه اليزدي ما ذكره الشيخ و قال: «لادليل على هذه الكليه و عدم صدق المعاقده و المعاهده إنّما يتم في بعض الفروض كما لو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهه الإغماء أو النوم أو الجنون، و أمّا بقيه الصور فنمنع عدم الصدق خصوصا فيما إذا نام البائع بعد الايجاب مع علمه بذلك، أنّ المشتري يقبل لا محاله، و كذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو السفه. نعم في جملة من الفروض يحتاج إلى إمضاء الغير كالوارث المالك للعين، أو الولي أو نحوهما، و هذا غير البطلان و يشهد لما ذكرنا من صدق المعاهده عدم الفرق في ذلك بين كون العقد لازما أو جائزا، مع أنّه لا بأس بالنوم بين الايجاب و القبول في العقود الجائزه بلا إشكال، و كذا يشهد له باب الوصيه و الجواب الذي يذكره المصنف كما ترى فتدبر»(٤).

و اعترض المحقق الإيرواني على الشيخ في قوله: «فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقده» بقوله: «فيه منع، فإنّه لا- يعتبر في تحقّق المعاقده إلّا وجود الشرائط المعتره في

كلّ من المتعاقدين حال إنشاء نفسه، نعم لو ارتفع رضا الموجب بالمعامله حال لحوق القبول

ص: ٢٧٦

١- (١) حاشيه المكاسب ١/ (٢٩٣-٢٩١).

٢- (٢) غُنيه الطالب ٢/١١٤.

٣- (٣) بُغيه الطالب في شرح المكاسب ١/١٨٤.

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١/٤٤٦.

من الآخر لم يبعد عدم صدق المعاقده بخلاف مالومات أو جُنَّ أو أغمى عليه، فإنَّ كلَّ ذلك غير مانع من تحقُّق مفهوم المعاقده عند قبول الطرف الآخر»(١).

و اعترض المحقِّق السيد الخوئي على الشيخ و ذهب إلى عكس ما ذهب إليه الفقيه اليزدي، و قال: «ولكن التحقُّق يقتضى الالتزام بالصحه إذا فقد المشتري شرائط صحه الانشاء حال انشاء البائع، و بالفساد فى عكسه. و الوجه فى ذلك: أنَّ المناط فى تحقُّق العقد إنّما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري و عليه فإذا أنشا البائع حال كون المشتري نائماً أو غافلاً أو مغمى عليه ثم التفت المشتري إلى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع صدق عليه عنوان العقد جزماً و يحكم بصحته للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود. بل تدل على ذلك السيره الواقعه بين التجار لأنَّ المتعارف فيما بينهم - غالباً - أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الخاص بقيمه معينه و يقبله المكتوب إليه مع أنه ربّما يكون - عند كتابه البائع - نائماً أو غافلاً أو مجنوناً، و لا شبهه فى صحه هذه المعامله.

و أقياً إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الانشاء عنه و لا يتصل التزامه بالتزام المشتري إلا فى مثل النوم و الغفله فإنهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيره المزبوره»(٢).

### القول المختار

اشترط صحه العقد بأن المتعاقدين من أوّل الايجاب إلى آخر القبول لا بدّ أن يكونا مُسْتَجْمِعَيْنِ لجميع شرائط الانشاء - اضافة إلى أن كلٌّ من الموجب و القابل لا بدّ أن يكون فى إجراء إيجابه و قبوله مستجمعا لشرائط الإنشاء - ممّا لا دليل عليه، لأنَّ صحه المعاقده و

ص: ٢٧٧

١- (١) حاشيته على المكاسب ٢/١٠٧.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٧٥.



المعاهده يتم فيما إذا كان كلٌّ منهما قابلاً لشروط الانشاء في حال إجراء صيغته الخاصه به. لأنّ المناط في تحقّق المعاقده هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري، وكذا يشمل العمومات والاطلاقات الوارده في صحه البيع ووجوب الوفاء بالعقد وتجاره عن تراضٍ والناس مسلطون على أموالهم. مضافاً إلى جريان السيره القطعيه المتداوله بين الناس في العقود.

و لعل ما ذكرنا هو وجه عدم تعرض الاصحاب قدس سرهم إلى هذا الاشتراط إلى القرن

الثالث عشر حيث عنونه الشيخ الأعظم - أعلى الله مقامه - وقبل منه السيد الإشكوري بالجملة، والمحققون النائيني و الإصفهاني والأردكاني في الجملة.

وناقشه السيدان الفقيه اليزدي والمحقق الخوئي كلٌّ منهما على عكس الآخر. والمختار عندنا عدم اعتبار ما ذكره الشيخ بالكليه و وافقنا جماعه من الأصحاب نحو المحققين الشهيدى فى هدايه الطالب(١) و الإيروانى فى حاشيته على المكاسب(٢) و المروج فى هدى المطالب(٣) و شيخنا الأستاذ فى إرشاد الطالب(٤).

نعم: إذا مات الموجب قبل تحقّق القبول أو جُنَّ لا يبعد انفساخ الايجاب، ويمكن أن يقال ببقائه والإستيدان من ورثته أو وليه كما عليه الفقيه اليزدي(٥). والله العالم.

ص: ٢٧٨

١- (١) هدايه الطالب ٢/٢٣٠.

٢- (٢) حاشيه المكاسب ٢/١٠٧.

٣- (٣) هدى الطالب ٢/٦١٥ من طبعه عام ١٤٢٨ق.

٤- (٤) إرشاد الطالب ٢/١٣١ و ١٣٢.

٥- (٥) حاشيته على المكاسب ١/٤٤٦.

إذا اختلف المتعاقدان - اجتهادا أو تقليدا - في شروط الصيغه فهل يجوز لكل واحدٍ منهما العمل باجتهاده أو تقليده مع أنّ الآخر يراه باطلاً؟ أم لا يجوز ولا بدّ من إلقاء العقد بحيث يكون صحيحا عند كلٍّ منهما؟ أم فيه تفصيل بين أن يكون العقد المركب منهما هل يقول بصحته أحد من الفقهاء أو لا؟ في صورته وجود القائل بالصحة يكون العقد صحيحا و في صورته عدمه فلا.

### مقاله الشيخ الأعظم في المقام

ذهب الشيخ الأعظم (١) قدس سره إلى أنّ أردء الوجوه هو التفصيل و لم يذكر وجه الأردئية.

و الوجه فيها: أنّ عدم وجدان القائل بالصحة لا- يوجب الجزم بالبطلان و لا يقتضى الفساد بل يمكن ما لا قائل بصحته يكون موافقا للواقع. و لذا قال الفقيه اليزدى في وجه الأردئية: «و ذلك لأنّ مجرد عدم القائل لا يكفي بل لا بدّ من كونه مخالفا للإجماع و ليس كذلك لأنّ عدم القائل به إنّما من باب الاتفاق لا من جهه بنائهم على عدم صحته فتدبر» (٢).

و تبعه الشارح الشهيدى فقال: «و مجرد عدم وجود القائل بها لا يستلزم الإجماع

على العدم» (٣).

و قال الإيروانى: «و السر في ذلك أنّ مثل هذا الاجماع الذى لم يتورد فيه أقوال المجمعين على عنوان واحد بل كلّ أفتى بعنوان غير العنوان الذى أفتى به صاحبه و بتصادق العناوين صار المصادق فيه موردا للاتفاق ممّا لا يعتدّ به عندهم لتخطئه كلّ من المفتين

ص: ٢٧٩

١- (٤) المكاسب ٣/١٧٨.

٢- (٧) حاشيه المكاسب ١/٤٤٧.

٣- (١) هدايه الطالب ٢/٢٣٢.

و ذهب الشيخ الأعظم(٢) إلى أنّ الأوّلين مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية هل هى بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية أم هى أحكام عذرية يكون العامل بها معذورا - بعد اجتهاده أو تقليده فيها - فى عمله قبل كشف الخلاف؟!

فعلى الأوّل فالمؤثر عند أحدهما مؤثرٌ عند الآخر أيضا ولو كان أحدهما مخالفا للثانى، فيحكم بالصحة مطلقا.

و على الثانى فلا يترتب عليه أثر لأنّ المُشْتَبَه و إن رأى ترتب الأثر على إنشائه إلا أنّ الآخر يراه مخطئا لاغيا فلا يمكن له أن يترتب عليه الأثر.

هذا إذا كان بطلان العقد مستندا إلى فعل الآخر عند كلِّ من المتعاقدين بحيث لا يسرى من جزءٍ إلى الجزء الآخر و أمّا إذا يسرى من جزءٍ إلى الآخر فالقول فيه هو البطلان و الفساد مطلقا و الأخير نحو اعتبار الموالاه و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفه صحة الإنشاء من أوّل العقد إلى آخره، لأنّ الموجب إذا أنشأ معلقا أو من دون بقاء الآخر على صحة الإنشاء، أو القابل أنشأ من دون الموالاه، فى هذه الموارد لم يجز لكلِّ منهما الإنشاء فى قبال إنشاء الآخر، هذا كلّهُ فَحوى مقاله الشيخ الأعظم(٣) فى المقام.

### مناقشه مقاله الشيخ الأعظم قدس سره

يمكن أن يلاحظ على مقاله:

أوّلاً: أنّ الأحكام الظاهرية الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية و إلاّ لزم التصويب المجمع على بطلانه.

ص: ٢٨٠

١- (٢) حاشيه المكاسب ١/١٠٩.

٢- (٣) المكاسب ٣/١٧٨ و ١٧٩.

٣- (٤) المكاسب ٣/١٧٨ و ١٧٩.

وقد ذكر في علم الأصول وجوه الجمع بين الأحكام الواقعية و الظاهرية قد عدناها

إلى ثمانية جمع في محاضراتنا الأصولية منها: جمعان للشيخ الأعظم و جمع للمحقق الخراساني و جمع للسيد محمد الفشاركي - و جمعه متين عندنا(١) - و جمع للمحقق النائيني(٢) و آخر للمحقق العراقي(٣) و سابع للمحقق السيد الخوئي(٤) - و هو أيضا تام - و ثامن للسيد محمد الداماد(٥) - و هو أيضا تام - .

و منها: أن التنافي في الأحكام الشرعية في الموردین: المبدأ و المنتهى، و أما عدم التنافي في الأحكام الظاهرية و الواقعية في المبدأ فلأن الحكم الواقعي نشأ من المصالح و المفاسد الواقعية ولكن المصلحة في الحكم الظاهري إنما تكون في نفس جعل الحكم لا- في متعلقه فلا- يلزم من مخالفتها اجتماع المصلحة و المفسده، و أمّا عدم التنافي بينهما في المنتهى فلأن الحكم الظاهري موضوعه الشك في الحكم الواقعي و عدم تنجزه لعدم وصوله فمادام لم يصل الحكم الواقعي لا يحكم العقل بوجوب امتثاله فلا- مانع من امتثال الحكم الظاهري، و إذا وصل الحكم الواقعي فلا- يبقى مجال لامتثال الحكم الظاهري لكون الحكم الظاهري دائما في طول الحكم الواقعي، لأنه مجعول في ظرف عدم وصول الحكم الواقعي، و هذا هو أحد وجوه الجمع الصحيح بينهما في المقام.

ثانيا: أن الاختلاف في طريقه الأمارات أو موضوعيتها يتم بالنسبة إلى من قامت

ص: ٢٨١

- ١- (١) راجع كتب تلاميذه نحو المؤسس الحائري في درر الفوائد ٢/٣٥١ و جدنا العلامة أبي المجد الشيخ محمد الرضا النجفي الأصفهاني قدس سره في وقايه الأذهان /٤٨٧.
- ٢- (٢) راجع أجود التقريرات ٣/١٢٨ و ما بعدها.
- ٣- (٣) راجع تعليقه على فوائد الاصول ٣/١٠٢.
- ٤- (٤) مصباح الاصول ٢/١٠٨.
- ٥- (٥) المحاضرات ٢/٩٠ تقريرات السيد محمد الداماد رحمه الله بقلم آية الله السيد جلال الدين الطاهري الأصفهاني - مدظله - .

عنده الأماره فإنه على القول بالطريقه لا يجزىء العمل بعد كشف الخلاف و على القول بالموضوعيه يجزىء، و أمّا بالنسبه إلى غير مَنْ قامت عنده الأماره فالافتاء بمفادها يحتاج إلى دليل ليدلّ على أنّ الحكم الظاهري في حقّ كلّ أحدٍ حكم واقعي في حقّ غيره، و لا- يتم هذه الكبرى إلا- في موارد نحو: جواز إتمام المتطهر بالوضوء بالمتطهر بالتيمم، و حرمة تزويج المعقوده بالفارسي لمن يرى فساد العقد الفارسي لما ورد أنّ لكلّ قوم نكاحا، و إذا أسلم الزوجان أو زوج الكتابيه حكم ببقاء النكاح السابق.

و الحاصل: مجرد كون مفاد الأماره حكما حقيقيا في حقّ الموجب أو القابل لا يفيد

شيئا في المقام بل لا بدّ أن يكون ذلك حكما حقيقيا في حقّ غيره لأنّه أحد طرفي العقد.

ثالثا: قد مرّ منّا عدم اعتبار العربيه و الماضويه و الترتيب و الموالاه و بقاء المتعاقدين على صفات الانشاء إلى آخر العقد في صيغ العقود، نعم الصراحه و التنجيز معتبران فلا يتم تفصيل الشيخ الأعظم عندنا.

رابعا: على قوله قدس سره أيضا لا بدّ من الحاق الترتيب بالموالاه و التنجيز لأنّ التقدّم و التأخّر من الأمور المتضائفه بعدم مراعاته من طرف يخلّ بطرف آخر أيضا و لذا قال الفقيه اليزدي: «الظاهر أنّ الترتيب كالموالاه»<sup>(١)</sup>. هذا كلّ ما يرد على الشيخ الأعظم في المقام.

### مقاله المحقق الأصفهاني وردّها

قال تحت عنوان تحقيق المقام ما ملخصه: «إنّ الملكيه إذا كانت من الأمور الواقعيه و كانت الأماره حجه من باب الطريقه فهي لا توجب إلاّ العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسي تصرف في مال الغير و هو حرام غاية الأمر أنّه معذور في هذا التصرف الحرام. و إن كانت حجه من باب الموضوعيه فالتصرف و إن كان في مال الغير حقيقه لكنّه جائز

ص: ٢٨٢

حقيقه لكون التصرف بعنوان أنه تصرف في مال الغير بسبب العقد عليه ذو مصلحه غالبه على مفسده التصرف في مال الغير فلا يكون حراما واقعا... .

و أمّا إذا كانت الملكيه من الاعتبارات [كما هو الصحيح] فأسبابها أيضا جعليه فربّما يكون ذات العقد العربى - بما هو - ذا مصلحه مقتضيه لاعتبار الملكيه من الشارع، و ربما يكون العقد الفارسى - لا بما هو بل بما هو عقد قامت الحجه على سببته شرعا - ذا مصلحه مقتضيه لاعتبار الملكيه شرعا، فما انتقل إلى المعتدّ بالعقد الفارسى ملك شرعا حقيقه حيث لا واقع للاعتبار إلا نفسه فيترتب جميع آثار الملك عليه...، و إن كانت لا سببيه للعقد الفارسى بالاضافه إلى غير المعتدّ و عليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تعديل الرأى، و إلا فالاعتبار لا ينقلب عمّا هو عليه.

هذا بخلاف ما عدا الأمور الوضعيه كالواجبات التكليفيه على الموضوعيه فإنّ مجرد كون صلاحه الجمعه التى أخبر بوجوبها العادل بلحاظ العنوان الطارىء ذا مصلحه كما يقتضيه ظهور الأمر بها فى البعث الحقيقى المنبعث عن مصلحه فى متعلّقه و عرضا، لا يقتضى أن تكون المصلحه فيه مصلحه بدليه عن مصلحه الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبين بقاء

مصلحه الواقع على حاله فيجب تحصيلها، و ليس فى باب المعاملات مصلحه لازمه التحصيل كى يجرى فيها هذا البيان»(1).

و اعترض عليه تلميذه السيد المحقّق الخوئى: «هذا الذى أفاده... و إن كان متينا بناء على السببيه إلا إنّنا ذكرنا فى مبحث الجمع بين الأحكام الظاهريه و الواقعيه من علم الأصول أنّ الالتزام بالموضوعيه و السببيه حتّى السببيه السلوكيه - التى اخترعها الشيخ الأعظم فى رسائله - مستلزم للتصويب، فإذن فلا يمكن الالتزام بذلك، فلانما و قئتد عن القول

ص: ٢٨٣

بالطريقه المحض في جعل الأمارات و لازم ذلك هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحا فيحكم بالصحة من جانب و بالفساد من جانب آخر»(١).

أقول: حمل كلام المحقق الأصفهاني رحمه الله في ذيل الملكيه الاعتباريه على الموضوعيه و السببيه في حجه الأمارات ممكن، ولكن يمكن حمله على الطريقه أيضا - لو لم نقل أنه يحمل عليها فقط - و المراد بقوله: «سببته شرعا»(٢) يمكن أن يحمل على سببيه العقد الفارسي على الملكيه الاعتباريه لو لا قوله: «ذا مصلحه مقتضيه لاعتبار الملكيه شرعا»(٣)، و على أي حال يمكن الأخذ بقوله حتى بناءً على القول بالطريقه في حجه الأمارات كما هو المختار.

### مقاله الفقيه اليزدي رحمه الله في المقام و مناقشتها

قال: «ثم لا يخفى أن ترتيب الأثر على ظن المجتهد الآخر إنما يكون فيما لو فعله موضوعا للحكم بالنسبه إليه كما في مثال النكاح و غيره و أما إذا كان فعله قائما مقام فعله فلا، كما إذا استأجر الولي الذي يجب عليه القضاء عن الميت من يعتقد بطلان صلاته و إن كانت صحيحه عند نفسه، فإن فعل الأجير فعل المستأجر فلا يجوز الاكتفاء به.

و ما نحن فيه بمنزله ذلك، فإن العقد متقوم بطرفين، و يجب على كل من المتبايعين إيجاد عقد البيع، و هو عبارته عن الإيجاب و القبول، فلا يجوز لواحد منهما الأكل إلا بعد ذلك، فمع اعتقاد أحدهما بطلانه - ولو ببطلان أحد جزئيه - لا يجوز له ترتيب الأثر، و إنما يتم ما ذكره المصنف لو كان المؤثر في حق البائع في جواز الأكل الإيجاب الصحيح، و بالنسبه إلى المشتري القبول الصحيح و ليس كذلك، إذ المؤثر المجموع و هو فعل كل واحد منهما... و

بالجمله: البيع فعل واحد تشريكي، و لا بد من كونه صحيحا في مذهب كل منهما ليتمكن

ص: ٢٨٤

١- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٨٣.

٢- (٣) حاشيه المكاسب ١/٢٩٦.

٣- (٤) حاشيه المكاسب ١/٢٩٦.

ترتيب الأثر عليه، وهذا بخلاف مسأله النكاح فإنّ الفعل للأوّل والثاني مرتب عليه أثره»(١).

و كذا أفتى في عروته بما ذكره هنا و قال: «إذا كان البائع مقلداً لمن يقول بصحة المعاطاه مثلاً أو العقد الفارسي و المشتري مقلداً لمن يقول بالبطلان لا يصح البيع بالنسبه إلى البائع أيضاً، لأنّه متقوم بطرفين فاللزام أن يكون صحيحاً من الطرفين، و كذا في كلّ عقد كان مذهب أحد الطرفين بطلانه و مذهب الآخر صحته»(٢).

يمكن أن يلاحظ عليه: أولاً: لا يكون البيع فعلاً واحداً تشريكياً بل هو فعلاً مرتباً أحدهما بالآخر و لذا قال المحقق الخميني قدس سره: «أنّ العقد المركب من الإيجاب و القبول لا يعقل أن يكون فعل كلّ واحد من المتعاقدين فكيف يكون الموجب موجبا و قابلاً و القابل كذلك، و لاشك في أن الإيجاب فعل الموجب و هو موضوع الأثر بالنسبه إلى القابل فإذا ضم إليه القبول صار عقداً تاماً و قوله: «البيع فعل [واحد] تشريكياً» الخ، مصادره محضه»(٣).

ثانياً: إنّ العقد متقدم بالطرفين لا يقتضى أن يكون القابل ينشئ قبوله و مقصوده على نحو ينشأ الموجب إيجابه و مقصوده به.

و ثالثاً: على فرض قبول أنّ البيع فعل واحد و هو لا يقتضى إمّا الصحة أو الفساد، لا يتم إلاّ بحسب الحكم الواقعي، و أمّا بالنسبه إلى الحكم الظاهري فلا مانع من الالتزام بالتفكيك بأن يعمل كلّ من الموجب و القابل بما تقتضيه وظيفته الظاهريه.

ص: ٢٨٥

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٤٤٨.

٢- (٢) العروه الوثقى - الاجتهاد و التقليد، المسأله ٥٥.

٣- (٣) كتاب البيع ١/٢٤٤.



الأولان من الملاحظات للمحقق النائيني (١) و الثالث للسيد الخوئي (٢) رحمهما الله و لذا كتبنا في تعليقنا على العروه الوثقى في ذيل المسأله المذكوره: «بل يصح»، و في آخرها: «نعم، في أمثال الفروج لزم مراعاة الاحتياط». فلا يتم ما ذكره الفقيه اليزدى قدس سره .

ص: ٢٨٦

---

١- (٤) منيه الطالب ١/٢٦٠.

٢- (٥) مصباح الفقاهه ٣/٨٤.

وصلُ: أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

إشاره

ص: ٢٨٧



إشاره

قد مرّ بعض كلمات القوم فى المقام فى التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاه والان تضاف إليها أحكامه:

الأول: لا يملك المشتري المقبوض بالعقد الفاسد

إذا كان العقد باطلاً-لا- يتحقق آثاره المقصوده كالملكيه مثلاً- فى البيع فمقتضى بطلان البيع بقاء كل من المالكين على ملك صاحبه الأول و لا حاجه إلى التمسك بأصالة عدم الانتقال لعدم الشك فى المقام حتى يجرى فيه الأصل.

و بعبارة أخرى: المؤثر فى حصول الملكيه إنما هو العقد فإذا حكم بفساده لم يؤثر فى الملكيه و صار كالمعدوم لا- يؤثر فى شىء.

صرح بعدم الملكيه فى فرض فساد العقد الشيخ فى كتابه(١)، و المحقق فى موضعين من الشرائع(٢)، و العلامه فى القواعد(٣) و التذكرة(٤) و نهج الحق(٥)، و ابن فهد فى المهذب

ص: ٢٨٩

١- (١) المبسوط ٢/١٤٩، ٣/٦٤ - الخلاف ٣/١٥٨، ٣/٤٠٣.

٢- (٢) الشرائع ٢/٧، ٣/١٩٤.

٣- (٣) القواعد ٢/١٧، ٢/٢٣٨.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١٠/٢٩٠.

٥- (٥) نهج الحق و كشف الصدق ٤٨٥.

البارع(١)، و المحقق الثاني في جامع المقاصد(٢)، و الشهيد الثاني في المسالك(٣)، و المحقق السبزواري في الكفاية(٤)، و الشيخ جعفر في شرح القواعد(٥)، و تلميذاه صاحبيا المفتاح(٦)

و الجواهر(٧).

قال في الأخير: «بلا خلاف، بل الاجماع بقسميه عليه، للأصل بعد فرض بطلان السبب الذي أريد الانتقال به، و فرض عدم إرادته غيره من أسباب الملك، حتّى المعاطاه بناءً على أنّها منه...»

ص: ٢٩٠

---

١- (٦) المهذب البارع ٢/٣٦١.

٢- (٧) جامع المقاصد ٤/٦١.

٣- (٨) المسالك ١٢/٢٢٢.

٤- (٩) الكفاية ٢/٦٥٣.

٥- (١٠) شرح القواعد ٢/٣٢.

٦- (١١) مفتاح الكرامه ١٢/٥٣٧.

٧- (١) الجواهر ٢٢/٢٥٦.

الأول – الاجماع: بمعنى كون تلفه عليه

ادعى الشيخ في باب الرهن من المبسوط (١) و في موضعين من البيع في المبسوط (٢) و الخلاف (٣) الاجماع عليه صريحا و تبعه ابن ادريس في السرائر (٤) و ابن فهد الحلّي في المهذب البارع (٥) و المحقق الثاني في جامع المقاصد (٦) و الشهيد الثاني في غصب المسالك (٧) و السبزواري في الكفايه (٨) و الشيخ جعفر في شرح القواعد قال: «للإجماع المحصّل فضلاً عن المنقول المعتضد بالشهره المستفيضه تحصيلاً و نقلاً» (٩) و السيّد العاملي في المفتاح قال: «هذان الحكمان (عدم الملكيه و الضمان) ممّا قد طفحت به عباراتهم» (١٠) و قال صاحب الجواهر: «بلاخلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه» (١١).

الثاني – على اليد ما أخذت حتى تؤدي

ص: ٢٩١

١- (١) المبسوط ٢/٢٠٤.

٢- (٢) المبسوط ٢/١٥٠.

٣- (٣) الخلاف ٣/١٥٨، مسأله ٢٥١.

٤- (٤) السرائر ٢/٢٨٥: و فيه: «عند المحصلين».

٥- (٥) المهذب البارع ٢/٣٦١.

٦- (٦) جامع المقاصد ٤/٦١.

٧- (٧) مسالك الأفهام ١٢/١٧٤.

٨- (٨) الكفايه ٢/٦٥٣.

٩- (٩) شرح القواعد ٢/٣٣.

١٠- (١٠) مفتاح الكرامه ١٢/٥٣٧.

١١- (١١) الجواهر ٢٢/٢٥٧.

و يدلُّ عليه بعد الإجماع النبوي المشهور: على اليد ما أخذت حتَّى تؤدى. (١).

لايستشكل على سند الروايه بأنَّ روايها هو قتادهُ عن الحسن البصرى (٢) عن سمره بن جندب (٣) المعلوم حالهما، و لم يسمع حسب رأى البخارى و مسلم - الحسن عن سمره

إلا حديث العقيقه (٤) و ابن حزم أيضا ضَعَف الحديث بدعوى انقطاعه لأنَّ قتاده لم يدرك الحسن (٥).

لأنَّ شهرتها و العمل بمضمونها يكفى فى اعتبارها، و قد قال العلامة البلاغى: «... قد شاعت روايته بين الفريقين و كثرت روايته و الاعتماد عليه بين الأصحاب، بل لم يخل من الاعتماد عليه فى الاستدلال فيما رأيناه كتاب يتعرض لمدارك الأحكام و وصفه فى جامع الشتات (٦) بالمشهور المقبول بل ذكر فى المضاربه (٧) و وصفه بالروايه المجمع عليها. و كاشف الغطاء فى شرح القواعد (٨) بالمستفيض المجمع على مضمونه، و فى الرياض (٩) بالمشهور

ص: ٢٩٢

١- (١٢) عوالى اللآلى ١/٢٢٤، ح ١٠٦، ١/٣٨٩، ح ٢٢؛ سنن البيهقى ٦/٩٥ و ٩٠؛ كنز العمال ٥/٣٢٧، الرقم ٥٧١٣؛ سنن ابن ماجه ٢/٨٠٢، ح ٢٤٠٠؛ و سنن الترمذى ٣/٥٦٦، ح ١٢٦٦؛ و سنن ابن داود ٣/٢٩٦، ح ٣٥٦١؛ سنن النسائى ٣/٤١١؛ و مسند احمد بن حنبل ٥/٨ و ١٢ و ١٣؛ المستدرک على الصحيحين ٢/٤٧.

٢- (١٣) لبعض ما طَعَنَ عليه به عندهم راجع ميزان الاعتدال ١/٥٢٧ و عندنا راجع رجال الكشى ٩٧/، ح ١٥٤ و الاحتجاج ١/١٧١.

٣- (١٤) لبعض ما طَعَنَ عليه راجع شرح نهج البلاغه لابن أبى الحديد ٤/٧٣ و ٧٧ و ٧٨؛ و تاريخ الطبرى ٤/١٧٦؛ و قاعده لا ضرر لشيخ الشريعة الإصفهانى ٣٥/ و ٣٦.

٤- (١) راجع نصب الرأيه ٥/٣٩٨ للزيعلی.

٥- (٢) المحلّى ٩/١٧٢.

٦- (٣) جامع الشتات ٣/٤٠٥ و فيه: «حديث مشهور على اليد كه أصحاب به آن عمل کرده اند».

٧- (٤) جامع الشتات ٣/٣٤٠ من طبعه الحروفى الاولى.

٨- (٥) شرح القواعد ٢/٣٣.

٩- (٦) رياض المسائل ٨/٢٥٤ و فيه: الخبر المشهور.

المقبول، و في غضب مفتاح الكرامه (١) بالمشهور المعمول به في أبواب الفقه، و في وديعه المقابيس (٢) بالقويه المعروفه المجمع عليها. و في العناوين (٣) بالمنجبر بالشهره المتلقى بالقبول عند العامه و الخاصه بحيث يغنى عن ملاحظه سنده و صحته بل هو ملحق بالقطعيات في الصدور، و في الجواهر (٤) أنه مجبور بالعمل (٥).

أقول: الظاهر استناد الأصحاب قديما و حديثا هو على هذا الحديث بحيث يظهر للمتأمل الوثوق بصدوره و الآن أذكر لك - مضافا إلى ما مرّ من العلامه البلاغي - بعض هذه الاستنادات:

منهم: الشريف المرتضى في بحث ضمان الصناع من الانتصار (٦) احتجاجا عليهم.

و منهم: شيخ الطائفه في أول غضب المبسوط (٧).

و منهم: الشيخ في أول وديعه المبسوط (٨).

و منهم: الشيخ في رهن الخلاف (٩) و في غضبه مرتان (١٠) و وديعته (١١).

ص: ٢٩٣

- 
- ١- (٧) مفتاح الكرامه ٦/٢٢٨ من الطبعة الاولى.
  - ٢- (٨) المقابيس / ٢٥٣.
  - ٣- (٩) العناوين ٢/٤١٦.
  - ٤- (١٠) الجواهر ٣٧/٣٥ و استدل به أيضا في ٢٧/١١٦ و ٣١/٣٥٨.
  - ٥- (١١) العقود المفصلة ٢/، المطبوعه مع تعليقه على المكاسب على الحجر، و ص ٢٣ من المطبوعه في ضمن المجلد السابع من موسوعه العلامه البلاغي.
  - ٦- (١٢) الانتصار / ٤٦٨.
  - ٧- (١) المبسوط ٣/٥٩.
  - ٨- (٢) المبسوط ٤/١٣٢.
  - ٩- (٣) الخلاف ٣/٢٢٨، مسأله ١٧.
  - ١٠- (٤) الخلاف ٣/٤٠٨ و ٤٠٩، مسأله ٢٠ و ٢٢.
  - ١١- (٥) الخلاف ٤/١٧٤، مسأله ٥.



و منهم: السيد ابن زهره فى غضب الغنيه و إجارتها(١) احتجاجا عليهم.

و منهم: ابن ادريس الذى لا يرى الأخبار الآحاد موجبا للعلم و العمل و قال: «و قد بينا أنّ أخبار الآحاد عند أصحابنا لا توجب علما و لا- عملاً و الواجب على المفتى الرجوع فى صحه الفتوى إلى الأدله القاطعه»(٢). و قال أيضا: «الواجب الأخذ بالأدله القاطعه للأعدار، و ترك أخبار الآحاد التى لا توجب علما و لا عملاً فإنه أسلم للديانه، لأنّ الله تعالى ما كلفنا إلاّ الأخذ بالأدله و ترك ماعداها»(٣).

تمسك بهذه الروايه فى عدّه مواضع من كتابه نحو: رهن السرائر مرتين(٤) و فى غضبه كذلك(٥) و إجارتها(٦) و وكالته(٧).

و منهم: الشيخ على بن محمّد بن محمّد القمى السبزوارى فى غضب جامع الخلاف و الوفاق و رهنه و إجارتها(٨).

و منهم: العلّامه تمسك بها فى عدّه من كتبه نحو: متاجر المختلف(٩) و رهنه(١٠) و عاريته مرّتين(١١) و لقطته(١٢) و وديعته(١٣) و إجارتها(١٤).

ص: ٢٩٤

١- (٦) غنيه النزوع ٢٨٠ و ٢٨٩.

٢- (٧) السرائر ٢/٣٢٢.

٣- (٨) السرائر ٢/٤٢٢.

٤- (٩) السرائر ٢/٤٢٥ و ٤٣٧.

٥- (١٠) السرائر ٢/٤٨١ و ٤٨٤.

٦- (١١) السرائر ٢/٤٦٣.

٧- (١٢) السرائر ٢/٨٧.

٨- (١٣) جامع الخلاف و الوفاق ٣٤٣ و ٢٩٩ و ٣٥٤.

٩- (١٤) مختلف الشيعة ٥/٣٢١.

١٠- (١٥) مختلف الشيعة ٥/٤١٧.

١١- (١٦) مختلف الشيعة ٦/٧٢ و ٧٧.

١٢- (١٧) مختلف الشيعة ٦/٨٧.

١٣- (١٨) مختلف الشيعة ٦/٦٣.

١٤- (١٩) مختلف الشيعة ٦/١٥٨.

وقال في غضب التذكرة: «كل من غضب شيئاً وجب عليه ردُّه على المالك سواء طالب المالك برده أو لا، مادامت العين باقية بلاخلاف، لقول النبي صلى الله عليه وآله على اليد ما أخذت حتى تؤديه»<sup>(١)</sup>.

وقال في ضمانها: «وكل من يثبت يده على مال الغير ولاحق له في إمساكه و كان المال باقياً وجب عليه ردُّه على مالكة بلاخلاف، لقول النبي صلى الله عليه وآله : على اليد ما أخذت حتى تؤدى، ولأنَّ حقَّ المالك متعلِّق بماليتها، و ماليتها لا تتحقَّق إلا برده إليه»<sup>(٢)</sup>.

و ذكرها العلامة في كتاب الرهن<sup>(٣)</sup> مرَّتين، و كذلك في كتاب الوديعه<sup>(٤)</sup>، و في كتاب العاربه<sup>(٥)</sup> ثلاث مرَّات.

و هكذا ذكرها ولده فخرالمحقِّقين مكرراً في كتابه ايضاح الفوائد<sup>(٦)</sup>.

و هكذا الفاضل المقداد في التنقيح<sup>(٧)</sup> مكرراً.

و منهم: الشهيد قال في غضب الدروس: «يجب ردُّ المغصوب إلى مالكة إجماعاً و لقوله صلى الله عليه وآله : على اليد ما أخذت حتى تؤديه...»<sup>(٨)</sup>

ص: ٢٩٥

- 
- ١- (١) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجري.
  - ٢- (٢) تذكره الفقهاء ٢/٣٧٤ من الطبع الحجري.
  - ٣- (٣) تذكره الفقهاء ١٣/١٩٤ و ٢٥٨.
  - ٤- (٤) تذكره الفقهاء ١٦/١٦١ و ٢١٨.
  - ٥- (٥) تذكره الفقهاء ١٦/٢٧١ و ٢٧٣ و ٢٩٦.
  - ٦- (٦) ايضاح الفوائد ٢/١١٦ و ١٢٤ و ١٥٨ و ١٦٠ و ١٦٧ و ٣٠٨ و ٣٢٤ و ٣٢٧ و ٣٢٩.
  - ٧- (٧) التنقيح الرائع ٢/٢٤٥ و ٢٤٩ و ٢٥٩ - ٤/١١٢ و ١٢٤.
  - ٨- (٨) الدروس ٣/١٠٩.

و ذكرها أيضا ابن فهد الحلي في المهذب البارع (١) مكررا و المحقق الثاني في جامع المقاصد (٢) و الشهيد الثاني في المسالك (٣)، و المحقق الأردبيلي مع حكمه بعدم صحة الروايه كما يأتي ذكرها مكررا في كتابه (٤).

و بما ذكرنا يظهر الوثوق بصدورها من رسول الله صلى الله عليه و آله فلا يُضَيِّغُ إلى ما ذكره المحقق الأردبيلي (٥) في بحث المأخوذ بالبيع الفاسد بعد الاعتراف بأن الخبر مشهور حكم بأن صحته غير ظاهره و تمسك بأصل البراءه من الضمان في مقابله.

و تبعه المحققان السيدان الخوئي (٦) و الخميني (٧)، لأنّ الأوّل منهما لا يرى جبر ضعف السند بعمل المشهور، و كلاهما لايران استناد المشهور إلى الروايه.

و تبعهم شيخنا الاستاذ (٨) قدس سره .

و قد ذهبنا في أبحاثنا الأصوليه تبعاً للمشهور إلى جبران ضعف السند بعمل المشهور و ظهر ممّا ذكرنا استناد المشهور من المتقدمين و المتأخرين إليها، فالروايه عندنا تكون مؤثوقه بصدورها هذا كله في أمر سندها.

و أمّا دلالتها: فالذي يظهر من جماعه ظهورها في الحكم التكليفي فقط - أي وجوب

ص: ٢٩٦

١- (٩) المهذب البارع ٢/٥٦٠ - ٣/٧ و ٩ و ٣٩ - ٤/٣١١.

٢- (١٠) جامع المقاصد ٤/١٠٩ - ١٧٧ و ٥/٢٩ و ٣١ و ٩٨ و ٣٠٧ و ٣٤١.

٣- (١١) المسالك ٣/١٤٢ و ١٥٤ و ٣٤٣ و ٤٤٠ - ٤/٣٨ و ٣٩ و ٥٦ و ٥٨ و ٢٠٧ و ٣٣٧ و ٣٥٩ و ٣٨٣ و ٣٨٥ و ٣٩٨ - ٥/٤٧ و ٧٨ و ٩٣ و ١١٦ - ٦/٦٣.

٤- (١٢) مجمع الفائده ٩/١٦٩ و ٢٢٨ و ٦٠٢ - ١٠/٢٧٦ و ٤٤١ و ٤٥١ و ٤٩٩.

٥- (١) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٩٢.

٦- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٨٨ و ٨٩.

٧- (٣) كتاب البيع ١/ (٢٥٠-٢٤٧).

٨- (٤) إرشاد الطالب ٢/١٣٩.

الرّد - دون الحكم الوضعى - أى الضمان - كما صرح به ابن حزم فى المحلى (١) و الشاهد على ذلك أنّ الشيخ فى كتاب الغصب من المبسوط (٢) لم يتمسك بها لأجل ثبوت الضمان فى فرض تلف المغصوب، و كذا العلامة (٣) تمسك بها فى وجوب ردّ المغصوب إلى مالكة و الفاضل الزرقاى (٤) صرح بأنّها تدل على وجوب حفظ المال عن التلف و ردّه إلى مالكة و لا تدل على الضمان بوجه و تبعه المحقّق الإيروانى (٥).

لأنّ كلمه «على» ظاهره فى الحكم التكليفى، و أجابه الشيخ الأعظم بأنّ «هذا الظهور إنّما هو إذا أسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين لا إلى مالٍ من الأموال» (٦).

أقول: لا يخفى أنّ المراد باليد هو الاستيلاء على المال كما هو المراد بها فى قاعده اليد.

ثم إنّ كلمتى «على اليد» فى الحديث خبر مقدم و جار و مجرور متعلّق بثابت أو لازم بقرينه الحكم و الموضوع، و «ما أخذت» مبتدأ مؤخر و ما موصوله و «حتى تؤدى» غايه للحكم. فصار معناها: ما أخذته اليد ثابت عليها حتى تؤديه. و بعد الأداء يرفع الحكم، و من الواضح مع وجود العين أنّ الثابت - أى الواجب شرعا - هو ردّ نفس العين و مع تلفه تصل النوبه إلى بدله المثلى أو القيمى. فالروايه تدل على الحكم الوضعى - أى الضمان عند تلف العين - و الحكم التكليفى - أى وجوب ردّ العين - و إذا كان يجب عليه الرّد يجب عليه حفظه عقلاً حتى يتمكن من الرّد. هذا ما يخطر بالبال عند التأمل فى الروايه. و وافقنا على ذلك

ص: ٢٩٧

١- (٥) المحلى ١٧٢//٩.

٢- (٦) المبسوط ٣/٥٩ و ٦٠.

٣- (٧) تذكره الفقهاء ٢/٣٧٤ من الطبع الحجرى.

٤- (٨) عوائد الأيام / ١٠٩ و ١١٠، العائده ٣٣.

٥- (٩) حاشيه المكاسب ٢/١١١.

٦- (١٠) المكاسب ٣/١٨١.

المحقق الشهيدى (١) رحمه الله .

ثم قال الشيخ الأعظم: «و من هنا كان المتّجه صحه الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفه لعدم التمييز و الشعور» (٢).

و استشكل عليه (٣) بأنّ هذا يتم بناءً على تأصل الأحكام الوضعيه، و أمّا بناءً على انتزاعها من الأحكام التكليفيه كما هو مذهب الشيخ الأعظم فلا يمكن شمول الروايه للصغير و المجنون لانتفاء التكليف فى حقّهما ليصحّ انتزاع الوضع منه.

و أجاب السيّد الحكيم عن هذا الاشكال بقوله: «امكان انتزاع ذلك الحكم الوضعى من الحكم التكليفى المتوجه إلى الولى، أمّا لو حملنا الروايه على الحكم التكليفى فلا- وجه لصرّفها إلى الولى لأنّ تخصيصها بأدله رفع القلم أولى من ذلك فيتعيّن ارتكابه [أى تخصيصها]...» (٤).

### الثالث: الروايات الواردة فى الأمه المسروقه

#### اشاره

و قد استدل الشيخ الأعظم بالروايات الواردة فى الأمه المسروقه لأجل ثبوت الضمان:

و منها: موثقه جميل بن درّاج عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها ثم يجىء مستحق الجاربه، قال: يأخذ الجاربه المستحقّ و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بثمان الجاربه و قيمه الولد التى أخذت منه (٥).

ص: ٢٩٨

١- (١) هدايه الطالب ٢/٢٣٩.

٢- (٢) المكاسب ٣/١٨١.

٣- (٣) الاشكال للسيّد اليزدى فى حاشيه المكاسب ١/٤٥٣.

٤- (٤) نهج الفقاهه ١٩٤/.

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢١/٢٠٥، ح ٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

بتقريب ذكره بقوله: «فإن ضمان الولد بالقيمه - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا المتلف فافهم»(1).

و بعبارة أوضح: الولد يكون منفعةً و نماءً للجاريه ولكن المشتري لم يستوف هذه المنفعة لأن الولد تابع لوالده فى الحرية، و الحرّ لا يُقوّم بالمال. و من هنا ظهر الفرق بين الاستيلاء و منافعها الأخرى. فإذا كانت اليد على المنافع توجب الضمان فبطريق أولى تكون اليد على العين ضامنه.

ان قلت: المشتري باستيلاء الجاريه أتلف منفعتها على مالکها لتربيته نطفه الرق و لذا يصدق الإتلاف.

قلت: الإتلاف هو إعدام الموجود، و هو هنا مفقود بل المشتري أحدث فيها نماءً غير قابل للملك، لحكم الشارع بحزّيه الولد فهو كالتالف بالتلف السماوى لا كالتلف حتى يكون موردا لقاعده الإتلاف.

و لعلّ أمره بالفهم فى آخر كلامه إشاره إلى إمكان صدق الإتلاف على الاستيلاء، أو إلى أنّها استيفاء لنماء الجاريه. و على الأوّل يكون الضمان بقاعده الإتلاف و على الثانى يكون الضمان بقاعده الاستيفاء للمنافع لا اليد.

و لعلّه إشاره إلى: أنّ الوطى إذا كان مانعا عن صدق الإتلاف على حدوث الولد غير قابل للملك فلا محاله يكون مانعا أيضا عن صدق الضمان باليد، ضروره أنّ التلف تحت اليد إنّما يوجب الضمان باليد إذا كان التالف ملكا للمضمون له. و من المعلوم أنّ الولد لم يكن ملكا لصاحب الجاريه فلا تدل الروايه على ضمان اليد، بل يمكن أن يكون ضمان الولد بسبب

ص: ٢٩٩

تعدى غير الأسباب المعروفة كما قاله المحقق المروج (١).

### بيان المحقق النائيني

قرّر المحقق النائيني قدس سره ما يدعيه الشيخ الأعظم من ضمان قاعده اليد في المقام - مع اختلاف له يظهر لك - بما ملخصه: ليس استيلاء الأمه داخلاً تحت موارد ضمان المنافع مستقلاً لأنّ المستولد «لم يستوف منفعه الأمه - فإن استيفاء المنافع إنّما هو من قبيل الركوب

و الجلوس و الأكل و الشرب و الوطى و نحو ذلك - .

وعدّ العرف حصول الولد له منفعه من الأمه لا اعتبار به، لأنّ نظر العرف ليس متّبعا في تعيين المصاديق.

نعم أوجد ما هو السبب لفوت المنفعة على المالك، لأنّ وطأه الذي استلزم الحمل صار سببا لفوت المنفعة عليه، ولكن ضمان من منع المالك من التصرف حتّى تلف المنفعة ممنوع، إلّا إذا قيل بأنّ قاعده «لا ضرر» كما تنفى الحكم الثابت الذي يلزم منه الضرر كذلك تثبت الحكم الذي لو لا تشريعه لزم منه الضرر.

و بالجملة: الذي استوفاه المشتري إنّما هو الوطء، و المفروض أنّ قيمه لم تجعل عوضا له بل للولد، و الولد ليس من المنافع المتلفه، و لا ممّا كان المشتري سببا لإتلافها، لأنّ الولد لم يكن لمالك الأمه حتّى يكون مشتري الأمه سببا لإتلافه، فليس استيلاء الأمه إلّا من قبيل منع المالك من السكنون في داره، فضمن الولد الذي يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حرّا إنّما هو من جهة تبعيته المنافع التالفه للعين المضمونه، فيدلّ الخبر على ضمان العين لا للاولويه، بل لأنّ ضمان العين صار سببا لضمان التالف.

و بالجملة: منشأ الضمان إمّا قاعده اليد أو الإتلاف أو التسبيب، و الأخيران منتفیان

ص: ٣٠٠

فى المقام. أمّا الإلتلاف فلأنّ الأب لم يستوف المنفعة، فإنّ الولد لا يعدّ من المنافع، فإنّ حكمه حكم الأب و الأمّ، فكما أنّه لا يكون من المنافع... فمراد المصنف قدس سره من أنّ الاستيلاء ليس استيفاءً أنّه ليس ممّا استعمله و أتلفه المستولد.

و الأصل فى هذا التعبير للعلامة قدس سره فإنّه قال فى التذكرة: «منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفويت، لا بالفوات، فلو قهر حرّاً و استعمله فى شغل ضمن أجرته، لأنّه استوفى منفعه و هى متقومه، كما لو استوفى منافع العبد، ولو حبسه مدّة لمثلها أجره و عطل منفعه فالأقوى أنّه لا يضمن الأجره، لأنّ منفعه تابعه لما لا يصحّ غضبه... إلى آخره»(1).

«... و أمّا باب التسبب فواضح أنّ و طء المشتري ليس سببا لتلف المنفعة الموجوده المملوكه لمالك الأمه فلا يدخل تحت قاعده الضمان بالتسبب، فانحصر أن يكون منشأ ضمان اليد»(2).

و فيه: أوّلاً: ذهب النائينى إلى عدم كون الولد نماءً للأمه - مع إقرار الشيخ الأعظم

به - لأنّ نظر العرف ليس متبعاً فى تعيين المصاديق، و لا يتم ما ذكره صغرى و كبرى لصدق المنفعه على الولد حقيقةً و عرفاً، و حيث لم يكن للشارع فى خطاباتة مع العرف طريقه خاصه بل يتبع هو طريقه العقلاء فلا محاله من أن يصير تشخيص العرف فى المفاهيم و مصاديقها معتبراً(3) و يدل على كونها منفعه بل منفعه مستوفاه خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام: ... يردّ إليه جاريته و يعوّضه بما انتفع، قال: كان معناه قيمه الولد.(4) الظاهر أنّ التفسير من زراره.

ص: ٣٠١

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٢ من الطبع الحجرى.

٢- (٢) منيه الطالب ١/٢٤٣ و ٢٤٤.

٣- (١) قد تتبه لنفى الكبرى المحقق الخمينى فى البيع ١/٢٥٨.

٤- (٢) وسائل الشيعه ٢١/٢٠٤، ح ٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.



و ثانيا: يردّ عليه و على الشيخ الأعظم حيث أنكر أنّ الاستيلاء هو استيفاء المنفعة خير زواره حيث عدّ فيه الولد بأنّه منفعه مستوفاه كما يظهر من قوله عليه السلام: «بما انتفع»، و لم يذكر فيه استيفاء منفعه أُخرى من منافع الجارية.

و ثالثا: أنكر على الشيخ الأعظم الأولويه و قال: «فضمان الولد الذى يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حرّاً، إنّما هو من جهة تبعيه المنافع التالفه للعين المضمونه فيدلّ الخبر على ضمان العين لا للألويه، بل لأنّ ضمان العين صار سببا لضمان التالف». فكأنّه قبل ما أنكره من كون الولد منفعه، و كذا لا يتم من إنكاره للألويه، لأنّ تأمّل بعضهم فى ضمان المنافع المستوفاه فى صدق الأخذ عليها و انحصار حديث اليد بما يقبل الردّ إلى مالكة - و هو العين - . و عليه فإذا حكم الشارع بضمنان قيمه الولد الذى هو من قبيل منفعه الجارية كان ضمان نفسها ثابتا بالألويه، مع اعترافه قدس سره بتسبّب ضمان المنفعه عن ضمان العين.

و رابعا: قال قدس سره: «فليس استيلاء الأمه إلاّ من قبيل منع المالك من السكنون فى داره» حيث شابه الاستيلاء بمنع المالك عن استيفاء منفعه ملكه، و الوجه فى عدم تماميته أنّ الوطى ليس سببا للحمل بل إنّما هو معدّله فتشبيهه بمنع المالك الذى يكون سببا لعدم استيفائه منافع ملكه غير تام. كما يمكن القول بوجود الضمان فى المشبه به، على ما قد يقال، خلافا للعلامه فى التذكرة كما مرّ و فى التحرير قال: «ولو حبس صانعا مدّه عن عمله فكذلك لا- يضمن أجرته، و لا يضمن الحرّ لو غصبه و إن كان صغيرا»(١).

#### مقاله المحقق الأصفهاني و مناقشتها

قال الأصفهاني: يمكن أن يقال: إنّ النطفه و إن كانت من الرجل إلاّ أنّها لما كانت

مُكَمَّلَةٌ بدم الأمّ و كانت تكوّنها حيوانا بالقوى المودعه فى الرحم، فكأنّ صيرورتها حيوانا

ص: ٣٠٢

من قبل الأم فقد أتلّفها الرجل على الأب (١)، خصوصا إذا قيل بتكوّنه من نطفه المرأة و كان اللقاح من الرجل، أو قلنا بأنّ الولد ينعقد رقًا و إنّما يصير حرًا بالولادة فإنّه إتلاف حقيقه» (٢).

و فيه: أولاً: الولد يتكوّن من نطفتي الرجل و المرأة معاً لا من الرجل فقط و لا من المرأة فقط، و الرحم يكون محل نشوئه عرفاً و حقيقه، نعم، قد يقال بإمكان تكثير السلول الواحد من الانسان و الحيوان و هو عمليه الاستنساخ البشرى أو الحيوانى ولكن هذه العمليه غير الاستيلاد.

و ثانياً: صيروره نطفه الرجل حيوانا بما ذكر لا توجب أن يكون الولد لصاحب الجاربه حتّى يصير التحرير إتلافاً لِمَالِهِ، بل لازمه - لو سلم - أن يكون صاحب الولد ضامناً للدم التالف و قيمه القوى المودعه، لا لقيمته الولد و لا سيّما إذا قلنا بضمان يوم الأداء.

و ثالثاً: على فرض كون النطفه من المرأة فإنّ الولد الحاصل من نطفتها يصير ولداً للأب و يخرج عن الملك فلو كان ذلك موجبا للضمان فلا بدّ من تقويمه حال كونه فى جوف أمّه و حال الولاده - أى حال الخروج عن ملك صاحبه - لا التقويم فى زمن الأداء.

و رابعاً: الخروج بالحكم الشرعى يكون من قبيل التلف السماوى لا الإتلاف و لا الإتلاف بالتسيب، فإنّ السبب للحكم الشرعى - و هو الولاده - ليس فعله، بل نتيجة فعله يكون موضوعاً للحكم. (٣)

ص: ٣٠٣

١- (١) كذا فى المطبوعتين من الكتاب، ولكن الصحيح «المالك» كما نبه عليه المحقق الخمينى فى البيع ١/٢٥٧.

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١/٣٠٤.

٣- (٣) الثلاثه الأخيره كانت للسيد الخمينى رحمه الله فى بيعه ١/٢٥٧.

قال الإيرواني: «يمكن أن يقال: إنَّ المشتري استوفى منفعة الرحم باشتغاله بمائه أو لأقل من أنه أتلف منفعته على المالك بذلك، فإنه (١) كان مستعداً لإنماء نطفه الرزق فسلب عنه ذلك بإشغاله بنطفته، و بهذا يصدق الإلتلاف و لا يتوقف صدقه على فعلية النماء، فمن سقى أشجار الغير المستعدة للأثمار ماثا مالحا منعه عن الإثمار يصدق أنه أتلف ثمرها...» (٢).

و فيه: أولاً: الولد لا يعدّ منفعة الرحم و ليست نسبة الرحم إلى الولد كنسبه الثمره إلى الشجره بل هو محل نشوئه و ارتقائه عرفا و حقيقه، نعم يصدق أنه منفعة الجارية كما مرّ.

و ثانيا: ثم على فرض صحه استيفاء منفعة الرحم لا يوجب أن يكون المضمون قيمه الولد، بل المضمون حينئذ الدم التالف و قيمه القوى المودعه و هو كما ترى.

و ثالثا: على فرض تماميه ما ذكره و ضمان الولد لا بدّ أن تكون قيمه يوم الولادة هي المتعينة لا قيمه الولد يوم الأداء و بينهما بون.

### مقاله المحقق الخميني

ذكر قدس سره خير زواره قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولادا، ثم إنَّ أباهما يزعم أنّها له و أقام على ذلك البيئه، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوّضه في قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها. (٣)

ثم قال قدس سره: «و في قوله عليه السلام: «و يعوّضه» الخ احتمالاين: أحدها: أنّ ما أصاب من لبنها و خدمتها أي المنافع المستوفاه منها جعل عوضا من قيمه الولد، فقدّر القيمه بما أصاب منها

ص: ٣٠٤

١- (٤) أيّ الرحم.

٢- (٥) حاشيه المكاسب ٢/١١٢.

٣- (١) وسائل الشيعه ٢١/٢٠٤، ح ٤.

تعبداً، و الثاني: ولو بملاحظه سائر الروايات أنّ قيمه الولد تقدير لما أصاب من اللبن و الخدمه، فقيمهته على هذا ليست لأجل استيفاء المنفعه التي هي الولد و لا بازاء تفويت منافع الجاربه و لا لأجل ضمان اليد على الجاربه و يتبعه ضمان المنافع بل لأجل استيفاء سائر المنافع أي اللبن و الخدمه، لكن لما كان قدرهما ربما يكون مجهولاً أو معرّضاً للنزاع قدّره الشارع على قيمه الولد، تأمل»(١).

و فيه: أولاً: الظاهر بقريته بقيه روايات الباب(٢) يحمل «قيمه ما أصاب من لبنها» على قيمه الولد.

و ثانياً: في هذه الروايه زياده لابدّ من الأخذ بها و هي ضمان خدمه الجاربه على البائع لأنّها معطوفه على «ما أصاب من لبنها» و ظهور العطف في المغايره و التعدد ثابتٌ.

و بالجملة: في هذه المسأله ترجع الجاربه إلى مالکها و يدفع صاحب الولد قيمته إلى

المالك مع ضمان خدمه الجاربه. و للمشتري أن يرجع في قيمه الجاربه و الولد إلى مَنْ غرّه بقاعده الغرور. و الظاهر أنّ ضمان الولد فيها يكون من قبيل ضمان التلف الحكمي كما عليه الشيخ الأعظم، لا ضمان قاعده الإلتلاف أو ضمان التسيب أو ضمان استيفاء المنافع.

ولكن العمده في المقام عدم دلالة هذه الروايات على ما كتنا بصدد اثباته، لأنّ البائع في هذه الروايات يكون غاصبا و لذا لا يتوهم أحدٌ عدم الضمان منه حتّى إذا كان العقد غير معاوضي كالهبه. ولكن في بحث ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لا يكون البائع غاصبا بل يكون مالكا و في هذه الصوره يثبت الضمان أيضا هو أوّل الكلام و الروايات الماضيه لا تدل على ذلك كما نبه عليه المحقّق السيّد الخوئي(٣) رحمه الله ص: ٣٠٥

١- (٢) البيع ١/٢٥٩.

٢- (٣) وسائل الشيعه ٢١/٢٠٤، ح ٢ و ٣ و ٥، من الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٣- (١) مصباح الفقاهه ٣/٩٠.

نعم: يظهر من العلامه عدم الفرق بين البائع المالك و الغاصب قال: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، سواء كان البائع المالك أو الغاصب أو غيرهما، و يضمه و ما يتجدد من نمائه و ما يزداد به قيمته لزياده صفه...»(١).

#### الرابع: قاعده ما يُضمن بصحيحه يُضمن بفاسده

#### اشاره

هذه القاعده و مفهومها(٢) أو سالتها(٣) أو نقيضها(٤) - و لا عكسه(٥) - و هي ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وردت فى كلام العلامه حيث قال: «إذا فسد الرهن و قبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان لأنّه قبضه بحكم أنّه رهن، و كلّ عقدٍ كان صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك و كلّ عقد كان صحيحه مضموناً ففاسده مثله. أمّا الأوّل: فلأنّ الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى باقتضائه. و أمّا الثانى: فلأنّ من أثبت اليد عليه أثبتته عن إذن المالك و لم يلتزم بالعقد ضماناً، و لا يكاد يوجد التسليم و التسلم إلاّ من معتقدى الصحه»(٦).

الظاهر وقوع السهو من قبل النساخ فى العبارة بتبديل الأوّل بالثانى و بالعكس.

و ورد نظيرها فى كتاب الاجاره منها.(٧)

و هكذا يظهر من كلمات الشيخ فى موارد من العقود الفاسده كما فى غضب المبسوط:

منها: قال: «فإن كان المبيع قائماً رده، و إن كان تالفاً رده، إن كان له مثل و إلاّ

ص: ٣٠٦

١- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٤٣.

٢- (٣) كما فى الجواهر ٢٢/٢٥٩.

٣- (٤) كما فى الجواهر ٢٧/٢٥٢.

٤- (٥) كما فى هدى الطالب ٣/٥٧.

٥- (٦) كما فى المكاسب ٣/١٨٢.

٦- (٧) تذكره الفقهاء ١٣/٢٥١، مسأله ١٧٤.

٧- (٨) تذكره الفقهاء ٢/٣١٨ من الطبع الحجرى.

قيمته لأنَّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى فى مقابلته ملكه فإذا لم يسلم له المسمّى اقتضى الرجوع إلى عين ماله، فإذا هلكت كان له بدلها، وكذلك العقد الفاسد فى النكاح يضمن المهر مع الدخول، وكذلك الإجاره الفاسده، و الباب واحد»(١).

و منها: قال: «و إن كان مع الجهل بالحال فكُلما دخل المشتري على أنّه يملكه يبدل و هو أرش البكاره و نقصان الولاده و قيمتها إن ماتت لا يرجع به على الغاصب، لأنّه قد دخل على أنّه مضمون عليه بالثمن فإذا تلفت فى يده استقرّ الثمن عليه»(٢).

و منها: قال: «إذا غصب ثوبا فباعه فنقص فى يد المشتري كان للمالك أخذ ثوبه و له أن يطالب بأرش النقص من شاء منهما، يطالب الغاصب لأنّه سبب يد المشتري و يطالب المشتري لأنّه نقص فى يده، فإن طالب الغاصب رجع بما غرم على المشتري و إن طالب المشتري لم يرجع بما غرم على الغاصب، لأنّه دخل على أنّ العين عليه مضمونا بالبدل، فإذا ذهب بعضها كان بدل الذاهب عليه»(٣).

و منها: قال: «و هكذا كلّ ما كان قبضا مضمونا مثل أن يأخذ على سبيل السّوم أو على أنّه بيع صحيح، أو كان ثوبا فأخذه على أنّه عاريه مضمونه، فكلّ هذا يستقرّ عليه، لأنّه دخل على أنّه مضمون عليه، فلم يكن مغرورا فيه»(٤).

و هكذا استفاد أصلها و نقيضها من رهن المبسوط حيث قال: «إذا رهن رجل عند غيره شيئا بدين إلى شهر على أنّه إن لم يقبض إلى محلّه كان بيعا منه بالدين الذى عليه لم يصح الرهن و لا- البيع اجماعا لأنّ الرهن موقت و البيع متعلّق بزمان مستقبل، فإن هلك هذا

ص: ٣٠٧

١- (١) المبسوط ٣/٦٥.

٢- (٢) المبسوط ٣/٦٨.

٣- (٣) المبسوط ٣/٨٥.

٤- (٤) المبسوط ٣/٨٩.

الشيء في يده في الشهر لم يكن مضمونا عليه لأنَّ صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده و بعد الأجل فهو مضمون عليه لأنه في يده بيع فاسد، و البيع الصحيح و الفاسد مضمون عليه إجماعاً»(١).

و الحاصل: إنَّ هذه القاعده و نقيضها و إن لم يُصَيَّرْخَ بها في كلام مَنْ تقدّم على العلامة إلاَّ أنّها مذكوره في كلمات الشيخ تلويحا كما مرّ و حيث يُعبّر عن الشيخ بأنّه لسان المتقدمين فيظهر أنّ القاعده كانت متداوله بينهم.

و الشهيد الثاني بعد اعترافه بالقاعده و كليتها في مواضع، قال في إحداها: «لم يخالف فيها أحد»(٢) و منها: عاريه المسالك قال: «و أمّا مع فساده فلائ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه - كما أسلفناه في مواضع - قاعده كليه»(٣).

ولكن تأمل في كليته أصلها في سبق المسالك و قال: «و قاعده أنّ كلّ ما كان صحيحه موجبا للمسمّى ففساده موجب لأجره المثل لا- دليل عليها كليه، بل النزاع واقع في بعض مواردّها، فكلّ ما لا إجماع و لا دليل صالح يدل على ثبوت شيءٍ فالأصل يخالف مدّعى القاعده»(٤).

و تبعه في المناقشه المحقّق الأردبيلي و تنظر في أصلها و نقيضها حيث قال في المقبوض بالسّوم(٥) أو البيع الفاسد: «دليلهم الخبر المشهور «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» و

ص: ٣٠٨

١- (٥) المبسوط ٢/٢٠٤.

٢- (١) المسالك ٤/٥٦.

٣- (٢) المسالك ٥/١٣٩.

٤- (٣) المسالك ٦/١١٠.

٥- (٤) المقبوض بالسّوم: أي أنّ المال الذي أخذ للبيع أو الشراء مضمون مثل الغصب. كذا في مجمع الفائدة ٨/١٩٢.

«القاعده المشهوره كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و صحتهما غير ظاهر، و الأصل يقتضى العدم»<sup>(١)</sup>.

ثم يقع الكلام فى هذه القاعده ضمن مقامات:

### المقام الأول: معانى ألفاظ القاعده

#### إشاره

و هو متضمن لجهات من البحث:

#### الجهه الاولى: ما المراد من العقد؟

قال الشيخ الأعظم: «إنّ المراد بالعقد أعمّ من الجائز و اللازم بل ممّا كان فيه شائبه الإيقاع أو كان أقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع»<sup>(٢)</sup>.

العقد اللازم نحو: البيع و الصلح و النكاح، و الجائز منه نحو: الهبه و الوكاله، و ما كان فيه شائبه الإيقاع مثل به الجعالة و الخلع:

أما الجعالة: فهى عند جماعه من الأصحاب عقد جائز نحو: الشيخ<sup>(٣)</sup> و ابن حمزه<sup>(٤)</sup> و العلامه فى تذكره الفقهاء<sup>(٥)</sup> و الإرشاد<sup>(٦)</sup> و ابنه فى الايضاح<sup>(٧)</sup> و الشهيد<sup>(٨)</sup> و المحقّق الثانى<sup>(٩)</sup>.

ولكن المحقّق الحلّى جعلها فى قسم الايقاعات من الشرائع<sup>(١٠)</sup> و تبعه صاحب

ص: ٣٠٩

١- (٥) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٩٢.

٢- (٦) المكاسب ٣/١٨٣.

٣- (١) المبسوط ٣/٣٣٣؛ النهايه ٣٢٣.

٤- (٢) الوسيله ٢٧٢.

٥- (٣) تذكره الفقهاء ٢/٢٨٨ من الطبع الحجرى.

٦- (٤) إرشاد الأذهان ١/٤٣٠.

٧- (٥) ايضاح الفوائد ٢/١٦٢.

٨- (٦) الدروس ٣/١٠٠.

٩- (٧) جامع المقاصد ٦/١٨٩.





الجواهر و قال: «و لعله الأصح» (١).

و أمّا الطلاق الخلعى ففيه أيضا احتمالان بل قولان، أحدهما: كونه عقدا كما عليه الأصحاب و اعترف بأنّ الخلع من عقود المعاوضات الشهيد الثانى فى المسالك (٢).

و ثانيهما: كونه جعالة أو فداءً و ذهب الشهيد الثانى بأنه «لا يعلم قائله من الأصحاب لكنّه مذهب جميع من خالفنا من الفقهاء [العامه] إلا من شذ منهم» (٣).

ثم إنّ الشهيد الثانى رجّح جانب الفداء و الجعالة (٤) و احتمله الفاضل الأصفهانى فى كشفه و قال: «و يحتمل الصحة بناءً على أنّ البذل ليس إلاّ - افتداءً أو جعالة... - ثمّ ضعّفه و قال: - و يضعّف بأنّ الكلام فى صحته على وجه يكون عوض الخلع و وقوعه خلعا...» (٥).

و هذه الوجوه أوجبت تردد الشيخ الأعظم فى كون الجعالة أو الخلع عقدا جائزا أو إيقاعا و لذا قال: «مما كان فيه شائبه الإيقاع» (٦) و لعلّ مراده قدس سره كلّ ما اشتمل على المعاوضه من العقود و الإيقاعات.

و لذا ذهب الفاضل المراغى إلى أنّ أصل القاعده يختص بعقود المعاوضات و نقيضها يشمل الأمانات كالوديعة و رأس مال المضاربه و العين المستأجره - دون منفعتها - و العقود المجانيه: كالهبة بلا عوض. (٧)

ص: ٣١٠

١- (٩) الجواهر ٣٥/١٨٩.

٢- (١٠) المسالك ٩/٣٩٢.

٣- (١١) المسالك ٩/٣٩٢.

٤- (١٢) المسالك ٩/٣٩٣.

٥- (١٣) كشف اللثام ٨/٢٠٦.

٦- (١٤) المكاسب ٣/١٨٣.

٧- (١) العناوين ٢/٤٦٣.

الضمان تاره يراد به المعنى المصدرى أى جعل الشىء فى العهده و يقال له بالفارسيه: «عهدہ گرفتن و شىء را در عهدہ قرار دادن» كما فى قاعده الخراج بالضمان، و أخرى يراد به معنى الاسم المصدرى أى مطلق كون الشىء فى العهده ولو بسبب غير اختيارى كما فى قاعده ما يُضمن.

أمّا الأول: قاعده «الخراج بالضمان» كما ورد فى الحديث النبوى(١) فيدلّ أنّ النماء ملكٌ له أعنى أنّ كلّ من تعهّد ضمان شىء بالتضمن المعاملى فمنافعه له، و هذا من غير فرق بين أن يكون التضمن على نحو يفيد الإباحه أو التمليك فإنّ مقتضى إطلاقه كون منافعه للضامن.

و بالجمله: مقتضى الضمان المعاوضى أن تكون المنافع ملكا للضامن، و النبوى يكون بمنزله الحكم المعلل لأنه يتعرّض لمنشاء ملكيه النماء فإنّ الباء فى قوله صلى الله عليه و آله : «بالضمان» بمعنى المقابله فحيثُ يكون قاعده تبعيه النماء للعين ناظره إلى اقتضاءها بحسب طبعها الأصلي - مضافا إلى عدم ورودها فى النصوص و مدرّكها لا يكون إلاّ الاجماع أو العقل و كلاهما لبيان و ليس لهما اطلاق حتى يعارضها النبوى - و أمّا إذا اقتضت معاملة انفكاك النماء عن العين فى الملك فلا تنافى بينها و بين الملازمه فى الملكيه بحسب الطبع الأصلي.

و بعبارة أوضح: الخراج فى الحديث يراد منه مطلق المنافع الحاصله من الأعيان، و المراد بالضمان فيه المعنى المصدرى أى بالفارسيه «عهدہ گرفتن و شىء را در عهدہ قرار دادن» و جعله فى العهده ببذل العوض فى مقابله كما فى البيع و ما يدل على جعله فى العهده ببذل عوضه و ثمنه كلمه «الباء» الوارد على الضمان لأنها تدل على المقابله و السببيه بحيث

بعد الانتفاع بالمنفعة تكون العين باقيةً ولا تكون تالفهً كالانتفاع بالخبز واللحم، و ظاهر المقابله و السببيه أيضا يدلّ على أنّ الضمان يوجب جواز الانتفاع بالمنفعة و هذا لا يكون إلاّ في العقد الصحيح لا الفاسد.

و الحاصل: الروايه تدل على أنّ المنفعه لمن يكون على عهدته الضمان بالمعنى المصدرى - أى قبل عهده الشئ - العين فى صورته بقاء العين و فى صورته العقد الصحيح.

نحو جواز الانتفاع بالعين - مثل الدار - لمن باعه و شرائه لنفسه الخيار لسنتين فيجوز له الانتفاع به ولو فسخ العقد لا يكون ضامنا لمنفعه الدار لأنّ الخراج بالضمان. (١)

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الضمان فى النبوى ليس بمعنى الاسم المصدرى بأنّ من يكون ضامنا لشيء - سواء كان منشاء الضمان هو الغضب أو غيره - فمنفعته له، لأنّ هذا المعنى هو الذى أفتى به أبوحنيفه و قال أبو عبد الله عليه السلام فى شأنه: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها. (٢)

هذا معنى الضمان بالمعنى المصدرى (٣) و ليس المراد بالضمان فى قاعده ما يُضمن هذا المعنى.

و أمّا الثانى: قاعده «ما يُضمن بصحيحه يُضمن بفاسده» و نقيضها، فالضمان فيها بمعنى الاسم المصدرى لأنّه يتناسب مع بناء يُضمن للمفعول.

ثم ذكروا للضمان بهذا المعنى ثلاثه أقوال:

الأول: لزوم درك المضمون عليه بمعنى كون دركه و خسارته فى ماله الأصيلى أى

ص: ٣١٢

---

١- (١) فى هذا المجال راجع المبسوط ٢/١٢٦ و المكاسب و البيع ١/٣٣٠ و ما بعدها، و هو تقريرات المحقق النائينى بقلم العلامة الشيخ محمّد تقى الآملى.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩/١١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجاره.

٣- (٣) راجع منيه الطالب ١/١٤٢ و ١٤٣.

كون درك المضمون و خساره تلفه على الضامن بأن يجب عليه تداركه بأداء بدله من ماله و هو مختار الشيخ الأعظم (١).

الثانى: كون تلفه فى ملك الضامن أى كل ما يقتضى صحيحه أن يكون المدفوع لو تلف، تلف فى ملكه ففاسده أيضا كذلك، و بعبارة أوضح: أنّ الضمان بمعنى الخساره الوارده على مال الضامن و وقوع التلف فى ملكه، كما يظهر من صاحب الرياض (٢)، و نسبه النائنى (٣) إلى العلامه فى الأوانى المكسوره و صاحب المقابس فى مطلق الضمانات ولو فى غير باب الإتلاف كباب المغصوب و نحوه، و كذلك المامقانى (٤) نسبه إلى الشيخ على ما فى

حواشى الروضه، ولكن لم أجد النسبتين مع تتبعى.

الثالث: مطلق التعهد الجامع بين فرض التلف و عدمه، فالتعهد فى الموجود بحفظه و حراسته و رده إلى صاحبه، و فى التالف بردّ مثله أو قيمته، و هو مختار المحقق الميرزا حبيب الله الرشتى (٥) فى رسالته فى الغصب، و المحققين النائنى (٦) و الأصفهانى فى حاشيته (٧) و الإيروانى (٨) و الساده البجنوردى (٩) و الحكيم (١٠) و المروج (١١) قدس سرهم .

ص: ٣١٣

١- (٤) المكاسب ٣/١٨٣.

٢- (٥) رياض المسائل ٨/٢٥٤.

٣- (٦) منيه الطالب ١/٢٦٥.

٤- (٧) غايه الآمال/ ٢٧٧.

٥- (١) كما نقل عنه صاحب بُغيه الطالب ١/١٩٩.

٦- (٢) المكاسب و البيع ١/٣٠٠.

٧- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٠٩.

٨- (٤) حاشيه المكاسب ٢/١١٣.

٩- (٥) القواعد الفقهيّه ٢/١١١.

١٠- (٦) نهج الفقاهه ١٩٦.

١١- (٧) هدى الطالب ٣/١١٢.

و القائل بالقول الثانى عدل عن القول الأوّل لأنّ: المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف بيد المشتري كانت خسارته عليه و وجب دفع بدله إلى البائع و أمّا فى العقد الصحيح فلا يتصور معنى للضمان - بهذا المعنى أى تدارك مال الغير - لأنّ المال حينئذ تلف من ملكه و فيه، لا- من ملك البائع حتّى يجب على المشتري تداركه و لذا لم يتضح المراد من كلمه الضمان فى أوّل القاعده: «ما يضمن بصحيحه». و هذا الأمر صار موجبا للعدول إلى القول الثانى.

و اعترض عليه الشيخ الأعظم بقوله: «فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إنّ الانسان ضامن لأمواله»<sup>(١)</sup>. و مراده عدم صدق الضمان على تلف المال المملوك لشخصٍ أنّه ضامن لماله التالف، بل المناط فيه تدارك الخساره الوارده على المالك إذا تلف ماله عند غيره بلا إذنه أو أتلفه ذلك الغير.

و ما يوجب عدوله إلى القول الثانى أيضا لا يتم لأنّ المراد بالضمان فى العقود الصحيحه هو الضمان المعاوضى و هو «يكون بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو و المالك على كونه عوضا و أمضاه الشارع، كما هو المضمون بسبب العقد الصحيح»<sup>(٢)</sup>. ثم لإثبات مختاره تتممه بقوله: «و أخرى: بأداء عوضه الواقعى و هو المثل و قيمه و إن لم يتراضيا عليه.

و ثالثه: بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعى و الجعلى كما ذكره بعضهم فى بعض

المقامات مثل تلف الموهوب بشرط تعويض قبل دفع العوض»<sup>(٣)</sup>.

و مراده ببعضهم هو المحقق الثانى فى جامع المقاصد حيث قال معلّقاً على قول العلامة «فإن اوجبه بالأقرب مع التلف ضمان أقلّ الأمرين من العوض و قيمه الموهوب»<sup>(٤)</sup> بقوله:

ص: ٣١٤

١- (٨) المكاسب ٣/١٨٣.

٢- (٩) المكاسب ٣/١٨٣.

٣- (١) المكاسب ٣/١٨٣.

٤- (٢) قواعد الأحكام ٢/٤٠٩.

«وجه القرب: إنّ المتهم مخير بين الأمرين فالمحقق - اللزوم - هو الأقل، و لأنه إن كان العوض أقل فقد رضى به الواهب فى مقابل العين.

و إن كان الموهوب أقل فإن المتهم لا- يجب عليه العوض، بل للواهب الرجوع فى العين فلا- يجب أكثر من قيمتها، و يحتمل قيمه الموهوب وقت تلفه لأنه مضمون فوجب ضمانه بالقيمة، و يضعف بأن له إتلافه بالعوض لأنه قد سلطه على ذلك و الأصح الأول»(١).

و تبعه ثانى الشهيدين و قال: «إذا تقرر ذلك و قلنا بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته أو أقل الأمرين من ذلك و من العوض؟ وجهان، أجودهما الثانى لما عرفت من أنّ المتهم مخير بين الأمرين و المحقق لزومه هو الأقل لأنه إن كان العوض الأقل فقد رضى به الواهب فى مقابله العين، و إن كان الموهوب هو الأقل فالمتهم لا يتعين عليه العوض بل يتخير بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. و هذا هو الأقوى»(٢).

ولكن صاحب الجواهر قال بعد نقل مقال الشهيد الثانى: «و لا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم انفساخ العقد بذلك و الاكتفاء بردّ العين مع وجودها لا يقتضى الاكتفاء بقيمتها بعد تلفها، بل اللازم من اقتضاء قاعده تعذر أحد فردى المخير التى اعترف بها تعين الفرد الثانى فتأمل جيداً...»(٣).

و اختار الفقيه اليزدى قول صاحب الجواهر فى المقام و حيث أنّ فى كلامه تحقيقاً فى مسألتنا هذه نذكر كلامه بعينه قال: «اختلفوا فيما إذا تلفت العين الموهوبه بشرط التعويض قبل دفع العوض على أقوال:

ص: ٣١٥

١- (٣) جامع المقاصد ٩/١٧٨.

٢- (٤) المسالك ٦/٦٣.

٣- (٥) الجواهر ٢٨/٢١٠.

أحدها: ما فى الشرائع (١) و عن الفاضل (٢) و ولده (٣) من عدم الضمان و عدم وجوب

العوض.

الثانى: ما عن جماعه (٤) من تعين دفع العوض المسمى لأنه قبل التلف كان مخيرا بين دفعه ورد العين، و إذا تعدّر الثانى تعين الأول بعد عموم وجوب الوفاء بالعقد.

الثالث: ما عن المسالك (٥) من وجوب أقل الأمرين فقد رضى به الواهب فى مقابل العين و إن كان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا- يتعين عليه العوض بل يتخير بينه و بين العين، فلا- يجب عليه مع تلفها أكثر من قيمتها، و المصنف [الشيخ الأعظم] أشار إلى القول الثالث.

و لا- يخفى أن الأقوى هو الثانى بناءً على التخيير مع بقاء العين كما لا- يخفى، لكن الكلام فى صحة المبنى و إن ذهب إليه جمع (٦)، فإن مقتضى القاعده و وجوب دفع المسمى معينا لعموم وجوب الوفاء بالعقود.

نعم، يتعين ما فى المسالك لو قلنا - فى صوره بقاء العين - بعدم وجوب دفع المسمى، و أن للواهب الرجوع فى عينه، لا- أن يكون المتهب مخيرا، إذ حينئذ لو تلفت العين أيضا لا يجب عليه دفع العوض، فللواهب أخذ قيمه العين الموهوبه، لكن هذا غير ما ذكره صاحب المسالك من الوجه كما لا يخفى.

ص: ٣١٦

- 
- ١- (٦) الشرائع ٢/١٨٢ ولكن فيه بعد الحكم بعدم الضمان قال: «و فيه تردد».
  - ٢- (٧) تذكره الفقهاء ٢/٤٢٢ من الطبع الحجرى - و تنظر فى التضمين فى القواعد ٢/٤٠٩ و قال فيه: «فى تضمين نظر، فإن اوجبه فالأقرب مع التلف ضمان أقل الأمرين من العوض و قيمه الموهوب».
  - ٣- (٨) إيضاح الفوائد ٢/٤٢٠.
  - ٤- (١) و منهم صاحب الجواهر ٢٨/٢١٠ كما مرّ.
  - ٥- (٢) المسالك ٦/٦٣ تبعا لصاحب جامع المقاصد ٩/١٧٨ كما مرّ.
  - ٦- (٣) كالمحقق فى الشرائع ٢/١٨٢ و العلامه فى القواعد ٢/٤٠٩.



ثم لا- يخفى أنه على أي حال لا يكون من التخيير بين العوض الواقعي و الجعلى حسب ما رامه المصنف، و ذلك لأنه مخير بين دفع العوض المسمى و دفع العين بدفع قيمتها بناءً على ما فى المسالك من الوجه، و هذا ليس تخييراً إلا بين العوض أو العين، لا بين نوعى العوض، فتأمل.

و أما على وجهنا فالأمر أوضح لأنه إنما يتعين دفع العوض الواقعي بعد عدم الوفاء بالعقد المفروض عدم وجوبه، فيكون من باب الفسخ، و الحكم بدفع العوض الواقعي لكون يده يد ضمان فتدبر و للكلام فى المسألة مقام آخر<sup>(١)</sup>.

أقول: لا- أدري ما الفرق بين العوض الواقعي و الجعلى و ما ذكره من العوض المسمى و دفع العين بدفع قيمتها، و هل العوض المسمى غير العوض الجعلى، و هل العوض الواقعي غير دفع العين بدفع قيمتها - لو كانت قيمته - فما ردّ به على الشيخ الأعظم غير تام و لعل أمره بالتأمل فى آخر إشكاله إشاره إلى ما ذكرناه.

و الحاصل: ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ «المراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي لأنّ هذا هو التدارك حقيقه»<sup>(٢)</sup>.

و استشهد على مختاره بأنّ اشتراط الضمان فى العاريه يحمل على ذلك و كذلك ما ورد فى أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات<sup>(٣)</sup> و غيرها<sup>(٤)</sup>.

ص: ٣١٧

١- (٤) حاشيه المكاسب ١/ (٤٥٤-٤٥٦).

٢- (١) المكاسب ٣/١٨٤.

٣- (٢) لم أجد فى كتاب الغصب من وسائل الشيعة ٢٥/ (٣٩٣-٣٨٥) ما ورد فيه لفظه ضمان إلاّ صحيحه أبى ولاد ٢٥/٣٩٠، ح ١، الباب ٧، و قد مرّ منّا آنفا أنّ المراد بها الضمان بالمعنى المصدرى لا معنى الاسم المصدرى الذى هو محلّ الكلام.

٤- (٣) نعم وردت لفظه ضمان فى الوديعة من كتاب وسائل الشيعة ١٩/٨١، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الوديعة، و فى ضمان العاريه إذا اشترط راجع وسائل الشيعة ١٩/٩١، ح ١، الباب ١ من أبواب كتاب العاريه، و ١٩/٩٦، ح ١ و ١٩/٩٧، ح ١، و ما ورد فى ضمان الصنّاع راجع وسائل الشيعة ١٩/١٤١، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجاره ح ١ و ٦ و ١٠ و ١٩، و ما ورد فى ضمان الحّمّال و نحوه راجع وسائل الشيعة ١٩/١٤٨، الباب ٣٠ من أبواب كتاب الإجاره، ح ٤ و ٨ و ١٣.

ثم تعرض لمقاله الشيخ جعفر حيث قال في شرح القواعد بعد ذكر القاعده: «و هي صريحه في أصل الضمان إلا أنها يُحتمل فيها وجهان: أحدهما: الضمان بمقدار ما أقدم عليه من المقابل، ثانيهما: قيمته ما بلغت و هو الظاهر»(١).

و استشكل عليه بأنه مع فرض فساد العقد لا وجه لحمل الضمان على الضمان المسمى و هو كلام متين، إلا يمكن أن يدفع عن الشيخ جعفر هذا الإشكال بحمل القيمة في كلامه على الثمن أو الضمان المسمى أو الضمان الجعلي ولكن هذا يتم في الجملة الأولى من القاعده أي «ما يضمن بصحيحه» فقط، و يمكن حمل القيمة على القيمة السوقية في القيميات فحينئذ يتم في الجملة الثانيه من القاعده «يضمن بفاسده» فقط. و هذا الحمل في كلامه و إن كان خلاف الظاهر ولكن لا بد منه تحفظا من ورود واضح الإشكال في كلام الأبطال.

### المختار في معنى الضمان

الظاهر بمساعدته الروايات الواردة في كتاب الضمان(٢) أنه عبارته عن التعهد و الالتزام بمال الغير(٣) و هو يصدق مع وجود عينه برده كما في المال المغصوب و مع تلفه بدفع بدله

ص: ٣١٨

١- (٤) شرح القواعد ٢/٣٤.

٢- (١) راجع كتاب الضمان من وسائل الشيعة ١٨/٤٢٢، ح ١ و ٢ و ٣ من الباب ٢ من أبواب الضمان، و ١٨/٤٢٣، ح ١ و ٢ و ٣ من الباب ٣، و ١٨/٤٢٥، ح ١، من الباب ٤، و نحوها من الروايات.

٣- (٢) و يؤيد هذا المعنى كلمات اللغويين، قال الفيومي في المصباح المنير ٣٦٤: «ضمنت المال و به ضمانا فأنا ضامن و ضمين التزمته التزمته»، و قال الجوهر في صحاح اللغة ٦/٢١٥٥: «ضمنت الشيء ضمانا كلفت به فأنا ضامن و ضمين».

- مثليًا أو قيميًا كان - و مع وجود العقد الصحيح بدفع المسمى و ما يجعل بين الطرفين من العوض و هذه الاختلافات من مصاديق الضمان، أو فقل من لوازمه و هو ناشئه من الاختلاف في أسباب الضمان.

و ممّا ذكرناه يظهر أنّ تفسير الشيخ الأعظم للضمان من كون درك المضمون عليه تفسير باللازم أو ذكر أحد مصاديقه.

و أبعد منه تفسيره بكون تلفه في ملك الضامن، و وقوع تلفه في ملكه ولو آنا ما قبل تلفه لعدم الموجب لتقدير هذا الملك، و لا يمكن القول بهذه الملكية و هي آنا ما قبل التلف إلا في موردين:

أحدهما: مورد الحكم بتحقق عله الملكية.

و ثانيهما: مورد الحكم بتحقق معلولها.

و في المقام ليس شيء منهما بمتحقق لأنّ الحكم بضمان المثل أو القيمة لا يلزم الملكية بوجه من الوجوه بل يلزم عدمها - كما قاله المحقق النائيني (1) - .

فظهر أنّ معنى الضمان هو التعهد - كما عليه المحققون الرشتي و النائيني و الأصفهاني و الإيرواني و البجنوردي و الحكيم و المروج قدس سرهم كما مرّ - وردّ العين أو مثلها أو قيمتها أو ثمنها ليس إلا مصاديقه.

و لا- يتقاضى تعجبي من المحقق الخراساني رحمه الله لأنّه قال: «و حيث أنّ هذه القاعده بألفاظها، ليست ممّا دلّت بها آيه و لا وردت في روايه و ما وقعت في معقد اجماع لم يكن بيان معناها من المهم بشيء، ضروره أنّه لا بدّ أن يراد منها ما يساعد عليه سائر القواعد، و

ص: ٣١٩

أما المهم بيان أنّ قضيتها الضمان في أيّ الموارد، ساعد عليه ظاهر القاعده أو لم تساعد، وهكذا الحال في عكسها»(١).

و تبعه المحقق السيد الخوئي(٢) قدس سره في المقام.

### الجهه الثالثه: العموم في كل عقد هل يكون بلحاظ النوع أو الصنف أو الأشخاص؟

المراد بالنوع هو جنس المعامله القائمه بالطرفين من البيع و الإجاره و الهبه و العاربه و الصلح و الجعاله و الوديعه و الوكاله و الرهن و نحوها.

ثم إنّ لكلّ نوع من هذه الأنواع أقساما و هي أصناف ذلك النوع نحو البيع و ما في تحته من بيع النقد و النسيئه و الصرف و الحيوان و الثمار و الفضولي و الغررى و نحوها. و الإجاره و ما تحته من إجاره الأعيان و الأعمال، و الهبه و ما تحته من الهبه بذي رحم أو بشرط التعويض أو المعوضه و نحوها. و العاربه و ما تحته من عاربه النقدين و غيرهما و العاربه بشرط الضمان و غيرها.

و المراد بالأفراد هو أشخاص العقود التي تقع خارجا بإنشاء المتعاقدين.

إن كان المراد من العقد النوع يدخل بعض العقود المحدده في القاعده نحو: البيع و الإجاره و الجعاله، و إن كان المراد منه هو الصنف يدخل فيها أصناف متعدده، و إن كان المراد منه الشخص يدخل فيه الكثيرون. هذا كلّ بحسب مقام الثبوت.

و أما بحسب مقام الإثبات فقد ذهب الشيخ الأعظم(٣) قدس سره إلى أن المراد من العقد هو صنفه، لأنّه لو كان المراد منه أنواع العقود(٤) يلزم منه عدم اطّراد نقيض القضيّه نحو أن يكون

ص: ٣٢٠

١- (١) حاشيه المكاسب / ٣٠٠.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٨٧.

٣- (٣) المكاسب ٣/١٨٥.

٤- (٤) كما ذهب إليه الميرزا حبيب الله الرشتي رحمه الله و نقله تلميذه في بغيه الطالب ١/٢٠٠.

الصلح لا يتقضى الضمان فيكون فاسده كذلك، مع أن الصلح المعاوضى يقتضى الضمان و كذلك العاريه و الهبه و نحوها.

و كذا لا يمكن أن يكون المراد من العقد أشخاصه - خلافا لاحتمال صاحب الجواهر(1) - لأن ظهور القاعده فى فعليه القسمين يمنع عن الحمل على الأشخاص، لأن الفرد الشخصى الموجود فى الخارج جزئى و لا يمكن له الاتصاف بوصفين متقابلين و هما الصحه

و الفساد بل يوجد إما صحيحا و إما فاسدا، و يتوقف اتصافه بوصفين على التقدير و الفرض و هو خلاف الظاهر.

لا يقال: منشأ الضمان شخص العقد الصادر لو كان صحيحا هو الإقدام و هو موجود فى صورته فسادا فالبيع مع الثمن لو كان صحيحا يضمن لمكان الإقدام ففى فاسده أيضا كذلك، و البيع بلا ثمن لو كان صحيحا ليس فيه الضمان لمكان إنتفاء الإقدام ففاسده أيضا كذلك.

لأنا نقول: إنَّ الكلام فى القاعده نفسها و الإقدام مدرك للقاعده - كما يأتى - و هو خارج عن محل الكلام.(2)

فلا بد ان يحمل العموم فى كلِّ عقد على صنفه، هذا ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره بتقرير منّا فى المقام.

ولكن اعترضه المحقق النائينى و حمل كلِّ عقدٍ على العموم الأفرادى أى الاحتمال الأخير فى كلام الشيخ الأعظم و استدل لقوله بوجهين:

الأول: الحمل على الأشخاص و العموم الأفرادى هو ظاهر القضية كما فى غيرها من

ص: ٣٢١

١- (٥) الجواهر ٢٧/٢٤٧ فى كتاب الإجاره بحث الإجاره الفاسده.

٢- (١) راجع المكاسب ٣/١٨٧ و ١٨٦.

القضايا، لأنّ قضيه كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفساده نظير جميع القضايا الحقيقيه فى كونها منحلّه إلى شرطيه شرطها عقد وضعها و جزائها عقد حملها، فمعنى ما يضمن بصحيحه هو أنّه لو وجد عقد و كان على تقدير وجوده و صحته ممّا فيه الضمان فهو على تقدير وجوده و فساده فيه الضمان أيضا.

الثانى: إنّ هذه القضية بألفاظها ليست وارده فى نصّ الكتاب أو السنّه، بل إنّما هى قاعده استُخْرِجَتْ من مدرّكها فالمتبع حينئذ هو المدرّك و مدرّك هذه القاعده هو الإقدام - كما يأتى - و إذا كان المدرّك مقتضيا للإحتمال الأخير - كما اعترف عليه الشيخ الأعظم - يتعيّن الحمل عليه ولو كان اللفظ ظاهرا فى غيره. (١)

و تبعه تلميذه السيّد البجنوردى قدس سره و قرّره بقوله حتّى يرفع عنه إشكال الشيخ الأعظم: «ليس المراد أنّ هذا الشخص الخارجى الذى صحيح و فاسد، صحيحه كذا و فاسده كذا، بل المراد أنّ كلّ عقد أو إيقاع كان بحيث أنّه على تقدير أن يكون صحيحا فيكون فيه الضمان فهو على تقدير فساده أيضا يكون فيه الضمان أى بعد القبض. و كلّ عقد

أو إيقاع على تقدير صحته لا يوجب الضمان لأنّه أقدم على أن يكون مجّانا و بلاعوض فهو على تقدير فساده أيضا لا يوجب الضمان لأنّه أقدم على أن يكون بلا عوض و مجّانا فيكون بواسطه هذا الإقدام خارجا عن تحت عموم على اليد تخصيصا أو تخصصا. و هذا الحكم عام يشمل جميع أشخاص طبيعه العقد أو الإيقاع...» (٢).

و انتقد المحقّق الخمينى كلام النائينى بعد ما ذهب إلى الأخذ بظاهر العموم الأفرادى بقوله: «مقتضى القضية الحقيقيه على فرض صحه تفسيرها بما ذكر ليس إلاّ فرض وجود

ص: ٣٢٢

١- (٢) المكاسب و البيع ١/٣٠٥.

٢- (١) القواعد الفقهيّه ٢/١١٥.

أفراد طبيعه لا فرض فرد منها مقام فرد آخر، فقولته: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» معناه على طبق القضيّه الحقيقيه المفروضه أنّه كلّ عقدٍ إذا وجد في الخارج و كان صحيحا موجبا للضمان إذا وجد فاسده في الخارج كان موجبا للضمان، و هذا غير فرض وجود الفاسد صحيحا، فالحقيقيه تقتضى فرض وجود الموضوع، لا فرض وجود منه وجودا آخر أو فرض وصف من الفرد وصفا آخر»(١).

أقول: يرد هذا الاشكال على النائني ولكن من عجيب الاتفاق أنّ المستشكل قدس سره ذهب إلى مقالته يرد عليه هذا الإشكال فيها بعينه حيث يقول: «... و أما أن يكونا على الفرض و التقدير كما هو قضيه القضايا الشرطيه، فيراد بها أنّ كلّ عقد فرض أنّه موجود في الخارج صحيحا و كان فيه الضمان لو فرض أنّه موجود فاسدا يكون فيه الضمان، فحينئذ يمكن الأخذ بظهور الصدر في العموم الأفرادي، فيقال: كلّ فرد لو وجود في الخارج و كان صحيحا و فيه الضمان لو وجود في الخارج فاسدا فكذلك فيشمل الإجاره بلا أجره و البيع بلا ثمن مثلاً»(٢).

و أعجب منه مقاله السيّد الحكيم تبعا للمحقّق الهمداني(٣) رحمهما الله لأنّه لا يمكن حملها على الفرد و الشخص، حيث يقول: «... فالمراد بالعقد هو الجامع بين فردين لا الفرد الذي يكون موضوعا لحالين: الصحه و الفساد»(٤).

و المختار في المقام حمل كلّ عقد على العموم الأفرادي و على الفرد و الشخص و لا

محاله لا بدّ من تقدير بلافق بين إرادته الفرد أو الصنف كما تبّه عليه المحقّق الإشكوري حيث

ص: ٣٢٣

١- (٢) كتاب البيع ١/٢٦٨.

٢- (٣) كتاب البيع ١/٢٦٩.

٣- (٤) حاشيه المكاسب /٤٩ للفقيه الهمداني.

٤- (٥) نهج الفقاهه /٢٠١.

يقول: «أما إرادته اتصاف الثاني و الفرضي، لعدم وجودهما في الفرد فعلاً فلا ضرر فيها أبداً بعد كون الفرض و التقدير لازماً على تقدير إرادته النوع و الصنف أيضاً بأن يقال: إنّ هذا الصنف على تقدير وجوده في الخارج صحيحاً مضموناً فاسداً، غاية الأمر أنّ المقدر في الصنف هو الوجود، و في الفرد هو تقدير الصحة، أيكلّ فرد على تقدير صحته يضمن كان فاسده أيضاً كذلك...»(١). و بهذا البيان يرتفع الاشكال عن النائيني و السيد الخميني.

و على ما ذكرناه يكون معنى القاعده ما ذكره المحقق الشهيد من قوله: «أنّ كلّ عقد يكون فرداً خارجي المتصف بوصف الصحة موجبا للضمان، ففردته خارجي المتصف بوصف الفساد مع تحقّق أصل حقيقته العقد المتحد مع الفرد الصحيح من جميع الجهات إلاّ الجبهه الموجبه للفساد، يكون موجبا له أيضاً»(٢).

### الجبهه الرابعه: معنى الباء في القاعده

ذكر الشيخ الأعظم(٣) لمعنيها ثلاثه احتمالات:

الأول: الظرفيه و أنّها بمعنى «في» نحو قوله تعالى: «و لقد نصركم الله ببدر»(٤) و قوله تعالى: «و بالأسحارهم يستغفرون»(٥) و قوله تعالى: «و نجيناهم بسحر»(٦)، و صار معنى القاعده كلّ عقد تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده أيضاً.

الثاني: السببيّه نحو قوله تعالى: «إنكم ظلمتم أنفسكم باتخاذكم العجل»(٧) و

ص: ٣٢٤

١- (١) بُغِيه الطالب ١/٢٠٠، و نحوها في غنيه الطالب ٢/١٢٧.

٢- (٢) هدايه الطالب ٢/٢٤٧.

٣- (٣) المكاسب ٣/١٨٧.

٤- (٤) سوره آل عمران ١٢٣.

٥- (٥) سوره الذاريات ١٨.

٦- (٦) سوره القمر ٣٤.

٧- (٧) سوره البقره ٥٤.



قوله تعالى: «فكلاً أخذنا بذنبه»<sup>(١)</sup> و قسّمها إلى قسمين:

أ: السبب التامه: بمعنى العليّه التامه بحيث يكون العقد على نحو العليه التامه بالنسبه إلى الضمان في العقود الصحيحه و الفاسده، و نفى هذا الاحتمال في العقدين.

ب: السبب المطلقه الشامله للناقصه: بحيث يكون العقد سببا ناقصا لإيجاد الضمان

في العقد الصحيح و الفاسد لأنّ كلّ منهما يحتاج إلى القبض لترتب الضمان.

و عند الشيخ الأعظم كلّ من الاحتمالين الأوّل و الثاني من القسم «ب» محتمل ولكن احتمال السبب التامه بمعنى العليّه التامه لا يتم.

ثم ذكر أنّ الغرض من ذكر هذه الاحتمالات هو دفع توهمين<sup>(٢)</sup>:

الأوّل: سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في السبب؟!

الثاني: ظاهر القاعده عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض فلا بدّ من تخصيصها بإجماع أو حديث على اليد و نحوها. انتهى ما ذهب إليه الشيخ الأعظم قدس سره .

أقول: ظهر من الشيخ بطلان السبب التامه بمعنى العليّه التامه و هو تام.

و أمّا الظرفيه فيمكن ان يناقش فيها بانتفاء الظرفيه الحقيقيه لأنّ العقد لا يكون ظرفا حقيقيا للضمان فلا بدّ من التجوّز فيها بجعل استعمالها في الظرفيه بمناسبه السبب، و كذا الظرفيه الاعتباريه لأنّ الظرف الاعتباري للضمان هو العهد - كما مرّ - نعم، العقد سبب لثبوت الضمان في العهد فلا بدّ حينئذ من التجوّز أيضا، فكلّ من احتملى الظرفيه يكون فيهما التجوّز و هو خلاف الظاهر و الأصل<sup>(٣)</sup>.

ص: ٣٢٦

١- (٨) سورة العنكبوت / ٤٠.

٢- (١) المكاسب ٣/١٨٨.

٣- (٢) راجع كتاب البيع ١/٢٦٩ و هدى الطالب ٣/٩٨.

فيبقى القول بالسببه الناقصه للعقد لترتب الضمان فى الصحيح و الفاسد كما هو مختار المحققين الشهيدى (١) و النائىنى فى أحد تقريراته (٢) و الخمينى (٣) و المروج (٤). خلافا للسيد الإشكورى (٥) حيث ذهب إلى السببىه التامه فى العقود الصحيحه و السببىه الناقصه فى العقود الفاسده.

و خلافا للفقيه اليزدى (٦) و المحقق الإيروانى (٧) حيث ذهبا إلى الظرفيه، و عدّها الأوّل منهما الأولى، و الثانى عدّها تعينا، مع إقراره بأنّه: «نعم، كون الظرفيه خلاف ظاهر الباء مسلّم» (٨).

و خلافا للهمدانى (٩) و النائىنى فى أحدٍ تقريراته (١٠) و السيد البجنوردى (١١) و السيد السبزوارى (١٢) لأنّهم وافقوا الشيخ الأعظم فى الاحتمالين.

### الجهه الخامسه: هل يعتبر فيها الضمان بمقتضى العقد أو تشمل الضمان بمقتضى الشرط؟

اقتضاء العقد الصحيح للضمان تاره يكون بذات العقد نحو البيع و أخرى يكون

ص: ٣٢٦

- ١- (٣) هدايه الطالب ٢/٢٤٧.
- ٢- (٤) المكاسب و البيع ١/٣٠٧.
- ٣- (٥) كتاب البيع ١/٢٦٩.
- ٤- (٦) هدى الطالب ٣/٩٨.
- ٥- (٧) بغيه الطالب ١/٢٠٣.
- ٦- (٨) حاشيه المكاسب ١/٤٥٧.
- ٧- (٩) حاشيه المكاسب ٢/١١٤.
- ٨- (١) حاشيه المكاسب للإيروانى ٢/١١٥.
- ٩- (٢) حاشيه المكاسب ٤٩/ للفقيه الهمدانى.
- ١٠- (٣) منيه الطالب ١/٢٦٩.
- ١١- (٤) القواعد الفقهيّه ٢/١١٤.
- ١٢- (٥) مهذب الأحكام ١٦/٢٥٣.

بالشرط نحو شرط الضمان في العاريه أو شرط ضمان العين في الإجاره، لا أشكال في شمول القاعده للقسم الأول - أي إذا كان الضمان بذات العقد - ولكن هل تشمل القسم الثاني - أي إذا كان الضمان بالشرط النافذ - أم لا؟

ذهب الشيخ الاعظم إلى الأول بدعوى أنّ «المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه»<sup>(١)</sup> و استشكل في شمول القاعده للثاني.

أقول: بناءً على المختار من أنّ العموم في كلّ عقد هو العموم الأفرادى و أنّ المراد بالباء هو السببيه المطلقه الشامله للناقصه لا إشكال في شمول القاعده لكلّ من القسمين - أي إذا كان الضمان بذات العقد أو إذا كان بالشرط - لأنّ الثاني أيضا من أفراد القاعده و إذا كان العقد المشروط بالضمان صحيحا يكون بفساده أيضا ضمان.

أمّا بناءً على مختار الشيخ الأعظم من أنّ العموم فيها صنفى و المراد بالباء إذا كان السببيه هكذا يمكن القول بالشمول لأنّ العقد مع الشرط و بدونه صنفان مستقلان<sup>(٢)</sup> فتجرى القاعده في حقّ كلّ منهما أيّ إذا كان العقد المشروط بالضمان سببا للضمان صحيحا فكذلك سببا للضمان فاسدا.

و كذا على مختاره من العموم الصنفى و المراد بالباء إذا كان الظرفيه و الأمر كذلك بل هو أوضح و تشملهما القاعده، أي إذا كان العقد المشروط بالضمان في صحيحه ضمان يكون في فاسده أيضا ضمان.

فما ذكره الشيخ من التبادر بالنسبه إلى الاختصاص هو مكابره.

و يؤيد ما ذكرنا أنّ منشأ الضمان في القاعده هو الإقدام على الضمان و المعاوضه و هذا

ص: ٣٢٧

١- (٦) المكاسب ٣/١٨٥.

٢- (٧) كما تبّه عليه الفقيه اليزدى في حاشيه المكاسب ١/٤٥٦.

المنشأ كما يكون موجودا في ذات العقد كذلك يمكن أن يكون موجودا في الشروط. فلا فرق بينهما.

و على ما ذكرنا ذهب الشهيد الثانى فى مسأله الاستعاره من الغاصب مع جهل المستعير بالغصب و اشتراط الضمان، فهل للمالك أن يرجع إلى المستعير لو تلفت العين؟ قال: «... لأننا لم نضمنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عاربه مضمونه و دخوله على ذلك، فإذا تبين فسادهما لحقَّ حكم الفساد بالصحيح، كما سلف من القاعده»(١).

فالشهيد الثانى يجعل الضمان من مشمولات القاعده و بمقتضى الشرط و تبعه سيد الرياض إذ قال: «... و إن أُلزم الغاصب لم يرجع على المستعير، إلا مع علمه أو كون العين مضمونه فيرجع عليه فيهما لاستقرار الضمان عليه فى الأول و إقدامه فى الثانى على الضمان مع صحه العاربه فكذا عليه الضمان مع الفساد، للقاعده الكليه أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده لكن هذا لا يوجب إلا ضمان العين دون المنفعه، فإنها ليست بمضمونه بالكليه ولو فى الذهب و الفضة، بل المضمون فيهما هو العين خاصه»(٢).

ولكن ما ذكرنا لا يجرى بالنسبه إلى ما يكون من قبيل شرط عدم الثمن فى البيع أو عدم الأجره فى الاجاره أو عدم المهر فى النكاح، لأن البيع - لو خلّى و نفسه - يكون مقتضيا للضمان و كذا الاجاره مقتضيا للأجره و النكاح للمهر، و إذا اشترط فى البيع عدم الثمن أو فى الاجاره عدم الأجره أو فى النكاح عدم المهر يكون الشرط موجبا لعدم الإقدام - الذى هو منشأ الضمان - فيقع باطلاً على قول أو يكون هبه مجانيه بالنسبه إلى العين أو المنفعه أو البضع على قول آخر بناءً على جواز إيقاع العقود بالألفاظ المجازيه فإن المراد من البيع حينئذ هو

ص: ٣٢٨

١- (١) المسالك ٥/١٤٢.

٢- (٢) رياض المسائل ٩/٤٥٠.

الهبه، وكذا المراد من الاجاره هو هبه المنافع أى العاريه، والمراد من النكاح هبه المهر أو صلحه مجاناً أو تفويض البضع (١)، و يكون الشرط قرينه عليه فنفس الشرط يوجب الإقدام على المجانيه، فإن كانت هبه صحيحه فلا ضمان فيها و إن كانت فاسده فلا ضمان أيضا لأجل عدم الإقدام كما نبه عليه المحقق النائيني (٢).

ثم اختار قدس سره فساد هذا القبيل وقال: «و التحقيق هو البطلان مطلقا سواء قلنا بصحة العقد بالألفاظ المجازيه أم لا، أما على الثانى فواضح و أمّا على الأوّل فلأنه على تقدير القول به يقتصر على ما إذا لم يكن الإنشاء بالألفاظ الداله على ما يصاد المعنى الحقيقى مثل إنشاء البيع بلفظ الهبه أو الهبه بلفظ البيع ممّا يكون مدلول القرينه منافيا لمقتضى العقد بحيث يوهم اندارجه تحت الشرط المخالف للعقد بل كان مثل لفظ نقلت و أشباهه من الألفاظ المجازيه التى كان المانع عن انعقاد العقد بها كون معناها معنى جنسيا مشتركا محتاجا إلى انضمام فصل إليه المستلزم لتدريجه إيجاد المنافى مع بساطته» (٣).

و تبعه تلميذه السيد الخوئى (٤).

و على أى حال وافقنا على عدم ضمان فى هذه الفروض الشهيدان و اليك نص كلامهما مع اعتراض المحقق الثانى على الشهيد و دفاع ثانى الشهيدين عن الأوّل: قال المحقق الثانى نقلاً من الشهيد: «و فى حواشى الشهيد: إن هذا إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجره، أو يكون متضمنا له فهناك يقوى عدم وجوب الأجره لدخول العامل على ذلك» (٥).

ص: ٣٢٩

١- (٣) المكاسب و البيع ١/٣٠٧.

٢- (٤) و ذهب إلى الأخير الفقيه الأصفهاني فى الوسيله ٢/٣٤٦.

٣- (١) المكاسب و البيع ٣٠٩/ و ٣١٠.

٤- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٩٧.

٥- (٣) جامع المقاصد ٧/١٢٠.

و استحسنة الشهيد الثاني في المسالك (١).

و اعترض المحقق الثاني على الشهيد و قال: «هذا صحيح في العمل، أما مثل سكنى الدار التي يستوفىها المستأجر بنفسه، فإنَّ اشتراط عدم العوض إنما كان في العقد الفاسد الذي لأثر لما تضمنه من التراضى فحقه وجوب أجره المثل. و مثله ما لو باعه على أن لا ثمن عليه. ولو اشترط في العقد عدم الأجره على العمل فعمل فلا شيء، لتبرعه بعمله» (٢).

و أجاب الشهيد الثاني عنه بقوله: «و يندفع الاشكال فيها بأنه مع اشتراط عدم الأجره يكون اللفظ الوارد في ذلك دالاً على إعاره العين المؤجره فإنَّ الإعاره لا تختص بلفظ مخصوص بل و لا على لفظ مطلقاً كما تقدم. و لا شك أنَّ اشتراط عدم الأجره صريح في الإذن في الانتفاع من غير عوض، باللفظ فضلاً عن القرينه فلا يترتب عليه ثبوت أجره» (٣).

و استدل صاحب الجواهر للشهيد بقوله: «و كان وجهه أنه متبرع بالمال و العمل مجاناً قادم على ذلك، فهو أشبه شيء حينئذ بالعقود الفاسده المجانيه كالهبة و العاربه و نحوهما مما لا يضمن بفاسدهما فلا يضمن بصحيهما.

بل قد يقال بشمول هذه القاعده للفرض، بناءً على اراده أشخاص العقود منها لأصنافها و لاريب في عدم الضمان في المقام لو فرض صحه العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد للقاعده المزبوره التي عرفت أنَّ الوجه فيها إقدامهما على عدم الضمان في التقديرين كما أنك قد عرفت تقريره حينئذها» (٤).

ص: ٣٣٠

١- (٤) المسالك ٥/١٨٤.

٢- (٥) جامع المقاصد ٧/١٢٠.

٣- (٦) المسالك ٥/١٨٤.

٤- (١) الجواهر ٢٧/٢٤٧.

و استشكل العلامة في الضمان و قال: «و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السَلَم فيقول: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار و كذا(١) لو قال: بعثك بلا- ثمن أو على أن لا- ثمن عليك، فقال: قبلت، ففي إنعقاده هبه نظر، ينشأ من الالتفات إلى المعنى و اختلال اللفظ، و هل يكون مضمونا على القابض؟ فيه إشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا و دلالة لفظه على اسقاطه»(٢).

أقول: الظاهر من الفقهاء صحة عقد النكاح بلا- مهر قال الفقيه الأصبهاني في الوسيله: «بل لو صرّحت بعدم المهر بأن قالت زوّجتك نفسى بلامهر، فقال: قبلت صح و يقال لهذا - أى لإيقاع العقد بلامهر - تفويض البضع و للمرأه التي لم يذكر في عقدها مهر مَفوّضه البضع»(٣).

فما ذكرناه من بطلان هذه العقود لا يجرى في عقد النكاح.

هذا كلّه في المقام الأول من البحث أعنى معانى ألفاظ القاعده، ثمّ يقع البحث في مدركها.

### المقام الثانى: مدرك القاعده

#### الأول: قاعده الإقدام

و المراد بها أنّ كلا المتعاقدين أقدا على أن يكون مال الآخر انتقل إليه بضمان لا مجانا و بلاعوض.

من بعض كلمات الشيخ يظهر أنّ مدرك قاعده ما يضمن هو قاعده الإقدام حيث حكم بدخوله في البيع أو الاجاره الفاسدين على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فإذا

ص: ٣٣١

١- (٢) لم يرد لفظه كذا في نسخه.

٢- (٣) القواعد ٢/٤٤.

٣- (٤) وسيله النجاه ٢/٣٤٦ من الطبع الحجري.

لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمه.(١)

وقد يظهر من الشهيد الثانى أنّ مدرّك قاعدتنا هو الإقدام حيث يقول فى مسأله الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل: «... و فاسد كلّ عقد يتبع صحيحه فى الضمان و عدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك و حيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك. و السر فى ذلك أنّهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان و دفع المالك عليه، مضافا إلى قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و هو واضح»(٢).

ولكن يظهر منه فى بحث المقبوض بالعقد الفاسد أنّ قاعدتنا دليل مستقل فى رديف قاعده الإقدام و حديث اليد فقال: «لا إشكال فى ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد لأنه أقدم على أن يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به و إن تلف بغير تفريط و لقوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتى تؤدى و من القواعد المقرره فى هذا الباب أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»(٣).

كما يظهر من الشيخ الأعظم ذلك حيث يقول بعد صفحه: «نعم فى المسالك ذكر كلاً من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً»(٤).

ثم ناقش الشيخ الأعظم(٥) قاعده الإقدام بوجه ثلاثه:

ص: ٣٣٢

---

١- (١) راجع المبسوط ٣/٦٥ و ٦٨ و ٨٥ و ٨٩، ٢/٢٠٤ كما مرّ نصوص كلام الشيخ فى أوّل البحث حول قاعده ما يضمن فراجعها.

٢- (٢) المسالك ٤/٥٦.

٣- (٣) المسالك ٣/١٥٤.

٤- (٤) المكاسب ٣/١٩١.

٥- (٥) المكاسب ٣/١٨٩ و ١٨٨.



الأول: الضمان الموجود فى العقد المعاوضى هو الضمان المسمى فى العقد الفاسد و هو الضمان الخاص فالمتعاقدين أقدمًا و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد عليه و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك، و أمّا الضمان الواقعى - و هو المثل أو القيمه - ممّا لم يُقدّم عليه.

و بعبارة أخرى: قاعده الإقدام لا تثبت الضمان الواقعى، إذ المُقَدَّم عليه - و هو الضمان

المعاوضى - المسمى - و هو غير واقع، و الواقع المدعى هو الضمان المثل أو القيمه غير مُقَدَّم عليه.

الثانى: النسبه بين قاعدتى ما يضمن و الإقدام عموم من وجه فلا يمكن أخذ قاعده الإقدام مدركا لقاعده ما يضمن، إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان نحو تلف المبيع قبل القبض، و قد يكون الضمان و لا إقدام فى البين نحو: شرط ضمان المبيع على البائع إذا تلف عند المشتري، و كما إذا قال: بعتك بلائمن أو آجرتك بلا أجره.

الثالث: ما الدليل على أن كون قاعده الإقدام موجبا للضمان على نحو الاستقلال فى رديف قاعدتى الإلتلاف و استيفاء المنفعه و نحوهما؟

ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم قدس سره بأمور:

عن اشكاله الأول بما ذكره المحقق الخراسانى بقوله: «يمكن أن يقال بأنّهما أقدمًا على أصل الضمان فى ضمن الإقدام على ضمان خاص، و الشارع إنّما لم يمتص الضمان الخاص لا أصله، مع أنّ دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إمضائه فافهم»<sup>(١)</sup>.

و بعبارة أخرى: إنّ هنا إقدامين هما: إقدام عام على أصل الضمان و إقدام خاص على الضمان المسمى و إذا حكم الشارع ببطلان العقد يبطل الإقدام الخاص - أى ضمان المسمى - ولكن الإقدام العام باقٍ على أصل الضمان.

ص: ٣٣٣

و بعبارة ثالثة: المقصود من البيع أولاً و بالذات هو تملك الغير للمبيع و تملكه للثمن و أما خصوصيه الثمن يمكن أن يقال أنه مطلوب آخر فبانتفائه لا- ينتفى ما هو المطلوب أولاً(١). أعني إذا حكم الشارع بطلان العقد بطل الثمن المسمى ولكن أصل الضمان يمكن أن يكون باقياً على نحو تعدد المطلوب. أو على نحو الشرط في ضمن العقد حيث بطلان الشرط لم يسر إلى العقد. و أصل العقد باق على صحته. لأن العقد هو الأصل و الشرط هو الفرع، و بطلان الفرع لا يسرى إلى الأصل.

و يمكن أن يجاب عن إشكاله الثانى: بأن تلف المبيع قبل القبض يعدّ انفساخاً حقيقياً للعقد و مع الانفساخ لا يصدق الإقدام و لا الضمان، و أما فى مثل البيع بلا ثمن و الاجاره بلا أجره فقد مّرّ عدم الضمان تبعاً للشهيدىن. و أما شرط ضمان المبيع على البائع إذا تلف عند المشتري فهو إما شرط فاسد لا يفسد به العقد، أو أنه شرط مفسد للعقد و فى الصورتين

لم يتم ضمان البائع. فما ذكره الشيخ الأعظم من النقوض غير تام.

و يمكن أن يجاب عن اشكاله الثالث الذى قبله المحقق الخراسانى فى قوله: «لكن لا- دليل على كون الإقدام سبباً للضمان أصلاً»(٢) و الفقيه اليزدى لأنه قال: «الأولى أن يقال إن الإقدام لا- يكون موجبا للضمان أصلاً لعدم الدليل عليه و هذا هو الوجه...»(٣).

يمكن أن يقرر الجواب بأنّ دليل حجية قاعده الإقدام هو سيره العقلاء و بناؤهم فى أبواب المعاملات على أنه إذا أخذ شيئاً من الطرف، لا يأخذه إلا أن يعطى بدله و عوضه، فإن تراضياً على العوض المعين - المسمى - فهو، و إن تعذر المسمى - بأى دليل كان التعذر - يرون المأخوذ مضموناً على الآخذ بالضمان الواقعى - أى المثل أو القيمة - فإذا حكم الشارع

ص: ٣٣٤

١- (٢) كما فى حاشيه المكاسب / ٥١ للفقهاء الهمدانى.

٢- (١) حاشيه المكاسب / ٣١.

٣- (٢) حاشيه المكاسب / ١/٤٥٧.

بفساد المعامله و عدم لزوم أداء المسمى يرونه ضامنا بالضمان الواقعي. و لم يرد من الشارع ردع هذه السيره و البناء. (١) و إذا قررنا قاعده الإقدام بهذا التقرير لا يمكن ردّها و يمكن أن نجعله دليلاً لقاعده الإقدام فتأمل.

اعترف الشيخ الأعظم ببعض ما ذكرنا حيث يقول بعد سطور: «ثم إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه، بيان أنّ العين و المنفعه اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً و تبرّعا حتّى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض كما فى العمل المتبرّع به و العين المدفوعه مجاناً أو أمانه» (٢).

هذا نظير ما ذكرناه ولكن أضاف إليه: «فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد فى الأموال و احترام الأعمال» (٣).

أقول: و فى هذه الاضافه نظر يبيّن يظهر من التأمل فى ما ذكرناه.

### الثانى: خبر اليد:

#### اشاره

و هو قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتّى تؤدى (٤).

قال الشيخ الأعظم: «و أمّا خبر اليد فدلالته و إن كانت ظاهره و سنده منجبراً إلّا

أنّ مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل لمنافع و الأعمال المضمونه فى الإجاره الفاسده» (٥).

و قال بعد صفحات: «و لا إشكال فى عدم شمول صله الموصول للمنافع، و حصولها

ص: ٣٣٥

---

١- (٣) قرر السيّد البجنوردى هذا البناء للعقلاء فى القواعد الفقهيّه ٢/١٠٥ و جعلها دليلاً مستقلاً للضمان. و تبعه السيّد الخوئى فى مصباح الفقاهه ٣/٩٦.

٢- (٤) المكاسب ٣/١٩٠.

٣- (٥) المكاسب ٣/١٩١.

٤- (٦) عوالى اللالكى ١/٢٢٤، ح ١٠٦، ١/٣٨٩، ح ٢٢ و قد مرّ مصادره فى ما سبق.

٥- (١) المكاسب ٣/١٨٩.

فى اليد بقبض العين لا- يوجب صدق الأخذ و دعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض الأعيان مشكله»(١).

و يظهر من الشيخ الطوسى تمسكه بخبر اليد حيث قال فى مسأله إذا باع عبدا بيعا فاسدا: «... و إذا وجب رده نُظر فإن كان بحاله لم يزد و لم ينقض رده و لا- شىء عليه إلا- أن يكون له أجره و هو أن يكون المبيع مَمّا ينتفع به مع بقاء عينه انتفاعا مقصودا فيجب أجره مثله للمدّه التى أقام فى يده...»(٢).

و أنت ترى تمسكه باليد حتى فى المنافع و بعد صفحه يظهر منه أنّها خبر اليد حيث يقول: «... و إن ردها حاملاً و ولدت فى يد البائع لزمه ما ينقص بالولاده...»(٣).

و كذا قال: «إذا ثبت أنّ البيع فاسد نظر فإن كان المبيع قائما أخذه مالكه و هو البائع الأول... و إن طالب الثانى و غرمه لم يرجع إلى الأول لأنه تلف فى يده...»(٤).

و قال: «... و إن طالب البائع رجع البائع على المشتري بأكثر ما كانت قيمته من حين قبضه إلى حين العتق، لأنه دخل على أنه عليه بعوض و قد تلف فى يده، و إن طالب المشتري لم يرجع المشتري على البائع بما غرم لأنّ التلف فى يده، فاستقرّ الضمان عليه»(٥).

و قد تقدم كلام الشهيد الثانى و تمسكه بخبر اليد و جعلها من مدارك قاعده ما يُضمن و قد مرّ أيضا عدّها فى رديف خبر اليد للضمان.(٦)

ص: ٣٣٦

- ١- (٢) المكاسب ٣/٢٠٤.
- ٢- (٣) المبسوط ٢/١٤٩.
- ٣- (٤) المبسوط ٢/١٥٠.
- ٤- (٥) المبسوط ٢/١٥٠.
- ٥- (٦) المبسوط ٣/٩٨.
- ٦- (٧) المسالك ٣/١٥٤.

ثم خبر اليد هل يشمل المنافع المستوفاه و غير المستوفاه أم لا، و يختص بالأعيان فقط؟

ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى أنه مختص بالأعيان بالأدله التاليه:

١- عدم شمول لفظه «ما» الموصوله للمنافع.

٢- عدم صدق الأخذ عرفا بالنسبه إلى المنافع ولو حصلت في اليد بقبض العين.

٣- دعوى أن المراد من الأخذ هو مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكله.

و أضاف إليها المحقق الأصفهاني وجها رابعا و هو:

٤- «عدم صدق التأديه في المنافع مطلقا فإن ظاهر قوله «حتّى تؤدى» كون عهده المأخوذ مغياه بأداء النفس المأخوذ و المنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حدّ ذاتها، لا كالعين التي لها أداء في حدّ ذاتها و إنّ عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً» (٢).

و قد شرح لنا المحقق السيد الخوئي بيان أستاذه بقوله: «أنّ الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط، بداهه أنّ الظاهر من الأداء هو ردّ المأخوذ بعينه بداء. و مع عدم التمكن منه ينوب عنه ردّ المثل أو قيمه. و من الواضح أنّ ردّ المأخوذ بعينه لا يعقل في المنافع، لأنّها ما لم توجد في الخارج ليست بمضمونه و بعد وجودها فيه تنعدم و تنصرم، و حينئذ فلا يمكن أداؤها إلى المالك كلّى يشملها دليل ضمان اليد» (٣).

و أضاف السيد الحكيم وجها خامسا و هو:

٥- أنّ المراد من الأخذ هو «الاستيلاء على شيء يتوقف على كونه موجودا حقيقيا

ص: ٣٣٧

١- (٨) المكاسب ٣/٢٠٤.

٢- (١) حاشيه المكاسب ١/٣١٧.

٣- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٢٨.

و لا يصح بالإضافه إلى المنافع التي هي من الأمور الاعتباريه و لا- وجود لها حال الاستيلاء على العين، فنسبه الاستيلاء إليها يتوقف على نحو من التجوّز و العناية و ذلك ممّا لا قرينه عليه فيختص الدليل بضمان العين لا غير»(١).

ولكن يمكن أن يناقش في الكلّ:

أمّا الأوّل: فلوضوح شمول لفظه «ما» الموصوله للمنافع، لأنّ «ما» هنا يراد به، لفظ «الشيء»، و يمكن أن يرادف بين لفظه الشيء و الوجود أو الموجود و ليس في الألفاظ أعما منه. مضافا إلى أنّ شمول الموصول يكون بقدر شمول صلته و هي كلمه «أخذت» و إذا ظهر شمول كلمه «الأخذ» للمنافع كما سيأتي ظهر شمول «ما» الموصوله لها.

و أمّا مناقشه الدليل الثاني و الثالث و الخامس - و الكلّ مشترك في المناقشه

في مدى دلالة كلمه «الأخذ» - فيظهر ممّا ذكره المحقّق السيّد الخوئي بقوله: «أنّ مفهوم كلمه الأخذ أوسع من ذلك [من أن تختص بالأعيان]، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجى و إلّا لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار و الأرض و البستان و الحديقه و أشباهها ممّا لا يقبل الأخذ الخارجى.

و ممّا يدل على صحه ما ذكرناه: أنّ مفهوم الأخذ يصح انتسابه إلى الأمور المعنويه كالعهد و الميثاق و الرأى و أمثالها كما أنّه يصح انتسابه إلى الأمور الخارجيه، و إذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجيه و إنّما هو كناية عن الاستيلاء على الشيء كما أنّ كلمه بسط اليد كناية عن الجود و السخاء و كلمه قبض اليد كناية عن البخل و لا ريب أنّ استعمال لفظ الأخذ في هذا المعنى - الذى ذكرناه - كثير في القرآن و غيره و منه قوله تعالى:

ص: ٣٣٨

«لا تأخذه سنة ولا نوم» (١) (٢).

أقول: الشاهد لما ذكره المحقق السيد الخوئي الاستعمالات القرآنية لكلمة الأخذ أو مشتقاتها نحو: قوله تعالى: «و إذ أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب وحكمه» (٣) و «و إذ أخذنا ميثاقكم ورفعنا فوقكم الطور» (٤) و «خذ العفو و أمر بالعرف و اعرض عن الجاهلين» (٥) و «خذوا ما آتيناكم بقوة و اذكروا ما فيه لعلكم تتقون» (٦) و «ما آتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا» (٧) و غيرها من الآيات.

و لذا قال الفقيه اليزدي: «إذ من المعلوم أنّ الأخذ ليس بمعنى القبض باليد و إلاّ لزم عدم الحكم بالضمان في كثير من الموارد، هذا. مع أنّه يمكن أن يقال يكفي صدق الأخذ بالنسبة إلى العين في ضمان المنافع فإنّ حاصل المعنى أنّ ما أخذت اليد مضمونه و يجب الخروج عن عهدتها و من شؤون الخروج عند عهده العين أداء عوض منافعها، كما أنّ من شؤونه أرش العيب و نحوه» (٨).

و أمّا مناقشه الدليل الرابع فيظهر من إجابة المحقق الخميني قدس سره له حيث يقول: «إنّ الشيء المتصرم يوجد شيئاً فشيئاً و ينعدم، و في حال وجوده ولو وجوداً مستمراً غير مستقر يقع تحت اليد فيكون الاستيلاء على موجود و إن لا يبقى آنين، فيقع وجوده الآني

ص: ٣٣٩

١- (١) سورة البقره / ٢٥٥.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٢٨.

٣- (٣) سورة آل عمران / ٨١.

٤- (٤) سورة البقره / ٩٣.

٥- (٥) سورة الأعراف / ١٩٩.

٦- (٦) سورة البقره / ٦٣.

٧- (٧) سورة الحشر / ٧.

٨- (٨) حاشيه المكاسب ١/٤٦٧.

المستمرّ تحت اليد و بتلفه يصير مضمونا على ذى اليد المستولى عليه، فلذلك الوجود المستمرّ فى عمود الزمان يقع تحت اليد بنحو الاستمرار و الانصرام و بانعدامه يصير ضامنا شيئا فشيئا»(١).

و بقوله: «إنّ المنافع إذا كانت مقدّره الوجود صحّ تملكها و تملكها و صيرورتها تحت الاستيلاء عرفا، و لازم ذلك أنّ المنافع المتدرّجه واقعا صارت مقدّره الوجود فى زمان وقوع الاجاره، فتقدير وجودها فعلاً يخرجها عن تصرّم الوجود إلى ثباته و قراره، فوجودها فى الحال مصحّح التملك و الاستيلاء فعليه يكون هذا الموجود الثابت القارّ تقديرا من شأنه ذاتا أن يؤدى، و التلف ابتداءً أو بقاء لا ينافى الشأنيه كما أنّ التلف العارض للعين فى الآن الأوّل من الأخذ لا ينافى شأنيه التأديه.

و بالجملة: إن لوحظ التأديه بالنسبه إلى الوجود الواقعى المتصرّم فهى و إن لا تمكن، لكن لا يعقل فيه الاستيلاء، و الأخذ، و إن لوحظت بالنسبه إلى ما يمكن فيها الاستيلاء و التملك فى الحال فالتأديه فيها ممكنه ذاتا و شأنيها لاتنافى التلف العارض لبعض وجودها...»(٢).

و كذا «مع أنّ إمكان الأداء فى الجملة كافٍ فى حفظ ظهور الغايه، و لا يلزم إمكان الأداء بجميع خصوصياتها و تمام وجودها تأمّل»(٣).

ثم قال: «إنّ حل الإشكال بأن يقال: إنّ الظاهر من الخبر أن جميع العنايه فيه بجعل الضمان على المأخوذ و إنّما ذكرت الغايه لتحديد الموضوع و معناه أن الحكم بالضمان تعلّق على المأخوذ غير المؤدى من غير نظر إلى إمكان التأديه و لا إمكانها و شأنيه التأديه و لا

ص: ٣٤٠

١- (١) كتاب البيع ١/٢٧٤.

٢- (٢) كتاب البيع ١/٢٧٦.

٣- (٣) كتاب البيع ١/٢٧٧.



شأنيتها... و بالجمله الظاهر من قوله صلى الله عليه و آله «على اليد» الخ جعل الضمان على غير المؤدى سواء أمكن الأداء أم لا، أو كان له شأنه الأداء أم لا...»(١).

أقول: فهذه أربعة أجوبه للمحقق الأصفهاني رحمه الله فظهر ممّا ذكرنا المناقشه فى جميع أدله المخصّصين لحديث اليد بالأعيان، فحينئذ يصحّ القول بأنّ حديث اليد يشمل المنافع مطلقا - أى المستوفاه منها و غير المستوفاه - و الله العالم.

### تنبيه:

ولكن لا بدّ من التنبيه على أنّ النسبه بين الاستيلاء على الشىء و استيفاء منفعه مختلفه:

الأول: الأعيان التى يتوقف استيفاء منافعها على كونها تحت استيلاء المستوفى كالدار المستأجره للسكنى، و فى هذا القسم قبض المنفعه يصدق بقبض العين و تكون المنافع تحت اليد بتبع العين فاليد على العين يد على المنفعه.

الثانى: الأعيان التى لا يكون استيفاء منافعها بالاستيلاء على العين كعمل الحر، فزمانه فى هذا القسم إنّما هو بالاستيفاء فكلّ ما سلمت المنفعه للمستأجر يكون ضامنا لها فى العقد الصحيح كانت أو الفاسد.

الثالث: ما يمكن بكلاء القسمين - الأوّل و الثانى - كالدابه أو السياره المستأجره لحمل المتاع و فى هذا القسم يجرى حكم القسمين أعنى ما كان منه استيفاء المنفعه بالتصرف فى العين فيكون ضمانها باليد، و ما كان منه بالاستيفاء و حصولها للمستأجر فبالاستيفاء. كما نبّه عليها المحقق النائنى(٢).

ص: ٣٤١

١- (٤) كتاب البيع ١/٢٧٧.

٢- (١) المكاسب و البيع ١/٣١٩ و ٣١٨.

و مِمَّا تلوناه عليك يظهر النظر في مقاله المحقق الخراساني: «و مورده و إن كان مختصا بالأعيان، إلا أنّ قضيه كونها مضمونه ضمان منافعها، ف ضمان المنافع في الإجاره الفاسده إنّما يكون بتبع ضمان العين المستأجره و بالجلمه قضيه ضمان اليد، ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونه بها، فاخصاص مورده بالأعيان، لا يوجب اختصاص الضمان بها، نعم الحرّ، حيث لم يكن نفسه مضمونه باليد، لم يكن أعماله مضمونه في الإجاره الفاسده بها، فافهم»(١).

و وجه النظر في مقاله عدم اختصاص حديث اليد بالأعيان كما مرّ ولكن حكمه ب ضمان المنافع تام و كذا تقسيمه الثنائى للمنافع فما مرّ من النائينى من تقسيمه الثلاثى غير تام و يمكن الحاق بعض أقسام القسم الثالث بالأول و بعضها بالثانى، و يأتى ضمان منافع الحرّ

ولو كانت غير مستوفاه في ما بعد(٢) فانتظر، و الحمد لله.

### الثالث: قاعده الاحترام

#### اشاره

و هى احترام مال المسلم و يصدق الموضوع - أى المال - على الأعيان كما أنّه يصدق على المنافع فتكون قاعده الاحترام الدليل الثالث لقاعده ما يُضمن. و تُستفاد قاعده الاحترام من طوائف من الروايات:

#### الاولى: ما دلّ على عدم حليه مال المسلم لغيره إلا عن طيب نفسه.

منها: صحيحه أبى أسامه زيد الشحام عن أبى عبدالله عليه السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله وقف بمنى حين قضى مناسكها فى حجه الوداع - إلى أن قال: - فقال: أى يوم أعظم حرمة فقالوا: هذا اليوم، قال: فأى شهر أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا الشهر، قال: فأى بلد أعظم حرمة؟ قالوا:

ص: ٣٤٢

١- (٢) حاشيه المكاسب / ٣١.

٢- (١) راجع فرع ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس، فى هذا المجلد ص ٤١٧.

هذا البلد، قال: فَإِنَّ دَمَاءَكُمْ و أموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقونه فيسألكم عن أعمالكم، ألا- هل بلغت؟ قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد ألا من كانت عنده أمانه فليؤدّها إلى مَنْ ائتمنه عليها فَإِنَّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلاّ بطيبه نفسه، و لا تظلموا أنفسكم و لا ترجعوا بعدي كفّاراً. (١)

و منها: مرسله ابن شعبه الخُراني عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنّه قال في خطبه الوداع: أيّها الناس إنّما المؤمنون إخوة، و لا يحلّ لمؤمنٍ مال أخيه إلاّ عن طيب نفسٍ منه. (٢)

و منها: خبر محمّد بن زيد الطبري قال: كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى أبي الحسن الرضا عليه السلام يسأله الإذن في الخمس فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم، إنّ الله واسع كريم ضمن على العمل الثواب و على الضيق الهَمّ (٣)، لا يحلّ مال إلاّ من وجه أحلّه الله، الحديث. (٤)

و منها: التوقيع الشريف بسند صحيح وفيه: و أمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتساباً للأجر و تقرباً إليكم؟ فلا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه

فكيف يحلّ ذلك في مالنا؟! التوقيع. (٥)

و منها: مرسله الأحسائي عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنّه قال: المسلم أخو المسلم لا يحلّ

ص: ٣٤٣

١- (٢) وسائل الشيعة ٢٩/١٠، ح ٣، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، و ذكرها مختصراً في وسائل الشيعة ٥/١٢٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي.

٢- (٣) وسائل الشيعة ٥/١٢٠، ح ٣.

٣- (٤) و في التهذيب ٤/١٣٩، ح ٣٩٥ و المقنعه ٤٦/٤٦: و على الخلاف العقاب.

٤- (٥) وسائل الشيعة ٩/٥٣٨، ح ٢، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

٥- (١) وسائل الشيعة ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

ماله إلا عن طيب نفسٍ منه. (١)

بتقريب: إنَّ حرمة مال المسلم يراد بها حرمة التصرف فيه و هو أعم من التصرف الخارجى كالأكل و الشرب و الاعتبارى كالبيع و الصلح، فصارت الحرمة تكليفية بالنسبة إلى التصرفات الخارجيه و وضعيّه بالنسبة إلى التصرفات الاعتباريه، و الحرمة تقتضى ضمان المتصرّف فيه و بما ذكرنا يظهر عدم تماميه اختصاصها بالحرمة التكليفيه كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئي (٢) قدس سره .

و كذا لا يتم ما يقال بأنّ «لو قبض ماله لا بالقهر و الغلبه - حتّى تكون يده عاديه - لاشيء عليه لو تلف بالتلف السماوى من دون ارتباط إلى القابض لا مباشره و لا تسيباً» (٣).

لأنّه فى مسألتنا أعطى ماله فى مقابل عوض معين فإذا صارت المعامله باطله و حكم الشارع بعدم جواز أخذ ثمن المسمى و تلف المال فى يد المشتري، فلا- يرضى البائع بهذه المعامله و المعاوضه و لا تطيب نفسه بها فيكون المشتري ضامناً حتّى فى فرض التلف - و كما هو كذلك فى فرض الإتلاف - و بما ذكرنا يظهر جواب هذا الإشكال فى الطائفة الثانيه أيضاً.

### الثانيه: ما دلّ على أنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه

منها: موثقه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله : سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصيه و حرمة ماله كحرمة دمه. (٤)

ص: ٣٤٤

١- (٢) عوالى اللآلى ٣/٤٧٣، ح ١.

٢- (٣) مصباح الفقاهه ٣/٩٠.

٣- (٤) القواعد الفقهيّه ٢/١٠٦ للسيّد البجنوردى.

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٢/٢٩٧، ح ٣، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره.

بتقريب: نزل حرمه مال المؤمن منزله حرمه دمه و عموم التنزيل يقتضى ثبوت كل حكم للدم، للمال أيضا و حيث أن الدم لا يذهب هدرا و إراقته حرام تكليفا و وضعاً و هو يوجب ثبوت القصاص أو الديه فكذلك المال حرام التصرف فيه من دون إذن مالكة و على

فرض التصرف الحرام يوجب الضمان. و السياق ليس بحجه و ظهور بقيه الفقرات فى الحكم التكليفى لا يوجب ظهور الأخيره فى الحكم الوضعى. (١).

و العجب من المحقق السيد الخوئى حيث خصص الروايه فى صورته الإلتلاف - لا التلف - و علله بقوله: «إذ لا يتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن بآفه سماويه ضمن به سائر المؤمنين و عليه فيكون الدليل أخص من المدعى» (٢).

وجه التعجب: لا يتوهم لو مات أحدٌ حتف أنفه أو قتل أحدٌ فى المجتمع فديته على الجميع حتى يتوهم ذلك بالنسبه إلى تلف المال، نعم لو وجد قتيل فى قبيله أو قريه - و كانت موضع اتهام - تُعقلُ الديه (٣) بينهم لما دلّ عليه النصوص. (٤)

و كذلك بالنسبه إلى المال و أمّا إذا كان المالك لا يرضى إلاّ ببدل ماله و أبطل الشارع ثمن المسمى فهل لأحد أن يقول بعدم حرمه المال حينئذ و جواز أكله من دون عوض و ضمان؟! كلا.

### الثالثه: ما ورد من الروايات من التعليل فيها بعدم ذهاب حقّ أحدٍ.

منها: صحيحه ضُرَيْس الكناسى قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهاده أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا، إلاّ أن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم،

ص: ٣٤٥

١- (١) خلافا للسيد الخوئى فى مصباح الفقاهه ٣/٩١.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٩١ و راجع كتابه ٣/١٢٩.

٣- (٣) أى تكون على (العاقله).

٤- (٤) راجع وسائل الشيعه ٢٩/١٤٨، الباب ٨ من أبواب دعوى القتل.

و إن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه لأنه لا يصلح ذهاب حق امرى مسلم و لا تبطل وصيته. (١)

و منها: صحيحه الحلبي و محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته: هل تجوز شهاده أهل مله من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد. (٢)

و منها: موثقه سماعه قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهاده أهل الذمه؟ فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد. (٣)

بتقريب: أن عنوان الحق عام يشمل الحقوق المالىه و الحقوق المصطلحه فى مقابل الحكم و المال و الملك (٤)، فحينئذ يدلّ التعليل الوارد فى الروايات بأنه إذا ثبت حق شخص على غيره لا يجوز ذهابه و فواته بغير عوض و ليس هذا إلا معنى الضمان.

ولكن يمكن أن يناقش فى دلاله هذه الطائفة الثالثه بأنها «وارده فى مورد الوصيه و أن للمسلم أن يوصى بماله و هذا حق له و لا يصلح أن يذهب حقه، و عليه فإن أمكن الإشهاد عليه من المسلمين فهو، و إلا تجوز شهاده غيرهم أيضا و هذا المعنى أجنبى عما نحن فيه بالمره» (٥) كما عن المحقق السيد الخوئى.

ص: ٣٤٦

١- (٥) وسائل الشيعه ١٩/٣٠٩، ح ١، الباب ٢٠ من أبواب الوصايا.

٢- (٦) وسائل الشيعه ١٩/٣١٠، ح ٣.

٣- (٧) وسائل الشيعه ١٩/٣١١، ح ٥.

٤- (١) قد مرّ منّا تعريف الحقوق، و الفارق بينها و بين الحكم و المال و الملك فى التنبيه الثالث بعد تعريف البيع فى أول الكتاب فراجع ص ١٥ من هذا المجلد.

٥- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٩٣.

و لأحد أن يقول: نتمسك بالتعليل الوارد في ذيل الروايات و هو عدم جواز ذهاب حقّ أحد هدرًا، و الوصيه إحدى مصاديقه و لا يختص بها و قاعده الاحترام يشملها التعليل و الحمد لله.

## الرابع: قاعده نفى الضرر

### إشاره

الروايات الواردة حول قاعده لا ضرر مستفيضه عند الفريقين:

منها: موثقه زراره. (١)

و منها: معتبره أبي عبيده الحدّاء. (٢)

و منها: خبر زراره. (٣)

و منها: خبر عقبه بن خالد. (٤)

و منها: خبر آخر لعقبه بن خالد. (٥)

و منها: مرسله الصدوق عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنه قال: لا ضرر و لا ضرار في الإسلام. (٦)

و منها: صحيحه هارون بن حمزه الغنوي. (٧)

و منها: صحيحه و مكاتبه محمد بن الحسين. (٨)

ص: ٣٤٧

١- (٣) وسائل الشيعة ٢٥/٤٢٨، ح ٣، الباب ١٢ من أبواب كتاب إحياء الموات.

٢- (٤) وسائل الشيعة ٢٥/٤٢٧، ح ١.

٣- (٥) وسائل الشيعة ٢٥/٤٢٩، ح ٤.

٤- (٦) وسائل الشيعة ٢٥/٣٩٩، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الشفعه.

٥- (٧) وسائل الشيعة ٢٥/٤٢٠، ح ٢، الباب ٧ من أبواب إحياء الموات.

٦- (٨) الفقيه ٤/٣٣٤، ح ٥٧١٨، باب ميراث أهل الممل.

٧- (١) الكافي ٥/٢٩٣، ح ٤.

٨- (٢) الكافي ٥/٢٩٣، ح ٥.

و منها: خبر ثالث لعقبه بن خالد.(١)

و منها: صحيحتا الحلبي.(٢)

و منها: صحيحه محمّد بن مسلم.(٣)

و منها: مرسله القاضي نعمان المصري و هي خبر هدم الحائط.(٤)

و منها: مرسله أُخرى له.(٥)

و هذه أربع عشره من الروايات المذكوره فيها قاعده لا ضرر أو تطبيقها من طرفنا. و قد ورد ذكرها في كتب العامه أيضا نحو مسند أحمد(٦) و سنن ابن ماجه(٧) (٨) و سنن الدار قطنى(٩) و المراسيل مع الأسانيد لأبى داود(١٠) و كنز العمال للمتقى الهندى.(١١)

بل يمكن القول بتواترها الإجمالى كما ذهب إليه المحقق الخراسانى(١٢) قدس سره .

و هذه الروايات تدل على نفي الحكم الضررى فى الشريعة المقدسه و أنّ الحكم

ص: ٣٤٨

١- (٣) الكافى ٥/٢٩٤، ح ٧.

٢- (٤) وسائل الشيعة ٢٣/٣٦، ح ١ و ٢، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق.

٣- (٥) وسائل الشيعة ٢٣/٤٠، ح ١٢.

٤- (٦) دعائم الاسلام ٢/٥٠٤، ح ١٨٠٥ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧/١١٨، ح ١.

٥- (٧) دعائم الاسلام ٢/٤٩٩، ح ١٧٨١ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧/١١٨، ح ٢.

٦- (٨) مسند أحمد ١/٣١٣.

٧- (٩) سنن ابن ماجه ٢/٧٨٤، ح ٢٣٤٠ و ٢٣٤١.

٨- (١٠) بالهاء الخالصه و ليس بالتاء القصيره المربوطه كما تبّه عى ذلك محققو العامه. ممّن عرضوا لترجمته. و ليست بعرييه.

٩- (١١) سنن الدار قطنى ٤/٢٢٨ و ٤/٨٢٢.

١٠- (١٢) المراسيل مع الأسانيد ٢٠٧، ح ٢، باب ٧١ فى الإضرار.

١١- (١٣) كنز العمال ٣/٩١٩، ح ٩١٦٧ و ٤/٦١، ح ٩٥١٩ و ٩٥١٨ و ٥/٨٤٣، ح ١٤٥٣٤.

١٢- (١٤) كفايه الأصول ٣/١٥٩ طبع جماعه المدرسين بقم المقدسه، عام ١٤٢٧ق.



الضررى غير مجعوله فيها و إذا وصلت الأحكام الشرعيه إلى حدّ الضرر تنفى بهذه القاعده المهمه و التفصيل يطلب من الأبحاث الأصوليه فى نهايه مطاف البحث حول الأصول العمليه، يبحث فيها حول قاعده لا ضرر مفصلاً (١) و من المعلوم أنّ الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على مالكه فأدله نفى الضرر تنفيه.

ولكن يمكن أن يناقش فيه بعدّه من الوجوه:

الأول: أدله لا ضرر لو دلّت على الضمان - و لم تدل - فإنّما تدل عليه فى بعض الموارد نحو: الإلتلاف أو استيفاء المنافع أو فيما كان العمل بأمر الأمر و أمّا فى فرض التلف السماوى - مع تحفظ القابض عليه - فلا موجب لإضراره دفعا لتضرر المالك.

الثانى: إذا انتفى الضمان المسمى ببطلان المعامله يبقى الضمان بالنسبه إلى البدل الواقعى و حينئذ تقع المعارضه فى شمول أدله نفى الضرر لكلا الطرفين لأنّ البدل الواقعى قد يزيد على البدل المسمى بكثير و لم يقدم عليه القابض بوجه من الوجوه.

الثالث: - و هو العمده فى المقام - عدم شمول أدله نفى الضرر للأحكام العدميه لأنّها تنفى ما ثبت بالعمومات من الأحكام الشرعيه، و عدم الضمان و غيره من الأمور العدميه ليست أحكاماً شرعيه مجعوله من قبل الشارع، لأنّ ما يصحح استناد الضرر هو إيجاد ما يستلزمه و أمّا عدم إيجاد المانع عن الضرر فلا يتحقّق به إسناد الضرر.

مضافاً إلى أنّ الإلتزام بعموم الأدله للأحكام العدميه يوجب تأسيس فقه جديد كما هو الثابت فى محلّه (٢).

ص: ٣٤٩

١- (١٥) قد بحثنا حولها شهرين كاملين فى بحوثنا الأصوليه ولله الحمد.

٢- (١) راجع فى هذا المجال تقرير أبحاث المحقّق النائينى حول قاعده لا ضرر المطبوع فى ضمن منيه الطالب ٣/٤١٨ و مصباح الأصول ٢/٥٥٩ تقرير أبحاث السيّد الخوئى و منتقى الأصول ٥/٤٥٠ تقرير أبحاث المحقّق الروحانى قدس سرهم .

هذا تمام الكلام فى مدرك قاعده ما يضمن ولكن بقى هنا أمرٌ لابدّ من التنبيه عليه و هو بعض الأعمال المضمونه التى لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم تقع بأمره كالسبق فى المسابقه الفاسده هل فيها ضمان أم لا؟ أى هل يستحق السابق أجره المثل أم لا؟

ذهب إلى عدم الضمان و عدم استحقاقه أجره المثل جماعه عدّ منهم:

الشيخ قال فى المبسوط: «و من قال المناضله باطله، فتناضلا فإن كان الناضل هو المسبّق فلا كلام يمسك مال نفسه، و إن كان الناضل هو المسبّق لم يستحقّ المسمّى لأنّ المسمّى سقط فى العقد الفاسد. و قال قوم يستحقّ أجره المثل كالبيع و الصلح و الإجاره، و

قال آخرون لا يستحقّ شيئاً لأنّه إنّما يجب أجره المثل فى الموضع الذى يفوّت على العامل عمله و عاد به نفعه إلى الناضل كالقراض الفاسد يجب عليه أجره مثل العامل لأنّه فوّت عليه عمله فيما عاد نفعه إليه»<sup>(١)</sup>

و أنت ترى بأنّ الشيخ ذكر طرفى المسأله من استحقاق أجره المثل و عدمها و استدل لهما و لم يختر فى المقام شيئاً فعّد الشيخ بواسطه هذا الكلام و عدم اعتراضه على القول بعدم استحقاق أجره المثل من القائلين به، لا بأس به.

نعم، عنون صدر المسأله فى الخلاف و قال: «إذا تناضلا فسبق أحدهما صاحبه فقال لك عشره بشرط أن تطعم السبق أصحابك كان النضال صحيحاً و الشرط باطلاً، و به قال أبو حنيفه و أبو اسحاق المروزى، و قال الشافعى: النضال باطل، دليلنا: أنّ الأصل صحته و

ص: ٣٥٠

أن مضامه الشرط إليه تفسده يحتاج إلى دليل»(١).

و هذه المسألة أيضا تخلو من القول بالفساد و عدم استحقاق أجره المثل.

و منهم: المحقق قال: «الخامسه: إذا فسد عقد السبق، لم يجب بالعمل أجره المثل و يسقط المسمى لا إلى بدلٍ، ولو كان السبق مستحقًا و جب على البازل مثله أو قيمته»(٢).

و القسم الأخير من كلامه يرجع إلى ظهور عدم مملوكيه العوض لمن يجب عليه بذله فحكم بالانتقال حينئذ إلى المثل أو قيمه.

و منهم: الشهيد الثانى نقل استدلال القائلين بوجوب أجره المثل بفساد العقد ثم قال ردًا عليهم: «و عندى فيه نظر لأن الالتزام لم يقع إلا على تقدير العقد الصحيح و الأصل براءة الذمه من وجوب شيء آخر غير ما وقع عليه العقد. و الفرق بين هذا العقد و بين ما يجب فيه أجره المثل من العقود واضح، لا- من جهة ما ذكروه من رجوع نفع عمل العامل إلى من يخاطب بالأجره حتى يرد عليه مثل العمل الذى لا يعود به عليه نفع فى القراض، بل لأن تلك العقود اقتضت أمر العامل بعمل له أجره فى العاده، فإذا فسد العقد المتضمن للعوض المخصوص بقى أصل الأمر بالعمل الموجب لأجره المثل بخلاف هذا العقد، فإنه لا يقتضى أمرًا بالفعل، فإن قوله: سابقتك على أن من سبق منّا فله كذا، و نحو ذلك من الألفاظ الداله على المراد ليس فيها أمر و لا ما يقتضيه بفعل له أجره، فالأصل براءة الذمه من وجوب شيء

آخر غير ما تضمنه العقد...»(٣).

و منهم: المحقق الأردبيلى ولكن على القول بأن عقد السبق جائز - كما عليه الشيخ

ص: ٣٥١

١- (٢) الخلاف ٦/١٠٥، مسأله ١٠.

٢- (٣) الشرائع ٢/١٨٨.

٣- (١) المسالك ٦/١٠٩.

فى الخلاف (١) - قال: «ثم اعلم إنه على تقدير كونه جائزا كالجعله يقوى عدم لزوم شىء فى صورته الفساد مطلقا لعدم الدليل» (٢).

و منهم: المحقق السبزوارى قال: «السادسه: إذا فسد عقد السبق فى وجوب أجره المثل و عدمه قولان و الأقرب الثانى فىسقط المسمى لا- إلى بدل، ولو ظهر كون السبق مستحقا للغير و لم يرض المالك فى ثبوت المثل أو قيمته أو ثبوت أجره التمثل قولان، و المسأله محل إشكال» (٣).

و ذهب إلى استحقاق أجره المثل و الضمان جماعه:

منهم: العلامة قال فى القواعد: «فإن فسدت المعامله بكون العوض ظهر خمرارجع إلى أجره مثله فى جميع ركضه لا فى قدر السبق، و قيل: يسقط المسمى لا إلى بدل. ولو فسد لاستحقاق العوض و جب على البازل مثله أو قيمته و يحتمل أجره المثل» (٤).

و قال فى التحرير: «السابع: كل موضع فسدت فيه المسابقه فإن كان السابق هو المخرج لم يستحق شيئا على صاحبه و كان سبقه له، و إن كان الآخر استحق على المخرج أجره المثل، ولو كان العوض مستحقا كان على مخرجه قيمته أو مثله» (٥).

و نحوه فى تذكره الفقهاء (٦).

و منهم: ولده قال فى الإيضاح: «إذا فسد عقد المسابقه لفقد شرط فى السبق المعين

ص: ٣٥٢

١- (٢) الخلاف ١٠٥/٦، مسأله ٩.

٢- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠/١٨٨.

٣- (٤) الكفايه ١/٧٢٩.

٤- (٥) القواعد ٢/٣٧٥.

٥- (٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٣/١٦٩.

٦- (٧) تذكره الفقهاء ٢/٣٥٧ من الطبع الحجرى.

فى العقد فإما أن لا يكون له قىمه فى شرع الإسلام و لا ىملك لكونه خمرا أو ىكون له قىمه فى شرع الإسلام و ىمكن تقوىمه فهنا مسألتان ذكرهما المصنف فى هذا الكلام:

أما الأولى: ففىها قولان (ذكرهما المصنف هنا) (١) الثانى منهما قول الشىخ لأنه لم ىعمل

له شىئا و فائده عمله ىرجع إىه بخلاف ما إذا عمل فى الإجاره أو الجعالة الفاسدتىن فإنه ىرجع العامل إلى أجره المثل لأن فائده العمل ترجع إلى المستأجر و الجاعل و اختاره أبوالقاسم بن سعىد.

و الأول: اختیار المصنف لأن كل عقد استحق المسمى فى صحىحه فإذا المعقود علیه فى فاسده و جب عوض المثل كالإجاره لأنه بصحه الاجاره علیه علم أنه مملوك لصاحبه مقصود فى المعاوضه متقوم و الفاسد ىتضمن الأمر فىنتفى التبرع.

(ب) [و أما الثانى (٢)]: و هو أن تكون له قىمه شرعا و ىمكن تقوىمه كما لو خرج مستحقا فىحتمل استحقاق مثله إن كان مثلىا و إلا فالقىمه لأنهما تراضىا على هذا العوض و قد تعذر فله ما ىقوم مقامه و الأصح أجره المثل لأن العقد الفاسد على عمل ىصح لو لا هذا الخلل ىجب أجره المثل» (٣).

و منهم: المحقق الثانى اختار فى المسأله الأولى - و هى فساد العقد لأجل كون العوض ظهر خمرا مثلاً - قولى العلامه فى القواعد و التذكره و هو و جوب «أجره المثل لأن كل عقد استحق المسمى فى صحىحه فإذا وجود المعقود علیه فى الفاسد و جب عوض المثل و العمل فى القراض قد لا ىنتفع به المالك و مع ذلك ىكون مضمونا فىرجع إلى أجره المثل

ص: ٣٥٣

١- (٨) الظاهر زىاده هذه الجملة الوارده بىن القوسىن ولكنها موجوده فى المطبوعه.

٢- (١) الزىاده منّا و لىست فى النسخ.

٣- (٢) ىضاح الفوائد ٢/٣٦٨.

بجميع ركضه لا إلى القدر الذي سبق به لترتبه على جميع ركضه»(١).

و كذا اختار في المسأله الثانيه - وهى فساد العقد لأجل أن يكون العوض مستحقا للغير - لزوم اجره المثل و هو يرى دليل المسألتين واحد و كذا الفتوى.(٢)

ثم استشكل فى الوجه الثانى الذى ذكره العلامة فى التذكرة: «و هذا و إن كان أقرب لكن يشكل بانتفاء العرف فيه بين الناس»(٣). و ردّه بقوله: «ولكن انتفاء العرف لا- يوجب العدول إلى الطرف الآخر الضعيف فإن أمكن الوقوف عليه و إلا اصطلاحا»(٤).

أقول: الظاهر - و الله العالم - عدم الفرق بين المسألتين و دليلهما واحد كما تبّه عليه المحقق الثانى(٥) و التفصيل بين فساد عقد المسابقه من رأسها و ما لو ظهر كون

السبق مستحقا للغير و لم يرض المالك بأنّ سبق فى غير محلّه لأنّ مآل الثانى أيضا ينجر إلى الأوّل - أى فساد العقد - .

و فى كليهما يكون الضمان موجودا لعدم التبرع بالعمل و لأنّ عمل المؤمن كماله محترم - و لا يكون الضمان منحصرًا بصوره الأمر بالعمل كما يظهر من الشهيد الثانى(٦) - و إذا انتفت أجره المسمى تصل النوبه إلى أجره المثل بلا فرق بين المسألتين. و هذا القول هو مختار المحقق الثانى و قبله فخر المحققين و والده العلامة فى أحد احتمالاته، و بعد صاحب الجواهر كما سيأتى كلامه.

ص: ٣٥٤

١- (٣) جامع المقاصد ٨/٣٣٧.

٢- (٤) جامع المقاصد ٨/٣٣٨.

٣- (٥) تذكرة الفقهاء ٢/٣٥٧ من الطبع الحجرى.

٤- (٦) جامع المقاصد ٨/٣٣٨.

٥- (٧) جامع المقاصد ٨/٣٣٨.

٦- (١) المسالك ٦/١٠٩.

و بما ذكرنا يظهر عدم تماميه مقاله المحقق النائيني حيث يقول: «انتفاء مقتضى الضمان إذا لم يعد عمل العامل إلى الأمر بوجه، و لم يتحقق من الأمر ما يوجب الضمان من يد أو إتلاف أو استيفاء فلا موجب للضمان»<sup>(١)</sup>.

و كذا عدم تماميه مقاله تلميذه المحقق السيد الخوئي حيث يقول في المقام: «... فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقه و صار فاسداً كان ذلك مصداقاً للقمار المحرّم فيكون أكل المال به أكلاً له بالبطل، إذ المفروض أنّه لم يتحقق في مورد المسابقه الفاسده ما يوجب الضمان...»<sup>(٢)</sup>.

و وجهها: أنّ الشارع لا يرى لعمل القمار احتراماً ولكن يرى لعمل المسابقه الخاصه احتراماً فإذا كان العمل محترماً و لم يتبرع السابق به فلا بدّ له من اعطاء أجره المثل. و لذا قال صاحب الجواهر ما نصه: «... إنّما المقتضى لها (أى لأجره المثل) عدم كون العمل متبرعاً به و الأصل ضمانه لأنّ عمله كماله و هو في الجميع حاصل...»<sup>(٣)</sup>.

### المقام الثالث: هل يختص الضمان بصوره الجهل

#### اشاره

بفساد المعامله أم يعم صوره العلم؟

المسأله لها صور أربع: علم الدافع و القابض بالفساد و جهلها و علم الدافع و جهل القابض و عكسه. و حكم جميع الصور الأربع الضمان كما عليه المشهور<sup>(٤)</sup> لإطلاق النص أو الفتوى كما

ص: ٣٥٦

١- (٢) المكاسب و البيع ١/٣٠٨.

٢- (٣) مصباح الفقاهه ٣/٩٩.

٣- (٤) الجواهر ٢٨/٢٣٨.

٤- (١) تبه عليه الفقيه المامقاني غايه الآمال ٢٨١/.

قاله الشيخ الأعظم (1) أو لإطلاق السيره العقلائيه على ضمان اليد مع الإقدام كما عن المحقق الخوئي (2).

أو لإطلاق ما مرّ من الأدله على الضمان و هي قاعده الإقدام و حديث على اليد و قاعده الاحترام و جريانها في جميع الصور.

ولكن احتمال ثانی الشهيدين عدم الضمان في فرضى علم الدافع بالفساد و جهل القابض به و علمهما و قال: «مع احتمال عدم الضمان لو علم، لتسليطه على إتلافه مع علمه بكونه باقيا على ملكه و كذا لو كانا عالمين بالفساد - ثم قال: - و الأقوى ثبوته في جميع الصور» (3).

و أخذ المحقق الأردبيلي محتمل الشهيد الثانى و ذهب إلى عدم الضمان في الفرضين و قال: «و هو (أى عدم الضمان) مع الجهل بالفساد قوئى و مع علم الآخر أقوى... و مع علمه بالفساد... كالمغصوب... و أما مع الجهل بالفساد - سيما في أمر غير ظاهر الفساد و كذا بعد العلم به ولكن مع عدم العلم بوجوب الردّ في الحال - فالضمان غير ظاهر» (4).

و تبعهما الفقيه اليزدى قال: «التحقيق عدم الضمان مع علم الدافع خصوصا مع جهل القابض لأنّ الإذن في التصرف مسقط للضمان» (5).

ولكن ظهر ممّا ذكرنا من جريان الأدله في الفروض الأربعة الحكم بالضمان في جميعها فلا يصغى إلى محتمل ثانی الشهيدين و اختيار المحقق الأردبيلي و الفقيه اليزدى له قدس سرهم .

ص: ٣٥٦

١- (٢) المكاسب ٣/١٩٢.

٢- (٣) مصباح الفقاهه ٣/٩٩.

٣- (٤) المسالك ٣/١٥٤.

٤- (٥) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٩٢.

٥- (٦) حاشيه المكاسب ١/٤٥٨.



لا يقال: إذا كان الدافع عالماً بالفساد ولكن جهل القابض بالفساد تصدق عليه قاعدة الغرور و أنّ المغرور يرجع على مَنْ غَرَّه، لأنّ الدافع العالم بالفساد إذا رضى ببيع ماله بثمن بخس ظاهراً - لأنّ البيع فى الحقيقة يكون باطلاً بأى دليل - لأجل الرجوع إلى ثمن المثل بعد تصرف البائع الجاهل بالبطلان فهذا يدخل فى قاعدة الغرور، و هذا البيع و الإقباض الظاهرى من البائع يكون خدعه و يدخل فى قاعدة الغرور.

لأننا نقول: هذا الفرع لا يدخل تحت قاعدة الغرور لأنّ القابض الجاهل (المشترى) قبض المال مع ضمانه بالمسمى و إقراره به و الدافع العالم (البائع) سلطه على المال بأنّه ملكه فى مقابل العوض لا بعنوان الأمانه أو العاربه، فمع هذا الاقرار من القابض الجاهل و هذا النوع من التسليط - أى فى مقابل العوض لا- مجاناً - من الدافع العالم فلا يكون فى البين غرورٌ، و حيثئذ لو كان العين موجوده لا- يجوز للقابض الجاهل (المشترى) التصرف فى المال و لا الانتفاع به و يجب عليه دفعه إلى الدافع العالم (البائع) بعد علمه ببطلان العقد.

و بعبارة أخرى: قاعدة الغرور لا تتحقّق إلاّ بأمرين، أحدهما: علم الغارّ و ثانيهما: جهل المغرور، و من المعلوم أنّ القابض يكون جاهلاً بفساد العقد، إلاّ أنّه عالم و مقرّرٌ بأخذه فى مقابل العوض و عدم أخذه مجاناً.

نعم: يمكن جريان قاعدة الغرور فى الزائد عن العوض المسمى لأنّ الدافع غارّ بالنسبه إلى هذا الزائد فيرجع إليه لا إلى القابض المغرور كما قاله المحقّق الخوئى (١) رحمه الله .

إن قلت: المالك الدافع مع علمه بالفساد قد سلط القابض على ماله، فصار المال أمانه مالكيه عند القابض و حيثئذ إذا تلف لم يحكم بضمانه لما ورد من الروايات (٢) على عدم

ص: ٣٥٧

١- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٠٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩/٧٩، الباب ٤ من أبواب الوديعه.

ضمان الأمين مع عدم التفريط.

قلت: تسليط المالك الدافع لا- يكون مجانياً و بلا-عوض حتى صار المال أمانه مالكيه بل تسليطه يكون بإزاء العوض، و أقرّ القابض بالعوض و هذه الكيفيه من التسليط فالضمان في مقابل المال يكون موجودا و حتى على فرض الشك في بقاء الضمان يستصحب.

إن قلت: إن الإذن المتحقق في ضمن العقد الباطل يكون مسقطاً للضمان.

قلت: هذا الإذن موجود ولكن ليس على نحو الاطلاق بل إنما هو إذن مقيد بدفع عوض المقبوض كما نبه عليه المحقق السيد الخوئي (١).

و سيأتي تفصيل البحث في مسأله بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب إن شاء الله تعالى فانتظر.

### تذكرة:

قد يتوهم انتقاض قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بالنكاح الفاسد مع

علم المرأه بالفساد لأنها حينئذ تكون زانيه و لا مهر لبغوي، مع أن النكاح الصحيح يقتضى الضمان بالمهر المسمى أو المثل على اختلاف الفروض.

و فيه: النكاح خارج عن هذه القاعده موضوعاً لأنّ المهر ليس بازاء الوطى أو الاستمتاع الزوجيه حتى يوجب الضمان على كلا تقديرى صحه العقد و فساده بل المهر يقع بإزاء الزوجيه الاعتباريه - دائميّه كانت أو موقته - و استحقاق الزوجه للمهر وقع بنفس العقد، نعم الدخول يوجب استقرار تمامه تعبداً.

فالبضع و الاستمتاع و الوطى لا ماليه لها شرعاً فلا تقابل بالمال، نعم ثبت مهر المثل في بعض الموارد كالوطى بالشبهه تعبداً لاحترام الأعراض.

ص: ٣٥٨

و بالجمله: النكاح خارج عن القاعده موضوعا لأن موضوعها العقود التي يكون الضمان فيها مستندا إلى غير العقد فانكاح الصحيح فيه المهر و النكاح الفاسد أيضا فيه مهرالمثل و أما الزنا ولو من جانب المرأه ليس فيها شيء لورود لا مهر لبغى، فلا وجه لتوهم انتقاض القاعده و الحمد لله.

و هذا تمام الكلام فى البحث حول أصل قاعده ما يضمن و أما نقيضها أو سالبها و هى:

### قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

#### اشاره

فقد مرّ وورود هذه القاعده أيضا فى كلمات الأعلام فى أوّل البحث حول أصل القاعده و معانى الألفاظ الوارده فيها لا نعيدها. و يظهر معنى النقيض أو السلب من معنى الأصل للمتأمل و حاصل معناها: كلّ عقد لا يقتضى ضمانا إذا كان صحيحا فلا يقتضى ضمانا إذا كان فاسدا كما فى العقود الوكاله و المضاربه و الجعاله.

و ما ورد فى تعريف شيخنا الأنصارى قدس سره من: «أن كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمانا» (١) ظاهر مورد العقد هو ما تعلّق به العقد كالعين فى البيع و المنفعه فى الإجاره ولكن مراده هنا أعمّ منه و من متعلّق متعلّق العقد كما يظهر من حكمه بعدم ضمان العين المستأجره فاسدا و من المعلوم أنّ العين فى عقد الإجاره يكون من متعلّق متعلّق العقد و متعلّق عقد الإجاره هو المنفعه كما مرّ. ولو لم يكن مراده أعم تخرج العين

المستأجره عن القاعده موضوعا و يرجع فيها إلى قاعده اليد المقتضيه للضمان. (٢)

ص: ٣٦٠

١- (١) المكاسب ٣/١٩٢.

٢- (١) كما ذكره فى هدايه الطالب ٢/٢٧٥.

ثم مثل بالعاريه الغير المضمونه للقاعده و قال: «بل المضمونه بناءً على أنّ المراد بإفاده الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه»<sup>(١)</sup>.

و قد مرّ في الجبهه الخامسه من المقام الأوّل من البحث حول أصل القاعده عموميه القول بالضمان بشروط أيضا فراجع.

و قال في المفتاح: «قد طفحت عباراتهم بهذه القاعده و قد ادّعى الإجماع عليها و هي معروفه بينهم من غير نكير»<sup>(٢)</sup>.

ثمّ هاهنا جهتان من البحث:

### الجبهه الأولى: دليل اعتبار قاعده ما لا يضمن

#### الأوّل: الأولويه المستفاده

من كلام الشيخ الطوسى و مرّ بنصه في أوّل البحث حول قاعده ما يضمن و استظهارها من كلماته من قوله قدس سره: «فإن هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضمونا عليه لأنّ صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده...»<sup>(٣)</sup>.

و قال الشيخ الأعظم في توضيحه<sup>(٤)</sup> بشرح منّا: أنّ سبب الضمان في العقود الصحيحه المضمّنه كالبيع و الاجاره أمران:

الأوّل: إقدام المتعاقدين من ضمان كلّ منهما بمال الآخر.

الثانى: إمضاء الشارع لما أقدم عليه و حكمه بوجوب الوفاء بما التزم به.

و كلا الأمرين منتفٍ في مثل الرهن أمّا الأوّل فلأنّ تسليم العين إلى المرتهن ليس

ص: ٣٦٠

١- (٢) المكاسب ٣/١٩٢.

٢- (٣) مفتاح الكرامه ١٩/٤١٤.

٣- (٤) المبسوط ٢/٢٠٤.

٤- (٥) المكاسب ٣/١٩٦.

بقصد تملكها له بعوض بل بقصد كونها وثيقه عنده فسار أمانه عنده.

و أمّا الثاني: فإلّا الامضاء يكون على طبق الممضى و مماثلاً له و لما كان الممضى هو البناء على تسليم العين إلى المرتهن و تسلّمها بلاعوض و من دون ضمان يكون إمضاءه كذلك و الإمضاء تأتي على فرض صحة العقد لا فساده و المفروض أنّه فاسد فلا ضمان.

و قال في وجه الأولويه (١) بشرح منّا: الرهن الفاسد أولى بعدم الضمان إمّا من صحيح تلك العقود التي ليس في فاسدها ضمان، و إمّا من العقود الفاسده التي في صحيحها ضمان، فهذان احتمالان في وجه الأولويه:

أمّا الأول: فإلّا صحيح هذه العقود ليس فيه ضمان لانتهاء الموجب للضمان - و هو الإقدام - فإذا انتفى الضمان في صحيحه ففاسده أولى بعدم الضمان، مضافاً إلى عدم الإمضاء في الفاسد.

أمّا الثاني: فإذا كان العقد الذي في صحيحه ضمان بسبب الإقدام و الامضاء نحو البيع الصحيح و الاجاره الصحيحه، إذا انتفى السببان في الفاسد لأنهما أقدمتا على الضمان الخاص و المفروض أنّه منتف لأنّ العقد فاسد، و الإمضاء مفقود كذلك لفساد العقد فإذا يمكن القول حينئذ بعدم الضمان فيه، يكون عدم الضمان في الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه أولى منه، لأنّه على تقدير صحته و الإمضاء الشرعى له لا يكون فيه ضمان فيكف مع فساده و عدم وجود الإمضاء له.

كلا الاحتمالين يأتي و يمكن أن يستظهر من كلام الشيخ الأعظم. كما حمل المحقق الشهيدى كلامه على الأول (٢) تبعاً للمحقق الإشكوري (٣)، و المحققون اليزدي (٤) و

ص: ٣٦١

١- (١) المكاسب ٣/١٩٧.

٢- (٢) هدايه الطالب ٢/٢٨٥.

٣- (٣) بغيه الطالب ١/٢١٦.

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١/٤٦٢.

الأصفهاني (١) و الحكيم (٢) على الثاني.

ولكن أبداع المحقق الإيرواني احتمالاً ثالثاً و هو ملاحظه الأولويه بين عقدين يقتضى صحيح أحدهما الضمان و لا يقتضيه الآخر و قال: «ينبغي تقرير الأولويه هكذا: إنَّ صحيح العقد الذى كان فيه إقدام على الضمان ليس فى فاسده اقدم، لما عرفت أنَّ الاقدام حاصل على المسمى و لا ضمان به، و ما به الضمان و هو المثل أو القيمه لا إقدام عليه، فإذا كان هذا حال ما كان الإقدام فى صحيحه على الضمان موجودا فكيف ما لا إقدام فى صحيحه على الضمان، فإنَّه بالأحرى أن لا يكون فى فاسده إقدام على الضمان» (٣).

فهذه ثلاثه احتمالات فى وجه الأولويه فى كلام الشيخ الأعظم قدس سره و الاحتمال الأوّل متعين فى كلام الشيخ الطوسى - قدس الله أسراراه - و حيث كلام الشيخ الأنصارى يرجع إليه فلا بدّ من الأخذ بالاحتمال الأوّل و ان كان فى عبارته تشويش أو إغلاق. مضافا إلى عدم تماميه احتمالي الثانى و الثالث لما مرّ من وجود الضمان بالنسبه إلى العقد الفاسد الذى يكون فى صحيحه ضمان لأنَّه يدخل فى أصل قاعده ما يضمن و لأنَّ الخدشه الآتية فى كلام الشيخ الأعظم يرد على الاحتمال الأوّل فقط، فهذه ثلاثه قرائن يقتضى الاحتمال الأوّل.

كما أنَّ المحقق الهمداني (٤) يرى الاحتمال الأوّل بين الاحتمالات أعدلها و أظهرها.

ولكنّ فى المقام احتمالاً آخر يخرج الكلام عن الاولويه - باحتمالاتها الثلاثه - بالكلية و هو أن يكون المراد بكيف فى كلام شيخ الطائفه قدس سره التعجب فقط من القول بالضمان فى العقد

ص: ٣٦٢

١- (٥) حاشيه المكاسب ١/٣٤٠.

٢- (٦) نهج الفقاهه / ٢١٤.

٣- (٧) حاشيه المكاسب ٢/١٢٢.

٤- (١) حاشيه المكاسب / ٦٤ و ٦٣.

الفاسد الذى لا يكون فى صحيحه ضمان، و على هذا الاحتمال يغلق باب الأولويه.

ثم يخدش الشيخ الأعظم (١) فى الأولويه المذكوره بما حاصلها: يمكن أن يدعى أحدٌ بأنَّ صحه العقد و إمضاء الشارع له فى العقود الصحيحه التى لم يكن فيها ضمان سببٌ لعدم وجود الضمان، و هذا السبب - أى صحه العقد و امضاء الشارع له - فى العقود الباطله لا يجرى فلا اولويه فى الفاسد.

و بعبارة أخرى: الصحيح منها ليس فيها الضمان لإمضاء الشارع عقداً ليس فيه إقدام على الضمان من الطرفين فالفاسد منها ليس فيها الضمان لعدم الإقدام على الضمان و لعدم إمضاء شرعى و لذا يختلف مبنى عدم الضمان فيهما من دون أولويه فى البين.

و هذه المناقشه جاءت فى كلام المحقق السيد الخوئى و قال: «إنَّ عدم الضمان فى العقد الصحيح - كالهبة الصحيحه مثلاً - إنما هو من جهة كون المال ملكاً مجاناً للقبض، و من الواضح أنه لم تحصل له الملكيه فى العقد الفاسد - كالهبة الفاسده مثلاً - و إذن فلا وجه لدعوى الاولويه هنا بوجه» (٢).

ثم يناقش الشيخ الأعظم على أصل استدلال شيخ الطائفة قدس سره بقوله: «إن قلت: إنَّ الفاسد و إن لم يكن له دخل فى الضمان، إلاَّ أنَّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التى يكون مواردها غير مضمونه على القابض و بقى الباقي» (٣).

و أجاب الشيخ الأعظم بنفسه عن هذا الاشكال بقوله: «ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفسادها» (٤) و جاء بما يمكن أن يعدّ دليلاً مستقلاً

ص: ٣٦٣

١- (٢) المكاسب ٣/١٩٧.

٢- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١١٣.

٣- (٤) المكاسب ٣/١٩٧.

٤- (١) المكاسب ٣/١٩٧.

لقاعده ما لا يضمن و لذا نبحث عنه تحت عنوان الدليل الثانى.

### الثانى: عموم ما دل على أن من لم يضمنه المالك فهو غير ضامن

كما ادعاه الشيخ الأعظم (١) و هو مستفاد من النصوص المتفرقه:

منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ قال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً. (٢)

الاستبضاع أو البضاعة معامله يدفع صاحب العين عينه إلى غيره ليتجر به و كان النفع للمالك و العين تكون أمانه عند الغير. يقال له بالفارسيه «امانت فروشى».

و منها: موثقه غياث بن ابراهيم عن أبى عبدالله عليه السلام : إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه، و قال: إنما هو أمين. (٣)

و منها: صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام قال: صاحب الوديعه و البضاعة مؤتمنان، الحديث. (٤)

و منها: صحيحه أخرى له و فيها: ليس على مستعير عاريه ضمان، و صاحب العاريه و الوديعه مؤتمن. (٥)

و منها: صحيحه ثالثه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام فى حديث: عن رجل استأجر

ص: ٣٦٤

١- (٢) المكاسب ٣/١٩٧.

٢- (٣) التهذيب ٧/١٨٤، ح ١٥.

٣- (٤) وسائل الشيعه ١٩/١٣٩، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب كتاب الإجاره.

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٩/٧٩، ح ١، الباب ٤ من أبواب الوديعه.

٥- (٦) وسائل الشيعه ١٩/٩٣، ح ٦، الباب ١ من أبواب كتاب العاريه.



أجيرا فأقعده على متاعه فسرق قال: هو مؤتمن. (١)

و منها: صحيحه أبي بصير المرادى عن أبي عبدالله عليه السلام فى حديث: و فى رجل استأجر جمّالاً فيكسر الذى يحمل أو يهريقه، فقال: على نحو من العامل إن كان مأمونا

فليس عليه شيء، و إن كان غير مأمون فهو ضامن. (٢)

و منها: معتبره مسعده بن صدقه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليس لك أن تأتمن من خانك و لا تتهم من اتّمنت. (٣)

و منها: صحيحه مسعده بن زياد عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن أبيه عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: ليس لك أن تتهم من قد اتّمنته، و لا تأتمن الخائن و قد جرّبه. (٤)

و منها: صحيحه محمّد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى الفقيه عليه السلام [أبى الإمام الحسن العسكري عليه السلام] فى رجل دفع ثوبا إلى القَصّار ليقصّره فدفعه القَصّار إلى قَصّار غيره ليقصّره، فضاع الثوب، هل يجب على القَصّار أن يرده إذا دفعه إلى غيره و إن كان القصار مأمونا؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأمونا إن شاء الله تعالى. (٥)

تلك عشره كامله من الأحاديث الصحاح يستفاد منها «كل أمين ليس بضامن»، و العقود الفاسده تكون من صغريات هذا العموم لصدق الأمين على المستأجر فى الاجاره الفاسده بالنسبه إلى العين، و المستعير فى العاربه الفاسده و نحوها، فليس فى فاسد هذه العقود ضمان، و مما ذكرنا ظهر عدم تماميه كلام المحقق الشهيدى حيث علق على العموم

ص: ٣٦٥

١- (٧) وسائل الشيعه ١٩/١٤٢، ح ٣، الباب ٢٩ من أبواب الإجاره.

٢- (١) وسائل الشيعه ١٩/١٤٤، ح ١١، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجاره.

٣- (٢) وسائل الشيعه ١٩/٨١، ح ٩، الباب ٤ من أبواب الوديعه.

٤- (٣) وسائل الشيعه ١٩/٨١، ح ١٠.

٥- (٤) وسائل الشيعه ١٩/١٤٦، ح ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجاره.

الوارد فى كلام الشيخ الأعظم بقوله: «لم نعر بهذا الدليل»<sup>(١)</sup>.

ثم تعرّض الشيخ الأعظم إلى كيفية خروج الهبة الفاسده من عموم على اليد و استدلل «بفحوى ما دلّ على خروج صور الاستئمان فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى»<sup>(٢)</sup>.

مراده: أنّ عدم الضمان فى صورته قطع العلقه عن المال بالكلية أولى من عدم ضمانه فى موارد الاستئمان التى تبقى ملكيه العين لمالكها.

ثم شرّح لنا وجه تقييد التسليط المطلق بالمجانیه بقوله: «و التقييد بالمجانیه لخروج التسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات فإنّه عين التضمين»<sup>(٣)</sup>.

مراده: أنّ التسليط المطلق له فردان: أحدهما: بلاعوض و هو الهبة و الآخر مع العوض و هو المعاوضات، و ما ذكر من الاولويه تجرى فى القسم الأول - أى بلاعوض - لا القسم الثانى - أى مع العوض - و لخروج القسم الثانى أتى بقيده المجانیه.

و اعترض عليه المحقّق السيّد الخوئى بأنّ «قاعده ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجانى لكى نحتاج إلى تخصيصها بأدله الاستئمان، و عليه فمورد الكلام خارج عن قاعده ضمان اليد، و عن مورد أدله الاستئمان - أيضاً - خروجاً تخصيصياً»<sup>(٤)</sup>.

ثم اضاف إلى ذلك: «أن المالك لم يسلط غيره على ماله فى موارد الاستئمان ليتصرف فيه أى تصرف، بل سلطه عليه ليحفظه عن التلف، بخلافه فى الهبة الفاسده، فلا يمكن قياس

ص: ٣٦٦

١- (٥) هدايه الطالب ٢/٢٨٧.

٢- (٦) المكاسب ٣/١٩٨.

٣- (٧) المكاسب ٣/١٩٨.

٤- (١) مصباح الفقاهه ٣/١١٣.

أحدهما بالآخر»(١).

و الشيخ الأعظم لم يأت إلا بهذين الدليلين في مستند قاعده ما لا يضمن ولكن يمكن أن يستدل لها بوجه آخر نذكرها لك.

### الثالث: عدم ثبوت الدليل على الضمان

الدليل الوحيد على عدم الضمان في موارد قاعده ما لا يضمن هو عدم ثبوت الدليل على الضمان فنأخذ بها مادام لم يثبت دليل على وجود الضمان، وهذا الدليل تام تتبّه عليه المحقّق السيّد الخوئي(٢) قدس سره .

### الرابع: إقدام المتعاقدين على المجانيه

المتعاقدان أقداً في كلّ من العقدين - الصحيح و الفاسد - على المجانيه و هذا الاقدام رافع للضمان.

ولكن يمكن أن يناقش عليه: بأنهما أقداً على المجانيه في فرض صحه العقد فقط فإذا ارتفعت الصحه ارتفع السبب الرافع للضمان - أيّ المجانيه - و مقتضى عموم على اليد ثبوت الضمان.

اللهم إلا ان يقال: بخروجها عن عموم على اليد تخصصاً كما مر عن المحقّق الخوئي آنفاً.

### الخامس: الأصل العملي: البراءه

ثبوت الضمان يحتاج إلى دليل فإذا شك في ثبوته يُنفى أصله البراءه.

و هذا الدليل تام على فرض عدم إمكان التمسك بحديث «على اليد» إمّا لضعف سنده

ص: ٣٦٧

١- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١١٤.

٢- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١١٤.

أو خروج المورد تخصصاً منه و إلا مع فرض الدليل اللفظي لم يصل النوبه إلى الأصل العملي.

هذا تمام الكلام في مستند قاعده ما لا يضمن و الحمد لله أولاً و آخراً.

### الجهه الثانيه: ما يمكن أن يعد من موارد نقضها

#### إشاره

و قد ذكروا فروعاً بعنوان نقوض القاعده:

#### منها: ضمان العين المستأجره فاسدٌ

كما عليه سيّد الرياض قال: «العين مضمونه في يد المستأجر مطلقاً كما نُسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب و لعلّه لعموم الخبر بضمن ما أخذته اليد»<sup>(١)</sup>.

و المناسب هو المحقق الأردبيلي قال: «إنّ الظاهر أنّ العالم كالعاصب لا يجوز له التصرف و لا يستحق شيئاً لما مرّ من أنّ الإذن إنّما علم بالعقد لاعتقاد أنّه صحيح و يلزم الطرف الآخر ما يلزمه و قد بطل و هو عالم بالفرض فيبقى أصل المنع على حاله كما قيل في البيع الباطل، بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضاً»<sup>(٢)</sup>.

أقول: الظاهر من الأردبيلي أنّه ذهب إلى أنّ مورد نفي الضمان في هذه القاعده مورد العقد فقط - و هو متعلّقه - فلا يعم متعلّق متعلّقه خلافاً للشيخ الأنصاري قدس سره و جماعه، و ذهب أيضاً إلى أنّ المراد بإفاده الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه وفاقاً للشيخ الأنصاري و لذا قال في مسأله اشتراط ضمان العين في عقد الإجاره هو عدم ضمان العين على تقدير فساد العقد لفساد الشرط المذكور مستدلاً عليه بالأصل «و بما تقرّر عندهم من أنّ كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»<sup>(٣)</sup>.

و ظاهر هذا الكلام من الأردبيلي عدم الضمان بالنسبه إلى العين المستأجره كما

ص: ٣٦٨

١- (١) رياض المسائل ١٠/٤٤.

٢- (٢) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٠.

٣- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٦٩.

استفاد من اطلاق كلام سيّد الرياض حيث يقول: «و العين المستأجره أمانه لا يضمنها المستأجر و لا ما ينقص منها إلا مع تعدّد و تفريط، بلا خلاف أجده بل عليه الاجماع فى الغنيه و هو الحجه، مضافا إلى النصوص المستفيضه...»<sup>(١)</sup>.

و لذا قال فى مفتاح الكرامه: «و قد قال فى مجمع البرهان بعد أربع قوائم: إنّ الشرط الفاسد يبطل العقد و لا ضمان لأنّه تقزّر عندهم أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و مثل ذلك قال فى الرياض قبل ذلك بمقدار أربع قوائم تقريبا»<sup>(٢)</sup>.

ولكن فى مقابل هذا القول تجد قولاً بعدم الضمان و لعلّ هو المشهور كما اختاره العلامة فى القواعد و قال: «العين أمانه فى يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعدّد أو تفريط فى المدّه و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب، سواء كانت الإجاره صحيحه أو فاسده»<sup>(٣)</sup>.

و قال فى التحرير: «إذا كانت الاجاره فاسده لم تكن العين مضمونه أيضا إلا بالتعدّي»<sup>(٤)</sup>.

و قال فى التذكرة: «إذا كانت الاجاره فاسده لم يضمن المستأجر العين أيضا إذا تلفت بغير تفريط و لا عدوان، لأنّه عقد لا يقتضى صحيحه الضمان فلا يقتضيه فاسده كالكاله و المضاربه. و حكم كلّ عقد فاسد حكم صحيحه فى وجوب الضمان و عدمه فما وجب الضمان فى صحيحه وجب فى فاسده و ما لم يجب فى صحيحه لم يجب فى فاسده، و لأنّ الأصل براءة الذمه من الضمان، لأنّه قبض العين بإذن مالکها فلم يجب عليه ضمانها لعدم

ص: ٣٦٩

١- (٤) رياض المسائل ١٥/١٠.

٢- (١) مفتاح الكرامه ١٩/٤١٤.

٣- (٢) القواعد ٢/٣٠٤.

٤- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٣/١١٧، مسأله ٤٢٦٣.

موجب له مع هذا القبض»(١).

و اطلق بعضهم عدم الضمان و لم يقتئده بالعقد الصحيح كالمحقق حيث قال: «العين المستأجره أمانه لا يضمنها المستأجر إلا بتعدٍ أو تفریط و فى اشتراط ضمانها من غير ذلك تردّد أظهره المنع»(٢).

و ابن حمزه فى الوسيله(٣) و الشهيدين فى اللمعه و شرحها(٤).

و صرح المحقق الثانى أيضا بعدم الضمان حيث يقول: «و المنفعه المستوفاه بالإجاره الفاسده مضمونه بأجره المثل، و هل العين مضمونه بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم، و الذى ينساق إليه النظر كونها مضمونه، لأنّ التصرف فى العين غير جائز فهو بغير حقّ،

فيكون فى حال التصرف استيلاءه عليها بغير حقّ و ذلك معنى الغصب، إلا أنّ كون الإجاره الفاسده لاتضمن بها كما لاتضمن بالصحيحه مناف لذلك، فيقال: أنّه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقًا، و الأصل براءة الذمه من الضمان، فلا تكون العين بذلك مضمونه، إنّما يضمن المنفعه خاصه ولو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأنّ استيلاءه بغير حقّ و هو باطل»(٥).

قال فى الجواهر: «قلت لا يخفى عليك أنّ الذى عثرنا عليه من كلام الأصحاب فى المقام صريح فى عدم ضمان العين المستأجره فى العقد الفاسد، كما صرح به فى القواعد و جامع

ص: ٣٧٠

١- (٤) تذكره الفقهاء ٢/٣١٨ من الطبع الحجرى.

٢- (٥) الشرائع ٢/١٤٠.

٣- (٦) الوسيله ٢٦٧.

٤- (٧) الروضه البهيه ٤/٣٣١.

٥- (١) جامع المقاصد ٦/٢١٦ و ٢١٥.

المقاصد و محكى التذكرة، بل فى مفتاح الكرامه (١) عن الرياض و المجمع التصريح بذلك أيضا فى مقام آخر من الإجاره، لعلّه لقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده كما استدللّ به فى التذكرة و الجامع، بل لم أجد من صرح هنا بالضمان» (٢).

يمكن أن يستدل على القول بالضمان بوجهين:

الأول: خروجها عن قاعده ما لا- يضمن لأنّ موردها مورد العقد و متعلّقه و هو فى الاجاره المنفعه، و لم يكن موردها متعلّق متعلّقه و هو العين فى الاجاره، فالعين باقيه على كونها أمانه فى يد المستأجر و ليس عليها ضمان على القاعده الأوليه، ولكن الأردبيلى قيد الإذن فى التصرف فى هذه الأمانه فى صحه العقد و المفروض بطلانه فيصح القول بالضمان لعدم جواز التصرف شرعا و المفروض تصرفه فينتج الضمان.

و قرّر هذا البيان صاحب الجواهر فى قوله: «و ذلك لأنّ المراد من الايجاب و السلب فيها ما كان مضمونا بسبب العقد، و ما لم يكن مضمونا كذلك على معنى أنّ الضمان و عدمه فيه مورد العقد كالمنفعه فى الإجاره و العين فى الهبه، و لا ريب أنّ عدم الضمان فى العين المستأجره لامدخليه للعقد فيه و إنّما هو باعتبار كونها أمانه، فيدور الضمان فى الفاسده حينئذ عليها، لا من القاعده المزبوره و كذلك العين فى العاريه، فمع فرض عدم الأمانه لما سمعته من تقييد الإذن بالصحه المفروض انتفاؤها يتجه ما نسباه - [الأردبيلى و سيّد الرياض] - إلى الأصحاب من الضمان حينئذ، خصوصا مع علم المستأجر بالفساد و خصوصا إذا كان الفساد من جهه الغصب و نحوه» (٣).

الثانى: ترجيح قاعده اليد على قاعده ما لا يضمن عند المعارضه، و قرّر صاحب

ص: ٣٧١

١- (٢) مفتاح الكرامه ١٩/٤١٤ كما مرّ نص بيانه.

٢- (٣) الجواهر ٢٧/٢٥٢.

٣- (٤) الجواهر ٢٧/٢٥٣ و ٢٥٢.

الجواهر هذا الدليل بقوله: «و إن كان قد يوجه على تقدير صحه النسبه إلى الأصحاب بما سمعت من عموم على اليد المعارض للقاعده المزبوره من وجه و يرحح عليها بالنسبه المزبوره، و دعوى العكس باعتضادها بقاعده الأمانه يدفعها ما سمعته من الرياض أخيرا من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحه تكون الإذن كالمقيده بذلك فمع الفساد ينكشف أن لا- إذن فلا- تكون أمانه»(١).

ولكن تنظر صاحب الجواهر(٢) في كلا الدليلين و تبعه شيخنا الأنصارى(٣) و هو المختار لأن المراد من مورد العقد فى القاعده أعم من متعلقه و متعلقه فتشمل العين، و قاعده ما لا يضمن حاكمه على قاعده اليد لعدم وجود موضوع لها لو لا هذه الحكومه أصلاً بناءً على كون النسبه بينهما العموم المطلق أو غالباً بناءً على كون النسبه بينهما العموم من وجه.

و النسبه بينهما تصير مثل النسبه بين قاعدتى الفراغ و التجاوز، و الاستصحاب بحيث أنّهما حاکمان أو واردان على الاستصحاب و إلا لم يبق مورد لهما.

و الحاصل: الظاهر - و الله العالم - عدم ضمان العين المستأجره بالعقد الفاسد فهذا الفرع يدخل فى القاعده و لا يكون مورد نقض لها.

### و منها: الصيد الذى استعاره المحرم من المحلّ

العاريه الصحيحه لا يكون فيها الضمان فلا بدّ أنّ الفاسده منها كذلك ولكن الأصحاب حكموا بالضمان فى الصيد الذى استعاره المحرم من المحلّ لأنّه يجب عليه ارساله و

ص: ٣٧٢

١- (١) الجواهر ٢٧/٢٥٢.

٢- (٢) الجواهر ٢٧/٢٥٣ و قال: «و مع ذلك فالانصاف أنّه لا- يخلو دعوى عدم الأمانه مطلقاً حتى فى صوره الجهل منهما من بحث و نظر كما هو واضح و الله العالم».

٣- (٣) المكاسب ٣/١٩٤.



الارسال هو الإلتلاف و المثلّف ضامنٌ.

قال فى الشرائع: «و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا لأنّه ليس له امساكه، ولو أمسكه ثم أرسله ضمنه و إن لم يشترط عليه»(١).

و قال فى التذكرة: «لا يحلّ للمُحَرِّمِ استعاره الصيد من المحرم و لا من المُحِلِّ لأنّه يحرم

عليه إمساكه فلو استعاره و جب عليه إرساله و ضمن للمالك قيمته. ولو تلف فى يده ضمنه أيضا بالقيمة لصاحبه المُحِلّ و بالجزاء لله تعالى، بل يضمّنه بمجرد الإمساك و إن لم يشترط صاحبه الضمان عليه، فلو دفعه إلى صاحبه برىء منه و ضمن لله تعالى»(٢).

و قال المحقّق الكركى بعد نقل مقال العلامة فى التذكرة: «و فى موضعين منه إشكال: أحدهما: أنّ وجوب الارسال مع كون الصيد ملكا لآدمى - و حقّ الآدمى مقدّم على حقّ الله تعالى - غير ظاهر، و إنّما الذى يقتضيه الدليل ردّه على مالكه و وجوب الجزاء لله تعالى.

الثانى: وجوب القيمة للمالك المُحِلّ لو تلف فى يده بغير تعدّد - مع عدم اشتراط الضمان أيضا غير ظاهر، لأنّ غايه ما هناك أنّها عاربه فاسده و كلّ عقد لا يضمّن بصحيحه لا يضمّن بفساده، و لأنّ المالك لما أعاره فقد رضى بعدم ثبوت الضمان عليه الذى هو مقتضى العاربه، فلا وجه لتضمينه.

فالحاصل: أنّ الذى يقتضيه النظر خلاف الأمرين، لكن لم أظفر إلى الان بمخالف فإنّ المصنف فى التحرير(٣) قد صرح بالثانى و كذا المحقّق فى الشرائع»(٤).

ص: ٣٧٣

١- (٤) الشرائع ٢/١٣٦.

٢- (١) تذكرة الفقهاء ١٦/٢٣٨، مسأله ٨٣.

٣- (٢) لم أجد ما ذكره فى التحرير المطبوع و الموجود فيه استعاره المحلّ صيدا من مُحَرِّمِ راجع تحرير الأحكام الشرعيه ٣/٢٢١، مسأله ٤٤٩٢، نعم يوجد فى تلخيص المرام فى معرفه الأحكام /١٤٠ له ما نصه: «العاربه أمانه لا يضمّنها المستعير إلّا أن... أو يستعير الصيد و هو محرم...». يمكن استفاده ما ذكره المحقّق الثانى من اطلاق كلامه.

٤- (٣) جامع المقاصد ٦/٦٠.

وقال ثانی الشہیدین: «لاشبهه فی عدم جواز استعاره المحرم الصيد من المحلّ و المحرم لما ذكره المصنف [صاحب الشرائع] من تحريم إمساكه عليه، فلو استعاره بعقد العاريه فهل يقع العقد فاسدا؟ يحتمله للنهي، و عدمه لأنّ المعاملات لا يبطلها النهي إلاّ بدليل خارج. و عباره المصنف [صاحب الشرائع] و غيره لا تدل على أحد الأمرين صريحا، لأنّ عدم الجواز أعمّ من الفساد كما ذكرنا.

فعلى تقدير قبضه له إن ردّه على المالك لزمه الفداء لله تعالى و برىء من حقّ المالك و إن تلف في يده فلا شبهه في ضمانه الفداء لله تعالى لأنّه ثابت عليه بمجرد الإمساك كما في الصيد الذي ليس بمملوك حتّى لو كان المعير مُحرما أيضا فعلى كلّ واحد منهما فداء.

و مقتضى عباره المصنف و جماعه أنّه يضمّنه مع التلف للمالك أيضا بالقيمه لأنّهم جعلوه من العواري المضمونه و إن لم يشترط فيها الضمان و دليله غير واضح، إذ مجرد تحريم

استعارته لا يدلّ على الضمان سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته، أمّا مع صحته فالأصل في العاريه عندنا أن تكون غير مضمونه إلاّ أن يدلّ دليل عليه و لم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه، و أمّا مع فسادها فلا أنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه - كما أسلفناه في مواضع - قاعده كليّه» (1).

أقول: نسبة القول بالضمان مع التلف إلى المحقّق و جماعه كما في كلام ثانی الشہیدین رحمه الله لا تتم و استفادها قدس سره من إطلاق كلامهم، و يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصرح بالضمان في صورته التلف السماوى فهذه النسبه غير تام كما يأتي.

ص: ٣٧٤

قال فى الجواهر: «بل يجب عليه ارساله و حينئذ فلو أثم و أمسكه ثم أرسله ضمنه و إن لم يشترط عليه ذلك فى العاربه، و وجوب ذلك عليه لا ینافى ضمانه لمالكه و إن أقدم على إعارته لمن يكون تكلیفه إتلافه بالارسال، فإنّ ذلك لا يقتضى ذهاب حرمه ماله كما لا- يقتضى إبطال سببیه الضمان الحاصله من عموم قوله: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، و عدم الضمان بالعاربه الفاسده لقاعده عدمه فى الصحيح منها مع تسليمها فى صورته العلم إنّما تتم فى التلف بغير تفريط لا الإتلاف.

و دعوى: عدمه فى المقام أيضا باعتبار كون تكلیفه ذلك، يمكن منعها:

أوّلاً: لإمكان دعوى وجوب تسليمه إلى صاحبه ترجيحاً لحقّ المخلوق على حقّ الخالق.

و ثانياً: بعد تسليمها بمنع مادّل على عدم ضمان العاربه فى الفرض لأقل من الشك فيبقى عموم من أتلف و أصاله احترام المال بحاله.

و على كلّ حال فمن ذلك ظهر لك أنّه لا وجه للإشكال فى الجزم بالضمان من المصنف و الفاضل و غيرهما بعدم الدليل عليه لقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ضروره كون المراد الضمان فى الفرض المذبور و إن كان إطلاقهم يوهم ذلك، لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذى ذكرناه، فإنّه الموافق لذكر مسأله المحرم بخصوصه»(1).

و تبعه الشيخ الأعظم و قال: «أنّ وجه ضمانه - بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته - أنّ المستقر عليه قهراً بعد العاربه هى القيمه لا العين فوجوب دفع القيمه ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كلّ عقدٍ

ص: ٣٧٥

لا بسبب التلف»(١).

و استشكل الفقيه اليزدى على الشيخ الأعظم بقوله: «لكن يمكن منع المبنى [أى البناء على أنه يجب على المحرم ارساله] فإن التخلّص عن الإمساك كما يمكن بالارسال كذلك يمكن بالدفع إلى المالك، مع أنّ حقّ المخلوق مقدّم على حقّ الخالق»(٢).

و العجب من المحقّق النائيني(٣) حيث قال فى توضيح ما أفاده الشيخ أموراً ثلاثة أذكر لك مختصرها: الأوّل: وجوب الارسال هل هو حكم تكليفى محض أو أنّ الصيد بسبب وقوع يد المحرم عليه خرج عن الملكيه و صار من المباحات بالأصل وجهان بل قولان أقواهما الثانى(٤).

الثانى: لا فرق فى ضمان المستعير بين ما إذا كان المعير عالماً بالموضوع و الحكم أم لا و كان جاهلاً.

الثالث: لو لم يرسل المستعير الصيد بل ردّه إلى المعير فهل يسقط به الضمان أم لا؟ قولان أقواهما الثانى.

أقول: المناقشه فى الأوّل و الثالث واضحه و ناقضيه هذا الفرع للقاعده تبتنى على أمور:

الأوّل: فساد عقد العاربه المذكوره لورود النهى عن إمساك الصيد توسط المحرم.

الثانى: وجوب الإرسال على المحرم و لا يكفى دفعه إلى مالكه.

الثالث: امساك المحرم الصيد ثم ارساله فى حكم التلف.

ص: ٣٧٦

١- (١) المكاسب ٣/١٩٥.

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١/٤٦٠.

٣- (٣) المكاسب و البيع ١/٣١٥-٣١٣.

٤- (٤) فى هذه مقاله هو تابع للحاج آقا رضا الهمدانى فى حاشيته على المكاسب ٧٣.

و يمكن أن يناقش في الكلّ بصره عقد العاربه لأنّ النهى فى المعاملات لا يدل على الفساد، و لا يجب عليه إرساله بل يحرم عليه إمساكه و رفع الامساك ممكن بالردّ إلى مالكه و بالردّ خرج من الضمان، نعم يجب عليه الكفاره لله تعالى، و إرسال المحرم الصيد لا- يكون تلفا بل يكون إتلافا كما عليه الأعلام فيشملة قاعده الإتلاف كما تبه على الأخير المحقّق النائينى (١) و كما مرّ قبله من صاحب الجواهر و الشيخ الأعظم.

## فرغ:

هل يثبت الضمان مع الارسال مطلقا، أم يختص بصوره جهل المعير؟ ذهب الفقيه اليزدى إلى اختصاصه بصوره الجهل و قال: «هذا [الضمان] لا يتم فى صورته علم الدافع، فإنّه حينئذ يعدّ من المتلف لماله بدفعه إلى من هو مكلفٌ بإتلافه فلا وجه لاستقرار قيمه فى ذمته خصوصا إذا كان جاهلاً بأنّه صيدا و بالحكم» (٢).

أقول: تم إسناد الإتلاف إلى المستعير فهو ضامن ولو مع فرض علم المعير و الإتلاف موجب للضمان كما مرّ عن المحقّق النائينى (٣) و تبعه تلميذه السيد الخوئى (٤).

## و منها: المنافع غير المستوفاه من المبيع فاسدا

### (٥)

البيع إذا كان صحيحا يقتضى الضمان المسمّى بالنسبه إلى العين و كذلك يقتضى الضمان مطلقا إذا كان فاسدا، و المنافع المستوفاه فى البيع يقتضى الضمان (٦) صحيحا كان البيع

ص: ٣٧٧

١- (٥) المكاسب و البيع ١/٣١٥.

٢- (١) حاشيه المكاسب ١/٤٦٠.

٣- (٢) المكاسب و البيع ١/٣١٤.

٤- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٠٧.

٥- (٤) يأتي تفصيل ضمان المنافع مطلقا فى الرابع من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحه ٣٩٥ و ما بعدها.

٦- (٥) كما قاله العلّامه فى القواعد ٢/٢٣٨: «لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمّنه و ما يتجدّد من منفعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، و بدونه إشكال».

أو فاسدا لأن الأصل و هو العين تكون مضمونه و كذلك الفرع و هو المنفعة(١) و لأن المنافع على قسمين:

الأول: كانت من الأعيان و استيفاؤها يكون إتلافا لها نحو: البيضة بالنسبة إلى الدجاج و اللبن بالنسبة البقره و الصوف بالنسبة إلى النعجه.

الثاني: كانت من غير الأعيان و استيفاؤها بمنزله التلف نحو: السكنى فى الدار و الركوب فى السياره و نحوها و حيث كان الأصل مضمونا يكون فرعه أيضا مضمونا و لعموم قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لأنه أثبت يده على العين بغير استحقاق - على فرض بطلان المعامله - و المالك الذى سلطه على العين رضى بكونه تحت يده فى مقابله الثمن و صحه المعامله فإذا بطلت المعامله و الثمن لا يرضى المالك بفوات منافعه ولو لم يستوفها المشتري السابق.(٢)

فالمنافع المستوفاه موردٌ للضمان فى البيع الصحيح و الفاسد بما مرّ و بقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

ولكن عدت المنافع غير المستوفاه موردا لنقض القاعده لأنها فى الصحيح ليس لها ضمان ولكن حكموا بأنها فى الفاسد تكون مضمونه.

لا يقال: ضمان العين يستتبع ضمان المنافع - المستوفاه منها و غير المستوفاه - فى العقد الصحيح كان أو فاسدا. فيدخل المنافع بكلّى قسميها فى أصل القاعده أعنى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، لا نقيضها و سلبها.

ص: ٣٧٨

١- (٦) كما استدل به المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٦/٣٢٤ و تبعه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٨/٣٥٧.

٢- (٧) كما تبّه عليها الفقيه العاملى فى مفتاح الكرامه ١٨/٣٥٨.

لأننا نقول: الثمن في العقد الصحيح يقع بإزاء أصل العين لا منافعها وإن كانت المنافع تكون من دواعي المعامله ولكن لا يقع في قبالتها ثمن، فالمنافع بقسميها خارجه عن مورد العقد ولا تدخل تحت عنوان أصل القاعده ولا نقيضها. فلا يعدّ من نقوض نقيض القاعده. ولا بدّ من ثبوت ضمانها وعدمه من ملاحظه دليل آخر نحو قاعده الإلتلاف أو قاعده الإحترام ونحوها. هذه إجابته الشيخ الأعظم (1) عن النقض بتوضيح منّا و تبعه المحقّق الإصفهاني (2).

ولكن يمكن أن يناقش عليه بأنّ بيانه هذا ينافى ما مرّ منه قدس سره من أنّ مورد العقد عنده يكون أعمّا من متعلّق العقد و متعلّق متعلّقه حيث مثل بمورد العقد بعدم ضمان العين المستأجره فاسدا (3) فلا يمكن الجمع بين البيانيين.

ولكن الفقيه اليزدي أجاب عن النقض ببيان آخر و قال: «المنافع وإن لم تكن مقابله بالمال إلا أنّها ملحوظه في قيمه و زياده الثمن و هذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونه، و من هنا يعرف حال الشروط فإنّه لو فرض شرط الخياطه في عقد فاسد فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامنا، لأنّ في الصحيح و إن لم يكن الشرط مقابلاً بالمال إلا أنّه ملحوظ في زياده الثمن و نقصانه، فكأنّه مقابل بالمال و لذا اشتهر أنّ للشرط قسطا من الثمن يعنى في اللب، فتدبر» (4).

و فيه: ردّ المحقّق الأصفهاني عليه بقوله: «أنّ هذا المعنى لا- يحقّق ضمانين بالإضافه إلى المنفعه و العين، و الاشكال في كون المنافع [غير المستوفاه] مضمونه على حدّ ضمان العين في

ص: ٣٧٩

١- (١) راجع المكاسب ٣/١٩٥.

٢- (٢) حاشيه المكاسب ١/٣٣٨.

٣- (٣) المكاسب ٣/١٩٣.

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١/٤٦١.

الفاسد مع أنها غير مضمونه في الصحيح»(١).

و بعبارة أخرى: دخاله المنافع في زياده الثمن لا- يستلزم ضامنها بغير ضمان العين و دونه كما أنّ الشروط لها دخل في زياده القيمة مع أنها لا تدخل في الضمان. و ثبوت الضمان في مثل الخياطه فلأجل احترام العمل و استناد تحققه في الخارج إلى أمر المشروط له فلا صلة له بالمقام كما نبه عليه المحقق السيد الخوئي(٢).

و أجاب المحقق الأصفهاني مضافا إلى جواب الشيخ الأ-عظم بإجابه ثلثه و هي: «نعم، ربّما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمنا لضمان المنافع الفائتة في الصحيح و الفاسد كما إذا كانت العين لها أمد خاص و عمر مخصوص فإذا أمضى منه شهر مثلاً- نقصت قيمه العين، فهذا النقص ملحوظ في الصحيح و الفاسد، فلا- فرق حينئذ بين القول بضمان العين و المنافع معا أو ضمان العين تامه فتدبر»(٣).

و فيه: نعم مضيّ مدّه خاصه من عمر العين و إن اوجب نقصانا فيها إلا أنّ الضمان حينئذ بالعين لا المنافع التي لم يستوفى و لذا اعترف في آخر كلامه بعدم الفرق حينئذ، كما ذكره تلميذه المحقق السيد الخوئي(٤) قدس سره .

و للمحقق النائيني إجابته رابعه للنقض - و يمكن عدّها توضيحا لكلام الشيخ الأعظم - قال: أنّ المدار على مورد العقد و مصبه و متعلّقه و هو في البيع العين، فالعين في البيع الصحيح مضمون و كذلك في الفاسد ولكن «منافع العين التي تعلق بها البيع حيث أنّ المنفعة في البيع ليست متعلّقه للعقد و لا يبذل بازائها الثمن، بل الثمن يقع بإزاء العين و إن

ص: ٣٨٠

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٣٣٨.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٠٨.

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٣٨.

٤- (٤) مصباح الفقاهه ٣/١٠٩.



كان يتفاوت ثمنها بواسطة المنفعة لتفاوت الرغبة بالنسبة إلى العين بواسطة التفاوت في منفعتها، لكان خارجاً عن مورد تلك القاعدة [أى قاعده ما يضمن] فلا يرد النقص بضمان المنافع التي لم يستوفها فإنها غير مضمونه في العقد الصحيح مع أنها مضمونه في العقد الفاسد، و ذلك لأن تلك المنافع ليست متعلقه العقد حتى يكون ضمانها في حال

فساد العقد مع ضمانها في حال صحته نقضاً للقاعده»(١).

وقال في تقريراته الأخرى: «أن مورد الأصل والعكس هو مورد العقد ومصبه لا ما هو خارج عنه وإنما حكم بتبعيته له شرعاً، أو التوقف استيفاء المنفعة عليه، و من هذا الأمر ظهر عدم ورود النقص بالنسبه إلى المنافع، و لا تلف العين المستأجره، و لا تلف الحمل و نحو ذلك من النقوض»(٢).

أقول: أنت ترى أن هذه الإباحه هي جواب الشيخ الأعظم بتوضيح من المحقق النائيني كما مرّ، ولكن زاد تلميذه السيد الخوئي في إجابته: «و إنما المنافع في الصحيح تابع للعين بحكم الشارع و في الفاسد حيث أن العين لم تنقل إلى القابض فيضمن منافعها»(٣).

ثم ردّ عليه بقوله: «أنه لو صح ذلك فلازمه الحكم بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة الفاسده، بديهه أن المنافع في الهبه الصحيحه تابعه للعين و حيث أن العين لم تنقل إلى المتهب في الهبه الفاسده فتضمن منافعها»(٤).

يعنى: يتولد من هذه الإجابه مورد نقض آخر و هو ضمان المنافع في الهبه الفاسده مع أن في صحيحها ليس ضمان.

ص: ٣٨١

١- (١) المكاسب و البيع ١/٣٠٨.

٢- (٢) منيه الطالب ١/٢٧٣.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٠٩.

٤- (٤) مصباح الفقاهه ٣/١٠٩.

و للمحقّق البجنوردى إجابته خامسه على طرف النقيض من إجابته الشيخ الأ-عظم و النائنى و الأصفهانى لأنهم يقولون بخروج المنافع عن العين فى قبال الضمان و المسمّى ولكنّه يقول بتبعيه المنافع للعين من جهة الضمان و المسمّى قال: «إنّ الضمان فى الصحيح عبارته عن المسمّى، و المسمّى فى الصحيح موجود بدل العين، فبعوض ملكيه العين يشتغل ذمّته بالمسمّى، و المنافع مطلقا سواء كانت مستوفاه أو غير مستوفاه من توابع العين، فإذا كانت العين مضمونه فالمنافع أيضا مضمونه، كما هو الظاهر من قوله صلى الله عليه و آله : الخراج بالضمان، أى المنافع التى للعين تكون لمن انتقل إليه العين بواسطة ضمان المسمّى، فكان المسمّى فى البيع الصحيح عوض العين و منفعه، فلا نقض»(١).

و تبعه السيّد الخوئى و قال: «كلّ من العين و المنفعه مورد للعقد، نهايه الأمر أنّ العين

مورد للعقد بالإصالة و المنافع مورد له بالتبعيه، و من الواضح أنّ عقد البيع ممّا يضمن بصحيحه و فاسده، سواء فى ذلك نفس المبيع و منفعه و إذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعده طردا بالبيع الفاسد»(٢).

أقول: السيّدان يتبعان المحقّق الخراسانى رحمه الله و قد مرّت مقالته فى الثانى من مدارك قاعده ما يضمن تحت عنوان تنبيه ذيل خبر اليد حيث يقول: «قضيه كونها [العين] مضمونه ضمان منافعها»(٣)، و مرّ ممّا اختار هذا الكلام، و كذا مرّ من أنّ مورد العقد يكون أعما من متعلّق العقد و متعلّق متعلّقه فالمنافع تدخل القاعدتين و حينئذ، لا بدّ لنا من القول بتبعيه المنافع للعين و إذا كانت العين مضمونه فالمنافع كذلك بلا فرق بين المستوفاه منها و غير المستوفاه و لا- تنقض القاعده كما عليه السيّدان البجنوردى و الخوئى و الحمد لله.

ص: ٣٨٢

١- (٥) القواعد الفقهيّه ٢/١٢٤.

٢- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٠٩.

٣- (٢) حاشيه المكاسب ٣١/ للمحقّق الآخوند الخراسانى قدس سره .

## و منها: الضمان فى حمل المبيع إذا كان البيع فاسدا

إذا كان المبيع حيوانا حاملاً فإمّا أن يكون كلّ منهما يدخل فى المبيع و يقسّط الثمن عليهما فحينئذ لا إشكال على الضمان بالنسبة إلى كليهما فى البيع الصحيح أو الفاسد.

و أمّا إذا كان المبيع خصوص الأمّ فقط فيبقى الحمل أمانه عند المشتري إلى الولاده و بعدها يسلمه إلى البائع فحينئذ إذا كان البيع صحيحا فلا إشكال فى ضمان الأمّ و عدم ضمان الحمل و أمّا إذا كان البيع فاسدا فضمن الأمّ يكون على القاعده ولكن جماعه ذهبوا إلى ضمان الحمل التالف و بالنسبه إلى ضمان الحمل يكون نقضا لقاعده ما لا يضمن، لأنّ فى صحيحه ليس الضمان ولكن يكون فى فاسده ضمّانا.

و من القائلين بالضمان شيخ الطائفه لأنه يرى دخول الحمل فى المبيع تبعا قال: «و إن باع بهميه أو جاريه حاملاً و استثنى حملها لنفسه لم يجز لأنّ الحمل يجرى مجرى عضو من أعضائها» (١).

ولكن على هذا المبنى لا يكون نقضا لقاعدتنا بل يدخل فى أصل قاعده ما يضمن.

ولكن قال: «من غصب جاريه حاملاً ضمنها و حملها معا، و ولد المشتراه شراءً فاسداً مثل ذلك و فى الناس من قال لا يضمن» (٢).

و منهم: المحقّق قال فى الشرائع: «و غصبُ الأئمّه الحاملِ غصبٌ لولدها، و لثبوت يده عليهما. و كذا يضمن حمل الأمّه المبتاعه بالبيع الفاسد» (٣).

و منهم: العلامه فى التذكره (٤) و الإرشاد (٥) و التحرير قال فى الأخير: «ولو اشترى

ص: ٣٨٣

١- (٣) المبسوط ٢/١٥٦.

٢- (٤) المبسوط ٣/٦٥.

٣- (١) الشرائع ٣/١٨٥.

٤- (٢) تذكره الفقهاء ٢/٣٧٦ سطر ٣٤ من كتاب الغصب، الطبع الحجرى.

٥- (٣) إرشاد الأذهان ١/٣٦٢.

بالباع الفاسد الأمه الحامل أو الدابة الحامل، ضمن الأصل و الحمل معا»(١).

ولكن العلامة في القواعد أفتى بعدم الضمان و قال: «و يضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفساد و السؤم»(٢).

و تبعه جماعه منهم: الشهيد قال: «و غصب الحامل غصب الحمل، أما حمل المبيع فاسدا أو المستام فلا ضمان فيه، و قال الفاضل: يضمن الحمل في البيع الفاسد، و لعله أراد مع اشتراط دخوله»(٣).

و منهم: المحقق الثاني قال: «أما حمل الغصب فإنه مغصوب كالأصل، و أما حمل المبيع فإنه ليس مبيعا، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأم، فيكون أمانه في يد المشتري لأصالة عدم الضمان، و لأنّ تسلمه بإذن المالك الذي هو البائع»(٤).

و منهم: الشهيد الثاني قال: «و أما ضمان حمل الأمه المبتاعه بالبيع الفاسد فإنما يتم مع دخوله معها في البيع إما تبعا كما يقوله الشيخ(٥) أو مع الشرط(٦). أمّا لو لم يكن داخلا لم يتجه ضمانه، لأنه مقبوض بإذن المالك و ليس مبيعا فاسدا حتى يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه، و مثله القول في المقبوض بالسؤم بالنسبه إلى الحمل، فإن كان السؤم لهما ضمنهما على القول بضمان الأم، و إن كان لها خاصه اختصّ بها.

و قد اختلف كلام العلامة في المسألة ففي التحرير جزم بضمان الأمه و الحمل معا كما

ص: ٣٨٤

١- (٤) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢٢.

٢- (٥) القواعد ٢/٢٢٣.

٣- (٦) الدروس ٣/١٠٨.

٤- (٧) جامع المقاصد ٦/٢٢٠.

٥- (٨) كما مرّ كلام الشيخ في المبسوط ٢/١٥٦.

٦- (٩) كما مرّ آنفا من الشهيد في الدروس ٣/١٠٨.

ذكره المصنف [صاحب الشرائع] و في القواعد جزم بعدم ضمان الحمل و هو الأصح و لا إشكال مع دخوله في البيع«(١).

و ذهب إلى عدم الضمان في الروضه(٢).

و منهم: المحقق الأردبيلي قال: «و أمّا عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد أو المأخوذ بالسؤم فإن الحمل و إن كان مقبوضا إلا أنه غير مبيع بالبيع الفاسد و لا مأخوذ بالسؤم فلا يدخل تحت ما يدل على ضمانه مثل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، نعم إن اشترى مع الحمل يكون حكمه حكم الحامل هنا فتأمل»(٣).

و منهم: السيد العاملي قال بعد نقل القائلين بعدم الضمان: «و لعلّه قضيه كلام الباين إلا من ستعرفه [في كلامه و قد مرّ في كلامنا] لأنه ليس مبيعا فيدخل في البيع فيكون أمانه في يد المشتري لأصالة عدم الضمان و لأنّ تسلّمه بإذن البائع»(٤).

أقول: يظهر لك ممّا ذكرناه إنّ النزاع بين القوم لفظي(٥) لأنّ القائل بالضمان أراد صورته كون الحمل جزءاً من المبيع كما مرّ الاعتراف به من الشيخ في المبسوط(٦) أو أراد صورته اشتراط دخول الحمل في المبيع كما يظهر من العلامة في الإرشاد حيث يقول: «ولو باع الحامل فالولد له [أي للبائع] إلا أن يشترطه المشتري»(٧) و مرّ من الشهيد(٨) في توجيه

ص: ٣٨٥

١- (١٠) المسالك ١٢/١٥٥.

٢- (١) الروضه البهيه ٧/٢٤.

٣- (٢) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥١١.

٤- (٣) مفتاح الكرامه ١٨/٧٤.

٥- (٤) كما نبّه عليه المحقق الخوئي في مصباح الفقاهه ٣/١١٠.

٦- (٥) المبسوط ٢/١٥٦.

٧- (٦) إرشاد الأذهان ١/٣٦٦.

٨- (٧) الدروس ٣/١٠٨.

كلام العلامه و القائل بعدم الضمان أراد خروج الحمل من البيع فلا نزاع و لا نقض على القاعده.

لأنه على الفرض الأول يدخل في

أصل القاعده و على الفرض الثاني يدخل في نقيضها فلانقض أصلاً و لله الحمد.

### و منها: الشركه الفاسده

قال الشيخ الأعظم: «و يمكن النقض أيضا بالشركه الفاسده، بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان»<sup>(١)</sup>.

قال شيخنا الأستاذ قدس سره : «و وجه النقض أن مع صحه عقد الشركه و جواز تصرف

كلّ من الشريكين في مال المشترك يكون المال المزبور في يد كل منهما كالمال في يد الوكيل أمانه مالكيه فلا يضمن، بخلاف صورته فساد عقدها و البناء على عدم جواز التصرف في مال الشريك فإنه تكون يده على مال صاحبه، يد عدوان فيضمن و هذا ينافي القاعده المزبوره في عكسها»<sup>(٢)</sup>.

و قبله قال السيّد البجنوردى في توضيح النقض: «الظاهر أن مراده [أى مراد الشيخ الأعظم] شركه الأموال بعقد الشركه فيكون النقض عباره عن أن أحد الشريكين مثلاً في الشركه الصحيحه لو تصرّف في المشترك و صار تحت يده - كما هو المتعارف عند الشركاء - فتلف ذلك المال من دون تعدّد و تفريط لا يكون ذلك الشريك ضامناً لحصّه شريكه الآخر و هذا مقتضى صحه عقد الشركه، و أمّا لو لم يكن العقد صحيحاً و كانت الشركه فاسده فيكون ذلك الشريك ضامناً لقاعده «و على اليد ما أخذت حتى تؤديه» و لا بدّ من فرض

ص: ٣٨٦

١- (٨) المكاسب ٣/١٩٦.

٢- (١) إرشاد الطالب ٢/١٥٤.

التلف في صورته عدم إذن ذلك الشريك الآخر في التصرف، فلا إذن من طرف المالك ولا أن جواز التصرف مقتضى عقد الشركة فلا يكون المال لا أمانه مالكيه ولا أمانه شرعيه فتكون اليد ضمان...»(١).

أقول: يمكن أن يناقش في النقض أولاً: تفرغ الضمان على الحكم التكليفي كما هو ظاهر كلام الشيخ الأعظم لا يتم لعدم وجود التلازم بينهما، اللهم إلا أن يقال بأن عدم الجواز في كلامه قدس سره هو عدم الجواز الوضعي لفساد عقد الشركة.

و ثانياً: بعد فساد عقد الشركة لو فوّض كلّ منهما زمام ماله إلى شريكه العرفي - لا الشرعي - وجعله أميناً في ماله فلا ضمان عليه لو تلف من دون إفراط ولا تفريط فلا يفرق في عدم الضمان بين الشركة الصحيحه أو الفاسده ولا وجه لتوهم النقض(٢).

ثم ما ذكر من موارد النقض على القاعده أصلاً أو نقيضاً على فرض تماميه تلك الموارد - ولم تتم كما مرّ - لا توجب رداً و طعناً عليها لأنها عام قابل للتخصيص و التقييد كما لا يخفى(٣).

ص: ٣٨٧

١- (٢) القواعد الفقيهيه ٢/١٢٦.

٢- (٣) راجع مصباح الفقيهه ٣/١١١.

٣- (٤) كما تبّه عليه الحاج آقا رضا الهمداني في حاشيته على المكاسب /٧٩ و تبعه المحقق الخميني في البيع ١/٣٠٧.

إشارة

هذا حكم تكليفي في المقام ادعاه الشيخ الأعظم و استدل عليه بوجوه ثلاثه:

الأول: الإجماع

إشارة

فإنه يدعى قدس سره ورود الاجماع المنقول الوارد في كلمات جماعه من الأصحاب - قدس الله أسرارهم - .

ولكنه لم يذكر إلا المحقق الأردبيلي لأنه قال في مجمع الفائدة: «و مع علمه بالفساد و بعدم جواز تصرفه و حفظه و وجوب رده إلى مالكه معجلاً- كالمغصوب، و ذلك قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقرير الفساد و عدم رضاه بكونه عنده و فتوى العلماء له بذلك فهو ضامن...»(١).

و قال الشيخ الأعظم: «الثاني من الأمور المتفرعه على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، و وجوب ردّه فوراً إلى المالك، و الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه»(٢).

أقول: ثبوت الإجماع في المسألة بقول الواحد الذي يدعى هو فتوى العلماء على قسم خاص من الفرع - و هو فرض علم المشتري بالفساد و طلب المالك له - في غاية الاشكال و منعه واضح ثم ظاهر الشيخ الأعظم حرمة التصرف في مال الغير يكون دليلاً على وجوب الردّ و هذا تأم على مبني الذين يقولون: أنّ حرمة الضد يقتضى وجوب ضده، ولكنّه لم يتم حتّى عنده قدس سره ، فلا يكون هذا مراده بل لعل مراده فهم العرف من حرمة التصرف في مال الناس يقتضى لزوم الرد إلى المالك.

ص: ٣٨٨

١- (١) مجمع الفائدة و البرهان ٨/١٩٢.

٢- (٢) المكاسب ٣/١٩٩.



هذا الفرع محلّه في ختام البحث ولكن قدّمه الشيخ الأعظم ونحن نقتفى أثره: قال العلامة في تذكره الفقهاء: «إذا اشترى شراءً فاسداً وجب عليه ردّه على مالكة، لعدم خروجه عنه بالبيع، و عليه مؤونه الرد كالمغضوب لوجوب لا يتم الواجب إلا به» (١).

وقال المحقق الثاني في جامع المقاصد: «فرع: على المشتري مؤونه ردّ المبيع فاسداً إن كان له مؤونه كالمغضوب ولا يرجع بالنفقة إلا إذا كان جاهلاً بالفساد، إذ لا يعدّ متبرّعا

بنفقته، إذ لم يُنفق إلا بناءً على أنّه ماله، فإذا فات ذلك رجع كلُّ إلى حقّه وجعل في التذكرة (٢) البائع غاراً» (٣).

ثم الشيخ الأعظم يرتضى قول العلامة ب- «أنّ مؤونه الرد على المشتري» (٤) ولكنّه ذهب إلى أنّ عليه مؤونه عاديه و أمّا الكثيره يقيّد بأدله نفى الضرر فينفى، قال: «اطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونه كثيره إلا أن يقيّد بغيرها بأدله نفى الضرر» (٥).

و اعترض عليه السيّد اليزدي و قال: «على تقدير وجوب الردّ حتّى مع علم الدافع يمكن أن يقال بكفايه التخليه ثم على فرض كون الردّ واجبا و كون مؤونه على القابض إنّما يتم فيما إذا كان هو الناقل له عن مكانه، و أمّا إذا كان في مكان القبض و قد انتقل البائع إلى بلد آخر فلا دليل على وجوب نقله إلى ذلك البلد و كون مؤونه على القابض فتدبر» (٦).

ص: ٣٨٩

١- (٣) تذكره الفقهاء ١٠/٢٩٢، مسأله ١٢٧.

٢- (١) تذكره الفقهاء ١٠/٢٩٣.

٣- (٢) جامع المقاصد ٤/٤٣٥.

٤- (٣) مرّ قوله في تذكره الفقهاء ١٠/٢٩٢.

٥- (٤) المكاسب ٣/١٩٩.

٦- (٥) حاشيه المكاسب ١/٤٦٤.

و قال أيضا: «لا فرق بين الكثيره و اليسيره فى كونه ضررا، إلا أن يراد بالكثيره ما يكون فيه اجحاف، فتدبر»(1).

و قال المحقق النائنى: «إنما الكلام فى أن مؤونه الردّ على القابض مطلقا أو على المالك كذلك أو فيه تفصيل؟ وجوه، و الأقوى هو الأخير.

و حاصله: أنه لو كانت المؤونه بمقدار ما يقتضيه - طبعا - ردّ مال الغير فهو على القابض، ولو لم يكن كذلك بأن كانت زائده عليه فلا يجب عليه، و ذلك لأنّ الحكم المجعول إذا اقتضى فى طبعه مقدارا من الضرر فهو مخصّص لقاعده الضرر، و لأقل من عدم حكومتها عليه. نعم، لو احتاج الردّ إلى المؤونه الزائده على المتعارف بحيث صار وجوبه بدون جبرانه من المالك اجحافا على القابض فأدله لا ضرر حاكمه عليه.

ثم لا- فرق فى وجوب الردّ إذا كان متوقفا على المؤونه المتعارفه بين نقل القابض المال عن مكانه إلى بلدٍ آخر، أو لا مع وجود المالك فى بلد القبض.

و أما إذا كان المقبوض فى بلد القبض و انتقل المالك إلى مكان آخر فلا يجب نقله إليه، بل يردّه إلى وكيله أو الحاكم، لعدم دليل على لزوم الدفع إلى شخص المالك فى هذه الصوره.

و يشكل الأمر لو نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر و انتقل المالك أيضا إلى بلد ثالث فيحتمل أن لا يكون الردّ إلى بلد القبض أو البلد الذى انتقل إليه المالك واجبا، إلا إذا كان فى بلد القبض خصوصيه بأن يكون قيمته أعلى أو راغبه أزيد أو نحو ذلك.

و على أى حال، الردّ إلى البلد الذى انتقل إليه المالك لا دليل عليه، إلا إذا نقله القابض أيضا إلى هذا البلد، فإنّه مع مطالبته يجب دفعه إليه، لأنّ ماله موجود و يستحق

ص: ٣٩٠

المطالبه فيجب ردّه إليه»(١).

و اعترض عليه تلميذه المحقق السيّد الخوئي و قال: «و يرد عليه: أن وجوب الردّ في نفسه

لا يقتضى أى ضرر إذ قد يكون الردّ غير محتاج إلى المؤونه أصلاً، فالمؤونه أمر قد يحتاج إليه الردّ، و قد لا يحتاج إليه ذلك، و إذن فدلّيل نفى الضرر يقتضى اختصاص وجوب الردّ بما لا يحتاج إلى مؤونه.

ثم اعترض على تفصيل الشيخ الأعظم - أى الفرق بين المؤونه القليله و الكثيره - بقوله: «فإن تحمل الضرر مرفوع فى الشريعه المقدسه و لا فرق بين قليله و كثيره».

ثم اختار: «نعم، لا بأس بالالتزام بكون المؤونه على القابض فيما إذا كانت المؤونه من القله بمرتبته لا تعدّ ضرراً عرفاً»(٢).

### التانى: التوقيع الشريف

المروى بسند صحيح عن أبيالحسين محمّد بن جعفر الأسدى الثقه قال: كان فيما و رد علىّ من الشيخ أبيجعفر محمّد بن عثمان العُمريّ - قدس الله روحه - فى جواب مسائلى إلى صاحب الدار عليه السلام: ... فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف فى مال غيره بغير إذنه فكيف يحلّ ذلك فى مالنا؟! التوقيع.(٣)

بناءً على أنّ الإمساك آنا ما مصداق للتصرف الحرام، فيجب التخلّص منه برده فوراً إلى مالكة.

ص: ٣٩١

١- (١) منيه الطالب ١/٢٧٦.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٢٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، و مختصراً فى وسائل الشيعه ٢٥/٣٨٦، ح ٤، الباب ١ من أبواب الغصب.

تتبه الشيخ الأعظم إلى وجود مناقشه في هذا الاستدلال و قال: «ولو نوقش في كون

الامساك تصرفاً»(١).

و مراده: عدم صدق التصرف على مجرد الإمساك حتى يكون منهياً عنه لأن التصرف مأخوذ من الصرف فيراد به التقلب و التقلب.

بل يمكن ان يقال: بخروج الإمساك عن التصرف موضوعاً و تخصصاً، لعدم صدق التصرف فيه و يؤيده كلاماً شيخ الطائفة و ابن ادريس الآتيان في آخر البحث.

بتوضيح: أن القابض بالعقد الفاسد - بلا فرق بين العقود المعاوضي و غير المعاوضي - تاره يمتنع عن ردّ المقبوض إلى مالكة حتى مع مطالبته، و أخرى لا يمتنع عن ذلك:

فعلى الأول: لا شبهه في حرمه إمساكه لأنه من أظهر مصاديق الغصب.

و على الثاني: لا يجب ردّه إلى مالكة لا فورياً و لا غيره، لأن لا يجب على القابض إلا التخليه بين المال و مالكة و أما الزائد فلا شيء عليه.(٢)

### الثالث: النبوي الشريف

الوارد في خطبه الوداع لرسول الله صلى الله عليه و آله أنه قال: أيها الناس إنما المؤمنون إخوه، و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلاّ عن طيب نفس منه.(٣)

قال الشيخ الأعظم في تقريب الاستدلال به: «حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده»(٤).

مراده: أن «لا يحلّ» منسوب إلى الذات - و هو المال - فلا بدّ من تقدير الفعل

ص: ٣٩٢

١- (١) المكاسب ٣/٢٠٠.

٢- (٢) كما في مصباح الفقاهه ٣/١٢٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٥/١٢٠، ح ٣، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

٤- (٤) المكاسب ٣/٢٠٠.

المناسب، و حيث لا- تكون قرينه على تحديد فعل خاص لزم تحريم جميع الأفعال و الشؤون المتعلقة بالمال و منها إمساكه لأنّ حذف المتعلّق يدل على العموم.

و يناقش فيه: بوجود القرينه للتعين و هي أنّ الحليه أو الحرمة إذا اسندت إلى الأعيان فلا بدّ أن يراد بها الحليه أو الحرمة التكليفية، ففي النبوى يكون المراد به عدم جواز الانتفاع به أو عدم جواز تملكه و على التقديرين لا تدل على حرمة الإمساك.

نعم، يحتمل أن يكون المقدّر مطلق التصرف، و هو أيضا لا يفيد، لأنّه قد مرّ خروج الإمساك عن التصرف موضوعا و عن حرمة تخصصا.

هذا كلّه فى أدله الشيخ الأعظم فى المقام.

و استدلّ على حرمة الإمساك و وجوب الردّ بحديث «على اليد» بتقريبين:

الأوّل: ما ذكره المحقّق النائينى إذ قال: «عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» فإنّه و إن لم يكن متعلّقا للحكم التكليفى بالدلاله المطابقه إلّا- أنّه متعلّص له بالدلاله الالتزاميه فإن استقرار الضمان على عهده القابض ملازم لوجوب الردّ لأنّه لا أثر لاستقرار الضمان على العهده إلّا و جوب ردّ العين مادامت باقيه و ردّ المثل أو القيمه لو كانت تالفه، فحرمة إمساك مال الغير من غير إذنه و وجوب ردّه إليه فوراً بالفوريه العرفيه لا أشكال فيه»(١).

و اعترض عليه تلميذه المحقّق السيّد الخوئى بعد قبوله الملازمه هنا ولكن قال: «الحكم التكليفى الملازم للحكم الوضعى - هنا - ليس هو وجوب ردّ العين إلى صاحبها لكى تترتب عليه حرمة الإمساك، و إنّما الواجب على القابض هو وجوب التخليه بين المال و مالكه، و أمّا الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعى و لا عقلى»(٢).

ص: ٣٩٣

١- (١) منيه الطالب ١/٢٧٤.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٢٣.

الثانى: ما ذكره المحقق الإيروانى فى قوله: «فالأولى تبديل الاستدلال به بالاستدلال بعموم على اليد، فإنه إن لم يكن مقصورا ببيان التكليف فلا- أقل من أن يعمّ الوضع و التكليف جميعا بتقريب أنّ مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها و دفع البدل مع التلف»(١).

ثم اعترض عليه المحقق السيد الخوئى بوجه ثلاثة: «أولاً: اراده الحكم التكليفى من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال لأنّ الحكم التكليفى لا يتعلق بالمال نفسه، و اراده الحكم الوضعى منه لا يحتاج إلى تقدير شىء أصلاً فلا يمكن الجمع بين الحكمين إذ لا يمكن الجمع بين التقدير و عدمه.

و ثانياً: الغايه الوارده فى الحديث تناسب مع الحكم الوضعى فقط لا الحكم التكليفى و لا الجمع بينهما، لأنه إذا أريد من النبوى الحكم التكليفى كان معناه: أنه يجب ردّ المال المأخوذ من مالكة بدون إذنه حتّى تؤديه أى حتّى تردّه إلى صاحبه و لا شبهه فى أنّ هذا الاستعمال مستهجن جداً.

و ثالثاً: قد مرّ أن حديث على اليد ضعيف السند»(٢). انتهى ملخصاً.

أقول: قد مرّ الوثوق بصدور الحديث و يمكن أن يكون ذكر الغايه للتأكيد و التخليط و حيث يكون التقدير اللازم واضحاً و لذا حُذِفَ و عليه يمكن الذهاب إلى الجمع بين الحكمين، و لا سيّما على القول المختار من جواز استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد و يتم استدلال المحقق الإيروانى قدس سره .

ثم لا بدّ من التنبيه على أمرين:

ص: ٣٩٤

١- (٣) حاشيه المكاسب ٢/١٢٤.

٢- (٤) مصباح الفقاهه ٣/١٢٤ و ١٢٣.

الأول: عدم الفارق في وجوب الردّ بين العقود المعاوضيّة الفاسده و العقود غير المعاوضيّة الفاسده لأنّه بعد بطلان العقد لا يبقى للأخذ وجه شرعى في تصرفاته، نعم إذا أذن له المالك من جديد فلا بأس بها أو إذا علم رضا المالك في بعض تصرفاته فلا بأس بذلك البعض كما هو الواضح.

الثانى: ما ورد في كلام شيخ الطائفة من عدم الإثم في إمساكه في قوله: «إذا باع عبدا بيعا فاسدا و أقبضه لم يملك بالقبض و لم ينفذ عتقه و لا شىء من تصرفه... و يجب عليه ردّه و ردّ ما كان من نمائه المنفصل منه لأنّ ملك الأول لم يزل عنه فالتصرف فيه لا يصح و يلزمه ردّه على البائع لأنّه ملكه و لا إثم عليه لأنّه قبضه بإذن مالكة...»<sup>(١)</sup>.

و تبعه ابن ادريس و قال: «متى ابتاع بيعا فاسدا فهلك المبيع في يده أو حدث فيه فساد كان ضامنا لقيّمته... و لأرش ما نقص من قيمته بفساده لأنّه باق على ملك صاحبه ما انتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزله الشىء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم بإمساكه»<sup>(٢)</sup>.

يحملان إمّا على ما مرّ من خروج الإمساك عن التصرف موضوعا و تخصصا لعدم صدق التصرف بالإمساك و يؤيد هذا المبني، و إمّا على اراده صورته الجهل بالفساد كما حملهما الشيخ الأعظم<sup>(٣)</sup> على الأخير، و الحمد لله.

#### الرابع: ضمان المنافع

##### إشاره

يقع الكلام هنا في جهتين:

#### الجهه الأولى: المنافع المستوفاه

##### إشاره

و قد ذهب المشهور إلى الحكم فيها بالضمان بل كأنّه إجماعٌ لتعيين المخالف فيه: قال

ص: ٣٩٥

١- (١) المبسوط ٢/١٤٩.

٢- (٢) السرائر ٢/٣٢٦.

٣- (٣) المكاسب ٣/٢٠٠.

الشيخ: «إذا باع عبدا بيعا فاسدا و أقبضه لم يملك... و إذا وجب ردّه نظر فإن كان بحاله لم يزد و لم ينقص ردّه و لا شيء عليه إلا- أن يكون له أجره و هو أن يكون المبيع ممّا ينتفع به مع بقاء عينه انتفاعا مقصودا فيجب أجره مثله للمدّه التي أقام في يده، و إن كان متغيّرا فإن كان زائدا ردّه بزيادته لأنّ ماله قد زاد فكانت الزيادة له سواء كانت الزيادة منفصلة أو متصله و إن كان ناقصا كان عليه أرش ما نقص و إن تلفت في يده كان عليه أكثر ما كانت قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف...»(١).

و قال ابن ادريس: «و متى ابتاع بيعا فاسدا، فهلك المبيع في يده أو حدث فيه فساد كان ضامنا لقيمه، أكثر ما كانت إلى يوم التلف و الهلاك، و لأرش ما نقص من قيمته بفساده، لأنّه باق على ملك صاحبه، ما انتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزله الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم بإمساكه»(٢).

أقول: «عند أصحابنا» ظاهر في الإجماع و كذا تمثيله بالمغصوب و لذا قال الشيخ الأعظم إنّ ظاهره «الاتفاق على الحكم»(٣).

و قال العلامة: «... و يجب عليه أيضا أجره المثل للمدّه التي كانت في يده سواء استوفى المنفعة أو تلفت تحت يده لأنّ يده ثبتت عليه بغير حقّ فهو كالمغصوب. ولو زادت العين في يد المشتري زياده منفصله كالولد و الثمره أو متصله كالسمن و تعلم الصنعه، و جب عليه ردّ الزيادة أيضا لأنها نماء ملك البائع فيتبع الملك، فإن تلفت الزيادة ضمنها المشتري و هو أحد وجهي الشافعيه، و في الآخر: لا يضمنها المشتري عند التلف.

و إن نقصت و جب عليه ردّ أرش النقصان لأنّ الجملة مضمونه عليه حيث قبضها

ص: ٣٩٦

١- (١) المبسوط ٢/١٤٩.

٢- (٢) السرائر ٢/٣٢٦.

٣- (٣) المكاسب ٣/٢٠١.



بغير حقّ ولأنّه قبضها على سبيل المعاوضه فأشبهت المقبوض على وجه السّوم...»(١).

وقال الفاضل المقداد: «و أمّا منافعها فهي مضمونه مع التفويت، خلافا لابن حمزه(٢) محتجا بأنّ الخراج بالضمان و نقض بالغاصب مع ضمانه قطعا(٣)، و أمّا مع الفوات فوجهان من

اصاله البرائه و من أنّها منافع عين مضمونه فتضمن»(٤).

### المخالف في المسأله و دليله و مناقشته

أقول: قد عرفت أنّ المخالف في المسأله ابن حمزه في كتابه الوسيله و قد استدل بالنبوي الخراج بالضمان(٥) بتقريب أنّ ضمان العين عليه فتكون منافعها له.

و فيه: أوّلاً: الروايه ضعيفه الإسناد.

ثانياً: أنّها منتزعه بالمغصوب كما مرّ عن الفاضل المقداد.

ثالثاً: قد مرّ معنا معنى الروايه و مدى دلالتها في بحث معاني ألفاظ قاعده ما يضمن في الجبهه الثانيه: ما المراد من الضمان؟(٦) و قلنا إنّ للضمان معنيين: الأوّل: المعنى المصدرى، و الثانى: معنى الاسم المصدرى، و مثلنا للأوّل بقاعده الخراج بالضمان و ذهبنا إلى أنّ المراد بالخراج فى الحديث مطلق المنافع الحاصله من الأعيان المستوفاه و غيرها و المراد بالضمان هو المعنى المصدرى أى جعله فى العهده ببذل العوض فى مقابله و الباء تدل على المقابله و السببيه و ظاهر هذه المقابله تدل على أنّ الضمان يوجب جواز الانتفاع بالمنفعه و هذا لا

ص: ٣٩٧

١- (٤) تذكره الفقهاء ١٠/٢٩٢.

٢- (٥) راجع الوسيله ٢٥٥/ لابن حمزه الطوسى.

٣- (٦) خلافا للحنفية حيث قال فى شرح فتح القدير ٧/٣٩٤: و لا- يضمن الغاصب منافع ما غصبه لأنها حصلت على ملك الغاصب إلاّ أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان.

٤- (١) التنقيح الرائع ٢/٣٢.

٥- (٢) سنن البيهقى ٥/٣٢١ و سنن ابن ماجه ٢/٧٥٤، ح ٢٢٤٣؛ عوالى اللالكى ١/٢١٩، ح ٨٩.

٦- (٣) راجع هذا المجلد، صفحه ٣١١.

يكون إلا في العقد الصحيح.

فما ورد عن ابن حمزه من عدم الضمان في المنافع المستوفاه في العقد الفاسد تمسّكا بالنبوي، يكون خروجاً عن موردّه و محلّه فلا يتم.

ورابعاً: إن أبيت ما ذكرنا في معنى الروايه فتأتى احتمالات في معناها ذكرها المحقق السيّد الخوئي (١) و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

## ما الدليل على الضمان؟

### إشاره

قد استدلوا على الضمان بوجه متعدده:

### الأول: النبوي المعروف: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

قد مرّ الوثوق بصدوره و شموله للأعيان و المنافع المستوفاه منها و غيرها، و الأجوبه عن الاشكالات الخمسه الوارده لشموله للمنافع في الدليل الثاني من البحث حول مدرک قاعده ما يضمن (٢) فلانعيدها.

### الثاني: ما دلّ على حرمه مال المؤمن

و قد مرّت موثقه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله في حديث: و حرمه ماله (أى المؤمن) كحرمه دمه. (٣)

و قد حملنا الروايه على الحرمة الوضعيه - أى الضمان - أو الأعم من الوضعيه و التكليفيه. و لا يقتضى ما ذكرنا لزوم الضمان لو تلف مال المؤمن بآفه سماويه كما أصرّ المحقق السيّد الخوئي (٤) على ذلك كما مرّ جوابه في الثاني من طوائف الروايات الدالّه على قاعده

ص: ٣٩٨

١- (٤) راجع مصباح الفقاهه ٣/١٣٣ و ١٣٤.

٢- (٥) راجع هذا المجلد صفحہ ٣٣٥ و ما بعدها.

٣- (١) وسائل الشيعه ١٢/٢٩٧، ح ٣، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره.

٤- (٢) راجع مصباح الفقاهه ٣/٩١ و ١٢٩.

**الثالث: ما دل على عدم حليه مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه.**

مرّ روايته فى الطائفة الأولى من الروايات التى تدل على قاعده الاحترام (٢) و أنّها تدل على الحكم الوضعى - أى الضمان - ، و إذا تدل على ضمان العين تدل على ضمان منافعها أيضا لأنّ المنافع تعدّ من توابع العين.

**الرابع: قاعده الإتلاف**

و هى من أتلّف مال الغير فهو له ضامن و هذه القاعده من المسلّمات بين جميع فرق المسلمين و اتّفق عليها الكلّ و ربّما يقال بأنّها من ضروريات الفقه و باللفظ المشهور لم ترد فى أىّ روايه ولكنّها مستفاده من عدّه روايات وردت فى مختلف الكتب الفقيهيه.

منها: صحيحه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام فى شاهد الزور قال: إن كان الشىء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل. (٣)

و منها: موثقه اسحاق بن عمّار قال: سألت أبى ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائه درهم فيهلك، أ على الرجل أن يرد على صاحبه مائتى درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعة، قلت: فهل لك نصف الرهن، قال: حساب ذلك، قلت: فيترادّ ان الفضل؟ قال: نعم. (٤)

و منها: صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سُئل عن القصار يفسد؟ فقال: كلّ

ص: ٣٩٩

١- (٣) راجع هذا المجلد صفحه ٣٤٤.

٢- (٤) راجع هذا المجلد صفحه ٣٤٢.

٣- (٥) وسائل الشيعه ٢٧/٣٢٧، ح ٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

٤- (٦) وسائل الشيعه ١٨/٣٩١، ح ٢، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

أَجِيرٍ يَعْطَى الْأَجْرَ عَلَى أَنْ يَصْلِحَ فَيُفْسَدَ فَهُوَ ضَامِنٌ. (١)

و منها: معتبره السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: أنّ أمير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل استأجر رجلاً يصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب فضمّنه أمير المؤمنين عليه السلام. (٢)

و منها: صحيحه زراره و أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره، قال: إن كان ضيِّع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون. (٣)

و منها: موثقه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال إذا رهنّت عبداً أو دابّة فمات فلا شيء عليك، و إن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن. (٤)

و منها: خبر أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: في الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه، فإن استهلكه تراذّا الفضل بينهما. (٥)

و منها: خبر وهب عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّ علياً عليه السلام كان يقول: من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن. و قال: من استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن. (٦)

و منها: مرسله القاضي نعمان المصري عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال في حديث: فمن نال من رجل مسلم شيئاً من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلك و التنصل من

ص: ٤٠٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٩/١٤١، ح ١، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩/١٤٤، ح ١٠.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩/١١٤، ح ٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الإجارة.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨/٣٨٨، ح ٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٨/٣٨٧، ح ٧.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٩/٩٤، ح ١١، الباب ١ من أبواب كتاب العارية.

كُلُّ ما كان منه إليه، و إن كان قد مات فليتنصل من المال إلى ورثته و ليتب إلى الله ممّا أتى إليه، حتّى يطلع عليه عزّوجلّ بالندم و التوبه و التنصل، ثم قال: و لست آخذ بتأويل الوعيد فى أموال الناس، ولكنى أرى أن يؤدى إليهم إن كانت قائمه فى يدى من اغتصبها و ينتصل إليهم منها، و إن فوّتها المغتصب أعطى العوض منها، فإن لم يعرف أهلها، تصدّق بها عنهم على الفقراء و المساكين، و تاب إلى الله عزوجل ممّا فعل. (١)

و منها: مرسله أخرى له عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنه قضى فىمن قتل دابه عبثاً أو قطع شجراً أو أفسد زرعاً أو هدم بيتاً أو عور بئراً أو نهراً أن يغرم قيمه ما استهلك و أفسد و يضرب جلدات نكالاً، و إن أخطأ و لم يتعمد ذلك، فعليه الغرم و لا حبس عليه و لا أدب، و ما أصاب من بهيمه فعليه ما نقص من ثمنها. (٢)

تلك عشره كامله من الأحاديث تدل على قاعده الإتلاف.

و استدل الشيخ (٣) و تبعه ابن ادريس (٤) بقوله تعالى: «من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» (٥).

بتقريب: أنّ اتلاف مال الغير بدون رضاه و إذنه هو اعتداء عليه و تعبيره عزّوجلّ عن ضمان المثل و القيمه بالاعتداء إنّما هو للمشاكله اللفظيه - و هى من المحسنات البديعيه -

ص: ٤٠١

- ١- (٧) دعائم الاسلام ٢/٤٨٥، ح ١٧٣١ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧/٨٧، ح ٢، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب.
- ٢- (١) دعائم الاسلام ٢/٤٢٤، ح ١٤٧٦ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧/٩٥، ح ٦، الباب ٩ من أبواب كتاب الغصب.
- ٣- (٢) المبسوط ٣/٦٠، الخلاف ٣/٤٠٢، مسأله ١١، و ٣/٤٠٦، مسأله ١٨.
- ٤- (٣) السرائر ٢/٤٨٠.
- ٥- (٤) سوره البقره ١٩٤/.

كقوله تعالى: «وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا» (١) وقوله تعالى: «وَيَمْكُرُونَ وَيَمْكُرُ اللَّهُ وَاللَّهُ خَيْرُ الْمَاكِرِينَ» (٢)، فالاعتداء الثاني «ليس باعتداءً و إنما هو جزاءٌ و هذا أحد وجوه البلاغه» (٣) و الآيه الشريفه تدلّ على أنّ مَنْ أتلف مال الغير بدون إذنه و رضاه فهو ضامن له. (٤)

و فيه: يمكن أن يناقش في هذا الاستدلال بمنع صدق الاعتداء لغه و عرفاً على الإلتلاف عن غير عمد و اختيار، نحو الإلتلاف في حال النوم و في الحادثات و التصادفات.

نعم: الآيه الشريفه تشمل كلاً من الحكمين: التكليفي و الوضعي و لا تختص بالحكم التكليفي كما مرّ مرارا خلافاً لبعض أساتيدنا (٥) قدس سره .

و بالجملة الاستدلال بالآيه الشريفه في هذا المقام لا يتم لما ذكرنا من خروج بعض موارد الإلتلاف من تحت الاعتداء.

و المراد بالإلتلاف في هذه القاعده هي الفناء و الهلاك بل الإفناء و الإهلاك، و الإفناء تارة يتعلق بذات المال كأكل المأكولات و المشروبات بمعنى ازدرادهما و بلعهما و هو الإفناء الواقعي، و أخرى يتعلق بماليتها مع بقاء ذاته كما لو غصب المثلج - أي المكان الذي يذخرون فيه الثلج - مع ثلجه في الصيف و ردّه إلى صاحبه في الشتاء بحيث لا يروون الناس ماليه للثلوج في الشتاء. و ثالثه يتعلق بمنافع المال نحو: سكنى الدار و ركوب السياره و زرع الأرض و لبس الملابس الفاخره و التزيين بالمجوهرات و الذهب. ففي كلّ ذلك يصدق

ص: ٤٠٢

١- (٥) سورة الشورى / ٤٠.

٢- (٦) سورة الأنفال / ٣٠.

٣- (٧) راجع التبيان في تفسير القرآن ٣/٤٧٦.

٤- (٨) كما في القواعد الفقيهيه ٢/٢٥ للفقيه السيّد حسن البجنوردى رحمه الله .

٥- (٩) راجع القواعد الفقيهيه ١/٤٦ لآيه الله الأستاذ الشيخ محمّد الفاضل اللنكراني رحمه الله .

الإفناء و الإلتلاف و المُتْلِفُ ضامنٌ بقاعده الإلتلاف. و حينئذ المنافع المستوفاه من المقبوض بالعقد الفاسد تدخل في قاعده الإلتلاف و المستوفى لها ضامن.

### الخامس: السيره العقلانيه

قائمه على أنّ أموال الناس محترمه و لا- تذهب هدرًا، و من استولى على مال غيره فعليه الضمان بالنسبه إلى المال و جميع مختصاته من الماليه و المنافع و غيرها. و لم يردع الشارع من هذه السيره العقلانيه فتكون دليلًا على ضمان المنافع المستوفاه. (١)

### السادس: قاعده نفى الضرر

قد تمسكوا بها لإثبات الضمان بالنسبه إلى المنافع المستوفاه بتقريب أنّ: استيفاء منفعه مال المالك و جعله مسلوب المنفعه ضرر عليه و هو منفي في الشريعه فلا بدّ من إثبات الضمان للمستوفى درء (٢) للضرر المنفي، و قد مرّت الروايات الوارده حول هذه القاعده في الدليل الرابع من البحث حول مدرّك قاعده ما يُضمن. (٣)

و فيه: أولاً: إنّ قاعده نفى الضرر ليست مسوّغه لإثبات الحكم الشرعي و إنّما هي مسوّغه لنفي الحكم الضرري، بعبارة أخرى تنفي بها الأحكام الضرريه و لا يثبت بها الحكم كما هو محقّق في محلّه.

و ثانياً: الحكم بهذه القاعده على ثبوت الضمان للمستوفى القابض ضرر عليه و القاعده لاتفي لإثبات ضرر على أحد لنفي الضرر عن غيره كما هو الواضح في محلّه.

و ثالثاً: تحصيل المنافع للمالك من قبيل المنفعه و عدم إمكان تحصيله يكون من قبيل

عدم النفع، و من المعلوم أنّ عدم المنفعه غير الضرر، و القاعده تنفي الضرر لا عدم النفع.

ص: ٤٠٣

١- (١) راجع مصباح الفقاهه ٣/١٣٠.

٢- (٢) أي: دَفَعًا.

٣- (٣) راجع هذا المجلد صفحہ ٣٤٧.

فإثبات ضمان المنافع المستوفاه بقاعده نفى الضرر لا يتم. و التفصيل يطلب من بحث الأصول.

## الجهه الثانيه: المنافع غير المستوفاه

### إشاره

إذا لم يستوف المشتري المنافع للعين التي قبضها بالعقد الفاسد فهل يضمن تلك المنافع الفائته أم لا؟ أو فيه تفصيل؟ وجوه بل أقوال:

الأول: الضمان مطلقا كما عليه المشهور و نسبه إليهم الشيخ الأعظم (١) و يظهر الاجماع على ذلك من ابن ادريس لأنه قال في آخر إجاره سرائره: «لأن المنافع عندنا تضمن بالغصب» (٢) و قال في بيعه: «البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب في الضمان» (٣) و قال فيه أيضا: «و متى ابتاع يباع فاسدا... ما انتقل عنه فهو عند أصحابنا بمنزله الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم بإمسأكه» (٤).

و كذا يظهر الإجماع على ذلك من العلامه حيث قال في التذكرة: «إن منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونه بالتفويت و الفوات تحت اليد العاديه، فلو غصب عبدا أو جاريه أو ثوبا أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منفعه سواء أتلغها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّه في يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع» (٥).

و قال الشيخ الأعظم مستندا إلى هذين الإجماعين: «... فالقول بالضمان لا يخلو من

ص: ٤٠٤

١- (١) المكاسب ٣/٢٠٤.

٢- (٢) السرائر ٢/٤٧٩.

٣- (٣) السرائر ٢/٢٨٥.

٤- (٤) السرائر ٢/٣٢٦.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨١ من الطبعة الحجريه.



و يظهر الضمان من الشيخ جعفر(٢) و سيّد الرياض(٣) و السيّد العاملي(٤) لأنّ الثلاثة الأءخيرين لم يفرقوا بين المنافع المستوفاه و غيرها.

و ذهب إلى هذا القول الفقيه اليزدي(٥) و المحقّق النائيني(٦) و الميرزا الشهيدي(٧) و السيّد الخميني(٨) و الفقيه السبزواري(٩).

الثاني: عدم الضمان مطلقا كما مرّ عن ابن حمزه(١٠) و ذهب إليه فخر المحقّقين(١١) و تبعه المحقّق السيّد الخوئي(١٢).

الثالث: الضمان إلّا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع(١٣).

و قال الشيخ الأعظم: «فالحكم بعدم الضمان مطلقا... أو مع علم البائع بالفساد موافق للأصل السليم»(١٤).

ص: ٤٠٥

- ١- (٦) المكاسب ٣/٢٠٨.
- ٢- (٧) شرح القواعد ٢/٣٤.
- ٣- (٨) رياض المسائل ٨/٢٥٣.
- ٤- (٩) مفتاح الكرامه ١٢/٥٤١.
- ٥- (١٠) حاشيه المكاسب ١/٤٦٧.
- ٦- (١١) راجع منيه الطالب ١/٢٨٢.
- ٧- (١٢) هدايه الطالب ٢/٣٠٧.
- ٨- (١) كتاب البيع ١/٣٢٢.
- ٩- (٢) مهذب الأحكام ١٦/٢٦٠.
- ١٠- (٣) الوسيله ٢٥٥/.
- ١١- (٤) ايضاح الفوائد ٢/١٩٤.
- ١٢- (٥) مصباح الفقاهه ٣/١٣٦ و ١٤٤.
- ١٣- (٦) كذلك نقل عنه الشيخ الأعظم في المكاسب ٣/٢٠٦.
- ١٤- (٧) المكاسب ٣/٢٠٥.

قال المحقق الخميني رحمه الله: «التفصيل بين كون المشتري جاهلاً مالياً بحكم الشرع مع علم البائع بالفساد و بحال المشتري، فقلنا بإمكان التمسك في مثله بقاعده الغرور لدفع الضمان حتى ضمان الإلتلاف عن المشتري و بين غيره فيكون ذلك قولاً سادساً في ضمان المنافع»(١).

أقول: الظاهر دخول ما ذكره من التفصيل أو بعض وجوهه في القول الثالث و لذا لا يتم عدّه قولاً مستقلاً في قبال بقيه الأقوال.

الرابع: التوقف في فرض علم البائع كما استظهره السيد عميدالدين(٢) من عبارته خاله العلامة في القواعد(٣) و تبعه المحقق الثاني في جامع المقاصد(٤). و الحكم بالضمان في فرض جهل البائع.

الخامس: التوقف مطلقاً كما عن الشهيد في الدروس(٥) و الفاضل المقداد في التنقيح(٦) و ثاني الشهيدين في المسالك(٧) و محتمل القواعد على ما يظهر من فخر المحققين(٨). و قال الشيخ الأعظم: «انّ التوقف أقرب إلى الإنصاف»(٩).

ص: ٤٠٦

- 
- ١- (٨) كتاب البيع ١/٣٢٣.
  - ٢- (٩) كنز الفوائد ١/٦٧٦.
  - ٣- (١٠) قواعد الأحكام ٢/٢٣٨ قال فيها: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمه و ما يتجدد من منفعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، و بدونه إشكال».
  - ٤- (١١) جامع المقاصد ٦/٣٢٤.
  - ٥- (١) الدروس ٣/١٩٤.
  - ٦- (٢) التنقيح الرائع ٢/٣٢.
  - ٧- (٣) المسالك ٣/١٥٤.
  - ٨- (٤) ايضاح الفوائد ٢/١٩٤.
  - ٩- (٥) المكاسب ٣/٢٠٧.

و أنت ترى بأنه تباينت (١) آراء الشيخ الأعظم قدس سره فى هذه المسأله فاختر الضمان مطلقا فى أوّل كلامه (٢) و استدلل له بوجهين ثم ناقش فيهما، و رجح عدم الضمان مطلقا (٣) لقيام وجه ثلاثه له، ثم جعل التوقف هو الانصاف فى المسأله (٤)، ثم فى آخر كلامه رجح القول بالضمان مطلقا مجددا (٥) و اختار أنه لا يخلو من قوه، و هذا لا يعاب عليه لحدّه ذهنه و جولان آرائه رحمه الله .

## أما الدليل على ضمان المنافع غير المستوفاه

### اشاره

فيمكن أن يستدل على الضمان و القول المشهور بوجوده:

### الأوّل: النبوى المعروف

و هو حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» و قد مرّ عدم اختصاصه بالأعيان و أنه يشمل المنافع المستوفاه و غير المستوفاه. و انصراف الأخذ إلى الاستقلالى منه بدويّ لأجل أنس الذهن إليه، و من المعلوم عدم مانعيه هذا الانصراف بالتمسك بالاطلاق. مضافا إلى أن المنافع يقع تحت اليد تبعا للعين و الاستيفاء لم يكن دخيلاً فى تحقّق النفع لا خارجا و لا مفهوما.

### الثانى: ما دلّ على حرمه مال المؤمن

بل و احترام مال المسلم أيضا يدل على الضمان لأنّ المنافع المستوفاه منها و غيرها أيضا تعدّ من الأموال ولو كانت تتبع العين و احترامها يعنى عدم جواز استيفائها للغير و

ص: ٤٠٧

١- (٦) أى: اختلفت.

٢- (٧) المكاسب ٣/٢٠٤.

٣- (٨) المكاسب ٣/٢٠٥.

٤- (٩) المكاسب ٣/٢٠٦ و ٢٠٧.

٥- (١٠) المكاسب ٣/٢٠٨.

عدم جواز التسلط على العين و عدم ذهابها هدرًا و هذا الأخير هو الحكم الوضعي أيّ الضمان.

### الثالث: مادّل على عدم حليه مال امرى ء مسلم إلا بطيب نفسه

و قد مرّت رواياته، و كما تدل على ضمان العين تدل على ضمان المنافع لأنّها من توابع العين بلافراق بين المستوفى منها و غيرها.

### الرابع: قاعده الإلتلاف

بأنّ القابض بقبضه أتلّف استيفاء المنفعة على المالك - ولو لم يستوف القابض المنفعة - فيصير ضامنا لها.

و لذا قال الفقيه اليزدى: «الاستيلاء على العين و منع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها و يصدق عليه الإلتلاف عرفًا و لذا نحكم بالضمان لها [أيّ للمنافع الفائته] في الغصب»<sup>(١)</sup>.

و لم يرد عليه ما ذكره المحقّق السيّد الخوئي من عدم صدق التفويت «إلا إذا استند الفوت إلى القابض بأن وضع يده على مال الغير و حبسه بحيث لا يتمكن مالكة من التصرف»<sup>(٢)</sup>.

و العجب منه رحمه الله تسريه هذا النقد إلى الغاصب أيضا و قال: «إنّ الغاصب إنما يضمن المنافع الفائته إذا استند فوتها إليه. أما لو استند ذلك إلى المالك فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان الغاصب في أمثال ذلك»<sup>(٣)</sup>.

لأنّه بصرف القبض و الاستيلاء فوّت القابض المنفعة على المالك و هذا التفويت يعدّ

ص: ٤٠٨

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٤٦٧.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٤٣.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٣٩.

إتلافا للمنفعه على المالك، فيكون القابض ضامنا و كذلك الأمر في الغاصب بطريق الأولى.

## الخامس: الإجماع

قد مرّ ادعاء الاجماع من ابن ادريس (١) و العلامه (٢) و استقوى الشيخ الأعظم (٣) به القول بالضمان.

و اعترض عليه الفقيه اليزدى بأن: «لاوجه للقول به [أى بالضمان] من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجيه الاجماع المنقول و عدم معلوميه الشمول للمقام» (٤).

و أجابه المحقق النائيني ب- «أنّ اختياره الضمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول مع أنّه منكر لحجتيه في الأصول، بل اعتمد على نقل الاجماع من جهة كشف اتفاق الأعلام على شمول قاعده اليد و الاحترام للمنافع» (٥).

و أشكل المحقق السيد الخوئي على استاذه ب-: «أن المصنف [الشيخ الأعظم] قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحا في صدر كلامه و حكم بعدم إمكان التمسك بهما - هنا - و معه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه» (٦).

ثم اعترض على الشيخ الأعظم بأنّه: «و إن ناقش في حجيه نقل الإجماع في فرائده (٧) إلاّ أنّه اعتمد عليه في محل البحث و غيره» (٨).

ص: ٤٠٩

١- (٤) السرائر ٢/٢٨٥ و ٣٢٦ و ٤٧٩.

٢- (٥) تذكره الفقهاء ٢/٣٨١ من الطبعه الحجريه.

٣- (٦) المكاسب ٣/٢٠٨.

٤- (١) حاشيه المكاسب ١/٤٦٨.

٥- (٢) منيه الطالب ١/٢٨١.

٦- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٤٤.

٧- (٤) راجع فرائد الأصول ١/١٧٩ و ما بعده.

٨- (٥) مصباح الفقاهه ٣/١٤٤.

أقول: الحق مع المحقق السيد الخوئي ولكن هذين الإجماعين يؤيدان ما فهمناه من القاعدتين و أنهما تشملان المنافع مطلقا المستوفاه منها و غيرها، و أما منع التمسك بالاجماع بعد كون المسأله ذات أقوال خمس فواضح (١).

### أما الدليل على عدم ضمانها فأمور:

#### الأول: قاعده ما لا يضمن

و قد مرّت تماميه هذه القاعده و حيث أنّ المنافع غير المستوفاه فى صحيح البيع لم تكن مضمونه فكذلك فى المقبوض بالعقد الفاسد. (٢)

و ما ذكره الفقيه اليزدى: «من أنّ المنافع مضمونه فى البيع حيث أنّ الثمن فى اللب يكون بملاحظتها و بإزائها، فالاندراج ممنوع، بل مقتضى أصل القاعده الضمان حيث إنّ المقام بهذا البيان مندرج فيه، لا فى العكس، فتدبر» (٣).

غير تام، لأنّ لحاظ المنافع فى البيع يكون من قبيل الدواعى و الثمن يقع بإزاء المبيع خاصه لا- منفعه كما نبه عليه المحقق الخمينى رحمه الله. (٤)

نعم: قد مرّ فى موارد نقض قاعده ما لا يضمن حيث عدّ منها: المنافع غير المستوفاه، أنّ المنافع بقسميها المستوفاه منها و غيرها تعدّ من توابع العين لا من مقوماتها - كما يستظهر من الفقيه اليزدى - فإذا كانت العين مضمونه كما فى البيع الصحيح، فتوابعها تكون مضمونه أيضا، ففى البيع الفاسد كذلك تكون مضمونه و المنافع تدخل فى أصل قاعده «ما يضمن» لا

ص: ٤١٠

١- (٦) كما فى هدايه الطالب ٢/٣٠٦.

٢- (٧) ذكرها الشيخ الأعظم رحمه الله بعنوان «قد يدعى» و لم يرد عليه فى المكاسب ٣/٢٠٥.

٣- (٨) حاشيته على المكاسب ١/٤٦٧.

٤- (١) كتاب البيع ١/٣٢٤.

فى نقيضها أو سالبها أى قاعده «ما لا- يضمن» كما اختار ما ذكرناه المحقق الخراسانى (١) و السيدان البجنوردى (٢) و الخوئى (٣).

و العجب من السيد الخوئى حيث يرى هناك دخول المبيع و منفعه فى نفس قاعده ما يضمن و يرى هنا (٤) المنافع غير المستوفاه فى نقيض القاعده أى «ما لا يضمن» و هذه مسافه الخلف بين القول و العمل.

و على هذا لا نحتاج إلى ما ذهب إليه البعض من أنّ الضمان الوارد فى المنافع غير المستوفاه يكون بالدليل الخاص و لذا يخرج من تحت قاعده ما لا يضمن، و أنّ القاعده عامّه يمكن تخصيصها، أو أنّ القاعده «سلب الاقتضاء لا اقتضاء السلب فلاتنافى ثبوت الضامن بوجود سبب» (٥) لأننا نرى أنّها تدخل فى قاعده ما يضمن.

مضافا إلى ما مرّ من أنّ مورد العقد يكون أعمّ من متعلّق العقد (أى العين فى البيع مثلاً) و متعلّق متعلّقه (و هو منافعها) وفاقا للشيخ الأعظم فيكون المنافع تدخل تبعا للعين فى أصل قاعده ما يضمن. فلا يتم من «أنّ المنافع ليست مصب العقد فهى خارجه عن القاعده موضوعا» (٦).

### الثانى: الروايات الوارده فى الجاربه المسروقه المبيعه

قد مرّت فى الدليل الثالث من أدله ضمان القابض بالنسبه إلى المقبوض بالعقد الفاسد

ص: ٤١١

١- (٢) حاشيه المكاسب ٣١/.

٢- (٣) القواعد الفقهيّه ٢/١٢٤.

٣- (٤) مصباح الفقاهه ٣/١٠٩.

٤- (٥) مصباح الفقاهه ٣/١٤٤.

٥- (٦) كما عن المحقق الخمينى فى بيعه ١/٣٢٤.

٦- (٧) كما عن المحقق الخمينى فى بيعه ١/٣٢٤.

هذه الروايات (١) و البحث حولها.

يرى الشيخ الأعظم دلالتها على عدم الضمان لأنّ: الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجارية المسروقه المبيعه الساكته من ضمان غيرها في مقام البيان (٢). مع أنّه قال قبل صفحات: «فإنّ ضمان الولد بالقيمه - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النمء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا المتلف، فافهم» (٣).

أنت ترى أنّه قدس سره ذهب هنا إلى أنّ الروايات ساكته من ضمان المنافع غير المستوفاه و أنّها في مقام بيان ضمان المنافع، مع أنّه هناك ذهب إلى أنّ ضمان الولد يكون من المنافع غير المستوفاه و إذا كانت مضمونه فضمان الأصل بطريق أولى يثبت. فكيف يجمع قدس سره بين بالنسبه إليها ساكته و بين الدليل الأولويه الماضيه. هذا أولاً.

و ثانيا: نحن ذهبنا هناك أنّ ضمان الولد في الروايات يكون من قبيل ضمان التلف الحكمي كما عليه الشيخ الأعظم، لا ضمان قاعده الإتلاف أو ضمان التسبب أو ضمان استيفاء المنافع. (٤)

فالشيخ الأعظم يرى ضمانه من قبيل ضمان التلف الحكمي، و هذا الضمان يدخل في ضمان المنافع غير المستوفاه و النسبه بينهما عموم و خصوص مطلق لأنّ جميع الضمانات الحكميه تدخل في ضمان المنافع غير المستوفاه و بعض هذه المنافع تخرج من الضمان الحكمي، فعليه أن يذهب على ما سلكه بأنّ هذه الروايات تدلّ على ضمان المنافع غير المستوفاه لا

ص: ٤١٢

١- (١) راجع وسائل الشيعه ٢٠٣/٢١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- (٢) المكاسب ٣/٢٠٥ و تبعه السيد الخوئي في مصباحه ٣/١٤٤.

٣- (٣) المكاسب ٣/١٨١.

٤- (٤) راجع ما حررته في آخر ذاك البحث، صفحه ٣٠٥ من هذا المجلد.



عدم ضمانها.

نعم: لا يتم ما يقال: بأن المنافع غير المستوفاه هي مساوية للحكمية (١) لأن التصريح بالأعميه يوجد في كلمات الفقهاء. هذا كله بناءً على ورود الروايات في مسأله المقبوض بالعقد الفاسد.

و ثالثا: الروايات وردت حول مسأله الغصب و تأخذ بها ولكن كلامنا في المقبوض

بالعقد الفاسد و ضمان منافعها الفائته و الروايات لم تدل على حكمه، و بعبارة أخرى الروايات تكون في مقام بيان حكم ضمان المغصوب لا- حكم ضمان المقبوض بالعقد الفاسد و منافعها فكيف عدّ الشيخ الأعظم أنّها في مقام بيان ضمان المنافع و لم يتعرض لحكم المنافع الفائته؟! و أعجب منه أن المحقق السيد الخوئي (٢) يرى أنّ الروايات وردت في مسأله الغصب ولكن قبل هنا استدلال الشيخ الأعظم و سبحان من لا يسهو.

اللهم إلا أن يقال: بعدم الفرق بين البائع المالك و الغاصب هنا كما يظهر من العلامه في التحرير (٣).

### الثالث: صحيحه محمد بن قيس

التي رواها المشايخ الثلاثة بأسانيد صحاح عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدّم سيدها الأوّل فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها، الحديث. (٤)

ص: ٤١٣

١- (٥) كما ذكره المحقق المروج بعنوان قد يقال راجع هدى الطالب ٣/٢٥١.

٢- (١) راجع كلامه في مصباح الفقاهه ٣/٩٠ و ١٤٤.

٣- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٤٣.

٤- (٣) وسائل الشيعه ٢١/٢٠٣، ح ١، من الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

ذهب الشيخ الأعظم رحمه الله إلى أن الصحيحه في مقام بيان ضمان المنافع «و سكت عن المنافع الفائته، فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى» (١) و تابعه المحقق السيد الخوئي (٢).

أقول: يأتي تفصيل البحث حول هذه الصحيحه في البيع الفضولي - إن شاء الله تعالى - ولكن هنا أذكر لمناقشه مقاله الشيخ الأعظم بأنه:

أولاً: الصحيحه لم تكن في مقام بيان ضمان المنافع بل كانت في مقام بيان صحه عقد الفضولي.

و ثانياً: الابن لم يكن من المنافع المستوفاه حتى على نظر الشيخ الأعظم. (٣)

و ثالثاً: عدم الضمان الوارد في الصحيحه تام لأن بعد إجازة المالك في بيع الفضولي يدخل المبيع في الملك المشتري من حين العقد فلا ضمان بالنسبه إلى المنافع مطلقاً لأنه استفاد

من منافع ملكه خلافاً للمقبوض بالعقد الفاسد فطريق الأولويه المذكوره ممنوعه.

#### الرابع: صحيحه أبي ولاد الحنات

المرويه في الكافي الشريف (٤) و المراد به هو حفص بن سالم أو يونس الثقه.

و أقول توضيحا لبعض الكلمات الوارده فيها: هبيره - المذكور فيها - هو صاحب الوليد بن عبد الملك الأموي و كان من عمالهم (٥)، و قصر ابنه كان موضعاً قريباً من الحائر

ص: ٤١٤

١- (٤) المكاسب ٣/٢٠٥.

٢- (٥) مصباح الفقاهه ٣/١٤٤.

٣- (٦) راجع المكاسب ٣/١٨١.

٤- (١) الكافي ٥/٢٩٠، ح ٦ روى أكثرها في وسائل الشيعة ١٩/١١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجاره. و التهذيب ٧/٢١٥، ح ٩٤٣ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٥/٣٩٠، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الغصب.

٥- (٢) راجع الآراء الفقهييه ٣/٣٩٦.

الشريف، ولكن في معجم البلدان(١) قال: بناه أحد ولاء العراق في عهد بني أمية قرب الكوفة.

و النيل: بلده صغيره قرب الكوفه كما في معجم البلدان(٢). وقيل: قريه بالكوفه بين واسط و بغداد و قال الشهيدى: النيل الواقع فى الواسط و يسمى فعلاً و بالحى(٣). و حكى ابن خلكان فى ترجمه ابن الحجاج الشاعر أنه فى الأصل اسم نهر حفره الحجاج بن يوسف و سماه بنيل مصر.(٤) و ما زالت بلده النيل قائمه قرب الحله.

قال الشيخ الأعظم: «و إن كان المتراءى من ظاهر صحيحه أبى ولاد اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع المستوفاه من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصه، إلا أننا لم نجد بذلك عاملاً فى المغصوب الذى هو موردها»(٥).

توضيح كلامه: ورد فى الصحيحه ضمان أبى ولاد بالنسبه إلى كرى بغل من الكوفه إلى النيل و منه إلى بغداد و من بغداد إلى الكوفه، و هذا ضمان منافع المستوفاه بحيث لو بقى أبوه ولاد أياما فى إحدى المناطق فلا شىء عليه لهذه المدّه و هذا الأخير هو منافع غير المستوفاه و الصحيحه لاتدل على ضمانها، ثم استشكل الشيخ عليه بأنّ ضمان المنافع غير المستوفاه من المغصوب يعدّ من ضروريات الفقه فلا يمكن الأخذ بهذا البيان و لم يرض الشيخ به و لذا عبر عنه «بالمترأى».

ولكن من المحتمل أن سفريات أبى ولاد حيث كانت متعدده ذهابا و ايابا صار

مجموعها خمسة عشر يوما كما هو ظاهر تعجيله المشهود فى كلامه فلا يبقى مكثا طويلاً فى

ص: ٤١٥

١- (٣) معجم البلدان ٤/٣٦٥.

٢- (٤) معجم البلدان ٥/٣٣٤.

٣- (٥) هدايه الطالب ٢/٣٠٦.

٤- (٦) كما قاله الشهيدى فى ذيل هدايه الطالب ٢/٣٠٦.

٥- (٧) المكاسب ٣/٢٠٨.

بلد حتّى يطلق عليه المنفعة الفائته ففي جميع خمسة عشر يوم - على نحو المتعارف - استفاد من منافع البغل و هو ركوبه و لذا حكم الإمام عليه السلام بضمانه بالنسبه إلى كرى هذا الأسفار، و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال. فصحيحه أبى ولاد لا تدل على عدم ضمان المنافع غير المستوفاه، و قد تعرض لشرح فقراتها المؤسس الحائرى (١) قدس سره و لعلنا سنتعرض لمقاله فى البحث الآتى - إن شاء الله تعالى - .

### الخامس: الأصل السليم

قال الشيخ الأعظم: «فالحكم بعدم الضمان مطلقا... موافق للأصل السليم» (٢).

الظاهر أنّ مراده من الأصل هو أصاله البرائه عن الضمان عند فوت المنفعه بيد المشتري و عدم وجود معارض لهذا الأصل فهو سليم عن المعارض.

و أنت ترى بعد تماميه أدله الضمان و عدم تماميه أدله عدم الضمان لم تصل النوبه إلى الأصل، لأنّ الدليل الاجتهادى على الضمان موجود. و أدله عدم الضمان لم يتم حتّى تعارضها أدله الضمان.

و على القول بعدم تماميه أدله الضمان و تماميه أدله عدم الضمان أيضا لم تصل النوبه إلى الأصل لأن الدليل الاجتهادى موجود.

لا يقال: لو كان أحدا لم ير تماميه أدله الطرفين لم تصل النوبه إلى أصل البرائه لأنّه شكّ فى المكلف به بأن وظيفه القابض أداء العين أو مثلها أو قيمتها فقط، أو بانضمام من ضمان المنافع مطلقا المستوفاه منها و غيرها و مقتضى الشك هو جريان أصل الاشتغال لا البراءه. لا سيما بعد أن نعلم بأنّ مذاق الشارع بالنسبه إلى الأموال كالدماء و الأعراض هو

ص: ٤١٦

١- (١) راجع كتاب البيع ١/١٦٠ و ما بعده، من تقريره بقلم آيه الله الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

٢- (٢) المكاسب ٣/٢٠٥.

الإحتياط، فما ذكره الشيخ الأعظم لا يتم.

لأننا نقول: قد مرّ في علم الأصول صحه جريان إصالة البراءة بالنسبة إلى الأقل و الأكثر الاستقلاليين أو الارتباطيين و الكلام هنا من القس

م الأول و الشك يكون في التكليف فتجرى البراءة - إن تصل النوبة إليها - و الله العالم.

### فرع: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس

#### إشاره

بعد القول بالضمان في المنافع الفائته في المقبوض بالعقد الفاسد، لا بأس بالتعرض إلى

فرع مهم و هو إذا حبس ظالمٌ حرّاً كسوبا فهل يضمن ما فات عنه في مدّة الحبس من العمل الذي يبذل بإزائه المال أم لا؟  
فيه قولان:

أحدهما: عدم الضمان و هو المشهور قال المحقّق الحلّي: «ولو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به لأنّ منفعه في قبضته»(١).

و قال العلامة الحلّي: «منفعه بدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات فلو قهر حرّاً و استعمله في شغل ضمن أجرته، لأنّه استوفى منفعه و هي متقومه، فلزمه ضمانها، كما لو استوفى منافع العبد.

ولو حسبه مدّة لمثلها أجره و عطل منفعه فالأقوى أنّه لا يضمن الأجره لأنّ منفعه تابعه لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه و أطرافه و لأنّ منفعه في يده، لأنّ الحر لا يدخل تحت اليد، فمنفعه تفوت تحت يده فلم يجب ضمانها، بخلاف الأموال و هو أصح و جهى الشافعيه، و الثاني أنّه يضمنها، لأنّ منفعه تتقوم بالعقد الفاسد فأشبهت منافع الأموال فقد فوّتها بحسبه فضمنها كمنافع العبد أمّا لو منعه من العمل من غير حبس فإنّه لا يضمن منفعه

ص: ٤١٧

وجها واحدا، لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحرُّ أولى»(١).

وقال المحقق السبزواري: «والمقطوع به في كلام الأصحاب أنه لو حبس صانعا حرًا مدّه لها أجره لم يضمن أجرته ما لم يستعمله لأنّ منافعه في قبضته بخلاف المملوك فإنّ منافعه في قبضه سيّده»(٢).

وقال في الجواهر معلّقاً على ما مرّ من الشرائع: «فضلاً عن غير الصانع بلاخلاف أجده فيه...»(٣).

ثانيهما: القول بالضمان و يظهر من جماعه من الأصحاب - قدس الله أسرارهم -:

منهم: المحقق الأردبيلي قال: «إذا استخدم حرًا قهراً ضمن أجرته و لا يضمن بدون الاستخدام، و إن حبسه و منعه عن الشغل الذي يحصل منه الأجره مثل إن كان صانعا يحصّل كلّ يوم شيئاً كثيراً، لأنّ منافعه لم تضمن بقبضه، لأنّه ليس بمال حتّى يكون وضع

اليد على المال بغير رضاء المالك فيضمن، فما لم يستعمل لم يضع يدا موجبا للضمان و [ليس] مال ذلك، و ما صار سبباً للضمان] و سبب الضمان منحصر في ذلك [الاستعمال أو الاستخدام]، بخلاف ما لو استعمله، فإنّه أخذ منه ماله بلاعوض، فكأنّه غضب منه مالاّ و حقاً أو أتلفه فيضمن، و لعلّه ليس لهم فيه خلاف، و إن كان لأخذ الأجره مع منع الصانع الذي لو لم يحبسه و يمنعه لحصل كذا و كذا وجه، و ذلك لدفع المفسد و دفع الضرر العظيم، فإنّه قد يموت هو و عياله من الجوع، و لا يكون عليه في ذلك مانع مع كونه ظالماً و عادياً و وجود ما يدلّ على جواز الإعتداء بما اعتدى(٤) و جزاء سيّئه سيّئه(٥) و القصاص و نحو

ص: ٤١٨

١- (٢) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٢ من الطبعه الحجريه.

٢- (٣) الكفايه ٢/٦٣٤.

٣- (٤) الجواهر ٣٧/٣٩.

٤- (١) اشاره إلى قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» [سوره البقره /١٩٤].

٥- (٢) اشاره إلى قوله تعالى: «و جزاء سيّئه سيّئه مثلها» [سوره الشورى /٤٠].

ذلك، فتأمل»(١).

وعلق عليه الوحيد البهبهاني بقوله: «ليس كذلك، بل حديث لا ضرر ولا ضرار(٢) و ما سيدكر رحمه الله أيضا دليل و سبب، مع أن عمله حقّ وله عوض قطعاً كما اعترف به، و لذلك يستحقّ بالاستخدام العوض، و يصير في الإجاره عوض الأجره المسماه، و في بعض الأوقات عوض أجره المثل، فكيف يكون ماله عوض شرعاً و عقلاً و عرفاً و عادة يتلفه و يضيّعه بلاعوض أصلاً؟!

على أنهم قالوا في عقد الإجاره بمجرد العقد ينتقل الأجره من ملك المستأجر إلى ملك المؤجر، و من حين العقد يصير كذلك بعوض انتقال المنفعه من المؤجر إلى المستأجر، و أنّ العوضين لا ينتقل كلّ واحد منهما إلى الآخر إلاّ و ينتقل الآخر منهما إلى صاحب الأوّل كما هو الحال في البيع و الصلح.

و لذلك كلّ من المتعاقدين يتسلّط على أخذ ما وقع العقد عليه قهراً و أيضا يصير عوض البضع في النكاح و عوض كلّ شيء و كلّ ملك و كلّ حقّ، و حاله حال الملك و المال في جميع الأحوال، و لا فرق بين المال و الحقّ بحسب العرف و العقل و الشرع أيضا، كما أشرنا فتأمل جيدا. و بالجمله، إن ثبت إجماع فهو و إلاّ فالأمر كما ذكر»(٣).

و قال ابن اخته سيّد الرياض: «ولو حبس صانعا) حرّاً زمانا له أجره عادتا (لم

يضمن أجرته) إذا لم يستعمله، قالوا: لأنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد تبعا سواء كان قد

ص: ٤١٩

١- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥١٣.

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٨/٣٢.

٣- (٥) حاشيه مجمع الفائده و البرهان ٦١٤/٦١٤.

استأجره لعمل قد اعتقله و لم يستعمله، أم لا. نعم، لو كان قد استأجره مدّة معينة فمضت زمن اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرّت الأجره لذلك، لا للغصب، بخلاف الرقيق لأنّه مال محض و منفعه كذلك. و ظاهرهم القطع بعدم الضمان فى صورته و به صرّح فى الكفايه، فإن تم إجماعا و إلاّ- ففيه مناقشه حيث يكون الحابس سببا مفوّتا لمنافع المحبوس لقوه الضمان فيه لا للغصب، بل لإيجابه الضرر عليه المنفى، و عليه تبّه الفاضل المقدس الأردبيلى فى الشرح... و تبعه خالى العلامه - دام ظله - فى حواشيه عليه...

أقول: و يحتمل قويا اختصاص ما ذكره الأصحاب بصوره عدم استلزام الحبس التفويت كما فرضناه، بل الفوات خاصّة. و ربما يستفاد ذلك من التذكرة حيث أنّه مع تصريحه بما ذكره الأصحاب قال فى عنوان البحث: «منفعه بدن الحر تضمن بالتفويت لا بالفوات»<sup>(١)</sup> انتهى، فتأمل.

و يظهر الفرق بين المقامين فيما لو حبسه مدّه لها أجره عادة، فإن كان لو لم يحبس لحصّيلها كان حبسه سببا لتفويتها فيضمن هنا كما ذكرناه، و إن كان لو لم يحبس لم يحصّيلها أيضا لم يكن حبسه سببا لتفويتها، و هذا مراد الأصحاب فى حكمهم بنفى الضمان فيه كما احتملناه من كلامهم<sup>(٢)</sup>.

ولكن ردّه فى الجواهر بقوله: «قلت: لا- يخفى فساد الاحتمال المزبور على من لا حظ كلمات الأصحاب بل فرضهم المسأله فى حبس الصانع كالصريح فى عدم الضمان و إن كان سببا. و المراد بالتفويت فى عبارته التذكرة الاستيفاء... على أن التسبب الذى ذكره إنّما يقتضى الضمان إذا تعلّق بتلف الأموال و منفعه الحرّ معدومه فلا يتصور التسبب لتلفها، كما

ص: ٤٢٠

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٢ من الطبع الحجرى.

٢- (٢) رياض المسائل ١٤/١٦.



أن قاعده نفى الضرر و الضرار و غيرها ممّا ذكره من الآيات لو اقتضت الضمان على وجه تشمل الفرض لأثبتت فقها جديداً، ضروره اقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله و غير ذلك ممّا عرفت عدم القول به من العامه الذين مبنى فقهم على القياس و الاستحسان فضلاً عن الإماميه الذين مبنى فقهم على القواعد المقرره الثابته عن أهل بيت العصمه [ عليهم السلام ] فلا- وجه للضمان فى الفرض كما قطع به الأصحاب (لأنّ) الحرّ لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعاً. بل (منافعه فى قبضته) كنيابه باقيه على

أصالة عدم الضمان (و) إن ظلم و أثم بحبسه أو منعه عن العمل»(١).

أقول: ستأتى أدله الضمان و الحكّم بيننا و بين صاحب الجواهر هو الدليل، و أما ما ورد فى كلام الوحيد و سيّد الرياض و خوفهما من الاجماع، لا بدّ من التنبيه على أنّ المسأله غير مطروحه فى كتب القدماء بل طرحت فى بعض الكتب الفقهيّه فقط و الشاهد عليه كلام الفقيه العاملى حيث يقول: «قوله: (ولو حبس صانعا و لم ينتفع به) هذا مقطوع به فى كلام الأصحاب كما فى الكفايه و القطع به فى الشرائع و النافع(٢) و التحرير(٣) و الإرشاد(٤) و التبصره(٥) و المهذب البارع(٦) و المسالك(٧) و الروضه(٨)، و لا قطع فى التذكرة و إنّما قال هو

ص: ٤٢١

١- (١) الجواهر ٣٧/٤٠ و ٤١.

٢- (٢) المختصر النافع / ٢٤٧.

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢٠.

٤- (٤) إرشاد الأذهان ١/٤٤٥.

٥- (٥) تبصره المتعلمين / ١٠٨.

٦- (٦) المهذب البارع ٤/٢٤٩.

٧- (٧) مسالك الأفهام ١٢/١٥٩.

٨- (٨) الروضه البهيه ٧/٢٨.

الأقوى ولا تعرّض له في غيرها فيما أجد...»(١).

## أدله الضمان

### الأول: الآيات

قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(٢) وقوله تعالى: «جزاء سيئه سيئه مثلها»(٣).

بتقريب: حبس الحر الكسوب و تفويت منافعه عليه يعدّ في الشرع و العرف و اللغه إعتداء عليه و كذا يعدّ سيئه و بحكم الآيتين يجوز المقابله بالمثل و هو هنا الضمان، و قد مرّ في البحث حول قاعده الإلتلاف دلالة الآيتين على حكم الوضعي أيضا كما استدل بهما الشيخ(٤) و ابن ادريس(٥) على تلك القاعده.

### الثاني: عمل الخرمال

عمل الحر الكسوب يكون ملكا له بالملكه الذاتيه التكوينيّه لأنّه يجوز له التصرف في نفسه و شؤونها، فهو ملك له بالملكه الاعتباريه أيضا لأنّ أقويها الملكيه التي ترجع إلى الذاتيه التكوينيّه، و كذا يكون مالا لأنّ يبذل بإزائها المال و يجوز أن يقع ثمننا في البيع أو إجاره عمله و إعطاء المال له، فإذا عمّد مالا و يوجب أحد فواته فعليه ضمانه لأنّ أحد موجبات الضمان، ضمان الفوات. و هو بعينه ضمان التلف الحكمي الذي مرّ من الشيخ الأعظم في بحث الولد و الجاربه المسروقه.

ص: ٤٢٢

١- (٩) مفتاح الكرامه ١٨/٨٤.

٢- (١٠) سوره البقره ١٩٤.

٣- (١١) سوره الشورى ٤٠.

٤- (١٢) راجع المبسوط ٣/٦٠.

٥- (١٣) راجع السرائر ٢/٤٨٠.

إن قلت: إن كان عمله يعدّ مالاً فلماذا لا يحصل به الاستطاعة في الحج؟

قلت: لأنّ المراد بالاستطاعة فيه هي الفعلية منها لا استعدادها أو قوتها كما يظهر من الروايات الواردة فيها.(١)

و الشاهد على ما ذكرناه من أنّ المنافع للحر تعدّ مالاً كلام الفقيه المتتبع السيّد العاملي حيث يقول: «و التحقيق: أنّ القول بأنّ المنافع معدومه باطل أيضاً، بل هي إمّا موجوده أو مقدّره الوجود، و لهذا عدّت مالاً و جعلت مورد العقد، لأنّ العقد لا يرد إلاّ على موجود أو ما في حكمه، و لا- ريب أنّه يجوز أن تكون الأجره ديناً، فلو لم يلحق المنفعة بالموجودات لكان في معنى بيع الدّين بالدّين، فصح لهم أن يقولوا: إنّ ملكها و هي في يده و أهمل استعمالها حتّى تلفت على ملكه فكان تلفها منه و من ماله و تكون مسأله الضرر و مسأله الأجير الخاص و غيرهما ممّا جرى بها على الأصل و لا يرد على ذلك إلاّ الإبراء و التعيين، و الجواب عنهما ممكن و الأمر هين، بل القول بأنّ المنافع معدومه إنّما هو للعامه كما حكاها عنهم في التذكرة(٢) و أطال في الردّ عليهم»(٣).

### الثالث: حديث لا ضرر

و قاعدته تثبت الضمان، لأنّ لو حبسه الظالم الحر الكسوب و لم يعطه شيئاً يوجب تضرر الحرّ و القاعده تنفيه فيثبت ضمان الحابس.

و فيه: قد مرّ مرارا عدم ثبوت الحكم الشرعي بقاعده لا ضرر لأنّها تنفي الحكم الضرري و لا تثبت بها حكماً. مضافاً إلى عدم جريانها في فرض تقابل الضررين بحيث يلزم بها إثبات الضمان على أحد الأطراف و عدم شمولها للآخر. كما مرّ.

ص: ٤٢٣

١- (١) راجع وسائل الشيعه ١١/٣٣، الباب ٨ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢/٢٩١ من الطبع الحجري - كتاب الاجاره.

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٨/٨٣.

مبنيه على بنائهم على تغريم الحابس و المانع عن عمل الحرّ الكسوب كما أنت تشاهدها في الأحكام الصادره من المَحكمات الدوليه و المّليه.

و السيره عامه لا تختص بالمانع فقط كما يظهر الاختصاص من ظاهر كلام المحقق الخوئي(1) قدس سره .

و لم يصل رادع عن هذه السيره إلا ادعاء الإجماع على عدم الضمان، و قد عرفت وجود المخالف مع عدم طرح المسأله في كلمات القدماء من الإصحاب - قدس الله اسرارهم - .

### الخامس: عدم الفرق بين المسألتين لبأ

أعنى هذه المسأله و مسأله لو استأجر الحرّ لعمل فاعتقله في ذاك الزمان الخاص بالعمل و لم يستعمله فيه و بذل الأجير نفسه للعمل فهل يستقر الضمان على المؤجر المعتقل أم لا؟ في المهذب البارع(2) ذهب إلى استقرار الأجره قولاً واحداً و نقل في جامع المقاصد(3) عن حواشي الشهيد «لا نزاع فيه [أى في ضمان الأجره]» و في الكفايه: «و قال بعضهم: لو استأجره مدّه معينه فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرّت الأجره و هو غير بعيد»(4). و هذا القول أى استقرار الأجره في هذه المسأله الأخيره هو اختيار العلّامه في إجاره التذكره(5) و ثاني الشهيدين في إجاره المسالك(6) و قوّاه الأردبيلي في مجمع

ص: ٤٢٤

١- (١) راجع مصباح الفقاهه ٢/٣٦.

٢- (٢) المهذب البارع ٤/٢٥٠.

٣- (٣) جامع المقاصد ٦/٢٢٢.

٤- (٤) الكفايه ٢/٦٣٥.

٥- (٥) تذكره الفقهاء ٢/٣٢٦ من الطبع الحجرى.

٦- (٦) المسالك ٥/١٩٤.

ولكن تنظر في استقرار الضمان في فرض عدم تعيين الوقت الخاص في القواعد(٢)، و لا ترجيح أيضا في غضب التذكرة(٣) و الإرشاد(٤) و غايه المراد(٥)، و اختيار عدم

استقرارها في الشرائع(٦) و التحرير(٧) و جامع المقاصد(٨) و تعليق الإرشاد(٩) و المسالك(١٠) و الروضه(١١) كما في المفتاح(١٢).

قد ظهر لك أن هناك فرعين بل ثلاثه فروع:

الأول: لو استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله ففي استقرار الأجره حيثئذ وجوه، ذهب بعض إلى استقراره، و بعض إلى عدمه، و تنظر في الاستقرار بعض، و لا ترجيح في كلام بعضهم فهذا الفرع محل خلاف بين القوم.

الثاني: نفس الفرع الأول بالإضافة إلى تعيين زمن معين لعقد الإجاره و هو بعينه

ص: ٤٢٥

- ١- (٧) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥١٤.
- ٢- (٨) قواعد الأحكام ٢/٢٢٣.
- ٣- (٩) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٢ من الطبع الحجرى.
- ٤- (١٠) إرشاد الأذهان ١/٤٤٥.
- ٥- (١١) غايه المراد ٢/٣٩٦.
- ٦- (١) الشرائع ٣/١٨٥.
- ٧- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢١.
- ٨- (٣) جامع المقاصد ٦/٢٢١.
- ٩- (٤) حاشيه الإرشاد للمحقق الثاني في موسوعه آثاره ٩/٤٧٦.
- ١٠- (٥) المسالك ١٢/١٥٩.
- ١١- (٦) الروضه البهيه ٧/٢٨.
- ١٢- (٧) مفتاح الكرامه ١٨/٨٠.

زمن اعتقاله، ففي هذا الفرع يقولون باستقرار الأجره قولاً واحداً كما مرّ عن المهذب البارع.

الثالث: لو استأجره لقلع ضرسه فبرئ بعد أن مضت مدّه يمكنه القلع فيها باذلاً-الأجير نفسه و إنّما كان التأخير من جانب المستأجر، قالوا: بضمان الأجره عليه.

قال السيد العاملی: «و موضع الإجماع ما إذا تعلقت الإجاره بالزمن المعين بل نقول: إنّ العقد موجب للعوضين و قد بذل هذا عوضه فيلزم الآخر العوض الآخر كما في نفقه الزوجه و المهر فإنّها تجب لها النفقه إذا مكنت من نفسها و إن لم يستمتع بها، كما يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلّمت المهر، بل قالوا: أنّه يضمن الأجره لو استأجره لقلع ضرسه... و إنّما كان التأخير من جانب المستأجر فينقطع الأصل بذلك، و القاعده القائله بأنّ منافع الحرّ لا تضمن لا تتناول محلّ النزاع، فليتأمل جيّداً»(١).

و قال في الجواهر في ذيل الفرع الثاني: الحججه بعد اقتضاء عقد الإجاره ملك الثمن، و عدم الاستيفاء إنّما كان لتقصير من المستأجر و قد فات الزمان و الأصل عدم بطلانها، كما أن الأصل عدم قيام غير الزمان الذي هو متعلّق العقد مقامه. و لعلّ مثله ما قيل من أنّهم ذكروا قرارها أيضا فيما لو استأجره لقلع ضرسه فبرأ بعد أن مضت مدّه يمكنه القلع فيها باذلاً

الأجير نفسه فيها و إنّما كان التأخير من جانب المستأجر و ذلك لما عرفت من اقتضاء العقد ملك الأجره على الوجه الذي سمعته و الفرض لم يبق محلّ للعمل. و الأصل عدم الانفساخ و عدم قيام غير متعلّق العقد مقامه، فهو حينئذ كالأجير الخاص و كذا ما كان مثله، إذ ليس لقلع الضرس خصوصيه»(٢).

أقول: الظاهر أنّ مسأله قلع الضرس حيث لم يرد فيه زمن خاص يدخل في الفرع

ص: ٤٢٦

١- (٨) مفتاح الكرامه ١٨/٨١.

٢- (١) الجواهر ٣٧/٤١.

الأول - لا الثاني - و القائلين بعدم استقرار الأجره فيه لماذا حكموا بالضمان هنا؟

و عقد الإجاره لا- يفيد فى الفرق بين الأوليين، لأنّه فيهما موجود و المستأجر فيهما لا يفيد فكيف صار عقد الإجاره الفارق بينهما؟!

ثم ما الفرق بين الفرع الأول و الثالث حيث حكموا بالضمان فى الثالث و بعدمه فى الأول.

الظاهر - و الله العالم - عدم الفرق بين الفروع الثلاثه و نحكم بالضمان فى الجميع و نذهب إلى بطلان القاعده المدعاه بأنّ منافع الحرّ لا تضمن و أنّ منافع الحرّ حيث يكون مالاً فيكون مضمونا و حكمهم بالضمان فى فرعى الثانى و الثالث على القاعده كما مرّ من المفتاح (1) و كذا حكم القائلين بالضمان فى الفرع الأول.

و كذا يظهر ممّا مرّ عدم تماميه القول بعدم الضمان أو عدم الترجيح أو التنظر فى الفرع الأول أيضا.

و الحاصل: أن منافع الحر مضمونه فيثبت به الضمان فى جميع الفروع الثلاثه الماضيه كما عليه المحقّقون الأردبيلى و الوحيد و سيّد الرياض - كما مرّت كلماتهم - و المروج (2) قدس سرهم و الحمد لله.

#### الخامس: ضمان المثلى يكون بالمثل

#### تمهيد: فى خلاف ابن الجنيد الإسكافى

قال الشيخ الأعظم: «إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلاخلاف إلا ما يُحكى عن ظاهر الإسكافى» (3).

ص: ٤٢٧

١- (٢) مفتاح الكرامه ١٨/٨٣.

٢- (٣) هدى الطالب ١/ (٨٥-٧٥)

٣- (٤) المكاسب ٣/٢٠٩.

ثم قال بعد ثلاثين صفحة من الطباعة الحديثه في الأمر السابع: «لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حُكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمه»<sup>(١)</sup>... ثم أضاف إليه: «و كيف كان فقد حُكى الخلاف في ذلك عن الإسكافي و...»<sup>(٢)</sup>.

و أنت تعلم بأنّ كتاب الشيخ الجليل أبي علي ابن الجنيد الإسكافي رحمه الله المسمى ب- «الأحمدى في الفقه المحمّدي» مفقود و وصل إلينا منه ما نقل عنه العلامة الحلّي رحمه الله في مختلف الشيعة و هو ينقل كلامه هنا هكذا: «قال: ابن الحنيد: «فإن استهلك الغاصبُ العينَ المغصوبه كان ضامنا لها لصاحبها، إمّا أرفع قيمه كانت لها منذ يوم غضبها إلى أن هلكت، أو المثل لها إن اختار صاحبها ذلك»، و هذا يشعر بإيجاب أحد الأمرين في المثلي»<sup>(٣)</sup>.

و الشهيد في غايه المراد اختصر هذا البيان من ابن الجنيد و قال في خلافه مع القوم: «إن تلف المغصوب ضمن قيمته أو مثله إن رضى صاحبه»<sup>(٤)</sup>.

و الشيخ الأعمش رحمه الله حمل «المغصوب» في كلامه إلى الأعم من المثلي و القيمي و لذا عدّ الإسكافي مخالفا في ضمان المثلي بالمثل - كما مرّ - و القيمي بالقيمه، لحكمه بضمان القيمه مطلقا إلا مع رضا المالك بالمثل.

و أما جماعه من الأصحاب فقد حملوا كلامه «المغصوب» على خصوص القيمي فقط نحو: الشهيد قال بعد نقل كلامه: «و لعلّه يريد القيمي»<sup>(٥)</sup> و مال إليه الأردبيلي بعد نقل قول

ص: ٤٢٨

١- (١) المكاسب ٣/٢٤٠.

٢- (٢) المكاسب ٣/٢٤٢.

٣- (٣) مختلف الشيعة ٦/١٣١.

٤- (٤) غايه المراد ٢/٣٩٨.

٥- (٥) غايه المراد ٢/٣٩٨.



الشهيد: «و العبارة صالحه فالحمل عليه أولى»<sup>(١)</sup>. و إن صح هذا الحمل فإنه مخالف في القيمي فقط لا في المثلي.

و تابعهم المحقق السيد الخوئي و لذا ذهب إلى وقوع السقط في عبارته الشيخ الأعظم «فكأنه قال: إذا تلف المبيع فإن كان مثليا و جب مثله و إن كان قيميا و جب قيمته بلاخلاف في ذلك بين الأصحاب إلا عن الإسكافي، فإنه حكم بضمان المثل في القيمي أيضا»<sup>(٢)</sup>.

ولكن الصحيح عدم وقوع السقط في كلام الشيخ الأعظم لما مرّ من أنه حمل المغصوب في كلام الإسكافي على الأعم كما أنّ خلافه في ضمان المثلي بالمثل المذكور في كلمات الأصحاب نحو: العلامة قال في مختلف الشيعة «مسألة: قد بينّا الخلاف في الواجب على الغاصب إذا تلف العين و بينّا أنّ المختار عندنا إيجاب المثل في المثلي، فإن تعذر فقيمته يوم الإقباض و القيمه يوم التلف، ثم تعرض لخلاف ابن الجنيد الذي مرّ و قال: [و الوجه ما قلناه أوّلاً»<sup>(٣)</sup>.

و الشهيد في غايه المراد قال قبل نقل مقاله ابن الجنيد: «أطبق الأصحاب على ضمان المثلي... إلا ما يظهر من كلام ابن الجنيد فإنه قال:....»<sup>(٤)</sup>.

و الأردبيلي في مجمع الفائده قال: «و يمكن أن يكون قول ابن الجنيد اشاره إلى أنّ تحقيق المثل لا يمكن و حينئذ ما يلزمه إلا القيمه ولكن إن رضی الغريمان يجوز أخذ المثل و

ص: ٤٢٩

١- (٦) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٢٧.

٢- (٧) مصباح الفقاهه ٣/١٤٦.

٣- (١) مختلف الشيعة ٦/١٣١.

٤- (٢) غايه المراد ٢/٣٩٨.

الاكتفاء به الله يعلم»(١).

و كذا نقل عن الشهيد في مفتاح الكرامه(٢) و لم يعترض عليه.

و العمده عدم العبره بهذا الخلاف كما قال المحقق الثاني: «هذا الخلاف يكاد يكون مضمحلًا لا يلتفت إليه»(٣).

ثم بعد تقديم هذا التمهيد يقع البحث في ضمن مقامات:

### المقام الأول: تعريف المثلى

#### اشاره

اختلفت كلمات الأصحاب في تعريفه أحصى لك بعضها:

#### أ: تعريف المشهور

«و هو ما تتساوى قيمه أجزائه» كما عليه الشيخ في الخلاف(٤) و المبسوط(٥) و ابن زهره في الغنيه(٦) و ابن ادريس في السرائر(٧) و المحقق في الشرائع(٨) و النافع(٩) و تلميذه

الفاضل الآبي في كشف الرموز(١٠) و العلامه في القواعد(١١) و التذكره(١٢) و التحرير(١٣)، و ابن

ص: ٤٣٠

- ١- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٢٦.
- ٢- (٤) مفتاح الكرامه ١٨/١٣٧.
- ٣- (٥) جامع المقاصد ٦/٢٥٢.
- ٤- (٦) الخلاف ٣/٣٩٦.
- ٥- (٧) المبسوط ٣/٥٩ و ٦٠.
- ٦- (٨) غنيه النزوع ٢٧٨.
- ٧- (٩) السرائر ٢/٤٨٠.
- ٨- (١٠) الشرائع ٣/١٨٨.
- ٩- (١١) المختصر النافع ٢٤٨.
- ١٠- (١) كشف الرموز ٢/٣٨١.
- ١١- (٢) قواعد الأحكام ٢/٢٢٦.
- ١٢- (٣) تذكره الفقهاء ٢/٣٨١ من الطبع الحجرى.



فهد الحلي في المهذب البارع (١) و المقتصر (٢)، و الفاضل المقداد في التنقيح الرائع (٣) و ابن العشير في بهجه خاطر (٤).

و في التنقيح (٥) و مسالك (٦) ثاني الشهيدان و كفايه (٧) السبزواري و حدائق البحراني (٨) و رياض (٩) السيد الطباطبائي: «أنه المشهور».

و قد زاد الشيخ في المبسوط (١٠) و ابن زهره في الغنيه (١١) و العلامه في التذکره (١٢) بعد التعريف المذكور التمثيل بقولهم: كالحنظه و الشعير و غيرهما من الحبوب و الأدهان و ما أشبه ذلك. كما نقل جُلّ ذلك الفقيه العاملی في مفتاح الكرامه (١٣).

الشيخ الأعظم فسّر التعريف بأن «المراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقه و المراد بتساويها من حيث القيمه» (١٤).

ص: ٤٣١

١- (٥) المهذب البارع ٤/٢٥١.

٢- (٦) المقتصر ٣٤٢/.

٣- (٧) التنقيح الرائع ٤/٦٩.

٤- (٨) بهجه خاطر و تزّه الناظر ١٢٢/.

٥- (٩) التنقيح الرائع ٤/٦٩.

٦- (١٠) المسالك ١٢/١٨٢.

٧- (١١) الكفايه ٢/٦٣٩.

٨- (١٢) الحدائق ١٨/٤٧٠.

٩- (١٣) رياض المسائل ١٢/٢٣.

١٠- (١٤) المبسوط ٣/٦٠.

١١- (١٥) الغنيه ٢٧٨/.

١٢- (١٦) تذکره الفقهاء ٢/٣٨١.

١٣- (١٧) مفتاح الكرامه ١٨/١٣٨.

١٤- (١٨) المكاسب ٣/٢١٠.

و كذا قبله قال فى الجواهر: «و لعل المراد تساوى قيمه أجزاء الصنف من النوع منه،

بل الأشخاص من الصنف، بل على أن يكون ذلك التساوى من حيث الذات لا-الاتفاق و حينئذ فالمن من شخص الحنطه الخاصه مثلاً و الدهن الخاص مثلاً قيمه أجزاءه متساويه...»(١).

مراده من الأجزاء هو الأفراد و الجزئيات التى تصدق عليها طبيعه واحده، لا أن المراد من لفظ الأجزاء هو الفرد و مثليته بلحاظ تساوى أجزاءه معه. فالمثلى هو ما تتساوى قيمه أفراده و لا عبره بتساوى قيمه أجزاءه، فلا يرد على التعريف ما حكاه الشهيد الثانى من الاعتراض عليه بقوله: «إن أريد بالأجزاء كل ما تركب عنه الشىء فيلزم أن لا تكون الحبوب مثليه، لأنها تتركب من القشور و الألباب و القشر مع اللب مختلفان فى القيمه و كذا التمر و الزبيب لما فيهما من النوى و العجم، و إن أريد بالأجزاء التى يقع عليها اسم الجملة، فيلزم أن لا تكون الدراهم و الدنانير مثليه لما يقع فى الصحاح من الاختلاف فى الوزن، و فى الاستداره و الإعوجاج و فى وضوح السكه و خفائها و ذلك ممّا يؤثر فى القيمه»(٢).

و يرد على إشكال الدراهم و الدنانير بأن موضوع المثليه فيهما هو خصوص النوع الصحيح و هو الذى تكون سَكَّتَه و هيئته محفوظه. لا الأعم منه و المكسور و المعيوب حتى يرد عليه الإشكال و هذا مراد الشيخ الأعظم بقوله: «إن الدرهم مثلى بالنسبه إلى نوعه و هو الصحيح... و من هنا يظهر أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد بل كل صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبه إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف»(٣).

فعلى ما ذكرناه لا يرد اعتراض المحقق الأردبيلي على المشهور حيث يقول: «أنه إن

ص: ٤٣٢

١- (١) الجواهر ٣٧/٨٩.

٢- (٢) المسالك ١٢/١٨٢.

٣- (٣) المكاسب ٣/٢١٠ و ٢١١.

أريد التساوى بالكليه، فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعرّف إذ ما من شىء إلا و أجزاءه مختلفه فى القيمه فى الجمله مثل الحنطه و الشعير و جميع ما قيل أنه مثليّ، فإنّ حنطه طغارها يساوى عشرين و الآخر عشر شاهيات و بالجمله التفاوت معلوم، و إن أريد التساوى فى الجمله فهو فى القيمى أيضا موجود مثل الأرض و نحوها، و إن أريد مقدارا خاصا فهو حواله إلى المجهول»(١).

لأنّ المراد بالمثلّى كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد بل كلّ صنف من أصناف نوع

واحد مثليّ بالنسبه إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف كما مرّ من الشيخ الأعظم و لعلّ إلى هذا البيان أشار الأردبيلى بقوله: «... و يؤيده أنه على تقدير ثبوت كون المثلّف مثليا مثل الحنطه لا يؤخذ بها كلّ حنطه، بل مثل ما تلف عرفا و قيمه، مثل سن الجمل بمثله من الجمل، و الأعلى بمثله لا بالآخر، و كذا فى غيره، فيمكن إن أراد ذلك مع المساواه فى القيمه فإذا كان ثوبا مثل ثوب آخر فى اللون و القماش و بقيمته يكون ذلك المثل، و كذا الفرس العتيق خاص يكون تحته خاص، و قيمته متعينه يكون مثلها بمثلها و هكذا، و عليه يحمل ما فى الكتاب و السنه و الإجماع»(٢).

و علّق الوحيد البهبهانى على عبارته الأولى «التفاوت معلوم» بقوله: «التفاوت المتعارف المعتدّ به عند أهل العرف أى ما يكون متساوى الأجزاء عرفا يكون مثليا و غير المتساوى كذلك غير مثلي، فتأمل...»(٣).

و ذكرها صاحب الرياض(٤) فى كتابه تضعيفا على كلام الأردبيلى.

ص: ٤٣٣

١- (٤) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٢٢.

٢- (١) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٢٦.

٣- (٢) حاشيه مجمع الفائده و البرهان /٦٢٠.

٤- (٣) رياض المسائل ١٤/٢٥.

أقول: يأتي تعريف الوحيد للمثلى فى ذكر بقيه تعريفات المثلى فانتظر.

و ردّ صاحب الجواهر الأردببلى فى عبارته الأولى و قال: «قلت: قد عرفت أنّ المراد المساواه فى غالب ما له مدخلية فى المالىه، و تفاوت أفراد الحنطه و إن كان معلوماً إلاّ- إنك قد عرفت المساواه فى أشخاص الأصناف، و لا يكفى الاتحاد فى اسم النوع المنافى لقاعده لا ضرر و لا ضرار و لغيرها»(١).

ثم استشكل الشيخ الأعظم على تفسيره لتعريف المشهور بأمرين:

الأول: «إنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلى على جنس الحنطه و الشعير و نحوهما...»(٢).

مراده: أن تفسير تعريف المشهور بأن مدار المثليه على الصنف مخالف لظاهر المشهور لأنهم يُطلقونه على الجنس لا الصنف كما يظهر من تمثيل الشيخ للمثلى حيث يقول: «كالحبوب و الأدهان و التمور و الأقطان و الخلول التى لا ماء فيها و الأثمان و نحو هذا كلّ له

مثل...»(٣).

الثانى: هذا التفسير من التعريف المشهور إمّا غير جامع للأفراد أو غير مانع للأغيار، لأنه «إن أُريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث قيمه تساويا حقيقيا فقلّ ما يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع»(٤) فحينئذ يخرج كثير من المثليات و التعريف لا يكون جامعا للأفراد.

«و إن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث قيمه و إن لم يتساو حقيقه، تحقّق

ص: ٤٣٤

١- (٤) الجواهر ٣٧/٨٩.

٢- (٥) المكاسب ٣/٢١١.

٣- (١) المبسوط ٣/٦٠.

٤- (٢) العبارة من الشيخ الأعظم فى المكاسب ٣/٢١٢.

ذلك في أكثر القيميات»<sup>(١)</sup> فحينئذ يدخل كثير من القيميات فلا يكون التعريف مانعا للأغيار.

ثم تعرض الشيخ الأعظم لدفع الإشكال الأخير - وهو «تحقق ذلك في أكثر القيميات» - بإجابه صاحب الجواهر عنه في قوله: «و لا- يرد النقض بالثوب أو الأرض الذى يمكن دفعه بعدم غلبه ذلك فيهما، و فرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب إطراد قواعد الشرع»<sup>(٢)</sup>. و قد مرّ عبارته الأخرى في اعتراضه على الأردبيلي.

ثم يلاحظ عليه بقوله: «ثم لو فرض أنّ الصنف المتساوى من حيث القيمة في الأنواع القيمية عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثليه لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف...»<sup>(٣)</sup>.

مراده: أنّه يكفى في عدم الإطراد، التساوى في القيميات ولو نادرا.

و يرد عليه: «لو فهم التقييد بالغالب ولو من قرينه حكمهم بضممان المثلى بالمثل الذى يبعد جدّا تنزيهه على النادر كفى ذلك في إصلاح إطراد التعريف». كما تبه عليه السيد الحكيم<sup>(٤)</sup> رحمه الله .

أقول: ولكن يمكن أن يجاب عن إشكالى الشيخ الأعظم بأنّ مرادهم أنّ إطلاق الحنطه و الشعير و نحوهما في كلمات الأصحاب منصرفٌ إلى صنفها لا جنسها و إلا لا يتم تساوى القيمة.

و عن الثانى: بأنّ التعاريف كلّها شرح الاسم و ليس بتعريف حقيقى لا على نحو الحدّ

التام و لا حتّى على نحو الرسم الناقص، و حيث أنّ التعريف يصدق غالبا يكفى و خروج

ص: ٤٣٥

١- (٣) العبارة من الشيخ الأعظم في المكاسب ٣/٢١٢.

٢- (٤) الجواهر ٣٧/٨٩.

٣- (٥) المكاسب ٣/٢١٣.

٤- (٦) نهج الفقاهه ٢٣٣/.



موارد نادرا لا يضر كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله ، فحينئذ يمكن الأخذ بتعريف المشهور.

ولا- يرد على ما بيّناه إشكال المحقق الخراساني على تعريف المشهور بأنه: «لا يعمّ كثيرا من المثليات مثل المسكوكات و سائر  
المصنوعات المشتبهات كالساعات و الظروف و الآلات الفرنجية حيث أنّ كلّ واحد منهما يكون مثلثا و ليس ممّا يتساوى أجزائه  
بحسب القيمة»<sup>(١)</sup>

ثم حيث لم يتم تعريف المشهور عند الشيخ الأعظم فلا بد له من التعرض لسائر التعاريف:

### ب: تعريف العلامة في التحرير

عرّفه بأنه «ما تماثلت أجزاؤه و تقاربت صفاته»<sup>(٢)</sup>.

و هذا التعريف مساوٍ لتعريف المشهور بناءً على تفسير الشيخ الأعظم له بتساوى أفراد الصنف لا النوع و الجنس، و أخصّ منه بناءً  
على ظاهره من تساويهما في الحقيقة النوعية كما في هدى الطالب<sup>(٣)</sup>.

### ج: تعريف الشهيد في الدروس

أنّه «المتساوى الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات»<sup>(٤)</sup>.

و اختاره ثانياً الشهيدان في الروضة<sup>(٥)</sup> و قال في المسالك: «أقرب التعريفات إلى

ص: ٤٣٦

١- (١) حاشية المكاسب / ٣٥.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥٢٩.

٣- (٣) هدى الطالب ٣/٣١١.

٤- (٤) الدروس الشرعية ٣/١١٣.

٥- (٥) الروضة البهية ٧/٣٦.

السلامه تعريف الدروس»(١). و تبعه فى الأقربيه السبزوارى فى الكفايه(٢).

و اعترض عليه فى جامع المقاصد بقوله: «و هذا لا يكاد يخرج الثوب»(٣) و زاد فى المجمع: «و يمكن أن يقال: بل الأرض و بعض ما تقدم مع زياده إبهام التساوى فإنه غير معلوم فى أى شىء و كذا تقارب الصفات»(٤).

قال المحقق القمى: «و لعل المنفعه فى كلامه عطف على القيمه المقدره، يعنى المتساوى الأجزاء فى القيمه و المنفعه. و يمكن أن يكون نظره فى زياده المنفعه إلى إخراج مثل الحنطه و الحمص معا إذا تساويا فى القيمه، و قيل: النوع الواحد فى تعريف المشهور يكفى عن ذلك، و فى زياده تقارب الصفات إلى ملاحظه الأصناف كما ذكرنا»(٥).

أقول: و العجب منه قدس سره أنه زاد فى التعريف القيمه ثم استشكل عليه بتساوى قيمه بعض الأجناس ثم يأتى بما فى التعريف من المنفعه لدفع إشكاله و ما هذا إلا حده ذهن المحقق القمى و ليس بتفسير لتعريف الشهيد فى الدروس.

و قال فى الجواهر: «بل هو [تعريف الدروس] فى الحقيقه كشف لتعريف المشهور، لا أنه تعريف آخر و إن توهمه غير واحد، بل لعله المراد من تعريفه له فى غايه المراد [الآتى] أيضا...»(٦).

بل أنه أخص من التعريف المتقدم حيث أخذ فيه مع تساوى الأفراد تساويها فى

ص: ٤٣٧

١- (٦) المسالك ١٢/١٨٣.

٢- (٧) الكفايه ٢/٦٤٠.

٣- (٨) جامع المقاصد ٦/٢٤٤.

٤- (٩) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٢٥.

٥- (١) جامع الشتات ٢/٣٠٠ من طبع الحروفى و نقل عنه فى هدى الطالب ٣/٣١٢.

٦- (٢) الجواهر ٣٧/٩٠.

**د: تعريف الشهيد فى غايه المراد**

قال فى تعريف المثلى: «و هو ما تتساوى أجزاءه فى الحقيقه النوعيه»(٢).

وقال ثانى الشهيدین معلقا عليه: «و مرجعه إلى ما يكون اسم الكثير و القليل منه واحدا كالماء و الدبس و الحنطه و ينتقض بالأرض»(٣).

أقول: توضیح ثانى الشهيدین رحمه الله و نقضه مأخوذاً من أحد التعاريف الوارده فى جامع المقاصد حيث يقول: «و ربّما ضبط بأنّ المثلى ما يكون اسم الكثير و القليل منه واحدا كالماء و الدبس و الدهن و نُقض بالأرض»(٤).

و قرّر السيد العاملى هذا الإشكال بقوله: «إذ الظاهر صدقه على ما تقدّم من الأرض و الثوب و نحوهما، مع إشكال تحقيق الاتفاق فى الحقيقه النوعيه و مرجعه إلى ما يكون اسم

القليل و الكثير منه واحدا كالماء و الدبس»(٥).

و أجاب عنه فى الجواهر بقوله: «على معنى إرادته التساوى المزبور [أى المتساوى الأجزاء و المنفعه أو المساواه فى أشخاص الأفراد]، لا أنّ المراد به الاتحاد فى اسم القليل و الكثير منه كالماء و الحنطه كى يرد عليه الانتقاض بالأرض»(٦).

أقول: جواب صاحب الجواهر تام و التعريف قريب من تعريف المشهور بناءً على

ص: ٤٣٨

١- (٣) إرشاد الطالب ٢/١٦٧.

٢- (٤) غايه المراد ٢/٣٩٨.

٣- (٥) المسالك ١٢/١٨٣.

٤- (٦) جامع المقاصد ٦/٢٤٤.

٥- (١) مفتاح الكرامه ١٨/١٤١.

٦- (٢) الجواهر ٣٧/٩٠.

أنَّ المراد بالحقيقه النوعيه هو الصنف الخاص - كما فسره صاحب الجواهر - لا النوع و الجنس فحيئنذ لا يتم ما ذكره شيخنا الاستاذ قدس سره في إرشاده: «و هذا أعم من التعريف المتقدم حيث أنَّ هذا يعم جميع المثليات و القيميات فإن الأفراد فيهما مشتركه في الحقيقه النوعيه»(١).

### ذ: تعريف الوحيد البههاني

قال: «المثلي ما تعارف تحقّق المثل له بحيث يساويه و يماثله في الطبيعه و المميّز النوعي و الصنفي و هو أقرب إليه من كلّ جنس و إن كان مثل الدرهم و الدينار، فتأمل»(٢).

و نقل عنه في الرياض(٣) و عن الرياض في الجواهر(٤) و حملة الأخير على تعريفه الآتي.

و اختاره المحقّق الخميني و قال: «ما هو له مثل عاده كالحبوبات و لا يلاحظ فيه الشاذ النادر، فما لا مثل له عاده ليس بمثلي و إن وجد نادراً»(٥) ثم عدّ من أوضح مصاديق المثلي منتوجات المعامل الحديثه.

### ر: تعريف صاحب الجواهر

قال: «و بالجملة فالمراد من التعاريف واحد، و هو التساوي الذاتي في غالب ما له مدخلية في الرغبه و القيمه، و أن يكون ذلك غالباً في أفراد الأصناف لا اتفاقاً، بل لعلّه المراد أيضاً ممّا في الإرشاد و شرحه الإسعاد لبعض الشافعيه من تعريفه بأنّه «ما أمكن ضبطه

ص: ٤٣٩

١- (٣) ارشاد الطالب ٢/١٦٧.

٢- (٤) حاشيه مجمع الفائده و البرهان ٦٢٠/٦٢٠.

٣- (٥) رياض المسائل ١٤/٢٦.

٤- (٦) الجواهر ٣٧/٩١.

٥- (٧) كتاب البيع ١/٣٣٢.

بكيل أو وزن و جاز السّلم فيه»، بل لعلّه المراد أيضا ممّا حكاه في الرياض عن خاله...»(١).

وقال أيضا: «إنّ المراد بالمثل في كلامهم هو الذي له مثل بمعنى أنّه مساوٍ له في جميع ما له مدخله في ماله من صفاته الذاتيه لا العرضيه كالمكان و الزمان على وجه يكون غالبا في صنفه و ما عداه قيمي، فتأمل فإنّه جيد»(٢).

### ز: تعريف المحقق الخراساني

قال بعد المناقشه في تعريف المشهور: «فالأولى تعريفه بما كثر أفراده التي لا- تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفه بحسب الرغبات»(٣).

### ص: تعريف الفقيه اليزدي

قال: «فإنّ المثل حينئذ ماله مماثل في الأوصاف و الخصوصيات التي تختلف بها الرغبات و تتفاوت بها القيم قلّه و كثرة فكلّ ما كان كذلك غالبا فهو مثليّ و كلّ ما لم يكن كذلك فهو قيميّ و لا الاعتبار بالنادر و هذا يختلف بحسب الأزمان و البلدان و الكيفيات...»(٤).

### ض: تعريف المحقق الإيرواني

قال: «... و الأحسن أن يعرّف المثل بما تشابهت أفراده و جزئياته في الصوره و الصفات، اللازم منه التساوى في الرغبات، اللازم منه التساوى في الماليه، و على هذا فجنس الحنطه المختلف الأنواع و الأصناف اختلافا فاحشا إن لم يكن مثليا صادقا عليه التعريف

ص: ٤٤٠

١- (١) الجواهر ٣٧/٩١.

٢- (٢) الجواهر ٣٧/٩٤.

٣- (٣) حاشيه المكاسب ٣٥.

٤- (٤) حاشيه المكاسب ١/٤٦٩.

فأصنافه النازله مثليه البتة»(١).

### ط: تعريف المحقق النأيني

أخذ قدس سره فى تعريف المثلئ أربعه قيود:

الأول: أن يكون تساوى الصفات والآثار بحسب الخلقه الإلهيه كالحبوب و أمأ ما كان متساويا بحسب الصنائه البشريه فهو محل خلاف.

الثانى: أن لا يتغير بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالخضروات و الفواكه و كل ما يفسد

من يومه فإنه أيضا محل خلاف فى كونه مثلئ أو قيمئ.

الثالث: أن يكون مماثله كثيرا مبذولا [موجودا].

الرابع: أن يكون تماثل الصفات موجبا لتماثل القيمه و تقاربها، و أمأ لو كان شئ مماثلا لشئ آخر فى جميع الصفات والآثار ولكنهما متفاوتان فى القيمه جدا فهذا ليس مثلا لذاك.

و على هذا فالمتيقن من المثلئ الحبوبات ولكنئه لا- بحسب الجنس أو النوع بل بحسب الصنف كما أن المتيقن من القيمئ الحيوانات.(٢)

### ظ: تعريف المحقق الأصفهاني

قال: «الصفات المقابله للذات على قسمين تاره تختلف بها الرغبات فلها دخل فى المالىه و أخرى لا دخل لها فيها حيث لا تختلف بها الرغبات، و الثانيه سواء كانت فى المثلئ أو القيمئ ليست مناطا لمثلئته و لا- لقيمتئه، و الأولى إذا كانت ممأ لها نوعا أفراد مماثله كان الموصوف بها مثلئيا

، و إن لم توجد لها أصلا أو نوعا أفراد مماثله كان الموصوف بها قيمئيا

ص: ٤٤١

١- (٥) حاشيه المكاسب ٢/١٣٠.

٢- (١) راجع منيه الطالب ١/٢٨٦ و ٢٨٥.

و اختاره السيد الخوئي رحمه الله و قال في توضيحه: «اوصاف الأشياء على قسمين: إذ قد يكون لها دخل في المالىه و قد لا يكون لها دخل في المالىه بوجه، أمّا القسم الثانى فهو خارج عن محل بحثنا لعدم دخله في مالىه الموصوف فلا يكون تفويته موجبا للضمان، أمّا القسم الأوّل فإن كانت للموصوف أفراد متماثله بحسب النوع أو الصنف فهو مثلى، ضروره أن أفراد الكلى مع فرض تماثلها متساويه الأقدام و متقاربه الأوصاف من دون تفاوت بينهما في نظر العرف و إن كان بينها فرق بالدقه العقليه، و إن لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمى»(٢).

و اختاره أيضا المحقق المروج قال: «فكلّ كلىّ تكثر أفراده المتماثله في الصفات الموجبه لاختلاف الرغبات الدخيله في اختلاف المالىه يكون مثليا و القيمى بخلافه»(٣).

### ع: تعريف شيخنا الاستاذ قدس سره

قال: «و المراد بالمثل هو القريب إلى التالف في الأوصاف التى تكون بها المالىه

أوزيادتها، لا- ساير الخصوصيات التى قد يتعلق غرض شخصى بالشىء باعتبارها... و لم يكن وجوده عزيزا [نادرا] نوعا بحيث لا يعدّ الظفر به من الاتفاق فالمال مثلى و فى صورته عزّه وجوده و ندره الظفر به فالمال قيمى...»(٤).

أقول: الظاهر أنّه مأخوذ من تعريف الأصفهانى قدس سره أفردته إحتراما للإستاذ قدس سره .

ص: ٤٤٢

١- (٢) حاشيه المكاسب ١/٣٥٦.

٢- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٥٢.

٣- (٤) هدى الطالب ٣/٣١٤.

٤- (١) إرشاد الطالب ٢/١٦٨.

## هـ-: التعريف الأول المنقول من العامه

نقل العلامة في التذكرة (١) عن بعضهم في تعريفه: «أنه ما قدر بالكيل أو الوزن» (٢) و في جامع المقاصد (٣) نقله عن الشافعي و أيجنيه و أحمد.

و في المسالك: «نقض بالمعجونات» (٤).

و في مجمع الفوائد: «و أنه يشكل بالغزل و الصوف و الوبر و الشعر و نحوها، فإنها غير مثليه، مع صدق التعريف، إلا أن يليه النفي أو الإثبات (٥) و هو بعيد. و أيضا أن المكيل و الموزون ليس له ضبط فإنه يختلف حينئذ لكل بلد حكم نفسه على ما قيل... فيلزم كون شيء واحد مثليا في بلد و قيميا في أخرى و هو بعيد... إلا أن يقال: لا يجوز السلم فيها و لا بيع بعضها ببعض و حينئذ يشكل التعريف الأول بدون الزيادة، فتكون فائدتها فتأمل» (٦).

و في الجواهر: «بل لعله المراد... معنى غلبه التساوي في أجزائها على الوجه المزبور [مر في تعريفه] في كثير من أفرادها المتعارفه فلا يرد النقض بالمعجونات» (٧).

أقول: تفسير صاحب الجواهر لا يتم مع ظاهر التعريف.

ص: ٤٤٣

١- (٢) تذكره الفقهاء ٢/٣٨١ من الطبع الحجري.

٢- (٣) المغنى لابن قدامه ٥/٢٣٩، بدايه المجتهد ٢/٣١٧، المحلى ٦/٤٣٧، روضه الطالبين ٤/١٠٨، الأم ٣/٢٥٤، حاشيه إعانه الطالبين ٣/١٣٨.

٣- (٤) جامع المقاصد ٦/٢٤٤.

٤- (٥) المسالك ١٢/١٨٣.

٥- (٦) مراده منهما: الزيادات الوارده في التعريف الثانى و الثالث.

٦- (٧) مجمع الفوائد و البرهان ١٠/٥٢٤ و ٥٢٥.

٧- (٨) الجواهر ٣٧/٩٠.



## و: التعريف الثاني من العامه

نقل العلامة (١) و زاد بعضهم [على تعريفهم الأول] اشتراط جواز السلم فيه (٢). و

علله في جامع المقاصد: «لأنّ السلم يثبت بالوصف في الذمه» (٣) و في المسالك: «ليسلم من النقض» (٤).

## ي: التعريف الثالث لهم

نقل العلامة (٥) عنهم زياده: جواز بيع بعضه ببعض (٦).

و في جامع المقاصد (٧): «لتشابه الأصلين في قضيه التماثل» و نحوه في المسالك (٨) و الجواهر (٩).

و قال في جامع المقاصد: «و اعترض على العبارات الأخيره [تعاريف العامه] الثلاث: بأنّ القماقم (١٠) و الملاعق و المغارف (١١) المتخذة من الصفر و النحاس موزونه يجوز

ص: ٤٤٤

١- (٩) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨١.

٢- (١٠) انظر فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١/٢٦٦، مغنى المحتاج ٢/٢٨١، روضه الطالبين ٤/١٠٨.

٣- (١) جامع المقاصد ٦/٢٤٤.

٤- (٢) المسالك ١٢/١٨٣.

٥- (٣) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨١.

٦- (٤) روضه الطالبين ٤/١٠٨.

٧- (٥) جامع المقاصد ٦/٢٤٤.

٨- (٦) المسالك ١٢/١٨٣.

٩- (٧) الجواهر ٣٧/٩٠.

١٠- (٨) جمع مفردة «قمقمه» و هو وعاء من صفر يستصحبه المسافر. الصحاح ٥/٢٠١٥.

١١- (٩) جمع مفردة المِغْرَفَه: ما يغرف به الطعام. [مجمع البحرين مادة غرف].

السلم فيها وبيع بعضها ببعض و ليست مثليه»(١).

تنظر صاحب المسالك في الاعتراض: «لمنع جواز السلم فيها لاختلافها و عسر ضبطها»(٢).

و ردّه في الجواهر: «انّ المراد التساوى ذاتا لا اتفاقا بصنع صانع و نحوه»(٣).

أقول: بعد نقل هذه المقالات ليس للمثلى حقيقه شرعيه و لا متشرعه فلا بدّ فيه من ملاحظه العرف، و العرف بعد إحداث المعامل الحديثه يعرف المثلى بأحسن وجه، لأنهم يستنسخون و يستكثرون من البضائع الآلاف فلا نحتاج إلى زياده البحث حول تعريف المثلى و كلّ ما لم يكن مثليا فهو قيمى.

و المثل في اللغه: قال أحمد بن فارس: «الميم و الثاء و اللام أصلٌ صحيح يدلّ على

مناظره الشيء للشيء، و هذا مثل هذا، أى نظيره. و المثل و المِثال في معنى واحد»(٤).

و قال الفيومى: «المِثْل: يُستعمل على ثلاثه أوجهٍ بمعنى الشبيه و بمعنى نفس الشيء و ذاته و زائده و الجمع أمثال...»(٥).

و ورد بالمعنى اللغوى في العديد من كرائم القرآن الوارد منه فى أكثر من ثلاثين آيه (٦)، هذا بالأء ضافه إلى الضمائر فى كثير منها و أمّا اللفظ المثلى - على مصطلح الفقهاء - فلم يرد فيه و كذلك لم يرد فى رواياتنا، نعم ورد فى معقد إجماعهم كما فى جامع المقاصد(٧) و

ص: ٤٤٥

١- (١٠) جامع المقاصد ٦/٢٤٤.

٢- (١١) المسالك ١٢/١٨٣.

٣- (١٢) الجواهر ٣٧/٩٠.

٤- (١) معجم مقاييس اللغه ٥/٢٩٦.

٥- (٢) المصباح المنير ٥٦٣.

٦- (٣) راجع المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ٦٥٩/.

٧- (٤) جامع المقاصد ٦/٢٤٥.

رياض المسائل (١) و المناهل (٢) و المفتاح (٣) و الجواهر (٤) و غيرها (٥).

و بعد ظهور تعريف المثلى فلا يهمننا النقض فى بعض أمثله و البحث حولها (٦) لما مرّ من الاختلاف فيه بحسب الأزمان و البلدان و الكيفيات كما عن الفقيه اليزدى (٧).

فهذا تمام الكلام فى المقام الأوّل.

## المقام الثانى: الدليل على ضمان المثل فى المثلى

### الأوّل: آية الاعتداء

قد تمسلك الشيخ فى كتابه (٨) و تبعه ابن ادريس فى السرائر (٩) و العلّامه فى تذكره الفقهاء (١٠) بلزوم ضمان المثل فى المثلى بقوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» (١١) و تابعهم الطبرسى فى مجمع البيان و قال: «و فى هذه الآيه دلالة على

أنّ من غضب شيئا و أتلفه يلزمه ردّ مثله ثم إنّ المثل قد يكون من طريق الصورة فى ذوات الأمثال و من طريق المعنى كالقيم فيما لا مثل له» (١٢).

ص: ٤٤٦

- ١- (٥) رياض المسائل ١٤/٢٣.
- ٢- (٦) المناهل ٢٩٩/ من الطبع الحجرى.
- ٣- (٧) مفتاح الكرامه ١٨/١٣٧.
- ٤- (٨) الجواهر ٣٧/٨٥.
- ٥- (٩) كالمكاسب ٣/٢٠٩ للشيخ الأعظم.
- ٦- (١٠) كما فى المكاسب ٣/٢١٥.
- ٧- (١١) حاشيته على المكاسب ١/٤٦٩.
- ٨- (١٢) المبسوط ٣/٦٠، الخلاف ٣/٤٠٢ و ٤٠٦.
- ٩- (١٣) السرائر ٢/٤٨٠.
- ١٠- (١٤) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجرى.
- ١١- (١٥) سوره البقره ١٩٤/.
- ١٢- (١) مجمع البيان ١/٢٨٨ من طبع مصر.

و تابعهم قطب الدين الراوندى فى فقه القرآن قال: «و إن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» إن كان له مثل، و إن لم يكن له مثل فعليه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغضب إلى حين التلف، لأنه مأمور برده فى كل وقت فوجب عليه قيمته إذا تعذر. و الله أعلم»(١).

و قال الفاضل المقداد فى كنز العرفان: «د: المثل فى الآيه يمكن حمله على المساوى فى الحقيقه و على المساوى فى الحكم و على المساوى فى المالىه و قد يعبر عن الأوّل بما يشترك جزؤه و كله فى صدق الاسم و هو المراد بالمثل فى عباره الفقهاء. ه: المغصوب إن كان مثلياً بالمعنى الأوّل تعين مع فقده مثله و لا- اعتبار بتفاوت الأسعار فى الزيادة و النقصان عن حال الغضب...»(٢).

و اعترض على الاستدلال بالآيه الشريفه صاحب الرياض و قال: «و فيه نظر، لاحتمال كون المراد بالمثل فيه مثل أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذى هو ما نحن فيه، فتأمل»(٣).

و رده فى المفتاح بقوله: «أن الاحتمال الذى ذكره فى الآيه خلاف المتبادر و قد اطبقوا على العمل بها فى مثل المعتدى فيه فى باب القصاص و الديات و استند إليها جماعه كثيرون فى المسأله فى الباب...»(٤).

و قال فى الجواهر ردًا على الرياض: «إذ قد عرفت أن المراد به [أى بالمثل] ذلك [أى

ص: ٤٤٧

١- (٢) فقه القرآن ٢/٧٤.

٢- (٣) كنز العرفان ٢٥١/ من الطبع الحجرى، ٢/٨٤ من الطبع الحروفى.

٣- (٤) رياض المسائل ١٤/٢٤.

٤- (٥) مفتاح الكرامه ١٨/١٤٢.

المعتدى فيه] ولو بمعونه ما سمعت من النص [أى نصوص كلمات الأصحاب] و الفتوى»(١).

و ذكر الشيخ الأعظم(٢) مناقشات فى الاستدلال بالآيه الشريفه:

الأولى: الآيه تختص بالتلف العدوانى بقربنه الاعتداء الوارد فى الظلم و العدوان

ولكن فى مسأله المقبوض بالعقد الفاسد لم يكن اعتداءً لا سيما مع الجهل بالفساد.

ولكن أجاب عنه الشيخ الأعظم بعدم القول بالفصل بين بابى الغضب و المقبوض بالعقد الفاسد.

الثانيه: ما ذكره سيّد الرياض من أنّ ظاهر المماثله فى أصل الاعتداء و جنسه من الكلام و الضرب و نحوها، لا المماثله فى المعتدى فيه و مقداره.

و تنظر الشيخ الأعظم فى هذه المناقشه و لعلّ وجه ظهور الآيه فى اعتبار المماثله فى الإعتداء و المعتدى به كليهما.

الثالثه: أنّ المراد بالمثل فى الآيه الشريفه ما يعدّ عرفاً مثلاً للتالف فى الامرين: - أى الحقيقه النوعيه و المالىه - و الآيه و العرف يقتضيان الضمان بالمثل - مع الأمرين - حتّى فى القيميات لإمكان مساواه أفراد بعض القيميات فى المالىه فضلاً عن المساواه فى الحقيقه مع أنّ المشهور حكموا بضمان القيمى بقيمته مطلقاً - سواء وُجد مثله أم لا - و سواء قيمه المثل مساويه لقيمه المتلف أم أزيد أم أقل.

و استشهد قدس سره بفرعين:

١- إذا أتلّف شخص ذراعاً من كرباسٍ و أمكنه تحصيل مِمائله عرفاً و الآيه تقتضى ذلك ولكن المشهور على أنّ الثوب من القيميات و حكموا بوجوب دفع القيمه.(٣)

ص: ٤٤٨

١- (٦) الجواهر ٣٧/٩٢.

٢- (٧) المكاسب ٣/٢١٨.

٣- (١) كما فى هدى الطالب ٣/٣٤٤.

٢- و كذا لو أتلّف عبداً و له في ذمه مالك العبد بسبب القرض أو السلم عبداً موصوف بصفات التالف فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهري. كما تشهد به ملاحظه كلماتهم في بيع عبداً من عبيد. (١).

قال في مفتاح الكرامه: «قوله: (ولو اشترى عبداً من عبيد لم يصح) هذا هو المشهور كما في المهذب البارع (٢) و المقتصر (٣) و غايه المرام (٤) و هو خيره الخلاف (٥) في موضع منه و الجواهر (٦) و السرائر (٧) و الشرائع (٨) و النافع (٩) و التحرير (١٠) و المختلف (١١) و

التذكره (١٢) و اللمعه (١٣) و التنقيح (١٤) و جامع المقاصد (١٥) و إيضاح النافع (١٦) و المسالك (١٧) و

ص: ٤٤٩

- ١- (٢) كما في المكاسب ٣/٢١٨.
- ٢- (٣) المهذب البارع ٢/٤٦٦.
- ٣- (٤) المقتصر ١٨٥/.
- ٤- (٥) غايه المرام ٢/١١١.
- ٥- (٦) الخلاف ٣/٢١٧.
- ٦- (٧) جواهر الفقه ٦٣/.
- ٧- (٨) السرائر ٢/٣٥١.
- ٨- (٩) الشرائع ٢/٥٤.
- ٩- (١٠) المختصر النافع ١٣٣/.
- ١٠- (١١) تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٤١٠.
- ١١- (١٢) مختلف الشيعه ٥/٢٣٠.
- ١٢- (١) تذكره الفقهاء ١٠/٣٢٨.
- ١٣- (٢) اللمعه ١١٩/.
- ١٤- (٣) التنقيح الرائع ٢/١٣٦.
- ١٥- (٤) جامع المقاصد ٤/١٥٠.
- ١٦- (٥) إيضاح النافع، مخطوط.
- ١٧- (٦) المسالك ٣/٣٩٨.

الروضه (١) و غيرها (٢) و هو ظاهر الدروس (٣) أو صريحه و فى الرياض (٤) أنّ عليه عامّه من تأخر (٥).

ولكنّ فى هذا الفرع خلافا للشيخ حكى فى باب البيوع من الخلاف (٦) عن روايه الأصحاب الجواز [أى صحه بيع عبد من عبيدين] على الإطلاق، مدعيًا عليه الإجماع، و ظاهره الميل إليه، إلاّ أنّه رجع عنه فى باب السلم (٧) فلا عبره بقوله الأوّل كدعواه الإجماع عليه و استناده به و بالروايه... لضعف الأوّل [الاجماع] بمخالفته نفسه، مع شهره خلافه الظاهره فى وهنه [أى فى و هن الخبر]. كذا قاله سيد الرياض (٨).

و قال فى النهايه: «و من اشترى من رجل عبدا و كان عند البائع عبدان، فقال للمبتاع اذهب بهما فاختر أيّهما شئت و ردّ الآخر و قبض المال، فذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده فليردّ الذى عنده منهما و يقبض نصف الثمن ممّا أعطى و يذهب فى طلب الغلام فإنّ وجده اختار حينئذ أيّهما شاء و ردّ النصف الذى أخذ و إن لم يجد كان بينهما نصفين» (٩).

و حكى العلامة فى المختلف (١٠) عن القاضى ابن البرّاج متابعتة. و هو متن روايه محمّد

ص: ٤٥٠

١- (٧) الروضه البهيه ٣/٣٤٦.

٢- (٨) نحو كشف الرموز ١/٥٢٠.

٣- (٩) الدروس ٣/٢٣١.

٤- (١٠) رياض المسائل ٩/١٠٢.

٥- (١١) مفتاح الكرامه ١٣/٤٠٠.

٦- (١٢) الخلاف ٣/٣٨.

٧- (١٣) الخلاف ٣/٢١٧.

٨- (١٤) رياض المسائل ٩/١٠٢.

٩- (١) النهايه ٤١١/.

١٠- (٢) مختلف الشيعه ٥/٢٢٩.

بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام و مثله روى السكوني (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام كما فى المفتاح (٣).

و أنت ترى أنّ التهاتر ورد فى فتوى الشيخ فى النهايه ولكن الأصحاب لم يوافقوه.

٣- ثم عزز الشيخ الأعظم الفرعين بثالث بقوله: «و أمّا مع عدم وجود المثل للقيمه التالف فمقتضى الدليلين [العرف و الآيه] عدم سقوط المثل من الذمه بالتعذر، كما لو تعذر المثل فى المثلى فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلى و لا يقولون به» (٤).

لأنّهم يقولون بضمان قيمه يوم التلف فى العين القيمه لاقيمه يوم الأداء. و هذا الفرع أيضا من مخالفه المشهور لإطلاق الآيه الشريفه و الاستظهار العرفى.

الرابعه: من مناقشات الشيخ الأعظم: مقتضى الآيه و العرف عدم جواز إلزام المالك بأخذ المثل الذى نقصت قيمته نقصانا فاحشا إذ مقتضاهما اعتبار المماثله فى الحقيقه و المالىه، مع أنّ المشهور يقولون بجواز إلزامه به - كما فى الجواهر (٥) - و إن قوى الشهيد (٦) خلافه، ولكن العلامة احتمل فى القواعد (٧) كفايه المثل ولو سقط من القيمه بالكلية و احتمل أيضا الرجوع إلى القيمه.

أقول: ولكن الرجوع إلى القيمه حينئذ هو خير التذكره (٨) و الايضاح (٩) و فى

ص: ٤٥١

١- (٣) وسائل الشيعه ١٨/٢٦٨، ح ١، الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان. و السند ضعيف بابن أبى حبيب لأنّه مهمل.

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٨/٢٦٩ و السند معتبر.

٣- (٥) مفتاح الكرامه ١٣/٣٩٥.

٤- (٦) المكاسب ٣/٢١٩.

٥- (٧) الجواهر ٣٧/٩٩.

٦- (٨) الدروس ٣/١١٣.

٧- (٩) القواعد ٢/٢٢٨.

٨- (١٠) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٤ من الطبع الحجرى.

٩- (١١) ايضاح الفوائد ٢/١٧٧.



جامع المقاصد نسبه إلى الأصحاب و غيرهم و قول: «لا محيد عن مختار الأصحاب و غيرهم» (١).

فذلكه كلام الشيخ الأعظم؛ بعين عبارته مع توضيح

قال: «فتبين أنّ النسبه بين مذهب المشهور [ضمان المثلى بالمثل] و مقتضى العرف و الآيه عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين [العرف و الآيه] و لا يضمن به عند المشهور كما فى المثالين المتقدمين [الفرع الأوّل و الثانى أى الكرباس و العبد] و قد ينعكس الأمر [يعنى الآيه و العرف يقتضيان الضمان بالقيمه مع أنّ المشهور على الضمان بالمثل] كما فى المثال الثالث [نقصان القيمه و إسقاطها] و قد يجتمعان فى المضمون به كما فى أكثر الأمثله» (٢).

الجواب عن مناقشات الشيخ الأعظم قدس سره

أقول: قد أجاب بنفسه عن المناقشه الأولى بعدم القول بالفصل بين البابين، و تنظر فى مناقشه سيد الرياض و قد مرّ فى وجهه أنّ الآيه ظاهره فى اعتبار المماثله فى أصل الاعتداء و المعتدى فيه كليهما.

و أمّا المناقشه الثالثه: فيظهر جوابها ممّا مرّ من أنّ المثلى ما هو وجود مثله كثيرا لانادرا. فالقيمي الذى يوجد نادرا مثله يحكم بقيمته و ضمان القيمه فيه، و أمّا الفروع الثلاثه فالكرباس و الثوب و الأقمشه تعدّ من المثليات فى زماننا هذا فيحكم بضمان المثل فيه (٣)، ولكن الحيوان الذى يعدّ العبيد منه قيمي فإذا كان على التالف قيمه العبد و له فى ذمه مالك العبد عبداً بهذه القيمه أو قريب منه فلا يبعد التهاثر بقدر الذمم و هذا غير مسأله بيع

ص: ٤٥٢

١- (١٢) جامع المقاصد ٦/٢٥٨.

٢- (١) المكاسب ٣/٢٢٠.

٣- (٢) كما عليه الفقه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ١/٤٦٨.

عبد من عبدین التی حکم الأصحاب بعدم صحتها.

و وافقنا على التهاتر المحقق الأصفهانی و قال: «لو لا- الاجماع لزم التهاتر فيما إذا كان للضامن فى ذمه المالك مثل ما أتلفه منه»<sup>(۱)</sup>.

و أما روايه محمد بن مسلم التی هی مستند قول الشيخ فى النهايه فإنها ضعيفه السند بروايه الكلينى و معتبره السند بروايه الشيخ، ان لم يكن إعراض المشهور موجبا لوحتها، ولكن الشيخ و القاضى ابن البراج فى الكامل افتيا بمضمونها، فيمكن الأخذ بها فى موردها فقط و لايمكن التعدى إلى غيره لأنها مخالفه للقواعد، القاعده فى المقبوض بالسؤم تقتضى

ضمانها على القابض أو المشتري و الروايه تحکم بالضمان نصفين نصف على المشتري و نصف على البائع، فإن أعرضا عن إشكال الوهن يمكن قبولها فى موردها الخاص.

و أما الفرع الثالث: فقد قال: «لو تعذر المثل فى المثلى فيضمن بقيمته يوم الدفع»<sup>(۲)</sup> أى يوم الأداء ولكن مختار الأصحاب قيمته يوم الإقباض و لا يوجد مخالفتنا فيه كما صرح به صاحب المفتاح<sup>(۳)</sup>، و أما بالنسبه إلى القيمي فيكون الضمان فيه بالقيمه، إمّا قيمه يوم الغصب أو أرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف أو قيمته يوم التلف ثلاثه أقوال يأتى تفصيلها، مضافا إلى ما مرّ من أنّ الضمان فى المثلى يكون بالمثل و مع عدم وجدانه ينتقل إلى قيمه يوم الإقباض، و أمّا القيمي فلا يكون الضمان فيه بالمثل أصلاً بل الضمان يكون بالقيمه من أول الأمر ولكن اختلفوا فيها بأنها قيمه يوم الغصب أو يوم التلف أو أعلى القيم، فالفارق بينهما و على قول المشهور واضح.

و هكذا قد مرّ من أن الملاك فى المثلى و القيمي هو كثره وجدان مثله و عدمه و هذا

ص: ۴۵۳

۱- (۳) حاشيته على المكاسب ۱/۳۶۷.

۲- (۱) المكاسب ۳/۲۱۹.

۳- (۲) مفتاح الكرامه ۱۸/۱۴۴.

يختلف بحسب الأزمان و الأماكن و لا عبره بالإجماعات الواردة في مصاديقهما لأنّ غايتها هو الاجماع على أنّه قيمي أو مثلي في زمن الإجماع و بلده لا في كلّ زمان و مكان و بالجمله هذا الإجماع لم يكن تعدياً فلا يكون حجه.

كما عليه الفقيه اليزدي رحمه الله قال: «و من ذلك يظهر أنّه لا اعتبار بإجماعهم على كون الشيء الفلاني مثلياً أو قيمياً فإنّه ليس مميّياً وصل إليهم من الشارع حكم تعدي قطعاً بل من جهه ما ذكرنا، فلو كان الموجود في زماننا على خلاف ما ذكره لا يجب متابعتهم في ذلك»<sup>(١)</sup>.

و أمّا الإجابة عن المناقشه الرابعه: فإنّ المماثله تصدق في الحقيقه و الماليه معا فإذا نقصت الماليه بحيث سقطت بالكلية ينتقل الضمان من المثل في المثلي إلى قيمه يوم القبض كما احتمله العلامة في القواعد و اختاره في التذكرة و ولده في الإيضاح و قواه الشهيد و نسبه المحقّق الثاني إلى الأصحاب و قال: «لامحيد عنه». فما نسبه إلى المشهور من جواز إلزامه بأخذ المثل لا يتم عندنا - خلافاً للجواهر<sup>(٢)</sup> -، و كما اختار الشيخ الأعظم انتقال الضمان إلى قيمه حينئذ قال: «و إن كان الحقّ خلافه»<sup>(٣)</sup>. أي خلاف الإلزام و ضمان المثل و تبعه السيّد

الخوئي<sup>(٤)</sup>.

هذه أجوبه عن مناقشات الشيخ الأعظم و أنت ترى عدم تماميتها في دلالة آيه الاعتداء في ضمان المثلي بالمثل.

مناقشه السيّد الخوئي في دلالة آيه الاعتداء

قال قدس سره: «الاستدلال بها على ذلك يتوقف على أمورٍ ثلاثه:

ص: ٤٥٤

١- (٣) حاشيته على المكاسب ١/٤٧٠.

٢- (٤) جميع المصادر مرّت في أصل المناقشه و لا نعيدها فراجع صفحہ ٤٥١.

٣- (٥) المكاسب ٣/٢٢٠ و ٢٣٨.

٤- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٦٠.

الأول: أن تكون كلمه «ما» فى الآيه الكريمه موصوله لا مصدرية.

الثانى: أن يراد من هذا الكلمه الموصوله الشئ المعتدى به بأن يكون المعنى فاعتدوا عليه بمثل الشئ الذى اعتدى به عليكم.

الثالث: أن يراد من كلمه المثل فى الآيه الشريفه المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى، و أنى للمستدل إثبات هذه الأمور كلها...»(١)

أقول: الظاهر أنه أخذ بعضه مما فى تعليقه أستاذة المحقق الأصفهاني على المكاسب على خلاف مختاره لأنه قال: «إن المماثله تارة بين الاعتدائين كالضرب فى مجازاه الضرب دون القتل و الشتم، و أخرى مقدارها كالدراهم الواحد بإزاء الواحد لا اثنان فى قبال الواحد، و ثالثه فى المعتدى به كالحنطه بإزاء الحنطه مثلاً، لابعنى الإتلاف فى قبال الإتلاف كما فى الأول.

فإن جعلنا كلمه «ما» مصدرية غير زمانيه فالمعنى فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه، و إن جعلناها موصوله فالمعنى فاعتدوا بمثل الشئ الذى أعتدى به عليكم، و حينئذ يحتمل أن يراد بمثل ذلك الشئ فى الطبيعه و الحقيقه، و يحتمل أن يراد بمقداره لا أزيد منه كما أو كيفا.

بناءً على الأول لادلاله للآيه إلاّ على المماثله فى الاعتداء و هى غير مراده هنا بل غير جائزه هنا، إذ مماثل إتلاف المال هو الإتلاف كمماثله الضرب للضرب.

و بناءً على الثانى يصح الاستدلال بها إن أُريد منها المماثله فى المقدار، لأنها تلازم المماثله فى الحقيقه إذا أُريد الزيادة و النقص من المقدار دون غيرهما....

ثم اختار فى آخر هذه التعليقه أن مماثله أعمّ من حيث الاعتداء و المعتدى به و كيفياته

ص: ٤٥٥

وقال في تعليقه التي تليها: «تحقيق المقام أنّ المماثله تاره هي المماثله المطلقه لامطلق المماثله، فيراد منها المماثله من جميع الجهات من الذات و الصفات و المالىه، و أخرى هي المماثله من حيث الذات و الصفات، و ثالثه هي المماثله من حيث المالىه، و رابعه هي مطلق المماثله سواء كانت مماثله من جميع الجهات أو من حيث الحقيقه أو من حيث المالىه، فمع إثبات إحدى التعينات الثلاث تثبت المماثله المطلقه أو المماثله الخاصه، و مع عدمه فمطلق المماثله.

وجه الأولي: أنّ المماثله بلاعنايه هي المماثله المطلقه... .

وجه الثانيه: أنّ المماثله العرفيه هي المماثله من حيث الحقيقه فمماثل الحنطه عرفا هي الحنطه... .

وجه الثالثه: أنّ الأغراض العقلائيه في باب الأموال متعلقه بحيثيه المالىه، و لاريب أنّ العبره في مقام الاستظهار من الآيه بالمماثله العرفيه فيتعين الثانيه... و أما المدار عند العقلاء على المالىه فهو مسلم إلاّ أنّه لا ينافي تعلق الغرض العقلائي بمطالبه الحقيقه التي تختلف بها الرغبات العقلائيه، فأوجه الوجوه الوجه الثاني... (1).

أقول: أنت ترى أنّ المحقق الأصفهاني اختار على خلاف تلميذه دلالة الآيه على المماثله بالمعنى الأعم من حيث الاعتداء و المعتدى به و أنّ المراد بالمماثله هي المماثله العرفيه أى من حيث الذات و الصفات فقط، لا من حيث المالىه و مختاره الأخير محل تأمل بل منع لعدم صدق المماثله إلاّ في فرض التساوى في المالىه كما اعترف قدس سره بأنّ المدار عليه في المعاملات، فالمماثله العرفيه عندنا هي المماثله في الذات و الصفات و المالىه المسماه عند المحقق الأصفهاني قدس سره بالمماثله المطلقه.

ص: ٤٥٦

---

١- (١) حاشيه المكاسب ١/ (٣٦٥-٣٦٢) راجع تمام كلامه في كتابه.

أمّا أمره الأوّل: من عدم وجود قرينه على أنّ «ما» موصوله بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية و عليه فتكون معنى الآية أنّه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم و إذن فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال... ثم قال: «بل المحكى عن المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه هو تعين هذا الاحتمال فإنّه بعد ما ذكر جملة من الآيات التي منها الآية المتقدمة الظاهره في جواز الاعتداء بالمثل قال: فيها دلالة على جواز القصاص في النفس و الطرف و

الجروح...»(١).

ففيه: أولاً: يمكن أن يأتي في بادي الأمر احتمال أن تكون ما مصدرية غير زمانية ولكن صار معنى الآية هكذا: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل إعتدائه عليكم، و قرينه فصاحه كلام الله يطرد هذا الاحتمال، لأنّ إبقاء لفظه «ما» على موصوليتها أفصح من حملها على المصدرية غير الزمانية.

و ثانياً: كلمه «ما» ظاهره في الموصوله لا-المصدرية كما صرح به المحقق القمي(٢) رحمه الله و كما يظهر من عدّه من المفسرين:

نحو: مقاتل بن سليمان - الذي عدّه الشيخ في الرجال من أصحاب الباقر(٣) عليه السلام و الصادق(٤) عليه السلام و في الأوّل مع توصيفه بالبتري و في الثاني مع نسبتة إلى خراسان، و توفّي مقاتل في عام ١٥٠، و البتريه هم جماعه من الزيدية تبرؤوا من أعداء الشيخين - عليهما لعنه اللاعنين إلى يوم الدين - و... و المشهور أنّهم يضعّفونه و أنت تجد ترجمته في تهذيب

ص: ٤٥٧

١- (١) راجع مصباح الفقاهه ٣/١٤٩.

٢- (٢) جامع الشتات ٢/٣٠٢ و نقل عنه في هدايه الطالب ٢/٣٣١.

٣- (٣) رجال الشيخ /١٣٨، الرقم ٤٩.

٤- (٤) رجال الشيخ /٣١٣، الرقم ٥٣٦.

التهذيب (١) - قال في تفسيره: «فاعتدوا عليه» يقول: فقاتلوهم فيه، «بمثل ما اعتدى عليكم» فيه، «واتقوا الله» يعنى المؤمنين و لا تبدءوهم بالقتال فى الحرم فإن بدأ المشركون فقاتلوهم» (٢).

تفسيره «فيه» أى فى الحرم بعد جملة «ما اعتدى عليكم»، يظهر منه أنه أخذ كلمة «ما» موصولة لا- مصدرية غير زمانية و إلا لا يحتاج إلى تفسير «فيه». لوضوح أنّ الاعتداء الذى يمكن أن يعتدى بهم يكون فى الحرم. فتأمل.

و شيخ الطائفة قال فى تفسيره: «فإن قيل: كيف قال «بمثل ما اعتدى عليكم»، و الأول جور و الثانى عدل؟ قلنا: لأنه مثله فى الجنس و مقدار الاستحقاق لأنه ضرر كما أنّ الأول ضرر، و هو على مقدار ما يوجب الحقّ فى كلّ جرم» (٣).

و ثالثا: ما ذكره بعنوان المحكى عن المحقق الأردبيلى و ما حكاه عنه لا يتم؛ لأنّ

الأردبيلى ذكر هذه الجملة فى كتاب الجنائيات فى ذيل آيتى ٤٠ و ٤١ من سورة الشورى و لم يذكرها فى آية الاعتداء فراجع زبده البيان (٤)، فتأيد مقاله بكلام الأردبيلى غير تام.

و أمّا أمره الثانى: فقد قال: «لاقرينه على أنّ المراد من الشىء هو المعتدى به أعنى به الأعيان الخارجيه من النقد و العرض بل يحتمل أن يراد به الفعل أعنى به الاعتداء...، و يحتمل أن يراد من الشىء ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به و حينئذ فتدل الآيه على جوازاعتداء المضروب بالضرب... و على جواز أخذ الحنطه بدل الحنطه... و على هذا الاحتمال لا استفاد من الآيه الضمان - أيضا - بل و لاجواز تملك المغصوب منه شيئا ممّا أخذه

ص: ٤٥٨

١- (٥) تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلانى ١٠/٢٤٩.

٢- (٦) تفسير مقاتل بن سليمان ١/١٠٢ طبع عام ١٤٢٤ فى بيروت.

٣- (٧) التبيان ٢/١٥١.

٤- (١) زبده البيان / ٨٥٤.

الغاصب، بل غاية ما يستفاد منها حينئذ إنما هو جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص بلا- كونها ملكا للمتصرف...»(١).

وفيه: بعد قبول ظهور كلمه ما في الموصوله، الآيه الشريفه تحمل على ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به - لم أقل المعتدى به خاصا - كما عليه السيد الحكيم(٢) رحمه الله - أى الأعيان الخارجيه لخروج موردها كما يأتى - فتشمل المماثله جواز القصاص فى النفس و الطرف و الجروح و غيرها، كما تشمل جواز أخذ المثل و حتّى القيمه فى التالف، أمّا المثل فواضح و أمّا القيمه لأنّ مع فقدان المثل المصطلح، أقرب الأشياء بالتالف هو القيمه فهو مثله فى القيمه و المالىه.

و لأنّ الاعتداء فى المعتدى به - الأعيان الخارجيه - هو الإلتلاف و هو لايجوز قطعاً لأنّه يدخل فى عنوان الإسراف فينحصر بأخذ المثلى أو القيمه. و ما ذكره هذا الفقيه الكبير رحمه الله فى ذيل كلامه من جواز التصرف دون التملك احتمال مَدْرَسِيّ لايعتنى به و لم تقبله حتى فى المعاطاه الوارده فى كلامه، كما ذهب شيخنا الأستاذ(٣) قدس سره إلى استفاده جواز التملك من الآيه.

و أمّا أمره الثالث: فقد قال: «أن يراد من كلمه المثل فى الآيه الشريفه المثل فى المثلى و القيمه فى القيمي(٤)... فيردّه عدم وجود القرنيه على إرادته ضمان المثل من الآيه فى

المثلى و إرادته ضمان القيمه فى القيمي، لأنّ المماثله لاتقتضى هذا المعنى بل هى أعمّ من

ص: ٤٥٩

١- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٤٩.

٢- (٣) نهج الفقاهه / ٢٤٠.

٣- (٤) إرشاد الطالب ٢/١٧١.

٤- (٥) مصباح الفقاهه ٣/١٤٨.



و فيه: نعم، الآية الشريفة عامه لاتختص بالضمان المثل في المثلى ولكن تشمله وتعمه، لأنّ المثل فيها يحمل على المعنى اللغوى أى المماثلة، وهذا يكفى في إثبات استفادة الضمان من آية الاعتداء.

و بما ذكرنا من حمل الآية على ما هو الأعم من مماثلة الفعل و المعتدى به لا يخرج مورد الآية الشريفة منها، لأنها نزلت في عمره القضاء في سنه سبع من الهجرة النبوية حيث أراد رسول الله صلى الله عليه وآله الإتيان بالعمرة في ذى القعدة الحرام سنة ست و صدّه المشركون عن دخول مكة، و وقّعوا معه المصالحة الحديبية ثم أتى صلى الله عليه وآله في ذى القعدة سنة سبع و قضى نسك عمرته مع المسلمين و هم في خوف من قتال المشركين لهم في الشهر الحرام و في الحرم، و نزلت الآية و أجازهم الله قتالهم فيهما إن قاتلوه (٢). و بما ذكرنا لا يخرج المورد ولكن من الواضح أنّ مورد الآية و شأن نزولها لا يخصص.

كَمَا تدخل في ما ذكرناه صحيحه معاوية بن عمار في حديث عن أبي عبد الله عليه السلام، قلت: فما تقول في رجل قتل في الحرم أو سوق؟ قال: يقام عليه الحدّ في الحرم صاغراً (٣)، إنّه لا ير للحرم حرمة و قد قال الله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» فقال: هذا هو في الحرم، فقال «لا عدوان إلاّ على الظالمين» (٤). (٥).

ص: ٤٦٠

- ١- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٥٠.
- ٢- (٢) راجع شأن نزولها في كتب التفسير نحو: التبيان ٢/١٥٠ و مجمع البيان ١/٢٨٧ و جوامع الجامع ١/١٠٨ و الكشاف ١/٢٣٧ و البيضاوى ٥١/ من الطبع الحجرى.
- ٣- (٣) أى مَهَانَا و هو الراضى بالذُلّ و الضيم.
- ٤- (٤) سورة البقره ١٩٣.
- ٥- (٥) الكافي ٤/٢٢٧، ح ٤ و نقلا- عنه في وسائل الشيعة ١٣/٢٢٥، ح ١، و البرهان في تفسير القرآن ١/٤١١، ح ٢، التهذيب ٥/٤١٩، ح ١٠٢ و ٥/٤٦٣، ح ٢٠٦ كلاهما بسند صحيح.

و من هنا ظهر عدم الإشكال فى التمسك بآيه الاعتداء فى ضمان المثلى بالمثل بل القيمى بالقيمه و الحمد لله.

## الثانى: حديث على اليد

قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتى تؤدى. (١)

بعد ما مرّ (٢) من أنّها موثوقه الصدور عند الأصحاب قدس سرهم مع إقرارهم بأنّها روايه عاميّه ضعيفه السند لأنّ الراوى لها هو سمره بن جندب المعلوم الحال و الراوى عنه هو الحسن البصرى و هو أيضا معلوم حاله، و مع وضوح هذا عندهم استدلووا بالروايه و ذكروها فى كتبهم و عملوا بها و هذا يدلّ على أنّها موثوقه الصدور عندهم.

و الروايه كما مرّ تدلّ على الحكيمين: التّكليفى و الوضعى معا، أعنى وجوب ردّ مال الغير المأخوذ منه إليه تكليفا و ضمانه وضعاء، و الضمان يكون بالنسبه إلى العين مادام موجودا و بعد تلفه ينتقل الضمان إلى المثل إن كان مثليا أو القيمه إن كان قيميّا. و الوجه فى ذلك أنّ الضمان بعد تلف العين ينتقل إلى البدل، و البدل فى كلّ من المثلى و القيمى معلوم.

و بما ذكرنا يظهر فساد ما قد يقال: بأنّ الروايه تدلّ على وجوب ردّ العين إلى مالكها فقط، و هذا الوجوب يسقط بتلف العين، و لا تدلّ على وجوب ردّ البدل، و الوجه فى الفساد، أنّ الضمان بعد التلف باق و يسقط بأداء المثل و القيمه، كما يظهر عدم تماميه ما ذكره المحقق السيّد الخوئى من عدم انطباق مدلول الروايه على مذهب المشهور لأنّ «مقتضاه أن

ص: ٤٦١

١- (٦) عوالى اللآلى ١/٢٢٤، ح ١٠٦، ١/٣٨٩، ح ٢٢، مسند أحمد بن حنبل ٥/٨ و ١٢ و ١٣، سنن ابن ماجه ٢/٨٠٢، ح ٢٤٠٠، سنن الترمذى ٣/٥٦٦، ح ١٢٦٦، سنن النسائى ٣/٤١١، سنن أبى داود ٣/٢٩٦، ح ٣٥٦١، سنن البيهقى ٦/٩٥ و ٩٠، المستدرک على الصحيحين ٢/٤٧، كنز العمال ٥/٣٢٧، ح ٥٧١٣.

٢- (١) فى أوّل البحث عن احكام المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحه ٢٩٢ من هذا المجلد.

ضمان قيمه فى طول ضمان المثل، كما أنّ ضمان المثل فى طول الضمان بنفس العين التى أخذت من مالكها بغير سبب شرعى»<sup>(١)</sup>.

لأنّ مدلول الروايه وجوب ردّ العين تكليفاً و ضمانها وضعا و إذا تلفت العين تنتقل إلى البدل و البدل هو المثل فى المثلى و قيمه فى القيمى، لا أنّها تنتقل إلى المثل أولاً و مع فقدان المثل تنتقل إلى قيمه كما ادعاه قدس سره .

و أمّا ما ذكره المحقّق النائينى بقوله: «أن يكون التالف ممّا يتموّل عرفاً و شرعاً، فمثل الخنفساء و الخمر و إن وجب ردّهما حين بقائهما لجهه حقّ الاختصاص الثابت لمن أخذ منه إلاّ أنّه بعد تلفهما لايتعلق بهما ضمان»<sup>(٢)</sup>.

فقد ردّه السيّد الخوئى بقوله: «أنّ وضع اليد على متعلّق حقّ الغير بدون سبب شرعى يوجب ضمانه، و إذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل، نعم إذا تعذر المثل أيضاً بقى

التالف فى عهده الضامن، إذ المفروض أنّه ليس بمال لكى ينتقل ضمانه - مع تعذر مثله - إلى قيمته»<sup>(٣)</sup>.

أقول: ما ذكره قدس سره من «أن وضع اليد على متعلّق حقّ الغير بدون سبب شرعى يوجب ضمانه» تام و يكون حراماً ولكن هذا الكلام كيف يجمع مع ما قاله فى بحث حقّ الاختصاص من قوله: «لا دليل على حرمة التصرف فى ملك الغير»<sup>(٤)</sup>، و قد ناقشناه فى ذلك البحث فراجع.<sup>(٥)</sup>

ص: ٤٦٢

١- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٤٦.

٢- (٣) منيه الطالب ١/٢٨٣.

٣- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٤٧.

٤- (٢) مصباح الفقاهه ١/١٤٤.

٥- (٣) الآراء الفقهيّه ١/١٥٢.

فالاستدلال بهذا النبوى تام.

### الثالث: الروايات الداله على احترام مال المؤمن و أن حرمه ماله كحرمه دمه.

قد مر (١) أن هذه الروايات (٢) كما تدل على الحكم التكليفى، تدل على الحكم الوضعى - أى الضمان - أيضا و بعد دلالتها على ضمان العين، إذا تلفت العين انتقل الضمان فى المثلى إلى المثل و فى القيمى إلى قيمه، و لا تدل مفاده على ثبوت الضمان بالبدل الواقعى فقط.

### الرابع: الروايات الداله على ضمان الولد إذا وُجِدَتِ الأئمّه مسروقه.

قد مر (٣) أن الضمان الوارد فى هذه الروايات (٤) هو ضمان التلف الحكيمى و بما أنه ضمان التلف يكون البائع الواطى الوالد ضامنا للولد، و حيث أن الولد قيمى ينتقل الضمان إلى قيمه، و إن كان مثليا ينتقل ضمانه إلى المثل، فلا يبعد استفاده الحكم من هذه الروايات.

### الخامس: عدّه من الروايات فى مختلف الأبواب

نشير إلى بعضها و الباقى على عهد المتتبع و هى تدلّ على أصل الضمان أو أن ضمان المثلى بالمثل أو أن ضمان القيمى بالقيمه، أو الأوّل مع أحد الأخيرين بسبب اختلاف مدلولها:

منها: صحيحه زراره و بكير عن أبى جعفر عليه السلام قال: ليس على مال اليتيم زكاه إلا أن

يتّجره، فإن اتجره ففيه الزكاه، و الريح لليتيم، و على التاجر ضمان المال.

ص: ٤٦٣

- ١- (٤) فى الدليل الثالث من أدله قاعده ما يضمن راجع صفحه ٣٤٤ من هذا المجلد.
- ٢- (٥) وسائل الشيعه ٢٩/١٠، ح ٣ صحيحه أبى أسامه، و سائل الشيعه ٥/١٢٠، ح ٣ مرسله ابن شعبه الحرّانى، و سائل الشيعه ٩/٥٤٠، ح ٧، التوقيع المروى بسند صحيح، و سائل الشيعه ١٢/٢٩٧، ح ٣ موثقه أبى بصير.
- ٣- (٦) فى الدليل الثالث من أدله ضمان المقبوض بالعقد الفاسد راجع صفحه ٢٩٨ من هذا المجلد.
- ٤- (٧) وسائل الشيعه ٢١/٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

ثم قال الصدوق: وقد رويت رخصه في أن يجعل الربح بينهما. (١)

و منها: صحيحه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعه، فوضعها في منزل جاره فضاقت، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله. (٢)

و منها: صحيحه زرارته قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العاربه مضمونه؟ فقال: جميع ما استعرتته فتوى فلا يلزمك تواه إلا الذهب و الفضة فإنهما يلزمان، إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، و الذهب و الفضة لازم لك و إن لم يشترط عليك. (٣)

و منها: صحيحه علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن رجل استأجر دابته فأعطاه غيره فنفتت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شيء. (٤)

و منها: موثقه زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام: أنه أتى بجمال كانت عليه قاروره عظيمه فيها دهن فكسرها فضمنها إياه، و كان يقول: كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن، فسألته ما المشترك؟ فقال: الذي يعمل لي و لك و لذا. (٥)

و منها: معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفره وجدت في الطريق مطروحه، كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين، فقال

ص: ٤٦٤

- ١- (١) وسائل الشيعة ٩/٨٩، ح ٨، الباب ٩ من أبواب من تجب عليه الزكاة.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩/٨١، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الوديعة.
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩/٩٦، ح ٢، الباب ٣ من أبواب كتاب العاربه.
- ٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩/١١٨، ح ١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الإجاره.
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩/١٥٢، ح ١٣، الباب ٣٠ من أبواب كتاب الإجاره.

امير المؤمنين عليه السلام: يَقُومُ ما فيها، ثم يُوَكَّلُ لآئِه يفسد و ليس له بقاء فإِن جاء طالبها غرموا له الثمن، فقيل: يا أمير المؤمنين لا يُدرى سفره مسلم أو سفره مجوسى، فقال: هم فى سعه حتى يعلموا.(١)

و منها: صحيحه جميل عن أبى عبدالله عليه السلام فى شاهد الزور قال: إن كان الشىء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل.(٢)

و منها: حسنه سدير عن أبى جعفر عليه السلام فى الرجل يأتى البهيمه، قال: يجلد دون الحدّ و يغرّم قيمه البهيمه لصاحبها، لأنّه أفسدها عليه و تذبح و تحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، و إن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها و جُلِّد دون الحدّ و أخرجها من المدينه التى فُعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لاتعرف، فيبيعها فيها كيلا يعير بها صاحبها.(٣)

و منها: معتبره السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام فيمن قتل كلب الصيد، قال: يقوّمه، و كذلك البازى، و كذلك كلب الغنم، و كذلك كلب الحائط.(٤)

و منها: صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن رجل يمرّ على طريق من طرق المسلمين على دابته فتصيب برجلها، قال: ليس عليه ما أصابت برجلها، و عليه ما أصابت بيدها، لأنّ رجليها خلفه إن ركب، فإن كان قاد بها فإنّه يملك بأذن الله يدها يضعها حيث يشاء، الحديث.(٥)

ص: ٤٦٥

- ١- (٦) وسائل الشيعة ٢٥/٤٦٨، ح ١، الباب ٢٣ من أبواب كتاب اللقطه.
- ٢- (٧) وسائل الشيعة ٢٧/٣٢٧، ح ٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.
- ٣- (١) وسائل الشيعة ٢٨/٣٥٨، ح ٤، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم.
- ٤- (٢) وسائل الشيعة ٢٩/٢٢٦، ح ٣، الباب ١٩ من أبواب ديّات النفس.
- ٥- (٣) وسائل الشيعة ٢٩/٢٤٧، ح ٣، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان.

و منها: صحيحه أخرى للحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سئل عن بُختى (١) اغتلم (٢) فخرج من الدار فقتل رجلاً فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف؟ فقال: صاحب البختى ضامن للديه و يقتصّ ثمن بختيه، الحديث. (٣)

و منها: معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، و إلا فهو له ضامن. (٤)

و منها: غير ذلك من الروايات الداله على ضمان المثل أو القيمى.

### السادس: سيره العقلاء

سيره العقلاء جاريه فى الضمان إذا وضع الإنسان يده على مال الغير من دون إذنه و رضايته، و لا يخرج من الضمان إلا برّد عين المال، و فى صورته التلف برّد الأقرب إليها و هو فى المثلى مثل و فى القيمى قيمه. و لا يكفى ردّ أحدهما فى موضع الآخر إلا برضا المالك.

هذه السيرد عند العقلاء جاريه و لم يرد فى الشريعة ردع عنها، و عدم الردع يكفى فى الإمضاء الشرعى.

### السابع: الإجماع

لعلّ أول من تعرض له الشيخ فى المبسوط (٥) و نفى الخلاف عنه فى الخلاف (٦) و يأتى نص كلامه قدس سره فى الكتابين فى الفرع الآتى (٧).

ص: ٤٦٦

١- (٤) البختى: واحد البخت: و هى الأبل الخراسانيه.

٢- (٥) الاغتلام: هيجان البعير عند شده الشهوه الجنسيه.

٣- (٦) وسائل الشيعه ٢٩/٢٥٠، ح ١، الباب ١٤، من أبواب موجبات الضمان.

٤- (٧) وسائل الشيعه ٢٩/٢٦٠، ح ١، الباب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان.

٥- (١) المبسوط ٣/١٠٣.

٦- (٢) الخلاف ٣/٤١٥، مسأله ٢٩.

٧- (٣) السادس.

وقد مرّ من الشهيد قوله: «أطبق الأصحاب على ضمان المثلى بمثله»<sup>(١)</sup>. وصرح المحقّق الثاني<sup>(٢)</sup> بالإجماع عليه، وفي ظاهر كشف الرموز<sup>(٣)</sup> للفاضل الآبي وصریح سيّد الرياض<sup>(٤)</sup> نفى الخلاف فيه و تبعهم ولده السيّد المجاهد في المناهل<sup>(٥)</sup>. وفي المفتاح: «يدلّ عليه بعد الإجماع»<sup>(٦)</sup> وفي الجواهر: «بلاخلاف معتدبه أجده فيه، كما اعترف به بعضهم بل هو من قطعيات الفقه، كما يومى إليه أخذه مسلّمًا في سائر أبوابه»<sup>(٧)</sup>.

أقول: الاجماع وإن كان محققًا ولكنّه مدركيّ لاحتمال أنّ مستندهم أحد الوجوه المتقدمه، فلا يكون اجماعا تعبديا. هذا تمام الكلام في المقام الثاني.

### المقام الثالث: حكم الشك في كون التالف مثلًا أو قيمًا

التالف إذا شك فيه من أنّه مثلّي إمّا لاختلاف العرف في ذلك المسرى إلى الفقهاء كيف يحكم فيه؟ ذكر الشيخ الأعظم أربعه وجوه في حكم الشك:

الأول: الضمان بالمثل

الثاني: الضمان بالقيمه

الثالث: تخيير المالك بين المثل و القيمه

الرابع: تخيير الضامن بين المثل و القيمه.

ص: ٤٦٧

١- (٤) غايه المراد ٢/٣٩٨.

٢- (٥) جامع المقاصد ٦/٢٤٥.

٣- (٦) كشف الرموز ٢/٣٨١.

٤- (٧) رياض المسائل ١٢/٢٣.

٥- (٨) المناهل ٢٩٩.

٦- (٩) مفتاح الكرامه ١٨/١٣٧.

٧- (١٠) الجواهر ٣٧/٨٥.



و اضطربت كلماته في المسأله فرجح أولاً تخيير الضامن بين المثل و القيمه ثم تخيير المالك لو كان الأول مخالفا للإجماع، ثم قوى تخيير المالك من أول الأمر، ثم عاد إلى تقويه تخيير الضامن و في ختام مقاله اختار اقتضاء أدله الضمان ثبوت المثل في العهده لكونه أقرب إلى التالف.(1)

و أما دليل الوجوه و مستندها:

فدليل الوجه الأول: الضمان بالمثل

إذا تلف العين، الواجب على المتلف الضامن ابتداءً هو أداء المثل حتى في القيميات، لكونه أقرب إلى التالف، و أما أداء القيمه في القيميات فإنما هو من باب الإرفاق للضامن، إذ لا يوجد مثل للقيميات في الخارج غالباً.

ثم إن فراغ الذمه بأداء ما يحتمل تعيينه قطعي و بأداء غيره مشكوك فيه، فالأصل هو عدم سقوط ما في ذمه الضامن إلا بأداء المثل لأنه إذا دار الأمر بين التعيين و التخيير وجب الأخذ بما احتمل تعيينه، هذا ما ذكره المحقق السيد الخوئي(2) في المقام.

ثم رده(3) بأن: الواجب على الضامن ابتداءً إنما هو أداء القيمه في القيميات دون أداء المثل هذا أولاً.

و ثانياً: لا يتم المبني من أنه إذا دار الأمر بين التعيين و التخيير وجب الأخذ بما احتمل تعيينه، لأنه إذا كان هناك حكم واحد ودار أمره بين التعيين و التخيير - لاحتتمال الأهميه في التعيين - يحكم بالتخيير لأن تعلقه بالجامع معلوم و بخصوص التعيين مجهول فتجری البراءه بالنسبه إلى التعيين.

ص: ٤٦٨

١- (١) كما في هدى الطالب ٣/٣٢٠.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٥٤ و ما بعده.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٥٤ و ما بعده.

نعم، إذا كان هناك حكمان و دارالأمر بين التعيين و التخيير في مرحله الامتثال و الفعلية من ناحيه المزاحمه و جب الأخذ بمحتمل الأهميه.

و ثالثا: ما ذكرنا من البراءه من التعيين يجرى في مسألتنا لأنّ ثبوت ماله التالف في ذمه المتالف معلوم إلاّ أنّ ثبوت تعينها بخصوص المثل مشكوك فيه فتدفعه البراءه.

ثم تمسك (١) قدس سره بأن سيره العقلاء جاريه على ضمان مَنْ وضع يده على مال غيره من

دون رضاه و إذنه أو سبب شرعى، فإن كانت العين موجوده فيجب عليه ردّها و إذا تعذر - لتلف أو نحوه - سقط عنه وجوب رد العين، و انتقل الضمان إلى المثل - و هو المشترك معه في الذات و الصفات و الماليه من دون المشخصات الفرديه التي هي دخيله في التشخيص - و على هذا فمقتضى القاعده على ضوء هذه السيره هو الضمان بالمثل، إلاّ إذا ثبت كون التالف قيما أو كان مثليا ولكن تعذر مثله في الخارج فحينئذ ينتقل إلى القيمه.

و لم يثبت من الشارع الردع عن هذه السيره العقلانيه، و عدم الردع يكفى في الإمضاء كما هو الظاهر.

و في العناوين: «ربما يقال بالبناء على أنه مثلي لأصالة عدم تفاوت القيم و الرغبات و لأنّ الميزان في اعتبار المثل إنّما هو كونه أقرب إلى المال المضمون بحيث يُعدّ تأديته لأصل المال، و متى ما كان الشئ يشكّ في أنّ فيه تفاوتاً أم لا، صار أقرب إلى المال المضمون من القيمه قطعاً، فلا- وجه للعدول إلى القيمه، فهو و إن يثبت كونه مثلياً في الاسم لكنّه مثلي في الحكم فتدبر» (٢) ثم اختار في فرض الشك أنّ دفع المثل يكون أقرب من دفع القيمه فراجع كلامه (٣).

ص: ٤٦٩

١- (٤) مصباح الفقاهه ٣/١٥٦.

٢- (١) العناوين ٢/٥٢٧.

٣- (٢) العناوين ٢/٥٢٨.

هذا الفرع - الشك في أنّ التالف مثلّي أو قيمّي - يدخل في دوران الأمر بين الأقل والأكثر، فلا بدّ من الأخذ بالأقل و ردّ الأكثر بالأصل النافي.

لأنّ المراد بالقيمة هي المالىة المشتركة بين جميع الأموال و المراد بالمثل مضافا إلى هذه المالىة المشتركة، المماثلة في الذات و الصفات، فنشك بأنّ الواجب على التالف القيمة - أى المالىة المشتركة - و هي الأقل أو مضافا إليها المماثلة في الذات و الصفات و هي الأكثر، و الثابت في علم الأصول في موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر هو جريان البراءة من الأكثر و تعين الأقل و هو هنا القيمة.

اعترض على هذا الاستدلال المحقّق السيّد الخوئي (١) رحمه الله و ذهب إلى أنّ أنّه مبنّي على أنّ المراد من القيمة هي المالىة المشتركة السارية في الأموال كلّها فإنّه على هذا يجوز للمتلف

أن يؤدي عن التالف أى شيء أراد من أمواله إذا كانت تساوى في القيمة قيمه التالف.

و هذا التفسير من القيمة خلاف ما هي المرتكز في الأذهان و المتسالم عليها و المتبادر منها هي المالىة الخاصة أى النقود الرائجة بين الناس من الريالات و الدينير و الدراهم و الدولارات و نحوها.

فيكون الدوران بين المثل و القيمة من دوران الأمر بين المتباينين - لا الأقل و الأكثر - و لابدّ فيه من الاحتياط أى أداء الجمع بين المثل و القيمة و هو خلاف الإجماع.

ربما يقال (٢) في اثبات القيمة: أنّها الأصل في مورد الشك، لأصالة عدم تساوى الرغبات و لكون الغالب في الشئيين الاختلاف، فالمشكوك يلحق به - أى بالغالب -، و لأنّ

ص: ٤٧٠

١- (٣) مصباح الفقاهة ٣/١٥٧.

٢- (١) ذكره صاحب العناوين مع ذيله في كتابه ٢/٥٢٧.

القيمة دفع لما يقابل المضمون في المالىه قطعاً، بخلاف المثلى لاحتمال النقيصه فلا يحصل اليقين بالبراءه.

ان قلت: إنّ مع دفع القيمة أيضا لا يحصل اليقين، لاحتمال كونه مثلياً موجبا لدفع مثله من الأعيان، فيفوت الخصوصيه - المماثله في الذات و الصفات - على صاحبها.

قلت: غايه ما في الباب تعارض احتمال فوات خصوصيه العين - المماثله في الذات و الصفات - مع احتمال فوات المالىه، و لا يريب أنّ الثانى أهم، إذ الغالب في المالىات إنّما هي جهه المالىه، و الخصوصيه مع حصول المالىه لا يعتنون بها، بخلاف العكس، فمراعاة جهه المالىه توجب دفع القيمة، لأنه أقرب إلى البراءه.

دليل الوجه الثالث: تخيير المالك بين المثل و القيمة

أنّ ما اختاره المالك إمّا هو البدل الواقعى فهو مسقطٌ لما في ذمه الضامن، و إمّا هو بدل البدل فهو أيضا مسقطٌ لما في ذمه الضامن المتلف لرضايه المالك به في اختياره له، ففي اختيار المالك يسقط ذمه الضامن بلا ريب.

دليل الوجه الرابع: تخيير الضامن بين المثل و القيمة

الضامن المتلف يعلم باشتغال ذمته بأحد أمرين: المثل أو القيمة، و مقتضى الاحتياط اللازم في الأموال هو تحصيل القطع بالبراءه - لأنّ المورد يكون من دوران الأمر بين المتباينين - و لا يحصل إلاّ بأداء كلا الأمرين لتحصّل الموافقه القطعيه.

ولكن الإجماع و ضروره الفقه و قاعده لا ضرر تنفى أداء كلا الأمرين فإذن الضامن

مخير بين أداء المثل أو القيمة، أيهما شاء.

واعترض المحقق السيّد الخوئى رحمه الله على مستند كلا الوجهين الأخيرين بقوله: «إنّ اشتغال الذمه بالمثل أو القيمة واقعا و قيام الإجماع و ضروره على عدم وجوب أدائهما معا لا يقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمة و لا تخيير المالك في استيفاء أيهما شاء، بل

يمكن تعيين ما فى الذمه بالصلح القهرى، بأن يرجع الضامن و المالك كلاهما إلى الحاكم، فيلزمهما بالصلح إن لم يكن - هنا - ما يتعين به الضمان بالمثل أو القيمه.

و يمكن أن يرجع فى تعيين أحد الأمرين إلى القرعه، بناء على جريانها فى كل أمر مشكل ولو كان فى الشبهات الحكيمه، ولكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها فى الشبهات الحكيمه، و عليه فلا مناص عن الرجوع إلى الحاكم فيلزمهما بالصلح إن لم يكن - هنا - ما يتعين به الضمان بالمثل أو القيمه»(1).

ثم إن هنا احتمالات لم يذكرها الشيخ الأعظم رحمه الله يظهر اثنان منها ممّا مرّ و هما:

أ: المصالحه للعلم باشتغال الذمه بأمر مجهول لاسبيل إلى بيانه.

ب: و الرجوع إلى القرعه، بناءً على جريانها فى الشبهات الحكيمه، ولكنها خلاف متسالم عليه فيها.

و أمّا الإثنان الآخران فهما:

ج: أداء أكثرهما قيمه و تموّلاً و ماليه لقاعده الاشتغال و لزوم خروج العهده منها.

د: أداء أقلهما قيمه و ماليه و تموّلاً ترجيحاً لأصل البراءه. ذكرها صاحب العناوين.(2).

ولكن قد مرّ منّا أنّ الأصل فى صوره الشك بينهما - المثلى أو القيمى - هو المثلى إمّا لجريان سيره العقلاء كما هو المختار أو للاستصحاب كما ذكره المحقق النائنى(3) رحمه الله أو للأدله الاجتهاديه كما ذكره الشيخ الأعظم(4) قدس سره .

ص: ٤٧٢

١- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٥٩.

٢- (٢) العناوين ٢/٥٢٨.

٣- (٣) منيه الطالب ١/٢٩١.

٤- (٤) المكاسب ٣/٢١٧.

أمّا الاستصحاب: لأنّ ذمه الضامن اشتغل بالمثل أولاً و إذا تعذر المثل ينتقل إلى قيمه، و في صورته ترديد الانتقال إلى قيمه يستصحب اشتغال الذمه إلى المثل.

و فيه: بعد فرض جريان السيره يحصل العلم و لا يكون مورداً للشك بحيث يجرى الاستصحاب.

و أمّا الأدله الاجتهاديه: و هي اطلاقات الضمان في المغصوبات و الأمانات فهي القول بالضمان بالمثل لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالى و الصفات ثم بعده قيمه.

و فيه: ما مرّ من أنّ قيمه تدخل في الاطلاقات في عرض المثل لا- في طوله، فما ذكره قدس سره لا يتم، و بهذا البيان يظهر اشكال آخر في الاستصحاب.

### السادس: هل يجب أداء المثل مع زياده قيمته؟

#### اشاره

قال الشيخ في المبسوط: «إذا غصب مالا لرجل فتلف في يده لم يخل من أحد أمرين إمّا أن يكون له مثل أو لا مثل له، فإن كان له مثل فعليه مثل ما تلف في يده يشتره بأى ثمن كان، و يدفعه إلى المالك إجماعاً، و إن كان ممّا لا مثل له كالثياب و الحيوان فعليه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف، لأنه مأمورٌ برده في كلّ وقت، فوجب عليه قيمته إذا تعذر» (١).

و قال في الخلاف: «إذا غصب ما له مثل كالحبوب و الأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتره بأى ثمن كان بخلاف...» (٢).

و قال ابن ادريس في السرائر: «فأمّا ما له مثل فعليه مثله يوم المطالبه تغيرت الأسعار أو لم تتغير...» (٣).

ص: ٤٧٣

١- (١) المبسوط ٣/١٠٣.

٢- (٢) الخلاف ٣/٤١٥، مسأله ٢٩.

٣- (٣) السرائر ٢/٤٩٠.

و تنظر العلامه فى القواعد و قال: «ولو تعدّر المثل إلاّ بأكثر من ثمن مثله ففى وجوب الشراء نظر»(١).

و قال فى التذكرة: إذا أتلّف المثلى وجب عليه تحصيل المثل، فإنّ وجدته بثمان المثل وجب عليه شراؤه بلاخلاف، و إن لم يجده إلاّ بأزيد من ثمن المثل ففى إلزامه بتحصيله إشكال، ينشأ من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبه فى الكفاره و الهدى، و من أنّ المثل كالعين، و ردّ العين واجب و إن لزم فى مؤونته أضعاف قيمته. و للشافعيه وجهان: أظهرهما الأخير، و ربّما يمكن الفرق بين المثل و العين بأنّه تعدّى فى العين دون المثل فلا يأخذ

المثل و حُكَمَ العين»(٢).

أقول: يمكن حمل هاتين العبارتين من العلامه على الصوره الثانيه من الفرض كما سيأتى.

ولكن قال فى التحرير: «ولو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء...»(٣).

و تبع جماعه مقاله التحرير منهم: ولده فى الإيضاح قال: «و الأقوى وجوب الشراء بالأكثر»(٤).

و منهم: الشهيد فى الدروس قال: «ولو تعدّر المثل إلاّ بأضعاف قيمته كلف الشراء على الأقرب»(٥).

ص: ٤٧٤

١- (٤) القواعد ٢/٢٢٨.

٢- (١) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٤ من الطبع الحجرى.

٣- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢٩.

٤- (٣) إيضاح الفوائد ٢/١٧٨.

٥- (٤) الدروس الشرعيه ٣/١١٣.

و منهم: المحقق الثاني فى جامع المقاصد قال: «... و الأصح الوجوب، فإن الضرر لا يزال بالضرر، و الغاصب مؤاخذ بأشق الأحوال فلا يناسبه التخفيف و هو الأصح» (١).

و منهم: الفقيه المتتبع العاملى قال فى مفتاح الكرامه: «و الأقرب الوجوب...» (٢).

و منهم: الشيخ الأعظم فى بيع مكاسبه قال: «... و لكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء...» (٣).

ولكن مع ذلك ردّ صاحب الجواهر وجوب الشراء حينئذ و قال ردّا على حكم العلامه بوجوب الشراء فى التحرير بقوله: «و فيه: إنّه منافٍ لمادّل على نفي الضرر و الحرج فى الدين، و الخروج عنه فى خصوص ردّ العين المغصوبه لا يقتضى الخروج عنه فى مثلها، فالمتجه جعل المدار على ذلك، و الله العالم» (٤).

أقول: زياده قيمه السوقيه تُتصوّرُ على صورتين:

الصوره الأولى: زياده قيمتها السوقيه مع رواجها فى السوق و كثره بائعها ولكن

ارتفعت قيمه و صارت بأضعاف قيمه التالف يوم تلفه، فحينئذ يجب الشراء و الأداء.

قال الشيخ الأعظم فى وجه وجوب الشراء فى هذه الصوره: «عموم النص و الفتوى بوجوب المثل فى المثلى و يؤيده فحوى حكمهم بأنّ تنزّل قيمه المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى قيمه، بل ربّما احتمل بعضهم (٥) ذلك مع سقوط المثل فى زمان

ص: ٤٧٥

١- (٥) جامع المقاصد ٦/٢٦٠.

٢- (٦) مفتاح الكرامه ١٨/١٨٣.

٣- (٧) المكاسب ٣/٢٢٤.

٤- (٨) الجواهر ٣٧/٩٧.

٥- (١) و هو العلامه فى القواعد ٢/٢٢٨ و مال إلى هذا الاحتمال فى الجواهر ٣٧/٩٩، كما مرّ فى الرابع من مناقشات الشيخ الأعظم فى دلاله آيه الاعتداء، و كذا جوابه هناك فى صفحه ٤٥٢ و ما بعدها.



الدفع عن المالىه كالماء على الشاطيء و الثلج فى الشتاء»(١).

و يمكن أن يضاف إلى هذه الأدله بعد المناقشه فى الإجماع المذكور فى كلام شيخ الطائفه لاحتمال كونه مدركيا، السيره العقلانيه و هى تدل على لزوم الشراء ولو بزياده قيمه السوقيه.

الصوره الثانيه: زياده قيمه لأجل تعدد المثل و عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز و أنه يبيع المثل بأضعاف قيمته فهل الموجود بأكثر من ثمن المثل يكون كالمعدوم نحو الرقبه فى الكفارات و الحيوان فى الهدى(٢)، و أنه يمكن معانده البائع و طلب أضعاف قيمه و هو ضرر(٣)، أو يجب عليه الشراء حينئذ لعين ما ذكر فى الصوره الأولى من الأدله؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى وجوب الشراء ولكنّه لا يتم لحكومته قاعده لا ضرر عليه لأنّ وجوب شراء المثل بأضعاف من قيمته الواقعيه يعدّ ضررا على الضامن المتلف، و قاعده لا ضرر تنفيه و تحكم بعدم وجوبه و انتقال الضمان إلى قيمه. و يمكن حمل عبارتى العلامه فى التذكره و القواعد على هذه الصوره الثانيه كما مرّ.

لا يقال: الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و قد مرّ عدم الفرق بين الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد إلا فى الإثم، فيجب عليه الشراء ولو كانت قيمه أضعافا مضاعفا من قيمه المثل، كما عليه المحقّق الثانى(٤).

ص: ٤٧٦

١- (٢) المكاسب ٣/٢٢٣.

٢- (٣) كما فى تذكره الفقهاء ٢/٣٨٤.

٣- (٤) كما فى كنز الفوائد ١/٦٦١ للسيد عميدالدين ابن اخت العلامه الحلى و تلميذه، و جامع المقاصد ٦/٢٦٠ للمحقّق الكركى.

٤- (٥) جامع المقاصد ٦/٢٦٠.

لأننا نقول: لادليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال فلا يجب الشراء حتى في الغصب في هذه الصورة فكيف بالمقبوض بالعقد الفاسد.

لا يقال: أدله نفي الضرر تنفي الأحكام التكليفية، لامقدماتها و من المعلوم أن شراء يكون من مقدمات أداء الضمان، و وجوب المقدمه عقلياً و ليس شرعياً حتى تنفيه قاعده لاضرر.

لأننا نقول: أدله لاضرر تنفي الحكم الناشئ من قبله الضرر بلافرق بين أصل الحكم أو مقدماتها و لذا ترى يحكم بعدم وجوب الحج على من يقدر على الإتيان بمناسكه ولكن كانت مقدماته ضرريه عليه، و لافرق في ذلك بين القول بأن وجوب المقدمه عقلياً - كما هو الصحيح - أو أنّ وجوبها شرعياً.

### **تنبيه: في نقصان القيمه السوقيه**

ثم إذا عكس الأمر و نقصت القيمه السوقيه للمثل فهل ينتقل الضمان من المثل إلى القيمه الأوليه الزائده؟

الظاهر عدم انتقال الضمان إلى القيمه الأوليه الزائده و عليه شراء المثل ولو بالقيمه النازله و أدائه، و بالجمله إذا كانت العين مثلياً، فيجب على التالف أدأؤه بلافرق بين أن نزلت قيمته السوقيه أو صعدت.

نعم: إذا سقطت من الماليه رأسا كالتلج في الشتاء و الماء عند البحر يرجع إلى القيمه كما مرّ سابقاً، و كذلك في صعود القيمه في الصورة الثانيه ينتقل الضمان إلى القيمه كما مرّ آنفاً.

### **فرع: هل يجوز مطالبه المالك بالمثل في غير مكان التلف ولو كانت قيمته أزيد من قيمته في مكان التلف؟**

إذا تلفت شاه مثلاً من المالك في القرية المسكونه ثم سافرا - المالك و التالف - معا إلى حج بيت الله الحرام، هل يجوز للمالك مطالبه قيمه شاته من التالف الضامن في يوم عيد

الأضحى بمنى ليجعلها هديّة أم لا؟

ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى جواز هذه المطالبة ولو كانت قيمتها أزيد من قيمتها في مكان التلف، تبعاً لجماعه من الفقهاء:

منهم: ابن ادريس الحلّي قال في السرائر: «... ولأنّ المغضوب منه لا يجب عليه

الصبر إلى حين العود إلى مصر، بل يجب على الغاصب ردّ مثل الغصب إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل، فإنّ هذا الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة ولا يعرج إلى خلافه بالآراء والاستحسان» (٢).

و منهم: العلامة قال في المختلف: «... في الغصب والقرض له المطالبة بالمثل أين كان وبالقيمة إن لم يكن له مثل و متى تغيّرت القيمة...» (٣).

و كذلك ذهب إلى جواز المطالبة في تذكره الفقهاء (٤) والقواعد (٥).

و منهم: ولده الفخر في الإيضاح قال: «و الأصح عندى اختيار والدى» (٦).

و منهم: الشهيد قال في الدروس: «ولو ظفر المالك بالغاصب في غير بلد الغصب فله المطالبة بالمثل أو القيمة و إن كان في نقله مؤنه أو كانت القيمة أزيد...» (٧).

و منهم: المحقّق الثاني قال في جامع المقاصد بعد نقل قول ابن ادريس: «... و الأصح الأوّل [أى قول ابن ادريس] لأنّ الحقّ فوري و تأخير الأداء ضرر، و الضرر لا يزال

ص: ٤٧٨

١- (١) المكاسب ٣/٢٢٤.

٢- (١) السرائر ٢/٤٩١.

٣- (٢) مختلف الشيعة ٦/١٢٨.

٤- (٣) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجري.

٥- (٤) قواعد الأحكام ٢/٢٢٨.

٦- (٥) إيضاح الفوائد ٢/١٧٦.

٧- (٦) الدروس الشرعيه ٣/١١٤.

بالضرر، وحق الغاصب المؤاخذه بالأشق دون الإرفاق بحاله»(١).

مراده من «الضرر لا يزال بالضرر»: «أى إذا تعارض الضرران فى الغصب فالترجيح لئفى ضرر المالك، إذ الضرر المنفى إنما هو من شرع الحكم، و الغاصب هنا أدخله على نفسه، مضافا إلى أنه يؤخذ بالأشق لا بالرفق». كما فى مفتاح الكرامه.(٢)

ثم الشيخ الأعظم زاد فى استدلال ابن ادریس بقوله: «لعموم الناس مسلطون على أموالهم»(٣).

أقول: نعم الناس مسلطون على أموالهم و للمالك المطالبه بماله بأى بلد شاء مشروطا بتساوى قيمته السوقيه مع بلد التلف أو الغصب أو القرض بلا فرق بين المثليات و القيميات أو كونها أقل قيمه فى بلد المطالبه، و أما إذا كانت قيمته أكثر و المتلف الضامن لا يرضى

بالزياده، فلا- يمكن إجباره على الشراء أو الأءاء لأنه ضرر عليه و الضرر منفى فى الشريعة المقدسه بلا فرق بين الغاصب أو المقروض أو القابض - فى مسألتنا - أو المتلف، فما ذكره أعلام الفقهاء يرد بقاعده لاضرر حتى بالنسبه إلى الغاصب لما مر من عدم تماميه أنه يؤخذ بأشق الأحوال و لذا فى هذا الفرع نحن نتبع مقاله الشيخ فى المبسوط و هو كلام متين حيث يقول: «إذا غضب منه مالا مثلا بمصر فلقيه بمكة فطالبه به لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون لنقله مؤنه أو لامؤنه لنقله، فإن لم يكن لنقله مؤنه كالأثمان فله مطالبته به سواء كان الصرف فى البلدين متفقا أو مختلفا لأنه لامؤنه فى نقله فى العاده، و الذهب لا يقوم بغيره و الفضه لا يقوم بغيرها إذا كانا مضروبين.

و إن كان لنقله مؤنه لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون له مثل أو لامثل له، فإن كان

ص: ٤٧٩

١- (٧) جامع المقاصد ٦/٢٥٦.

٢- (٨) مفتاح الكرامه ١٨/١٧٧.

٣- (٩) المكاسب ٣/٢٢٥.

له مثل كالحبوب و الأدهان نظرت، فإن كانت القيمتان في البلدين سواء، كان له مطالبته بالمثل لأنه لا ضرر عليه في ذلك، و إن كانت القيمتان مختلفين، فالحكم في ما له مثل و في ما لا مثل له سواء فللمغصوب منه إيمًا أن يأخذ من الغاصب بمكة قيمته بمصر، و إمّا أن يدع حتى يستوفي ذلك منه بمصر، لأنّ في النقل مؤنه و القيمة مختلفه، فليس له أن يطالبه بالفضل، فإن صبر فلا كلام، و إن أخذ القيمة ملكها المغصوب منه، و لم يملك الغاصب ما غصب، لأنّ أخذ القيمة لأجل الحيلولة لا بدلاً عن المغصوب كما لو غصب عبدا فابق فأخذنا منه قيمته فإنّ القيمة تملك منه، و لا يملك الغاصب العبد، فإن عاد إلى مصر و الشيء قائم بحاله انتقض ملكه عن القيمة التي أخذها و عاد إلى عين ماله كما قلناه في العبد الآبق.

هذا الكلام في الغصب فأما الكلام في القرض فالحكم فيه كالحكم في الغصب سواء لا يفترقان...»(١).

و تبعه القاضي ابن البراج في المهذب.(٢)

حديث بدل الحيلولة لايجرى في بحثنا - المقبوض بالعقد الفاسد - لأنها مختص بوجود العين و كلامنا في فرض تلفها و لذا قال العلامة في القواعد: «ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة، بخلاف قدره على العين»(٣).

**فرع آخر: لو أعطى الضامن في مكان كان قيمته أقل من قيمة مكان التلف فهل**

للمالك الامتناع من القبض؟

لو انعكس الفرع السابق و تنزلت قيمة المثل في مدينه و استفاد الضامن من الفرصه و اشترى المثل بالقيمة النازله و أعطاها للمالك، فهل يجب على المالك القبول؟ أو يجوز له

ص: ٤٨٠

١- (١) المبسوط ٣/٧٦.

٢- (٢) المهذب ١/٤٤٣.

٣- (٣) القواعد ٢/٢٢٨.

الامتناع من القبول، لأنّ مكان التلف غير مكان الإعطاء؟ وجهان ذكرهما المحقّق الثانی من دون ترجیح و قال: «لو ظفر المالك بالغاصب في غير محل الغصب أو الإتلاف للمثلي، و كانت قيمته أقل من قيمه مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البديل إلى موضع الإتلاف، خصوصا إذا كان حمله يحتاج إلى مؤونه و كان غير بلده؟ فيه تردد»(١).

أقول: لا يجب عليه القبول لأنّ فيه ضررا عليه و قاعده لا ضرر تنفيه فيجوز له الامتناع كما ذهب إليه صاحب المفتاح و قال: «و لعلّ الأشبه أن له ذلك»(٢). [أى للمالك الامتناع].

### السابع: لو تعذّر المثل في المثلي

#### إشاره

يقع البحث هنا في ضمن جهات:

### الجهة الاولى: متى ينقلب الضمان من المثل إلى قيمه؟

في فرض إعواز المثل و تعذّر الوصول إليه و مطالبه المالك بماله ينقلب الضمان من المثل إلى قيمه جمعا بين الحقيين - أى حقّ المالك من المطالبه بماله و حقّ الضامن حيث تكليفه بالمثل مع إعوازه يعدّ تكليفا بما لا يطاق أو ضررا منفيا في الشريعة المقدسه، فينتقل الضمان من المثل إلى قيمه.

قال في المفتاح: «إنّه ينتقل إلى قيمه عند التعذر فهو ممّا طفحت به عباراتهم كما ستسمع، بل إجماعيّ، و لعلّ دليله بعده أنّ الضرر منفى، و أنّ تكليف ما لا يطاق غير جائز و إنّ في تأخير الحقّ إضرارا أيضا فتعيّنت قيمه جمعا بين الحقيين»(٣).

و قال في الجواهر تذييلاً لقول المحقّق: «فإن تعذّر المثل ضمن قيمته»: «أى المثل

ص: ٤٨١

١- (١) جامع المقاصد ٦/٢٥٨.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٨/١٧٧.

٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٨/١٤٣.

بلاخلاف أجده فيه، بل قيل: إنه إجماعي، لنفي الضرر و قبح التكليف بما لا يطاق و الإضرار بتأخير الحق فتعينت قيمه المزبوره جمعا بين الحقين.

لكن قد يناقش إن لم يكن إجماعاً بأن ذلك لا يقتضى وجوب القبول على المالك لو

دفع الغاصب، فإن له التأخير إلى حال التمكن من المثل.

اللهم إلا أن يكون ذلك ضرراً على مَنْ عليه الحق ولو باعتبار بقاء ذمته مشغوله بناءً على أن مثله ضرر منفي أيضاً، و فيه تأمل.

أو يقال: أنه مقتضى قوله عليه السلام: المغصوب مردود(١) بناءً على اراده ما يشمل ردّ المثل أو القيمة من الردّ فيه، فيكون ذلك تكليفاً للغاصب، فيجب القبول على من له الحقّ مع دفع الحقّ.

هذا، و قد يظهر من بعض عبارات التذكرة(٢) و الإيضاح(٣) عدم وجوب القبول عليه و أنّ له التأخير إلى وجدان المثل، فيملك المطالبه و حينئذ يرتفع الاشكال من أصله(٤).

أقول: مراده من بعض عبارات التذكرة هو هذا الكلام من العلامة ففيه: «إنّ المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبه به؟ و إنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها(٥). و كذا في الإيضاح(٦) إلى قوله «المطالبه به» فقط.

ص: ٤٨٢

- 
- ١- (١) وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، ح ٤، الباب ١ من أبواب الأنفال، مرسله حماد بن عيسى و فيه: «الغصب كلّ مردود»، و وسائل الشيعه ٢٥/٣٨٦، ح ٣، الباب ١ من أبواب كتاب الغصب.
  - ٢- (٢) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجري.
  - ٣- (٣) ايضاح الفوائد ٢/١٧٥.
  - ٤- (٤) الجواهر ٣٧/٩٤.
  - ٥- (٥) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجري.
  - ٦- (٦) ايضاح الفوائد ٢/١٧٥.

وقال الشيخ الأعظم: «لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، ولعلهم يريدون صورته المطالبه وإلا فلا دليل على الإطلاق.»

و يؤيد ما ذكرنا: أنّ المحكى (1) عن الأكثر في باب القرض أن المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبه، نعم عبر بعضهم (2) بيوم الدفع فليتأمل (3).

أقول: من الأ-كثر ابن إدريس قال في قرض السرائر: «... بل له المطالبه بمثله إن كان له المثل أو بقيمته إن أعوز المثل يوم المطالبه، لا يوم إقباض القرض...» (4).

و في قرض جامع المقاصد قال: «... ولا وجوب إلا بالمطالبه و هو المفهوم من فتوى الدروس (5) فإنه صرح فيه بوجوب قيمتها وقت الدفع، لا وقت التعذر ولا وقت القرض ولا يريد بها إلا-قيمة وقت المطالبه و إن كان في عبارته تساهل و ما اختاره هو الأصح» (6).

وقال في قرض الكفايه: «و كلّ ما كان مثليا يثبت في الذمه مثله... و مع تعذر المثل ينتقل إلى القيمة، و في اعتبارها يوم القرض أو التعذر أو المطالبه أوجه، و لعلّ الأخير أوجه» (7).

فيظهر إلى هنا الاتجاهان في المقام:

الاتجاه الأول: أنّ انتقال المثل إلى القيمة مشروط بشرطين: ١- إعواز المثل، ٢- مطالبه المالك بالقيمة بحيث لو لم يطالب و صبر على وجدان المثل يبقى المثل على ذمه

ص: ٤٨٣

١- (٧) الحاكي هو السيد محمد جواد العاملى فى المفتاح ١٥/١٥٠.

٢- (٨) العلامه فى المختلف ٥/٣٩٢.

٣- (٩) المكاسب ٣/٢٢٧.

٤- (١٠) السرائر ٢/٦٠.

٥- (١) راجع الدروس ٣/٣١٤ و ٣٢١.

٦- (٢) جامع المقاصد ٥/٤٢.

٧- (٣) الكفايه ١/٥٣٠.



الضامن كما يظهر من ابن ادريس و العلامه و ولده و الكركى و السبزوارى و مال إليه صاحب الجواهر و الشيخ الأعظم كما مرّ من كلماتهم.

و كذلك يظهر هذا الاتجاه من أصحاب أبى حنيفه (١) و المالكيه (٢) و الشافعيه (٣).

الاتجاه الثانى: انقلاب المثل إلى قيمه له شرط واحد و هو إعواز المثل فقط بلا فرق بين مطالبه المالك و عدمه، بل ليس له الامتناع من أخذ قيمه إذا أعطها الضامن و الصبر على وجدان المثل.

يظهر هذه الاتجاه لكلّ من ذهب إلى الانقلاب من دون تقييده بالمطالبه من فقهاءنا، كما يظهر ذلك من بعض فقهاء الشافعيه و أبى يوسف من الحنفيه و أبى قدامه و المقدسى من الحنابله (٤).

و صرح بهذا الاتجاه الفقيه السبزوارى قال فى مهذبته: «يجب عليه دفع قيمه فعلاً و يجب على المالك قبولها، لأنّ قيمه عند تعذر المثل كنفس المثل فى جميع الجهات إلا ما خرج

بالدليل... إذ المناط فى الكلّ هو تدارك المالىه و هو موجود فى الجميع موضوعاً مترتباً فيكون كذلك حكماً، فليس للمالك الامتناع عن القبول خصوصاً مع تضرر الغاصب بذلك» (٥).

أقول: المختار هو الاتجاه الأوّل، لأنّ للمالك الصبر إلى حين وجدان مثل ماله كما أنّ له

ص: ٤٨٤

١- (٤) راجع مبسوط السرخسى ١١/٥٠ و البنايه فى شرح الهدايه لأبيمحمّد بن احمد العينى ٨/٣٤٤.

٢- (٥) شرح الخرشي ٦/١٣٣.

٣- (٦) تكمله المجموع ١٤/٦١ للمطيعى.

٤- (٧) راجع تكمله المجموع ١٤/٦١، المبسوط للسرخسى ١١/٥٠، مغنى المحتاج ٥/٤٢١ لابن قدامه.

٥- (١) مهذب الأحكام ٢١/٣٧.

أخذ القيمة و الدليل عليه عموم الناس مسلطون على أموالهم، فالانقلاب من المثل إلى القيمة مشروط بشرطين: ١- إغواز المثل  
٢- مطالبه المالك و عدم صبره إلى وجدان المثل.

### الجهه الثانيه: أيّ قيمه يدفع الضامن إلى المالك؟

قال في القواعد، «ولو تلف المثلى في يد الغاصب و المثل موجود فلم يغرمه حتى فُقد، ففي القيمة المعتبره احتمالات.

(أ): أقصى قيمته من يوم الغصب إلى التلف، و لا اعتبار بزياده قيمه الأمثال.

(ب): أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإغواز.

(ج): أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإغواز.

(د): أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة.

(ه): القيمة يوم الإقباض»(١).

و أنهى العلامة الأقوال في التذكرة(٢) إلى عشره مع التنبيه على أنها هي الوجوه التي ذكرها الشافعيه، و قد أنهاها العلامة الشيخ  
محمد الحسين كاشف الغطاء قدس سره إلى خمسه و أربعين وجهاً(٣) لايهمنا ذكرها.

و القول المختار عند أصحابنا هو القيمة يوم الإقباض - أي قبض المالك القيمة - كما عليه أصحاب الخلاف(٤) و المبسوط(٥)  
و الغنيه(٦) و السرائر(٧) و الشرائع(٨) و التحرير(٩) و

ص: ٤٨٥

١- (٢) القواعد ٢/٢٢٧.

٢- (٣) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجرى.

٣- (٤) راجع كتابه النظر الثاقب /٣٧ و هي تعليقه و تعليقه أخيه الفقيه الكبير الشيخ أحمد على المكاسب.

٤- (٥) الخلاف ٣/٣٩٥.

٥- (٦) المبسوط ٣/٦٠.

٦- (٧) الغنيه ٢٧٨/.

٧- (٨) السرائر ٢/٤٨٠.

٨- (٩) الشرائع ٣/١٨٨.

٩- (١٠) التحرير ٤/٥٢٩.

التذكرة (١) و الدروس (٢) و جامع المقاصد (٣) و المسالك (٤) و مجمع الفائده (٥) و هو قضيه كلام من اقتصر على لزوم القيمه يوم الاقباض كالإرشاد (٦) و غايه المراد (٧).

قال الفقيه المتتبع السيد العاملي: «و الحاصل إنى لو أجد مخالفاً منّا فى ذلك بل و لا- متأماً- فى هذا الباب إلا- قوله فى الإيضاح (٨): إن الاحتمال الرابع أصح، و إلا قوله فى المفاتيح (٩): و قيل: وقت الأعواز. فما فى المسالك (١٠) و الكفايه (١١) من أنه الأشهر أو الأظهر بين الأصحاب، و كذا الرياض (١٢) لم يصادف محلّه. و قد يتوهم من عبارته التذكرة أن الشيخ مخالف و ليس كذلك، ما ذكر فيما يأتى من الكتاب [قواعد الأحكام] و المسالك و الكفايه من الأوجه الأربعة الأخر فسيأتى الكلام فيها - إن شاء الله تعالى - على أنها ليست أيضاً لأحدٍ منّا فى الباب، و إنما هى أحد الوجوه العشره التى ذكرها الشافعيه ذكرها فى

ص: ٤٨٦

- ١- (١) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجرى.
- ٢- (٢) الدروس ٣/١١٣.
- ٣- (٣) جامع المقاصد ٦/٢٤٥.
- ٤- (٤) المسالك ١٢/١٨٤.
- ٥- (٥) مجمع الفائده ١٠/٥٢٧.
- ٦- (٦) إرشاد الاذهان ١/٤٤٦.
- ٧- (٧) غايه المراد ٢/٣٩٨.
- ٨- (٨) إيضاح الفوائد ٢/١٧٥.
- ٩- (٩) مفاتيح الشرائع ٣/١٧٢.
- ١٠- (١٠) المسالك ١٢/١٨٥.
- ١١- (١١) الكفايه ٢/٦٤٠.
- ١٢- (١٢) رياض المسائل ١٤/٢٦.

أقول: فالقول المختار عند أصحابنا الإمامية هو قيمة يوم الأداء المعبر عنه بيوم الإقباض عندهم أو يوم المطالبة أو يوم الدفع و الكل واحد و الوجه في ذلك بقاء المثل في عهده الضامن بعد تلف العين إذا كانت مثليه حتى بعد الإعواز(٢)، فلاوجه لتوهم انتقال الضمان إلى قيمه بعد تلف العين و قبل يوم الأداء.

إن قلت: إنَّ الضمان لابد أن ينتقل إلى قيمه عند إعواز المثل في الخارج و إلا ينتقل

إلى المثل أيضا عند تلف العين الشخصيه.

قلت: انتقال الضمان إلى المثل بعد تلف العين أمر قهري، لأنَّ لامعنى لبقائها في الذمه بعد التلف، بخلاف المثل لأنه أمر كلي قابل للبقاء في الذمه إلى حين الأداء - كما يظهر من المحقق السيد الخوئي(٣) قدس سره -

ولذا لا يهمننا التعرض للأقوال و النقض و الإبرام فيها كما فعله الشيخ الأعظم(٤) رحمه الله و كذلك لا يهمننا التعرض لتأسيس الأصل في المقام لكي يكون مرجعا إذا لم يتعين أحد الأقوال كما صنعه المحقق الاصفهاني(٥) رحمه الله .

### الجهة الثالثة: انقلاب الضمان إلى القيمة هل يختص بالتعذر الطارئ أم يعمّ الابتدائي؟

قال الشيخ في المبسوط: «... فإذا ثبت أنه يضمن بالمثل فإن كان المثل موجودا طالبه

ص: ٤٨٧

١- (١٣) مفتاح الكرامه ١٨/١٤٤.

٢- (١٤) كما هو مختار الشيخ الأعظم أيضا راجع المكاسب ٣/٢٣٩.

٣- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٦٥.

٤- (٢) المكاسب ٣/(٢٣٤-٢٢٧).

٥- (٣) حاشيه المكاسب ١/٣٧٦.

به و استوفاه، و إن أعوز المثل طالبه بقيمته...»(١).

و قال العلامة في القواعد: «ولو تلف المثلى في يد الغاصب - و المثل موجود فلم يغرمه حتّى فقد - ففي القيمة المعتبره احتمالات...»(٢).

و نحوها في تذكره الفقهاء(٣) و التحرير(٤).

و كذا يظهر طريان العذر من ولده فخر المحققين حيث يقول: «اختصاص المثلى بالمثل مع وجوده، و غيره بالقيمة»(٥).

من تقييده بقوله «مع وجوده»، يظهر اعتبار طريان العذر عنده قدس سره .

و صرح بهذا المحقق الكركي في جامع المقاصد: «لو لم يكن المثل موجودا وقت التلف فالظاهر أنّ الواجب قيمه التالف، أما مع وجوده و عدم التغيريم إلا بعد فقدّه فإنّه استقر في الذمه فيرجع إلى القيمة...»(٦).

و قال صاحب المفتاح: «و التقييد بوجود المثل عند التلف و عدم التسليم له إلى أن فقد، قد وقع في التذكرة و المسالك(٧) و الكفايه(٨) و وجهه أنه حينئذ يكون قد استقرّ في ذمته فيرجع إلى قيمته و في تعيينها احتمالات، و قضيه ذلك أنه لو لم يكن المثل موجودا وقت

ص: ٤٨٨

١- (٤) المبسوط ٣/٦٠.

٢- (٥) القواعد ٢/٢٢٧.

٣- (٦) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجري.

٤- (٧) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢٩.

٥- (٨) إيضاح الفوائد ٢/١٧٥.

٦- (٩) جامع المقاصد ٦/٢٥٢.

٧- (١) المسالك ١٢/١٨٣.

٨- (٢) الكفايه ٢/٦٤٠.

التلف فالواجب قيمه التالف و هو الذى استظهره فى جامع المقاصد...»(١).

و اعترض صاحب الجواهر على المحقق الثانى بقوله: «و قد يناقش بعدم المنافاه بين ثبوته فى الذمه و بين تعذر أدائه فى ذلك الوقت، و دعوى صيرورته قيمياً واضحاً المنع، إذ المثلى لا يتعين كونه كذلك بتعذر المثل و إلا لزم عدم وجوب دفعه لو تمكن منه بعد ذلك قبل الأداء، لثبوت قيمه حينئذ فى الذمه، و لا أظن أنّ القائل المزبور يلتزمه لوضوح ضعفه، فالمتجه ثبوت المثل فى ذمته على كلّ حال، و تعذر أدائه حال التلف لا يقتضى عدم ثبوته فى الذمه فإن عدم التمكّن من وفاء الدين لا يقتضى عدم ثبوته فى الذمه، و حينئذ لم يكن للتقييد المزبور فائده»(٢).

أقول: يمكن انحلال اعتراض صاحب الجواهر على الكركى إلى مناقشتين:

الأولى: المناقشه الحليّيه و حاصلها: اشتغال الذمه بالمثل ليس مشروطاً بالتمكّن من أداء المثل لاحدوثاً و لا بقاءً، كما اعترف به حتى المحقق الكركى حيث يقول: «... إنّ المثل لا يسقط من الذمه بتعذره و أداء الدين لا يسقط بتعذر أدائه...»(٣) و كذا قال فى ذيل قول العلامة «القيمه يوم الإقباض» بقوله: «هذا هو الأصح لأنّ الواجب هو المثل، فإذا دفع بدله اعتبرت البديله حين الدفع فحينئذ تعتبر قيمه»(٤).

و اعترض الشيخ الأعظم على هذه المناقشه الحليّيه بقوله: «إلا أن يقال: إنّ أدله وجوب المثل ظاهره فى صورته التمكّن، و إن لم يكن مشروطاً به عقلاً فلا تعدم صورته العجز،

ص: ٤٨٩

١- (٣) مفتاح الكرامه ١٨/١٧١.

٢- (٤) الجواهر ٣٧/٩٧.

٣- (٥) جامع المقاصد ٦/٢٥٤.

٤- (٦) جامع المقاصد ٦/٢٥٥.

نعم إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيمياً»(١).

مراده: «قصور مقام الإثبات عن شمول صورته التعذر الابتدائي، فاشتغال الذمه بالمثل و إن لم يكن متوقفاً عقلاً و بالنظر العرفي في مقام اعتبار وجود شيء في الذمه بالتمكن من أداء ما اشتغلت به، لكن الدليل لا يدل على اشتغال الذمه إلا في صورته التمكن من أدائه مع عدم النظر لصورته طرو التعذر»(٢).

و ردّه المحقق الأصفهاني بعد بيان مراده بقوله: «لكنّه مخدوش: بأنّه لو كان الدليل قاصراً عن شمول صورته العجز عن الأداء، للزم عدم القول باشتغال الذمه بالقيمة في القيمي مع تعذر أدائها ابتداءً و لا يلتزم به أحد، فيعلم أنّ اشتغال الذمه بشيء لا يدور مدار تيسره ثبوتاً و لا إثباتاً»(٣).

الثانية: المناقشة النقضيه و تظهر من قول صاحب الجواهر «و إلاّ لزم... - إلى قوله - لوضوح ضعفه».

و حاصلها: إذ تم هذا البيان من المحقق الثاني يرد عليه نقضاً بما إذا كان المثل متعذراً من أول الأمر، ولكن لم يأخذ المضمون له القيمة، ثم وجد المثل، فهل يمكن التزامه بعدم سقوط الضمان بأداء المثل بل وجوبه؟

الشيخ الأعظم(٤) بعد تقرير هذه المناقشة تأمل فيها ولكن لم يذكر وجهها و لعلّ وجهها: أنّ كلّ تكليف مشروط فعلياً بفعليه شرطه، يعني إذا فقد المثل لم يلزم عليه إعطاؤه و إذا وجده لزم عليه أدائه.

ص: ٤٩٠

١- (٧) المكاسب ٣/٢٣٥.

٢- (١) حاشيه المكاسب ١/٣٨٤.

٣- (٢) حاشيه المكاسب ١/٣٨٤.

٤- (٣) المكاسب ٣/٢٣٥.

و بعبارة أخرى: عدم تنجز التكليف بالمثل حين فقدانه من أول التلف، لا ينافي وجود التكليف بأداء المثل مشروطا بوجوده - أى متى وجد المثل لزم أدائه، و بهذا البيان يمكن الجواب عن المناقشة النقضيه.

و بالجملة: لافرق بالتعذر الطارىء و الابتدائي من انتقال الضمان إلى قيمه و الله العالم.

و لذا ذهب الشهيد إلى عدم الفرق بين التعذر الطارىء و الابتدائي و قال: «فإن تعذر فقيمه يوم الإقباض، سواء تراخى تسليم المثل عن تلف العين أو لا...»(١).

### الجهه الرابعه: ما هو المناط فى تعذر المثل؟

قال فى التذكرة: «... و المراد من الفقد أن لا يوجد فى ذلك البلد و ما حوالیه»(٢).

و قال فى جامع المقاصد فى توضيح ما حوالیه بعد نقل عبارته التذكرة: «و لم يحد ما حوالیه و الظاهر أن المرجع فيها إلى العرف»(٣).

و قال فى المسالك: «... و المراد من فقدان أن لا يوجد فى ذلك البلد و ما حوله مما ينتقل إليه عادة كما بيّن فى انقطاع المسلم فيه»(٤).

و قال فى انقطاع المسلم فيه: «ولو كان الانقطاع ببلده خاصه و أمكن تحصيله من غيرها، فإن قلنا بوجود تعيين البلد فلا كلام، إذ لا يجب قبول غيره فلا- يجب المطالبه به و لا يجب قبولها، و إن لم نوجب - مطلقا أو على بعض الوجوه - فإن نقله البائع باختياره و إلا لم

ص: ٤٩١

١- (٤) الدروس الشرعيه ٣/١١٣.

٢- (١) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجرى.

٣- (٢) جامع المقاصد ٦/٢٤٥.

٤- (٣) المسالك ١٢/١٨٣.



يجبر عليه مع المشقه، و يجبر مع عدمها»(١).

و قال فى الكفايه: «و المراد من فقدان أن لا يوجد فى ذلك البلد و ما حوله ممّا ينتقل إليه عادة»(٢).

تنظر سيد الرياض فى هذا المناط و قال بعد ذكره: «و فيه نظر، بل مقتضى الأصل لزوم تحصيل المثل ولو من البلاد النائية التى لم ينقل إليها عادة إن لم يستلزم التكليف بالمحال، فتأمل»(٣).

و استدل الشيخ الأعظم لصاحب الرياض بقوله: «إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس و تسليطهم على أموالهم - أعيانا كانت أم فى الذمه - وجوب تحصيل المثل - كما كان يجب رد العين أينما كانت - ولو كانت فى تحصيله مؤونه كثيره، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأى ثمن كان و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة»(٤).

ولكن مع ذلك استانس الشيخ الأعظم رحمه الله الحكم هنا من الروايات الوارده(٥) فى

تخير المشتري فى بيع اليبلم بين الفسخ أو أخذ بعضه و الباقي من رأس ماله إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه، من أن عدم قدره الوارده فيها «ليس التعذر العقلى المتوقف على استحاله النقل من بلد آخر بل الظاهر منه عرفا ما [مر] عن التذكرة»(٦).

أقول: لم يرد تقدير تعذر المثل بحدّ خاص فى الدليل الشرعى فلا بدّ من تعينه من

ص: ٤٩٢

١- (٤) المسالك ٣/٤٣١.

٢- (٥) الكفايه ٢/٦٤٠.

٣- (٦) رياض المسائل ١٤/٢٦.

٤- (٧) المكاسب ٣/٢٣٦.

٥- (٨) راجع وسائل الشيعه ١٨/٣٠٣، الباب ١١ من أبواب السلف.

٦- (١) المكاسب ٣/٢٣٦.

الاعتبار العقلي و هو لا يساعد إلاّ التعذر الشخصي - أيّ عدم إمكان الوصول إليه بشخصه - فإذا تمكن الضامن من الوصول إلى المثل ولو كان ذلك في البلاد النائية لم يصدق عليه الإعواز بل وجب تحصيله عليه، كما أنه إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل ولو كان موجودا في البلد وجب عليه دفع القيمة.

بعبارة أخرى: يجب عليه تحصيل المثل إلاّ- إذا كان تحصيله ضرورياً أو حرجياً، فينفى بهما، و من المعلوم أنّ الحكم في هاتين القاعدتين يدور مدار ضرر و حرج الشخصين لا النوعين فلا يتم ما ذكره العلامة و تبعه القوم.

و لا يستأنس من الروايات الواردة في بيع السلم الحكم هنا لوجود الفارق بينهما و هو أنّ الضمان فيه اختياريّ ثابتٌ بالعقد بخلاف ما نحن فيه، فعليه يمكن القول باعتبار وجود المبيع الثابت في الذمه - في بيع السلم - في بلد المعاملة و ما حوله أو قدره البائع على تحويل مبيعه في وقته. كما ذهب إلى جُلّ ما ذكرنا المحقق السيّد الخوئي (١) رحمه الله و شيخنا الاستاذ (٢) قدس سره .

### الجهة الخامسة: المعيار في قيمة المثل المتعذر

طرح الشيخ الأ-عظم هنا إشكالاً و هو: أنّ المثل إن كان موجودا أمكن معرفه قيمته، و إن لم يكن موجودا لم يكن سبيل إلى معرفه قيمته حتّى يؤديها الضامن إلى المالك إلاّ بفرض وجود المثل. و لما كان المثلي ذا أسعار متفاوتة باختلاف الأزمان فهل «العبره بفرض وجوده ولو في غايه العزّه - كالفاكهه في أوّل زمانها أو آخره - أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه، فلا عبره بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلاّ إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون في هذا الجنس

ص: ٤٩٣

١- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٦٧ و ١٦٨.

٢- (٣) إرشاد الطالب ٢/١٨١.

بمقتضى رغبتهم...»(١).

أقول: بعد البناء على أنّ المراد هنا من القيمة، قيمه يوم الدفع و الأداء - كما هو المُجمَعُ عليه عند أصحابنا - فلا يبقى مجال لهذا الاشكال و يقوم المثل في يوم الدفع و الأداء في السوق، و كذلك الأمر لو اختار أحد في ما سبق غيرها من الاحتمالات الواردة في القيمة. فهذا الإشكال مدفوع من الأصل كما تَبَّه عليه المحققان الشهيديَّ (٢) و المروّج (٣).

### الجهه السادسة: هل العبره بقيمه بلد التلف أو المطالبه؟

قد مرّ في الفرع السادس ما يفيدنا هنا من أنّ العبره بقيمه بلد التلف ولكن للمالك حقّ المطالبه بماله في أيّ زمان أو مكان شاء لعموم الناس مسلطون على أموالهم مقيدا بقاعده نفي الضرر على الضامن، فللمالك المطالبه بماله في أيّ وقت أو أيّ بلد شاء مشروطا بتساوي قيمته في يوم الأداء بين البلدين أو أنّ القيمة في بلد المطالبه كانت أقلّ منها في بلد التلف.

و وافقنا على أنّ العبره بقيمه بلد التلف الشيخ الطوسي (٤) و القاضي ابن البراج (٥) كما مرّ كلامهما (٦) و شيخنا الاستاذ (٧) رحمه الله ، و العجب من المحقّق السيّد الخوئي (٨) حيث اختار هنا ما هو مرجوح عندنا فراجع.

ص: ٤٩٤

١- (٤) المكاسب ٣/٢٣٦.

٢- (١) هدايه الطالب ٢/٣٥١.

٣- (٢) هدى الطالب ٣/٤٣٥.

٤- (٣) المبسوط ٣/٧٦.

٥- (٤) المهذب ١/٤٤٣.

٦- (٥) في بحث فرع هل يجوز مطالبه المالك... في عنوان السادس راجع صفحه ٤٤٧ من هذا المجلد.

٧- (٦) إرشاد الطالب ٢/١٨٣.

٨- (٧) مصباح الفقاهه ٣/١٦٩.

## الجهه السابعه: إذا سقط المثل من المالىه فهل ينتقل إلى القيمه؟

نحو الماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازه، و الجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف، و قد مرّ هذا البحث في المناقشه الرابعه (١) من مناقشات الشيخ الأعظم رحمه الله في دلاله آيه الاعتداء على ضمان المثل في المثلى، من انتقال الضمان حينئذ إلى القيمه خلافا لصاحب الجواهر (٢) و احتمله في القواعد (٣)، ولكن اختار القيمه في التذکره (٤) و ولده في الإيضاح (٥) و قواه

الشهيد (٦) و هو خيره جامع المقاصد (٧) مع نسبه إلى الأصحاب و اختاره الشيخ الأعظم (٨) و هو الصحيح المختار. و الله سبحانه هو العالم.

و من هنا ظهر حكم فرع و هو إذا أخذ أو أقرض أو غصب الأوراق النقدیه الدارجه الخاصه ثم أسقطت عن الاعتبار، ينتقل الضمان إلى الأوراق النقدیه الدارجه المتداوله بين أيدي الناس المعبره، لأنها بعد إسقاطها عن الاعتبار تعدّ تالفه عند العقلاء، و الله العالم.

فرع: لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمه

هل يجب على الضامن بعد دفع القيمه، لو تمكّن من المثل أداء المثل و أخذ القيمه أم لا؟

أقول: هذا الفرع يُبنى على أنّ الواجب على الضامن هل هو المثل ولو عند التعذّر و

ص: ٤٩٥

١- (٨) راجع صفحه ٤٥٢ من هذا المجلد.

٢- (٩) الجواهر ٣٧/٩٩.

٣- (١٠) القواعد ٢/٢٢٨.

٤- (١١) تذکره الفقهاء ٢/٣٨٤ من الطبع الحجرى.

٥- (١٢) إيضاح الفوائد ٢/١٧٧.

٦- (١) الدروس الشرعيه ٣/١١٣.

٧- (٢) جامع المقاصد ٦/٢٥٨.

٨- (٣) المكاسب ٣/٢٢٠ و ٢٣٨.

ينتقل حق المالك إلى قيمه عند تعذر المثل و المطالبه، فإذا وجد المثل يرجع حقه و صارت قيمه كالبديل الحيلولة، لا بدّ من عودتها و أخذ المثل من الضامن.

أو أنّ الواجب على الضامن بعد تعذر المثل انقلاب الضمان من المثل إلى قيمه، فإذا أعطى قيمه، أدى ما هو عليه و تمّ ضمانه و لا ينتقل إلى المثل مجددا كما هو مختار العلّامه في القواعد(1) و التذكرة(2) و التحرير(3) و الشهيد في الدروس(4) و الكركى فى جامع المقاصد(5) و ثانى الشهيدين فى المسالك(6).

و يمكن أن يعلل القول الأخير بأنّ بدل الحيلولة مختص بالأعيان و لا-ترد فى الذمم كما عليه الفقيه اليزدى(7) و المحقق الاصفهاني(8).

أقول: الظاهر موافقه الأعلام و عدم وجوب أداء المثل بعد إعطاء قيمه، و الوجه فى ذلك أنّ للمالك شيئا واحدا و هو ماله التالف و أخذ قيمته فسقط حقه و ليس له بعد شىء حتى يدعى المثل و ليس على الضامن بعد أداء قيمه شىء حتى يعطى المثل و الله العالم.

ص: ٤٩٦

١- (٤) قواعد الأحكام ٢/٢٢٨.

٢- (٥) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجرى.

٣- (٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢٩.

٤- (٧) الدروس الشرعيه ٣/١١٣.

٥- (٨) جامع المقاصد ٦/٢٥٨.

٦- (٩) المسالك ١٢/١٨٤.

٧- (١٠) حاشيته على المكاسب ١/٤٩٥.

٨- (١١) حاشيته على المكاسب ١/٣٩٧.

يقع البحث فى المقامين،

المقام الأول: ما الدليل على أن ضمان القيمي بالقيمه؟

الأول: قال الشيخ الأعظم:

الأول: قال الشيخ الأعظم: «... فقد حُكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمه»(١).

وقال الفقيه العاملى: «أما ضمان القيمي بالقيمه فى الدروس(٢) و غايه المراد(٣) و الروضه(٤) أنه المشهور، قلت: لا أجد فيه فى الباب خلافاً إلا ما يُحكى عن أبى على... و ما يظهر من قرض الخلاف(٥) و ما لعلّه يظهر من المحقق(٦) فى باب القرض من أنّ الواجب فى القيمي مثله، مستندين إلى أنه أقرب إلى الحقيقه و لخبرين عاميين: أحدهما: خبر عائشه لما أخذتها غيره و الأفكل(٧) فكسرت إناء صفيه، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله لما سألته عائشه عن كفاره ذلك: إناء مثل الإناء و طعام مثل الطعام(٨) و الثانى: أنّ امرأه كسرت قصعه امرأه أخرى فدفع رسول الله صلى الله عليه و آله قصعه الكاسره إلى صاحبه المكسوره(٩) و قد عورضا بخبر آخر عامى(١٠)، و حملهما الأكثر على أنه صلى الله عليه و آله علم بالرضا منهما كما يتبنا ذلك فى باب القرض(١١)

ص: ٤٩٧

١- (١) المكاسب ٣/٢٤٠.

٢- (٢) الدروس ٣/١١٣.

٣- (٣) غايه المراد ٢/٣٩٨.

٤- (٤) الروضه البهيه ٧/٤١.

٥- (٥) الخلاف ٣/١٧٥، مسأله ٢٨٧.

٦- (٦) الشرائع ٢/٦٢.

٧- (٧) إرتعدّ من خوفٍ أو بردٍ أو غيرهما.

٨- (٨) سنن أبى داود، كتاب البيوع، ح ٣٠٩٧، السنن الكبرى ٦/٩٦ للبيهقى.

٩- (٩) صحيح البخارى، كتاب المظالم و الغصب ح ٢٣٠١، السنن الكبرى ٦/٩٦.

١٠- (١٠) السنن الكبرى ١٠/٢٧٣.

١١- (١١) مفتاح الكرامه ١٥/١٤٢ و ما بعدها.

و ذكرنا هناك تفصيل التذكرة (١) و في جامع المقاصد... أن خلاف أبي علي كاد يكون مضمحلًا (٢). و كيف كان، فقد اتفقوا هنا [أى باب الغصب] من غير تأمل و لاخلاف، و هناك [أى باب القرض] تأمل بعض و خالف آخرون... (٣).

أقول: بمراجعته الرواية العامية الثانية يظهر أن الكاسره و صاحبه المكسوره

كليهما من أمهات المؤمنين و أزواج النبي صلى الله عليه و آله و لذا حمل بعض أهل العلم (٤) القصعتين بأنهما كانتا للنبي صلى الله عليه و آله فى بيتى زوجته و لم يكن هناك حكم بالضم إلا أنه عاقب الكاسره بترك المكسوره فى بيتها و نقل الصحيحه إلى بيت صاحبته. و لعل هذا الحمل أحسن ممّا ذكره صاحب المفتاح رحمه الله .

و أمّا مراده من معارضتهما بخبر آخر عامى فهو ما رواه العامه عن أبى الوليد عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه و آله فقال: ليس لله شريك. (٥)

و نظيره عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله : من اعتق شركا له فى مملوك فقد عتق كله. (٦)

و نحوها عنه عن النبي صلى الله عليه و آله أنه قال: من اعتق شقصا فى مملوك و كان للذى يعتق منهما نصيبه مبلغ ثمنه فقد عتق كله. (٧)

و أمّا تفصيل العلامه فى التذكرة فى باب القرض فما ذكره بقوله: «... و إن لم يكن

ص: ٤٩٨

١- (١٢) تذكره الفقهاء ١٣/٣٠.

٢- (١٣) جامع المقاصد ٦/٢٥٢.

٣- (١٤) مفتاح الكرامه ١٨/١٤٧.

٤- (١) كما فى السنن الكبرى ٦/٩٦ للبيهقى.

٥- (٢) السنن الكبرى ١٠/٢٧٣.

٦- (٣) السنن الكبرى ١٠/٢٧٧.

٧- (٤) السنن الكبرى ١٠/٢٧٧.

مثليا، فإن كان ممّا ينضبط بالوصف - وهو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان و الثياب - فالأقرب أنه يضمّنه بمثله من حيث الصورة [و استدل له بخبرين عامين]... و أمّا ما لا يضبط بالوصف - كالجواهر و القسيّ و ما لا يجوز السلف فيه - تثبت فيه قيمته...»(١).

و أمّا خلاف أبي عليّ الإسكافي فقد مرّ في أول البحث عن المثلي و كذا قول المحقّق الثاني في اضمحلاله.

و بالجملة: لم يثبت الخلاف في باب الغصب الذي تلحق به مسأله المقبوض بالعقد الفاسد، نعم الخلاف ثابت في باب القرض من الشيخ في خلافه و المحقّق في شرائعه، و كذا ورد تفصيل فيه من العلّامه في تذكره الفقهاء كما مرّ، و لذا استظهر السيّد المجاهد(٢) عدم الخلاف بين الأصحاب.

و قال صاحب الجواهر: «(و إن لم يكن) المغصوب المتلف (مثليا) بل كان قيميا كالحيوان و نحوه ممّا لم يكن لعقلاء العرف طريق للحكم بالمساواه فيما له مدخله في ماليته

من صفاته الذاتيه في الصنف (ضمن قيمته)، بلاخلاف معتد به في ذلك هنا، نعم تقدّم للمصنّف في كتاب القرض ضمان القيمي بمثله و قد سمعت الكلام فيه هناك(٣)»(٤).

أقول: يمكن أن يستدل لشيخ الطائفه في قرض الخلاف(٥) و للمحقّق في قرض الشرائع(٦) من أداء المثل في قرض القيمي بأنّ ذمه الدائن مشغوله بالعين أوّلاً و مع تلفها

ص: ٤٩٩

١- (٥) تذكره الفقهاء ١٣/٣٠ و ٣١.

٢- (٦) راجع المناهل ٢٩٨.

٣- (١) راجع الجواهر ٢٥/٢٠.

٤- (٢) الجواهر ٣٧/١٠٠.

٥- (٣) الخلاف ٣/١٧٥، مسأله ٢٨٧.

٦- (٤) الشرائع ٢/٦٢.



تكون مشغوله بالمثل لأنه بعد تلف العين انتقل الضمان إلى مثلها و هو الكلى المتحد مع العين التالفه فى جميع الخصوصيات إلا الخصوصيات الدخليه فى التشخص الخارجى، فإذا وجد المثل يجب إعطاؤها و إن لم يوجد حين الأداء ينتقل الضمان إلى القيمه.

و فى الجملة: بعد تلف العين ينتقل الضمان إلى المثل حتى فى القيميات و مع فرض عدم وجدانه ينتقل إلى القيمه كما يظهر من الشيخ الأعظم (١) و عليه الفقيه اليزدى (٢).

نعم: لو تعذر أداء المثل - على الاطلاق - فالتكليف بأدائه يكون لغوا فيتعلق بالقيمه حتى ابتداءً، و من هنا يظهر عدم تماميه اطلاق كلام الفقيه اليزدى. كما يستشكل عليه: ب- «أن لازم ما اختاره هو جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمه فى فرض تعذر المثل على الاطلاق، و هذا ممّا لا يمكن الالتزام به» (٣).

و يؤيد هذه مقاله الروايات الداله على جواز أداء المثل عن القيمى فى باب القرض:

منها: حسنه صباح بن سيابه قال: قلت: لأبى عبدالله عليه السلام: إنَّ عبدالله بن أبى يعفور أمرنى أن أسالك قال: إنا نستقرض الخبز من الجيران فردّ أصفر منه أو أكبر؟ فقال عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عددا فيكون فيه الكبيره و الصغيره، فلا بأس. (٤)

و منها: حسنه اسحاق بن عمار قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: استقرض الرغيف من الجيران و نأخذ كبيرا و نعطي صغيرا و نأخذ صغيرا و نعطي كبيرا، قال: لا بأس. (٥)

و منها: فى نوادر أحمد بن محمد بن عيسى عن الصادق عليه السلام و سئل عن الخبز بعضها

ص: ٥٠٠

١- (٥) المكاسب ٣/٢٤١ قوله: إلا أنّ المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً... الخ.

٢- (٦) حاشيه المكاسب ١/٤٩٥ و ما قبلها.

٣- (٧) مصباح الفقاهه ٣/١٧٣.

٤- (٨) وسائل الشيعه ١٨/٣٦١، ح ١، الباب ٢١ من أبواب الدين و القرض.

٥- (٩) وسائل الشيعه ١٨/٣٦١، ح ٢.

أكبر من بعض، قال: لا بأس إذا أقرضته. (١)

و يمكن قلع ماله النزاع بما مرّ من تعريف القيمي بأنه ما لم يكن مثليا فإذا وجد مثل فهو مثلي و لزم أدائه و إذا لم يكن المثل فهو قيمي.

و قد يغتفر بعض الخصوصيات في المثل في الأمور الرخيصة نحو الخبز و الرغيف و الجوز و نحوها كما ورد في النصوص و بما ذكرنا يجمع خلاف البعض بين بابي الغصب و القرض و الله العالم و الحمد له.

### الثاني: الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات.

هناك عدّة من الروايات تدلّ على الحكم:

منها: مرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام في حديث: و إن وجدت طعاما في مفازه فقوّمه على نفسك ثم كُله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمه، الحديث. (٢)

و منها: صحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: و سألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرّفها سنه، ثم يتصدّق بها، فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدّق بها؟ و لمن الأجر؟ هل عليه أن يردّ على صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها، و الأجر له، إلا أن يرضى صاحبها فيدعها، و الأجر له. (٣)

و منها: صحيحه أخرى له عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أصاب شاه في الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: هي لك أو لأخيك أو للذئب،

ص: ٥٠١

١- (١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى / ١٦٣، ح ٤٢٢، ولكن في بحار الأنوار ١٠٠/١١٦، ح ٤ [٤٢/٧٨] و مستدرک الوسائل

١٣/٤١٠، ح ١، الباب ٢١ من أبواب الدين و القرض نقلا عن الفقه الرضوي و هو خطأ.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥/٤٤٣، ح ٩، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥/٤٤٥، ح ١٤، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

فخذها و عَرَفَهَا حَيْث أُصِيبَتْهَا، فَإِنْ عَرَفَتْ فَرَدَّهَا إِلَى صَاحِبِهَا، وَ إِنْ لَمْ تَعْرِفْ فَكَلَّهَا وَ أَنْتَ ضَامِنٌ لَهَا، إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا يَطْلُبُهَا أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ ثَمَنَهَا. (١)

و منها: معتبره السكونى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام فى رجل أقبل بنار فأشعلها فى دار قوم فاحترقت متاعهم، أنه يغرم قيمه الدار و ما فيها ثم يقتل. (٢)

و منها: موثقه زيد بن على عن آباءه عليهم السلام قال: أتاه رجل تكارى دابّه فهلكت و أقرّ أنّه جاز بها الوقت، فضمّنه الثمن و لم يجعل عليه كراء. (٣)

و منها: روايه السفره الماضيه. (٤)

و منها: الروايات الوارده فى بيع الجاربه المسروقه الماضيات. (٥)

و منها: بعض الروايات الأخر تأتى فيما بعد - إن شاء الله تعالى - .

### الثالث: آيه الاعتداء

و هى قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» (٦).

لم يذكرها الشيخ الأعظم بعنوان الدليل لأنه يرى دلالتها غير تامه حتّى بالنسبه إلى الضمان فى المثلى (٧) و قد مرّت مناقشاته الأربع و أجوبتها منّا، ولكن نحن نرى دلاله آيه

ص: ٥٠٢

١- (٤) وسائل الشيعه ٢٥/٤٥٩، ح ٧، الباب ١٣ من أبواب كتاب اللقطه.

٢- (٥) وسائل الشيعه ٢٨/٣١٥، ح ١، الباب ٣ من أبواب حد المحارب - وسائل الشيعه ٢٩/٢٧٩، ح ١، الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان.

٣- (١) وسائل الشيعه ١٩/١٢٢، ح ٥، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجاره.

٤- (٢) وسائل الشيعه ٢٥/٤٦٨، ح ١، الباب ٢٣ من أبواب كتاب اللقطه.

٥- (٣) راجع وسائل الشيعه ٢١/٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء.

٦- (٤) سوره البقره ١٩٤.

٧- (٥) ولكنّه قيّد بالآيه الشريفه شمول الإجماع - على فرض وجوده - للمثل الموجود للتالف القيمى راجع المكاسب ٣/٢٤١ قوله: و على تقديره ففى شموله... الخ.

الاعتداء بالنسبه إلى ضمان المثل في المثلى و القيمه فى القيمى، لأن «ما» فيها موصوله - كما أنّها ظاهره منها - لا مصدرية غير زمانيه، و ما الموصوله تحمل على ما هو الأعم من الفعل - أى الاعتداء - و المعتدى به - أى الأعيان الخارجيه من العرض و النقد -، و المثل فى الآيه يحمل على المعنى اللغوى أى المماثله فى الفعل - الإعتداء - و العين - المعتدى به - الأعيان من العرض و النقد - و المماثله فى الفعل واضح أعنى الضرب فى مقابل الضرب و الجرح فى مقابل الجرح و القتل فى مقابل القتل، و المماثله فى العين هى المماثله فى الذات و الصفات و المالىه - أى المماثله المطلقه - و إذا فقدت المماثله فى الذات و الصفات، تبقى المماثله فى المالىه - و هى القيمه - فحينئذ بعد فقدان المثل تصل النوبه إلى القيمه بدلاله الآيه الشريفه.

واقفنا على دلاله الآيه الشريفه فى ضمان القيمى بالقيمه الشيخ فى كتابيه (١) و ظاهر ابن ادريس (٢) و العلامه (٣) و الطبرسى (٤) و قطب الدين الراوندى (٥) و الفاضل المقداد (٦) و

غيرهم كما مرّ هذا البحث مفصلاً فى الدليل الأوّل من المقام الثانى فى بحث ضمان المثلى بالمثلى (٧).

#### تنبيه:

قال الشيخ الأعظم: «فلا حاجه إلى التمسك بصحيحه أبى ولاد (٨) الآتيه فى ضمان

ص: ٥٠٣

- ١- (٦) المبسوط ٣/٦٠، الخلاف ٣/٤٠٢ و ٣/٤٠٦.
- ٢- (٧) السرائر ٢/٤٨٠.
- ٣- (٨) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٣ من الطبع الحجرى.
- ٤- (٩) مجمع البيان ١/٢٨٨ من طبع مصر.
- ٥- (١٠) فقه القرآن ٢/٧٤.
- ٦- (١١) كنز العرفان ٢/٨٤.
- ٧- (١) راجع صفحه ٤٤٦ من هذا المجلد.
- ٨- (٢) وسائل الشيعه ١٩/١١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب الإجاره.

البغل»(١). هذا البيان منه تعريض لصاحب الجواهر حيث أنه استدل على ضمان القيمي بالقيمه بها و قال: «لظهور صحيح أبي ولآد...»(٢).

لأنه ورد فيها: «نعم قيمه بغل يوم خالفته...»(٣) و البغل من الحيوانات و الحيوان قيمي فإذا تلفت اشتغلت الذمه بقيمتها لابلها.

ولكن يرى الشيخ الأعظم استغناءه عن هذه الصحيحه لإمكان المناقشه في دلالتها، لأنّ كلمه «بغل» فيها نكره و هي ظاهره في كونها بغلاً غير معيّن فحينئذ يتم قول من ذهب إلى أنّ الثابت في الذمه بغلٌ غير معيّن و هو المثل و أنّ القيمه بدل عنه، فلا تدل على أنّ الثابت في الذمه في القيميّات القيمه.

و كذا قال الشيخ الأعظم: «و لابقوله صلى الله عليه و آله : من أعتق شقصا من عبدٍ قَوْمٍ عليه»(٤).

أقول: الروايه عاميّه مرّ مصدرها في مقالتي ذيل كلام الفقيه العاملي رحمه الله ، ولكن رُوي نظيرها من طرفنا في الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق من وسائل الشيعه ٢٣/٣٦ و يأتي بعضها، و هذا أيضا تعريض بصاحب الجواهر(٥) و أمّا المناقشه في دلالتها: فلأنّها حكم تعبدى لتغليب جانب الحريه و لم يكن مرتبطا بالإتلاف و ضمان القيمي بالقيمه.

و الشيخ الأعظم يرى استغناءً عن الصحيحه و روايات انعتاق العبد ولكن بعد سطور استدل بها بقوله: «بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الوارده في خصوص بعض

ص: ٥٠٤

١- (٣) المكاسب ٣/٢٤٠.

٢- (٤) الجواهر ٣٧/١٠٠.

٣- (٥) وسائل الشيعه ١٩/١٢٠.

٤- (٦) المكاسب ٣/٢٤٠.

٥- (٧) راجع الجواهر ٣٧/١٠٠.

القيميات - كالبغل و العبد و نحوهما - لصوره تعذر المثل كما هو الغالب»(١). و قال أيضا: «...»

فيردّه اطلاقات الروايات الكثيره فى موارد كثيره: منها: صحيحه أبى ولاد الآتيه، و منها: روايه تقويم العبد...»(٢).

و الجمع بين الاستغناء عن الاستدلال بهما ثم الاستدلال بهما لا يتم كما قال المحقق الإيروانى: «... إنَّ اظهار الاستغناء ثم العود إلى التشبث بهما بعد سطرين ليس كما ينبغي»(٣).

### دفع وَهْم:

قد يقال: يظهر من بعض الروايات أنّ الأصل فى الضمان هو القيمه بلافق بين القيمي و المثلى:

منها: معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن علىّ عليهم السلام أنه قضى فى رجل أقبل بنار فأشعلها فى دار قوم فاحترقت و احترق متاعهم، قال: يغرم قيمه الدار و ما فيها ثم يقتل.(٤)

هذه الروايه قد مرّت ولكن كررنا ذكرها للتنبيه على أن بعض متاع البيت يمكن أن يكون مثلثا و مع ذلك قضى أميرالمؤمنين عليه السلام بلزوم دفع قيمته فيمكن أن يستفاد منها أنّ الأصل الأولى فى الضمان القيمه.

و يمكن أن يناقش فى هذه الدلاله بأنّ الانتقال إلى القيمه لسهوله الدفع و الأخذ للضمان و للمالك و يمكن أن يعطف «ما فيها» على «قيمه» لا على «الدار» فحينئذ تدل على مطلق التغريم لا التغريم بالقيمه.

و منها: صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى

ص: ٥٠٥

١- (٨) المكاسب ٣/٢٤١.

٢- (١) المكاسب ٣/٢٤٢.

٣- (٢) حاشيه المكاسب ٢/١٤٥.

٤- (٣) وسائل الشيعه ٢٧٩/٢٩، ح ١، الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان.

الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن  
أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوى مارهنه فليس عليه شيء. (١)

و منها: صحيحه أبي حمزه الثمالي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام: يترادان الفضل، فقال: كان علي  
عليه السلام يقول ذلك، قلت: كيف يترادان؟ فقال: إن كان الرهن أفضل ممّا رهن به ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه،  
و إن كان لا يسوى ردّ الراهن ما نقص من

حقّ المرتهن. قال: و كذلك قول علي عليه السلام في الحيوان، و غير ذلك. (٢)

و منها: موثقه اسحاق بن عمّار قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائة درهم  
فيهلك، أ على الرجل أن يردّ على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعة، قلت: فهلك نصف الرهن،  
قال: حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم. (٣)

تقريب دلالة هذه الروايات الثلاث: أنّها تدل على التهاتر بين مال المرتهن و مال الراهن و كلّ منهما يأخذ الفضل إذا كانت  
الزائدة في طرفه و الآخر يعطى، و من المعلوم أنّ التهاتر لا يتم مع فرض أنّ المتلف (بالفتح) مثليّ و صرف دلالة الروايات على  
إثبات التهاتر تدل على أنّ الضمان يكون بالقيمة حتّى في المثليات.

و فيه: الضمان في المثلي بالمثل و في القيمي بالقيمة و ما ورد في هذه الروايات لأجل قضيه التهاتر و لذا بدّل عليه السلام المثلي  
بالقيمة لأجل ثبوت التهاتر و تعيين أنّ الزيادة لمن؟ للراهن أو المرتهن. إذا كان في البين التهاتر، فلا تدل الروايات على أنّ  
الأصل في الضمان هو

ص: ٥٠٦

١- (٤) وسائل الشيعة ١٨/٣٩٢، ح ٤، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

٢- (١) وسائل الشيعة ١٨/٣٩٠، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

٣- (٢) وسائل الشيعة ١٨/٣٩١، ح ٢.

### تكميل:

عدّه من الروايات فى أبواب مختلفه من الفقه نحو العاربه و الوديعه و الإجاره و اللقطه و ما ورد فى ضمان الغسال و الصباغ و القصار و الصائغ و البيطار و الدلال و نحوهم تدلّ على مطلق الضمان و لم ترد فيها ضمانهم بالقيمه مع أنّها وردت فى القيميات، فهل هذه الروايات تدل على أنّ الأصل الأولى فى الضمان هو المثل و مع فرض عدم الحصول عليه تصل النوبه إلى القيمه، أو أنّ القيمي ما ليس له مثلٌ كما مرّ؟ لا يبعد بل الظاهر ذلك أذكر لك بعضها حتى يتبين لك ما قد سردته عليك.

منها: صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أعار جاريه فهلكت من عنده و لم يبغها غائله، فقضى أن لا يغرّمها المعار، و لا يغرّم الرجل إذا استأجر الدابه ما لم يكرهها أو يبغها غائله. (١)

و بحكم الشرط إذا أكرهها أو أبغها غائله فله الغرم أى الضمان مع أنّ المورد فيها هى

الجاريه و الدابه و كلتاهما قيميتان ولكن لم يرد فيها القيمه.

و منها: صحيحه على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفتت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسمّ فليس عليه شىء. (٢)

و منها: حسنه الحسن بن زياد الصيقل عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل اكرت من رجل دابه إلى موضع فجاز الموضع الذى تكارى إليه فنفتت الدابه، قال: هو ضامن و عليه

ص: ٥٠٧

١- (٣) وسائل الشيعه ١٩/٩٣، ح ٩، الباب ١ من أبواب كتاب العاربه.

٢- (١) وسائل الشيعه ١٩/١١٨، ح ١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الإجاره.



و المراد بالميشى فى سند الروايه إماء أحمد بن الحسن بن اسماعيل بن ميثم الثقه، أو محمد بن الحسن بن زياد الثقه أو على بن اسماعيل بن شعيب الممدوح، فهو لأقل من كونه ممدوحا، و الحسن بن زياد الصيقل حسنٌ لأنه يروى عنه عدّه من أصحاب الإجماع و مشايخ الطائفه فالسند حسنٌ أو معتبر.

و منها: صحيحه أبى الصباح قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القصار هل عليه ضمان؟ فقال: نعم، كلّ من يعطى الأجره ليصلح فيفسد فهو ضامن. (٢)

و المراد بأبى الصباح هو ابراهيم بن نعيم الكنانى الثقه الراوى عن أبى عبدالله عليه السلام و أبيجعفر عليه السلام و هو كثير الروايه.

و منها: موثقه زيد بن على عن آباءه عليهم السلام أنه أتى بحمال كانت عليه قاروره عظيمه فيها دهن فكسرها فضمنها إياه، و كان يقول: كلّ عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن، فسألته ما المشترك؟ فقال: الذى يعمل لى و لك و لذا. (٣)

الظاهر أنّ الروايه منقوله عن جده أميرالمؤمنين عليه السلام بقربنه أتى.

و منها: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: و سألته عن الرجل يصيب اللقطه دراهم أو ثوبا أو دابه، كيف يصنع بها؟ قال: يعرفها سنه فإن لم يعرف صاحبها حفظها فى عرض ماله حتى يجىء طالبها فيعطيها إياه، و إن مات أوصى بها، فإن أصابها شىء فهو ضامن. (٤)

- 
- ١- (٢) وسائل الشيعه ١٩/١٢١، ح ٤، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجاره.
  - ٢- (٣) وسائل الشيعه ١٩/١٤٥، ح ١٣، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجاره.
  - ٣- (٤) وسائل الشيعه ١٩/١٥٢، ح ١٣، الباب ٣٠ من أبواب كتاب الإجاره.
  - ٤- (٥) وسائل الشيعه ٢٥/٤٤٤، ح ١٣، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطه.

و منها: صحيحه محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل ورث غلاما، و له فيه شركاء، فاعتق لوجه الله نصيبه، فقال: إذا أعتق نصيبه مضارّه و هو مؤسر ضمن للورثه، و إذا أعتق لوجه الله كان الغلام قد أعتق من حصّه من أعتق، و يستعملونه على قدر ما أعتق منه له و لهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوما و له يوم، و إن أعتق الشريك مضارّا و هو معسر فلا عتق له، لأنّه أراد أن يفسد على القوم، و يرجع القوم على حصصهم. (١)

و هذه الصحيحه عدت من أدله قاعده لا ضرر كما مرّ في أبحاثنا الأصوليه.

## المقام الثاني: تعيين القيمه فى القيمات

### إشاره

إذا اختلفت القيمه، فهل يضمن الضامن من قيمه يوم القبض أو الغصب، أم قيمه يوم التلف أو قيمه يوم الأداء أو أعلى القيم؟ أقوال.

### القول الأول: قيمه يوم القبض أو الغصب

و «هو خيرُه المقنعه (٢) و المراسم (٣)، و المبسوط (٤) و النهايه (٥) فى موضع منهما، و النافع (٦) و كشف الرموز (٧) و كأنّه مال إليه فى الإرشاد (٨)، و فى الشرائع (٩) و التحرير (١٠) أنّه

ص: ٥٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣/٤٠، ح ١٢، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق.

٢- (٢) المقنعه ٦٠٧.

٣- (٣) لم أعتز عليه ولكن نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٨/١٤٧.

٤- (٤) المبسوط ٣/٦٠.

٥- (٥) النهايه ٤٠٢/ فى بيع الغرر.

٦- (٦) المختصر النافع ٢٤٨.

٧- (٧) كشف الرموز ٢/٣٨٢.

٨- (٨) إرشاد الأذهان ١/٤٤٦.

٩- (٩) شرائع الاسلام ٣/١٨٩.

١٠- (١٠) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢٩.

مذهب الأكثر». كذا في مفتاح الكرامه (١).

و هذا القول هو مختار المحقق السيد الخوئي (٢) قدس سره .

### القول الثاني: قيمه يوم التلف

«و هو خيره القواعد (٣) في آخر باب البيع و التذكرة (٤) و المختلف (٥) و التحرير (٦) و

الدروس (٧) و التنقيح (٨) و جامع المقاصد (٩) و مجمع البرهان (١٠) و المحكى عن القاضى (١١)، و فى الدروس (١٢) و كذا الروضه (١٣) نسبته إلى الأكثر. و قد يظهر من النافع (١٤) أنه ليس قولاً لأحد و إنما هو مجرد وجه...» (١٥).

ص: ٥١٠

- ١- (١١) مفتاح الكرامه ١٨/١٤٨.
- ٢- (١٢) مصباح الفقاهه ٣/١٨٤ و ١٩٧.
- ٣- (١٣) القواعد ٢/٩٥.
- ٤- (١٤) تذكرة الفقهاء ١٠/٢٩٩.
- ٥- (١٥) مختلف الشيعه ٦/١١٦.
- ٦- (١٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٣٠.
- ٧- (١) الدروس الشرعيه ٣/١١٣.
- ٨- (٢) التنقيح الرائع ٤/٧٠.
- ٩- (٣) جامع المقاصد ٦/٢٤٦.
- ١٠- (٤) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٢٧.
- ١١- (٥) المهذب ١/٤٣٧ و حكاه عنه العلامه فى المختلف ٦/١١٦.
- ١٢- (٦) الدروس ٣/١١٣.
- ١٣- (٧) الروضه البهيه ٧/٤١.
- ١٤- (٨) المختصر النافع ٢٤٨/.
- ١٥- (٩) مفتاح الكرامه ١٨/١٥١.

و هذا القول هو مختار أصحاب الجواهر (١) و العناوين (٢) و المكاسب (٣) و بغيه الطالب (٤)، و السيد الخميني (٥) قدس سرهم .

### القول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف

«و هو خيره الخلاف (٤) و المبسوط (٧) و النهاية (٨) في موضع منهما، و الوسيله (٩) و الغنيه (١٠) و السرائر (١١) و الإيضاح (١٢) و اللمعه (١٣) و المقتصر (١٤)، و التبصره (١٥) على

إشكال. و كذا شرح الإرشاد (١٦) للفخر، و في بيع المختلف (١٧) نسبته إلى علمائنا و في

ص: ٥١١

- 
- ١- (١٠) جواهر الكلام ٣٧/١٠٥.
  - ٢- (١١) العناوين ٢/٥٣٦.
  - ٣- (١٢) المكاسب ٣/٢٥١ و ما بعدها.
  - ٤- (١٣) بغيه الطالب ١/٢٧٠.
  - ٥- (١٤) البيع ١/٤٢٠ و ٤٣٠.
  - ٦- (١٥) الخلاف ٣/٤١٥، مسأله ٣٠.
  - ٧- (١٦) المبسوط ٣/٧٢.
  - ٨- (١٧) لم أجدّه و نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٨/١٤٩، و قبله نقل عن النهايه ابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٤/٢٥٢ و المقتصر ٣٤٢.
  - ٩- (١٨) الوسيله ٢/٢٧٦.
  - ١٠- (١٩) غنيه النزوع ٢/٢٧٩.
  - ١١- (٢٠) السرائر ٢/٤٨١.
  - ١٢- (٢١) إيضاح الفوائد ٢/١٧٥.
  - ١٣- (٢٢) اللمعه الدمشقيه ٢٣٥.
  - ١٤- (٢٣) المقتصر ٣٤٢.
  - ١٥- (٢٤) تبصره المتعلمين ١٠٨.
  - ١٦- (١) نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٨/١٥٠.
  - ١٧- (٢) مختلف الشيعه ٥/٥٦.

غضبه (١) أنه أشهر و استحسنة فى الشرائع (٢)، و كأنه قال به أو مال إليه فى الكفايه (٣)، و فى المسالك (٤) أن فى خبر أبى ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، و كأنه قال به وقواه فى الروضه (٥) أيضا لمكان هذا الخبر الصحيح... و فى الدروس (٦) أنه أنسب بعقوبه الغاصب (٧).

و هذا القول هو مختار المحقق الإيروانى (٨) رحمه الله .

### القول الرابع: أعلى القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين ردّ القيمة

حكى الشهيد الثانى (٩) هذا القول عن المحقق (١٠) فى أحد قوليه و اختاره الوحيد البهبهانى فى حاشيته على مجمع الفائده (١١) و نقل عنه ابن اخته فى الرياض (١٢)، و علق عليه صاحب المفتاح بقوله: «هذا قول آخر غير مشهور» (١٣). و قال سيد الرياض «و كيف كان فالمسأله محل إشكال. و الاحتياط يقتضى المصير إلى مختار الخال، لكن على سبيل

ص: ٥١٢

- ١- (٣) مختلف الشيعة ٦/١١٦.
- ٢- (٤) الشرائع ٣/١٨٩.
- ٣- (٥) الكفايه ٢/٦٤٠.
- ٤- (٦) المسالك ١٢/١٨٦.
- ٥- (٧) الروضه البهيه ٧/٤٢ و ٧/٤٣.
- ٦- (٨) الدروس ٣/١١٣.
- ٧- (٩) مفتاح الكرامه ١٨/١٤٩.
- ٨- (١٠) حاشيته على المكاسب ٢/١٥٢.
- ٩- (١١) الروضه البهيه ٧/٤٠ و المسالك ١٢/١٨٦.
- ١٠- (١٢) أنظر ترددات الشرائع ٢/١١٠.
- ١١- (١٣) حاشيه مجمع الفائده و البرهان ٦٢٤/.
- ١٢- (١٤) رياض المسائل ١٤/٣٠.
- ١٣- (١٥) مفتاح الكرامه ١٨/١٥١.

### القول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء

لم أعرف قائله فعلاً ولكن ذكره المحقق السيد الخوئي (٢) في ضمن الأقوال.

و هو وجه أو قول عند الشافعية (٣) و الحنابلة، جاء في الإنصاف: «و قيل أكثرهما - يعني أكثر القيمتين - قيمته يوم البدل و قيمته يوم التلف» (٤).

### القول السادس: قيمه يوم الأداء

قال به السيد اليزدي و يراه «الأوفق بالقاعده حسبما عرفت من عدم الانقلاب» (٥).

مراده عدم انقلاب ضمان المثل إلى قيمه إلا حين فقدان المثل و أدائها.

### القول السابع: قيمه يوم البيع

في مسألتنا المقبوض بالبيع الفاسد، ذهب إليه المفيد (٦) و الشيخ (٧) و ابن البراج (٨) و أبو الصلاح (٩).

و هناك أقوال أخر أو وجوه لعلها تبلغ خمسة عشر قولاً و وجهها كلها من العامه الضعفاء تجدها في كتاب «المال المثلي و المال القيمي في الفقه الاسلامي» (١٠).

ص: ٥١٣

١- (١٦) رياض المسائل ١٤/٣٠.

٢- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٧٧.

٣- (٢) نهايه المحتاج ٥/١٦٢.

٤- (٣) الانصاف ٦/١٩١.

٥- (٤) حاشيه المكاسب ١/٥٠٢.

٦- (٥) المقنعه ٥٩٣/.

٧- (٦) النهايه و نكتها ٢/١٤٥.

٨- (٧) لم أجدها في المهذب و لا في جواهره و نقل عنه في المختلف ٥/٢٤٤.

٩- (٨) الكافي في الفقه ٣٥٣/.

١٠- (٩) للشيخ العلامة الدكتور عباس ابن الشيخ علي ابن الشيخ محمّد رضا ابن الشيخ هادي ابن الشيخ عباس ابن الشيخ علي ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء - قدس سره أسرارهم - نشر الذخائر، النجف الأشرف، ١٤٢٠ق و طبع للمره الثانيه بقم عام ١٤٣٠ق من منشورات بوستان كتاب.

## الاستدلال للقول الأوّل: قيمه يوم القبض أو الغضب

استدلوا له بفقرتي صحيحه أبي ولآد الماضيه (١) و هما:

الفقره الأولى: «نعم، قيمه بغل يوم خالفته».

و استدل بهذه الجملة بوجهين:

الوجه الأوّل: الظرف فيها و هو كلمه «يوم» قيد لكلمه «قيمه» و قد قرّبوه بأنحاء مختلفه:

١- الظرف «اليوم» يتعلق ب- «قيمه» لأنها و إن لم تكن معنى حدثيا ولكن فيها شائبه الحديثه، لأنها ليست من الجوامد المحضه حتى لا يصح تعلّق الظرف بها، و كلمه «بغل» مجرور باضافه القيمه إليه، و يؤيد هذا النحو من الاستدلال تعريف الكلمه أى «البغل» كما فى الوافى (٢) و بعض نسخ التهذيب (٣) و نسخه خطيه من الكافى (٤) و فى إجاره الحدائق (٥) و بيعه (٦) و حينئذ فلا يصلح للإضافه إلى ما بعده و إذن فمفاده أنّ الثابت على الغاصب إنّما هو قيمه يوم المخالفه أى يوم الغضب.

و فيه: لا يمكن أن يتعلق الظرف بكلمه «قيمه» لأنها من الجوامد و ليست معنى

ص: ٥١٤

١- (١٠) الكافى ٥/٢٩٠، ح ٥، التهذيب ٧/٢١٥، ح ٢٥، الاستبصار ٣/١٣٤، ح ٢ و نقل عنهم فى وسائل الشيعه ١٩/١١٩، ح ١، الباب ١٧ من أبواب كتاب الإجاره.

٢- (١) الوافى ١٨/٩٣٣.

٣- (٢) نقل عنها المحقق الخوئى فى مصباح الفقاهه ٣/١٨١.

٤- (٣) نقل عنها الشهيدى فى هدايه الطالب ٢/٣٦٠.

٥- (٤) الحدائق ٢١/٥٩٥.

٦- (٥) الحدائق ١٨/٤٦٩.

حدثيا و متعلق الظرف لابد أن يكون معنى حديثيا.

٢- جملة «قيمة بغل»، مضاف و مضاف إليه، تضاف إلى جملة «يوم خالفته» فتدلّ على المطلوب أى إثبات ضمان قيمة البغل يوم الغضب.

و فيه: هذا البيان لا يجتمع مع تعريف كلمه «البغل» الوارده فى الوافى و بعض نسخ التهذيب، لأن ذلك مانع من إضافته إلى ما بعده.

٣- كلمه «القيمه» أُضيفت مرّه إلى «بغل» و مرّه أخرى إلى «يوم»، و إسقاط حرف التعريف من كلمه «بغل» المشير إلى بغل معين خارجى الذى وقعت عليه الإجاره، حاصل بالإضافه المسوقه لبيان العهد الخارجى و إذن حرف التعريف فيها يكون لغوا و خاليا من الفائده.

و لعلّ إلى ما ذكرنا فى هذا النحو من الاستدلال أشار الشيخ الأعظم بقوله: «فإن الظاهر أن اليوم قيد للقيمه إما بإضافه القيمه المضافه إلى البغل إليه ثانيا، يعنى قيمه يوم المخالفه للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه، لا لأنّ ذا القيمه بغل غير

معين، حتى توهم الروايه مذهب من جعل القيمى مضمونا بالمثل، و القيمه إنّما هى قيمه المثل»(١).

و فيه: أنّ المضاف إلى شىءٍ أوّلاً لا يضاف إلى غيره ثانيا لأنّ ذلك مخالف بطريقه أهل الاستعمال.

و يمكن أن يكون مراده قدس سره: أنّ كلمه «قيمه» أُضيفت إلى كلمه «بغل» أوّلاً، ثم جملة «قيمه بغل» تضاف إلى جملة «يوم المخالفه» ثانيا فحينئذ يرجع إلى النحو الثانى من الاستدلال و يردّه ما ردّه من تعريف كلمه «البغل» فى الوافى و بعض نسخ التهذيب.

ص: ٥١٥



٤- ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره ثانيا بقوله: «و إنما يجعل اليوم قيذا للاختصاص الحاصل من اضافته قيمه إلى البغل»(١).

و مراده: إن لفظ يوم قيد للاختصاص الحاصل من إضافته لفظ «قيمه» إلى كلمه «بغل» فيكون الظرف أى «يوم» منصوبا للاختصاص و معنى الجملة: أن على الغاصب قيمه المختصه بالبغل يوم المخالفه أى الغصب.

و فيه: أولاً: العامل فى الظرف لا يكون إلا الفعل أو شبهه دون الحرف.

و ثانيا: الاختصاص الحاصل من الإضافة يكون معنا حرفيا فلا يمكن أن يكون محكوما به و لامحكوما عليه، فإذن لامعنى لتقييده أصلاً.

٥- كلمه «قيمه» تضاف إلى «بغل» و كلمه «بغل» تضاف إلى «يوم» و لا بأس بتتابع الإضافات كما وقع فى أفصح كلام العرب و هو قوله تعالى: «مثل دأب قوم نوح و عادٍ و ثمودَ و الذين من بعدهم...»(٢).

فحينئذ يصير المعنى: على الغاصب قيمه بغل يوم المخالفه أى الغصب.

و فيه: لا يتم هذا الوجه مع تعريف كلمه «البغل» كما فى الوافى و بعض نسخ التهذيب لأن الاسم المحلى باللام لا يضاف إلى ما بعده كما هو الظاهر.

و أمّا المناقشه(٣) فى هذا النحو من الاستدلال من عدم صحه اضافته لفظ «بغل» إلى «يوم» كما لا يصح أن يقال: دار يوم و أرض أمس و غرفه غد، لا تتم صحه هذه الاضافه كما

يصح أن يقال: رجل اليوم و مرأه الليل و عالم الغد و بطله و هذه الاضافه تعدّ من محاسن الكلام.

ص: ٥١٦

١- (٢) المكاسب ٣/٢٤٧.

٢- (٣) سوره غافر ٣١/.

٣- (٤) المناقش هو المحقق الخوئى فى مصباح الفقاهه ٣/١٨٣ كما أنّ جميع هذه الوجوه له.

الوجه الثاني: و هو ما احتمله جماعه(١)

«من تعلق الظرف بقوله «نعم» القائم مقام قوله عليه السلام: يلزمك، يعنى يلزمك يوم المخالفه قيمه بغل» كما فى المكاسب للشيخ الأعظم قدس سره .

مراده ما ورد فى سؤال أبى ولأد: أرأيت لو عطب البغل و نفق(٢) أليس كان يلزمنى؟ قال عليه السلام: نعم قيمه بغل يوم خالفته.(٣)

لفظ «نعم» قام مقام فعل يلزمك فيكون شبيه بالفعل و يصح تعلق الظرف به و أنه العامل فى الظرف، و يدل على ثبوت قيمه يوم الغضب أو القبض عليه.

ولكن يرد على هذا الاستدلال: أولاً: هذا يدل على أن الضمان يثبت فى يوم المخالفه و الغضب و أما مقداره غير مذكور، فهل يتعلق بقيمه البغل يوم الغضب أو التلف أو الأداء أو غيرها لم يرد فيه.

و ثانيا: لا يمكن أخذ هذا الاستدلال لأنه واضح البطلان من جهة أن الضمان لا يتعلق بالقيمه إلا بعد تلف العين و فى يوم المخالفه، العين باقيه فلا يمكن الأخذ به.

و ثالثاً: أ: يرد هذا الاستدلال الجملة الآتية بعدها فى الصحيحه حيث يسأل أبوولاد: فإن أصاب البغل كسر أو دَبَّر(٤) أو غمز(٥)، فقال عليه السلام: عليك قيمه ما بين الصحه و

ص: ٥١٧

١- (١) منهم: المحقق السبزواري فى الكفايه ٢/٦٤٣ و سيّد الرياض ١٤/٢٧ و أصحاب المفتاح ١٨/١٤٨ و ١٢/٦٣٨ و الجواهر ٣٧/١٠١ و المستند ١٤/٢٩٠ و المكاسب ٣/٢٤٧ و الكلّ يردّون عليه و لا يقبلونه.

٢- (٢) عَطَبَ الرجل عطياً: هلك، يكون فى الناس و غيرهم. و عطب البعيره: انكسر، نَفَقَ الرجل و الدابه نفوقاً: ماتا و خرجت روحهما.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩/١٢٠.

٤- (٤) الدبر بالتحريك كالجراحه تحدث فى الرجل و غيره.

٥- (٥) غمزت الدابه: مالت من رجلها، و الغمر: العطش، و العقير: الجرح.

حيث حكم الإمام عليه السلام بالأرش بقيمه يوم ردّه - أيّ يوم الأداء - . لا يوم قبضه أو غضبه.

ب: و كذا الجملة التي تليها من قوله عليه السلام: «أنّ قيمه البغل حين اكرتري كذا و كذا

فيلزمك»، حيث بظاها تدلّ على ثبوت قيمه يوم الاكتراء و لم يقل به أحد.

نعم، لو لم تكن كلمه «يوم» في الصحيحه كما ادّعاها صاحب الجواهر بقوله: «إنّ الموجود فيما حضرني من نسخه التهذيب الصحيحه المحشاه «تردّه عليه» من دون لفظ «يوم» و معناه أنك تردّ الأرش عليه مع البغل...»(٢).

و لأنّ ردّ الأرش لا يكون إلّا في يوم الردّ فحينئذ وجود كلمه «يوم» وعدمها في الروايه على السواء كما اعترف بما ذكرنا صاحب الجواهر بقوله: «... فالمتجه أن يراد منه أنّ عليك ردّ الأرش حين تردّ البغل».

فعليه لا يتم الردّ «الف»، ولكن لو قلنا بأنّ الأصل عدم الزياده، فلا بدّ من الأخذ بـ«اليوم» و يتمّ الردّ و هذا هو المتجه.

و لذا قال الشيخ الأعظم في شأن هذا الوجه من الاستدلال: «بعيد جدّا بل غير ممكن»(٣).

أختتم هذا الوجه من الاستدلال بذكر مقاله العلّامه الشيخ أبيالحسن الشعراني رحمه الله في تعليقه على الوافي قال: «قوله: «قيمه البغل يوم خالفته» يوم ظرف لغو متعلّق بيلزمك المقدّر، أي يلزمك قيمه لزوما معلّقاً على التلف يوم خالفته فإنّه يوم تحقّق الغصب و هو

ص: ٥١٨

١- (٤) وسائل الشيعه ١٩/١٢٠.

٢- (١) الجواهر ٣٧/١٠٢.

٣- (٢) المكاسب ٣/٢٤٨.

مبدأ الضمان، و حمله جماعه من الفقهاء إنّ اليوم صفه قيمه أى القيمه الثابته للبغل يوم المخالفه، و على هذا فهو ظرف مستقر و هو بعيد، إذ لا يختلف عادة قيمه البغل فى خسمه عشر يوما و لا يمكن أن يتردد الناس فى أنّ القيمه المضمونه قيمه أى يوم منها، و لا مراد الإمام عليه السلام رفع ترددهم بأنّها قيمه يوم الغضب و القرينه على ما ذكرنا قوله: «عليك قيمه ما بين الصبحه و العيب يوم تردّه عليه» فإنّ هذا أيضا ظرف لغو متعلّق بيلزمك المفهوم من قوله عليه السلام: «عليك»، و ليس المراد القيمه الثابته للبغل يوم الردّ، و يؤيده أيضا قوله عليه السلام: «إنّ قيمه البغل حين اكرت كذا...» لأنّ يوم الإكتراء كان قبل يوم المخالفه و يوم الردّ و ثبوت قيمه يوم الإكتراء إن خالف قيمه اليومين ممّا لم يقل به أحد، فلا بدّ أن يكون قيمه البغل ثابتة غير متغيّره فى خمسه عشر يوما بحيث يكون ثبوتها حين الإكتراء موجبا لثبوتها يوم المخالفه و يوم الردّ لعدم التغير، فمن تمسك بهذه الصحيحه على وجوب خصوص قيمه يوم الردّ أو يوم الغضب كما نقله فى الكفايه (١) فقوله ضعيف جدا (٢).

و قال قبله المحقّق النائينى: «أن يكون اليوم ظرف لغو متعلّق بعامل محذوف يدل عليه قوله عليه السلام: نعم، إذ هو فى قوه القول بأنّه يلزمك بعد سؤال السائل أيلزمنى، و ينبغى أن يعلم، أنّ الظرف و ما يجرى مجراه كالجار و المجرور لا يقع إلّا لغوا، و منها ما تقع لغوا تاره و مستقرا أخرى:

و معنى ظرف اللغو: هو ما كان محمولاً على توابع الذات مثل زيد ضرب فى الدار حيث أنّ فى الدار يكون من قيود الضرب الذى من توابع الذات.

و معنى ظرف المستقر: هو ما كان محمولاً على نفس الذات مثل زيد فى الدار، حيث

ص: ٥١٩

١- (٣) الكفايه ٢/٦٤٣.

٢- (٤) تعليقه على الوافى ١٨/٩٣٣.

إنّ «فى الدار» من قيود نفس الذات لا من قيود توابعه فمثل كلمه «فى» قد تكون من قيود الذات و قد تكون من قيود توابع الذات و هذا بخلاف مثل كلمه «من» حيث أنّها لاتقع إلاّ قيودا لتوابع الذات فيقال: سير زيد من البصره، و لايقال: نفس زيد من البصره.

و كلمه اليوم ممّا لايمكن أن يقع ظرفا مستقرا و يجعل بنفسها محمولاً على الذات فيقال: القيمه يوم المخالفه، بل لا بدّ من جعله من قيود توابع الذات و هى فى المقام يلزمك المقدّر بقريته كلمه «نعم» الواقعه فى جواب السائل «يلزمنى كذا» فيصير المعنى يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل، و على هذا فقد يقال بأنّه لايدل على لزوم قيمه يوم المخالفه، بل إنّما يدل على الضمان من يوم المخالفه و أمّا المقدار المضمون فهل هو قيمه يوم المخالفه أو غيرها فلا دلالة فيها...»(1)

و ظهر ممّا ذكرنا عدم تماميه مقاله المحقّق السيّد الخوئى - تبعاً لأستاذّه المحقّق النائينى(2) - قدس سره : «نعم، لا بأس بدلالاتها على ذلك التزاماً، فإنّ ذكر القيمه فيها ثمّ إضافتها إلى كلمه بغل ثمّ ذكر يوم المخالفه بعد ذلك من القرائن الظاهره على أنّ الإمام عليه السلام إنّما قدّر ماله المغصوب و بين أنّ ضمانها بقيمه يوم المخالفه، إذ لا معنى لكون الضمان يوم الغصب فعلياً و يكون المدار فيه على قيمه يوم آخر»(3)

الفقره الثانيه: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكرى

كذا و كذا فيلزمك»(4).

قال الشيخ الأعظم فى تقريب الاستدلال بهذه الفقره: «فإنّ إثبات قيمه يوم الإكتراء

ص: ٥٢٠

١- (١) المكاسب و البيع ١/٣٦٠.

٢- (٢) كما فى تقريراته المكاسب و البيع ١/٣٦١.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٨٤.

٤- (١) وسائل الشيعه ١٩/١٢٠.

من حيث هو يوم الإكتراء لأجدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه، بناءً على أنه يوم الإكتراء، لأن الظاهر من صدر الروايه أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفه، و من المعلوم أن إكتراء البغل لمثل تلك المسافه القليله إنما يكون يوم الخروج، أو فى عصر اليوم السابق، و معلوم أيضا عدم اختلاف قيمه فى هذه المدّه القليله»(١).

توضيح كلامه: يوم الكرى لاضمان فيه لأن المستأجر لا يضمن العين المستأجره قبل المخالفه فلا بد من حملة على فرض اتحاد يَوْمِي الكَرْيِ و المخالفه لأن قنطره الكوفه التى هى مكان المخالفه قريبه من الكوفه التى هى مكان الاكتراء بحيث لا يقع فصل بين وقت الاكتراء و بين الوصول إلى القنطره، فاليومين واحد و الاعتبار بيوم المخالفه للعلم بعدم اعتبار يوم الاكتراء و على فرض اختلاف اليومين قيمه فيهما تكون واحده. و إنما ذكر يوم الكرى لا المخالفه لأنها وقعت من القنطره و إقامة الشهود على قيمه البغل حين المخالفه لعله كانت عسرياً لعدم من يطلع عليها وقت العبور بخلاف وقت الكرى حيث أنه يقع غالباً بمجمع من الناس فلذلك ذكر يوم الكرى و بعد جعل يوم الكرى هو يوم المخالفه. كما ظهر من المحقق النائنى(٢).

كما يظهر الأخير من الشيخ الأعظم بقوله: «إلا أن يقال: إن الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفه هو التنبيه على سهوله إقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس و جماعه من المكارين بخلاف زمان المخالفه من حيث أنه زمان المخالفه، فتغيير التعبير ليس لعدم العبور بزمان المخالفه بل للتنبيه على

ص: ٥٢١

١- (٢) المكاسب ٣/٢٤٨.

٢- (٣) المكاسب و البيع ١/٣٦٢.

سهوله معرفه القيمه بالبيئه كاليمن في مقابل قول السائل: «و من يعرف ذلك»، فتأمل»(١).

قال الفقيه اليزدي رحمه الله ردًا على هذا الاستدلال: «لا يخفى ما فيه، إذ غايه ما في هذا البيان توجيهه بحيث لا ينافي مادلاً على كون المدار على يوم المخالفه على فرض وجوده، وإلاّ

فلا يمكن أن يكون دليلاً عليه كما هو الواضح...»(٢).

ثم ردّ الشيخ الأعظم الاستدلال على هذه الفقره بقوله: «نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحه بأنّه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الروايه على ما هو الغالب في مثل مورد الروايه من عدم اختلاف قيمه البغل في مدّه خمسّه عشر يوماً، و يكون السرّ في التعبير بيوم المخالفه دفع ما ربّما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام: أنّ العبره بقيمه ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك لأنّه خسره المبلغ الذي اشترى به البغله»(٣).

ثم يؤيد الشيخ الأعظم هذا الرد بتأييدين:

الأوّل: «و يؤيده: التعبير عن يوم المخالفه في ذيل الروايه ب-«يوم [حين] اكرتري» فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم الخالفه من حيث أنّه يوم المخالفه»(٤).

الثاني: «و يؤيده أيضاً: قوله عليه السلام في ما بعد من جواب قول السائل: «و من يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمه فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكرتري كذا و كذا فيلزمك...» الخبر(٥)، فإنّ العبره لو كانت بخصوص يوم المخالفه لم يكن وجه لكون القول

ص: ٥٢٢

١- (٤) المكاسب ٣/٢٥٠.

٢- (١) حاشيه المكاسب ١/٥٠٥.

٣- (٢) المكاسب ٣/٢٥٠.

٤- (٣) المكاسب ٣/٢٥٠.

٥- (٤) وسائل الشيعه ١٩/١٢٠.

قول المالك مع كونه مخالفا للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته، لأنّ من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه، وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدّقه فيه من دون محاكمه - و التعبير برّدّه اليمين على الغاصب من جهه أنّ المالك أعرف بقيمه بغله، فكان الحلف حقّ له ابتداءً - خلاف الظاهر»(١).

و اختار صاحب الجواهر(٢) و تبعه المحقّق الإيروانى هذا الأخير فى قضيه الحلف من أنّ «فى مورد الروايه لم يفرض مخاصمه...»(٣).

و جوابه: كما مرّ عن الشيخ الأعظم من أنّه خلاف الظاهر، و ظاهرها أنّه وارد فى مورد المخاصمه و المحاكمه. كما عن المحقّق السيّد الخوئى(٤).

عويصه فى الصحيحه

ثمّ هذا التأييد الأخير فى كلام الشيخ الأعظم يعدّ عويصه فى الصحيحه لأنّ الظاهر فى النزاع فى اختلاف القيمه أنّ المالك يدعى زياده القيمه فهو مدّع و الغاصب يدعى القيمه الأقلّ، و الأصل عدم زياده القيمه فالأصل مطابق لقوله فهو منكر، فعلى قانون القضاء، «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» ولكن فى الصحيحه عرض اليمين أولاً على المدعى ثم على المنكر و كذلك البينه، مضافا إلى أنّه كيف يمكن الجمع بين اليمين و البينه فى شخص واحد؟

و لذا تصدّى الأعلام إلى جوابها:

منهم: صاحب الجواهر و تبعه المحقّق الإيروانى رحمه الله فى مقاله و قد مرّ جوابها و يأتى

ص: ٥٢٣

١- (٥) المكاسب ٣/٢٥١.

٢- (٦) الجواهر ٣٧/٢٢٤.

٣- (٧) حاشيته على المكاسب ٢/١٥١.

٤- (٨) مصباح الفقاهه ٣/١٩٢.



نص الجواهر فى المقام.

و تبعهما السيد الحكيم فى ظاهر كلامه الآتى.

و منهم: شيخ الطائفه

حملها على التعبد و تخصيص قانون القضاء بها إما مطلقا أو فى خصوص الدابه، قال فى النهايه: «و من غصب غيره متاعا و باعه من غيره ثم وجد صاحب المتاع عند المشتري كان له انتزاعه من يده... فإن اختلف فى قيمه المتاع، كان القول قول صاحبه مع يمينه بالله تعالى...»<sup>(١)</sup>.

و علله المحقق فى نكت النهايه بقوله: «إنما كان القول قول المالك لأنّ الثابت فى الذمه هى الشىء المغصوب، فإذا ادعى الغاصب أنّ القدر المدفوع هو قيمته و أنكر المالك، كان القول قوله، لأنّ الغاصب يدعى خلاص ذمته ممّا هو ثابت فيها بالقدر المدفوع و أنّ القدر هو قيمه ما فى الذمه و على هذا التخريج لاتكون هذه الصوره خارجه عن الأصل»<sup>(٢)</sup>.

أقول: و أنت ترى لو تمّ ما ذكره المحقق فى تبين مراد الشيخ لم يكن كلامه تخصيصا للقاعده الكليه ولكن الشيخ الأعظم استفاد من كلامه تخصيص القاعده كما يأتى.

و قال الشيخ أيضا: «.. و من اكرى دابه ليركبها هو لم يجر أن يركبها غيره... و إذا اكرها على أن يركبها إلى موضع مخصوص لم يجر له أن يتجاوزه... فإن اختلفا فى الثمن كان

على صاحبها اليينه فإن لم تكن له بينه كان القول قوله مع يمينه فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المستأجر منه لزمه اليمين أو يصطلحان على شىء و الحكم فيما سوى الدابه فيما يقع الخلف فيه بين المستأجر و المستأجر منه كانت اليينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٥٢٤

١- (١) النهايه ٤٠٢.

٢- (٢) النهايه و نكتها ٢/١٧٩.

٣- (١) النهايه ٤٤٦.

و صرح المحقق في نكتها بأنه عمل بصحيحه أبيولاد فتكون مخصصه لقاعده البيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه، و  
أما غير الدابه ممّا يقع الخلاف في ثمنه فمشمول بعموم القاعده(١).

و قال في الحدائق ناقلاً عن الشيخ: «فذهب في النهايه إلى العمل بالخبر و جعل مقصوراً على مورده و هو الدابه»(٢) ثم استقوى  
مختار الشيخ بقوله: «و المسأله لا تخلو من إشكال و إن كان ما ذهب إليه الشيخ لا يخلو من قوه لصحه الخبر و صراحتة فيخصص  
به عموم القاعده المذكوره كما خصصوها في مواضع عديده»(٣).

و حكى الشيخ الأعظم هذا الحمل من الشيخ بدقه تليق به و بعبده بقوله: «و أبعد منه حمل النص على التعبد و جعل الحكم في  
خصوص الدابه المغصوبه أو مطلقاً مخالفاً للقاعده المتفق عليها نصاً و فتوىً من كون البيه على المدعى و اليمين على من أنكر  
كما حكى عن الشيخ في بابي الإجاره و الغصب»(٤).

أقول: أوّل من ردّ على الشيخ الطوسى في هذا التخصيص هو ابن ادريس قال بعد نقل مقالته الثانيه في النهايه: «... و الصحيح أنّه  
لا فرق بين الدابه و غيرها في ذلك، فالمفرّق يحتاج إلى دليل»(٥).

و تبعه صاحب الشرائع و قال: «إذا تعدّى في العين المستأجره ضمن قيمتها وقت العدوان ولو اختلفا في القيمه، كان القول قول  
المالك إن كانت دابه، و قيل: القول قول

ص: ٥٢٥

١- (٢) النهايه و نكتها ٢/٢٨٠ و ٢٨١.

٢- (٣) الحدائق ٢١/٥٩٥.

٣- (٤) الحدائق ٢١/٥٩٦.

٤- (٥) المكاسب ٣/٢٥٢.

٥- (٦) السرائر ٢/٤٦٥.

المستأجر على كلِّ حالٍ و هو أشبه»(١).

أقول: أولاً أشار بـ«قول» إلى الشيخ، و بـ«قيل» تعرض لقول ابن إدريس و هو يراه أشبه بقواعد المذهب.

و استجود العلامة قول ابن ادريس في المختلف(٢).

و تبعهم ثانی الشهيدين و قال في ذيل قول المحقق: «القول بالتنصیل للشيخ رحمه الله و الأقوى ما اختاره المصنف من تقديم قول المستأجر مطلقاً، لأنه منكر»(٣).

و استقر به المحقق السبزواری و قال: «ولو اختلفا في القيمة قيل: القول قول المالك ان كانت دابه و هو قول الشيخ، و قيل: القول قول المستأجر و لعله الأقرب، لأنه منكر»(٤).

و قال صاحب الحدائق: «و ذهب ابن ادريس إلى أنّ القول قول المستأجر لأنه منكر و لم يفرّق بين الدابه غيرها و تبعه المتأخرون كالفاضلين و نحوهما غيرهما و أطرحوا الخبر من البين...»(٥).

و قال في الجواهر ممزوجاً بمتنه: «إذا تلف المغصوب و اختلفا في القيمة فـ(ـ) عن المقنعه(٦) و النهايه(٧) أنّ (القول قول مالك مع يمينه) بل (و) عن التحرير(٨) (هو قول الأكثر)

ص: ٥٢٤

- ١- (٧) الشرائع ٢/١٤٨.
- ٢- (١) مختلف الشيعة ٦/١٥٠.
- ٣- (٢) المسالك ٥/٢٢١.
- ٤- (٣) الكفايه ١/٦٦١.
- ٥- (٤) الحدائق ٢١/٥٩٥.
- ٦- (٥) المقنعه ٦٠٧.
- ٧- (٦) النهايه ٤٠٢.
- ٨- (٧) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٥٠.

و إن كنا لم نجد له غيرهما(١).

(وقيل) و القائل الشيخ(٢) و الحلبي(٣) و الفاضل(٤) و ولده(٥) و المقداد(٦) و الشهيدان(٧) و الكركي(٨) و غيرهم(٩) على ما حكى(١٠) عن بعضهم: (القول قول الغاصب)

بيمينه، بل في المسالك(١١) نسبته إلى أكثر المتأخرين، بل في الرياض(١٢) إلى عامتهم.

(و) لا ريب في أنه (هو أشبه) باصول المذهب و قواعده التي منها أصاله براءه ذمته باعتبار أنه غارم و منكر(١٣).

و ذهب إلى هذا الجمع المحقق الخراساني و قال: «ربما يأتي عنه [أي من الشيخ الأعظم] أنه الحلف الفاصل للخصومه في مقام الحكومه، و يمكن أن يقال: إن الإمام عليه السلام إنما يكون بصدد الاشاره إلى ما يقع معه الخصومه، لا في مقام بيان موازين الحكومه لدى التشاجر و الخصومه، حيث إن الانسان يحصل له الاطمينان بحلف خصمه غالباً لو لم يكن

ص: ٥٢٧

١- (٨) ولكن في الكفايه ٢/٦٥٦: «لا يبعد ترجيحه».

٢- (٩) المبسوط ٣/٧٥ و ٩٥ - الخلاف ٣/٤١٢، مسأله ٢٦.

٣- (١٠) السرائر ٢/٤٩٠ و ٤٩٦.

٤- (١١) تذكره الفقهاء ٢/٣٩٩ من الطبع الحجري - تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٥٠ - إرشاد الأذهان ١/٤٤٨ - مختلف الشيعه ٦/١٢٨ - تبصره المتعلمين ١٠٩/.

٥- (١٢) إيضاح الفوائد ٢/١٩٦.

٦- (١٣) التنقيح الرائع ٤/٧٨.

٧- (١٤) الدروس ٣/١١٧ - اللمعه ٢٣٦/ - المسالك ١٢/٢٤٨ - الروضه البهيه ٧/٥٨.

٨- (١٥) جامع المقاصد ٦/٣٣٦.

٩- (١٦) نحو أصحاب المقتصر ٣٤٤/ و الشرائع ٣/١٩٨ و النافع ٢٤٩/.

١٠- (١٧) الحاكي هو السيد العامل في مفتاح الكرامه ١٨/٣٨٣ و ٣٨٤.

١١- (١) المسالك ١٢/٢٤٩ و تبعه صاحب الكفايه ٢/٦٥٦.

١٢- (٢) رياض المسائل ١٤/٥١.

١٣- (٣) الجواهر ٣٧/٢٢٣.

دائماً، و كان مراده من الحلف أو الردّ، الحلف فى صورته اطمينانه بمقدار قيمه دون صاحبه و الردّ فى صورته العكس فيحصل للجاهل منهما الاطمينان بحلف الآخر فتدبر»(١).

و فى الرياض: «ولو لا إطباق متأخرى الأصحاب على العمل بالأصل العام و اطّراح الروايه لكان المصير إليها فى غايه القوه، لكن لامندوحه عمّياً ذكره، لاعتضاد الأصل بعملهم، فيترجّح عليها و إن كانت خاصه لفقد التكافؤ، و مع ذلك فالاحتياط لازم فى المسأله بمراعاة المصالحه»(٢).

و قال الفقيه اليزدى ردا على سيّد الرياض: «قلت: بل هو فى غايه القوه مع ذلك أيضاً، و عموم قوله صلى الله عليه و آله : البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر، كسائر العمومات قابل للتخصيص، و الروايه صحيحه كالصريحه، مع أنّ الحكم المذكور مناسب لأخذ الغاصب بأشق الأحوال، فتدبر»(٣).

و كذلك اختار المحقّق السيّد الخوئى رحمه الله مقاله الشيخ و قال: «بل الظاهر - و الله العالم - هو الأخذ بظاهر الصحيحه من توجه كلا- الأمرين - أى الحلف و إقامه البيئه - على المالك فى خصوص الدابه المغصوبه أو فى مطلق القيمي المغصوب، و إذن فتكون الصحيحه مخصصه لقاعده البيئه على المدعى و اليمين على المنكر، فلا غرو فى ذلك، لأنّ تلك القاعده ليست من

القواعد العقلية حتّى لاتقبل التخصيص أو التقييد، بل هى قاعده فقهيه قابله لذلك، كما أنّ سائر القواعد الفقيهيه كذلك، و عليه فالمستفاد من الصحيحه أنّه إذا اختلف المالك و الغاصب فى زياده قيمه و نقصانها جاز للمالك أن يحلف على ما يدعيه من زياده قيمه أو يرده إلى الغاصب، أو يقيم بينه على ذلك، فكان هذا الحكم تفضلاً من الشارع المقدس

ص: ٥٢٨

١- (٤) حاشيته على المكاسب / ٤٣.

٢- (٥) رياض المسائل ١٤/٥٢.

٣- (٦) حاشيه المكاسب ١/٥٠٩.

للمالك على رغم من الغاصب»(١).

أقول: فالقائل بتخصيص القاعده بالصحيحه هما الشيخان و استقواه صاحب الحدائق و اختاره المحقق الخراساني و الفقيه اليزدي و المحقق السيد الخوئي كما مرّ.

و منهم: صاحب الجواهر

قال في حمل الصحيحه: «قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادته بيان أن ذلك طريق لمعرفة القيمه مع التراضي بينهما في ذلك، لا أن المراد بيان تقديم قوله مع عدم التراضي و إلا لم يكن معنى لقوله عليه السلام: «أو يأتي... بشهود» ضروره عدم الحاجه إليهم في إثبات قوله بناءً على أن القول قوله.

و لعل التأمل الجيد يقتضى أن المراد بالصحيح المزبور بيان انحصار معرفه القيمه كما هي بهما، لكن بالحلف على الوجه المزبور أو بالشهود، و هو كذلك فإنّ كلاً منهما مدع بالنسبه إلى تعيين كون القيمه كذا في الواقع، و قولنا بتقديم قول الغاصب يراد منه تقديمه بالنسبه إلى نفي شغل ذمته بالزائد، لا على تعيين كون القيمه كذا، فلا دلالة في الصحيح المزبور على فرض المسأله بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمه الغاصب بالزائد و عدمه.

بل إن لم يحمل على ما ذكرناه من التراضي بينهما على اليمين لم يكن معنى لقوله عليه السلام: «تعرفها أنت و هو»، ضروره كون المعرفه للمالك حينئذ، بناءً على أن القول قوله، و ليس المراد من قوله عليه السلام: «فإن ردّ اليمين عليك» اليمين المردوده المصطلحه، إذ تلك إنّما هي على نفي ما يدعيه المنكر، لا على إثبات ما يدعيه الغاصب فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه و إلا نافي قواعد القضاء، فتأمل جيداً. و الله العالم»(٢).

ص: ٥٢٩

١- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٩١.

٢- (٢) الجواهر ٣٧/٢٢٤.

أقول: قد مرّ هذا الحمل من الشيخ الأعظم و أنه يراه خلاف الظاهر(1) ولكن اختاره المحقق الإيرواني(2) وقد مر أنّ ظاهر الصحيحه وارد في مورد المحاكمه و المخاصمه

و منهم: الشيخ الأعظم

و يظهر من حلّه دليل قيمه يوم التلف.

ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ توجيه الصحيحه بحيث لا- يوجب تخصيص القاعده مع كون العبره بقيمه يوم المخالفه ممكن بوجهين:

الأوّل: إذا اتفقا المالك و الغاصب على قيمه البغل في اليوم السابق على يوم المخالفه ثمّ اختلفا في قيمته يوم المخالفه بأن ادّعى الغاصب نقصانها في يوم المخالفه و ادّعى المالك بقاءها، فحينئذ يكون المالك منكرًا لموافقته قوله مع أصاله عدم النقصان.

الثاني: إذا اتفقا على قيمه البغل في اليوم اللاحق ليوم المخالفه ولكن الغاصب يدّعى كونها في يوم المخالفه أقل من قيمتها في اليوم اللاحق و المالك ينكر الأقلية فحينئذ أيضا المالك منكر لموافقته قوله مع أصاله عدم التغيير في قيمه أو الاستصحاب القهقرائي - على القول بحجتيه - .

ولكن الشيخ الأعظم بعد ذكر الوجهين قال: «و لا يخفى بعده»(3). و لعل وجه البعد حمل الصحيحه على الفرد النادر(4) في هذين الوجهين و لذا عدل عن قيمه يوم المخالفه بقيمه يوم التلف و حلّ العويصه في ضمن صورتين:

الاولى: المالك و الغاصب يتفقان على قيمه البغل - مثلاً يوم الاكتراء - ولكن اختلفا

ص: ٥٣٠

١- (٣) المكاسب ٣/٢٥١.

٢- (٤) حاشيه المكاسب ٢/١٥١.

٣- (١) المكاسب ٣/٢٥٢.

٤- (٢) كما في هدايه الطالب ٢/٣٧٣.

فى تنزله عن تلك القيمه يوم التلف و عدمه فحينئذ لا بدّ من الأخذ بقول المالك لكونه موافقا للأصل و هو بقاء القيمه و استمرارها أو استصحابها، و الغاصب يدعى نقصان القيمه فلا بدّ له من اقامه البيئه فالقول قول المالك مع يمينه.

الثانيه: يتفقان على أنّ قيمه يوم التلف متحده - اجمالاً - مع قيمه يوم المخالفه أو الاكتراء أو أىّ يوم كان قبله، ولكنهما اختلفا فى تعيين تلك القيمه و ادّعى المالك القيمه الأ-كثر و الغاصب القيمه الأقل فحينئذ المالك يدعى زياده القيمه و يلزمه إقامه البيئه و الغاصب منكر فيتوجّه عليه اليمين.

فما ورد فى الصحيحه من توجّه اليمين على المالك أوّلاً يمكن تصحيحه فى ضمن الصوره الاولى.

و ما ورد فيها من توجّه اليمين على الغاصب ثانياً أو اقامه البيئه من المالك تحمل على الصوره الثانيه.

هذا كلّ حلّ الشيخ الأعظم (١).

أقول: هذا الحل منه عليه السلام أيضا بعيد فى غايه البعد إذ الظاهر من الصحيحه اتحاد صوره توجيه اليمين على المالك مع صوره اقامه البيئه له لأنّ الوارد فيها عطف اليمين بالبيئه مع حرف «أو» الظاهر فى أنّ كلاهما وظيفه المالك فى صوره واحده و عطف فيها بقاء التفريع عنوان ردّ اليمين على الغاصب أيضا قرينه على اتحاد صوره الدعوى كما تبّه على الأوّل المحقّق النائينى (٢) و تبعه السيّد الخوئى (٣). هذا أوّلاً.

و ثانياً: هذا البيان مناف لما اعترف به سابقا من أنّ الغالب عدم تفاوت قيمه البغل

ص: ٥٣١

١- (١) راجع المكاسب ٣/٢٥١.

٢- (٢) المكاسب و البيع ١/٣٦٦.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٩١.



فى مدّه خمسّه عشر يومًا. كما يظهر من المحقّق الاصفهاني(١) بانضمام إشكالين آخرين عليه فراجعهما.

و منهم: المحقّق الأصفهاني

قال: «و عليه فيمكن الجواب عمّا أشكله على الصحيحه من حيث قبول الحلف و سماع البينه بوجوه ثلاثه:

أحدها: أنّ الإمام عليه السلام فى مقام تعليم طريق لمعرفة القيمه، لا- فى مقام بيان موازين الحكومه لفصل الخصومه، و ذلك لظهور السؤال و الجواب فيما ذكرنا حيث قال السائل: «فمن يعرف ذلك؟» قال عليه السلام: «أنت و هو إمّا أن يحلف هو على القيمه فيلزمك، فإن ردّ اليمين فحلفت فيلزمه، أو يأتى صاحب البغل بشهود...». فالسؤال عن العارف، و الجواب بأنّه إمّا يحلف المالك لمعرفة بقيمه بغله فيكون طريقا عاديا لمعرفةك، حيث إنّ الانسان بطبعه يطمئن بيمين غيره، و إمّا أن تحلف أنت لمعرفة بقيمته من حيث كان عندك فى هذه المدّه، فيطمئن المالك بحلفك، أو لا يعرف هو و لا أنت فيأتى بأهل خبره من المكارين المشاهدين للبغل فيكون قولهم طريقا عاديا لمعرفةكما، فالصحيحه أجنبيه عن بيان موازين القضاء حتّى يشكل عليها بما مرّ فتدبر.

ثانيها: بحملها على بيان موازين القضاء، و حمل الدعوى على صورته غالبه فى مقام الدعوى، و هى دعوى المالك أنّه اشترى البغل بكذا و أنّه على ما كان كما هو المتعارف فى باب مطالبه الضامن بقيمه ما اشتراه فيصدّقه الضامن ولكنّه يدعى بترك القيمه(٢)، و المالك عليه اليمين لموافقته دعواه للأصل، ولكن الحلف - كما هو مختار جملة من المحقّقين - إرفاق

ص: ٥٣٢

١- (٤) حاشيه المكاسب ١/٤١٦.

٢- (١) الظاهر مراده قدس سره تنزّل القيمه.

بالمنكر لا أنه وظيفه معينه، وإنما لم يكلف بالبينه لعدم تمكنه غالباً من إقامة البينه على النفي، لا أنه لا يسمع منه البينه، و له في الشرع نظائر و ليس ما ثبتت في غيره ممّا ثبت بأقوى من هذه الصحيحه.

ثالثها: بحملها على صورته غالبه أخرى، هي طبع دعوى الزيادة من المالك و النقص من الغاصب، و قول المالك مخالف للأصل و حقه إقامة البينه، لكنه ثبت في الشريعة في موارد قبول دعوى المدعى إيجاباً مطلقاً أو بيمينه، فليقبل هنا قول المدعى بيمينه مع مناسبه الحكم و الموضوع حيث أنه أعرف بقيمه بغله، و الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلا مانع من العمل بالصحيحه في قبول دعوى المالك بيمينه، فليست قاعده البينه على المدعى و اليمين على من أنكر غير مخصصه أصلاً حتّى يستبعد تخصيصها بالصحيحه، بل مخصصه كثيراً في طرفيها، و لذا قال بمضمونها جماعه من الأعلام فتدبر جيداً<sup>(١)</sup>.

أقول: ما ذكره أولاً يرجع إلى جمع صاحب الجواهر رحمه الله بين الصحيحه و القاعده الذي مرّ، و ذكره الشيخ الأعظم و اعترض عليه بأن ظاهر الصحيحه هو مقام القضاء و الحكم و تابع الإيرواني صاحب الجواهر كما مرّ، و الإعتراض وارد.

و ما ذكره ثالثاً يرجع إلى جمع الشيخ الطوسي قدس سره الذي مرّ و يرد عليه بعدم وجود التكافؤ بين الصحيحه و القاعده حتّى تخصصها كما مرّ من صاحب الرياض<sup>(٢)</sup> و لذا لم يقبل الأصحاب طوال ألف سنه هذا الجمع.

و أمّا ما ذكره ثانياً فيمكن أن يجمع به بين الصحيحه و القاعده و لأنه صورته واحده و لم يرد عليه ما يرد على الشيخ الأعظم من أنّ جمعه حلّ المشكله في الصورتين و ظاهر

ص: ٥٣٣

١- (٢) حاشيه المكاسب ١/٤١٦ و ٤١٧.

٢- (٣) راجع رياض المسائل ١٤/٥٢.

الصحيحه أنها وردت فى صورته واحده. إلا أنه يرد عليه أن هذه الصورة هى من الفرد النادر ولكن لأبأس به حيث ظهر عدم تماميه الباقي من الجموع فلا بد من حمل الصحيحه عليه أو

يأتى منا فانتظر.

و منهم: السيد الحكيم

قال: «و يمكن حمل الروايه على صورته التداعى عند الحاكم كما يقتضيه قول السائل: «من يعرف ذلك؟» فإنه ظاهر فى السؤال عن طريق معرفه القيمه التى يلزم أدائها، و يكون الجواب متكفلاً لبيان ثلاثه طرق: [١] إخبار المالك مع يمينه، [٢] و إخبار الغاصب كذلك، [٣] و البيئه، فيكون قوله عليه السلام: «إما أن يحلف الخ» تفسير لقوله عليه السلام: «أنت و هو»، و قوله عليه السلام: «أو يأتى الخ» بيان لطريق ثالث و هو البيئه، فالجواب بيان لطرق القيمه فى الجمله.

و ليس المراد منه بيان طرق حكم الحاكم بمقدار القيمه كى يتعين حمل الكلام على بيان طرق الحاكم المترتبه التى هى البيئه ثم يمين المنكر ثم اليمين المردوده، بل الكلام بيان لطرق معرفه القيمه فى الجمله كل فى محلّه. فمع جهل الغاصب و المالك تكون البيئه طريقاً لهما، و مع جهل الغاصب و علم المالك يكون إخبار المالك مع يمينه حجه للغاصب، و مع جهل المالك و علم الغاصب يكون إخبار الغاصب مع يمينه طريقاً للمالك، و التأمل فى قول السائل: «قلت: من يعرف الخ» يوجب الوثوق بظهور الروايه فيما ذكرنا، فلا تشمل صورته النزاع و الترافع إلى الحاكم، بحيث يكون ما ذكر منها طريق الحاكم فى حكمه فلاحظ» (١).

أقول: يظهر من ذيل كلامه أن ما ذكره من «حمل الروايه على صورته التداعى عند الحاكم» لا يحمل على ظاهره و إلا كيف يجمع مع قوله: «فلا تشمل صورته النزاع و الترافع إلى الحاكم». و هذا مسافه الخلف بين القولين.

ص: ٥٣٤

و الظاهر أنه حمل الصحيحه على ما حملها صاحب الجواهر و تبعه الإيروانى بالمآل و يرد عليه ما يرد عليهما من أن ظاهرها خصوص القضاء و الحكم و لذا حملها قدس سره أولاً على صورته التداعى عند الحاكم فافهم.

و منهم: السيد الخمينى رحمه الله

قال: «ثم إن في قوله: «فمن يعرف ذلك» احتمالين: أحدهما من يعرف قيمه البغل، و على ذلك جرت كلماتهم، ثم وقعوا في حيص بيص في ارجاع الحلف و بينه إلى شخص واحد، و هو خلاف قواعد باب القضاء فهرب كل مهرباً.

و الثانى الذى هو ظاهر الروايه و إن لم أر احتمالاً في كلماتهم أن يكون المراد من يعرف

قيمه ما بين الصحيح و المعيب، لأنّ الجملة الاولى قد أعرض عنها سؤالاً و جواباً، و توجه السائل إلى مسأله أخرى هي ضمان العيب، فأجاب بضمان قيمه ما بين الصحيح و معيب فقوله: «من يعرف ذلك» عقيب هذه الجملة ظاهر في الرجوع إلى الثانى و الاختصاص بالأولى بعيد جداً، و الرجوع إليهما بعيد أو غير ثابت.

و مع الرجوع إلى الثانى يمكن أن يقال: إن الظاهر من قوله عليه السلام: «إما أن يحلف هو على قيمه فيلزمك» هو الحلف على قيمه البغل المعيوب الموجود بين أيديهما لا على قيمه أيام آخر، و معلوم أن في الاختلاف بينهما في قيمه المعيوب يكون صاحب البغل منكراً، لأنه يريد أن يجلب النفع إلى نفسه، فينكر زياده قيمه المعيب، بخلاف صاحبه، فإنه يريد دفع الضرر عن نفسه، فيدعى زياده قيمته فمع كون قيمه الصحيح خمسين فإن كانت قيمه المعيب عشرين يكون التفاوت ثلاثين، و إن كانت ثلاثين يكون التفاوت عشرين، فالضامن يدعى ثلاثين و صاحب البغل ينكره، فالقول قوله، فيحلف أو يرد الحلف إلى صاحبه.

و أمّا قوله عليه السلام: «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل يوم أكرى

كذا كذا» صريح في أن اختلافهما راجع إلى قيمته حال الصحة دون حال العيب و إن كان الاختلاف لتشخيص ما به التفاوت بينهما، و من المعلوم أن في هذا الاختلاف يكون القول قول الضامن و صاحب البغل مدع للزيادة.

و بالجمله: ظاهر الجمله الاولى هو الاختلاف في قيمة المعيب فيتوجه الحلف إلى صاحب البغل، و صريح الجمله الثانيه أن الاختلاف بينهما في قيمة الصحيح لأن يوم الكراء يوم صحه البغل، و الاختلاف في قيمة الصحيح لتشخيص ما به التفاوت، فيكون صاحب البغل مدعيا و الضامن منكرا، فالروايه متعرضه لصورتين من صور الدعوى بحسب الظهور و الصراحه و موافقه القاعده و يستفاد منها الصوره الثالثه.

و ما ذكرناه و إن كان مخالفا للظاهر في الجمله أي الظهور في وحده القضييه لكن ليس ذلك الظهور بمثابه أمكن معه رفع اليد عن القواعد المسلّمه، سيما مع الاحتمال الذي ذكرناه بالتقريب المتقدم، و لأقل من التعارض بين الظهور الذي قربناه و ظهور سياق الكلام في وحده القضييه فلا يصح الاستدلال بها و تخصيص القواعد المحكمه...»(١).

أقول: مراده قدس سره من الصوره الثالثه فرض التداعي أي كلّ منهما منكر و مدّع و يظهر حكمها من الصورتين الأوليين كما يظهر من تقريرات (٢) بحثه الشريف.

و قد سمعت منه رحمه الله مخالفه جمعه لظاهر الروايه في الجمله لأن ظهورها في وحده القضييه فيرد عليه كلّ ما يرد على الشيخ الأعظم الذي قال بحمل الصحيحه على الصورتين.

الجواب المختار:

لابد في هذا الجواب من ملاحظه أمور:

ص: ٥٣٦

١- (١) كتاب البيع ١/٤١٨ و ٤١٧.

٢- (١) راجع البيع / ٣٢٨ للعلامه الفقيد الشيخ محمّد حسن القديري رحمه الله المتوفى في شوال المكرم ١٤٢٩ق.

الأول: إنَّ الصحيحه وارده فى مقام القضاء و الحكومه.

الثانى: إنَّها وارده فى صورته واحده لا أكثر.

الثالث: لا يمكن تخصيص القاعده بها لعدم وجود التكافؤ بينهما.

الرابع: لا يمكن حملها على الفرد النادر، لأنَّها كانت حينئذ كقضيته فى واقعه فلا يستفاد منها الحكم فى غير هذه القضيته و الواقعه.

و بعد ملاحظته هذه الأمور يمكن حملها على فرض توافق المالك و الغاصب على القيمه الأوليه للبغل إمَّا قيمه الشراء أو قيمه يوم الكراء أو قيمه حين الصحه أو قيمه حين الغصب أو نحوها ثم يدعى الغاصب تنزل القيمه و المالك يقول ببقائها فحينئذ المالك منكر و الغاصب مُدَّعٍ و حيث لم يكن للغاصب بينه غالباً حين التلف أو المرض أو الغصب أو نحوها فلذا أغمض الإمام عليه السلام من إحضار بينه الغاصب و أمر بحلف المالك و إن لم يحلف و ردَّ اليمين على الغاصب فحلف فهو و إلا لو كان للمالك المنكر بينه تسمع منه و يحكم على طبقها.

و أنت ترى بأنَّ فى جوابنا هذا يُراعى جميع الأمور الماضيه و لا يرد عليه إشكالٌ بإذن الله تعالى و الحمد و النعمه له.

فلا تكون الصحيحه عندنا مجمله (١) فتكون حجه نأخذ بها.

### الاستدلال للقول الثانى: قيمه يوم التلف

يظهر دليل قيمه يوم التلف من كلام الشيخ الأعظم (٢) رحمه الله الذى مرَّ و المناقشه فيه (٣).

و يظهر دليل آخر من تقريب السيد العاملى يقول: «و وجه هذا القول [الوجه] أنَّ الواجب

ص: ٥٣٧

---

١- (٢) كما ذهب إلى إجمالها فعدم حجيتها المؤسس الحائرى رحمه الله على ما فى تقريرات بيعه بقلم شيخنا آيه الله الشيخ محمد على الأراكى قدس سره راجع كتابه البيع ١/١٦٥.

٢- (٣) المكاسب ٣/٢٥١.

٣- (٤) جمع الشيخ الأعظم فى حلّ العويصه و المناقشه فيه.

زمن بقاء العين إنَّما هو ردّها سواء كانت قيمه زائده أو ناقصه من غير ضمان شىءٍ من النقص إجماعاً كما فى المختلف (١) و  
الروضه (٢) فإذا تلفت وجبت قيمه العين وقت التلف لانتقال الحقّ إليها لتعدّر البدل، و مع وجود العين لاتعلّق قيمه بالذمه و  
إنَّما الذمه مشغوله بردّ العين، و الانتقال إلى قيمه انتقال إلى البدل و هو إنَّما يثبت حال وجوبه و هو حاله التلف (٣).

أقول: و يمكن تأييد الإجماع بلاخلاف الوارد فى المبسوط (٤) و قصر الخلاف على أبى ثور فى الخلاف (٥) و كذا فى  
التذكره (٦) إلّا- قال: «إنّ بعض الشافعيه وافقه». و فى المسالك (٧) قصر الخلاف على شذوذ من العامه. قال فى المفتاح: «و به  
طفحت عباراتهم فى المقام حتّى ممّن لا يعمل إلّا بالقطعيّات بل فى مقامات أخر يأخذونه مسلماً، فالإجماع محصّل لاريب فيه  
معتضد بالأصل و الاعتبار...» (٨)

و قرب هذا الاستدلال صاحب الجواهر بقوله: «... لأنّه وقت الانتقال إلى قيمه و إلّا- فقبله مكّلف بردّ العين من غير ضمان  
لنقص السوقى إجماعاً و احتمال منع الانتقال إلى قيمه حين التلف و إن كان هو وقت الانتقال إلّا أنّه ينتقل إلى الأعلى حينه  
يدفعه عدم

ص: ٥٣٨

- 
- ١- (١) مختلف الشيعة ١١٦/٦.
  - ٢- (٢) الروضه البهيه ٧/٤١.
  - ٣- (٣) مفتاح الكرامه ١٨/١٥٢.
  - ٤- (٤) المبسوط ٣/٦٣.
  - ٥- (٥) الخلاف ٣/٤٠٤، مسأله ١٥.
  - ٦- (٦) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٥ من الطبع الحجرى.
  - ٧- (٧) المسالك ١٢/١٨٢.
  - ٨- (٨) مفتاح الكرامه ١٨/١٩٨.

و ردّ سيد الرياض هذا الاستدلال بقوله: «و فيه نظر... و هو منع استلزام التلف الانتقال إلى قيمه حينه، إذ لا مانع من تعيين قيمه الأعلى حينه لأمر آخر كحديث لا إضرار و لا ضرر، إذ لا ريب أنّ حبس العين عن المالك حين ارتفاع قيمتها ضرر على المالك و تفويت لتلك القيمة العليا عليه...»(٢).

نقل صاحب المفتاح هذا الردّ تحت عنوان قد يقال.(٣)

و أمّا توهم الاستدلال له بالروايات الواردة في باب الرهن الظاهره في أنّ القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى قيمه لأنّها تدلّ على لزوم رعايه قيمه العين المرهونه حين تلفها و ملاحظه نسبتها مع الدين، فإن كانت مساويه له فلا شيء على الراهن و إن زادت عليه أخذ الزيادة و إن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص.

منها: موثقه ابن بكير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام في الرهن فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله، و إن الرهن سواء فليس عليه شيء.(٤)

بتقريب: أنّ المراد من الهلاك هو التلف و يحاسب قيمه يوم التلف على المرتهن للراهن.

و منها: موثقه أبان بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فأخذه، و إن استهلكه تراذ الفضل

١- (٩) الجواهر ٣٧/١٠٥.

٢- (١٠) رياض المسائل ١٤/٢٩.

٣- (١) مفتاح الكرامه ١٨/١٥٢.

٤- (٢) وسائل الشيعه ١٨/٣٩١، ح ٣، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن.



بينهما. (١)

بتقريب: أنّ المراد من الاستهلاك في الجملة الثانيه هو فعل ما يوجب ضياع المال بتفريط المرتهن و تضييعه و ليس المراد منه الإهلاك و الإتلاف لأنّه حيثنذ يخرج عن مورد ضمان التلف و يدخل في ضمان الإتلاف. (٢)

و منها: صحيحه أبي حمزه (٣).

و منها: موثقه اسحاق بن عمار (٤).

و منها: صحيحه محمّد بن قيس (٥) الماضيه (٦).

و منها: خبر عبدالله بن الحكم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن عند رجل

رهننا على ألف درهم و الرهن يساوى ألفين، و ضاع، قال: يرجع عليه بفضل ما رهنه، و إن كان أنقص ممّا رهنه عليه رجع على الراهن بالفصل، و إن كان الرهن يسوى ما رهنه عليه فالرهن بما فيه. (٧)

فيردّه [أي يرد هذا التوهم]: أنّ مورد هذه الروايات إنّما هو الإتلاف أو التفريط و التضييع في مال الرهن، لعدم الضمان على المرتهن من دون تعد و تفريط و إتلاف كما تدلّ عليه عدّه من الروايات (٨)، و في فرض الإتلاف زمان التلف و الضمان واحد و أمّا في فرض

ص: ٥٤٠

١- (٣) وسائل الشيعة ١٨/٣٨٦، ح ٢، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

٢- (٤) راجع كتاب البيع ١/٤٢١ للمحقّق الخميني رحمه الله .

٣- (٥) وسائل الشيعة ١٨/٣٩٠، ح ١.

٤- (٦) وسائل الشيعة ١٨/٣٩١، ح ٢.

٥- (٧) وسائل الشيعة ١٨/٣٩٢، ح ٤.

٦- (٨) في بحث دفع توهم أنّ الأصل في الضمان هو القيمة راجع صفحه ٥٠٥ من هذا المجلد.

٧- (١) وسائل الشيعة ١٨/٣٩٢، ح ٥.

٨- (٢) راجع وسائل الشيعة ١٨/٣٨٥، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.

التفريط و إن يمكن تغاير زمانى التلف و الضمان ولكن الذى يسهل الخطب أنه لا دلالة فى روايات الرهن على الضمان بقيمه يوم التلف و لا غيره بل تدل على أصل الضمان فى فرض التعدى و التفريط كما تبّه عليه المحقق السيّد الخوئى رحمه الله (١).

و قال: «و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد فى العتق على الضمان بقيمه يوم التلف لأنّ ذلك ورد فى الإلتلاف و قد عرفت أنّ زمان التلف و الضمان واحد فى صورته الإلتلاف» (٢).

### الاستدلال للقول الثالث: أرفع القيم من حين القبض أو الغصب إلى حين التلف

أُستدلّ لهذا القول بوجوه:

الأوّل: ما صرّح به الشهيد الثانى (٣) من دلالة صحيحه أبيولاد على هذا القول ولكنّه قدس سره لم يذكر وجه دلالتها عليه (٤) و إليك بعض تقارير دلالتها:

أ: قال السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه فى وجه دلالتها: «... و إن كان ظرفا [أى يوم فى جملة «نعم، قيمه بغل يوم خالفته] للزوم صار المعنى تلزمك قيمه فى ذلك اليوم لكن يكون مقدار القيمه غير معلوم فيحتاج فى تعيينه إلى دليل آخر... و قد يلوح من ذيله ما... يوافق... أعلى القيم» (٥).

و قال أيضا: «... و لعلّه فهم ذلك من قوله عليه السلام: «أو يأتى صاحب البغل بشهود

ص: ٥٤١

١- (٣) مصباح الفقاهه ٣/١٩٩.

٢- (٤) مصباح الفقاهه ٣/١٩٩.

٣- (٥) مسالك الأفهام ١٢/١٨٦ - الروضه البهيّه ٧/٤٣.

٤- (٦) بل قال الشيخ الأعظم فى المكاسب ٣/٢٥٣: «و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب».

٥- (٧) مفتاح الكرامه ١٢/٦٣٨.

يشهدون أن قيمه البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك» (١).

أقول: لعل نظره الشريف إلى أن صاحب البغل يقيم الشهود على أعلى القيم لا غيره غالباً، أو أنه يكون في يوم الاكتراء سليماً عن كلِّ و نقص بخلاف بعده.

ب: قال صاحب الجواهر في وجه دلالتها: «... اللهم إلا أن يقال: إنه بناءً على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قوله: نعم: يكون المراد أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذ. بل إن جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً لعدم معقوليه ضمان القيمة مع وجود العين فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفه» (٢).

ولكن يرد على هذين التقديرين من الاستدلال: إن ابتداء الضمان من يوم المخالفه و الغصب لا- يُثبِتُ أن مقداره يكون أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف. مضافاً إلى أن ثبوت القيمة في الذمه مع وجود العين واضح البطلان.

و ضمان ارتفاع القيمة مع وجود العين ولكنها مخالفة لما تسالموا عليه (٣) بل للإجماع كما مرّ من العلامة (٤) و ثانى الشهيد (٥)، و ضمانها مراعى بالتلف «فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصله البراءة من غير دليل شاغل» (٦).

و لذا قال صاحب الجواهر نفسه في ردّه: «إلا أن ذلك كله كما ترى تجشم و خلط بين

ص: ٥٤٢

١- (١) مفتاح الكرامه ١٨/١٥٠.

٢- (٢) الجواهر ٣٧/١٠٤.

٣- (٣) كما ذكره الشيخ الأعظم في المكاسب ٣/٢٥٣.

٤- (٤) مختلف الشيعة ٦/١١٦.

٥- (٥) الروضة البهية ٧/٤١.

٦- (٦) كما ذكره الشيخ الأعظم في المكاسب ٣/٢٥٣.

الضمان التقديرى المتحقق بالمخالفة و الضمان التحقيقى الحاصل يوم التلف كما هو واضح»(١).

ج: قال المحققون الأصهباني(٢) و النائيني(٣) الخوئي فى وجه دلالتها و اللفظ للأخير: «المغصوب مضمون على الغاصب فى جميع أزمنه الغصب التى منها زمان ارتفاع قيمه إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضا ضروره أنّ المراد من يوم المخالفة - فى الصحيحه - إنّما هو طبعى يوم المخالفة الذى يصدق على كلّ يوم من أيام الغصب، لا اليوم الخاص، و عليه فإن

ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و إلاّ- فإن ردّ أعلى القيم فقد ردّ قيمه يوم المخالفة بقول مطلق، لدخول قيمه السفلى فى قيمه العليا بديده أنّه لا يجب على الغاصب قيم متعدده حسب تعدد أيام المخالفة، كما أنّه لوردّ القيمة النازله لِمَا ردّ قيمه يوم المخالفة بقول مطلق، بل أدى قيمه بعض أيام المخالفة»(٤).

ثم ردّه السيّد الخوئي قدس سره بقوله: «إنّ الظاهر من قوله عليه السلام فى الصحيحه، «نعم قيمه بغل يوم خالفته» هو أوّل يوم حدثت فيه المخالفة، لا مطلق أيام المخالفة، إذ يوجد الطبعى فى الخارج بأوّل وجود فرده، لأنّ موضوع الضمان فى الصحيحه إنّما هو صرف وجود المخالفة.

... أضف إلى ذلك: أنّ ذيل الصحيحه شاهد صدق على عدم اراده الطبعه الساريه من يوم المخالفة، بل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود، و ذلك الذيل هو قوله عليه السلام: «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا»، إذ لو كان المراد من يوم المخالفة هو الطبعى لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الاكتراء فى هذه الفقره، و لا

ص: ٥٤٣

١- (٧) الجواهر ٣٧/١٠٤.

٢- (٨) حاشيه المكاسب ١/٤١٧.

٣- (٩) المكاسب و البيع ١/٣٦٧.

٤- (١) مصباح الفقاهه ٣/١٩٢.

لتعيين قيمه المغضوب - فى ذلك اليوم - بالشهود»(١).

د: ما ذكره المحقق المروج بقوله: «استفاده الحكم من مجموع الجملتين و هما: قوله عليه السلام: «قيمه بغل يوم خالفته»، وقوله عليه السلام: «عليك قيمه ما بين الصبح و العيب يوم تردّه»، بتقريب: أنّ القيمه المضمونه ليست خصوص قيمه يوم الغصب، بل المستقر على ذمه أبى ولأد - عند تعيُّب البغل - هو إحدى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف أو إلى ردّه معيبا إلى المكارى، و من المعلوم اقتضاء اطلاق القيمه بين هذين الوقتين ضمان الجامع بين القيم، و أداء هذا الجامع منوط بدفع الأعلى...»(٢).

أقول: يظهر ضعفه بما مرّ فى جواب التّقارير السابقه.

الثانى: جماعه من الفقهاء - و منهم الفاضل المقداد(٣) و ابن فهد الحلى(٤) و الشهيد الثانى(٥) ولكنه ناقش و عدل إلى الاستدلال بالصحيحه كما مرّ فى الاستدلال الأوّل - استدلوا: بأنّ العين مضمونه فى جميع أزمنه الغصب و منها زمان ارتفاع قيمتها، و لا تفرغ

الذمه إلا بدفع أعلى القيم لفرض اشتغال الذمه بها.

وفيه: ناقش هذا الاستدلال كلٌّ من أصحاب المسالك(٦) و الرياض(٧) و المفتاح(٨)

ص: ٥٤٤

١- (٢) مصباح الفقاهه ٣/١٩٣.

٢- (٣) هدى الطالب ٣/٥٣٠.

٣- (٤) التنقيح الرائع ٤/٧٠.

٤- (٥) المهذب البارع ٤/٢٥٢.

٥- (٦) المسالك ١٢/١٨٧.

٦- (١) المسالك ١٢/١٨٧.

٧- (٢) رياض المسائل ١٤/٢٩.

٨- (٣) مفتاح الكرامه ١٨/١٥٠.

و الجواهر(١) و المكاسب(٢) و حاصلهم: أنه إن أريد بضمان العين في أزمنه الغصب وجوب قيمه ذلك الزمان على تقدير تلفها فهو معلوم إذ تداركها منحصر بذلك، لكنّه خلاف المفروض لأنّها لم تتلف و هذا الضمان التقديرى لم يصير فعليا.

و إن أريد ثبوت القيمة العليا - و ان لم تتلف العين و تنزلت قيمته بعد ذلك - فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين كما صرح به هنا العلامة في المختلف(٣).

و إن أريد به استقرار القيمة بمجرد الارتفاع المراعى بالتلف، فهو و إن لم يخالف الإجماع إلاّ أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل يعتمد عليه.

ولكن الشيخ الأعمش وجه هذا الاستدلال بقوله: «إنّ العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليتها مقومه بتلك القيمة، فكما أنّه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتّى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تتلف أو تبقى. نعم، لوردت تدارك تلك المالىة بنفس العين، و ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالاً - و إنّما هو مقوم لمالىة المال و به تمايز الأموال كثره و قلّه... فإن رُدّت العين فلامال سواها يضمن و إن استقرت عليا تلك المراتب لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضاده حيث إنّه يضمن الأعلى منها»(٤).

و فيه: المنع من مساواة حيلولتى العين و القيمة، الغاصب إذا تصرف في مال غيره

ص: ٥٤٥

١- (٤) الجواهر ٣٧/١٠٤.

٢- (٥) المكاسب ٣/٢٥٣.

٣- (٦) مختلف الشيعة ٦/١١٦.

٤- (٧) المكاسب ٣/٢٥٤.

بحيث كون عينه موجوده ولكن لا-يتمكن المالك من الوصول إليه يحكم ببدل الحيلولة مادام لم يتمكن المالك من التصرف في عين ماله، ولكن الحيلولة بين المالك و قيمه ماله مع بقاء

عينه و إمكان ردها فمردود، و مع تلف عينه يضمن الغاصب و إمّا مقدار ضمانه يكون بقدر أعلى القيم فهو أول الكلام و مصادره بالمطلوب.

و قد مرّ في أبحاث المثلى في فرع مطالبه المالك بالمثل في غير مكان التلف(١)، عدم جريان بدل الحيلولة في بحث المقبوض بالعقد الفاسد لأنها مختص بوجود العين و كلامنا على وجوب المثل أو قيمه يكون في فرض تلف العين و لذا قال العلامة: «ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد قيمه، بخلاف قدره على العين»(٢).

مضافا إلى أنّ البعض لم يذهبوا إلى القول بالبدل الحيلولة حتى في الأعيان فكيف بها في القيمة؟! و يأتي تفصيل البحث حول البدل الحيلولة فانتظر.

و ما ذكره في آخر كلامه يمكن أن يكون مؤيدا لنا في ما مرّ من القول بالضمان في المنافع غير المستوفاه لأنّ المنافع المتفاوته المتضاده لا يمكن الجمع في استيفائها و حكم قدس سره بضمان الأعلى منها، فافهم.

الثالث: لا يستلزم يوم المخالفه أو التلف الانتقال إلى القيمة حينهما، «إذ لا مانع من تعيين القيمة الأعلى حينه لأمر آخر كحديث: لا- إضرار و لا- ضرر، إذ لا ريب أنّ حبس العين عن المالك حين ارتفاع قيمتها ضرر على المالك و تفويت لتلك القيمة العليا عليه» كما في الرياض(٣).

و فيه أوّلاً: حديث لا ضرر يكون من الأدله النافيه للأحكام و لا يكون إثبات

ص: ٥٤٤

١- (١) راجع الصفحه ٤٧٧ من هذا المجلد.

٢- (٢) القواعد ٢/٢٢٨.

٣- (٣) رياض المسائل ١٤/٣٠.

حكم به كما مرّ تفصيل البحث في قاعده لا ضرر في علم الاصول.

و ثانيا: إنّه وارد في مقام الامتتان، و ثبوت أعلى القيم به منافٍ للامتتان على الغاصب.

و ثالثا: ما ذكره في الجواهر بقوله: «اقتضاء القاعده المزبوره ضمان الأعلى مع فواته و إن ردّ العين نفسها و هو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمه عاليه...»<sup>(١)</sup>.

الرابع: ما ذكره ابن ادريس في السرائر بقوله: «.. فأما زياده القيمه لارتفاع السوق

فغير مضمونه مع الرد للعين المغصوبه لأنّ الأصل براءه الذمه و شغلها يحتاج إلى دليل شرعى، فإن لم يردّها حتّى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها بأكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف لأنّه إذا أدى ذلك برئت ذمّته بيقين و ليس كذلك إذا لم يؤدّه»<sup>(٢)</sup>.

و ذكره السيّدان الوالد و الولد في الرياض<sup>(٣)</sup> و المناهل<sup>(٤)</sup> و سلام الله عليهما.

و فيه: إنّ المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر الاستقلايين، و يؤخذ بالأقل و تجرى البراءه عن الأكثر عند الكلّ و لذا قال في الجواهر: «مثله يجرى فيه أصل البراءه ضروره رجوعه إلى الشك في التكليف بين الأقل و الأكثر»<sup>(٥)</sup>.

الخامس: العين المغصوبه مضمونه بقاعده اليد فنستصحب ضمانها إلى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف، للشك في ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من

ص: ٥٤٧

١- (٤) الجواهر ٣٧/١٠٥.

٢- (١) السرائر ٢/٤٨١.

٣- (٢) رياض المسائل ١٤/٣١.

٤- (٣) المناهل ٢٩٩.

٥- (٤) الجواهر ٣٧/١٠٦.



ذلك. قال الشيخ الأعظم: «نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد»<sup>(١)</sup>.

و فيه: أولاً: لا يجرى الاستصحاب فى المقام لأنَّ اشتغال الذمّه لا يثبت إلاّ بالقيمه النازلّه لجريان البراءه عن الأكثر فما هو المتيقن [القيمه النازلّه] قد ارتفع يقينا بأدائها و أما غيره [أى الأعلى و الأكثر] فلم يتعلق به اليقين من الأوّل.

و ثانيا: و إنّ كان المراد من استصحاب الضمان هو ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمه يوم الرد، إلاّ أنّ هذا لا يحتاج إلى الاستصحاب لأنّ القاعده الأوّليه تقتضى ذلك كما مرّ و يأتى.

و الحاصل: استصحاب الضمان أمّا لا يجرى، أو يجرى و يثبت قيمه يوم الرد.

السادس: ما استدل به المحقّق الإيروانى بقوله: «فالأحسن فى الاستدلال على ضمان أعلى القيم أنّه يصدق عند صعود القيمه أنّ الغاصب معتد يوم صعود القيمه بماليه صاعده و مقتضى «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى» جواز أخذ تلك الماليه منه بعد التلف مجازاه لا اعتدائه... فظهر بما ذكرنا أنّ الحقّ من الأقوال هو هذا... و مقتضى الآيه هو أعلى القيم»<sup>(٢)</sup>.

و فيه: غايه ما يمكن أن يقال دلّله الآيه الشريفه الإعتدى على أصل الضمان و أمّا إثبات أعلى القيم بها أو غيرها من مقادير الضمان فمشكل جدا.

#### الاستدلال للقول الرابع: أعلى القيم من حين الغصب إلى حين ردّ القيمه

استدل الوحيد البهبهانى لهذا القول بما نصّه: «... الردّ كان واجبا عليه فى كلّ وقتٍ وقتٍ ففى وقت ارتفاع القيمه كان الواجب عليه أن يسلم هذه العين التى كان هكذا قيمتها،

ص: ٥٤٨

١- (٥) المكاسب ٣/٢٥٥.

٢- (٦) حاشيه المكاسب ٢/١٥٢.

فحينما ظلمه و حبس حقه و لم يعطه أضره و حال بينه و بين الذى كان بهذه القيمة العاليه و كان حقه و ملكه، بل ربما كان فى الحصار و يرتفع القيمة إلى آلاف ولو كان عنده فيبيعه و ينتفع و يحصل له أموال عظيمه فخصيره بل ربما كان اشترى بأموال عظيمه لاحتياجه إليه له و لعيله، بل ربما يتلف بسبب الحبس عياله و أمواله - مثل دوابه و غيرها - فهذا ضرر عظيم لا يناسب الشريعه القويمه العادله المستقيمه، التى هى فى غايه المتاننه و الضبط و الحكمة أن يتضرر بلا تدارك أصلاً مع أنه لا ضرر فى الإسلام. بل تتبع تضاعيف أحكام الشرع يكشف عما ذكرنا و لا يناسب الفرقة العدليه سوى ما ذكر. هذا على تقدير وجود عين ماله حينما صار فى غايه الارتفاع.

و أمّا على تقدير العدم، فلا- تأمل فى أنه وقت غايه الارتفاع كان عليه أن يعطى قيمته لو كان يطالبه المالك و يلازمه و يضيق عليه و القيمة فى غايه الارتفاع، لما ستعرف وجهه و دليله، و معلوم أنه واجب عليه فى كل آن و دقيقه أن يسلم إلى المالك بلا توقف على مطالبته و تضيقه و إلزامه، فإذا كان وقت الارتفاع اشتغل ذمته بإعطاء القيمة - فى هذا الوقت - على سبيل الوجوب الفورى الضيقى لا- جرم يكون هذا الاشتغال مستصحباً شرعاً إلى أن يثبت خلافه و لم يثبت، بل الثابت أيضاً هو ما ذكرناه فى العين الباقية فتأمل جداً...»(١).

و يرد عليه أولاً: ضمان ارتفاع القيمة السوقية مع وجود العين وردّها مخالف للإجماع كما مرّ و لذا قال فى نقده ابن اخته و تلميذه و صهره: «و فيه نظر مع أن الاجماع المحكى عموماً و خصوصاً على عدم ضمان القيمة السوقية يدفع هذا الوجه المبنى عليه ما اختاره، مضافاً الى شدوده و ندره القائل به، إذ لم يحك القول به إلا عن الماتن [المحقق] فى

ص: ٥٤٩

أحد قوليه (١) وكافه الأصحاب على خلافه، لأن الواجب القيمة فمتى حكم بها استقرت فلا

عبره بزيادتها ونقصانها يوم التلف» (٢).

وقال تلميذه الآخر في المفتاح: «و هو كما ترى مع إطباق الأصحاب على خلافه» (٣).

وكذا قال صاحب الجواهر في ردّه: «و هو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمه عاليه...» (٤).

و ثانيا: ما مرّ من أنّ حديث لا ضرر تنفى الحكم ولا يثبت به الحكم.

و ثالثا: ما مرّ من أنّ حديث لا ضرر امتنانيّ و ثبوت أعلى القيم خلاف الامتنان على الغاصب فلا يجرى.

#### **الاستدلال للقول الخامس: أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء**

يمكن أن يستدل لهذا القول بأنّ يوم التلف هو يوم ثبوت الضمان و منه إلى يوم الأداء يجب على الغاصب إعطاء أعلى القيم كما مرّ دليله من الوحيد البهبهاني رحمه الله .

و فيه: يرد عليه ما اوردناه على القول الرابع، مضافا إلى عدم وجدان قائله كما مرّ.

#### **الاستدلال للقول السادس: قيمه يوم الأداء**

ما مرّ من القاعده الكليه من أنّ الأصل في الضمان هو المثل و في فرض عدم وجدانه ينقلب إلى القيمة، فحينئذ في وقت الأداء لو كان المثل موجودا يجب على الغاصب إعطائه و لو لم يوجد يجب عليه إعطاء قيمته في ذاك اليوم - أي يوم الأداء - و هذا القول هو مختار الفقيه اليزدي رحمه الله و هو مختارنا و بعد قبول أنّ الأصل في الضمان هو المثل لا مناقشه فيه.

ص: ٥٥٠

١- (٢) الشرائع ٣/١٨٩ حيث يقول: «و لا عبره بزياده القيمة و لا بنقصانها بعد ذلك على تردّد».

٢- (١) رياض المسائل ١٤/٣٠.

٣- (٢) مفتاح الكرامه ١٨/١٥١.

٤- (٣) الجواهر ٣٧/١٠٥.

قال العلامة في التذكرة: «تذنيب، لو باعه بحكم المشتري و لم يعين، بطل البيع إجماعاً، فإن هلك في يد المشتري فعليه قيمته...»(١).

وقال في المختلف: «لا يجوز البيع بحكم أحدهما في الثمن فإن بيع أحدهما كذلك بطل البيع، ولو حكم الحاكم فيها بأى شيء كان لم يلزم بل يبطل البيع، فإن كانت السلعة قائمه استردّها البائع و إن كانت تالفه و جب على المشتري قيمتها... [ثم نقل عن الشيخ أنه قال في

نهايته]: من اشترى شيئاً بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً. فإن هلك في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتاعه(٢)... [ثم زاد العلامة] و كذا قال المفيد(٣) و ابن البراج(٤) و ابو الصلاح(٥)... و لنا: على بطلان البيع مع الجهالة الإجماع عليه، و النهي عن الغرر و الحكم غير لازم، إذ ذلك لا يصير ما ليس بثابت في الذمه ثابتاً...»(٦).

قال الشيخ الأعظم: «ثم إنّه حكى عن المفيد و القاضي و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري و لم يعلم له وجه، و لعلهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم»(٧).

صاحب البغية ذكر وجه كلامهم بقوله: «و دليل هذا القول - بعد البناء على اتحاد يوم

ص: ٥٥١

١- (٤) تذكرة الفقهاء ١٠/١٠٠.

٢- (١) النهاية ٣٣٦/ المطبوعه في ضمن الجوامع الفقيهيه، النهايه و نكتها ٢/١٤٥ و نقل في السرائر ٢/٢٨٥ عن الشيخ في نهايته.

٣- (٢) المقنعه ٥٩٣.

٤- (٣) لم أجدّها في المهذب و لا في جواهر الفقه.

٥- (٤) الكافي في الفقه ٣٥٣.

٦- (٥) مختلف الشيعه ٥/٢٤٤ و ٢٤٣.

٧- (٦) المكاسب ٣/٢٥٥.

القبض و البيع بحكم الغلبه - هو ما يدل على ضمان يوم الغصب، بناءً على اتحاد حكم المسألتين [المقبوض بالعقد الفاسد و الغصب] كما عن الحلى دعوى الإجماع عليه...»(١).

و قال الفقيه اليزدى: «... و إن كان [مرادهم من يوم البيع هو يوم القبض] بعيد إلا أنه لابد منه، اذ لا وجه لاعتبار يوم البيع أصلاً فيجب التوجيه المذكور صونا لكلامهم عن الفساد»(٢).

و استدل لهم المحقق الأصفهاني بقوله: «و يمكن أن يقال: بناءً على الاستناد فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد إلى قاعده الإقدام إن الإقدام العقدي على الضمان بالمسمى إذا كان إقداما على الضمان بالعوض الواقعى، فالعوض الواقعى فى حال الإقدام هى القيمة فى يوم القبض، و إن كان تأثيره فى ضمان هذه القيمة منوطا بالقبض»(٣).

أقول: ولكن المحقق الشهيد(٤) استدل لهم بصحيحه رفاعه النّخاس. و تبعه المحقق

المروّج(٥) أذكرها لك أولاً ثم أذكر استدلالهما:

ففى صحيحه رفاعه النّخاس قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام : ساومت رجلاً بجاريه فباعنيها بحكمى فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمى عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها منى، و قد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجاريه قيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر ممّا بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، و إن كان ثمنها أقل ممّا بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك إن

ص: ٥٥٢

١- (٧) بغيه الطالب ١/٢٧٠.

٢- (٨) حاشيه المكاسب ١/٥١٢.

٣- (٩) حاشيه المكاسب ١/٤٢٤.

٤- (١٠) هدايه الطالب ٢/٣٧٧.

٥- (١) هدى الطالب ٣/٥٤٧.

وجدت بها عيبا بعد ما مسستها، قال: ليس لك أن تردّها و لك أن تأخذ قيمه ما بين الصحه و العيب منه(١).

و الاستدلال يبتنى على أمور:

الأوّل: بطلان البيع بحكم المشتري كما مرّ الاجماع عليه من العلامه فى التذكره و المختلف، حتّى صارت الصحيحه من مصاديق المقبوض بالبيع الفاسد. ولكن على قول صاحب الحدائق(٢) من صحته فتخرج من مصاديقه.

الثانى: صيروره الجاربه بعد المسّ أمّ ولد و هى بحكم التلف.

الثالث: المراد من «قيمه عادله» هى قيمتها يوم البيع.

بعد قبول هذه الثلاثه يتمّ دليل قيمه يوم البيع فى المقبوض بالعقد الفاسد - فقط لا الغصب - تعبدا و لا يحتاج إلى تطبيقه مع يوم القبض، فعليه يمكن حمل أمر الشيخ الأعظم بالفهم فى آخر كلامه إشاره إلى عدم إرادته يوم القبض من يوم البيع فى كلامهم.

ولكن الأصحاب أعرضوا عن هذه الصحيحه و ذهبوا بالإجماع إلى بطلان البيع بحكم المشتري - و كذا بحكم البائع أو غيرهما - فلا بدّ من حملها على قضيه فى الواقعه أو تأويلها حتّى لا تردّ، و على أىّ حال لا يتم الاستدلال.

كما على الأوّل - قضيه فى الواقعه - المقدس الأردبيلي حيث يقول: «و هى تدل على جواز الجهل فى الثمن و أنّه يقع البيع صحيحا و ينصرف إلى قيمه السوقيه إذا بيع بحكم المشتري ولكن نقل الإجماع فى التذكره على اشتراط العلم مع عدم ظهور خلافه، يمنع القول بها ولكن تأويلها مشكل و كذا ردّها، فيمكن أن يكون حكما فى قضيه و لا يتعدى»(٣).

ص: ٥٥٣

١- (٢) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٤، ح ١، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- (٣) راجع كلامه فى الحدائق ١٨/٤٦٢.

٣- (٤) مجمع الفائده و البرهان ٨/١٧٦.

و على الثانى - تأويل الصحيحه - المحقق السيد حسين المشهور بخليفه سلطان(1) فى حواشيه على الفقيه قال حول الصحيحه: «لا يخفى أن البيع بحكم المشتري أو غيره فى الثمن باطل إجماعاً كما نقله الفاضل فى التذكرة و غيره، لجهاله الثمن وقت البيع، فعلى هذا يكون بيع الجاربه المذكوره باطلاً، و كان وطى المشتري محمولاً على الشبهه، و أما جواب الإمام عليه السلام للسائل فلا يخلو من إشكال لأن الحكم حينئذ ردّ الجاربه مع عشر قيمه أو نصف العشر، أو شراؤها مجدداً بثمان يرضى به البائع مع أحد المذكورين، سواء كان بقدر ثمن المثل أم لا، فيحتمل حملة على ما إذا لم يرضى البائع بأقل من ثمن المثل و يكون حاصل الجواب حينئذ: أنه تقوم بثمان المثل إن أراد و يشتري به مجدداً و إن كان المثل أكثر ممّا وقع، ندبا أو(2) استحباباً، بناءً على أنه أعطاه سابقاً، و هذا الحمل و إن كان بعيداً عن العبارة، مشتملاً على التكلّف لكن لا بدّ منه لئلا يلزم طرح الحديث الصحيح بالكلية»(3).

هذا تمام الكلام فى المقام الثانى.

ص: ٥٥٤

١- (١) هو السيد علاء الدين حسين ابن الأمير رفيع الدين محمد ابن الأمير شجاع الدين محمود الحسينى المرعشى، المكنى بأبى طالب و المعروف بسطان العلماء و خليفه سلطان، المولود عام ١٠٠١ق، تصدى لوزاره الشاه عباس الأول خمس سنين و صاهره على ابنته، و للشاه صنفى سنتين ثم عزله و كحل عيون أولاده و نفاه إلى قم المقدسه، ثم تصدى لوزاره لشاه عباس الثانى ثمانى سنين و سته أشهر إلى آخر حياته و وافاه الأجل ببلده الأشرف من بلاد مازندران بعد المراجعة مع السلطان المذكور من فتح قندهار الأفغان فى عام ١٠٦٤ و نقل جثمانه إلى النجف الأشرف و قبره الآن هناك معروف بيزار، و له عدّه من الحواشى على كتب الكلام و المنطق و الحديث و الفقه و التفسير و الأصول تدلّ على طول باعه و تبحره فى العلوم، لأجل ترجمته يراجع: أمل الآمل ٢/٩٢، جامع الرواه ١/٥٤٤، رياض العلماء ٢/٥١، تكمله أمل الآمل ٢/٥٢٢، الرقم ٦١٨ و غيرها.

٢- (٢) كذا فى المصدر.

٣- (٣) نقل عنه فى الحدائق ١٨/٤٦١.

**الأول: حكم زياده ثمن القيمي بعد التلف**

قال المحقق: «و لا عبره بزياده القيمه و لا بنقصانها بعد ذلك - أى التلف - على تردّد»<sup>(١)</sup>.

و قال ثانى الشهيدين فى وجه تردّده: «... نعم، لو قلنا بأن الواجب فى القيمي مثله كما

ذهب إليه ابن الجنيد<sup>(٢)</sup> مخيرا بين دفع المثل و القيمه، و مال إليه المصنف [المحقق] فى باب القرض<sup>(٣)</sup>، أتجه وجوب ما زاد من القيمه إلى حين دفعها كما فى المثلى. و المصنف [المحقق] رحمه الله تردّد فى ذلك، لما ذكرناه من الشك فى كون الواجب فى القيمي المثل أو القيمه، و الأظهر اعتبار القيمه، فلا يتغير بعد الحكم بها<sup>(٤)</sup>.

أقول: الشيخ مقدّم على المحقق فى اختيار هذا القول فى باب القرض من الخلاف<sup>(٥)</sup> و تبعهما العلامه<sup>(٦)</sup> فى باب القرض ولكن إن كان ممّا ينضبط بالوصف - و هو ما يصح السلف فيه - لا ما لا ينضبط بالوصف.

و قد مرّ فى أوّل البحث عن القيمي من أنّ الضمان بعد تلف العين ينتقل إلى المثل حتّى فى القيميّات و مع فرض عدم وجدانه ينتقل إلى القيمه كما يظهر من الشيخ الأعظم<sup>(٧)</sup> و

ص: ٥٥٥

١- (٤) الشرائع ٣/١٨٩.

٢- (١) حكاه عنه فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢/١٧٤ و ١٧٥، و الشهيد فى غايه المراد ٢/٣٩٨ و قد مرّ فى أوّل البحث عن القيمي فراجع ٤٩٧ هناك و صفحه ٤٢٧.

٣- (٢) الشرائع ٢/٦٢.

٤- (٣) المسالك ١٢/١٨٨، و نحوها فى الروضه البهيه ٧/٤٠.

٥- (٤) راجع الخلاف ٣/١٧٥، مسأله ٢٨٧.

٦- (٥) تذكرة الفقهاء ١٣/٣٠ و ٣١.

٧- (٦) المكاسب ٣/٢٤١.



صَرَّحَ به الفقيه اليزدي (١) واختار هذه القاعدة السيد الخوئي (٢)، وإذا كان المثل على الذمه حتى في القيمات، يتجه القول باعتبار قيمه يوم الأداء - كما هو المختار - ويحكم بضمان زياده الثمن حتى بعد التلف و قبل الأداء.

و ليس في البين إجماعٌ تعبدى حتى يمنعنا من هذا القول.

و أمّا مقاله المحقق الخميني رحمه الله من «أنه لا عبره بزياده قيمه بعد التلف حتى على القول بأنّ القيمي مضمون بالمثل، لأنّ عمدته دليل الضمان قاعده اليد، و هي لا تشمل المثل الذي على العهده، ولو قلنا بأنّ ارتفاع القيم مضمون، و ذلك لأنّ موضوع دليل اليد هو الاستيلاء على مال الغير، و كون الشيء على العهده و الذمه غير كونه تحت اليد و الاستيلاء فما في العهده خارج عن دليل اليد موضوعا و هو واضح» (٣).

فغير تامّه بما مرّ في المقام الأوّل من البحث القيمي بدلاله الروايات الكثيره على

ضمان القيمات و كذا الآيه الاعتداء، فحديث اليد لم يكن عمدته دليل الضمان هذا أوّلاً.

و ثانياً: حديث اليد أيضا يدل على ضمان ما في العهده و الذمه، لأنّ بعد وضع اليد عليه خارجاً، يصدق الأداء - الذي جعل غايه للعهد و رافعا للضمان - على كلّ من العين و بدلها، فحينئذ لا بدّ من إرادته معني من الحديث حتى ينطبق على كلّ ممّا تحت اليد خارجاً و على العهده و الذمه.

و بما ذكرنا يظهر ضعف مقاله الشيخ الأعظم في قوله: «ثمّ إنّه لا عبره بزياده قيمه بعد التلف على جميع الأقوال...» (٤).

ص: ٥٥٦

١- (٧) حاشيه المكاسب ١/٤٩٥ و ما قبلها.

٢- (٨) مصباح الفقاهه ٣/٢٠١ و ما قبلها.

٣- (٩) كتاب البيع ١/٤٣٠.

٤- (١) المكاسب ٣/٢٥٦.

لأنك ترى اعتبار زياده قيمه على القول المختار - و هو قيمه يوم الأءاء - ، اللهم إلاء أن مراده من «جميع الأقوال»، الأقوال الثلاثه الأؤل أعنى قيمه يوم الغصب، و يوم التلف، و ارفع القيم من يوم الغصب إلى حين التلف، و يمكن إلحاق القول السابع - قيمه يوم البيع فى مسأله المقبوض بالبيع الفاسء - بهن.

ولكن على القول الرابع - و هو أعلى القيم من حين الغصب إلى حين رءء القيمه - و على القول الخامس أو وجهه - و هو أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأءاء - و على القول السادس و هو المختار - أى يوم الأءاء - لا- يتم ما ذكره و زياده القيمه بعد التلف تكون معتبره، و سبحان من لا يسهو.

### الثانى: حكم ارتفاع القيمه بحسب الأمكنه

ذهب الشيخ الأعظم(1) فى بحث المثلى إلى جواز مطالبه المالك بالمثل بلا- فرق بين كونه فى مكان التلف أو غيره، و لا بين كون قيمته فى مكان المطالبه أزيد من قيمته فى مكان التلف أم لا، وفاقا لجماعه من الفقهاء، ولكن يتم عنده كل هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبه.

و قد ناقشنا كلامه هناك من جواز المطالبه للمالك فى أى بلد شاء ولكنّه مشروطٌ بتساوى القيمه السوقيه مع بلد التلف أو الغصب أو القرض بلا فرق بين المثليات و القيميات(2).

ولكنّه ذهب هو - فى القيميات - إلى اعتبار قيمه مكان التلف(3) - و لعلّه قدس سره هو

ص: ٥٥٧

١- (٢) راجع المكاسب ٣/٢٢٤.

٢- (٣) راجع ما كتبه حول هذا الفرع: هل يجوز مطالبه المالك بالمثل فى غير مكان التلف؟ صفحه ٤٧٧ من هذا المجلد.

٣- (١) المكاسب ٣/٢٥٦.

القائل بقيمه يوم التلف (١) - فإذا كان في بلد أو مكان آخر يتساوى مع قيمه مكان التلف فهو وإلا العبره بقيمه مكان التلف. لا بالزيادة و النقيصه منها في غيره.

و أنت ترى بأنّ قيمه مكان التلف يمكن أن يختص بقائل قيمه يوم التلف و أمّا غيرها من الأقوال فلا، فما ذكره قدس سره بإطلاقه غير تام.

ثم لا- أدرى ما الفرق بين المثلى و القيمي، حيث أنه قدس سره قائل بجواز المطالبه بالمثل في غير مكان التلف ولو كانت قيمته بأزيد من قيمه مكان التلف. ولكن في القيمي ذهب إلى اعتبار القيمه بقيمه مكان التلف لا الأزيد منها و لا الأنقص. الظاهر أنّ التفصيل بينهما في غير محلّه.

اللهم إلا أن يقال: بأنّ الفارق بينهما موجود و هو الدليل التعبدى في القيميات و هي صحيحه أبيولاد الماضيه.

ولكن قد مرّت المناقشه في دلالتها عندنا.

ثم هل بحث الأمكنه في القيميات تابع لبحث الأزمنه فيها بحيث من يقول بقيمه يوم الغصب يقول بقيمه مكان الغصب و من يقول بقيمه يوم التلف يقول بقيمه مكانه و هكذا أم لا؟

قال الفاضل المراغى رحمه الله: «هذا البحث (تعيين القيمه بحسب المكان) قد أغفله الأصحاب و لم يتعرّضوا له في شىء من هذه الأبواب مع الاختلاف الفاحش في القيمه بحسب الأمكنه كالأزمنه... لكن السبب في ترك الأصحاب هذا العنوان هل هو من جهه تبعيته للزمان؟... و هذا الاحتمال بعيد جدّا، نظرا إلى بُعد انفهام هذا المطلب ممّا ذكره في الزمان، و عدم تصريح منهم في ذلك... مع أنّ في كلامهم ما يدلّ على وجوب ردّ المال

ص: ٥٥٨

١- (٢) راجع المكاسب ٣/٢٥١ في جواب حلّ العويصه الوارده في صحيحه أبيولاد الماضيه.

المغضوب إلى المالك أي مكان شاء أو أراد... والذي أراه: أن دفع قيمه بحسب المكان منوط بالمكان الذي يجب الدفع فيه، فإن قلنا: إن الاختيار بيد المالك فأى مكان اختاره في الردّ فيعتبر قيمته. و إن قلنا: ليس كذلك بل المعتبر الردّ في محل الغصب إلا أن يرضى المالك بما هو أقلّ منه مؤنّه أو المساوى فالمدار على مختار المالك فيكون الميزان محلّ الغصب»(١).

أقول: نعم، للمالك اختيار ماله في الردّ في أي مكان شاء ولكن بشرط أن يكون قيمته مع قيمة بلد المال واحدا أو يكون أقلّ من ذلك، أمّا إذا كان أكثر من قيمة بلد المال فلا، لأنّ ذمّة الضمان لا يكون مشغولاً بأكثر من ذلك كما مرّ فراجع ما حررناه في بحث المثلى. و الله سبحانه هو العالم.

### الثالث: حكم ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينيه

قال المحقق: «لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت الصفة، ثم عادت الصفة و قيمه، لم يضمن قيمة الزيادة التالفه لأنها انجبرت بالثانية. ولو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت. أمّا لو تجددت صفة غيرها، مثل إن سيمتت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلّمت صنعاً فزادت قيمتها، ردّها و ما نقص بفوات الأولى»(٢).

و قال ثاني الشهيدان في شرحه: «إذا تجدد الكمال بعد النقصان، سواء كان الكمال الأوّل الذي توسط نقصه موجودا من حين الغصب أم تجدد في يد الغاصب، فإن كان الكمال الثاني هو الأوّل بعينه، كما لو كان صانعا أو عالما فنسى العلم و الصنعه ثم تذكرهما، فلا شبهه في جبر المتجدد للذاهب، لأنه ذهب ثم عاد فكأنه لم يزل، و لا يردّ أن ذلك العلم غير باقٍ فالعائد غير الزائل لمنع ذلك أوّلاً، و لو سلّم لزمه ضمانه و إن لم ينس، لأنه يتجدد في يد

ص: ٥٥٩

١- (٣) العناوين ٢/٥٣٧ و ٥٣٦.

٢- (١) الشرائع ٣/١٩٤.

الغاصب بعد زوال ما كان حالته.

و إن لم يكن عينه فلا يخلو: إمّا أن يكون من الوجه الذى حصل فيه الأوّل كما لو هزلت الجارية ثم سمت و عادت القيمة كما كانت ففيه قولان:

أحدهما: أنّه يجبر أيضا، و يسقط العزم كما لو أبق العبد فعاد، أو جنى على عين فايضت ثم زال البياض، و هذا هو الذى يقتضيه إطلاق المصنف حيث خصّ الضمان بصفه غيرها، و إن كان ظاهر قوله: «ثمّ عادت الصفه»، قد يقتضى خلاف ذلك، لأنّ السمن الأوّل غير الثانى، إلّا أنّ الصفه - و هى نفس السمن - واحده.

و الثانى: العدم، لأنّ السمن الثانى غير الأوّل، و الأوّل وقع مضمونا، و الثانى تجدد هبه من الله تعالى كالأوّل لو كان متجددا، فلا يحصل للغاصب بسببه شيء، و هذا أظهر.

ثمّ على القول بالانجبار إنّما يسقط الضمان مطلقا لو عادت القيمة بتمامها بالعائد، فلو لم تبلغ القيمة الأولى ضمن مابقى من النقصان.

و إن كان الكمال من وجه آخر، بأن نسى صنعه و تعلّم أخرى، أو أبطل صنعه [صفه] الإباق و أحدث صنعه أخرى، فلا انجبار بحال، و على هذا فلو تكرّر النقصان و كان فى كلّ مرّة مغايرا بالنوع للنقص فى المرّة الأخرى ضمن الكلّ. حتّى لو غصب جاريه قيمتها مائه فسمت و بلغت القيمة ألفا، و تعلّمت صنعه فبلغت ألفين، ثمّ هزلت و نسيت الصنعه فعادت قيمتها إلى مائه، ردّها و غرم ألفا و تسعمائه، ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفه فنسيها، ثمّ علّمه حرفه أو سورة أخرى فنسيها أيضا، ضمنهما.

و إن لم تكن مغايره، كما إذا علّمه سورة واحده أو حرفه واحده مرارا و هو ينساها فى كلّ مرّة، ففيه الوجهان، [١] فإن قلنا: لا يحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان فى كلّ مرّة، [٢] و إن قلنا: يحصل، ضمن أكثر المرّات نقصانا. ثم ذكر قدس سره بعدها ثلاثه فروع

ص: ٥٦٠

مرتبطات بالبحث فراجعها. (١)

قال العلامة في القواعد: «و لا يُجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف و إن تساويا قيمه، بخلاف ما لو اتفقا جنسا» (٢).

و قال العاملى فى ذيل كلامه فى المفتاح: «نحوه ما فى المبسوط (٣) و الشرائع (٤) و التذكرة (٥) و التحرير (٦) و الإرشاد (٧) و الدروس (٨) و جامع المقاصد (٩) و غيرها.

و الحاصل: إنَّ العائد إن كان من نوع آخر لم يحصل الانجبار به إجماعا كما يظهر من مجمع البرهان (١٠)، و قد قطع به الأصحاب كما فى الكفاية (١١).

قلت: و ظاهرهم القطع أيضا بالانجبار و عدم وجوب الأمرش فيما لو اتفقا جنسا كما لو كان كاتباً أو عالماً أو خياطاً فنسى ثم تذكر إذا لم يفت شىء و فى المسالك (١٢) أنه لاشبهه

فيه....

ص: ٥٤١

١- (١) المسالك ١٢/ (٢٢١-٢١٩).

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢/٢٣٣.

٣- (٣) المبسوط ٣/٨٤.

٤- (٤) الشرائع ٣/١٩٤.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٦ و ٣٨٧ من الطبع الحجرى.

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥٤٠ و ٥٤١.

٧- (٧) إرشاد الأذهان ١/٤٤٧.

٨- (٨) الدروس الشرعية ٣/١١٢.

٩- (٩) جامع المقاصد ٦/٢٩١.

١٠- (١٠) مجمع الفوائد و البرهان ١٠/٥٤٥.

١١- (١١) الكفاية ٢/٤٥٣.

١٢- (١٢) المسالك ١٢/٢١٩.

و اختلفوا فيما إذا كان سميًا فهزل ثم سمن فصريح المبسوط (١) و الإرشاد (٢) و مجمع البرهان (٣) و ظاهر الشرائع (٤) أنه يجبر الثاني الأول، لأن الأصل عدم الضمان و لا دليل على الضمان سوى قولهم: إنهما بمنزلة صفتين مختلفتين، و ليس بدليل يعول عليه، و لا إجماع إلا في المتغايرين. و صريح التذكرة (٥) و جامع المقاصد (٦) و ظاهر الدروس (٧) أنه لا يجبر (٨)، لأن الثاني مال متجدد للمالك و الأول مال ذاهب، و يقولون: إنه بعد الهزال صار الأصل الضمان. و اقتصر في الكفاية على قوله: فيه قولان (٩).

و كلام التذكرة لا يخلو من اضطراب، لأنه قد صرح فيها أيضا بأنه لو مرض العبد ثم عوفى و جب ردّه من غير شيء (١٠)، و مثله قال في التحرير (١١) كنا تقدّم التنبيه عليه، و نحوه ما يأتي للمصنف [العلامه في القواعد] في آخر الفصل الثاني (١٢).

إذا تقرّر هذا فلو كان الكمال من وجه آخر مثل إن نسي صنعه كانت قيمته معها مائه

ص: ٥٦٢

- ١- (١) المبسوط ٣/٦٤.
- ٢- (٢) ارشاد الأذهان ١/٤٤٧.
- ٣- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٤٥.
- ٤- (٤) الشرائع ٣/١٩٤.
- ٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٦ و ٣٨٧ من الطبع الحجري.
- ٦- (٦) جامع المقاصد ٦/٢٩١.
- ٧- (٧) الدروس الشرعيه ٣/١١٢.
- ٨- (٨) و عدم الانجبار هو الأظهر عند ثاني الشهيدين في المسالك ١٢/٢٢٠ كما مرّ.
- ٩- (٩) الكفايه ٢/٦٥٣.
- ١٠- (١٠) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٧ من الطبع الحجري.
- ١١- (١١) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٤١.
- ١٢- (١٢) قواعد الأحكام ٢/٢٣٦: و فيه: «ولو نقصت قيمه لعيب، ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء قيمه».

فصارت إلى خمسين ثم تعلّم صنعه أخرى غير الأولى فعادت إلى مائه ردّه و ردّ معه خمسين، ولو تكرّر النقصان و كان في كلّ مرّه مغايرا بالنوع للنقص في المرّه الأخرى ضمن الكلّ كما لو غصب جاريه...»(١).

و في الجواهر في ذيل قول المحقّق: «أمّا لو تجددت صفه غيرها...» قال: «بلا خلاف

أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه بل هو مقتضى الضابط الذي ذكرناه، ضروره زياده قيمه بتقدير السمن الفائت مع الصفه المتجدده، فيضمنه الغاصب الذي قد فات تحت يده»(٢).

و مراده من الضابط هو قوله قدس سره: «... فكلّ صفه ذاهبه يمكن تقديرها مع المتجدّده و تزداد قيمه بذلك هي لا-تنجبر بالمتجدّده، و كلّ صفه لا يمكن تقديرها مع المتجدّده أو أمكن ولكن لا تزيد بها قيمه عن المتجدّده بل هي أو تنقص لا تضمن و تنجبر بالثانيه»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع قيمه السوقيه الناشئه من تفاوت رغبه الناس، و أمّا إذا كان حاصلًا من زياده في العين فالظاهر - كما قيل - عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم...»(٤).

مراده: أنّ ارتفاع قيمه عند الغاصب لأجل زياده عينيّه كسمن الشاه أو تعلّم صنعه للبعد نحو الكتابه و النجاره، ثمّ عادت العين إلى ما كانت عليه حين الغصب حتّى تلف عند الغاصب، كانت هذه الزيادة أو الصفه مضمونه كضمان العين المغصوبه، و في هذه الحاله تجرى أعلى القيم بلاخلاف.

ص: ٥٤٣

١- (١٣) مفتاح الكرامه ١٨/٢٥٢-٢٥٠.

٢- (١) الجواهر ٣٧/١٧٣.

٣- (٢) الجواهر ٣٧/١٧١.

٤- (٣) المكاسب ٣/٢٥٦.



ثم قال الشيخ الأعظم: «نعم، يجرى الخلاف المتقدم في قيمه هذه الزيادة الفائته، و أنّ العبره بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم»<sup>(١)</sup>.

أقول: و قد مرّ في الخلاف الماضى أنّ العبره بقيمه يوم الأداء و الدفع و كذلك بالنسبه إلى الزيادة العيئيه الفائته تُحَسَّبُ بقيمه يوم الأداء و الحمد لله.

### الرابع: كيفيه تقويم مال القيمي

تعرّض الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم - لها في الأبواب المتعدّده نحو: إخراج الزكاه، و الخمس، و الوصايا من الثلث، و الغصب، و الأرش في العقد و الجنايه، و فروع أبواب المزارعه و المساقاه و المغارسه و البيع و الشفعه و الإجاره و غيرها.

و المال القيمي ينقسم إلى أقسام خمس:

١- المال المستقل: و لأجل تقويمه يلاحظ من الجهات المختلفه: من حيث الزمان و

المكان و الإشاعه و الوحده في الملكيه، وضعه و جهته، احتياجه إلى المؤنه في الحفظ و النقل و عدمه، يكون سريع الفساد أو بطيئه، يكون صحيحا أو معيبا، يكون في معرض التلف أم لا؟، هل تترتب عليه المنافع أم لا؟ و غير ذلك من الأمور التي تختلف بها القيم و الرغبات.

يلاحظ جميع هذه الأمور و غيرها و يُقَوَّمُ.

٢- بعض المال المركب المعدود شيئا واحدا - سواء كان واحدا حقيقه أو عرفيه أو شرعيه: و ينقسم إلى قسمين:

أ: الهيئه التركيبيه لها مدخلية في قيمه: نحو لو كان الجزاء مجتمعين بخمسين و كان كلّ واحد منهما بعشرين، يعلم منه قيمه الجره الفائت هي العشرون و قيمه الهيئه التركيبيه المختلّه هي العشره و الحاصل الجزه الفائت حيث يفوت به الهيئه التركيبيه أيضا يقوم

ص: ٥٦٤

هذا كله إذا كانت الأجزاء و الهيئة التركيبية لمالك واحد أو عرض للبيع معا، و أما إذا كانت لمالكين أو أكثر و عرض للبيع فى الأمكنه أو الأزمنه المختلفه فكل جزء يقدر و يقوم بثمنه الخاص.

ب: الهيئة التركيبية ليس لها مدخلية فى القيمة: فيقوم الجزء التالف وحده و يصير كالمال المستقل حينئذ.

٣- الأوصاف نظير الصحة و العيب الواردة فى الأرش بالنسبه إلى المال أو الجنايه. فطريق تقويمها كما ورد فى صحيحه أبيولاد(١) الماضيه و نص عليه الأصحاب تقويم المال واجدا لذلك الوصف و فاقد له ثم يرجع بالتفاوت، و فى العقود هذا التفاوت ينسب إلى الثمن أو المعوض و يقلل منه بهذه النسبه. بلا فرق بين فقدان وصف المال أو جزئه.

٤- النماءات: و هى على قسمين:

أ: النماء المنفصل: فهى يقوم كالمال المستقل.

ب: النماء المتصل: تقوم العين فاقد له ثم تقوم واجده لها و التفاوت يكون قيمه النماء و تنسب إلى الثمن و العوض إذا كان فى العقد المعاوضى.

هذا كله إذا كان النماء موجودا. و أما إذا كان معدوما كما فى باب الوصيه نحو ثمره البستان فى السنين الآتية، يقوم العين مسلوبه المنفعه فى تلك السنين المعينه و يقوم مع منافعها و التفاوت يكون قيمه المنافع و النماء.

٥- المنافع و الأعمال

إن كانت موجوده مستوفاه يرجع فيها إلى أجره المثل.

و إن كانت معدومه كمنفعه سنين معينه للدار، يقوم العين واجده المنافع مره و

ص: ٦٥٥

مسلوبه أخرى و التفاوت هو قيمه المنفعه.

و لتفصيل البحث راجع الكتب المفصله و كذا كتاب السيد الفاضل المراغى، المُسمّى بالعناوين (1).

### الخامس: اختلاف المقومين

تاره اختلافهم ينشأ من الإخبار عن القيمة السوقية فيدخل في باب تعارض البيّنات فإمّا نحكم بالتعادل ثمّ التساقت أو نحكم بالترجيح بالأعلميه أو الأورعيه أو الأكثريه أو أقوى و أكثر الظنّيه أو القرعه و نحوها.

و تاره اختلافهم ينشأ من إعمال نظرهم في التقويم و إنشائهم به فحينئذٍ يؤخذ بأقوى خبره و لا يدخل في قوانين باب التعادل و الترجيح و هذا الأخير هو المراد بالتقويم في ألسنه القوم و هذا هو المختار.

قد يقال: بالجمع بين القيم ثمّ تقسيمها على عددها، أو الأخذ بثلث القيم الثلاث و ربع القيم الأربع و نحوها، و ادعوا (2) بأنّه ورد في روايه في اختلاف المقومين في الهدى أو اختلاف قيم الهدى.

و أمّا الاختلاف في قيمه الأرش فيمكن تحديد القيمة بطريقتين:

1- نسبة مجموع القيم الصحيحه إلى مجموع المعيبه و ملاحظه التفاوت بينهما من الثمن بالنسبه.

2- نسبة كلّ من المعيبه إلى الصحيحه و جمع النسب الحاصله ثمّ تقسيمها على عددها ثمّ ملاحظه النسبه بينها و بين الثمن.

و من المعلوم أنّ بينهما تفاوتاً يسيراً. هذا تمام الكلام في عمدته مسائل القيمي و الحمد لله.

ص: ٥٦٦

1- (١) العناوين ٢/٥٤٠.

2- (٢) كما في العناوين ٢/٥٤٧.

وصل: مباحث بدل الحيلولة

اشاره

ص: ٥٦٧



المقام الأول: تعريفها و نقل الأقوال فيها

قال المحقق: «و إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه، و لا يملك الغاصب العين المغصوبه، ولو عادت كان لكل منهما الرجوع، و على الغاصب الأجره إن كان ممّا له أجره في العاده من حين الغصب إلى حين دفع البدل، و قيل: إلى حين إعادته المغصوب، و الأول أشبه»<sup>(١)</sup>.

و قال في القواعد: «ولو أبق العبد ضمن في الحال قيمه للحيلولة، فإن عاد تراذًا، و للغاصب حبس العبد إلى أن يردّ قيمه عليه على إشكال...»<sup>(٢)</sup>.

و فيه: «و يجب ردّ العين ما دامت باقيه، فإن تعذر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبه فإن عادت فلكل منهما الرجوع، و هل يُجبر المالك على إعادته البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال...»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٥٦٩

---

١- (١) الشرائع ٣/١٩٠.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢/٢٢٨.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢/٢٣٠.

قال فى المفتاح فى ذيل الكلام الأول من القواعد: «هذا معنى ما فى المبسوط (١) و الخلاف (٢) و الغنيه (٣) و السرائر (٤) و الشرائع (٥) و التذكره (٦) و التحرير (٧) و الإرشاد (٨) و

الدروس (٩) و جامع المقاصد (١٠) و مجمع البرهان (١١) و كذا المسالك (١٢) و الكفايه (١٣) و الإيضاح (١٤) و فى الخلاف (١٥) و الغنيه (١٦) أنه عليه القيمه و أنّ مالك العين إذا أخذها - أى القيمه - ملكها بلا خلاف و ظاهرهما نفيه بين المسلمين.

و قد ذكر أنّ ضمان القيمه للحيلولة فى المبسوط (١٧) و الخلاف (١٨) و الغنيه (١٩) و

ص: ٥٧٠

- ١- (٤) المبسوط ٣/٩٥.
- ٢- (٥) الخلاف ٣/٤١٢، مسأله ٢٦.
- ٣- (٦) غنيه النزوع ٢٨٢/ و ٢٨١.
- ٤- (٧) السرائر ٢/٤٨٦.
- ٥- (٨) شرائع الإسلام ٣/١٩٠.
- ٦- (٩) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٥ من الطبع الحجرى.
- ٧- (١٠) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٣٥.
- ٨- (١١) إرشاد الأذهان ١/٤٤٦.
- ٩- (١) الدروس الشرعيه ٣/١١٢.
- ١٠- (٢) جامع المقاصد ٦/٢٦١.
- ١١- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٣٨ و ٥٣٩.
- ١٢- (٤) المسالك ١٢/٢٠٠.
- ١٣- (٥) كفايه الأحكام ٢/٦٤٧.
- ١٤- (٦) إيضاح الفوائد ٢/١٧٨.
- ١٥- (٧) الخلاف ٣/٤١٢.
- ١٦- (٨) غنيه النزوع ٢٨٢/.
- ١٧- (٩) المبسوط ٣/٩٥.
- ١٨- (١٠) الخلاف ٣/٤١٢.
- ١٩- (١١) غنيه النزوع ٢٨٢/.

التذكرة (١) و المسالك (٢) و ظاهر هذه الكتب أنّ ذلك مجمع عليه أيضا و أنّهم ليأخذونه مُسلّما...» (٣).

و قال فى الجواهر فى ذيل كلام المحقق إلى قوله: «كان لكلّ منهما الرجوع:» كما صرح لذلك كلّ غير واحد من أساطين الأصحاب كالشيخ و ابن ادريس و الفاضل و الشهيد و الكركى و غيرهم، بل فى المسالك نسبتة إليهم مشعرا بالاتفاق عليه، بل فى محكى الخلاف و الغنيه نفى الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين...» (٤).

و بالجمله: بدل الحيلولة موضوعه وجود العين لكن مع تعذر الوصول إليها لغرقٍ أو ضياعٍ أو إباقٍ أو سرقة أو نحوها.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ فى حكم تلف العين فى جميع ما ذكر - من ضمان المثل أو القيمه - حكما تعذر الوصول إليه و إن لم يهلك كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق...» (٥).

### المقام الثانى: ما الدليل على بدل الحيلولة؟

#### إشاره

أقاموا لها عدّه وجوه:

#### الأول: الروايات

استدلوا عليها بعدّه من الروايات الوارده فى الضمانات نحو:

صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا رهنّت عبدا أو دابّه فمات فلا

ص: ٥٧١

١- (١٢) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٥ من الطبع الحجرى.

٢- (١٣) المسالك ١٢/٢٠٠.

٣- (١٤) مفتاح الكرامه ١٨/١٨٥ و ١٨٤.

٤- (١٥) الجواهر ٣٧/١٢٩.

٥- (١٦) المكاسب ٣/٢٥٧.



شيء عليك، وإن هلك الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن. (١)

الإهلاك هو الإتلاف الحقيقي، والإباق والإتلاف الحكمي.

ومنها: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العاريه يستعيرها الإنسان فتهلك أو تُسرق؟ فقال: إن كان أميناً فلا غرم عليه. (٢)

مفهومها الضمان بدون الأمانة بلا فرق بين الهلاك وهو التلف الحقيقي و السرقة وهو التلف الحكمي.

ومنها: صحيح أبان عمّن حدّثه عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: و سألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يُسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً. (٣)

بتقريب الماضي و الروايه روت في الكافي ٥/٢٣٨، ح ٤ بسند معتبر إلى أبان و هو ينقل من دون واسطه عن أبي جعفر عليه السلام (٤) في بعض النسخ و مع واسطه محمد في بعضها الآخر و بسند صحيح في التهذيب ٧/١٨٤، ح ٨١٢ عن أبان عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام. (٥)

ومنها: موثقه غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام: أنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه، وقال: إنّما هو أمين. (٦)

ص: ٥٧٢

- ١- (١) وسائل الشيعة ١٨/٣٨٨، ح ٨، الباب ٥ من أبواب كتاب الرهن.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩/٩٣، ح ٧، الباب ١ من أبواب كتاب العاريه.
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩/٨٠، ح ٥، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.
- ٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩/٩٣، ح ٨، الباب ١ من أبواب كتاب العاريه.
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩/٢١، ح ٣، الباب ٣ من أبواب كتاب المضاربه.
- ٦- (٦) وسائل الشيعة ١٩/١٣٩، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب كتاب الإجاره.

مفهومها في صورته عدم الأمانة عليه الضمان في فرض الضياع و هو التلف الحكمي.

و منها: مكاتبه الصَّفَّار المروي به بسند صحيح عن الإمام العسكري عليه السلام في رجل دفع ثوبا إلى القَصَّار ليقصره فدفعه القَصَّار إلى قَصَّار غيره ليقصِّره، فضاع الثوب هل يجب على القَصَّار أن يرده إذا دفعه إلى غيره، و إن كان القَصَّار مأمونا؟ فوقع عليه السلام هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأمونا إن شاء الله. (١)

بالتقريب الماضي.

و منها: صحيحه محمّد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل بعث بزكاه ماله لتقسم فضاعت، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ فقال: إذا وجد لها موضعا فلم يدفعها فهو لها ضامن - إلى أن قال: - و كذلك الوصيّ الذي يوصى إليه يكون ضامنا لما دفع إليه إذا وجد ربه الذي أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان. (٢)

و منها: صحيحه الصَّفَّار قال: كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله. (٣)

و منها: معتبره بل صحيحه إسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعه، و قال الآخر: إنّما كانت لي عليك قرضاً؟ فقال: المال لازم له إلا أن يقيم البيه أنّها كانت وديعه. (٤)

و منها: معتبره مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمّد عليه السلام قال: سمعته يقول: لا غرم على

ص: ٥٧٣

١- (١) وسائل الشيعة ١٩/١٤٦، ح ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجاره.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩/٣٤٦، ح ١، الباب ٣٦ من أبواب كتاب الوصايا.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩/٨١، ح ١، الباب ٥ من أبواب كتاب الوديعه.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٩/٨٥، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الوديعه.

مستعير عاريه إذا هلكت أو سرت أو ضاعت إذا كان المستعير مأمونا. (١)

و منها: حسنه بل صحيحه عبدالله بن يحيى الكاهلى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته القصار يسلم إليه الثوب و اشترط عليه يعطينى فى وقت؟ قال: إذا خالف و ضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن. (٢)

و منها: غيرها من الروايات الداله على الضمان بالسرقه أو الإباق أو الضياع أو الغرق و نحوها، و هى كثيره قد ذكرت لك عشا منها فقط و «تلك عشره كامله».

يرى الشيخ الأعظم دلالة هذه الروايات تامه و لذا قال: «لما دلّ على الضمان بهذه الأمور فى باب الأمانات المضمونه» (٣).

و كما يراه من قبله صاحب الجواهر حيث يقول: «كما يؤمىء إليه ما دلّ على الضمان بالضياع و السرقة و نحوهما فى الأمين المفراط...» (٤).

و اعترض عليه المحقق السيد الخوئى رحمه الله و يراها فى صورته التلف و قال: «محلّ بحثنا غير هذه الصوره» (٥).

ولكن أنت ترى بأنّها لا تختص بالتلف الواقعى و تشمل التلف الحكمى، بل ورد فى بعضها الأمور الماضيه فقط. وافقنا على التعميم المحقق المروج (٦) رحمه الله .

ولكن يمكن أن يقال: هذه الأمور يعدّ فى العرف تلفا و لا فرق بين التلف الحكمى و

ص: ٥٧٤

١- (٥) وسائل الشيعه ١٩/٩٤، ح ١٠، الباب ١ من أبواب كتاب العاريه.

٢- (٦) وسائل الشيعه ١٩/١٤٣، ح ٧، الباب ٢٩ من أبواب كتاب الإجاره.

٣- (١) المكاسب ٣/٢٥٧.

٤- (٢) الجواهر ٣٧/١٣١.

٥- (٣) مصباح الفقاهه ٣/٢٠٩.

٦- (٤) هدى الطالب ٣/٦٠٨.

الواقعي من جهة الضمان. فالحكم في الروايات بالضمان يتم لأجل التلف لا الحيلولة، فهذه الروايات لا تعمّ الحيلولة.

## الثاني: قاعده لا ضرر

بتقريب: «أنّ صبر المالك إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه»<sup>(١)</sup>.

أو يقال: إنّ عدم الحكم بضمان البديل ضرر على المالك.

أو يقال: إنّ امتناع الضامن عن أداء البديل ضرر على المالك»<sup>(٢)</sup>.

وفيه: أولاً: ما مرّ من أنّ قاعده لا ضرر يرفع الحكم الضروري، و أمّا اثبات الحكم بها في الموارد الأحكام غير الثابتة في الشريعة التي توجب الضرر فلا يمكن إثباته بها.

و ثانياً: قاعده لا ضرر تنفي الأحكام الضرريه لا الموضوعات الضرريه كما بيّن في محلّها.

و ثالثاً: النسبه بين بدل الحيلولة و موارد تضرر المالك هي العموم من وجه، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان تمكن الوصول إلى ماله لاستغنائه عنه، و مع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة، و إذ لا يكون مورد بدل الحيلولة، لأنّهم أخذوا فيها تعذر وصول

المال إلى مالكة مدّه طويله، و المدّه تكون قصيره و فيها ضرر عليه ولكنهم لم يحكموا ببديل الحيلولة حينئذ. فالنسبه بين قاعده لا ضرر و بدل الحيلولة هي العموم من وجه.

و رابعاً: الضرران يتعارضان، لأنّ ضرر المالك بالصبر إلى زمان الوصول إلى ماله معارض بضرر الضامن المأمور برّد البديل، و إذا تعارض الضرران فيتساقطان و لا تجرى قاعده لا ضرر.

ص: ٥٧٥

١- (٥) كما في حاشيه المكاسب ١/٥١٤ للفقيه اليزدي رحمه الله .

٢- (٦) كما في مصباح الفقاهه ٣/٢٠٤.

وقد ورد جلّها أو كلّها في مصباح الفقاهه (١).

### الثالث: قوله صلى الله عليه وآله : الناس مسلطون على أموالهم.

بتقريب: أنّ مقتضاها جواز مطالبه العين وسيله إلى أخذ البدل.

أو: أنّ السلطنة على العين و إن كانت ممنوعه بالتعذر، إلا أنّ من شؤونها السلطنة على ماليتها برّد بدلها كما في الموارد التي كان عليه كلّى و قد تعذّر دفعه فعلاً، فحينئذ يجوز للمالك أخذ البدل كما في المثلى المتعذّر.

أو: أنّ السلطنة على ماله تقتضى الانتفاع به، و هذه تقتضى جواز مطالبه البدل حتّى ينتفع ببدل ماله عوضاً عنه.

كما ورد هذا المضمون من الشيخ الأعظم (٢) و السيّد اليزدى (٣) رحمهما الله .

و فيه: حديث السلطنة يقتضى السلطنة على العين بالتصرفات السائغة فيها من البيع و الصلح و الوقف و... و ليس لأحد أن يزاحمه فيها. و منها مطالبه عين ماله من الغاصب و أمّا مطالبه بدل الحيلولة لا يستفاد منها. و لذا قال المحقّق النائيني في ردّ هذا الاستدلال مختصراً: «أنّه لا سلطنة له إلا على العين، و عموم السلطنة لا يثبت الصغرى» (٤).

مضافاً: على فرض تماميه الدلاله، لا يتعين أنّ جواز الأخذ يكون من باب الغرامه و لأحد أن يقال بل غايه ما يقال: أنّ المستفاد منها جواز مطالبه ماله المال بالمصالحه أو البيع أو الهبه المعوّضه أو غيرها و يجبر الغاصب على إحداها، لا على الوجه الغرامه حتّى يأتي

ص: ٥٧٦

١- (١) مصباح الفقاهه ٣/٢٠٥ و ٢٠٤.

٢- (٢) المكاسب ٣/٢٥٨.

٣- (٣) حاشيه المكاسب ١/٥١٤.

٤- (٤) منيه الطالب ١/٣٢٦.

إشكال الجمع بين العوض و المعوض كما يظهر من الفقيه اليزدى (١) رحمه الله .

بل يمكن أن يقال: بعدم دلالة حديث السلطنة حتى على إزمائه على عقد البيع و نحوه. (٢) و لأنّ «قاعده السلطنة تقتضى السلطنة على التصرفات فى المال ولو بمطالبته من الغير، لا السلطنة على الغير بإجباره على إيقاع المعاملة على ماله» (٣).

ثالثه: إنّ النسبه بين السلطنة و بدل الحيلولة هى العموم من وجه، فلا يتم الاستدلال لها بها. لأنّه يوجد موارد لا يثبت سلطنه على المال للحجر مثلاً ولكن يجرى بدل الحيلولة فى فروضها و موارد ثبوت السلطنة و عدم بدل الحيلولة واضح.

رابعه: لو كان دليلُ بدلِ الحيلولة حديثَ السلطنة، لا بدّ أن يجرى فى موارد يُمنع المالكُ من السلطنة على أمواله نحو الحبس و لم يقل به أحدٌ.

خامسه: موضوع حديث السلطنة هو المال الخارجى (٤) و مع فرض وجوده، لا تصل النوبه إلى شىءٍ غيره، و فى الفروض يقتضى المطالبه بعين المال فقط لا غيرها من المالىه أو البدل أو غيرهما.

و لذا قال المحقّق الأصفهانى: «... و المالىه القائمه ببدله حصه أخرى من المالىه، فالسلطنة على مطالبته سلطنه على مطالبه مال الغير لا على مال نفسه» (٥).

و كذا قال: «و السلطنة على الانتفاع بالبدل المدفوع سلطنه أخرى، ليس للمالك

ص: ٥٧٧

١- (٥) حاشيه المكاسب ١/٥١٤.

٢- (١) كما فى كتاب البيع ١/٤٣٥ للمحقّق الخمينى رحمه الله .

٣- (٢) حاشيه المكاسب ١/٤٢٨ للمحقّق الأصفهانى رحمه الله .

٤- (٣) كما فى كتاب البيع ١/٤٣٥ للمحقّق الخمينى رحمه الله .

٥- (٤) حاشيه المكاسب ١/٤٢٧.

مطالبتها إلا بعد استحقاق البدل و هو أوّل الكلام»(١).

و بما ذكرنا لا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «فإن تسلط الناس على مالهم الذى فرض كونه فى عهده يقتضى جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذر نفسه، نظير ما تقدّم فى تسلطه على مطالبه القيمه للمثل المتعذر فى المثلى»(٢).

#### الرابع: قاعده اليد

المستفاد من قوله صلى الله عليه و آله : على اليد ما أخذت حتى تُؤدّيّه.

بتقريب: «إنّ الضمان المستفاد منه أعم من صورته التلف و صورته تعذر التسليم فعلاً»(٣).

أو «فإنّ أداء العين كما يكون بأداء البدل فى صورته التلف، كذلك يكون بأداء البدل فى فرض الحيلولة»(٤).

و يرى صاحب الجواهر دلالة قاعده اليد عليها تامه.(٥)

و فيه: أوّلاً: «المنساق منه صورته التلف» كما قاله الفقيه اليزدى(٦) رحمه الله .

و ثانياً: على فرض دلالة هذا الحديث و تماميتها فلا فرق بين ما كانت مدّه تعذر وصول العين قليله أو طويله، مع أنّهم لم يلتزموا ببطل الحيلولة فى المدّه القليله.

و ثالثاً: الحديث يدل على ردّ العين فى فرض وجودها، وردّ المثل أو القيمه فى فرض

ص: ٥٧٨

١- (٥) حاشيه المكاسب ١/٤٢٧.

٢- (٦) المكاسب ٣/٢٥٨.

٣- (٧) كما فى حاشيه المكاسب ١/٥١٤ للفقيه اليزدى رحمه الله .

٤- (١) كما فى مصباح الفقاهه ٣/٢٠٧.

٥- (٢) راجع الجواهر ٣٧/١٣١.

٦- (٣) كما فى حاشيه المكاسب ١/٥١٤ للفقيه اليزدى رحمه الله .

تلفه، و إذا كان السرقة أو الغرق أو الإباق أو الضياع أو أشباهها فى نظر العرف تلفا فينتقل الضمان إلى المثل أو القيمة و إذا أدى الضامن أحدهما فيحصل الانتقال القهرى ولو وجدت العين أحيانا فهو - الضامن - يملكها و إلا يلزم إشكال الجمع بين العوض و المعوّض. هذا هو المستفاد من دلاله الحديث و أنت ترى فوارقها مع بحث بدل الحيلولة.

اللهم إلا أن يقال: مناسبة الحكم و الموضوع لدى العرف يقتضى أن يستفاد «من الحديث الشريف أن الآخذ إما يجب عليه ردّ المأخوذ بشخصه و إما يصدق عليه أنه أداء له ما لم يتمكّن من ردّ شخصه، و لا يرى العرف فرقا بين التلف و التعذّر من حيث الدلالة للحديث، فإنّ استقرار العين فى عهده الضامن يقتضى أن يخرج من تبعات ماليته.

نعم، إذا كان زمان التعذّر قصيرا جدّا فليست هذه المناسبة متحقّقه، كما أنه لا يصدق الضرر أيضا»(١).

أقول: نعم، لا- يرى العرف فرقا بين التلف و التعذّر و يحكم بالبدل و مع أخذ البدل توسط المالك و دخوله فى ملكه يجرى الانتقال القهرى و صار العين ملكا للضامن.

#### الخامس: قاعده الإتلاف

بتقريب: «إنّ الغاصب قد فوّت سلطنه المالك على ماله فى موارد بدل الحيلولة فحيث إنه غير قادر على إعادته تلك السلطنه بعينها، فلا بدّ له من إعادته مثلها، و من الواضح

أنّ هذا لا يمكن إلاّ بأداء بدل الحيلولة»(٢).

و يرد عليه أوّلاً: مفاد هذه القاعده ضمان العين التالفه على متلفها و أمّا ضمان السلطنه الفائته فلا يستفاد منها.

ص: ٥٧٩

١- (٤) منيه الطالب ١/٣٢٨.

٢- (١) مصباح الفقاهه ٣/٢٠٧.



و لذا قال المحقق النائيني: «ليس للمالك إلا الملك، و أمّا السلطنة عليه فهي من أحكام الملك فلا معنى لتعلق الضمان بها»<sup>(١)</sup>.

نعم، فوت منافع العين أيضا تدخل فيها و يمكن القول بضمانها بها كما مرّ في بحث المنافع من صدق المال عليها.

ولكن بين ضمان العين و المنافع، و بين الالتزام ببدل الحيلولة بون بعيدا!

و ثانيا: على فرض الشك في شمول القاعده لبدل الحيلولة و عدمه، لا بدّ من الأخذ بقدر المتيقن من الشمول، لأنّ هذه القاعده ليست بمدلول آيه و لا روايه، بل هي مستفاده من أدله الضمان الوارده في موارد متعدده فليس لها إطلاق حتّى نتمسك بها.

و ثالثا: و على فرض شمول القاعده لبدل الحيلولة فلا فرق بينها و بين حبس المالك و منعه من التصرف في ماله لأنّ فيهما أيضا يتعدّر وصول المال لمالكة و يفوت سلطنته، مع أنّ القائلين ببدل الحيلولة لم يلتزموا بالضمان في الموردین.<sup>(٢)</sup>

### السادس: الجمع بين الحقيين

قال الشيخ الأعظم: «و يؤيده: أنّ فيه جمعا بين الحقيين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين»<sup>(٣)</sup>.

و قال النائيني في نقده: «و فيه: أنّه لو ثبت حقّ للمالك على الضمان مع بقاء عين ماله، لكان دفع القيمة إليه مادام العين خارجة عن تحت استيلائه جمعا بين الحقيين، و هذا يتوقّف على كون مجرد وضع اليد على العين مع بقائها موجبا لتعلق حقّ فعليّ بالبدل للمالك على الغاصب، و هذا ممّا لا يلتزم به أحد، حتّى بناء على القول بأنّ المدار في القيمي على يوم

ص: ٥٨٠

١- (٢) منيه الطالب ١/٣٢٧.

٢- (٣) مصباح الفقاهه ٣/٢٠٧.

٣- (٤) المكاسب ٣/٢٥٨.

المخالفة [الغصب]، لأنّه ليس معناه فعلية الضمان بالقيمة و العين، بل فعلية بالنسبة إلى القيمة مشروطه بالتلف، غايه الأمر أنّه يلاحظ قيمه يوم المخالفة، و أمّا بدون تلف العين فلا حقّ له

إلا على العين»(١).

### السابع: تسالم الأصحاب قدس سرهم على أنّ الحيلولة من موجبات الضمان

أنت إذا فحصت كلمات الفقهاء - أعلى الله مقامهم - في الفروع المختلفة تجد أنّهم يعدون الحيلولة بنفسها من موجبات الضمان و يمكنك الرجوع إلى مظانّ هذه الفروع في الكتب الفقهية:

منها: باب الغصب، و تعذر تسليم المغصوب أو إباق العبد.

و منها: باب الإقرار، في إقرار ذى اليد بالعين لأحدٍ ثمّ إقراره ثانياً لغيره.

و منها: باب الشهادة، لو شهدت البيّنة بالطلاق ثمّ رجعت بعد حكم الحاكم بالتفريق.

و منها: باب الجهاد، في ضمان الإمام المهر للزوج الكافر المهادن إذا هاجرت زوجته المسلمه إلى بلد الإسلام.

و منها: باب القصاص، في مَنْ أطلق مستحق القصاص من يد وليّ المقتول ألزم بدفع الدية للحيلولة.

و منها: باب الأطعمه و الأشربه، في مسأله واطئ البهيمه و ضمانه لمالكها لمكان الحيلولة.

و منها: باب الإقرار ثانيه، في من باع أو وهب أو صالح شيئاً على أنّه له، ثمّ أقربه لغيره، حكموا بضمانه للغير للحيلولة بين المقرّ له و ماله.

ص: ٥٨١

و منها: غيرها، ممّا يقف عليها المتتبع (١).

و فيه: على فرض تماميه تسالمهم على الحيلولة و أنّها من موجبات الضمان حيث لم يدل الدليل عليها فنحن نفارقهم لأننا أبناء الدليل يدور معه حيث مادار. فالعمده دلالة الدليل و لا يتم.

### الثامن: الإجماع

دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة و قد مرّ اعتراف الفقيه المتتبع السيّد العاملي (٢) بأنّ ظاهر عدّه من الكتب أنّ ضمان القيمة للحيلولة مجمع عليه و أنّهم ليأخذونه مُسلّمًا.

و مرّ من صاحب الجواهر قوله: «بل في المسالك (٣) نسبتته إليهم مُشعرا بالاتفاق عليه...» (٤).

و فيه: على فرض وجود هذا الإجماع لا يفيدنا مع وجود هذه الأدلة التي يمكن أن تكون مستند المجمعين.

### فذلكه القول في بدل الحيلولة

حيث لا تتمّ الأدلة لإثباتها فلا يمكننا موافقه المشهور من فقهاءنا - قدس الله أسرارهم - من حكمهم بها، و في موارد الضياع و السرقة و الغرق و الإيقاق إن يصدق التلف عرفا يحكم بأدله الضمان بضمان المال للمالك بالمثل أو القيمة من جانب الضامن.

و إذا لم يصدق التلف عرفا فليس للمالك المطالبة ببديل ماله، نعم له أجره ماله بدلاً

ص: ٥٨٢

١- (٢) لتفصيل الفروع راجع هدى الطالب ٣/٦١٤.

٢- (٣) راجع مفتاح الكرامه ١٨/١٨٥.

٣- (١) المسالك ١٢/٢٠١ قال بعد البحث عن بدل الحيلولة: «هكذا أطلقوه».

٤- (٢) الجواهر ٣٧/١٣٠.

من منافعه الفائته له.

و في فرض التلف و أداء الضمان وقع المبادله القهريه، فينتقل المال إلى المالك و العين التالفه إلى الضامن، بحيث لو وجدت إحيانا كانت له.

وافقنا على هذا البيان المحقق السيد الخوئي (١) و شيخنا الاستاذ (٢) قدس سره .

و على هذا نتعرض لبقية أبحاث بدل الحيلولة تبعاً للقوم و لأجل عدم خلوّ كتابنا من هذه الأبحاث.

### المقام الثالث: تحديد موضوعها

قال الشيخ الأعظم: «و هل يقيد ذلك [١] بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، [٢] أو بعدم رجاء وجدانه، [٣] أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّه طويله يتضرّر المالك من انتظارها، [٤] أو ولو كانت قصيره؟ وجوه» (٣).

ثم قال: «ظاهر أدله ما ذكر... الاختصاص بأحد الأولين، ولكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير [٤]، كما يظهر من إطلاقهم أنّ اللوح المغصوب في السفينه إذا خيف من

نزعه غزقُ مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل» (٤).

أقول: يقع الكلام معه قدس سره في جهتين:

الأولى: ما استفاد من الأدله و الفتاوى.

الثانية: ما استفاد من الفرع المعروف.

أمّا الأولى: يمكن أن يقال: بأنّ الصورتين الأوليين تلحقان بالتلف الحقيقي - و إن

ص: ٥٨٣

١- (٣) لأنه ناقش جميع الأدله في مصباح الفقاهه ٣/ (٢٠٩-٢٠٣).

٢- (٤) إرشاد الطالب ٢/١٩٩.

٣- (٥) المكاسب ٣/٢٥٧.

٤- (١) المكاسب ٣/٢٥٧.

كانتا في الواقع تلفا حكيميا - ولكن بشرط أن يكون اليأس من الوصول إلى العين أو عدم رجاء وجدانها عقلا ثانيا فيحكم فيهما بالضمان بقاعده من أ تلف.

ثم إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلولة هو الإجماع أو تسالمهم بما أنهما دليل لبي فالمتيقن منه هو الصورة الاولى أو الصورتين الأوليين.

و إن كان دليلها الروايات أو قاعده التلف، فالأمر كذلك و الدليل يشمل الصورتين الأوليين.

و إن كان الدليل قواعد لا ضرر و السلطنه و ضمان اليد فمفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر - بلا فرق بين الزمان الطويل أو القصير - فحينئذ جميع الصور الأربع تدخل في البحث مع أنّ الفقهاء يخرجون التعذر في المدّة القصيره.

و كذلك يلحق بهذه القواعد دليل الجمع بين الحقيين.

هذا هو المستفاد من الأدله و أنت ترى عدم تماميه ما ذكره الشيخ الأعظم من أنّ ظاهر الأدله هو الاختصاص بإحدى الأوليين.

أمّا الثانيه: المستفاد من الفرع المشهور

فلا بدّ أوّلاً- من التعرض إليه ثمّ البحث حوله و أوّل من تعرّض إليه هو شيخ الطائفه في مبسوطه قال: «إذا غصب ساجه (١) فبنى عليها، أو لوحا فأدخله في سفينته، كان عليه ردّه سواء كان فيه قلع ما بناه في ملكه أو لم يكن فيه قلع ما بناه في ملكه... فإن كانت الساجه قد نقصت فعليه أرش النقص، لأنّه أدخل النقص بفعله، فإن عفنت (٢) في البناء و متى أخرجها لم ينتفع بها، فعليه قيمتها و ليس عليه ردّها، لأنّها مستهلكه تالفه.

ص: ٥٨٤

١- (٢) الساجه: شجر عظيم صلب، الخشب، جمعه سيجان.

٢- (٣) عفنت الخشبه: إذا فسدت من ندوه أصابتها فهي تتفتت عند مسّها.

و إن كان لوحا و أدخله فى سفينته نظرت، فإن كانت فى البرّ أو فى البحر بقرب البرّ

فالحكم فيه كالساجه فى البناء حرفا بحرفٍ، و إن كانت السفينه فى لجه البحر نظرت، فإن كان اللوح فى أعلاها أو فى موضع لا يخشى عليها الغرق بقلعه، قلع وردّ، و إن كانت فى موضع متى قلع اللوح غرت السفينه نظرت، فإن كان فيها حيوان له حرمه أو كان هو فيها لم يقلع، لأنّه إن كانت حرمته سقطت فى حقه فما سقطت حرمه الحيوان فى نفسه، و إن رضى بإتلاف نفسه لم يقلع لأنّه لا يملك إدخال الضرر على نفسه.

و إن لم يكن فيها حيوان نظرت فإن كان فيها مال لغيره لا يقلع، لأنّه لا يملك إدخال الضرر على غير الغاصب، و إن كان المال للغاصب أو لم يكن له فيها متاع ولكنّه يخاف متى قلع اللوح غرت السفينه فى نفسها فهل يقلع أم لا؟

قيل: فيه وجهان: أحدهما يقلع، لأنّه ليس فى قلعه أكثر من إدخال الضرر على ماله فهو كالساجه، و الآخر و هو الصحيح أنّه لا يقلع، لأنّه يمكن إزاله الضرر عن كلّ واحد منهما، عن الغاصب بالتأخير حتى يقرب من البرّ، و عن المالك بأن يصبر حتى يصل إليه عين ماله، و لا معنى لاسقاط أحدهما مع القدره على حفظهما.

و يفارق البناء لأنّه لا يمكن الردّ إلاّ بإدخال الضرر على الغاصب.

فكلّ موضع قلنا له القلع كان عليه الأجره و النقص و غيره مثل الساجه حرفا بحرفٍ، و كلّ موضع قلنا لا يرّد، قيل للمالك: إن اخترت أن تطالبه بالقيمه و إلاّ فاصبر حتى إذا تمكّن من الردّ ردّها كما قلنا» (١).

أقول: أنت ترى أنّ ظهور كلام الشيخ فى المطالبه بالقيمه هو المبادله و المعاوضه بقرينه ما بعدها «و إلاّ فاصبر حتى إذا تمكّن من الردّ ردّها»، لا بدل الحيلولة المذكوره فى

ص: ٥٨٥

كلام الشيخ الأعظم وغيره. ولى فى هذا الفرع كلام يأتى.

وقال فى الخلاف: «إذا غضب ساجه فبنى عليها أو فى مجنبها، أو لوحا فأدخله فى سفينه، كان عليه ردّه، سواء كان فيه قلع ما بناه فى ملكه، أو لم يكن فيه قلع ما بناه فى ملكه، و به قال الشافعى.

و حكى محمّد (١) فى الأصول: أنّه متى كان عليه ضرر فى ردّها لم يلزمه ردّها، و ظاهر هذا أنّه لا يلزمه ردّها متى كان عليه فى ردّها ضرر، سواء بنى عليها أو فى مجنبها.

وقال الكرخى: إنّ مذهب أبى حنيفه: أنّه إن لم يكن فى ردّها قلع ما بناه فى حقّه

- مثل أن بناها على بدن الساجه - فقد لزمه. و إن كان فى ردّها قلع ما بناه فى حقّه - مثل أن كان البناء مع طرفيها و لا يمكنه ردّها إلا بقلع هذا - لم يلزمه ردّها. و المناظره على ما حكاه محمّد.

و تحقيق الكلام معهم: هل ملكها بذلك أم لا؟ فعنده قد ملكها، كما قال: إذا غضب شاه فذبحها و شواها، أو حنطه فطحنها. و عندنا و عند الشافعى ما ملكها.

دليلنا: ما قلناه فى المسأله الأولى سواء، من أنّ الساجه فى ملكه قبل البناء عليها، فمن ادعى زواله بالبناء فعليه الدلاله و روى...» (٢).

وقال فى السرائر: «و من غضب ساجه فأدخلها فى بنائه، لزمه ردّها، و إن كان فى ذلك قلع ما بناه فى ملكه، لمثل ما قدّ مناه من الأدله من قوله صلى الله عليه و آله: لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفس منه، قوله صلى الله عليه و آله أيضا: على اليد ما أخذت حتّى تؤدى، و كذا لو غضب لوحا فأدخله فى سفينه، و لم يكن فى ردّه هلاك ماله حرمه، و على الغاصب أجره مثل ذلك من

ص: ٥٨٤

١- (٢) محمّد بن الحسن الشيبانى أحد صاحبي أبي حنيفه.

٢- (١) الخلاف ٣/٤٠٨ و ٤٠٩، مسأله ٢٢.

حين الغصب إلى حين الردّ، لأنّ الخشب يستأجر للانتفاع به»(١).

وقال المحقّق: «يجب ردّ المغصوب مادام باقيا ولو تعسّر كالخشبه تُستدخّل في البناء أو اللوح في السفينه، ولا يُلزم المالك أخذ القيمه...»(٢)

وقال العلّامه في القواعد: «ولو رقع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه إن كانت على الساحل، أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه، ولو كانت في اللجّه و خيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمه إلى أن يخرج إلى الساحل، إن كان في السفينه حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب، ولو كان له فالأقرب العين»(٣).

أقول: في زمن العلّامه بدّل القيمه و المبادله ببديل الحيلوله.

وقال في التحرير: «... ولو تعسّر الردّ وجب مع إمكانه، كاللوح ترقع به السفينه، وهى على الساحل، أو فى اللجّه و اللوح فى أعلاها، ولو خيف الغرق لم يجب، و للمالك أخذ القيمه، فإذا أمكن ردّ اللوح استرجعه، و ردّ القيمه، ولو خيف غرق مال الغاصب خاصّه قلعت.

ولو استدخل الخشب في بنائه وجب ردّها بعينها، و إن أدّى إلى خراب البناء، و كذا لو غصب حجرا فبنى عليه، أو خيطا فخاط به ثوبا ولو بلى الخيط أو انكسر الحجر أو تلفت الخشبه ردّ القيمه، ولو أمكن نزع الخيط من الثوب وجب، و ضمن النقص، ولو خشى تلفه بانتزاعه ضمن القيمه. ولو خاط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتدّ و الكلب العقور و الخنزير وجب ردّه، ولو كان له حرمة و خشى من نزعها تلف الحيوان أو الشّين أو بطؤ البرء وجبت القيمه، ولو كان الحيوان مأكول اللحم فالأقرب أنّه كذلك.

ص: ٥٨٧

١- (٢) السرائر ٢/٤٨٤.

٢- (٣) الشرائع ٣/١٨٨.

٣- (٤) القواعد ٢/٢٣٥.



و كل موضع يجب فيه ردّ العين لو دفع الغاصب قيمه لم يجب القبول، و كذا لو طلبها المالك» (١).

قال فى المفتاح فى شرح قول العلامة فى القواعد إلى قوله: «لا تغرق بقلعه»: «الوجه فى ذلك كله واضح، لأنه لا يخاف من النزاع إهلاك نفس محترمه و لا مال فكان حينئذ كالبناء، و لذلك ترك القيد فى الشرائع و إن كان نص على الجميع فى المبسوط و التذكرة (٢) و التحرير و الدروس (٣) و المسالك (٤) و خلاف أبى حنيفة آتٍ هنا» (٥).

و قال فى شرح بقيه كلامه إلى قوله: «أو مال لغير الغاصب»: «كما هو صريح التذكرة (٦) و جامع المقاصد (٧) و المسالك (٨) و الروضه (٩) و ظاهر غيرها (١٠). و فى مجمع البرهان أنه لا خلاف فى أن حفظ النفس مقدّم على ردّ المال (١١). و المراد بالحيوان المحترم ما لا يجوز إتلافه مطلقاً أو بغير الذبح. و حينئذٍ فلا فرق بين الآدمى و غيره و لا فى غيره بين أن

ص: ٥٨٨

- 
- ١- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢٨ و ٥٢٧.
  - ٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢/٣٩٦ من الطبع الحجرى.
  - ٣- (٣) الدروس الشرعيه ٣/١١٠.
  - ٤- (٤) المسالك ١٢/١٧٦.
  - ٥- (٥) مراده من خلاف أبى حنيفة حكمه بملك الغاصب و غرمه قيمه المال كما فى المسالك ١٢/١٧٥ و ١٧٦، و الحاوى الكبير ٧/٢٠٢، و المغنى ٥/٤٢٥.
  - ٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٢/٣٩٦ من الطبع الحجرى.
  - ٧- (٧) جامع المقاصد ٦/٣٠٤.
  - ٨- (٨) المسالك ١٢/١٧٦.
  - ٩- (٩) الروضه البهيه ٧/٣٦.
  - ١٠- (١٠) كرياض المسائل ١٤/٢٢ و ٢١.
  - ١١- (١١) مجمع الفائده ١٠/٥٢١.

يكون للغاصب أم لغيره لاحترام روح الحيوان كما سيأتي من الخبر النبوي (١) كما هو ظاهر

الكتاب [القواعد] و صريح التذكرة (٢) و جامع المقاصد (٣) و المسالك (٤) و لا فرق في مال غير الغاصب و مَنْ لا يعلم أنّ فيها لوحا مغصوبا غير الحيوان بين نفس السفينه أو غيرها لاحترام مال الغير إذا لم يكن عالما، فيجمع بين الحقين بدفع قيمه، فإذا استرجع اللوح ردّ قيمه. و أمّا الواضع ماله فيها بعد علمه بالغصب فكالغاصب كما في كتب الثلاثة (٥).

و احتمال في الإيضاح في أصل المسألة أخذ العين لأنها وضعت بغير حقّ فيثبت جواز انتزاعها، و إلاّ لجاز دوام الغصب شرعا و هو محال (٦). و هو ضعيف كما في جامع المقاصد (٧).

قوله: «ولو كان له فالأقرب العين»، «كما هو خيره التحرير (٨) و الإيضاح (٩) و الدروس (١٠) و جامع المقاصد (١١)، و هو قضيه إطلاق الخلاف (١٢) و الشرائع (١٣) و في المسالك

ص: ٥٨٩

- 
- ١- (١٢) مراده ما روى عنه صلى الله عليه و آله أنه نهى عن ذبح الحيوان إلاّ لأكله. تلخيص الحبير ٣/٥٥، ح ١٢٧٢،
  - ٢- (١) تذكرة الفقهاء ٢/٣٩٦ من الطبع الحجرى.
  - ٣- (٢) جامع المقاصد ٦/٣٠٤.
  - ٤- (٣) المسالك ١٢/١٧٦.
  - ٥- (٤) أى تذكرة الفقهاء ٢/٣٩٦، جامع المقاصد ٦/٣٠٤ و المسالك ١٢/١٧٦.
  - ٦- (٥) إيضاح الفوائد ٢/١٨٧.
  - ٧- (٦) جامع المقاصد ٦/٣٠٤.
  - ٨- (٧) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٢٧.
  - ٩- (٨) إيضاح الفوائد ٢/١٨٨.
  - ١٠- (٩) الدروس ٣/١٠٩.
  - ١١- (١٠) جامع المقاصد ٦/٣٠٤.
  - ١٢- (١١) الخلاف ٣/٤٠٨، مسأله ٢٢.
  - ١٣- (١٢) الشرائع ٣/١٨٨.

نسبته إلى صريح الأكثر (١)، لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور ولا يتمّ إلاّ به، وقد أدخل الضرر على نفسه بعدوانه على أنّه لا يناسبه التخفيف.

و اختير في المبسوط (٢) و التذكرة (٣) و ظاهر كلام السرائر (٤) أنّه لا ينزع، لأنّ السفينه لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى انتهائه إلى الشط، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن تيسّر الفصل و ردّ اللوح مع أرش النقص إن نقص و تستردّ القيمة جمعا بين الحقّين، و لا

كذلك الساجه في البناء فإنّه لا أمد لها فينتظر فافترقا. و قد وسمه في جامع المقاصد (٥) بالضعف، و التضعيف ضعيف إذا استلزم القبح و الضرر الفاحش مع إمكان الجمع بين الحقّين كما حرّر في ذلك في باب وجوب المقدمه فليتأمل جيّدا و لاترجيح في المسالك (٦).... (٧).

أقول: وجدت في نقل عبائر القوم عدم التعرض لبدل الحيلولة في كلمات الشيخ و ابن ادريس و المحقّق و لعلّ أوّل من تعرض لها هو العلامه في كتبه و بعد تبعه القوم.

ثم فهل يمكن استفاده دليله حكم من الفرع الذي أبدى العلامه نظره فيه في القرن الثامن؟ و تبعه القوم و هل فتاواهم حجه لغيرهم من المجتهدين و هل يمكن تسريه الحكم في موضوع إلى غيره؟ و هل اسم هذه العمليه [إسراء الحكم من موضوع إلى غيره من غير حجه شرعيه] إلاّ القياس الباطل في الشريعه المقدسه عندنا؟ و بهذه الأسئلة ظهر عدم

ص: ٥٩٠

١- (١٣) المسالك ١٢/١٧٧.

٢- (١٤) المبسوط ٣/٨٦.

٣- (١٥) تذكرة الفقهاء ٢/٣٩٦ من الطبع الحجري.

٤- (١٦) السرائر ٢/٤٨٤.

٥- (١) جامع المقاصد ٦/٣٠٤.

٦- (٢) المسالك ١٢/١٧٧.

٧- (٣) مفتاح الكرامه ١٨/٢٨٦-٢٨٤).

تماميه مقاله الشيخ الأعظم من أنّ «ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير» أى ولو كانت المدّة قصيره، و عدم وجاهه استظهاره.

و العجب من المحشين على المكاسب عدم تعرضهم لهذا الإشكال!

ثم القول فى هذا الفرع المذكور لا بدّ فيه من لحاظ أمور:

الأول: وجوب ردّ عين المال إلى مالكة مهما أمكن خلافا لأبى حنيفه.

الثانى: لا يلزم ردّ عين المال تلف نفس محترمه أو حيوان محترم أو مال كذلك.

الثالث: لا عبره بما اشتهر فى الألسنه بأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، فلو كان المال للغاصب أيضا يكون محترما.

الرابع: لزوم ردّ العين باق مادام لم يصدق عليها التلف عرفا، ففى مثل الخيط الذى خاط به الثوب و لا يمكن إخراجه صحيحا يصدق التلف عرفا فينتقل الضمان إلى قيمه. (١)

الخامس: إذا صار مال الغاصب محترما فلا فرق بين أنّه فى السفينه على الماء أو فى البناء على الأرض.

السادس: إذا يصدق التلف عرفا على الساجه أو الإستوانه الحديدية المستعمله فى

البناء أو اللوح الخشبى أو الحديدى المستعمل فى السفينه، ينتقل الضمان إلى قيمه فلا يجب ردّ العين. - و صارا كالخيط الذى مرّ -

السابع: فى كلّ مورد يصدق التلف عرفا و ينتقل الضمان إلى قيمه، يعطى الضامن قيمه يوم الأداء. - كما مرّ فى بحث القيمي -

الثامن: إذا لم يصدق التلف عرفا فيلزم على الغاصب إعطاء العين و يجب عليه الخروج من ضمان منافعها - المستوفاه عند الكلّ و حتّى غير المستوفاه عندنا - بأداء أجره

ص: ٥٩١

مثلها.

التاسع: فى فرض انتقال الضمان إلى القيمه و أداءها تنتقل العين إلى الضامن المؤدى و بعد أداء القيمه صار العين و منافعها فى ملكه فيجوز الصلاه فى اللباس الذى خاط بخيط الغير بعد أداء قيمته لاقبلها.

العاشر: فى موارد الشك فى تلف العين عرفاً أو عدمه، الأحوط المصالحه بين المالك و الغاصب، لا سيما إذا تضرر الغاصب من أداء العين تضرراً فاحشاً نحو: أرض الغير التى بنى عليها برجا فى مأه طابق مثلاً و المالك يريد أرضه و الغاصب يتضرر كل ماله أو جلّه، فحينئذ الأحوط المصالحه بينهما باعطائه للمالك قيمه أرضه ولو بأضعاف مضاعفه حتى يرضى ببيعها. أو استيجار الأرض منه فى مدّه يبقّى البناء عادةً، أو إعطاء منافع الأرض له فى مدّه يبقّى البناء عادةً أو نحوها من موارد المصالحه.

«تلك عشره كامله» (١) من الأمور ملحوظه و يظهر لك بعد التأمل فيما سردناه عليك البقيه منها و الحمد لله أولاً و آخراً.

### مسائل لابد من التنبيه عليها

#### اشاره

ثم إن هاهنا مسائل لابد من التنبيه عليها على القول ببدل الحيلولة:

### الاولى: ما المراد بالتعذر؟

هل المراد به التعذر العقلى أو يكفى التعذر العرفى؟ قال الشيخ الأعظم: «تم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعى فى مقدماته لم يسقط القيمه زمان السعى...» (٢).

حاصل مراده قدس سره: إن الظاهر من الأدله عدم اعتبار التعذر العقلى فى ثبوت الضمان

ص: ٥٩٢

١- (١) سوره البقره ١٩٦.

٢- (٢) المكاسب ٣/٢٥٨.

ببدل الحيلولة بحيث لا يتمكن الضامن عقلاً من الوصول إلى العين، بل يكفي مجرد التعذر

العرفي و إن تمكن الغاصب من الوصول إلى العين بالسعي في مقدمات الوصول فيحكم بها في زمان السعي فيها.

و يمكن استيناس اعتبار التعذر العرفي من فتوَاهم في اللوح المغصوب المستعمل في السفينه ببدل الحيلولة مع إمكان الوصول إلى عين اللوح ولو بالسعي في مقدماته من إيصال السفينه إلى البرّ.

نعم، قد ورد في ظاهر بعض كلمات الفقهاء (١) مطلق كلمه «التعذر» في هذا البحث و هي ظاهره في التعذر العقلي و هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برّد العين.

ثم أمر الشيخ الأعظم بالتأمل و لعلّه إشاره إلى أنّ الأصل المذكور محكوم ببعض أدله بدل الحيلولة بعدم الفرق بين التعذر في المدّه الطويله أو القصيره (٢). أو إشاره إلى أنّ الأصل المذكور قد يلزم تضرر المالك (٣). أو إشاره إلى أنّ تسليط المالك بالزام ردّ عين ماله كاف في إثبات بدل الحيلولة لأنّها من شؤون ردّ العين. (٤)

ثم اختار في ختام مقاله التعذر الفعلي - أيّ التعذر في الحال - و قال: «و لعلّ المراد به التعذر في الحال، و إن كان لتوقفه على مقدمات زمانيه يتأخّر لأجلها ذو المقدمه» (٥).

ص: ٥٩٣

- ١- (١) نحو المحقق في الشرائع ٣/١٩٠ و العلامه في القواعد ٢/٢٣٠ و تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٣٥ و الشهيد في الدروس ٣/١١٢ و السبزواری في الكفایه ٢/٦٤٧ و غیرهم فی غیرها.
- ٢- (٢) كما في بُغیة الطالب ١/٢٧٣ و مصباح الفقاهه ٣/٢١٢.
- ٣- (٣) هدايه الطالب ٢/٣٨٠.
- ٤- (٤) هدايه الطالب ٢/٣٨٠.
- ٥- (٥) المكاسب ٣/٢٥٨.

و لعلّ هذا هو قسما ثالثا من التعذر في مقابل التعذرين السابقين - العقلي و العرفي - و مرادهم هذا.

و فيه: إنهم لم يفتوا ببدل الحيلولة في المدّة القصيره مع صدق التعذر الفعلي فيها فلا يمكن أن يكون التعذر الفعلي - في الحال - مرادهم من التعذر.

ثم اعترض الفقيه اليزدي على الشيخ الأعظم بقوله: «لا يخفى أنّ هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأنّ فيه جمعا بين الحقيين، كما أنّ تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأوّل و هو اليأس من الوصول، فلا وجه للتكرار فتدبر»<sup>(١)</sup>.

و أجاب عن اعتراضه المحقّق الاصفهاني بقوله: «لكنّه بلا- وجه، إذ كون الشىء بحيث لا- قدره على تحصيله لا- ينافي القطع بحصوله فيما بعد، فضلاً عن رجاء حصوله، فالتعذر المسقط للتكليف ليس عين اليأس، كما أنّ رجاء الوصول يجتمع مع قدره على تحصيله و مع عدمها، فليس رجاء الوصول مستلزماً للقدره على التحصيل»<sup>(٢)</sup>.

و تبعه في الاعتراض المحقّق السيّد الخوئي و قال: «أنّ اليأس إلى العين أعم من التعذر العقلي فإذا اعتبر الثاني في سقوط التكليف برّد نفس العين فمجرد اليأس لا يوجب سقوطه، كما أنّ الاعتبار التعذر العرفي في سقوط التكليف برّد العين أعم من الحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي و إذن فلا تكرار في عبارته المصنف»<sup>(٣)</sup>.

### الثانيه: يجوز للمالك الامتناع من أخذ بدل الحيلولة

ليس للغاصب إجباره بها، كما مرّ ذلك في بحث المثلي المتعذّر، أنّ للمالك الصبر إلى وجدان المثل و ليس للغاصب أو المتلف إجباره بقبول قيمه.

ص: ٥٩٤

١- (٦) حاشيه المكاسب ١/٥١٦.

٢- (١) حاشيته على المكاسب ١/٤٢٩.

٣- (٢) مصباح الفقاهه ٣/٢١٢.

و الأمر هنا كذلك، أخذ القيمة حقّ للمالك بدلاً عن حيلولة الغاصب بينه و بين ماله ولكنه حقّ و له عدم استعماله و الاستفادة منه و الصبر حتّى توجد عين ماله. و ليس للغاصب إجباره بأخذ القيمة.

كما ظهر من الشيخ أنّ أخذ القيمة فى الحيلولة حقّ للمالك حيث يقول: «إذا غضب ملكاً لغيره فخرج عن يده مثل أن غضب عبداً فأبق أو فرسا فشرّد أو بعيراً فنذ أو ثوبا فسرق، كان للمالك مطالبته بقيمته، لأنّه حال بينهما بالغصب...»(١).

فقاله: «كان للمالك مطالبته بقيمته» ظاهر فى أنّ أخذ القيمة حقّ للمالك.

و كذلك ليس فى أدله بدل الحيلولة - على فرض تماميتها - ما يدل على جواز إجبار الغاصب المالك على قبول القيمة و البدل، و ليس هنا دليل آخر يدلّ عليه، فيتخير المالك بين قبول القيمة التى هى البدل و بين الصبر إلى زوال العذر. و هذا هو المراد بقاعده السلطنة، لأنّ المالك يستحقّ عين ماله و اجباره على أخذ القيمة و البدل يكون على خلاف هذه السلطنة.

و لتوضيح ما ذكرنا راجع مقاله المحقّق النائنى(٢) فى المقام.

### الثالث: خروج العين عن المالىه

يعدّ من موارد بدل الحيلولة حيث قال الشيخ الأعظم: «و كما أنّ تعذّر ردّ العين فى حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم»(٣).

نحو الماء على الشط و الجمد فى الشتاء، و قد حكم سابقاً(٤) بانتقالها إلى القيمة مطلقاً

ص: ٥٩٥

١- (٣) المبسوط ٣/٩٥.

٢- (١) المكاسب و البيع ١/٣٨٩ الأمر التاسع.

٣- (٢) المكاسب ٣/٢٥٩.

٤- (٣) المكاسب ٣/٢٣٨.



و هنا يذهب إلى أنّ خروج العين عن المالىه يكون من موارد بدل الحيلوله و بينهما فرق و تناف.

قد دفع هذا التنافى المحقق المروج رحمه الله بقوله: «أنّ خروج المال عن التقويم على نحوين: فتاره لا- يُرجى عودُ المالىه إليه كاللحم المتعفن و الفاكهه الفاسده، فالواجب فيهما المثل أو قيمه من باب التلف الحقيقى...، و أخرى يرجى عود المالىه كما إذا ضمن ماءً فى المفازه و لم يتلف حتّى وصل الشاطيء و أراد إجتيازه إلى مفازه أخرى فيقال: بأنّ للمالك مطالبه بدل الحيلوله عند الشاطيء و لو بقى الماء بحاله إلى الوصول إلى المفازه الأخرى و جب على الضامن دفعه إلى المالك، و لعلّ هذا الفرض الثانى محطّ نظر الماتن هنا...»(١).

أقول: إن تمّ ما ذكره هذا المحقق الجليل فيدفع التنافى فى كلام الشيخ الأعظم رحمه الله و إلّا يرجع.

#### **الرابعه: هل مالك العين يملك بدل ماله؟**

إذا بذل له الغاصب الضامن؟ أم أنه لا يملك و يبيح له التصرف فيه بأنواع التصرفات حتّى ما يكون مشروطا بالملكيه و هذا هو الإباحه المطلقه كما مرّ نظيرها فى بحث المعاطاه. و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين.

المشهور على الأول، بل «فى الخلاف(٢) و الغنيه(٣): أنّ مالك العين إذا أخذها - أى القيمه - ملكها بلا خلاف. و ظاهرهما نفيه بين المسلمين»(٤).

ص: ٥٩٦

١- (٤) هدى الطالب ٣/٥٦٦.

٢- (٥) الخلاف ٣/٤١٢، مسأله ٢٦.

٣- (٦) غنيه النزوع/ ٢٨٢.

٤- (٧) كما فى مفتاح الكرامه ١٨/١٨٥ و مرّ سابقا تمام كلامه.

و ربما يستظهر(١) من المحقق القمي رحمه الله في جامع شتاته القول الثاني أى الإباحه المطلقه حيث يقول: «.. فلا مانع من أن يكون ذلك نوعا من التملك، و حاصله: أن للمالك التصرف للبدل حتى بالإتلاف و البيع و غير ذلك. و ذلك مراعى إلى حين ظهور العين المغصوبه، فإن ظهر العين و البدل باقٍ فللغاصب استرداد ماله إذا كان باقيا بخلاف ماله أتلفه...»(٢).

و صرح العلامة في التذكرة بأن القيمة المدفوعه يملكها المغصوب منه ملكا مراعى للحيلولة فيزول بزوالها.(٣)

ثم الذى قوى القول الثانى - أى عدم المملكه، و أعنى الإباحه المطلقه - هو الإشكال الذى طرحه أول مره العلامة فى قواعد مرّتين حيث يقول: «ولو أبق العبد ضمن فى الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترادا، و للغاصب حبس العبد إلى أن يردّ القيمة عليه على إشكال...»(٤).

و قال فى المره الثانيه: «يجب ردّ العين مادامت باقيه، فإن تعذّر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبه، فإن عادت فلكلّ منهما الرجوع، و هل يُجبر المالك على إعاده البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال»(٥).

قال ولده فخر المحققين فى شرح كلامه الأول: «ينشأ من عدم الجمع بين العوض و المعوّض فيترادان معا، و وجوب ردّ العين على الغاصب مع التمكن على الفور و هو

ص: ٥٩٧

---

١- (١) المستظهر هو الشيخ الأعظم فى مكاسبه ٣/٢٥٩ حيث يقول: «حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله فى أجوبه مسائله».

٢- (٢) جامع الشتات ١/١٥٢ من الطبع الحجرى - (٢/٢٦١ من الطبع الحروفى).

٣- (٣) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٥ من الطبع الحجرى.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢/٢٢٨.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٢/٢٣٠.

وقال فى شرح كلامه الثانى: «ينشأ من أنه قد استقر ملكه عليه ولأنه ينافى البدليه إذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح أن يكون بدلاً قهرياً شرعاً لما يستقر عليه الملك، ولأنه قد لا يرغب المعاملون فيه، و من أنه للحيلولة و قد زالت، و الأول أولى لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»(٢).

وقال المحقق الكركى فى شرح كلامه الأول: «و أعلم إن هنا إشكالاً، فإنه كيف تجب قيمه و يملكها بالأخذ و يبقى العبد على ملكه و جعلها فى مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه، - ثم قال فى شرح إشكال العلامة: - ينشأ: من أنه دفعها عوضاً فله حبس المعوض إلى أن يقبض العوض كسائر المعاوضات، و من أنها ليست معاوضه حقيقه، و إنما قبضه المالك ارتفاقاً و محافظه على مصلحته، و قد كان تسليم العبد واجبا على الفور و الأصل بقاؤه، و لا يجوز حبس مال فى مقابل مال آخر قد حبسه مالك المال الأول ظلماً، لأن من ظلم لا يظلم، و الأصح أنه ليس له ذلك»(٣).

وقال فى شرح الإشكال الوارد فى كلامه الثانى: «ينشأ، من ثبوت الملك و الأصل بقاؤه، و من أنه إنما للحيلولة و قد زالت. قيل: لو كان بحيث يجبر على رده لكان نقصاً فى البدليه، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه: و ليس بشيء لأنه متى تعلق به حق ثالث وجب عوضه، و الأصح وجوب الرد فيجبر عليه...»(٤).

وقال ثانى الشهيدى فى تبين الإشكال: «... و لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع

١- (٦) ايضاح الفوائد ٢/١٧٨.

٢- (٧) ايضاح الفوائد ٢/١٨١.

٣- (١) جامع المقاصد ٦/٢٦١.

٤- (٢) جامع المقاصد ٦/٢٧٢.

العوض و المعوّض على ملك المالك من غير دليل واضح. ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلاً، أو توقّف ملك المالك للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف فيه، كان وجهها في المسألة»<sup>(١)</sup>.

و استحسّن السبزواری<sup>(٢)</sup> مقاله الشهيد الثاني.

و أجاب السيّد العاملي صاحب مفتاح الكرامه عن الإشكال بقوله: «قلت: قد عرفت أنّ وجوب قيمه و تملكها بالأخذ لاخلاف فيه بين المسلمين. كما أنّ الظاهر أنّ الضمان للحيلولة كذلك، كما أنّ بقاء العين على ملك المالك و عدم دخولها بعد بذل العوض في ملك الغاصب لاخلاف فيه إلّا من أبي حنيفه<sup>(٣)</sup>. و هذه الثلاثه تقضى بأنّ الجمع بين العوض و المعوّض إنّما يمتنع إذا كانا في يده و تحت تصرفه و كان أحدهما في مقابله الآخر، و أمّا إذا كان أحدهما خارجاً عن يده و تصرفه ظلماً و عدواناً و قد أخذ ذلك العوض عوضاً عن

مظلمته التي يجب عليه ردها عليه فوراً و جبراً عمياً فاته من منفعتة و لم يكن في مقابله نفس العين المغصوبه فلا مانع منه عقلاً و شرعاً بل هما حاكمان بذلك، فهذا معنى جعلها في مقابله الحيلولة، فقد اتضح معناه و علم مبناه و أنّه الإجماع كما عرفت»<sup>(٤)</sup>.

و ذهب صاحب الجواهر إلى «أنّ للمغصوب أحوالاً ثلاثه:

أحدها: حال وجود العين على وجه يتمكن من ردها إلى مالکها، فليس عليه إلّا وجوب الردّ....

و الثاني: ذلك أيضاً إلّا أنّه يتعذر أو يتعسر ردها، فعليه ضمان قيمتها تحقيقاً لا

ص: ٥٩٩

١- (٣) المسالك ١٢/٢٠١.

٢- (٤) الكفايه ٢/٦٤٨.

٣- (٥) بدائع الصنائع ٧/١٥٢.

٤- (١) مفتاح الكرامه ١٨/١٨٧.

تقديرًا، و هو المسمى بضمان الحيلولة و معه يملك المغصوب منه القيمه المضمونه عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب فيملكها من هوله و إن بقيت العين مملوكه له أيضا للأصل و غيره ممّا عرفت.

الثالث: حال تلف العين و خروجها عن قابليه الملك بموت و نحوه فيتعلّق مثلها أو قيمتها في ذمّه الغاصب تعلّق الديون»(١).

و قال في وجه ملكيه المالك للقيمه بعد ذكر الاتفاق عليه(٢): «... بل أدله الضمان التي منها «على اليد» شامله لذلك قطعا فهي حينئذ مقتضيه لملك المالك القيمه... فالقيمه المدفوعه حينئذ مملوكه و العين باقيه على الملك للأصل و لأنها مغصوبه و كلّ مغصوب مردود و أخذ القيمه غرامه للدليل الشرعي لا ينافي ذلك»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «ولو لا ظهور الإجماع و أدله الغرامه في الملكيه لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحه مطلقه و إن لم يدخل في ملكه... و يكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين»(٤).

و قال أيضا: «... لا- ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامه لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين في ملكه و ليست معاوضه ليلزم الجمع بين العوض و المعوّض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له»(٥).

ص: ٦٠٠

١- (٢) الجواهر ٣٧/١٣٢.

٢- (٣) الجواهر ٣٧/١٣٠.

٣- (٤) الجواهر ٣٧/١٣١.

٤- (٥) المكاسب ٣/٢٥٩.

٥- (٦) المكاسب ٣/٢٥٩.

أقول: لو تَمَّت أدله بدل الحيلولة(١) و الغرامه أو الإجماع فهو و إلا - كما هو كذلك - فالإشكال باقٍ على حاله و لا تفيد أجوبه القوم، و كذا الاحتمال المذكور في كلام الشيخ الأعظم المنسوب إلى المحقق القمي أيضا لا يتم في أصله - و هو المعاطاه - فيكف بفرعه - و هو في المقام - .

و الحاصل: ملكيه مالك العين لبدل ماله في فرض بدل الحيلولة و قبل تلف العين و إن ادعى عليها الإجماع ولكنه في غايه الإشكال. و لا عبره بدعوى الإجماع لما مرّ سابقا بأنه مدركى.

و هذا الإشكال هو أحد الإشكالات التي ترد على القول ببدل الحيلولة و نحن في فُسْحَهٍ منها.

### الخامسه: لا تنتقل العين إلى دافع بدل الحيلولة

قد مرّت مقاله صاحب المفتاح: «... كما أنّ بقاء العين على ملك المالك و عدم دخولها بعد بذل العوض في ملك الغاصب لا خلاف فيه إلا من أبي حنيفه»(٢).

و قال الشيخ الأعظم: «... فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامه لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين في ملكه و ليست معاوضه...»(٣).

القائلون ببقاء العين على ملك مالکها و عدم انتقالها إلى الضامن الدافع لم يأتوا بدليل إلا: الإجماع و الأصل.

ص: ٦٠١

---

١- (١) و دلاله الأدله تختلف في أنّ القيمه تكون ملكا للمالك أو أنّها مبيحه له التصرف فيه و لأجل تفصيل ذلك راجع حاشيه المحقق الأصفهاني على المكاسب ١/٤٣٠ و ما بعده، و مصباح الفقاهه ٣/٢١٤ و ما بعده.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ١٨/١٨٧.

٣- (٣) المكاسب ٣/٢٥٩.

و قد عرفت: أن الأول منهما محتمل المدركيه و لم يكن تعبدًا حتى يفيد شيئًا.

و الثانى منهما: يفيدنا مع عدم دليل آخر و أمّا مع وجوده فلا.

و قد مرّ منّا بأنّ المالك يملك القيمه المسّمّاه عند القوم ببذل الحيلوله و الضامن الدافع المعطى لها يملك العين بالمعاوضه القهرية «لاستحاله بدليه شىء عن شىء إلا بقيام البدل مكان المبدل فى جهه من الجهات، و تلك الجهه فى المقام هى الإضافه الملكيه»<sup>(١)</sup>.

لا يقال: المالك يملك القيمه (بدل الحيلوله) و أمّا الضامن فلا يملك العين لأنّ البدليه فى هذه المعاوضه ليست بدليه حقيقه، بل إنّما هو غرامه محضه نحو: ديه المقتول أو المجرّوح أو المبدول عند تلف العين، و من المعلوم أنّ عنوان الغرامه لا يستلزم دخول العين فى ملك الضامن، و هى ليست معاوضه قهرية شرعيه.

لأنّا نقول: إذا قلنا بملكيه القيمه (بدل الحيلوله) لمالك العين - كما تدلّ عليها قاعدتا من أتلف و ضمان اليد - صار العين ملكا للضامن المعطى للقيمه بالمعاوضه القهرية الشرعيه، و إلاّ يستلزم اجتماع العوض و المعوّض فى ملك مالك العين - كما مرّ - و هو باطل.

و يؤيد ما ذكرنا حسنه سدير عن أبى جعفر عليه السلام فى الرجل يأتى البهيمة، قال: يجلد دون الحدّ و يغرم قيمه البهيمة لصاحبها، لأنّه أفسدها عليه و تذبح و تحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، و إن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها و جلد دون الحدّ و أخرجها من المدينه التى فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف، فيبيعها فيها كيلا يعير بها صاحبها.<sup>(٢)</sup>

و يترتب على خروج العين عن ملك المالك و عدمه فروع مهمه:

منها: إذا خاط ثوبه بخيوط مغصوبه، على القول بدخول الخيوط فى ملك الغاصب

ص: ٦٠٢

١- (٤) مصباح الفقاهه ٣/٢١٦.

٢- (١) وسائل الشيعه ٢٨/٣٥٨، ح ٤، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم.

بعد أداء البدل جازت له التصرف و الصلاة في ذلك الثوب و إلا فلا.

و يمكن إلحاق الخيوط بالتلف الحكمي لعدم إمكان ردّها غالبا إلا بعد سقوطها عن المالك بالنزاع كما عن الأردبيلي(١). و استجوده في الجواهر(٢). و قال السيّد اليزدي رحمه الله : «الحقّ مع الأردبيلي»(٣). و الأمر كذلك لا سيما إذا كان المخيط بالخيوط المغصوبه لجرح النفس المحترمه أو ثوب غيره، لأنّ النزاع يوجب التلف أو الضرر فلا يجوز.

و منها: إذا غصب خمرا محترمه أو دابه أو شجره مثمره، و انقلب الخمر خلاّ أو ماتت الدابه أو يبست الشجره و صار خشبه، على القول بالمعاوضه القهريه و بعد أداء البدل و القيمه من طرف الغاصب، دخل الخل و الميته و الخشبه في ملكه و إلا فلا.

و صرح الفقيه اليزدي(٤) رحمه الله بدخول الخل في ملك الضامن.

و منها: إذا غصب دهنا أو لحما أو نحوهما و خلطها بطعامه، فإنّه بناءً على دخول العين في ملك الغاصب بعد أداء القيمه يجوز له أكل الطعام و إلا لا يجوز له التصرف فيه إلا برضا المالك.

و منها: إذا توضع غفله بماء مغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد و التفت بعد الغسلات و قبل المسحات بغصبيه الماء، فعلى القول بدخول الرطوبه في ملك الضامن يجوز المسح بها و كذا على القول بأنّ الرطوبه بمنزله الشئ التالف فلا يملكها مالكها و حينئذ يجوز المسح بها، أمّا على القول ببقائها على ملك المالك فلا يجوز المسح بل عليه استيناف وضوئه.

ص: ٦٠٣

١- (٢) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٢١.

٢- (٣) الجواهر ٣٧/٨٠.

٣- (٤) حاشيه المكاسب ١/٥٢٢.

٤- (٥) حاشيه المكاسب ١/٥٢٣.



ذهب إلى جواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب، ابن فهد الحلبي (١) و السيد محمد العاملي صاحب المدارك (٢) و الأردبيلي (٣).

تذكره: و بما ذكرنا يظهر الإشكال المعروف في مسأله تعاقب الأيدي و هو: أنّ المغصوب منه يتخير في أخذ بدل ماله من أي شخص من جماعه الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم على ماله، ولكن إذا رجع إلى الأول منهم، يرجع الأول إلى الثاني، و الثاني إلى الثالث حتى تنتهي سلسلتهم و تثبت الغرامه على الأخير منهم الذي تلفت العين في يده.

و أمّا إذا رجع المالك في أخذ بدل ماله إلى المتوسطين منهم لم يرجع هذا المتوسط إلى السابقين، بل يرجع إلى اللاحقين منهم فقط، و الإشكال هو الفارق بين الصورتين، بل بعبارة أوضحه لماذا ليس له الرجوع إلى السابقين!؟

و أمّا الجواب: أنّ الغاصب إذا أعطى البدل عن العين المغصوبه التالفه ملكها هو عن مالك العين و إذا ملكها عنه يجوز له الرجوع إلى من غصب منه، فالغاصب الأول يجوز له الرجوع إلى الثاني و غيره و أمّا الغاصب المتوسط فله الرجوع إلى اللاحقين فقط لأنه يملك عليهم شيئاً و لا يملك على السابقين منهم.

لا- يقال: إنّ العين التالفه معدوم و المعدوم لا- يقبل الملكيه، فلا- يمكن انتقال ملكيه العين من المالك إلى الغاصب المعطى للبدل.

لأننا نقول: الملكيه من الأمور الاعتباريه و مع ترتب الأثر عليها فلا محذور في تعلّقها بالأمور العدميه.

و لعلّ هذا هو الجواب التام الوحيد عن هذا الإشكال الوارد على مسأله تعاقب

ص: ٦٠٤

---

١- (١) جوابات المسائل الشاميه الأولى / ٣٤٤ المطبوعه في ضمن الرسائل العشر.

٢- (٢) مدارك الأحكام ٤/٢١٣.

٣- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠/٥٢١.

الأيدى و هو من احتمالات كلام صاحب الجواهر قدس سره فراجع تمامه فى كتابه (١). بل من صريح كلامه (٢) و التفصيل يطلب من محله، و الحمد لله.

تكميل فيه توضيح:

قال الشيخ الأعظم: «و لعل ما عن المسالك: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن قيمه بالإخراج فتعين قيمه فقط. محمول على صورته تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشب...» (٣).

أقول: العبارة المنقولة عن المسالك غير موجوده فيه، نعم هى تلفيق بين كلامه فى مسألتى الخشب و الخيط و استفاده منهما كما نبه عليه المحقق المامقانى (٤) رحمه الله .

قال الشهيد الثانى فى مسأله الخشب المغصوبه: «إذا غصب خشبه و أدرجها فى بنائه أو بنى عليها لم يملكها الغاصب بل عليه إخراجها من البناء و رده إلى المالك، خلافاً لأبى حنيفه حيث حكم بملكه و يغرم قيمته... ثم إذا أخرجها و ردها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص. ولو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمه فالواجب تمام قيمتها و هل يجبر على إخراجها حينئذ؟ نظر، من فوات المالىه و بقاء حقّ المالك فى العين. و ظاهرهم عدم الوجوب و أنّها تنزل منزله المعدومه، ولو قيل بوجوب إعطائها المالك لو طلبها كان حسناً، و إن جمع بين القيمه و العين» (٥).

أنت ترى بأنّ هذا الكلام المنقول من الشهيد الثانى ورد بالنسبه إلى غصب الخشب لا

ص: ٦٠٥

١- (١) الجواهر ٣٧/١٣٧، بقى شىء.

٢- (٢) الجواهر ٣٧/٨٠، بل ستسمع ملك الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة... .

٣- (٣) المكاسب ٣/٢٦٥.

٤- (٤) غايه الآمال ٣١٨.

٥- (٥) المسالك ١٢/١٧٦ و ١٧٥.

الخيطة المغصوب الوارد في كلام الشيخ الأعظم ولكن قال في الخيط المغصوب: «إن خيط به ثوب و نحوه فالحكم كما في البناء على الخشبه... و إن لم يبق له قيمه ضمن جميع قيمه...»(١).

يستأنس من صاحب الجواهر موافقته لنا من انتقال العين إلى الضامن المعطى حيث يعترض على ثاني الشهيدين في القيل الوارد في آخر كلامه في بحث الخشبه المغصوبه حيث يجمع بين قيمه و العين للمالك قال في نقده صاحب الجواهر: «قلت: لكنّه مناف لقاعده

لاضرر و لا ضرار و مناف أيضا لملك قيمه التي هي عوض شرعى يقتضى ملك معوّضه للدافع، اللهم إلا أن يقال: إنّها عوض ماليه و إن بقى هو مملوكا، لكنّه كما ترى و ستمتع إن شاء الله تحقيق الحال في المسأله الآتية»(٢).

و قال في بحث الخيط المغصوب: «... بل ستمتع ملك الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة و إن كان متزلزلاً، بل كان ذلك مفروغ منه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعدده ظاهره أو صريحه في أنّ المؤدى عن المضمون عوض شرعى عنه على وجه يقتضى الملك للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين ممّا لا قيمه له و بينها إذا كانت كذلك لو انتزعت، كما في الفرض الذى يتعذر فيه الردّ لنفس العين المغصوبه»(٣).

### السادسه: إذا زال التعذّر هل يجب ردّ العين؟

قال الشيخ الأعظم: «للإشكال فى أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين و صار ممكنا و جب ردّها إلى مالكها - كما صرح به فى جامع المقاصد(٤) - فوراً و إن كان فى احضارها مؤونه، كما

ص: ٦٠٦

١- (٦) المسالك ١٢/١٧٨.

٢- (١) الجواهر ٣٧/٧٦.

٣- (٢) الجواهر ٣٧/٨٠.

٤- (٣) جامع المقاصد ٦/٢٦١.

كان قبل التعذر...»(١).

أقول: قد مرَّ (٢) نقل كلمات القوم في أول البحث في المقام في ضمن كلام صاحب المفتاح (٣) فلا أعيدها.

إن قلنا بصيروره العين المغصوبه ملكا للغاصب المعطى للبدل - كما هو المختار - فإذا زال التعذر لم يجب ردّها إلى مالکها الأول.

و إن ذهبنا إلى بقاء العين المغصوبه على ملك مالکها الأول و عدم انتقالها إلى الدافع للبدل فيجب عليه ردّها إلى المالك.

و يمكن أن يقال (٤): بأن المسأله مبتنيه على أن ملكيه البدل لمالك العين يكون ملكيه لازمه أو جائزه فعلى الأول لا يجوز للمالك الرجوع في العين و على الثاني يجوز.

و الابتناء الأول أولى و أظهر و أسلم من المناقشه.

ولكن الفقيه اليزدي ذهب إلى أن بدليه البدل للعين المغصوبه مقيده بماداميه التعذر عن اداء العين و الخروج عن عهدها و لذا قال: «الظاهر أنه لا خلاف بينهم في التراد إذا ارتفع التعذر من غير فرق بين مثل الغرق و السرقة و الضياع و نحوها مما يعد تلفا عرفا و يكون المدرك للضمان أدله الغرامات، و بين ما إذا كانت العين غير تالفه إلا أنها متعذره الوصول إلى مدّه، و يكون المدرك للضمان قوله صلى الله عليه و آله: «الناس» على البيان السابق. قلت: و لعلّ الوجه في ذلك أنّ البدليه المفهومه من الأدله و قوله صلى الله عليه و آله: «الناس» بدليه ماداميه، إذ الحكم بها إنّما جاء من جهه التعذر، فمع ارتفاعه ينقطع ذلك و يعود كما كان، و لا فرق في ذلك

ص: ٦٠٧

١- (٤) المكاسب ٣/٢٦٧.

٢- (٥) راجع صفحه ٥٦٩ من هذا المجلد.

٣- (٦) مفتاح الكرامه ١٨/١٨٤.

٤- (٧) كما عليه المحقق الخوئي في مصباح الفقاهه ٣/٢٢١.

بين ما لو قلنا ببقاء العين على ملك المالك، و ما لو قلنا بالمعاوضه القهريه التعبدية، إذ على تقدير الثاني أيضا المعاوضه إنما هي مادام التعذر. و لعلّ نظرا لفقهاء أيضا إلى ما ذكرنا من كون البدليه ماداميه، و إلا فمع الإغماض عن ذلك يشكل الحكم...»(١).

و تبعه المحقق النائيني و قال: «إذا ارتفع العذر و تمكّن من ردّ العين إلى مالكة و جب الردّ فورا حتى على القول بالمعاوضه القهريه الشرعيه، لأنّ الحكم بالمعاوضه مترتب على عنوان التعذر و يدور مداره...»(٢).

أقول: بعد الذهاب إلى المبادله القهريه الشرعيه ولو كانت مبدأه تعذر ردّ العين - لأنّه مع إمكان ردّها يجب الردّ - وقعت المبادله و بعد وقوعها حكم بماداميتها للتعذر و إدارتها مداره محل تأمل بل منع، لعدم ثبوت هذا التقييد في المبادله بعدم وجود الدليل عليه. فتبعيه المشهور من وجوب ردّ العين بعد التعذر إلى مالكة على مبناهم تام ولكن على مبنانا من وقوع المبادله القهريه غير تام، لأنّ العين دخلت في ملك الغاصب المعطى للبدل فلا تردّ على المالك الأوّل، و الله العالم.

### السابعه: عدم ضمان ارتفاع القيمه و الزياده بعد دفع البدل

الغاصب الضامن المعطى للبدل يخرج عن عهده ضمان العين بدفع بدلها و لازمه عدم ضمانه لزياده قيمه العين مطلقا - أيّ بلا فرق بين ارتفاع القيمه السوقيه أو للزياده المتصله - كالسمن في الحيوان و تعلّمه - أو للزياده المنفصله - كالثمره و نحوها - أو غيرها - و كذا لا يضمن منافعه لخروج العين عن عهده بدفع البدل.

قال الشيخ الأعظم: «ثم إن مقتضى صدق الغرامه على المدفوع خروج الغارم عن

ص: ٦٠٨

١- (١) حاشيه المكاسب ١/٥٣١.

٢- (٢) منيه الطالب ١/٣٣٦.

عهده العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمه العين بعد الدفع، سواءً كان للسوق أو للزيادة المتصله بل المنفصله - كالثمره - و لا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعه بعد ذلك.

و عن التذكرة (1) و بعض آخر (2) ضمان المنافع، و قوّاه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه (3).

و في موضع من جامع المقاصد أنه موضع توقّف و في موضع آخر رجّح الوجوب (4) (5).

و قبله قال السيّد العاملي: «... و إنّما الاشكال في الأجره للمدّه التي بعد بذل قيمه فهل تلزمه الأجره لها أم لا؟ و قد قرّب في التذكرة (6) اللزوم و الوجوب و قال: إنّه أصح و جهى الشافعيه، لأنّ حكم الغصب باقٍ و إنّما وجبت قيمه للحيلولة فيضمن الأجره لفوات المنفعه و لأنّ العين باقيه على ملكه و المنفعه له. و هو قضيه كلام المبسوط (7) و مال إليه في المسالك (8) و كأنّه قال به في مجمع البرهان (9) و هو الأصح. و قرّب في التحرير (10) و

ص: ٦٠٩

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٢ من الطبع الحجري.

٢- (٢) نحو الشهيد الثاني في المسالك ١٢/٢٠١ و الأردبيلي في مجمع الفوائد ١٠/٥٣٨ و السيّد العاملي في المفتاح ١٨/١٦٨ و صاحب الجواهر في كتابه ٣٧/١٣٩.

٣- (٣) المبسوط ٣/٩٦.

٤- (٤) جامع المقاصد ٦/٢٥١ و ٢٧٣.

٥- (٥) المكاسب ٣/٢٦٦.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٢ من الطبع الحجري.

٧- (٧) المبسوط ٣/٩٥.

٨- (٨) المسالك ١٢/٢٠١.

٩- (٩) مجمع الفوائد و البرهان ١٠/٥٤١.

١٠- (١٠) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٣٥.

الإرشاد(1) و الإيضاح(2) العدم. و فى الشرائع(3) أنه أشبه لأنّ القيمة المأخوذة نازله منزله المغصوب فكأنّ المغصوب عاد إليه و هى الواجبه عليه، فإذا دفعها برئ، و لأنه استحق الانتفاع ببدله و عوضه الذى يقوم مقامه، فإذا قبضه المالك لم يستحق الانتفاع به إذا لم يبق له من ذلك المال على الغاصب حقّ، و إلاّ- لم يكن عوضاً، لكن هذا لا يتم مع الحكم ببقائها على ملك المالك و إنّما نماءها له و عدم وجود مسقط للضمان عن الغاصب لها، فإنّه لا يكون

إلاّ- بردها أو بالمعاوضه عليها على وجه تنتقل به عن ملك مالکها و لم يحصل. و فى جامع المقاصد(4) المسأله محل توقف و نحوه فى الدروس(5) و الكفايه(6)، و يأتى لصاحب جامع المقاصد(7) أنّ الذى يقتضيه النظر الوجوب لبقاء الغصب كما كان...»(8).

و قال فى الجواهر عند اختيار صاحب الشرائع أنّ العدم هو الأشبه: «عند المصنف بأصول المذهب و قواعده التى منها أصل البراءه، و أنّ القيمة المأخوذة مُنَزَّلَةٌ مُنَزَّلَةً المغصوب، فكأنّه عاد إليه بل هى الواجبه عليه و قد دفعها فبرأ، و أنه استحق المالك الانتفاع بالقيمة التى هى عوض و بدل فى المعنى، فلم يبق له على الغاصب حقّ فى ذلك المال، و إلاّ لم تكن فائده للغاصب فى الدفع»(9) ولكن مع ذلك اختار صاحب الجواهر القول

ص: ٦١٠

- ١- (١١) إرشاد الأذهان ١/٤٤٦.
- ٢- (١٢) إيضاح الفوائد ٢/١٧٤.
- ٣- (١٣) الشرائع ٣/١٩١.
- ٤- (١) جامع المقاصد ٦/٢٥١.
- ٥- (٢) الدروس ٣/١١٣.
- ٦- (٣) الكفايه ٢/٦٤٨.
- ٧- (٤) جامع المقاصد ٦/٢٧٣.
- ٨- (٥) مفتاح الكرامه ١٨/١٦٨.
- ٩- (٦) الجواهر ٣٧/١٣٩.

بوجوب أداء الأجره و قال: «فالتحقيق الوجوب...»(١).

أقول: الإشكال على المشهور أنهم اختاروا القول بعدم انتقال العين من المالك إلى الغاصب بدفع البدل فيحتمل أن يكون ارتفاع قيمه مطلقا - للسوق أو للزيادة المتصله أو للزيادة المنفصله - فى ملك المالك، فلم لا يرجع إليه؟ و له حق مطالبته من الغاصب.

ولكن على القول بالانتقال يتم هذا البيان و لا يرد علينا شيء أعنى يكون ارتفاع قيمه فى ملك الضامن المعطى، فكان له. و كذلك يرد الاشكال على من ذهب إلى عدم ضمان المنافع و هو يرى عدم الانتقال.

و الوجه فى الإشكال واضح لأن المنافع و الزيادة و الارتفاع كلها من فروع الملك و من كان له الأصل فله الفرع.

و لعله يظهر من هذه البيانات أن المرتكز فى أذهانهم هو القول بالانتقال و إن كان القول بعدمه على ألسنتهم مشهورا.

### الثامنه: أسباب الضمان عند الشيخ الأعظم قدس سره

قال: «و أدله الضمان قد عرفت أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من

المالك ١- سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى ٢- أو كان الذاهب السلطنه عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال، ٣- أو كان الذاهب الأجزاء أو الاوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته... ٤- لو خرج المضمون عن الملكيه مع بقاء حق الأولويه فيه...»(٢).

و أنت ترى أن أسباب الضمان عنده قدس سره أربعة:

ص: ٦١١

١- (٧) الجواهر ٣٧/١٣٩.

٢- (١) المكاسب ٣/٢٦٥ و ٢٦٤.



الأول: أن يكون الضامن سببا لتلف العين حقيقه فيجب عليه أن يخرج من عهدها لأدله الضمان.

الثانى: أن يكون سببا لانقطاع سلطنه المالك عن ماله كالغرق و الضياع و يعدّ هذا من موارد تلف الحكمى و يحكم ببدل الحيلولة فيها.

الثالث: أن يكون سببا لزوال الأوصاف التى هى دخيله فى ماله العين و سقوط ماليتها مع تسلط المالك عليها فالضمان فى هذا الفرض بالماليه الساقطه الفائته دون نفس العين لأنها موجوده فى يد مالكةا نحو الثلج فى الشتاء و الماء على الشاطىء.

الرابع: أن يكون سببا لسقوط العين عن الماليه و الملكيه معا إمّا شرعا أو عرفا و الأول نحو الخل المنقلب خمرا و الثانى نحو الكوز المكسور أو غيرهما من الظروف فحينئذ على الضامن قيمه العين أو بدلها و للمالك حق الاختصاص بها.

و بالجملة فى جميع الصور الثلاث الأخير يحكم الشيخ الأعظم بلزوم أداء البدل و قيمه من طرف الضامن إلى المالك مع بقاء العين على ملك المالك أو حق اختصاصه بها.

أقول: أما ما ذكره من القسم الأول: فصحيح لا نقاش فيه.

و أما ما ذكره فى القسم الثانى: فقد مرّ وجوب البدل فيه و انتقال العين إلى الضامن المعطى.

و أمّا ما ذكره من القسم الثالث: فنأقشه السيد اليزدى بقوله: «أنّه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفه الملكيه فإنّ الرطوبه الباقيه نظير القصعه المكسوره، فإنّه لا يقال إنّ أجزاءها باقيه على ملكيه مالكةا مع عدم فائده فيها إلا نادرا...»(١).

مراده: ذهاب الوصف إن أوجب سقوط العين عن قابليه الانتفاع بها فتسقط عن

ص: ٦١٢

الماليه و الملكيه معا و إلا فهى مال و ملك معا.

ولكن يمكن أن يدافع عن الشيخ الأعظم بأن سقوط الماليه لا يوجب سقوط الملكيه لإمكان ملكيه ما ليس بمال نحو المعدود من حبات الحنطه و الشعير أو الخيط الباقي فى الثوب أو الرطوبه الباقيه على أعضاء الوضوء و نحوها.

نعم: يرد على الشيخ بأن الضامن المعطى إذا دفع البديل، دخل العين فى ملكه بالمعاوضه القهريه الشرعيه كما مرّ.

و أمّا ما ذكره من القسم الرابع: من أنّ سقوط الماليه و الملكيه معا يوجب تعلق الضمان بالبديل على الضامن فنحن نفترق معه بأن بعد الأداء حقّ اختصاص<sup>(١)</sup> العين يرجع إلى المعطى الدافع للبديل لا المالك كما مرّ.

### **التاسعه: حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعيه ثم رجع إليها**

إذا خرج المغصوب عن صورتها النوعيه ثم رجع إليها، فهل يضمن الغاصب بدله أم عينه؟

فيه احتمالان:

الأول: ضمان البديل لانعدام العين بزوال صورتها النوعيه، و الموجود ثانيا غيره لتخلل العدم بينهما و المعدوم لا يعاد.

الثانى: ضمان العين نفسها، لأنّ الموجود ثانيا عين الأول فى نظر العرف.

ثم إنّ هنا مسألتين:

الأولى: العين الموجوده إذا انعدمت ثمّ عادت إلى الوجود قبل أداء بدلها، فلا بدّ من

ص: ٦١٣

---

١- (١) للبحث حول حقّ الاختصاص و حقيقته و منشأ ثبوته راجع هذا الكتاب: الآراء الفقهيّه ١/ (١٥٧-١٤٧).

أداء العين نفسها، لكونها جامعاً لجميع الخصوصيات التي كانت موجودة في العين المغصوبه، و ادعاء عدم الخلاف في كلام الشيخ الأعظم بقوله: «و يؤيده أنه لو عاد خلا ردت إلى المالك بلا خلاف ظاهر»<sup>(١)</sup> تحمل على هذه المسألة.

الثانية: إذا انعدمت العين و اعطى الغاصب الضامن بدله ثم عادت إلى الوجود، تكون للمعطي بالسيرة العقلانية و المعاوضه القهرية الشرعية.

ثم: بعد انعدام العين و اعطاء الغاصب البدل، هل حق الاختصاص للخمر مثلاً يكون للغاصب المعطى للبدل أم للمالك الأول؟

قد مرّ أنه يكون للغاصب المعطى و لذا لو صار خلاً مجدداً يكون للمعطي، ولكن يظهر من الشيخ الأعظم رحمه الله بقاء حق اختصاص المالك، قال: «ولو خرج المضمون عن الملكيه مع بقاء حق الأولويه فيه كما لو صار الخل المغصوب خمرًا...»<sup>(٢)</sup>.

و المحقق الاصفهاني ذهب إلى وجوب الرد إلى المالك لا لبقاء حق الاختصاص الوارد في كلام الشيخ الأعظم بل لأنه من قبيل عود الملك إلى مالكه، قال: «إنّ وجوب الردّ للعود إلى الملك، فيكون من باب وجوب ردّ الملك لا- من باب ردّ ما يكون المالك أولى به، و العود إلى الملك بعد زوال الملكيه لا يقتضى بقاء حق الأولويه بتوهم التخصيص بلا مخصص و الترجيح بلا مرجح. و ذلك لأنّ زوال الملكيه تاره لموجب الانتقال إلى الغير، و أخرى لبقاء مقتضى حدوث الملكيه من العقد و غيره على حاله، و إنّما سقط عن التأثير بقاء لوجود المانع و هو انقلاب الخل خمرًا فإذا زال المانع أثر المقتضى أثره، من دون وجود حق الأولويه في حال سقوطه عن التأثير، و عدم لزوم الترجيح بلا مرجح بعد وجود المقتضى لملكيه

ص: ٦١٤

١- (٢) المكاسب ٣/٢٦٥.

٢- (١) المكاسب ٣/٢٦٥.

المالك للعين دون غيره واضح جداً، فلا كاشف عن حقّ الأولويه ولا عن تعلق وجوب الردّ بذات الملك...»(١).

و لعلّ مراده قدس سره: أنّ زوال الملكيه تاره يحصل بأحد الموجبات الانتقال من البيع وغيره، وأخرى لوجود مانع من تأثير مقتضى الملكيه بقاءً كانقلاب الخلّ خمرا فحينئذ سقوط المقتضى للملكيه يكون لوجود المانع، فإذا زال المانع أثار المقتضى و يثبت الملكيه، من دون ثبوت حقّ الأولويه تأثيرا خاصا.

و ناقشه تلميذه المحقق السيد الخوئي بقوله: «إنّ الملكيه من الأحكام الشرعيه و هي غير مسببه عن الموجودات الخارجيه، و إنّما هي فعل اختياري للمولى و تابع لكيفيه جعله من حيث السعه و الضيق، و عليه فإسراء أحكام المقتضيات الخارجيه و الموانع التكوينيّه إلى الأحكام الشرعيه بلا موجب، بل المتبع في هذه الموارد دلالة الدليل، و من الواضح أنّ الدليل قد دلّ على أن الخلّ يملك بالهبه و الأثر و نحوهما، ولكنّه إذا انقلب خمرا خرج عن الملكيه و حينئذ فلو عاد إلى حالته الأولى كان الحكم بملكيتيه للمالك الأوّل محتاجا إلى دليل و هو منفي في المقام»(٢).

أقول: ما ذكره قدس سره من الفرق بين الأحكام الشرعيه و الأمور التكوينيّه واضح و أتعرض إلى تحقيق إثباته في أبحاثي الأصوليه مرارا. و رجوع الملكيه و عدمها يعود إلى المسألتين الماضيتين، و كلّ من له الملك فله حقّ الاختصاص بعد زواله.

و كلّ من له حقّ الاختصاص، إذا زال المانع عن الملكيه عادت ملكيته و بما ذكرنا تظهر المناقشه في كلام السيد الخوئي قدس سره و تماميه كلام الشيخ الأعظم من بقاء حقّ

ص: ٦١٥

١- (٢) حاشيه المكاسب ١/٤٤٥.

٢- (٣) مصباح الفقاهه ٣/٢٣١.

الاختصاص مع خروج المال عن الملكيه كما مرّ عنه قدس سره و الله العالم.

### العاشره: هل يعود ملك البدل إلى الغارم بعد تمكّنه من العين؟

قال الشيخ الأعمش: «و هل الغرامه المدفوعه تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طرّو التمكن فيضمن العين من يوم التمكن ضمّانا جديدا بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقيه على ملك مالك العين و كون العين مضمونه بها لا بشيء آخر في ذمه الغاصب فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامه، فلم يحدث في العين إلاّ حكم تكليفي بوجود ردّه و أمّا الضمان و عهده جديده فلا؟ وجهان: أظهرهما: الثاني لاستصحاب كون العين مضمونه بالغرامه و عدم طرّو ما يزيل ملكيته عن الغرامه أو يحدث ضمّانا جديدا،... و حينئذ فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيه المالك للغرامه...»(١).

أقول: ذهب العلامة(٢) إلى التراّد في مسأله إباق العبد ولكن استشكل عليه في قوله: «... فإن عادت فلكلّ منهما الرجوع، و هل يُجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال»(٣).

قال ولده في منشأ الإشكال: «ينشأ من أنّه قد استقر ملكه عليه و لأنّه ينافي البدليه إذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح أن يكون بدلاً قهريا شرعا لما يستقر عليه الملك، و لأنّه قد لا يرغب المعاملون فيه، و من أنّه للحيلولة و قد زالت، و الأوّل أولى لأنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»(٤).

و يمكن تأييد الإشكال بأن ملك المالك ثبت على الغرامه و الأصل بقاؤه.

ص: ٦١٦

١- (١) المكاسب ٣/٢٦٩ و ٢٦٨.

٢- (٢) القواعد ٢/٢٢٨.

٣- (٣) القواعد ٢/٢٣٠.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢/١٨١.

و اعترض المحقق الثاني عليهما و قال: «لا وجه لعدم الردّ أصلاً»<sup>(١)</sup> كما اختاره العلامة

نفسه في التذكرة و قال: «القيمة المدفوعة يملكها المغضوب منه ملكاً مراعى للحيلولة فيزول بزوالها»<sup>(٢)</sup>.

و في الجواهر<sup>(٣)</sup> بيان يأتي في المسألة الآتية فانتظر.

و أمّا بالنسبة إلى مقاله الشيخ الأعظم من جهة التأييد فلا بدّ من التنبيه على أنّ ما يوجب ردّ البديل إلى الغارم هو الردّ الخارجى للعين إلى مالکها لا التمکن من ردّها فقط، بناءً على القول ببديل الحيلولة، لأنّ تعذر ردّ العين تكون علّه لحدوث ضمان البديل فقط و ملكية مالک العين له و بعدها تستصحب لو شك في بقائها.

فحينئذ لو تمكّن من الردّ ولكنه لم يردّ خارجاً، لم يرجع البديل إلى الغارم فلو تلفت العين في يده لم يثبت عليه ضماناً جديداً. و الضمان الأوّل باق. و لكن يجب عليه ردّ العين تكليفاً كما مرّ من الشيخ الأعظم.

و مع ردّ العين خارجاً يجب على مالک العين ردّ البديل إلى الغارم و مع اتلافه يجب ردّ بدله، و بعد الترادّ كلّ مال يعود إلى صاحبه كما يظهر من المحقق النائيني<sup>(٤)</sup> قدس سره .

ولكن قال المحقق السيّد الخوئي رحمه الله في نقده: «إنّ الالتزام بصيروره الغرامه بدلاً عن نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبه المالك العين من الغاصب بعد التمکن منها، فإنّ ذلك الترام بالمتناقضين... نعم، إذا كان... وقوع البديل بإزاء السلطنة دون العين و جب على الغاصب ردّ العين على مالکها بمجرد تمكّنه منها و جاز للمالك أن يطالبه بنفس العين لعدم

ص: ٦١٧

١- (٥) جامع المقاصد ٦/٢٧٢.

٢- (١) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٥ من الطبع الحجري.

٣- (٢) الجواهر ٣٧/١٣٣.

٤- (٣) منية الطالب ١/٣٣٧.

تحقق المعاوضه بينهما... و لا يجوز للمالك أن يتصرف في البديل في فرض جواز مطالبته بنفس العين... [لأنّ] البديل بدلاً عن السلطنه الفائته إلاّ أنّه بدل عنها حال التعذّر من مطالبه العين لا مطلقاً، فإذا ارتفع التعذّر زالت البديله. و من ثمّ إذا حصل التعذّر ثمّ ارتفع قبل أداء البديل لم يكن للمالك مطالبه البديل بلا إشكال. و على ذلك فلا بدّ من التزام برجوع البديل إلى ملك الغاصب و ضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمه»(١).

### الحاديه عشره: هل للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البديل؟

قال في القواعد: «و للغاصب حبس العبد إلى أن يردّ القيمه عليه على إشكال»(٢).

و في التحرير: «له حبسها إلى أن يأخذ القيمه»(٣).

ولكن في التذكره: «الأقرب أنّه ليس له ذلك»(٤)، و في الإيضاح «و هو الأولى»(٥)، و في جامع المقاصد: «الأصح»(٦).

قال في المفتاح تعليلاً لعدم جواز الحبس: «لأنّ دفع القيمه لم يكن على سبيل المعاوضه حقيقه، و قد كان تسليم العبد واجبا فوراً فيستصحب، و لا يجوز حبس مال في مقابله مال آخر قد حبسه مالك المال ظلماً، لأنّ من ظلم لا يظلم»(٧).

و قال في تعليل الجواز: «لأنّه قد دفعها عوضاً، فله حبس المعوّض إلى أن يقبض العوض كسائر المعاوضات، و من ذلك يعرف الوجه في استشكال المصنّف، و محلّ الفرض ما

ص: ٦١٨

١- (٤) مصباح الفقاهه ٣/٢٣٢.

٢- (١) القواعد ٢/٢٢٨.

٣- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٣٥.

٤- (٣) تذكره الفقهاء ٢/٣٨٥ من الطبع الحجرى.

٥- (٤) إيضاح الفوائد ٢/١٧٨.

٦- (٥) جامع المقاصد ٦/٢٦١.

٧- (٦) مفتاح الكرامه ١٨/١٨٨.

إذا لم يعلم أنه لا يردّها عليه وإلاّ فله المقاصه»(١).

قال فى الجواهر: «... وإئما اشكاله [أى اشكال العلامه فى القواعد] فى حبس الغاصب العين إلى أن يقبض ما دفعه من بدل الحيلولة باعتبار كونه كالمعاوضه التى لكل من المتعاضين حبس العوض على الآخر حتى يحصل التقابض. والأقوى خلافه، ضروره عدم المعاوضه التى مقتضاها ذلك فى المقام وإن كانت هى معاوضه معنويه، فليست هى إلاّ نحو من كانت عنده عين لمن كان عنده كذلك، فإنه ليس له الحبس كما هو واضح، خصوصا بعد قوله عليه السلام: «المغصوب مردود»(٢) و الفرض بقاؤه. وإشكاله أيضا فى جبر إعادة المالك البدل لو طلبه الغاصب منه باعتبار ملكه له، والأصل اللزوم، و لتوقف تمام البدليه على تماميه الملك التى منها عدم تسلط الغاصب عليه بنحو ذلك»(٣).

وقال بعد ورقه: «و الأقوى بناءً على ما ذكرناه أن له جبره [أى للغاصب جبر المالك فى أداء البدل] بل فى احتمال أن له الحبس حتى يدفع إليه، لأنه وإن لم يكن معاوضه حقيقه

فهو كالمعاوضه، وإن كان الأصح خلافه كما ذكرناه...»(٤).

وقال الشيخ الأعظم: «إنّ العين بنفسها ليست عوضا ولا معوّضا و لذا تحقّق للمالك الجمع بينها و بين الغرامه، فالمالك مسلّط عليها، و المعوّض للغرامه السلطنه الفائته التى هى فى معرض العود بالترادّ.

اللهم إلاّ أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامه و هى

ص: ٦١٩

١- (٧) مفتاح الكرامه ١٨/١٨٨.

٢- (٨) وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، ح ٤، الباب ١ من أبواب الأنفال و فيه: «الغصب كلّه مردود».

٣- (٩) الجواهر ٣٧/١٣٢ و ١٣٣.

٤- (١) الجواهر ٣٧/١٣٥.



و قال المحقق الخراسانى: «... إنَّ العرف الحاكم فى باب كيفية الغرامات إنَّما يكون بنائهم على العود بالردِّ لا بالتمكّن، و عليه فليس للغارم مطالبه ما دفعه إلاّ بعد الردِّ، كما أنّه ليس له حبسها مطلقا، و إن قلنا بالعود بالتمكّن، كما أنّه ليس للمالك حبس الغرامه، بل يجب على كلّ ردِّ ما عنده و ليس من باب المعاوضه، حتّى جاز لكلّ منهما الامتناع عن التسليم قبل تسليم الآخر، اللهم إلاّ أن يدعى أنّه مقتضى باب الغرامه أيضا، لكنّه لم يثبت فتدبر»(٢).

أقول: ليس لهما الامتناع من ردِّ المال الآخر حتّى يأخذ ماله، و إن ثبت ذلك فى باب المعاوضات نحو البيع لأنّ اشتراط التسليم و التسلم يكون شرطا ضمّيتا فيها، بخلاف المقام لأنّهم يقولون بغرامه بدل الحيلولة من السلطنة الفائته و ليس عندهم معاوضه فلا يجرى ذاك الشرط الضمنى.

بل على القول بكونها معاوضه هى معاوضه شرعيّه قهريه من الشارع بين المالىن لا معاوضه مالكيه بين المالكين حتّى يقال بكون فعلهما متضمّنا لذاك الشرط.

كما يظهر عدم جواز الحبس من الرشتى(٣) و تلميذه الإشكورى(٤) و النائينى(٥) و الاصفهانى(٦) و الإيروانى(٧) قدس الله أسرارهم.

ص: ٦٢٠

١- (٢) المكاسب ٣/٢٧٠.

٢- (٣) حاشيه المكاسب /٤٥.

٣- (٤) كما نقل عنه تلميذه فى بغيه الطالب ١/٢٨٧.

٤- (٥) بغيه الطالب ١/٢٨٧.

٥- (٦) المكاسب و البيع ١/٣٨٨.

٦- (٧) حاشيه المكاسب ١/٤٥١.

٧- (٨) حاشيته على المكاسب ٢/١٦٤.

## الثانيه عشره: لو حبس العين فتلفت هل يضمن بضمان جديد؟

قال العلامة في القواعد: «فإن تلف العبد محبوبا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع الاولى»(١).

قال ولده: «هذا إن قلنا أن له الحبس، و وجه القرب: إن حكم الغصب زال بردّ قيمه و هذه اليد غير الأولى لاستحقاقها و وجوب ردّ المالك قيمه الاولى و أخذ العين و هى القدر الثانيه. و يحتمل عدمه لأنه إنما يستحقّ ردّ الاولى بدفع العين و لم يحصل و لأنّ الحصول فى يد الغاصب لا يؤثر فى زوال ملكيه المالك للقيمه التى فى يده، لأنّ يد الغاصب موجه للضمان فيستقر ملك المالك على قيمه الاولى إن كانت أكثر و هو الأقوى عندى»(٢).

و قال ابن اخته السيد عميدالدين الأعرجي الحلّي فى وجه الضمان بقيمته الآن: «هذا إنما يتمشى على وجوب قيمه يوم التلف، أمّا لو أوجبنا الأكثر كان له الأكثر من القيمتين الاولى و الثانيه»(٣).

ثم وجهه المحقق الثانى بقوله: «و وجهه: إنه إن كان الأقل هو قيمه الاولى فإنه قد دفعها عوضا عن العين باستحقاق فلا يجب ما سواها، و إن كان الأقل هو الثانيه فهى المستحقه بالتلف لأنّ الاولى للحيلولة و قد زالت بجواز الحبس».

ثم ردّه بقوله: «و فيه نظر، لأنّ المدفوع للحيلولة لم يكن عوضا عن العين قطعا و لهذا لا يخرج بذلك عن ملك المالك، و لا يستقر ملكه على المدفوع. و حيث كانت العين باقيه على ملك المالك مضمونه على الغاصب، و خرج بجواز الحبس إلى أن يقبض قيمه عن كونه

ص: ٦٢١

١- (١) القواعد ٢/٢٢٨.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٢/١٧٨.

٣- (٣) نقل عنه المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٦/٢٦٢.

غاصبا وجبت قيمه يوم التلف، على ما اخترناه من وجوب قيمه يوم التلف، فالواجب قيمه يوم التلف هنا، والأصح أنه لا يجوز له الحبس بذلك كما سبق فلا يتغير الحال»(١).

وقال في شرح كلام العلامة: «هذا مبني على جواز الحبس، لأنّ المصنف يرى القول بأعلى القيم، ووجه القرب: إنّ حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس إلى أن يقبض ما دفعه للحيولة، وهذه اليد غير الأولى لكونها مستحقة، ووجوب ردّ المالك القيمة الأولى، فإذا تلف ضمنه بقيمته وقت التلف، فيسترجع القيمة الأولى، و كان حقّه أن يقول:

يسترجع الزائد»(٢).

وقال في الجواهر: «... فلو حبسه و تلف كان ضامنا لقيمته الآن و يرجع بما دفعه أولاً. بل يقوى ذلك و إن قلنا بجواز حبسه كما هو ظاهر عبارته القواعد السابقة، و ذلك لأنّ حكم الغصب قد زال على تقدير جواز الحبس، فهي يد غير الأولى لكونها مستحقة إلاّ- أنّها يد ضمان أيضا كالقبض بالسوم، لأنّه الأصل في كلّ يد قد استولت على مال الغير إلاّ ما خرج من الوديعة و اللقطة و نحوها، كما حررناه غير مرّه.

و من هنا جعل الضمان في المقام بقيمته يوم التلف مع أنّ مذهبه ضمان المغصوب بأعلى القيم، إذ ليس هو إلاّ لخروج اليد عن حكم الغصب باستحقاق الحبس و وجوب ردّ المالك القيمة الأولى». - ثم ذكر توجيه الكركي لكلام السيّد عميدالدين و قال: - «ولكن لا- يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطه بما ذكرناه و بعد الإغضاء عن لفظ «الأقل» في كلامه الذي قيل (٣) إنّ من سهو القلم و إلاّ فالمراد «الأكثر» - ثم شرع في ردّ مناقشه الكركي على السيّد

ص: ٦٢٢

١- (٤) جامع المقاصد ٦/٢٦٢.

٢- (١) جامع المقاصد ٦/٢٦٢.

٣- (٢) القائل هو السيّد العاملی في مفتاح الكرامه ١٨/١٩٠، قال: «و لعلّ الأقل في كلامه من طغيان القلم، أراد أن يثبت الأكثر فأثبت الأقل كما هو الموجود في ثلاث نسخ... و بناه على أنّ الواجب في كلّ مغصوب إذا تلف أعلى القيم من دون التفات إلى دفعها عوضاً أو استحقاقها بالتلف».

عميدالدين فراجع تمام كلامه فى كتابه (١).

قال الشيخ الأعمش: «ثمّ لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنّه لايجرى عليه حكم المغصوب لأنّه حبسه بحقّ، نعم يضمّنه لأنّه قبضه لمصلحه نفسه و الظاهر أنّه بقيمه يوم التلف...» (٢).

أقول: قيمه يوم التلف هو مختاره فى القيميات كما مرّ و مختارنا قيمه يوم الأداء و الضمان فى الحبس واضح و الله العالم.

تمّ الجزء الأوّل من قسم البيع من كتابنا الآراء الفقهيّه بعد منتصف الليل المسفر صباحه من يوم الثلاثاء الثانى و العشرين من ثانى الجمادين عام ١٤٣٠ ببلده أصبهان صانها الله تعالى عن الحدثان.

و الحمد لله ربّ العالمين و صلى الله على سيّدنا محمّد و آله الطيبين الطاهرين المعصومين.

ص: ٦٢٣

---

١- (٣) الجواهر ٣٧/١٣٦.

٢- (٤) المكاسب ٣/٢٧٠.





































١. تبصره الفقهاء (ثلاث مجلدات)، لآيه الله العظمى الشيخ محمدتقي الرازي النجفي الأصفهاني قدس سره صاحب هدايه المسترشدين، تحقيق: السيد صادق الحسيني الإشكوري.
٢. رساله صلاتيه، له أيضا، بالفارسيه، تحقيق: الشيخ مهدي الباقرى السياني.
٣. شرح هدايه المسترشدين، لآيه الله العظمى الشيخ محمدباقر النجفي الأصفهاني نجل صاحب الهدايه (المتوفى عام ١٣٠١ق)، تحقيق: الشيخ مهدي الباقرى السياني.
٤. اشارات ايمانيه، لآيه الله العظمى الشيخ محمدتقي آقا النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٣٢ق)، تحقيق: مهدي الرضوى مع مساعده انجمن مفاخر فرهنگى ايران.
٥. نقد فلسفه دارون، لآيه الله العظمى الشيخ ابوالمجد محمدالرضا النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٦٢ق)، تحقيق: الدكتور حامد ناجى الأصفهاني مع مساعده مكتبه المجلس الشورى الإسلامى.
٦. الآراء الفقهيّه - قسم المكاسب المحرمه - (٣ مجلدات)، لآيه الله الشيخ هادى النجفي.
٧. ترجمه ارشاد الأذهان، للعلامة الحلى، المترجم إلى الفارسيه: آيه الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق) مع مساعده انجمن مفاخر فرهنگى ايران.
٨. أساور من ذهب در احوال حضرت زينب (سلام الله عليها)، لآيه الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق) بالفارسيه، تحقيق: جويبا جهانبخش.
٩. الأرائك فى علم أصول الفقه، لآيه الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق)، مع مساعده The open school شيكاغو أمريكا.
١٠. غرقاب (تراجم أعلام القرن الحادى عشر و ما بعده)، للسيد محمد مهدي الموسوى الشفتى (المتوفى عام ١٣٢٦ق)، تحقيق: مهدي الباقرى السياني و محمود النعمتى.
١١. ترجمه توحيد المفضل إلى إنجليسه، ترجم بأمر آيه الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني، مع مساعده The open school شيكاغو أمريكا، و انتشارات انصاريان قم.
١٢. الكتر الجلى لولدى على (گنج نامه)، للشيخ هادى النجفي، ترجمه على اصغر حبيبي.

سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور : الآراء الفقهیه: قسم البیع / تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری : ۴۴۸ ص.: نمونه.

شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۶۰۲-۹۲۹۰۲-۸-۴

وضعیت فهرست نویسی : فیا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیرنویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/BP/ن۳۶۳۳ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱



تقريظ سماحه المرجع الديني الكبير آيه الله العظمى الشيخ بشير حسين نجفى - دام ظلّه العالى - من النجف الأشرف.

ص: ٣



## تقريف مع تاريخ وضع اللغات الأخيره على الجزء الخامس من كتاب

(الآراء الفقيهه) تأليف سماحه آيه الله الفقيه المحقق و المجتهد المدقق

الأستاذ الشيخ هادى النجفى آل صاحب الحاشيه - دام ظله -

الحمد لله الذى جعل اختلاف الفقهاء مشراً و تمحيصاً للآراء فى أحكام الشريعة الغراء و الصلاه و السلام على سيد المرسلين و صفوه الأنبياء سيدنا و نبينا أبيالقاسم محمد و على آله الميامين النجباء أمناء دار الفناء و شفعاء دار البقاء إلى يوم اللقاء.

ثمّ أما بعد، فقد اطلعتى متفضلاً سماحه آيه الله الفقيه النحرير و المجتهد المحقق القدير الأستاذ الشيخ هادى النجفى - دام ظله - على المجلد الخامس من كتابه القيم النفيس الآراء الفقيهه - قسم البيع (٢) و كنت قد اطلعتُ على المجلدين الثالث و الرابع من هذا الكتاب فإذا بهذا المجلد ينتظم معهما من حيث التحقيق و دقه النظر و سبر الآراء و مناقشاتها فى سلك واحد كأنتظام الدرر الغوالى فى سموط النصار و قد كفانا سماحه شيخنا المصنف - دام ظله - مؤونه إفاضه القول فى وصفه و بيان مزاياه فهو دالٌّ على تبحر مؤلفه و إحاطته بمختلف آراء الفقهاء و مناقشتها مناقشه علميه موضوعيه على قدر ما يقتضيه المقام و تستدعيه الحال من غير حشو مملّ، و لا إيجازٍ مُخلّ، فهو كما قال الشاعر

ص: ٤

القديم و أظنه أبا الطيب المتنبى:

سبوخ لها منها عليها شواهد

و حسب هذا الكتاب تقويماً (١) و مثاله أن بادر كبار الفقهاء و المجتهدين إلى تقرّظه و التنويه به، و أمّا أنا فلا أنتظم فى سلك أولئك الأعظم و إنّما جاء كلامى للإشاره إلى شهادات أولئك الأعلام إذ قد تكون شهادتى هنا من باب المصادره على المطلوب و قد حضرتنى أبيات على جهه الارتجال فى تقرّظ هذا الكتاب بعد أن استوفيت قراءته قراءة مستأنيه و أفدت منه فوائد جليله لا يستكثر على مثل سماحه الشيخ المؤلّف أن يُطرف بها أهل الفضل و العلم و يُتجف طلبه المعارف الإلهيه.

لِلْعَلَمِ (الهادى) حَلِيفِ التَّقَى مَا تَرَّ قَدْ عَزَّ شَرَوَاهَا (٢)

فَكَمْ لَهُ يَبِضُّ أَيَادٍ أَتَتْ تَتْرَى لِأَهْلِ الْفَضْلِ أَسَدَاهَا

وَ كَمْ بِحُوثٍ خَاصٍ فِي لُجَّهَا مُوضِحًا بِالسَّبْرِ فَحَوَاهَا

وَ مُبْهَمَاتِ الْفِقْهِ فِي دِينِنَا قَدْ كَشَفَ «الشَّيْخُ» خَفَايَاهَا

فَهُوَ هُوَ الْبَحْرُ بِلا سَاحِلٍ إِنْ حَزَرَ الْقَوْلَ وَ إِنْ فَاهَا

أَعْظَمَ بِهِ مِنْ (مَاتِنِ) جِهْنِدِ (هادٍ) بِهِ الْإِسْلَامُ قَدْ بَاهَى

وَ مِنْ (مُحَشِّ) مِثْلَمَا جَدُّهُ (مَعَالِمِ) الْأُصُولِ حَشَّاهَا

ص: ٥

١-١ . تقويماً: قَوْمَ الشَّىءِ ذَكَرَ قِيَمَتَهُ وَ الْعَصْرِيُونَ يَسْتَعْمَلُونَهُ بِالْيَاءِ (قِيَمٍ) وَ هَذَا خَطَأً فَاحِشٌ وَ كَأَنَّهُمْ اغْتَرَوْا بِظَاهِرِ كَلِمَةِ (الْقِيَمَةِ) وَ فَاتَهُمْ أَنَّ أَصْلَ الْقِيَمَةِ: (قَوْمَهُ) وَ إِنَّمَا قَلَبْتَ الْوَاوَ يَاءً لِسُكُونِهَا وَ كَثُرَ مَا قَبْلَهَا تَخْفِيفًا فَإِذَا اسْتَعْمَلَ الْفِعْلُ فَيَكُونُ بِالْوَاوِ (قَوْمَ).

٢-٢ . شرواها: مثلها.

وَ سَفْرُهُ (الآراء) مَوْسُوعُهُ (١) فِي الْفِقْهِ قَدْ جَلَّتْ مَرَايَاهَا

وَ مُذْ أَتَى خَامِسُ أَجْرَاءِهِ يُزْفُّ لِلْحَوَزَاتِ بُشْرَاهَا

بِمُنْتَهَى الضَّبِطِ (٢) لَقَدْ أَرْحُوا: مُخْتَلِفُ الْآرَاءِ جَلَّاهَا (٣)

٩ ١١٥٠ ٢٣٤ ٤٠

سنة ١٤٣٣ هـ -

و أشكر الأستاذ الخطاط الكبير الشيخ على بن حيدر الحساني النجفي الذي تطوع بأن يكتب ما أملى عليه بسبب ما عراني من ضعف الحال في هذه الأيام، و الحمد لله في الأولى و الآخرة.

و أملاه في المدرسة المهدية العلمية الديتية في النجف الأشرف.

الأقل

عبدالستار عفا عنه المليك الغفار

ص: ٦

١-١ . موسوعه: استعملت هذه الكلمة بناءً على ما شاع في لغة المتأخرين و إن لم يكن لها مدرك أصيل في لغة الفصحاء.

٢-٢ . بمنتهى الضبط: في عبارته (بمنتهى الضبط) توريه و ذلك بإضافه حرف الطاء الذي هو في آخر كلمه الضبط و قيمته (٩) إلى ماده التاريخ.

٣-٣ . جَلَّاهَا: جاء الضمير في كلمه جَلَّاهَا مؤنثا على حد قول العرب: قطعت بعض أصابعه. و قول الشاعر: و ما حُبُّ الديار شغفن قلبي... الخ. فالتأنيث هنا لمرآعاه المضاف إليه.

## فصل: شرائط المتعاقدين

اشاره

ص: ٧



شرائط المتعاقدين متعدده:

١- البلوغ

٢- العقل

٣- القصد

٤- الاختيار

٥- إذن السيد لو كان العاقد عبدا

٦- ملك أمر البيع إما بملك العوضين - من دون حَجْر - وإما بولاية التصرف و... .

ص: ٩

و هو تحوّل من مرحله الصبا إلى الشباب بتغيرات خاصه معلومه فى الجسد و هو الورود فى عالم الكبار.

علامه البلوغ هى خروج المنى فى النوم أو اليقظه، أو إنبات شعر الخشن على العانه أو إكمال خمس عشره سنه قمرية (١) للذكر و تسع سنين قمرية (٢) للأنثى، و فى فرض عدم معلوميه مقدار عمرها تعد رؤيه الدم بصفات الحيض أو الحمل يحكم بتحقق البلوغ قبلهما.

قال فى المفتاح: «و اشتراط البلوغ هو قضيه ما فى المبسوط (٣) و الخلاف (٤) أو صريحهما حيث قال فيهما: «لا يصح بيع الصبى و لا- شراؤه أذن له الولى أم لم يأذن» و كذا قال فى المختلف (٥)، و قضيه ما فى الوسيله حيث قال: «يشترط كونهما - يعنى المتعاقدين - نافذى التصرف فى مالهما» (٦)، و ما فى الغنيه حيث قال: «لا- يعقد بيع من ليس بكامل العقل و لا شراؤه و إن أجازة الولى بدليل الإجماع و يحتج على المخالف بما رووه من

ص: ١٠

١-١ . و هى أقل من الشمسيه بمقدار ١٦٤ يوما تقريبا.

٢-٢ . و هى أقل من الشمسيه بمقدار ٩٨ يوما تقريبا.

٣-٣ . المبسوط ٢/١٦٣.

٤-٤ . الخلاف ٣/١٧٨، مسأله ٢٩٤.

٥-٥ . مختلف الشيعه ٥/٥٨.

٦-٦ . الوسيله ٢٣٦/.

رفع القلم عن الثلاثة»، الحديث (١) (٢)، وقضيه ما فى المراسم حيث ذكر فى الشرط العام «أن يكون المبيع ملك البائع أو ملك موكله أو يكون أبا المالك و يكون هو صغيرا فإنه يبيع عليه بلا رد» (٣) انتهى، و صريح الشرائع (٤) و النافع (٥) و التذكرة (٦) و نهايه الأحكام (٧) و التحرير (٨) [و القواعد (٩)] و الإرشاد (١٠) و شرحه لولد المصنف (١١)، و الدروس (١٢) و اللمعه (١٣) و الميسيه (١٤) و المسالك (١٥) و الروضه (١٦) و غيرها (١٧) (١٨).

و استدلووا عليه بوجه:

## الأول: الإجماع

عن حجر التذكرة: «الصغير محجور عليه بالنص و الإجماع - سواء كان مميزا أولا

ص: ١١

- ١-١ . سنن البيهقى ٦/٥٧، مسند أحمد ٦/١٠٠.
- ٢-٢ . غنيه النزوع / ٢١٠.
- ٣-٣ . المراسم / ١٧١.
- ٤-٤ . الشرائع / ٢٨.
- ٥-٥ . المختصر النافع / ١١٨.
- ٦-٦ . تذكرة الفقهاء ١٠/١١.
- ٧-٧ . نهايه الأحكام ٢/٤٥٣.
- ٨-٨ . تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٥.
- ٩-٩ . قواعد الأحكام ٢/١٧.
- ١٠-١٠ . ارشاد الأذهان ١/٣٦٠.
- ١١-١١ . نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٥٤٥.
- ١٢-١٢ . الدروس ٣/١٩٢.
- ١٣-١٣ . اللمعه / ١١٠.
- ١٤-١٤ . نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٥٤٥.
- ١٥-١٥ . المسالك ٣/١٥٤.
- ١٦-١٦ . الروضه البهيه ٣/٢٢٦.
- ١٧-١٧ . كالكفايه ١/٤٤٩ و الحدائق ١٨/٣٦٧.
- ١٨-١٨ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٤٥.



- فى جمىع التصرفات إلا ما يستثنى كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهدية و إذنه فى دخول الدار على خلافٍ فى ذلك».(١)

و قال ولده فى شرح تنظر والده فى صحه بيع المميز و شرائه: «ينشاء من أن البلوغ شرط إجماعا، قيل فى اعتبار الصيغه و صلاحيتها لترتب الحكم عليها لمساواته النائم و المجنون فى رفع القلم للحديث...».(٢)

و عن الدروس فى تعريف البيع: «و هو الإيجاب و القبول من الكاملين...».(٣) و يعنى بكمال المتعاقدين بلوغهما و عقلهما، فعقد الصبى باطل و إن أذن له الولى أو أجازة أو بلغ عشا فى الأشهر، و كذا عقد المجنون».(٤)

و أنت ترى بأن التعبير بالأشهر لتضعيف للإجماع لا تأييده و ليس فى كلامه المشهور كما حكاه عنه السيد المجاهد(٥) و الشيخ الأعظم(٦).

و قال الفاضل المقداد فى آيات أحكامه: «اختلف فى معنى ابتلائهم، فقال أبوحنيفة: هو أن يدفع إليه ما يتصرف فيه، و قال أصحابنا و الشافعى و مالك: هو تتبع أحواله فى ضبط أمواله و حسن تصرفه بأن يكل إليه مقدمات البيع، لكن العقد لو وقع منه كان باطلاً، يلزم على قول أبيحنيفة أن يكون العقد صحيحا».(٧)

و أنت ترى بأنه نسب إلى أصحابنا عدم صحه عقد الصبى.

و قد ناقش الأردبيلى فى اجماع التذكرة و قال: «الإجماع مطلقا غير ظاهر».(٨)

ص: ١٢

١-١ . تذكرة الفقهاء ١٤/١٨٥.

٢-٢ . إيضاح الفوائد ٢/٥٥.

٣-٣ . الدروس ٣/١٩١.

٤-٤ . الدروس ٣/١٩٢.

٥-٥ . المناهل ٢٨٦.

٦-٦ . المكاسب ٣/٢٧٥.

٧-٧ . كتر العرفان ٢/١٠٢.

٨-٨ . مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥٢.

و قال السبزواری: «فیشرط أن یكون المتعاقدين (١) عاقلین بالغین - علی المشهور - مختارین...» (٢).

نسب اعتبار البلوغ إلى المشهور.

قال فی الحدائق: «ظاهره [العلامة] دعوی الإجماع... مع أنك قد عرفت وجود المخالف فی ذلك» (٣). لأنه نقل من جماعه من الأصحاب وجود القول بجواز بیع الصبی و شرائه إذا بلغ عشرة و كان عاقلاً و رُدوه بالضعف. (٤)

و فی شرح القواعد: «و للإجماع محصلاً و منقولاً...» (٥).

و فی المفتاح: «أن الإجماع منقول و معلوم فلا یلتفت إلى الخلاف النادر...» (٦).

و فی الجواهر: «بلا خلاف معتد به أجده فیہ بل الإجماع بقسمیه علیه...» (٧).

و فی العناوین: «الإجماع المحصل من الأصحاب الظاهر بالتتابع فی كلامهم حیث إنهم یشرطون ذلك فی جمیع العقود و الإیقات و هو الحجج و مخالفه من یدکر بعد ذلك من الأصحاب غیر قاده فی الاجماع...» (٨).

أقول: قد مرّ من الغنیة (٩) إدعاء الإجماع علیه ولكن قال فی المكاسب: «المشهور... بطلان عقد الصبی» (١٠). و التعبير بالمشهور فی كلامه و كلام السبزواری و

ص: ١٣

١-١ . كذا فی الأصل، و الصواب المتعاقدان.

٢-٢ . الكفاية ١/٤٤٩.

٣-٣ . الحدائق ١٨/٣٦٨.

٤-٤ . راجع الحدائق ١٨/٣٦٧.

٥-٥ . شرح القواعد ٢/٣٩ للشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء.

٦-٦ . مفتاح الكرامة ١٢/٥٤٧.

٧-٧ . الجواهر ٢٢/٢٦٠.

٨-٨ . العناوین ٢/٦٧٤.

٩-٩ . الغنیة / ٢١٠.

١٠-١٠ . المكاسب ٣/٢٧٥.

بالأشهر فى كلام الشهيد لوجود الأقوال الآخر فيها و قد أنهاها الفقيه المامقانى (١) إلى سبعة أقوال.

و الحاصل: لو تم الإجماع - و لم يتم لوجود سبعة أقوال فى المقام - لا يفيدنا لاحتمال أن يكون مدركيا و ليس بتعبدى و أشار إلى أن الإجماع يكون مدركيا الشيخ الأعظم بقوله: «نعم لقائل أن يقول إن ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضى و غيرهم خصوصا المحقق الثانى - الذى بنى المسألة على شرعيه أفعال الصبى - يدل على عدم تحقق الإجماع» (٢).

مراده: تردّد المحقق (٣) فى اجاره المميّز بإذن الولى - بعد ما جزم بالصحة فى العاربه - (٤) و استشكل العلامة (٥) فيها [أى فى الاجاره] - بعد ما جزم بالطلان - فى التذكرة. (٦)

و كذا قال فى القواعد: «و هل يصح بيع المميّز و شراؤه مع إذن الولى نظر» (٧).

و قال ولده فى شرحه: «ينشأ من أن البلوغ شرط إجماعا... و من وقوعها بإذن الولى فصار كما لو صدر منه، و الأقوى عدم الصحة» (٨).

و كذا قال القاضى ابن البراج: «و إذا اشترى الصبى التاجر أرضا، و حجره أبوه عليه فدفعها مزارعه بالنصف إلى غيره، يزرعها ببذره و عمله فعمل على ذلك كان الخارج للعامل و عليه نقصان الأرض، فإن لم يكن فى الأرض نقصان كان الخارج بينهما على

ص: ١٤

١-١ . غايه الآمال / ٣٢٢ و ٣٢١.

٢-٢ . المكاسب ٣/٢٨٠.

٣-٣ . الشرائع ٢/١٤١.

٤-٤ . الشرائع ٢/١٣٥.

٥-٥ . قواعد الاحكام ٢/٢٨١، تحرير الأحكام الشرعيه ٣/٨٠.

٦-٦ . تذكرة الفقهاء ٢/٢٩٠ من الطبع الحجرى (١٨/١١).

٧-٧ . قواعد الأحكام ١/١٣٧.

٨-٨ . إيضاح الفوائد ٢/٥٥.

شرطهما، فإن كان البذر من جهة الدافع كان الخارج بينهما و له عليه عوض البذر فى جميع الوجهين و يغرم نقصان الأرض و هكذا لو لم يخرج الأرض شيئا»<sup>(١)</sup>.

حيث يرى صحة شراء الصبى التاجر و هو بالطبع يكون مميزا رشيدا.

و كذا ابتداء المسأله عند المحقق الثانى<sup>(٢)</sup> على شرعيه عبادات الصبى و تمرينيتها، دليل على عدم وجود إجماع مدركى فى المقام.

و قال الشيخ الأعظم بعد نقل ما مرّ من حجر التذكرة: «و استثناء إيصال الهدية و إذنه فى دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله...»<sup>(٣)</sup>.

مراده: غرض العلامة أنّ قول الصبى و فعله كالعدم و لا يترتب عليه شيء. لأصالة الاتصال فى الاستثناء فيندرج فيه جميع أقواله و أفعاله إلا ما استثنى، فلو أجرى الصبى العقد بوكاله عن غيره لا يصح لعدم العبره به.

وفيه: لا يتم ما ذكره من أنّ معقد النص و الإجماع بقريته اتصال الاستثناء يشمل موارد التى يكون الصبى فيها كمجرد آله نحو إنشاء عقد و كاله عن الغير أو بأمر من وليه، لعدم استقلاله فى ذلك بل الصبى فيه عاقد محض بل آله محض بل كاللسان من الإنسان، كما يظهر الإشكال من المحققين: الخراسانى<sup>(٤)</sup> و الفقيه اليزدى<sup>(٥)</sup> و الإيروانى<sup>(٦)</sup> و الاصفهانى<sup>(٧)</sup> قدس سرهم .

## الثانى: آيه الابتلاء

و هى قوله تعالى: «و ابتلوا اليتيم حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا

ص: ١٥

١-١ . المهدب ٢/٢٠، مختلف الشيعة ٦/١٨٨.

٢-٢ . جامع المقاصد ٥/١٩٤.

٣-٣ . المكاسب ٣/٢٧٥.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٤٦/.

٥-٥ . حاشيته على المكاسب ٢/١٦.

٦-٦ . حاشيته على المكاسب ٢/١٦٦.

٧-٧ . حاشيه المكاسب ٢/٩.

فادفعوا إليهم أموالهم...»(١).

و قال تعالى قبله فى صدر سورة النساء: «وَأَتُوا اليتى أموالهم و لا تبدلوا الخبيث بالطيب و لا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوبا كبيرا»(٢).

و كذا قال تعالى بعد الثانيه و قبل الأولى: «و لا تُؤثروا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قيما و ارزقوهم فيها و اكسوهم و قولوا لهم قولا معروفا»(٣).

بتقريب: لابد من إعطاء أموال اليتامى إليهم ولكن بشرط عدم السفاهه فيهم، لأن السفاهه محجور عليه، فأمر سبحانه بامتحان اليتامى لخروجهم عن السفه بالبلوغ و الرشد - و هو العقل الذى يتشخص المصلحه عن المفسده و يمكن به من إصلاح ماله - و بعد حصول الأمرين المذكورين فى الآيه الشريفه و هما البلوغ و الرشد أمر بإعطاء أموالهم.

فيظهر توقف إعطاء أموالهم إليهم على أمرين: ١- البلوغ ٢- الرشد.

و بعد الغاء الخصوصيه من الأيتام يمكن التعدى إلى كل صبي غير بالغ ولو لم يكن يتيما له.

قال الشيخ فى تفسيره: «هذا خطاب لأولياء اليتامى، أمر الله تعالى بأن يختبروا عقول اليتامى فى أفهامهم و صلاحهم فى أديانهم و إصلاح أموالهم. و هو قول قتاده و الحسن و السدى و مجاهد و ابن عباس و ابن زيد. و قد بينا أن الإبتلاء معناه الإختبار فيما مضى.

و قوله: «حتى إذا بلغوا النكاح» معناه: حتى يبلغوا الحد الذى يقدر على مجامعه النساء و ينزل، و ليس المراد الإحتلام، لأن فى الناس من لا يحتلم أو يتأخر إحتلامه و هو قول أكثر المفسرين، مجاهد و السدى و ابن عباس و ابن زيد. و منهم من قال: إذا كمل عقله و أونس منه الرشد سلم إليه ماله و هو الأقوى. و منهم من قال: لا يسلم إليه حتى يكمل له خمس عشره سنه، و إن كان عاقلا لأن هذا حكم شرعى و بكمال العقل

ص: ١٦

١-١ . سورة النساء ٦/.

٢-٢ . سورة النساء ٢/.

٣-٣ . سورة النساء ٥/.

تلزمه المعارف لا غير، و قال أصحابنا: حدّ البلوغ إمّا بلوغ النكاح أو الإنبات فى العانه أو كمال خمس عشره سنه.

و قوله: «فإن آنستم منهم رشدا» معناه: فإن وجدتم منهم رشدا و عرفتموه و هو قول ابن عباس... .

و اختلفوا فى معنى الرشده، فقال السُّدى و قتاده: معناه عقلاً و دينا و صلاحا. و قال الحسن و ابن عباس: معناه صلاحا فى الدين و إصلاحا للمال. و قال مجاهد و الشعبي معناه: العقل، قال: لا يدفع إلى اليتيم ماله و إن أخذ بلحيته و إن كان شيخا حتى يؤنس منه رشده: العقل. و قال ابن جُرَيْج: صلاحا و علما بما يصلحه.

و الأقوى أن يحمل على أن المراد به العقل و إصلاح المال على ما قال ابن عباس و الحسن، و هو المروى عن أبيجعفر عليه السلام، للاجماع على أن من يكون كذلك لا يجوز عليه الحجر فى ماله و إن كان فاجرا فى دينه، فإذا كان ذلك إجماعا فكذلك إذا بلغ، و له مال فى يد وصى أبيه أو فى يد حاكم قد ولى ماله، و جب عليه أن يسلم إليه ماله إذا كان عاقلاً مصلحا لماله و إن كان فاسقا فى دينه. و فى الآيه دلالة على جواز الحجر على العاقل إذا كان مفسدا فى ماله من حيث أنه إذا كان عند البلوغ يجوز منعه المال إذا كان مفسدا له، فكذلك فى حال كمال العقل إذا صار بحيث يفسد المال جاز الحجر عليه و هو المشهور فى أخبارنا. و من الناس من قال: لا يجوز الحجر على العاقل، ذكرناه فى الخلاف.

و قوله: «فادفعوا إليهم أموالهم و لا تأكلوها إسرافا و بدارا»: فهو خطاب لأولياء اليتيم، أمرهم الله تعالى إذا بلغ اليتيم و أونس منه الرشده على ما فسّرناه، أن يسلم إليه ماله و لا يجسه عنه...»(١).

أقول: الذى يَظْهَرُ من كلام الشيخ لزوم توفّر الشرطين لدفع أموالهم وَهُما: البلوغُ و الرُّشْدُ كما صرح فى كلامه الأخير و هو ظاهر على بن ابراهيم القمى فى تفسيره(٢) و

ص: ١٧

١-١ . التبيان ٣/ (١١٨-١١٦).

٢-٢ . تفسير القمى ٧١/ من الطبع الحجرى، ١/١٣١ من الطبع الحروفى.

تبعهما جماعه، منهم: القطب الراوندى فى فقه القرآن(١) و الطبرسى فى مجمع البيان(٢) و أبو الفتوح الرازى فى روض الجنان(٣) و كما يظهر ذلك من الفاضل المقداد فى كنز العرفان(٤) و الفيض فى تفسيريه الصافى(٥) و الأصفى(٦)

و ذهب جماعه من العامه إلى هذا القول منهم: الثعلبى فى تفسيره(٧)

ولكنَّ هناك قولاً آخرَ: و هو أنَّ البلوغ فى الآيه غايه للإبتلاء، كما صرح به القطب الراوندى وقال: «وقت الاختبار يجب أن يكون قبل البلوغ»(٨) و أمياً، تمام الموضوع لدفع أموالهم فهو الرشد فقط من دون بلوغ كما يظهر هذا القول من جماعه من المفسرين منهم: الزمخشرى فى الكشاف(٩) و الطبرسى فى جوامع الجامع(١٠) و البيضاوى فى أنوار التنزيل(١١) و المشهدى فى كنز الدقائق(١٢).

و لذا قال المحقق الإيروانى: «لا يبعد استفاده أنَّ المدار فى صحه معاملات الصبى على الرشد من الآيه «و ابتلوا اليتامى...» على أن تكون الجملة الأخيره استدراكا عن صدر الآيه و أنه مع استيناس الرشد لا يتوقف فى دفع المال و لا ينتظر البلوغ و أنَّ اعتبار البلوغ طريقيٌّ اعتبر أماره إلى الرشد بلا موضوعيه له بل يستفاد هذا المعنى من عدّه من

ص: ١٨

- 
- ١-١ . فقه القرآن ٢/٧٣.
  - ٢-٢ . مجمع البيان ٣/٩.
  - ٣-٣ . روض الجنان ٥/٢٥٤.
  - ٤-٤ . كنز العرفان ٢/١٠٣ و ١٠٤.
  - ٥-٥ . الصافى ١٠٨/ من طبع الحجرى.
  - ٦-٦ . الأصفى ١٣٨/ و ١٣٩.
  - ٧-٧ . الكشاف و البيان ٣/٢٥٤.
  - ٨-٨ . فقه القرآن ٢/٧٣.
  - ٩-٩ . الكشاف ١/٤٧٣ و ٤٧٤.
  - ١٠-١٠ . جوامع الجامع ١/٢٣٧.
  - ١١-١١ . أنوار التنزيل ٩٠/ من الطبع الحجرى.
  - ١٢-١٢ . كنز الدقائق ٢/٣٥٠.

أقول: ظهر ممّا سردناه عليك أنّ في الآية الشريفه احتمالين:

أحدهما: اعتبارا لبلوغ و الرشد معا.

و ثانيهما: اعتبار الرشد فقط و أنّ البلوغ غايه للإبتلاء.

و إذا حَصَلَ الاحتمال بطل الاستدلال فلا يمكن التمسك بالآيه الشريفه لإثبات اعتبار البلوغ و لا نفيه(٢)، و لعلّ هذا هو سرّ عدم استدلال الشيخ الأعظم رحمه الله بها و الله العالم.

### الثالث: حديث رفع القلم عن الصبي

قد ورد هذا المضمون في عدّه من الروايات:

منها: خبر يونس بن ظبيان قال: أتى عُمَرُ بامرأه مجنونه قد زنت فأمر برجمها، فقال على عليه السلام: أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثه: عن الصبي حتّى يحتلم، و عن المجنون حتّى يفيق و عن النائم حتّى يستيقظ.(٣)

في سند هذه الروايه إيرادات:

١- الحسن بن محمّد بن الحسن السكوني: «روى عنه التلعكبرى و سمع منه في داره بالكوفه سنه ٣٤٤ و ليس له منه الإجازة» كما في باب من لم يرو عنهم عليهم السلام في رجال الشيخ(٤) و هو من مشايخ الصدوق في هذه الروايه.

٢- و أمّا الحضرمي: «فهو زرعه بن محمّد قال النجاشي: «أبو محمّد الحضرمي ثقّه روى عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام و كان صحب سماعه و أكثر عنه و وقف»(٥).

ولكن بين هذا الحضرمي و هو زرعه بن محمّد و بين الصدوق ثلاث وسائط كما يظهر من

ص: ١٩

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٧٠.

٢-٢ . كما يظهر هذ الاستدلال من العقد النضيد ٢/٤١٧.

٣-٣ . وسائل الشيعه ١/٤٥، ح ١١، الباب ٤ من أبواب مقدمات العبادات.

٤-٤ . رجال الشيخ ٤٦٨/، الرقم ٣٤.

٥-٥ . رجال النجاشي ١٧٦/، الرقم ٤٦٦.



سند النجاشي (١) إليه أن ابن الوليد استاد الصدوق يروى عنه بواسطتين. وروايه الصدوق عن زرعه بواسطه واحده بعيد جداً، و إن كان المراد بالحضرمي غيره فلا ندري من هو؟

٣- و ابراهيم بن أبي معاوية: مهمل ابن مهمل و كلاهما في السند.

و أمّا: سليمان بن مهران فهو: أبو محمّد الأسدي مولا هم الأعمش الكوفي من رجال الصادق عليه السلام (٢) و هو معتمد معتبر جليل عظيم معروف بالفضل و الثقة و الجلاله و التشيع و الاستقامه.

و العامه أيضاً مُثَنون عليه، مطبقون على فضله و ثقته، مقرّون بجلالته مع اعترافهم بتشييعه... له ألف و ثلاثمائة حديث. مات سنه ثمان و أربعين و مائه عن ثمان و ثمانين سنه» كما في الرواشح السماويه (٣) للمحقّق الداماد قدس سره .

٤- يونس بن ظبيان: «مولي، ضعيف جداً لا يلتفت إلى ما رواه، كلّ كتبه تخليط» كما في النجاشي (٤). و هذا الذي يروى عن أبي عبدالله عليه السلام في القرن الثاني من الهجره لا يتمكن من نقل واقعه من اوائل القرن الأول من دون واسطه.

فهذا حال سند روايه الخصال باختصارٍ.

ولكن ورد هذا المضمون مختصراً و هذه الروايه مُفَصَّلَةٌ في إرشاد المفيد قال: «فصل: في ذكر ماجاء من قضاياها [أي أمير المؤمنين] عليه السلام في إماره عمر بن خطاب: فمن ذلك ماجاءت به العامه و الخاصه... (٥) و رووا: أنّ مجنونه على عهد عمر فجر بها رجل، فقامت البيه عليها بذلك، فأمر عمر بجلدها الحد، فمّر بها على أمير المؤمنين عليه السلام لِيُتَجَلَدَ، فقال: مابال مجنونه آل فلان تعتل (٦)، فقيل له: أنّ رجلاً فجر بها و هرب، و قامت البيه

ص: ٢٠

١-١ . رجال النجاشي / ١٧٦، الرقم ٤٦٦.

٢-٢ . رجال الشيخ / ٢٠٦، الرقم ٧٢.

٣-٣ . كما في الرواشح السماويه / ١٣٢، الراشحه الثانيه و العشرون.

٤-٤ . رجال النجاشي / ٤٤٨، الرقم ١٢١٠.

٥-٥ . الإرشاد ١/٢٠٢.

٦-٦ . تعتل: تجذب جذبا عنيفا.

عليها، فأمر عمر بجلدها، فقال لهم: رُدُّوها إليه و قولوا له: أما علمت أن هذه مجنونه آل فلان، و أن النبي صلى الله عليه و آله قال: رُفِعَ القلمُ عن ثلاثة: عن المجنون حتّى يفيق، إنّها مغلوبه على عقلها و نفسها، فُرِدَّتْ إلى عمر، و قيل له ما قال أمير المؤمنين عليه السلام ، فقال: فرّج الله عنه، لقد كدتُ أن أهلك في جلدتها. و درأ عنها الحدَّ»(١).

مثل هذه القضية المرويه في كتب الخاصه(٢) و العامه(٣) لا يحتاج إلى السند لشهرتها.

و من الواضح أنّ المفيد لم يذكر الاثنين الآخرين في روايتها لأجل التلخيص و عدم وجود المصداق لهما في القضية.

و منها: خبر سليمان المروزي عن الرضا عليه السلام أنّه قال في حديث: و إنّ الصبي لا يجرى عليه القلم حتّى يبلغ.(٤)

و منها: خبر أبي البختری عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام أنّه كان يقول في المجنون و المعتوه الذي لا يفيق، و الصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله، و قد رفع عنهما القلم.(٥)

و منها: موثقه عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاه؟ فقال: إذا أتى عليه ثلاث عشره سنه، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه

ص: ٢١

١-١ . الإرشاد ١/٢٠٤ و ٢٠٣ و نقل عنه في وسائل الشيعه ٢٨/٢٣، ح ٢، الباب ٨ من أبواب مقدمات الحدود.

٢-٢ . المناقب ٢/٣٦٦، بحار الأنوار ٧٩/٨٨، ح ٦ و ٣٠/٦٨٠ نقل عن مصادر العامه.

٣-٣ . أنت تجد نحوها في مسند أحمد ١/١٥٤، سنن أبي داود ٤/١٤٠، مسند أبي يعلى ١/٤٤٠، سنن الدار قطنى ٣/١٣٨، ح ١٧٣، سنن البيهقي ٨/٢٦٤، سنن سعيد بن منصور ٢/٦٧، المستدرک على الصحيحين ٢/٥٩.

٤-٤ . فضائل الأشهر الثلاثه ١١٦/، ح ١١١ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ١/٨٧، ح ٩، الباب ٤ من أبواب مقدمه العبادات.

٥-٥ . وسائل ٢٩/٩٠، ح ٢، الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

الصلاه و جرى عليه القلم، و الجاربه مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشره سنه أو حاضت قبل ذلك، فقد وجبت عليها الصلاه و جرى عليها القلم. (١)

في هذه الموثقه ثلاثه أحكام مخالفه للإجماع:

١- بلوغ الغلام بالسن هو الخامسه عشره سنه، أو خُروج المَنَى في النوم أو اليقظه، أو نَبات الشعر الخشن فوق العانه، و قد أُدعى الإجماع (٢) على السن.

٢- بلوغ الجاربه بثلاث عشره سنه الوارده في الروايه مخالف للإجماع. (٣)

بل و قد اعتبر صاحب الجواهر (٤) تسع سنين في بلوغها ممّا استقر عليه المذهب.

٣- التساوى بين بلوغهما في السن فهذا أيضا مخالف للإجماع.

فالأصحاب كلهم أعرضوا عن هذه الموثقه و إعراضهم يوجب وهنها، ولكن يمكن الأخذ برفع القلم الوارد فيها لجواز التفكيك بينه و بين سنّ البلوغ الوارد فيها في الحجبه.

و كونها «على نسق واحد بنحو العطف و المعطوف عليه» (٥) و «اندارجها في عنوان الشاذ و النادر» (٦) لا يضرّ بذلك بعد الذهاب إلى جواز التفكيك في الحجبه.

ص: ٢٢

١- ١. وسائل الشيعه ١/٤٥، ح ١٢، الباب ٤ من أبواب مقدمه العبادات.

٢- ٢. قال في مفتاح الكرامه ١٦/٣٢: «و يدل على المشهور في الذكور [خمس عشره سنه]» الاصول الكثيره و الإجماعات التي كادت تبلغ اثنتي عشره إجماعا من صريح و ظاهر و مشعر به، بل هو معلوم، و مع ذلك قد أُيدت بالشهرات المستفيض نقلها مع العلم بها و أخبار الباب و هي بين عاميه و خاصيه». و في الجواهر ٢٦/١٦: «على المشهور بين الأصحاب في المقام شهره عظيمه كادت تكون إجماعا كما اعترف بذلك في المسالك [٤/١٤٤] بل نقلها مستفيض أو متواتر كالإجماع صريحا و ظاهرا...».

٣- ٣. قال في مفتاح الكرامه ١٦/٣٤: «و يدل على بلوغ الأنثى بالتسع الإجماعات من صريح و ظاهر و هي ثمانيه معتضده بما سمعته من الشهرات و الأخبار المستفيضه».

٤- ٤. قال في الجواهر ٢٦/٣٨: «على المشهور بين الأصحاب، بل هو الذي استقر عليه المذهب».

٥- ٥. كما في العقد النضيد ٢/٤٢١.

٦- ٦. كما في العقد النضيد ٢/٤٢١.

و الحاصل: حديث رفع القلم عن الثلاثة تُلقَى بالقبول عند الخاصه و العامه و استدلال فقهاء المدرستين بها مثلاً الشيخ استدلال بها مكرراً في كتابيه المبسوط (١) و الخلاف (٢)، و كذا الشريف المرتضى (٣) و ابن ادریس اللذان لا يعملان بالخبر الواحد إلا إذا كان مجمعا عليه أو عليه قرينه القطع عملاً بها في بابي الوصيه (٤) و الحدود (٥) و غيرهما (٦).

و هذه الشهره (٧) التي عمل بها نحو ابن ادریس و غيره قدس سرهم تحصل لنا القطع بصدوره عن النبي صلى الله عليه و آله و آله عليهم السلام حتى لو لم يكن السند تاماً في رواياته.

هذا كله بالنسبه إلى أسناد حديث رفع القلم و أما دلالتها:

دلالة حديث رفع القلم:

القلم المرفوع عن الثلاثة يحتمل أحد الأئمّرين أو كليهما:

الأول: المرفوع هو قلم التكليف و الوضع كلاهما كما عليه صاحب الجواهر (٨).

الثاني: المرفوع هو قلم المؤاخذه و العقوبه الشرعيه دنيويه كانت أو أخرويّه، و الدنيويه بلا فرق بين كونها بدنيه نحو: القصاص و الحدود و التعزيرات، أو ماليه نحو: الديات، و قلم المؤاخذه هو فعل الشارع و هو قابل للوضع و الرفع.

ص: ٢٣

١-١. المبسوط ٢/٢٨٢، ٣/٣، ٤/٥١، ٥/٥٢ و ١٩٤، ٧/٦٨، ٨/٢١.

٢-٢. الخلاف ٢/٤١ و ٢١٨ و ٤٤٩، ٣/١٧٩ و ٣٥٣، ٥/١٧٦ و ٣٢٤، ٦/٣٨٩.

٣-٣. الناصريات ٢٨٢.

٤-٤. السرائر ٣/٢٠٧.

٥-٥. السرائر ٣/٣٢٤ و ٣٢٥.

٦-٦. السرائر ٣/٤٥١.

٧-٧. راجع لأجل تحصيلها: جواهر الفقه لابن البراج ١٨٨، غنيه النزوع ٤٣/، المعبر ٢/٢٩٠ و ٧٦٧، تذكره الفقهاء ٤/٣٣٦،

٥/١٢ و ٣٦٧، ٦/٩٩ و ١٠٠ و ١٤٧، ٧/٢٣ و ٤٠، ٩/٢٩٤، نهايه الأحكام ٢/١٥٩ و ٤٥٥، مختلف الشيعه ١/٤٤٥، ٤/٣٣٣ و ٣٣٧،

٩/٢٨٢، إيضاح الفوائد ٢/٥٠، ٤/١٠١ و ٥٢٠ و ٦٠٠، المهذب البارع ٥/١٩٢.

٨-٨. الجواهر ٣٢/٥ و فيه: «... نصوص رفع القلم الشامل للوضعي و التكليفي...».

و لأحد أن يَقُولَ: بأنَّ المرفوع عن الثلاثة هو الأقسام الثلاثة: التكليف و الوضع و المؤاخذه.

ولكن ناقش الشيخ الأعظم في دلاله الحديث بوجه ثلاثة:

قال: «فيه: أولاً: أنَّ الظاهر منه قلم المؤاخذه لا قلم جعل الأحكام و لذا بنينا - كالمشهور - على شرعيه عبادات الصبي.

الثاني: أنَّ المشهور على الألسنه أنَّ الأحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما تكونُ جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكنه من مسِّ المصحف.

و ثالثا: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعيه بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعوله في حقِّ البالغين، فيكون الفاعل - كسائر غير البالغين - خارجا عن ذلك إلى وقت البلوغ»<sup>(١)</sup>.

نقد الاشكال الأول للشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم في أوّل إشكالاته الثلاثه إلى أن المرفوع هو قلم المؤاخذه فقط دون الأحكام التكليفيه و الوضعيه، لأنَّ المرفوع لا بدّ أن يكون ثقيلاً و ليس الثقيل إلاّ المؤاخذه و إلاّ الحكم بما هو حكم من دون مؤاخذه ليس فيه ثقل حتى يرفع.

مضافا إلى أنّ مورده مقام الامتنان و هو يصدق في رفع المؤاخذه لا الأحكام. و إلاّ فأى امتنانٍ في رفع حكم مشروعيه عبادات الصبي و الذهاب إلى تمرينيتها مع أنّ المختار هو القول بمشروعيتها.

ولكن يرد عليه أولاً: الأحكام التكليفيه أيضا ففيها ثقل و إلاّ لم يصدق عليها ماده الكُلفه و التكليف، مضافا إلى وجود الثقل في كثير من الأحكام الوضعيه أيضا من الضمانات و الدّيات و القصاص فيصدق على رفعهما الامتنان.

ص: ٢٤

و ثانيا: بالنسبه إلى مشروعيه عبادات الصبى أنها تجتمع مع رفع الأحكام التكليفية الإلزاميه، بحيث يرفع الإلزام من الصبى و يبقى الاستحباب و المشروعيه الذاتيه و الأمر غير الإلزامى، و الامتنان أيضا يقتضى بقاء المشروعيه.

فإن قلت: إنّ الأحكام الشرعيه المجعوله بسيطه و إذا انتفى الحكم اللزومى لم يبق منه الاستحباب و المشروعيه لبساطته.

قلت: نعم، بساطه الأحكام صحيحه، ولكن يمكن استفاده مشروعيه عبادات الصبى من الأخبار الوارده(1) فى حق أوليائه فى أمرهم إياه بالصلاه و هو ابن سِتِّ سنين أو سبع، و من المعلوم أنّ الأمر بالأمر يدل على مطلوبيه المامور به و مشروعيته، فهذه الأخبار يُدْفَعُ الإشكال عن مشروعيه عبادات الصبى، و الأمر موكول إلى محلّه.

و ثالثا: لا- يمكن الالتزام بأنّ المرفوع هو قلم المؤاخذه و رفع العقوبه، لأنّ رفعها يعنى رفع فعليتها مع وجود استحقاق العقوبه، و من الواضح عدم امكان استحقاق العقوبه فى الثلاثه إلاّ فى الصبى المميز القابل للخطاب ولكن الإجماع و الضروره ينفيان عنه الاستحقاق.

و رابعا: لا مضى لرفع المؤاخذه فى المقام إلاّ برفع منشأ استحقاقها و هو رفع الأحكام التكليفيه.

نقل مقاله المحقق الايروانى و نقده:

قال قدس سره : «... لا يجدى ذلك فى صحه الاستدلال بالحديث لرفع التأثير عن إنشاء الصغير، و ذلك أنّ تأثير الانشاء فى حصول عنوان المنشأ - كعنوان النكاح و البيع و الهبه - تأثير تكوينى فى أمر اعتبارى، فيكون كتأثير سيفه فى القطع و قلمه فى الكتابه و هذا لا- يرفعه حديث الرفع. و أمّا رفع الآثار المترتبه شرعا على العناوين المتولده من إنشائه على أن لا يكون البيع الحاصل بانشائه محكوما بأحكام البيع، فذلك فى البشاعه يساوق القول بعدم ترتيب أحكام الأموات على من مات بسيفه أو أحكام المصحف على ما كتبه بقلمه و

ص: ٢٥

---

١- ١. راجع وسائل الشيعه ٤/١٨، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض من كتاب الصلاه.

هكذا. و معلوم بالقطع أن حديث الرفع لا- يرفع إلا- أحكاما مترتبة بلا- واسطه على فعل الصغير، لا- أحكاما مترتبة حتى مع الواسطه»(١).

و فيه: أولاً: لا يظهر لنا مراده قدس سره من «أن تأثير الإنشاء فى المنشأ تأثير تكوينى فى أمر اعتبارى»، بعد مغايره عالمى التكوين و الاعتبار فى الوجود.

و العجب من قوله: «أنّ الإنشائيات تتحقق من خلال الإنشاء تكوينياً»(٢).

و ثانيا: تنظير انشاء الصبى بقتله بالسيف أو كتابته المصحف أو غيرهما من الامور التكوينية لاوجه له؛ لأنّ حدوث المعاملات بالمعنى الأعم بالإنشاء يحتاج إلى إمضاء شرعى من الشارع و هو ينفى ذلك بالنسبه إلى الثلاثة.

و ثالثا: إذا تمكن الشارع من الرفع بالنسبه إلى الثلاثة و أحكامهم فما الفرق بين أحكام بلا واسطه و مع الواسطه؟! و حيث أنّ الاعتبار سهل و بيد المعتبّر و يكفى فى صحتها عدم اللغويه فما الفرق بينهما؟!

اشكال المحقق السيد الخوئى رحمه الله على الشيخ الأعظم قدس سره و نقده:

قال قدس سره: «و يرد عليه: أنّ العقوبه و المؤاخذه - كالمثوبه و الأجره من الأمور التى لاصله لها بعالم الجعل بوجه، بل هى مترتبة على الجعل ترتب الأثر على ذى الأثر و عليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل»(٣).

و فيه: العقاب - و كذا الثواب - يمكن أن يكون أمرا مجعولاً كما هو كذلك فى الأمور الاعتباريه التى منها الشرعيات، فإذا كان أمرا مجعولاً يصح العفو عن العقوبه و التفضل و الإضعاف فى المثوبه، فلا يرد هذا الاشكال على الشيخ الأعظم كما فى العقد النضيد(٤).

ص: ٢٦

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٦٨.

٢-٢ . العقد النضيد ٢/٤٣٠.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٣/٢٥٠.

٤-٤ . راجع العقد النضيد ٢/٤٢٤.

ذهب الشيخ الأعظم إلى التسالم مع القوم و قبول أنّ القلم الوارد فى حديث يشمل الأحكام ولكنّه مختص بالأحكام التكليفية لا الوضعيه منها لأنّ المشهور يذهبون إلى ثبوت الأحكام الوضعيه فى حق غير البالغين نحو الضمانات و الأحداث مثل الجنابه و مسّ الميت و الأخباث كنجاسته.

و إذا لم يرفع الأحكام الوضعيه عن الصبى فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء به عليه بعد بلوغه، أو لوجوب الوفاء به على وليه إذا وقع العقد بإذنه أو إجازته.

و يرد عليه: عدم ثبوت نسبه الشهره فى ثبوت الأحكام الوضعيه إلى غير البالغين كما اعترف به الشيخ الأعظم نفسه فى أول كلامه: «المشهور... بطلان عقد الصبى» (١) و قد ادّعى عليه الإجماع فى الغنيه (٢) و التذكره (٣) و فى كنز العرفان (٤) نسبه إلى الأصحاب، و كذا يرد الإجماع فى كلام المتأخرين نحو: الشيخ جعفر (٥) و السيد العاملى (٦) و صاحب الجواهر (٧) و الفاضل المراعى (٨) رحمهم الله كما مرّ.

و انتساب الشهره إلى طرفى المسأله لا يتناسب مع مقامه العلمى.

و تخصيص نفوذ بعض الموارد نحو: الوصيه و التدبير فى حق الصبى لا يثبت جريان جميع الأحكام الوضعيه فى حقه، و المشهور هو البناء على فساد عقوده و

ص: ٢٧

١-١ . المكاسب ٣/٢٧٥.

٢-٢ . الغنيه / ٢١٠.

٣-٣ . تذكره الفقهاء ١٤/١٨٥.

٤-٤ . كنز العرفان ٢/١٠٢.

٥-٥ . شرح القواعد ٢/٣٩.

٦-٦ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٤٧.

٧-٧ . الجواهر ٢٢/٢٦٠.

٨-٨ . العناوين ٢/٦٧٤.



إيقاعاته إلا ما خرج بالدليل كما يظهر من المحقق الاصفهاني (١) قدس سره .

ولكن اعترض المحقق السيّد الخوئي رحمه الله على الشيخ الأعظم بقوله: «ولكنه يناقض ما قد بنى عليه في اصوله من أنّ الأحكام الوضعيه منتزعه من الأحكام التكليفيه، وإذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفى عن الصبى فلا منشأ - هنا - لانتزاع الحكم الوضعى» (٢).

وقد سَبَقَهُ في هذا الاشكال أستاذه الأصفهاني حيث يقول: «إنّ الغرض من انتزاع الوضع من التكليف، إن كان حقيقه انتزاع مفهوم يقابل التكليف - كما هو واضح - فمن اليبين أنّ فعلية الأمر الانتزاعى بفعليه منشأ انتزاعه، فلا يعقل ضمان فعلى مع منشأ تقديرى، وإن كان الغرض أنّه لا معنى للوضع إلاّ نفس الحكم التكليفى التعليقى فهذه دعوى العينيه، لا دعوى الانتزاع و الاثنييه فى المفهوم...» (٣).

و هذا لا يَرِدُ على الشيخ الأعظم قدس سره لأنّه يرى انتزاع الأحكام الوضعيه من الأحكام التكليفيه ولو لم تكن فعليه و منجزه، و حيث يمكن عنده تصوّر تكليف غير منجز فى حقّ الصبى مثلاً - و بآئنه معلّقاً على بلوغه، فينتزع الحكم الوضعى منه و قد صرح بهذا البيان فى فرائده و قال: «و لم يدّع أحد إرجاع الحكم الوضعى إلى التكليف الفعلى المنجّز حال استناد الحكم الوضعى إلى الشخص حتى يدفع ذلك بما ذكره بعض من غفل عن مراد النافين (٤): من أنّه قد يتحقّق الحكم الوضعى فى مورد غير قابل للحكم التكليفى كالصبى و النائم و شبههما» (٥).

و المحقّق الاصفهاني رحمه الله بصير بهذه المقاله و لذا قال فى أوّل كلامه الماضى: «قد اكتفى قدس سره كما فى اصوله بانتزاع الوضع من الحكم المعلق على البلوغ و قال بعدم

ص: ٢٨

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٤.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٣/٢٥١.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/١٤.

٤-٤ . إشارات الاصول ٧/، للحاجى محمّد ابراهيم الكلباسى؛.

٥-٥ . فرائد الاصول ٣/١٢٦.

فلم يرد هذا النقد عليه ولكن يرد على المحقق السيد الخوئي رحمه الله .

ولكن يمكن ردّ نقد الاصفهاني على الشيخ الأعظم بأنّه قد خلط بين منشأ الانتزاع الفلسفي و الاصولي و مقاله بالنسبه إلى منشأ الانتزاع الفلسفي تام، ولكن منشأ الانتزاع الاصولي ليس في الواقع منشأ انتزاع بل يكون مصححا للانتزاع و لذا يمكن أن يأخذ المصحح له من الحكم التكليفي الذي ليس له الفعليه و التنجيز نحو تصحيح حكم الضمان الوضعي لحكم الشارع بوجوب دفع الغرامه من الصبي بعد بلوغه، و هذا المقدار يصحح الانتزاع الاصولي و منشأه و يظهر هذا الرد من العقد النضيد.(٢)

نقد اشكاله الثالث:

ذهب الشيخ الأعظم؛ في هذا الاشكال إلى التسالم الكامل مع القوم بأنّ حديث الرفع يشمل الأحكام التكليفية و الوضعيه معا ولكن ما المانع من تأثير عقد الصبي بالنسبه إلى غيره الكبير الذي عقد مع الصبي من وجوب وفائه بالعقد و حرمة نقضه من جانبه و أمّا بالنسبه إلى الصبي بعد بلوغه أثر العقد أثره و لزم عليه الوفاء.

و بالجملة: نظره في هذا الاشكال إلى جواز التفكيك بين طرفي العقد في لزوم الوفاء به بالنسبه إلى الصبي يأتي اللزوم بعد بلوغه و أمّا بالنسبه إلى الكبير الذي عقد معه فيأتي اللزوم بعد عقده، نظير ذلك مثل العقد بين الفضول و الأصيل، بحيث أن العقد و كما أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه الملكيه و كذلك عقد الصبي و الملكيه فيه منوط ببلوغه و كذلك وجوب الوفاء به، هذا توضيح الاشكال الثالث له قدس سره .

و يرد عليه: أولاً: بعد تَسْلِيمِهِ بأنّ الأحكام الوضعيه لا تجرى في حقّ الصبي، فما الفرق بين تأثير إنشائه على نحو الجزئيه - نحو لزوم الوفاء من جانب الكبير- و عدم تأثيره على نحو الكليّه التامه -نحو لزوم الوفاء من الجانبين -، كما أشار إليه المحقق

ص: ٢٩

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٤.

٢-٢ . العقد النضيد ٢/٢٢٧.

الإيرواني قدس سره في حاشيته على المكاسب بقوله: «بعد الاعتراف باختصاص الأحكام الوضعيه بالبالغين لا يسعه الالتزام بأن إنشاء الصبي جزء المؤثر فإنه يناقض ذلك، إذ لا فرق بين الالتزام بجزء المؤثر أو تمام المؤثر في أنه التزام بعموم الحكم الوضعي لأفعال الصبي» (١).

و ثانيا: كيف يمكن التَّفَكُّيْكُ بين حكمي التكليفي و الوضعي و بين طرفي العقد في الحكم التكليفي، و بين لزوم الوفاء بالعقد من طرف البالغ الكبير و عدم حصول الملكيه له؟! و لعل إلى ما ذكرنا أشار المحقق النائيني قدس سره بقوله: «عدم إمكان تفكيك الآثار بين البالغ و غيره في ما كان ذات الفعل موضوعا للأثر، بل في ما كان الأثر مترتبا على الفعل القصدى أيضا، فإنه لو أفاد عقد الصبي الملكيه فلا يمكن أن لا يكون مؤثرا فعلاً و يصير ذا أثر بعد البلوغ، أن كون فعله موضوعا للأحكام المجعوله في حق البالغين فرع أن يكون فعله مؤثرا و هذا أول الكلام، لأنه يحتمل أن يكون وجوده كعدمه كما في عقد المجنون و مثله، فكيف يمكن أن يكون هذا الذي صدر من مثل المجنون موضوعا لحكم البالغ العاقل؟!» (٢).

أقول: قوله: «إن كون فعله موضوعا» إلخ يمكن أن يشير إلى الإشكال الأول.

فذلكه القول في حديث الرفع

المراد بالقلم فيه هو مطلق قلم التشريع بما فيه من الأحكام التكليفيه و الوضعيه و إذا ارتفع التكليف، يرتفع المؤاخذة و العقاب طبعاً. كما يظهر ذلك من تسويه الصبي و ترديفه بالمجنون و النائم. و عدم وجود مانع من هذا الاطلاق حيث ناقشنا الإشكالات الواردة من الشيخ الأعظم قدس سره .

نعم، لا بأس بتخصيص هذا الإطلاق كما في غيره من نفوذ حكمه بالنسبه الوصيه و التدبير و العتق و إحرامه و اسلامه و عباداته كما مرّ عن التذكرة (٣) و جنابته و نجاسته و

ص: ٣٠

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٦٨.

٢-٢ . منيه الطالب ١/٣٦٠.

٣-٣ . تذكرة الفقهاء ١٤/١٨٥.

ترتب بعض التعزيرات بالنسبه إليه و بعض المجانين، ففي كلّ مورد ثبت التخصيص فهو و إلاّ نتمسك باطلاق حديث الرفع لنفي التكليف و الوضع و المؤاخذه عنه و عن مثليه.

### الرابع: عدم جواز أمر الصبي

و المراد به عدم نفوذ تصرفاته بالبيع و الشراء و غيرهما من التصرفات، و إلغاء هذه التصرفات من الأثر و النفوذ و الصحه. كما قال السيّد العاملي: «و المراد بجواز أمره تصرّفه بالبيع و الشراء و نحوهما... عدم جواز أمره يعنى تصرّفه بجميع أنواع التصرفات...»<sup>(١)</sup> و قال الفاضل المراغى: «إنّ جواز الأمر عبارته عن النفوذ و الصحه...»<sup>(٢)</sup>.

و قد استدل بهذا الدليل كلّ من أصحاب الحدائق<sup>(٣)</sup> و الرياض<sup>(٤)</sup> و المستند<sup>(٥)</sup> و المفتاح<sup>(٦)</sup> و العناوين<sup>(٧)</sup> و الجواهر<sup>(٨)</sup> و المكاسب<sup>(٩)</sup>.

و مستندهم عدّه من الروايات نذكرُ ذرّوا منها فيما يلي مع بيان مدى دلالتها المُدعاه:

فمنها: صحيحه عبدالله بن سنان عن أبيعبدالله عليه السلام قال: سأله أبي - و أنا حاضر - عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتّى يبلغ أشده. قال: و ما أشده؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمانين عشره سنه أو أقل أو أكثر و لم يحتلم، قال: إذا بلغ و كتب عليه الشئ جاز أمره، إلاّ أن يكون سفيها أو ضعيفا.<sup>(١٠)</sup>

ص: ٣١

١-١ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٤٨.

٢-٢ . العناوين ٢/٦٧٦.

٣-٣ . حدائق ١٨/٣٦٩.

٤-٤ . رياض المسائل ٨/٢١٧.

٥-٥ . مستند الشيعة ١٤/٢٦٣.

٦-٦ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٤٨.

٧-٧ . العناوين ٢/٦٧٥.

٨-٨ . الجواهر ٢٢/٢٤١.

٩-٩ . المكاسب ٣/٢٧٦.

١٠-١٠ . وسائل الشيعة ١٨/٤١٢، ح ٥، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر.

و أنت ترى بأنه عليه السلام علق جواز أمر اليتيم و نفوذ تصرفاته ببلوغه. و قد ورد تفسير «أشدّه» (١) في موثقه عبدالله بن سنان (٢) بالإحتلام و كذا في معتبره هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: انقطاع يتم اليتيم الاحتلام و هو أشدّه، الحديث. (٣)

و منها: خبر حمران عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع إليها مالها و جاز أمرها في الشراء و البيع و أقيمت عليها الحدود التامة و أخذت لها و بها، قال: و الغلام لا- يجوز أمره في الشراء و البيع و لا- يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنه أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك. (٤)

الروايه ضعيفه الإسناد بعد العزيز بن عبدالله العبدى لتصريح النجاشى (٥) بَصَّ عَفِيهِ و أمّا غيره من رواتها فهم معتبرون عندنا. و دلالتها واضحة على أن نفوذ أمره منوط بالبلوغ.

و منها: مرسله الصدوق قال: قال أبو عبدالله عليه السلام ءإذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها و جاز أمرها في مالها و أقيمت الحدود التامة لها و عليها. (٦)

ولكن الشيخ الأعظم استشكل في دلاله هذه الروايات بأن جواز أمره يعنى جواز أمره بالاستقلال، لا أنه مسلوب العبارة بالكليته و الشاهد عليه استثناء السفیه و من المعلوم أنّ السفیه ليس مسلوب العبارة بل هو محجور عن الاستقلال في تصرفاته الماليه و ظهور الاستثناء في المتصل لا- المنقطع، و الصبى الذى لم يبلغ كذلك ليس مسلوب العبارة بالكليه بل لايجوز و لاينفذ تصرفاته المستقله و هذا نص عبارته بعد توضيحه:

ص: ٣٢

١- ١. سورة الأحقاف / ١٥.

٢- ٢. وسائل الشيعة ١٨/٤٠٩، الباب ١ من أبواب كتاب الحجر، و ١٩/٣٦٣، ح ٨، الباب ٤٤ من أبواب الوصايا.

٣- ٣. وسائل الشيعة ١٩/٣٦٣، ح ٩.

٤- ٤. وسائل الشيعة ١٨/٤١٠، ح ١، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر.

٥- ٥. رجال النجاشى / ٢٤٤، الرقم ٦٤١.

٦- ٦. وسائل الشيعة ١٨/٤١١، ح ٣.

قال: «لكن الانصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأنّ الجواز مرادف للمضيّ، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف.

و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيها»، فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته، و أنّه إذا ساوم (1) وليه متاعا، و عين له قيمته و أمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، و كذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه» (2).

### الخامس: النصوص الدالة على أنّ عمد الصبي و خَطْؤُهُ

(3) سيّان

منها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عمد الصبي و خطأه واحد. (4)

و أنت ترى بأنّها عامه تشمل الجنائيات و غيرها و لم تكن مقيدة بخصوص الجنائيات و لذا استدل بها الشيخ (5) على ارتفاع الكفاره عن المحرّمات الصادره من الصبي المُخْرِم و تبعه ابن ادريس. (6)

و إذا كان عمد الصبي و خَطْؤُهُ واحدا، يعنى أنّ عمد خطأ، و إذا كان كذلك فيكون قصده لغوا شرعا و من المعلوم عدم تحقق الإنشاء من دون القصد، بل قوامها به.

فهذه الصحيحه تلغى جميع عقود الصبي و إنشاءاته لعدم تحقق صدور القصد منه لأنّ عمد و خطأ واحد و من الواضح أنّ في الخطأ لم يكن قصدا. فعقد الصبي باطل حتّى

ص: ٣٣

١-١. المساومه: هي المجاذبه و المقاوله بين البائع و المشتري على السلعه و فصل ثمنها.

٢-٢. المكاسب ٣/٢٧٧.

٣-٣. هذا هو الصحيح و أمّا «خطأه» كما في الرسم القديم خَطَأً.

٤-٤. وسائل الشيعه ٢٩/٤٠٠، ح ٢، الباب ١١ من أبواب العاقله.

٥-٥. المبسوط ١/٣٢٩.

٦-٦. السرائر ١/٦٣٦ و ٦٣٧.

إذا كان بإذن وليه أو إنشائه بإذن لولى. (١)

ثم فى دلالة هذه الصحيحه تتمه و مناقشه تأتى بَعْدُ.

و منها: معتبره اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام ، أنّ عليا عليه السلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ تحمله (يُحمل على) العاقله. (٢)

هذه المعتبره مقيده بالجنايه لتحمل العاقله، ولكن لا تقيد صحيحه محمّد بن مسلم الماضيه لأنّ كِلَيْهِمَا مُثَبَّتَانِ.

و منها: روايه الجعفرىات بإسناده عن على عليه السلام أنّه قال: ليس بين الصبيان قصاص، عمدهم خطأ، يكون فيه العقل. (٣)  
و سندها ضعيف بموسى بن اسماعيل لِمَجْهُولِيَّتِهِ.

و منها: مرسله القاضى نعمان المصرى عن على عليه السلام أنّه قال: ما قَتَلَ المجنون المغلوب على عقله و الصبى، فعمدهما خطأ على عاقلتهما. (٤)

و منها: مرسله أخرى له عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال: و ما جنى الصبى و المجنون فعلى عاقلتهما. (٥)

و منها: خبر أبى البخترى (٦) الماضى فى ذكر أحاديث رفع القلم.

و رفع القلم الوارد فى ذيل هذه الروايه ليست جمله مستأنفه بل هى مرتبطه بكون

ص: ٣٤

---

١-١ . كما يظهر ذلك من شيخنا الاستاذ قدس سره فى ارشاده ٢/٢١٤ تبعا للشيخ الأعظم فى مكاسبه ٣/٢٨٢ حيث يقول: «و حينئذ فكلّ حكم شرعىّ تعلّق بالأفعال التى يعتبر فى ترتّب الحكم الشرعى عليها القصد - بحيث لا- عبره بها إذا وقعت بغير القصد - فما يصدر منها عن الصبى قصدا بمنزله الصادر عن غيره بلا قصد...».

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٩/٤٠٠، ح ٣.

٣-٣ . الجعفرىات ١٢٤/ و نحوها فى دعائم الاسلام ٢/٤١٧، ح ١٤٥٣، و نقل عنهما فى مستدرک الوسائل ١٨/٢٤٢، ح ٢، الباب ٣٣ من أبواب القصاص.

٤-٤ . دعائم الاسلام ٢/٤١٧، ح ١٤٥٤، و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٨/٢٤٣، ذيل ح ٣.

٥-٥ . دعائم الاسلام ٢/٤١٧، ح ١٤٥٤، و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٨/٢٤٣، ح ٤.

٦-٦ . وسائل الشيعه ٢٩/٩٠، ح ٢، الباب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس.

إمّا على وجه العليّه: بأنّ رفع القلم علّه لوجوب الديه على العاقله، لأنّ برفع القلم عن المجنون و الصبي يرفع المؤاخذه الأخرويه و الدنيويه - و هي إمّا القصاص و إمّا الديه - عنهما، و حيث لا يهدر دم امرى مسلم تحمله العاقله.

و إمّا على وجه المعلوليه: بأنّ رفع القلم يكون معلولاً لتنزيل الشارع عمد المجنون و الصبي منزله خطأهما و يكون قصدهما كلا قصد فحينئذ ارتفعت عنهما المؤاخذه الأخرويه و الدنيويه.

و هذان الوجهان يشتركان في ما نحن بصدده من عدم تحقق القصد من الصبي و حيث أنّ الإنشاء لا يتحقق من دون قصد فلا يتحقق منه إنشاء و لا عقد و لا إيقاع.

و يفترقان بالنسبه إلى الضمان بالإتلاف فعلى العليّه ليس عليهما الضمان، لأنّ رفع القلم علّه لرفع المؤاخذات الأخرويه و الدنيويه و منها الضمانات.

و أمّا على المعلوليه، فتجرى الضمانات لأنّ الشارع نزل عمد الصبي منزله خَطِيئِهِ و حيث أنّ الضمانات تجرى في فرض الخطأ أيضا كما في فرض العمد فلا يرفعه حديث الرفع، لأنّ المعلول تابع لعلته سعه و ضيقا و حيث أنّ الضمان بالإتلاف يكون خارجا عن العله فهو خارج عن المعلول أيضا.

و هذا الافتراق لا يضّر في ما نحن بصدده كما بينه الشيخ الأعظم الأنصاري رحمه الله بقوله: «فإنّ ذكر رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلاّ- بأن تكون معلوله لقوله: «عمدهما خطأ» يعنى أنّه لما كان قصدهما بمنزله العدم في نظر الشارع و في الواقع رفع القلم عنهما. و لا يخفى أنّ ارتباطهما بالكلام على وجه العليه أو المعلوليه للحكم المذكور في الروايه...»(1).

اعترض عليه المحقّق الاصفهاني قدس سره و ذهب إلى بطلان العليّه و المعلوليه في هذا الذيل بجميع وجوه العقليه المتصوره بتفصيل المذكور في كلامه ثم اختار في آخر كلامه



فى وجه ارتباط هذا الذيل بما قبله بأن: «تنزيل العمد منزله الخطأ يقتضى بالمطابقه اثبات حكم الخطأ و هى الديه على العاقله و يقتضى بالالتزام نفي حكم العمد و شبهه و هو جعل القصاص و الديه فى مالهما، فحيث قال عليه السلام: «عمدهما خطأ»، فلذا أراد بيان ما يقتضيه بالمطابقه فقال عليه السلام: «تحمله العاقله»، و أراد بيان ما يقتضيه بالالتزام فقال عليه السلام: «و قد رفع عنهما القلم» على الترتيب بين الدالتين»(١).

و تبعه فى نفي عليه الذيل لما قبله و كذا المعلوليه المحققان الايروانى(٢) و السيد الخوئى رحمهما الله، و استشكل الأخير على الشيخ الأعظم بقوله: «لا- وجه لجعل رفع القلم عله لكون الديه على العاقله، لعدم العليه بينهما لا شرعا و لا عرفا و لا عقلاً، بل نسبه أحدهما إلى الآخر كوضع الحجر فى جنب الإنسان، و العجب من المصنف [الشيخ الاعظم] فإنه قد التزم بثبوت العليه و المعلوليه بين رفع القلم عن الصبى و بين ثبوت الديه على العاقله، ولكن لم يستوضح المناسبه و السنخيه بينهما، غايه الأمر أنه ثبت فى الشريعه المقدسه أن دم المسلم لا يذهب هدرا، و من الظاهر أن هذا الحكم مع ما دلّ على أن عمد الصبى خطأ يلازم ثبوت ديه الجنايه الصادره من الصبى على عاقلته.

و الصحيح أنه لا- ملازمه بينهما أيضا، لأنّ الحكمين المذكورين لا يدلّان على ثبوت الديه على خصوص العاقله إذ يمكن أن تكون الديه على جميع المسلمين أو من بيت المال أو غير ذلك، كما أنه لا- وجه لجعل رفع القلم معلولاً لقوله عليه السلام: «عمدهما خطأ»، فإنّ رفع القلم مقوم لتنزيل العمد بمنزله الخطأ لا أنه معلول له»(٣).

أقول: العليه فى الاصول أعم من العليه العقليه و الشرعيه و العرفيه مثلاً- يقال: «لا تشرب الخمر لأنه مسكر و كلّ مسكر حرام» فصارت المسكرية عله لحرمة شرب الخمر.

ثم العليه العقليه فى الذيل لما قبله لا تتّم، لعدمها بين رفع القلم و سقوط القصاص و الديه.

ص: ٣٦

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٢٢.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/١٧١.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٣/٢٥٧.

و كذا العليّه الشرعيه، لعدم جعل الشارع العليّه لرفع القلم بالنسبه إلى عدم القصاص والديه.

ولكن العليّه العرفيه و الاصوليه يمكن تصويرُهُما بأنّ الصبي إذا قتل شخصا لا- يقتص منه و لا- تتعلق اليه بأمواله، لأنهما من مصاديق المؤاخذة و قلم المؤاخذة مرفوع عنه.

فحينئذ يمكن تصوير العليه بالنسبه إلى الذيل خلافا للأعلام قدس سرهم و تبعا للعقد النضيد.(١)

ثم المرفوع بقوله عليه السلام «رفع عنهما القلم» هو مطلق المؤاخذة و لا يعقل تصوير الدلاله الالتزاميه فيه - لأنّ المدلول الالتزامي هو المؤاخذة الخاصه - أعني ثبوت القصاص والديه - لا المؤاخذة المطلقه، و المرفوع في الذيل هو المؤاخذة المطلقه فلا يمكن حملها على المقيده إلاّ على نحو العليّه العرفيه الاصوليه المدعاه في كلام الشيخ الأعظم و بهذا الأخير يظهر المناقشه في كلام المحقق الاصفهاني رحمه الله.(٢)

أخذ الصبي باتلافه مال الغير

قال الشيخ الأعظم قدس سره: «ثم إنّ مقتضى عموم هذه فقره [و قد رفع عنهما القلم] - بناءً على كونها علّه للحكم عدم مؤاخذتها بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض إلاّ أن يلتزم بخروج ذلك من عموم رفع القلم و لا يخلو عن بعد»(٣).

و اعترض عليه المحقق الإيرواني بقوله: «لا- يخفى ما فيه، فإنّه مع القرينه المتصله بالكلام على قصر المرفوع بقلم العمد و أنّ المرفوع أحكام أخذ في موضوعها العمد كيف يبقى لهذه فقره عموم بل يتعين أن يكون المرفوع بهذه الفقره أحكاماً أخذ في موضوعها العمد دون أحكام أخذ في موضوعها الخطأ، أو أحكام هي أعّم من العمد و الخطأ - كالضمانات - فإنّ اطلاق أدله تلك الأحكام يكون محفوظاً على حاله بلا دليل حاكم

ص: ٣٧

١- ١ . العقد النضيد ٢/٢٥٤.

٢- ٢ . راجع العقد النضيد ٢/٢٥٥.

٣- ٣ . المكاسب ٣/٢٨٣.

بل أقول: هذا القصر الوارد على هذه الفقرة بالقرينه المتصله فى هذه الروايه يوجب سقوط سائر الروايات المشتمله على رفع الحكم عن الصبى و المجنون عن العموم و الشمول لأحكام مختصه بعنوان الخطأ أو عامه لكل من العمد و الخطأ»(١).

و أجاب عن الاعتراض الأستاذ المحقق - مدظله - أنّ الظاهر منه قدس سره اختصاص رفع القلم بالأمر القصديه المأخوذه فيها العمد، بالفرق بين أن يكون علّه أو معلولاً، و على هذا بناءً على العليّه، صارت ذكرها لغوا و لم تفسد زائداً على المعلول شيئاً و يسقط القاعده الدارجه أنّ العلّه، تعمّم و تخصّص هذا أولاً.

و ثانياً: على فرض احتفاف خبر أبى البخترى بالقرينه المانع من إطلاق ذيله - أى رفع القلم - ولكن لا يوجب نفى إطلاق غيرها من الروايات نحو صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام قال: عمد الصبى و خطؤه واحد(٢)، و يأتى الكلام حولها. و كذا لا يوجب نفى إطلاق غيرها من روايات رفع القلم الماضيه لأنهما مثبتتان و ليستا بمتناقضتين و متخالفتين و كذلك لا يثبت أنّ الحكم فيهما على نحو صرف الوجود و أن يكون واحداً.

و بالجملة: على فرض تقييد خبر أبى البخترى بالقرينه، فغيرها من روايات عمد الصبى و رفع القلم مطلقه فيؤخذ باطلاقها.(٣)

هذا، و قال المحقق السيّد الخوئى رحمه الله فى كيفية توجه الضمانات إلى الصبى مع رفع القلم عنه: «إنّ المراد من دليل رفع القلم عن الصبى، إنّما هو رفع الأحكام الإلزاميه عنه منذ نومه أظفاره إلى حدّ بلوغه، و هذا لا ينافى توجه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ، و قد تقدّم أنّ فعل الصبى قد يكون موضوعاً لتوجه الأحكام الإلزاميه عليه بعد بلوغه»(٤).

ص: ٣٨

١-١ . حاشيته على المكاسب ٢/١٧٢.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٩/٤٠٠، ح ٢.

٣-٣ . العقد النضيد ٢/٤٦٠ و ٤٥٩.

٤-٤ . مصباح الفقاهه ٣/٢٦٢.

ولكن يرد عليه: أولاً: رفع القلم لا- يمكن أن يشمل إتلاف الصبي، لأنه امتناني، و رفع الضمان عن الصبي خلاف الامتنان على المالك فلا يشمله رفع القلم و هذا الإشكال حلّي.

و ثانيا: هذا السيد المحقق الجليل ذهب إلى عدم ثبوت الخمس في مال الصبي مستدلاً برفع القلم بدليل أنّ الرفع يشمل الأحكام الوضعية و التكليفية، و الخمس من الوضعيات فيرتفع برفع القلم، ثم يردّ عليه بأنّ الضمان أيضا من الوضعيات فيرتفع برفع القلم على قوله و مبناه، فكيف يذهب إلى ثبوت الضمان و يختص رفع القلم بالأحكام الإلزامية دون الوضعيات هنا. و هذا نقض عليه قدس سره .

و الإيرادان للاستاذ المحقق (١) - مدظله - .

و الحاصل: الضمان ثابت على الصبي بإتلافه مال الغير و لا يرفعه رفع القلم، لأنّ في الرفع خلاف الامتنان، ولكن توجه خطاب التكليف بالأداء يكون بعد بلوغه.

ثم هل يمكن الأخذ بإطلاق عبارته «عمد الصبي و حَطَّوهُ واحد»؟

الوارده في صحيحه محمّد بن مسلم (٢) الماضيه أم لا؟ ذهب القوم إلى عدم إمكان الأخذ بهذا الاطلاق و كلّ واحد منهم يستند إلى دليل خاص:

مستند المحقق الحائري قدس سره على عدم الاطلاق و اختصاص الصحيحه بالجنايات

قال: «أولاً: إنّ الظاهر منه تنزيل العمد منزله الخطأ و تشبيهه به في الحكم، لا مجرد سلب حكم العمد و إلا لم يكن وجه لذكر الخطاء، بل كان ينبغي أن يقال: عمدته كالعدم، فلا بدّ أن يكون مصبّ هذه القضية عملاً كان لعمده حكم و لخطائه حكم، فيحكم بأنّ عمدته من الصبي بحكم الخطاء من غيره، و هو كما في باب الجنايات فلا مساس له بالمعاملات و لا دخل له بمسأله سلب قصده و جعله كلا قصد مطلقاً.

و ثانيا: الظاهر منه ما إذا كان عنوان العمل محفوظاً مع كلّ من العمد و الخطأ فلا

ص: ٣٩

١-١ . راجع العقد النضيد ٢/٤٥٨.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٩/٤٠٠، ح ٢.

يصح إجراؤه في عمل كان عنوانه متقوماً بالقصد و مع الخطأ يرتفع موضوعه فلا يتصور في موضوعه الخطأ، و الأول كعنوان القتل، و الثاني كعنوان العقد و الإيقاع.

و بالجمله: فيختصّ الخبر باب الجنائيات...»(١).

و اعترض عليه تلميذه المحقق السيّد الخميني رحمه الله و قال في ردّ اشكاله الأول: «إنّ الأظهر في مثل هذا التعبير إرادته سلب الإثر عن العمد كما يقال: «فلان قوله و عدم قوله سواء» يراد أنّه لا يترتب على قوله أثر، ولو منع هذا الظهور فلا أقل من اطلاقه لكلا الموردين - أي العمد و الخطأ - فلا وجه لاختصاصه بما ادعى»(٢) - أي عمد الصبي في باب الجنائيات فقط - .

و قال في ردّ اشكاله الثاني: «فيه: ما لا يخفى، لأنّ الظاهر من قوله عليه السلام «عمده خطأ» أم «عمد و خطأه واحد»، أنّ كلّ ما صدر منه عمداً خطأً تنزيلاً، فالعقد الصادر منه على قسمين: قسم صدر عمداً و قسم خطأً، كمن أراد تزويج فاطمه بزيد فأخطأ و قال: زوّجت سكينه عمراً، أو أراد إجاره ملكاً فأنشأ بيعه خطأً، فكما أنّ الإنشاء الخطيئ لا يترتب عليه أثر فكذلك العمدي منه، فكلّ ما صدر منه و أمكن تقسيمه إلى العمد و الخطأ كان عمده بمنزله، و الاختصاص بالأفعال الذي ذكرها بلا مخصص...»(٣).

ثم اختار هو وجه عدم الاطلاق في المقام بقوله: «ورود جميع الروايات المتقدمه و غيرها الوارده في المجنون و الأعمى في مورد الجنايه و كون الحكم فيها معهودا يوهن الاطلاق، لقوه احتمال إتكال المتكلم على تلك المعهوديه فلم يذكر القيد»(٤).

دليل المحقق النائيني على عدم الاطلاق

قال: «و الانصاف عدم دلالاته على حجره من مطلق الأفعال القصديه و ذلك:

[١]: لتذليل هذه الجملة في بعض الأخبار بكون ديته على عاقلته الموجب

ص: ٤٠

١-١ . كتاب البيع ١/٢٠٩ و ٢٠٨، لشيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي.

٢-٢ . كتاب البيع ٢/٢٧.

٣-٣ . كتاب البيع ٢/٢٦.

٤-٤ . كتاب البيع ٢/٢٦.

لاختصاصه بباب الجنایات، و تصیر قرینه علی إرادته ذلك منه حتى فی الأخبار الغير المذيله بذلك الذیل.

[۲]: و مع قطع النظر عن هذه القرینه يكون المتعارف فی التعبير عن هاتین الكلمتین أعنی العمد و الخطأ هو باب الجنایات و باب كفاره الإحرام، و هذا التعارف أيضا یوجب صرفهما عن الظهور فی العموم...»(۱).

ولكن یرد علی الأول: بأن صحیحته محتمل بن مسلم و غيرها من الروایات مثبتات و لا یمكن تقييدها بهنّ، و لعدم إحراز أنّ المطلوب فیهنّ شیء واحد.

و یرد علی الثانی: أنّ «الثابت عند الأصحاب أنّ ما یوجب سقوط الاطلاق هو التشکیک فی الصدق بنحو الظهور و الخفاء - كالتشکیک فی صدق ما لا یؤکل لحمه علی الإنسان - دون التعارف، حیث لا یوجب انصراف الاطلاق عن غیر المتعارف إلى خصوص المتعارف». كما قاله الأستاذ المحقق (۲) - مد ظله - .

استدلال المحقق الاصفهانی علی عدم الاطلاق

قال: «تاره للفعل العمدی حکم و للخطیء (۳) حکم آخر كما فی باب الجنایات من ثبوت القصاص فی العمد و الדיه فی مال الجنائی فی شبه العمد و ثبوت الדיه علی العاقله فی الخطأ، و أخرى للفعل العمدی حکم و لا حکم للخطأ كما فی محظورات الإحرام ما عدا الصيد المترتب علیه الكفاره مطلقا، فغیر الصيد مرتب علی عمده الكفاره دون خطائه، و مقتضى تنزیل العمد منزله الخطأ فی الشق الأول ترتیب حکم الخطأ علی العمد المضاف إلى الصبی أو المجنون، و مقتضى تنزیل العمد منزله الخطأ فی الشق الثانی عدم ترتیب حکم العمد علی هذا العمد الخاص...»

و علیه فالاستدل بعمد الصبی خطأ فی المعاملات باللحاظ الثانی حیث أنّ

ص: ۴۱

۱- ۱. المكاسب و البیع ۱/۴۰۱.

۲- ۲. العقد النضید ۲/۴۴۳.

۳- ۳. لو قال: لِلْمُخْطِئِ... إلخ لأصابَ شاکله الصواب، لِإِنّ الخاطِئَ ۛ هو مُتَعَمِّدُ الخَطِئِ «لا یأکله إلا الخاطِئُون».

المعاملات أمور عمدية قصديه، فإذا صدرت من الصبي الذي عمدته خطأ لم يترتب عليها أحكامها وآثارها.

وفيه: إنَّ الظاهر مقابله العمد مع الخطأ لا القصد مع عدمه، وإثما يتصور العمد والخطأ فيما أمكن انقسامه إليهما، بأن يكون وقوع مسببه عليه قهراً معقولاً فتاره يصيب القصد بالاضافه إلى ما يترتب عليه، وأخرى يخطئ عنه كالرمى الذي يترتب عليه القتل المقصود به تاره وغير المقصود به أخرى، ولا يترتب على الأسباب المعاملية شئ قهراً حتى يكون تاره مقصوداً من السبب وأخرى غير مقصود منه، ليوصف المترتب عليه بأنه عمدى تاره وخطئى أخرى.

فإن قلت: من يقول بعدم تبعيه العقود للقصد ويدعى أن ما قصد يمكن أن لا يقع، وأن يقع ما لم يقصد، كالمصنف [الشيخ الأنصارى] قدس سره فى مبحث المعاطاه(1) فلا محاله يتصور للعقد فردين عمدية وخطئياً، باعتبار ما وقع للقصد وعدم موافقته للقصد.

قلت: أولاً: إننا قد بينا فى محلّه أنّ الحقائق المعاملية أمور تسيبيه مُتَقَوِّمه بالقصد، لا- أنّها فقط تحتاج إلى سبب، وأنّ الأمور المدعى ترتبها على ما لم يتسبب به إليها، إمّا من قبيل ترتب الأحكام على موضوعاتها، أو من قبيل ترتب المسببات على أسبابها، لا من قبيل ترتب الأمور التسيبيه على أسبابها.

و ثانياً: الفرق بين الأسباب الواقعية بالإضافه إلى مسبباتها الخارجيه كالرمى بالنسبه إلى القتل و الأسباب الجعليه بالإضافه إلى المسببات الاعتباريه كالعقد بالإضافه إلى الملكيه و الزوجيه و نحوهما - أنّ ترتب مسببات الأسباب الخارجيه على أسبابها أمر، و ترتب حكم شرعى عليها أمر آخر، كالقتل العمدى المحكوم شرعاً بحكم، و الخطئى منه بحكم آخر. بخلاف ترتب المسببات الاعتباريه على أسبابها الجعليه، فإنّه عين كونها محكوم به شئى فى اعتبار الشارع، فمعنى ترتب الملكيه المطلقه على العقد الذى قصد به الملكيه المقيدده كونه محكوماً فى نظر الشارع بالتأثير فى الملكيه، و كون

ص: ٤٢

عمد الصبى خطأ بهذا المعنى خلف فى المقام، لأنَّ الفرض إسقاط عقده عن درجه الاعتبار، لا تأثيره شرعا فى شىء أصلاً فلا واقع حتى يوصف بأنه خطئى، فإمّا لا- خطأ له و إمّا يكون تنزيل العمد منزلته هنا خلفا، فتدبره فإنه حقيق به، هذا كله بناءً على التحفظ على التقابل بين العمد و الخطأ.

و أمّا بناءً على أنّ المراد تنزيل قصد الصبى منزله عدمه فربّما يشكل بأنّ العقد على أى حال قصدى سواء لوحظ العقد الإنشائى و هو المتقوم بقصد ثبوت المعنى باللفظ، أو لوحظ العقد بالحمل الشائع أى التسبب إلى الملكيه قصدا بلفظ أو فعل، فليس للعقد بمعنييه فردان قصدى و غير قصدى حتى ينزل الأول منزله الثانى.

و يمكن دفعه: بإرادته العقد الإنشائى المقصود به التسبب إلى الملكيه تاره، و ما لا يقصد به التسبب - بل هزئى مثلاً- أخرى فنزّل المقصود به التسبب من غير البالغ منزله ما لا يقصد به التسبب.

نعم، يشكل بأنّ قصد التسبب دخيل فى صورته العقد يعبا بالحمل الشائع مثلاً عقلاً لا شرعا، فليس للقصد دخل شرعا، بل عقلاً، و حيث لا- أثر لنفس القصد شرعا، فلا- معنى لتنزيله منزله عدمه، فيكون مورد هذه الأخبار كالجنايات التى لوقوعها قصدياً أثر شرعا<sup>(١)</sup>.

و يرد عليه: أولاً- صدق اطلاق العمد و الخطأ فى غير الجنايات ليست مسأله عقليه حيث بحث حولها هذا المحقق النحرير بل مسأله عرفيه و لغويه، و الاستفاده من الأبحاث العقليه حول المسائل العرفيه و اللغويه يوجب التعجب التام!

و ثانياً: يطلق الخطأ فى الروايات على الفعل الصادر خطأ من دون أى عناية أو مجاز فى العبادات التى تعتبر فيها النيه المتقومه بالقصد، نحو خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يخطئ فى أذانه و إقامته فذكر قبل أن يقوم فى الصلاه، ما حاله؟ قال: إن كان أخطأ فى أذانه مضى على صلاته، و إن كان فى إقامته

ص: ٤٣



انصرف فأعادها وحدها، و إن ذكر بعد الفراغ من ركعه أو ركعتين مضى على صلاته و أجزاء ذلك. (١)

و ثالثاً: و يطلق الخطأ في الروايات في أسباب المعاملات من دون تحقق الخطأ في مسببه كما ورد في مكاتبه محمّد بن شعيب قال: كتبت إليه: إن رجلاً خطب إلى عمّ له ابنته فأمر بعض إخوانه أن يزوجه ابنته التي خطبها و أنّ الرجل أخطأ باسم الجارية فسماها بغير اسمها و كان اسمها فاطمه فسماها بغير اسمها، و ليس للرجل ابنه باسم التي ذكر المزوّج، فوقع: لا بأس به. (٢)

و الروايتان و إن كانتا ضعيفتين من حيث السند بعبدالله بن الحسن حفيد علي بن جعفر لعدم ورود توثيقه في الأولى، و بمحمّد بن شعيب الراوى عن الرضا عليه السلام ولكنّه إمامى مجهول في الثانيه و لكن إثبات المسأله اللغوى لا يحتاج إلى صحه السند بل يحتاج إلى ورود اللغه و إفادتها المعنى من دون عنايه و مجاز و قرينه كما يظهر ذلك من الروايتين فلا يتم ما ذكره المحقق الاصفهاني قدس سره ، و هذه المناقشه تظهر من الأستاذ المحقق (٣) - مد ظله - .

المانع من انعقاد الاطلاق عند المحقق الخوئي

قال قدس سره : «فاعلم أنّه لا يمكن أن يراد الإطلاق من تلك الروايات لوجود المانع و عدم المقتضى:

أمّا وجود المانع: فلأنّ الأخذ بإطلاقها مخالف لضروره المذهب و موجب لتأسيس فقه جديد، ضرورة أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لا يبطل صوم الصبي مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم، فإنّ ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم و المفروض أنّ عمد الصبي خطأ.

و أيضا يلزم من ذلك القول بصحة صلاه الصبي إذا ترك عمدا أجزاءها التي لا يضرّ

ص: ٤٤

١-١ . وسائل الشيعه ٥/٤٤٢، ح ٥، الباب ٣٣ من أبواب الأذان و الإقامه.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٩٧، ح ١، الباب ٢٠ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

٣-٣ . العقد النضيد ٢/٤٤٨.

تركها خطأً بصلاه البالغين، هكذا الكلام في ناحيه الزيادة العمديه فيها.

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاه الصبيان إذا اقتصروا فيها بالنيه و التكبير للإحرام و الركوع و السجده الواحده و السلام، فإن ترك ماسوى ذلك خطأ لا يضرّ بصلاه البالغين، و المفروض أنّ عمد الصبى خطأ.

بل يلزم من العمل باطلاق تلك الروايات أن لا تصح عبادات الصبيان أصلاً، فإنّ صحتها متوقفه على صدورها من الفاعل بالإرادته و الاختيار... و دعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافيه.

أمّا عدم المقتضى للاطلاق فلأنّ تنزيل عمد الصبى منزله خَطِيئَه على وجه الاطلاق يقتضى أن يكون هنا أثر خاص لكلّ منهما عند صدورهما من البالغين، لكى يكون تنزيل عمد الصبى منزله خَطِيئَه بلحاظ ذلك الأثر... و من الواضح أنّه لا مصداق لهذه الكبرى إلاّ الجنائيات فإنّها إن صدرت من الجانى عمداً فيقتص منه، و إن صدرت منه خطأً فديئتها على عاقلته و على هذا فيصح تنزيل جنايه الصبى عمداً منزله جنايته خطأً، فتكون ديئتها مطلقاً على عاقلته، أمّا فى غير الجنائيات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلاً.

نعم، قد ثبت أثر خاص لكلّ من العمد و الخطأ فى الصلاه و فى تروك الإحرام... ولكن أمثال هذه الموارد خارجه عن حدود الروايات الوارده فى تنزيل عمد الصبى منزله خَطِيئَه، ضروره أنّ الآثار المذكوره إنّما تترتب على الخطأ - فى تلك الموارد - إذا صدر من غير الصبى. أمّا إذا صدر من الصبى ارتفع أثره بحديث الرفع... (1).

أورد عليه بإشكالين: الأوّل: قوله عليه السلام «عمد الصبى و خَطْوُهُ واحد» ظاهر فى جملة «عمد الصبى كلا عمد»، فلا حاجه لوجود أثر مستقل فى كلّ واحد منهما حتّى تختص بباب الجنائيات.

و الثانى: لو تنزّلنا و قلنا بعدم هذا الظهور، فلا أقلّ من شمول إطلاق الروايه لجملة عمده كلا عمد و يشملها الاطلاق.

ص: ٤٥

ولكن يمكن أن يدافع عنه قدس سره و يجب عن الأوّل: بعدم تحقق هذا الظهور و الفرق بين الجملتين واضح و لو أراد عليه السلام «عمد الصبي كلاعمد» لذكرها.

و عن الثانى: و حيث أنّ عدم العمد يكون معنى عاما بحيث يشمل السهو و النسيان و النوم و الغفلة و الخطأ فلا يمكن اطلاق كلمه «الخطاء» بحيث يشمل «لا عمد»، نعم إن كان اللفظ «لا عمد» فباطلاقها تشمل «الخطاء» و لا عكس، لأنّ عدم العمد أعم من الخطأ و الخطاء أخص منه دائما، فاطلاق الخطأ لا يشمل «لا عمد». (١)

و استشكل الأستاذ المحقق - مدظله - على السيد الخوئى رحمه الله بأنّ «إذا دققنا النظر فى هذه الأخبار نجد أنّ التنزيل فيها ناظر إلى وحده آثار العمد مع الخطأ و أنّه كما للعمد أثر كذلك للخطأ أثر و هو عدم الحكم بمقتضى رفع القلم، فالشارع بهذه الأخبار وحدّ العمد و الخطأ فى عدم الأثر». (٢)

أقول: و بالجملة: لا يمكن الأخذ باطلاق صحيحه محمّد بن مسلم، لأنّ إطلاقها يستلزم تدوين فقه جديد كما مرّ من المحقق السيد الخوئى رحمه الله فى وجود مانع من تحقق هذا الإطلاق و الحمد لله.

و الحاصل: اعتبار البلوغ يكون من شرائط المتعاقدين - على نحو الاستقلال - بدلاله حديث رفع القلم عن الصبي و عدم جواز أمره و أمّا إذا كان مأذونا من وليه أو وكيلاً من غيره فتكون إنشأته و عقوده و إيقاعاته نافذه و منسأً للأثر.

قال المحقق النائيني رحمه الله فى فتاويه: «لو كان الصبي واسطه فى إيصال الثمن أو المثلن إلى البالغ و كان هو البائع أو المشتري فلا بأس بهذه المعامله، ولو كان الصبي مستقلاً فى البيع أو الشراء و كان يبيع و يشتري لنفسه فالظاهر فساد المعامله، و كذا لو كان بالغاً غير رشيد، لكن لو أذن له الوصى [الولى] فى معامله خاصه بعد تعيين العوضين فالظاهر الصحه، و كذا لو أمضى معاملته بعد صدورها منه، و الله العالم». (٣)

ص: ٤٦

١- ١ . يظهر الجوابان من العقد النضيد ٢/ (٤٤٨-٤٤٦).

٢- ٢ . العقد النضيد ٢/٤٥٠.

٣- ٣ . الفتاوى، الصادره منه قدس سره ٢/٤٣، جواب رقم ٤٦٧، طبع دار الهدى، ١٤٢٦، قم المقدسه، شرحها حفيده العلامة الشيخ جعفر النائيني - دامت بركاتة - .

ثم إن هاهنا فروعا لابد من التنبيه عليها:

### الأول: ثبوت الضمان على الصبي

قد مرَّ ثبوت الضمان عليه بإتلافه مال الغير، و يتعلَّق بماله و يجب عليه الأداء تكليفا بعد بلوغه، و من البديهي لو أدى وليه من مال نفسه أو ماله أو أدى هو نفسه من ماله في صغره برئت ذمته.

و لا يمكن مطالبه المالك من وليه إلا إذا كان للصبي مال عند وليه و لو أداه برئت ذمته كما مرَّ.

### الثاني: هل يرتفع التعزير عن الصبي؟

قال الشيخ الأعظم قدس سره: «ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير»<sup>(١)</sup>.

مراده قدس سره: ثبوت بعض التعزيرات للصبي نحو تعزيره لأجل تعليم الصلاة و إقامتها أو لردعه عن بعض المعاصي كالزنا و اللواط و السرقة.

أقول<sup>(٢)</sup>: التعزيرات الواردة في الشريعة المقدسه إن أخذ في موضوعها البلوغ فهي ترتفع عن الصبيان من دون جريان حديث رفع القلم، لعدم تحقق الموضوع بالنسبه إليهم.

و إن أخذ في موضوعها الصبا فهي باقيه و جاريه في حقهم لتحقق موضوعها و هي الصباوه بالنسبه إليهم و لا ينفىها حديث رفع القلم كما هو واضح.

و إن كان موضوعها على نحو لا بشرط بالنسبه إلى البلوغ و الصباوه و لم تقتيد بأحدهما فهي مرفوعه عنهم بإطلاق حديث رفع القلم فلا- تجرى في حقهم. لأن هذه لو خليت و طبعها تجرى في حقهم ولكن بعد ثبوت حديث رفع القلم لا- يتم جريانها لحكومته عليها.

ص: ٤٧

١-١ . المكاسب ٣/٢٨٤.

٢-٢ . كما عليه المحقق الخوئي في مصباح الفقاهه ٣/٢٦٣، و الاستاذ المحقق - مدظله - في العقد النضيد ٢/٤٦١.

### الثالث: هل يعتبر قصد الصبي أم لا؟

قال الشيخ الأعظم: «و الحاصل، أن مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكى فى البيع وغيره من العقود، والأخبار المتقدمه - بعد انضمام بعضها إلى بعض - عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كلُّ التزامٍ على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذرٍ أو إيجارٍ»(١).

أقول: قد ناقشنا وجود الإجماع فى المقام و على فرض وجوده لا يُستفاد منه حُكْمٌ لكونه مدرَكيا، و مرَّ أنَّ المستفاد من الأدله عدم نفوذ عقود الصبي و إيقاعاته على نحو الاستقلال و إمّا إذا كان مأذونا من وليه أو وكيلًا من غيره فتكون نافذه، فلا يمكن القول بعدم اعتبار قصد الصبي مطلقا، بل يمكن أن يقال: بأنَّ أى فعل من أفعاله لا يعدُّ فى الصبر تصرفا فى أمواله الموجوده على نحو الاستقلال فلا مانع من نفوذه فيحكم بصحة صيده و حيازته و تحجيريه و إحيائه الموات و نحوها.(٢)

### الرابع: هل يصح قبض الصبي

قال العلامة: «كما لا تصح تصرفاته [الصبي] اللفظيه كذا لا يصح قبضه و لا يفيد حصول الملك فى الهبه و إن أتهب الولي له و لا لغيره و إن أمره الموهوب منه بالقبض.

و لو قال مستحقّ الدّين للمديون: سلّم حقى إلى هذا الصبي، فسلم قدر حقّه، لم يبرأ عن الدّين و بقى المقبوض على ملكه لا يضمّنه الصبي لأنّ البراءه تستند إلى قبض صحيح و لم يثبت»(٣).

و نحوها فى نهايته و زاد: «... كما لو قال: ازم حقّى فى البحر، فألقى قدر حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالى إلى الصبي أو ألقه فى البحر فسلم أو ألقى، لأنّه امثل المأمور فى حقّه المعين فخرج عن العهد.

و لو كانت الوديعه للصبي فسلمها إليه، ضمن و إن كان بإذن الولي، إذ ليس له

ص: ٤٨

١-١ . المكاسب ٣/٢٨٤.

٢-٢ . كما على المحقّق الخوئى فى مصباحه ٣/٢٦٤.

٣-٣ . تذكره الفقهاء ١٠/١٢.

تضييعها بأمر الولي»(١).

ذكر الشيخ الأعظم(٢) هذين القولين نقلاً من العلامة من دون تفكيك بين الكتابين بل نسبهما إلى التذكرة فقط، و عبارته منقوله من السيد العاملي ولكن الأخير نسبها إلى الكتابين وقال: «فروع ذكرها في التذكرة و نهايه الأحكام»(٣).

و حيث لم يعلّق عليه فهو مقبول عنده.

ولكنّ المحقّق السيّد الخوئي قدس سره اعترض عليه و على العلامة بأنّ «قبض الصبي يفيد الملكيه فى الهبه و غيرها لقيام السيره على ذلك، بل مقتضى جملة من الروايات الواردة فى جواز إعطاء الصدقه و الكفاره للصبيان هو صيرورتها ملكا بمجرد القبض»(٤).

و الاستاذ المحقّق(٥) - مدظله - ناقش السيره بنوعيتها - العقلائيه و المتشرعه - بالإجماع المذكور فى كلام العلامة فى حجر التذكرة(٦) الماضى، و الروايات بأنّها ضعيفه الإسناد و ما صحّ إسنادها فهى التى تنصّ على إعطاء الزكاه للصبي بمعنى صرفه فى شؤونه لا تمليكه لأنّه يتوقف على قبول وليه و الفرق بين التملك و الصرف واضح. ثم على فرض التنزل فهى مختصه بالزكاه و لا يمكن التعدى من المورد إلى كلّ ما يعتبر فيه القبض.

أقول: قد مرّ فى أوّل أدله البلوغ دعوى الإجماع و المناقشه فيه، و العجب من الاستاذ(٧) - مدظله - أنّه ناقش الإجماع ثم يراه رادعا عن السيره العقلائيه و هذه مسافه

ص: ٤٩

١-١ . نهايه الأحكام ٢/٤٥٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٢٨٥.

٣-٣ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٥٠.

٤-٤ . مصباح الفقاهه ٣/٢٦٠.

٥-٥ . العقد النضيد ٢/٤٦٣-٤٦٥).

٦-٦ . تذكرة الفقهاء ١٤/١٨٥.

٧-٧ . راجع العقد النضيد ٢/٤١٦.

الخلف بين القول والعمل، و سيره المتشرعه لم تتحقق عنده.

و أما الروايات فلا بد من ملاحظتها و أذكر للباحث بعضها المذكوره في كلام المحقق السيد الخوئي قدس سره :

فمنها: معتبره عبدالرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل مسلم مملوك و مولاه رجل مسلم و له مال يزكيه و للمملوك ولد صغير حرّ، أيجزى مولاه أن يعطى ابن عبده من الزكاه؟ فقال: لا بأس به. (١)

و منها: صحيحه أبي بصير قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يموت و يترك العيال، أيُعطون من الزكاه؟ قال: نعم، حتى ينشأوا و يبلغوا و يسألوا من أين كانوا يعيشون إذا قطع ذلك عنهم، فقلت: إنهم لا يعرفون؟ قال: يحفظ فيهم ميتهم و يحبب إليهم دين أبيهم فلا يلبثوا أن يهتموا بدين أبيهم، فإذا بلغوا و عدلوا إلى غيركم فلا تعطوهم. (٢)

و منها: موثقه يونس بن يعقوب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: عيال المسلمين أعطيتهم من الزكاه فأشترى لهم منها ثيابا و طعاما و أرى أن ذلك خير لهم؟ قال: فقال: لا بأس. (٣)

ذكر الاستاذ المحقق (٤) - مدظله - هذه الروايه فقط - و لعل اقتصاره عليها لأجل تماميه إسنادها عنده - و حملها على صرف الزكاه عليهم كما هو ظاهرها.

ولكن يمكن أن يقال بإطلاق كلمه أعطيتهم و المذكور في كلام السائل أحد أقسام الإعطاء و هو الصرف و أراه خيرا فيستفاد من الموثقه جواز الصرف في شؤونهم لاعدم جواز إعطائهم بل يتعلّق «لا بأس» بالإعطاء فيشمل الموردين و الله العالم.

و منها: خبر أبي خديجه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ذريه الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاه و الفطره كما كان يعطى أبوهم حتى يبلغوا، فإذا بلغوا و عرفوا ما كان

ص: ٥٠

١-١ . وسائل الشيعه ٩/٢٩٤، ح ١، الباب ٤٥ من أبواب المستحقين للزكاه.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٩/٢٢٦، ح ١، الباب ٦ من أبواب المستحقين للزكاه.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٩/٢٢٧، ح ٣.

٤-٤ . راجع العقد النضيد ٢/٤٦٣.

أبوهم يعرف أعطوا، و إن نصبوا لم يعطوا.(١)

و منها: معتبره يونس بن عبدالرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه كفّاره إطعام عشرة مساكين أيعطى [يطعم] الصغار و الكبار سواء و النساء و الرجال أو يفضّل الكبار على الصغار و الرجال على النساء؟ فقال: كلّهم سواء، الحديث.(٢)

و أنت ترى بأنّ الروايات حتّى الصحاح و المعتبره منها لا تختصّ بما ذكره الاستاذ المحقّق - مدظله - و لا يمكن حمل الإعطاء فيها بالصرّف فقط بل يكون ظهورها باعطاء و أمّا ما نقله الاستاذ - مدظله - من فتوى المحقّق السيّد الخوئي في المنهاج حيث يقول: «و تُعطى أطفال المؤمنين و مجانينهم، فإن كان بنحو التمليك و جب قبول وليهم، و إن كان بنحو الصرّف مباشره أو أمين فلا يحتاج إلى قبول الولي»(٣)

فهو محمولٌ على الاحتياط في الفتوى و هو ديدن الفقهاء و غير خفي على الاستاذ الفقيه المحقّق - دام ظلّه - .

### الخامس: هل تنفذ وصيه الصبي أم لا؟

قال العلامة في القواعد: «يشترط فيه: [في الموصى] البلوغ و العقل و الحرّيه، فلا تنفذ وصيه الصبي و إن كان مميّزا في المعروف و غيره على رأي، و لا وصيه المجنون مطلقا و لا السكران»(٤).

و قال السيّد المتتبع العاملي في شرحه: «و هو خيره السرائر و التحرير و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و كذا التلخيص و التبصره و كأنّه قال به في المسالك و الروضه، و في المختلف و المهذب البارع و المقتصر و جامع المقاصد أنّه أحوط... و ظاهر التذكرة و اللمعه و كذا النافع و الدروس التوقف و التردد بل قد يقال أنّه في الشرائع

ص: ٥١

١-١ . وسائل الشيعه ٩/٢٢٧، ح ٢.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٢/٣٨٧، ح ٣، الباب ١٧ من أبواب الكفارات.

٣-٣ . منهاج الصالحين ١/٣١٤، في اوصاف المستحقين للزكاه - الأول الايمان - الطبعة الثامنه و العشرون عام ١٤١٠ق.

٤-٤ . قواعد الأحكام ٢/٤٤٧.



و اختير في المقنعه و المراسم و النهايه و المهذب و الغنيه و كشف الرموز و الإرشاد و الروض و الكفايه و المفاتيح و التحرير في باب الوكاله جواز وصيه من بلغ عشرا مميزا. في البرّ و المعروف و هو خيره أبي صلاح و أبي علي... و هو ظاهر الفقيه لأنّه رواه فيه، بل و الوسيله... و هو الظاهر من غايه المراد و يمكن أن يدعى أنّه ظاهر الشرائع و النافع و الدورس... و قد نفى عنه البأس في التنقيح و قال أيضا: أنّه أحوط... و قال في كشف الرموز: ذهب الشيخ و المفيد و سلار و ابوالصلاح و أتباعهم إلى أنّ وصيه من بلغ عشرا جائزه في المعروف من وجوه البرّ، انتهى. و هو يفيد الشهره بين المتقدمين إن لم يفد اجماعهم و لا ريب أنّ المراد إذا كان مميزا...»(١).

أقول: الظاهر نفوذ وصيه الصبي إذا بلغ عشرا لما ورد في عدّه من الروايات الصحاح:

منها: صحيحه أبي بصير المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين و اوصى بثلث ماله في حقّ جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حقّ جازت وصيته.(٢)

و منها: موثقه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عليه السلام - في حديث - قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته.(٣)

و نحوها معتبره أخرى له.(٤)

و منها: معتبره بل صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف و حقّ فهو

ص: ٥٢

١-١ . مفتاح الكرامه ٩/٣٨٨ من الطبعة الأولى.

٢-٢ . وسائل الشيعة ١٩/٣٦١، ح ٢، الباب ٤٤ من أبواب كتاب اللوصايا.

٣-٣ . وسائل الشيعة ١٩/٣٦٢، ح ٣.

٤-٤ . وسائل الشيعة ١٩/٣٦٢، ح ٥.

و منها: موثقه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن وصيته الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته. (٢).

و منها: موثقه أبي بصير و أبي أيوب عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصى؟ قال: إذا أصاب موضع الوصيه جازت. (٣).

و منها: موثقه ابن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم. (٤).

الاستدلال يتم بناءً على أن الوارد في الموثقه كلمه «يجوز» كما هو الظاهر و الأولى و في أكثر نسخ الكافي و كذا ورد في التهذيب ٨/٧٦ ح ٢٥٧ و الاستبصار ٣/٣٠٣ ح ١٠٧٥، ولكن في بعض نسخه «لا يجوز» و بناءً عليه فلا يتم الاستدلال.

و منها: صحيحه محمّد بن مسلم قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء. (٥).

و هذه الصحيحه تفصل بين نفوذ وصيته لذوى أرحامه و عدم نفوذها للغرباء و لا بدّ من الأخذ بها و الحكم بعدم نفوذها لغرباء الصبي. و الله العالم.

السادس: قول الصبي معتبر في الإذن بدخول الدار

قال العلامة: «و لو فتح الصبيّ الباب و أذن في الدخول عن إذن أهل الدار أو أوصل هديّه إلى إنسان عن إذن المهدى، فالأقرب: الاعتماد لتسامح السلف فيه» (٦).

ص: ٥٣

- 
- ١-١ . وسائل الشيعه ١٩/٣٦٢، ح ٤.
  - ٢-٢ . وسائل الشيعه ١٩/٣٦٣، ح ٧.
  - ٣-٣ . وسائل الشيعه ١٩/٣٦٣، ح ٦.
  - ٤-٤ . الكافي ١١/٦٤٥، ح ٤ من طبعه دارالحديث عام ١٤٣٠، و نقل عنه في وسائل الشيعه ٢٢/٧٨، ح ٥، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.
  - ٥-٥ . وسائل الشيعه ١٩/٣٦٠، ح ١.
  - ٦-٦ . تذكره الفقهاء ١٠/١٢.

أقول: الأدلة المانعه عن نفوذ أمر الصبي و حديث رفع القلم لا تشمل هذين الفرعين لأنهما خارجان عنها خروجاً موضوعياً أى يخرجان تخصصاً لا تخصيصاً.

أمّا الأوّل: وهو جواز الدخول فى الدار مع إذن الصبى الكاشف عن إذن أهله غالباً أو حصول الاطمئنان بإذن أهله نوعاً، فهذا الكشف أو الاطمئنان يتبعان جواز الدخول لا قول الصبى، فحينئذ لو لم يكشف أو لم يطمئن من يريد الدخول، فلا يجوز أن يدخل حتى لو أذن له الصبى لأنّ الملاك فيه الكشف أو الاطمئنان الماضيان، و لذا لو كشف أو اطمئن من غير إذن الصبى نحو فتح الباب مع الفاتح التصويرى أو أنّه يرى أنّ الباب عن عمدٍ مفتوحٌ نحو أبواب بيوت مراجع الدين فلا بأس بالدخول.

و أمّا الثانى: وهو إيصال الهديه إلى المهدي إليه بوساطه الصبى أيضاً فلا يدخل فى الأدله المانعه، لأنّ الصبى ليس إلاّ آله فى إيصالها، كإرسال الهديه بالبريد أو حيوان معلّم و نَحْوِهِمَا.

### السابع: طلاق الصبى المميّز

#### إشاره

قال العلامة فى المختلف: «طلاق الصبى المميّز - وهو الذى بلغ عشر سنين فصاعداً- جوّزه الشيخ (١) هنا و تبعه ابن البراج (٢) و ابن حمزه (٣) و رواه الصدوق فى كتابه (٤) عن زرعه عن سماعه...»

و سوّغ ابن الجنيد أيضاً طلاق الصبى إذا كان يعقل الطلاق و يضع الأمور فى مواضعها، و من كان بغير هذه المنزله منهم لا طلاق له.

و قال الشيخ على بن بابويه فى رسالته: و الغلام إذا طلقّ للسنة فطلاقه جائز.

و قال أبو الصلاح: و اشترطنا صحه التصرف احترازاً من الصبى و المجنون و

ص: ٥٤

١-١ . النهايه / ٥١٨.

٢-٢ . المهذب ٢/٢٨٨.

٣-٣ . الوسيله / ٣٢٣.

٤-٤ . الفقيه ٣/٥٠٤، ح ٤٧٦٩.

السكران و فاقد التحصيل بإحدى الآفات(١)، و أطلق.

و قال: سار: من شرط المطلق أن يكون مالكا أمره.(٢)

و هذه الأقاويل كلها تُفِيدُ المنع من طلاق الصبي.

و قال ابن ادريس لما نقل كلام الشيخ في النهايه: الأولى ترك العمل بهذه الروايه لأنها مخالفه لأصول المذهب و الأدله المتظاهره... (٣).

و المعتمد أنه لا يصح طلاق الغلام حتى يبلغ، لأنه محجور عليه في تصرفاته... (٤).

و قال سيد الرياض: «(فلا اعتبار بطلاق الصبي) الغير المميز إجماعا و فيه أيضا على الأشهر بل عليه كافه من تأخر و هو الأظهر للأصل و أدله الحجر عموما في الأ-كثر أو فحوى في الجميع... (و) لكن ورد (فيمن بلغ) بحسب السن (عشرا روايه) المراد بها الجنس لتعددتها (بالجواز) عمل بها النهايه و تبعه عليه جماعه كالقاضي و ابن حمزه... و هي و إن لم يكن (فيها ضعف) بالمعنى المصطلح إلا أنها قاصره عن المقاومه لما مرّ من حيث الاستفاضه و الاعتضاد بالأصل و العمومات و الشهره العظيمه و الاولويه المتقدمه فحمل تلك على هذه بالتيقيد، المناقشه فيه واضحه... فالقول بهذه الروايه ضعيف البته كالجواز المطلق في ذى التميز كما عن الإسكافي و جماعه و إن وردت به روايات بحسب الأسانيد المعتمره... لتطرق النظر إليها بما مضى مع لزوم تقييدها بالخبرين المقيدين إن عملنا بهما كتقييدهما بها» (٥).

و قال صاحب الجواهر في شرائط المطلق: «(البلوغ) بلاخلاف أجده فيه في الجملة بل الإجماع بقسميه عليه و النصوص به مستفيضة أو متواتره... (فلا اعتبار بعباره

ص: ٥٥

١-١ . الكافي في الفقه ٣٠٥.

٢-٢ . المراسم ١٦١.

٣-٣ . السرائر ٢/٦٩٣.

٤-٤ . مختلف الشيعه ٧/٣٦٦ و ٣٦٥.

٥-٥ . رياض المسائل ١٢/١٩٧-١٩٥).

الصبي) قبل تمييزه قطعاً، بل وبعده (قبل بلوغه عشراً) و إن حكى عن ابنِ الجنيد(١) أنّه أطلق صحه طلاقه مع تمييزه لمضمّر سماعه(٢)... و موثق ابن بكير(٣)... ولكن في مرسل ابن أبي عمير(٤) الذي هو بحكم الصحيح عند الأصحاب... بل عن الشيخ(٥) روايته عن ابن بكير و تبعه في المسالك(٦)، و إن قيل: إنّهم وهم(٧)، و على كلّ حالٍ فيقيد به اطلاق النصوص السابقه و لعلّه إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (و فيمن بلغ عشراً عاقلاً و طلق للسنه روايه بالجواز فيها ضعف) و إلاّ ليس فيما حضرنا من النصوص خير جامع للوصفين، و حكى عن الشيخين و جماعه من القدماء العمل بذلك، إلاّ أنّ المشهور بين المتأخرين بل لعلّ عليه عامتهم اعتبار البلوغ بالعدد أو بالاحتلام أو بغير ذلك من أماراته...»(٨).

أقول: فظهر ممّا ذكرنا فساد طلاق الصبي غير المميّز إجماعاً و أمّا الصبي المميّز ففيه ثلاثه أقوال:

الأول: الصحه مطلقاً و هو المحكى عن الصدوق في الفقيه و والده و ابن الجنيد.

الثاني: عدم الصحه مطلقاً و هو المحكى عن أبي الصلاح و سلار و ابن ادريس و العلامه و سيّد الرياض و صاحب الجواهر و نسبه الأخير إلى المشهور بين المتأخرين بل عامتهم.

الثالث: الصحه إذا بلغ عشراً و هو المحكى عن الشيخ و ابني البراج و حمزه - كما

ص: ٥٦

١-١ . كما مرّ من المختلف ٧/٣٦٦.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٩، ح ٧.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٨، ح ٥.

٤-٤ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٧، ح ٢.

٥-٥ . التهذيب ٨/٧٥، ح ١٧٣، وسائل الشيعة ٢٢/٧٨، ح ٦.

٦-٦ . المسالك ٩/٩.

٧-٧ . قائله صاحب الحدائق فيها ٢٥/١٥١.

٨-٨ . الجواهر ٣٢/٥ و ٤.

مرّ مصادر هذه المقالات فيما سبق - .

فلا بدّ من ملاحظه روايات الباب و هنّ على طوائف:

الطائفة الاولى: ما يدل على عدم نفوذه

منها: صحيحه ابي الصباح الكناني عن ابي عبدالله عليه السلام قال: ليس طلاق الصبي بشئٍ (١).

و منها: معتبره السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام قال: كلُّ طلاقٍ جائزٍ إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مُبْرَسَمٍ أو مجنونٍ أو مُكْرَهٍ! (٢)

و منها: معتبره بل موثقه الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن علي عليه السلام قال: لا يجوز طلاق الغلام حتّى يحتلم. (٣)

و منها: حسنه زكريا بن آدم قال: سألت الرضا عليه السلام عن طلاق السكران و الصبي و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوَّج بعد، فقال: لا يجوز. (٤)

و منها: خبر ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام قال: لا يجوز طلاق الصبي و لا السكران. (٥)

الطائفة الثانية: ما يدل على نفوذه

منها: موثقه سماعه قال: سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته؟ فقال: إذا طلق للسنه و وضع الصدقه في موضعها و حقها، فلا بأس و هو جائز. (٦)

لا بأس باضمامها لأنّ مضميرها سماعه.

و منها: موثقه جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد

ص: ٥٧

١-١ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٧، ح ١، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٧، ح ٣.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٩، ح ٨.

٤-٤ . وسائل الشيعة ٢٢/٨٣، ح ٧، الباب ٣٤ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥-٥ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٨، ح ٤.

٦-٦ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٩، ح ٧.

عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم. (١).

و منها: موثقه ابن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم. (٢).

بناء على نقل «يجوز» كما هو الظاهر و أمّا بناءً على ورود «لا يجوز» فتعدّ الروايه من الطائفة الأولى.

الطائفة الثالثة: ما يدل على نفوذ طلاقه إذا بلغ عشر سنين

منها: صحيح ابن أبي عمير عن بعض رجاله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين. (٣).

و منها: موثقه ابن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين. (٤).

أقول: هذه الموثقه نقلها الشيخ عن الكليني و لكنّها غير موجوده في الكافي بهذا السند (٥)، و السند منقول قبلها بالنسبه إلى ما سبقها (٦) و لذا ذهب بعض إلى خطأ الشيخ في هذا النقل كما عليه السيّد صاحب المدارك في نهايه المرام (٧) بل يرى صاحب الحدائق «أنّه وهم» (٨)، و لكن الأصل يدل على عدم خطأ الشيخ و السقط من نساخ الكافي و إن كان الأظهر الأولى بقريته تداول الكتب الأربعة و دراستها لا سيّما الكافي الشريف كون السهو منه، و هو غير ممتنع في جيل البشر إلا من عصمه الله تعالى.

ص: ٥٨

- ١-١ . وسائل الشيعة ١٩/٢١٢، ح ٢، الباب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات.
- ٢-٢ . الكافي ١١/٦٤٥، ح ٤ (٦/١٢٤) و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٢/٧٨، ح ٥.
- ٣-٣ . وسائل الشيعة ٢٢/٧٧، ح ٢.
- ٤-٤ . التهذيب ٨/٧٥، ح ١٧٣ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٢/٧٨، ح ٦.
- ٥-٥ . بل الموجود فيه يكون بالسند الروايه السابقه الماضيه في أول هذه الطائفة الأخيره.
- ٦-٦ . راجع الكافي ١١/٦٤٥ ذيل ح ٤ (٦/١٢٤).
- ٧-٧ . نهايه المرام ٢/٨.
- ٨-٨ . الحدائق ٢٥/١٥١.

و حيث لم تتم موثقه ابن بكير مع وجود إرسال في روايه ابن أبي عمير فالطائفه الثالثه منحلّه عندنا، فتبقى الطائفتان الأءؤليان، الاولي منهما بإطلاقها تشمل الصبي المميز و الثانيه منهما ظاهر فيها فتقتيدها، و نتيجتها نفوذ طلاق الصبي المميز مطلقا كما عليه الصدوق و والده و ابن الجنيد الإسكافي و الله العالم.

**تتمه:**

و أما ما ورد في صحيحه الحلبي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أما تزويجه فهو صحيح و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قد طلق، فإن أقرّ بذلك و أمضاه فهي واحده بائه و هو خاطب من الخطاب، و إن انكر ذلك و أبي أن يمضيه فهي امرأته، الحديث. (١)

و كذا ما ورد في حسنه بريد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام في حديث، قلت له: جعلت فداك، فإن طلقها في تلك الحال و لم يكن قد أدرك أيجوز طلاقه؟

فقال: إن كان قد مسّها في الفرج فإنّ طلاقها جائز عليها و عليه، و إن لم يمسيها في الفرج و لم يلد منها و لم تلد منه، فإنّها تعزل عنه و تصير إلى أهلها فلا يراها و لا تقرّبه حتى يدرك فيسأل و يقال له: إنك كنت قد طلقت امرأتك فلانه فإن هو أقرّ بذلك و أجاز الطلاق كانت تطليقه بائه و كان خاطبا من الخطاب. (٢)

فلا- يمكن الأخذ بهما لمخالفتهما مع الإجماع المُرَكَّب و عدم وجود القائل بالتفصيل بين الدخول و عدمه، و كذا لزوم صبر المرأه حتى يُدْرِك الغلام و يُمَضِّي ما فعله، و أمّا لو أنكر طلاقه فهي امرأته، فلم يقل به أحد، و الحاصل التفاصيل الوارده بالنسبه إلى طلاق الصبي في هاتين الروايتين محلّ إعراض الأصحاب قدس سرهم و الله العالم.

ص: ٥٩

١-١. وسائل الشيعه ٢٦/٢٢٠، ح ٤، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٢-٢. وسائل الشيعه ٢٠/٢٧٨، ح ٩، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.



قال الشيخ في المبسوط: «وَأَمَّا إِنْ كَانَ إِسْلَامُهُ مَعْتَبَرًا بِإِسْلَامِ نَفْسِهِ نُظِرَتْ، فَإِنْ كَانَ طِفْلًا بِحَيْثُ لَا يَعْبُرُ عَنْ نَفْسِهِ دُونَ سَبْعِ سِنِينَ فَإِنْ أَسْلَمَ فَلَا حُكْمَ لَهُ بِإِخْلَافٍ، وَإِنْ كَانَ مَرَاهِقًا مُمَيِّزًا فَأَسْلَمَ فَإِنَّ عِنْدَ قَوْمٍ لَا يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ وَلَا بَارْتِدَادِهِ وَيَكُونُ تَبَعًا لِلْوَالِدِينَ غَيْرَ أَنَّهُ يَفْرَقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا لِكَيْ لَا يَفْتَنَاهُ.

وَفِيهِمْ مَنْ قَالَ: يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا بَلَغَ وَوَصَفَ الْإِسْلَامَ كَانَ مُسْلِمًا مِنْ هَذَا الْوَقْتِ، وَقَالَ قَوْمٌ: يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ وَارْتِدَادِهِ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ لِأَنَّ هَذَا الْوَقْتَ لَيْسَ بِوَقْتٍ لِلتَّعْذِيبِ حَتَّى يَبْلُغَ وَلَا يَكُونُ تَبَعًا لِلْوَالِدِينَ وَالْأَوَّلُ أَقْوَى» (١).

وَقَالَ فِي الْخِلَافِ: «الْمَرَاهِقُ إِذَا أَسْلَمَ حُكْمُ إِسْلَامِهِ فَإِنْ ارْتَدَّ بَعْدَ ذَلِكَ، حُكْمُ بَارْتِدَادِهِ وَإِنْ لَمْ يَتَّبَعْ قَتْلًا، وَلَا يُعْتَبَرُ إِسْلَامُهُ بِإِسْلَامِ أَبِيهِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدُ [بْنُ الْحَسَنِ الشَّيْبَانِي] غَيْرَ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَقْتُلُ إِنْ ارْتَدَّ، لِأَنَّ هَذَا الْوَقْتَ لَيْسَ بِوَقْتِ التَّعْذِيبِ حَتَّى يَبْلُغَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ وَلَا بَارْتِدَادِهِ وَيَكُونُ تَبَعًا لِأَبِيهِ غَيْرَ أَنَّهُ يَفْرَقُ بَيْنَهُمَا لِكَيْ لَا يَفْتَنَاهُ، وَبِهِ قَالَ زُفَرٌ» (٢).

وَفِي أَصْحَابِهِ مَنْ قَالَ: يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا بَلَغَ وَوَصَفَ الْإِسْلَامَ يَكُونُ مُسْلِمًا مِنْ هَذَا الْوَقْتِ.

دَلِيلُنَا: مَا رَوَاهُ أَصْحَابُنَا «إِنَّ الصَّبِيَّ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ التَّامَّةُ وَاقْتَصَّ مِنْهُ، وَنَفَذَتْ وَصِيَّتُهُ وَعَتَقَهُ» وَذَلِكَ عَامٌ فِي جَمِيعِ الْحُدُودِ.

وَأَيْضًا قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يَهُودَانَهُ وَيَنْصَرَانَهُ وَيَمَجَّسَانَهُ، حَتَّى يَعْرَبَ عَنْهُ لِسَانُهُ فَإِمَّا شَاكِرًا أَوْ كَفُورًا» وَهَذَا عَامٌ إِلَّا مِنْ أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ.

وَأَجَابَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّهُ قَالُوا: حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ

١-١. المبسوط ٣/٣٤٥.

٢-٢. وَهُوَ مِنَ الْأَخْنَافِ.

بالغا، لأنَّ أقلَّ البلوغ عند الشافعي تسع سنين و عند أبي حنيفة إحدى عشرة سنة...»(١).

و قال الشهيد بعد نقل هذه العبارة من الخلاف: «و هو قريب»(٢).

و قال العلامة في مختلف الشيعه بعد نقل قول الشيخ في الكتابين: «و الذي قواه الشيخ في المبسوط هو الأقوى، لأنَّ التكاليف منوطه بالبلوغ و قبله لا تكليف»(٣).

و قال في التحرير: «و إذا بلغ اللقيط و أسلم فهو مسلم... و لو كان صبياً مميّزا و وصف الاسلام حيل بينه و بين الكافر و الصبي غير المميز [و] المجنون لا يتصوّر اسلامهما إلاّ تبعاً...»(٤).

و قال في لقطه التذكرة: «و أمّا الصبي فلا- يصح إسلامه لأنّه غير مكلفٍ و لا اعتبار بعبارة في العقود و غيرها سواء كان مميّزا أو لا»(٥).

و قد مرّ من حجر تذكرته(٦) أنّ اسلام الصبي يدخل في مستثنيات محجوريته فيكون مقبولاً.

و قال في القواعد: «الاسلام: و إنّما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبيّ و إن كان مميّزا، لكن يفرّق بينه و بين أبويه خوف الاستزلال [الاستنزال(٧)] و غير المميّز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلاّ بالتبعيه...»(٨).

و علّق عليه المحقّق الثاني بقوله: «لأنّه غير مكلف فلا يكون إقراره بالشهادتين

ص: ٦١

١- ١. الخلاف ٣/ (٥٩٣-٥٩١) مسأله ٢٠.

٢- ٢. الدروس ٣/٧٩.

٣- ٣. مختلف الشيعه ٦/١٠٩.

٤- ٤. تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٤٥١.

٥- ٥. تذكرة الفقهاء ١٧/٣٣٦.

٦- ٦. راجع تذكرة الفقهاء ١٤/١٨٥.

٧- ٧. نسخه بدل.

٨- ٨. قواعد الأحكام ٢/٢٠٣.

وقال ثانی الشہیدین: «و أمّا الصبی فلا یصح إسلامه مطلقاً لأنه غیر مکلف و عبارته مسلوبه بالأصل و للشیخ رحمہ اللہ قول بصحہ إسلام المراهق و هو ضعیف...»(٢).

و قال المحقق الأردبیلی: «نعم، الحكم باسلام المراهق غیر بعید لعموم من قال: لا إله إلا الله محتمد رسول الله صلى الله عليه و آله فهو مسلم، و قاتلوهم حتى يقولوا لا إله إلا الله و أمثاله كثيره. و لأنهم - إذا قدروا على الاستدلال و فهموا أدله وجود الواجب و التوحيد و ما يتوقف عليه، و وجوب المعرفة و النظر في المعرفة يمكن أن يجيب عليهم ذلك لأن دليل وجوب المعرفة عقلي فكل من يعرف ذلك يدخل تحته و لا خصوصيه له بالبالغ و لا استثناء في الأدله العقلية فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أن يجب ذلك، فإذا اوجب عليهم يجب أن يصح منهم، بل يلزم من الحكم بالصحة وجوبه أيضاً و يترتب عليه الأحكام.

و أمّا لو ارتد أحد منهم بعده، يمكن الحكم بعدم ارتداده لضعف عقله فإنه لا استقلال بعقلهم، إذ قد يعرض لهم لصوبتهم و قلّه تعقلهم شك، و لهذا يفعلون أفعالاً غير مستقيمه مثل اللعب الذي يفعله الصبيان و إذا بلغوا لم يفعلوه يقيناً، و للشبهه فيدرأ الحدود بها، فإذا درأ عنهم الحدود لم يكونوا مرتدين، و لا يدل على عدم الإسلام و عدم اعتباره (و عدم) إجراء هذه الأحكام عليهم لأن هذه من الفروع الفقيهيه و قد أجمعوا على عدم وجوب الفروع عليهم و عدم تكليفهم بها، و لهذا صرح بعض العلماء بأن الواجبات الأصوليه العقلية تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعيه.

و الظاهر أن ضابطه القدره على الفهم و الأخذ و الاستدلال على وجه مقنع، ففي كل من وجد فيه ذلك يصح و يمكن أن يجب عليه ذلك المقدار و من لم يوجد فيه ذلك لم يجب»(٣).

و استشكل عليه في مفتاح الكرامه بقوله: «قلت: لا ريب أن الصبي قبل البلوغ

ص: ٦٢

١-١ . جامع المقاصد ٦/١١٩.

٢-٢ . المسالك ١٢/٤٧٥.

٣-٣ . مجمع الفائدة و البرهان ١٠/٤١١.

ضعيف العقل ناقص البصيره قد غلبت على عقله الصبوه و غمرته الشهوه و و ما يتراءى من قدره بعض الصبيان فهو سريع الزوال و لهذا يفعل الأفعال الغير المستقيمه المخالفه لأفعال الرجال كاللعب الذى يستقبحه إذا بلغ، و لذا لم يحكموا برّدته، لأنّه قد يعرض له لصبوته شك و لم يكلفوه بالفروع مع أنّها أهون من الأُصول فكان فى الواقع غير قادر على الاستدلال و الأخبار كشفت عن ذلك و لا استثناء فى الدليل العقلى. و إذا كان الأمر كما قلت فهلاًّ جزمت به أنت و جزم به الشهيد... .

نعم هناك إشكال مشترك الإلزام فى الأُصول و الفروع و هو أنّ الأُنثى أنقص عقلاً و أوهن نفساً و أضعف رأياً فكيف فرّق الشارع بينهما فأوجب عليها المبادره إلى تحصيل المعرفه بالأُصول و الفروع فى أوّل تمام تسع السنين؟ و قد قيل فى الجواب...»(١).

و قال فى الجواهر: «و ما عن خلاف الشيخ... مُنافٍ لمعالميه اعتبار البلوغ فى التكليف نصاً و فتوى و سلب عبارته و فعله قبله إلاّ ما خرج بالدليل كوصيته، و ما أرسله فى الخلاف... لا جابر له أعرض عنه الأصحاب كالمرسل عنه: كلّ مولود... مضافاً إلى إجمال دلالتة.

و أمّا قبول إسلام على عليه السلام قبل البلوغ فهو من خواصه و خواص اولاده المعصومين عليهم السلام و أمثالهم كىحيى و عيسى عليهما السلام و الحجّه صاحب الأمر روحى له الفداء».

ثم استتغزب كلام الأردبيلي و قال فى ردّه «إذ لا يخفى عليك ما فيه من كونه كالأجتهد فى مقابله المقطوع به نصاً و فتوى من رفع القلم عن الصبى حتّى يبلغ و لعننا نقول بلزوم الإقرار عليه مع فرض وصوله إلى الواقع، إلاّ أنّ ذلك لا ينافى عدم جريان الأحكام عليه و ليس فيه تخصيص للدليل العقلى كما هو واضح»(٢).

أقول: قد مرّ عن الحنفية(٣) القول بقبول إسلام الصبى و عن الشافعية(٤) عدمه، و

ص: ٦٣

١-١ . مفتاح الكرامه ١٧/٥٧٤ و ٥٧٣.

٢-٢ . الجواهر ٣٨/١٨٣-١٨١).

٣-٣ . الفقه على المذاهب الأربعة ٢/٣٦٣.

٤-٤ . الفقه على المذاهب الأربعة ٢/٣٦٥.

مشهور الأصحاب عدم قبوله ولكن للشيخ في الخلاف و العلامة في حبر التذكرة و الشهيد في الدروس و الأردبيلي في مجمع الفائده و السيد الخوئي في المصباح(١) قول بقبول إسلامه.

و المختار هو قبول اسلام الصبي إذا كان مميزا و الوجه في ذلك عدم تماميه أدله القول بأن الصبي مسلوب العبارة فعبارة و ألفاظه و أقواله معتبرة إذا كان مميزا إلا خرج بالدليل كاستقلاله في العقود و الايقاعات لحجره. فحينئذ اسلامه مقبول.

و لأنّ الاسلام أمر واقعي يدور مدار الإقرار بالشهادتين - التوحيد و نبوه الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله - و كلّ مَنْ أقرّ بالشهادتين فهو مسلم ولو كان صبيا مميزا. و يترتب عليه حقن دمه و حرمة ماله و الحكم بطهارته و جواز نكاحه و حلّيته ذبيحته و جريان التوارث في حقّه و وجوب تجهيزه إن مات.

و تدلّ عليه موثقه سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: - في الحديث - الإسلام شهادة أن لا إله إلا الله و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله به حُقِنَت الدماء و عليه جرث المناكح و الموارث و على ظاهره جماعة الناس، الحديث.(٢)

و خبر سفيان بن السَّمُطِ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: - في حديث - الإسلام هو الظاهر الذي عليه الناس شهادة أن لا إله إلا الله و أنّ محمدا رسولُ الله و إقامة الصلاة و إيتاء الزكاة و حجُّ البيت و صيامُ شهرِ رمضانَ فهذا الإسلام، الحديث.(٣)

و اطلاق هاتين الروايتين يشمل للصبي المميّز ولكن لا تترتب عليه الأحكام الإلزامية لجريان حديث رفع القلم.

و نحوهما مرسله القاضي نعمان المصري عن أبي عبدالله عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله كان إذا بعث جيشا أو سريره أوصى صاحبها بتقوى الله في خاصه نفسه و من معه من المسلمين خيرا، و قال: اغزوا بسم الله و في سبيل الله و على

ص: ٦٤

١-١ . مصباح الفقاهه ٣/٢٣٥ و ما بعده.

٢-٢ . الكافي ٣/٧٢، ح ١ من الطبعة الحديثه (٢/٢٥) من الطبعة السابقه).

٣-٣ . الكافي ٣/٧٠، ح ٤ (٢/٢٤).

ملّه رسول الله، ولا تقاتلوا القوم حتّى تحتجّوا عليهم بأن تدعوهم إلى شهادته أن لا اله إلا الله وأن محمداً رسول الله والإقرار بما جئت به من عند الله فإن أجابوكم فإخوانكم فى الدين، الحديث. (١)

وقبول اسلام المميّز ليس لأجل التبعية من والده أو أشرف أبويه، بل لأجل ما ذكرنا، وإن كانت روايه تبعية الاولاد لأبائهم تامه فى محلّها وهى من المسلّمات عند الفقهاء العظام وقيام السيره المتشرعه عليها، ولكن القدر المتيقن منها هو الطفل الصغير الذى لم يبلغ إلى حدّ التمييز.

و يلحقون أطفال المؤمنين الذين ماتوا قبل البلوغ إلى آبائهم فى الجنه إقراراً (٢) لأعين المؤمنين كما ورد فى خبر أبى بكر الحضرمى عن أبي عبد الله عليه السلام فى قول الله عزّوجلّ: «و الذين آمنوا و اتّبعْتَهُمْ ذُرِّيَّتَهُمْ بإيمان ألحقنا بهم ذُرِّيَّتَهُمْ» (٣) قال: فقال: فَصَرَتِ الأبناءُ عن عمل الآباء فألحقوا الأبناء بالآباء لِتَقَرَّ بذلك أعينهم. (٤)

و أنت ترى بأن الروايه مطلقه لا تختص بالابن الذى لا يبلغ، و يمكن القول بشمولها للأبناء البالغين، ولكنّها مختصه بالآخره فقط و سند الصدوق (٥) إليها معتبر.

نعم ورد «فى حديث آخر: أمّا أطفال المؤمنين فيلحقون بأبائهم، و اولادُ المشركين يلحقون بأبائهم و هو قول الله عزّوجلّ: «بايمان ألحقنا بهم ذُرِّيَّتَهُمْ» (٦)

لا خلاف و لا إشكال فى دخول أطفال المؤمنين الجنه ولكن دخول أطفال المشركين فى النار منوط بامتحان آخر يجرى عليهم فى القيامة و هو كما ورد فى صحيحه زواره عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: فَيَبْعَثُ اللهُ إِلَيْهِمْ مَلَكًا مِنَ الملائكهِ فَيُؤَجِّحُ

ص: ٦٥

١-١ . دعائم الاسلام ١/٣٦٩ و نقل عنه فى مستدرک الوسائل ١١/٣١، ح ١.

٢-٢ . أقرّ عنيه إقراراً. و ليس من: قَرَّرَ تقريراً.

٣-٣ . سوره الطور / ٢١.

٤-٤ . الكافى ٥/٦١٢، ح ٦ (٣/٢٤٩).

٥-٥ . راجع التوحيد / ٣٩٤، ح ٧.

٦-٦ . الكافى ٥/٦١١، ح ٣ (٣/٢٤٨).

لهم ناراً ثمَّ يبعثُ اللهُ إليهم ملكاً فيقول لهم: إِنَّ رَبَّكُمْ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَتَّبِعُوا فِيهَا فَمَنْ دَخَلَهَا كَانَتْ عَلَيْهِ بَرْدًا وَ سَلَامًا وَ أُدْخِلَ الْجَنَّةَ وَ مِنْ تَخَلَّفَ عَنْهَا دَخَلَ النَّارَ. (١)

و مثلها خبر عبد الله بن سلام مولى رسول الله صلى الله عليه و آله. (٢)

نعم، لو ارتدَّ الصبى المميّز عن الاسلام يلحق بالكفار ولكن لا- تجرى عليه أحكام الارتداد من وجوب قتله و تقسيم أمواله و بينونه زوجته لرفع القلم عن الصبى بالنسبة إلى الأحكام الإلزامية.

### التاسع: عبادات الصبى

العبادات إمّا واجبه و إمّا مستحبه:

لا إشكال فى صحه المستحبات بالنسبه إلى الصّبيان لشمول أدلتها لهم و لعدم التنافى بين حديث رفع القلم عنه و إطلاقها - حتى على القول بأنّ المراد من رفع القلم هو قلم التشريع - لأنّ المرفوع فيه الامتنان و لا منه فى رفع المستحبات، بل المرفوع فيه الكلفه و لا كلفه فى المستحبات لجواز تركها.

أمّا الواجبات من العبادات

فقد اتفقوا على شرطيه البلوغ فى ترتب الوجوب و التحريم بمعنى عدم العقاب على الصبى فى تركه و فعله، و اختلفوا فى شرطيه البلوغ لشرعيه العبادات و صحتها على أقوال:

الأول: التمرينيه المحضه: و المراد بها أنّ عباداته بالنسبه إليه تمرينيه صِرْفَةً بِهِجته تمكّنه من الإتيان بها صحيحاً بعد بلوغه فحينئذ لا يترتب عليها ثواب له و ان كان لوليه ثواب التمرين لذلك و هو مختار جماعه من الأصحاب منهم العلامة فى المختلف. (٣)

الثانى: الشرعيه المحضه: بمعنى أنّ عباداته تكون كعبادات البالغين و مطلوبه من الشارع و يترتب عليها الثواب من الله تعالى له و هو المحكى عن مشهور الأصحاب

ص: ٦٦

١-١ . الكافى ٥/٦٠٩، ح ١ (٣/٢٤٨).

٢-٢ . التوحيد ٣٩٠/، ح ١، باب الأطفال و عدل الله عزّوجلّ فيهم.

٣-٣ . مختلف الشيعه ٣/٣٨٦.

-رضوان الله تعالى عليهم - كما حكاه عنهم صاحب الحدائق(١).

الثالث: الشرعيه التمرينيه: بمعنى أنّ الاتيان بهذه العبادات مطلوبٌ مِنْ قِبَلِ الشَّارِعِ ولكن لا لأنفسها بل لحصول التعمُّد و التمرن على العمل بعد البلوغ، حكاه صاحب العناوين(٢) عن جماعه من المتأخرين و جمله من معاصريه و اختاره، و كما يظهر هذا القول من الاستاذ المحقق - مدظله - (٣).

و الفرق بين الأقوال: فى القول الأوّل لا يترتب على عبادات الصبى ثواب له أصلاً، و على القولين الأخيرين يترتب عليها الثواب له ولكن على الثانى يترتب على نفس عباداته من الصلاه و الصيام و على الثالث يترتب على التمرين بالعباده لانفسها.

و كذلك تظهر الثمره فى جواز نيابه الصبى عن ميت، أوحى بالأجره أو بدونها، فعلى القول الثانى يجوز نيابته و على القولين - الأوّل و الثالث - لا يجوز.

أمّا القول المختار و دليله:

فقد يقال: اطلاق الخطابات الشرعيه نحو قوله تعالى: «اقيموا الصلاه»(٤) «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ»(٥) «لله على الناس حج البيت»(٦) «و اعلموا أنّما غنمتم من شىءٍ فإنّ لله خُمُسُهُ...»(٧) تشمل الصبى الذى يتمشى منه القصد فتصح منه العباده و لا يعارضه حديث رفع القلم عن الصبى لأنّ المرفوع إن كان هو خصوص المؤاخذه فواضح و إن كان المرفوع هو قلم التشريع و التكليف و المؤاخذه - كما نقول به - فكذلك لأنّ لا- امتنان فى رفع مشروعيه العمل و محبوبيته، نعم الإلزام به و كلفته و المؤاخذه فى تركه مرفوعه و أمّا

ص: ٦٧

١-١ . الحدائق ١٣/٥٣.

٢-٢ . العناوين ٢/٦٦٦ و ٦٧٢.

٣-٣ . راجع تحقيق الاصول ٣/٣٧٨.

٤-٤ . سوره البقره ٤٣/.

٥-٥ . سوره البقره ١٨٣/.

٦-٦ . سوره آل عمران ٩٧/.

٧-٧ . سوره الأنفال ٤١/.



أصل مشروعيتها و مطلوبيته باق كما هو مختار المحقق العراقي (١) و السيد الحكيم. (٢)

و فيه: الوجوب بسيط و ليس مُرْكَبًا من طلب الفعل مع المنع من الترك حتّى حديث رفع القلم يرفع المنع و يبقى طلب الفعل، بل حديث الرفع يرفع أصل الوجوب البسيط بتمامه فلا يبقى دليل على مشروعيتها، إلّا على القول بأنّ المرفوع هو المؤاخذه فقط ولكنه لا يتم عندنا، كما يظهر هذا الاشكال من السيد الخوئي فى كتابيه. (٣)

ولكن الدليل التام على مشروعيه عبادات الصبي هو الروايات الواردة على الأمر بأمر الصبيان بالصلاه و الصوم، و بعضها فى تكليفهم بالعبادات الداله على مشروعيتها (٤):

منها: صحيحه محمّد بن مسلم\* عن أحدهما عليهما السلام فى الصبي متى يصلى؟ فقال: إذا عقل الصلاه، قلت: متى يعقل الصلاه و تجب عليه؟ قال: لستّ سنين. (٥)

و هذه الصحيحه محموله على الاستحباب لأننا نعلم بأنّ الوجوب مشروط بالبلوغ.

و منها: صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: إنا نأمر صبياننا بالصلاه، إذا كانوا بنى خمس سنين، فمروا صبيانكم بالصلاه إذا كانوا بنى سبع سنين، الحديث. (٦)

و منها: خبر اسحاق بن عمار\* عن أبى عبدالله عليه السلام قال: إذا أتى على الصبي ست سنين وجب عليه الصلاه، و إذا أطاق الصوم وجب عليه الصيام. (٧)

و هو محمولٌ على الاستحباب، ولكنّ فى السند ضعفاً بمحمّد بن الحصين لأنّه مهمل أو مجهول.

ص: ٦٨

١-١ . نهايه الأفكار ١/٣٩٩.

٢-٢ . حقائق الاصول ١/٣٤٢.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٣/٢٤٢، المحاضرات فى اصول الفقه ٣/٢٦٦-٢٦٤).

٤-٤ . قد جعلت علامه\* لما تدل على مشروعيتها حتّى تتميز من روايات الامر بالامر.

٥-٥ . وسائل الشيعه ٤/١٨، ح ٢، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض.

٦-٦ . وسائل الشيعه ٤/١٩، ح ٥.

٧-٧ . وسائل الشيعه ٤/١٩، ح ٤.

و منها: خبر عبد الله بن فضاله عن أبي عبد الله أو أبي جعفر عليهما السلام - في حديث - قال: سمعته يقول: يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين، فإذا تم له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك و كفيك فإذا غسلهما قيل له: صل، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين، فإذا تمت له علم الوضوء و ضرب عليه و أمر بالصلاه و ضرب عليها، فإذا تعلم الوضوء و الصلاه غفر الله لوالديه إن شاء الله. (١)

و منها: خبر الأربعماء عن علي عليه السلام: علموا صبيانكم الصلاه و خذوهم بها إذا بلغوا ثمانى سنين. (٢)

و منها: ما رواه السيد فضل الله الراوندى بإسناده عن موسى بن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال: قال علي عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: مروا صبيانكم بالصلاه إذا كانوا أبناء ست سنين و اضربوهم إذا كانوا أبناء سبع سنين و فرقوا بينهم فى المضاجع إذا كانوا أبناء عشر سنين. (٣)

و منها: خبر الجعفریات بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله، مروا صبيانكم بالصلاه إذا كانوا أبناء عشر سنين. (٤)

و منها: معتبره الفضة ل بن يسار قال: كان على بن الحسين عليه السلام يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب و العشاء، و يقول: هو خير من أن يناموا عنها. (٥)

و منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إننا نأمر صبياننا بالصيام إذا كانوا بنى سبع سنين بما أطلقوا من صيام اليوم فإن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا غلبهم العطش و الغرث أفتروا حتى يتعودوا الصوم و يطيقوه، فمروا صبيانكم إذا

ص: ٦٩

١-١ . وسائل الشيعة ٤/٢٠، ح ٧.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٤/٢٠، ح ٨.

٣-٣ . مستدرک الوسائل ٣/١٨، ح ٢، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض.

٤-٤ . مستدرک الوسائل ٣/١٩، ح ٣.

٥-٥ . وسائل الشيعة ٤/٢١، ح ١، الباب ٤ من أبواب أعداد الفرائض.

كانوا بنى تسع سنين بالصوم ما أطاقوا من صيام، فإذا غلبهم العطش أفطروا. (١)

الغرض: الجوع

ومنها: صحيحه زراره\* عن أحدهما عليهما السلام قال: إذا حَجَّ الرجل بائنه وهو صغير فإنه يأمره يلبي ويفرض الحج، فإن لم يُحسن أن يلبي لبوا عنه ويطاف به ويصلّى عنه، قلت: ليس لهم ما يذبحون، قال: يذبح عن الصغار ويصوم الكبار، ويتقى عليهم ما يتقى على المحرم من الثياب والطيب، وإن قتل صيدا فعلى أبيه. (٢)

منها: خبر أبان بن الحكم\* قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الصبي إذا حجَّ به فقد قضى حجه الإسلام حتى يكبر، الحديث. (٣)

ولكن استشكل المحقق الخراساني (٤) في دلالة هذه الروايات بتوضيح منّا: بأنّ المحتمل في مقام الثبوت بالنسبة إليها ثلاثة وجوه:

الأول: أن يكون الغرض قائما بنفس الأمر، كأن يأمر بالأمر لمصلحه إثبات أمره الثاني.

الثاني: أن يكون الغرض قائما بالفعل المأمور به - الثاني - كما في قوله تعالى: «بلغ ما أنزل اليك» (٥).

الثالث: أن يكون الغرض قائما بالفعل الحاصل من المأمور - الثالث - بشخصه المنبعث من أمر هذا الأمر الثاني.

ومع هذه الاحتمالات الثلاثة لا يدلّ الأمر بالأمر في مقام الإثبات على كونه أمرا به إلا بقريته تعين أنّه المحتمل الثالث، وهي مفقوده.

ص: ٧٠

- 
- ١-١ . وسائل الشيعه ١٠/٢٣٤، ح ٣، الباب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم.
  - ٢-٢ . وسائل الشيعه ١١/٢٨٨، ح ٥، الباب ١٧ من أبواب أقسام الحج.
  - ٣-٣ . وسائل الشيعه ١١/٤٥، ح ١، الباب ١٣ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.
  - ٤-٤ . راجع كفايه الاصول ١/٢٦٩، مع تعليقه الشيخ عباس على الزارعى السبزواري، طبعه جماعه المدرسين، عام ١٤٢٦.
  - ٥-٥ . سوره المائده /٦٧.

و تبعه فى هذه المآتملات و الإجمال المآتمق الروآانى (١) قدس سره .

آوابه: ما ذكره المآتمق الآراسانى قدس سره آار فى «العلم» لأنه قد يؤآذ جزءً للموضوع و قد يؤآذ تمام الموضوع و قد يؤآذ طريقا ولكن الإرتكاز العرفى من الأمر هو الطريقيه إلى مطلوبيه الشىء فقط (٢) و الشاهد عليه «إذا أمر المولى أحد عبيده أن يأمر عبده الآخر بكذا، و أطلع عليه العبد الآخر من غير توسط أمر المأمور و ترك الفعل، فإنه مع اعترافه بالاطلاع يؤآذه المولى بتركه» (٣).

و احتمالان الآخران لا يقاومان هذا الإرتكاز العرفى و الظهور العقلائى، فما ذكره المآتمق الآراسانى رحمه الله لا يتم.

فآينئذ ما ورد من الروايات من أمر الأولياء أولادهم بالعبادات تدل على مطلوبيتها الشرعيه و محبوبيتها و مشروعيتها.

ولكن مع ذلك كله يظهر من الأستاذ المآتمق - مدظله - على فرض تسليم ظهور الأمر عرفا فى الطريقيه لم تثمر شرعيه عبادات الصبى، «لأن غاية ما يفيد ذلك هو تعلق غرض للأمر الأول بذلك الفعل كالصلاه، ولكن هل الغرض هو نفس الغرض فى عبادات البالغين أو أن هناك فى أمر الصبى بالصلاه غرضا آخر؟... بل إنها صريحه فى أنه «التعويد» فى صحيجه الحلبى المتقدمه (٤)... و على هذا فإن الغرض بالفعل مآتمق، لكنه غرض آخر غير الغرض القائم بصلاه البالغين...» (٥).

و العجب من سماآته - مدظله - كيف غفل بأن «التعود» الوارد فى صحيجه الحلبى لم يرد إلا فيها، و يرد فى الصيام الباطل فقط و لا يمكن التعدى منه إلى غيرها من العبادات الصحيجه، و غايته أنه يُعد من حكم التشريع و ذلك لا يوجب قصر حكم

ص: ٧١

١-١ . راجع منقى الأصول ٢/٥١٥.

٢-٢ . راجع المآضرات ٣/ (٢٦٦-٢٦٤).

٣-٣ . الشاهد مأآوذ من شيخنا الاستاذ رحمه الله فى كتابه «دروس فى مسائل علم الأصول» ٢/٢٩٣.

٤-٤ . وسائل الشيعه ١٠/٢٣٤، ح ٣.

٥-٥ . آآقيق الاصول ٣/٣٧٨.

المشروع على خصوصه كما هو واضح عنده و عند الكل، و كما اعترف بأنه حكمه الفقيه السيزواري رحمه الله (١).

و عليه دلالة الأمر الوارد بأمر الأولياء أولادهم بالصلاه و الصيام على مشروعيه عبادات الصبي تامّة كما عليه المحقق السيّد الخوئي (٢) و شيخنا الاستاذ (٣) رحمهما الله .

مضافا إلى وجود عدّه من الروايات الواردة في تكليفهم بالعبادات الداله على مشروعيتها نحو: صحيحه محمّد بن مسلم و خبر اسحاق بن عمار و صحيحه زراره و خبر أبان بن الحكم، الماضيات كلّها آنفا (٤) و الحمد لله أوّلاً و آخراً.

### العاشر: التفصيل في معاملات الصبي بين الخطير و الحقير

و المنع في الأوّل و الجواز في الثاني و يظهر هذا من الفيض الكاشاني قال في مفاتيحه: «الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العاده به منه في الشيء الدون دفعا للحرج في بعض الأحيان» (٥).

و قال الشيخ اسدالله التستري بعد نقل كلام صاحب المفاتيح: «و يمكن أن يستأنس لذلك، مضافا إلى السيره المستمره و قضاء الحاجه و الضروره في كلّ من المعامله و دفع العوض و أخذه منه، بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زراره قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهاده الصبي و المملوك؟ فقال: على قدرها يوم أشهد تجوز في الأمر الدون و لا تجوز في الأمر الكثير» (٦).

و هذا القول لا يخلو من قوه إلا أنّ الأصحاب تركوا العمل بالخبر، و أمّا السيره و

ص: ٧٢

١-١ . مهذب الأحكام ١٦/٢٧٧.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٣/٢٤٣.

٣-٣ . دروس في مسائل علم الاصول ٢/٢٩٣.

٤-٤ . مع علامه \*.

٥-٥ . مفاتيح الشرائع ٣/٤٦.

٦-٦ . التهذيب ٦/٢٥٢، ح ٦٥٠ و نقل عنه في وسائل الشيعه ٢٧/٣٤٤، ح ٥، الباب ٢٢ من أبواب كتاب الشهادات.

الضرورة فالتمسك بهما في مقابل إطلاق الآيه و الروايه و فتوى الإماميه و غيرهم خروج عن جاده الصواب و عدول عن طريق الاحتياط»(١).

وجوه الاستدلال على هذا التفصيل:

الأول: الحرج

بتقريب: أن الحكم ببطلان المعامله فى المحقرات يستلزم الحرج المنفى فى الشريعة المقدسه، ففيه يقتضى صحتها، و هذا الدليل مذكور فى كلام الفيض الذى هو المؤسس لهذا التفصيل.

و يرد عليه: أولاً: بمنع الصغرى الوارد فى كلام الشيخ الأعظم حيث يقول: «فإن الحرج ممنوع سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعامله فى المحقرات و التزام مباشره البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء النسا على نصب الصبيان للبيع و الشراء فى الأشياء الحقيه»(٢).

ثم ذكر أنه لو أراد استقلال الصبى فى البيع و الشراء بماله دون إذن الولى فى المحقرات يكون مخالفاً للاجماع.(٣)

و ثانياً: على فرض تحقق الحرج فهو ينفى الحكم الشرعى و لا يثبت كما مرّ مرارا. لأنه من الأدله النافيه للأحكام الشرعيه و ليس بمثبتها.

و ثالثاً: يمكن القول بآليه الصبى بالنسبه إلى المحقرات نحو أخذها و وضع أثمانها فى صندوق، أو دخول الحمام و وضع الأجره فى كوز الحمامى، أو شرب ماء السقائين و وضع قيمه المتعارفه فى الموضع المعدّ لها، فحينئذ يرتفع الحرج من الأساس و لا يتم التفصيل.

رابعاً: هذا كلّ على مسلك المشهور من بطلان معاملات الصبى مطلقاً و أمّا على مسلك المختار من صحه بيع الصبى إذا كان مأذوناً من وليه و كذا صحه شرائه و غيرهما

ص: ٧٣

١-١ . مقابس الأنوار / ١١٣.

٢-٢ . المكاسب ٣/٢٨٧.

٣-٣ . المكاسب ٣/٢٨٧.

من معاملاته فلا يكون حرجاً أصلاً لأنّ الولي أجازته فيكون بيعه صحيحاً وكذلك معاملاته.

الثاني: السيره

وهي المذكوره في كلام المحقق التستري رحمه الله و مراده: قيام السيره المستمره الثابته عند المتشرعه من الحكم بالصحه في معاملات الصبي في الأشياء الحقيه.

و يرد عليها: أولاً: نعم، وجود هذه السيره عند المتشرعه ممّا لا ينيكر، ولكنّها لا تثبت صحه معاملات الصبي في المحقرات، لإمكان القول بأنّه كالآله في غيرها من المعاملات الحقيه و جعل الثمن في المكان المعدّله كما مرّ.

و ثانياً: هذه السيره لا تكشف عن نفوذ معاملاتهم استقلالاً، بل يمكن القول بجريانها لأجل تماميه معاملاتهم بإذن أوليائهم على ما هو المختار من صحه بيع الصبي مع إذن وليه.

و ثالثاً: قد عرفت من المحقق التستري المستدل بها كلامه في نقدها بأنّ «التمسك بها في مقابل إطلاق الآيه و الروايه و فتوى الإماميه و غيرهم خروج عن جاده الصواب و عدول عن طريق الاحتياط» (١).

الثالث: موثقه عبيد بن زراره (٢).

الماضيّه المذكوره في كلام المحقق التستري مضافاً إلى ما ورد من نقدها في كلامه بأنّ الأصحاب تركوا العمل بالخبر، يرد عليها:

أنّ الروايه مختصّه بباب الشهاده و سريانها منها إلى المعاملات يكون أشبه شئٍ بالقياس المردود في الشريعه المقدسه و لعلّ من جهه أهميه الشهاده و عدم تعطيل الحقوق وردت هذه الروايه.

ص: ٧٤

١-١ . مقابس الأنوار / ١١٣.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٧/٣٤٤، ح ٥.

الرابع: فعل أبي الدرداء (عُوَيْمِنُ بْنُ زَيْدٍ)

قال العلامة في التذكرة: «و لا فرق بين الشىء اليسير و الكثير فى المنع من تصرّف غير المميّز. و قال أحمد: يصحّ تصرّف غير المميّز فى الشىء اليسير، لأنّ أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي و أرسله.

و فعله ليس حجّة، و جاز أن يكون قد عرف أنّه ليس ملكا للصبي فاستنقذه منه»<sup>(١)</sup>.

أقول: قد يظهر من العلامة؛ تقريب الدلالة و نقدها فلا نعيد.

الخامس: معتبره السكونى

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الإمامة فإنّها إن لم تجد زنت إلا أمه قد عرفت بصنعه يد، و نهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده فإنّه إن لم يجد سرق.<sup>(٢)</sup>

للاستدلال بهذه الروايه أربعة تفرّيات:

التقريب الأوّل: علّل النهى عن كسب الصبي بأنّه «إن لم يجد سرق» و مع إمكان التعليل بعدم المقتضى لم تصل النوبه إلى التعليل بوجود المانع، و إذا كانت معاملاته باطله، فلا يحتاج إلى نسبه البطلان و التعليل عليه بوجود المانع و هو احتمال مسروقيه المبيع. فالتعليل بوجود المانع يستفاد منه صحه معاملات الصبي أوّلاً و بالذات، أو لا أقل من وجود مقتضى الصحه فيها، لأنّ مع وجود التعليل الذاتى لم تصل النوبه إلى التعليل العرضى.

التقريب الثانى: النهى الوارد فيها يكون نهياً تنزيهياً، لا تحريمياً فيكون ظاهراً فى الكراهه لا الحرمة، و لذا استفاد منها صاحب الوسائل الكراهه و قال فى عنوان الباب: «كراهه كسب الصبيان الذين لا يحسنون صناعه...»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٧٥

١-١ . تذكرة الفقهاء ١٤/٢٤٣.

٢-٢ . وسائل الشيعة ١٧/١٦٣ ح ١، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

٣-٣ . وسائل الشيعة ١٧/١٦٣.



و الكراهه فى المعامله تَجْتَمِعُ مع الصحه حتّى فى مورد الكراهه و أمّا فى غيرها فواضح.

التقريب الثالث: سياق الروايه يقتضى صحه معاملات الصبى لأنّ المعامله على مكتسبات الإمام صحيحه أولاً و بالذات ولكن نُهى عنها ثانياً و بالعرض باحتمال أنّها «إذا لم تجد زنت» فكذلك الأمر فى الصبى.

التقريب الرابع: تقييد الموضوع بـ«الذى لا يحسن صناعه بيده» ظاهرٌ فى عدم فساد معاملته الصبى، فلو كانت معاملته باطله يلغى هذا التقييد، لأنّ معاملته باطله سواء أحسن صناعه أم لم يحسنها.

مع إضافه نكته حتّى تتمّ دلالتها على التفصيل المذكور و هى عدم معهوديه إيكال المعاملات الخطيره و المهمه إلى الصبيان و الإمام و العبيد فى تلك العصور و فى زماننا هذا، فالنهي الوارد فيها يختص بالمحقّرات و تدلّ على التفصيل، و ليس فيها إطلاق حتّى تشمل المعاملات المهمه الخطيره و فحينئذ تدل على المطلوب. كما تظهر هذه النكته الأخيره من المحقّق السيد الخمينى (١) قدس سره و الأستاذ المحقّق (٢) - مدظله - .

و أمّا نقد تقاريب دلالتها:

قال المحقّق الاصفهانى فى نقد التقريب الأوّل: «أولاً: فبأنّ المراد بالكسب، و إن كان مكسوبه، لا المعنى المصدرى و إلاّ فمع فرض الموضوع لا- يعقل احتمال السرقة فيه، بل المكسوب العرفى أى ما استفاده بمعامله أو بالتقاط أو بحيازه أو باستعطاء من الغير أو بسرقة، فليس الاكتساب المعاملى مفروضاً حتّى إذا لم يحرم مع العلم بعدم السرقة يكون دليلاً على نفوذ معاملته ليكون من قبيل الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضى فى الحكم بعدم مقتضاه.

و أمّا ثانياً: فإنّه لو فرض تحقق الاكتساب المعاملى، كما إذا نهى عن التصرف فى

ص: ٧٦

١- ١ . كتاب البيع ٢/٣٥.

٢- ٢ . العقد النضيد ٢/٤٧٢.

ما اكتسبه بالمعامله من لايبالى بالربا، فإن النهى بلحاظ هذه الحثيه، لا بلحاظ إنفاذ معاملته مع عدم هذا الاحتمال، بل كسبه نافذ جائز بقواعده، فربما يجوز وربما لا يجوز»(١).

و اعترض عليه المحقق الأردكاني بقوله: «إمّا ما ذكره أولاً... ففيه: أولاً: أنّه لا يبعد دعوى ظهور الكسب في المكسوب المعاملي. و ثانيا: سلمنا أنّ المراد منه المكسوب العرفي الشامل لما استفاده بمعامله أو بالتقاط أو بحيازه أو باستعطاء من الغير أو بسرقة إلاّ أنّه يدل على أنّه لولا احتمال كونه سرقة لما كان منهيّاً و إلاّ لزم المحذور المذكور من الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضى في الحكم بعدم اقتضاه.

و أمّا ما ذكره ثانيا... ففيه: أنّه إذا كان النهى بلحاظ ذلك الاحتمال فيستفاد منه جواز التصرف فيما اكتسبه مع قطع النظر عنه فيكشف عن دخوله في ملكه اللانزم منه نفوذ معاملته و إلاّ لو لم يجز التصرف فيه مع قطع النظر عنه اللانزم منه فساد معاملته من أصلها، لا وجه لكون النهى بلحاظ ذلك الاحتمال لاستلزامه المحذور المتقدّم»(٢).

أقول: مضافاً إلى ما ذكره المحقق الأردكاني يمكن أن يرد عليه: بأنّ المعنى المصدري يمكن أن يجمع مع السرقة أو احتمالها لأنّه يبيع و يشتري و يكتسب مع الأموال المسروقه فيصدق عليه المعنى المصدري مع احتمال السرقة. هذا أولاً.

و ثانيا: يطرق في النهى الحثي أيضاً نفوذ معاملته و إلاّ لا يصح النهى عنها حتّى بهذه الحثيه، لما مرّ في تقريب الاستدلال.

و قال المحقق الاصفهاني في نقد التّفريبين: الثاني و الثالث: «أنّ النهى حثيٌّ جهتيٌّ لرعايه هذا الاحتمال الراجح مع حفظ سائر الجهات، بحيث إذا أذن الولي في التصرف فيما بيد الغلام لا ترفع الكراهه مع هذا الاحتمال، و إلاّ مع عدم إذن الولي لا يجوز

ص: ٧٧

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٢٦.

٢-٢ . غنيه الطالب ٢/٢٥٥.

التصرف فيما بيد الصبي و إن علم أنه ملكه بالإرث لا- بالمعامله، فلا بدّ من حمل النهى على كونه من حيثه خاصه لا مطلقا و بلحاظ تمام الجهات فتدبره فإنه حقيق به»(١)

و ردّه المحقّق الأردكاني بقوله: «ففيه: إنّ النهى إذا كان من حيثه خاصه فالظاهر منه انتفائه من سائر الهيئات و الجهات»(٢).

أقول: يمكن اجتماع النهى الهيئى مع كونها نهياً تنزيهياً و يستفاد من الأخير الحكم بالصحة فى معاملات و المعامله معه، نعم، اعتبار السياق عندنا محل تأمل بل منع فلا يتم التقريب الثالث فقط.

و أما ما ذكره المحقّق الأردكاني فيه: إمكان اجتماع النهى الهيئى و الجهتى مع سائر الجهات و الهيئات كما لا يخفى.

و قال المحقّق الاصفهاني فى نقد تقريب الرابع: «أنّ التقييد لتحقيق موضوع الكراهه فإنّ احتمال السرقة احتمالاً راجحاً إنّما يكون فى حقّ من لا يحسن صناعه بيده دون من يحسنها»(٣).

و ردّه المحقّق الأردكاني بقوله: «ففيه: إنّ الظاهر من التقييد انتفاء النهى عن كسب الغلام الذى يحسن الصناعه بيده، لأنّ من لا يحسنها يكون احتمال السرقة فى حقّها راجحاً بخلاف من يحسنها فإنه يكون احتمال كونه ممّا اكتسبه بصناعه يده فى حقّه احتمالاً راجحاً فيدل على نفوذ معاملته فى الجملة فتأمل»(٤).

نقد الشيخ الأعظم على دلالة المعبره:

يقول بتوضيح منّا: تُشَمُّ دلالتها على التفصيل بتقريباتها المتعدده بناءً على أن الكسب الوارد فيها أريد به معناه المصدري من بيع أو شراء أو تجاره أو إجاره و نحوها ولكن إن أريد به معناه الاسم المصدري أى مكسوب الغلام و ما وقع فى يده لم تتم

ص: ٧٨

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٢٦.

٢-٢ . غنيه الطالب ٢/٢٥٥.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٢٦.

٤-٤ . غنيه الطالب ٢/٢٥٥.

و بناءً على اراده المكسوب من الكسب - أى معناه الاسم المصدرى - لم يفرض فى الروايه كراهه معامله الصبى حتى يستفاد منها صحتها، بل المراد منها حرازه التصرف فى ما بيد الصبى بلا فرق بين كيفية حصوله فيه من التقاط يجوز تملكها، أو أجره إيجار، أو حيازه مباح، أو عمل من دون إيجار فأعطاه الأمر أجره مثله، أو غيرها من أنواع استحصال المال و اكتسابه.

فالمعتبره تدل على كراهه التصرف بما فى يد الصبى بالبيع و غيره من أنواع التصرف لاحتمال كونه من الوجوه المحرّمه، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره مميّن لا- يبالى بالمحرّمات، و لا- تدل على كراهه معامله مع الصبى فلا- تتم التقاريب المتعدده.(١)

و فيه: أولاً: هذا النقد مُنافٍ لما تقدم من الشيخ الأعظم(٢) من عدم اعتبار قصد الصبى و قبضه و إقباضه(٣) و إنشائه العقود أصاله و وكاله، فقصده بالنسبه إلى الحيازه و التملك باطل و كذلك إيجاره بل عمله لأنه يتحققه من دون قصد امتثال أمر الأمر فلا يستحق حتى أجره المثل، فلا يستحصل للصبى ما فى يد صحيح من هذه الأمور، فلا يمكن لغيره - بلا فرق بين الولى و غيره - بل نفسه التصرف فيه بل لايجوز و يحرم، و لا يكون مكروها أو حرازه فى التصرف.

و ثانياً: حمل الكسب على معناه الاسم المصدرى بمعنى المكسوب يكون خلافاً للظاهر و يحتاج إلى قرينه و هى مفقوده فى المقام.

نقد المحقق السيد الخوئى فى دلالتها

قال قدس سره: «إنّ المراد من كلمه «الكسب» المضافه إلى كلمه «الغلام» فى الروايه إمّا المعنى المصدرى، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر.

ص: ٧٩

١-١ . راجع المكاسب ٣/٢٨٧.

٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٢٨٤.

٣-٣ . كما أشار إليه الفقيه اليزدى فى حاشيته ٢/٢٣.

و على الأوّل فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف أعنى به مباشرة الصبى التجاره عند احتياج وليه إلى ذلك، الا أنّ هذه المباشرة ليست مباشرة استقلالیه بل مباشره تبعیه، و أنّ الصبى - وقتئذ - بمنزله الآله لولیه فى إيجاد المعامله بينه و بين المشتري. و قد تعارف هذا المعنى فى الخارج كثيرا، إلا أنّ الامام عليه السلام [النبي صلى الله عليه و آله] قد نهى عنه تنزيها معللاً بأنه إذا لم يحصل من تجارته شىء سرق خوفا من وليه. و القرينه على هذه الدعوى قوله عليه السلام فى صدر الروايه: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الإماماء فإنها إن لم تجد زنت، مع أنّه لا شبهه فى نفوذ كسب الأمه بإذن مولاها. يويد ما ذكرناه: أنّ النبي صلى الله عليه و آله قد قيّد النهى عن كسب الأمه و الغلام بعدم معرفتهما صناعه اليد، فإنّه مع العلم بذلك لا يقع الصبى على السرقة و لا أنّ الأمه تقع على الزنا، لأنّه - وقتئذ - ينتفى ما يوجب السرقة و الزنا أعنى به الفقر، ضروره أنّهما متمكّنان من تحصيل المال.

و على الثانى: فالمراد من كسب الغلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط أو الاستعطاء أو الحيازه من المباحات الأصليه كما أنّ المراد من كسب الأمه على هذا الاحتمال ما تتحصله بإحدى الطرق المذكوره.

و عليه فحكمه النهى عن كسب الغلام صيانتته عن الاستراق من الناس كما أنّ حكمه النهى عن كسب الأمه محافظتها عن الفجور<sup>(١)</sup>.

و يرد على قسمه الأوّل - أى المعنى المصدرى للكسب - إذا كانت مباشرته للكسب تبعيه و أنه بمنزله الآله لوليه فلا يصدق عليه أنّه كسب الصبى و لا يتطرّق إليه احتمال السرقة.

و كذلك إن كانت تبعيه كسبه عنده أنّه بمنزله الصندوق و الكوز المعدّ لوضع المال فيه. هذا أوّلاً.

و ثانياً: إن كان مراده كسب الصبى بإذن وليه و إن كان صحيحاً عندنا ولكن القوم يذهبون إلى بطلان معاملاته مطلقاً سواء كانت بإذن وليه أم لا.

ص: ٨٠

و يرد على قسمه الثانى - أى المعنى اسم المصدرى للكسب - ما أوردناه على الشيخ الأعظم قدس سره بعنوان ثانيا، فلا نعيد.

و الحاصل: حيث مرّت المناقشه فى نقود التقريبات و كذا المناقشه فى نَقَمَدَى الشيخ الأعظم و المحقّق السيّد الخوئى فلا بدّ من الأخذ بدلاله معتبره السكونى على صحه معاملات الصبى الذى يحسن صنعه بل على صحه معاملات مطلقا بعد حمل النهى على التنزيه و الكراهه بقرائن الصدر و التعليل و التقييد، و السياق عند من يعتبره، ولكن فى المحقرات فقط بقريته عدم معهوديه إيكال المعاملات المهمّه إليه فى تلك العصور، فتدلّ على تفصيل الفيض الكاشانى.

بلا فرق بين مسلكى المشهور من بطلان معاملات الصبى و المسلك المختار من صحتها مع إذن الولى، فبدلاله هذه المعتبره يحكم على صحه معاملات الصبى فى المحقرات على مسلك المشهور، و عدم احتياجها إلى إذن الولى على المسلك المختار.

فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم بالنسبه إلى تفصيل الفيض من قوله: «و كيف ما كان فالقول المذكور فى غايه الضعيف»<sup>(١)</sup>.

و نحنُ نوافقُ فى دلاله المُعْتَبَرَه فى الجملة الفقيه السيّد اليزدى<sup>(٢)</sup>، و بالجملة السيّد الخمينى<sup>(٣)</sup> و الشيخ الأزدكانى<sup>(٤)</sup> رحمهم الله، و الحمد لله.

### الحادى عشر: التفصيل فى معاملات الصبى بين استقلاله و آليته

قال سيّد الرياض فيه: «نعم، الأظهر جوازه فيما كان فيه بمنزله الآله لمن له الأهليه لتداوله فى الأعصار و الأمصار السابقه و اللاحقه من غير نكير بحيث يعدّ مثله إجماعا من المسلمين كافّه. لكن ينبغى تخصيصه بما هو المعتاد فى أمثال هذه الأزمنه، فإنّه الذى

ص: ٨١

١-١ . المكاسب ٣/٢٨٧.

٢-٢ . راجع حاشيه المكاسب ٢/٢٣.

٣-٣ . كتاب البيع ٢/٣٥.

٤-٤ . غنيه الطالب ٢/٢٥٥.

يمكن فيه دعوى إتفاق الأمة»(١).

و زاد تلميذه السيد العاملي عليه: «.. و هل معاطاه كما هو الظاهر أو إباحه أخرى غير المعاطاه؟ احتمالان. و قد تقدّم لنا ما يرجح الأوّل»(٢).

أقول: الحق أنه بيع كما مرّ في إمكان تحققته بالفعل، و الوجه في كونه معاطاه هو الاكتفاء في المعامله بوصول كلّ من المالين إلى المالك الآخر مع رضا الطرفين، و بناءً على عدم اعتبار التعاطى فيها، ولكن ناقش في هذا التفصيل الشيخ الأعظم بوجهين:

الأوّل: عدم اعتبار سيره المسلمين هنا لأنها تمكن أن تكون حادثه أو صادره ممّن يتساهلون بأحكام الشرع كما فعلهم بعضهم بالنسبه إلى بعض المعاصى نحو: الكذب و الغيبه و الرشى و حلق اللّحي [بضمّ اللّام و كسرّها]، قال الشيخ الأعظم: «و فيه إشكال، من جهة قوه احتمال كون السيره ناشئه من عدم المبالاه في الدين كما في كثير من سيرهم الفاسده»(٣)!

و فيه: بل يمكن أن يقال بأنّ السيره تكون للعقلاء لا للمتشرعه حتّى يرد عليه ما ذكره الشيخ الأعظم و إن كان المذكور في كلام سيّد الرياض هو سيّره المتشرعه.

الثاني: الإحاله على المجهول في قوله: «بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنه» لعدم كونها منضبطه بل تختلف بحسب أعمار الطفل، قال الشيخ الأعظم، «فيكّلون إلى من بلغ ست سنين شراء باقه بقل أو بيع بيضه دجاج بفلس، و إلى من بلغ ثمانى سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ أربع عشره سنه شراء الثياب بل الحيوان بل يكّلون إليه أمور التجاره في الأسواق و البلدان، و لا يفرّقون بينه و بين من أكمل خمس عشره سنه... و لا- أظن أنّ القائل بالصحه يلتزم العمل بالسيره على هذا التفصيل»(٤).

و فيه: لا بأس بالأخذ بالسيره في هذا التفصيل المذكور في كلامه كما يأتي من

ص: ٨٢

١-١ . رياض المسائل ٨/٢١٧.

٢-٢ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٤٩.

٣-٣ . المكاسب ٣/٢٨٨.

٤-٤ . المكاسب ٣/٢٨٩.

ثم استشهد في الردّ على هذا التفصيل بين الآليه و غيرها بكلام العلامه في نهايته: «... و كذا لو عرض الصبي ديناراً على ناقد لينقده، أو متاعاً على مقومٍ ليقومه فأخذه لم يجز رده على الصبي، بل على وليه إن كان للصبي و على مالكه إن كان لكامل»<sup>(١)</sup>.

أقول: ولكن المختار هو ما عليه سيد الرياض من نفوذ معاملاته إذا كان آله لوليه أمّا بناءً على مسلكنا فواضح و أمّا بناءً على مسلك المشهور فالسيره تقيّد بطلان معاملته و لا بأس بالتزام بالسيره المذكوره في كلام الشيخ الأعظم كما عن الفقيه السيد اليزدي حيث يقول: «الالتزام به قريب جدّاً»<sup>(٢)</sup>. و من الممكن حمل كلام العلامه على استقلالته حيث يقول بعد هذا الفرع من دون فصل: «فلو أمره ولي الصبي بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي...»<sup>(٣)</sup>. و هذا الأخير محمول على الآليه و قد حكم فيها بالبراءة من الضمان.

و العجب من الشيخ الأعظم حيث استشكل في الآليه ثم ذكر تعميمها إلى المجنون و السكران بل البهائم و في الأمور الخطيره. ثم خصصها بالصبي و المحقرات لأنهما المتيقن من السيره.<sup>(٤)</sup>

### الثاني عشر: هل معامله الصبي تقيّد بإباحه التصرف؟

قال جدُّنا كاشف الغطاء: «فلا يصح منه العقد بالأصالة أو الوكاله إلا بعد الثبوت، نعم تثبت الإباحه في معامله المميّزين إذا جلسوا في مقام اوليائهم أو تظاهروا على رؤس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلك عن إذن من الأولياء خصوصاً في المحقرات. و لو قيل بتملك الأخذ منهم لدلاله مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجبا قابلاً لم يكن بعيداً»<sup>(٥)</sup>.

ص: ٨٣

١-١ . نهايه الإحكام ٢/٤٥٤.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٢٤.

٣-٣ . نهايه الإحكام ٢/٤٥٤.

٤-٤ . راجع المكاسب ٣/٢٩٤.

٥-٥ . كشف الغطاء ١/٢٥٦.



وقال تلميذه الشيخ أسدالله التستري في توضيح كلام استاذة: «أنه لما كان بناء المعاطاه على حصول المرضاه كيف اتفق و كانت مفيده لإباحه التصرف خاصه - كما هو المشهور- و جرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيره و الرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيده للظن بالرضا في المعاوضات... - إلى قوله - فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافيا له و لا يعتمد على ذلك أيضا في مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و أظهر عدم الرضا»(١).

ثم اعترض الشيخ الأعظم على التلميذ الموضح بإشكالين:

الأول: الاكتفاء في المعاطاه بمجرد الرضا من دون إنشاء إباحه أو تمليك ممنوع(٢) كما مر في ثامن تنبيهات المعاطاه.(٣)

الثاني: المناط في تصحيح معامله الصبى و كونها تفيد الإباحه هو التراضى من المالكين و العلم به في كلامه، و هذا أخص من المدعى و هو ترتب الإباحه على معامله الصبى مطلقا.(٤)

ثم اعترض الشيخ الأعظم على كاشف الغطاء في كلامه الأخير من نفى التبعد عن ترتب الملك على معامله الصبى المميز إذا كان مأذونا من وليه، بإشكالين:

الأول: «إن تولى وظيفه الغائب - و هو مَنْ أذن للصغير- إن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه، و إن كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولى مشكل، بل ممنوع»(٥).

الثاني: «إن المحسوس بالوجدان عدم قصد مَنْ يعامل مع الأطفال النيايه عمّن أذن

ص: ٨٤

١-١ . مقابس الأنوار / ١١٣ و نقل عنه الشيخ الأعظم في المكاسب ٣/٢٩١ و ٢٩٠.

٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٢٩٢.

٣-٣ . راجع المكاسب ٣/١١٢.

٤-٤ . راجع المكاسب ٣/٢٩٣.

٥-٥ . المكاسب ٣/٢٩٣.

أقول: ولكن إشكاله الأول على آخر كلام الحَرِّدِّ قدس سره مُنافٍ لِقَوْلِهِ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ مِنْ تَرْجِيحِ خُرُوجِ الْمَعَامِلَةِ الْمَقْرُونَةِ بِرِضَا الْمَالِكِ عَنْ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ مَوْضُوعًا أَوْ حَكْمًا حَيْثُ يَقُولُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ هُنَاكَ: «وَإِنْ كَانَ الَّذِي يَقْوَى فِي النَّفْسِ - لَوْ لَا خُرُوجُهُ عَنْ ظَاهِرِ الْأَصْحَابِ - عَدَمَ تَوَقُّفِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ الْوَالِدِيَّةِ بَلْ يَكْفِي فِيهِ رِضَا الْمَالِكِ الْمَقْرُونِ بِالْعَقْدِ سِوَاءِ عِلْمِ بِهِ الْعَاقِدِ، أَوْ انْكَشَفَ بَعْدَ الْعَقْدِ حُصُولُهُ حِينَ، أَوْ لَمْ يَنْكَشَفْ أَصْلًا فَيَجِبُ عَلَى الْمَالِكِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِمْضَاءُ مَا رَضِيَ بِهِ وَتَرْتِيبُ الْآثَارِ عَلَيْهِ...»(٢).

تَبَهُ عَلَى هَذَا التَّنَافِي الْمَحَقَّقِ الْمَرْجُوحِ(٣) رَحِمَهُ اللَّهُ .

ثُمَّ إِنَّ الْمَذْكُورَ فِي كَلَامِ الْجَدِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ جُلُوسَ الصَّبِيَّانِ مَقَامِ أَوْلِيَائِهِمْ فِي الْمَعَامِلَاتِ أَوْ تَظَاهِرَاتِهِمْ عَلَى رُؤُوسِ الْأَشْهَادِ فِيهَا يُوجِبُ حُصُولَ الظَّنِّ النَّوْعِيِّ بِإِذْنِ أَوْلِيَائِهِمْ لَا سِيَّمَا فِي الْمَحَقَّرَاتِ وَهَذَا الظَّنُّ النَّوْعِيُّ يَعَدُّ أَمَارَهُ عَرْفِيَهُ عَلَى الْإِذْنِ، وَإِذَا نَسَبَتْ الْمَعَامِلَةُ إِلَى الْوَالِي صَارَتْ نَافِذَةً.

وَ هَذَا التَّقْرِيرُ عَلَى مَسَلِكِنَا مِنْ صِحِّهِ مَعَامِلَاتُهُ بِإِذْنِ وَوَلِيِّهِ وَاضِحٌ وَعَلَى مَسَلِكِ الْمَشْهُورِ مِنْ بَطْلَانِ مَعَامِلَاتِهِ يَخْصُصُ بِهَذِهِ الْأَمَارَةَ النَّوْعِيَّةَ وَبَعْدَ نَسَبَتِهَا إِلَى الْوَالِي تَكُونُ صَحِيحَةً، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ.

ص: ٨٥

١-١ . المكاسب ٣/٢٩٤.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٤٧.

٣-٣ . هدى الطالب ٤/٨٧.

لم يذكره الشيخ الأعظم لوضوحه (١)، ولذا أذكره باختصار:

وقد صرح باشرطه كل من المحقق في الشرائع (٢)، والعلامة في القواعد (٣) والتذكرة (٤) والنهاية (٥)، والشهيد الأول في الدروس (٦)، والشهيد الثاني في المسالك (٧)، والمحقق الثاني في جامع المقاصد (٨)، والأردبيلي في مجمع الفوائد (٩)، والبحراني في الحدائق (١٠)، وأصحاب الرياض (١١) وشرح القواعد (١٢) والمستند (١٣) والمفتاح (١٤) و

ص: ٨٦

١-١. قل في المفتاح ١٢/٥٥١ «و من تركه فلبداهته...».

٢-٢. الشرائع ٢/٨.

٣-٣. قواعد الأحكام ٢/١٧.

٤-٤. تذكرة الفقهاء ١٠/١١.

٥-٥. نهاية الإحكام ٢/٤٥٥.

٦-٦. الدروس الشرعية ٣/١٩٢.

٧-٧. مسالك الأفهام ٣/١٥٤.

٨-٨. جامع المقاصد ٤/٦١.

٩-٩. مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٥٥.

١٠-١٠. الحدائق ١٨/٣٦٧.

١١-١١. رياض المسائل ٨/٢١٦.

١٢-١٢. شرح القواعد ٢/٣٨.

١٣-١٣. مستند الشيعة ١٤/٢٦٦.

١٤-١٤. مفتاح الكرامه ١٢/٥٥١.

الجواهر(١). قدس الله أسرارهم.

و استدل عليه بالأدلة التالية:

### أ: الكتاب

قال الله تعالى: «و لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما»(٢) و المجنون من أظهر مصاديق السفية و لذا قال صاحب مجمع البيان في مقام عِدِّ أقسام السُّفَهَاء: «... و ثالثها: أنه عام في كلِّ سفية من صبي أو مجنون أو محجور عليه للتبذير و قريب منه ما روى عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: إنَّ السفية شارب الخمر و من جرى مجراه و هذا القول أولى لعمومه»(٣).

و قال الشيخ: «و الاولى حمل الآيه على عمومها في المنع من إعطاء المال السفية، سواء كان رجلاً أو امرأة بالغاً أو غير بالغ. و السفية هو الذي يستحق الحجر عليه لتضييعه ماله، و وضعه في غير موضعه...»(٤).

### ب: العقل

حاكم بعدم نفوذ معاملات المجنون في الجملة و كلِّ ما حكم به العقل حكم به الشرع. كما اطبقت عليه الامامية و سائر العدييه.

و لعلَّ أول من استدل بالعقل لاعتباره هو المحقق الأردبيلي(٥) و تبعه صاحب المفتاح(٦).

و يمكن أن يقرر هذا الدليل على أنّ سيره العقلاء جاريه على عدم نفوذ معاملات

ص: ٨٧

١-١ . الجواهر ٢٢/٢٦٥.

٢-٢ . سورة النساء ٥/.

٣-٣ . مجمع البيان ٣/٨.

٤-٤ . التبيان ٣/١١٣.

٥-٥ . مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥٥.

٦-٦ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٥١.

المجنون عندهم و لم يردع عنه الشارع بل يقرّها و يمضيها بالدليل السابق و الأدله التاليه.

و بهذا التقرير يندفع توهم الدور فى الاستدلال على اعتبار العقل فى المتعاملين بالعقل.

### ج: الإجماع

الوارد فى كلام السيد ابن زهره فى الغنيه(١) و قال العلامة: «و لاختلاف بين العلماء كافه فى الحجر على المجنون مادام مجنونا و أنه لا ينفذ شىء من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلك»(٢).

و صرح بادعاء الإجماع الأردبيلى(٣) و كاشف الغطاء(٤).

و سيد الرياض(٥) و الفاضل النراقى(٦) نفيا الخلاف عنه و تبعهما صاحب الجواهر و زاد: «بل الإجماع بقسميه عليه بل الضروره من المذهب بل الدين...»(٧).

### د: السنه

تدل عليه منها حديث رفع القلم لأنّ فيه: «... و عن المجنون حتّى يفيق»، الحديث(٨).

و قد مرّ فى الدليل الثالث من أدله اعتبار البلوغ تصحيح سنده و دلالته على رفع قلم التشريع فلا نعيد.

ص: ٨٨

١- ١. الغنيه / ٢١٠.

٢- ٢. تذكره الفقهاء ١٤/٢٠١.

٣- ٣. مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥٥.

٤- ٤. شرح القواعد ٢/٤٢.

٥- ٥. رياض المسائل ٨/٢١٦.

٦- ٦. مستند الشيعة ١٤/٢٦٦.

٧- ٧. الجواهر ٢٢/٢٦٥.

٨- ٨. الارشاد ١/٢٠٢، وسائل الشيعة ١/٤٥، ح ١١.

## إشارة

قال صاحب الجواهر فى تقرير هذا الدليل: «لا لعدم القصد فإنه قد يفرض فى بعض أفراد الجنون، بل لعدم اعتبار قصده و كون لفظه كلفظ النائم بل أصوات البهائم و هو المراد من رفع القلم عنه و عن الصبى فى الخبر...»<sup>(١)</sup>.

أقول: عدم اعتبار قصد المجنون تام ولكن قد مرّ منّا فى الفرع الثالث و ما بعده من فروع البلوغ اعتبار قصد الصبى.

## فرعان:

### الأول:

قال فى التذكرة: «المجنون إن كان له حال إفاقته فباع أو اشترى فيها صحّ و إلا فلا. ولو ادعى الجنون حال العقد، قُدم قوله. ولو لم يعرف له حاله جنون قُدم مدعى الصحة»<sup>(٢)</sup>.

و قال فى حبرها: «نعم، ينفذ تصرفه حال إفاقته إذا عُرف رشده و لا ينفذ حاله جنونه بلا خلاف»<sup>(٣)</sup>.

أقول: صحه معاملات المجنون الأدوارى فى حال إفاقته مع تحقق سائر الشرائط تامه، و ما ذكره فى الادعاء الأوّل مطابق للأصل الأوّل فى المعاملات و هو عدم نفوذها، الإدعاء الثانى مطابق للأصل العدمى و غيرهما محتاج إلى البيئه.

### الثانى:

و قال فيه أيضا: «لا ينعقد بيع المجنون و إن أذن وليّه، و لا المغمى عليه و لا السكران و لا الغافل و لا الناسى و لا النائم و الهازل و لا المكروه»<sup>(٤)</sup>.

و قال فى النهايه: «لا عبره بعبارته المجنون فى العقد إيجابا و قبولا لنفسه و لغيره سواء أذن له الولى أو لا، و كذا المغمى عليه و السكران و الغافل و النائم، سواء رضى كلّ منهم بما فعله بعد زوال عذره أو لا، لارتفاع العقل الذى هو مناط صحه التصرفات فأشبهه

ص: ٨٩

١- ١. الجواهر ٢٦٥/٢٢.

٢- ٢. تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

٣- ٣. تذكرة الفقهاء ٢٠١/١٤.



غير المميز، و لقوله عليه السلام : رفع القلم عن ثلاثة...»(١).

قال فى المفتاح: «و نحوه ما فى الشرائع(٢) و التحرير(٣) و الإرشاد(٤) و الدروس(٥) تعليق الإرشاد(٦) و الروضه(٧) و المسالك(٨) و الميسيه و مجمع البرهان(٩) و الكفايه(١٠) و المفاتيح(١١) و حواشى الكتاب [قواعد الأحكام] و اللمعه(١٢) و جامع المقاصد(١٣) و ذلك كله مما لا ريب فيه عندهم قال فى الكفايه: «قالوا: ولو رضى كلّ منهم بما فعل بعد زوال عذره لم يصح عدا المكره [استنادا إلى تعليقات اعتباريه من غير نص، فالمسأله محل إشكال.]»(١٤)... و فى الحدائق: «أنّ ظاهرهم الاتفاق على عدم صحه عقد ما عدا المكره إذا رضوا به بعد زوال العذر»(١٥)»(١٦).

ص: ٩٠

- ١-١ . نهايہ الإحكام ٢/٤٥٥.
- ٢-٢ . الشرائع ٢/٨.
- ٣-٣ . تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٦.
- ٤-٤ . إرشاد الاذهان ١/٣٦٠.
- ٥-٥ . الدروس الشرعيه ٣/١٩٢.
- ٦-٦ . حاشيه الإرشاد ٣٣٦/ للمحق الثانى المطبوعه فى المجلد التاسع من حياته و آثاره.
- ٧-٧ . الروضه البهيہ ٣/٢٢٦.
- ٨-٨ . المسالك ٣/١٥٥.
- ٩-٩ . مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥١.
- ١٠-١٠ . الكفايه ١/٤٤٩.
- ١١-١١ . مفاتيح الشرائع ٣/٤٦.
- ١٢-١٢ . اللمعه الدمشقيه / ١١٠.
- ١٣-١٣ . جامع المقاصد ٤/٦١.
- ١٤-١٤ . الكفايه ١/٤٤٩.
- ١٥-١٥ . الحدائق ١٨/٣٧٣.
- ١٦-١٦ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٥٢ و ٥٥٣.



## إشاره

قال العلامة في التذكرة: «و كذا القصد شرط في البيع إجماعاً»<sup>(١)</sup>.

و فيها: «لو باع الهازل لم ينعقد عندنا لأنه غير قاصد فلا يترتب عليه حكم. و للشافعي وجهان»<sup>(٢)</sup>.

و في نهايته: «و يشترط الاختيار و القصد، فلا ينعقد بيع المكره و لا- شراؤه، و لا فاقد القصد لغفله أو نوم أو هزل لعموم قوله تعالى: «إلا أن تكون تجاره عن تراض منكم»<sup>(٣)</sup> فالمناط و هو التراضي إنما يتحقق بالاختيار و القصد»<sup>(٤)</sup>.

و قال الشهيد في الدروس: «و قصدهما فلا ينعقد من الغافل و النائب و الساهي و الهازل و الغالط»<sup>(٥)</sup>.

و قال سيد الرياض: «يشترط في المتعاقدين... و القصد»<sup>(٦)</sup>.

و في المفتاح: «و قد نص عليه الأكثر و ظاهرهم عدم الخلاف فيه»<sup>(٧)</sup>.

ص: ٩١

١-١ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٣.

٢-٢ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٧.

٣-٣ . سورة النساء ٢٩/.

٤-٤ . نهاية الأحكام ٢/٤٥٥.

٥-٥ . الدروس الشرعية ٣/١٩٢.

٦-٦ . رياض المسائل ٨/٢١٦.

٧-٧ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٥٤.

و فى المكاسب: «و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفّظان به... لا خلاف فيه و لا إشكال...»(١).

و فى المصباح: «قد اتفقت كلمات الأصحاب - رضوان الله عليهم - على هذا الشرط حتّى أرسلوه فى كتبهم الفقهيّة إرسال المسلمات، و لذا لم ينقل الخلاف - هنا - من أحد، بل فى التذكرة ادعى الاجماع على ذلك»(٢).

و فى كتاب البيع: «لا شبهه فى اعتبار ذلك فى المعاملات الجارية باللفظ و لا فى اعتبار القصد لمدلول العقد فى المعاطاة...»(٣).

## أقسام القصد

### إشارة

الأول: قصد اللفظ لمتكلمه و فى قبالة المتلفّظ الغالط أو اللاعب أو الهازل أو الساهى فلو أراد أن يتكلّم بكلمه «بعث» ولكن غلط أو لعب أو هزل أو سها و قال «آجرت» فلا يصح.

الثانى: قصد الارادة الاستعمالية لا لفظ فى معناه الحقيقى و فى قبالة استعماله فى معناه المجازى نحو استعمال الإجاره فى معنى النكاح الموقت فلا يتم.

الثالث: قصد المعنى بالارادة الجديّه و فى قبالة استعمال اللفظ فى الصيغ الانشائية بغير داعى الاتيان بها كالسخرية و المزاح و الترغيب و الترهيب و نحوها.

الرابع: قصد الداعى بمعنى أنّ المنشى لعقدٍ يُنشئُهُ بداعٍ من الدواعى فالبائع يُنشئُ البيع بداعى المنفعة و الناكح بداعى اللذّه أو التناسل و نحوها، و أمّا الإنشاء من دون الداعى فلا يفعله العاقل لأنّهم يرتبون أفعالهم على مصالحهم، ولكنّه لو فرض تحقق انشاء من دون أى داعٍ ينطبق عليه عنوان العقد فيتمّ.(٤)

الخامس: القصد تارة يستعمل بمعنى الرضا كما ورد فى بعض التعبيرات بأنّ

ص: ٩٢

١-١ . المكاسب ٣/٢٩٥.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٣/٢٧٥.

٣-٣ . كتاب البيع ٢/٣٧ للسيد الخميني رحمه الله .

٤-٤ . كما عليه صاحب العقد النضيد ٢/٤٧٤.

المكروه لا قصد له أو الفضولي، و المراد بالقصد هنا هو الرضا.

ثم إنّ محل البحث عن اعتبار القصد هو القسم الثالث، و القسمان الأولان يدخلان فيه أيضا، بمعنى عدم تحقق الاراده الجديه إلاّ مع اراده قصد اللفظ و استعماله في معناه الحقيقي لا المجازي، فالأقسام الثلاثة الأول يدخلن في محلّ الكلام.

و العجب من المحقّق النائيني رحمه الله حيث ذهب إلى «أنّ القصد لا يطلق على قصد اللفظ و قصد المعنى بجامع واحد، ضروره أنّ اللفظ في الاستعمال أمرٌ مغفولٌ عنه و لا يشعر به و لا يلتفت إليه، و إنّما الالتفات إلى المعنى و جعل اللفاظ فانيا فيه و هذا بخلاف المعنى حيث أنّه أمر ملتفت إليه فيكون قصد اللفظ في مقابل صدورها عن المتكلم في حال النوم و السهو، و قصد المعنى بمعنى التفاته إليه و كونه في مقام إيقاعه على المخاطب في الأخبار أو إيجاده بآله استعمال اللفظ في المعنى في الإنشاء في مقابل الهزل...»(١).

وجه التعجب: أنّ الاختلاف في المقصودين لا يستلزم الاختلاف في القصدين و تمايزهما، لأنّ المعتمد هو صدور اللفظ و المعنى عن قصد و اراده، ولكن القصد الذي يتعلق باللفظ أمر آلي و القصد الذي يتعلق بالمعنى أمرٌ استقلالي و يمكن الجمع بين القصدين فلا وجه للقول بعدم وجود الجامع بينهما كما يظهر هذا من صاحب العقد النضيد.(٢)

و بما ذكرنا يظهر(٣) بعض مواقع النظر في كلام الشيخ الأعظم؛ و غيره، من أنّ القصد يعدّ من مقومات العقد حقيقه - لا من شروط المتعاقدين - بحيث لولاه لم يتحقق عنوان العقد و لعلّ اشار قدس سره إليه بقوله: «و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحه العقد بل في تحقق مفهومه...»(٤).

و من جعله رحمه الله الهازل و الكاذب في رتبه واحده مع أنّهما يختلفان حقيقه و حكما

ص: ٩٣

١-١ . المكاسب و البيع ١/٤٠٤.

٢-٢ . العقد النضيد ٢/٤٧٤.

٣-٣ . كما عليه صاحب العقد النضيد ٢/٤٧٣.

٤-٤ . المكاسب ٣/٢٩٥.

فى قوله: «... كما فى الأمر الصورى فهو شبيه الكذب فى الإخبار كما فى الهازل...»(١).

## كلام صاحب المسالك

قال فى المسالك: «الفرق بينهم [أى الصبى المميز و المجنون و المغمى عليه و السكران، و المُكْرَه] و بين المُكْرَه واضح، إذ لا قصد لهم إلى العقد و لا أهليه لهم، لفقد شرطه و هو العقل بخلاف المُكْرَه فإنه بالغ عاقل و ليس ثمَّ مانع إلاَّ عدم القصد إلى العقد حين إيقاعه، و هو مجبور بلحوقه له بالاجازه، فىكون كعقد الفضولى حيث انتفى القصد إليه من مالكة الذى يعتبر قصده حين العقد، فلما لحقه القصد بالاجازه صحَّ»(٢).

و قال بعد سطور: «و يمكن أن يقال: إنَّ القصد من المُكْرَه حاصل دون من سبق لأنَّ غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ و لا إلى مدلوله بخلاف المُكْرَه فإنه باعتبار كونه عاقلاً قاصداً إلى ما يتلفظ به و يفعله بشعوره، لكنَّه بالاكراه غير قاصد إلى مدلوله و ذلك كافٍ فى صلاحيته و قبوله للصححه إذا لحقه القصد إلى مدلوله باجازه.

و مثله القول فى عقد الفضولى فإنه قاصد إلى اللفظ الصادر منه، لأنَّ المفروض أهليته و جمعه للشرائط المعتره فى صححه العقد إلاَّ الملك و لا يتحقق منه قصد مدلوله -أعنى نقل الملك و التسليط على التصرف و غيرها من أحكام العقد- لأنَّ ذلك من وظائف المالك، فإذا أجاز المالك و قصد إلى ذلك صحَّ»(٣).

و استفاد الشيخ الأعظم من هذا مقاله الأخير عدم تحقق القصد فى عقد المُكْرَه و الفضولى و قال: «كما صرح به فى المسالك حيث قال: إنَّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله»(٤).

و المذكور فى كلامه رحمه الله معنى كلام ثانى الشهيدین قدس سره و قد ذكرت لك نصه.

و ردّه عليه بقوله: «لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق فى صدق مفهوم

ص: ٩٤

١-١ . الكاسب ٣/٢٩٥.

٢-٢ . المسالك ٣/١٥٥.

٣-٣ . المسالك ٣/١٥٦.

٤-٤ . المكاسب ٣/٢٩٥.

أقول: و تابع صاحب الجواهر (٢) رحمه الله الشَّهيدَ الثاني في المكره فقط فذهب إلى انتفاء قصده لو لا الإجماع على صحه عقده المتعقب بالرضا، ولكن الظاهر تماميه ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله لأنَّ القصد المعتبر في صدق مفهوم العقد موجود في عقد الفضولي و المكره و هما يقصدان العقد ولكن عقد الفضولي يفقد أمرين و هما انتساب العقد إلى المالك و رضا و بالاجازه يحصلان، و عقد المكره يفقد أمرا واحدا و هو الرضا بالعقد و بعد حصوله تمَّ العقد. و يأتي توضيح أكثر في هذا المجال في أوّل بحث بيع المكره و بيع الفضولي فانتظر.

### هل يعتبر تعيين المالكين في صحه البيع؟

#### إشارة

هل يعتبر مضافا إلى قصد مدلول العقد تعيين مالكي العوضين أى البائع و المشتري، ثم على فرض اعتباره هل يلزم تعريف البائع للمشتري و عكسه أم لا؟

#### توضيح مقاله صاحب المقابس

ذكر الشيخ اسدالله التستري (٣) قدس سره أنّ في المسألة أوجها و أقوالاً و أنّها في غايه الاشكال و أنّه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب - قدس الله أرواحهم - في تضاعيف أبواب الفقه، ثم قسّم المسألة إلى صور و ذكر حكمها:

الصورة الاولى: إذا كان البائع و المشتري متعيينين في متن العقد فلا تحتاج المعامله إلى تعيينهما لتعيينهما واقعا في متن العقد كما لو كان زيد هو البائع و عمرو هو المشتري فيجريان العقد بنفسهما أو وليّهما أو وكيلهما.

الصورة الثانية: إذا كان البائع و المشتري غير متعيينين في متن العقد فلا بدّ من تعيينهما في الخارج لإمكان أن يكون البائع أى منهما و كذا المشتري، كما لو كان العاقد وكيلاً عنهما في البيع و الشراء أو وليّا عليهما، و الأوّل نحو: توكيل زيد و عمرو للمعاقد

ص: ٩٥

١-١ . المكاسب ٣/٢٩٦.

٢-٢ . الجواهر ٢٢/٢٦٧.

٣-٣ . راجع مقابس الأنوار / ١١٥، سطر ١٥.

فى تبديل بيتهما إلى معمل، و توكيل بكر و خالد له فى تبديل معملهما إلى بيت، فحينئذ لابد للعقد تعيين مالك البيت و مالك المعمل فى كل عقد و كذلك أى منهما يكون بائعا أو مشتريا لترتب الأحكام المختصة بكل واحد منهما. و الثانى: نحو: أن يكون العقد حاكما شرعيا و وليا على الطرفين فى طرف يوجد مفلسان و فى طرف آخر يوجد يتيمان و الحاكم يريد شراء مال المفلسين لليتيمين فلا بد من تعيينهما فى كل عقد.

و يمكن التمثيل للأول بأن يكون العقد و كيانا عن جماعه فى بيع صاع من صبره بمبلغ معين، و هكذا يكون و كيانا عن جماعه فى شراء صاع من صبره بهذا المبلغ فحينئذ لابد من تعيين البائع و المشتري فى كل عقد لئلا يشتهب بين الجماعتين.

و الحاصل: فى هذه الصورة يجب على العقد أو الوكيل أو الولي تعيينهما حين صدور العقد بأى وجه من وجوه التعيين.

ثم فى فرض وجوب التعيين إن يعين فهو، و إن لم يعين بل يُطلق العقد فإن كانت هناك قرينه ينصرف الاطلاق إليها، فيؤخذ بالقرينه فينصرف الاطلاق و يصير كالتيعين نحو صدور المعامله عن نفسه أو عن غيره و كاله، تحمل على المباشره لأن الوكاله تحتاج إلى مؤنه زائده و هى مفقوده بالأصل.

و أما لو قصد العقد الإبهام أو قصد التعيين بعد العقد، فلا ينسب المعامله إلى رافع الإبهام و لا إلى المعين بعد العقد، فيكون العقد لغوا. (١)

الادله الوارده فى مقاله التستري على وجوب التعيين

الدليل الأول: لزوم بقاء الملك بلا مالك معين

لو لم يعين العقد البائع و المشتري لزوم بقاء الملك بلا مالك معين فى الواقع و نفس الأمر و اللازم باطل و التالى مثله، لأن البيع تمليك و تملك و هما منوطان بأمرين: مالك و مملوك، و إذا لم يكن المالك فى البيع معيناً، لزوم حصول الملكيه من دون مالك و هو مستحيل.

ص: ٩٦

الدليل الثاني: لزوم تحديد المُنشئ

هو الاستفادة من الأدلة الشرعية، و التحديد يَكُونُ من جهات متعددة:

منها: تحديد قسم العقد من أنه بيع أو إجاره أو صلح أو نحوها.

منها: تحديده من جهات المميّزه نحو تعيين العوضين و المالكين.

و التردد في أحدها يوجب بطلان العقد إجماعاً، فتعيين المالك المعين يكون من الأمور المعتره في صحه العقد.

و قد عبّر الشيخ الأعظم عن هذا الدليل بقوله: «و أن لا يحصل الجزم بشىء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان و لا بشىء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك و فساد ذلك ظاهر» (١).

الدليل الثالث: جريان أصاله الفساد

أدله نفوذ المعامله منصرفه إلى المعامله الشائعه المتداوله عند الناس و هم يُعَيَّنُونَ العوضين و المالكين و قسم العقد من كونه بيعاً أو إجاره أو صلحاً أو غيرها، و أمّا إذا لم يعين أحد هذه الأمور فلا تشمله أدله نفوذ المعامله و تصل النوبه إلى الأصل العملى في المقام، و الأصل الأولى في جميع المعاملات هو الفساد و عدم جريان المعامله و بقاء كل مال على ملك مالكة الأول. (٢)

### مسألة: ذكرها المحقق التستري على القول بالتعيين

مسألة: ذكرها المحقق التستري على القول بالتعيين، لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمه، فإن عين ذلك الغير تعين و وقف على اجازته سواء ذكر اسمه أو عينه بالإشاره أو المشخصات الفرديه، و إن أبهم و لم يعين مع قصد الغير بطل و لا يتوقف إلى أن يوجد له مجيز.

الصوره الثالثه: إن لم يتوقف تعين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين بحيث يُعلم من الخارج أن الثمن لزيد و المثلث لعمرو و هما يُعَيَّنَانِ عاقدا

ص: ٩٧

١- ١. المكاسب ٣/٢٩٧.

٢- ٢. فى هذا المجال راجع الآراء الفقيهيه ٤/٢٠٣.

أو وكيلاً- لِقِرَاءِهِ صِيغَةَ الْمَعَامَلَةِ أَوْ إِجْرَائِهَا، فَإِنْ قَرَأَ الصِّيغَةَ أَوْ أَجْرَى الْمَعَامَلَةَ مِنْ دُونِ تَعْيِينِ الْمَالِكِينَ، فَهَلْ هَذِهِ الْمَعَامَلَةُ تَكُونُ صَحِيحَةً أَوْ تَتَوَقَّفُ عَلَى تَعْيِينِ الْبَائِعِ وَالْمَشْتَرِي فِيهَا وَجْهٌ، ثَلَاثَةٌ:

الأول: لزوم التعيين أو الاطلاق المنصرف إليه.

الثاني: عدم لزوم التعيين مطلقاً سواءً صرّح بالخلاف أم لم يصرّح؟ لتعيينه في الواقع، فتصح المعاملة وإن صرّح بالخلاف فضلاً عن قصده.

الثالث: التفصيل بين التصريح بالخلاف و عدمه، فإن صرّح بالخلاف بطلت المعاملة، وإن لم يصرّح صحت، ولا تتوقف الصحة على التعيين لأنه يكون معيّناً في الخارج، نعم التصريح يكون مضرّاً للصحة.

أقوى الوجوه عند صاحب المقابس هو القول الأخير - أي التفصيل - و أوسطها هو الوسط - أي عدم لزوم التعيين مطلقاً - و أشبهها للأصول هو القول الأول.

هذا ما أفاده المحقق التستري (١) قدس سره .

أقول: مراده قدس سره من الأصول هي أصالة الفساد الجارية في المعاملات و استصحاب بقاء كل من العوضين على ملك مالكه الأول و أصالة عدم نقل كل من العوضين إلى الآخر و أصالة عدم ترتب الأثر.

و أمّا جعله القول الثاني هو الوسط فلا- وجه له، لأنّ التعبير بالوسط يكون صحيحاً إذا كان بين القوي و الضعيف فيقع القول الوسط بينهما و أمّا إذا كان الأقوى عنده هو القول الثالث و الأشبه بالأصول هو القول الأول فلا معنى للوسط. (٢)

نقد الشيخ الأعظم على المحقق التستري صاحب المقابس

المستفاد من كلامه (٣): البيع هي المبادله و المعاوضه بين المالين و هي تقتضى

ص: ٩٨

١-١ . راجع مقابس الأنوار / (١١٦-١١٥) و نقل عنه في المكاسب ٣ / (٢٩٩-٢٩٦).

٢-٢ . كما عليه صاحباً «تحقيق و تقريرات في باب البيع و الخيارات» ١/٣٧٣، و العقد النضيد ٢/٤٧٨.

٣-٣ . راجع نضه في المكاسب ٣/٢٩٩.



دخول العوضين في ملك الآخر، أعنى خروج العين من ملك البائع إلى ملك المشتري و دخول الثمن في ملكه و خروج الثمن من ملك المشتري و دخول العين في ملكه، و حيث كانت هذه المبادله هي حقيقه البيع فلا- نحتاج مضافا إلى ما ذكرناه إلى تعيين المالين، بل مجرد قصد المعاوضه كافٍ في صدق البيع و لا يلزم إسناده إلى المالين، و هذا الأمر بالنسبه إلى الأعيان الشخصيه واضح.

و أمّا في الأعيان الكليّه فلا بدّ من تعيين المالين لا- لأجل أن يكون تعيينهما شرطا مستقلاً في العقد، - كما عليه صاحب المقابس - بل لأنّ تعيين المال في الأعيان الكليّه مشروط بإضافتها إلى ذمّه خاصه معيّنه و إلا لا يصدق عليها أنّها مال بل و لا ملك، و حيث أنّ البيع مبادله مال بمال فلا بدّ من إحراز ماله الكلي و هي لا تُحرزُ إلاّ بالإضافه إلى ذمّه معيّنه يتمكّن صاحبها من تسليمها إلى المشتري في التوقيت الخاص من النقد و النسيئه و السّلم.

فحينئذ تعيين المالين ليس شرطا مستقلاً في البيع بل ليس شرطا أصلاً و نحن نستغنى عن هذه الشرطيه بواسطه حقيقه البيع التي هي المبادله و المعاوضه بما مرّ تفصيلاً و لعلّ احتياج الأعيان الكليه إلى ذمّه المالك يكون موجبا لمقاله المحقّق التستري من احتياج البيع إلى تعيين المالين.

ثم اعترض الشيخ الأعظم (1) على وجوهه الثلاثه في الصوره الثالثه و هي إذا كان العوضان معيّنين في الخارج إن قُصدت المعاوضه الحقيقيه التي تستلزم عقلاً دخول كلٍّ من العوضين في ملك الآخر فلا حاجه إلى تعيين مالكي العوضين لتعيينهما بتعين العوضين بالملازمه، و إن قُصدت المعاوضه الصوريه فالباع غير منعقد فلا عبره بتثليث الوجوه.

ثم تعرّض لفرع ذكره التستري على اعتبار القول الوسط - و هو عدم لزوم التعيين مطلقا سواء صرّح بالخلاف أم لم يصرّح - و هو «لو باع مال نفسه عن الغير، وقع

ص: ٩٩

عنه و لغى قصد كونه عن الغير.» و قال فى ذيله: «فلا إشكال فى عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغويه قصده عن الغير لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقه و هو معنى لغويته.»(١).

أقول: يشترك الشيخ الأعظم مع التستري صاحب المقابس فى القول بوقوع المعاملة فى هذا الفرع عن المالك العاقد نفسه و عدم وقوعه عن الغير، ولكنهما يختلفان فى دليل الحكم، و هو عند التستري مقام الإثبات و هو الأخذ بأصالة الظهور فى «بعث» فى إرادته البيع لنفسه، و عند الشيخ الأعظم مقام الثبوت و هو أنّ قصد المعاوضه الحقيقه يوجب تحققها عن المالك لا الغير كما مرّ. و من المعلوم بعد فرض عدم إمكان المعاوضه الحقيقه عن الغير فى مقام الثبوت فلا نحتاج لنفيه إلى مقام الإثبات.

و فرع الشيخ الأعظم على بيانه فرعا آخر و قال: «و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع اجازته - كما سيجىء (٢) - و لا يقع عن نفسه أبدا»(٣). و الوجه فى تفريعه عدم تحقق المعاوضه الحقيقه.

ثم استدرك من قوله: «لا يقع عن نفسه أبدا» بقوله: «نعم، لو ملكه فأجاز، قيل (٤) بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً لنفسه، فإنّ القائل به لا يفرّق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكة، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه»(٥).

و مستند الحكم بالصحه، و توضيح كلام الشيخ الأعظم فى هذا الفرض دخوله فى مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» و القائل بالصحه لا يفرّق بين بيع مال الغير عن نفسه ادعاءً و بين بيعه عن مالكة فضولاً و عدم التفریق كاشف عن لغويه قصد وقوع البيع عن نفسه.

ص: ١٠٠

١-١. المكاسب ٣/٣٠١.

٢-٢. فى المسأله الثالثه من بيع الفضولى فى المكاسب ٣/٣٧٦.

٣-٣. المكاسب ٣/٣٠١.

٤-٤. القائل به المحقق القمى فى الغنائم ٥٥٤/ ناسبا إياه إلى الأكثر، و جدنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد ٢/٩٢.

٥-٥. المكاسب ٣/٣٠١.

ثم اعترض الشيخ الأعظم (١) على نفسه بتوضيح منّا: لماذا نحكم بعدم اعتبار قصد العاقد و وقوع البيع الفضولي بالنسبة إلى المالك لدلاله المعاوضه الحقيقيه؟! بل يمكن أن نذهب من الطرف الآخر و نقول بأن ايقاع العقد عن نفس العاقد كما هو الظاهر من كلامه قرينه على عدم تحقق المعاوضه الحقيقيه و بطلان البيع من رأسه، و الشاهد عليه حكم العلامه و الشهيد فى عكس المثال المذكور بالبطلان.

حيث قال العلامه فى القواعد: «ولو قال [المالك للمرتهن] بعهُ لنفسك، بطل الإذن، لأنه لا يُتصوّر أن يبيع ملك غيره لنفسه» (٢).

و قال: «و كذا لو دفع إليه مالاً و أمره بشراء طعام له لم يصحّ الشراء و لا يتعيّن له بالقبض» (٣).

و قال الشهيد فى الدروس: «ولو قال الراهن للمرتهن بعهُ لنفسك لم يصحّ البيع، لأنّ غير المالك لا يبيع لنفسه، بل يقول: بعهُ لى أو بعهُ مطلقاً على الأقوى، حملاً على الصحيح» (٤).

و قال: «ولو دفع إليه مالاً ليشتري به طعاماً لنفسه بطل...» (٥).

و أجاب (٦) عن هذا الاعتراض بأنّ المعامله المذكوره صحيحه لدلاله المعاوضه الحقيقيه كما مرّ و القصد المذكور لغوّ، لأنّ مآل ذلك القصد إلى إرجاع فائده البيع إلى الغير، لا- أنّ الغير يكون أحد ركنى المعاوضه، فلا- يعارض ظهور القصد للغير دلالة المعاوضه الحقيقيه و لا يتم الاعتراض.

و مراد العَلَمَيْنِ و غيرهما من الحكم بالبطلان فى مثال الرهن و شراء الطعام، عدم

ص: ١٠١

١- ١ . المكاسب ٣/٣٠١ قوله: «إلا يقال:...».

٢- ٢ . قواعد الأحكام ٢/١٢٧.

٣- ٣ . قواعد الأحكام ٢/٨٧.

٤- ٤ . الدروس الشرعيه ٣/٤٠٩.

٥- ٥ . الدروس الشرعيه ٣/٢١١.

٦- ٦ . المكاسب ٣/٣٠٢ قوله: «ولكن الأقوى صحه المعامله المذكوره...».

وقوعه للمخاطب و المأمور، لأنه ليس أحد ركنى المعاوضه ولكنه إذا باع لنفسه يقع لمالكة فضوليا و بعد اجازته يصح.

ثم جمع الشيخ الأعظم كلامه و قال: «و بالجمله فحكمهم بصحة بيع الفضولى و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك»(١).

أقول: قد عرفت فى ما نقلته لك من توضيح مقاله العلمين أن النزاع بينهما علمي بحت و لا تترتب عليه ثمره عمليه و أنهما فى مقام الإفتاء فى الفروع المذكوره متخبران فلا ينبغي صرف الوقت أكثر من هذا فى البحث العلمى المحض الذى لا تترتب عليه ثمره عمليه ولكن مع ذلك كله أذكر لك حصيله البحث من دون تعرض إلى مقالتهما لأجل إيضاح الكلام.

### حصيله الكلام

البيع باعتبار مبيعه ينقسم إلى قسمين رئيسين:

الأول: البيع بالمبيع الشخصى و الأعيان الشخصيه بحيث يتعين المالك فى الواقع و نفس الأمر و المقام الثبوت فلانحتاج إلى تعيينه فى الخارج و فى ضمن العقد و المقام الإثبات بالقصد أو اللفظ.

فتعيينه ليس مقوما و لا شرطا للبيع فى هذا القسم و إذا وقع البيع على المالىن يدخل كل من العوضين فى ملك الآخر بلا فرق بين صدور العقد من المالكين أو وكيلهما أو وليهما، و كذا بلا- فرق بين صدوره من المالك أو الفضولى، ولكن فى الأخير مع الحاق اجازة المالك بالبيع.

و حيث كانت حقيقه البيع المبادله و المعاوضه بين المالىن و يدخل الثمن فى كيس من يخرج المثل من ملكه و يدخل المثل فى كيس من يخرج الثمن من ملكه فلا بد فى عقد البيع أن لا يقصد خلاف مقتضى العقد، و الخلاف يتصور بوجه مختلفه:

منها: أن يذكر أو يقصد دخول الثمن أو المثل فى ملك غير المتبايعين نحو شراء

ص: ١٠٢

بيت لولده أو طعام للفقير، و في هذه الفروض ينتقل المبيع إلى المشتري أولاً و بالذات و ثانيا و بالعرض و بناقل شرعى ينتقل إلى الولد أو الفقير أو غيرهما. فيكون البيع بما رسمت لك صحيحا.

و منها: أن يذكر الخلاف من باب الخطأ فى التطبيق كوكيل من عدّه أشخاص فى بيع أموالهم فأخطأ فى ذكر موكله فى عقد البيع فحينئذ العقد يكون صحيحا و البيع نافذا بدلاله المبادله و المعاوضه اللّتين هما حقيقه البيع و يقع البيع عن مالك العين بلا احتياج إلى اجازته المجدده لأنّ المجرى للبيع كان وكيله.

و منها: أن يذكر الخلاف عالما عامدا من باب الإدّعاء على أنّ غير المالك مالك نحو: بيع الغاصبين و اللصوص فى الأموال المغصوبه و المسروقه فيقع البيع للمالك إذا أجاز.

الثانى: أن يكون المبيع كليا - بلا فرق بين أن يكون الكلى فى المعين نحو صاع من الصبره أو الكلى فى الذمه و كلاهما يتعيّن بمالك الكلى فى الأوّل و بمن يقع الكلى على ذمته فى الثانى، و بهما يتعيّن فى الواقع و نفس الأمر و مقام الثبوت، فلا نفرق فى عدم اشتراط التعيين بين المبيع الشخصى و الكلى.

ولكن هذا كله بالنسبه إلى العقود التى لا يكون طرفا العقد ركنا من أركانها نحو النكاح و الوقف و الهبه و الوصيه و الوكالة لأنّ الزوج و الزوجه المُعَيَّنَيْنِ يعدّان من أركان عقد النكاح و كذا الموقوف عليهم، و الموهوب له، و الموصى و كذا الوصى، و الوكيل، و فى هذا الفرض لابدّ من تعيين طرفى العقد.

و ما ذكرنا يكون فى مقام الثبوت و مع وضوح هذا المقام فلا تنصل النوبه إلى مقام الإثبات كما هو الواضح.

نعم، فى مقام الإثبات ينصرف العقد إلى مَنْ يتولّى له ما لم يصرّح بالخلاف، لأنّ فعل كلّ فاعل يُنسب إليه و يحكم بوقوعه عنه ما لم ينصب قرينه حاله أو مقالیه على خلافه، فإذا قال «بعث» و لم يقم قرينه عليه فيقع عن نفسه.

ثم الإنشاء لابدّ أن يتعلّق بالمعلوم و لو كان بالإجمال فيصح بيع أحد الأضوع لأنّ

المبيع حينئذ هو الصاع المتعين المعلوم عندالله تعالى.

و كذا تصح الوصيه بأحد الشئيين أو الأشياء أو لأحد الأشخاص المعينين، لأنها إن كانت عهديه(١) فمرجعها إلى إيكال الأمر إلى الوصى و يكون من قبيل الواجب التخيري. و إن كانت تمليكيه(٢) إذا أراد المعلوم عندالله صحت.

و كذا عتق مملوك من العبيد أو طلاق إحدى الزوجات يصحان إذا تعلق الإنشاء بالمتعين الواقعي عندالله أو من يخرج بالقرعه أو يختاره و يتعينه في ما بعد.

نعم، الإنشاء لايتعلق بالمبهم المطلق إذ لا معنى لإيجاده.

### هل يعتبر تعيين من له العقد؟

بمعنى تعيين كل من البائع و المشتري للآخر في مقام الإثبات، بأن يكون البائع عالماً بمن يقع الشراء له و المشتري عالماً بمن يقع البيع له، و علم الموجب بأن القابل يقبل لنفسه أو لغيره، و علم القابل بأن الموجب يوجب لنفسه أو لغيره مع معلوميه الغير عندهما.

و بعبارة أخرى: هل يعتبر في صحه البيع أن يعرف المشتري مالك المبيع، بأن يعرف المشتري أن العاقد الموجب هل هو مالك المبيع أم وكيله؟ و يعرف البائع مالك الثمن بأن يعرف أن العاقد القابل هل هو مالك الثمن أو وكيله؟

و بعبارة ثالثة: أن تعيين المالكين ثبوتاً يكفى في صحه العقد أم لابد من معرفه كل منهما للآخر إثباتاً؟

الأقوى عند الشيخ الأعظم(٣) قدس سره هو اعتبار التعيين في مقام الإثبات لوجهين:

الأول: حجه ظاهر كلام المتعاقدين: تدل على أنهما يبيعان و يشتريان لأنفسهما و أما لو كان العقد لغيرهما فلا بد من التنبيه و إقامة القرينه عليه.

ص: ١٠٤

١ - ١ . الوصيه العهديه: كان يوصى فيها بما يتعلق بتجهيزه أو باستيجار الحج أو الصوم أو الصلاه أو الزيارات له. [كذا في الوسيله ١٨٧/ للسيد أبو الحسن الأصفهاني رحمه الله].

٢ - ٢ . الوصيه التمليكيه: كان يوصى بشئ من تركته لشخص.

٣ - ٣ . المكاسب ٣/٣٠٣.

الثانى: تبعيه العقود للقصود: حيث أنّ المتعاقدين لم يذكر غيرهما فقصدتهما إجراء العقد لأنفسهما فيقع العقد على ذلك القصد لتبعيه العقد للقصد.

ثم ذكر حتّى على القول بعدم الاعتبار: «لو صرّح بإرادته خصوص المخاطب اتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره»<sup>(١)</sup>.

أقول: الوجه فى هذا الأخير واضح لأنّ مع إرادته المخاطب لو قبل القابل عن غيره لم يطابق القبول الإيجاب فلا يتمّ العقد. ثم استشهد بقول العلّامة على كلامه الأخير فى التذكرة حيث يقول: «لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال ينشأ من أنّ الآخر قصد تمليك العاقد أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم»<sup>(٢)</sup>.

مراد العلّامة ممّا تقدّم هو وقوفه على إجازة المالك ولكن ضعّف إشكاله الشيخ الأعظم<sup>(٣)</sup> بأنّه مخالف للإجماع و السيره إلاّ أنّه مبني على كلامه من مراعاة ظاهر الكلام.

ثم يمكن أن يناقش فى وجهى الشيخ الأعظم لإثبات الاعتبار:

فى الأوّل: بعد حججه الظواهر ولو كانت فى العقود، يمكن أن تكون مالكيه المبيع أو الثمن للغير تكون قرينه عرفيه على إرادته فى العقد.

و فى الثانى: بعد ثبوت القرينه فيكون ذاك الغير مقصودا للعقد و بقاعده تبعيه العقود للقصود يقع العقد له.

ثم اطلاق «أحلّ الله البيع»<sup>(٤)</sup> و «تجارة عن تراض»<sup>(٥)</sup> و «افوا بالعقود»<sup>(٦)</sup> يشمل مورد عدم معرفه متبايعين للآخر إثباتا، لأنّه بيع و تجاره و عقد عرفي فتشمله الإطلاقات، فيكفى تعينهما ثبوتا و فى نفس الأمر.

ص: ١٠٥

١-١ . المكاسب ٣/٣٠٣.

٢-٢ . تذكره الفقهاء ١٧/١٠.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٠٤.

٤-٤ . سورة البقره ٢٧٥/٤.

٥-٥ . سورة النساء ٢٩/٥.

٦-٦ . سورة المائده ١/٦.

حتّى فى العقود التى يكون طرفا العقد ركنا من أركانها نحو النكاح و الوقف و الهبه و الوصيه لا يعتبر ذكرهما فى مقام الإثبات و يكفى تعيينهما ثبوتا كما مرّ.

فظهر ممّا ذكرنا عدم تماميه مقاله الشيخ اسدالله التستري(1) قدس سره من الفرق فى المقام بين العقود التى لا يكون طرفا العقد ركنا من أركانها و بين ما يكون ركنا حيث ذهب فى الأول إلى عدم اعتبار التعيين فى مقام الإثبات، و فى الثانى إلى اعتباره، و استدل على الاعتبار بأنّ الزوجين فى النكاح كالعوضين فى سائر العقود و تختلف الأغراض باختلافهما و إذا لم يتعين فى مقام الإثبات لم يتوارد القبول على الإيجاب. و لفظ البيع و نحوه من العقود يطلق على البيع لنفسه أو موكوله أو لمالكه، و أمّا الزواج و نحوه فلا.

ولكن أنت ترى بأنّ الوجهين المذكورين فى كلامه قدس سره إنّما يأتیان للاعتبار فى مقام الثبوت لا الإثبات. فلا فرق فى عدم الاعتبار بين العقود و الحمد لله.

ص: ١٠٦



## إشاره

و المراد به أنّ القصد الذى قد مرّ اعتباره فى العقود هل يعتبر أن يكون من طيب النفس و الرضا، لا عدمهما - الذى يُسَمَّى إكراهاً - و ليس المراد بالاختيار هنا الاختيار فى قبال الجبر و الإلجاء.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «المراد به القصد إلى مضمون العقد عن طيب نفس فى مقابل الكراهه و عدم طيب النفس، لا الاختيار فى مقابل الجبر»<sup>(١)</sup>.

و استدل عليه بوجوه:

## الأول: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «و يدل عليه قبل الإجماع»<sup>(٢)</sup>.

لعلّ هذا تلوّيحٌ منه إلى احتمال مدركيه الإجماع و أنّ الأدله غيره، كافيه فى إثباته.

قال الفقيه المتتبع السيّد العاملى: «و اشتراط الاختيار و عدم صحه بيع المكروه قد نفى عنه الخلاف فى الغنيه<sup>(٣)</sup> و الرياض<sup>(٤)</sup>، و استظهر ذلك - أعنى عدم الخلاف - فى مجمع البرهان<sup>(٥)</sup>، و ادّعى عليه الإجماع فى التذكره<sup>(٦)</sup> و الحدائق<sup>(٧)</sup> و ذلك فى غير المكروه بحقّ،

ص: ١٠٧

١-١ . المكاسب ٣/٣٠٧.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٠٧.

٣-٣ . غنيه النزوع / ٢١٤.

٤-٤ . رياض المسائل ٨/٢١٦.

٥-٥ . مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥٥.

٦-٦ . تذكره الفقهاء ١٠/١٣.

٧-٧ . الحدائق ١٨/٣٧٤.

و أما فيه ففي الغنيه (١) أنّ صحه بيعه معه ممّا لاخلاف فيه، و على ذلك نص جماعه (٢) كثيرون (٣).

أقول: نفى الخلاف ثابت في كلمات القوم و أما الإجماع فلم يرد في التذكرة (٤) إلا على بطلان بيع التلجئه - و يأتي الكلام فيها - و في الحدائق (٥) أيضا نفى الخلاف في اشتراط الاختيار، نعم قال بعد صفحه: «و هم قد سلّموا بأنّ عقد المكره حال الإكراه باطل إتفاقا» (٦).

ولكن قال في الجواهر: «و المكره بغير حقّ الذي هو ممّا رفع الشارع الحكم عمّا أكره عليه من قول أو فعل بلاخلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الضروره من المذهب...» (٧).

## الثاني: الكتاب

يدل عليه قوله تعالى: «إلا أن تكون تجاراً عن تراضٍ منكم» (٨).

قد مرّ ممّا في أول المجلد الأوّل من هذا الكتاب (٩) البحث حول هذه الآيه الشريفه و قلنا هناك بأنّ الاستثناء الوارد فيها منقطع و هي تدل على صحه كلّ تجاره تفعّ عن تراضى الطرفين، و حيث أنّ الرضا و طيب النفس مفقود في بيع المكره فلا يدخل في

ص: ١٠٨

١- ١. غنيه النزوع / ٢١٤.

٢- ٢. منهم: ثاني الشهيدين في المسالك ٣/١٥٧ و الشيخ يوسف في الحدائق ١٨/٣٧٦.

٣- ٣. مفتاح الكرامه ١٢/٥٥٣.

٤- ٤. تذكره الفقهاء ١٠/١٣.

٥- ٥. الحدائق ١٨/٣٧٣.

٦- ٦. الحدائق ١٨/٣٧٤.

٧- ٧. الجواهر ٢٢/٢٦٥.

٨- ٨. سوره النساء / ٢٩.

٩- ٩. الأراء الفقهيّه ١/١٣.

المستثنى ولا- يحكم بصحته، بل يدخل في المستثنى منه و هو قوله تعالى: «لا- تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»(١) و يحكم بطلانه.

**الثالث: قوله صلى الله عليه وآله : لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.**

(٢)

قد مرّ في الدليل الثالث من أدله قاعده ما يضمن من هذا الكتاب(٣) ورود روايات صحاح بهذا المضمون و كذا تماميه دلالتها على حرمة التصرف في مال الغير من دون طيب نفسه بلا فرق بين الحُرْمَتَيْنِ: التكليفيه و الوضعيه، و الأخيره تدل على بطلان بيع المكره، فراجع ما حررناه هناك و لا نعيد.

**الرابع: حديث الرفع**

**اشاره**

و هو صحيحه حريز بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : رفع عن أمتي تسعه أشياء: الخطأ و النسيان و ما أكرهوا عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطروا إليه و الحسد و الطيره و التفكير في الوسوسه في الخلوه [الخلق ن ل] ما لم ينطقوا بشفه.(٤)

و ذكر الصدوق مثلها مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وآله بلفظ «وُضِع» بدل «رُفِع» في الفقيه و قال: قال النبي صلى الله عليه وآله : وضع عن أمتي تسعه أشياء: السهو و الخطأ و النسيان و ما أكرهوا عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و الطيره و الحسد و التفكير في الوسوسه في الخلق ما لم ينطق الانسان بشفه.(٥)

و في نوادر أحمد بن محمد بن عيسى عن اسماعيل الجعفي عن أبي عبدالله عليه السلام

ص: ١٠٩

١-١ . سورة النساء /٢٩.

٢-٢ . عوالي اللآلي ٢/١١٣، ح ٣٠٩.

٣-٣ . الآراء الفقيهيه ٤/٣٤٢.

٤-٤ . التوحيد ٣/٣٥٣، ح ٢٤، الخصال ٢/٤١٧، ح ٩ و نقل عنه في وسائل الشيعة ١٥/٣٦٩، ح ١، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

٥-٥ . الفقيه ١/٥٩، ح ١٣٢ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٧/٢٩٣، ح ٢، الباب ٣٧ من أبواب قواطع الصلاة، و ٨/٢٤٩، ح ٢، الباب ٣٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة.

قال: قال سمعته يقول: وضع عن هذه الأمة ست خصال: الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطرّوا إليه. (١)

و فيه عن ربيع عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله : عفى عن أمتي ثلاث: الخطأ و النسيان و الاستكراه، قال أبو عبد الله عليه السلام : و هنا رابعه: و هي ما لا يطيقون. (٢)

و فيه عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله : وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه. (٣)

و هذه الروايات الثلاثة الأخيره معتبره الإسناد.

وصف الشيخ الأعظم حديث الرفع ب- «الخبر المتفق عليه بين المسلمين» (٤) و أنت تجده في كتب العامه أيضا فراجعها. (٥)

ثم ظاهر حديث الرفع هو رفع العقاب و المؤاخذه ولكن الأئمه عليهم السلام استشهدوا به في رفع بعض الأحكام الوضعيه - نحو بطلان الحلف بالطلاق و العتاق و الصدقه قال الشيخ الأعظم: «و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا، إلا أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدلّ على أنّ المراد بالنبوى ليس رفع خصوص المؤاخذه و العقاب الأخرى». (٦) و ورد «لعموم المؤاخذه فيه لمطلق الإلزامن عليه بشيء» (٧).

ص: ١١٠

١-١. نوادر أحمد بن محمد بن عيسى / ٧٤، ح ١٥٧ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٧، ح ٣، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

٢-٢. نوادر أحمد بن محمد بن عيسى / ٧٤، ح ١٥٨ و نقل عنه وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٧، ح ٤.

٣-٣. نوادر أحمد بن محمد بن عيسى / ٧٤، ح ١٥٩ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٧، ح ٥.

٤-٤. المكاسب ٣/٣٠٧.

٥-٥. نحو: سنن ابن ماجه ١/٦٥٩، ح ٢٠٤٣ و ٢٠٤٥، السنن الكبرى للبيهقي ٦/٨٤، فتح الباري ١١/٤٧٨، المعجم الأوسط

للطبراني ٨/١٦١، صحيح ابن حبان ١٦/٢٠٢، كنز العمال ٤/٢٣٢، ح ١٠٣٠٦ و ١٠٣٠٧، الجامع الصغير للسيوطي ١/٢٧٧، ح ١٨٠٩.

٦-٦. المكاسب ٣/٣٠٨.

٧-٧. المكاسب ٣/٣٠٨.

و من الروايات المُستشَّهَدِ بِهَا فِي الْمَقَامِ صَحِيحِهِ صَفْوَانُ بْنُ يَحْيَى وَ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَسْتَكْرَهُ عَلَى الْيَمِينِ فَيَحْلِفُ بِالطَّلَاقِ وَ الْعِتَاقِ وَ صَدَقَهُ مَا يَمْلِكُ أَيْلِزِمُهُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: لَا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ: وَضِعَ عَنْ أُمَّتِي مَا أَكْرَهُوا عَلَيْهِ وَ مَا لَمْ يَطِيقُوا وَ مَا أَخْطَأُوا. (١)

و يمكن أن يستشهد بالروايات الواردة في طلاق المكره و عتقه بضميمه عدم الفرق و الفصل:

منها: صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكره و عتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق، الحديث. (٢)

و منها: مرسل عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: لو أنّ رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسُلطان، فقهره حتّى يتخوّف على نفسه أن يعتق أو يطلق، ففعل لم يكن عليه شيء. (٣)

و منها: حسنه يحيى بن عبدالله بن الحسن المثنى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يجوز طلاق في استكراه... و إنّما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه و لا إضرار، الحديث. (٤)

و منها: صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن عتق المكره؟ فقال: ليس عتقه بعتق. (٥)

و منها: معتبره بريد و محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من اشترى طعام

ص: ١١١

---

١-١ . وسائل الشيعة ٢٣/٢٢٦، ح ١٢، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.  
٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٣/٤١، ح ٢، الباب ١٩ من أبواب كتاب العتق - وسائل الشيعة ٢٢/٨٦، ح ١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٢٢/٨٦، ح ٢.

٤-٤ . وسائل الشيعة ٢٢/٨٧، ح ٤.

٥-٥ . وسائل الشيعة ٢٣/٤١، ح ١.

قوم و هم له كارهون قُصَّ لهم من لحمه يوم القيامة. (١)

يمكن أن يقال: إنَّ ظاهر حديث الرفع مطلق الآثار و هي أعم من المؤاخذه الدنيوية و الأخروية و غيرهما و ذلك لأنَّ المرفوع التسعه تنزيلاً و جعلاً و لازمه التعميم حتَّى بالنسبه إلى الأحكام الوضعيه. (٢)

أقول: إذا كان الفعل موضوعاً لحكم آخر و يكون في ثبوت ذلك الحكم ثقلاً- يرفعه الحديث بفقرتي «ما اضطروا إليه و ما استكروهوا عليه فلا يترتب ذلك الحكم الوضعي نحو الإكراه في البيع أو الطلاق أو العتق (٣) بخلاف فقره «لا يعلمون» لأنها ترفع التكليف فقط لا الوضع فنحن نذهب إلى التفصيل بين فقرات حديث الرفع في شموله للأحكام الوضعيه، و فقره الاضطرار و الاستكراه تشملها و أمّا ما لا يعلمون فلا، و توضيحه يطلب من بحث الأصول.

فحينئذ فلا نحتاج إلى الروايات المستشهد بها استقلالاً مستقلاً و لا بضميمه عدم الفرق و الفصل، و الله العالم.

**ثم لا بد من التذكير بأمر:**

**الأول: المراد من جمله: «المكره قاصد إلى اللفظ دون المعنى»**

قال العلامة في التحرير: «لو أكره على الطلاق فطلق ناويا له، فالأقرب أنه غير مكره، إذ لا إكراه على القصد» (٤).

و قال الشهيد: «و يعنى بكمال المتعاقدين بلوغهما و عقلهما... و اختيارهما فعقد المكره باطل إلا أن يرضى بعد الإكراه، و الأقرب أن الرضا كاف فيمن قصد إلى اللفظ دون مدلوله فلو أكره حتَّى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا كالسكران» (٥).

ص: ١١٢

١-١ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٨، ح ١١، الباب ١ من أبواب عقد البيع.

٢-٢ . كما عليه الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب ٢/٤٩.

٣-٣ . راجع دروس في مسائل علم الأصول ٤/٢٥٨ لشيخنا الأستاذ قدس سره .

٤-٤ . تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥١.

٥-٥ . الدروس الشرعيه ٣/١٩٢.

و قال ثانيه بعد نقل كلامه: «و هو تنبيه حسن، إلا أن تحقق ذلك في المكره بحيث يتلفظ بالعقد غير قاصد إلى لفظه كالسكران نظر، فإن الإكراه على اللفظ بحيث يكون حركه اللسان من المكره غير متحقق و لا مقدور للمكره. و إنما يتحقق الإكراه بحمل المكره للمكره على الفعل باختياره، خوفاً من المكره على نفسه أو ماله أو ما في حكمهما مع حضور عقله و تمييزه، بخلاف المجنون و السكران و نحوهما. غير أن ما ادعاه ( رحمه الله ) إذا بلغ الإلجاء إليه و تحقق وقوعه، فالأمر فيه كما قاله»(١).

و نحوه في الروضه(٢).

و قال في طلاق المسالك: «لو قصد المكره إيقاع الطلاق ففي وقوعه وجهان، من أن الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النيه لا تعمل، و من حصول اللفظ و القصد. و هذا هو الأصح»(٣).

و قال في الروضه: «... كما لا اكراه لو ألزمه بالطلاق ففعله قاصداً إليه»(٤).

و قال سبطه السيد محمد العاملی: «و لو طلق المكره ناويا الطلاق، قيل: يقع، و هو اختيار العلامه في التحرير و جدی في الروضه و المسالك لحصول اللفظ و القصد، و لأنَّ القصد لا- إكراه عليه فلو لا- حصول الرضا بالعقد لما قصد إليه. و قيل: يبطل، إذا المفروض أنه لو لا الاكراه لما فعله، و عقد المكره باطل بالنص و الإجماع، و المساله محل إشكال»(٥).

و قال الفاضل الأصبهانی بعد نقل كلام العلامه في التحرير: «يعنى و إن ظن أنه يلزمه لا مجرد لفظه بالإجبار و إن كان لا يريد، أمّا لو علم أنه لا يلزمه إلا اللفظ و له

ص: ١١٣

١-١ . المسالك ٣/١٥٦.

٢-٢ . الروضه البهيه ٣/٢٢٦.

٣-٣ . المسالك ٩/٢٢.

٤-٤ . الروضه البهيه ٦/٢١.

٥-٥ . نهايه المرام ٢/١٢.

تجريدته عن القصد فلا شبهه في عدم الإكراه»(١).

الظاهر من سيّد الرياض قبول كلام الشهيدين حيث علّل صحه عقد المكره بعد ارتضائه بقوله: «بأنّه (المكره) بالغ رشيد قاصد إلى اللفظ دون مدلوله و إنّما منع عدم الرضا فإذا أثر العقد، كعقد الفضولي حيث اتفئ القصد إليه من مالكة مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة، فلما لحقته إجازة المالك أثرت و لا يعتبر مقارنته للعقد للأصل»(٢).

أقول: ولكن هذا الظاهر لا يجتمع مع ما هو بصده من تصحيح عقد المكره بعد الرضا به، فلا بدّ من حمل لفظ «دون» على معنى «إذا عرّض» أو «أمكن» أو «قد أمكن»(٣) لا على معنى «غير»، فلا يُستفاد من عبارته قدس سره ما ذهب إليه الشهيدان في هذا الأمر.

و قال الفاضل النراقي: «دلّ العرف و انعقد الإجماع القطعي على لزوم قصد النقل في تحقق البيع أو التلفظ باللفظ الظاهر فيه أو الاتيان بعمل ظاهر فيه مع عدم العلم بعدم القصد من قرينه خارجيه و عدم ضمّ ما يوجب ظهور عدم القصد... و لا شك أنّ الاكراه من الأمور المنافية لظهور القصد، بل يوجب ظهور خلافه فمعه لا يحكم بتحقق البيع»(٤).

أقول: ظاهر الفاضل النراقي رحمه الله تحقق قصد اللفظ و مدلوله في عقد المكره ولكنّه نفى قصد تحقق العقد و إنشائه و ترتب الأثر عليه.

و ناقش صاحب الجواهر الشهيد الثاني و قال بعد نقل كلامه في المسالك: «قلت: مرجع ذلك إلى أنّ الاكراه في الظاهر دون الواقع، و قد تكرر من العامه و الخاصه خصوصا الشهيد الثاني في المسالك و الروضه في المقام و في البيع أنّ المكره حال إكراهه لا قصد له للمدلول، و إنّما هو قاصد للفظ خاصه، و فيه منع واضح، ضروره تحقق الإنشاء و القصد فيه و لذا ترتب عليه الأثر مع الاكراه بحقّ و مع تعقّب الاجازة بالعقد بل ظاهر قوله عليه السلام :

ص: ١١٤

١-١ . كشف اللثام ٨/٩.

٢-٢ . رياض المسائل ٨/٢١٨.

٣-٣ . في جمهره اللغه لابن دُرَيْد: «دونك هذا الشئ ء: إذا عرّضك و أمكنك [أى قد أمكنك] راجع ترتيب جمهره اللغه ١/٦٦٤.

٤-٤ . مستند الشيعة ١٤/٢٦٧.



«إنما الطلاق»<sup>(١)</sup> إلى آخره تحقق الارادة من المكروه، بل لعلّ عدم القصد للمدلول في المكروه من التوريه التي لم نوجيها عليه و حينئذ فالمكروه قاصد على نحو غيره إلا أنه قصد اكراه لا قصد اختيار، و إن شئت عبّرت عن ذلك بالرضا و عدمه...»<sup>(٢)</sup>.

أقول: و أنت ترى بأنّ صاحب الجواهر يرى قصد اللفظ و مدلوله و تحقّق العقد و الإنشاء و ترتب الأثر عليه في عقد المكروه، ولكن لم يترتب عليه الأثر لفقد الاختيار و الرضا.

و أخرج الشيخ الأعظم مَعْنَى آخَرَ من كلامهم وردّ على صاحب الجواهر و قال: «و ليس مرادهم [أى مراد العلامه و الشهيدين] أنّه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلّم... فالمراد بعدم قصد المكروه عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج و أنّ الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا أنّ كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول، كيف و هو معلول للكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل»<sup>(٣)</sup>.

و قال: «... لا ينبغي أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمّى خبراً و لا إنشاءً و غير ذلك ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكروه هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادته المعنى من الكلام»<sup>(٤)</sup>.

و قال المحقّق النائيني في معنى كلام الشهيدين: «أنّ المكروه قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، هو أنّ المكروه لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كلّ منشيء من رضاه بوقوع المدلول في الخارج، كما أنّ الفضولي لم يقصد ما هو ظاهر المعامله من وقوعها لنفسه»<sup>(٥)</sup>.

ولكن اعترض المحقّق الإيرواني على الشيخ الأعظم و قال: «إنّ الإكراه لا يرتفع

ص: ١١٥

١-١ . وسائل الشيعه ٢٢/٨٧، ح ٤ حسنه يحيى بن عبدالله بن الحسن المثنى الماضيه.

٢-٢ . الجواهر ٣٢/١٥.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٠٩.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣١٠.

٥-٥ . منيه الطالب ١/٣٨١.

قصد اللفظ و لا قصد المعنى استعمالاً و لا القصد إلى تحقق المعنى خارجاً، و إنما المرتفع بالإكراه هو كون الداعى إلى اللفظ و الإنشاء هو قصد تحقق المعنى و لأجل غايه تحقق المعنى المنشأ فى الخارج، فإنّ إنشائه حينئذ و بعد الإكراه ليس بذلك الداعى و إن كان قاصداً للمعنى مقارنة للإنشاء و إنّما إنشائه بداعى إكراه المكره بحيث لو كان الداعى إليه قصد حصول المعنى بسببه خرج فعله عن الإكراه و إن قارن ذلك توعيد المكره فإن مجرد المقارنه لا يجعله داخلاً تحت الإكراه و لعلّ مراد من قال: «إنّ المكره إذا طلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق» هو هذه الصورة و إلاّ النيه لا ترتفع بالإكراه...»(١).

أقول: الظاهر عدم تماميه مقاله الشهيدين من أنّ المكره قاصد لللفظ دون المعنى، لأنّ المكره يقصد اللفظ و المعنى لأنّه يستعمل اللفظ فى معناه، حتّى أنّه إنّ الإنشاء و الأثر المترتب من العقد إلاّ أنّ قصده يكون عن كرهه لا اختيار فلا يحصل طيب النفس المعترف فى العقود فلا يقع، فظهر ممّا ذكرنا عدم تماميه مقاله الشيخ الأعظم من انعدام قصد وقوع مضمون العقد فى الخارج من المكره - و كما عليه ظاهر الفاضل النراقى - و تماميه مقالات المحققين صاحب الجواهر و النائينى و الإيروانى قدس سرهم ، و كما عليه الفاضل المراعى حيث يقول: «و أمّا المكره فهو قاصد لللفظ و قاصد لمعنى التمليك و الأثر ولكنّه فات عنه الرضا و لا يخفى ذلك على من تأمل فى الجملة»(٢). و قال: «المكره قاصد لللفظ و المعنى معاً لكنّه فاقد للرضا و هو غير قصد المعنى»(٣).

### الثانى: حقيقه الإكراه

لابدّ من تحديد موضوع الإكراه و بحيث يتميّز من نظائره من الاضطرار و الجبر. و لمّا لم يكن فى المقام تحديد شرعىّ فيمكن أخذ موضوعه من اللغه و العرف:

قال الفيومى: «أكرهته على الأمر إكراهها: حمّلتّه عليه قهراً، يقال: فعلته كرهها

ص: ١١٦

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٨٥.

٢-٢ . العناوين ٢/٧١٢.

٣-٣ . العناوين ٢/٥٣.

بافتح أى إكراها و عليه قوله تعالى «طوعا أو كرها»(١) فقابل بين الضدين، قال الزجاج كل ما فى القرآن من «الكُره» بالضم فالفتح فيه جائز إلا قوله فى سورة البقره «كتب عليكم القتال و هو كُرهٌ لكم»(٢)«(٣).

و قال الجوهري: «أكرهته على كذا: حملته عليه كرها»(٤).

قال الشيخ: «و أما الإكراه فجملته: أن الإكراه يفتقر إلى ثلاثة شرائط:

أحدها: أن يكون المكره قاهرا غالبا مقتدرا على المكره مثل سلطان أو لص أو متغلب.

و الثانى: أن يغلب على ظن المكره أنه إن امتنع من المراد منه وقع به فيما هو متوعد به.

و الثالث: أن يكون الوعيد بما يستضر به فى خاصه نفسه»(٥).

و قال المحقق: «و لا- يتحقق الإكراه ما لم يكمل أمور ثلاثة: كون المكره قادرا على فعل ما توعد به و غلبه الظن أنه يفعل ذلك مع امتناع المكره و أن يكون ما توعد به مضرًا بالمكره فى خاصه نفسه أو من يجرى مجرى نفسه كالأب و الولد، سواء كان ذلك الضرر قتلاً أو جرحاً أو شتماً أو ضرباً و يختلف بحسب منازل المكرهين فى احتمال الإهانه و لا يتحقق الإكراه مع الضرر اليسير»(٦).

و قال ثانى الشهيدين: «و يتحقق [الإكراه] بالخوف من المخالفه على نفسه أو ماله أو عرضه و يختلف ذلك بحسب اختلاف أحوال الناس فى احتمال الإهانه و عدمها»(٧).

ص: ١١٧

١-١ . سور آل عمران /٨٣، و التوبه /٥٣، و الرعد /١٥، و فصلت /١١.

٢-٢ . سور البقره /٢١٦.

٣-٣ . المصباح المنير /٥٣٢.

٤-٤ . صحاح اللغه /٢٢٤٧/٦.

٥-٥ . المبسوط /٥١/٥.

٦-٦ . الشرائع /٣/٤.

٧-٧ . المسالك /١١١/٣.

و قال فيه أيضا: «الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغي تحمله عادةً بحسب حال المكروه في الرفعه و الضعه بالنسبه إلى الإهانه»(١).

و قال الشيخ الأعظم في حقيقه الإكراه: «حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل: اقتترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضرٍ بحال الفاعل أو متعلقه نفسا أو عرضا أو مالا»(٢).

و يمكن أن يلاحظ عليه:

أولاً: الإكراه عند الشيخ الأعظم هو حَمْلُ الغير و إجباره على القيام بفعل، فحينئذ لو تخيل الإكراه في مورد و قام بالفعل الذى يرفعه، فالفعل يكون صحيحا على حدّ تعريفه و يترتب عليه جميع آثاره أمّا بناءً على تعميم الإكراه لمطلق فاقد الرضا و طيب النفس يكون باطلاً لفقد الرضا و طيب النفس لا لتخيّل التحميل و الاكراه.

و ثانيا: الإكراه بناءً على تعريفه قدس سره يحتاج إلى فعلية تهديد الظالم و وعيده المظنون ترتبه على ترك ذلك الفعل، ولكن الإكراه لا يحتاج إلى فعلية الوعيد و التهديد، بل لو احتمل المكروه الضررَ احتمالاً عقلايا من دون أن ينطق الظالم ببنت شفه لو لم يعمل على طبق مطلوبه فحينئذ يصدق الإكراه أيضا.(٣)

و ثالثا: «الفاعل أو متعلقه» فى كلام الشيخ الأعظم قدس سره يشمل نفس المكروه أو والده أو ولده أو غيرهما ممّن يعدّ الضرر عليهم ضررا على نفسه، ولكن الأصحاب(٤) قدس سرهم الحقوا دفع الضرر عن المؤمنين الأجانب بالضرر على نفس المكروه أو ما يتعلّق به، فلا بدّ فى كلامه من إضافه «أو غيره من المؤمنين».

و قد مرّ فى بحث الولايه من قبل الجائر من هذا الكتاب بماذا يتحقق الإكراه؟

ص: ١١٨

١-١ . المسالك ٣/١٣٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣١١.

٣-٣ . هاتان الملاحظتان فى العقد النضيد ٢/٥١٥ مع ألفاظنا.

٤-٤ . راجع الآراء الفقهيّة ٣/١٩٤.

فراجع ما حررناه هناك ولا نعيد، والحمد لله.

### الثالث: هل يعتبر في صدق الإكراه عدم إمكان التفصّي عن الضرر؟

#### إشاره

إمكان التفصّي تارة يمكن بالتوريه وأخرى بغيرها فيقع الكلام في مقامين:

#### المقام الأول: التفصّي من الإكراه بالتوريه

قد مرّ تعريف التوريه في بحث الكذب من المكاسب المحرّمه في كتابنا هذا(١) و ذهبنا إلى أنّ التوريه داخله في موضوع الكذب ل-«أنّ المعترف في اتصاف الخبر بالصدق والكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام لا ما هو المراد منه»(٢) ونحن نوافق جدّنا الشيخ جعفر(٣) وتلميذيه صاحبى المفتاح(٤) والجواهر(٥) أنّ التوريه تدخل في موضوع الكذب أو حكمه.

فحينئذ التفصّي إلى التوريه لم يكن مندوحه للإكراه وهو صادق حتّى مع إمكان التوريه و يترتب عليه حكمه هذا هو المختار في المقام.

و كما إنّ الشيخ الأعظم ذهب إلى عدم اعتبار إمكان التوريه في صدق الإكراه - كما هو مختارنا - بأربعة وجوه:

أ: عموم رفع الإكراه.

ب: خصوص النصوص الوارده في طلاق المكره و عتقه.

ج: معاهد الإجماعات

د: الشهرات المدعات

و عقبه بقوله: «أنّ القدره على التوريه لا يخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً»(٦).

ص: ١١٩

١- ١. الآراء الفقهيّه ٣/٦٤.

٢- ٢. القوانين ١/٤١٩.

٣- ٣. شرح القواعد ١/٢٣٢.

٤- ٤. مفتاح الكرامه ١٢/٢٢٠.

٥-٥ . الجواهر ٢٢/٧٢.

٦-٦ . المكاسب ٣/٣١٣.

ثم ذهب إلى اعتبار إمكان التفصي بغير التوريه فى الإكراه و قال فى آخره: «و ما ذكرناه و إن كان جاريا فى التوريه إلا أن الشارع رخص فى ترك التوريه... لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى و بعد حملها على صورته العجز عن التوريه مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها فى تلك الأخبار الكثيره (١) المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه خصوصا فى قضيه عمار و أبويه (٢) حيث أكرهوا على الكفر... فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله : «إن عادوا عليك فعد» (٣) و لم يتبته على التوريه...» (٤).

ثم ذهب إلى تحقق موضوع الإكراه و لو مع إمكان التفصي بالتوريه لأنّ الأصحاب (٥) ذكروا من شروط تحقق الإكراه أن يعلم أو يظنّ المكره أنه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعدّ عليه، فحينئذ لو علم المكره أنّ المكره ورى و أوجد صورته ما أمره المكره لا واقعه فيعلمّ بامتناعه ممّا أمر به و يفعل بما يتوعدّ به، فمع إمكان التوريه يصدق الإكراه موضوعا.

أقول: ما ذكره قدس سره فى ذيل التوريه فى هذا المقام تام ولكنّه اختار فى بحث الكذب

ص: ١٢٠

١-١ . وسائل الشيعه ٢٣/٢٢٤، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، و قد ذكرتها فى بحث مسوغات الكذب راجع الآراء الفقهيّه ٣/٦٩ و ما بعده.

٢-٢ . للروايات الوارده حولها راجع البرهان فى تفسير القرآن ٣/٤٥٦ طبع مؤسسه البعثه، و تفسير نورالثقلين ٤/١٠٤ طبع بيروت عام ١٤٢٢ق.

٣-٣ . وسائل الشيعه ١٦/٢٢٥، ح ٢، الباب ٢٩ من أبواب الأمر و النهى، معتبره مسعده بن صدقه، و وردت الروايه فى الكتب العاميه أيضا نحو: تفسير الطبرى ٧/٦٥١، تفسير الفخر الرازى ١٠/١٢٤، تفسير القرطبي ١٠/١١٨، و أخرجها عبدالرزاق و ابن سعد و ابن جرير و ابن أبى حاتم و ابن مردويه و الحاكم و صححها و البيهقى فى الدلائل من طريق أبى عبيده محمّد بن عمار كما فى الدر المنثور ٥/١٧٠.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣١٥.

٥-٥ . راجع المبسوط ٥/٥١، و الشرائع ٣/٤، و تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٠، و الروضه البهيّه ٦/٢٠، و نهايه المرام ٢/١١، و الكفايه ٢/٣١٨.

أن لزوم مراعاة التوریه مطابق للقواعد(١) مع عدم تمامیه ما ذكره من الفرق بين المقامين(٢). ولذا عدل عن مقالته و قال قبل بيان الفرق و بعده ما نصه: «هذا الحكم جید [أى مراعاة التوریه فى جواز الكذب] إلا أن مقتضى إطلاقات أدله الترخيص فى الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو أخیه عدم اعتبار ذلك...»(٣). و قال أيضا: «... أما على ما استظهرناه من الأخبار - كما اعترف به جماعه - من جوازه مع الاضطرار إليه من غير جهه العجز عن التوریه فلا فرق بينه و بين الإكراه... ولكن الأحوط التوریه فى البابين»(٤).

و الحاصل: بالمآل يلحق الشيخ الأعظم قدس سره بقول عدم التفرقه بين بابى الكذب و الإكراه فى عدم مراعاة التوریه.

### المقام الثانى: التفصی من الإكراه بغير التوریه

الظاهر أن إمكان التفصی من الإكراه بغير التوریه خروج موضوعى عن الإكراه، بحيث لو أمكن التفصی لم يصدق أنه مكره، لأن من شرائط تحقق الإكراه «كون المکره قادرا على فعل ما توعد به» كما مرّ من المحقق فى الشرائع(٥)، و مع امکان التفصی لم يكن المکره قادرا على فعل ما توعد به و يخرج الإكراه عن موضوعه لعدم تحقق أحد شرائطه.

كما يظهر ذلك من ثانى الشهيدین(٦) و الشيخ يوسف(٧) و الفاضل النراقى(٨)

ص: ١٢١

١-١ . المكاسب ٢/٢٦.

٢-٢ . راجع المكاسب ٢/٢٨.

٣-٣ . المكاسب ٢/٢٤.

٤-٤ . المكاسب ٢/٢٩.

٥-٥ . الشرائع ٣/٤.

٦-٦ . المسالك ٩/١٨ و ١٩.

٧-٧ . الحدائق ٢٥/١٥٩.

٨-٨ . مستند الشيعة ١٤/٢٦٧.



ولذا قال الشيخ الأعظم: «لكن الإنصاف أنّ وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصّي بغير التوريه لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعى عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعّد به على الترك، ومع قدره على التفصّي لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكروه عليه، بل على تركه و ترك التفصّي معا، فمدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكروه عليه و التفصّي، فهو [المكروه] مختار في كل منهما و لا يصدر كل منهما إلا باختياره فلا إكراه»<sup>(١)</sup>.

و هكذا اعترف بالخروج الموضوعى للإكراه مع إمكان التفصّي بغير التوريه في قوله: «ولكن الأولى أن يفرّق بين إمكان التفصّي بالتوريه و إمكانه بغيرها بتحقيق الموضوع [أى موضوع الإكراه] في الأول دون الثانى»<sup>(٢)</sup> و استدل بما مرّ في المقام الأول.

و أمّا ما ورد في كلامه من استظهار عدم اعتبار العجز عن التفصّي بوجه آخر غير التوريه في صدق الإكراه بخبر عبدالله بن سنان فغير تام من وجوه، نذكر لك أولاً الروايه، و ثانيا استدلال الشيخ الأعظم ثم وجوه المناقشه فيه ثالثا:

أمّا الروايه: فهى خبر عبدالله بن سنان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: لا يمين في غضب و لا في قطيعه رحم و لا في جبر و لا في إكراه، قال: قلت: أصلحك الله فما فرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الإكراه من الزوجه و الأمّ و الأب و ليس ذلك بشىء. <sup>(٣)</sup>

تقريب الاستدلال: فرقت الروايه بين الجبر من السلطان الذى لا يمكن الفرار منه و بين الاكراه من الزوجه و الأمّ و الأب الذين يمكن عاده التفصّي من إكراههم بالنسبه إلى الزوج و الولد، فيصدق الإكراه مع إمكان التفصّي منه بغير التوريه ثم زاد عليه حتى مع إمكان التفصّي منه بالتوريه أيضا يصدق الإكراه لاتحاد المناط و لعدم الفرق بين التخلص

ص: ١٢٢

١-١ . المكاسب ٣/٣١٤.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣١٤.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٢٣٥/٢٣، ح ١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

من الإكراه بالكلام أو الفعل الآخر. (١)

و أما وجوه المناقشه فى استظهاره فهى: أولاً: ضعف سند روايه ابن سنان بموسى بن سعدان الحنط كما قال النجاشى فى شأنه: «ضعيف فى الحديث كوفى له كتب كثيره» (٢) و بعد الله بن قاسم المشترك بين جماعه كلهم ضعفاء أو مهملين و لم يرد فيهم توثيق. (٣)

و ثانيا: الصدق العرفى غير قابل للتعبد، فلا يمكن استظهاره من الروايه تعبدا، و لا يستفاد منها إلحاق حكم الإكراه بهم تعبدا - لا التعبد فى الصدق العرفى فى الموضوع -، لأن الحكم يدور مدار الإكراه فلا يصلح إلحاق غيره به.

و ثالثا: الإكراه من الزوجه و الأمّ و الأب أمر ممكن بل واقع و لا يلزم فى صدق الإكراه كون المكره أقوى من المكره، لإمكانهم بهتك عرض الزوج و الولد.

و إذا جاء الإكراه من قبلهم موضوعا فلا يمكن الإلحاق بالإكراه حكما.

و رابعا: التقابل بين الجبر و الإكراه فى الروايه لجهه بيان التسويه بين الموارد، و عدم الفرق بين كون المكره: الجابر الذى هو السلطان الجائر أو غيره مع صدق الإكراه فى كليهما و لا يعقل جعل السببيه للأخص بعد جعلها للأعم للزوم اللغويه. (٤)

#### الرابع: هل الفرق بين الإكراه فى الحُكْمَيْنِ التكليفى والوضعى موجود أم لا؟

ذهب إلى الفرق الشيخ أسدالله فى المقابس (٥) و تبعه الشيخ الأعظم (٦) و تلميذه الفاضل المامقانى (٧) قدس سرهم بحجه أن المجوّز فى الحكم التكليفى قيام الإكراه على خلافه و

ص: ١٢٣

١-١ . راجع المكاسب ٣/٣١٤.

٢-٢ . رجال النجاشى / ٤٠٤، رقم ١٠٧٢.

٣-٣ . المعين على معجم رجال الحديث / ٣٤٧.

٤-٤ . يظهر كلها من السيد الخمينى رحمه الله فى كتابه البيع ٢/٦٦.

٥-٥ . مقابس الأنوار، كتاب البيع / ١٧.

٦-٦ . المكاسب ٣/٣١٧.

٧-٧ . غايه الآمال / ٣٣٤.

هو لا يصدق موضوعاً مع إمكان التفصّي، بخلاف الحكم الوضعي لأنّ المناط في صحة العقود هو طيب النفس و الرضا بها و مع فقدانه ولو مع إمكان التفصّي يصدق الإكراه و تبطل العقود.

فحيثُذ نسبة الإكراه بين الحكمين هي العموم و الخصوص المطلق، الإكراه في الحكم الوضعي يكون العام و في الحكم التكليفي يكون الخاص لأنّ المعبر فيه عدم إمكان التفصّي و لا يكون عدم إمكان التفصّي معتبراً في الإكراه في الحكم الوضعي، ولكن النسبة بين مناط الإكراهين في رفع كلّ منهما هي العموم و الخصوص من وجه لأنّ المناط في تحقق الإكراه في الأحكام الوضعيه فقدان طيب النفس و المناط في الأحكام التكليفيه توقف دفع الضرر على إتيان الفعل المكروه عليه و بين المناطين ماده اجتماع و هي لو فعل ما أكره عليه ممّا لا يمكن التفصّي عنه مع عدم طيب النفس، و مادتي الافتراق، لو فعله مع طيب النفس و الأخرى لو فعله مع إمكان التفصّي و مع عدم طيب نفسه.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «إنّ الإكراه الراجع لأثر الحكم التكليفي أخص من الراجع لأثر الحكم الوضعي. ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما من دون ملاحظه عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر و في الحكم الوضعي هو عدم الاراده و طيب النفس...»(١).

ثم جاء بمثل في المقام و قال: «من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرغاً لعباده أو مطالعته فجاءه من أكرهه على بيع شيءٍ ممّا عنده و هو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرر و هو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدمٌ يكفونه شرّ المكروه فالظاهر صدق الإكراه حيثُذ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده... ولو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرّم لم يعذر فيه بمجرد كراهه الخروج عن ذلك المنزل...»(٢).

ص: ١٢٤

١-١ . المكاسب ٣/٣١٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣١٧.

ثم تمسك بخبر عبدالله بن سنان (١) الماضى و قال: «الإكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور فى الروايه و الرفع لأثر المعاملات هو الإكراه الذى ذكر فيها أنه قد يكون من الأب و الولد و المرأه و المعيار فيه عدم طيب النفس فيها لا ضروره و الإلجاء...» (٢).

أقول: لا يمكننى موافقه الشيخ الأعظم فى الفرق بين الحكمين فى الإكراه لأن الإكراه فى كليهما واحد و هو الإيجاب و الإلزام و الحمل على شىء بكره و إجبار كما مر عن الشيخ (٣) و المحقق (٤)، فما ذكره قدس سره من مثاله لا يعد إكراها لا فى التكاليفيات و لا فى الوضعيات لإمكان التفصى منه فى المثال بترك ذلك المكان و الخروج منه.

و أمّا تمسكه بخبر عبدالله بن سنان فقد ظهر عدم تماميته فى المناقشات الوارده حوله التى مرّ آنفاً و مختصرها التسويه بين الجبر و الإكراه الواردتان فيها و يكون كلاهما شيئاً واحداً و الإتيان بهما متعدداً بجهه التنبيه على أنّهما شىء واحد، لأنّ الإكراه من الزوجه و الأمّ و الأب قد يخفى على الناظر كونه إكراها.

و بالجملة: نحن نذهب إلى عدم الفرق فى الإكراه بين الحكمين: التكليفى و الوضعى و قولنا موافق للمشهور بين الأصحاب حيث لم يذكروا هذا الفرق فى المقام و جاء الفرق من قبل الأعلام الثلاثة و تبعهم المحقق النائنى (٥) - قدس الله أسرارهم - .

و من المصرحين بعدم الفرق السيد الخمينى (٦) رحمه الله و الأستاذ المحقق (٧) - مدظله - و الحمد لله.

ص: ١٢٥

١-١ . وسائل الشيعه ٢٣٥/٢٣، ح ١.

٢-٢ . المكاسب ٣١٧/٣ و ٣١٨.

٣-٣ . المبسوط ٥١/٥.

٤-٤ . الشرائع ٣/٤.

٥-٥ . راجع المكاسب و البيع ١/٤٣٧ و مابعده.

٦-٦ . كتاب البيع ٦٧/٢.

٧-٧ . العقد النضيد ٥٣٥/٢.

إشارة

و هما إما تَكْلِيفِيَانِ أَوْ وَضِعِيَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا تَكْلِيفِيٌّ وَ الْآخَرُ وَضِعِيٌّ، فيقع الكلام في ثلاثه مقامات:

المقام الأول: الإكراه على الأمرين التكليفيين

١- و هما إن كانا مُحَرَّمَيْنِ تَكْلِيفِيَيْنِ:

أ: و كانا متساويين في ملاك التحريم و لم يكن أحدهما أشدَّ مَبْغُوضِيَه من الآخر في نظر الشارع كان المَكْرَه مَخِيْرًا في اختيار أَى منهما لأنَّ كُلاًّ منهما يعدُّ من المَكْرَه عليه، نحو الإكراه على شرب الخَمْرَيْنِ: الأحمر أو الأسود.

ب: و إن كانا غير متساويين، الأقدام في ملاك التحريم و كان أحدهما أشدَّ مَبْغُوضِيَه من الآخر في نظر الشارع فلا بدَّ من اختيار ما كان أقلَّ مَبْغُوضِيَه، نحو الإكراه على شرب النجس أو الخمر. و الوجه في ذلك لعدم كون الخمر بالخصوص موردا للإكراه هذا إذا كانا عَرَضِيَيْنِ.

ج: و أمّا إذا كانا طوليين بأن أكره على شرب الخمر إمّا في يوم الجمعة أو يوم السبت فلا يجوز له الشرب في يوم الجمعة لأنّه غير مَكْرَه عليه و قادر على تركه فلا تجوز المبادره إليه في يوم الجمعة فحيثُذ يكون متعلّق الإكراه هو الفرد المتأخر فقط.

د: نعم، إذا كان طوليين ولكن الثاني منهما أشدَّ حرمة و الأوّل أقلّ و يعلم المَكْرَه من الخارج ببقاء الإكراه إلى زمن الثاني فلا بد أن يأتي بالأوّل لثلا يقع في الثاني نحو: أن يكون الأوّل شرب الخمر و الثاني قتل النَّفْس، و الدليل عليه عدم وقوعه في ما يكون أشدَّ حرمة من الأوّل.

٢- و إن كان الإكراه على ترك أحد الواجبين:

أ: فإن كانا متساويين في الملاك فللمكروه التخيير نحو: ترك أداء الزكاه أو الخمس.

ب: و إن كانا مُخْتَلِفَيْنِ فيه فلا بدّ للمكروه من اختيار الأقلّ و ترك الأشدّ، نحو ترك أداء الحج أو الصلاة، في شهر ذى الحجه، و الثاني يكون الأشدّ و الأهم.

هذا إذا كانا عَرَضِيَيْنِ، و أمّا إذا كانا طوليين فيكون:

ج: إذا كان أكره على ترك واجبين طوليين نحو ترك الظهرين أو المغربين، أو ترك صيام اليوم الأوّل من شهر رمضان أو الثاني منه فحينئذ لا بدّ من الإتيان بالواجب الأوّل منهما لأنّه غير مكروه على تركه و قادر على فعله فيتعيّن عليه ترك الثاني.

د: نعم، إذا كان الثاني أشدّ ملاكا و المكروه يعلم ببقاء الإكراه إلى زمن الثاني فلا بدّ من الاختيار الأوّل الذي يكون أقلّ ملاكا نحو: الإكراه على ترك الإنفاق على من يجب عليه إنفاقه أو ترك الصلاة، و الدليل عليه عدم وقوعه في ما يكون أشدّ حرمة.

هذا كلّه في الواجبات الاستقلالية و أما الواجبات الضمنية فتسقط الواجب بالإكراه بترك جزئه إلا الصلاة كما هو المعلوم. فلذا يكون الإكراه على ترك جزء أو شرط أو الاتيان بمانع مُوجِباً لِسُقُوطِ الواجب إلا في باب الصلاة (١) و فيها لا بدّ من ملاحظه دليل الجزئية أو الشرطية أو المانعية و الاتيان بالباقي لو كان الإكراه يتعلق بإحداهنّ متعيّنا ولو يتعلق بإحداهنّ متردّدا لا بدّ من ملاحظه قُوّه الأدله و الاتيان بالأقوى، مثلاً لو كان مكروها على ترك القيام أو الطمأنينه فلا بدّ من الاتيان بالقيام لأنّ دليله لفظي (٢) و دليلها إجماع، أو دار الإكراه بين الوقت أو الطهور و بين غيرهما من الأجزاء و الشروط فلا بدّ من تقديمهما على غيرهما، و التفصيل يطلب من باب التراحم في بحث الأصول.

و بما ذكرنا قد عرفت عدم الفرق بين أن يكون مكروها على الاتيان بالمحرمين أو ترك الواجبين.

٣- و إن كان الاكراه على ترك واجب أو الاتيان بمحرّم:

نحو ترك الصلاة أو الزنا، فحينئذ لا بدّ من ملاحظه قواعد باب التراحم و في المثال يقدم ترك الصلاة.

ص: ١٢٧

١-١ . لأنّ ورد في صحيحه زواره بالنسبه إلى المستحاضه: ... ثم تصلّى و لا تدع الصلاة على حال، فإن النبي صلى الله عليه و آله قال: الصلاة عماد دينكم. [وسائل الشيعه ٢/٣٧٣، ح ٥، الباب ١ من أبواب الاستحاضه].

٢-٢ . ورد في صحيحه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام : ... لكنّه أعلم بنفسه إذا قوى فليقم. [وسائل الشيعه ٥/٤٩٥، ح ٣، الباب ٦ من أبواب القيام].

و بما ذكرنا من التفصيل تَظَهَّرَ لِمَكِّ مَواقِعَ النظر في كلام الشيخ الأعظم حيث يقول: «و من هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم...» (١).

### المقام الثاني: الإكراه على الأمرين الوضعيين

سواء كانا عقدين نحو بيع داره أو أرضه، أو إيقاعين نحو طلاق إحدى زوجاته، أو عقد و إيقاع نحو بيع الدار أو طلاق زوجته.

قبل الخَوْضِ في البحث لا بدّ من تقديم مقدمه و هي تصوير الوجوب التخييري بحيث لا يتنافى مع حقيقه الوجوب و هو عدم جواز ترك متعلّقه، و الوجه في تقديم هذه المقدمه لاین الاكراه على الأمرين أيضا يشابه الوجوب التخييري فلا بدّ من تبين تصويرهما حيث لا يتنافى هذا مع الوجوب و ذلك مع الإكراه.

و لذا أقول: المباني في تصوير الوجوب التخييري متعددة:

منها: الجامع بين الفعلين أو الأفعال يكون متعلّقا للأمر فيكون التخيير عقليا لا شرعيا و هذا هو مختار المحقّق الخراساني (٢) قدس سره .

و منها: الوجوب التخييري في الحقيقه وجوب تعييني متعلّق بكلّ من الفعلين لكنّه مشروط بترك الآخر. (٣)

و منها: تعلق الوجوب بكلّ منهما تعيينا مطلقا لكنّه يسقط بفعل الآخر. و قال المحقّق النائيني: «أنّه ممّا لا يصح أن يتفوّه به أحد» (٤).

و منها: وجوب المعين عند الله تعالى شأنه و هو ما يختاره المكلف في علمه عزّوجلّ.

ص: ١٢٨

١-١ . المكاسب ٣/٣١٩.

٢-٢ . كفايه الأصول / ١٤٠، طبعه مؤسسه آل البيت عليهم السلام .

٣-٣ . نقلها المحقّق النائيني و اعترض عليه بأربعة إیرادات راجع أجود التقريرات ١/١٨٥، الطبعه الأولى.

٤-٤ . أجود التقريرات ١/١٨٢.

و منها: أن يكون الواجب أحدهما و هو على مسلكين:

أ: أن يراد منه مفهوم أحدهما و عنوانه المنطبق على كل من الأمرين في نفسه.

ب: أن يراد منه واقع أحدهما غير المعين المعبر عنه بالفرد على سبيل البدل.

و المختار هو هذا الأخير: و التكليف يتعلق بالفرد على البدل و بأحدهما لا بعينه، بمعنى كون كل منهما متعلقاً للتكليف الواحد ولكن على البدل لا أحدهما المردد و لا كلاهما معاً، فيكون الواجب أحدهما لا بعينه كما أن المحقق النائيني رحمه الله موافق لنا في النتيجة، و السيد الروحاني قدس سره في الاستدلال و النتيجة و التفصيل يطلب من كتابه (١).

و إذا كان هذا حال الوجوب التخييري و هو يتعلّق بالفرد على البدل فكذلك الإكراه على الأمرين أيضاً يتعلّق بكل فرد منهما على البدل و بأحدهما لا بعينه فيصدق عليه الإكراه و على الفعل المأتي به بأنه المكره عليه و على الفاعل بأنه مكره، بلا ريب و لا إشكال.

و لعلّ إلى هذا الاشكال - و هو أنّ الإكراه يُنافى الاختيار بالنسبة إلى أخذ أحدهما أو أحدهم من المصاديق و الأفراد - أفتى العلامة في ظاهر قواعده بصحة طلاق من أكره على طلاق إحدى زوجتين فطلق إحداهما بعينها، و قال: «ولو ظهرت دلالة اختياره صحّ طلاقه بأن يخالف المكره مثل أن يأمره بطلاقه فيطلق اثنتين، أو بطلاق زوجته فيطلق غيرها، أو هي مع غيرها، أو بطلاق إحدى زوجتين لا بعينها فيطلق معيّنه، أو يأمره بالكناية فيأتي بالصريح» (٢).

و استشكل في صدق الإكراه في تحريره و قال: «... ولو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فطلق معيّنه، فأشكال» (٣).

و تبعه المحقق الثاني و قال في كتاب الإقرار: «فرع: لو أكره على بيع أحد المالين من غير تعيين فباع واحداً معيّناً ففي كون البيع مكرهاً عليه تردد، و سيأتي إن شاء الله

ص: ١٢٩

١-١. راجع منتقى الاصول ٢/(٤٩٥-٤٨٣).

٢-٢. قواعد الأحكام ٣/١٢٢.

٣-٣. تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥١.



تعالى فى الطلاق إنه لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه لا بعينها معينه وقع» (١).

أقول: لم يف المحقق الكركى قدس سره بوعدده و لم يكتب كتاب الطلاق فى ضمن كتابه جامع المقاصد.

و جعل الشهيد الثانى القول بصحة الطلاق هو المحتمل الضعيف فى مسالكة و قال: «و منها: لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا- على التعيين فطلق واحده بعينها، قيل يقع الطلاق، لأنه الإكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه، و طلاق هذه طلاق إحداهما مع زياده، و قد تقرّر فى الأصول أنّ الأمر بالكلى ليس أمرا بجزئى معين.

و يحتمل قويا عدم الوقوع، لأنّ متعلق الإكراه و إن كان كليا لكنّه يتأدى فى ضمن طلاق كلّ واحده بعينها و بطلاق واحده غير معينه فكل واحد من الأفراد داخل فى المكره عليه و مدلول عليه بالتضمن. نعم، لو صرح له بالحمل على طلاق واحده مبهمه - بأن يقول: إحداهما طالق مثلاً- فعدل عنه إلى طلاق معينه فلا- شبهه هنا فى وقوع الطلاق على المعينه لأنه غير مكره عليه جزما» (٢).

و جعل فى الروضه القول بعدم الصحة هو الأقوى و قال: «ولو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معينه فالأقوى أنه إكراه، إذ لا يتحقق فعل مقتضى أمره بدون إحديهما، و كذا القول فى غيره من العقود و الايقاع» (٣).

و السيد السند (٤) اختار كلام جده من طريق الأمّ و قال: «إما لو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معينه فالأصح أنه إكراه، إذ لا يمكن التخلص من الضرر المتوعدّ به بدون ذلك» (٥).

و تبعه المحقق السبزوارى و قال: «ولو أكره على طلاق إحدى زوجتيه لا على

ص: ١٣٠

١- ١. جامع المقاصد ٩/٢٠٦.

٢- ٢. المسالك ٩/٢١.

٣- ٣. الروضه البهيه ٦/٢١.

٤- ٤. السيد محمّد العاملى صاحب المدارك.

٥- ٥. نهايه المرام ٢/١٢.

التعيين فطلق واحده معينه، قيل: يقع، و الأقوى عدم الوقوع»(١).

و صاحب الحدائق بعد نقل كلام السيد السند و جدّه في الروضه ردّ المحتمل الضعيف في كلام الجدّ بقوله: «و ردّ بأن متعلق الاكراه و ان كان كلياً لكنّه يتأدى في ضمن طلاق كلّ واحد بعينها و طلاق واحد غير معينه، فكل واحد من الأفراد داخل في المكره عليه و مدلول عليه بالتضمن.

نعم، لو صرح له بالحمل على طلاق واحد مبهمه بأن يقول: إحدا كما طالق مثلاً فعدل عنه إلى طلاق معينه فلا شبهه هنا في وقوع الطلاق على المعينه لأنّه غير المكره عليه جزماً، و أنت خبير بأنّه بالنظر إلى هذه التعليقات فإن القول الأوّل [أى قول السيد السند و جدّه في الروضه في صدق الإكراه] هو الأقرب، إذ هو الأربط بالقواعد و الأنسب، إلا أنّك قد عرفت في غير موضع ممّا تقدم ما في البناء على أمثال هذه التعليقات»(٢).

و ذكر صاحب الجواهر رحمه الله في الصور التي أتى المكره بغير ما أكره عليه و أن مخالفته له تشعر بالاختيار أو ترفع ظهور الكراهه، قال: «و منها: لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه فطلق واحده معينه، و فيه: أنّ ذلك أحد أفراد الكلي المكره عليه، نعم، لو كان الإكراه على الإبهام و عدل إلى التعيين وقوع عليها...»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «... الأقوى - وفاقاً لكل من تعرّض للمسألة - تحقق الاكراه لغه و عرفاً، مع أنّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الإكراه أصلاً، إذ الموجود في الخارج دائماً إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الإكراه، بجزئي حقيقي من جميع الجهات...»(٤).

أقول: بعد ما مرّ في مقدمه هذا البحث من تقرير الإكراه على الأمرين و أنّه كتصوير الوجوب التخيري بلا فرق، فالاختيار في بعض المصاديق لا ينافي الإكراه، كما أنّ جواز

ص: ١٣١

١-١ . الكفايه ٢/٣١٩.

٢-٢ . الحدائق ٢٥/١٦٣.

٣-٣ . الجواهر ٣٢/١٤.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٢٠.

ترك بعض أفراد الواجب التخييري لا ينافي الوجوب.

فلو أكره على طلاق إحدى زوجتيه أو زوجته فطلق إحداهما أو إحداهن، لا يقع لصدق الإكراه و ما ورد في كلام العلامة من الحكم بالصحة أو الإشكال في صدق الإكراه و تبعيه المحقق الثاني له تُحمل بما إذا قنع المكره بطلاق إحداهما مبهمه كما حملة بعض الأجله على ما نسب إليه المحقق التستري(١). و ذكره الشيخ الأعظم(٢).

فحينئذ لو أكره على الأمرين الوضعيين سواء كانا عقدين أو إيقاعين أو عقد و إيقاع و اختار المكره أيًا من طرفي الإكراه - بلا فرق بين كونه عقدا أو إيقاعا- لم يقع و يحكم بفساده لأجل طريان الإكراه. هذا كله إذا كان الفردان عَرَضِيَّيْنِ.

و أما إذا كانا طوليين بأن أحدهما في عمود الزمان يتأخر عن الآخر فهل للمكره أن يختار أيهما شاء؟ أم لا بد له من التأخير، ولو أتى بالفرد المقدم كان صحيحا لأنه لم يكره عليه بالخصوص و يتمكن من التأخير إلى الفرد الأخير؟

مثلاً- لو كان مكرها على بيع داره في يوم الجمعة أو السبت، فهل له أن يبادر ببيعه في يوم الجمعة و هو كان عالما ببقاء الإكراه إلى يوم السبت؟ أم ليس له هذا البدار و لا بد أن يأتي بالفرد الأخير؟

ذهب المحقق النائيني قدس سره إلى وجود الفارق بين المحرّمات و المعاملات في الأفراد الطوليه بأن في الأول لا يجوز البدار و لا بد من التأخير و الإتيان بالفرد الأخير ولكن في المعاملات يجوز البدار و يصدق الإكراه و قال بالنسبه إلى المعاملات: «... أما لو كان مكرها في بيع داره موسعا فلو كان مأیوسا من التخلّص عنه فأقدمه على البيع في أول الوقت لا يخرج عن الإكراه، و أما لو احتمل التخلّص فلو باع أول الوقت فهو مختاراً...»(٣).

و اعترض عليه المحقق السيّد الخوئي رحمه الله من عدم وجود الفارق بين المحرّمات و

ص: ١٣٢

١-١ . مقابس الأنوار / ١١٨.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٢٠.

٣-٣ . منيه الطالب ١/٣٩٥.

المعاملات لأنّ «الإتيان بالفرد المتقدّم مع سعه الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكروه عليه و لا المضطر إليه لكي يرتفع حكمه، سواء أكان ذلك من قبيل المعاملات أم كان من قبيل الأمور المحرّمة، فإنّ الذي يترتب عليه الضرر إنّما هو ترك المجموع، لا ترك خصوص الفرد الأوّل، و عليه فلا ملزم له في فعله، نعم إذا تركه لزمه الإتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه، و على هذا فلو أكره أحدٌ على بيع داره إمّا يوم الجمعة أو يوم السبت فبادر إلى بيعها يوم الجمعة فإنّه يحكم بصحة هذا البيع لصدوره عن الرضا و طيب النفس»(١).

أقول: الظاهر عدم الفرق بين المحرّمات و المعاملات في الأفراد الطويله من عدم صدق الإكراه إلّا في الفرد المتأخر، فلو أتى بغيره لم يكن مكروها بالنسبه إليه فيقع صحيحا في المعاملات و حراما في المحرّمات.

و ظهر ممّا ذكرنا أنّّه لو كان مكروها على الأمرين الوضعيين كان أحدهما باطلاً و الآخر صحيحا، لو لم يكن الإكراه على الصحيح كثلاث تطبيقات في دفعه واحده أو الطلاق الواحد، و كبيع مال الغير أو بيع ماله، و كطلاق زوجه الغير أو طلاق زوجته، و كبيع مال الوقف أو بيع ماله الشخصى، و كقرأه عقد الزواج على بنت الغير للمكروه أو على بنت المكروه، ففي كلّ هذه الأمثله لا بدّ للمكروه أن يختار الأمر الوضعى الذى يكون باطلاً من قبل نفسه - و هو الأمر الأوّل فى أمثلتنا - لا الأمر الوضعى الثانى فى الأمثله الذى يكون صحيحا لو لم يكن الإكراه، و الوجه فى ذلك بطلان هذه الموارد حتّى من دون الإكراه و معه بطريق أولى، فلذا لو اختار الأمر الصحيح فى نفسه و هو غير مكروه بخصوصه وقع صحيحا، فلا بدّ للمكروه من تركه و اختيار الشق الآخر الذى كان باطلاً، و إن كان فى النفس بالنسبه إلى هذا الأخير شىء.

### المقام الثالث: الإكراه على الأمرين أحدهما تكليفيّ و الآخر وضعيّ

إذا أكره على أحد الأمرين أحدهما تكليفيّ كشرّب الخمر أو ترك الصلاة و الآخر

ص: ١٣٣

وضعتُ كبيع داره أو طلاق زوجته، فحينئذ لا بدّ للمكروه أن يختار الأمر الوضعي و ترك الحرام التكليفي أو الإتيان بالواجب، و الأمر الوضعي الذي أتى به لم يقع لأنه المكروه عليه. و هذا واضح لا ريب فيه.

و من هنا لو كان مكروها على الأمرين المرادين بين الحرام أو ترك الواجب و المباح فلا بدّ له أن يختار المباح و لا يصدق الإكراه بالنسبة إلى الحرام أو ترك الواجب فلا يجوز الإتيان به أو الترك بذات.

مثلاً لو كان مكروها على شرب أو أكل شيءٍ مباحٍ يتنفر طبعه منه أو شرب الخمر أو ترك الصيام، فلا بدّ له من الإتيان بالمباح.

و كذلك لو كان الإكراه مردداً بين أمر مباح و أمر وضعي نحو: الجماع مع زوجة المكروه العجوز التي لا يريد لها أو طلاق إحدى زوجاته و هي الشابه الجديده، فلا بدّ له أن يختار المباح و ترك الأمر الوضعي و هو في المثال الطلاق، فلو أتى بالطلاق لكان صحيحاً، و إن كان في النفس بالنسبة إلى هذا الأخير شيءٌ، و هو لو اختار الأمر الوضعي و أتى به من دون قصد و لأنه كان مكروها بالنسبة إليه لعدم ارتضاء نفسه بالإتيان بهذا الشرب أو الأكل أو الجماع، لتنفر طبعه منها فيصدق الإكراه عرفاً فلا أثر للأمر الوضعي المكروه عليه أيما كان من عقدٍ أو إيقاعٍ.

#### **السادس: إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحدٍ**

و هذا الفعل الواحد إما تكليفي أو وضعي.

أ: إما التكليفي: فنحو إكراه أحد الشخصين على شرب الخمر أو ترك الصلاة، يجوز لأحدهما ارتكابه دفعا للضرر المتوقع به من المكروه، ولكن إن علم أو اطمأن بأن الآخر يفعله لكثرة خوفه أو لضعف إيمانه فلا يجوز للأخر الإتيان به. و إن علم أو اطمأن بأن الآخر لا يفعله أو حتى احتمال احتمالاً عقلائياً بأنه لا يفعله يجوز له ارتكابه. و يكون هذا الإكراه مشابهاً للوجوب الكفائي في تصويره و تقريره.

ب: و إما الوضعي: فنحو إكراه أحد الشخصين على بيع الدار و هما صاحب الدار و وكيله، أو العقد على البنت و هما أبوها و جدّها، و الكلام فيه كالكلام في التكليفي بلا

فرق.

أمّا مقاله الشيخ الأعمش من: «أنّ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد - بمعنى إزماء عليهما كفايةً و إيعادهما على تركه - كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين، في كون كلّ منهما مُكْرَهاً»<sup>(١)</sup>.

لابدّ من تقييد جملة «كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين» بالعرضيين، لأنّ قد مرّ عدم اتصاف الطوليين بالإكراه إلاّ الفرد الأخير فقط. فلا بدّ من تقييد الفعلين بالعرضيين عندنا، ولكن حيث أنّ الشيخ الأعمش لم يتعرّض في ظاهر كلامه للفعلين الطوليين فهذا التقييد غير لازم له.

### السابع: متعلّق الإكراه

الإكراه قد يتعلّق بالمالك العاقد - كما هو الغالب - وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد وقد يتعلّق بالعاقد دون المالك فللمسألة صُورٌ ثلاثٌ:

الأولى: تقدم الكلام فيها و أنّ حكمها بطلان العقد المكروه عليه.

الثانية: كإلّا-كراه على التوكيل لبيع داره أو طلاق زوجته، أعنى المكروه الظالم - وهو العاقد مثلاً- أكره المالك أو الزوج على إعطاء الوكالة له لبيع داره أو طلاق زوجته، أو أنّ يوكل غير المكروه في البيع أو الطلاق. و حيث أنّ عقد الوكالة وقع عن كرهه فيكون باطلاً فلم يستند العقد كالبيع والإيقاع كالطلاق إلى المالك و الزوج فلا إشكال في عدم وقوعهما.

بعبارة أخرى: التوكيل حيث يكون إكراهياً فيكون كالعقد فلا يقع العقد الذي أجراه هذا الوكيل الإكراهي.

نعم، لو لحقه الإجازة من المالك أو الزوج يكون فضولياً تتبعه الإجازة بالنسبة إلى البيع يكون صحيحاً و بالنسبة إلى الطلاق بناءً على صحه الإيقاعات الفضولية يكون صحيحاً.

الثالثة: إكراه المالك غيره على أن يكون وكيلاً عنه في عقد أو إيقاع نحو: قول

ص: ١٣٥

المالك لغيره: بع مالى أو طلق زوجتى و إلا... .

ذهب الشيخ الأعظم إلى أن «الأقوى هنا الصحة»<sup>(١)</sup>.

و احتمال الشهيد الثانى بعد أن جعل وقوع الطلاق - مثلاً- أصح الوجهين، عدم الوقوع و الصحة فى قوله: «لو قال: طلق زوجتى و إلا- قتلتك أو غير ذلك ممّا يتحقق به الإكراه، فطلق ففى وقوع الطلاق وجهان، أصحهما الوقوع، لأنه أبلغ فى الإذن، و وجه المنع: أن الإكراه يسقط حكم اللفظ، فصار كما لو قال لمجنون: طلقها فطلق. و الفرق بينهما: أن عبارة المجنون مسلوبه أصلاً، بخلاف عبارة المكره، فإنها مسلوبه لعارض تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصدا لم يقدر إكراه المأمور»<sup>(٢)</sup>.

و قال أيضا: «لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففى صحته وجهان أيضا، من تحقق اختيار الموكل المالك للتصرف، و من سلب عبارة المباشر»<sup>(٣)</sup>.

ولكن التحقيق أن لهذه الصورة أقساما:

الأول: أن يكون الإكراه من المالك و كان العاقد الوكيل مكرها فى إجراء عقده أو إيقاعه، فحينئذ لا إشكال فى صحة العقد أو الإيقاع لصحة انتسابهما إلى المالك فيتمان، و إكراه العاقد أو عدم رضايته بالعقد لا يضر بصحته لأنه أجنبي فى المقام و لا أثر لعدم رضايته بعد رضا المالك.

لا يقال: حديث الرفع ينفى الصحة من هذا العقد لوجود الإكراه بالنسبة إلى العاقد.

لأننا نقول: العاقد المكره ليس هنا لفعلة أثر بالنسبة إلى شخصه حتى يرفعه الحديث، و أمّا جريان حديث الرفع بالنسبة إلى المالك أيضا فلا يتم لأنه أولاً: لم يكن مكرها، بل هو المكره هنا، و ثانيا: يكون خلافا للامتنان.

إشكال: عقد العاقد صحته مشروط بإحراز قصده و مع الإكراه لا يمكن إحرازه ببناء العقلاء فحينئذ لا يحكم بصحة عقد العاقد المكره لعدم إحراز قصده كما عليه

ص: ١٣٦

١-١ . المكاسب ٣/٣٢٢.

٢-٢ . المسالك ٩/٢٢.

٣-٣ . المسالك ٩/٢٣.

المحقق التستري قال في مقابسه: «إنَّ إرادته مدلول اللفظ لا بدَّ منها في صحة العقد و إن تجرَّد من الرضا به و لذلك بطل عقد الهازل و قاصد التوريه و نحوهما و إذا صدر العقد من مختار بالغ عاقل حكمننا بما هو الظاهر من حصول ذلك بخلاف ما إذا صدر من مكره إذ لا- ظهور لعبارته في قصد المعنى المطلوب و لا- عبره بالدلاله المجرده عن الاراده، فكيف يحكم بالصحة بمجرد صدور العقد و الرضا...»(١).

أجاب عن هذا الاشكال صاحب الجواهر بقوله: «قلت: هذا مبنئٌ أيضا على ما سمعت من خلو المكره عن القصد و قد عرفت الحال»(٢)، و قال قبله: «... فالمكره قاصد على نحو غيره إلاَّ أنه قصد إكراه لا قصد اختيار، و إن شئت عبّرت عن ذلك بالرضا و عدمه»(٣).

و أجاب الشيخ الأعظم عنه بوجهين(٤) بتوضيح منّا:

١- نعلم بأنَّ العاقد المكره لا يتكلم لا غنيا و لا مورثا، فيكون قاصدا للعقد، لعدم وجود الشق الرابع.

٢- المالك في ظهور العقد هو كون الفعل اختياريا في مقابل الاضطرار كحركه يد المرتعشه، و من المعلوم أنَّ الإكراه لا يصل إلى حدِّ الاضطرار فيمكن إجراء اصاله القصد في عقد المكره.

الثاني: أن يكون الإكراه من غير المالك لغير وكيله، كما إذا أكره زيدٌ عمرا على بيع مال بكر أو طلاق زوجته، فيكون العقد أو الإيقاع في هذا القسم فضوليا يتوقف صحته على الإجازة.

الثالث: أن يكون الإكراه من غير المالك لو وكيله - أى لو وكيل المالك - و يكون العقد باطلاً لعدم انتساب العقد إلى المالك - هو واضح - و لا إلى وكيله لأنَّه مُكرهٌ و عقد المكره

ص: ١٣٧

١-١ . مقابس الأنوار، كتاب البيع / ١٨.

٢-٢ . الجواهر ٣٢/١٦.

٣-٣ . الجواهر ٣٢/١٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٢٣.



باطلٌ.

نعم، إذا علم رضا المالك بالعقد و إذنه فيه حُكِمَ بصحة العقد، لأنَّ رضا الوكيل إنَّما يعتبر بما أنَّه طريق و كاشف عن رضا موكله، فلو علم رضا الموكل و إذنه بالعقد مع صدور العقد من الوكيل حُكِمَ بصحته.

و ظهر ممَّا كرنا آنفا عدم صحه قياس المكره بالمجنون، لأنَّه مسلوب العبارة فلا تأثير لعقده بخلاف المكره.

### الثامن: الإكراه على بيع عبدٍ من عبيدٍ

قال العلامة في التذكرة: «لو أكرهه على بيع عبد فباع اثنين أو نصفه فإشكال»<sup>(١)</sup>.

ما يصدر من المكره من العقود و الإيقاعات مع متعلِّق الإكراه إمَّا مساوٍ أو متباين أو يزيد عليه أو ينقص منه، فهذه أَرْبَعُ صور:

الصورة الاولى: التساوى

بين العقد أو الإيقاع و ما تعلَّق به الإكراه نحو: الإكراه على بيع داره الخاصَّة أو إجراء الطلاق على زوجته الخاصه، فأجرى العقد أو الإيقاع على طبق ما أكرهه عليه، و قد مرَّ حكمه و هو البطلان.

الصورة الثانية: التباين

إذا أكرهه على بيع داره فأجرى العقد و باع دكانه له، أو أكرهه على طلاق زوجته فُلانَه فطلَّق غيرها، فلا إشكال في صحه العقد و الإيقاع لأنَّه غير مكرهٍ بالنسبه إليه و أتى به بالاختيار فيقع.

«نعم، إذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكره (بالكسر) به فيرفع اليد عن الإكراهه كان باطلاً لا محاله، و ذلك لفقدانه طيب النفس و أنَّه من جهه الاضطرار»<sup>(٢)</sup>.

ص: ١٣٨

١-١ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٤.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٣/٣٢٣.

لو أتى بالمكره عليه مع زياده و هى على قِسْمَيْنِ:

القسم الأول: التدريجيه

كما لو أكرهه على بيع داره فباعها له ثم باع داره الأخرى أيضا له من دون إكراه عليها، أو أكرهه على بيع أحد عبديه فباع أحدهما ثم باع الآخر له، فحينئذ فلا شبهه فى بطلان بيع الأول لأنه مُكْرَهٌ عليه، و صحه بيع الثانى لأنَّ البائع غير مكره بالنسبه إليه و فعله باختياره.

و احتمال الشيخ الأعظم الرجوع إلى البائع فى تعيين البيع المكره عليه لو كان مثليين نحو عبد من العبدین أو دار من الدارين لأنه أعرف بقصده و قال: «مع احتمال الرجوع إليه فى التعيين سواء ادعى العكس أم لا»<sup>(١)</sup>. يعنى سواء المکره ادعى أن الثانى هو المکره عليه أم الأول يؤخذ بقوله لأنه لا يعرف التعيين إلا من قبله فيتبع قوله.

و يرد على هذا الاحتمال: بأنه بعد تحقق العقد الأول لم يبق موضوع للإكراه لکی يحتمل وقوع العقد الثانى عن كره حتى يرجع إلى البائع فى التعيين.

و لا يقال: «بل لا يبعد صحه البيع الثانى حتى فيما إذا كان متفرعا على الإكراه و من تبعات بيع الأول كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعى الباب فباعه، ثم باع المصراع الثانى فإنَّ بيع المصراع الثانى و إن كان لأجل عدم الانتفاع به وحده و من تبعات البيع الأول لكنته حيث وقع عن الرضا و بغير كره فيحكم بصحته»<sup>(٢)</sup>.

لأننا نقول: «فى الموارد التى لا يمكن للمالك إبقاء أحدهما فى ملكه و باع الآخر لكونه ضررا أو حرجا عليه كما فى الحيوان و ولده أو كأحد مصراعى الباب فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار أنَّ الحكم ببطلان أحدهما مقتضى رفع الإكراه و الحكم ببطلان الآخر مقتضى رفع الاضطرار إليه، لأنه لو لم يقدم على بيع الآخر يتوجه الضرر أو الحرج

ص: ١٣٩

١-١ . المكاسب ٣/٣٢٤.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٣/٣٢٤.

القسم الثاني: الدفعته

لو أكره على بيع إحدى داريه، فباع المكره داريه معا دفعه واحده له أو أكره على بيع أحد العبدین فباعهما معا له، قال الشيخ الأعظم فی حکمها: «ولو باعهما دفعه احتمل صحه الجميع، لأنه خلاف المكره عليه و الظاهر أنه لم يقع شىء منهما عن إكراه، و بطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرها عليه و لا ترجيح و الأول أقوى»(٢).

و هنا احتمال ثالث ذهب إليه المحقق السيّد الخوئي(٣) و هو تعيين البيع المكره عليه بالقرعه و الحكم بالصحه بالنسبه إلى الآخر. ثم اعترض على نفسه بأن «القرعه إنما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعينا واقعا و مجهولاً ظاهراً، و من الواضح أن المكره عليه مرددٌ بين الأمرين ظاهراً و واقعا من غير أن يكون له تعيين فى مرحله من المرحلتين».

و أجاب عنه بأن أدله القرعه مطلقه و أنها تجرى فى كل أمر مشتبه أو مشكل، و من هنا ذهب الفقهاء إلى الرجوع إلى القرعه فيما إذا طلق شخص إحدى زوجاته من غير تعيين مع أن المطلقه حينئذ لا تعيين لها لا واقعا و لا ظاهراً.(٤)

أقول: فى هذا الفرع لابد من القول بالصحه فى الجميع لأنه غير مكره على الجميع و أتى به فالمكره عليه شىء و ما أتى به المكره شىء آخر، فيحكم بالصحه للجميع لعدم صدق الإكراه فيه.

و بما ذكرنا لا يتم احتمال بطلان الجميع بأن المكره عليه أحدهما و لا تعيين له فى الواقع، و الحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و وجه عدم التماميه: أن المكره عليه أحدهما بشرط أن لا يكون معه الآخر، و هو

ص: ١٤٠

١-١ . إرشاد الطالب ٢/٢٥٤ مع تصرف مختصر.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٢٤.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٣/٣٢٤.

٤-٤ . راجع مصباح الفقاهه ٣/٣٢٥.

أتى بكليهما و هو أحدهما بشرط الآخر و من المعلوم أنّ الماهية بشرط لا غير الماهية بشرط شىء فلا ينطبق المكره عليه على ما أتى به المكره، فيحكم بالصحة و لا نحتاج إلى التعيين فى المكره عليه حتى نذهب إلى الفساد لعدم امكان الأخذ بأحدهما معينا دون الآخر حيث يكون ترجيحا بلا مرجح.

و كذا لا يتم ما ذكره المحقق السيّد الخوئى قدس سره من الاحتمال لأننا لا نحتاج إليه مضافا إلى عدم جواز تعيين الفاسد من الصحيح بالقرعه، لأنّ الأصحاب لم يعملوا بإطلاق أدله القرعه - لو كانت مطلقة - بل عملوا بها فى موارد خاصه و هى موارد وجود القول بها فيها - «كما هو المشهور بين المعاصرين و غيرهم»<sup>(١)</sup> - و لعلّ مثال الطلاق المذكور فى كلامه منها و أمّا فرعنا هذا فلم يقل أحد بالقرعه فيه إلاّ هو فلا يمكن العمل بالقرعه فيه، و التفصيل يطلب من البحث حول قاعده القرعه.

الصورة الرابعة: النقيصه

و هى بيع ما يكون أنقص من المكره عليه نحو: الإكراه على بيع الدارين، فباع إحدَيْهِما أو طلاق الزوجتين فطلّق إحديهما. لو أتى بهذه النقيصه رجاءً له بأنّ المكره اكتفى بذلك و لا يكرهه على الآخر، فلا إشكال فى صدق الإكراه و بطلان العقد أو الإيقاع.

و كذلك لو أكرهه على بيع داره فباع له نَصَفَهَا لرجاء أن يكتفى المكره به يصدق الإكراه و يحكم بالبطلان.

و الدليل عليه: أنّ الإكراه على المجموع إكراه على البعض خارجا و واقعا.

### التاسع: لو أكره على معيّن فضمّ غيره إليه

باختياره نحو: الإكراه على طلاق زوجته معيّن فطلّق معها غيرها أيضا، أو الإكراه على بيع الدار فضمّ إليها دكانه.

لا إشكال فى صحه طلاق غير المكره عليها أو بيع الدكان، لأنّهما وقعا باختيار و

ص: ١٤١

---

١-١. راجع القواعد الفقهيّه ١/٤٣٢، للأستاذ آية الله الشيخ محمّد الفاضل اللنكرانى قدس سره .

من دون إكراهٍ و بطلان المكره عليها.

ولكن قال الشهيد الثانى: «لو أكرهه على طلاق زوجته فطلق زوجته، فإن وقع ذلك بلفظ واحد كما قال له: طلق زوجتك زينب، فقال لها و لفاطمه: انتما طالقتان، وقع عليهما، لأن ذلك خلاف المكره عليه و قد عدل عنه إلى غيره فلا مانع من صحته، و إن قال: زينب طالق و فاطمه طالق، طلقت فاطمه و لم تطلق زينب، لأنها مكره عليها بخلاف الأخرى. و منهم من لم يفصل بين العبارتين و أطلق الحكم بوقوع الطلاق عليهما، و الفرق متجه»(١).

جعل ثانى الشهيدين الصيغه الأولى «أنتما طالقتان» من مصاديق الزيادة الدفعية و حكم بالصحة فى الجميع كما هو مختارنا فيما مرّ آنفاً، و جعل الصيغه الثانية «زينب طالق و فاطمه طالق» من مصاديق هذا الفرع الأخير و حكم بالبطلان بالنسبه إلى المكره عليها و صحه طلاق غير المكره عليها، فنحن موافق له فى الفرعين و بينهما بون بعيد.

و تبعه صاحب الجواهر و قال: «لو أكره على طلاق زوجته معيّنه فطلقها مع غيرها بلفظ واحد فإنه يشعر باختياره أيضاً، نعم لو طلقها بصيغتين وقع الطلاق على غير المكره عليها و بطل فى الأخرى، و قد يحتمل عدم الفرق بينهما»(٢).

ولكن الشيخ أسدالله التستري(٣) لم يفرق بين إنشاء العقد أو الإيقاع بالصيغه الواحده أو المتعدده بخلاف العلمين، و الظاهر تبعيه الشيخ الأعظم له حيث يقول: «ولو أكره على بيع معيّن فضمّ إليه غيره و باعهما دفعه فالأقوى الصحة فى غير ما أكره عليه»(٤).

أقول: تفصيل الشهيد الثانى قدس سره تام عندنا لما مرّ فى الزيادة الدفعية و هنا و الحمد لله.

ص: ١٤٢

١-١ . المسالك ٩/٢١.

٢-٢ . الجواهر ٣٢/١٤.

٣-٣ . راجع مقابس الأنوار، كتاب البيع ١٥/.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٢٤.

قال فى المسالك: «لو تَلَفَّظَ بالطلاق ثم قال: كنتُ مكرهاً و أنكرت المرأة، فإن كان هناك قرينه تدلُّ على صدقه - بأن كان محبوباً أو فى يد متغلب و دلت القرينه على صدقه - قبل قوله بيمينه و إلا فلا. ولو طلق فى المرض ثم قال: كنت مغشياً على أو مسلوب القصد لم يقبل قوله إلا بينه تقوم على أنه كان زائل العقل فى ذلك الوقت، لأن الأصل فى تصرفات المكلف الصحة إلى أن يثبت خلافها. و إنما عدلنا فى دعوى الإكراه عن ذلك بالقرائن لظهورها و كثرة وقوعها و وضوح قرائنها بخلاف المرض»(١).

و فى الحدائق يرى مسأله الإكراه فى كلام الشهيد الثانى هى أمرٌ: «مقطوع به فى كلام الأصحاب»(٢) ولكن اعترض عليه فى مسأله المرض بقوله: «و إن ظهر من حال المريض اضطراب و اختلاط كعدم انتظام كلامه و تغيير أحواله ثم ادعى زوال العقل و الحال كما فرضنا فإن الظاهر قبول قوله لعين ما ذكر فى المسأله الاولى اعتماداً على القرائن فى الموضوعين»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «لكن فى سماع دعوى البائع ذلك [أى الاكراه] مع عدم الأمارات نظر»(٤).

أقول: إن ادعى الإكراه و عنده القرائن يقبل قوله و إلا يحتاج إثباته إلى البيئه الشرعيه و كذا الأمر بالنسبه إلى المرض بلا فرق كما على الأول ثانى الشهيدين و صاحب الحدائق و على الثانى الأخير فقط.

ص: ١٤٣

١-١ . المسالك ٩/٢٣.

٢-٢ . الحدائق ٢٥/١٦٥.

٣-٣ . الحدائق ٢٥/١٦٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٢٥.

قد مرّ فى الأمر الأوّل (١) كلام العلامه فى التحرير بأن: «لو أكره على الطلاق فطلق ناويا له فالأقرب أنه غير مكره، إذ لا اكراه على القصد» (٢).

فحكم قدس سره بوقوع الطلاق مستدلاً بأنه غير مكره فى نيته وقصده و تبعه ثانى الشهيدين المسالك (٣) و الروضه (٤) كما مرّ. ولكن الشيخ الأعظم (٥) قسّم الفرع المذكور إلى ستّ صور:

١- أن يكون الطلاق الصادر من المكره مقترنا بالرضا و طيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه لا بنحو الداعى المستقل و لا منضمّا إلى غيره من الدواعى، بل يقترن الطلاق بما بعد الإكراه زمانا، نحو أن يكون الزوج قاصدا الطلاق ولكن قبل إجرائه الصيغه أكره الظالم مع جهله بحاله و قصده فجرى الصيغه فوقع الطلاق، لأنه لم يستند إلى الإكراه أصلاً.

٢- أن يكون الإكراه جزءاً لسبب الطلاق و جُزؤه الآخر سوء خُلُقها أو انزجاره منها أو غيرهما من دواعى الطلاق، و الجزان يؤثران فى وقوع الطلاق فهل يحكم بصحته استنادا إلى الجزء المختار؟ أو يحكم بطلانه استنادا إلى الجزء المكره عليه؟ كلُّ محتمل.

ذهب السيّد الخوئى رحمه الله إلى البطلان «لأنّ المناط فى بطلان عقود المكره و إيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضى الصحه لأنّ الأدله على اعتبار الرضا فى العقود و الإيقاعات ظاهره فى كون الرضا سبباً مستقلاً لصدورها، لا جزءاً لذلك، و عليه فإذا اقترن الرضا بالإكراه و اجتمع معه استند الفعل إليهما لا إلى الرضا فقط و حينئذ فالإكراه و إن لم يقتض الفساد، إلا أنّ ما يقتض الصحه - أيضاً - غير متحقّق، لعدم صدور الطلاق عن الاراده و

ص: ١٤٤

١-١ . راجع هذا المجلد صفحه ١١٢.

٢-٢ . تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥١.

٣-٣ . المسالك ٩/٢٢.

٤-٤ . الروضه البهيّه ٦/٢١.

٥-٥ . المكاسب ٣/٣٢٧.

و تابعه شيخنا الأستاذ قدس سره و قال: «لا يبعد شمول حديث رفع الاكراه على الطلاق في الفرض باعتبار أن رفعه يناسب الامتنان، حيث أن المفروض عدم وقوعه لو لا الإكراه»(٢).

أقول: حيث يأتي الإكراه ولو على سبيل جزء العله - لا تأمته - يحكم بالطلاق، لأن النتيجة تتبع أحسن المقدمتين أو المقدمات، و يصدق على المطلق هنا بأنه مكروه ولو لا الإكراه لم يطلق لعدم تحقق العله التامه، فالحكم بالطلاق تام كما عليه العلمان رحمهما الله .

٣- أن يكون الداعي إليه هو دفع الضرر الوارد على المكروه (بالكسر) كما إذا هدد شخص والده بأن يقول له: «طلق ضره والدتي و إلا قتلت نفسي»، فطلق الوالد ضررتها قاصدا الطلاق، و الطلاق باطل عندنا و يأتي كلام العلامة من الحكم بالصحة في هذه الصورة.

٤- أن يكون الداعي إلى الطلاق شفقة دينيه على المكروه لئلا يقع في معصيه كما إذا قال: «طلق زوجتك لأتزوجها و إلا زنيت بها» فطلقها قاصدا.

قال الشيخ الأعظم: «و الحكم في صورتين لا يخلو من إشكال»(٣) أي صورتين الثالثه و الرابعه.

أقول: يأتي كلام العلامة من الحكم بالصحة.

٥- أن يكون الطلاق لأجل التخلص من الضرر المتوقع به على المكروه لأجل اعتقاده بعد امكان التخلص إلا- بايقاع الطلاق حقيقه لغفلته عن عدم توقف التخلص على ذلك.

٦- أن يوقع الطلاق حقيقه لأجل التخلص من ظلم المكروه، لجهل المكروه برفع حكم الطلاق الإكراهي و هو (المكروه) زعم أن الطلاق الإكراهي صحيح فطلق حقيقه.

ص: ١٤٥

١- ١. مصباح الفقاهه ٣/٣٢٨.

٢- ٢. إرشاد الطالب ٢/٢٥٧.

٣- ٣. المكاسب ٣/٣٢٧.



قال الشيخ الأعظم: «و الحكم في هاتين الصورتين [الأخيرتين] لا يخلو عن إشكال إلا أن تحقق الإكراه أقرب» (١).

أقول: يأتي كلام العلامة في هاتين الصورتين الأخيرتين أيضاً، وبالجملة يأتي كلامه في أربع صور من الصور الست. ولكن الطلاق في جميع الصور الأربع الأخيره باطل عندنا لصدق الإكراه. نعم، في الصورة الرابعه - الشفقه الدينيه - لو لم تبلغ إلى حد الإكراه، و رضى بالطلاق قاصداً إليه يكون صحيحاً، كما عدّه شيخنا الأستاذ (٢) قدس سره الإظهر.

نعم، هنا صورتان لم يتعرض الشيخ الأعظم لهما.

٧- أن يطلقها على إكراه ولكن يرضى به بعد التأمل لسوء خلقها أو لعدم تمكّنه من نفقتها أو غيرها. وقد يقال بصرحه هذا الطلاق للحق الرضا به، وهذا هو الفرع الذي يأتي في ما بعد فانتظر قليلاً.

٨- أن يكون كل واحد من الرضا و الإكراه علّه تامه و سبباً مستقلاً في نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن إكراه لوقع الطلاق و هكذا العكس.

قوى المحقق النائيني فساد الطلاق في هذا الفرض و قال: «حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فتصير كلّ واحده إذا اجتمعا جزء السبب و الفعل يسند اليهما معا. و هذه الصورة يحتمل فيها وجهان، ولكن الأقوى فيها الفساد لأنها و إن لم تكن إكراهياً إلا أنها لا تكون «تجاره عن تراض» أو أنها و إن كانت عن رضا إلا أنها عن إكراه أيضاً.

و كلّ علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع فلا يؤثر كلّ منهما كاجتماع الريا و قصد الأمر في العبادات بل كاجتماع التبريد و قصد الأمر، نعم، لو كان التبريد ضميمه لا داعياً مستقلاً صحت العباده» (٣).

و اعترض عليه تلميذه السيد الخوئي بقوله: «إن الإكراه لا يقتضى الفساد لكي

ص: ١٤٦

١- ١. المكاسب ٣/٣٢٨.

٢- ٢. إرشاد الطالب ٢/٢٥٨.

٣- ٣. منيه الطالب ١/٤٠٦.

يكون المقام من قبيل توارد العلتين المستقلتين على معلول واحد. بل مع وجود الإكراه ينعدم ما يقتضى الصحة، وإذا تحقق الرضا وُجد ما يقتضى الصحة، و عليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشيء مع ما لا يقتضيه، لا من قبيل تعارض المقتضين» (١) و حكم بالصحة.

أقول: يمكن أن يُناقش المحقق السيّد الخوئي قدس سره بأنّ فرض المقتضى لا يجتمع مع العله التامه و السبب المستقل، فما ذكره قدس سره خارج عن محلّ البحث، و أمّا ما ذكره من قول المحقق النائيني رحمه الله من «عدم إمكان توارد علتين مستقلتين على معلول واحد تام، ولكن هذا لا يوجب صيرورتهما العله الناقصه و جزء السبب كما قاله، بل الصحيح أنّ الفعل يستند إلى الأولى منهما، فلو كان الرضا مقدّم يستند الفعل إليه، ولو كان الإكراه مقدّمًا يستند الفعل إليه ولكن حيث يتبعه الرضا و لحقه فيحكم بالصحة في الفرضين، فنحن نوافق السيّد الخوئي من حكمه بالصحة ولكن طريق الاستدلال يختلف.

ثم إنّ هنا صورته تاسعه لا بدّ أن نتعرض إليها:

٩- لو قال الأجنبي: «طلق زوجتك و إلاّ قتلت نفسي» أو «زنيت بغيرها»، لا يجب الطلاق و لا يصدق الإكراه أيضا لأنّ الضرر المتوقع به لم يرد على المكروه بل يرد على المكروه نفسه، فلو طلقها قاصدا وقع، كما عليه شيخنا الأستاذ (٢) رحمه الله و المحقق المروج (٣) قدس سره .

## الثاني عشر: صحة عقد المكروه المتعقب بالرضا

### إشارة

قال في المفتاح: «المشهور أنّ المكروه لو باع ثمّ رضى بعد زوال عذره انعقد بيعه. و في الرياض (٤) و الحدائق (٥): أنّ ظاهرهم الاتفاق على ذلك. و هو ظاهر الكفايه (٦) حيث

ص: ١٤٧

١-١ . مصباح الفقاهه ٣/٣٢٩.

٢-٢ . إرشاد الطالب ٢/٢٥٨.

٣-٣ . هدى الطالب ٣/٢٦٧.

٤-٤ . رياض المسائل ٨/٢١٨.

٥-٥ . الحدائق ١٨/٣٧٣.

٦-٦ . الكفايه ١/٤٤٩.

قال: قالوا، فتأمل.

وقد يلوح ذلك من جامع المقاصد حيث قال: «إن كانت المسألة إجماعية فلا بحث وإلا فلننظر فيه مجال»<sup>(١)</sup>. وقد نص على ذلك فى الشرائع<sup>(٢)</sup> و التذكرة<sup>(٣)</sup> و التحرير<sup>(٤)</sup> و الإرشاد<sup>(٥)</sup> و شرحه لفخر الإسلام<sup>(٦)</sup> و نهايه الأحكام<sup>(٧)</sup> و حواشى الشهيد<sup>(٨)</sup> و الدروس<sup>(٩)</sup> و اللمعه<sup>(١٠)</sup> و الروضه<sup>(١١)</sup> و المسالك<sup>(١٢)</sup> و المفاتيح<sup>(١٣)</sup>. و ظاهر المحقق الثانى فى تعليق الإرشاد<sup>(١٤)</sup> و جامع المقاصد - وقد سمعت كلامه فى الأخير- التوقف أو الميل إلى عدم الصحه كما هو خيره مجمع البرهان<sup>(١٥)</sup> و فى الكفايه: أن فيه إشكالاً<sup>(١٦)</sup>، و فى طلاق الخلاف التصريح بعدم صحه عقده و الإجماع عليه قال: طلاق

ص: ١٤٨

- ١-١ . جامع المقاصد ٤/٦٢.
- ٢-٢ . الشرائع ٢/٨.
- ٣-٣ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٣.
- ٤-٤ . تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٦.
- ٥-٥ . إرشاد الأذهان ١/٣٦٠.
- ٦-٦ . شرح الإرشاد / مخطوط.
- ٧-٧ . نهايه الأحكام ٢/٤٥٦.
- ٨-٨ . حواشى النجارىه للشهيد ٢١٨/.
- ٩-٩ . الدروس ٣/١٩٢.
- ١٠-١٠ . اللمعه ١١٠/.
- ١١-١١ . الروضه البهيه ٣/٢٢٦.
- ١٢-١٢ . المسالك ٣/١٥٥.
- ١٣-١٣ . مفاتيح الشرائع ٣/٤٧.
- ١٤-١٤ . حاشيه الإرشاد ٣٣٦/ المطبوعه فى المجلد التاسع من حياه المحقق الكركى و آثاره.
- ١٥-١٥ . مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥٦.
- ١٦-١٦ . الكفايه ١/٤٤٩.

المكره و عتقه و سائر العقود التي يكره عليها لا- تقع إجماعاً منّا، و به قال الشافعي، و قال أبوحنيفه و أصحابه: طلاق المكره و عتاقه واقع، و كذلك كلّ عقد يلحقه فسخ، فأما ما لا يلحقه فسخ مثل البيع و الصلح و الإجاره فإنه إذا أكره ينعقد عقداً موقوفاً فإن أجازها و إلاّ بطلت. (١) انتهى. فليتأمل في كلامه، بل قد يقال: إنّ الإجماع مقدوح بمصير الأكثر إلى خلافه في البيع كما عرفت، و في النكاح بل في الطلاق كما هو رأى بعض (٢).

و في الجواهر: «على المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً بل في الرياض و الحدائق أنّ ظاهرهم الاتفاق عليه» (٣).

و في المكاسب: «ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أنّ عليه إتفاقهم لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع، و هو طيب النفس» (٤).

أقول: المشهور - كما عرفت - هو الصحة، و القائل بالبطالان منحصر في الشيخ في الخلاف و المحقق الثاني و الأردبيلي و السبزواري قال: «فالمسألة محل إشكال»، و صاحب الجواهر ذهب إلى التفصيل بين المكره القاصد للعقد فحكم بصحة عقده بعد تعقبه بالرضا، و بين المكره الذي ليس له قصد العقد، فحكم ببطالان عقده لفوات القصد. (٥)

ولكن استدلووا للبطالان بوجوه:

## الأول: الإجماع

المنقول في خلاف (٦) الشيخ الذي مرّ آنفاً.

و يرد عليه: أنّ أول من خالفه هو الشيخ نفسه في نهايته حيث يقول: «و لا يصحُّ

ص: ١٤٩

١-١ . الخلاف ٤/٤٧٨، مسأله ٤٤.

٢-٢ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٥٤.

٣-٣ . الجواهر ٢٢/٢٤٧.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٢٨.

٥-٥ . الجواهر ٢٢/٢٤٩.

٦-٦ . الخلاف ٤/٤٧٨، مسأله ٤٤.

بِيعَ بِإِكْرَاهٍ، وَلَا يَتَّبَعُ إِلَّا بِإِثَارِ صَاحِبِهِ»<sup>(١)</sup>. مضافاً إلى ما مرَّ من ذهاب المشهور إلى القول بالصحة، فهذا الإجماع لا يتم بل هو مقدوح فيه كما مرَّ عن صاحب المفتاح.

### الثاني: مقارنة طيب النفس للعقد

ليس شرط صحة العقد مطلق وجود الرضا المقارن له أو اللاحق به، بل هو خصوص الرضا المقارن لإنشاء العقد.

وقد أشار إلى هذا الاستدلال أو ما يليه المحقق الثاني في قوله: «و أعلم أنّ هذه المسألة إن كانت إجماعية فلا بحث، وإلا فلننظر فيها مجال، لانتفاء القصد أصلاً ورأساً مع عدم الرضى، ولا يتحقق العقد المشروط بالقصد إذا لم يتحقق الرضى، لأنّ الظاهر من كون العقود بالقصود، اعتبار القصد المقارن لها دون المتأخر»<sup>(٢)</sup>.

وفي الجواهر: «بعد ما عرفت من اعتبار مقارنه النية بمعنى القصد للعمل»<sup>(٣)</sup>.

و يرد عليه: لم يدل دليل على هذه المقارنه، ولو شك في اعتبارها إطلاق أدله الوفاء بالعقد و حليته البيع و تجاره عن تراض ينفىها.

### الثالث: المكره ليس له قصد

المقارنه بين طيب النفس و العقد معتبره في مفهوم العقد، بحيث لو لم تكن لم يصدق أنّه عقد، لأنّ فقدان طيب النفس يوجب انتفاء القصد الجدّي لمدلول العقد فينتفى مفهوم العقد بانتفاء القصد.

كما أشار إلى هذا الاستدلال المحقق الأردبيلي و قال: «... الظاهر البطلان حينئذٍ لعدم حصول القصد، بل و عدم صدور العقد عن تراض، و الظاهر اشتراطه على ما هو ظاهر الآيه، و لأئنه لا اعتبار بذلك الإيجاب في نظر الشارع، فهو بمنزله العدم و هو الظاهر، لعدم الفرق بينه و بين غيره من الطفل و غيره، و الفرق<sup>(٤)</sup> بين كلامهم (الطفل و المجنون و

ص: ١٥٠

١-١ . النهاية ٤٠٦/

٢-٢ . جامع المقاصد ٤/٦٢.

٣-٣ . الجواهر ٢٢/٢٦٧.

٤-٤ . الفارق هو الشهيد الثاني في المسالك ٣/١٥٥.

المغمى عليه و السكران) - بأنه لا- اعتبار به بخلاف كلام المكره فإنه معتبر إلا أنه لارضاء معه، فإذا وجد الرضا صح لوجود شرطه - بعيداً جداً لما عرفت.

و بالجمله: لا- إجماع فيه و لا نص، و الأصل و الاستصحاب و عدم الأكل بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراض، و ما مرّ تدل على عدم الانعقاد و هو ظاهر، إلا- أن المشهور الصحة، و ما نعرف لهم دليلاً و هم أعرف رحمهم الله لعلّ لهم نصاً ما نُقل إلينا»(١).

و في الجواهر: «ضروره عدم اندارجه في العقود بعد فرض فقدان قصد العقديه»(٢).

و يرد عليه: قد مرّ في الأمر الأوّل أنّ هنا قَصْدَيْنِ، القَصْدَ الاختياري و القَصْدَ الإكراهي، فالمكره أيضاً له القصد إلى مدلول العقد، مضافاً إلى عدم ترتب انتفاء القصد الجدي على فقدان طيب النفس، و الشاهد عليه بيع المضطر، و كذلك لا يتم اعتبار هذه المقارنه في مفهوم العقد و الشاهد عليه عقد الفضولي.

و لذا قال ثاني الشهيدين: «... فلا مانع من الصحة إلا تخيل اشتراط مقارنه القصد للعقد و لا دليل عليه، و يتبته على عدم اعتباره عقد الفضولي، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد يشمله»(٣).

### الرابع: ليس لعقد المكره الصحة التأهليه

لابدّ من المقارنه بين رضا العاقد و الإنشاء في العقد، و حيث أنّ العقد الإكراهي فاقد لها، فلم يتحقق عقد حتّى نبحت عن صحته التأهليه.

و يرد عليه نقضاً: حكمهم بصحة عقد المكره بحقّ كما يأتي فيتحقّق العقد، و الحكم بصحة عقده (أى عقد المكره بحقّ) تعدياً في غاية البعد، و كذلك عقد الفضولي.

و خلاً: بعدم اعتبار هذه المقارنه في العقود و لم يدل دليل على اعتبارها في مقام الإثبات و تحقق القصد من المكره إلى إنشاء العقد فيتحقق العقد بالصحة التأهليه و هو

ص: ١٥١

١-١ . مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥٦.

٢-٢ . الجواهر ٢٢/٢٦٧.

٣-٣ . المسالك ٣/١٥٥.

منوط بالرضا، فإذا تحقق الرضا يتم العقد.

### تأييد عدم اعتبار المقارنه بالبيع الفضولي

وَ أَيْدَهُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ (١) قدس سره بفحوى صحه عقد الفضولي، بتقريب و توضيح و نقد منّا:

رضايه المالك و طيب نفسه بالعقد فى الفضولى يستكشف من صحه عقده - العقد الذى لم يأت به المالك أو حتى لا يعلم به إلا- بعد مدّه من الزمن - فرضايته و طيب نفسه بما أنشأ بنفسه و بأشرفه لکن بالإكراه كان أولى بالصحه. حيث أثر رضاه و طيب نفسه فى إنشاء الأجنبى الفضولى فكان تأثيره فى إنشاء نفسه - ولو كان بالإكراه - بطريق أولى.

و بعبارة أخرى: عقد الفضولى فاقده لأمرين: و هما انشاء البيع من المالك بالمباشره أو بالتسيب أو بالوكاله، و الرضا و طيب النفس و الإذن من المالك، و عقد المكره فاقده لأمر واحد و هو الرضا و طيب النفس، و إذا صح عقد الفضولى بالرضايه و الإذن، فتكون صحه عقد المكره بعد الرضايه و طيب النفس بطريق أولى.

ولكن يمكن أن يناقش هذا التأييد أولاً: على القول بأن صحه عقد الفضولى تكون على خلاف القاعده و بوجهه الأخبار الخاصه و النصوص الوارده نحكم بصحته، فحينئذ فقدنا الأولويه لأن الأخبار و النصوص فى المكره مفقوده. (٢)

و ثانياً: «العقد الفضولى لا ينتسب إلى المالك إلا حين إجازته، فهو حين ما ينسب إلى المالك ينشأ من طيب نفسه و رضاه، هذا بخلاف عقد المكره، فإنه حين صدوره من المالك و انتسابه إليه قد حكم عليه بالفساد، و لم يصدر منه عقد ثانياً و إنما رضى بالعقد السابق و هو لا ينقلب عمّا هو عليه» (٣).

و يمكن الجواب عن المناقشتين:

أمّا الأولى: فهذه المناقشه مبنايه لأنها لم ترد على القول بأن صحه الفضولى على

ص: ١٥٢

١-١. المكاسب ٣/٣٢٩.

٢-٢. كما ذكره الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ٢/٧٠.

٣-٣. مصباح الفقاهه ٣/٣٣٢، و قد اختصر مقاله استاذة النائينى فى المكاسب و البيع ١/٤٥٨.

طبق القاعده، و النصوص و الأخبار تؤيدها.

و أمّا الثانيه: فقَدْ ناقَشَها المحقِّقُ السيّدُ الخوئي رحمه الله بأنّ التجاره بالمعنى المصدري ليس لها بقاء ولكن التجاره بالمعنى الاسم المصدري لها بقاء و بهذا المعنى الثاني أمرنا بإنهاء العقد و إتمامه، فالتجاره الصادره من المكروه - بالمعنى اسم المصدري - إذا تعقبها الرضا و الإجازة يصدق عليها أنّها تجاره عن تراض فيدخل في الآيه الشريفه في المستثنى لا المستثنى منه و هي قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجاراً عن تراض منكم» (١). (٢).

### التمسك بآيه التجاره على بطلان عقد المكروه المتعقب بالرضا

ثم الشيخ الأعظم (٣) يناقش في دلاله هذه الآيه الشريفه على اعتبار المقارنه بين الرضا و العقد بمفهومي الحصر و الوصف.

و أمّا نفى مفهوم الحصر: فإنّ استفاده الحصر من الاستثناء إنّما تتم في الاستثناء المتصل فقط و قال الشيخ الأعظم: و «أنّ دلالتة على الحصر ممنوعه لانقطاع الاستثناء - كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعه من المفسرين (٤) - ضروره عدم كون التجاره عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه» (٥).

أقول: مرّ في أول الكتاب (٦) من أنّ الاستثناء فيها منقطع.

و أمّا نفى مفهوم الوصف: فعلى القول به إنّما يتم إذا لم يرد الوصف مورد الغالب و إلا فلا مفهوم له كما في الآيه الربائب (٧)، و من المعلوم أنّ وصف التراضي في الآيه

ص: ١٥٣

١-١ . سورة النساء / ٢٩.

٢-٢ . راجع الآراء الفقيهيه ١/١٣.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٣١.

٤-٤ . التبيان ٣/١٧٨، مجمع البيان ٢/٣٦، الكشاف ١/٥٠٢.

٥-٥ . المكاسب ٣/٣٦٤.

٦-٦ . راجع الآراء الفقيهيه ١/١٣.

٧-٧ . سورة النساء / ٢٣.



الشريفه ورد مورد الغالب ليس للاحتراز.

ثم قال: «و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعه»<sup>(١)</sup> و حاول الإجابة عن الدعوى فى بحث بيع الفضولى.<sup>(٢)</sup>

و قال هناك: «و أمّا سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو - مع تسليمه - مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائده أخرى ككونه واردا مورد الغالب كما فى ما نحن فيه و فى قوله تعالى: «و ربائبكم اللآتى فى حجوركم» مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبرا بعد خبر لتكون على قراءه نصب التجاره لا قيدها - و إن كان غلبه توصيف النكره تؤيد التقييد - فيكون المعنى: إلا أن يكون سبب الأكل تجاره و تكون عن تراض»<sup>(٣)</sup>.

أقول: الشيخ الأعظم قدس سره يستشكل فى مفهوم الحصر بأنه يختص فى بحث الاستثناء بالمتصل منها، و فى مفهوم التحديد بالوصف بأنه:

أولاً: مبنائى و جمع يقولون بأنّ تحديد الوصف ليس له مفهوم.

و ثانيا: على فرض وجود المفهوم لتحديد الوصف يختص فى مفهوم لم يرد فى مورد الغالب.

و ثالثا: يحتمل أن يكون عن تراض خبرا للتجاره و ليس قيدها.

و رابعا: حتّى لو أنكر الاشكالات الثلاثه، عقد المكره بعد تعقب الرضا يدخل فى تجاره عن تراض، لرضايه المكره بالعقد.<sup>(٤)</sup> فالآيه الشريفه لا تدل على بطلان عقد المكره بعد تعقب الرضا.

لا يقال<sup>(٥)</sup>: إنّ الآيه الشريفه تدل على الحصر و إن كان الاستثناء منقطعاً، لأنه

ص: ١٥٤

١-١ . المكاسب ٣/٣٣١.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٣١.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٦٤.

٤-٤ . كما ذكرها المحقق المروج رحمه الله فى هدى الطالب ٣/٤٧٨.

٥-٥ . كما عليه المحققان السيّدان الخوئى فى مصباح الفقاهه ٤/٨١ و المروج فى هدى الطالب ٣/٢٩٢.

تعالى كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و فصل بين صحيحها و فاسدها، و كان الإهمال مخللاً بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه بالقرينه المقاميه.

لأننا نقول: القرينه المقاميه غير تامه عندنا، لأنه تعالى ليس في مقام بيان تمام الأسباب المشروعه لأكل المال في المعاملات و الشاهد عليه أنه تعالى ليس في مقام بيان تمام الأسباب الغير المشروعه لأكل المال فيها، فعدم تماميه الأسباب يجرى في العقدين من الاستثناء أى المُستثنى و المستثنى منه، لأنه تعالى لم يذكر مصاديق أكل المال بالباطل في الآيه الشريفه كما لم يذكر انحاء أكل المال بالحق و فقط ذكر العامل الرئيسى و هو التجاره عن تراض، و نحن نعلم بأن مصاديق أكل المال بالباطل في الخارج كثيرون نحو: القمار و الربا و البيوع الفاسده مثل بيع الخمر و الخنزير و الميتة... و كذلك مصاديق أكل المال بالحق أيضا كثيرون نحو: الإرث و المهر و الصلح و الوقف و الإجاره و الهبه و... .

و إذا لم يكن تعالى في مقام بيان جميع الأسباب الباطله و المشروعه فلا يكون إهمال بعضها بل كثيرها مخللاً بالمقصود و لا يستفاد مفهوم الحصر من الآيه الشريفه.

### و أما التمسك بحديث الرفع لبطلان عقد المكره المتعقب بالرضا

فباطل عند الشيخ العظم (١) قدس سره لوجهين:

الأول: حديث الرفع بفقره «ما أكرهوا عليه» (٢) يرفع المؤاخذه و الأحكام الالزاميه نحو رفع حرمه شرب الخمر و حدّه، و أما «الحكم بوقوف عقد المكره على رضاه راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، و هذا حق له لا عليه» (٣) فلا يرتفع بحديث الرفع الوارد في مقام الامتنان.

ص: ١٥٥

١-١ . المكاسب ٣/٣٣٢ و ٣٣١.

٢-٢ . الخصال ٤١٧/٩، ح ٩، التوحيد ٣٥٣، ح ٢٤ و نقل عنهما في وسائل الشيعة ١٥/٣٦٩، ح ١، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٣١.

لا يقال (١): الأمر كما ذكرت بالنسبة إلى المكره و أما بالنسبة إلى مَنْ اشترى منه، فليس له أن يتصرف في المثلن و يجب عليه الصبر حتى يختار المكره الرد أو أجاز البيع، و وجوب هذا الصبر على المشتري ينفيه حديث الرفع.

لأننا نقول: حديث الرفع يجرى في طرف المكره فقط، و أما بالنسبة إلى المكره فلا يجرى، و كان عليه الصبر حتى يختار المكره أحد طرفي العقد، و لا مانع من التفكيك بين طرفي العقد في حكم عقدٍ شخصيٍ خاصٍ.

و هذا الأمر - عدم جريان حديث الرفع بالنسبة إلى حق المكره - واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، إذ عليه لا ملكيه قبل الرضا فلا- إلزام على المكره أصلاً، و كذلك على القول بالكشف - ولكنه بعد التأمل - لأن ما لم يتحقق من المكره الرضا بالعقد فلا كاشف عن تحقق الملكيه من حين العقد و مع عدم الكاشف فلا مؤاخذه و لا إلزام فلا يجرى حديث الرفع، لأنه مرّ أنه يجرى في رفع موارد المؤاخذه و الأحكام الالزاميه.

الثاني: يحتاج إلى مقدمه و هي:

الآثار المترتبة على الأفعال على ثلاثة أقسام:

١- الأثر الذي يترتب على الفعل المقيّد بالعمد كالقصاص في قتل العمد

٢- الأثر الذي يترتب على الفعل الموصوف بكونه خطأً أو نسياناً كما في وجوب سجدتي السهو لنسيان التشهد أو الديه الثابته على العاقله في الجنايه الخطائيه المحضه.

٣- الأثر الذي يترتب على ذات الفعل مع الغض عن طروء العناوين.

ثم حديث الرفع لا يجرى في القسم الأول لأن القصاص ينفى بنفى موضوعه و هو العمد فلا يجرى القصاص في القتل الخطأ، و كذلك لا يجرى في القسم الثاني لاستحاله كون مقتضى الشئ رافعا له، ولكنه يجرى في القسم الثالث و هو الأثر الذي يترتب على ذات الفعل.

بعد وضوح هذه المقدمه فإن الأثر المترتب على ذات العقد مجرد تحققه في

ص: ١٥٦

١-١ . المذكور في كلامه بقوله: «نعم قد يلزم...» راجع المكاسب ٣/٣٣١.

الخارج بأدله صحة المعاملات هو الصحة و ما يجرى عليها من الآثار، و هذا الأثر فى عقد المكره منفى بحديث الرفع فلا يحكم بصحة عقد المكره و جريان آثارها عليه. فحديث الرفع يقتضى رفع السببه المستقله عن العقد المجرى عن الرضا. ولكن لا ينافى ذلك كون العقد جزءاً للسبب و وقوف تأثيره فى الرضا المتأخر.

ثم ناقش الشيخ الأعظم (١) هذا الوجه الثانى المذكور فى كلامه بما حاصله: حكومه حديث الرفع على الاطلاقات الداله على صحة العقود تقتضى تقييد الاطلاقات بمسبوقه الرضا و طيب النفس و عدم الإكراه، و بعد هذا التقييد لم يبق دليل يدل على صحة عقد المكره بعد تعقب الرضا، فيصل النوبه إلى الأصل العملى و هو يقتضى الفساد.

و أجاب بنفسه عن هذه المناقشه بما حاصله: المطلقات الوارده على صحة العقود قُيِّدت بالأدله الأربعة الداله على حرمة أكل المال الباطل و مع عدم الرضا، و بعد هذا التقييد تشمل العقود التى تقع بين طرفى العقد بالرضايه و طيب النفس بلا فرق بين المقارن منها أو المتأخر، فعليه ليس لحديث الرفع حكومه على تلك المطلقات بعد تقييدها، لأنها تشمل العقد المقرون بالرضا و كذلك العقد الملحق بالرضا، و بعد حكم المطلقات بالصحة فلا يجرى حديث الرفع لأن جريانه مختص بما إذا كان الأثر مترتباً على ذات الشىء من غير دخل الاختيار و الإكراه فيه، و ذات العقد هنا لا أثر له إلا أنه جزء السبب المؤثر و لا يمكن رفع هذا بحديث الرفع.

أقول: يمكن ردّ وجهى الشيخ الأعظم و النقاش فيهما:

أمّا النقاش فى الأوّل: فإنّ المرفوع بحديث الرفع ليس منحصرًا بالمؤاخذه و الأحكام الالزاميه بل المرفوع هو نفس المجمعول الشرعى المتعلق بالمكره عليه و المترتب عليه من الأحكام التكليفيه أو الوضعيه. فما ذكره قدس سره بالانحصار غير تام. هذا أوّلاً.

و ثانياً: توقف عقد المكره على الرضا المتأخر لم يكن حكماً مجعولاً حتى يقال

ص: ١٥٧

أنه حكم له لا عليه، فلا يشمل حديث الرفع كما ذكره قدس سره - هذا الاشكال يأتي بناءً على اتحاد الحق و الحكم كما عليه جمع، منهم السيد الخوئي قدس سره - .

و ثالثاً: المرفوع بحديث الرفع هو الصحة في العقد الإكراهي لكنه ليس مطلقاً، بل مادام الإكراه باقياً لأن الأول (مطلقاً) خلاف الامتنان، فإذا تعقّب بالرضا يشمل الاطلاقات الداله على صحة العقود.

و أما النقاش في الثاني فنقول:

أولاً: مقتضى الاطلاقات هو سببه العقد مطلقاً لترتب الأثر عليه، لكن حديث الرفع اقتضى عدمه في ما إذا لم يكن العاقد راضياً به لا مقارنة للعقد و لا لاحقاً به، فيبقى ما لحقه الرضا تحت المطلقات، فلا يرجع فيه إلى الأصل العملي المقتضى للفساد.

و ثانياً: و أما ما ذكره من تقييد المطلقات بمادلاً على حرمة أكل المال بالباطل ثم ملاحظه النسبه بينها و بين حديث الرفع: فغير تام، لأن حديث الرفع يكون في عرض سائر المقيدات و نتيجهتها أن العقد الذي لم يكن مرضياً لا مقارنة للعقد و لا لاحقاً به لم يؤثر أثره و يكون باطلاً. فيدخل عقد المكره المتعقّب بالرضا تحت مطلقات صحة العقود. (١)

### الثالث عشر: الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

بعد البناء على صحة عقد المكره إذا تعقبه الرضا كما عليه المشهور و الصحيح يجرى هذا النزاع بأن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ و كذلك هذا النزاع مبني على كون الرضا بوجوده الخارجي دخيلاً في صحة العقد، لانه لو كانت صحت مشروطة بالرضا المتأخر يتعين القول بالكشف، و لا يأتي احتمال النقل.

قال الشيخ الأعظم قدس سره: «مقتضى الأصل و عدم حدوث حل مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول، إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني» (٢).

ص: ١٥٨

١-١ . كما في مصباح الفقاهه ٣/٣٣٧ و ٣٣٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٣٥.

مراده بالأصل: أصاله الفساد الجاربه فى المعاملات و هو استصحاب عدم ترتب الأثر و هو فى البيع النقل و الانتقال و جواز التصرف فى مال الغير - تدل على النقل - و لذا فسّره بواو العطف بعدم حدوث حلّيه مال الغير إلّا عن طيب نفسه. حتّى لا يلزم الجمع بين الأصل العملى و الدليل الاجتهادى فى دليل واحد، و هو كما ترى لتأخر الأصل العملى عن الدليل الاجتهادى رتبته، و لئلا يلزم التمسك بالدليل فى الشبهه المصداقيه، لأنه لا يُعلم كون الرضا اللاحق مصداقا للرضا المنوط به الحّل.

و مراده بالأدله النقليه الداله على الكشف هى عدّه من الروايات التاليه:

منها: صحيحه محمّد بن قيس - التى رواها المشايخ الثلاثة - عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وليده باعها ابن سيدها و أبوها غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سيدها الأوّل، فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتى باعها ابنى بغير إذنّى.

فقال: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذى اشتراها، فقال له: خذابنه الذى باعك الوليده حتّى يُنفذ لك البيع، فلمّا أخذه قال له أبوه: أرسل ابنى، قال: لا و الله، لا أرسل إليك ابنك حتّى تُرسل ابنى، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع ابنه. (١)

قال الشهيد بعد ذكر الروايه: «و هى قضيه علىّ عليه السلام فى واقعه، و لعلّ ذلك استصلاح منه عليه السلام و فيها دلالة على أنّ عقد الفضولى موقوف و على أنّ الإجازة كاشفة» (٢).

و منها: صحيحه أبى عبيده قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن غلام و جاريه زوّجتهما وليّان لهما، و هما غير مدركين، قال: فقال: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر، قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى.

ص: ١٥٩

---

١- ١. الكافى ١٠/٢٠٩، ح ١٢ (٥/٢١١)، الفقيه ٣/٢٢٢، ح ٣٨٢، التهذيب ٧/٤٨٨: و الاستبصار ٣/٢٠٥، و نقل عنهم فى وسائل الشيعه ٢١/٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.  
٢- ٢. الدروس ٣/٢٣٣.

قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجاربه، و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجاربه، أترثه؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك، و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجاربه و لم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك، قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجاربه. (١)

و أنت ترى بأن الإمام عليه السلام حكم بالتوارث بينهما إذا مات أحدهما، ولكن بعد إحلاف الحى على أن إمضاءه لعقد النكاح ليس من ناحيه الطمع فى المال، بل من جهه رغبته فى النكاح و نحوها فى التقريب الروايه الآتية:

و منها: صحيحه الحلبي قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره، أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أما تزويجه فهو صحيح و أما طلاقه فينبغى أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قد طلق، فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحده بائه و هو خاطب من الخطاب، و إن أنكر ذلك و أبى أن يمضيه فهي امرأته.

قلت: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى، ثم يحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح، و يدفع إليه الميراث. (٢)

و قال الشيخ الأعظم فى بحث بيع الفضولى بالنسبه إلى صحيحه أبى عبيده الماضيه أنها: «ظاهره فى قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازته الزوجه باقيه على ملك سائر الورثه، كان العزل مخالفا لقاعده «تسلط الناس على أموالهم»، فاطلاق الحكم بالعزل منضمًا إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم»، يفيد أن العزل لاحتمال كون

ص: ١٦٠

١-١. وسائل الشيعه ٢١٩/٢٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٢-٢. وسائل الشيعه ٢٢٠/٢٦، ح ٤.

الزوجه الغير المدركه وارثه في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصاله عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يُحتمل»(١).

أقول: و أمّا بالنسبه إلى صحيحه محمّد بن قيس فَسْتَأْتِي مُوهِنَاتٌ فِي بَحْثِ الْفَضُولَى تُعَكِّرُ عَلَى الْاِسْتِدْلَالِ بِهَا:

١- منها: الحكم بأخذ الوليده قبل أن يسمع من المشتري دعواه.

٢- و منها: الحكم بأخذ الوليده و ابنها مع عدم السؤال أنه يريد الإجازة أو لا؟

٣- و منها: الحكم بأخذ ابنها مع أنه ولد الحر.

٤- و منها: الحكم بأخذ ابن السيد مع أنّ ذلك لا يجوز.

٥- و منها: تعليم الحيله توسط الإمام عليه السلام مع أنّ ذلك ليس من وظيفه الحاكم.

٦- و منها: كون الإجازة بعد الرد.

ولكن قال الشيخ بالنسبه إليها: «و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونه»(٢).

و يمكن أن يجاب عن الأول: الإمام عليه السلام عالِمٌ بالموضوع خارجاً من عدم وقوع العقد بإذن السيد أو رضاه و لذا أمر بأخذ الوليده، مضافاً إلى أنّ الوليده ماله فأراد التسليط عليه، و ليس في البين محاكمه بل يسأل عن المسأله الشرعيه و أجابه الامام عليه السلام .

و عن الثاني: إنّ السيد لم يُرد الإجازة و لذا أمر الإمام بأخذ الوليده و ابنها، أمّا لو أراد الإجازة فَإِنَّهُ لَا يُرَاجَعُ الامام عليه السلام .

و عن الثالث: أخذ الولد لأجل أخذ قيمته.

و عن الرابع: أمر بأخذ ابنه لأجل المطالبه بالثمن الذي دفعه إليه.

و عن الخامس: لعلّ كانت هناك مصلحه تقتضيه، لأجل المصالحه بين الناس، أو تعليمه أنّ للمشتري مطالبه البائع بثمنه.

و عن السادس: لم يرد السيد بل لم يجزه أولاً، و عدم الإجازة غير الرد(٣) و

ص: ١٤١

١-١ . المكاسب ٣/٤١٠.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٥٤.

٣-٣ . راجع لتفصيل الموهنات و جوابها في حاشيه الفقيه السيد اليزدى على المكاسب ٢/١١٠.



يأتي تفصيل الجواب عن هذا الاشكال في بيع الفضولي.

و كذلك يأتي الجوابان العامان عن هذه الموهنات في بيع الفضولي فانتظر. فيمكن الأخذ بصحيحه محمد بن قيس.

و أمّا بالنسبة إلى روايتي توارث الزوجين الصغيرين فيمكن أن يناقش في دلالتها: أن الروايتين وردتا في نكاح الفضولي و التعدي منه إلى بيع المكره المتعقب بالرضا لا يتم لعدم الدليل المثبت عليه، لوجود الفارق بينهما لأن معاملته الفضولي يستند إلى المالك من حين إجازته فيمكن الحكم بصحته من أول الأمر، ولكن بيع المكره لا يستند إلى المالك من أول الأمر لأنه لا يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضا و هذا الاشكال يأتي بالنسبة إلى صحيحه محمد بن قيس أيضا.

ولكن يرد عليها: ظاهر الروايات أن الاجازه و الرضا و إن كانت متأخره عن العقد ولكنها متعلقتان به و امضاء له و لازم ذلك هو الحكم بتأثير العقد من أول العقد، فيتم القول بالكشف و يأتي توضيح ذلك في بحث بيع الفضولي.

و الحاصل: مقتضى الأصل في المقامين - بيع المكره المتعقب بالرضا و بيع الفضولي - هو النقل، لأن الشرط في نفوذ العقد وجود الإجازة خارجا، و المشروط لا يتحقق إلا بعد تحقق شرطه و هو الإجازة، و هذا يعنى القول بالنقل.

ولكن مقتضى الدليل الاجتهادي هو القول بالكشف، لأن الوارد فيها صحه العقد من أول الأمر فصارت الإجازة كاشفه.

و الحق في المقتضين مع الشيخ الأعظم قدس سره .

إشكال: أن الأصل هنا و في الفضولي هو الكشف، لأن متعلق الرضا هو النقل الواقع في زمان العقد و الرضا تنفيذ لذلك و هذا يعنى كاشفيه الرضا لا ناقلية. كما يظهر ذلك من صاحب الجواهر حيث صرح في الفضولي ب-: «أن الأقوى كون الإجازة المتعقبه للعقد و غيره مما يعتبر في الصحه كاشفه، وفاقا لصريح الشهيدين (١) و غيرهما (٢)، بل في

ص: ١٦٢

١-١. الدروس ٣/١٩٢ و ٢٣٣، و للمعه ١١٠/، المسالك ٣/١٥٨، الروضه البهيه ٣/٢٢٩.

٢-٢. منهم: الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢/٢٦، و المحقق الكركي في جامع المقاصد ٤/٧٤.

الرياض (١) أنه الأشهر كما عن مجمع البرهان (٢) أنه مذهب الأكثر لأنها رضى بمقتضى العقد الذى هو النقل حينه...» (٣).

وقال فى بيع المكره: «... و لا- ريب فى كونه حينئذ كالفضولى فتأمل جيدا... و على كل حال فحيث يكون كالفضولى يجب انتظار غير مجبور...» (٤).

و ذكر الشيخ الأعظم عن هذا الكلام ب- «ربما يُدعى» فى المكاسب (٥).

و ردّه (٦) بما حاصله: عدم تسليم كون مقتضى العقد النقل من حينه، بل مقتضاه نفس النقل، لأنّ الشارع اعتبر رضايه المكره، و هذا الاعتبار دليل على تأثيره فى العقد و ترتب الأثر عليه، فيتم العقد و يؤثر أثره بعد الرضا و هذا يعنى النقل لا الكشف، كما حكم الشارع بتحقيق الملك بعد القبول فى جميع العقود، أو بعد القبض فى ما يعتبر فيه القبض كالصرف و السلم و الهبه، أو بعد انقضاء زمن الخيار بناءً على مسلك الشيخ (٧) من توقف الملكيه على انتهاء زمان الخيار.

إن قلت: توقف حكم الشارع على الرضا لا يقتضى النقل، لأنه حكم بعد الرضا ولكن متعلّق الرضا هو النقل الواقع حين العقد و يحكم الشارع على طبق المتعلّق، و هذا يعنى الكشف.

قلت: لا- يتخلّف الجعل عن المجعول من حيث الزمان، و من المعلوم اعتبار الملكيه فى زمن الرضا فلا بدّ من حصولها فى ذلك الزمان، و الشاهد عليه تحقق الفسخ و

ص: ١٦٣

١-١ . رياض المسائل ٨/٢٢٧.

٢-٢ . مجمع الفائدة و البرهان ٨/١٥٩.

٣-٣ . الجواهر ٢٢/٢٨٥.

٤-٤ . الجواهر ٢٢/٢٦٩.

٥-٥ . المكاسب ٣/٣٣٥.

٦-٦ . المكاسب ٣/٣٣٥.

٧-٧ . الخلاف ٣/٢٢.

هو و إن كان حلاً للعقد السابق ولكنّه من حينه لا من حين العقد. و العبره بزمان حدوث الفسخ لا بزمان متعلّقه و هو العقد.

هذه المناقشه و الجواب أيضا كانا من الشيخ الأعظم (١) بتوضيح و تقريب و تهذيب مّا.

ولكن المحقق السيد الخوئي (٢) تبعاً لأستاذه النائيني (٣) يرى أنّ الشارع يحكم بصحة العقد من حينه بعد الرضا، لأنّ الرضا يتعلّق بالعقد هنا و فى الفضولى معا و ردّ استشهاد الشيخ الأعظم بالفسخ لوجود الفارق بينه و بين ما نحن فيه لأنّ الفسخ عبارته عن حلّ العقد فيصير من حين الفسخ و فى قبالة إمضاءه و إقراره و تشييته، و أمّا الإجازة يقابلها الردّ، فلا منافاه بين أن يكون أثر الفسخ من حينه، و أثر الإجازة ترتيب أثر العقد من حينه، فالصحيح قياس الإجازة مع الردّ دون الفسخ الذى يقاس بالجزم و الإبرام و الإقرار و التثبت.

و التفصيل يطلب من بيع الفضولى، و يأتى بحثه مفصلاً إن شاء الله تعالى.

### الرابع عشر: الإكراه بحقّ

بطلان بيع المكره مختص بما إذا كان الإكراه بغير حقّ، و أمّا إذا كان بحقّ فهو صحيح و لا يضرّه الإكراه، و فى الغنيه (٤) أن صحه بيعه معه مّا لا خلاف فيه.

منها: كان عليه دين فيتوجّه عليه بيع ماله لأداء دينه.

و منها: شراء مال أسلم إليه قيمته فأكرهه الحاكم عليه.

و منها: تقويم العبد على مُعتقٍ نصيبه منه.

و منها: تقويم العبد فى فكّه من الرق ليرث.

و منها: إكراهه على البيع لنفقتة و نفقه زوجته و نفقه واجبه النفقه عليه مع

ص: ١٦٤

١-١ . المكاسب ٣/٣٣٦.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٣/٣٤٠.

٣-٣ . المكاسب و البيع ١/٤٧٤ و ٤٧٥.

٤-٤ . غنيه النزوع ٢١٤.

و منها: بيع الحيوان إذا امتنع من الإنفاق عليه.

و منها: العبد إذا أسلم عند الكافر

و منها: العبد المسلم و المصحف إذا اشتراهما الكافر و سوَّغناه، فإنَّهما يباعان عليه قهراً.

و منها: الطعام عند المجاعه يشتره خائف التلف.

و منها: المحتكر مع عدم وجود غيره و احتياج الناس إليه.

ذكر هذه الوجوه كلها ثانی الشهيدین فی المسالك (١) و تبعه الشيخ يوسف فی الحدائق (٢).

### الخامس عشر: لو حصل الرضا بعد العقد بلافصل و...

قال جدنا الشيخ جعفر قدس سره : «ولو حصل الرضا بعد تمام العقد بلافصل، فلا بحث على القول بالصحة. ولو فسخ فسَدَ العقد. ولو استمر الجبر بلا فسخ، ثم تعقَّب الرضا قوَى وجه الصحة. و فى كونه كاشفاً أو ناقلاً وجهان، أقواهما الأوّل. ولو بعَض الرضا أو غير الأجل أو بعض الشروط فالظاهر البطلان. ولو جبره على البيع نقداً فأجر أو صالح أو أسلم فلا جبر. و ما اشتهر من أنّ الحياء من آلات الجبر لا نعرف له وجهاً» (٣).

و علّق تلميذه صاحب الجواهر رحمه الله على قوله «قوى وجه الصحة» بقوله: «قلت: لعلّ وجه العدم أنّه قد يقال بكفايه استمرار عدم الرضا فى فساد العقد بحيث لا- تنفع معه الإجازة إذ دعوى احتياج فسخه إلى اللفظ يدلّ عليه مريداً للإنشاء به لا دليل عليه» (٤).

و علّق على قوله: «فالظاهر البطلان»: «أى لصدق الإكراه» (٥).

ص: ١٦٥

١-١ . المسالك ٣/١٥٧.

٢-٢ . الحدائق ١٨/٣٧٦.

٣-٣ . شرح القواعد ٢/٤٥.

٤-٤ . الجواهر ٢٢/٢٦٩.

٥-٥ . الجواهر ٢٢/٢٦٦.

و علق على قوله: «فلا جبر»: «قلت: المدار على صدق الإكراه و مع الشك الأصل عدمه».(١)

### السادس عشر: بيع التلجئه

قال في التذكرة: «و في معنى الإكراه بيع التلجئه و هو: أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطىء رجلاً على إظهار شرائه منه و لا يريد بيعاً حقيقياً، ذهب إليه علماؤنا أجمع - و به قال أحمد و أبو يوسف و محمد - لأنهما لم يقصدا البيع فكانا كالهازلين.

و قال أبو حنيفة و الشافعي: يصح بيع التلجئه لأنه تم بأركانه و شروطه خاليا عن مقارنه مُفسدٍ فصَحَّ كما لو اتفقا على شرطٍ فاسدٍ ثم عقدا بغير شرط و نمنع المقدمات»(٢).

و كذا قال في نهايته: «و بيع التلجئه باطل، و هو أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطىء رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحفظه من الظالم، لا يريد بيعاً حقيقياً لأنهما لم يقصدا البيع فكانا كالهازلين»(٣).

هذا تمام الكلام في الشرط الرابع من شروط المتعاقدين، و هو الاختيار، و الحمد لله.

ص: ١٦٦

١-١ . الجواهر ٢٦٦/٢٢.

٢-٢ . تذكره الفقهاء ١٣/١٠.

٣-٣ . نهايه الأحكام ٤٥٦/٢.

إشارة

نتعرض للبحث تبعا للشيخ الأعظم قدس سره ولكن باختصار، و عدم وجدان موضوعه لا يوجب ترك استنباط أحكامه و مسائله و فروعه، نعم المناسب فيه عدم التطويل.

قال المحقق: «ولو باع المملوك أو اشترى بغير إذن سيده لم يصح، فإن أذن له جاز»<sup>(١)</sup>.

الأقوال في تصرفات العبد و هي ثلاثة:

الأول: العبد مهجور عن كل فعل أو قول من عقد و إيقاع أو عمل قليل أو كثير، صغير أو كبير، إلا ما ثبت جوازه بالدليل.

الثاني: تصرفات العبد نافذة في ما يتعلق به من نكاحه و طلاقه و في ما يتبع به بعد عتقه كضمانه و نحوه و في ما يكون راجعا إلى غيره نحو توكيله عن الغير في البيع أو الشراء أو عقد أو إيقاع، و بالجملة: في كل ما لا يكون التصرف فيه تصرفا في سلطنه مولاه يكون تصرفاته نافذة، و كل ما يعد التصرف فيه تصرفا في سلطنه مولاه باطله لأجل تعارضه لحق مولاه و سلطنته الحاكمه.

الثالث: نفوذ تصرفاته في كل ما لا يعد شيئا معتدا به و مثله بأكله و شربه و نومه و تكلمه. و عدم نفوذها في ما يعد شيئا معتدا به بحسب العرف و العادة بلا فرق بين ما يتعلق بأمواله - بناء على جواز ملكيته - أو أموال سيده من عقد أو إيقاع، و كذلك ما

ص: ١٦٧

يتعلق بسائر الناس من التصرف في أموالهم و أنفسهم بعقد و إيقاع، فصحة هذا القسم يتوقف على إذن مولاه و إجازته. فيحكم بلغويه تصرفاته من دون إذن مولاه فلا تصح وكاله العبد عن غيره. حتى في إجراء الصيغه فضلاً عن كونه و كياً مفوضاً، و اختار الشيخ الأعظم (١) و المحقق النائيني (٢) هذا القسم الأخير.

و استدل الشيخ الأعظم له بقوله تعالى: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» (٣).

و بصحيحه زاراه عن أبي جعفر عليه السلام و أبي عبد الله عليه السلام قالوا: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن السيد كان زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»، أفشىء الطلاق (٤)؟!

بتقريب: كل ما يصدق عليه أنه شيء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعاً من دون إذن مولاه. بلا فرق بين أنه يرجع إلى نفسه - في حال عبوديته أو بعد فرض حرّيته - أو مولاه أو غيرهما، و بين إجراء العقد أو الإيقاع، و بين الالتزام بشيء و التعهد بضمان أو دين حالياً كان أو استقبالياً.

فالآية الشريفه تدل على عدم استقلال العبد في جميع تصرفاته مطلقاً لعدم قدرته عليه أي عدم نفوذ تصرفاته، فيصير شأن العبد شأن الصبي من عدم نفوذ تصرفاته إلا بإذن وليه. و الشاهد لما ذكرنا استشهاد الإمام عليه السلام بالآية بعدم استقلاله في الطلاق و كذلك النكاح. (٥)

و لذا قال الشيخ الأعظم قدس سره: «و الظاهر من قدره - خصوصاً بقريته الروايه - هو الاستقلال إذ المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق

ص: ١٦٨

١-١. المكاسب ٣/٣٣٨.

٢-٢. المكاسب و البيع ١/٤٧٦.

٣-٣. سورة النحل /٧٥.

٤-٤. وسائل الشيعة ٢٢/١٠١، ح ١، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥-٥. راجع وسائل الشيعة ٢١/١١٣ و ١١٤، الباب ٢٣ و ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعا بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه...»(١).

و الحاصل: المملوكية و الرقيه مساوقه للعجز و عدم القدره. فلا نحتاج أن نأخذ «لا يقدر على شيء» قيدا توضيحيًا لا احترازيًا كما عليه المحقق النائيني(٢) قدس سره . لأن المراد بها عدم نفوذ التصرف و هو حكم وضعي فلامعنى لأخذه قيدا للموضوع أو توضيحا له.(٣)

فلا يجوز له التصرف في أمواله و شؤونه و أمّا أموال و شؤون السيد أيضا فكذلك لأنه لا يقدر على شيء و نحوه أموال و شؤون الآخرين و بالجملة من ليس له التصرف في أموره و شؤونه فأمور الآخرين و شؤونهم بطريق أولى ليس له التصرف فيها بلا فرق بين مولاه و غيره.

فلا- يتم ما ذكره المحقق السيد الخوئي(٤) قدس سره تبعا لصاحب الجواهر(٥) رحمه الله من عدم نفوذ تصرفات العبد في أمور سيده و آخرين ليس من جهه كونه عبدا مملوكا و التصرف في أمورهم لا تنفيه الآية الشريفة بل يكون بجهه حرمة التصرف في أموال الناس من دون إذنهم.

و الوجه في عدم تماميته: لأن هذا شيء لا يقدر العبد عليه، لا لكونه تصرفا في لسانه الذي هو ملك السيد فإنه لا دليل على حرمة أولاء و حرمة لا-توجب الفساد ثانيا، فلا- تكون حرمة منشأ التزام المشهور بفساد عقد العبد للغير كما عليه المحقق النائيني(٦) رحمه الله .

ص: ١٦٩

١-١ . المكاسب ٣/٣٣٨.

٢-٢ . راجع المكاسب و البيع ١/٤٧٧.

٣-٣ . كما عليه المحقق الخوئي راجع مصباح الفقاهه ٣/٣٤٣.

٤-٤ . مصباح الفقاهه ٣/٣٤٤.

٥-٥ . الجواهر ٢٢/٢٧١ و ٢٥/٧٠.

٦-٦ . منية الطالب ١/٤٣٢.



و يظهر الفرق بيننا و بينه: أنا نحكم ببطلان عقود العبد و إيقاعاته للغير مطلقاً لأنه لا يقدر على شىءٍ، ولكنّه قدس سره يحكم بصحتها إذا كان للغير لأنّ رقيته لا يلزم سقوط ألفاظه و عباراته و عقوده و إيقاعاته.

نعم، لا يجوز له توكيل الغير فى التصرف فى أمواله إلاّ مع إذن سيّده عندنا و عنده.

و أمّا هل يجوز له أن يتوكّل عن غيره فى معاملته أو إيقاع؟ بناءً على ما ذكرنا لا يجوز و وجهه واضح و أمّا بناءً على ما ذكره يجوز.

و على قولنا بعدم الجواز لو تصدى و تصرف فى مال الغير و كاله عنه أو مال نفسه - بناءً على مالكيته - من دون إذن سيّده - و كان باطلاً - ولكن أجازة المولى فى ما بعد، فهل يحكم بصحته أم لا؟

احتمل الشيخ الأعظم (١) أولاً - عدم الصحه لأنّ المانع من الصحه لا يرجع إلى العوضين بحيث لم يكونا ملكا للسيّد حتّى لم تصحها إجازة السيّد، بل المانع هو نفس الإنشاء الصادر من العبد استقلالاً بدون إذن سيّده و يحكم ببطلانه، و الإجازة اللاحقه من السيّد لا يخرجّه من الاستقلال و البطلان لأنّ الشىء لا ينقلب عما هو عليه.

ولكنّه قدس سره عدل عن عدم الصحه و ذهب إلى أنّ الأقوى (٢) الصحه فى تصرفات العبد إذا لحقها الإجازة من سيّده، و استدل لها بوجه ثلاثه:

الوجه الأوّل: العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود تشمله، لأنّها تشمل العقد الصادر من الأحرار و العبيد، و قد خرج منها العقد الصادر من العبد استقلالاً و من دون استناد إلى إذن المولى أصلاً لا سابقاً و لاحقاً، و يبقى الباقي تحتها.

و المخصص لها عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيّده سابقاً أو لاحقاً، و يبقى الباقي تحتها.

ثمّ لو شككنا فى المخصص بأن كان مرددا بين الأقل و الأكثر - الأقل: العقد

ص: ١٧٠

١-١ . المكاسب ٣/٣٣٨.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٣٨.

الصادر من العبد دون إذن سيده سابقا أو لاحقا، الأكثر: العقد الصادر منه من دون إذن سيده سابقا فقط - لا بد من الأخذ بالأقل، لأن المخصص المنفصل إذا كان مرددا بين الأقل والأكثر لا بد من الأخذ بالقدر المتيقن منه وهو الأقل.

و ما ذكره المحقق النائيني من عدم «إجمال المخصص وهو مبيّن، فإن دليل اعتبار الإذن ظاهر في الإذن السابق و الاجازة غير الإذن» (١).

غير تام، لأن الدليل دال على عدم استقلال العبد في تصرفاته، وهذا غير ظاهر في الإذن السابق - المدعى بنظره قدس سره كما أنه ظاهر في الآيه الشريفه (٢) وقد مرّ، و أما صحيحه زاراه (٣) فالذي يُستفاد منها بطلان نكاح و طلاق العبد من دون إذن سيده و بالاستقلال و هو غير ظاهر في أنّ المراد بالإذن هو الإذن السابق فقط، فهذا الوجه تام.

الوجه الثاني: صحيحه زاراه الماضيه تدل على صحة النكاح و الطلاق بالإذن، و حيث وردت عدّه من الروايات (٤) في صحة النكاح لو لحقه الإجازة، فيصحّ جميع العقود بالإجازة اللاحقه لعدم الفرق بينها.

ثم توجه و تفتن الشيخ الأعظم قدس سره: بأن لازم هذا القول صحة الطلاق بالإجازة اللاحقه أيضا و لا يلتزمون بها، و هو إشكال على هذا الوجه.

و ردّه: بأن الطلاق خرج بالدليل الخارجى (٥) و إلا- نقول بصحته بالإجازة اللاحقه و بجهه التعميم، و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة لأن الكلام مسوّق لنفى استقلال العبد فى الطلاق، لا لصحته مطلقا حتى بالإجازة.

ص: ١٧١

- 
- ١-١ . منيه الطالب ١/٤٣٠.
  - ٢-٢ . سورة النحل /٧٥.
  - ٣-٣ . وسائل الشيعة ٢٢/١٠١، ح ١.
  - ٤-٤ . راجع وسائل الشيعة ٢١/١١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء. منها: صحيحه زاراه، ح ١، فى الباب المذكور، و موثقه، ح ٢.
  - ٥-٥ . راجع وسائل الشيعة ٢٢/٩٨، الباب ٤٣ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه. ح ٤، صحيحه على بن يقطين، و ح ٢، معتبره ليث المرادى بناءً على اعتبار أبى جميله.

ولكن يمكن أن يُناقش بوجهين (١):

أولاً: يمكن أن يقال: بأن أدله صحة النكاح بالإجازة اللاحقه حاكِمة على الدليل الدال على اعتبار الإذن و يوسّع دائره الموضوع تعبدًا، فلا يستفاد منها أعميته الإذن مفهومًا من الإذن السابق و الإجازة اللاحقه.

و ثانياً: يمكن استظهار عكس ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره من الصحيحه بأن يقال: لما كانت الصحيحه مشتمله على الطلاق الذى لا يصحّ بلحوق الإجازة نستشكف أنّ المراد من الإذن هو الإذن السابق، و صحة النكاح بالاجازة اللاحقه فإنّما يستفاد من الدليل الخارجى فحينئذ لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أصلاً حتّى أجب عنه الشيخ الأعظم بهذا الجواب البارد.

و يظهر وجه عدم تماميه جوابه بالنسبه إلى تأخير البيان عن وقت حاجته فى الطلاق، بأنّه لو كانت الصحيحه مسوقه لبيان نفى استقلال العبد فى الطلاق لكانت كذلك فى النكاح أيضاً، و لا تدلّ على صحة النكاح بالأعم من الإذن و الإجازة، فمن أين تُستفاد الصحه بالإجازة من الصحيحه؟!

الوجه الثالث: الروايات الواردة فى صحه نكاح العبد إذا أجازة المولى - بلا فرق بين أنّ المباشر لإجراء الصيغه هو العبد أو غيره - و إذا صحّ نكاحه فيصحّ جميع تصرفاته بلا فرق ولو كانت و كاله عن الغير.

منها: صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده، إن شاء أجازة و إن شاء فرق بينهما. قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عتيبه و ابراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ إجازة السيّد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّ لم يعص الله و إنّما عصى سيّده، فإذا أجازة فهو له جائز. (٢)

ص: ١٧٢

١-١ . كما فى منيه الطالب ١/٤٣٠.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢١/١١٤، ح ١، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

و منها: معتبرته بل موثقته عنه عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فيدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه؟ قال: ذاك لمولاه إن شاء فُرق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما، فإن فُرق بينهما فللمرأه ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقا كثيرا. و إن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل. فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإن أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّما أتى شيئا حلالاً- و ليس بعاصٍ لله إنّما عصى سيّده و لم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّه و أشباهه. (١)

و منها: صحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا يجوز للعبد تحرير و لا تزويج و لا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه. (٢)

و منها: صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام في مملوك تزوّج بغير إذن مولاه، أ عاص لله؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعم أنّه حرام و نوله (٣) أن لا يفعل إلا بإذن مولاه. (٤)

و منها: صحيحه معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبدالله عليه السلام فقال: إنّي كنتُ مملوكا لقوم و إنّي تزوّجتُ إمراه حرّه بغير إذن موالئِ ثمّ اعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين أعتقتُ؟ فقال له: أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأه و أنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عنيّ و لم يغيروا عليّ، قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأوّل. (٥)

يمكن الاستدلال بهذه الروايات في المقام بتقريبين:

التقريب الأوّل (٦): ترك الاستفصال الوارد في هذه الصحاح بين أن يكون العاقد

ص: ١٧٣

١-١ . وسائل الشيعة ٢١/١١٥، ح ٢.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢١/١١٣، ح ١، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٣-٣ . نولك أن تفعل: أي حَقَّك و ينبغي لك. [صحيح اللغه ٥/١٨٣٦].

٤-٤ . وسائل الشيعة ٢١/١١٣، ح ٢.

٥-٥ . وسائل الشيعة ٢١/١١٧، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٦-٦ . المكاسب ٣/٣٣٩: يؤيد المختار.

لصيغه النكاح هو العبد أو غيره، و إذا كانت إجازة المولى تصح تصرف العبد في سلطان المولى - و هو تصرف العبد في نفسه بالنكاح -، و لا يمكن أن يصحّ اسم المصدر -النكاح - و لا يصح المصدر أى الإنشاء - أعنى صيغه النكاح - فصارت صيغه النكاح و النكاح صحيحه بالإجازة من المولى بلا فرق بين أنه باشر في إجراءها أو وكلّ غيره.

و إذا صح النكاح و هو تصرف العبد في نفسه، - أى سلطان المولى - فبطريق الأولى تصح الإجازة غيره من التصرفات في ماله و نفسه و في مال و نفس غيره بالوكالة عنه.

التقريب الثاني (١): التعليل الوارد في صحيحه زواره ب-«أنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيده» (٢)، يستفاد منه كلّ ما لم يكن العبد عاصياً لله تعالى بل عصى سيده فقط، يمكن تصحيحه بالإجازة من السيد، فمعيار صحه معاملات العبد بعد عدم كونها مخالفه لله تعالى هو إذن السيد أو إجازته.

فكما يمكن تصحيح تصرفات العبد بالإجازة في نفسه و ماله فكذلك يمكن تصحيح تصرفاته في مال الغير أو نفسه بالوكالة، لأنّ العبد فيها أيضاً لم يعص الله، و بعد الإجازة يحكم بصحتها.

مناقشه المحقق النائيني في التقريب الأوّل

قال: «إنّ ترك الاستفصال و إن كان مفيداً للتعميم في باب النكاح و نحوه إلّا أنّه للتعدى إلى غير مورده لا يفيد، لأنّه لو فرض بأنّه عليه السلام صرح بأنّ نكاح العبد يصحّ بالإجازة ولو باشره بنفسه لما أمكن التعدى إلى مورد وكالة العبد لغيره أو إجرائه الصيغه و إيجاد العلقه فضولاً، لأنّ صحه نكاحه لنفسه و إن استلزم تصحيح جهه إصداره أيضاً حيث إنّ الإجازة ترجع إلى ما يتعلّق مضمونه بالمولى فصحه جهه إصداره إنّما لوحظ معنّى حرفياً، و إذا دلّ الدليل على صحه النتيجة بالإجازة فيدلّ على صحه جهه الإصدار، لأنّها من

ص: ١٧٤

١-١ . المكاسب ٣/٣٣٩: مع أنّ تعليل الصحه بأنه... .

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢١/١١٤، ح ١.

مقدمات حصول النتيجة إلا أن هذا الدليل لا يمكن أن يدلّ على صحه جهه الإصدار إذا لوحظت معنى اسميًا، و عقد العبد لغيره فضولاً- أو وكالة جهه توقفه على إجازة المولى هو جهه إصداره و إلا فمضمونه غير راجع إلى المولى، و لم يدلّ دليل على أن الإجازة أيضا كالإذن فى جهه الإصدار كما لا يخفى.

إلا أن يقال: إن الأخبار الداله على صحه نكاح العبد إذا إجازة المولى الوارده فى ردّ حكم ابن عيينه و ابراهيم النخعى ظاهره فى إعطاء قاعده كليّه و هى أنّ كلّما رجع جهه الصحه إلى إذن السيد فإجازته كإذنه»(١).

و أجابه السيد الخوئى بقوله: «ولكن لا- وجه لهذه المناقشه بديهه أن كون متعلق الإجازة ملحوظا للمجيز استقلالاً تاره و تبعا أخرى لا يرتبط بجهه الاستدلال»(٢).

أقول: و بعبارة أخرى: السيد أجاز عقد العبد بما هو عليه من تماميته كما إذا أجرى صيغه النكاح لنفسه أو باع و اشترى من ماله و فيه، أو عدم تماميته العقد لأنه موقوف على إجازة الغير كما عقد لغيره أو باع و اشترى له فضوله و من دون إذنه و وكالته، و أمّا لو أذن له الغير أو وكله فيلحق بالقسم الأول من تماميته العقد.

و بعبارة ثالثة: لا يترتب على عقده سواء كان لنفسه أو لغيره - مع إذنه أو بدونه - أو لمولاه شيئاً من الآثار إلا بعد إجازة المولى له و بالنسبه إلى الغير مضافا إليها مع وكالته أو إذنه أو إجازته.

فحينئذ شأن إجازة المولى له كشأن إجازة الزوجه لزوجها بالنسبه إلى نكاح بنت أخيها أو بنت أختها، و المتوقف عليها ليس صحه الإنشاء بل صحه ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشائع.

## فرع:

قال الشيخ الأعظم: «لو أمر العبد أمرٌ أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ و

ص: ١٧٥

١-١ . منيه الطالب ١/٤٣١.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٣/٣٥٠.

لزم، بناءً على كفايه رضا المولى - الحاصل من تعريضه للبيع - من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للإذن الضمني»<sup>(١)</sup>.

أقول: قال شيخ الطائفة قدس سره: «إذا وكل رجلٌ عبداً في شراء نفسه من سيده فهل يصح ذلك أم لا؟ قيل فيه وجهان: أحدهما: يصح كما لو وكله في شراء عبد آخر بإذن سيده.

و الثاني: لا يصح ذلك لأن يد العبد كيد سيده وإيجابه وقبوله بإذنه بمنزله إيجاب سيده وقبوله، فإذا كان كذلك وأوجب له سيده قبله هو صار كأن السيد هو الموجب القابل للبيع وذلك لا يصح فكذلك هاهنا. والأول أقوى...»<sup>(٢)</sup>.

و نقل العلامة في المختلف عن القاضي ابن البراج قوله: «الأقوى عندي أنه لا يصح إلا أن يأذن له سيده في ذلك، فإن لم يأذن له فيه لم يصح»<sup>(٣)</sup>.

و أنت ترى بأن استدلال القاضي ابن البراج على البطلان لا يرجع إلى اتحاد الموجب والقابل الذي نسبه إليه الشيخ الأعظم، بل القاضي يرى البطلان إذا كانت الوكاله من دون إذن المولى وأما إذا كانت مع إذنه فيذهب إلى الصحة ولذا قال العلامة بعد نقل فتوى القاضي: «و الحق ما قواه الشيخ لأن بيع مولاه رضا منه بالتوكيل»<sup>(٤)</sup>.

و نسب<sup>(٥)</sup> القول بالبطلان إلى القاضي في بعض الكتب الفقيهيه مطلقاً أو مع الاستدلال له باتحاد الموجب والقابل وكلاهما غير تامين.

قد يناقش في صحه هذا الشراء بوجهين:

الأول: اتحاد عباره العبد مع عباره السيد فيلزم منه اتحاد القابل والموجب فيبطل

ص: ١٧٦

١-١ . المكاسب ٣/٣٤٢.

٢-٢ . المبسوط ٣/٣٩٣.

٣-٣ . مختلف الشيعة ٦/٣٥.

٤-٤ . مختلف الشيعة ٦/٣٥.

٥-٥ . والناسب هو الصميرى فى غاية المرام ٢/١٢، و صاحب الحدائق ٢٢/٥٠ و صاحب الجواهر ٢٢/٢٧١ و الشيخ الأعظم فى المكاسب ٣/٣٤٣.

العقد به - وقد مرّ في أحد وجهي الشيخ - .

و يرد عليه: أولاً: لا دليل على اعتبار التغير بين الموجب و القابل و يكفي تغايرهما اعتباراً.

و ثانياً: المملوكية لا توجب إتحاد العبد مع مولاه.

و ثالثاً: هذا الدليل لو تمّ يقتضى بطلان معاملات العبد الموكّل عن غيره ولو أذن له سيّده بالوكالة، مع السيّد.

الثاني(1): لزم بالنسبة إلى المتعاقدين قابليتهما للإشياء عند تحقق الإيجاب و القبول، فلو قَصَدَ أُمِّيُّ منهما القابلية قبل تحقق العقد لا ينعقد المعاهدة و المعاقده، و حيث أنّ العبد في الفرع المذكور غير قابل لطرفي العقد لأنّه غير مأذون منه فيحكم بفساد العقد.

و يرد عليه: القابلية المذكورة لم يدل عليها دليل نعم، المناط في تحقق العقد هو ارتباط التزام الموجب بالتزام المشتري ولو لم يكن حين الإيجاب قابلية القابل و كذا عكسه. فلذا لو التفت أحدهما بإنشاء صاحبه و قبل فسخه و إبطاله، و أتى بما هو عليه لكان العقد صحيحاً. و المفروض الحاق الاجازة بالوكالة صريحاً أو ضمناً فيصح قابلية العبد فيتم المعاقده.

هذا كلّه في ما إذا وَكَّلَ المشتري العبدَ في الاشتراء من سيّده.

و أمّا لو وَكَّلَه في الاشتراء من وكيل المولى، فإن كان الوكيل وكيلاً مفوضاً في أمور المولى فلا شبهه في أنّ شأنه شأن المولى و لا تردّ شبهه. و أمّا إن كان الوكيل وكيلاً في خصوص إجراء الصيغه فلا شبهه في احتياج الاشتراء إلى الاجازة من المولى، و لعلّ نظر المحقّق و الشهيد الثانيين(2) (3) من إطلاق القول بعدم الصحه في الشراء من وكيل المولى إلى الصوره الأخيره.

ص: ١٧٧

١-١ . انظر المناقشه و جوابها في المكاسب ٣/٣٤٣ قوله قدس سره : و لا يقدر عدم قابلية المشتري للقبول... .

٢-٢ . جامع المقاصد ٤/٦٨.

٣-٣ . المسالك ٣/١٥٨.



لم يذكره الشيخ الأعظم قدس سره و هو هل إجازة المولى لعقد العبد كاشفه أو ناقله؟

مقتضى القاعده هو النقل ولكن مقتضى الروايات هو الكشف كما يَدُلُّ عليه قوله عليه السلام فى صحيحه معاويه بن وهب: «أثبت على نكاحك الأول»<sup>(١)</sup>، و التفصيل يطلب من بيع الفضولى. و الحمد لله.

ص: ١٧٨

---

١-١. وسائل الشيعه ٢١/١١٧، ح ١.

## ٦- أن يكونا مالكيين أو مأذونين من المالك أو الشارع

من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكيين أو وليين لهما كالأب أو الجد للأب، أو مأذونين منهما كالوكيل أو الوصي، أو مأذونين من الشارع كالحاكم أو أمينه ووكيله.

و بعبارة أخرى: لا بد أن يكون المتعاقدان مالكي التصرف والأمر والعقد إما بالملك للعوضين أو الإذن من المالك أو الشارع.

و العنوان المذكور في أعلاه من الشيخ الأعظم (١)، وهو عند تلميذه الفقيه المامقاني (٢) من جوامع الكلم لشموله لجميع أقسام من يصح منه البيع كالمالكيين للعوضين والمأذونين منهم كوكلائهم، والمأذونين من الشارع، وهم الأولياء المنصوبون منه كالأب والجد والحاكم الشرعي ومنصوبه والمأذون من قبله، وكذا المنصوب من الأب أو الجد قيما على الصغير ونحوها من الموارد التي تنتفي الفضوليته منها.

فالأولى أن يقال: لا بد في المتعاقدين أنهما يملكان أمر العقد الذي يقومان به، والمراد بالملك هنا ليست المالكية بل الاستيلاء على العقد والأمر. حتى نفذ عقدهما، وإلا يرد عليه عقد الرهن على العين المرهونه وتصرفات المريض في مرض موته بالبيع المحاباتي فيما زاد على الثلث وبيع السفية والمفلس، لأن تصرفاتهم موصوفة بالفضوليته

ص: ١٧٩

١- ١. المكاسب ٣/٣٤٥.

٢- ٢. غايه الآمال / ٣٥٠.

مع أنهم ملاك، و أقرّ الشيخ الأعظم (١) بهذه النقوض و حكم بدخولها بعد سطور.

و توجيه العنوان بأن المراد منه شرطيه المالكه في نفوذ تصرفات المتعاقدين، مردود لأنّه ينتهي إلى الدور، لأنّ «لا شك أنّ شرط المطلوب هو شرط النفوذ، و ينتهي الأمر إلى صيروره النفوذ شرطاً في نفوذ التصرف و هو دورٌ باطل» (٢).

ثم فرع الشيخ الأعظم على عنوانه: «فعدد الفضولي لا يصح» (٣). تبعاً للمحقق في الشرائع حيث يقول: «و أن يكون البائع: مالكا أو ممّن له أن يبيع عن المالك كالأب و الجدّ للأب و الوكيل و الوصى و الحاكم و أمينه فلو باع ملك غيره وقف على اجازة المالك أو وليه على الأظهر» (٤). و نحوه في النافع (٥).

و قال العلّامة في قواعد تبعاً لأستاده: «و يشترط كون البائع: مالكا أو ولياً عنه، كالأب و الجدّ له و الحاكم و أمينه و الوصى، أو وكيلاً، فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأى» (٦). و نحوه في التذكرة (٧).

و قال الشهيد في الدروس: «و تملكها أو حكمه كالأب و الجدّ و الوصى و الوكيل و الحاكم و أمينه و المقاصّ فبيع الفضولي غير لازم...» (٨).

و اعترض المحقّق الكركي على عبارة قواعد العلّامة و قال: «هذا التفريع أيضا غير جيد لأنّ المتبادر من اشتراط ما ذكره بطلان البيع هنا، لانتفاء الشرط إن كان ذلك شرطاً في الصحة، أو عدم لزومه إن كان شرطاً في اللزوم، فكونه موقوفاً على الاجازة لا يظهر

ص: ١٨٠

١-١ . المكاسب ٣/٣٤٦ قوله: «و كيف كان فيشمل العقد الصادر...».

٢-٢ . العقد النضيد ٣/٦.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٤٥.

٤-٤ . الشرائع ٢/٨.

٥-٥ . المختصر النافع ١١٨/.

٦-٦ . قواعد الأحكام ٢/١٩.

٧-٧ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٤.

٨-٨ . الدروس الشرعيه ٣/١٩٢.

وجه تفريعه، إلا إذا حملنا العبارة على أن الاشتراط في اللزوم، وأن المراد بكونه موقوفاً عدم لزومه، لأنه في قوّته، لكن قوله: (على رأى) لا موقع له حينئذ، وكيف كان فالعبارة لا تخلو من تكلف...»(١).

قد تصدى لدفع الإشكال الشهيد الثانى وقال: «مقتضى التفریع أن يقال: فبيع الفضولى غير صحيح لفقد الشرط، و هو كون البائع مالكا أو فى معناه، لكن لما كان المراد بالصحة هنا اللزوم كان قوله: «أنه موقوف»، فى قوه قوله: «غير لازم» المناسب للتفریع.

وفيه: مع إفادته الفائدة التصريح بالحكم المطلوب من بيع الفضولى، و عليه يترتب الرأى المذكور بعده، لأنه أيضا غير لازم من التفریع، لكن اقتضاه الحكم بالوقوف بالقصد الثانى مراعاةً للإيجاز»(٢).

و الشيخ الأعظم بعد تفسير عدم الصحة فى بيع الفضولى بعدم اللزوم قال: «... فاعتراض جامع المقاصد عليه [أى على العلامة فى عبارة القواعد] بأن التفریع فى غير محلّه، لعلّه فى غير محلّه»(٣).

أقول: الظاهر عدم تمامية هذا التفسير، بل لعل المراد بها - عدم الصحة - هى عدم الصحة الفعلية و موقوفية العقد على اجازة المالك و عدم نفوذه، و عدم الصحة الفعلية لا ينافى الصحة التأهيلية و توقفه على الاجازة، مضاف إلى أن عدم اللزوم مذكور فى كلام المحقق الكركى على نحو قضيه مانعه الجمع و لم يكن إبداعا من الشيخ الأعظم.

و الحاصل: اعتراض المحقق الكركى رحمه الله على العلامة وارداً و كذلك يرد على المحقق فى الشرائع و النافع، و الشهيد فى الدروس و كل من فرع بيع الفضولى على العنوان، و جواب الشيخ الأعظم مأخوذ من أحد احتمالات الكركى و لعلّه فى غير محلّه لعدم مناسبتة لقوله بعد ذلك: «على رأى»، و لذا الفقيه المتتبع العاملى تابع الكركى و قال: «كان التفریع غير جيّد و قد أشار إلى ذلك فى جامع المقاصد و قد وقع عين ذلك للمحقق

ص: ١٨١

١-١ . جامع المقاصد ٤/٦٨.

٢-٢ . فوائد القواعد ٥٣١/٥.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٤٥.

فى الشرائع و النافع، و غيره و الأمر فىه سهل»(١).

فلا يتم عندى ما ذكره المحققون الشهيدى(٢) و المروج(٣) رحمه الله و شيخنا الأستاذ(٤) قدس سره فى توجيه كلام الشيخ الأعظم قدس سره فراجع.

نعم، لو كان المشروط مرددا على نحو ما شرحه جدنا شارح القواعد يدفع الإشكال حيث يقول: «و يشترط فى لزوم البيع و نحوه أو صحته مع عدم تعقبه بالإجازة...»(٥).

ولكن حتى التردد فى المشروط لا يفيد لقوله «على رأى».

ص: ١٨٢

١-١ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٠.

٢-٢ . هدايه الطالب ٣/١٠.

٣-٣ . هدى الطالب ٤/٣٤٨.

٤-٤ . إرشاد الطالب ٢/٢٦٨.

٥-٥ . شرح القواعد ٢/٦٩.

الفضول في اللغة (١) جمع الفضل بمعنى الزيادة و قد استعمل الجمع استعمال المفرد في ما لا خير فيه، و لهذا نُسب إليه على لفظه فقيل: فضولِي لِمَنْ يشتغل بما لا يعنيه، لأنه جعل عَلَماً على نوع من الكلام فنزل منزله المفرد و سُمي بالواحد.

و في الاصطلاح هو: «الكامل غير المالك للتصرف فيه سواء كان غاصبا أو لا» كما عن الشهيد (٢). و هو واضح عند القوم.

و الفضولي في العنوان صفة للعاقِد و قديوصف به نفس العقد و يقال: «العقد الفضول» و جعل الفضولي صفة للعقد مجاز من قبيل الوصف بحال متعلّقه، و لذا قال الشيخ الأعظم «و لعلّه تسامح» (٣) بالنسبة إلى الأخير.

و بالجملة: هو كلُّ عقدٍ تام صدر ممّن ليس له ملكية العقد و أمره و نفوذه.

قال الجَدّ العلامه التقي قدس سره: «المعروف بين الأصحاب أنه لو باع مال غيره من غير ولايه و لا و كاله وقف على الإجازة، فإن أجازة المالك أو مَنْ يقوم مقامه صحّ و إلا بطل و لا يقع باطلاً من أصله.

و قد حكى القول به عن القديمين (٤) و المفيد (٥) و السيّد (٦) و الشيخ في النهاية (٧) و

ص: ١٨٣

١-١ . راجع كتب اللغة منها: المصباح المنير / ٤٧٥.

٢-٢ . غايه المراد ٣/٣٧.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٤٦.

٤-٤ . نقل العلامه عن ابن الجنيد في المختلف ٥/٥٣ و عن ابن أبي عقيل فيه ٧/١١٩.

٥-٥ . المقنعه / ٦٠٦.

٦-٦ . الناصريات / ٣٣٠، مسأله ١٥٤.

٧-٧ . النهاية / ٣٨٥.

الديلمي (١) والقاضي (٢) والطوسي (٣) [و الحلي (٤)] و الحلبي (٥) و المحقق الكركي (٦) و السيوري (٧) و جماعه من المتأخرين (٨).

و قد حكى الشهره عليه جماعه منهم: السيوري في كتزالعرفان (٩) و الشهيد الثاني في المسالك (١٠) و الروضه (١١) و المحقق الأردبيلي (١٢) و صاحب الكفايه (١٣) و المفاتيح (١٤).

و ذكره بلفظ «عندنا» في مواضع من التذكره (١٥)، و هو يشير إلى الاجماع. و أسنده أخرى (١٦) إلى «علمائنا»، و هو أيضا ظاهر في دعوى الاتفاق عليه.

و ذهب الشيخ في الخلاف (١٧) و السيد ابن زهره في الغنيه (١٨) إلى بطلانه من أصله

ص: ١٨٤

- ١-١ . المراسم / ١٤٨.
- ٢-٢ . المهذب / ١٣٥٠.
- ٣-٣ . الوسيله / ٢٤٩.
- ٤-٤ . الشرائع / ٢٨، المختصر النافع / ١١٨.
- ٥-٥ . الكافي في الفقه / ٣٥٣ و ٣٥٢ و ٢٩٢.
- ٦-٦ . جامع المقاصد / ٤/٦٩ و ٨/٢٤٣.
- ٧-٧ . التنقيح الرائع / ٢/٢٥.
- ٨-٨ . نحو صاحبي الرياض / ٨/٢٢٢ و شرح القواعد / ٢/٧٢.
- ٩-٩ . كتزالعرفان / ٢/٣٤.
- ١٠-١٠ . المسالك / ٣/١٥٨، و في ٧/١٥٩: «بذهاب الأكثر إلى الصحه».
- ١١-١١ . الروضه البهيه / ٣/٢٢٩.
- ١٢-١٢ . مجمع الفائده / ٨/١٥٧.
- ١٣-١٣ . كفايه الأحكام / ١/٤٤٩.
- ١٤-١٤ . مفاتيح الشرائع / ٣/٤٧.
- ١٥-١٥ . تذكره الفقهاء / ١٠/١٩ و ٢١٥ و ٢١٨.
- ١٦-١٦ . تذكره الفقهاء / ١٠/١٥.
- ١٧-١٧ . الخلاف / ٣/١٦٨، ٤/٢٥٧.
- ١٨-١٨ . غنيه النزوع / ٢٠٧.

مدّعين عليه الإجماع. و به قال الحلي في السرائر (١)، و حكى القول به عن المبسوط (٢) و الديلمي في ظاهر المراسم (٣) و فخر الإسلام في الإيضاح (٤) و الشهيد في نكت الإرشاد (٥) و السيد الداماد (٦). و حكاه المقداد عن شيخه (٧). و هو الظاهر من المحقق الأردبيلي (٨) و المحدث الحر العاملي (٩). في التذكرة (١٠) أنه قول لنا فيه إشاره إلى قائله.

و الأظهر الأول (١١).

و كذلك لأجل تفصيل الأقوال راجع مفتاح الكرامه (١٢).

ص: ١٨٥

- 
- ١-١. السرائر ٢/٢٧٥ و ٤١٥.
  - ٢-٢. المبسوط ٢/١٥٨ و ٤/١٦٣.
  - ٣-٣. المراسم / ١٧٢.
  - ٤-٤. إيضاح الفوائد ١/٤١٦، ٣/٢٧.
  - ٥-٥. لم أجده في غايه المراد و لعلّه استفاد ذلك من نقد الشهيد على الاستدلال للصحة بأنّه عقد صدر من أهله في محلّه و قال: «و فيه نظر لأنّه من باب المصادرات». غايه المراد ٣/٤٠.
  - ٦-٦. نقل صاحب الحدائق ١٨/٣٧٧ عنه في رسالته الرضاعيه. المسماه بضوابط الرضاع (كلمات المحققين) ٥٦/.
  - ٧-٧. التنقيح الرائع ٢/٢٥ عن شيخه السعيد.
  - ٨-٨. مجمع الفائده ٨/١٥٨، زبده البيان / ٤٢٨.
  - ٩-٩. وسائل الشيعه ١٧/٣٣٣، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.
  - ١٠-١٠. تذكرة الفقهاء ١٠/١٤.
  - ١١-١١. تبصره الفقهاء ٣/٣٣٢ و ٣٣١.
  - ١٢-١٢. مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٠.



إشارة

قد استدلل على صحته بعدّه من الوجوه:

الوجه الأول: العمومات و الاطلاقات

الوارده في العقود نحو قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»<sup>(١)</sup> و العقد الفضولي عقد ينسب إلى مالكة بعد صدور الإجازة منه فيدخل في عموم الآية الشريفه.

وقوله تعالى: «تجارة عن تراض»<sup>(٢)</sup> و المعاملات الفضوليه تدخل في إطلاق الآية الشريفه بعد مجيء الإجازة من أربابها.

وقوله تعالى: «أحلّ الله البيع»<sup>(٣)</sup> و البيع الفضولي يدخل في إطلاق الآية الشريفه، لأنه بيع بعد قبول المالك له.

نعم، في العقود و التجارات و البيوع لابدّ من انتسابها إلى أوليائها، و الانتساب كما يتم بالمباشرة و الوكالة و الأذن السابق فكذلك يتم بالإجازة اللاحقه بلا ريب.

و لذا قال العلامة في الاستدلال على صحة بيع الفضولي: «لنا أنه بيع صدر من أهله في محلّه فكان صحيحاً، و أمّا صدوره من أهله فلصدوره من بالغ عاقل مختار و من جمع هذه الصفات كان أهلاً للإيقاعات، و أمّا صدوره في محلّه فلاّنه وقع على عين يصحّ تملكها و ينتفع بها و تقبل النقل من مالك إلى غيره، و أمّا الصحه فلتبوت المقتضى السالم عن معارضه كون الشئ غير مملوك للعاقده غير مانع من صحه العقد، فإنّ المالك لو أذن

ص: ١٨٦

١-١ . سورة المائدة /١.

٢-٢ . سورة النساء /٢٩.

٣-٣ . سورة البقره /٢٧٥.

قبل البيع لصحّ فكذا بعده، إذ لا فارق بينهما»<sup>(١)</sup>.

و اعترض عليه الشهيد و قال: «فيه نظرٌ لأنّه من باب المصادرات»<sup>(٢)</sup>.

و لعلّ مراده قدس سره: أن جملة: «بيع أو عقد صدر من أهله و وقع في محلّه» عين الدعوى و لذا الاستدل به يكون من المصادر في المطلوب.

ولكن ظهر ضعف اعتراض الشهيد رحمه الله حيث يدخل عقد الفضولي تحت العمومات و الإطلاقات كما مرّ.

و اعترض المحقّق الإيروانى رحمه الله على التمسك بالعمومات و الإطلاقات ب-: «القطع بخروج زمان ما قبل الاجازه من عقد الفضولى، فإنّه لم يقل أحد بوجوب الوفاء على المالك بأن يجيز العقد الصادر من الفضولى حتّى القائلين فى الاجازه بالكشف، و التمسك بالعموم بعد الاجازه مبنى على ثبوت عموم أزمانى فى العمومات، و ليس له وجود و قد اعترف به المصنّف»<sup>(٣)</sup> رحمه الله فى خيار الغبن»<sup>(٤)</sup>.

لا- يدعى الشيخ الأعمّ رحمه الله و المستدلّ بالعمومات شمولها للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها إلى زمان الاجازه بالمخصّص ثم دخوله فيها بعد الاجازه حتّى يكون محتاجا إلى ثبوت العموم الأزمانى، بل يدعى: «زمان الاجازه إنّما هو أوّل زمان صار العقد الفضولى مصداقا للعمومات الداله على صحه العقود»<sup>(٥)</sup>.

ص: ١٨٧

١-١ . مختلف الشيعة ٥/٥٤.

٢-٢ . غايه المراد ٣/٤٠.

٣-٣ . المكاسب ٥/٢٠٧.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٢١٥.

٥-٥ . كما فى مصباح الفقاهه ٤/٢١.

ورد في مسند أحمد عن عروه بن أبي جَعِيدِ البارقي قال: عرض للنبي صلى الله عليه وآله جَلَب (١) فأعطاني ديناراً وقال: أي عروه انت الجَلَب فاشتر لناشاه، فاتيتُ الجلب فساومتُ صاحبه فاشتريتُ منه شاتين بدينار، فجئتُ أسوقهما - أو قال: أقودهما - فلقيني رجل فساومني فأبيعه شاه بدينار فجئتُ بالدينار و جئتُ بالشاه، فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم. قال: و صنعتَ كيف؟ قال: فحدثته الحديث، فقال: اللهم بارك له في صفقه يمينه، فلقد رأيتني أقف بكناسه الكوفه فأربح أربعين ألفاً قبل أن أصل إلى أهلي - و كان يشتري الجوارى و يبيع - (٢).

الصَّفَقَةُ: ضرب اليد على اليد في البيع و البيعه، كذا قاله الخليل (٣).

و فيه: عن عروه البارقي أن رسول الله صلى الله عليه وآله بعث معه بدينار يشتري له أضحية و قال: مره أو شاه، فاشترى له اثنتين فباع واحده بدينار و أتاه بالأخرى، فدعا له بالبركه في بيعه، فكان لو اشترى التراب لربح فيه. (٤)

رواهما ابن الأثير في جامع الأصول (٥)، و صاحب التاج الجامع للأصول (٦).

الراوى و هو عروه مذکور فى كتاب «الإصابة فى تمييز الصحابه» و قال فى شأنه: «و حديثه مشهور و هو الذى دفع إليه النبى صلى الله عليه وآله ديناراً ليشتري به شاه» (٧).

أقول: روايه عروه وردت فى المستدرک عن أبى جعفر محمد بن على الطوسى صاحب الوسيله فى كتابه الثاقب فى المناقب: عن عروه بن أبى جعد البارقي قال: قدم

ص: ١٨٨

١- ١. الجَلَب: ما جُلِب من خيل و ابل و متاع إلى الأسواق للبيع. [لسان العرب ١/٢٦٨].

٢- ٢. مسند أحمد ٤/٣٧٦، و روى البيهقي نحوها فى السنن الكبرى ٦/١١٢.

٣- ٣. كتاب العين ٥٢٣/.

٤- ٤. مسند أحمد ٤/٣٧٥، و روى البيهقي نحوها فى السنن الكبرى ٦/١١٢.

٥- ٥. جامع الأصول ١٢/٢٨٩، ح ٩٢٣١ و ٩٢٣٢.

٦- ٦. التاج الجامع للأصول ٢/٢٢١.

٧- ٧. الإصابة فى تمييز الصحابه لابن حَجَرِ العسقلاني ٢/٤٧٦.

جَلَبْتُ، فأعطاني النبي صلى الله عليه وآله ديناراً، وقال: اشتر بها شاهاً، فاشتريت شاتين بدينار فلحقني رجلٌ فبعثتُ أحدهما منه بدينار، ثم أتيتُ النبي صلى الله عليه وآله بشاه ودينار، فردّه عليّ وقال: بارك الله لك في صفقه يمينك، ولقد كنتُ أقوم بالكناسه - أو قال: بالكوفه - فأربحُ في اليوم أربعين ألفاً. (١)

رواها في سنن الدار قطنى (٢)، و سنن الترمذى (٣).

و هناك روايه أخرى رواها شيخ الطائفة في أماليه بسنده المتصل عن حكيم بن حزام: أنّ النبي صلى الله عليه وآله بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار، و باعها بدينارين، فرجع فاشترى أضحية بدينار و جاء بدينار إلى النبي صلى الله عليه وآله و آله فتصدق به النبي صلى الله عليه وآله و دعا له أن يبارك له في تجارته. (٤)

و رواها البيهقي في سننه (٥).

و قال الشيخ في شأن حكيم بن حزام: «بن خويلد بن أسد، و هو ابن عمّ الزبير، و هو من المؤلفه قلوبهم، و مات سنه خمس و خمسين، يكنى أبا خالد. قال الواقدي، سنه أربع و خمسين و هو ابن عشرين و مائه سنه» (٦).

و أنت ترى بأنّ الروايات كلّها من طريق العامّة، ضعيفه الإسناد لا تزوى من طرقنا. و لذا قال الأردبيلي: «و معلوم عدم صحه الروايه» (٧) و صاحب الحدائق (٨) لا يراها حجه

ص: ١٨٩

١-١ . الثاقب في المناقب / ١١٢، ح ١٠٨ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ١٣/٢٤٥، ح ١، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢-٢ . سنن الدار قطنى ٣/١٠، ح ٢٩.

٣-٣ . سنن الترمذى ٣/٥٥٩، ح ١٢٥٨.

٤-٤ . أمالى الطوسى، المجلس الرابع عشر، ح ٣٨/٣٩٩، رقم ٨٩٠ و نقل عنه فى بحار الأنوار ١٠٠/١٣٦، ح ٤ (٤٢/٩٠).

٥-٥ . سنن البيهقى ٦/١١٣.

٦-٦ . أمالى الطوسى / ٤٠٠.

٧-٧ . مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥٨.

٨-٨ . الحدائق ١٨/٣٨١.

«وإن اشتهر نقلها في كتب الاستدلال حيث أنها عامية». هذا من جهة السند.

ولكن مع ذلك قال جدنا العلامة التقى رحمه الله: «رواه عروه البارقي المشهوره في كتب الأصحاب و قد رواها الفريقان و اعتضدت بالشهره العظيمه بين الفرقة... و لا مانع من ضعف إسنادها بعد انجبارها بما عرفت»(١).

و وصف قبله جدّ أولاده الشيخ جعفر حديث عروه ب-: «الذى أغنت مشهوريته و استفاضته عند الفريقين عن النظر في سنده»(٢).

و قال سيّد الرياض: «خبر البارقي العامي المشهور المجبور ضعفه... بالشهره العظيمه...»(٣).

و قال في الجواهر: «خبر عروه البارقي الذى أغنت شهرته عند الفريقين عن النظر في سنده... و المناقشه في سنده مدفوعه بما عرفت من الانجبار»(٤).

دلالة روايه عروه على بيع الفضولى تكون من جهتين:

الأولى: شِراءُ شاتين للنبي صلى الله عليه و آله مع أنه صلى الله عليه و آله أمره بشراء شاه واحده فقد خرج عن مورد الوكاله فصار شِراءُ فضوليا.

الثانيه: بيعه للواحد منهنما بعد الشراء، فإنه فضولِيٌّ، لِإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ توكيلٌ في البيع.

يرد على الأولى: إذا وَّكَّله صلى الله عليه و آله في شراء شاه واحده بدينار واحد، فبدلاله الفحوى أو الأولويه وَّكَّله في شراء شاتين بدينار واحد. أو أنّ الإذنَّ في شراء شاه واحده بدينار إذنَّ عرفا مطلقا في شراء شاتين به أو لأقل في ما إذا كان الدينار مساويا لقيمه شاتين.

و يجاب عنه: الزيادة في المثلن لا يدُلُّ عليه الفحوى بل ما يفتَضِيهِ الفحوى هو شراء شاه بنصف دينار، فما تقتضيه الأولويه و الفحوى هو شراء بالمثلن الأقل لا بالمثلن الأكثر. فيكون الشراء فضوليا.

ص: ١٩٠

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٤.

٢-٢ . رياض المسائل ٨/٢٢٣.

٣-٣ . شرح القواعد ٢/٧٧.

٤-٤ . الجواهر ٢٢/٢٧٦ (٢٣/٤٤٨).

قال فى الجواهر: «و الفحوى لا تجزى فى الوكاله قطعا - لعدم الإنشاء و عدم الرضا فعلاً - بل و لا فى إخراج العقد الفضوليه، بل أقصاها جواز الدفع و القبض و بها أقدم عروه عليهما، فلا إشكال حينئذ فى دلالة الخبر على المطلوب»(١).

و يرد على الثانيه: بأن عروه و كيل له صلى الله عليه و آله فى معاملاته أو مأذونا من قبله صلى الله عليه و آله أو يكون فى المقام ما يدل على إذنه صلى الله عليه و آله ، و ليس فى الروايه إلا حكاية الحال فلا عموم فيها.

قال الإيروانى: «قضيه عروه لاشتباهاها و احتمال مأذونيه عروه من النبى صلى الله عليه و آله فى أمر المعاملات و ما يرجع إلى السوق لاتصلح للاستدلال بها فلا وجه لإتعاب النفس فيها»(٢).

و تبعه المحقق السيّد الخوئى و قال: «إن كون الصادر من عروه فضوليا... متوقف على عدم كونه و كياً مطلقاً و مفوضاً من النبى صلى الله عليه و آله فى أمر شراء الشاه أو مطلقاً الذى سُمى فى لغة فارس بكلمه «و كيل خرج» و من المحتمل أن يكون هو كذلك و عليه، فلا- يمكن الاستدلال بالروايه على صحه بيع الفضولى إذ لا- قرينه فى الروايه و لا- من الخارج على كون البيع الصادر من عروه فضوليا»(٣).

و تبعهما فى العقد النضيد و قال: «إن قضيه عروه مجمله لاحتمال كون عروه و كياً مفوضاً بأن كان قد وكله رسول الله صلى الله عليه و آله و أعطاه الاختيار التام فى إنشاء البيع و المعامله، و حينئذ يصح ما قام به من البيع و القبض و الإقباض و ذلك من جهه و كالتة عنه لا من جهه الرضا المتأخر»(٤).

و يجاب عنه: و كالتة عنه صلى الله عليه و آله فى مطلق المعاملات أو كونه مأذونا فيه كذلك مخالف لظاهر الروايه و فهم الأصحاب قدس سرهم ، قال الجد التقى: «و الاحتجاج إنما هو الظاهر المُنجبرُ بفهمهم»(٥).

ص: ١٩١

١-١ . الجواهر ٢٢/٢٧٧ (٢٣/٤٤٩ من طبع جماعه المدرسين).

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٢١٦.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٤/٢٥.

٤-٤ . العقد النضيد ٣/١٨.

٥-٥ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٥.

وقال صاحب الجواهر: «ظاهر الخبر كون المحكى تمام ما وقع من النبي صلى الله عليه وآله وعروه، على أن الأصل عدم غيره» (١).

وبما ذكرنا ظهر الجواب عن مناقشه أخرى و هي: كَوْنُ عروه عالما برضاه صلى الله عليه وآله من الفحوى و لذا تصدّى لدفع العوض لأنه حرام بدون العلم، و إذا جاء العلم يمكن الاكتفاء به فى صحه التصرف و أنه يقوم مقام التوكيل فيخرج به عن البيع الفضولى.

يظهر الجواب من مقاله صاحب الجواهر رحمه الله الماضيه آنفا و ما مرّ من أن العلم بالرضا و مجرد الفحوى يفيدان إباحه التصرف غير الناقله فى مال الغير، و أما النقل و الانتقال و المعاملات فَتَحْتَاجُ إِلَى الإجازة و الإذن الخَارِجِيْنِ و هما مفقودان فى المقام، و قيام العلم بالرضا مقام التوكيل فى التصرفات الناقله بحيث لا يحتاج معه إلى الإذن و الإجازة، لا يدل عليه دليل، بل الدليل على خلافه.

نعم، غايه الأمر هذا العلم بالرضا و فحوى الإذن الأوّل يصححان دفع العوض و القبض و الإقباض فى مال الغير، يخرجانه من عدم الجواز، ولكنهما لا يقومان مقام الإذن و الاجازة التى تصحح البيع الفضولى و كذلك لا يقومان مقام التوكيل كما مرّ.

لا- يقال: العلم بالرضا يكفى فى مجرد الإباحه دون البيع الناقل للعين، فعمل عروه هو مجرد إباحته التصرف فى شاه للغير لا البيع الناقل.

لأننا نقول: الظاهر من قوله صلى الله عليه وآله : «بارك الله فى صفقه يمينك» هو البيع الناقل لا الإباحه فى التصرف فقط، كما فهمه معظم الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - كذلك.

و المدار فى الأدله ظاهرها لاسيما إذا كان منجبرا بفهم الأصحاب قدس سرهم .

و بما ذكرنا يظهر عدم تماميه مقاله الشيخ الأعظم حيث يقول: «إنّ الظاهر علم عروه برضا النبي صلى الله عليه وآله بما يفعل و قد أقبض المبيع و قبض الثمن، و لا ريب أنّ الإقباض و القبض فى بيع الفضولى حرام، لكونه تصرفا فى مال الغير، فلا بدّ إمّا من التزام أنّ عروه فعل الحرام فى القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبي صلى الله عليه وآله . و إمّا من القول بأنّ البيع الذى يعلم بتعقّبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناءً على كون الإجازة

ص: ١٩٢

فيدور الأمر بين ثالث و هو جعل هذا الفرد من البيع - و هو المقرون برضا المالك - خارجا على الفضولى... و رابع و هو علم عروه برضا النبى صلى الله عليه و آله بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن و علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة... ولكن الظاهر هو أول الوجهين [أى الثالث] كما لا يخفى»(١).

ثم احتمال (٢) فى المقام احتمالا - خامسا و هو المعاطاه المفيده للإباحه لا الملك لأن المناط فيها هو مجرد الرضا و وصول كل من العوضين إلى الآخر بأى نحو ولو كان -الواصل- صبيا أو حيوانا، و ليس هذا معامله الفضولى بل الفضولى هنا فقط صار آله فى الإيصال و العبره برضا المالك المقرون به.(٣)

وجه الظهور: علم عروه البارقي برضا النبى صلى الله عليه و آله يصحح إقباض المثلث و قبض الثمن فلا يرتكب حراما، و البيع و كذا الشراء قبله يكونان فضوليين يحتاجان إلى إجازة النبى صلى الله عليه و آله ، و أجازة صلى الله عليه و آله بالدعاء له، فالروايه تدل على صحه بيع الفضولى من دون احتياج إلى محتملات الشيخ الأعظم رحمه الله مضافا إلى ضعف جميعها: أما الأولان: فقد ورد ضعفهما فى كلام الشيخ الأعظم فلا أعيد.

و أمّا الثالث: فإنّ البيع الفضولى لا يخرج علم الفضول برضا المالك عن الفضوليه، لما مرّ من أنّ التصرفات الناقله تحتاج إلى الاستناد إلى المالك و هو لا يتم إلا بالوكاله أو الإذن أو الإجازة، و لا يكفى فيها الرضا. نعم، الرضا يصحح التصرفات غير الناقله، فلا يتم هذا الاحتمال.

و كذلك يراها المحقق الخراسانى(٤) من الفضولى فى ما عقد على ملك الغير ولو كان عالما برضايته.

و أمّا الرابع: فيتّم فى مقام الثبوت و أمّا فى مقام الإثبات علم عروه برضا

١-١ . المكاسب ٣/٣٥١.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٥٢.

٣-٣ . راجع مصباح الفقاهه ٤/(٢٧-٢٥).

٤-٤ . حاشيه المكاسب / ٥٣.



النبى صلى الله عليه وآله يصحح قبضه المثلن فى الشراء و إقباضه المثلن فى البيع أيضا، و أمّا بالنسبه إلى البائع فى شرائه و المشتري فى بيعه حيث لم يرد فى روايته علمهما بأنّ الشراء و البيع فضوليان فإنّهما يعاملان مع عروه، و تَكُونُ المعامله من جانبهما أصيلين تامين (١)، و لذا قبض البائع الدينار من عروه و المشتري الشاه منه. و بالجمله علمهما بالفضوليه و جعلهما عروه أمينا على المثلن فى الشراء، و المثلن فى البيع فدون إثباتهما خرط القتاد.

مضافا إلى ما مرّ من صاحب الجواهر قدس سره من: «ظاهر الخبر كون المحكى تمام ما وقع من النبى صلى الله عليه وآله و عروه، على أنّ الأصل عدم غيره» (٢).

و بما ذكرنا ظهر عدم تماميه تطبيق شيخنا الاستاذ (٣) قدس سره الروايه على الاحتمال الرابع فى كلام الشيخ الأعظم رحمه الله . و إن كان هذا المحتمل يوافق صحه بيع الفضوليه.

و قال المحقق الهمدانى رحمه الله: «يمكن أن يقال: إنّه لا يحتاج إلى علم المشتري بكونه فضوليا و استيمانه بل يكفى علم عروه - لو كان عالما- بأنّ المشتري كان راضيا بالبيع على أىّ حال ولو كان فضوليا، أنّه يكون راضيا بتصرف عروه فى ماله قبل انتقاله إلى النبى صلى الله عليه وآله» (٤).

و أمّا الخامس: فبعد قبول جريان الفضوليه فى المعاطاه لأنّها عندنا بيع كما مرّ مفصلاً فى بحثها لا يضر هذا الاحتمال بالاستدلال و صحه الفضوليه، ولكن لم يرد فى الروايه ما يدلّ على أن فعل عروه كان معاطاه. بل ورد فيها كلمتا: «اشتريت» و «فأبيعه» و أنّهما غير ظاهرين فى المعاطاه لو لم نقل بأنّهما ظاهرتان فى غيرها، لا- سيما إذا كان ذلك الغير على نحو آله إيصال مضافا إلى مخالفته لفقره: «بارك الله فى صفقه يمينك» لأنّ عروه

ص: ١٩٤

١- ١. و جدت بعد كتابه هذا البيان فى حاشيه الأصفهاني ٢/٨٤ حيث يقول: «و أمّا قبض المثلن من المشتري فيكفى فى جوازه رضا المشتري فعلاً لإعتقاده أصله عروه و تماميه المعامله و إن تخلف عن الواقع، لأنّ تخلف الدواعى لا يضرّ بالرضا الفعلى».

٢- ٢. الجواهر ٢٢/٢٧٦ (٢٣/٤٤٩).

٣- ٣. إرشاد الطالب ٣/٢٩٣، طبعه عام ١٤٣١ق.

٤- ٤. حاشيه المكاسب ١٩٧.

إذا كان آله إيصال فلا يتم هذا التبريك.

و دعوى أنّ الغالب في المعاملات هو المعاطاه في ذاك الزمان مضافا إلى جزافيتها، أنّ هذه الغلبه - لو سلمناها - لا تفيد إلاّ الظن و هو لا يغنى من الحقّ شيئا كما يظهر هذا الأخير من المحقق السّيّد الخوئي (١).

ولذا قال السّيّد اليزدي بالنسبه إلى هذا الاحتمال: لم أفهم وجه هذا الدعوى، و لم أدر من أين هذا الظهور (٢).

و العجب من المحقق السّيّد الخوئي حيث يقول في ضمن مناقشاته الشيخ الأعظم ب-: «أنّ ما صدر من عروه قضيه شخصيه واقع في مورد خاص و لم يعلم جهتها، فلا يمكن الاستدلال بها على صحه البيع الفضولي و إن أصرّ عليه جمع من الفقهاء، و لا حملها على الكبرى المتقدمه» (٣).

مراده من الكبرى المتقدمه خروج العقد الصادر من الأجنبي مع العلم بالرضا الباطني للمالك عن الفضوليه.

و أمّا الإجابة عنه: بأنّ «كونها قضيه في واقعه غير مانع عن الاستدلال به بعد ظهوره فيما هو المراد كما في نظائره» (٤).

فَعَجِبْتُ لِأَنَّ الْمُنَاقَشَ لَا يَرَى ظُهُورَ الرِّوَايَةِ فِي الْفُضُولِيِّ.

و الحاصل: روايه عروه البارقي تدلّ على صحه بيع الفضولي بعد ما مرّ من الإجابة عن الإشكالات الوارده عليها عندنا، خلافا لجماعه من المُحَشِّينَ على المكاسب (٥) و الفاضل النراقي (٦) حيث يراها ضعيفه سندا و دلالة.

ص: ١٩٥

١-١ . مصباح الفقاهه ٤/٢٦.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/١١٠.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٤/٢٦.

٤-٤ . أنوار الفقاهه ١/٢٨٠.

٥-٥ . نحو: الإشكوري في بغية الطالب ١/٣٤٥، و السّيّد اليزدي ٢/١١٠، و الشهيدي ٣/٢١ و ٢٢، و الإيرواني ٢/٢١٦، و السّيّد

الحكيم ٣٥١/، و السّيّد القمي ٢/٢٨٥.

٦-٦ . مستند الشيعة ١٤/٢٧٥.

التي رواها المشايخ الثلاثة (١) بأسناد صحاح (٢) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (٣) عليه السلام قضى أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاما، ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني.

فقال: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذابنه الذي باعك الوليده حتى يُنفذ لك البيع، فلما أخذه قال له أبوه: أرسل ابني، قال: لا و الله، لا أرسل إليك ابنيك حتى تُرسل ابني، فلما رأى ذلك سيده الوليده، أجاز بيع ابنه. (٤)

قد مرّ البحث حول هذه الصحيحه في بحث المقبوض بالعقد الفاسد (٥)، و حول الموهنات الواردة حولها في بحث بيع المكروه (٦)، فلا نعيد.

و أما الاستدلال بها على صحة بيع الفضولي فيقع في فقرتين منها:

الأولى: ما ورد في كلام أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «خُذَابْنُهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيدَةَ حَتَّى يُنْفَذَ (٧) لَكَ الْبَيْعَ».

الثانية: قول أبي جعفر عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيده الوليده أجاز بيع ابنه».

ولكن هنا إشكالان مشهوران في الاستدلال بها على صحة بيع الفضولي لابد من التعرض بهما و الجواب عنهما:

ص: ١٩٦

١-١ . الكافي ١٠/٢٠٩، ح ١٢ (٥/٢١١)، الفقيه ٣/٢٢٢، ح ٣٨٢٦، التهذيب ٧/٤٨٨، ح ١٩٦٠ و ٧/٧٤، ح ٣١٩، و الاستبصار ٣/٢٠٥، ح ٧٣٩ و ٣/٨٥، ح ٢٨٨.

٢-٢ . نعم، أحد سندی الشيخ في التهذيب ٧/٤٨٨، ح ١٩٦٠ موثق بعلي بن الحسن بن فضال.

٣-٣ . نقلت نص الحديث من نقل الكليني في الكافي الشريف.

٤-٤ . وسائل الشيعه ٢١/٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

٥-٥ . الآراء الفقيهيه ٤/٤١٣.

٦-٦ . راجع صفحه ١٥٧ من هذا المجلد.

٧-٧ . في الاستبصار، ح ٧٣٩ «حتى ينقد»، و كذا احدي طبعات الكافي.

تقريب الاشكال: فى الصحيحه عدّه أمور ظاهرها ردّ سيد الوليده بيع ابنه:

منها: قوله عليه السلام: «الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها». لأنّ هذا الحكم لا يصح إلا بعد الردّ.

و منها: قوله عليه السلام: «ثم جاء سيدها الأوّل فخاصم سيدها الآخر». لأنّ المخاصمه لو لم أقل بأنّها بعد الردّ لأقل من أنّها ظاهره فى الردّ.

و منها: مناقشه المشتري للإمام عليه السلام و جوابه عليه السلام له: «خذ ابنه الذى باعك الوليده». لأنّ المناشده و علاج الإمام عليه السلام لا يكون إلا بعد الرد.

و إذا ردّ سيد الوليده بيع ابنه الفضول فليس له الاجازة بعد الردّ إجماعاً(١)، فلا بدّ إمّا من حمل الصحيحه و الاجازة الوارده فى آخرها على البيع الجديد - و هو خلاف الظاهر - أو من حملها على قضاء أمير المؤمنين عليه السلام و حيله فيها التى كان يتوسل بها إلى ظهور ما هو الواقع - كما عن العلامة المجلسى(٢) رحمه الله - أو من حمله على قضيه شخصيه فى واقعه بحيث لا يمكن استفادة الحكم العام منها - كما عن المحقّق الخوئى(٣) قدس سره - .

جوابه: لم يكن فى الصحيحه ما يدلّ على ردّ المالك للبيع، نعم لم يكن راضياً بالبيع كما يظهر ممّا مرّ فى الاشكال و عدم الرضايه غير الردّ، لأنّ الردّ هو فسخ العقد و حلّه و رفضه كما عليه المحقّق الاصفهانى(٤) رحمه الله، أو «يكون متردداً فى البيع من جهه ما يترتب عليه من مطالبه من ابنه و تعاسره إيّاه، فإن رأى سهوله الخطب رده، و إلاّ أجازه ليخلص ابنه حسبما صدر منه اخيراً بعد تعاسر المشتري إيّاه»، كما عليه المحقّق التقى(٥) قدس سره .

ص: ١٩٧

١-١ . كما عن المحقّق التقى فى تبصره الفقهاء ٣/٣٣٦.

٢-٢ . راجع مرآه العقول ١٩/٢٣٨.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٤/٣٤.

٤-٤ . راجع حاشيته للمكاسب ٢/٨٦.

٥-٥ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٧.

و الإشكال (١) على الأصفهانى بأن مفهوم الردّ يكون غير الحلّ، و الردّ يباين الإجازة و الحلّ يباين العقد، الإجازة كما يمكن أن تكون باللفظ يمكن أن تكون بالفعل و كذلك الردّ، لا يثمر لأنّ الردّ و إن يقابل الإجازة، و الحلّ مع العقد، فالمفهوم (الرد و الحلّ) مختلفان، ولكن فى بيع الفضولى و عند عامه الناس يستعملان بمعنى واحد، فإن أجاز انعقد البيع و إن ردّ انحل. نعم، الإجازة تتحقّق بالقول و الفعل معا.

و الحاصل: المالك يكون غير راض بالبيع أو مترددا فيه ولكن بعد ما وقع رضى به أو رفع تردده و أجاز البيع، و الشاهد على بقاء البيع على ما كان عليه من فضوليته بعد أخذ الوليدة و المخاصمه و المناشده قوله عليه السلام: «حتى يُنفذ» و «أجاز بيع ابنه». الظاهران فى نفوذ بيع ابنه الفضول و إجازة المالك له.

الإشكال الثانى: اشتمال الصحيحه على أمور لا يقولون بها

قد مرّ فى الموهنات (٢) سته منها و جوابها فلا نعيد، ولكن نضيف هنا:

أولاً: شمولها على ما لا يقولون بها، لا يمنع من العمل بالصحيحه فى غيرها لما ثبت فى محلّه من إمكان التبعض فى الحجّيه.

و ثانيا: الحكم بأخذ ولد المشتري لا يكون من جهه رقيته للشبهه بل من جهه تقويمه و قبض ثمنه، و أخذ المشتري ولد المالك لأجل المطالبه بالثمن الذى دفعه إليه للوليدة، و كذلك مرّ جواب الباقي من الموهنات.

و ثالثا: إنّ مولانا الإمام أمير المؤمنين عليه السلام اختار فى قضايا بعض الطرق غير المتعارفه لكشف الواقع المتلبس على عامه الناس - كما مرّ عن العلامة المجلسى (٣) رحمه الله و ما ورد فى هذه الصحيحه يكون من هذه الطرق و الأساليب غير المتعارفه فلا يمكن أن يُعد هذا من الموهنات بل الكلّ يتعلّمون منه القضاء و أحكامه و قال رسول الله صلى الله عليه و آله فى

ص: ١٩٨

١-١. كما فى العقد النضيد ٣/٥٦.

٢-٢. راجع صفحه ١٥٧ من هذا المجلد.

٣-٣. مرآه العقول ١٩/٢٣٨.

شأنه: «أقضاكم عليّ» (١).

و بالجملة: بعد دفع الإشكاليين يمكن استفادته صحه بيع الفضولي من هذه الصحيحه كما عليه جلّ الأصحاب (٢) - قدس الله أسرارهم - .

ص: ١٩٩

- 
- ١-١ . الغدير ٣/٩٦، الاستيعاب ٢/٤٦١، فتح الباري ١٠/٤٨٧، شرح نهج البلاغه ٧/٢١٩ لابن أبي الحديد، الجامع الصغير ١/٥٨، فيض القدير ١/٢٨٥، مطالب السؤل ٢٣/، مواقف القاضى الإيجى ٣/٢٧٦.
- ٢-٢ . منهم: الشيخ جعفر فى شرح القواعد ٢/٨٠، و سيد الرياض فيه ٨/٢٢٤، و العلامه التقى فى تبصره الفقهاء ٣/٣٣٦، و صاحب المقابس فيه كتاب البيع ٢٣/ و صاحب الجواهر فيه ٢٢/٢٧٧ (٢٣/٤٤٩) و الشيخ الأعظم فى المكاسب ٣/٣٥٤ و ٣/٣٥٥.

## الوجه الرابع: فحوى مادّل على صحه نكاح الفضولى

تَمَسَّكَ جَمَاعَةٌ من الفقهاء بفحوى الروايات الداله على صحه نكاح الفضولى، على صحه بيع الفضولى نحو أصحاب غايه المراد (١) و غايه المرام (٢) و شرح القواعد (٣) و الرياض (٤) و المناهل (٥) و المقابس (٦) و تبصره الفقهاء (٧) و المفتاح (٨) و الجواهر (٩) و المكاسب (١٠).

و بالإجماعات المنقوله فى صحه نكاح الفضولى كما عن الشريف المرتضى (١١) مطلقا - أى فى الحرّ و العبد - و ابن ادريس (١٢) فى الحر خاصه و تبعه الشهيد (١٣)، و الشيخ (١٤) فى العبد خاصه. و كذلك حكاهما أصحاب الكتب الماضيه مطلقا منضمًا إلى الفاضل الأصبهاني (١٥).

مع العلم بأن الاحتياط فى الفروج آكد و الأمر فيها أشدّ كما ورد فى حسنه العلاء

ص: ٢٠٠

- ١-١ . غايه المراد ٣/٤١.
- ٢-٢ . غايه المرام ٢/١١.
- ٣-٣ . شرح القواعد ٢/٧٤.
- ٤-٤ . رياض المسائل ٨/٢٢٣.
- ٥-٥ . المناهل ٢٨٧/.
- ٦-٦ . مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٦/.
- ٧-٧ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٣.
- ٨-٨ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٢.
- ٩-٩ . الجواهر ٢٢/٢٧٦ (٢٣/٤٤٧).
- ١٠-١٠ . المكاسب ٣/٣٥٦.
- ١١-١١ . الناصريات ٣٣٠/، مسأله ١٥٤.
- ١٢-١٢ . السرائر ٢/٥٦٥.
- ١٣-١٣ . غايه المراد ٣/٤١.
- ١٤-١٤ . الخلاف ٤/٢٦٦، مسأله ١٨.
- ١٥-١٥ . كشف اللثام ٧/١٠٢.

ابن سيابه عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في حديث: إنَّ النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد،  
الحديث.(١)

و في صحيحه شعيب الحداد قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل من مواليك يقرؤك السلام و أراد أن يتزوَّج امرأه و قد وافقته و أعجبه بعض شأنها، و قد كان لها زوج فطلقها على غير السنه، و قد كره أن يقدم على تزويجها حتَّى يستأمر ك فتكون أنت تأمره، فقال أبو عبدالله عليه السلام: هو الفرج و أمر الفرج شديد و منه يكون الولد و نحن نحتاط فلا يتزوَّجها.(٢)

و إذا تمَّ نكاح الفضولي بما ورد في الروايات الآتية و الإجماعات المحكيه و كان الأمر فيها أشدَّ بالنسبه إلى البيع و غيره فيدل الفحوى بالصحه فيه.

و هذا الفحوى - و هو قياس الأولويه - و ان لم يكن من دلالة اللفظ ولكنَّه حجه عند الأكثر كما يستفاد ذلك من فروعهم من مقامات لا تحصى.(٣)

و لذا قال الشهيد رحمه الله: و «تكلَّفُ الفرقِ النظري بينهما - أي بين النكاح و البيع - فيه ما فيه، بل الاحتياط في الفروج أولى»(٤).

و قال سيّد الرياض في كتاب النكاح: «و من هذه الأخبار - و إن اختصَّ مواردُها بالنكاح - يستفاد جواز الفضولي في سائر العقود بفحوى الخطاب؛ للاتِّفاق فتوى و روايه على شدّه أمر النكاح، و عدم جواز المسامحه فيه بما ربما يتسامح في غيره، فإذا جاز الفضولي في مثله جاز في غيره بطريق أولى، كما لا يخفى على أولى البصيره و النّهى»(٥).

ص: ٢٠١

١-١ . وسائل الشيعه ١٩/١٦٣، ح ٢، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكاله، و وسائل الشيعه ٢٠/٢٥٩، ح ٣، الباب ١٥٧ من أبواب مقدمات النكاح.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٥٨، ح ١، الباب ١٥٧ من أبواب مقدمات النكاح.

٣-٣ . كما عن صاحب مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٢.

٤-٤ . غايه المراد ٣/٤١.

٥-٥ . رياض المسائل ١١/١٠٤.



و أما الروايات الداله على صحه نكاح الفضولى فى الحرّ و العبد فإنّها كثيرة نذكر لك بعضها:

فمنها: مضمرة و صحيحه محمّد بن اسماعيل بن بزيع قال: سأله رجل عن رجل مات و ترك أخوين و ابنه، و البنت صغيره فعمد أحد الأخوين الوصى فزوج الابنه من ابنه، ثم مات أبو الإبن المزوج فلما أن مات قال الآخر: أخى لم يزوج ابنه فزوج الجاربه من ابنه، فقيل للجاربه: أى الزوجين أحب إليك: الأول أو الآخر؟ قالت: الآخر.

ثم إنّ الأخ الثانى مات، و للأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوج فقال للجاربه: اختارى أيهما أحب إليك: الزوج الأول أو الزوج الآخر؟

فقال: الروايه فيها أنّها للزوج الأخير و ذلك أنّها تكون قد كانت أدركت حين زوجها و ليس لها أن تنقض ما عقده بعد إدراكها! (١)

الصحيحه مضمرة و ابن بزيع و إن أدرك الأئمه الكاظم و الرضا و الجواد عليهم السلام ولكن الظاهر أنّ الروايه من الإمام الكاظم عليه السلام لأنّ ابن بزيع كان من موالى أبى جعفر المنصور و هو كان معاصرا للإمام الكاظم عليه السلام و الإضمار يكون للتيقنه التى ابتلى بها ابن بزيع فلا يضربها مضافا إلى جلالته و أنّه لم يرو من غير المعصوم.

و لعلّ كلمه «ابنه» فى فقره: «قال الآخر: أخى لم يزوج ابنه» تكون تصحيفا لـ «ابنته»، فيكون كلّ من الأخوين المتوفيين زوج الإبنه لابنه، فيكون التزويجان فضولين.

و اختارت الإبنه الزوج الأخير و قرره الإمام عليه السلام، ولكن علله ضمنا بأنّه إن كان الثانى فضوليا أجازها و تصرّحا بأن كان فى زمن بلوغها فكان ياذنها من حين العقد.

و منها: معتبره محمّد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض بنى عمى إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام: ما تقول فى صبيّه زوجها عمّها، فلما كبرت أبت التزويج، فكتب لى: لا تكره

ص: ٢٠٢

---

١- ١ . الكافى ١٠/٧٦٣، ح ٣ (٥/٣٩٧)، التهذيب ٧/٣٨٧، ح ٣٠، عنهما فى وسائل الشيعه ٢٠/٢٨٢، ح ١، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح.

على ذلك و الأمر أمرها. (١)

و منها: صحيحه أبي عبيده قال: سألتُ أبا جعفر عليه السلام عن غلامٍ و جارِيهِ زَوْجُهُمَا وَلِيَانِ لهُمَا و هما غير مدركين.

قال: فقال: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟

قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى.

قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أثرته؟

قال: نعم، يعزل ميراثها منه، حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟

قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك.

قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية. (٢)

عزل ميراث الجارية المتروجه - من زوجها الصغير الذى بلغ و أجاز نكاح وليه ثم مات - حتى تدرك و أجازت نكاح وليها و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضا بالتزويج، ثم اعطائها الميراث و نصف المهر، يدل على صحة نكاحها الفضولى من حين العقد بعد إجازتها.

و منها: موثقه الفضل بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام - فى حديث - قال: إذا زوج الرجل ابنه فذاك إلى ابنه، و إذا زوج الابن جاز. (٣)

ص: ٢٠٣

١- ١. وسائل الشيعه ٢٧٦/٢٠، ح ٢، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح.

٢- ٢. وسائل الشيعه ٢١٩/٢٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٣- ٣. وسائل الشيعه ٢٧٧/٢٠، ح ٤، و ٢٨٧/٢١، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب المهور.

فى المطبوعه من الكافى «إلى أبيه» بدل «إلى ابنه» ولكن فى بعض نسخه (١) و التهذيب (٢) و الوافى (٣) «إلى ابنه» و الاستدلال مبنئى على قرأه «ابنه».

و منها: خبر محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنّه سأله عن رجل زوّجته أمّه و هو غائب؟ قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوّج قبل، و إن شاء ترك المتزوّج تزويجه فالمهر لازم لأمّه. (٤)

الروايه ضعيفه الإسناد باسما عيل بن سهل لأنّ النجاشى قال فى شأنه: «ضعفه أصحابنا» (٥).

و منها: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوكه بين رجلين زوّجها أحدهما و الآخر غائب، هل يجوز النكاح؟ قال: إذا كره الغائب لم يجر النكاح. (٦)

سند الشيخ فى التهذيب ٨/٢٢٠، ح ٧٠٤ مرسل لأنّه لم يذكر سنده إلى محمّد بن أحمد بن اسماعيل الهاشمى العلوى فى مشيخته و سند الحميرى أيضا ضعيف بعبدالله بن الحسن بن على بن جعفر على المشهور، ولكن رواها على بن جعفر فى كتابه و لصاحب الوسائل طريق صحيح إلى كتابه و لذا عبرنا عن الروايه بالصحيحه.

و منها: خبر عبيد بن زراره عن أبى عبدالله عليه السلام فى عبد بين رجلين زوّجه أحدهما و الآخر لا يعلم، ثمّ أنّه علم بعد ذلك، أنّه أن يفرّق بينهما؟ قال: للذى لم يعلم و لم يأذن أن يفرّق بينهما و إن شاء تركه على نكاحه. (٧)

ص: ٢٠٤

- 
- ١-١ . كما ذكرها فى هامش الكافى ١٠/٧٧١ طبع دارالحديث.
  - ٢-٢ . التهذيب ٧/٣٨٩.
  - ٣-٣ . الوافى ٢١/٤١٥.
  - ٤-٤ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٨٠، ح ٣، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح.
  - ٥-٥ . رجال النجاشى ٢٨/، رقم ٥٦.
  - ٦-٦ . وسائل الشيعه ٢١/١٩٠، ح ١، الباب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد و الأماء.
  - ٧-٧ . وسائل الشيعه ٢١/١١٦، ح ١، الباب ٢٥ من أبواب نكاح العبيد و الأماء.

الروايه ضعيفه بعبد العزيز بن عبدالله العبدى لأن النجاشى (١) ضعفه.

ولكن الشيخ الأعظم (٢) رحمه الله ناقش فى هذه الفحوى بالنص الوارد فى الردّ على العامه الذين فرّقوا بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه حيث أنّهم ذهبوا إلى الصحه فى البيع مستدلّاً بأنّ المال له عوض، و إلى البطلان فى النكاح لأنّ البضع ليس له عوض. ولكن فى النص ردّ الإمام عليه السلام عليهم بأنّ مقتضى الاحتياط فى النكاح لتكُون الولد منه هو الصحه و هو أولى بالاحتياط فيحكم بصحته، فحينئذ صار الاستدلال على عكس الفحوى المذكوره بأنّ فى كلّ مورد صحّت المعامله المالىه صح النكاح و لا عكس، و الفحوى مبدئيّه على عكسه فلا يتم.

و بعباره أخرى: النص يدل فى كلّ مورد صحّت المعاملات المالىه صحّ النكاح، فالبيع أصل و النكاح فرع و لا يمكن إثبات حكم الأصل بإثباته فى الفرع. و الفحوى المذكوره على عكسه تقول بأنّ لو صح النكاح لصحت المعاملات المالىه فالنكاح أصل و البيع فرع، و أنت ترى بأنّ النص يعارض الفحوى المدعاه.

و أما النص: فَهُوَ ماجاء فى حَسَنِهِ الْعَلَاءِ بْنِ سِيَابِهِ قَالَ: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأه و كُتِلَ رجلاً بأن يزوجه من رجل فقبل الوكاله فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوجه، ثمّ إنّها أنكرت ذلك الوكيل و زعمت أنّها عزلته عن الوكاله فأقامت شاهدين أنّها عزلته، فقال: ما يقول من قبلكم فى ذلك؟

قال: قلت: يقولون: ينظر فى ذلك فإن كانت عزلته قبل أن يزوجه فالوكاله باطله و التزويج باطل، و إن عزلته و قد زوجه فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل، و على ما اتفق معها من الوكاله إذا لم يتعدّ شيئاً ممّا أمرت به و اشترطت عليه فى الوكاله.

قال ثمّ قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها و لم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم، يزعمون أنّها لو و كُتِلَ رجلاً و أشهدت فى المأ و قالت فى المأ (٣):

ص: ٢٠٥

١-١ . رجال النجاشى /٢٤٤، رقم ٦٤١.

٢-٢ . المكاسب ٣/٢٥٦ و ما بعده.

٣-٣ . فى المطبوعه من وسائل الشيعه، طبعه آل البيت ١٩/١٦٣: «النمأ».

أشهدوا أنّي قد عزلته، أبطلت وكالته بلا أن يعلم بالعزل و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، و في غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، و يقولون: المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

فقال عليه السلام : سبحان الله ما أجور هذا الحكم و أفسده إنَّ النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد، إنَّ عليا عليه السلام أتته امرأه استعدته(١)(٢) على أخيها: فقالت: و كَلْتُ أُخِي هَذَا بَأْنِ يَزُوْجِنِي رَجُلًا و أشهدتُ له ثمَّ عزلته من ساعته تلك، فذهب فزوَّجني ولى بينه أنّي عزلته قبل أن يزوَّجني فأقامت البينه، فقال الأخ: يا أمير المؤمنين إنّها و كَلتني و لم تُعلمني أنّها عزلتني عن الوكالة حتّى زوّجتها كما أمرتني.

فقال عليه السلام لها: ما تقولين؟ قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين، فقال لها: ألك بينه بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون، قال لهم: ما تقولون؟ قالوا: نشهد إنّها قالت: اشهدوا إنّني قد عزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلانا و إنّني مالكة لأمرى قبل أن يزوَّجني فلانا، فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر؟ قالوا: لا، قال: فتشهدون أنّها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة؟ قالوا: لا.

قال: أرى الوكالة ثابتة و النكاح واقعا، أين الزوج؟ فجاء، فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها.

قالت: يا أمير المؤمنين أحلفه أنّي لم أعلمه العزل و أنّه لم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح.

فقال: و تحلف؟ قال: نعم يا أمير المؤمنين فحلف و أثبت و كالته و أجاز النكاح.(٣)

أقول: عبّرتُ عن الرواية بالحسنه لأنَّ سند الصدوق إلى العلاء بن سيباه صحيح، و قد روى عنه أصحاب الإجماع نحو أبان بن عثمان و محمّد بن أبي عمير و غيرهما و له

ص: ٢٠٦

١-١ . في المطبوعه من وسائل الشيعه، طبعه آل البيت: «تستعديه».

٢-٢ . استعداه: استغائه و استنصره. [قاموس اللغه].

٣-٣ . الفقيه ٣/٨٤، ح ٣٣٨٣، التهذيب ٦/٢١٤، ح ٥، و نقل عنهما في وسائل الشيعه ١٩/١٦٣، ح ٢، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكاله.

١٩ روايه فى الكتب الأربعة فلا يبعد القول بأنه من المعاريف و لم يرد فيه قدح فهو معتبر أو لأقل من حسنه. و سند الشيخ إلى العلاء أيضا صحيح.

و الوكاله عندنا عقد جائز من الطرفين فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل و غيبته و كذا للموكل أن يعزل الوكيل، ولكن انعزاله مشروط ببلوغه إياه، فلو أنشأ عزله ولكن لم يطلع الوكيل عليه لم ينعزل فلو أمضى أمرا قبل أن يبلغه العزل كان نافذا.

و الروايه ردّ على العامه من حيث أنهم يفزقون بين النكاح و غيره و يبطلون الوكاله فى النكاح بالعزل ولو لم يطلع عليه الوكيل، و فى غيره لا يبطلون الوكاله إلاّ باطلاع الوكيل على عزله بدعوى أنّ «المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض»، و تعجب الإمام عليه السلام من هذا التفصيل الباطل و قال عليه السلام: «سبحان الله، ما أجور هذا الحكم و أفسده إنّ النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد».

و أنت ترى بأنّ مصبّ الروايه ردّ تفصيل العامه بين النكاح و غيره فى الوكاله فأين هذا من وهن المدعى فى كلام الشيخ الأعظم بأنّها تدل على عكس الفحوى!؟

و كذا لا يتم تعبيره عنها بالصحيحه (١) مع ما عرفت فى سندها. و لا- يتم توجيهه (٢) فى الاحتياط الوارد فى كلام الإمام عليه السلام بالنسبه إلى النكاح من حمله على الاحتياط الإضافى لا الاحتياط التام المدرك به الواقع بل الإمام يكون فى مقام نفى تفصيلهم المبتنى على الاستحسان فأرشدهم إلى جانب الاحتياط تقيّه و جدلاً عليهم ثمّ ذكر لهم قضاء على عليه السلام و حكمه بصحة النكاح ردّا على تفصيلهم. فالمراد بالاحتياط فى الروايه ليس احتياطا إضافيا بل هو احتياط جدليّ و تقيتيّ حيث لم يتمكن من الردّ عليهم صريحا و الشاهد عليه تمسكه عليه السلام بقضاء على عليه السلام المقبول عندهم. (٣)

و إلاّ الاحتياط التام فى النكاح إمّا يكون بالطلاق أو بتجديد العقد عليها أو بإجازتها قبل ردّها كما هو الواضح.

ص: ٢٠٧

١-١ . المكاسب ٣/٣٥٨.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٥٧.

٣-٣ . كما يظهر من المحقق الاصفهاني ٢/٩١.

و بالجمله: الروايه لم توهن الفحوى و لم تكن صحيحه الإسناد و الاحتياط فيها لم يكن الاحتياط الاضافى بل يكون ردًا لاستحسانهم و هو احتياط جدليّ و تقيّتيّ. فالفحوى تامه فى المقام تصحح بيع الفضولى كما عليه جمع من الأعلام و لا تتم القاعده المدعاه من الشيخ الأعظم رحمه الله على عكس الفحوى المذكوره بأنّ «إمضاء العقود المالىه يستلزم امضاء النكاح من دون العكس»(1).

ص: ٢٠٨

---

١-١ . المكاسب ٣/٣٥٨.

لو خالف ما شرط عليه من تعيين السلعه الخاصه فاشترى غيرها أو المنع من السفر إلى مدينه خاصه فسافر أو المنع من المعامله مع أشخاص معدودين فَاتَّجَرَ معهم و نحوها يكون العامل ضامنا و عليه الخساره ولكن الربح بينهما على ما شرطاه، و تقسيم الربح بينهم متوقف على أحد الأمرين:

أ: بعد ظهور الربح يرضى المالك، و الرضا كاف عند الشيخ الأعظم ولو لم يكن فى البين استناد و إجازة، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولى لاشترائه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الإذن السابق فى نقل المال.

ب: الإجازة اللاحقه من المالك تصح معامله العامل السابقه، و هذا يعنى صحه بيع الفضولى بعد تعقبه بالإجازة.

قال الشيخ الأعظم ما نصه: «فإنها أُبقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة - كما نسب إلى ظاهر الأصحاب (١) و عدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك (٢) و غيره (٣) - كان فيها استثناس لحكم المسأله، من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقا فى نقل مال المالك إلى غيره.

و إن حملناها على صورته رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح - كما هو الغالب و مقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دلّ على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل - اندرجت المعامله فى الفضولى.

و صحّتها فى خصوص المورد و إن احتمل كونها للنص الخاص، إلا أنّها لا تخلو

ص: ٢٠٩

١ - ١. راجع: جامع المقاصد ٨/١١٠، و المسالك ٤/٣٥٣، و الروضه ٤/٢١٣، و ملاذ الأختيار ١١/٣٣٧ للعلامة محمّد باقر

المجلسى، و رياض المسائل ٩/٣٤٦، و المناهل ٢٠٧/، و المقابس، كتاب البيع ٢٦/، و الجواهر ٢٦/٣٥٤.

٢ - ٢. المسالك ٤/٣٥٢.

٣ - ٣. الحدائق ٢١/٢٠٧، المناهل ٢٠٧/.



عن تأييدٍ للمطلب»(١).

هذا هو استدلال الشيخ الأعظم في المقام.

و أما الروايات الواردة فكثيرة:

منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه و ينهى أن يخرج به فخرج؟ قال: يضمن المال و الربح بينهما.(٢)

و منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرجل يعطى المال فيقول له: أئت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها، قال: فإن جاوزها و هلك المال فهو ضامن، و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و إن ربح فهو بينهما.(٣)

و منها: صحيحه الكنانى قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المضاربه يعطى الرجل المال يخرج به إلى الأرض، و ينهى أن يخرج به إلى غيرها، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال؟ فقال: هو ضامن، فإن سلم فربح فالربح بينهما.(٤)

و منها: موثقه جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربه فذهب فاشترى به غير الذى أمره، قال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط.(٥)

و منها: موثقه أبى بصير عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يعطى الرجل مالاّ مضاربه و ينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه، فقال: هو له ضامن و الربح بينهما إذا خالف شرطه و عصاه.(٦)

و منها: خبر زيد الشحام عن أبى عبدالله عليه السلام فى المضاربه إذا أعطى الرجل المال و

ص: ٢١٠

١-١ . المكاسب ٣/٣٥٩.

٢-٢ . وسائل الشيعة ١٩/١٥، ح ١، الباب ١ من أبواب كتاب المضاربه.

٣-٣ . وسائل الشيعة ١٩/١٥، ح ٢.

٤-٤ . وسائل الشيعة ١٩/١٧، ح ٦.

٥-٥ . وسائل الشيعة ١٩/١٨، ح ٩.

٦-٦ . وسائل الشيعة ١٩/١٨، ح ١٠.

نهى أن يخرج بالمال إلى أرض أخرى فعصاه فخرج به، فقال: هو ضامن و الربح بينهما.(١)

الروايه ضعيفه الإسناد بأبى جميله المفضل بن صالح.

و منها: صحيحه أخرى للحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام أنه قال فى المال الذى يعمل به مضاربه: له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال، فإنّ العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربه و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن وادٍ، و لا يشتروا ذا كبد رطبه فإن خالفت شيئا مما أمرتك به فأنت ضامن للمال.(٢)

قال الشيخ أسدالله التستري قدس سره بعد نقل موثقه جميل الماضيه: «و يعضدها أخبار أخر قد عمل بها الأصحاب بلا خلاف يعرف بينهم، و وجه الاستدلال بها: أن العامل لم يكن وكيلاً- فى تلك المعامله، فلو بطل عقد الفضولى لبطل عقد العامل هنا أيضاً، فوجب ردّ كل إلى صاحبه و لم يجز تقسيم الربح بينهما كما دلّت عليه - أى على تقسيم الربح بينهما - الروايه، فهى محموله على تحقق الإجازة مع الربح كما هو الغالب دون الخسران، و إنّما قسّم الربح بينهما بناءً على اطلاق عقد المضاربه و تعلّقه بكلّ عقد صحيح وقع بذلك المال برضا المالك سابقاً أو لاحقاً. و فى هذا كلامٌ يبيّن فى محلّه»(٣).

و قال صاحب الجواهر رحمه الله فى كتاب المضاربه من كتابه فى ما إذا خالف العامل ما شرطه ربُّ المال عليه: «لم يمض إلا مع إجازة المالك، لكونه تصرفاً قد وقع بدون إذن المالك، و هو غير باطل عندنا و إنّما فضولٌ، فإن أجاز نفذ»(٤).

أقول: لا بدّ أولاً من توضيح محتملى كلام الشيخ الأعظم قدس سره ثمّ نقدهما:

أمّا الاحتمال الأوّل:

فحكم الإمام عليه السلام بتقسيم الربح فى عقد المضاربه التى خالف العامل فيها ما شرط

ص: ٢١١

١-١ . وسائل الشيعه ١٩/١٨، ح ١١.

٢-٢ . وسائل الشيعه ١٩/١٧، ح ٧.

٣-٣ . مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٦/.

٤-٤ . جواهر الكلام ٢٦/٣٥١.

عليه صاحب المال، مع عدم التنبيه على أنّ العامل لا يبدّ له من أخذ الإجازة من المالك في هذه المعاملات المنهى عنها، فهو ظاهرٌ في اختصاص المضاربه بحكم تعبدى و هو صحه هذه المعاملات بلا توقف على إجازة المالك، و إذا صحت معامله من دون استيدان من المالك، يمكن أن يصح بيع الفضولى من دون الإجازة السابقه و من دون النهى السابق من المالك مع الإجازة المتأخره و لعلّ هذا هو المراد من الاستيناس في كلامه رحمه الله .

و فيه: استفاده الاستيناس من هذه الروايات لا يتم، لأنّ مع عدم لحوق إجازة ربّ المال يستفاد منها أنّ المورد من الموارد التى يكون التصرف فى مال الغير نافذا بلا إذن مالكة أو إجازته اللاحقه كنفوذ التصدّق بالمال المجهول مالكة و كبيع الوكيل قبل بلوغ عزله إليه، هذا أوّلاً. (١)

و ثانياً: على فرض وجود الاستيناس، فهو لا يفيد إلاّ الظن، و الظن لا يغنى من الحقّ شيئاً. (٢)

و ثالثاً: اشتراك مورد النصوص مع العقد الفضول فى عدم اقتران العقد بإذن المالك لا يتقضى الاتحاد من جميع الجهات، و الا لا يحتاج عقد الفضولى حتّى إلى الإجازة اللاحقه، لفقدانها فى مورد النصوص. (٣)

و أمّا الاحتمال الثانى:

فتوضيحه: أنّ الغرض الواقعى من المضاربه هو تنميه المال و إزدياده، ولو شرط المالك على العامل شروطاً يراها أفضل لحصول هذا الغرض، ولو تخلف العامل و حصل على الربح ظهر خطأ المالك و رضى بتصرفاته كما يظهر من المحقّق و الشهيد الثانىين. (٤)

و كذلك اقتضاء الجمع العرفى بين الضروره الفقهيّه و إطلاق نصوص المضاربه

ص: ٢١٢

١-١ . يظهر من شيخنا الأستاذ قدس سره فى إرشاد الطالب ٣/٣٠٥.

٢-٢ . كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئى فى مصباحه ٤/٥٢.

٣-٣ . كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئى فى مصباحه ٤/٥٢.

٤-٤ . جامع المقاصد ٨/٨٥، و المسالك ٤/٣٥٣، و حاشيه المكاسب ٢/٢٢١ للمحقّق الإيروانى، و حاشيه العروه الوثقى ٥/١٦٥ للسيّد البروجردى.

يدلنا على حمل هذه النصوص على صورته إجازة المالك بعد ظهور الربح، خصوصا بعد مطالبته بالربح فتكون إجازة عمله في نفوذ تصرفات العامل.

فلا يكون تملك الربح في نصوصها تعبدا محضا. (١)

و فيه: بعد قبول الفضوليه في هذه المعامله لابد أن يكون تمام الربح للمالك، لا بعضها المقرّر لأنّ عقد المضاربه بتعدى النهى تكون باطله، فيصير تصرفات العامل فضوليه و أجازها المالك فصارت صحيحه و تمام الربح يكون له، و لا يستحق العامل حتّى أجره المثل، لأنّ عمله لم يصدر بأمر من المالك و لا إذنه. (٢)

بعبارة أخرى: إنّ ما وقع عليه عقد المضاربه بين المالك و العامل، لم يوجد العامل لتخلفه عن الشروط، و ما أوجده العامل غير مربوط بالمضاربه بل هو عقد فضولى آخر فإن أجازها المالك ينتسب إليه و الربح كلّ له، و إن لم يجزه بطل من أصله.

مضافا إلى أن لو صحت الإجازة اللاحقه المضاربه السابقه، لابد أن يكون التلف و الخسران على المالك - كما هو كذلك في المضاربه - لا على العامل، مع أنّ النص يجعله على العامل فقط. (٣)

فحينئذ لابد من القول في هذه الروايات بأنّها محموله على التعبد المحض و تختص بباب المضاربه فقط (٤) و لا يمكن التعدى منها إلى غيرها من الأبواب نحو: الوكاله و البيع.

ص: ٢١٣

١-١ . كما يظهر من المحقق المروج في هدى الطالب ٤/٤٣٣.

٢-٢ . كما يظهر من شيخنا الأستاذ قدس سره في إرشاد الطالب ٣/٣٠٥ و قبله السيد الخوئي في مصباحه ٤/٥٢.

٣-٣ . كما عليه المحقق الخوئي في مصباحه ٤/٥٣.

٤-٤ . كما يظهر من الشيخ محمّد الحسين كاشف الغطاء و المحقق العراقي في تعليقهما على العروه الوثقى ٥/١٦٥ و شيخنا الأستاذ قدس سره في إرشاده ٣/٣١١.

الأول: ما ذكره صاحب العروه

قال الفقيه السيّد اليزدي رحمه الله : «فالأولى أن يقال: إنّ مجرد منع المالك عن تصرف خاص أو السفر إلى جهة خاصة لا يستلزم عدم الرخصة في المعامله، و بعبارة أخرى يمكن أن يكون منعه منعاً تكليفياً منه، لا وضعياً حتّى يستلزم كون التصرف غير مأذون فيه بالإذن الوضعي، و إن شئت فقل إنّها محموله على صورته تعدد المطلوب، فالضمان إنّما هو من جهة المخالفه في المطلوب الثاني، و كون المعامله صحيحه و الربح بينهما من جهة الموافقه في المطلوب الأوّل و هو أصل التجاره المربحه و يشير إلى ذلك ذيل صحيحه الحلبي(١) المشتمله على قضيه العباس فإنّ ظاهره أنّه كان يشترط الضمان مع بقاء الإذن في التجاره فيكون المراد من الاشتراط فيها الضمان لا- تخصيص مورد الإذن في التجاره و التقييد فيه، و على هذا فلا- دخل لها بمسأله الفضولي أصلاً»(٢).

و تبعه المحقّق الاصفهاني في حاشيته على المكاسب.(٣)

و يرد عليه: أولاً- بالنسبه إلى حملة المنع على التكليف لا- الوضع، يمكن القول به في العقود اللازمه بأن اشتراط العمل الخاص على أحد المتعاقدين خارجاً عن المعامله في ما إذا كان مدلول المعامله أمراً مغايراً للإلزام الطرف كما إذا باع شيئاً و اشترط عليه عدم تملكه إلى شخص خاص، يمكن القول بصحة البيع و هذا الاشتراط يكون تكليفاً على المشتري.

و أمّا في العقود الإذنيه - التي عقد المضاربه منها - فلا يمكن هذا الحمل التكليفي، لأنّ الإذن ينافي مع التكليف، فلا يتم الحمل على التكليف في المضاربه و لا بدّ من حملة على التقييد و عدم صحه المضاربه إذا خالف الشرط، فيحتثذ تكون الروايات الوارده على تقسيم الربح على خلاف القواعد.

ص: ٢١٤

- ١-١ . وسائل الشيعه ١٩/١٧، ح٧.
- ٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/١١٧
- ٣-٣ . حاشيته على المكاسب ٢/٩٣.

و ثانيا: بالنسبة إلى تعدد المطلوب، ظهر عدم إمكان الأخذ به، لأنه لا بدّ من حمل النهى على التقييد و بعد التقييد يحكم بعدم صحه المضاربه إذا خالف الشرط، و هذا يعنى عدم تعدد المطلوب بل تكون هنا مضاربه مقيده بشروط، فاذا خالف الشرط لا تكون مضاربه أصلاً، فلا يتم تعدد المطلوب.

الثانى: مقاله المحقق الإيروانى رحمه الله :

قال: «... بل من المحتمل قوياً وجود الرضا المقارن من ربّ المال بالمعامله و إنّما قصّر إذنه بغيرها زعماً منه أنّ المعامله ليست معامله رابحه فبعد ما انكشف أنّها رابحه ظهر أنّها كانت مشموله لرضاه من ابتداء الأمر، و إن كانت خارجه عن مورد إذنه الصريح، هذا فى صوره الربح.

و أمّا فى صوره الخسران فقد حكم الإمام عليه السلام بأنّ العامل ضامن و معنى ضمانه هو تتميمه لرأس المال فإمّا من كيسه مع إبقاء المعامله أو بردّ المعامله، و المالك راض فى صوره التتميم من ماله بإبقاء المعامله على حالها»(1).

أقول: يرجع بيانه رحمه الله إلى الخطأ فى التطبيق و تخيله عدم وجود النفع فى المنهى عنه، مع وجوده فيه واقعا.

وفيه: أولاً: لا- يمكن القول بالخطأ فى التطبيق فى جميع الموارد المنهى عنها، نعم فى موارد العلم بمطلق الاسترباح تجرى و أمّا فى غيرها فلا و يمكن أن ينهى المالك من تجاره فيها حضاضه عرفيه نحو الإتجار مع الكفار أو بيع السلاح أو المخدرات و نحوها، و فى هذه الفروض لا يتم القول بالخطأ فى التطبيق.

و ثانيا: فى موارد العلم بمطلق الاسترباح لعلّ المعامله التى عمل بها العامل يكون أقلّ ربحاً من غيرها فلا يحصل غرض استرباح المالك، فلا يتم كبرى الخطأ فى التطبيق حتّى فيها.

و ثالثاً: لا دليل على اتباع غرض المالك فى العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر

ص: ٢١٥

خارجي و إلا يصح ذلك في جميع الموارد و يلزم منه تأسيس فقه جديد كما هو الواضح.(1)

و رابعاً: كون الخسران على العامل في مورد الروايات ليس من ناحيه الاشتراط و إلا كان تخلفه موجبا للخيار، لا كون الوضيعه على العامل، بل هو من قبيل اشترط كون الوضيعه على العامل في صورته المخالفه إن اتفقت(2)، و إحراز رضايه المالك بعد جبران الخساره من مال العامل بإبقاء المعامله على حاله دون إثباته خرط القتاد.

و الحاصل: لا- يمكن من هذه الروايات استفاده صحه بيع الفضولي، بل هي نصوص تعبيديه يأخذ بها في مورد خاص لصحه أسنادها و تماميه دلالتها و عمل الأصحاب بها كما مرّ و لا يمكن تطبيقها على القواعد العامه في الفقه، فيعمل بها على القدر المتيقن منها و الله العالم.

ص: ٢١٦

---

١-١ . كما عن المحقق السيد الخوئي رحمه الله في مصباحه ٤/٥٥.

٢-٢ . كما عن المحقق السيد الخوئي رحمه الله في مصباحه ٤/٥٦.

## الوجه السادس: الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم

قال المحقق في مَنْ تجب عليه الزكاة: «فالبلوغ يعتبر في الذهب و الفضة إجماعاً. نعم، إذا اتَّجَرَ له مَنْ إليه النظر اسْتَحَبَّ له إخراج الزكاة من مال الطفل. وإن ضمنه و اتَّجَرَ لنفسه و كان مليئاً و كان الربح له و يُسَيَّرَتْ له الزكاة، أمّا لو لم يكن مليئاً أو لم يكن ولياً كان ضامناً و لليتيم الربح و لا زكاة هنا»(١).

في الفرض الثاني من الأخير في كلام المحقق قدس سره بأنَّ المُتَاجِرَ بمال اليتيم لو لم يكن الولي غنياً أو لم يكن المتاجر ولياً كان ضامناً لماله و الربح لليتيم و لا زكاة هنا، ذهب جماعه من الفقهاء تبعاً للشهيد في الدروس(٢) من أن التجارة كانت بإذن الولي بعدها فتصير من أفراد الفضولي.

منهم: المحقق الثاني(٣) و الشهيد الثاني(٤) و السيّد محمّد العاملي(٥) و صاحب الحدائق(٦) و صاحب الجواهر(٧).

ولو حملت الروايات على إطلاقها - كما عن جماعه ممّن تقدّم - لم تكن من أفراد الفضولي ولكن يستأنس بها له بما مرّ من عدم اعتبار الإذن السابق من المالك في نقل ماله إلى الغير، و لأنّ صحه الاتجار بمال الغير بدون إذن سابق و لا إجازة لاحقه يقتضى صحتها بعد الإجازة بطريق أولى.

و من هذه الجماعه المتقدمه: الشيخ(٨) و ابن ادريس(٩) و المحقق(١٠) و العلامة(١١).

ص: ٢١٧

- ١-١ . الشرائع ١/١٢٨.
- ٢-٢ . الدروس ١/٢٢٩.
- ٣-٣ . جامع المقاصد ٣/٥.
- ٤-٤ . المسالك ١/٣٧٥.
- ٥-٥ . المدارك ٥/٣٠.
- ٦-٦ . الحدائق ١٢/٢٦.
- ٧-٧ . الجواهر ١٥/٢٣ طبعه اسلاميه.
- ٨-٨ . النهايه /١٧٥، المبسوط ١/٢٣٤.
- ٩-٩ . السرائر ١/٤٤١.
- ١٠-١٠ . الشرائع ١/١٢٨.
- ١١-١١ . تذكره الفقهاء ٥/١٤، القواعد ١/٣٢٩.



و ابنه (١). و تبعهم سيّد الرياض (٢).

ولو حملت الروايات على إطلاقها ربما احتتمل (٣) دخولها في مسأله الفضولي بأنّ الحكم بالصحه إجازة إلهيه لاحقه للمعامله، فتأمل.

هذه مقاله الشيخ الأعظم (٤) حول هذا الوجه. و أمره بالتأمل لعلّه إشاره إلى أنّ حكم الشارع أجنبيّ عن الإجازة اللاحقه للعقد لأنّه ثابت حين العقد و قبله و ليس حادثا بعد العقد حتى عُيّد من الإجازة اللاحقه، أو أنّ مورد عقد الفضولي هو إجازة مالك أمر العقد التي تكون جزء السبب المملّك دون الشارع الذي تكون إجازته حكم العقد التام. (٥) أو أنّ قياس إذن مالك الحقيقي بإجازة مالك الاعتباري مع الفارق.

و قال قبله الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره: «و كذا [فيما دلّ على حكم صحه الفضولي] الأخبار الواردة في اقتراض مال الصبي - مع عدم الإذن الشرعي - ليّتجر به الداله على أنّ الربح للصبي و تطبيقها على القواعد باشرط الإجازة ممّن له أهليتها أو بإغناء الموافقه للمصلحه الشرعيه عنها، أولى من طرحها أو الجمود عليها في مخالفه القاعده» (٦).

نقل صاحب الجواهر (٧) عين عبارته أستاذه الشيخ جعفر رحمهما الله .

ص: ٢١٨

- 
- ١-١ . إيضاح الفوائد ١/١٦٧.
  - ٢-٢ . رياض المسائل ٥/٣٨.
  - ٣-٣ . الْمُخْتَمِلُ هو الشيخ جعفر كاشف الغطاء في شرحه على القواعد ٢/٧٥ و تبعه تلميذه صاحب الجواهر ٢٣/٤٥٠ (٢٢/٢٧٧).
  - ٤-٤ . راجع المكاسب ٣/٣٦٠.
  - ٥-٥ . كما ذكره المحقّق المروج في هدى الطالب ٤/٤٤٢.
  - ٦-٦ . شرح القواعد ٢/٧٥.
  - ٧-٧ . الجواهر ٢٣/٤٥٠ (٢٢/٢٧٧).

و قال تلميذه الآخر جدنا الشيخ محمد تقى قدس سره : «... ولو لا صحه العقد حينئذ مع الإجازة لما أمكن تصحيح ذلك، فإن مقتضى الفساد تغريم المتصرف لمال الصبي لضمانه بالتصرف المذكور، و العوض إلى مالكة، فتملك الصبي الربح مبنى في (١) صحه العقد من جهة الإجازة و إن لم يصرح به فى الروايه أو بعد حصول الربح يكون مصلحه لليتيم فيجيزه الولي» (٢).

و قال السيد محمد بحر العلوم رحمه الله : «و منها: ما ورد مستفيضا - و فيه الصحيح و المعتبر - فيمن أّجر بمال الطفل لنفسه بغير إذن وليه أنه يضمن المال و الربح للطفل أو اليتيم، و التقريب فيه ما تقدّم حرفا بحرف» (٣).

أقول: هاهنا مقامان من البحث:

المقام الأول: حكم التجاره بمال اليتيم بمقتضى القواعد الشرعيه الأوليه

التجاره بماله تاره تكون من الولي و أخرى من الأجنبي:

أما تصرف الولي فهو على قسمين:

أ: تاره يستقرض مال اليتيم و يتجر به لنفسه، فيكون ضامنا لمال اليتيم بضمان القرض و تنتسب التجاره للولي و الربح يكون له. و النصوص أيضا تدلّ على صحه هذا التصرف كما يأتي.

ب: أخرى يتصرف الولي في مال اليتيم و يتجر به لليتيم مضاربه بأن يجعل سهما من الربح له أو حتى كله له، و لا شبهه في صحه هذا التصرف لأنه كان بمقتضى ولايته، و لا ضمان على الولي حينئذ لعدم الضمان على الأمين و المحسن.

أما تصرف الأجنبي فأیضا يكون على قسمين:

أ: تاره يتعامل بثمن ما فى ذمته ثم يسدده من مال اليتيم، فمقتضى القواعد ضمانه بالنسبه إلى مال اليتيم لأنه يتصرف فيه من دون إذن، و صحه معامله المتعامل لنفسه و

ص: ٢١٩

١-١ . كذا فى المطبوعه، و الأولى تبديله ب-«على».

٢-٢ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٤.

٣-٣ . بلغه الفقيه ٢/٢١٤ و نقل عنه السيد الخوئي فى مصباحه ٤/٥٨ و ردّ عليه.

تملكه للربح.

ب: و أخرى يتعامل بعين مال اليتيم فمعاملته هذه تكون فضوليه و يتوقف صحتها على إجازة الولي فإن أجازها صحت و إلا تكون فاسده.

هذا كله في المقام الأول. (١)

المقام الثاني: ما يستفاد من النصوص في حكم الإتجار بمال اليتيم

لابد أولاً من سرد الروايات ثم بيان ما يستفاد منها و هي كثيرة:

منها: معتبره أو صحيحه سعيد السمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ليس في مال اليتيم زكاه إلا أن يتجر به، فإن أتجر به فالربح لليتيم، و إن وضع فعلى الذي يتجر به. (٢)

و منها: صحيحه زراره و بكير عن أبي جعفر عليه السلام قال: ليس على مال اليتيم زكاه إلا أن يتجر به، فإن أتجر به ففيه الزكاه و الربح لليتيم، و على التاجر ضمان المال. (٣)

و منها: معتبره أبي الربيع قالت: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه لأخ له يتيم و هو وصيه أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه الضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظراً له. (٤)

و منها: موثقه منصور الصيقل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ قال: فقال: إذا كان عندك مالٌ و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال، و إن كان لا مال لك و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال. (٥)

و منها: معتبره أسباط بن سالم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كان لى أخ هلك، فأوصى إلى أخ أكبر منى و أدخلنى معه فى الوصيه و ترك ابنا له صغيراً و له مال، أفضرب

ص: ٢٢٠

١-١ . العقد النضيد ٣/٧٩.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٩/٨٧، ح ٢، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٩/٨٩، ح ٨.

٤-٤ . وسائل الشيعة ٩/٨٩، ح ٦.

٥-٥ . وسائل الشيعة ٩/٨٩، ح ٧.

به أخی؟ فما كان من فضل سلّمه للیتیم و ضمّن له ماله؟ فقال: إن كان لأخیک مال یحیط بمال الیتیم إن تلف فلا بأس به، و إن لم یکن له مال فلا یعرض لمال الیتیم. (١)

و منها: صحیحہ محمّد بن مسلم عن أبی عبد اللّٰه علیه السلام فی مال الیتیم، قال: العامل به ضامن و للیتیم الربح إذا لم یکن للعامل مال، و قال: إن عطب أدّاه. (٢)

و منها: صحیحہ ربیع بن عبد اللّٰه عن أبی عبد اللّٰه علیه السلام قال: فی رجل عنده مال الیتیم، فقال: إن كان محتاجا و لیس له مال فلا یمسّ ماله، و إن هو اتجر به فالربح للیتیم و هو ضامن. (٣)

و منها: خبر أسباط بن سالم قال: سألت أبا عبد اللّٰه علیه السلام فقلت: أخی أمرنی أن أسألك عن مال الیتیم فی حجره یتجر به؟ فقال: إن كان لأخیک مال یحیط بمال الیتیم إن تلف أو أصابه شیء غرمه له و إلا فلا یعرض لمال الیتیم. (٤)

سند الروایه علی القول باعتبار سهل بن زیاد معتبر.

و منها: صحیحہ منصور بن حازم عن أبی عبد اللّٰه علیه السلام فی رجل ولّی مال یتیم أیستقرض منه؟ فقال: إن علی بن الحسین علیه السلام قد كان یستقرض من مال أیتام كانوا فی حجره، فلا بأس بذلك. (٥)

و منها: خبر البرنظی قال: سألت أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یكون فی یده مال لأیتام فیحتاج إلیه فیمدّ یده فیأخذه و ینوی أن یردّ، فقال: لا ینبغی له أن یأکل إلا القصد و لا یسرف، فإن كان من نیته أن لا یردّه علیهم فهو بالمنزل الذی قال الله عزّوجلّ: «إنّ الذین یأکلون أموال الیتامی ظلما» (٤). (٧)

ص: ٢٢١

١-١ . وسائل الشیعه ١٧/٢٥٧، ح ١، الباب ٧٥ من أبواب ما یکتسب به.

٢-٢ . وسائل الشیعه ١٧/٢٥٧، ح ٢.

٣-٣ . وسائل الشیعه ١٧/٢٥٧، ح ٣.

٤-٤ . وسائل الشیعه ١٧/٢٥٨، ح ٤.

٥-٥ . وسائل الشیعه ١٧/٢٥٨، ح ١، الباب ٧٦ من أبواب ما یکتسب به.

٦-٦ . سورہ النساء / ١٠.

٧-٧ . وسائل الشیعه ١٧/٢٥٩، ح ٢.

سند الروايه على القول باعتبار سهل بن زياد معتبر.

و منها: مرفوعه زراره و محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: مال اليتيم إن عمل به الذى وضع على يديه ضمن و لليتيم ربحه. قالوا: قلنا له: قوله: «و من كان فقيراً فليأكل بالمعروف» (١) قال: إنّما ذلك إذا حبس نفسه عليهم فى أموالهم فلم يجد نفسه فليأكل بالمعروف من مالهم. (٢)

يظهر من الروايات جواز استقراض الولي من مال اليتيم، و كذلك اتجاره به لنفسه أولهما مضاربه أو لليتيم خاصة لكنّ الإتيان منوط بأنّ للولي مال يحيط بمال اليتيم، فإن كان له مال يحيط بماله يجوز له الإتيان به، و الربح على ما قصد من أنّه مشترك أو لليتيم و ليس على الولي ضمان، و ان لم يكن للولي مال يحيط بماله و اتجر بمال اليتيم يكون الولي ضامناً للخساره و الربح كلّه يكون لليتيم حينئذ. هذا ما يستفاد من الروايات بالنسبه إلى تصرفات الولي.

و أمّا الأجنبيّ فإنّ كان مأذوناً من الولي فى تصرفاته يجرى عليه ما جرى على الوليّ طابقاً بالنعل و إن لم يكن له الإذن من الولي فلا- يجوز له التصرف فى مال اليتيم فيكون ضامناً فى جميع الأحوال و أمّا الربح الحاصل من تجارته لمن؟ له أو لهما أو لليتيم خاصة؟ إطلاق الروايات يدلّ على أنّه لليتيم خاصة نحو: معتبره أو صحيحه سعيد السّمان (٣) و صحيحه زراره و بكير. (٤)

و أنت ترى أنّ المستفاد من النصوص لا- ينطبق على القواعد الأولى إلاّ فى استقراض الولي من مال اليتيم فقط، فهذه الروايات تؤخذ بها فى موردها الخاص تعبدًا.

نعم، فى الفرض الأخير و هو تصرف الأجنبي من دون الاستيذان من الولي، من

ص: ٢٢٢

١-١ . سورة النساء /٦.

٢-٢ . وسائل الشيعة ١٧/٢٥٨، ح ٥.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٩/٨٧، ح ٢.

٤-٤ . وسائل الشيعة ٩/٨٩، ح ٨.

الحكم بالضممان فى فرض الخساره و الربح لليتيم كله يأتى فىه محتملات الشيخ الأعظم رحمه الله الثالث، و لذا يمكن أن يكون دليلاً على صحه الفضولى على الاحتمال الأوّل و هو ظهور إذن الولى بعد الربح، أو يستأنس منه الحكم الفضولى على الاحتمال الثانى كما مرّ، و أمّا الاحتمال الثالث - و هو الإجازة الالهيه - لم يتم بما مرّ.

و الحاصل: نحن مع الشيخ الأعظم رحمه الله و غيره من الأعلام الذى مرّ ذكرهم فى صحه الاستدلال بهذه الروايات و الحمد لله.

ذكرها الشيخ الأعظم (٢) بعنوان المؤيد ولكن ظاهر المحقق التستري (٣) الاستدلال بها وجماعه (٤) يردون التأييد والدلاله.

وهي روايه موسى بن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له في تجاره دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عني و حج عني بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت جميعا فاختصموا جميعا في الألف، فقال موالى العبد المعتق: إنما اشتريت أباك بمالنا، و قال الورثة: إنما اشتريت أباك بمالنا، و قال موالى العبد: إنما اشتريت أباك بمالنا، فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحج ففقد مضت بما فيها لا ترد، و أما المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه، و أى الفريقين بعد أقاموا البيه على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا. (٥)

و السند ضعيف بموسى بن أشيم لأنه كان من الخطائيه - و هم طائفه من الغلاه

ص: ٢٢٤

١ - ١ . ضبطه السيد الجزائري في شرح التهذيب «أشيم» بضم الهمزة و فتح الشين كما في هدايه الطالب ٣/٣٦. ولكن قال المامقاني: «أشيم: بفتح الهمزة و سكون الشين المعجمه و فتح الياء المثناه من فوق بعدها ميم و زان أحمر». تنقيح المقال ٥/٣٢٩. و قال ابن منظور في لسان العرب ١٢/٣٣٢: «الأشيم و شيمان: اسمان». و ضبطه في هامش توضيح المشتبه ١/٢٣٣.

٢ - ٢ . المكاسب ٣/٣٦١.

٣ - ٣ . مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٦/.

٤ - ٤ . كالسيد اليزدي في حاشيته ٢/١٢١، و الأصفهاني في حاشيته ٢/٩٤، و الإيرواني في حاشيته ٢/٢٢٢، و المحقق النائيني في منيه الطالب ٢/٢٥، و السيد الخوئي في مصباحه ٤/٦٩، و محاضراته في الفقه الجعفري ٢/٣٣١.

٥ - ٥ . وسائل الشيعة ١٨/٢٨٠، ح ١، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

منسوبة إلى أبي الخطاب و تزعمون أنّ الأئمة عليهم السلام أنبياء ثم آلهه - و قُتل مع أبي الخطاب (١) و ذمّه الصادق عليه السلام و له روايه واحده.

تقريب الاستدلال أو التأييد: بالنسبه إلى العبد المَعْتَق ثلاث دعاوى موجوده:

أ: موالى الأب يدعون أنّ العبد المأذون إنّما اشْتَرِيَ بمالهم فيبطل الشراء لأنّه حينئذ يكون الثمن و المضمن من مال واحد فَالْمُعْتَق باق في ملكهم.

ب: موالى العبد المأذون يدعون أنّ المَعْتَق يشتري من مالهم فهو لهم، و حيث يكون العبد مأذونا في الشراء لهم فلا يكون حينئذ فضوليا، بناءً على أن يكون إذنه أو وكالته عامه بحيث يشمل شراء العبيد، و إلاّ يكون الشراء بالنسبه إليهم أيضا فضوليا.

ج: ورثه الميت يدعون أنّ المَعْتَق يشتري من أموالهم فهو لهم، و حيث أنّهم لم يجيزوا هذا الشراء من قبل و هم يريدون العبد المَعْتَق فتكون المعامله بالنسبه إليهم فضوليّه، لبطلان الوكاله بموت الموكل و انتقال ماله إلى ورثته.

و في إجابته الإمام عليه السلام حكم أوّلاً بصحة الحج ثم رجوع العبد المَعْتَق (الأب) إلى مواليه السابق و المدعيان الآخران لا بدّ أن يأتيا بالبينه، فأَيُّهُمَا أتى بالبينه بأنّ العبد المَعْتَق (الأب) يشتري من ماله فهو له.

و يظهر الاستدلال بأنّ الإمام عليه السلام حكم بإعطاء الأب المَعْتَق إلى ورثه الميت بعد إقامه البينه مع أنّ المعامله بالنسبه إليهم فضوليّه و مطالبتهم الأب تكون في حكم إجازتهم للبيع و بعد إقامه البينه من الشراء من مالهم فهو لهم. فيتم الاستدلال بها في صحه العقد الفضولي أو التأييد له.

و لذا قال المحقّق التستري: بأنّه عليه السلام اكتفى في الحكم بتملّك العبد بثبوت كون الشراء وقع بماله، فلو لم تكن إجازته المالك الفضولي كافيه في صحه العقد لم يكن كذلك، لعدم استلزام العام للخاص فتدبر» (٢).

ص: ٢٢٥

١-١ . راجع معجم رجال الحديث ١٩/١٧.

٢-٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٢٦.



وقال الشيخ الأعظم: «بناءً على أنه لو لا كفايه الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنه لإجازته البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة بينه عليها كفايه في تملك المبيع» (١).

ولكن يرد على الاستدلال أو التأييد: إذا كان العبد مأذوناً في التجاره من قبل مواليه لهم وغيرهم وأجرى عقدا فتعيين من له العقد يكون بيد العبد العاقد إذا اشترى بالذمه كما هو الغالب والمتعارف في المعاملات، نعم إذا اشترى بالثمن الخارجى الخاص تكون المعامله شخصيه و لمن له الثمن، والاستدلال أو التأييد للفضولى يبنى على شخصيه المعامله و تنفيه المتعارف و الغالبه فى المعاملات هذا أولاً.

وفيه: مورد الروايه الشراء بمالهم - و لذا ادعى كل من الورثه و الموالى أن الشراء كان بمالهم - و ظاهرها الشراء بالثمن الخارجى الخاص و عين أموالهم فتكون المعامله شخصيه و مضافا إلى أن الغالب فى المعاملات معاطاة و هى لا تتم إلا بالمعاوضه بين الأعيان الخارجيه نوعا، و مضافا إلى أن حجه قول من لا يعلم الأمر إلا من قبله فى مقام التخاصم غير ظاهره بنحو الإطلاق كما عن المحقق السيد الخمينى (٢) رحمه الله .

و ثانيا: الفضوليه لا تثبت إلا بعد سقوط الإذن و الوكالة و لا سبيل إلى إحراز السقوط إلا فى بعض احتمالات الروايه كما مرّ.

وفيه: مورد الروايه الشراء بعد الموت و به تسقط الوكالة و تتم الفضوليه.

و ثالثا: متن الروايه مخالف لعدّه من القواعد العامه الجاربه فى الفقه:

منها: عدم صحه حج العبد من دون إجازته مولاه، بعد ارجاع العبد إلى مواليه الأولين يظهر عدم تماميه تحريره فحين الحج يكون عبدا و لم يأذن مولاه فيه و تصرف العبد بأعمال الحج فى نفسه تصرف فى ملك مولاه من دون إذنه و هو حرام و النهى فى العباده مبطل لها.

ص: ٢٢٦

١-١ . المكاسب ٣/٣٦١.

٢-٢ . كتاب البيع ٢/١٣٠.

و ما ذكره المحقق السيّد الخميني تحت عنوان: «يمكن أن يقال: أن قوله عليه السلام: «الحجّه قد مضت بما فيها لا- ترد»، لا يكون بصدد بيان حكم الحجّ صحه و فسادا، بل بصدد التقابل بينه و بين العبد، بأنّ العبد باق قابل للردّ دون الحجّ الذي مضى و تصرف...»(١).

غير تام لأنّ «ظاهر مضى الحجّ صحته، و ظاهر عدم ردّه عدم جواز استرداد ما دفع إليه بعنوان الأجره على الحجّ»، كما عن شيخنا الاستاذ(٢) رحمه الله .

و مضافا لأنّ «المراد بردّ العبد إلى مواليه ليس هو الردّ الخارجى التكوينى بل المراد به الردّ التشريعى و هو الحكم برقيته، فالمقصود بعدم ردّ الحجّ بقريته المقابله هو عدم الردّ شرعا، أى الصحه»(٣).

نعم، بطلان الحجّ ليس مستندا على أنّ صحه حجّ العبيد مشروطه بإذن الموالى - كما عليه شيخنا الأستاذ(٤) - أو أنّ الإذن المقارن شرط لصحه المناسك - كما عليه المحقق السيّد المروج(٥) - بل حججه الإسلام مشروطه بالحرية فقط و مع عدم إذن المولى تكون تصرفات العبد بأعمال الحجّ تصرفا فى ملك الغير فيكون منهيّا عنه و باطلا لا استلزام أنّ النهى فى العباده يدلّ على البطلان، حتّى على القول بجواز اجتماع الأمر و النهى على المختار بأنّ المبعّد لا يكون مقربا.

و أمّا مع فرض غفله العبد عن بطلان عتقه لا يترتب النهى - لأنّ نهى الغافل قبيح - و إذا لم يكن نهيا لا تبطل العباده و يشملها مادل على مشروعيه الحجّ عن نفسه أو غيره. فتكون الحجّه صحيحه، هذا غاية ما يمكن أن يقال فى تصحيح الحجّ فإن قبلت فهو و إلا فتحمل على التعبد الخاص.

ص: ٢٢٧

١-١ . كتاب البيع ٢/١٢٩.

٢-٢ . إرشاد الطالب ٣/٣١٨.

٣-٣ . كما عن المحقق المروج فى هدى الطالب ٤/٤٤٩.

٤-٤ . إرشاد الطالب ٣/٣١٨.

٥-٥ . هدى الطالب ٤/٤٥٠.

و منها: مقتضى قواعد باب القضاء تقديم قول الورثة لأنهم منكرون لموافقته قولهم الحجّه لأنّ قول الوكيل حجّه فى المقام فىكون الورثة منكرا و غيرهم مدعيًا، فتقديم قول موالى العبد المدعيين و إرجاعه رقًا لهم خلاف قواعد باب القضاء.

وفيه: أنّ العبد المأذون كان وكيلاً للميت و بطلت و كالتة بموته و ظاهر الروايه وقوع الشراء و العتق و الحج بعد موت الموكل و بعد بطلان الوكاله لا يكون قول الوكيل حجّه حتّى يكون قول الورثة من حيث مطابقته مع قول الوكيل حجّه فيرتفع الاشكال من رأسه.

و منها: ما ورد فى الروايه من رجوع العبد إلى مواليه السابقين كان مورد الاستصحاب لكنّه مخالف لأصالة الصحه الحاكمه عليه المقتضيه لخروج العبد عن ملكهم.

وفيه: مورد أصالة الصحه الشك فى صحه العقد بعد تحققه و وجوده و مع قابليته للصحه أو الفساد، و أمّا إذا دار الأمر بين أمرين أحدهما الصحيح و الآخر ليس عقداً و معاملة أصلاً، لأنّ اشتراء العبد بمال مالكة لا يكون معاملة فيحتمل لا يحرز العقديه و الصحه بأصالة الصحه.

و بعبارة أخرى: أصالة الصحه لا تجرى إلّا مع إحراز عنوان العمل المشكوك صحته ككونه بيعاً أو إجاره أو غيرهما إذ مع عدم إحراز عنوانه لا يترتب على جريانها أثراً، بل يجرى فيه أصالة العدم و ينفى ترتب العنوان الخاص فى المقام يجرى أصالة عدم وقوع البيع و تنفى البيعيه و لا تصل النوبه إلى أصالة الصحه.

و منها: الرجوع إلى الموالى السابقين مطابق للاستصحاب ولكنه مخالف لقاعده «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» لأنّ العبد المأذون المالك لأمر العقد يعترف بالشراء بمال الميت فيقدم قوله على الأصل العملى و هو الاستصحاب.

و قال الشيخ الأعظم بالنسبه إلى هذه القاعده: «ولكن الانصاف أنّ القضيّه المذكوره [قاعده من ملك...] فى الجملة إجماعيه بمعنى أنّه ما من أحد من الأصحاب مّمّن وصل إلينا كلامهم إلّا و قد عمل بهذه القضيّه فى بعض الموارد بحيث نعلم أن لا مستند له سواها، فإنّ من ذكرنا خلافهم إنّما خالفوا فى بعض موارد القاعده ولكنهم عملوا

وفيه: نعم، على قاعده من ملك يعتبر قول العبد المأذون فى الشراء قبل موت صاحب الألف لأنه كان مالكا حين الإقرار و كان إقراره حال تسلطه على الشراء بقريته «ملك» الأولى الواردة فى القاعده، و أما بعد موته فلا عبره بإقراره لارتفاع سلطنته و مالكيته لأمر العقد، لانعزال الوكيل بموت الموكل فلا يكون إقراره بعد الموت نافذا.

و منها: «الظاهر من الروايه أنّ الدافع دفع الألف بعنوان الوصيه فورثته يدعون الشراء بالألف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله عليه السلام: «أما الحجه فقد مضت بما فيه لا ترد» فالورثه لا ينكرون الوصيه حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا» كما عن المحقق النائيني(٢)، فلا- يتم الحكم بارجاع العبد المعتق إلى مواليه، و لا- الحكم عليه لمن أقام البيئه، لتمايمه عتقه فلا يرجع إلى الرق.

وفيه: لم يكن فى الروايه ما يدل على صدور الوصيه من صاحب المال، و يمكن تصحيح الحج بما مرّ فلا نحتاج لتصحيحه إلى الوصيه، و الورثه لا يدعون ولاء العتق بل يدعون أنه رقههم و لا يعترفون بحرّيته، مضافا إلى أن ولاء العتق مشروط بكون التبرع فى العتق، فلو كان العتق واجبا كالكفاره و النذر لم يثبت فحينئذ ثبوت ولاء العتق مشكوك فيه و مقتضى الأصل عدمه.

و بالجملة: حيث أجبنا عن المناقشات يمكن تأييد بيع الفضولى بروايه ابن اشيم كما عليه الشيخ الأ-عظم و تبعه المحققون الهمداني(٣) و الشهيدى(٤) و الخمينى(٥) و ظاهر شيخنا الأستاذ(٦) رحمه الله حيث استشكل عليه بضعف السند فقط.

ص: ٢٢٩

١-١ . الطهاره ٢/٤٥٠، رسائل فقيهه /١٩٤.

٢-٢ . منيه الطالب ٢/٢٣.

٣-٣ . حاشيه المكاسب /٢٠٠.

٤-٤ . هدايه الطالب ٣/٣٨.

٥-٥ . كتاب البيع ٢/١٢٩.

٦-٦ . إرشاد الطالب ٣/٣١٨.

التي رواها المشايخ الثلاثة بسند صحيح عنه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا (و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه) ثم ردّ على صاحبه، فأبى أن يقيله إلا بوضعيه قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضعيه، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد. (١).

الإقاله بالوضعيه باطله عند الأصحاب - كما عليها الصحيحه - إلا ابن الجنيد.

قال في القواعد: «الأقاله فسخ لا بيع في حق المتعاقدين و غيرهما، و شرطها عدم الزيادة و النقصان في الثمن فتبطل بدونه...» (٢).

و قال في شرحه في المفتاح: «... و هي فسخ لا بيع إجماعا كما في مجمع البرهان (٣) و عندنا كما التذكرة (٤) و الروضه (٥)، و إليه ذهب الإماميه كما في كشف الحق (٦) في حق المتعاقدين و غيرهما، سواء كان قبل القبض أو بعده كما في الوسيله (٧) و الخلاف (٨) و التحرير (٩)، و سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقاله كما في التذكرة (١٠) و الروضه (١١)، و لا تثبت بها الشفعه عندنا كما في التذكرة (١٢)» (١٣).

ص: ٢٣٠

- ١-١ . وسائل الشيعه ١٨/٧١، ح ١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.
- ٢-٢ . قواعد الأحكام ٢/٩٧.
- ٣-٣ . مجمع الفائده و البرهان ٩/٤٦.
- ٤-٤ . تذكرة الفقهاء ١٢/١١٧.
- ٥-٥ . الروضه البهيه ٣/٥٤٦.
- ٦-٦ . نهج الحق و كشف الصدق ٤٨٨/.
- ٧-٧ . الوسيله ٢٥٧/.
- ٨-٨ . الخلاف ٣/٢٠٥.
- ٩-٩ . تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٤٤٠.
- ١٠-١٠ . تذكرة الفقهاء ١٢/١١٧.
- ١١-١١ . الروضه البهيه ٣/٥٤٦.
- ١٢-١٢ . تذكرة الفقهاء ١٢/١١٨.
- ١٣-١٣ . مفتاح الكرامه ١٤/٨٣٤.

و قال فى شرح قوله: «و شرطها...»: «إجماعا كما سمعت حكايته عن الخلاف(١) و كشف الحق(٢) و به - أى الشرط المذكور- طفّحت عبارتهم... و لا فرق فى الزيادة بين أن تكون عينه أو حكميه...»(٣).

و قال فى شرح قوله: «فتبطل بدونه»: أى الإقاله بدون الشرط كما فى الوسيله(٤) و الشرائع(٥) و غيرهما(٦) و استدل عليه فى الخلاف(٧) بالإجماع المرّكّب و ستمسّع عن الشهيد(٨) نسبه إلى الأصحاب(٩).

و فى الجواهر: «... و اصطلح المتبايعان بزياده أو نقيصه صح عند ابن الجنيد و الأصحاب على خلافه لأنّها فسخ لا بيع»(١٠).

و إذا كانت هذه الإقاله باطله فالعين للمشتري، و البائع جاهل بأنّها له و باعه بأكثر من ثمنه الأوّل، لا بدّ له من ردّ الزيادة إلى المشتري الأوّل لأنّ العين كانت له فيقع بيع البائع للعين فضوليّا و للعلم بإجازة المشتري الأوّل للبيع إذا أخبره بالمال عاده. فردّ الزيادة على المشتري لا تتم إلاّ بصحة بيع الفضولى.

فالصحيحه تدلّ على صحه بيع الفضولى و لذا استدلّ جماعه من الفقهاء بها:

منهم: الجدّ الشيخ جعفر قال: «و للصحيحه عن الصادق عليه السلام: أنه لا يجوز لمن باع

ص: ٢٣١

١-١ . الخلاف ٣/٢٠٥.

٢-٢ . نهج الحق و كشف الصدق ٤٨٨/.

٣-٣ . مفتاح الكرامه ١٤/٨٣٥.

٤-٤ . الوسيله ٢٥٧/.

٥-٥ . الشرائع ٢/٦٠.

٦-٦ . كالكفايه ١/٥٢٥.

٧-٧ . الخلاف ٣/٢٠٦.

٨-٨ . الحاشيه النجاريه ٢٦٠/.

٩-٩ . مفتاح الكرامه ١٤/٨٣٥.

١٠-١٠ . الجواهر ٢٤/٣٥٣.

ثوباً أن يأخذه من المشتري بوضيعة فإن أخذه جهلاً فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ على صاحبه الأوّل مازاد»(١).

وقال الجدّ العلّامة التقي رحمه الله: «ووجب دفع الزايد على صاحبه مبنئاً على صحة العقد، للعلم بإجازته له إذا أخبره بالمال كما هو قضيته المقام وحينئذ فدلالتها على المدّعى ظاهره، ومع الغص عنه فلا بدّ من تقييد إطلاقها بذلك للإجماع على عدم صحة العقد مع عدم إجازة المالك»(٢).

و أنت ترى بأنّ الجدّين استدلاً بالصحيحة له ولكن صاحباً الجواهر و المكاسب يؤيدان صحة بيع الفضولي بالصحيحة.

قال صاحب الجواهر فى عداد المؤيدات: «و فىمن باع ثمّ أقال بوضيعة ثمّ باع بأكثر من الثمن: أنّ الربح للمالك الذى اشترى أوّلاً»(٣).

وقال الشيخ الأعظم: «فإنّ الحكم بردّ مازاد لا ينطبق بظاهرة إلاّ على صحة بيع الفضولى لنفسه»(٤).

وقال تلميذه المامقانى: «و إذا صح بيع الفضولى لنفسه و لزم بإجازة المالك فصحة بيع الفضولى للمالك و لزومه بإجازته أوّلى»(٥).

و يرى السيّد الحكيم عدم البأس بالاستدلال بها لصحة بيع الفضولى ولكن تأمّل فى آخر كلامه حيث يقول بعد روايه مسمع [التي تأتى]: «و قريب منه صحيح الحلبي الوارد فى الإقاله بوضيعة فتأمّل»(٦).

ص: ٢٣٢

١-١ . شرح القواعد ٢/٧٩.

٢-٢ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٨.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٥١ (٢٢/٢٧٩).

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٦٢.

٥-٥ . غايه الآمال / ٣٥٧.

٦-٦ . نهج الفقاهه / ٣٥٩.

ولكن استشكل على الاستدلال أو التأييد بوجوه:

الأول: الاحتمال البعيد في كلام الفقيه اليزدي

قال: «و يمكن على بُعد أن يحمل على شرائه ثانياً من المشتري بوضيعة و حينئذ فيكون المراد من عدم الصلاح الكراهه [و] من ردّ الزيادة ردّها على وجه الاستحباب فلا- دخل لها بالفضولي أصلاً، إذ يكون الثوب حينئذ للبائع لأنّه رجع إليه بالشراء من المشتري بوضيعة و لا دخل له بصاحبه الأوّل و هو المشتري»(١).

و تبعه الشيخ أبو الحسن الشعراني في تعاليقه على الوافي.(٢)

أقول: و هذا الاحتمال كما إترف ببعده الفقيه السيّد اليزدي رحمه الله لا- يتم مع جملة «ثم ردّ على صاحبه فأبى أن يقيله إلاّ بوضيعة» الواردة في كلام السائل حيث صرح بالإقالة و هو غير البيع بل فسخه، و كذا لا يتم مع جواب الإمام عليه السلام: «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة» و هذا الأخذ يرجع إلى ذاك الردّ و هو إذا كانت الإقالة - كما هو المستفاد من سؤال الحلبي - «لا يصلح» يحمل على الحرمة الوضعية لا الكراهه كما عليه الأصحاب من بطلان الإقالة بزياده أو نقيصه كما مرّ من صاحبي المفتاح و الجواهر.(٣)

و كذلك ظهور ردّ مازاد على الوجوب لا ينكر، فحملة على الاستحباب مشكل.

نعم، هناك خلاف في ضبط كلمه «يقيله» بالياء الثانيه و هي المرويه في الفقيه(٤) و الوافي(٥) و الوسائل(٦) و بعض نسخ الكافي(٧) و مرآه العقول(٨)، بتبديله بالباء الموحده

ص: ٢٣٣

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٢١.

٢-٢ . الوافي ١٧/٤٤١.

٣-٣ . الجواهر ٢٤/٣٥٣.

٤-٤ . الفقيه ٣/٢١٧، ح ٣٨٠٦.

٥-٥ . الوافي ١٧/٤٤١.

٦-٦ . وسائل الشيعه ١٨/٧١، ح ١.

٧-٧ . كما في الكافي ١٠/١٥١.

٨-٨ . مرآه العقول ١٩/٢١٢، حيث يقول فيه: «و يدلّ على ما هو المشهور بين الأصحاب من أنّه لا يجوز الاقالة بزياده على الثمن و لا نقصان منه».



«يقبله» كما في متن الكافي (١) و التهذيب (٢). و على القرأه الثانيه «يقبله» بالباء الموحده يرفع البعد عن احتمال الفقيه اليزدى رحمه الله و يأتى فى المقام و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

اللهم إلا أن يقال: ولو كانت ما ورد فى الروايه كلمه «يقبله» بالباء الموحده مع ذلك تدلّ على الإقاله لا المعامله الحديثه بقريته كلمه «ردّ» الوارده قبلها حيث لا يصدق الردّ إلا فى الإقاله، ولو كانت المعامله الجديده لا بدّ أن يقال «باع» أو «صالح» و نحوهما.

و هنا جواب آخر للسيد اليزدى يأتى فى ضمن إشكال المحقق الإيروانى فانتظر.

الثانى: مقاله المحقق الإيروانى

قال: «ظاهر التعبير بلفظ لا يصلح فى الصحيحه و ظاهر تعليق ردّ مازاد على بيع أخذه بأكثر ممّا أخذ دليل الكراهه و أنّ ردّ مازاد على وجه الاستحباب فتدلّ على صحه الإقاله بوضيعة و «الإلّا» (٣) باع أو لم يبع.

و على تقدير البيع بأىّ ثمن باع لم يكن له مخلص من المشتري الأول بل وجب عليه ردّ عين ماله فالصحيحه دليل لابن الجنيد القائل بصحه الإقاله بوضيعة و قد استدلووا بها عليه.

و أيضا لو كانت الإقاله باطله و البيع الثانى فضوليا لزم الاستجازه من المشتري الأول لا الحكم برّد مازاد بضررس قاطع، إلا أن يقال: إنّ القطع حاصل برضاه إمّا مطلقا إذ رضى بالإقاله و مضى بسبيله أو فى صورته بناء البائع على ردّ مازاد و هذا المقدار من الرضا كاف فى الإجازة و حيثئذ يقال: إذا كان الرضا المذكور كافيا فى الإجازة كان كافيا فى خروج البيع عن الفضوليه إذا كان هذا الرضا سابقا على العقد و من المعلوم سبق الرضا

ص: ٢٣٤

١-١ . كما فى الكافي ١٥١/١٠.

٢-٢ . التهذيب ٧/٥٦، ح ٤٢.

٣-٣ . كذا فى المصدر و الظاهر زيادتها.

فى المقام على العقد فلا تصلح الصحيحه للتأيد على صحه الفضولى»(١).

أقول: و فيه: أولاً: لم تكن لفظه «لا يصلح» ظاهره فى الكراهه و الشاهد عليها عدّه من الروايات التى تستعمل «لا يصلح» فى الفساد و البطلان.(٢) و لا أدرى كيف يكون ظهور التعليق فى الاستحباب حتّى فى المقام!؟

و ثانياً: على تقدير صحه الإقاله بالوضيعة - كما عليه ابن الجنيّد - كيف لم يكن مخلص من المشتري الأوّل و وجب عليه ردّ عين ماله، إذا كانت الإقاله بالوضيعة صحيحه تمت مالكيه البائع على العين فكيف وجب ردّ عين مال البائع إلى المشتري الأوّل؟! سبحان من لا يسهو.

و ثالثاً: الإقاله باطله و البيع الثانى يكون فضولياً و لزم الاستجازه من المشتري الأوّل و يكفى فيها أخذه الزيادة و هذا الأخذ إجازة عمليّه فى بيع الفضولى.(٣)

و الرضا لا- يكفى فى الانتقالات كما مرّ مراراً، و لا يخرج البيع من الفضوليه. و بما ذكرنا يظهرُ ضعف مقاله المحقّق الشهيدى حيث يقول: «لا- وجه لذلك [تأيد بيع الفضولى بالصحيحه] أصلاً، إذ غايه ما يدلّ عليه قوله «لا يصلح» إنّما هو كراهه الإقاله بالوضيعة بل نفى رجحانها و أنّ طريق تدارك ذلك - على تقدير الإقدام عليها - ردّ مازاد على صاحبه الأوّل فلا- يرتبط بالفضولى، إذ الإقاله صحيحه إلا أنّها مكروهه و مع الصحه يكون البائع مالكا فيقع المبيع فى ملكه...»(٤).

الثالث: احتمال المحقّق النائينى

قال: «و يحتمل أن يكون البائع اشتراه من المشتري ثانياً فيكون ردّ الزائد استحبابياً. و يشهد لهذا قوله عليه السلام: «صاحبه الأوّل» فإنّ التعبير بصاحبه الأوّل لا يناسب مع

ص: ٢٣٥

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٢٢٣.

٢-٢ . راجع وسائل الشيعه ١٧/٣٤١، ح ١، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ١٧/٣٥٣، ح ١ و ٢ من الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٣-٣ . كما عليه شيخنا الأستاذ رحمه الله فى إرشاد الطالب ٣/٣٢٠.

٤-٤ . هدايه الطالب ٣/٣٩.

أقول: وفيه: مرّ هذا الاحتمال البعيد من الفقيه السيّد اليزدي و المحقّقين الإيرواني و الشهيدى و قد عرفت ما فيه فلا نعيد.

و قال السيّد الخوئى فى توضيح كلام استاده: «و الظاهر أنّ منشأ هذا الاحتمال إنّما هو ارجاع الضمير فى كلمه «صاحبه» إلى لفظ «الثوب» فيكون معنى الروايه حينئذ أنّ البائع يردّ الزائد إلى صاحب الثوب و عليه فتدلّ الروايه على أنّ من اشترى شيئاً بثمن ثمّ باعه بأزيد منه فيستحب له أن يردّ الزائد على المالك الأوّل» (٢).

و اعترض عليه بقوله: «إنّ ارجاع الضمير إلى المال خلاف ظاهر الحديث بملاحظه قوله عليه السلام: «ردّ» فإنّ وحده السياق تقتضى ارجاع الضمير فى لفظه «صاحبه» إلى ما يرجع إليه ضمير «ردّ» يعنى أنّ البائع يردّ إلى صاحبه أى طرف معاملته الأوّل الذى هو المشتري الأوّل و عليه فلا يمكن استظهار أنّ البائع أيضاً مالك و يحكم بذلك على استحباب ردّ ما زاد فى الإقاله، هذا.

مضافاً إلى أنّنا لو اغمضنا النظر عمّا ذكرناه أيضاً لا يمكن إرجاع الضمير إلى المال إذ البائع حينئذ لو ردّ لا يردّ إلا إلى المشتري و ليس هناك غير المشتري مالك آخر يرد عليه ما زاد، فلاوجه لوصف المشتري بالمالك الأوّل دفعا عن ردّه إلى غيره، و بالجمله ليس هناك مالك إلا المشتري و البائع، و البائع لا يردّ إلى نفسه فوصف المشتري بالمالك الأوّل لا يخلو عن البشاعه» (٣).

أقول: وفيه: لا- أدرى كيف صار هذا الارجاع منشأ احتمال المحقّق النائينى، مضافاً إلى أنّ الضمير فى «صاحبه» و «يأخذه» و «فأخذه» و «فباعه» و «صاحبه الأوّل» فى كلّها يرجع إلى الثوب، و أمّا المراد من مجموع كلمتى «صاحبه الأوّل» فهو المشتري الأوّل، لأنّ هناك مُشْتَرِيَيْنِ الأوّل المستقيل الرادّ، و الثانى الذى اشترى بما زاد، فما

ص: ٢٣٦

١-١ . منيه الطالب ٢/٢٥.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٤/٧٣.

٣-٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٠١.

ذكره قدس سره من قوله: «و بالجمله ليس هناك مالك إلا المشتري و البائع» لم يتم لأنّ البائع باع ماله إمّا بالمشتري الأوّل أو الثاني و لذا عبّر عن المشتري الأوّل بصاحبه الأوّل في مقابل المشتري الثاني الذي هو صاحبه الثاني، و لا بشاعه في البين.

الرابع: مقاله المحقّق السيد الخوئي

و قد جمع و بيّن مقالتي استاذيه النائيني(١) و الأصفهاني(٢) و قال: «إنّ الروايه غريبه عن بيع الفضولي إذ البيع الواقع بالزيادة ليس بفضولي لأنّه لو كان فضولياً لكان فضولياً من أصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوي الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لأنّ معنى الإقاله إنّما هو انفساخ العقد من أصله و رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه الأوّل... فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكاً للبائع في فرض الوضيعه و كون الزائد ملكاً للمشتري في فرض الزيادة.

... و يضاف إلى ذلك [تبيين مقاله الأصفهاني] أنّه يمكن أن يكون للمشتري غرض خاص من الاستقاله فإذا لم يقبلها البائع حين الاستقاله فاته ذلك الغرض و إذن فلا تؤثر إقالته بعد مدّه طويله خصوصاً مع ترق القيمة السوقيه...»(٣).

و قال: «... لو كان البيع الواقع على الثوب فضولياً لتوقف نفوذه على إجازة المشتري و لم يتعرض الإمام عليه السلام لها أصلاً مع أنّه ليس البيع بالزائد مورداً لإجازة المشتري أصلاً إذ لعلّ المبيع صار مورداً للترقي بحسب القيمة السوقيه فيما بين زمان الإقاله و زمان البيع...»(٤).

و قال: «... و في المقام يكون نفس إقدام المشتري على الإقاله دالاً على الرضا بالمبادله بالأكثر بالدلاله الالتزاميه حيث إنّه دالّ بالدلاله المطابقه على رضاه بأخذ البائع الثوب بالوضيعه و يدلّ على جواز أخذه بالأكثر لغير البائع بالدلاله الالتزاميه و إن لم

ص: ٢٣٧

١-١ . منيه الطالب ٢/٢٥.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٩٥.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٤/٧٠ و ٧١.

٤-٤ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٣٣.

يعرفه و هي كافيه فى صحه المعامله لما ذكرنا فى محلّه من أنّ نظر البائع فى المعامله إلى استبدال ماله من دون نظر إلى مشتر خاص فهى قائمه بالمالين لا بالمتعاقدين... فهو بيع صحيح و لا ربط بالفضولى»(1).

أقول: يمكن أن يُناقش فى وجوه: أولاً: عدم التعرض فى الصحيحه لصورتي تساوى الثمن مع ما رده البائع أولاً إلى المشتري أو نقصانه، لعدم ترتب الثمره العمليه فى فرض التساوى و ندره فرض النقصان، فما يقع غالباً هو صورته الزياده و لذا تعرض لحكمها.

و ثانياً: فرض ترقى القيمه السوقيه لاسيما فى تلك الأيام و إن كان متصوراً ولكنّه بعيد فى الغايه بالنسبه إلى الأيام المعدودات.

و ثالثاً: إقدام المشتري على الإقاله لم يدلّ على الرضا بالبيع، لأنهما شيئان مختلفان أحدهما فسخ البيع و الآخر بيع و هما نقيضان. و إذا كانت الإقاله باطله فالبيع فضولياً يحتاج إلى إجازة المالك - و هو هنا المشتري الأول - و أجاز البيع عملاً بأخذه الزياده.

و رابعاً: كفايه الرضا فى المبادلات الماليه و المعاملات محلّ مناقشه بل منع كما مرّ مراراً.

الخامس: مقاله الفقيه المعاصر

قال السيّد محمّد سعيد الحكيم - مدظله -: «نعم، حمل النصوص على صورته إجازة المشتري الأول للبيع لا يناسب اطلاقها الظاهر فى صحه البيع و استحقاق المشتري الزياده بمجرد وقوعه من دون حاجه للإجازة. و لاسيما و أنّ عدم الإجازة قد يكون أنفع للمشتري لو بقى الأمر على مقتضى القاعده كما إذا ارتفعت قيمه الثوب إلى أكثر من ثمن البيع الثانى حيث يكون مقتضى القاعده ضمان البائع له لو فرض عدم الإجازة و تعذر الاسترجاع الثوب بسبب أخذ المشتري الثانى له. فعدم التنبيه لذلك فى الصحيح و

ص: ٢٣٨

الاقتصار فيه على استحقاق الزيادة من دون تنبيه لاشتراط الإجازة يناسب صحة البيع الثانى من دون حاجة للإجازة تعبداً ولو لأنه الأنسب بفرض المالك غالباً و تجنباً للمشاكل المترتبة على بطلان البيع نظير ما(١) سبق فى نصوص المضاربه و من ثمّ يشكل الاستدلال و الاستئناس بالصحيح فى المقام(٢).

أقول: و فيه: أولاً: لا بدّ من حمل إطلاق النص - لا النصوص - على صورته إجازة المشتري الأول للبيع، كما مرّ من الجدّ العلامة التقي قدس سره: «للإجماع على عدم صحة العقد مع عدم إجازة المالك»(٣).

و ثانياً: إذا كان البيع الثانى صحيحاً من دون الإجازة تعبداً فلا يكون أنفع للمشتري كما إذا ارتفعت قيمه السوقية، لئِنَّه بعد الحكم بصحة البيع تعبداً لا يستحقّ المشتري شيئاً.

و ثالثاً: مع إمكان الحمل على القاعده، حمل الصحيحه على التبعده لا يتم.

و الحاصل: بعد الجواب عن الإشكالات تمّ الاستدلال أو لأقل من التأييد لصحة بيع الفضولى بالصحيحه والحمدلله.

ص: ٢٣٩

---

١-١. فى المصدر «مما».

٢-٢. مصباح المنهاج - كتاب التجاره ٢/٢١٦.

٣-٣. تبصره الفقهاء ٣/٣٣٨.

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار أ(١) يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق و يشترط عليه أنك إن تأتي بما نشترى (٢) فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشترى ثم يأتي بالمتاع فيقول: أخذ ما رضيت و دغ ما كرهت؟ قال: لا بأس. (٣)

بتقريب من الشيخ الأعظم (٤): أن محتملات الروايه ثلاثه:

الأول: أن يكون شراء السمسار - و هو الدلال - لنفسه، و يكون الورق - و هو الدرهم المضروب من الفضة جمعه أوراق و ورق - من المشتري عليه قرضا و يبيع ما اشتراه بالورق على صاحب الورق المشتري و يؤدى بذلك دينه. و يكون قوله عليه السلام: «يشترى بالأجر» قيدا توضيحيا لمعنى السمسار الذى هو الدلال. و هذا الاحتمال أجنبي عن الفضولى.

الثانى: أن يكون شرائه لمالك الورق - المشتري - بإذنه مع جعل الخيار له على البائع بتماميه البيع فى ما شاء المشتري و فسخه فى ما كره. و هذا الاحتمال أيضا بيع مع الإذن فيخرج عن الفضولى.

الثالث: أن يكون الشراء من السمسار لمالك الورق - المشتري - فضوليا بحيث يختار ما يشاء و يأذن فيه و يرد ما لا يريد و لم يأذن فى بيعه. و هذا الاحتمال الأخير ينطبق على الفضولى.

ثم: إذا كانت محتملات مورد السؤال متعدده و تشمل الثلاثه و لم يسأل الإمام عليه السلام عنها، و ترك الاستفصال يقتضى عموم الحكم لجميع المحتملات التى منها شراء الفضولى، فيتّم على أن قوله عليه السلام: «لا بأس» يجرى بالنسبه إلى الفضولى أيضا فيحكم بصحته.

أقول: محتملات الروايه لا تنحصر فى الثلاثه و يمكن أن يضاف إليها:

ص: ٢٤٠

١-١. فى الكافى ١٥٩/١٠، ح ٥: ليست همزه الاستفهام.

٢-٢. فى المصدر: تشتري.

٣-٣. وسائل الشيعه ١٨/٧٤، ح ٢، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود.

٤-٤. المكاسب ٣/٣٦٣ و ٣٦٢.

الرابع: أن يكون الغرض من دفع الورق مجرد دفعها إلى صاحب الأمتعه ليكون وثيقه عنده لدفع الأمتعه إلى السمسار ليشتري بعد ماشاء. (١)

الخامس: أن يكون شراء السمسار لنفسه من دون استقراض و من دون استيدان من صاحب الورق نظير شراء الغاصب لنفسه. (٢)

السادس: السمسار يشتري لنفسه بالورق الذى دفعه إليه صاحبه، فالمبيع له ثم إن شاء المشتري صاحب الورق - يشتري من السمسار و إن شاء ترك. (٣)

السابع: «وقوع الاشتراء بالمساومه و إطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشارفه و يكون دفع الورق لطمأنينه السمسار و هو كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار». ذكر هذا الاحتمال صاحب البلغه و جعله أظهر الاحتمالات. (٤)

و قال السيد الخوئى فى ذيله: «و هذا الاحتمال أيضا لا بأس به» (٥).

الثامن: الاحتمال الثانى مع عدم إعطاء صاحب الورق الأجره على شراء السمسار فى فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

هذا الاحتمال هو مختار شيخنا الاستاذ (٦) قدس سره .

التاسع: البيع إذا وقع وقع للمالك، و الشراء إن وقع وقع للمشتري الذى صاحب الورق، و السمسار يعرض المتاع على المشتري فقط و اختار هو ما اختار و حين اختياره يعطى أجره السمسار و إلا فلا، و إعطائه الورق للسمسار لأجل أنه صادق فى إرادته بيعه.

هذا الاحتمال هو مختارنا و هو أحد محتملى الفقيه المعاصر (٧) و لعل المراد

ص: ٢٤١

١-١ . كما فى بغيه الطالب ١/٣٥٣.

٢-٢ . كما فى بغيه الطالب ١/٣٥٣.

٣-٣ . كما فى حاشيه المكاسب للإيروانى ٢/٢٢٣.

٤-٤ . بلغه الفقيه ٢/٢١٩ و نقل عنه فى مصباح الفقاهه ٤/٧٦.

٥-٥ . مصباح الفقاهه ٤/٧٦.

٦-٦ . إرشاد الطالب ٣/٣٢١.

٧-٧ . مصباح المنهاج، كتاب التجاره ٢/٢١٨.



بالاحتمال السابع الذى هو مختار صاحب البلغه أيضا هذا. فلا يتم العموم ولا الفضولى.

و غيرها من المحتملات و لا تضرّ بالاستدلال لو تمّ تعدّد مورد السؤال و ترك استفصال الإمام عليه السلام بحيث يقتضى عموم الحكم لجميعها.

ولكن ناقش المحقّق الإيروانى فى تعدّد محتملات مورد السؤال عند السائل الذى يسأل مسأله صاحب الورق بأنّ موضوع السؤال عنده واضح و كان ما وقع بين صاحب الورق و السمسار عند السائل معينا و إنّما يسأل من حكمه فقط و أجابه الإمام عليه السلام بقوله: «لا باس».

«نعم، نحن لا نعلم ذلك الذى جرى ماذا؟ و نحتمل أن يكون شىء من الأمور المذكوره، و هذا لا يوجب الحكم بالعموم، فإنّ عدم الاستفصال الذى هو دليل العموم هو عدم الاستفصال فى موضوع عدم تبين موضوع السؤال [عند السائل] لا موضوع تبينه [السائل] و كان الاشتباه فى حقّ غير المخاطبين كما فى المقام. (١)

و تبعه السيّد الخوئى رحمه الله و قال: «إنّما يتمسك بترك الاستفصال فيما إذا كان المسئول عنه مرددا منقسما إلى أقسام عديده بأن كان حكما كلياً، و لا يجرى ذلك فيما إذا كان المسئول عنه قضيه شخصيه» (٢).

و يمكن أن يجاب عن هذه المناقشه: بعدم الفرق بين القضيتين الشخصيه و الحقيقيه بالنسبه إلى ترك الاستفصال و إفادته العموم لأنّ الوجه فيه هو لزوم الإغراء بالجهل و فوات الغرض بلا فرق بين الحكم الكلى - القضيه الحقيقيه - و الجزئى - القضيه الشخصيه - لأنّ فى كلّ مورد ترك الاستفصال يوجب الإغراء بالجهل و فوات الغرض - و لا يمكن انتساب الأمرين إلى الشارع - فيحكم بإفاده ترك الاستفصال للعموم بلا فرق بين القضيتين. (٣)

و أمّا ما أفاده المحقّق الإيروانى من تبين الموضوع عند السائل و عدمه عند غير

ص: ٢٤٢

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٢٢٤.

٢-٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٣٥.

٣-٣ . كما يظهر من المحقّق المروج راجع هدى الطالب ٤/٤٦٥.

و كذا ما ذكره السيد الخوئي من قوله: «... إذا علم المسؤول مراد السائل بقرائن حاله أو مقالیه فأجابه بشي ء و نحن لم نعلم المراد و تردّدنا بين الاحتمالات فهذا كيف يمكن أن يكون دليلاً على العموم»<sup>(١)</sup>.

ثم: لو تمّ ما أفاده المحققان الإيرواني و السيد الخوئي رحمهما الله من عدم تماميه العموم فتكون الروايه مجمله، كما اعترف به الفقيه المعاصر<sup>(٢)</sup> - مد ظله - .

نعم، لو كانت الروايه ظاهره في إحدى المحتملات غير الفضولي فلا يتم العموم لعدم جريان قاعده ترك الاستفصال.

و ذهب جماعه إلى تعيين الإحتمالين الأولين كما هو مختار المحققين اليزدي<sup>(٣)</sup> و الأصفهاني<sup>(٤)</sup> و الشريعتمداري<sup>(٥)</sup> و الأردكاني<sup>(٦)</sup> و المروج<sup>(٧)</sup> و الأستاذ المحقق<sup>(٨)</sup> - مدظله - .

و إلى تعيين الاحتمال الأوّل الشهيدي<sup>(٩)</sup>.

و إلى تعيين الاحتمال الثاني السيد الإشكوري<sup>(١٠)</sup> و المحقق النائيني<sup>(١١)</sup> و السيد

ص: ٢٤٣

- ١-١ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٠٣.
- ٢-٢ . مصباح المنهاج، كتاب التجاره ٢/٢١٧.
- ٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/١٢٢.
- ٤-٤ . حاشيته على المكاسب ٢/٩٥.
- ٥-٥ . تحقيق و تقارير في باب البيع و الخيارات ٢/٧٢.
- ٦-٦ . غنيه الطالب ٢/٣٢٨.
- ٧-٧ . هدى الطالب ٤/٤٦٣.
- ٨-٨ . العقد النضيد ٣/٩٤.
- ٩-٩ . هدايه الطالب ٣/٤٠.
- ١٠-١٠ . بغيه الطالب ١/٣٥٤.
- ١١-١١ . منيه الطالب ٢/٢٥.

الخوئي (١) و شيخنا الأستاذ (٢) قدس سره لكن مع تقييد كما مرّ و يأتي.

ولكن نفى المؤسس الحائري (٣) البُعدَ في كونها ظاهره في الاحتمال الثالث أي الفضولي.

و قد مرّ أنّ الاحتمال السادس مُتَعَيَّنٌ عند المحقّق الإيرواني.

و الاحتمال السابع متعيّن عند صاحب البلغه.

و الاحتمال الثامن عند شيخنا الأستاذ رحمه الله .

و قد مرّ أنّ الاحتمال المختار عندنا هو الاحتمال التاسع فلا يتم الاستدلال بها لصحة بيع الفضولي.

و أمّا ما ورد في أحدِ تقريرات السيد الخوئي رحمه الله من: «أنّ الروايه غير نقيه السند» (٤).

و حمله الأستاذ المحقّق (٥) - مدظله - من أنّه يقصد اولئك الرواه الذين روى عنهم الحسن بن محمّد بن سماعه لجهاله «غير واحد».

لا- يتم لأدّن المراد بغير واحد جماعه من الرواه و لأقل من دخول ثقه فيهم، مضافا إلى أنّ الصدوق رواها في الفقيه (٦) بسند صحيح و الشيخ بسند مؤثّق في التهذيب (٧).

ص: ٢٤٤

- 
- ١-١ . مصباح الفقاهه ٤/٧٦، محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٣٥، التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٠٣.
  - ٢-٢ . ارشاد الطالب ٣/٣٢١ و ٣٢٠.
  - ٣-٣ . كتاب البيع ١/٣٠٨ لشيخنا آيه الله محمّد علي الأراكي.
  - ٤-٤ . مصباح الفقاهه ٤/٧٦.
  - ٥-٥ . العقد النضيد ٣/٩٤.
  - ٦-٦ . الفقيه ٣/٢١٨، ح ٣٨٠٩.
  - ٧-٧ . التهذيب ٧/٥٦، ح ٤٣.

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت استودعتُ رجلاً مالاً فجحديني و حلف لي عليه ثمَّ جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنتُ استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذهُ وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك و اجعلني في حلٍّ، فأخذت المال منه و أبيتُ أن آخذ الربح و أوقف المال الذي كنت استودعته و أتيت حتّى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال: خذ الربح و أعطه النصف و أحله، إنّ هذا رجل تائب و الله يحبُّ التوابين. (١)

سند الشيخ ضعيف بالحسن بن عماره، ذكره الشيخ في أصحاب علي بن الحسين عليه السلام مع توصيفه بالكوفي (٢) و في أصحاب الباقر عليه السلام و وصفه بأنه عامي (٣) و في أصحاب الصادق عليه السلام قال: «الحسن بن عماره بن المضرب أبو محمّد البجلي الكوفي أسند عنه» (٤).

و قال ابن حجر في شأنه: «الحسن بن عماره بن المضرب البجلي مولاهم الكوفي أبو محمّد كان على قضاء بغداد في خلافه المنصور...» (٥).

و قال في تقريب التهذيب الحسن بن عماره البجلي مولاهم أبو محمّد الكوفي قاضي بغداد متروك من السابعة مات سنه ثلاث و خمسين [أي بعد المائة] (٦).

و قال الذهبي في ميزان الاعتدال: «الحسن بن عماره الكوفي الفقيه مولى بجيله... - ثم ذكر تضعيفه عن جماعه إلى أن قال: - مات سنه ثلاث و خمسين و مائه و كان من كبار الفقهاء في زمانه ولي قضاء بغداد» (٧).

ص: ٢٤٥

١-١ . وسائل الشيعة ١٩/٨٩، ح ١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة.

٢-٢ . رجال الشيخ ٨٨/ الرقم ١٩.

٣-٣ . رجال الشيخ ١١٥/ الرقم ١٧.

٤-٤ . رجال الشيخ ١٦٦، الرقم ١٥.

٥-٥ . تهذيب التهذيب ٢/٣٠٤، الرقم ٥٣٢.

٦-٦ . تقريب التهذيب ١/١٦٩، الرقم ٢٩٨.

٧-٧ . ميزان الاعتدال ١/٥١٣، الرقم ١٩١٨.

قال الشيخ محيي الدين المامقاني رحمه الله: «الذى يظهر من إصرار العامه على تضعيفه -مع أنه من قضاتهم- وروايه ثقات رواتنا مثل أبان بن عثمان الثقة الجليل و الحسن بن محبوب الثقة الجليل عنه، أن المترجم إما كان متقياً في مذهبه و كان في الباطن إمامياً، أو أنه كان عامياً إلا أنه غير معاند للحق وثقه في مذهبه عند رواتنا و حيث أنا لم نجزم بأحد الاحتمالين ينبغي أن نعدّه ممّن لم يتضح لنا حاله و إن كان المظنون كونه موثقاً»<sup>(١)</sup>.

أقول: الاحتمالان يجريان بالنسبه إليه، و أمّا توثيقه فلا يحصل العلم به إلا على القول بأن أصحاب الإجماع لا يروون إلا عن الثقة و هو لا يتم عندي.

و كذلك الروايه ضعيفه بأبيه عماره بن المضرب و هو مهمل و ليس له إلا هذه الروايه. هذا كلّه بالنسبه إلى سند الشيخ.

ولكنّها مرويه في الفقيه<sup>(٢)</sup> بإسناده عن مسمع أبي سيار، و ذكر الصدوق سنده في المشيخه هكذا: «و ما كان عن مسمع بن مالك البصرى فقد روّيته عن أبي - رضى الله عنه - عن سعد بن عبدالله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن محمد بن أبان عن مسمع بن مالك البصرى و يقال له: مسمع بن عبدالمالك البصرى لقبه كردين و هو عربى من بنى قيس بن ثعلبه و يكنى أبا سيار و يقال: إن الصادق عليه السلام قال له أول ما رآه: ما اسمك؟ فقال مسمع، فقال: ابن من؟ قال: ابن مالك، فقال: بل أنت مسمع بن عبدالملك»<sup>(٣)</sup>.

رجال السنن كلّهم ثقات إلا القاسم بن محمد الجوهري و هو معتبر عندنا فالسنن معتبر، فصارت الروايه معتبره الأسناد بسند الصدوق.

تقريب الاستدلال: أمر الإمام عليه السلام بأخذ الربح من جانب المالك لا يتم إلا بامضاء معاملات الودعي الجاحد حتى يجوز له تملك ربحها و أمّا أمره عليه السلام باعطاء الودعي الجاحد التائب النصف فهو أمر استحبابي لأنه تائب و يكون الإعطاء تشويقاً له.

ص: ٢٤٦

١-١ . تعليقه تحت عنوان حصيله البحث على كتاب والده تنقيح المقال ٢٠/٢٨٩.

٢-٢ . الفقيه ٣/٣٠٥، ح ٤٠٩١.

٣-٣ . الفقيه ٤/٤٥١.

لم يذكر الشيخ الأعظم هذه المعتبره ولكن تمسك بها جماعه من الأصحاب رحمهم الله :

منهم: الشيخ جعفر رحمه الله قال: «لروايه مسمع أبى سيار عن الصادق عليه السلام - فى رجل استودع رجلاً مالاً فجحده الودعى واستربح به أربعة آلاف درهم - الداله على أن الربح لصاحب المال»(١).

و منهم: الجدد العلامه التقى قال بعد نقل الروايه: «و الظاهر أن تملكه للربح مبنئى على إجازته للعقد الصادر منه المشتمل على الربح، و أمره عليه السلام بردّ نصف الربح عليه على وجه الندب كما يشير إليه التعليل المذكور و دلالتها على المدعى ظاهره أيضاً»(٢).

و منهم: صاحب الجواهر قال فى ضمن المؤيدات: و كذا ما ورد فى ودعى جحد الوديعه و أّجر بها: من أن الربح للمالك»(٣).

و منهم: الفقيه اليزدى قال: فإنّ ظاهر ذيله أن تمام الربح له و أنّه أمره بإعطائه النصف منه من جهه أنّه تائب و هو لا ينطبق إلاّ على صحه الفضولى»(٤).

ولكن استشكل عليها المحقق السيّد الخوئى بإشكالين و قال: «و فيه: أولاً: أن الروايه ضعيفه السند كما مرّ فلا يمكن الاستناد إليها فى الحكم الشرعى.

و ثانياً: أنّ الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعامله على عين الوديعه إمّا بنحو المعاطاه أو بالعقد اللفظى ولكن لا قرينه فى الروايه على ذلك»(٥).

و يمكن الإجابة عنهما أمّا الأول: فقد عرفت ضعف سند الشيخ و اعتبار سند الصدوق بالروايه، لاسيما أنّ القاسم بن محمّد الجوهري المختلف فيه عند الأصحاب، فهو عند المحقق السيّد الخوئى(٦) رحمه الله معتبر فسند الصدوق عنده و عندنا معتبر(٧)، فرمئيه

ص: ٢٤٧

١-١ . شرح القواعد ٢/٧٩.

٢-٢ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٨.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٥٠ (٢٢/٢٧٩).

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/١٢٢.

٥-٥ . مصباح الفقاهه ٤/٧٧.

٦-٦ . راجع معجم رجال الحديث ١٤/٤٧، الرقم ٩٥٤٢.

٧-٧ . راجع الآراء الفقيهيه ٣/٣٥٢.

الرواية بضعف السند لا وجه له.

و أمّا الثاني: فلو لو كانت معاملات الودعي الجاحد بالكلّي في الذمه لا بالعين المودعه عنده، يكون تمام الربح للودعي و لا يستحق أبوسّيار شيئاً منه، مع أنّ الإمام عليه السلام أمره بأخذ الربح، و هذا الأمر أقوى قرينه على أنّ المعاملات وقعت على عين الوديعه. و من المعلوم أنّ ارجاع نصف الربح من المالك على الودعي يكون تفضلاً من المالك لأجل تشويق الودعي على توبته.

و الشاهد لما ذكرنا مقاله المؤسس الحائري حيث يقول: «... أنّ البيع أو الشراء لما في الذمه إذا كان القصد حين المعامله الدفع من عين مال الغير يكون كالمعامله الوارده على عين المال ابتداءً فيندرج في الفضولي و يرجع ربحها إلى صاحب العين و يناسب ذلك مع ارتكاز العرف، ألا- ترى أنّ العصاه و الظلمه مع شرائهم و تحصيلهم لما يملكونه غالباً بالثمن في ذمتهم يقال: إنّ ما بيدهم مالٌ لغيرهم، فإن لم يكن على خلاف هذا المطلب إجماع نقول به...»(١).

لا يقال: «أنّ استحقاق مسمع للربح بتمامه قد يكون بسبب بذل الودعي له في مقابل تحليل مسمع له من دون أن يكون مسمع مستحقاً له بالأصل» كما عن الفقيه المعاصر - مدظله - (٢).

لأننا نقول: البذل مقابل التحليل و ان كان محتملاً و متعارفاً في العاده ولكنّه خلاف لظاهر المعتبره حيث يقول الودعي فيها: «هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك» فحكم الودعي بأنّ أربعة آلاف درهم للمالك و ربح ماله. و هذا مخالف للبذل مقابل التحليل.

و قوله: «و اجعلني في حلّ» لا يدل على أنّ البذل مقابل التحليل.

فدلالة المعتبره على صحه بيع الفضولي تامه.

ص: ٢٤٨

١- ١. كتاب البيع ١/٣١٠ لشيخنا آيه الله الشيخ محمّد على الأراكي.

٢- ٢. منهاج المصباح، كتاب التجاره ٢/٢٢١.

عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن الزكاه تجب علىّ فى موضع لا- يُمكننى أن أوذّيها؟ قال: اعزلها فإن اتجرت بها فأنت ضامن لها ولها الربح، وإن تويت (١) فى حال ما عزلتها من غير أن تشغلها فى تجاره فليس عليك وإن لم تعزلها و اتجرت بها فى جملة مالك فلها بقسطها من الربح ولا وضيعه (٢) عليها. (٣)

بتقريب: إذا وجبت الزكاه مع بشرائها المعلومه فى مال يجب إخراجها وإن لم يتمكن المالك من أدائها يجب عزلها، فإن عزلها و تلفت من دون تفريط ليس عليه شىء ولكن إن لم يعزلها و اتجرت بها، يتعلّق بها الربح بقدرها من دون أن يتعلّق بها الضرر.

و تعلّق ربح التجاره بمال الزكاه من دون الضرر يكون من مصاديق بيع الفضولى الذى أجازته الشارع ولايه على مستحقى الزكاه و حفظا لمنافعهم، و الضرر يكون فى مال المالك لأنه يتصرف فى الزكاه من دون إجازته أربابها فيكون ضامنا لها و لا يتعلّق بها الخساره.

و استدّل الفقيه السيّد اليزدى (٤) على صحه بيع الفضولى بهذه الروايه.

و يمكن أن يناقش عليه: بحمل الروايه على التعبد كما هو الظاهر مضافا على ضعف سندها بجهاله عمّن حدّث عنه على بن محمّد و إهمال معلّى أو يغلى بن عبيد فى كتب الرجل و ليس لهما - على فرض تعددهما - إلا هذه الروايه، فالاستدلال بها لا يتم.

ص: ٢٤٩

١-١ . تويت: هلكت.

٢-٢ . الوضيعه: الخساره.

٣-٣ . الكافى ٧/٣٦١، ح ٢ (٤/٦٠) و نقل عنه فى وسائل الشيعه ٩/٣٠٧، ح ٣، الباب ٥٢ من أبواب المستحقين للزكاه.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/١٢٣.



## الوجه الثاني عشر: بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه وآله وبنى هاشم

روت العامه فى صحاحهم (١) و سيرهم (٢) أنّ عقيلًا عمد إلى دور بنيهاشم فى مكه - و كانت قريش تعطى من لم يُسلم مالَ مَنْ أُسْلِمَ بعد هجره المسلمين إلى المدينه - فباعها حتّى دار رسول اللّٰه صلى الله عليه وآله ، فلما دخل رسول اللّٰه صلى الله عليه وآله مكه يوم الفتح قال له أسامه بن زيد: أ تنزل غدا فى دارك يا رسول اللّٰه صلى الله عليه وآله ؟ فقال صلى الله عليه وآله : و هل ترك لنا عقيل من رِباع (٣)؟!!

وردت الروايه فى كتبنا التفسيريه (٤) و الفقيهيه (٥) و التراجميه (٦).

و استدل بها الشيخ جعفر لصحه بيع الفضولى و قال: «و لحديث بيع عقيل دار النبي صلى الله عليه وآله بمكه من دون إذنه فلمّا أخبره أجازته» (٧).

و تبعه صهره العلامه التقى الجدّ و قال: «و منها: من أنّ عقيلًا باع دورا للنبي صلى الله عليه وآله بمكه من دون إذن، فلمّا أخبره بذلك أجازته» (٨).

و قال قبلهما السيّد مهدي بحر العلوم فى رساله سمّاها «مبلغ النظر فى حكم قاصد الأربعة من مسائل السفر» بعد نقل الروايه: «و ظاهره أنّه أجاز ما صنعه عقيل تكرّما و

ص: ٢٥٠

- ١-١ . صحيح البخارى ٢/١٨١، صحيح مسلم ٢/٩٨٤، ح ١٣٥١، سنن ابن ماجه ٢/٩١٢، ح ٢٧٣٠، مسند أحمد ٥/٢٠٢، فتح البارى ٨/١٢، شرح مسلم للنووى ٩/١٢٠، المستدرک للحاكم ٢/٦٠٢، المعجم الكبير للطبرانى ١/١٦٨.
- ٢-٢ . السيره الحلييه ٣/٨٥، المغازى للواقدي ٢/٨٢٩، أخبار مكه ٢/١٦١، سير أعلام النبلاء ١٠/٦٨.
- ٣-٣ . رِباع جمع الرِّبْع: الدار بعينها حيث كانت. الصحاح ٣/١٢١١.
- ٤-٤ . نحو: مجمع البيان ٩/١٤٧ فى تفسير الآيه ٣٠ من سوره ق من الجزء السادس والعشرين.
- ٥-٥ . نحو: تذکره الفقهاء ١٠/٤٠ و غيرها التى تذکر.
- ٦-٦ . نحو: الدرجات الرفيعه ١٥٤/ فى ترجمه عقيل، للسيّد على خان المدنى صاحب شرح الصيحه.
- ٧-٧ . شرح القواعد ٢/٧٧.
- ٨-٨ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٨.

يستفاد منه صحة بيع الفضولي إذا تعقبه الإجازة ولو كان غصباً»(١).

أقول: على فرض وقوع هذه القضية - كما أنّ الظاهر وقوعها حيث لم يرد من الأئمة المعصومين عليهم السلام نفيها - وإجازة النبي صلى الله عليه وآله وبنيه لهم، استفادته صحة بيع الفضولي منها لا ينكر.

فلا يصغى إلى مقاله الفاضل النراقي حيث يقول: «واحتجوا بما ورد من تقرير النبي صلى الله عليه وآله بيع عقيل داره بمكّه وضعفه ظاهر»(٢).

ص: ٢٥١

---

١-١ . نقلها بتمامها السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٠/١٠(٤٣٥-٣٣٣)، و العبارة المنقوله فيه ١٠/٣٧٠.

٢-٢ . مستند الشيعة ١٤/٢٧٦.

## الوجه الثالث عشر: إجازة الوارث بالنسبة إلى الوصية الزايدة على الثلث

الوصية جائزه و نافذه فى أموال الموصى إذا بلغت إلى حدّ ثلث أمواله، و أمّا ما زاد على الثلث فلا يجوز إلاّ بعد إمضاء الورثه و إجازتهم<sup>(١)</sup>، نعم لو أجاز بعضهم فى حياه الموصى فليس له الرجوع عنها بعد مماته.<sup>(٢)</sup>

و كأنّ الوصيه من الموصى فى ما زاد على ثلث الأموال تصرف فى مال الورثه فلذا يحتاج إلى إذنه و بعد الإذن تكون نافذه، نظير بيع الفضولى لكونه تصرفا فى مال المالك و بعد إذنه يكون نافدا.

قال الشيخ جعفر: «و فى إجازة السيّد عقد العبد و الوارث للوصيه بما زاد على الثلث إشعار بذلك»<sup>(٣)</sup>.

و تبعه العلّامه التقى الجدّ و قال: «و ممّا يستأنس به للقول المذكور [صححه بيع الفضولى] دلّ على صححه الوصيه الزايدة على الثلث إذ أجازته الورثه»<sup>(٤)</sup>.

و ذكرها صاحب الجواهر<sup>(٥)</sup> من المؤيدات.

أقول: الإشعار و الاستيناس و التأييد لا بأس به، و أمّا دلالة فرع على فرع آخر فهى من القياس المحرّم عندنا مضافا إلى ما أورده الفقيه السيّد اليزدى بقوله: «... فإنّ إجازته [الوارث] شرط فى نفوذ تصرف الميت لنفسه فلا دخل له بالمقام من إجازة المالك للعقد الواقع على ماله على أن يكون له، إذ من المعلوم أنّ الإجازة لا- تصير الوصيه للوارث، بل توجب عدم انتقال المال إليهم»<sup>(٦)</sup>.

و تبعه السيّد الخوئى<sup>(٧)</sup>.

ص: ٢٥٢

١-١ . راجع وسائل الشيعه ١٩/٢٧٥، الباب ١١ من أبواب كتاب الوصايا.

٢-٢ . راجع وسائل الشيعه ١٩/٢٨٣، الباب ١٣ من أبواب كتاب الوصايا.

٣-٣ . شرح القواعد ٢/٧٦.

٤-٤ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٨.

٥-٥ . الجواهر ٢٣/٤٥١ (٢٢/٢٧٩).

٦-٦ . حاشيه المكاسب ٢/١٢٣.

٧-٧ . مصباح الفقاهه ٤/٧٧.

## الوجه الرابع عشر: التصدق بمجهول المالك و اللقطه

وردت فى بعض الروايات (١) التصدق بمجهول المالك و اللقطه - بعد اليأس عن الظفر بصاحبهما - فإن جاء صاحبه و أمضى الصدقه مضت و إلا غرمها المتصدق و الثواب له.

و هذا التصدق تصرف فى مال صاحبه و بعد إجازته لا يجوز له طلب المال من المتصدق و أما إذا لم يجرز فيجوز له طلب ماله من المتصدق. (٢)

و أنت ترى وُجُودَ التشابه بين هذ التصدق بعد اجازته المالك بيع الفضولى بل هو تصدق الفضولى.

و عدّها الشيخ جعفر من الأمور المُشْعِرَة بصحة بيع الفضولى و قال: «... و كذا الأخبار الداله على التصدق بمجهول المالك عنه فإن جاء و أمضى الصدقه مضت و إلا عزم المتصدق و الثواب له لا يخلو من ظهور فى ذلك» (٣).

و تبعه العلامة التقى الجد و قال: «و ممّا يستأنس به... و ما ورد فى التصدق بمجهول المالك إن جاء صاحبها و أمضى الصدقه مضت، و إلا غرمه المتصدق و إلا أجزاءه» (٤).

و جعلها صاحب الجواهر (٥) من المؤيدات.

أقول: تصدق الفضولى هنا واضح و صحيح و البيع مثله، و أما فرض الغرامه لأنّ صاحب المال يطلب ماله فيجب على المتصدق أداء ماله إليه لأنّه أئلفه عليه بالصدقه. فينطبق الحكم على شطريه على القواعد فلا نحتاج إلى تعبد شرعى فى المقام.

و ممّا ذكرنا يَظْهَرُ عدم تماميه مقاله الفقيه السيّد اليزدى حيث يقول: «أنّ الإذن

ص: ٢٥٣

١-١ . راجع وسائل الشيعه ٢٥/٤٥٠، الباب ٧ من أبواب كتاب اللقطه.

٢-٢ . راجع ما حررته فى هذا المجال فى الآراء الفقيهيه ٣/٣٤٩.

٣-٣ . شرح القواعد ٢/٧٦.

٤-٤ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٨.

٥-٥ . الجواهر ٢٣/٤٥١ (٢٢/٢٧٩).

الشرعى حاصل فى التصدق و هو صحيح على كل حال أجاز المالك أو لا، و ضمانه على فرض عدم الرضا حكم تعبدى، و عدم ضمانه فى غير هذا الفرض حكم تعبدى»(١).

و تبعه السيد الخوئى و قال: «أنه لا شبهه فى صحه التصدق هناك للإذن الشرعى و إن لم يرض به المالك، و إنما الرضا يؤثر فى عدم الضمان تعبدا كما أن عدمه يؤثر فى عدمه كذلك»(٢).

أقول: الرضا بل الإذن يصح تصدق الفضولى و عدمه يصح الضمان لأن المالك يطالب بماله فمن أين نحتاج إلى التعبد. نعم، فى فرض عدم وجدان المالك الإذن الشرعى من المالك الحقيقى يصح التصدق، و الله العالم.

ص: ٢٥٤

---

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٢٣.

٢-٢ . مصباح الفقاهه ٤/٧٧.

## الوجه الخامس عشر: أخبار تحليل خمس المناكح و المساكن

وردت عدّه من الروايات فى تحليل خمس المناكح (١) و المساكن (٢) و ورد فى بعضها (٣) طلب الإجازة من الإمام عليه السلام فى مال الخمس فأجازهم.

بتقريب: إنّ الناس يشترى المساكن و المناكح و فيها حقّ الإمام عليه السلام ، أو غيرهما بالمال المخصّس ثمّ أجازهم الإمام عليه السلام و بعد إجازته تخرج المعامله من الفضوليه أو الغصبيه بالنسبه إلى طرف الذى أحلّ له، فيمكن استفاده صحه الفضولى منها.

و لا ينافى تقدم صدور التحليل أو الإجازة منهم لما ذكره فى الجواهر: «و قد عرفت أنّه لا ينافى الفضوليه تقدّم الإذن لخصوص المشتري و إن كان البائع باقيا على غصبيته نحو ما سمعته فى الخراج» (٤).

و إمكان التفكيك فى صحه المعامله بين الطرفين خلافا للفقهاء المعاصرين (٥) - مدظله - حيث يرى امتناعه.

قال الشيخ جعفر: «و فى أخبار الخمس من تحليل المناكح و المساكن و خصوص ما صُرح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوارى و إجازة الإمام لأهل الحقّ فى ذلك ما يُرشد إليه و إن احتملت وجها آخر» (٦).

ص: ٢٥٥

١-١ . منها: صحيحه أبى خديجه سالم بن مكرم المرويه فى وسائل الشيعة ٩/٥٤٤، ح ٤، الباب ٤ من أبواب الأنفال. و منها: صحيحه الفضلاء المرويه فى وسائل الشيعة ٩/٥٤٣، ح ١. و منها: صحيحه ضريس الكناسى المرويه فى وسائل الشيعة ٩/٥٤٤، ح ٣. و منها: صحيحه الفضيل المرويه فى وسائل الشيعة ٩/٥٤٧، ح ١٠.

٢-٢ . منها: صحيحه أبى سيار مسمع بن عبد الملك المرويه فى وسائل الشيعة ٩/٥٤٨، ح ١٢. و منها: صحيحه على بن مهزيار المرويه فى وسائل الشيعة ٩/٥٠١، ح ٥.

٣-٣ . منها: معتبره يونس بن يعقوب المرويه فى وسائل الشيعة ٩/٥٤٥، ح ٦.

٤-٤ . الجواهر ٢٣/٤٥١ (٢٢/٢٧٩).

٥-٥ . مصباح المنهاج، كتاب التجاره ٢/٢٢٣.

٦-٦ . شرح القواعد ٢/٧٦.

و لعلّ مراده من الوجه الآخر صدور الإجازة و الإذن قبل الشراء فتخرج المعاملة عن الفضوليّه فلا يستفاد منها صحه بيع الفضولى.

و تبعه المحقق التقى و قال: «و ممّا يستأنس... و كذا فيمن يشتري من مال الخمس من الجوارى من إجازة الإمام عليه السلام ذلك لأهل الولايه، و ما ورد من تحليل المناكح و المساكن لأهل الحق»(١).

و قال صاحب الجواهر فى ضمن المؤيدات: «و بالنصوص الوارده فى باب الخمس المشتمل. بعضها على التصرف فيه من بعضهم و طلب الإجازة من الإمام عليه السلام فأجاز... بل فى نصوص المناكح و المساكن سيّما ما صرّح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوارى المشتمله على إجازة الإمام عليه السلام ذلك لأهل الحقّ ما يؤيد ذلك أيضا»(٢).

أقول: وجه التأييد أو الاستيناس أو الإرشاد و عدم الاستدلال فى كلامهم هو وجود الاحتمال الآخر فى كلام الشيخ جعفر كما مرّ و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

نعم، هذا الاحتمال لا يجرى بالنسبه إلى التصرف الفعلى فى مال المخمس ثمّ الاستيدان من الإمام عليه السلام و صدور الإجازة منه عليه السلام ، و ليس هذه المعامله إلاّ فضوليا بالنسبه إلى حقّه عليه السلام و حصّته عليه السلام و بعد صدور الإجازة منه عليه السلام تمت. فيتم الاستدلال بهذا الأخير.

و لا- يردّ على هذا الأخير ما ذكره شيخنا الاستاذ قدس سره من قوله: «و الصحيح أنّ التحليل المزبور لا يرتبط بإجازة شراء الفضولى و لا بالتوكيل...»(٣).

ص: ٢٥٦

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٨.

٢-٢ . الجواهر ٢٣/٤٥١ (٢٢/٢٧٩).

٣-٣ . إرشاد الطالب ٣/٣٢٥.

قد مرّ في الشرط الخامس من شرائط المتعاقدين بأنّ إذن السيد لو كان العاقد عبداً يصحح العقد. بلا فرق بين أن يكون العقد نكاحاً<sup>(١)</sup> أو معاملته ماله. و أن يكون الإذن سابقاً أو لاحقاً. و الإذن اللاحق يسمّى إجازة غالباً. و مع لحوق الإجازة يكون عقد العبد صحيحاً بلا فرق بين أن يعقد لنفسه أو لمولاه أو لغيرهما، نعم لو كان للغير يحتاج إلى اذنه و إلا صار فضولياً بالنسبة إليه.

ثم إجازة السيد تصحح عقد العبد فكذلك إجازة المالك تصحح بيع الفضولي.

و لذا قال الشيخ جعفر: «و في إجازة السيد عقد العبد... إشعار بذلك»<sup>(٢)</sup>.

و تبعه صهره العلامة التقي و قال: «... و من ذلك الأخبار الداله على صحه عقد العبيد مع إجازة الولي فإنّه عقد فضولي قطعاً، و من البين أنّ الأمر في الفروج و شدّه الاحتياط فيها أكد كما ورد في الرواية<sup>(٣)</sup> و نصّ عليه جماعه من الأجله فيدلّ بالفحوى على الصحه في غيرها»<sup>(٤)</sup>.

أقول: قد مرّ البحث حول هذه الفحوى في الوجه الرابع<sup>(٥)</sup> من أدله صحه بيع الفضولي فراجع.

و تبعهما صاحب الجواهر و قال: «بل يؤيّده أيضاً: ما ورد في إجازة السيد عقد العبد...»<sup>(٦)</sup>.

ص: ٢٥٧

١-١. عدّه من الروايات تدلّ على صحه نكاح العبد بعد إجازة مولاه من حين عقد النكاح راجع في هذا المجال وسائل الشيعه ٢١/١١٤، ح ١ صحيحه زراره، و وسائل الشيعه ٢١/١١٥، ح ٢ موثقه، و وسائل الشيعه ٢١/١١٦، ح ١ خبر عبيد بن زراره، و وسائل الشيعه ٢١/١١٧، ح ١ صحيحه معاويه بن وهب، و وسائل الشيعه ٢١/١١٨، ح ١ حسنه على بن جعفر، و غيرها.

٢-٢. شرح القواعد ٢/٧٦.

٣-٣. و وسائل الشيعه ١٩/١٦٣، ح ٢ = ٢٠/٢٥٩، ح ٣ حسنه العلاء بن سيابه.

٤-٤. تبصره الفقهاء ٣/٣٣٣.

٥-٥. راجع هذا المجلد صفحه ٢٠٠.

٦-٦. الجواهر ٢٣/٤٥١ (٢٢/٢٧٩).



إشارة

احتجوا للبطلان بالأدلة الأربعة:

١- الكتاب

قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراض»

إشارة

(١)

تمسكوا بدلاله الآية الشريفة على البطلان بتقريبين:

**التقريب الأول: الاستثناء يدل على الحصر فى جواز أكل أموال الناس بالتجارة عن تراض فقط، وبيع الفضولى ليس تجاره عن تراض فأكل المال بسببه أكل للمال بالباطل.**

إن قلت: لحق الإجازة يدرجه فى التجارة عن تراض فيجوز أكل المال به.

قلت: إذا لم يكن حين العقد ثمة مصادق للتجارة عن تراض، فلهو الإجازة بها لا يجعله مصادقا لها.

ناقش الشيخ الأعظم (٢) فى هذا التقريب بأن الاستثناء يدل على الحصر إذا كان متصلاً ولكنه هنا منفصلاً لخروج تجاره عن تراض عن أكل المال بالباطل و تصريح جماعه من المفسرين كما مر (٣) فى بحث بيع المكروه فى التمسك بالآية الشريفة على بطلانه حتى إذا تعقبه الرضا.

ص: ٢٥٨

١-١ . سورة النساء / ٢٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٦٤.

٣-٣ . راجع هذا المجلد صفحه ١٥٣.

و اعترض عليه السيد الخوئي؛ بوجه: الأول: أن الاستثناء المنقطع من أوصاف الأغلاط إذ لا يصح أن يقال: ما رأيتُ عالماً إلا الجاهل، و هو لا يصدر من المبتدئين في البلاغ فكيف بصدوره من الله العظيم و وجوده في كتابه الكريم الذي نزل بعنوان الإعجاز و التحدي تعالي كلامه عزوجلّ عن ذلك علواً كبيراً. فالاستثناء في الآيه الشريفه استثناء متصل ولو كان ذلك بالعنايه (١).

و الثاني: الاستثناء في الآيه من قبيل المتصل دون المنقطع، إذ قد يحذف من الجملة شىءٌ و يُقام مقامه علته نظير قوله تعالى: «و من كفر فإن الله غنى عن العالمين» (٢) لأنّ التعليل ليس مترتباً على الشرط المذكور فيه لأنّه تعالى غنى على أى حال حجوا أم لم يحجوا، كفروا أم آمنوا، إنّما هو تعليل لما حذف عن الآيه... و في المقام أيضاً كذلك فكأنّ الآيه كذا: و لا تأكلوا أموالكم بينكم بشىءٍ من الأسباب كالنهب و القمار و البيع - فإنّها باطله إلا إذا كان ذلك السبب تجاره عن تراض و عليه فالاستثناء متصل مفرغ (٣).

و الثالث: ولو كان الاستثناء منقطعاً يفيد الحصر لأنّ الله تعالى كان بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مَخْلاً بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من القرينه المقاميه و تحصل أنّها مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه بالتجاره عن تراض سواء أكان الاستثناء متصلاً أم كان منقطعاً، فدلاله الآيه على مفهوم الحصر ممّا لا ريب فيه و هو بطلان التجاره عن غير تراض و منها بيع الفضولى (٤).

أقول: يرد عليه أولاً: لم يكن الاستثناء المنقطع من الأغلاط و لا من أوصافها بل هو نوع من الكلام و يحسن استعماله في محلّه فلا إشكال في وروده في المعجزه الخالده

ص: ٢٥٩

١-١ . مصباح الفقاهه ٤/٧٩، نقلته مختصراً.

٢-٢ . سورة آل عمران ٩٧.

٣-٣ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٣٨، التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٠٦.

٤-٤ . مصباح الفقاهه ٤/٨١.

أعنى الكتاب الكريم، ولو لم يرد فيه فكيف يفسّر السيّد الخوئي رحمه الله قوله تعالى: «و إذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى و استكبر و كان من الكافرين»(١)، و قوله تعالى: «يوم لا- ينفع مالٌ و لا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم»(٢)، و قوله تعالى: «مالهم به من علمٍ إلا اتباع الظن»(٣)، و هل تتّم الفصاحه وَ تَطَرُّدُ صِحِّهِ الْمَعْنَى فِيهَا و نظائرها إلا بانقطاع الاستثناء.

و ثانيا: يمكن فى بَعْضِ الْمَوَارِدِ حَذْفِ الْجِزَاءِ و قيام تعليله مقامه نحو قوله تعالى: «و إن يسرق فقد سرق أخ له من قبل»(٤)، ولكن الآيه الشريفه لم تكن كذلك، و لم تكن قرينه على قيام تعليل الجزاء مقامه بل القرينه على خلافه و هى باء السببيه الوارده على الباطل أى لم يأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب الباطله نحو القمار و السرقة و الزنا و الربا و شرب الخمر، و حيث لم يكن من أوّل الأمر تجاره عن تراض من الأسباب الباطله فيكون الاستثناء منقطعاً. و العجب منه قدس سره كيف يدخل البيع فى عنوان الباطل.

و ثالثاً: الاستثناء منقطعٌ و لا يستفاد منها حصر و ليست فى البين قرينه مقاميه تدل على الحصر كما مرّ فى بحث بيع المكره(٥) فراجع ما حررناه هناك و لا نعيد.

و نضيف هنا بأنّ على بن إبراهيم القمى فى تفسيره(٦) و الطبرسى فى مجمعه(٧) يذهبان إلى التوسّع فى مدلول الآيه بحيث تشمل أخذ المال من الظالم و فى موثقه سماعه(٨) استشهد الإمام عليه السلام على حرمة تصرّف الرجل فى أمواله مع تعلق الدين بدمته

ص: ٢٦٠

- ١-١ . سورة البقره /٣٥.
- ٢-٢ . سورة الشعراء /٨٩.
- ٣-٣ . سورة النساء /١٥٧.
- ٤-٤ . سورة يوسف /٧٧.
- ٥-٥ . راجع هذا المجلد صفحه ١٥٥.
- ٦-٦ . تفسير القمى ١/١٣٦.
- ٧-٧ . مجمع البيان ٢/٣٦.
- ٨-٨ . الكافى ٩/٥٨٧، ح ٢ (٥/٩٥).

بالآيه الشرفه و هذه تدل على عدم الحصر.

**التقريب الثاني: سياق التحديد لأن كل وصف ورد في مقام التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف و إن لم نقل بمفهوم الوصف، و من المعلوم أن قيد التراضي وصف ورد مورد التحديد فيدل على انحصار جواز الأكل بمورد التراضي فقط، و التراضي في بيع الفضولي مفقود.**

و أورد عليه الشيخ الأعظم بالوجه الأربعة الماضيه في بحث بيع المكره (١) فلا نعيد.

و ناقشه السيد الخوئي رحمه الله في عدم المفهوم في تحديد الوصف بأن: نعم عدم المفهوم للوصف تام ولكن إذا كان الوصف في مقام التحديد - كما في المقام - يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الحدّ نظير قوله عليه السلام في جواب السائل عما لا ينفعل بالملاقاه؟ كثر من الماء (٢). (٣)

و ذكر التراضي في الآيه من هذا القسم لأنها متوجه إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله لها و حصر أسبابها الصحيحه بالتجاره عن تراض. (٤)

و كذلك ناقشه في «احتمال أن يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر لتكون على قراءه نصب التجاره لا-قيدا لها و إن كان غلبه توصيف النكره تؤيد التقييد...».

بقوله رحمه الله: «فلاّته في حدّ نفسه خلاف ظاهر الآيه، لأنّ ظاهر الآيه الشريفه أنّ الجميع كلام واحد متصل لا أنّه خبر بعد خبر و قد اعترف قدس سره بأنّ غلبه وصف النكره تؤيد التقييد، هذا أولاً.

و ثانياً: فلو سلّمنا أنّه خبر بعد خبر فهل ذلك يرفع الإشكال، لأنّ معنى الآيه حينئذ

ص: ٢٤١

١-١. راجع هذا المجلد صفحه ١٥٤.

٢-٢. نحوها معتبره بل صحيحه اسماعيل بن جابر راجع وسائل الشيعه ١/١٥٩، ح ٧، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق.

٣-٣. التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٠٦.

٤-٤. مصباح الفقاهه ٤/٨٢.

كما مرّ أنّ السبب لا بدّ أن يكون تجاره ولا بدّ أن يكون عن تراض فبانتهاء كلّ واحد من الأمرين يرتفع الحليّة و المفروض أنّ الفضولى ليس عن تراض»(١).

ثم قال: «و من هنا ظهر الجواب عمّا ذكره المحقّق صاحب المقاييس من أنّه يمكن أن يكون التقدير على كلتا القرائتين إلّا «أن تكون تجاره كامله عن تراض أو ممضاه عن تراض فيندرج عقد الفضولى فى الآيه لأنّ كماله و امضائه بالإجازة و هذا نظير ما حكى فى المجمع(٢) عن مذهب الإماميه و الشافعيه و عن غيرهم من أنّ معنى التراضى بالتجاره امضاء البيع بالتفرّق أو التّخاير بعد العقد»(٣)، فإنّ هذا أيضا بعيد عن ظاهر الآيه و التزام بالتقدير بلا ملزم»(٤).

و لتوضيح هذا الأخير راجع حاشيه المكاسب(٥) للمحقّق الاصفهانى رحمه الله .

وأضيف إلى مناقشاته على الشيخ الأعظم فى قيده الوارد مورد الغالب بأنّ: «ظهور قيد «عن تراض» [يكون] فى الاحتراز و التحديد و يؤكّده كونه نصّا قرآنيًا و قانونا تشريعيًا دستوريًا لا يناسبه القيد الغالبى بقدر ما يناسبه كونه قيدا احترازيًا مع عدم الشاهد الواضح على الاحتمال المقابل و مجرد الاحتمال لا ينفع و لا يقتضى إجمال الخطاب و لا يمسّ الظهور فى احترازيه القيد»(٦).

أقول: يمكن أن يدافع عن الشيخ الأعظم قدس سره و ردّا على السيد الخوئى فى مناقشته الاولى عليه: بأنّ الشيخ الأعظم لا يقول بعدم ثبوت المفهوم للتحديد بالوصف، بل يقول بأنّه مبنايى و الاستدلال لا بدّ بأنّ يتم على جميع المباني فلا يرد النقاش عليه.

و يمكن أن يجاب عن مناقشته الثانيه: «تكون» الوارده فى الآيه كما يمكن أن

ص: ٢٤٢

١-١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٠٦.

٢-٢ . مجمع البيان ٢/٣٧.

٣-٣ . مقاييس الأنوار / ١٢٨.

٤-٤ . مصباح الفقاهه ٤/٨٣.

٥-٥ . حاشيته على المكاسب ٢/١٠٠.

٦-٦ . بشرى الفقاهه ٤/٢٣ لآيه الله الشيخ محمّد أمين المامقانى - مدظله - .

تكون ناقصه، يمكن أن تكون تامه و ظهور الآيه الشريفه لا- ينافى تماميه كان، كما أن القراءه بهما موجوده، و القرينه على تماميته هي عدم الحصر و إذا كانت تامه فالأسباب الصحيحه لأكل المال شيئان هما: التجاره و الاكل عن تراض بحيث لو ينعدم كلاهما معا - لاكل واحد منهما - يرتفع الحلته.

و يمكن أن يجاب عن مناقشه تلميذ الشيخ الأعظم لِشَيْخِهِ: بأنّ كون قيد «عن تراض» نسا قرآنيا و قانونا تشريعا دستوريا لا يردّ القيد الغالبى كما فى قيد «فى حجوركم»<sup>(١)</sup> و الشاهد على غالبية «عن تراض» موجود و هو تحقق نوع التجاره مع تراضى الطرفين. نعم، يمكن أن يوجد تجاره ليست فيها رضايه أحد الأطراف نحو بيع المضطر.

فما ذكره الشيخ الأعظم تام، و الذى يُهَوَّنُ الخُطْبُ أَنَّ المحقّق التستري و الشيخ الأعظم و السيّد الخوئى و تلميذه و هذا القاصر كلنا نرى أنّ بيع الفضولى مع صدور الإجازة و الإذن من المالك يكون من مصاديق المستثنى أعني «تجاره عن تراض» لا فرق بين القول بانقطاعه أو اتصاله، و دلالة على الحصر أو عدمه، و تماميه «تكون» أو ناقصيته، و غالبية قيد «عن تراض» أو احترازيته، و خبريه «عن تراض» بعد الخبر أو قيديته، فهذه المناقشات لا تثمر عمليا و لا يتم الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بهذه الآيه الكريمه و الحمد لله.

و لذا قال الجدّ الشيخ جعفر رحمه الله: «و أضعف منه [أى من الاستناد إلى الأخبار المنقوله عند العامه و الخاصه الآيتين] الاستناد إلى آيه: «تجاره عن تراض» لأنّ التجاره لا تتمّ إلّا بالنقل و الانتقال و هما ناشئان عن التراضى و إن تأخر عنهما، و مثل ذلك كثير فى أبواب النكاح، و لا بحث فى جريان الفضولى فيه»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٢٦٣

١-١ . سورة النساء / ٢٣.

٢-٢ . شرح القواعد ٢/٨٣.

## تمسكوا بطلان بيع الفضولى بعدّه من الروايات:

بعضها عاميات: نحو قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك. (١)

و رواها الصدوق (٢) فى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله من طريقنا هكذا: و نهى عن بيع ما ليس عندك.

ولكن سند الصدوق إلى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله ضعيف لوجود عدّه من المجاهيل فى السند و منهم شعيب بن واقد.

و العجب من المحقق السيد المروج (٣) كيف حكم بصحة سند حديث المناهى إلى شعيب بن واقد؟!

نعم، رواها الشيخ (٤) بسنده الصحيح عن سليمان بن صالح - الجصاص الثقه - عن أبى عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع و عن بيعين فى بيع، و عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن.

و يراها الشيخ (٥) نصا فى بطلان بيع الفضولى.

بتقريب: أنّ الفضول «باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الآبق و الطير فى الهواء» (٦)، و لأنّ جواز التصرف فى العقود معلول للملك و هو [الملك] سبب و علّة له

ص: ٢٦٤

١-١ . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧، ح ٢١٨٧، سنن أبى داود ٣/٢٨٣، ح ٣٥٠٣، سنن الترمذى ٣/٥٣٤، ح ١٢٣٢، سنن النسائى ٧/٢٨٩، سنن البيهقى ٥/٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩، مسند أحمد ٤/٤٠٣ و ٤٥٥، المعجم الكبير ٣/٢١٧ و ٢١٨ للطبرانى.

٢-٢ . الفقيه ٤/٨، ح ٤٩٦٨ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ١٧/٣٥٧، ح ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ١٨/٤٨، ح ٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

٣-٣ . هدى الطالب ٤/٤٨٦.

٤-٤ . التهذيب ٧/٢٣٠، ح ١٠٠٥ و نقل عنه فى وسائل الشيعة ١٨/٤٧، ح ٢.

٥-٥ . الخلاف ٣/١٦٩، مسأله ٢٧٥.

٦-٦ . كما فى تذكره الفقهاء ١٥/١٠.

[لجواز التصرف (١)]، و لأنّ «عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه لعدم تملكه» (٢)، و الحاصل: البيع لا يتم إلاّ في الملك و حيث أنّ الفضول لا يكون مالكا فيعه باطلّ.

و يرد عليه: «النهي في المعاملات لا يقتضى الفساد و نصرّفه إلى باع عن نفسه و يمضى فيشتره من مالكة لأنّه ذكره صلى الله عليه و آله جوابا لحكيم بن حزام حين سأله انه أنّه يبيع الشىء ثم يمضى و يشتره و يسلمه و القدره على التسليم من المالك موجوده إن أجازته» (٣).

و «الأخبار العاميه على ضعفها غير واضحه الدلاله... لاحتماله المنع عن بيع غير المقدور على تسليمه... و ربّما قيل (٤): بانتقاضه بيع الوكيل... و أنّ في أخبارنا ما يعارض هذا الخبر معربا عن كون المنع مذهباً للعامه ففى الصحيح - كما قيل (٥) - عمّن باع ما ليس عنده، قال: لا بأس، قلت: إنّ من عندنا يفسده، قال: و لمّ؟ قلت: باع ما ليس عنده، قال ما يقول فى السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده (٦). فتأمل» (٧).

و الفضول لا- يبيع لنفسه حتّى يشملها النبوى الشريف بل يبيع لمالكة فيكون البيع فى ملكه و بعد إجازته ينسب إليه و يقدر الفضول على تسليمه، و يتم البيع و بما ذكرنا صحّ تعجّب التستري (٨) من الشيخ حيث يرى هذا النبوى نصا فى بطلان بيع الفضولى.

و حاصل الرد: المراد من الموصول فى الحديث الأعيان الشخصيه الخارجيه و إلاّ

ص: ٢٦٥

١-١ . كما فى مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٥.

٢-٢ . كما فى المكاسب ٣/٣٦٥.

٣-٣ . كما فى تذكره الفقهاء ١٥/١٠.

٤-٤ . كما فى الحدائق ١٨/٣٧٩ و الرياض ٨/٢٢٢ و شرح القواعد ٢/٨٣.

٥-٥ . القائل صاحب الرياض ٨/٢٢٦.

٦-٦ . وسائل الشيعه ١٨/٤٧، ح ٣، صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج.

٧-٧ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٦ و ٥٩٧.

٨-٨ . مقاييس الأنوار، كتاب البيع /٣٠.



جواز بيع الكلّي مطلقاً - حالاً و سلفاً - عند الإماميه من الواضحات، و كذا عند العامه (١) ولكن في خصوص بيعه سلفاً لأنهم لا يجوزون بيع الكلّي حالاً - فلا - يمكن الاستدلال به على بطلان بيع الفضولي لأن الظاهر منه إرادته بيع شيء لنفسه مع أنه غير مالك له حين المعامله على أن يمضى فيشتره من مالكة و يدفعه إلى من باعه منه، و هذا غير بيع الفضولي. هذا أولاً.

و منه يظهر أنّ ما ورد في تقارير المحقق النائيني من «أنّ بيع الكلّي سلفاً أو حالاً جائز باتفاق الفريقين» (٢) غير تام.

و ثانياً: لو تنزلنا عن هذا الظاهر يكون الحديث مجملاً - إذ لا - نعلم أنّ المراد منه إرادته مطلق بيع ما هو خارج عن ملكه - حتّى يشمل بيع الفضولي - أو خصوص البيع الشخصي لنفسه على أن يمضى و يشتره و يدفعه إلى المشتري، فلا يمكن التمسك به في بطلان بيع الفضولي لإجماله.

و ثالثاً: على تقدير أنّ المراد من الحديث إرادته مطلق بيع ما هو خارج عن ملكه، لا يدلّ على بطلان بيع الفضولي لجهتين:

١- بيع الفضولي بعد إجازة المالك و استناد البيع إليه يدخل في عنوان بيع ما عنده و ما هو مالكة فيخرج من عموم الحديث كما مرّ.

٢- و على فرض عموميته، هذا الحديث بعمومه يدلّ على بطلان بيع الفضولي و ما مرّ من الروايات الداله على صحته تدلّ بالخصوص على صحته فيخصن عمومه.

هذا توضيح ما أفاده الشيخ الأعظم (٣) في ردّه.

مقاله المحقق النائيني

ولكن اعترض النائيني على الشيخ الأعظم في تخصيص عموم الحديث بالروايات الخاصه الداله على صحه بيع الفضولي، لأنّه يرى النسبه بينهما التباين لا العموم

ص: ٢٦٦

١-١ . الفقه على المذاهب الأربعة ٢/١٦٤ و ٢٤٠ و ٣٠٤.

٢-٢ . منيه الطالب ٢/٢٨.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٦٧ و ٣٦٨.

و الخصوص و قال: «لو سلّم دلالتها [على المنع بالعموم] فلا يمكن تخصيصها بالأدلة الدالة على صحة الفضولي لأنّ تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق [بل بالتباين] بتقريب: أنّ مفاد الأدلة المانعه هو أنّ بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالك و سواء أجاز أم لم يجز.

و مفاد الأدلة المجوّزه صحة البيع المالك إذا أجاز لأنّه لم يكن البيع لنفسه أو للمالك بلا إجازته محلاً لتوهم الصحة حتّى يرد المنع بنحو العموم، بل التعارض بينهما بالتباين...»(١).

و ناقشه في هذا الاعتراض السيد الخوئي بقوله: «أنّ ما أفاده ذهول عن طريقه الجاهين و من جهة عدم التوجّه إلى أفعال الظالمين و المسلمين غير المبالين بالدين، أفلا- يهبون أموال الناس و يبيعونها و الناس [الآخرون] يشترون منهم، و هذا في زماننا كثير فكيف بزمان الجاهليه فإنّ النهب و السرقة كان شعارهم و كانوا يفتخرون بذلك بينهم أفلا يصحّ مع ذلك أن ينهاهم النبي صلى الله عليه و آله بقوله: «لا- تبع ما ليس عندك» و من الظاهر أن [عموم] نهيه صلى الله عليه و آله بمكان من الصحة و المتانّه ليرتدعوا بذلك عن بيع أموال الناس و عليه فالنسبه بينهما عموم و خصوص فيتقدّم الروايات [الخاصه الداله على صحة الفضولي] عليه لا محاله هذا»(٢).

مقاله المحقق الإيرواني

يرى الإيرواني النسبه بينهما هو العموم من وجه و قال: «... المنفى في هذه الأخبار [لا تبع ما ليس عندك] لو كان هو البيع لنفسه كانت هذه الأخبار أخص من هذه الجهه و إن كانت أعمّ من حيث إجازة المالك فتكون النسبه عموماً من وجه و تقديم تلك على هذه ليس أولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه و إن أجاز المالك كما قالوه في بيع الغاصب...»(٣).

ص: ٢٦٧

١-١ . منيه الطالب ٢/٢٩.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٠٩.

٣-٣ . حاشيته على المكاسب ٢/٢٣٠.

مراده قدس سره : الحديث عن بيع ما ليس عندك عام سواء تعقبه الإجازة أم لا و يختص ببيع البائع لنفسه، و الروايات الداله على صحة الفضولى أيضا عام سواء باعه الفضولى لنفسه أو لمالكه ولكن إذا تعقبه الإجازة.

فيتعارضان فى بيع الفضول لنفسه إذا تعقبه الإجازة و لماذا فى محل الاجتماع تقدّمون الروايات الداله على صحة الفضولى؟ و لا يقدّمون الحديث؟!

أجاب الإيروانى بنفسه عن الاشكال بقوله: «... إنّ نتيجة التعارض بين الطائفتين بالعموم من وجه هو التساقت و الرجوع إلى العمومات و مقتضى العمومات كما تقدّم هو الصحة»<sup>(١)</sup>. هذا أوّلاً إذا تمّ العموم من وجه.

و ثانياً: على فرض وجود هذه النسبه بين الحديث و الروايات المجوّزه يكون مورد المعارضه بينهما و محل اجتماعهما هو بيع مال الغير لنفسه مع لحوق الاجازة و هو خارج عن محل بحثنا فعلاً لأنّ محل البحث بيع الفضول مال الغير مع عدم سبق النهى منه و صدور الاجازة منه بعد العقد.

و ثالثاً: لا يتم العموم من وجه لأنّ الروايات الداله على صحة الفضولى ليس فيها ما يدلّ على صحة بيع الفضول لنفسه أو من دون إجازة المالك، غايه الأمر تدل على صحته ببيع الفضولى إذا باعه لمالكه مع صدور إجازته، فلم يكن بينهما نسبه و ترتفع المعارضه من رأسه، لأنّ الحديث يختص ببيع البائع لنفسه سواء تعقبه الإجازة أم لا، و الروايات المجوّزه تدل على صحته ببيع الفضول لمالكه مع صدور إجازته و لم يكن بينهما محل اجتماع.<sup>(٢)</sup>

## و من العاميات:

النبوى الآخر عنه صلى الله عليه و آله : لاطلاق إلا فى ما يملك و لا عتق إلا فى ما يملك و لا يبيع إلا فى ما يملك.<sup>(٣)</sup>

ص: ٢٦٨

١-١ . حاشيته على المكاسب ٢/٢٣٠.

٢-٢ . راجع محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٤١.

٣-٣ . سنن الترمذى ٣/٤٨٦، ح ١١٨١، مسند أحمد ٢/٢٠٧، السنن الكبرى ٧/٣١٨، سنن الدار قطنى ٤/١٤، ح ٤٢، المصنّف ٦/٤١٧، ح ١١٤٥٦ لعبد الرزاق، كنز العمال ٩/٦٤١، ح ٢٧٧٧٩، مستدرک الحاکم ٢/١٧.

رواها النورى فى مستدرکه(١) عن ابن أبى جمهور الأحسائى فى كتابه عوالى اللآلى(٢). ثلاث مرات كلها مرفوعات و بلفظ «لا تملك» بالتاء لا الباء.

نعم، ورد فى صحيحه الصفار أنه كتب إلى أبى محمّد الحسن بن على العسكرى عليه السلام: فى رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكه و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود أرضه و عرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنّى قد بعْتُ فلانا - يعنى المشتري - جميع القرية التى حدّ منها كذا، و الثانى و الثالث و الرابع و إنّما له فى هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك و إنّما له بعض هذه القرية و قد أقرّ له بكلها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك.(٣)

قال صاحب الحدائق: «و الأصحاب قد افتوا فى هذه المسألة التى هى مضمون هذه الرواية بلزوم البيع فيما يملكه و وقوفه فيما لا يملك على الإجازة من المالك بمعنى أنه صحيح لكونه فضوليًا موقوفًا فى لزومه على إجازة المالك، و الرواية - كما ترى - تنادى بأنّه «لا يجوز» الدال على التحريم، و ليس ثمة مانع يوجب التحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون إذن مالكة»(٤).

وفيه: على فرض قبول ما ذكره قدس سره من المانع، لا يدخل فى بيع الفضولى لمالكة بعد صدور الإجازة منه التى هى إعلام و إظهار للرضا و إذن منه فلا يشمل الفضولى.

مضافا: إلى أنّ ظاهرها بيع الفضول مال غيره لنفسه لا- لمالكة من دون إذنه، أو عدم صحة البيع الواقع من غير المالك على الاستقلال من دون لحوق إجازة المالك و كلاهما

ص: ٢٦٩

١-١. مستدرک الوسائل ١٣/٢٣٠، ح ٣ و ٤، و ١٥/٢٩٣، ح ٥.

٢-٢. عوالى اللآلى ٢/٢٤٧، ح ١٦، ٣/٢٠٥، ح ٣٨، ١/٢٣٣، ح ١٣٦.

٣-٣. وسائل الشيعه ١٧/٣٣٩، ح ١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٤-٤. الحدائق ١٨/٣٨٦.

غير مسألتنا هذه.

هذا كله بالنسبة إلى الصحيحه.

و أما النبوى الآخر بالتقريب و الردّ اللذين مَصَيَا آنفا فى النبوى الأول فلا نعيد بناءً على القراءه بصيغه المعلوم.

و أمّا بناءً على القراءه بصيغه المجهول: فتكون دليلاً على بطلان بيع ما هو غير مملوك كالسمك فى البحر و الطير فى الهواء و الدابه الوحشيه على الجبال، و كذا عتق العبد قبل استرقاقه بأن يقول: لو تملكك فأنت حرّ، و كذا طلاق المرأه قبل تزوجها بأن يقول: لو تزوجتك فأنت طالق، أو أن يطلقها أولاً ثم يتزوجها ليؤثر الطلاق بعد النكاح، و أنت تعلم بأنّها كلّها خارجة عما نحن بصدده فى المقام من أدله بطلان بيع الفضولى.

### و أما غير عاميات

فعدّه من الروايات:

منها: صحيحه محمّد بن القاسم بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم، و كتب عليها كتاباً بأنّها قد قبضت المال و لم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها أشدّ المنع فإنّها باعته مالم تملكه. (١)

قال الفيض: «فلان كناية عن العباس، و فى الكافى (٢) من امرأه من العباسيين. و القطائع: محالّ بيغداد أقطعها المنصور لأناس من أعيان دولته ليعمروها و يسكنوها، و إنّما لم تملكها لأنّها كانت للإمام عليه السلام» (٣).

أقول: القطائع: جمع القطيعه و هى طائفه من أرض الخراج و اسم للشىء الذى يُقَطَّع، و اسم لما ينقل من المال كالقرى و الأراضى و الأبراج و الحصون. (٤) و الظاهر أنّ

ص: ٢٧٠

١-١. وسائل الشيعه ١٧/٣٣٣، ح ٢، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢-٢. الكافى ٩/٧١٢، ح ٨ (٥/١٣٣).

٣-٣. الوافى ١٧/٢٩٤، ح ١٧٣١٠.

٤-٤. راجع القاموس المحيط ٢/١٠٠٨، و مجمع البحرين ٤/٣٨١.

العراق كلّهُ مفتوح عنوه فكانت أراضيهِ ملكاً للمسلمين - لا الإمام عليه السلام - ولذا نَهأُ الإمام عليه السلام عن قبْضِ الثمن.

قال الياقوت الحموي في معجم البلدان: «و أما القطيعه فلها معنيان:

أحدهما: ه ن يعمد الإمام الجائز الأمر و الطاعه إلى قطعهُ من الأرض يفرزها عمّا مجاورها و يهبها ممّن يرى ليعتمرها و ينتفع بها، إمّا أن يجعلها منازل يسكنها من يشاء، و أمّا أن يجعلها مزدرعاً ينتفع بما يحصل من غلتها و لا خراج عليه فيها، و ربّما جعل على مزدرعها خراج، و هذه حال قطائع المنصور و ولده بعده ببغداد في محالّها فمن ذلك قطيعه الربيع و قطيعه أمّ جعفر و قطيعه فلان... .

القطيعه الاخرى: فهى أن يقطع السلطان من يشاء من قواده و غيرهم القرى و النواحي و يقطع عليهم عنها شيئاً معلوماً يؤدونه في كلّ عام قلّ أو كثر، توفّر محصولها أو نزر لا مدخل للسلطان معه في أكثر من ذلك» (١).

قال في الحدائق في تذييل الصحيحه: «فلو كان البيع الفضولى صحيحاً - كما يدّعونه - و دفع الثمن للبائع الفضولى جائزاً - كما يقولونه - لما أمر عليه السلام بمنعها أشدّ المنع معللاً ذلك بأنّها باعت ما لا تملكه» (٢).

ثمّ العجب من شيخنا الاستاذ قدس سره حيث يقول: «و لا- يخفى ضعف الروايه سندا لعدم ثبوت توثيق لأبى عبد الله البرقى [محمّد بن خالد]» (٣).

لأنّ الشيخ (٤) وثقه في رجال الرضا عليه السلام و عدّه من أصحاب أبى الحسن موسى عليه السلام ، كما ذكره في أصحاب الجواد عليه السلام قائلاً: «من أصحاب موسى بن جعفر و الرضا عليهما السلام» (٥). و

ص: ٢٧١

١- ١ . معجم البلدان ١/٤٢.

٢- ٢ . الحدائق ١٨/٣٨٦.

٣- ٣ . إرشاد الطالب ٣/٣٣٢.

٤- ٤ . رجال الشيخ /٣٨٦، رقم ٤.

٥- ٥ . رجال الشيخ /٤٠٤، رقم ١.

أمّا مقاله النجاشي في شأنه: «كان محمّد ضعيفا في الحديث»<sup>(١)</sup> يرجع إلى تضعيف حديثه لا نفسه لأنّه يقال: «يروى عن الضعفاء ويعتمد المراسيل»<sup>(٢)</sup> فيبقى توثيق الشيخ بلا معارض كما عليه السيّد الخوئي<sup>(٣)</sup> و لذا وثّقه العلامة و قال: «و الاعتماد عندي على قول الشيخ أبي جعفر الطوسي رحمه الله من تعدليه»<sup>(٤)</sup>.

و الصحيحه منعت عن إقباض الثمن في بيع الفضولي، و لا بأس بالالتزام بها و لا دلالة لها على فساد بيع الفضولي بل تؤيد صحته إذ لم يعمل الإمام عليه السلام المنع عن إقباض الثمن ببطلان البيع بل علّله بأنّها باعته ما لم تملكه مع أنّه لو كان باطلاً لكان التعليل به أولى و أنسب.<sup>(٥)</sup>

و بعبارة أخرى: تدلّ على «عدم جواز القبض و الإقباض للبائع غير المالك و هذا أمر متسالم عليه بين القائلين بتمام بيع الفضولي بلحقوق الإجازة به و بين المنكرين له»<sup>(٦)</sup>.

مضافا إلى أنّها لم تبعه لمالكة - و هو المسلم - بل باعته لنفسها مع ادعاء المالكه فالرواية خارجة عن محلّ بحثنا فعلاً و هو بيع الفضولي لمالكة إذا تعقّب الإجازة منه.

و منها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، و أهل الأرض يقولون: هي أرضهم، و أهل الأستان يقولون: هي من أرضنا، فقال: لا تشتريها إلاّ برضا أهلها.<sup>(٧)</sup>

ص: ٢٧٢

١-١ . رجال النجاشي / ٣٣٥، رقم ٨٩٨.

٢-٢ . رجال الغضائري / ٩٣، رقم ١٣٢.

٣-٣ . راجع معجم رجال الحديث / ١٦/٦٧، رقم ١٠٦٨٨.

٤-٤ . ترتيب خلاصه الأقوال / ٣٧٦، رقم ٩٨.

٥-٥ . راجع التنقيح في شرح المكاسب / ١/٤١١.

٦-٦ . إرشاد الطالب / ٣/٣٣٢.

٧-٧ . وسائل الشيعة / ١٧/٣٣٤، ح ٣.

النيل: موضع قريب ببغداد بينه و بين واسط(١) قال الياقوت الحموى: «النيل: بكسر أوّله بلفظ النيل الذى تصنع به الثياب فى مواضع: أحدها: بليده فى سواد الكوفه قرب حلّه بنيمزيد يخترقها خليخ كبير يتخلّج من الفرات الكبير حفره الحجاج بن يوسف و سما بنيل مصر، و قيل: إنّ النيل هذا يَستمدّ من صراه جاماسب ينسب إليه خالد بن دينار النيلي...»(٢).

و الأستان: أربع كُور(٣) ببغداد: عال و أعلى و أوسط و أسفل.(٤)

قال صاحب الحدائق فى ذيلها: «لا- يقال: إنّ السؤال فى الروايه إنّما وقع عن أرض متنازع فيها، معلوم عدم إجازة المالك فيها على تقدير الفضوليه.

لأننا نقول: موضع الاستدلال فى الخبر إنّما هو قوله: «لا تشتريها إلّا برضا أهلها» الدال على تحريم الشراء قبل تقدّم الرضا.

و دعوى قيام الإجازة المتأخره مقام الرضا السابق، مع كونه لا دليل عليه، مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم إلّا مع تقدّم الرضا.

و حاصل معنى الجواب تطبيقا على السؤال: أنّ الأرض المذكوره لما كانت محلّ النزاع فلا تشتريها حتى تعلم مالكتها من أى الفريقين و يكون راضيا بالبيع»(٥).

أقول: اعتبر الإمام عليه السلام رضا أهلها - أى أهل النيل - دون أهل الأستان لأنهم ذوّؤ اليد عليها و اليد أماره للملكيه حتى يثبت خلافها، و رضا المالك يدخل فى صحه البيع بلا كلام، و القائل بصحه بيع الفضولى مع لحوق الإجازة به يرى الإجازة إظهارا لرضا المالك بالبيع و إلّا لم يجزه.

ص: ٢٧٣

١-١ . فى القاموس المحيط ٢/٤٠٧: النيل - بالكسر - : نهر بمصر، و قريه بالكوفه، و أخرى بيزد، و بلده بين بغداد و واسط.

٢-٢ . معجم البلدان ٥/٣٣٤.

٣-٣ . كُور: جمع الكوره: المدينه و الناحيه.

٤-٤ . القاموس المحيط ٢/١٥٨٣، الوافى ١٨/٩٩٢، ح ١٨٤٨٩.

٥-٥ . الحدائق ١٨/٣٨٧.



فالصحيحه لا تدلّ على بطلان بيع الفضولي، فلا يتم ما ذكره صاحب الحدائق قدس سره .

و منها: ما ورد في التوقيع الذي رواه الحميري أنه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام : أنّ بعض أصحابنا له ضيعه جديده بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه، و أكرّته<sup>(١)</sup> ربّما زرعو تنازعوا في حدودها، و تؤذيهم عمّال السلطان، و تتعرض في الكلّ من غلات ضيعته، و ليس لها قيمه لخرابها و إنّما هي بائره منذ عشرين سنه، و هو يتحرج من شرائها لأنّه يقال: إنّ هذه الحصه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان، فإنّ جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عماره لضييعته، و أنّه يزرع هذه الحصه من القرية البائره بفضل ماء ضيعته العامره و ينحسم عن طمع اولياء السلطان، و إن لم يجز ذلك عمل بما تأمره به إن شاء الله.

فأجابه عليه السلام : الضيعه لا يجوز ابتياعها إلّا من مالکها أو بأمره أو رضا منه.<sup>(٢)</sup>

قال في الحدائق: «و التقريب فيها ما تقدّم من تحريم الشراء إلّا بعد تقدّم رضا المالك»<sup>(٣)</sup>.

أقول: الروايه مرسله سندا. و لا تدلّ على بطلان بيع الفضولي، لأنّه بعد صدور الإجازة من المالك يكون بيعا من المالك و بأمره و إجازته و رضايته، فأيرادها هنا بلا وجه و مرّ ما في كلام صاحب الحدائق قدس سره .

و منها: معتبره خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يجيىء فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا، قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به إنّما يحلّ الكلام و يحرم الكلام.<sup>(٤)</sup>

و منها: صحيحه أخيه يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قال لى: اشتر هذا الثوب و هذه الدابه و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا، قال، لا بأس بذلك،

ص: ٢٧٤

١-١ . الأكره: جمع أكار: الفلاح، راجع الصحاح ٢/٥٨٠.

٢-٢ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٧، ح ٨.

٣-٣ . الحدائق ١٨/٣٨٧.

٤-٤ . وسائل الشيعه ١٨/٥٠، ح ٤، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها. (١)

بتقريب: أَنَّ الرَّوَايَتَيْنِ تَدَلَّانِ عَدَمَ جَوَازِ بَيْعِ مَالِ الْغَيْرِ مَطْلَقًا إِلَّا بَعْدَ دَخُولِهِ فِي مَلِكِ الْبَائِعِ وَحَيْثُ أَنَّ الْفُضُولَ يَبِيعُ مَالَ غَيْرِهِ تَنْفِيهِ الرَّوَايَتَانِ.

و يردّه: تنفى الروايتان بيع مال الغير عن نفسه ثم شرائه من مالك و تحويله للغير، و هذا البيع الشخصى باطل عندنا، ولكن إذا كان على وجه البيع الكلى فلا إشكال فيه كما مرّ.

و لذا قال الشيخ الأ-عظم: «... و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتى خالد و يحيى الآيتين فى بيع الفضولى لنفسه و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء فلا ينافى أهليته لتعقب الإجازة من المالك...» (٢).

و مراده من هذا المعنى ما مرّ من البيع الشخصى لنفسه لا مالكة، و لا البيع الكلى.

ثم قال بعد سطور: «و أمّا الروايتان فدالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح» (٣).

مراده قدس سره من السابقين: النويان السابقان كما عن الفقيه المامقانى (٤) و أمّا المراد من الروايتين فهما روايتا خالد و يحيى ابني الحجاج الماضيتان كما قاله الفقيه اليزدى (٥) و المحققون الشهيدى (٦) و الخوئى (٧) و المروج (٨) و شيخنا الاستاذ (٩) رحمهم الله ، لا التوقيعان

ص: ٢٧٥

١-١ . وسائل الشيعة ١٨/٥٢، ح ١٣.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٦٧.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٦٨.

٤-٤ . غايه الآمال / ٣٦٤.

٥-٥ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٢.

٦-٦ . هدايه الطالب ٣/٥١.

٧-٧ . مصباح الفقاهه ٤/٩٩.

٨-٨ . هدى الطالب ٤/٥٠٠.

٩-٩ . إرشاد الطالب ٣/٣٣٧.

للصفار و الحميرى كما عن الفقيه المامقانى (١) رحمه الله .

أعنى: لا بد من أن تحملا على النبوين اللذين مرّا.

و منها: التوقيع المروى بسند معتبر و فيه: و أمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التى لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحيه احتسابا للأجر و تقربا إليكم؟ فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه، فكيف يحل ذلك فى مالنا؟! مَنْ فعل شيئا مِنْ ذلك لغير أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم عليه، و مَنْ أكل مِنْ مالنا شيئا فإنما يأكل فى بطنه ناراً و سيصلى سعيراً. (٢)

صاحب الحدائق أصرّ على أنّ عقد الفضول تصرف فى مال الغير فيكون حراماً و باطلاً و يقول: «... من حرّمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه إلا ما استثنى، و ليس منه هذا، و لا شك أنّ هذا العقد الواقع بغير اذن المالك و ما يترتب عليه من دفع المبيع و قبض الثمن من ذلك القبيل، و إذنه أخيراً.

لا يخرج تلك التصرفات السابقه على أن تكون غصباً.

نعم، يعفى عمداً جناه من ذلك كما لو جنى شخص على شخص ثم أبرأه من ذلك. ولو لم يأذن المالك فإنّ حكم الغصب باق فيكون هو مؤاخذاً لجميع تصرفاته دينا و دنيا، أمّا الأوّل فبالمعاقبه و أمّا الثانى فبوجوب إرجاع كلّ إلى حقّ مستحقّه» (٣).

و قرّب المحقّق التقى الاستدلال بقوله: «أنّه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه فيكون قبيحاً عقلاً و شرعاً فيكون فاسداً» (٤).

و قرّب الشيخ الأعظم بقوله: «و لا ريب أن بيع مال الغير تصرّف فيه عرفاً» (٥).

ثم ردّ المحقّق التقى هذا الاستدلال و قال: «... و دعوى كونه تصرفاً فى ملك الغير

ص: ٢٧٦

١-١ . غايه الآمال / ٣٦٤.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

٣-٣ . الحدائق ١٨/٣٨٢.

٤-٤ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٩.

٥-٥ . المكاسب ٣/٣٧١.

محرمًا أو هن شىء، لل منع من عدّ مجرد إيقاع الصيغه تصرفا عرفا و منع حرمه مثله لو عدّ تصرفا، ولو سلّم كونه محرمًا فبعثه على الفساد ممنوع أيضا لكون النهى عنه لأمر خارج»(١).

و قال السيّد العاملى: «أما دعوى التصرف فممنوعه، لأنّ البيع بمجرّده مع كون المال عند صاحبه و أنّ أمره موكل إليه إن شاء أجاز و إن شاء لم يجر لا يسمّى تصرفا»(٢).

و كذلك قال صاحب الجواهر: «منع كون إيقاع لفظ العقد - الذى لم نتحقّق تأثيره إلا برضا المالك - تصرفا فى مال الغير، حتّى من الغاصب ضروره أصاله براه ذمّته من حرمه القول المزبور، نعم يحرم عليه تصرفاته فيه بالقبض و الإقباض و نحوهما. على أنّ حرمه ذلك عليه لا تقتضى الفساد عقلا بل و لا شرعا لعدم تعلّق النهى به على وجه يفهم منه عرفا ذلك»(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «و الجواب: أنّ العقد على مال الغير متوقّعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفا فيه»(٤).

أقول: ردّ القوم تام و أنت تجد هذا الرد فى كلام صاحبى المقابس(٥) و شرح القواعد(٦).

هذا كلّ ما ذكره الشيخ الأعظم من الروايات، و بقى بعضها الآخر و هو مبدؤ كورّ فى كلام صاحب الحدائق(٧) و تركها الشيخ الأعظم لعلّ لوضوح جوابها عنده:

و استشهد صاحب الحدائق بالروايات الوارده فى النهى عن شراء الخيانه و

ص: ٢٧٧

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٤٠.

٢-٢ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٥.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٥٧ (٢٢/٢٨٢).

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٧١.

٥-٥ . مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٨/.

٦-٦ . شرح القواعد ٢/٨٤.

٧-٧ . الحدائق ١٨/٣٨٧ و ما بعدها.

منها: موثقه سماعه قال: سألته عن شراء الخيانه و السرقه فقال: إذا عرفت أنه كذلك فلا إلا أن يكون شيئا اشترته من العامل. (١)

قال صاحب الحدائق فى تقريب الاستدلال بها: «فقد نهى عليه السلام عن الشراء مع العلم و النهى دليل التحريم، و ليس ذلك إلا من حيث أن المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غضبا محضا و التصرف فى المغصوب قبيح عقلاً و نقلاً. و الأصحاب فى مثل هذا يحكمون بالصحة و الوقوف على الإجازة و هل هو إلا رد لهذا الخبر و نحوه...» (٢).

و منها: فى حديث مناهى النبى صلى الله عليه و آله : و من اشترى خيانه و هو يعلم فهو كالذى خانها. (٣)

و منها: صحيحه أبى بصير قال: سألت أحدهما عليهما السلام عن شراء الخيانه و السرقه؟

قال: لا إلا أن يكون قد اختلط معه غيره، فأما السرقه بعينها فلا، إلا أن يكون من متاع السلطان فلا بأس بذلك. (٤)

قال العلامة المجلسى رحمه الله : «قوله عليه السلام : إلا أن يكون من متاع السلطان، الظاهر أن الاستثناء منقطع و إنما استثنى عليه السلام ذلك لأنه كالسرقه و الخيانه من حيث أنه ليس له أخذه. و على هذا لا يبعد أن يكون الاستثناء متصلاً. و قيل (٥): المعنى أنه إذا كانت السرقه من مال السلطان يجوز للشيعه ابتياعها بإذن الإمام. و قيل: أريد به ما إذا سرق الانسان مال ظالم على وجه التقاص. و الأول أوجه» (٦).

و منها: معتبره جراح المدائنى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: لا يصلح شراء السرقه و

ص: ٢٧٨

١-١ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٦، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢-٢ . الحدائق ١٨/٣٨٧.

٣-٣ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٣، ح ١.

٤-٤ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٥، ح ٤.

٥-٥ . الظاهر أنه من الفيض فى الوافى ١٧/٢٨٩ ذيل ح ١٧٣٠٢.

٦-٦ . مرآه العقول ١٩/٢٦٨.

و منها: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل سرق جاريه ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها؟ قال: إذا أنبأهم أنها سرقة فلا يحل، وإن لم يعلم فلا بأس. (٢)

قال صاحب الحدائق في ذيل هذه الروايات: «فهذه جملة من الأخبار الواضحة الظهور كالنور على الطور في عدم جواز بيع الفضولي و عدم صحته ولو كان ما يدعونه من صحه بيع الفضولي و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا و إنما يتوقف على الإجازة، لصرح به بعض هذه الأخبار أو أشير إليه و لأجابوا عليهم السلام بالصحة، و إن كان اللزوم موقوفا على الإجازة في بعض هذه الأخبار إن لم يكن في كلهما مع أنه لا أثر فيها لذلك ولو بالإشارة، فضلاً عن صريح العبارة» (٣).

قال الجدّ في نقد هذا الاستشهاد ما نصه: «... و أضعف من ذلك (٤) الاحتجاج على ذلك (٥) بما ورد في الأخبار من المنع عن شراء السرقة و الخيانة و المنع عن وطى الجارية المسروقة إذا اشتراها عن السارق و نحو ذلك، فإن تلك الروايات ظاهره جدّاً بل صريحه في غير صوره رضا المالك و تنفيذه للبيع الواقع فلا وجه للاحتجاج بها في المقام. و هو ظاهر على أنه لو سلّم إطلاقها فلا ريب في تنزيلها على غير صوره الإجازة إذا قلنا بصحة فضولي الغاصب مع تعقّب الإجازة بناءً على شمول الأدلة له فهي المقيّدة لإطلاقها و إن لم نقل بصحّته فلا كلام» (٦).

و قال صاحب الجواهر في نقده: «فمن الغريب الاستدلال بهذه النصوص على

١-١ . وسائل الشيعة ١٧/٣٣٦، ح ٧.

٢-٢ . وسائل الشيعة ١٧/٣٣٨، ح ١٢.

٣-٣ . الحدائق ١٨/٣٨٨.

٤-٤ . أي: من الاستدلال بالروايات السابقة.

٥-٥ . أي: على بطلان بيع الفضولي.

٦-٦ . تبصره الفقهاء ٣/٣٤١.

ذلك، فضلاً عن التبجح (١) و التعجب من الاهتداء إليها دون الأصحاب، إذ لا يخفى أنّ العجب من ذلك أعظم (٢). و قال فى موضع آخر: «... أنه لم يفهم محلّ النزاع و تخيل أنّ القائل بالصحة يريد حصول أثرها من الملك و التملك و جواز التصرف و غير ذلك عدا اللزوم فأبرق و أردد ثم ترنّم و غرّد (٣) و ساق جملة من النصوص الدالة على خلاف ذلك متبجحا بالعثور عليها و الاهتداء إلى الاستدلال بها...» (٤).

و قال السيد الخوئى: «و يتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه أنّها ظاهره فى إرادته التملك من الابتاع المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتبها على الابتاع من المالك، فلا إشعار فى شىء منها ببطان بيع الفضولى فضلاً عن الدلالة عليه و من نظر إليها بعين الإنصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحدائق مع تبخره فى الأخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع أنّه من الواضح بمكان بل هو كالنار على المنار، و أعجب من ذلك أنّه مع عدم فهمه محلّ النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولى تصرفاً فى المغصوب ابتهج...» (٥).

أقول: مضافاً إلى ما ذكره الأعلام قدس سرهم فى نقده إنّ النسبة بين الشراء و الخيانة و بين بيع الفضولى عن مالكة مع صدور الإجازة منه الذى هو محلّ بحثنا فعلاً، هى التباين، و الخلط بينهما يكون محلاً للتعجب، نعم، بينها و بين بيع الغاصب الفضول مع تعقّب الإجازة نسبه كما مرّ عن الجّد قدس سره .

و منها: معتبره زريق بن الزبير أبى العباس الخلقانى قال: كنت عند أبى عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجلان - إلى أن قال - فقال أحدهما: إنّ كان علىّ مال لرجل من بنى عمار و له بذلك حقّ و شهودٌ فأخذ المال و لم استرجع منه الذكر بالحقّ و لا كتبت عليه كتاباً و لا

ص: ٢٨٠

١-١ . بجح بالشىء: إذا فخر به و تبجّح به، كذلك. [موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ٤/٤٧].

٢-٢ . الجواهر ٢٣/٤٦١ (٢٢/٢٨٥).

٣-٣ . غرّد: كلّ صائتٍ طرب الصوت فهو غرّدٌ و قد غرّد تغريداً. [ترتيب كتاب العين ٧١٠/].

٤-٤ . الجواهر ٢٣/٤٥٣ (٢٢/٢٨١).

٥-٥ . مصباح الفقاهه ٤/٩٨.

أخذت منه براءه، و ذلك لأئني و ثقته به و قلت له: مزق الذكر بالحق الذي عندك، فمات و تهاون بذلك و لم يمزقها، و عقب هذا أن طالبني بالمال ورثته و حاكموني و أخرجوا بذلك الذكر بالحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال و كان المال كثيرا فتوارثت من الحاكم فباع علي قاضي الكوفه معيشه لي و قبض القوم المال، و هذا رجل من إخواننا إبتلى بشراء معيشتي من القاضي، ثم أن ورثه الميت أقروا أن المال كان أبوهم قد قبضه و قد سأله أن يرده علي معيشتي و يعطونه في أنجم معلومه، فقال: إنني أحب أن تسأل أبا عبدالله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل - يعني المشتري - جعلني الله فداك كيف أصنع؟ فقال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثه و ترد المعيشه إلى صاحبها، و تخرج يدك عنها، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغله ثمن الثمار، و كل ما كان مرسوما في المعيشه يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعته أنت، فإن للزارع إما قيمه الزرع و إما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له و رد عليك قيمه و كان الزرع له، قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء و غرس، قال: له قيمه ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه و يأخذه، قلت: أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء، فقال: يرد ذلك إلى ما كان أو يعزم القيمه لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها و رد البناء و الغرس و كل محدث إلى ما كان أو رد القيمه كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرده عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشه من قيمه غرس أو بناء أو نفقه في مصلحه المعيشه و دفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود إليه. (1)

قال صاحب الحدائق في تقريب الاستدلال بهذه المعبره: «هذا الخبر و إن تضمن أن البائع هو الحاكم و هو صحيح بحسب الظاهر، بناء على ما ورد عنهم عليهم السلام من الأخذ بأحكامهم في زمان الهدنه و التقية، إلا أنه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه و اعتراف الورثه بقبض الدين يكون من باب البيع الفضولي و هو كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - على

ص: ٢٨١



أحدهما: ما يكون المشتري عالماً بالغصب و أنه ليس ملكاً للبائع،

و ثانيهما: أن يكون جاهلاً أو أدعى البائع الإذن من المالك.

و ما اشتمل عليه الخبر من القسم الثاني إلا إن ما اشتمل عليه الخبر المذكور من رجوع المشتري بما أغترمه على المالك خلاف ما سيأتي في كلامهم من أنه إنما يرجع إلى البائع، و ما ذكره عليه السلام هو الأوفق بالقواعد كما سيظهر لك...<sup>(١)</sup>.

و أجابه السيد الخوئي بقوله: «أن الرواية أجنبيه عن بطلان بيع الفضولي، فإنها ليست مسوّقه لبيان بطلان البيع حتى مع الإجازة اللائحة، بل هي ناظره إلى بيان حكم الواقعة و أنه بعد كشف الخلاف فلا بدّ و أن يكون يرجع المال المأخوذ بلا حقّ إلى صاحبه»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٢٨٢

---

١-١. الحدائق ١٨/٣٨٩.

٢-٢. مصباح الفقاهه ٤/١٠٠.

قال الشيخ في الخلاف: «إذا باع انسانٌ ملك غيره بغير إذنه، كان البيع باطلاً و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة: ينعقد البيع و يقف على إجازة صاحبه و به قال قوم من أصحابنا.

دليلنا: إجماع الفرقه و مَنْ خالف منهم لا يعتدّ بقوله، و لأنه لا خلاف أنه ممنوع من التصرف في ملك غيره، و البيع تصرف»(١).

أقول: أنت ترى بأنّ الشيخ اعترف بخلاف قوم من أصحابنا للآءجماع و من المخالفين: الشيخ نفسه في نهايته(٢) و جماعه من المتقدمين عليه و أساتيده و معاصريه كالقديمين(٣) و أبي الصلاح(٤) و المفيد(٥) و الشريف المرتضى(٦) و سلار(٧) و ابني البراج(٨) و حمزه(٩) و غيرهم كما مرّ(١٠). و مع وجود هذه الشهرة في طرف الخلاف فادعاء الإجماع لا يتم.

و ادعى ابن زهره(١١) الإجماع أيضاً و الحلّي(١٢) في باب المضاربه عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

ص: ٢٨٣

١-١. الخلاف ٣/١٦٨، مسأله ٢٧٥.

٢-٢. النهايه ٣٨٥/.

٣-٣. نقل العلامة عن ابن الجنيد في المختلف ٥/٥٣ و عن ابن أبي عقيل فيه ٧/١١٩.

٤-٤. الكافي في الفقه ٣٥٣/ و ٣٥٢ و ٢٩٢.

٥-٥. المقنعه ٦٠٦/.

٦-٦. الناصريات ٣٣٠/، مسأله ١٥٤.

٧-٧. المراسم ١٤٨/.

٨-٨. المهذب ١/٣٥٠.

٩-٩. الوسيله ٢٤٩/.

١٠-١٠. راجع صفحه ١٧٩ من هذا المجلد.

١١-١١. غنيه النزوع ٢٠٧/.

١٢-١٢. السرائر ٢/٤١٥.

و قد مرَّ (١) في أوّل البحث ذِكْرُ القائلين بالبطلان فلا نعيد.

فظهر لك عدم تماميه هذا الإجماع أوّلاً.

و ثانياً: لو تمّ هذا الإجماع المُدعى - و لم يتم - فَمِنَ المحتمل جدّاً أنّه مدرَكِيّ و ليس بتعبدى و يكون مستندهم ما مرّ من أدله البطلان فلا يفيد في المقام شيئاً.

و لذا قال الشيخ جعفر رحمه الله: و أمّا القول بالفساد مع الإجازة فهو قول نادر، و من (٢) زعم كثره القائل به مستندا إلى اشتراطهم الملك في صحه العقود فهو اشتباه منه، لأنّ مثل ذلك يجرى على لسان كلّ من الفريقين و مرادهم أنّ حصول الأثر موقوف عليه. و لم أعرف فيه قائلاً - محققاً من القدماء سوى من ادعى الإجماع فيه و تبعهما ابن ادريس و أنّي لهما يابّاتاه؟! و كيف يمكن العمل بروايتهما له بعد اتفاق الفقهاء متقدّميهم و متأخريهم - سوى من شدّ منهم - على خلافه! فالاستناد إلى الإجماع لا وجه له» (٣).

و قال الجَدّ العلامه الثقى: «و أمّا الإجماع فموهون باشتهار خلافه و ذهب جماعه من أساطين المتقدمين إلى صحه بل ذهب ناقله إلى خلافه حسبما عرفت» (٤).

و قال السيّد العاملي: «و أمّا الإجماع فيوهنه عدم وجود القائل به غير مدّعيه و من شدّ ممن تأخّر عن الشيخ، مع مخالفه الشيخ له في النهايه و نسبه الخلاف في «الخلاف» إلى قوم من أصحابنا و قد عرفت من ذهب إلى الصحه ممن تقدّم على الشيخ فينبغي تأويله إن أمكن أو طرحه» (٥).

قال في الجواهر: «و من الغريب دعوى الشيخ و ابن زهره الإجماع على ذلك، و لم نعرف القائل به من غير من عرفت، بل المحكى عن أعظم الأصحاب كالمفيد و ابن الجنيد و غيرهم الصحه أيضا. على أنّ المحكى عن نهايه الشيخ ذلك أيضا بل عبارته في

ص: ٢٨٤

١-١. راجع صفحه ١٨٠ من هذا المجلد.

٢-٢. هو صاحب الحقائق فيه ١٨/٣٨٦.

٣-٣. شرح القواعد ٢/٨٢.

٤-٤. تبصره الفقهاء ٣/٣٤٠.

٥-٥. مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٥.

محكى المبسوط(١) غير صريحه فى البطلان أيضا. فمثل هذا الإجماع الذى يقوى الظن بخلافه لم تثبت حجتيه مضافا إلى قصوره عن معارضته بعض ما عرفت فضلا عن جميعه...»(٢).

وقال الشيخ الأعظم: «عدم الظن بالإجماع، بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء... على الصحة و إطباق المتأخرين عليه عدا فخرالدين(٣) و بعض متأخرى المتأخرين(٤)»(٥).

وقال الفقيه السيد اليزدى: «الإنصاف أن التمسك بالإجماع فى مثل المسأله على أحد الطرفين أو هن شىء»(٦).

ص: ٢٨٥

---

١-١ . راجع المبسوط ٢/١٠٠ و عبارته هكذا: «من باع ما لا يملك كان البيع باطلاً».

٢-٢ . الجواهر ٢٣/٤٥٤ (٢٢/٢٨١).

٣-٣ . إيضاح الفوائد ١/٤١٦ و ٤١٧.

٤-٤ . نحو الأردبيلى فى مجمع الفائده ٨/١٥٨، البحرانى فى الحدائق ١٨/٣٧٨ و ٣٩١.

٥-٥ . المكاسب ٣/٣٧٠.

٦-٦ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٣.

مستقل ببطان عقد الفضولى بالتقريب التالى:

التصرف فى مال الغير بدون إذنه ظلم فى حق مالكه و الظلم قبيح عقلاً لاستقلال العقل بقبحه، و الرضا اللاحق لا يرتفع هذا القبح لأن الشىء لا يتغير عما وقع عليه، و هذا القبح العقلى يستتبع النهى الشرعى بقاعده كلما حكم به العقل حكم به الشرع، هذه كبرى الاستدلال.

و أما صغراه: فيصْدُقُ على بيع الفضول أو عقده التصرف كما صرح به الشيخ فى الخلاف و قال: «... لا خلاف أنه [الفضول] ممنوع من التصرف فى ملك غيره و البيع تصرف» (١).

و لأنه لم يقصد بعقده الهزل و المزاح و إلا كان إنشأؤه لغوا و ساقطاً عن درجه الاعتبار بل قصد النقل و الانتقال حقيقه و لا ريب فى كون ذلك تصرفاً.

و النتيجة: يحكم العقل بقبح بيع الفضول و عقده الذى يتبع الحكم الشرعى بالبطان.

و أجاب الشيخ الأعظم (٢) عن هذا الاستدلال بوجه خمسة:

الأول: منع الصغرى: إن العقد على مال الغير مُتَوَقَّفٌ عَلَى إِجَازَتِهِ غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفاً فيه. و هذا الجواب تام كما مرّ فى ذيل التوقيع المروى بسند معتبر.

الثانى: منع الكبرى: لأنه ليس كل تصرف فى مال الغير منهيًا عنه لجواز مثل الاستضاءه بنور الغير و الاصطلاء بناره و الانكاء على جداره و الاستظلال بشجرته التى تخرج إلى الشارع، فلو فرض أن العقد على مال الغير تصرف فهو من هذا القبيل مما استقلّ العقل بجوازه.

ص: ٢٨٦

١-١. الخلاف ٣/١٦٨.

٢-٢. راجع المكاسب ٣/٣٧١.

الثالث: قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في البيع من شاهد الحال أو المقال، و بناءً على أن العلم بالإذن لا يخرج عن الفضولي فيكون الدليل أخص من المدعى.

الرابع: منع دلالة النهي و التحريم على الفساد كالنهى عن البيع في وقت النداء.

الخامس: أنه لو دلّ هذا التحريم على الفساد لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك، و لا ينكره القائل بالصحة لأنّ البيع بعد إجازة المالك يستند إليه و يكون بيعه فيكون صحيحاً بهذا الاستناد لا من جهة استناده إلى الفضول العاقد.

مناقشه أجوبه الشيخ الأعظم

الجواب الأول: تام لا نقاش فيه كما مرّ.

ولكن قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله: «أنّ الفضولي إنّما يقصد النقل و الانتقال جدّاً مطلقاً، لا هزلاً و لا معلقاً على الإجازة، و إلاّ لم يكن صحيحاً مع الإجازة أيضاً و حينئذٍ فلا يبعد صدق التصرف عليه عرفاً كما يصدق على بيع الغاصب...»(١).

و يرد عليه أولاً: صرف قصد النقل و الانتقال لا يكون تصرفاً عرفاً و لا يقاس ببيع الغاصب الذي يرى المال لنفسه و يبيع لنفسه.

و ثانياً: قد مرّ منّا في بحث التعليق في العقود بأنّه لا يبطل العقد لا سيما إذا كان التعليق على ما تتوقّف صحه العقد عليه، و هذا الأخير لا- يوجب البطلان عند الكلّ نحو قول البائع: بعثك إن اشتريت أو رضيت، أو قول الزوج: فلانّه هي طالق إن كانت زوجتي.(٢)

الجواب الثاني: منع كون الاستضاءه و الاصطلاء و الإتكاء و الاستغلال من التصرف في مال الغير بل إنّها من قبيل الانتفاع بمال الغير و هذا الانتفاع محكوم في الشرع بالجواز، و بين العنوانين عموم و خصوص من وجه إذ قد يكون انتفاعاً و لا يكون

ص: ٢٨٧

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٣.

٢-٢ . راجع مصباح الفقاهه ٤/١٠٤، التنقيح في شرح المكاسب ١/٤١٥.

تصرفا نحو أمثلتنا المذكوره آنفا، وقد يكون تصرفا ولا يكون انتفاعا نحو إتلاف مال الغير عمدا من دون الانتفاع به، وقد يجمع بينهما نحو غصب أرض الغير و زرعه أو السكونه فيه، و إجراء العقد على مال الغير فضولاً- لا-يكون تصرفا و لا- انتفاعا فيخرج من هذه الأمثله.(١)

الجواب الثالث: هذا الجواب لا ينافي استدلال المستدل على الفساد على نحو الموجهه الجزئيه.

نعم، لو كان القائل بالفساد يريد السلب الكلى فحينئذ يكفي في نقضه الإيجاب الجزئى. فيكون الجواب تاما.(٢)

الجواب الرابع: أورد عليه المحقق النائنى بكلام يطول ذكره فى الأصول(٣) و إجماله: أن النهى فى المعامله تارة يتعلّق بنفس السبب بما هو كالنهى عن البيع فى وقت النداء أو فى أثناء الصلاه مثلاً، فلا يدل على الفساد لعدم الملازمه بين حرمة السبب و ترتب المسبب عليه و صحته.

و أخرى: يتعلّق بالمسبب كالنهى عن بيع الخمر أو عن بيع السلاح لإئعاد الدين أو بيع المصحف من الكافر فيدلّ على الفساد بالالتزام، لأنّ من شرائط صحه العقد الاختيار و القدره عليه شرعا، و النهى عن الشىء يدلّ على سلب قدره المكلف عنه شرعا و حيث يكون مسلوب القدره عن إيقاعه و يوقعه يقع فاسدا.(٤)

و اعترض المحقق السيّد الخوئى على أستاذة نقضا و حلاً:

فأمّا النقض: فهو فيما لو كانت المعامله واجبه كما لو اشترط بيع داره فى ضمن عقد لازم أو اضطرّ إلى بيعه لنفقه عياله، لأنّ الواجبات أيضا غير مقدوره شرعا لأنّ الأمر يسلب القدره على الترك كما إنّ النهى يسلب القدره عن الفعل، و لا يمكن الالتزام بفساد

ص: ٢٨٨

١-١ . راجع منيه الطالب ٢/٣٠، و إرشاد الطالب ٣/٣٣٩.

٢-٢ . راجع مصباح الفقاهه ٤/١٠٣.

٣-٣ . راجع فوائد الاصول ٢/٤٧١، فى النهى عن المعامله.

٤-٤ . منيه الطالب ٢/٣١.

المعاملات الواجبه و إن عطف قدس سره الحرمة على التوجُّب في تقرير بحثه و قال: «إنَّ ما كان واجبا أو حراما يخرج عن تحت قدره المكلف» (١) الظاهر في اشتراك المعاملات الواجبه مع المعاملات المحرّمة. ولكنّه لا يلتزم ببطان المعاملات الواجبه.

و أما الحلّ: فما تكون المعاملات مشروطه بها هي القدره الوضعيه أى العقليه، لا التكليفيه أى الشرعيه، و ما يسلبها الأمر و النهي هي الثانيه لا الأولى و التفصيل يطلب من محله. (٢)

ثم قُرب السيد الخوئي جواب الشيخ الأعظم في عدم دلالة النهي في المقام على الفساد بقوله: «أنَّ النهي في المعاملات تاره يتعلّق بنفس المعامله - كما في النهي عن بيع الغرر مثلاً -، و أخرى يتعلّق بعنوان آخر متحد معها وجودا - كما في المقام - فإن كان من قبيل الأوّل يدلّ على الفساد - لا لما ذكره الأستاذ النائيني قدس سره من ملازمه النهي مع الفساد - بل من جهه ظهور النهي حينئذ في الفساد فيكون إرشاديا نظير النهي المتعلّق بالموانع أو الأمر المتعلّق بالأجزاء في المركبات نحو: «لا تكفّر في الصلاه» أو «اقرأ الحمد فيها».

و إن كان من قبيل الثاني لا يدلّ على الفساد و إنّما يدلّ على الحرمة التكليفيه فقط، و المقام من هذا القبيل. فهذا الجواب من الشيخ الأعظم متين جدّا. (٣)

أقول: و لذا قال المحقّق التقي: «ولو سلّم كونه [العقد تصرفا] محرّما فبعثه على الفساد ممنوع أيضا، لكون النهي عنه لأمر خارج». (٤)

الجواب الخامس: و مراده قدس سره أنّ البيع بعد الاجازه يكون بيع المالك و من هذه الجهه يكون صحيحا لا من جهه استناده إلى البائع الفضولى.

وَ ارْتَضَى المحقّق النائيني هذا الجواب و قال: «... فالأوجه الإيراد [الجواب] الخامس و هو أنّ الفساد من قبل الفضولى لا ينافى الصحه من قبل المالك بإجازته فإنّ

ص: ٢٨٩

١-١. منيه الطالب ٢/٣١.

٢-٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٤٥، التنقيح في شرح المكاسب ١/٤١٤.

٣-٣. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٤٥، التنقيح في شرح المكاسب ١/٤١٤.

٤-٤. تبصره الفقهاء ٣/٣٤٠.



الفضولي أوجد المادّة القابله لأنّ تُصوّر بصوره المالكيه بإجازة المالك لأنّ جميع شروط البيع المالكي موجوده فيه سوى الرضا والاستناد إليه، فإذا تحقّقت الإجازة تحقّقت الشرائط طرّاً، لأنّ المفروض أنّ العقد من حيث الإنشاء تام...»(١).

و استشكل عليه السيّد الخوئي(٢) بناءً على ما يراه النائيني من أنّ نفس إنشاء البيع يكون منهياً عنه و أنّ النهي يدلّ على فساد، فحينئذ يكون ذات الإنشاء فاسداً و ملغاه شرعاً و غير قابل لترتب الأثر عليه ولو بعد الإجازة و لحقوق الإجازة بالإنشاء الفاسد غير مُجَدِّد.

و أمّا بناءً على مختار الشيخ الأعظم و السيّد الخوئي و مختارنا فيكون الجواب الخامس تاماً.

ثم ختم الشيخ الأعظم مقاله و قال: «و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعته المشتري، بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد»(٣).

مراده من الجواب: هو جوابه الخامس من عدم ترتب الأثر على العقد من الفضولي بالاستقلال، لا عدم ترتبه عليه مطلقاً ولو مع إجازة المالك. فمراد بالفساد مع هذا القصد ما مرّ، و بناءً على أنّ القصد لا يكون محرّماً بل العقد المقرون بهذا القصد يكون قبيحاً و محرّماً و فاسداً، و الأولى بل الصواب تبديل «المشتري» في كلامه بـ«المالك» كما عليه المحقّق الشهيدى إذ قال: «حق العبارة أن يقول: من دون مراجعته المالك»(٤).

ص: ٢٩٠

١-١. منيه الطالب ٢/٣١.

٢-٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٤٥، التنقيح في شرح المكاسب ١/٤١٥.

٣-٣. المكاسب ٣/٣٧١.

٤-٤. هدايه الطالب ٣/٥٤.

الأول: الفضولي غير قادر على تسليم المبيع

قال العلامة في عدّ أدله البطلان: «... ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الآبق و الطير في الهواء»<sup>(١)</sup>.

و صاحب الحدائق<sup>(٢)</sup> استدلّ به على بطلان بيع الفضولي.

و أنت ترى هذا الاستدلال في كلام ولده<sup>(٣)</sup> و السيّد المجاهد<sup>(٤)</sup> و الشيخ أسدالله<sup>(٥)</sup> و الشيخ الأعظم<sup>(٦)</sup>.

و ردّه العلامة نفسه بقوله: «و قدره على التسليم من المالك موجوده إن أجازته»<sup>(٧)</sup>.

و قال الشيخ جعفر: «و أضعف منها [أى من الأدله السابقه على بطلان عقد الفضولي] الاستناد إلى أنه لا قدره على التسليم فيه و هي شرط، لمنع الشرطيه في العاقد

ص: ٢٩١

١-١ . تذكره الفقهاء ١٥/١٠.

٢-٢ . الحدائق ٣٨٢/١٨.

٣-٣ . إيضاح الفوائد ١٧/١٤١.

٤-٤ . المناهل ٢٨٨.

٥-٥ . مقابس الأنوار ١٢٨.

٦-٦ . المكاسب ٣٧٢/٣.

٧-٧ . تذكره الفقهاء ١٥/١٠.

و إلا بطل عقد أكثر الوكلاء و أمّا فى المالك فمسلّمه و هى حاصله»(١).

و قال جدى التقى: «و كذا الحال [أى هذا الاستدلال أو هن شىء] فى دعوى عدم القدره على التسليم، إذ مع تعقّب الإجازة لا مانع من التسليم. ولو فرض مانعٌ خارجيٌّ عنه فهو خارج عن محلّ الكلام»(٢).

و قال السيّد العاملى: «و القدره على التسليم حاصله(٣) إذا أجاز المالك، لأنّه هو المخاطب بالإيفاء و التسليم و هو قادر على ذلك، و ليس الفضولى إلا كالوكيل على إيقاع الصيغه لا يترقّب منه إيفاءً و لا تسليم»(٤).

و قال صاحب الجواهر: «و ما دلّ على اعتبار القدره على تسليمه، إنّما هو فى البائع ذى السلطنه الذى يراد منه الإقباض حتّى يقبض الثمن، لا البائع بمعنى العاقد، ضروره تخلفه فى الوكيل على الصيغه و نحوه كما هو واضح»(٥).

و قال الشيخ الأعمّ بعد أن وصف الاستدلال بأقوى الوجوه فى ردّه: «مضافا إلى أنّ الفضولى قد يكون قادرا على إرضاء المالك بأنّ هذا الشرط غير معتبر فى العاقد قطعا، بل يكفى تحقّقه فى المالك فحينئذ يشترط فى صحّحه العقد مع الإجازة قدره المجيز على تسليمه أو قدره المشتري على تسلّمه على ما سيجىء(٦)»(٧).

و قال المحقّق النائينى: «من اعتبر قدرته عليه [أى على التسليم] و هو المالك قادر و من هو عاجز [الفضول] فلا يعتبر قدرته»(٨).

ص: ٢٩٢

١-١ . شرح القواعد ٢/٨٤.

٢-٢ . تبصره الفقهاء ٣/٣٤٠.

٣-٣ . ممكنه، نسخه بدل.

٤-٤ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٦.

٥-٥ . الجواهر ٢٣/٤٥٧ (٢٢/٢٨٣).

٦-٦ . المكاسب ٤/١٧٥، الثالث من شروط العوضين: القدره على التسليم.

٧-٧ . المكاسب ٣/٣٧٢.

٨-٨ . منيه الطالب ٢/٣١.

و قال المحقق السيّد الخوئي: «جواب واضح كما ذكره [الشيخ الأعظم] قدس سره ، و لذا ترى صحه عقد الوكيل فى إنشاء العقد فقط و إن لم يكن قادرا على التسليم فالمعتبر قدره المالك على التسليم، بل قدره المشتري على التسليم و إن لم يكن المالك قادرا على التسليم كالمال الواقع فى البحر إذا كان المشتري قادرا على إخراجه و لم يكن البائع قادرا عليه، و تعبیر الفقهاء بالقدره على التسليم من باب الغلبه. و بالجمله هذا الاستدلال لم يفهم له وجهها»(١).

### الثانى: الفضولى غير قاصد للنقل و الانتقال فى عقده

قال الشيخ أسدالله فى تقريب الاستدلال: «يشترط فى صحه العقد مقارنته لقصد المدلول فإنّ العقود تتبع القصد و هو منتف فى الفضولى لأنه لا يتعلّق إلاّ بالمقدور و النقل غير مقدور له فيمتنع قصده»(٢).

و قد استفاد هذا الوجه من كلام ثانى الشهيدين(٣) و ينسب إلى السيّد بحر العلوم(٤).

و قال الشيخ الأعظم فى جوابه: «المعتبر فى العقد هو هذا القدر من القصد الموجود فى الفضولى و المكروه لا أزيد منه، بدليل الإجماع على صحه نكاح الفضولى و بيع المكروه. بحق، فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد فى ذلك للإجماع كما ترى»(٥).

و قال المحقق النائيني: «إنّ ما هو مناط العقديّه - و هو كون العاقد قاصدا للفظ و المعنى - موجود فى عقد الفضولى و ما هو مفقود فى عقد الفضولى و مكروه - و هو قصد النتيجة - ليس مناطا فى العقديّه حتّى فى عقد المالك أيضا، فإنّ تحقّق المنشأ فى عالم الاعتبار الذى هو من الأحكام الشرعيه الإمضائيه لا يعتبر قصده من المالك أيضا، بل لا يمكن أن تتعلّق إرادته به، و إنّما هو من دواعى الإنشاء فلا يمكن إنشاء هذا المعنى من

ص: ٢٩٣

١-١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٤٦.

٢-٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٢٧: العاشر.

٣-٣ . راجع المسالك ٣/١٥٦.

٤-٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٤٦، إرشاد الطالب ٣/٣٤٣.

٥-٥ . المكاسب ٣/٣٧٢.

المالك فضلاً عن الفضولي الذي ليس زمام أمره بيده، لأن ما يمكن إنشاؤه و إيجاده هو العلقه بين المال و الطرف، و أمّا تحقّقه بحيث يكون ممّا تعلق به الإمضاء الشرعى فهو من أحكام هذا الإنشاء لا من منشآت المنشىء...»(١).

و قال السيد الخوئى بعد مقاله استاذة: «... ولكن الذى يقتضيه النظر أنّ مراد السيد [بحرالعلوم] قدس سره ليس ما استفادوا من كلامه لأن ما فهموه واضح الفساد كما أجابوا عنه، بل مراده أنّ بين قصد إنشاء المعنى باللفظ و قصد ترتب الأثر عليه واسطه و هى اعتبار التبادر فى نظره، و اعتباره بحيث يرى فى عالم اعتباره خروج المبيع عن ملك البائع و دخول الثمن فى ملكه، و فى جانب المشتري بالعكس، و هذا الاعتبار و القصد يكون معتبرا فى صدق العقد و إلاّ لزم صحه عقد الهازل إذا تعقّبه الرضا، لأنّ قصد إنشاء المعنى باللفظ موجود فيه، و هو موجود حتّى فى الوكيل فى إجراء الصيغه فقط، و هذا المعنى غير مقصود للفضولى.

و أصل هذا الدعوى - و إن كان صحيحا جدّا - ولكن كون الفضولى غير قاصد لهذا المعنى ممنوع، بل هو أيضا يعتبر التبادل فى نظره لكن معلقا على إجازة المالك، و التعليق على إجازة المالك لا يوجب الفساد فى العقد لكونها ممّا يتوقّف صحته عليها، و تقدّم أنّ التعليق على ما يكون العقد معلقا عليه واقعا لا يضرب»(٢).

أقول: و نحو ما تقدّم مذکور فى الإرشاد(٣).

و قد نقل الشيخ الأعظم هذين الاستدلاليين فقط، ولكن أذكر لك الآن بعضها الآخر فخذ و اغتنم.

### الثالث: قصد النقل شرط فى صحه العقد و هو مفقود فى الفضولى

شرط صحه العقد هو قصد نقل المبيع إلى المشتري و انتقال الثمن إلى البائع و هذا القصد مفقود فى بيع الفضولى و إذا انتفى الشرط ينتفى المشروط. أى العقد.

ص: ٢٩٤

١-١ . منيه الطالب ٢/٣١.

٢-٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٤٦.

٣-٣ . إرشاد الطالب ٣/٣٤٣.

قال المحقق التقي في جوابه: «دعوى لزوم مقارنة الشرط للمشروط مسلّمه إن أريد توقف التأثير عليها بأن يكون ترتّب الأثر على المشروط مقارنة لحصول الشرط و لا يلزم منه تقارنهما في الوجود. ألا ترى أنّ القبض في المجلس شرط في [صحته ن خ] بيع الصرف و السّلم مع أنّ القبض قد يتأخّر عن العقد و كذا الحال في قبض الوقف و قبض الهبه.

على أنّه قد يكون الشرط وجوده في الجملة ولو متأخرا عن المشروط فلا- يتوقف تأثير المشروط على وجوده حين تأثيره، فيكشف وجوده المتأخر عن اقتران الشرط بالمشروط حين التأثير كما هو الحال في المقام بناءً على القول يكون الإجازة كاشفه»(١).

و قال قبله جد أولاده الشيخ جعفر: «و أضعف منهّنّ إيراد لزوم الخلوّ عن القصد المشروط في العقد.

و فيه: أنّه إذا جعل الشرط قصد النقل الشرعي فمسلمّ لكنّه في محل المنع. و إن أريد العرفي فهو حاصل. ثم مع الاكتفاء بالقصد ولو مع التردّد يندفع الإشكال. على أنّ الاكتفاء بالقصد اللاحق غير بعيد»(٢).

أقول: هذا الوجه تعبير آخر عن الوجه الثاني و يرد عليه ما يرد على الوجه الثاني، مضافاً إلى أنّ الشرط و المشروط في عالم التكوين غير الشرط و مشروطه في عالم التشريع الذي يكون من الاعتبارات و أمره بيد الشارع نحو شرطيه الغسل الليلي للمستحاضه لصحة صيامها في اليوم السابق و غيرها من الشروط المتأخره في الشريعة المقدسه، فقياس أحد العالمين على الآخر يكون مع الفارق.

#### الرابع: من لوازم صحة عقد البيع حليّه التصرف

و ترتب سائر الآثار و انتفاء اللازم في المقام بالإجماع يكشف عن عدم الملزوم، و بتقرير آخر إن كان الفضولي داخلاً تحت عموم «أوفوا» و «أحل الله البيع» و نحوهما

ص: ٢٩٥

١-١. تبصره الفقهاء ٣/٣٤٠.

٢-٢. شرح القواعد ٢/٨٤.

وجب الحكم بوجوب الوفاء و حصول الملكيه و إلا فلا يكون صحيحا.

قال الفقيه السيد اليزدى رحمه الله فى جوابه بعد أن قرره: «و فيه: أن الرضا شرط بالإجماع و الأخبار فلا بد من حصوله أيضا و بعده يترتب جميع الأحكام فالمقام نظير صحه البيع قبل القبض فى الصرفِ و السَّلَمِ»(١).

أقول: مراده من الرضا عنده هو الإذن عندنا.

### الخامس: الرضا شرط فى صحه العقد و المفروض انتفاؤه حال العقد

قال المحقق التقى فى تقرير هذا الوجه: «أن الرضا شرط فى صحه العقد إجماعا و المفروض انتفاؤه حال العقد و قضيه انتفاء الشرط انتفاء المشروط به و حصوله عقيب العقد غير نافع، إذ قضيه الشرطيه اعتبار مقارنه الشرط، إذ لا فائده فى حصول الشرط بعد انتفاء السبب المشروط به أعنى العقد كالصلاه المتعقبه للطهاره»(٢).

و قال السيد اليزدى فى تقريره: «أن مقتضى شرطيه الرضا فى العقود و الإيقاعات وجوده حالها، و إلا فلا يثمر وجوده بعد انعدامها، كما أن هذا هو الحال فى سائر الشرائط من القصد للمدلول و الالتفات و المعلوميه و القدره على التسليم و نحو ذلك»(٣).

ثم أجابه المحقق التقى بما مرّ فى جواب الوجه الثالث، و قال الفقيه السيد اليزدى قدس سره فى جوابه: «إنا نمنع شرطيته إلا فى النقل و الانتقال و ليس شرطا فى العقد إذ هو أول الكلام، و هذا بخلاف الالتفات و القصد إلى المدلول و نحو ذلك، و أما المعلوميه و القدره على التسليم و نحوهما فقد ثبت من الأدله و جوب اقتران العقد بها، و إلا أمكن أن يقال إذا عقد ثم حصل العلم صح، و السرّ أن البيع مع الجهل وقع غررًا و كذا مع انتفاء القدره على التسليم.

نعم، لقائل أن يقول: لِمَ لا يصح بعد حصول العلم و القدره ولو أجاز العقد الواقع.

ص: ٢٩٦

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٥.

٢-٢ . تبصره الفقهاء ٣/٣٣٩.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٥.

و الجواب: عدم الدليل على تأثير مثل هذه الإجازة فتدبر»(١).

أقول: الرضا عنده هو الإذن عندنا و القدره على التسليم ترجع بالقدره على تسلّم المشتري كما مرّ في الوجه الأول.

### السادس: البيع بالنسبه إلى الأصيل غررئ

للجهل بحصول أثره و قد نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر.

أجاب الفقيه اليزدى رحمه الله عنه: «أنّ هذا إن قلنا باللزوم بالنسبه إليه و إلا فلا غرر، مع أنّه قد يكون واثقا بإجازة المالك»(٢).

و أضاف المحقّق السيّد الخوئي قدس سره على جوابه: «أنّ عمده الدليل على بطلان بيع الغرر إنّما هو الإجماع لأنّ النبوى ضعيف السند و غير منجر بشىء و المتيقن منه غير ما نحن فيه»(٣).

### السابع: أصل الفساد

بتقرير: أنّ الأصل الأوّلى فى المعاملات هو الفساد أعنى به عدم انتقال المالكين إلى غير صاحبه فلو شككنا فى صحه عقد الفضولى يجرى فيه هذا الأصل و يحكم بفساده. و يمكن أن يعبر عنه باستصحاب بقاء الملك. كما جرى المقدس الأردبيلى(٤) هذا الأصل.

قال الشيخ جعفر فى جوابه: «و أضعف من الجميع الرجوع إلى الأصل بعد الشك فى دلاله أدله الصحه لأننا بينا قوه الأدله على وجه لا يمكن ردّها»(٥).

و قال صهره التقى فى جواب هذا الوجه: «أمّا الأصل فيما عرفت من قيام الدليل

ص: ٢٩٧

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٥.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٥.

٣-٣ . مصباح الفقاهه ٤/١٠٤.

٤-٤ . مجمع الفائده و البرهان ٨/١٥٨.

٥-٥ . شرح القواعد ٢/٨٥.



على الصحه، بل ما عرفت من الأصل الثانوى القاضى بصره العقود كافٍ فى دفعه»(١).

وقال السيد العاملى: «و احتج المانعون بالأصل... أمّا الأصل فمقطوع بما ستسمعه»(٢).

وقال فى الجواهر: «بالأصل المقطوع بذلك أيضا»(٣).

أقول: مرادهما بالمقطوع هو أدله الصحه التى هى تامّة عندهما و عند غيرهما.

ثمّ هاهنا وجوه أخرٌ أنهاها الشيخ أسدالله فى مقابسه(٤) إلى العشره أغمضنا عنها روما للاختصار و اكتفاءً بما ذكرناه من الوجوه الحاكمه على غيرها بَعْدَمِ الاعتبار.

ص: ٢٩٨

---

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٤٠.

٢-٢ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٥.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٥٥ (٢٢/٢٨١).

٤-٤ . مقابس الأنوار / ١٢٨.

**الأول: هل الرضا بالعقد يخرج عن الفضولي؟**

ذهب الشيخ الأعظم (١) قدس سره إلى صحة العقد الفضولي إذا كان مقترنا مع رضا المالك و طيب نفسه و عدم احتياجه إلى لحوق الإجازة و استدلال عليه بوجوه خمسة:

الوجه الأول: عموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» (٢)

عقد الفضول مع رضا المالك و طيب نفسه تشمله الآية الشريفة فيجب الوفاء به.

و فيه: الآية الشريفة خطاب للعاقدين بأنّ كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه و الفضولي لا يتمكن من الوفاء به استقلالاً و من دون الإجازة اللاحقة للمالك، و مجرد رضا المالك و طيب نفسه لا يستند العقد إليه و لا يصير عقد الأجنبي عقد المالك بمجرد رضاه.

الوجه الثاني: قوله تعالى: «إلا أن تكون تجاره عن تراض» (٣)

عقد الفضولي مع رضا المالك و طيب نفسه يكون مصداقاً لـ «تجاره عن تراض» فيحلّ أكل المال به و يكون صحيحاً.

و فيه: لا تتحق «تجاره عن تراض» بمجرد الرضا الباطني بالعقد، و أنّ التجاره لا يصدق إلا بعد إذن المالك، و لا يصدق بمجرد رضا المالك بعقد غيره أنّه اتّجر أو تكسّب.

ص: ٢٩٩

١-١ . المكاسب ٣/ (٣٤٨-٣٤٦).

٢-٢ . سورة المائدة ١/.

٣-٣ . سورة النساء ٢٩/.

الوجه الثالث: قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»

ورد شبيه هذه الفقرة في صحيحه أبي أسامة زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال في خطبته بمنى في حجة الوداع حين قضى مناسكها: فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه ولا تظلموا أنفسكم ولا ترجعوا بعدى كفارا. (١)

و رواها الكليني بسند موثق عن سماعه أيضا (٢) و الصدوق بهذا السند الأخير في الفقيه (٣) و الشيخ الحر عن الصدوق و سند أول الكليني في الوسائل (٤)، و عنه و عن سندی الكليني فيه (٥) أيضا.

قال المجلسي رحمه الله: «قوله صلى الله عليه وآله: إلا بطيبه نفسه، الاستثناء من المال فقط. قوله صلى الله عليه وآله: و لا تظلموا أنفسكم، أى بمخالفه الله تعالى فيما أمرتكم به و نهيتكم عنه فى هذه الخطبه أو مطلقا، أو لا يظلم بعضكم بعضا فإن المسلم بمنزلة نفس المسلم» (٦).

و أما نصها فقد رواه الأحسائي (٧) و عنه النورى (٨).

بتقريب: أن الرضا و طيب النفس موجود على الفرض فيحل المال به و لا يحتاج إلى الإجازة.

و فيه: قال السيد الخوئي رحمه الله: «أن الحل لو أريد به الحل التكليفي فهو خارج عن محل الكلام، لأنه ليس بحثنا فى جواز إيقاع الإنشاء على مال الغير تكليفا برضاه أو بدونه فإنه أمر واضح.

ص: ٣٠٠

١-١ . الكافي ١٤/٢٨٣، ح ١٢ (٧/٢٧٣).

٢-٢ . الكافي ١٤/٢٨٧، ح ٥ (٧/٢٧٥).

٣-٣ . الفقيه ٤/٩٤، ح ٥١٥٨.

٤-٤ . وسائل الشيعة ٥/١٢٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

٥-٥ . وسائل الشيعة ٢٩/١٠، ح ٣، الباب ١ من أبواب القصاص فى النفس.

٦-٦ . مرآة العقول ٢٤/٩.

٧-٧ . عوالي اللآلى ٣/٢٠٥، ح ٣٦.

٨-٨ . مستدرک الوسائل ١٣/٢٤٥.

و إن أريد به الأعم - كما هو الظاهر لأنَّ الحَلَّ بمعنى الارسال و فتح الطريق في مقابل السدّ - فيرد عليه ما ذكرناه في بعض مباحث الأصول (١)... ردا على أبي حنيفة حيث استدل على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بقوله عليه السلام: لا صلاة إلا بطهور، و لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب، و قلنا إنّه في موارد نفي الحقيقة ليس الاستثناء حقيقيا كقوله: جاء القوم إلا زيدا ليدل على الحصر و إنّما هي صورة استثناء. و في الحقيقة اشاره إلى الشرطية أو الجزئية.

و بعبارة أخرى: لسان هذه التراكيب لبيان النفي - أي نفي الصحة - عند فقدان القيد لا الإثبات، أعنى كفايته في الصحة و كونه علّه تامه لها... و غايه مفاده [النبوي] اعتبار طيب النفس في الحَلِّ، و أمّا كون الحَلِّ به فقط فلا يُستفاد منه، فلا ينافيه اعتبار الاستيذان بدليل (٢).

الوجه الرابع: روايه عروه البارقي (٣) الماضيه (٤)

بتقريب: تقرير النبي صلى الله عليه و آله لفعل عروه يدلّ على كفايه الرضا المقارن للعقد، لأنّ القبض و الإقباض الواردين فيها لا يحلّ بدون الرضا المقارن عند الكلّ.

و فيه: يمكن القول في كفايه الرضا في التصرفات الخارجيه و منها القبض و الإقباض، و إنّما الكلام في كفايته في التصرفات الاعتباريه و لا دلالة فيها على ذلك.

الوجه الخامس: ما ورد في نكاح العبد، و سكوت البكر

وردت عده من الروايات (٥) في صحه نكاح العبد مع سكوت مولاه و عدم ردّه،

ص: ٣٠١

١- ١. محاضرات في اصول الفقه ٤/٢٩٤ بحث المفاهيم، طبع موسوعه السيّد الخوئي رحمه الله .

٢- ٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٠٧، و نحوها في التنقيح في شرح المكاسب ١/٣٧٣.

٣- ٣. مسند أحمد ٤/٣٧٦، السنن الكبرى ٦/١١٢ للبيهقي، سنن الدار قطنى ٣/١٠، ح ٢٩، سنن الترمذى ٣/٥٥٩، ح ١٢٥٨، و الثاقب في المناقب /١١٢، ح ١٠٨ لابن حمزه الطوسى منّا.

٤- ٤. في أوّل بحث بيع الفضولى، الوجه الثانى.

٥- ٥. منها: صحيحه معاويه بن وهب المرويه فى وسائل الشيعة ٢١/١١٧، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء. و منها: صحيحه أخرى له المرويه فى وسائل الشيعة ٢١/١١٧، ح ٢. و منها: موثقه الحسن بن زياد الطائى المرويه فى وسائل الشيعة ٢١/١١٨، ح ٣.

وعده منها(١) في أنّ سكوت البكر رضاها، فيظهر منهما كفايه الرضا في العقود و منها عقد الفضولي.

وفيه: لا يبعد أن يكون سكوت المولى كاشفا عرفيا عن الرضا فيكون إذنا منه، مضافا إلى أنّ استناد العقد إلى العبد معلوم مع قطع النظر عن الرضا، و رضا المولى يصححه ولو لم يكن مبرزا لطيب نفسه نحو تزويج بنت أخ الزوجه أو بنت أختها لأنّ استناد النكاح إلى الزوج معلوم و إنّما اعتبر فيه رضا العمّه أو الخاله فيكفي طيب نفسها و رضاها ولو لم يكن مبرزا هناك، و هكذا بيع العين المرهونه.

و ثالثه: لا بدّ من الاقتصار على مورد الروايه حيث تكون على خلاف القاعده.

و أمّا سكوت الباكر فلا يبعد أن يكون كاشفا عرفيا عن الرضا لأنّها لعفتها تخجل عن التصريح فتسكت لا سيما في تلك الأزمنه فيستكشف من سكوتها إذنها و لا يستدلّ بها في المقام.

ثم قال الشيخ الأعظم: «ثم أنّه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد - نكاحا أو بيعا - مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له، لعدم تحقّق المعصيه التي هي مناط المنع في الأخبار، و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف»(٢).

أقول: قد مرّ بعض روايات نكاح العبد في الوجّهين: الرابع(٣) و السادس عشر(٤).

ص: ٣٠٢

١-١ . منها: صحيحه البنزطي المرويّه في وسائل الشيعه ٢٠/٢٧٤، ح ١، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد. و منها: صحيحه داود بن سرحان المرويّه في وسائل الشيعه ٢٠/٢٧٤، ح ٢.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٤٨.

٣-٣ . راجع صفحه ٢٠١ من هذا المجلد.

٤-٤ . راجع صفحه ٢٥٤ من هذا المجلد.

من الاستدلال على صحه بيع الفضولى، و ظهر ممّا ذكرنا هناك أنّ المولى إذا علم بنكاح العبد و لم يفرّق بينه و بين زوجته، تمّ نكاحه و صح، و لا يحتاج إلى الإذن بل لا يحتاج إلى الرضا و طيب نفسه.

ولكن هذا يختص بنكاحه و لا- يجرى فى غيره من عقود و فيها يحتاج إلى الإذن و لا يكفى الرضا و طيب النفس، لأنّ العقود يحتاج إلى الاستناد، و الاستناد لا يتحقّق بالرضا و طيب النفس لما ذكره المحقّق النائنى من أنّ: «الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بدّ من إيجادهما إمّا باللفظ أو بالفعل، فلا الكراهه الباطنيه ردّ و لا الرضا الباطنى إجازة بل كلّ منهما يحتاج إلى كاشف»(١).

و هذا الكلام منه قدس سره هو القول الفصل فى المقام بلا فرق بين العبد و غيره، و لذا ما ذكره السيّد الخوئى رحمه الله من القول بالتفصيل بين الشيخ الأعظم و المحقّق النائنى رحمهما الله لم يرد على الأخير حيث يقول: «الصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان العقد مستندا إلى مَنْ يعتبر استناده إليه مع قطع النظر عن الرضا و الإجازة، و ما إذا كان استناده إليه غير ثابت و اريد إثباته بالرضا المقارن فيكفى الرضا و طيب النفس فى الأوّل دون الثانى، أمّا عدم الكفايه فى الثانى فلفساد استدلال المصنّف بالوجه المتقدمه»(٢).

و الوجه فى عدم وروده لأنّ الكلام هنا فى القسم الثانى، و أمّا القسم الأوّل فهو الندم على البيع بعد الرضا به إذا فرض الرضا المقارن أو بيع المكره إذا فرض الرضا المتأخر.

و أمّا ما ذكره الشيخ الأعظم من: «أنّ كلمات الأصحاب فى بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولى و عدم وقوفه على الإجازة مثل قولهم فى الاستدلال على الصحه: إنّ الشرائط كلّها حاصله إلّا رضا المالك، و قولهم: إنّ الإجازة لا يكفى فيها السكوت، لأنّه أعم من الرضا و نحو ذلك»(٣).

ص: ٣٠٣

١- ١. منيه الطالب ٢/٣.

٢- ٢. محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٠٦.

٣- ٣. المكاسب ٣/٣٤٨.

فَقَدَّ اعترض عليه المحقق النائيني قدس سره و قال: «حمل الرضا في أمثال هذه الكلمات إلى «الاختيار» لا «طيب النفس» و استعمال الرضا في معنى الاختيار شائع و كثير في استعمالات أهل العرف و اللغه نحو قول بحر العلوم في الدرّه: كما ارتضاه المرتضى (١)، و قوله عليه السلام: فذلك رضا منه (٢) الوارد في أنّ إحداث ذى الخيار يوجب سقوط خيار، و قوله عليه السلام: و رضيتكم خلفاء (٣)، و قول العامه: إنّما سمى الرضا عليه السلام بالرضا لأنّ المأمون اختاره وليّ العهد (٤).

و أمّا اعتراض المحقق السيّد الخوئي على الشيخ الأعظم من أنّ: «ليس كلماتهم آيه و لا- روايه لتكون حجه يتمسك بها» (٥)، فَعَيَّرُ تَأَمُّمًا لَأَنَّ الْأَصْحَابَ إِذَا اِكْتَفَوْا بِالرِّضَا بِمَعْنَى طَيْبِ النَّفْسِ فِي هَذِهِ الْكَلِمَاتِ، يَظْهَرُ مِنْهَا تَمَامِيهِ الْقَوْلِ بِكَفَايَةِ الرِّضَا عِنْدَهُمْ، وَ هَذَا الْقَوْلُ هُوَ مَدْعَى الشَّيْخِ الْأَعْظَمِ، نَعَمْ، قَوْلُهُمْ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عِنْدَنَا وَ لَعَلَّ هَذَا الْأَخِيرَ يَكُونُ مَرَادَ السَّيِّدِ الْخَوْنِيِّ فِي كَوْنِ تَأَمُّمًا.

قال الشيخ الأعظم: «ثم لو سلّم كونه فضوليًّا، لكن ليس كلّ فضوليٍّ يتوقّف لزومه على الإجازة، لأنّه لا دليل على توقّفه مطلقًا على الإجازة اللاحقه، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثم ملكه» (٦).

و يرد عليه: «إن دلّ دليل على كفايه الرضا المقارن في صحه العقد، فالعقد المقرون به لا يكون فضوليا و إلاّ فلا بدّ من الإجازة اللاحقه.

و بعبارة أخرى: إن قلنا بتحقيق الاستناد بمجرد الرضا و شمول عموم «اوفوا بالعقود» للعقد الفضولي المقرون برضا المالك فلا وجه لكونه فضوليا و إلاّ فلا بدّ من

ص: ٣٠٤

١-١ . الدرّه النجفيه ٨٨.

٢-٢ . وسائل الشيعه ١٨/١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار.

٣-٣ . التهذيب ٦/٩٧ قطعه من زياره الجامعه.

٤-٤ . منيه الطالب ٢/٥.

٥-٥ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٠٩.

٦-٦ . المكاسب ٣/٣٤٨.

الإجازة، ولا يكفي الرضا المقارن ولا واسطه بين الحدين»(١).

ثم قال الشيخ الأعظم: «مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات»(٢).

و يرد عليه: «الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع ولو آنا ما في الإجازة لا معنى له، لأنه لو كان مبرزا يكتفى بتحقيقه مقارنا للعقد، وإلا فلا يكتفى بالرضا الحاصل بعد البيع كما لا يكتفى بالمقارن منه»(٣).

يمكن الاستدلال لقول الشيخ الأعظم بقوله عليه السلام: «لا تشتريها إلا برضا أهلها»(٤)، وقوله عليه السلام: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضا منه»(٥)، وقد مرّت الروايتان.

بتقريب: اكتفى في الأولى منهما بالرضا، وفي الثانية قرن الرضا من المالك بالابتياح منه أو أمره، فيستفاد منهما كفايه الرضا بدلاً من أمر المالك.

وفيه: أولاً: لا يبعد أن يراد به الرضا المبرز لا مطلقاً.

و ثانياً: لو تنزلنا يكون نظير قوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، من اعتبار الرضا وطيب النفس لا بدليته للإذن والإجازة لما مرّ من أن الاستناد المعتبر في العقود لا يتم بالرضا وطيب النفس.

و ثالثاً: لسانهما النفي لا الإثبات فلا يستفاد منه صحة العقد بمجرد رضا المالك وعدم تحقق بقيه الشرائط بل استفاد منه اعتبار الرضا في الصحة، فلا ينافيه اعتبار الإذن والإجازة بدليل مستقل.

ص: ٣٠٥

١-١ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٠٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٤٨.

٣-٣ . محاضرات في الفقه الجعري ٢/٣٠٩.

٤-٤ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٤، ح ٣، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه. صحيحه محمّد بن مسلم.

٥-٥ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٧، ح ٨، مرسله توقيع الحميري.



## الثاني: هل يجرى الفضولي في الإيقاعات؟

أو أنه مختص بالعقود فلا يجرى في الإيقاعات؟ ادعى الشهيد(١) وجود الإتفاق على بطلان الفضولي في الإيقاعات.

قال الأردبيلي: «و الظاهر عدم القول به - أي بالفضولي - في العتق لقولهم عليه السلام: لا عتق إلا في ملك، و يمكن الجواز و التأويل كما لا بيع إلا فيما يملك»(٢).

و استدل لعدم جريانه في الإيقاعات بثلاثه وجوه:

الأول: الإجماع لو لم يكن حاصلًا في جميعها، فهو موجود في العتق و الطلاق و بعدم القول بالفصل نتعدى منهما إلى غيرهما من الإيقاعات.

و فيه: نعم قد ادعى الإجماع فيهما ولكن من المحتمل استنادهم في الطلاق إلى ما ورد من قوله عليه السلام: الطلاق بيد من أخذ بالساق(٣)، و في العتق إلى قوله عليه السلام: لا عتق إلا بعد ملك(٤)، و من الواضح عدم دلالتهما على اعتبار الإذن السابق نظير ما مرّ في البيع من قوله عليه السلام: لا بيع إلا في ملك، فالجواب كالجواب(٥) و الإجماع إذا احتمل كونه مدركيا فلا يفيد شيئاً.

مضافا إلى عدم اعتبار الإجماع المنقول.

و ثالثه: إنهم في فروع الطلاق و العتق ذهبوا إلى جريان الفضولي فيهما حيث ذكروا في الطلاق الخلع إذا كان مال الخلع زائدا على المهر أنه موقف على إجازة الزوجه، و في عتق الراهن العبد المرهون بلا- إذن المرتهن أنه صحيح يتوقف على إجازة المرتهن أو فكّ الرهن(٦)، كأنهم نسوا في البحث ما ادعوه أولاً من الإجماع في بطلان الفضولي في

ص: ٣٠٦

١- ١ . غايه المراد ٣/٣٧.

٢- ٢ . مجمع الفائده ٩/١٦٣.

٣- ٣ . مستدرک الوسائل ١٥/٣٠٧.

٤- ٤ . وسائل الشيعه ٢٣/١٥، ح ٢ و ٦، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق.

٥- ٥ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٠٥.

٦- ٦ . هدايه الطالب ٣/١١.

و رابعه: نمنع من عدم القول بالفصل و التعدى. على فرض ثبوته (١) فيهما. (٢)

الثانى: عدم جواز التعليق فى الإيقاع، فلا يدخل الفضولى فيه.

و فيه: المشهور يذهب إلى عدم جواز التعليق فى العقود أيضا كما مرّ سابقا و مفصلاً، فلو كان دليلهم ذلك فلا بدّ أن لا يدخل الفضولى فى العقود أيضا و التالى باطل و المقدم مثله. (٣)

الثالث: العقود بما أنّها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء، و لذا يتعلّق بها الفسخ مع أنّه حلّ للعقد فى جهه بقاءه، و فى الفضولى بإجازه المالك يتم تمام الموضوع و أمّا الإيقاع بما أنّه فعل واحد فيعتبر أمرا آتيا فإن حصل ممّن له سلطنه على ذلك الأمر فهو و إلا فلا يحصل ذلك الأمر أصلاً.

و فيه: أنّ ما ذكر مجرد ادعاءٍ لأنّه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتبارا دون الإيقاع، مع أنّه لو لم يكن له بقاء فكيف يجوز للزوج فى الطلاق الرجعى إلغاء طلاقه بالرجوع، لأنّ الرجوع فى الطلاق كالرجوع فى الهبه. (٤)

و مع عدم تماميه الوجوه الثلاثه نقول: إن قلنا بصحة بيع الفضولى لشمول الاطلاقات و العمومات - كما مرّ فى الوجه الأول من وجوه الاستدلال على صحته - فإلحاق سائر العقود به فى محلّه بل مقتضاها القول بالصحة فى الإيقاعات أيضا إلا - ما خرج بالدليل. (٥)

و إن قلنا بصحته بالروايات الخاصه - حيث لم ترد إلا فى النكاح و البيع - فإلحاق

ص: ٣٠٧

١-١. الإجماع.

٢-٢. أى الطلاق و العتق.

٣-٣. راجع هدايه الطالب ٣/١٢.

٤-٤. إرشاد الطالب ٣/٢٨٤.

٥-٥. كما فى حاشيه المكاسب ٢/٩٩ للفقيه اليزدى رحمه الله .

سائر العقود بهما لا وجه له فكيف بالإيقاعات (١)؟

مع أنك ترى أنهم يجرون الفضولى فى جميع العقود، فهم يرونه على الوجه الأوّل فالحكم بجريانه فى الإيقاعات تام إلا ما خرج بالدليل. و الحمد لله.

### الثالث: هل يجرى الفضولى فيما جرت فيه الوكاله من العبادات و نحوها؟

قال الجّد الشيخ جعفر: «و فى جرى الفضولى فيما جرت فيه الوكاله من العبادات - كالأخماس و الزكوات و أداء النذور و الوقوف و الصدقات و نحوها من مال مَنْ وجبت عليه أو من ماله - و فيما قام الأفعال مقام العقود و نحوه، و كذا الإيقاعات ممّا لم يقدّم الإجماع على المنع فيها و جهان، أقواهما الجواز.

و يقوى جريانه فى الإجازة و إجازة الإجازة و هكذا. و يتفرّع عليها أحكام لا تخفى على ذوى الأفهام» (٢).

و اعترض عليه تلميذه صاحب الجواهر و قال: «و إن كان قد يناقش فى فحوى أداء الخمس و الزكاه من مال مَنْ وجبت عليه إذا كان بوجه لا يصحّ له تيه التقرب فيه ولو لعدم العلم بالإذن فيه، بل فى جريانه فى إجازة الإجازة لأنها من الإيقاع الذى علم عدم قيام الغير مقامه فيه ولو أجاز بعد ذلك، ولكن الأمر سهل بعد ما عرفت من الاتحاد فى مدرك المسأله فلا حظ ما قدّمناه و تأمل ذلك، فإنّ فيه ما اشتمل على غير العقد من القبض و الإقباض و نحوهما» (٣).

أقول: نعم، «الأمر سهل بعد ما عرفت من الاتحاد فى مدرك المسأله» كما قاله صاحب الجواهر رحمه الله فيمكن القول بجريان الفضولى فى جميع ما ذكره الجّد قدس سره من العبادات التى تقبل الوكاله و حتّى الإجازة و إجازة الإجازة.

و ممّا ذكرناه يظهُرُ وضح جريان الفضولى فى الشراء أيضا و فى غيره من العقود و لأجل التبرك نذكر لك كلام عَلمَين من أعلام الفقه هما:

ص: ٣٠٨

١-١ . راجع محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٠٥.

٢-٢ . شرح القواعد ٢/٨٥.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٥٢ (٢٢/٢٨٠).

جدنا العلامة التقى قدس سره قال: «أنه كما يجرى الفضولى بالنسبه إلى البيع كذا يجرى فى الشراء فيحكم بصحته مع الإجازة من غير فرق لاتّحاد المناط و شمول الإطلاق للأمرين، و فى عدّه من الروايات المتقدمه (١) دلالة عليه أيضا» (٢).

و السيّد العاملى قال: «و ليعلم أنّه لا- فرق فى ذلك بين البيع و الشراء كما صرّح به جماعه منهم المصنّف [العلامة الحلّى] فى نهايه الأحكام (٣) و أشار إليه فى التذكرة (٤)، و الشهيد فى مسائله المدوّنه، و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد (٥) و إن كانت المسألة مفروضه فى البيع كالروايه (٦).

و أعلم أنّه يجرى فى سائر العقود لأنّه إذا ثبت فى النكاح و البيع ثبت فى جميع العقود، إذ لا- قائل باختصاص الحكم بهما كما فى الروضه (٧) ذكر ذلك فى كتاب النكاح.

نعم، قيل (٨) باختصاصه بالنكاح، و قيل (٩) ببطلانه فى النكاح و غيره» (١٠).

### الرابع: صور بيع الفضولى

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: إنّ الفضولى قد يبيع للمالك و قد يبيع لنفسه و على الأوّل

ص: ٣٠٩

- ١-١ . نحو حديث عروه البارقى الذى مرّ فى الوجه الثانى من وجوه صحه بيع الفضولى.
- ٢-٢ . تبصره الفقهاء ٣/٣٤١.
- ٣-٣ . نهايه الأحكام ٢/٤٧٦.
- ٤-٤ . تذكرة الفقهاء ١٠/٢١٧.
- ٥-٥ . جامع المقاصد ٤/٦٩.
- ٦-٦ . مراده من الروايه صحيحه محمّد بن قيس التى مرت فى الوجه الثالث من وجوه التى أقاموها لصحه بيع الفضولى.
- ٧-٧ . الروضه البهيه ٥/١٤١.
- ٨-٨ . نقله فى الروضه ٥/١٤١، و قال به صاحب الحدائق ٢٣/٢٥٧.
- ٩-٩ . كما مرّ عن القائلين بالبطلان نحو: الشيخ فى المبسوط ٤/١٦٣، و الفخر فى الإيضاح ٣/٢٧ و نقله صاحب الحدائق ١٨/٣٧٧ عن ميرالداماد.
- ١٠-١٠ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٤.

فقد لا يسبقه منع من المالك و قد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث»(١).

الظاهر أنّ المسألة الأولى - وهي أن يبيع من لا يملك البيع للمالك من دون أن يسبقه منع منه - تكون أساسا للمسالتين الأخيرتين - .

الثانية: أن يبيع للمالك مع سبق المنع منه.

و الثالثة: أن يبيع لغير المالك إما لنفسه أو لشخص ثالث.

لأنّه لو قلنا بالفساد في الأولى فلا بدّ من القول بالفساد في الثانية و الثالثة، و أمّا لو قلنا بالصحة في الأولى فيمكن مجال للبحث عنهما فيبحث في الثانية عن أنّ سبق المنع من المالك هل يوجب الفساد أم لا؟ و في الثالثة عن أنّ وقوع البيع عن غير المالك الذي هو مناف لمقتضى العقد هل يوجب الفساد أم لا؟(٢)

و ما مرّ منّا إلى هنا من صحة بيع الفضولي كلّه كان في المسألة الأولى.

ص: ٣١٠

---

١-١ . المكاسب ٣/٣٤٨.

٢-٢ . راجع محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣١١.

فهى أن يبيع الفضولى مال غيره مع سبق منع مالكة، المشهور (١) على صحته ولكن حُكى (٢) عن فخر المحققين (٣): أن بعض المجوزين لبيع الفضولى اعتبر عدم سبق نهى المالك.

و يظهر ذلك من نكاح تذكره والده حيث حمل النبوى: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ» (٤) - بعد تضعيف سنده - على أنه نكح بعد منع مولاه و كراهته فيقع باطلاً. (٥)

و استظهر الشيخ أسدالله (٦) عدم الفرق بين النكاح و غيره.

و الفساد هو مُخْتَمَلُ كَلَامِ الْمُحَقِّقِ الثَّانِي فِي بَيْعِ الْغَاصِبِ: «نَظَرًا إِلَى الْقَرِينَةِ الدَّالَّةِ عَلَى عَدَمِ الرِّضَا وَ هِيَ الْغَضَبُ» (٧). و إن اختار هو الصحه فيه.

قد يناقش (٨) فى استظهار عدم الفرق بين النكاح و غيره بأنّ العلامه صرّح فى باب الوكاله (٩) بعدم جواز بيع الوكيل الذى نهاه الموكل عن معامله خاصه، ولكنّه لا يستلزم البطلان لتصريحه بصيروره الوكيل المخالف لما عيّنه عليه الموكل فضوليا و أنّ عقده

ص: ٣١١

١-١ . كما فى المكاسب ٣/٣٧٣.

٢-٢ . مقابيس الأنوار / ١٢١.

٣-٣ . ايضاح الفوائد ١/٤١٧ - ٢/٣١٤.

٤-٤ . سنن الترمذى ٣/٤١٩ و ٤٢٠، ح ١١١١ و ١١١٢ - سنن البيهقى ٧/١٢٧.

٥-٥ . تذكره الفقهاء ٢/٥٨٨ من طبع الحجرى.

٦-٦ . مقابيس الأنوار / ١٢١.

٧-٧ . جامع المقاصد ٤/٦٩.

٨-٨ . المناقش هو المحقق المروج فى هدى الطالب ٤/٥٢٦.

٩-٩ . تذكره الفقهاء ١٥/٩٧، مسأله ٧١٥.

موقوف على الإجازة ولا يبطل رأساً. (١)

و لازمه اختصاص الحمل المزبور بنكاح العبد ولا سبيل لاستظهار عدم الفرق بين النكاح وغيره.

### مستند القول بالفساد

١- قال الشيخ الأعظم: «فهذا القول [الفساد] لا وجه له ظاهراً عدا تخيل أنّ المستند في عقد الفضولي هي روايه عروه المختصه بغير المقام» (٢).

في بعض الكتب الفقهيه (٣) ذكرت روايه عروه فقط بعنوان دليل صحه بيع الفضولي، و هي مختصه برضا النبي صلى الله عليه و آله بما صنعه عروه و عدم ورود نهى النبي صلى الله عليه و آله فلا يشمل صورته منع المالك و يجرى فيها أصله الفساد الجاربه في العقود. هذا توضيح مقاله الشيخ الأعظم.

ولكن تخيل وحده الدليل في روايه عروه، لا أدري أصدَرَ من أحد أم لا؟! لأنّ المذكور في كلام الفاضل النراقي القائل ببطان بيع الفضولي - كما مرّ - : «فيعلم أنّ من يقتصر في دليل الخروج بخبر البارقي و نحوه يجب أن لا يصحّ عنده بيع الغاصب و لا تفيد إجازة المالك في الصحه...» (٤).

و أنت ترى بأنّه عطف على خبر البارقي «و نحوه» و ذكر قبل ورقه بعض الأدله الوارده في صحه بيع الفضولي من الروايات فهو لا يرى أنّ مستند عقد الفضولي هي روايه عروه فقط.

فالتخيل المذكور لم يصدر من الفاضل النراقي بل لم يصدر من متفقّه فكيف بفقّيه.

٢- قال الشيخ الأعظم: «و أنّ العقد وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد - ولو

ص: ٣١٢

١- ١. تذكره الفقهاء ١٥/١٠٥، مسأله ٧٢٠، و قواعد الأحكام ٢/٣٦٠ و فيه: «ولو خالفه في البيع وقف على الإجازة».

٢- ٢. المكاسب ٣/٣٧٣.

٣- ٣. نحو تذكره الفقهاء ١٠/١٤ و مختلف الشيعه ٥/٥٤ و التنقيح الرائع ٢/٢٥.

٤- ٤. مستند الشيعه ١٤/٢٧٩.

آنا ما- كافٍ في الردّ فلا- ينفع الإجازة اللاحقة، بناءً على أنه لا يعتبر في الردّ سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأنّ الحلف عليه أماره عدم الرضا»(١).

مراده من حكمهم هو هذا الفرع المذكور في كلام المحقّق: «إذا اشترى انسانٌ سَلَمَةً و ادّعى أنّه وكيلٌ لإنسانٍ فانكر كان القول قوله مع يمينه و يقضى على المشتري بالثمن، سواءً اشترى بعين أو في الذمه، إلا أن يكون ذكر أنّه يبتاع له في حاله العقد»(٢).

و تبعه في هذا الفرع العلّامه(٣) و المحقّق(٤) و الشهيد(٥) الثاينين و السيد العاملي(٦) و صاحب الجواهر(٧).

و غرضه من الايتان بهذا الفرع و الاستشهاد به: أنّ المنع الموجود حال العقد من المالك يكون كافياً في بطلان بيع الفضولي و لا يحتاج إلى إنشاء ردّ جديد بعد عقد الفضولي، كما أنّ إنكار الوكّاله كافٍ في بطلان العقد الذي أنشاه الوكيل - المدعى للوكّاله - و لا يحتاج إلى إنشاء ردّ جديد.

و كما لا تنفع إجازته بعد الإنكار لو أجاز الموكل عقد الوكيل فكذلك لا تنفع الإجازة بعد المنع الصادر من المالك لو أجاز عقد الفضولي.

و ردّ الشيخ الأعظم نفسه هذا الاستدلال بقوله: «و أمّا ما ذكر من المنع الباقي بعد العقد ولو آنا ما، فلم يدلّ دليل على كونه فسخا لا ينفع بعده الإجازة»(٨).

ص: ٣١٣

١-١ . المكاسب ٣/٣٧٤.

٢-٢ . الشرائع ٢/١٦٣، كتاب الوكّاله - التنازع - المسألة الرابعة.

٣-٣ . القواعد ٢/٣٦٧ - البحث الثاني في صور النزاع (أ).

٤-٤ . جامع المقاصد ٨/٢٩٣.

٥-٥ . المسالك ٥/٣٠٠.

٦-٦ . مفتاح الكرامه ٢١/٣٤٦.

٧-٧ . جواهر الكلام ٢٧/٤٣٥.

٨-٨ . المكاسب ٣/٣٧٥.



أقول: المنع السابق من المالك لا يستكشف منه إلا عدم الرضا الباطني بالعقد وهو لا يكفي في الرد. لأن الرد يحتاج إلى إبراز و إظهار و استناد إلى المالك، و عدم الرضا الباطني أمر نفسي و قلبي و جوانحي يحتاج إلى مبرز و مظهر و مستند حتى يفيد في الرد كما مرّ آنفا بعدم كفايه الرضا الباطني في الإجازة أيضا.

و العجب من الشيخ الأعظم قدس سره يرى كفايه الرضا الباطني في الإجازة و عدم كفايه عدمه في الرد، مع أنّ الأمرين من سنخ واحد و الفرق بينهما في غير محله. و لم يدل دليل على الفرق.

و أمّا الإستشهاد بفرع مدعى الوكالة فقد قال الشيخ الأعظم في نقده: «و ما ذكره من حلف الموكل غير مسلم، ولو سلم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع و عدم تسليمه له» (١).

أقول: الحلف على إنكار الوكالة يبطل الشراء للموكل - المدعى عليه - و يصير الشراء للوكيل لأنّ الحلف على إنكار الوكالة إظهار و إبراز للكراهة الباطنية بالبيع و هذا الإظهار و الإبراز يكفي في الرد. فلا يستند الشراء إلى الموكل، فلا وجه للاستشهاد بهذا الفرع.

ثم لا أدري ما المراد من قوله قدس سره: «ما ذكره من حلف الموكل غير مسلم». لائ أنّ الحلف لا يُحكّم به على ثبوت الوكالة قطعاً و إذا انتفت الوكالة لا يستند الشراء إلى الموكل، و لعلّ مراده نفي الشراء له ظاهراً بالحلف، و أمّا لو كان و كلاً عنه واقعا فيستند الشراء به و تمّ، و الإنكار و الحلف به يدل على عدم الصحة ظاهراً لا واقعا. (٢)

**مستند القول بالصحة:**

## ١- العمومات و الاطلاقات

قال الشيخ الأعظم: «و كفايه العمومات» (٣).

ص: ٣١٤

١-١. المكاسب ٣/٣٧٥.

٢-٢. كما عن الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب ٢/١٣٨.

٣-٣. المكاسب ٣/٣٧٤.

قد مرّ في الوجه الأوّل من الاستدلال على صحه عقد الفضولي دلالة العمومات و الإطلاقات عليها فلا نعيد، و هما يدلان على الصحه مع سبق منع المالك أيضا لأنّه مع لحوق الإجازة يكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات في صورتى عدم منع المالك و منعه.

## ٢- و أمّا حديث عروه البارقي

فلا يشمل صورته سبق منع المالك لأنّ النبي صلى الله عليه و آله أمره باشتراء شاه و لم ينه عن بيعها، فالحديث لا يجرى في هذه الصورة.

## ٣- صحيحه محمّد بن قيس

قال الشيخ الأعظم: «مضافا إلى ترك الاستفصال في صحيحه محمّد بن قيس»<sup>(١)</sup>.

مراده قدس سره: أنّ الإمام عليه السلام لم يستفصل من سيّد الوليده أنّه نهى عن بيع الوليده قبل مسافرتة أم لا، و ترك الاستفصال يفيد العموم فيشمل صورته سبق نهى المالك.

و اعترض عليه السيّد الخوئي بأنّ قول «السائل: «وليدتى باعها ابني بغير إذنى»<sup>(٢)</sup> و عدم الإذن و إن كان لا ينافى المنع ولكن ظاهره فيه لا ينكر»<sup>(٣)</sup>.

أقول: حيث أنّ السائل في مقام بيان طرح دعواه أو سؤاله الشرعى عند أمير المؤمنين عليه السلام ولو كان نهى عن بيع الوليده ذكره له و حيث لم يذكره فلم ينه عنه و هذا الاستدلال - اطلاق الدعوى و عدم تقييده بنهيه - يوجّه ترك استفصال الإمام عليه السلام فلا يدل على عموم يشمل الصورتين فيتم اعتراض السيّد الخوئي بهذا البيان - و أمّا ادّعاء ظهور عدم الإذن في عدم المنع فهو قابل للمناقشه - و لا تتّم مقاله الشيخ الأعظم رحمه الله في المقام.

## ٤- فحوى أدله نكاح العبد بدون إذن مولاه

قال الشيخ الأعظم: «و جريانه... مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالى

ص: ٣١٥

١-١ . المكاسب ٣/٣٧٤.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح ١.

٣-٣ . محاضرات في الفقه الجعفرى ٢/٣٤٧.

و العبيد، مع أنّ روايه إجازته صريحه فى عدم قدح معصيه السيّد»(١).

مراده: أنّ التعليل الوارد فى الروايتين: صحيحه زراره و موثقه(٢) من «أنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده» و «إنّما عصى سيّده و لم يعص الله» يدلّنا على كبرى كليّه و هى أنّ عصيان المخلوق يجبر برضاه دون عصيان الخالق فإنّه لا يجبر بشىء ففى كلّ مورد من العقود و الإيقاعات التى تجرى فيها معصيه المخلوق كالبيع و النكاح و الطلاق و نحوها ترتفع برضاه الحاصل بعد العقد و لا يضرب بصحته بعد الرضا، بخلاف موارد تجرى فيها معصيه الخالق لعدم تصحيحها بشىء.

أقول: هذا البيان تام بناءً على ما ذكرنا(٣) من تماميه فحوى ما دلّ على صحه نكاح الفضولى على صحته فى البيع بل فى جميع العقود لأنّ الاحتياط فى الفروج أكد و الأمر فيها أشدّ، ولكنّ بناءً على مناقشه الشيخ الأعظم فى هذه الفحوى(٤) و ذهابه على عكسه بأنّ امضاء العقود الماليه يستلزم امضاء النكاح من دون العكس(٥) فلا يتم ما ذكره قدس سره هنا لعدم تماميه هذه الفحوى عنده، و سبحان من لا يسهو.

اللهم إلّا- أن يقال: «إنّ تعليل النكاح بعصيان السيّد من سنخ العلّه المنصوصه و الحكم ثابت فى جميع العقود من باب انطباق الكلّى - الذى هو موضوع الحكم - عليها عرضاً لا- طولاً- حتّى تصل النوبه إلى الأولويه»(٦). فيكون محور الاستدلال بالعلّه المنصوصه - أو كبرى كليّه - لا الفحوى المذكور سابقاً فلا يتم الاشكال على الشيخ الأعظم.

ولكن هذا البيان يُنافى قوله «فحوى أدله نكاح العبد بدون إذن مولاه...».

ص: ٣١٦

١-١ . المكاسب ٣/٣٧٤.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢١/١١٤، ح ١ و ٢، الباب ٢٤ من أبواب النكاح العبيد و الإمام.

٣-٣ . مرّ فى الوجه الرابع من أدله صحه بيع الفضولى راجع صفحه ١٩٧ من هذا المجلد.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٥٦ و ما بعده.

٥-٥ . المكاسب ٣/٣٥٨.

٦-٦ . كما فى هدى الطالب ٤/٥٣٥.

## ٥- الإتجار بمال اليتيم

قال الشيخ الأعظم: «مع جريان المؤيدات المتقدمه له: من بيع مال اليتيم و المغصوب»(١).

أقول: قد مرّ في الوجه السادس(٢) الروايات الواردة في الإتجار بمال اليتيم و الاحتمالات الثلاثة حولها و تماميه الاستدلال على صحه بيع الفضولى هناك على بعضها، و الكلام هنا الكلام.

و أما عطف المغصوب على اليتيم إن كان عطف تفسير فلا بأس به و إلا لم يتقدّم من الشيخ الأعظم شىء في المغصوب حتّى يصح عطفه على مال اليتيم.

اللهم إلا أن يقال: إنّ مراده من المغصوب ما ورد في معتبره مسمع أبى سيار في الوجه العاشر(٣) من وجوه الاستدلال على صحه بيع الفضولى و لا ريب في أنّ الوديعه بيد الودعى المنكر لها تكون غضبا.

## ٦- ما ورد في عامل المضاربه

قال الشيخ الأعظم: «و مخالفه العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصريح في منعه عمّا عداه»(٤).

أقول: قد مرّ في الوجه الخامس(٥) من وجوه الاستدلال على صحه بيع الفضولى تفصيل القول في هذه الروايات و عدم إمكان استفاده صحه بيع الفضولى منها و أنّها نصوص تعبدية يؤخذ بها في مورده الخاص.

و الحاصل: تماميه جريان بعض الأدله الماضيه بالنسبه إلى الصوره الثانيه - و هي

ص: ٣١٧

١-١ . المكاسب ٣/٣٧٤.

٢-٢ . راجع هذا المجلد صفحه ٢١٧.

٣-٣ . راجع هذا المجلد صفحه ٢٤٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٧٤.

٥-٥ . راجع هذا المجلد صفحه ٢٠٩.

بيع الفضولي مع سبق نهى المالك - فيحكم بصحته.

دفع وهم: هل يكون نهى المالك مانعا من صحته؟

يمكن أن يقرب المانعيه بوجوه متعدده:

منها: إذا كان الرد بعد العقد مانعا عن صحته بالإجازه كان النهى عنه أولى بالمانعيه لأنّ الدفع أهون من الرفع.

وفيه: أولاً: منع الاولويه، لأنّ مانعيه الردّ ثبتت بالإجماع و المتيقن منه هو إنشاء الكراهه بقولٍ أو فعلٍ بعد العقد، و أمّا الكراهه الباطنيه المدلول عليها بالنهى السابق على العقد و الباقيه إلى ما بعد العقد فخارج عن المتيقن منه.

و ثانيا: الردّ عرفا كالفسخ حلاً- للعقد ولكن الأول حلّ لصحته التأهليه و الثانى حلّ لصحته الفعليه، و لا يمكن حلّ العقد قبل وجوده و وقوعه فلا يطلق على النهى السابق الردّ.

و منها: العقد مع النهى السابق لا يضاف إلى المجيز بالإجازه.

وفيه: النهى السابق لا ينفصل ارتباط العقد و المجيز و للمالك أن يجيز العقد و ينفذه، و الشاهد عليه نهى التجار للدلائل عن معاملته خاصه و إجازتهم لها بعد وقوعها لمصالح.

و منها: النهى السابق يدل على الكراهه الباطنيه و هى مانعه عن تحقق العقد و انتسابه إلى المالك.

وفيه: الكراهه الباطنيه لا تمنع من تحقق العقد لا عرفا و لا شرعا. و الشاهد عليها صحه عقد النكاح على المرأه التى تكره الزواج أو بيع المضطر.

نعم، عقد المكره يكون باطلاً و هو غير من له الكراهه الباطنيه.

و الحاصل: عقد الفضولى مع سبق نهى المالك صحيح إذا أجازته المالك و نهيه السابق و كراهته الباطنيه لا يمنعان الصحه، و الحمد لله.

و لذا قال السيد العاملى فى كتاب الحجر: «و اشتراط بعضهم عدم مسبقيته بنهى المالك غير جيد على إطلاقه، و إلا فالغاصب و العبد منهيان شرعا عن التصرف، فالأول

فى مال الغىر؁ و الثانى فى نفسه؁ بل قد نقول: إن هذا النهى مطلقا غير مضر؁ لكنّ قضيه كلامهم فى هذا المقام أنّ الغرماء لو صرّحوا بالردّ لا- ينفسخ العقد؁ فإنّما يعتبر كلامهم فى الإجازة لا فى الردّ؁ و أنّ الواقع موقع المّجيز هو بقاء شىء من ماله يسع ذلك؁ فإن حصل ذلك كان إجازة و إلا كان ردّا؁ و قد تبّهنا على ذلك فى باب البيع عند قوله «و الأقرب اشتراط أن يكون مّجيزا فى الحال»(١) و بيّنّا الحال فى ذلك»(٢).

ص: ٣١٩

١-١. قواعد الأحكام ٢/١٩.

٢-٢. مفتاح الكرامه ١٦/٢٥١.

اشاره

قال الشيخ الأعظم: «و هذا غالبا يكون فى بيع الغاصب»(١).

الأقوال فى بيع الغاصب:

اشاره

أكثر الفقهاء عدّوا بيع الغاصب من أقسام بيع الفضولى و من أفرادها كما صرّح به فخر المحقّقين فى الإيضاح(٢)، و على أنّه من أفرادها والده العلامه فى التذكرة(٣) و المختلف(٤) و نهايه الأحكام(٥) و الشهيد فى الدروس(٦) و حواشيه(٧) و الفاضل المقداد فى التنقيح(٨) و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد(٩) و الصيمرى فى غايه المرام(١٠).

القول الأول

قال الشيخ أسدالله التسترى: «... و هو قضيه إطلاق الباقيّن و اللّازم من فتاواهم فى

ص: ٣٢٠

- ١-١ . المكاسب ٣/٣٧٦.
- ٢-٢ . إيضاح الفوائد ١/٤١٧.
- ٣-٣ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٧ و ٢١٩.
- ٤-٤ . مختلف الشيعه ٥/٥٥.
- ٥-٥ . نهايه الأحكام ٢/٤٧٦.
- ٦-٦ . الدروس ٣/١٩٣.
- ٧-٧ . نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٩.
- ٨-٨ . التنقيح الرائع ٢/٢٧.
- ٩-٩ . جامع المقاصد ٤/٧٦ و ٧٧.
- ١٠-١٠ . غايه المرام ٢/١٥.

مسأله ترتيب مسلسله العقود على أحد العوضين»(١).

و قال فى الجواهر: «... و من هنا كان بيع الغاصب من الفضولى عند المعظم أو الجميع»(٢).

فعلى القول بصحة بيع الفضولى يكون بيع الغاصب صحيحا بإذن المالك. و هذا هو القول الأول.

**و القول الثانى: هو البطلان مطلقا.**

**و القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس فإن المحكى**

و القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس (٣) فإن المحكى عنه نفى الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا كان بعين المغصوب.

**و القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلامة و ولده و الشهيد و قطب الدين بين**

و القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلامة و ولده و الشهيد و قطب الدين بين علم المشتري بالغصبيه و جهله بها.(٤)

أقول: بعد ظهور الأقوال الأربعة لابد من التذكير بأن هذا البيع لا يكون نادرا من غير الغاصب خلافا لما يظهر من الشيخ الأعظم حيث يقول بأنه «و قد يتفق من غيره بزعم ملكيه المبيع»(٥)، بل كثيرا ما يقع كالبیوع الفاسده المبته على الأمارات المعتمده كاليد و السوق و على الاصول المعتمده نحو الاستصحاب و أصاله الصحه و غيرها، و البائعون فى هذه الموارد يبيعون لأنفسهم باعتقاد الملكيه لهم و إذا ظهر بطلان اعتقادهم يكون مصداقا لهذه المسأله و ضرب الشيخ الأعظم مثلاً لهذه الموارد بصحيحه الحلبي(٦) التى رواها المشايخ الثلاثة فى الإقاله بالوضيعة التى مر الاستدلال بها فى الوجه الثامن من وجوه

ص: ٣٢١

١- ١. مقابس الأنوار، كتاب البيع ٣١/.

٢- ٢. الجواهر ٢٣/٤٥٧ (٢٢/٢٨٢).

٣- ٣. نقل عنه الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب ٢/١٣٨.

٤- ٤. كما فى مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٠، و المكاسب ٣/٣٨٧ و حاشيه المكاسب ٢/١٣٨ للسيد اليزدى، و هدى الطالب ٤/٥٤٠.

٥- ٥. المكاسب ٣/٣٧٦.

٦- ٦. وسائل الشيعه ١٨/٧١، ح ١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.



الاستدلال على صحة الفضولى فراجعه(١) و التمثيل تام.

## أدله صحه بيع الفضولى لنفسه

### ١- العمومات و الاطلاقات

بالتقريب الذى مرّ فى المسألتين السابقتين، قال الشيخ الأعظم: «للعومات المتقدمه بالتقريب المتقدم»(٢).

### ٢- فحوى الصحه فى النكاح

التي مرّت فى الوجه الرابع من وجوه الاستدلال على المسألتين، و الفحوى تام عندنا و لم يتم عند الشيخ الأعظم كما مرّت، و الكبرى الكليّه المستفاده من رواياتها و التعليل الوارد فيها تام و تشمل هذه المسأله أيضا.

### ٣- صحبه محمّد بن قيس

التي رواها المشايخ الثلاثة فى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب الخ(٣). ظاهره فى بيع الوليده لابن لا الأب فضوله و هو عين مسألتنا هذه.

لأنّ الحكم مستفاد من ترك الاستفصال و هو أماره العموم كما عليه السيد الخوئى(٤) ثم فرّق بين جريانه فى المسألتين الثانيه و الثالثه بعدم جريانه فى الثانيه و جريانه فى الثالثه، و التفصيل بين المسألتين بلا-وجه كما يظهر من مقالتنا فى المسأله الثانيه حولها(٥) و إن كان السيد الخوئى يمنع جريان ترك الاستفصال فى المسأله الثانيه بادعاء أنّ ظهور عدم الإذن فى عدم المنع لا ينكر ولكن هذا الظهور مفقود فى المسأله الثالثه فيجرى ترك الاستفصال فتأمل.

ص: ٣٢٢

١-١ . راجع هذا المجلد صفحه ٢٣٠.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٧٦.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٤-٤ . مصباح الفقاهه ٤/١١٢.

٥-٥ . راجع هذا المجلد صفحه ٣١٥.

#### ٤- الروايات الواردة في الإتجار بمال اليتيم

لأنّ غير الولي إذا أتجر بمال اليتيم من دون إذن الولي يكون غاصبا و ضامنا لأصل ماله و الربح يكون لليتيم و لا زكاه هنا، و بعد أن يأخذ اليتيم ربحه يحكم بصحة معاملات المتاجر الغاصب و يمكن استفاده صحة بيع الفضولي في هذه الصوره من هذه الروايات. (١)

#### ٥- معتبره مسمع أبي سيار

(٢)

الماضي (٣) في الوجه العاشر من وجوه الاستدلال على صحة الفضولي، و الودعي الجاحد يكون غاصبا و أمر الإمام عليه السلام بأخذ نصف الربح منه و هذا الأخذ يكون إذنا و إجازة في معاملات السابقه الغاصبه فيكون بيع الفضولي لنفسه صحيح، و المعتبره يكون كالنص في صحته.

و هذا المقدار من الأدله يكفي في الحكم بالصحة و أمّا ادعاء جريان «أكثر ما تقدّم من المؤيدات» (٤) كما عن الشيخ الأعظم فهو غير تام، لعدم جريان غير ما ذكرها إلا هذه المعتبره و هي غير مذكوره في ما تقدّم من كلام الشيخ الأعظم - و لعله لا تتم دلالتها على صحة بيع الفضولي - فالادعاء في غير محلّه، و لذا استشكل عليه الفقيه اليزدي بقوله: «و المؤيدات المتقدمه أيضا غير جاريه» (٥).

ص: ٣٢٣

١-١ . راجع هذا المجلد صفحه ٢١٧.

٢-٢ . وسائل الشيعه ١٩/١٩، ح ١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعه.

٣-٣ . راجع هذا المجلد صفحه ٢٤٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٧٦.

٥-٥ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٨.

ذكر الشيخ الأعظم (١) خمس وجهه للبطلان و ناقش الجميع:

### الوجه الأول: النبويان

الماضيان في أول الاستدلال بالسنة الشريفه (٢) على بطلان بيع الفضولي و الجواب عنهما كالجواب فلا نعيد.

قال الشيخ الأعظم: «بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه» (٣).

و قال الفقيه السيد اليزدي في تبين مراده: «يعنى بعد ما عرفت من اختصاص موردها بالبيع لنفسه و إلا فالاستدلال بها ليس مبيّناً على الاختصاص، إذ مع الإطلاق أيضا يمكن الاستدلال بها للمقام بدعوى أنّ صورته البيع للمالك خارجه عنها بالدليل، هذا إن قلنا فيه بالصحة، و إلا فالأمر أوضح» (٤).

أقول: تبينه تام، و بيع الفضولي بعد إجازة المالك يستند إليه و يدخل في عنوان بيع ما عنده و بيع ما يملك بلا فرق بين بيعه للمالك أو مع سبق نهيه أو لنفس الفضولي و لذا قال الأستاذ المحقق - مدظله - «مع لحوق الإجازة يتبدّل الموضوع و يصحّ البيع» (٥). هذا أولاً.

و ثانياً: على فرض تعميم الحديثين على صور بيع الفضولي أو اختصاص موردهما ببيعه لنفسه لا لمالكه يدلان على بطلان صور بيع الفضولي أو صورته الثالثه التي يبيع الفضولي لنفسه، و الأدله الداله على صحه الفضولي عموماً أو خصوص الصوره الثالثه يخصص عموم الحديثين بجريان قاعده العام و الخاص.

ص: ٣٢٤

١-١ . راجع المكاسب ٣/٣٧٨٦ و ما بعده.

٢-٢ . راجع هذا المجلد صفحه ٢٦٤ و ٢٦٨.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٧٦.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٨.

٥-٥ . العقد النضيد ٣/١٤٠.

## الوجه الثاني: اعتبار عدم سبق منع المالك

و هذا الاعتبار مفقود في المغصوب و قد مرّ عن المحقّق الكركي (١) بأنّ الغصب قرينه عدم الرضا و معلوم بأنّ عدم الرضا يعنى الكراهه و هى عباره أخرى عن الرّد، و بقاء هذه الكراهه - أى الرّد - بعد العقد ولو آنا ما كافٍ فى الرّد و البطلان و أجمع الأصحاب على بطلان العقد بعد الرد و أنّ الإجازة بعد الرد لا تصححه

و ذكر هذا الوجه الشيخ أسدالله التستري (٢) و أحال جوابه على ما ذكره فى المسأله الأولى.

و ناقش فيه الشيخ الأعظم (٣) بأمر:

الأول: الدليل أخصّ من المدعى، لأنّه مختص بالغاصب و البحث فى هذه الصوره أعمّ من الغاصب و غيره من الذين يرون مال الغير ملكهم خطأ.

الثانى: أنّ الغصب ليس قرينه على عدم الرضا بالبيع مطلقا حتّى للمالك و رجوع الثمن إليه، بل قرينه على عدم الرضا بكون البيع للغاصب و رجوع الثمن إليه، فلا يعدّ ردّا للبيع لمالكه و تملكه للثمن.

الثالث: «قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر»، و أنّه ليس ردّا، و الكراهه السابقه بعد ورود الإجازة لا عبره بها، مع أنّ أصل الكراهه غير مضرّه بالصحه كما مرّ نظيره فى بيع المضطرّ.

## الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضه الحقيقيه

### إشاره

قال العلامة: «لا يتصوّر أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه» (٤).

و مراده: اعتبار المعاوضه الحقيقيه فى البيع و هى دخول الثمن فى ملك مَنْ يخرج المبيع مِنْ ملكه و دخول المبيع فى ملك مَنْ يخرج الثمن مِنْ ملكه، و قصد هذه المعاوضه

ص: ٣٢٥

١-١ . جامع المقاصد ٤/٦٩.

٢-٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٣٢.

٣-٣ . راجع المكاسب ٣/٣٧٧.

٤-٤ . تذكره الفقهاء ١٣/٢٤٦، و نحوها فى القواعد ٢/١٢٧.

مفقوده فى بيع الفضولى لنفسه، لأنّه يريد خروج المبيع من ملك مالكه ولكن دخول الثمن فى ملك نفسه، و إذا لم يقصد المعاوضه الحقيقيه لم يتحقق المعاقده و ما هو مقوم للعقد فلم يتحقق البيع.(1)

## و أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الوجه بجوابين

اشاره

(٢):

### الأول: الدليل أخص من المدعى لأنه يختص بالغاصب

الأول: الدليل أخص من المدعى لأنه يختص بالغاصب، و أمّا من كان معتقدا بملكه المبيع له يتمشى منه قصد المعاوضه الحقيقيه.

### الثانى: الغاصب بعد أن يدعى أنه مالك يقصد المعاوضه الحقيقيه

الثانى: الغاصب بعد أن يدعى أنه مالك يقصد المعاوضه الحقيقيه، فقصد المعاوضه الحقيقيه موجوده و مبنيه على أمر غير واقعى، و ادعاه يكون نظير المجاز الادعائى فى الأصول.

### ثم اعترضوا على جوابى الشيخ الأعظم بأمر لا يتم بعضها:

### الاعتراض الأول:

الاعتراض الأول: توجيه الشيخ الأعظم «يختص بالغاصب و الموضوع فى المسأله الثالثه أعمّ من الغاصب و يشمل البايع الذى يرى نفسه مالكا جهلاً أو خطأً أو اجتهادا حيث لا يدعى المالكه بل يرى نفسه مالكا حقيقه منذ البدايه فجوابه رحمه الله أخص من المدعى»(٣).

و يرد عليه: أنه لا بد أن ينظر إلى جوابى الشيخ الأعظم معا و من الواضح أن من يرى نفسه مالكا يتمشى منه قصد المعاوضه الحقيقيه فيتمّ جوابه فى الفرضين.

اللهم إلاّ أن يقال: بعدم كفايه قصد المعاوضه الحقيقيه بل لا بدّ من نفس المعاوضه الحقيقيه و هى مفقوده فى الفرضين فيعود الإشكال.

ولكن يمكن أن يقال: بتحقيق المعاوضه الحقيقيه بعد إجازة المالك و استناد البيع إليه و أخذه للثمن أو ماشاء به، فيرتفع الإشكال من رأسه.

ص: ٣٢٦

---

١-١ . قد مرّ هذا الوجه الثاني و الثالث من وجوه الاستدلال على بطلان بيع الفضولي بوجوه أخرى فراجع هذا المجلد صفحہ ٢٩٣ و ٢٩٤.

٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٣٧٧ و ٣٧٨.

٣-٣ . العقد النضيد ٣/١٤٢.

الاعتراض الثاني: قال المحقق الإيرواني رحمه الله: «إن دعوى الغاصب الملكيه تارة تكون من قبيل الواسطه في الثبوت و أخرى من قبيل الواسطه في العروض، أعنى: [١] تارة يقصد وقوع المعاوضه لنفسه و كان مصححه دعواه الملكيه كما تثبت الأظفار للمتيه بدعوى أنها سبع، [٢] و أخرى يقصد وقوع المعاوضه للمالك الواقعي ثم يدعى أنه هو لأجل تملك العوض... و في هذا (١) يكون للغصب قصدان، قصد كبروى و هو قصد وقوع المعامله للمالك الواقعي و آخر صغروى و هو قصد أنه هو ذلك المالك الواقعي لأجل تلقى الثمن و و تملكه، فإن كان الأول: اتجه عليه أن ادعاء كونه مالكا لا يصحح القصد إلى المعاوضه الحقيقيه فإنّ المعاوضه المبيته على الإدعاء لا تكون حقيقه، و كيف يكون حقيقه ما أساسه الإدعاء و لا أدرى كيف ذكر المصنف [الشيخ الأعمش] ذلك مع وضوح فساده، و هل يكون إثبات الأظفار على وجه الحقيقه للسبع الإدعائي، فإذا كانت المعامله الإدعائيه لم تجدها الإجازة في صيرورتها حقيقه و في ترتب الأثر عليها.

و إن كان الثاني: فالمعامله و إن كانت حينئذ حقيقه لكن الوجدان يكذب أن يكون للغاصب قصدان و إنما قصد واحد للمعامله في حق نفسه كالمالك الحقيقي فالادعاء إن كان فهى من قبيل الوسطه في الثبوت دون العروض... - إلى أن قال: - كيف تكون المعاوضه المبيته على أمر غير حقيقى حقيقه و هل يزيد الفرع على أصله و لعمرى أن هذه الدعوى من المصنف رحمه الله في غير محلها» (٢).

و يرد عليه: أولاً: أن اعتراضه قدس سره ناشئ من عدم الوصول إلى لبّ المراد في مسلك الحقيقه الإدعائيه في باب المجاز و أنه «ليس من وضع اللفظ محلّ اللفظ بل هو وضع المعنى محلّ المعنى» (٣) فإذا جعل الغاصب نفسه مقام المالك ادعاءً ينشئ منه قصد المعاوضه حقيقه لا ادعاءً فيتم المطلوب.

و ثانياً: كثيراً ما يترتب على أمر غير حقيقى أمور واقعيه و حقيقه نحو عقد

ص: ٣٢٧

١- ١. أى الثاني.

٢- ٢. حاشيه المكاسب ٢/٢٣٨ و ٢٣٩.

٣- ٣. كما عليه مؤسسها العلامة الجدد في وقايه الأذهان / ١٠٦.

النكاح الذى ليس إلا أن يكون اعتباريا و يترتب عليه أمور واقعيّة و حقيقيّة كالوطى و الولد و وجوب الإنفاق و الإرث و نحوها.

و ثالثا: لا نقول بصحة بيع الغاصب أو الذى يبيع لنفسه إلا بعد صدور الإجازة من المالك و بعدها يكون نظير من باع شيئا و تحيّل أنّه لغيره فبان أنّه لنفسه، أو أنّه سرقه أو خيانته فبان أنّه لنفسه صح البيع بلا خلاف فى ذلك، أو تزوّج بامرأه، بتخيّل أنّها خامسه أو ذات بعل أو أخت زوجته فبان أنّها ليست كذلك بل هى امرأه خليه يجوز تزويجها حكم بصحة النكاح اتفاقا. (١)

### الاعتراض الثالث:

جواب الشيخ الأعظم رحمه الله بالنسبة إلى الغاصب يجرى فى الغاصب الملتفت لغصبه النازل نفسه منزله المالك ادعاءً و مجازا ثم بعد هذا الالتفات و التنزيل و الإدعاء أنشأ البيع فيتم بيعه عند الشيخ الأعظم، ولكن هذه القيود يغفل عنها الغاصب غالبا - لو لم نقل دائما - و مع غفلته لا يتم ما ذكره قدس سره .

و لذا قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله : «... فإنّا لو سلّمنا هذا الجعل من الغاصب غالبا فلا نسلمه دائما، ولو كان الملاك ذلك لزم فى الحكم بصحته بالإجازة إحراز هذا الجعل منه بالعلم، إذ مع عدمه لا وجه للحمل عليه إلا من باب حمل فعله على الصحة، و المفروض فساد فعله جهه حرمه بيعه...» (٢).

### الاعتراض الرابع:

لازم جواب الشيخ الأعظم هو التفصيل بين الغاصب الذى يدعى الملكيه لنفسه و الذى لا يدعيها، و هذا ممّا لا يلتزم به فقيه، لأنّ المشهور عندهم تصحيح بيع الغاصب بالإجازة اللاحقه من المالك.

قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله : «... و لازم هذا الوجه عدم الحكم بالصحة إذا علم منه

ص: ٣٢٨

١-١ . كما يظهر هذا الأخير من السيّد الخوئى فى مصباح الفقاهه ٤/١١٢.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/١٣٩.



عدم التنزيل المذكور و لم يقل أحد بهذا التفصيل»(١).

### الاعتراض الخامس:

و بناءً على جوابه قدس سره فلا يصح بيع الغاصب إلا بعد ادعاء المالكه، و إذا شككنا في غاصب بأنه هل يدعى المالكه أم لا؟ تحقّق الشبهه المفهوميه و معها لا- مجال للتمسك بأصالة الصحه في العمل الصادر منه حتّى نحكم بصحته بعد إجازة المالك الواقعي، لأنّ جريان أصاله الصحه متوقف على إحراز أصل العمل - و هو البيع هنا - ثمّ الشك في اجتماع الشرائط و فقد الموانع، و مع عدم إحراز أصل العمل لا مجال لجريانها.(٢) كما مرّ كلام الفقيه اليزدي في عدم جواز التمسك بأصالة الصحه، في ذيل الاعتراض الثالث.

**لأجل هذه الاعتراضات تصدّى جماعه من الأعلام لدفع هذا الوجه الثالث و اليك أقوالهم:**

### جواب الفقيه السيّد اليزدي:

قال: «فالصواب في الجواب أن يقال: حقيقه البيع ليس إلاّ مبادله مال بمال من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، و هذا المعنى موجود في بيع الغاصب، و قصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته و لا ينافيه أيضاً، و لا- فرق فيه بين الوجهين من التنزيل و عدمه»(٣).

أقول: يأتي نقده في ردّ جواب المحقق النائيني الآتي.

### جواب المحقق النائيني:

قال: «الحقّ امكان تحقّق قصد المعاوضه الحقيقه من الغاصب فضلاً عن الجاهل المعتقد بأنه ملكه.

أمّا اجمالاً: فلما نرى خارجاً من قصد المعاوضه حقيقه من الظلمه و السراق بل لا يفرّقان بين ملكهما الموروثي و الملك الذي بيدهما من غيرهما.

ص: ٣٢٩

١- ١. حاشيه المكاسب ٢/١٣٩.

٢- ٢. هذه الاعتراضات الثلاثه الأخيره تظهر من العقد النضيد ٣/١٤٣.

٣- ٣. حاشيه المكاسب ٢/١٣٩.

و أما تفصيلاً: فلأنّ صدور المعاملة من الغاصب مبنّى على تجعّلٍ منه في المالكية بمعنى أنّه يغصب الإضافه الحاصله بين المالك و ملكه و يسرقها و كأنّه يقطع حبل المالكية المتصله بين المالك و ملكه و يوصله بنفسه، فبعد سرقه الإضافه يرى السارق نفسه ذا إضافه و ذا جدّه اعتباريه، فيبيع ما هو ملك له كسائر أمواله التي تحت سلطنته. و بهذا الاعتبار يصدر المعاوضه منه حقيقه و يوقع التبدل بين ملكي المالكين.

ثمّ لا- يخفى أنّ هذه المقدمه المطويه - أي رؤيه نفسه مالكا - لا- تضرّ بالمعامله و ليس من موانع العقد كما نعيه الفصل بين الإيجاب و القبول و نحو ذلك، فإنّ هذا البناء و التشريع كالبناء في العبادات الغير المضرّ بعباديتها... .

ففي مقامنا لو قصد المعاوضه بين ملك نفسه و ملك غيره بأن باع مال الغير لنفسه من دون بنائه على ملكه المبيع أو اعتقاده فهذه المعاوضه فاسده لأنّه قصد تملك الثمن بلا تملك المثلث من ماله.

و أخرى: يقصد المعاوضه بين ملكي المالكين مع اعتقاده أو بنائه على أنّه مالك فهذا البناء و الاعتقاد يلغى و يصحّ العقد بالإجازة و المنشأ هو المجاز، لأنّ الإجازة تعلقت بالتبدل بين ملكي المالكين، لا بالقصد المقارن أو الخطأ في التطبيق»(١).

و يرد عليه: أولاً- الغصب يتعلّق بمال الغير أو حقّه و أمّا تعلّقه بالإضافه المالكية و سرقتها فهو ممّا لا يمكن أن يُعقل، و لذا قال السيّد الخميني: «إنّ سرقه الحقيقه غير ممكنه و لا واقعه، و السرقه الإدعائيه لا تدفع الإشكال»(٢).

و لعلّ لأجل عدم إمكان تعقله عدل عنه في دورته الأخيره و لم يأت بهذا البيان بل قال: «تقوم البيع و نحوه من عقود المعاوضات على العوضين و أنّ المتعاملين ليسا ركنين فيها بخلاف النكاح...»(٣).

و ثانياً: يتم ما ذكره من أن البيع هو المبادله بين الملكين دون المالكين ولكن لا

ص: ٣٣٠

١-١ . منيه الطالب ٢/٣٦ و ٣٥.

٢-٢ . كتاب البيع ٢/١٤٢.

٣-٣ . المكاسب و البيع ٢/٤٧.

ينافى حصول المبادله القهرية بين المالكين عند البيع فحينئذ يعود الإشكال من رأسه، لأنَّ بيع الغاصب يوجب خروج المبيع من ملكيه المالك الواقعي و دخول الثمن في ملكيه المالك الإدعائي.

و هذا الإشكال الأخير أيضا يرد على الفقيه السيد اليزدي رحمه الله .

## جواب المحقق الإيرواني

قال: «منع توقّف المبادله على قصد دخول أحد العوضين في ملك مالك الآخر و توضيح ذلك يتوقّف على شرح حقيقه الملكيه:

فاعلم أنّ الملكيه علاقته اعتباريه بين المالك و المملوك تشبه علاقته الحسيه الحاصله بين السلطان و المسلط و بين المستولى و المستولى عليه استيلاءً خارجياً فكانّما هناك حبل واصل بينهما أحد طرفي هذا الحبل متصل بالمالك و الآخر متصل بالمملوك... و هذه الملكيه و الاعتبار الوهمي قد تتغيّر بتغيّر المالك مع حفظ إضافتها إلى جانب المملوك كما تعطى في مثل الدابه المقود عن يدك إلى غيرك، و يعبر عن هذا في المقام بالهبه فيقوم المالك و يجلس مالك آخر مكانه مع انحفاظ اضافه الملكيه في جانب المملوك.

و قد تتغيّر بتغيّر المملوك مع حفظ إضافتها إلى المالك كما في مثال الدابه محلّ رسن الدابه من رأس دابتك و تربطه بدابّه صاحبك بازاء أن يحلّ صاحب رسن دابته و تربطه بدابتك مع بقاء المُمَسِّكَيْنِ في أيديكما و يعبر عن هذا في المقام بالبيع، فالبيع أن يأخذ كلّ من العوضين ملكيه صاحبه و يعطيه ملكيه نفسه، و هذا تاره يكون مع انحفاظ الإضافه إلى المالكين كما في [ما] ذكرناه من المثال و كما في أغلب البيوع.

و أخرى: يكون مع نقل هذه الإضافه أيضا إمّا من المالكين جميعا أو من أحدهما فيكون التبادل في العينين في ملكيتهما مع انتقال الملك من مالكة الأصلي إلى غيره فيكون هذا ثالث الأقسام و متضمّنا لمعنى البيع و الهبه جميعا فكان لنا هبه ساذجه و بيع ساذج و مركب من الأمرين....

و من هنا ظهر أنّ حقيقه البيع و المعاوضه و المبادله غير متقومه بقصد دخول

العوض في ملك مالك المعوض، نعم إذا أطلق كان قضيته ذلك... .

و إن تعاسرت من هذا قلنا: فلا أقل من أن يكون ما يصنعه الغاصب أو كل بايع مال غيره لنفسه أو مشتري بماله لغيره هبه معوضه فيهب مال الغير بازاء أن يهبه الطرف المقابل مال نفسه أو يهب ماله للغير بازاء أن يهب الجانب الآخر ماله لغيره، و يكون القبول الطرف الآخر إنشاءً للهبه الأخرى فإن كان هذا من المالك صحَّ بعموم أدلّه صحه المعاملات و خصوص أدله صحه الهبه، و إذا كان من الفضولي صحَّ بإجازة المالك بدليل صحه معامله الفضولي ولكن لازم هذا أن يملك الغاصب الثمن بل لازم الأول أيضا ذلك...»(١). و لإجل تفصيل كلامه راجع إلى كتابه.

أقول: يرد عليه: أولاً: المبادله تستلزم تبادل العوضين و دخول المعوض في ملك من خرج من ملكه العوض. و هي من العناوين ذات التعلق و كل عنوان مبادلي يحتاج إلى طرف آخر ليتم من خلاله التبادل. فحقيقه المبادله يتوقف على المبدل و البديل فلا تتحقق هذه المبادله في بيع الغاصب لخروج المال من ملك مالكة الواقعي و دخول الثمن في ملك الغاصب.

و ثانياً: الملكيه تدخل في العناوين ذات الإضافه الاعتباريه و تحتاج إلى المضاف و المضاف إليه، ففي الهبه ذات المملوك تكون باقيه ولكن إضافتها الملكيه تبدل في جهتي المالكيه و المملوكيه باعتبار تبديل اضافه الملكيه و كذلك الحال في البيع.

و تشبيهها [أى تشبيه اضافه الملكيه] بالرسن غير تام لأن الملكيه من مقوله الإضافه و الرسن وجود رابطتي و بينهما برزخ لا يبغيان.

و ثالثاً: و أمياً تصوير بيع الغاصب من كونه مركبا من البيع و الهبه فغير معقول لأن البيع عقد متقوم بعدم المجانيه و الهبه عقد متقوم بالمجانيه و الجمع بين المجانيه و عدمها في عقد واحد من المحالات.

و رابعاً: و تصوير بيع الغاصب بالهبه المعوضه أيضا غير تام لأن العقد أمر انشائي

ص: ٣٣٢

قصدى و ما يقوم به الغاصب هو البيع فكيف يمكن حمله على الهبه المعوضه مع عدم قصدها عند الغاصب.(١)

فلا يتم ما ذكره المحقق الإيروانى قدس سره .

### جواب المحقق الاصفهاني:

قال بعد نقض بعض الأءجوبه: «و التحقيق: إنَّ البيع ليس من المعاوضه بالمعنى المزبور [أى المبادله الحقيقه الوارده فى كلام الشيخ الأعظم] حتى يرد المحذور المذكور [أى الإشكال الذى طرحه الشيخ الأعظم] بل هو التمليك لا مجانا - أى تمليك شىء فى قبال شىء بحيث لا يكون مجانا - فالتمليك بإزاء سقوط الحق عن ذمته تمليك شىء بإزائه شىء، لا بحيث يقوم مقامه فى ماله من الإضافه، بل قد مرَّ فى محلّه (٢) من أنَّ البيع لا- يجب أن يكون تمليكا كما فى بيع العبد بالزكاه فإنَّ حقيقته قطع إضافه الملكيه بإزاء شىء لا تمليك من يؤدى الزكاه فراجع ما قدمناه»(٣).

و يرد عليه: أولاً: تعريف البيع بالتمليك لا مجانا لا يُطابق ما هو المرتكز عند العقلاء، لأنَّه ليس عندهم مركبا من أمر وجودى و أمر عدمى، مضافا إلى أنَّ الأمر العدمى كيف يكون فصلاً للأمر الوجودى.

و ثانيا: لو تنزلنا و قبلنا منه هذا التعريف الأخير - أى التمليك لا مجانا - فكيف يمكن الجمع بينه و بين تعريفه فى أول البيع بأنَّه «البيع: هو المعنى الذى يحصل بالتسيب إليه بإنشاء»(٤).

و مراده بالأخير أنَّ البيع متقوم بقصد التسيب بإنشاء الملكيه الشرعيه و العرفيه،

ص: ٣٣٣

١-١ . يظهر هذه الرودود من الاستاذ المحقق - مدظله - بناءً على ما ورد فى العقد النضيد ٣/(١٥٠-١٤٨).

٢-٢ . راجع حاشيه المكاسب ١/٦٤.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/١١٨.

٤-٤ . راجع حاشيه المكاسب ١/٦٤.

مضافا إلى أنه لا يمكن أن يتمشى من الغاصب التسبيب بذلك. (١)

## جواب المحقق السيد الخوئي:

ظهر منه قدس سره جوابان لهذا الإشكال في الدورتين المختلفين من درسه الشريف:

١- في دوره الأولى تبع المحقق السيد الخوئي استأذنه الأصفهاني وقال: «حقيقه البيع... ليس إلا إعطاء لا مجان ولا يعتبر فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس، لما يرد على العلامة و من تبعه [القائلين بهذا الاشتراط - أى دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس] من النقض ببيع الكلي و بيع الاوقاف و الزكوات و أمثال ذلك فلا إشكال في صحته، و أنه يقع للمالك إذا أجاز، و مجرد اقتران الإنشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة» (٢).

يرد عليه غير ما أورده على المحقق الاصفهاني رحمه الله في الإشكال الأول، أولاً: تعريف البيع بالإعطاء لا مجاناً مخالف لما اختاره في تعريف البيع في أول تقرير دروسه من أنه «تبديل عين بمال في جهة الإضافة» (٣). و بين التعريفين بون بعيد و فَرْقٌ مَدِيدٌ.

و ثانياً: و ما أورده قدس سره من النقوض على اشتراط العلامة لا يَرِدُ لأنَّ بيع الكلي يدل على عدم اعتبار ملكيه المبيع لبائعه حين البيع، لا نفى الاشتراط المذكور.

و أما بيع الاوقاف و الزكوات فلا يدل على نفى الاشتراط المذكور لأنَّ في هذه البيوع يدخل العوض في كيس من يخرج عن كيسه المعوض، لأنَّ المخرج عن كيسه هو الجامع المنطبق على كلِّ من الأصناف الثمانية - في بيع الزكوات - أو العنوان العام - في الوقف العام - أو الأشخاص - في الوقف الخاص - المعبر عنهم بالموقوف عليهم في الوقفين كما ذكره شيخنا الاستاذ (٤) قدس سره .

٢- ولكن في دورته الثانيه قال: «... حقيقه البيع عبارته عن الاعتبار النفساني

ص: ٣٣٤

١- ١. الاشكالان للاستاذ المحقق - مدظله - كما في العقد النضيد ٣/١٥٢.

٢- ٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٥٠.

٣- ٣. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/١٦.

٤- ٤. إرشاد الطالب ٣/٣٥٣.

المظهر بمبرز خارجي، و من الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبايعين، و إن لم يكن في العالم شىء من الشرع و العرف، و أمّا كونه ممضى للعقلاء و الشرع فهو أمر خارج عن حقيقته البيع و إنما هو من الأحكام اللاحقه له، و على هذا فالبايع الغاصب مثلاً- و إن قصد دخول الثمن فى ملكه مع أنّ المبيع قد خرج عن ملكه غيره، ولكن الإخلال بذلك لا يوجب الإخلال بحقيقته البيع لأنّ قصد حقيقته لما كان مستلزماً لقصد دخول أحد العوضين فى ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضه حقيقه و إنّ انضم إلى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزله المالك، لأنّ تعيين المالك الواقعى غير معتبر فى مفهوم تحقق حقيقه البيع بل القصد إلى العوض و تعيينه يغنى عن القصد إلى المالك و تعيينه»(١).

و يرد عليه: أولاً: ما ذكره بعنوان حقيقه البيع - الاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى - ليس حقيقه البيع بل هو تعريف الإنشاء على مبناه الخاص المتفرد به(٢) فى قبال المشهور - حيث ذهب إلى أنّ الإنشاء أمر نفسانى أو اعتبار كذلك يظهر بمبرز خارجى نحو الجمل الإنشائيه - و هو غير تام عندنا و تفصيل البحث حول النقود الوارده عليه يطلب من أبحاثنا فى علم الأصول.

و ثانياً: الغاصب الذى يقصد المعاوضه الحقيقه أمّا أن يدعى أنّه عنوان المالك الحقيقى أو شخصه و مصداقه، و الأول - العنوان - لا يصدر منه البيع لأنّ حقيقه المعاوضه فى شخص المالك و مصداقه، و العنوان بما هو عنوان لا ينشأ و لا يصدر منه شىء.

و الثانى - شخص المالك و مصداقه - و إن يمكن إصدار البيع منه ولكن البيع يقتضى التبادل فى إطار المالكين المملوكين للمالكين و الغاصب أجنبيّ عنهما و يستلزم إصدار البيع منه دخول العوض فى ملك من لم يخرج من كيسه المعوض فيعود الإشكال من رأسه(٣)، و لعلّ السيّد الخوئى فطنَ لعوده و لذا قال بعد ما ذكرناه عنه: «نعم، يعتبر فى

ص: ٣٣٥

١-١ . مصباح الفقاهه ٤/١١٤.

٢-٢ . راجع لتفصيل البحث محاضرات فى اصول الفقه ١/٩٩ و ٩٨، طبع موسوعته.

٣-٣ . راجع العقد النضيد ٣/١٥٣ بتقرير مّا.

مفهوم البيع قصد المتبائعين دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس و إلا فلا يصدق عليه البيع، و عليه فلو اشترط على البائع دخول الثمن في ملك الأجنبي، أو اشترط على المشتري دخول المبيع في ملك غيره كان ذلك سببا لبطلان البيع جزما ضروره أنّ الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد»(١).

### جواب المحقق السيد الخميني رحمه الله :

قسّم الإشكال إلى قسمين العقلي و العقلاني، مراده بالأول هو قصد التسبب بالإنشاء إلى الملكية الشرعية أو العرفية كيف يتحقق من الغاصب الملتفت إلى غضبه و إلى أنه غير المالك، فهذا الاشكال يختص بالغاصب الملتفت.

و الثاني: أنّ البيع عباره عن تمليك العين بالعوض و هو متقوم بدخول الثمن في ملك من يخرج من ملكه المثلث و هذا المعنى لا يتحقق في بيع الغاصب لنفسه ولو تمسّى منه القصد إلى التسبب إلى الملكية الشرعية أو العرفية.

ثم قال في دفع الإشكال العقلي: «إنّ الإيجاب و القبول في البيع و سائر الأسباب في المعاملات لا تكون أسبابا واقعيه و عللاً لإيجاد الملكية أو الزوجية و نحوهما، ضروره أنّ المذكورات أمور اعتباريه لا واقعيه لها في غير صقع الاعتبار، ولو كان الاعتبار اعتبار أمر خارج فلا تكون الملكية من الأوصاف التكوينية الموجوده في الخارج، بل لو كان لها خارجيه تكون خارجيتها خارجيه اعتباريه لا واقعيه، فلا يعقل أن تكون الأسباب عللاً لها، لعدم إمكان عليتها لاعتبار العقلاء، بل له مبادٍ خاصه به فإنشاء أينما تحقق لا يوجد الملكية، بل قد يكون موضوعا لاعتبار العقلاء كالإيجاب و القبول من الأصليين... ففي جميع الموارد لا يكون إيجاد السبب موجبا لوجود المسبب أي الملكية، و ليس التمليك و التملك الواقعيان من قبيل الإيجاد و الوجود أو الكسر و الانكسار، بل الإيجاب و القبول موضوع لاعتبار العقلاء...»(٢).

ص: ٣٣٦

١- ١. مصباح الفقاهه ٤/١١٤.

٢- ٢. كتاب البيع ٢/١٤٤.



وقال فى دفع الإشكال العقلائى: «إنّ ماهيه البيع عبارته عن مبادله المال بالمال، و هذا المعنى لا يتقوم بإخراج المال عن ملك البائع وإخراج العوض عن ملك الطرف كما فى بيع الوقف أو بيع وقف بمال وقف بناءً على عدم كون الموقوفه ملكاً لأحد و كمبادله الزكاه بمثلها من ولّين شرعيين.

نعم، بعد تأثير الإيجاب و القبول بالمعنى الذى تقدّم و صيروره العين ملكاً للمشتري غالباً، و فى المعاملات المتعارفه يسقط ملكيته البائع عن المبيع و ملكيه المشتري عن الثمن و هذا غير كونهما داخلياً فى ماهيه المعامله، فالمعاملات المتعارفه من الفضولى لنفسه بل كلّ متعاملٍ هى المتبادله بين المالىين من غير كون خروج العين من الملك و دخول الثمن فى الملك فى حريم الإنشاء فبيع الفضولى لنفسه كبيع الفضولى للمالك بل كبيع الأصليين فى مقام الإنشاء... إلا أنّ بيع الأصيل بتعقب القبول يصح و يصير موضوعاً للأثر و بيع الفضولى يحتاج إلى الإجازة، و بالإجازة يدخل الثمن فى ملك البائع و المثلث فى ملك المشتري، و نيه الفضولى - كون الثمن داخلياً فى ملكه - لو فرض إمكانه أو دعواه كونه منه أو اعتقاد الجاهل به غير مربوط بماهيه المعامله و البيع. و على ذلك يدفع إشكال (١) عدم لحوق الإجازة بالبيع المذكور، و أنّ ما وقع غير مجاز و المجاز غير واقع. و قد اتضح أنّ هذا الجواب يدفع الإشكاليين...» (٢).

### المختار فى الجواب و نقد القسم الأخير من جواب المحقق السيد الخميني:

أقول: ما ذكره قدس سره فى دفع الإشكال العقلى تام، و هو ما أصرّ عليه من أنّها أمور اعتباريه محضه و لا واقعيه لها أصلاً إلا فى عالم الاعتبار، و ليس المراد بالإنشاء هو استعمال اللفظ بقصد إيجاد المعنى فى وعائه و ترتب الإيجاد على الإنشاء مباشره و فعلاً، بحيث يكون الإنشاء علّه تامه لإيجاد المنشأ، بل المراد به استعمال اللفظ فى مقام إيجاد المعنى فى وعائه المقرّر له على نحو العليه الناقصه بحيث لو انضمّ إليه ماله دخل و

ص: ٣٣٧

١-١ . هذا هو الإشكال الإتى فى الوجه الرابع فانتظر.

٢-٢ . كتاب البيع ٢/١٤٦ و ١٤٥.

تأثير في تحقق المنشأ فيترتب عليه و إلا رُوِيَ حَتَّى يُنْضَمَ إِلَيْهِ، فيكون الإنشاء جزءاً للعلل لا كلها. (١) فيرتفع الإشكال من رأسه و أساسه ففي بيع الغاصب سواءً يكون ملتفتاً أم غير ملتفت و في بيع الفضولي لنفسه روعي إنشاءه حتى يلحقه إجازة المالك فإن لحقه تم البيع و إلا فلا، و بهذا البيان يرتفع الإشكالين لأنَّ بالإجازة تمَّ الإنشاء و يدخل الثمن في ملك المالك المميز.

و أمّا ما ذكره في دفع الاشكال العقلاني فليس تاماً عندنا لما مرَّ من استلزام البيع تعويض طرفي الإضافه و إلا لا يتحقق المبادله الواقعيه كما مرَّ من مناقشتنا الثانيه للمُحَقِّقِ النَّائِنِي، و الأولى للمُحَقِّقِ الإيرواني و لا نعيدها.

مضافاً: إلى عدم تماميه مؤيداته في بيع الوقف و نحوه كما مرَّ في مناقشتنا الثانيه لِلْجَوَابِ الأوّل للمُحَقِّقِ السَيِّدِ الخوئي فلا نعيدها.

و ثالثه: ما يرتفع به الإشكال هو الجواب عن الإشكال العقلي - كما عرفت - لا- ما ذكره في جواب الإشكال العقلاني لعدم تماميته بالمناقشتين الماضيتين.

نعم، ما ذكره أخيراً من أنّ «بالإجازة يدخل الثمن في ملك البائع و المثلث في ملك المشتري» تام فيرتفع الإشكال العقلاني من أساسه.

و بما ذكرنا يظهر لك الجواب الصحيح عن الإشكال و الحمد لله على كلّ حالٍ.

### تنبيه:

قال العلامة: «لو اشترى الفضولي لغيره شيئاً بمال نفسه فإن لم يُسمَّه وقع العقد على المباشر سواء أذن ذلك الغير أو لا. و إن سمّاه فإن لم يأذن له لَغَتِ التسميه، و به قال الشافعي... و الأقرب: البطلان فيما لو أذن، إذ ليس للإنسان أن يملك شيئاً و الثمن على غيره...» (٢).

و أورد الشيخ أسدالله التستري عليه بقوله: «و يلزم من كلامه أنّه لو باع مال

ص: ٣٣٨

١-١. لتوضيحه راجع منتقى الاصول ١/١٣٤ و ما بعده.

٢-٢. تذكره الفقهاء ١٠/٢١٨.

غيره لنفسه ثم أذن المالك - أى أجاز - على ما وقع عليه العقد كان أيضاً باطلاً للعلّة المذكورة»(١).

و ظاهره النقص على العلامه بإلزامه بالبطلان - بمقتضى تعليله - فى مسألتنا و هى بيع الفضولى مال غيره لنفسه مع ذهاب المشهور إلى صحته.

لأنّ التستري رحمه الله يرى مسألتنا - و هى بيع الفضولى مال غيره لنفسه - و مسأله التى ذكرها العلامه - و هى الشراء للغير بمال نفسه و هى عكس تلك - تكونا من باب واحد، لأنّ تنزيل الغير منزله نفسه ثابت فيهما.

و اعترض الشيخ الأعمم على التستري و قال: «و قد تخيّل بعض المحقّقين أنّ البطلان هنا [أى فى مسأله العلامه و هى الشراء للغير بمال نفسه] يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنّه عكسه، و قد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناءٍ و لا اعتقادٍ لتملك الثمن، لأنّ مفروض الكلام فى وقوع المعامله للمالك إذا أجاز»(٢).

مراده من «قد عرفت» قوله قدس سره: «نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه الثمن و لا اعتقاد له، كانت المعامله باطله غير واقع له و لا للمالك لعدم تحقّق معنى المعاوضه»(٣).

توضيح كلامه: مسأله العلامه - الشراء للغير بمال نفسه - هى على عكس مسألتنا - بيع الفضولى لنفسه مال غيره - بناءً على عدم إدعاء المالكه من البائع الفضولى لنفسه للمثمن - العين - و قصد تملكه الثمن، و يرد إشكال التستري عليه. و إمّا بناءً على مقاله الشيخ الأعمم من ثبوت ادعاء المالكه للبائع الفضولى لنفسه، فليست تلك عكس هذه، لأنّ فى مسأله العلامه هذا الادعاء مفقود. فلا يرد إشكال التستري على العلامه.

أقول: قد مرّ أنّ جواب الشيخ الأعمم قدس سره لم تصحح المعاوضه الحقيقيه فثبوت هذا

ص: ٣٣٩

١-١ . مقابس الأنوار - كتاب البيع / ٣٢.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٧٨.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٧٨.

الإدعاء - على فرض الشيخ الأعظم - و عدمه فى عكسه لا يفرّق بين المسألتين فلا يتم ردّ الشيخ الأعظم على التستري، و إيراده وارّد على كلام العلامة.

و قد ظهر من جوابنا دفع إشكال المعاوضه الحقيقيه على مسألتنا - بيع الفضولى لنفسه - و أمّا بالنسبه إلى فرع العلامه - الشراء للغير بمال نفسه - فَيُمْكِنُ الحكم بصحته أيضا لأنّ ما هو المتعارف فى هذه الموارد توكيل للبائع فى تملك العين إلى ذلك الغير بعد دخوله فى ملك المشتري، فينحل إلى عقود، البيع و الوكاله و الهبه. كما يظهر الانحلال إلى هبه و بيع معا من جدى كاشف الغطاء (١) قدس سره و يأتى كلامه فى ما بعد فى الإشكال الآتى [الرابع] فانتظر.

و كذلك إذا قال للغير: اشتر بمالى هذا لنفسك شيئا، فهذا الكلام أيضا توكيل للعاقده فى تملك الشىء لنفسه بعد الشراء و دخوله فى ملك صاحب المال، أو تملك ذلك المال من المالك على أن يصرفه العاقده فى شراء هذا الشىء. (٢)

### الوجه الرابع: الْمُنْشَأُ غَيْرُ مُجَازٍ وَ الْمُجَازُ غَيْرُ مُنْشَأٍ

#### إشارة

بتقريب: إن أراد المالك أن يجيز البيع على نحو وقوعه الفضولى بأن يكون راجعا إلى الفضولى فهذا لا يقبل إجازة المالك لعدم صحه هذا البيع بواسطة عدم تحقّق المعاوضه الحقيقيه لأنّ الثمن يدخل فى ملك غير من خرج المثل من ملكه. و إن أراد المالك أن يجيز البيع لنفسه لا- للفضولى فهذا أمر لم ينشأ الفضولى حتّى إجازة المالك، لأنّ الفضولى أنشأ البيع لنفسه لا لملكه.

و هذا يعنى الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع. و هو الإشكال الرابع الذى طرحه الشيخ الأعظم. (٣)

و جوابه: يظهر ممّا ذكرنا فى جواب الإشكال الماضى من أنّ انشاء الفضولى بالنسبه إلى أصل البيع - لا كونه لنفسه - روعى حتّى يلحقه إجازة المالك و بعدها يصير

ص: ٣٤٠

١-١ . شرح القواعد ٢/٨٥.

٢-٢ . راجع إرشاد الطالب ٣/٣٥٣.

٣-٣ . راجع المكاسب ٣/٣٧٨.

البيع، بيع المالك و يدخل الثمن في كيسه فالمُنشَأ والمُجاز كلاهما واحد، لأن الفضولي أنشأ أصل البيع و أجازة المالك فتمّ الجواب.

ولكن يظهر جواباً آخر من المحقق القمي في أجوبه مسائله و كتابه قال في مسأله من باع شيئاً ثم ملكه و دفع إشكال عدم كون إجازة المالك الفعلية إيثاقاً للعقد الذي أوقعه الفضولي: «و يمكن دفعه و جعله من باب إيثاق العهد لو جعلنا الإجازة عقداً جديداً كما هو أحد المحتملات في الفضولي المعهود - كما نُقل عن صاحب كتاب كشف الرموز(١) وفاقاً لشيخه المحقق - على أنّنا نقول: إنه لا مناص لهم أيضاً عن ذلك أى إلتزام العقد الجديد في بعض الصور. و توجيه صدقها عليه بملاحظه ما يشبه نوعاً من الاستخدام(٢)، فمعنى أجزت البيع، رضيت بالانتقال إليه من باب البيع.

فاللام في «البيع» أو الضمير في «أجزتها» راجع إلى الأثر المترتب على مطلق البيع، لا البيع الخاص الواقع في الخارج حتى يقال: إنه ليس رضا به و يكفي هذا في صدق معنى الإجازة.

توضيحه: أنّ الإجازة في صورته كون البائع غاصباً و قاصداً لبيع الملك لنفسه مصححاً للبيع على الأصح، كما ذهب إليه الأكثر، و هو ليس في معنى لحوق الإجازة بالعقد كما هو كذلك في الفضولي المعهود، بل بمعنى تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه و قصده لوقوع البيع لنفسه برضا المالك، و وقوع البيع عنه. و الفرق واضح بين لحوق رضا المالك بمقتضى العقد و وقوعه من قبله بالعقد، و بين تبديل الرضا و الإيقاع بتحقيق لحوق الرضا من المالك عن المالك... و الحاصل: أنّ الإجازة في بيع الغاصب إنما هو في معنى التتزام و ورود معامله جديده على مال المغصوب منه، لا إمضاء للعقد السابق...»(٣).

ص: ٣٤١

١-١ . كشف الرموز ١/٤٤٥.

٢-٢ . الاستخدام: هو أن يذكر لفظ له معنيان، فيراد به أحدهما ثم يراد بالضمير الراجع إلى ذلك اللفظ معناه للآخر، أو يراد بأحد ضميريه أحد معنييه ثم بالآخر معناه الآخر. [التعريفات / ١٥ للجرجاني]. و قد أُلّف فيه جماعة و من الأدباء رسائل مُستقلّة.

٣-٣ . جامع الشتات ٢/٣٢٠ من الطبع الحروفى، (١/١٦٤ من الطبعة الحجرية).

و قال قبل أقل من خمسين صفحة: «... و التحقيق: و إن كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل - أى انتفاء جنس التمليك بانتفاء فصله و هو وقوعه للغاصب - و أنه لا بقاء للجنس بعد انتفاء الفصل و أن عقد الغاصب حرام و فاسد بالنسبة نفسه، لكنّه عَقَدَ البيع عرفاً. و فائده ملاحظه الجنسى هنا الإشارة إلى الصيغه، يعنى: أن العقد الذى وقع بضمّ الصيغه إلى قصد كونها واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم، قد بدّلته بجريانها على ذلك المال بعينه لنفسى، فيكون عقداً جديداً كما هو أحد الأقوال فى الإجازة... فالمعيار هو وقوع الإيجاب و القبول على ملكٍ معيّن... و لا- يذهب عليك أن ما اخترناه من كون ذلك عقداً جديداً لا ينافى القول بالكشف، إذ معناه: إنى جعلتُ هذا العقد فى موضع ما أوقعه الفضولى، لا أنى جعلته ناقلاً من الحين كما هو الظاهر من لفظ العقد الجديد...»(١).

و ذهب إلى نظير هذا الكلام فى كتابه غنائم الأيام(٢) فراجعها.

و اعترض عليه الشيخ الأعظم(٣) بما حاصله: إذا كانت الإجازة عقداً جديداً يلزم أنّها قامت مقام شيئين أحدهما الإيجاب و الآخر القبول.

بيان الملازمة: إيجاب العاقد الفضولى قد تبدّل بإيجاب المالك بسبب إجازته، و بعد تبديل صيغه الإيجاب لا محاله صيغه القبول تتحوّل، مع أن المشتري لا يُنشئُ صيغه قبول جديد حتى يتملك المبيع من جديد، فلا بدّ حينئذ من الالتزام بقيام الإجازة مقام القبول أيضاً، فبالنتيجة أن الإجازة تقوم مقام الإيجاب و القبول الجديدين.

و هذا القيام خلاف للإجماع و العقل: لأنّه لم يقل أحدٌ من الفقهاء بقيام الإجازة مقام الإيجاب و القبول. و لا يعقل أن يتغيّر الشئ عمّا وقع عليه و يتبدّل بيع الفضولى ببيع المالك فلا يتم جواب المحقق القمى قدس سره .

و قال الفاضل الآبى رحمه الله: «و الذى نراه أن البحث مبنى على أن النهى هل يدلّ فى

ص: ٣٤٢

١-١ . جامع الشتات ٢/٢٧٦ من الطبع الحروفى، (١/١٥٥ من الطبعة الحجرية).

٢-٢ . غنائم الأيام /٥٤١، ٥٥٤، ٥٥٥ من الطبعة الحجرية.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٨٠.

المعاملات على فساد المنهى عنه أم لا؟ فَمَنْ قال بالأوّل يلزمه القول بالبطلان، لأنّ الفاسد باطل، اللهم إلا أن يقول: إنّ عقد البيع لا يستلزم لفظاً مخصوصاً أعني «بعث» بل كلّ ما يدلّ على الانتقال فهو عقد فلو (فمن ظ) يلتزم هذا القول يكون إجازة المالك عنده بمثابة (بمنزله خ ل) عقد ثان، و من قال بالثاني فله أن يقول: العقد الأوّل لا يوصف بالصحة و لا الفساد، بل يقف على إذن المالك فإن أذن فهو صحيح و إلا ففساد.

و إذا تقرّر هذا فلا- إشكال على شيخنا(1) - دام ظله - لأنّ النهي عنده في المعاملات لا- يقتضى الفساد، و لا- للبيع لفظ مخصوص، بل يشكل على الشيخين لأنهما يخالفانه في المسألتين، و المختار عندنا اختيار شيخنا - دام ظله - (2).

يرى السيّد العاملي هذا الكلام قولاً ثالثاً في الإجازة في قبّال الكشف و النقل، و قال: «و قضيه كلامه في الكتاب المذكور أنّ الإجازة بيع فكأنّه قول ثالث كما ستسمع» (3).

و قال أيضاً: «و قد سمعت ما في كشف الرموز عن شيخه فكأنّه قول ثالث» (4).

و قال الشيخ الأعظم حول كلام الفاضل الأبى: «و أمّا القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم و إنّما حكى كاشف الرموز عن شيخه أنّ الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضمّ إليه القبول المتقدّم من المشتري» (5).

أقول: لا بدّ من التنبية على أنّ كلام الفاضل الأبى يجري بالنسبة إلى الفضولي المعهود و جريانه بالنسبة إلى القسم الثالث من الفضولي على القاعده لا لتنصيب منه عليه.

و العجب من الشيخ الأعظم رحمه الله حيث حمل كلام الفاضل الأبى على أنّ الإجازة

ص: ٣٤٣

١- ١. و هو المحقّق الحلّي صاحب الشرائع.

٢- ٢. كشف الرموز ١/٤٤٥ و ٤٤٦.

٣- ٣. مفتاح الكرامه ١٢/٦٠١.

٤- ٤. مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٦.

٥- ٥. المكاسب ٣/٣٨٠.

بيع جديد «بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضم إليه القبول المتقدم من المشتري»<sup>(١)</sup> ولكن حمل كلام المحقق القمي على إذا كانت الإجازة عقداً جديداً يلزم أنها قامت مقام شيئين أحدهما الإيجاب و الآخر القبول و هذا القيام عنده مخالف للإجماع و العقل، مع تصريح المحقق القمي رحمه الله بأن معنى كلامه: «إني جعلت هذا العقد في موضع ما أوقعه الفضولي»<sup>(٢)</sup> أي الإيجاب فقط دون القبول، فلا يتم نقد الشيخ الأعظم على المحقق القمي.

### جواب الشيخ الأعظم:

و حيث لم تتم مقالة المحقق القمي عند الشيخ الأعظم قال: «فالأولى في الجواب منع مغايره ما وقع لما أُجيز و توضيحه...»<sup>(٣)</sup>.

بيّنا: إنّ الفضولي لنفسه بإيجابه يقصد تملك العين للمشتري بازاء الثمن، و لا يدلّ إيجابه على كون العين ملكاً له أو لغيره، ولكنّه حيث يبنى على مالكه للعين فلا يلزم هذا الإدعاء بملك الثمن. و هذا الادعاء المترتب عليه تملك الثمن فهو خارج عن مدلول الإيجاب. فحينئذ يتحقق في إيجابه قصد المعاوضه و المبادله الحقيقيه بين العين و الثمن، و المالك أجاز هذه المعاوضه و المبادله الحقيقيه و يملك الثمن، فما وقع عين المجاز و المجاز عين ما وقع.

ولكن يشكل جريان هذا الجواب بالنسبه إلى المشتري لنفسه بمال الغير لأنّه أنشأ مثلاً بملك الثوب لنفسه و إذا أجازه مالك المال ينتقل الثوب إليه و لا يدخل في ملك المالك فلا يتم المبادله الحقيقيه. و لذا لا بدّ من الالتزام بكون الإجازة نقلاً مستأنفاً بحيث ينتقل بها الثوب المشتري إلى مالك المال. فينصرف الإجازة عن معناها و هو التنفيذ.

و بهذا الأشكال تعلق نظر العلامة حيث يقول: «لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تملك العاقد. أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم

ص: ٣٤٤

١-١. المكاسب ٣/٣٨٠.

٢-٢. جامع الشتات ٢/٢٧٦.

٣-٣. المكاسب ٣/٣٨٠.



-أى الوقوف على الإجازة - و فى الغاصب مع علم المشتري أشكل إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا»(١).

مراده من الاشكال: هو أنّ الآخر مع جهله بفضوليّه العاقد يملكه و مع التمليك يشكل الإجازة. و فى الغاصب - مع علم المشتري - يكون أشكل كما ذكره قدس سره .

### عدّ المحقق التستري كلام العلامة ثالث وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه

عدّ المحقق التستري كلام العلامة ثالث وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه ثم ردّه بقوله: «و يلزم عليه أنّه لو باع الوكيل أو إشتري مع الآخر جرى الإشكال. و أنّه لو علم الآخر بكونه فضوليّاً و هو قد قصد البيع لنفسه كان أيضا موضع إشكال بعدم مطابقه القصدين»(٢).

مراد التستري من نقضه على العلامة أنّ: الآخر الجاهل بالفضوليّه إذا أنشا المالكيه للفضول فلا يتمكن المالك من إجازة هذا الإنشاء، كذلك يقتضى هذا الإشكال بطلان عقد الوكيل أو الوليّ مع جهل الآخر بالوكاله أو الولاية مع أنّ الفقهاء يصححونه، و من هنا ظهر عدم العبرة بقصد الأصيل الجاهل و لا بخطابه للفضولى و لا بدّ من الحكم بالصحة هنا أيضا.

### و دَفَعُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ نَقْضَ التَّسْتَرِي بِأَنَّ: الْعَاقِدَ الْجَاهِلَ بِالْوَكَالَةِ

و دَفَعُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ نَقْضَ التَّسْتَرِي بِأَنَّ: الْعَاقِدَ الْجَاهِلَ بِالْوَكَالَةِ أَوْ الْوَلَايَةِ إِنَّمَا يَقْصِدُ بِخَطَابِهِ الْعُمُومَ بَحَيْثُ يَشْمَلُ الْوَكِيلَ أَوْ الْوَلِيَّ فَلَا- يَقْصِدُ شَخْصَ الطَّرْفِ الْمَقَابِلِ - الْمَخَاطَبَ - بَحَيْثُ لَا- يَعْمَ غَيْرَهُ. بِخِلَافِ مَنْ يَخَاطَبُ الْفُضُولِيَّ فَإِنَّهُ يَقْصِدُ تَمْلِيكَ الثَّمَنِ لَهُ بِشَخْصِهِ لَا بِمَا يَعْمَ الْغَيْرِ وَ هُوَ الْمَالِكُ، فَالْفَرْقُ بَيْنَ الْفُضُولِيِّ وَ الْوَكَالَةِ وَ الْوَلَايَةِ مَوْجُودٌ.

أقول: و أنت ترى بأنّ هذا الفرق لا يتم.

ثم قال الشيخ الأعظم: «قد تفتن بعض المعاصرين(٣) لهذا الإشكال [الذى مرّ بالنسبه إلى المشتري لنفسه بمال الغير] فى بعض كلماته فالتزم تاره ببطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنّه لا- يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمه فى المسأله كما اعترف

ص: ٣٤٥

١-١ . تذكره الفقهاء ١٧/١٠١٧.

٢-٢ . مقابس الأنوار - كتاب البيع - ٣٣/.

٣-٣ . راجع مقابس الأنوار / ١٣١ و ١٣٢.

به أخيراً(١)، وأخرى بأنّ الإجازة إنّما تتعلّق بنفس مبادله العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها»(٢).

و ردّ الشيخ الأعظم جواب الأخير للمتفطن المعاصر له - الذى ذكره بقوله وأخرى - بقوله: «حقيقه العقد... تملكّت أو ملكّت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلّا إنشا تملكه للمبيع، فإجازه هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقّف على نقل مستأنف»(٣).

مراده قدس سره: إنّ إجازة مضمون هذا العقد - المشتري لنفسه بمال الغير - لو تمت تفيد فى مالكيه المشتري الفضولى للمبيع وهو خلاف حقيقه المعاوضه، إذ يلزم خروج الثمن عن ملك مالكة من دون عوض، فلا بد من إنشاء مستأنف يتوقف عليه انتقال المبيع - المثمن - إلى مالك الثمن وهذا هو عود الإشكال من جديد.

أقول: الظاهر أنّ الشيخ الأعظم حمل كلام المحقّق التستري على ما لا يرضى به، لأنّه حمل القسم الأوّل من كلامه من بطلان شراء الغاصب لنفسه على ما بعد إجازة الغاصب ثم اعترض عليه بأنّه مخالف «للفتاوى و أكثر النصوص» مع أنّ التستري بقربنه عدل الثانى لكلامه وهو الإجازة اراد البطلان قبل الإجازة وهو واضح.

و حمل القسم الأخير من كلامه على أنّ المالك أجاز أصل مبادله العوضين ولكن خصوصية انتقال المثمن إلى المشتري الغاصب أيضا مأخوذة فيها واستشكل عليه بعود إشكال عدم المعاوضه الحقيقيه، مع أنّ «إن» الوارده فى كلامه نافية أعنى هذه الخصوصيه غير مأخوذة فلا يعود الإشكال، فلا يتم نقد الشيخ الأعظم على المحقّق التستري رحمهما الله و لعلّه بهذين الحملان فى كلامه خرج من الإنصاف فى حقّه والله هو الغفور.

و حيث لم يتم جواب المحقّق التستري عند الشيخ الأعظم قدس سره تصدى بنفسه

ص: ٣٤٦

١-١ . مقابس الأنوار - كتاب البيع / ٣٣.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٨٢.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٨٢.

إلى جواب الإشكال بقوله: «فالأنسب في التفصّي أن يقال...»(١).

و توضيحه: أن قصد المعامله الحقيقيه يتمشى من المالكين سواء كانا حقيقيين أو ادعائيين. و الحكم تابع للحيثه التقيديّه(٢) الواقعيه لأنها موضوع للحكم فإجازه المالك الحقيقي للثمن إجازته للعقد الواقع بين المالكين لمالكيهما الواقعيين فينتقل المبيع - المثلث - إلى من هو مالك واقعي للثمن.

و المشتري لنفسه بمال الغير و إن ادعى مالكيه الثمن و إلا بدون الادعاء لا تتحقق منه المعاوضه الحقيقيه ولكن لما كانت حثيه المالكيه حثيه تقيديه واقعيه فتقع المعامله للمالك الحقيقي بعد إجازته.

ولكن يرد عليه: أولاً: هذا الجواب يبتنى على جوابه عن الإشكال الثالث من أن الغاصب يدعى المالكيه بالنسبه إلى ما يبيعه و قد عرفت عدم تماميته في محلّه فالبناء كذلك.

و ثانياً: الجهه المالكيه في البيع و نحوه تكون من الجهات التعليليه لا التقيديّه ضروره أن الغاصب أراد بصيغه بيعه نحو تملكه خصوص نفسه لا المالك الواقعي و أنه - أي نفسه الذي يدعى المالكيه - ليس إلا الغاصب.

و ثالثاً: على فرض أنها تقيديّه و كون الحكم واردا عليها، نمنع اقتضاءها ما ذكره، إذ لا بد في ورود الحكم على الجهه مطلقاً من قابليه المحل للإطلاق و إلا فلا يستلزم الإطلاق ألا ترى أنك إذا قلت لزيد: «أدخل دارى من حيث إنك صديقى»، لا

ص: ٣٤٧

١-١ . المكاسب ٣/٣٨٣.

٢-٢ . الحثيه التقيديّه: إذا كانت الحثيه على نحو جزء الموضوع كناطق للإنسان، و الاختلاف فيها يوجب التكثر في الموضوع يعنى ذاتها. و فى مقابلها الحثيه التعليليه: إذا كانت الحثيه خارجاً عن ذات الموضوع نحو كون الشىء علّه أو معلولاً لأنهما خارجان عن الذات و ان كان نفس التقيّد و التحيث داخلان، مشروطاً على أنهما مأخوذان على نحو التحيث و التقيّد لا على نحو القيديّه. و الاختلاف فيها لا يوجب التكثر في الموضوع بل يوجب تكثر ما خرج عنه الموضوع.

يكون هذه الجملة الإذن لدخول مطلق صديقك. ففي المقام وإن كان الغاصب يدعى المالكه و كان تملكه للمثمن من هذه الجبهه ولكنه لا يقصد إلا تملك نفسه لا المالك الواقعي.

هذه الردود الثلاثه للفقيه اليزدي(١) رحمه الله .

و رابعا: أن بناء الفضولي على المالكه أخص من المدعى، إذ ليس بناء جميع الفضوليين كالغاصبين على مالكيهم حتى يقال: أنهم طبقوا طبعى المالك الذى هو جبهه تقيديه على أنفسهم.

و خامسا: فى فرض اعتبار المعاوضه الحقيقه و أنها من مقومات البيع لا يفيد ادعاء المالكه من الفضولى، لأن هذا الإدعاء و البناء لا يوجب الدخول فى ملك من يجب أن يدخل فى ملكه و لا يتغير الواقع عما وقع عليه، و ليس مملكا لا شرعا و لا عرفا.

و هذان الأخيران للمحقق المروج(٢) رحمه الله .

و حيث لم يتم جواب الشيخ الأعظم ذهب تلميذه الفقيه المامقانى إلى أن «الحق أن الحكم فى هذا المقام غير مطابق للقواعد، فإن تم الإجماع أو دلالة النصوص فذاك، و إلا كان اللازم هو الحكم بالبطلان»(٣).

ولكن قد مرّ منا الجواب عن الإشكال و عن الشراء بمال الغير فلا نعيدهما.

### ثم تعرض الشيخ الأعظم لـ -

جواب كاشف الغطاء قدس سره

قال جدى الفقيه الشيخ جعفر رحمه الله : «ولو أجازته [أى لو أجاز المالك بيع الغاصب] مع القصد لنفسه [أى لنفس الغاصب] على نحو ما قصد [الغاصب] احتمال رجوعه إلى هبه و

ص: ٣٤٨

١-١ . راجع حاشيته على المكاسب ٢/١٤٦.

٢-٢ . راجع هدى الطالب ٤/٥٨٤ و ٥٨٥.

٣-٣ . غاية الآمال / ٣٦٩.

بيع معا كقوله: اشتر بمالي لنفسك كذا»(١).

وقال الشيخ الأعمش: «مع أنه ربما يلتزم صحه أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجه لصيروره العوض ملكا للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته(٢)»(٣).

ثم ذكر(٤) عن بعض تلامذته [أى بعض تلامذه الشيخ جعفر] - ولعل المراد بالبعض أصحاب تبصره الفقهاء(٥) و المقابس(٦) و الجواهر(٧)- في الاستدلال له وجهين.

أحدهما: التملك الضمني:

بيع مال الغير لنفسه أو شراء لنفسه بمال الغير، بعد أن يجيزهما المالك، يدخل الثمن في الأوّل و المثلث في الثاني في ملك الفضولي - ولو أنا ما قبل بيعه أو شرائه - حتّى يكون الانتقال من الفضولي صحيحا، ثمّ هذه الإجازة يتضمن تملك ضمني من المالك للغير الفضولي، نظير ما إذا قال: «اعتق عبدك عنّي» أو قال: «بع مالي عنك» أو «اشترلك بمالي كذا» فهو تملك ضمني حاصل ببيعه أو الشراء.

أقول: أصل هذا البيان - على ما وجدته مع قصر تبعية - للعلامه في التذكرة حيث يقول: «إنما يفتقر إلى الإيجاب و القبول فيما ليس بضمني من البيوع، أما الضمني ك-«اعتق عبدك عنّي بكذا» فيكتفى فيه الالتماس و الجواب و لا تعتبر الصيغ المتقدمه إجماعا»(٨).

ص: ٣٤٩

- ١-١ . شرح القواعد ٢/٨٥.
- ٢-٢ . منهم المحقق التستري في مقابس الأنوار /١٣٢.
- ٣-٣ . المكاسب ٣/٣٨٤.
- ٤-٤ . المكاسب ٣/٣٨٤ و ٣٨٥.
- ٥-٥ . تبصره الفقهاء ٣/٣٤٩ و ٣٥٠.
- ٦-٦ . مقابس الأنوار - كتاب البيع /٣٣، السطر ١٦.
- ٧-٧ . الجواهر ٢٣/٣٦٤ طبع جماعه المدرسين (٢٢/٢٢٥ طبع الإسلاميه)، و ٢٣/٣٧٦ (٢٢/٢٣٢).
- ٨-٨ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٠.

ولكن يرد الشيخ الأعظم (١) عليه: أولاً: أنّ الصّحة في نفس هذه الأمثلة المذكورة ممنوعه بما مرّ في تنبيهه الرابع من بحث المعاطاه. (٢) فكيف يبحثنا البيع أو الشراء لنفسه من مال الغير أو به.

و ثانياً: قياس الإجازة على الإذن يكون مع الفارق، لأنّ دلالة الإذن يمكن أن تكوّن تامه لتقدير الملك آناً ما قبل البيع للمخاطب و وقوع البيع في ملكه حينئذ، بخلاف الإجازة لأنّها لا تتعلّق إلاّ بما وقع في السابق و هي رضا بما وقع و تنفيذ له و المفروض أنّ ما وقع هو تبادل مال المالك، لا مال الفضولي العاقد.

و بعبارة أخرى: الإذن إعلامٌ للرضا بما يقع و الإجازة إعلامٌ للرضا بما وقع و بينهما بون بعيد.

أقول: و يمكن المناقشة في الإيرادين: أمّا الأوّل: قد مرّ الصّحة في الأمثلة المذكورة بما مرّ في التنبيه الواردة في ذيل الوجه الثالث الماضي (٣) فلا نعيده، و يمكن تطبيق بحثنا عليها.

و أمّا الثاني: فنعم، قياس الإجازة على الإذن مع الفارق و هي (الإجازة) إعلامٌ للرضا بما وقع و تنفيذ له و هو (الإذن) إعلامٌ للرضا بما يقع، ولكن في بحثنا ما وقع عبارة عن بيع مال الغير لنفسه أو شراء لنفسه بمال الغير، وجهه الاشتراك في كليهما قيد لنفسه - لا لمالكه - و القول بالتملك الضمني يصحح البيع أو الشراء مع هذا القيد - لنفسه - و لا مانع من الالتزام به.

و ثانيهما (٤):

لا- يشترط كون أحد العوضين ملكاً للعاقد الفضولي أو غيره في انتقال بدله إليه، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه، فيملك الثمن بانتقال المبيع عن مالكه إلى

ص: ٣٥٠

١-١ . المكاسب ٣/٣٨٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٨٣ و ٨٥.

٣-٣ . راجع صفحته ٣٣٥ من هذا المجلد.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٨٥.

المشترى، فى ما قال له المالك: «بع هذا لنفسك».

و أما إذا قال له: «اشترلك بهذا» يكفى هذا البيان بعنوان الإذن فى الشراء لنفسه بهذا المال، فينتقل ملك الثمن من مالكة مع إذنه إلى البائع و يملك العاقد المبيع.

و يتفرّع على هذا البيان: لو اتفق بعد البيع أو الشراء فسخ المبادله رجع الملك إلى مالكة دون العاقد سواء كان فضولياً أو غيره.

و يرد عليه الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «فلما عرفت (١) من منافاته لحقيقه البيع التى هى المبادله، و لذا صرح العلامة رحمه الله - فى غير موضع من كتبه - تاره بأنه «لا- يتصور» (٢) و أخرى بأنه: «لا يعقل» (٣) أن يشتري الإنسان بمال غيره شيئاً، بل ادعى بعضهم (٤) فى مسأله قبض المبيع: عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثمن «اشتر لنفسك به طعاماً» و قد صرح به الشيخ (٥) و المحقق (٦) و غيرهما (٧) (٨).

ثم استدرك على نفسه بقوله: «نعم، سيأتى فى مسأله جواز تتبع العقود للمالك مع

ص: ٣٥١

- 
- ١-١. فى أوّل البيع و تعريفه قال: «هو فى الأصل - كما عن المصباح - مبادله مالٍ بـمالٍ». [المكاسب ٣/٧].
  - ٢-٢. قال فى القواعد ٢/١٢٧: «لا- يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه». و قال فى تذكرة الفقهاء ١٣/٢٤٦: «لا- يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه».
  - ٣-٣. حكمه بالبطلان موجود فى القواعد ١/٨٧ و تذكرة الفقهاء ١٠/١٠٦ و تحرير الأحكام الشرعية ٢/٣٣٨.
  - ٤-٤. و هو صاحب الجواهر قال: «بلا خلاف أجده فيه لامتناع الشراء بمال الغير لغيره مادام على ملك الغير ولو بإذنه». [الجواهر ٢٣/١٧٤ من طبع الإسلاميه].
  - ٥-٥. المبسوط ٢/١٢١.
  - ٦-٦. الشرائع ٢/٢٦.
  - ٧-٧. كالقاضى فى المهذب ١/٣٨٧ و الشهيد فى الدروس ٣/٢١١ و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤/٤٠٠ و الصيمرى فى غايه المرام ٢/٥٨ و ثانى الشهيد فى المسالك ٣/٢٥٢، راجع مفتاح الكرامه ١٤/٦٧٨.
  - ٨-٨. المكاسب ٣/٣٨٦.

علم المشتري بالغصب (١) أنّ ظاهر جماعه - كقطب الدين و الشهيد و غيرهما - : أنّ الغاصب مسلّط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثلث المشتري.

إلا أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للثمن مطلقاً كما نسبه الفخر (٢) رحمه الله إلى الأصحاب، أو آناً ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء» (٣).

أقول: يمكن أن يناقش: بأنّ عدم تصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه تام ولكنّه مقيّد بعدم إذن مالكة، ولكن مع إذنه يمكن أن يتصوّر بانحلال إذنه أو إجازته أو بيع العاقد أو نحوه إلى عقدين أو عقود مثل بيع وهبه، أو وكاله وهبه، أو بيع و صلح، أو بيع وهبه و وكاله أو نحوها.

و يمكن حمل كلام قطب الدين و الشهيد و غيرهما بأنّ شراء الغاصب كان على ذمّته و على نحو ثمن الكلّي لا الشخصى فلا يحمل على مقاله الفخر.

و الحاصل: يمكن تصحيح مقاله جدى الفقيه كاشف الغطاء رحمه الله و وَجَّهى استدلال بعض تلامذته عليه و هما صاحباً المقابس و الجواهر كما مرّ.

### الوجه الخامس: التسليط المجانى لا يكون بيعاً

#### إشارة

إذا كان الأصيل عالماً بغصبه المبيع و مع ذلك يشتري من الغاصب و يدفع إليه الثمن. فقد حكم الأصحاب [نحو العلامة فى التذكرة قال: «لو كان عالماً لا يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا» (٤) - و ظاهره دعوى الإجماع مع التلف و بدونه - و مثله ما فى نهايه الأحكام و قال: «و اطلق علماؤنا ذلك» (٥). و قال فى

ص: ٣٥٢

١-١ . المكاسب ٣/٤٧١.

٢-٢ . ايضاح الفوائد ١/٤١٧.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٨٧.

٤-٤ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٨.

٥-٥ . نهايه الأحكام ٢/٤٧٨.



المختلف (١) و ولده في الإيضاح (٢): «قال علماؤنا: ليس للمشتري الرجوع على الغاصب» و أطلقوا القول في ذلك. و نسب عدم الرجوع مع بقاء العين في الإيضاح (٣) أيضا في مقام آخر تارة إلى قول الأصحاب و أخرى إلى نصهم و في موضع آخر (٤) إلى كثير منهم. و في جامع المقاصد (٥) يمتنع استرداده العين عند الأصحاب و إن بقيت العين، و في موضع آخر منه (٨) إلى الأ-كثر، و في المذكور نسبه إلى ظاهر الأصحاب، و في الروضه (٧) نسبه إلى ظاهر كلامه و في موضع آخر منه (٨) إلى الأ-كثر، و في المسالك (٩) و الكفايه (١٠) و الرياض (١١) نسبه إلى المشهور، كما يظهر كله من المفتاح (١٢) و في الجواهر (١٣): ظهور إطباق الأصحاب، عليه [بأن المالك لو ردّ البيع فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن - مطلقا أى سواء بقيت العين أم تلفت، أو مع بقائها خاصة - و هذا الحكم يكشف عن أنّ الغاصب ملك الثمن بمجرد تسليط الأصيل إياه، فلا يبقى موردٌ للحقوق الإجازة، فلو أجاز و صحّ يكون يبيعا بلا ثمن و هو مناف للمعاوضه الحقيقيه المعتمده في البيع فيكون باطلاً.

و هذا الإشكال مختص بصوره علم المشتري بالغصب فلا يجرى في صورته جهله

ص: ٣٥٣

- ١-١ . مختلف الشيعة ٥/٥٥.
- ٢-٢ . إيضاح الفوائد ١/٤١٧.
- ٣-٣ . إيضاح الفوائد ١/٤١٧.
- ٤-٤ . إيضاح الفوائد ٢/١٩٤.
- ٥-٥ . جامع المقاصد ٤/٧١.
- ٦-٦ . جامع المقاصد ٤/٧٧.
- ٧-٧ . الروضه البهيه ٣/٢٣٥.
- ٨-٨ . الروضه البهيه ٣/٢٣٥.
- ٩-٩ . المسالك ٣/١٦٠.
- ١٠-١٠ . الكفايه ١/٤٥٠.
- ١١-١١ . رياض المسائل ٨/٢٢٨.
- ١٢-١٢ . مفتاح الكرامه ١٢/٦١٥.
- ١٣-١٣ . الجواهر ٢٣/٤٩٢ (٢٢/٣٠٦).

أو عدم غاصبيه العاقد.

و أصل هذا الاشكال من العلامه الحلّی حيث قال فی ما وُجد بخطه الشريف على نسخه بعض تلامذته لكتابه القواعد و نقله الشهيد فی الحواشی النجاریه و عنه صاحب مفتاح الكرامه قال: «و الفرق بین علم المشتري و جهله أنّ البيع إنّما يتحقّق مع الجهل بالغصبيه ليقع العقد شبيها بالصحيح و يقع فی ملك البائع فينتقل منه إلى المالك، أمّا مع علمه فلا يقع العقد صحيحا بوجهٍ فلا يستحق البائع الثمن حتّى يستحقّه المالك»<sup>(١)</sup>.

و قال فی التذکره فی العبارة الماضيه<sup>(٢)</sup>: «... و فی الغاصب مع علم المشتري أشكل، إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا»<sup>(٣)</sup>.

و قد أجاب عنه الشيخ الأعظم<sup>(٤)</sup> بثلاثة وجوه:

الأوّل: لا نسلم ما حکم به الأصحاب من أنّه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك.

و لذا حکم جماعه من الأصحاب بجواز رجوع المشتري إلى الثمن مع وجود عينه كالعلامه فی القواعد<sup>(٥)</sup> و التذکره<sup>(٦)</sup> و المختلف<sup>(٧)</sup> و نهایه الاحکام<sup>(٨)</sup>، و ولده فی الإيضاح<sup>(٩)</sup> و شرح الإرشاد<sup>(١٠)</sup>، و الشهيد فی الدروس<sup>(١١)</sup> و اللمعه<sup>(١٢)</sup>، و المحقّق الثاني فی

ص: ٣٥٤

- ١-١ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٩٩.
- ٢-٢ . فی صفحه ٣٤١ من المخطوطه.
- ٣-٣ . تذکره الفقهاء ١٠/١٧.
- ٤-٤ . المكاسب ٣/٣٨٨.
- ٥-٥ . القواعد ٢/١٩.
- ٦-٦ . تذکره الفقهاء ١٠/١٨.
- ٧-٧ . مختلف الشيعه ٥/٥٦.
- ٨-٨ . نهایه الاحکام ٢/٤٧٨.
- ٩-٩ . إيضاح الفوائد ١/٤١٨.
- ١٠-١٠ . شرح الإرشاد، مخطوط، نقل عنه فی مفتاح الكرامه ١٢/٦١٦.
- ١١-١١ . الدروس ٣/١٩٣.
- ١٢-١٢ . اللمعه دمشقيه / ١١٠.

جامع المقاصد (١)، و الشهيد الثاني في المسالك (٢) و الروضه (٣)، و السبزواری في الكفايه (٤).

و كأنَّ المحقِّق في الشرائع (٥) و العلامه في غصب القواعد (٦) متردِّدان كصاحب مجمع البرهان (٧) كما ذكره صاحب المفتاح (٨).

و تبعهم جدی الشيخ جعفر (٩).

ولكن ذهب المحقِّق (١٠) إلى القول بالرجوع بالثمن مطلقاً - أى مع وجود عينه و تلفه - .

الثاني: إنَّ المشتري لم يسلِّط البائع على ماله بوجه الاطلاق، سواء أجازاه المالك أم رده، و إنَّما سلَّطه عليه على تقدير ردِّ المالك، و أمَّا في صورته الإجازة فإنَّما أعطاه للمالك في مقابل المبيع، و عليه إذا أجازاه المالك يتملِّك الثمن لا محاله.

و بالجملة: بناءً على تماميه ما حكم به الأصحاب، إنَّما يصح إذا كان التسليط مطلقاً لا مراعى على إجازة المالك.

الثالث: الإشكال إنَّما يتَّم بناءً على القول بالنقل، و أمَّا على القول بالكشف فلا،

ص: ٣٥٥

١-١ . جامع المقاصد ٤/٧١.

٢-٢ . المسالك ٣/١٦١.

٣-٣ . الروضه البهيه ٣/٢٣٥.

٤-٤ . الكفايه ١/٤٥٠.

٥-٥ . الشرائع ٢/٨.

٦-٦ . القواعد ٢/٢٣٨.

٧-٧ . مجمع الفائده ٨/١٦٤ و ١٦٥.

٨-٨ . مفتاح الكرامه ١٢/٦١٦.

٩-٩ . شرح القواعد ٢/١٠٥.

١٠-١٠ . المسائل الطبريه، المطبوعه ضمن الرسائل التسع / ٣٠٦ و ٣٠٧، و نقل عنه في جامع المقاصد ٤/٧٧ و الجواهر ٢٣/٤٩١

(٢٢/٣٠٥).

لأنها تكشف حينئذ عن أن الثمن ملك للمالك من أول الأمر فيكون تسليط المشتري للبائع على ملك المالك لغوا.

و بعبارة أخرى: إن الإشكال إنما يتوجه على النقل، لأنه حينئذ يكون المال منتقلاً إلى الغاصب قبل انتقاله إلى المالك المجيز، و أما على الكشف فالإجازة تكشف من أن التسليط كان لغوا و تسليطاً لمال الغير.

الجوابان الأولان تامان، و أما الثالث: فهو مبني على القول بالكشف الحقيقي الدال على تحقق الملكيه من حين العقد للمالك و أن الإجازة كاشفه عنها لاحقاً، و لها المدخلية في الكشف و الإثبات دون الثبوت و الواقع، فالإجازة على الكشف الحقيقي لم يتأثر في شيء و لا يمكن الالتزام بهذا القول.

و أما على القول بالكشف الحكمي - أو اشتراط الإجازة بنحو الشرط المتأخر، أو اشتراط وصف التعقب، أو الكشف الانقلابي - فلا- يتم جوابه، لأن بناءً عليه يكون المال باقياً على ملكيه أصحابه في حدّ الفاصل بين العقد و صدور الإجازة، و إنما تحصل الملكيه و اعتبارها من حين صدور الإجازة ولكن المعتبر من زمن العقد بمعنى أن الإجازة و إن صدرت متأخره إلا أنها تشمل الفترة السابقة على صدورهما إلى حين إنشاء العقد - و على هذا القول (أى الكشف الحكمي) - يكون الثمن في الفترة الواقعة بين العقد إلى الإجازة للمشتري نفسه حقيقةً ولكن ينقلب إلى ملك المالك المجيز من حين صدور الإجازة بحيث تشمل ملكيته من حين العقد، فيكون تسليط المشتري لأصيل الثمن للغاصب تسليطاً على ماله نفسه لا مال الغير.

ثم هذا الاشكال إنما يتم بناءً على جواز البيع من طرف الأصيل، إذا بناءً على لزومه ليس للأصيل تملك الثمن الغير - الغاصب هنا - بالتسليط أو بغير تسليط. (1)

ص: ٣٥٦

---

١-١. راجع محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٥٢، التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٢٤، العقد النضيد ٣/١٦٧.

إنَّ هاهنا مَسْأَلَتَيْنِ: الأولى: «صححه بيع الفضولي لنفسه - غاصبا كان أو غيره - إنَّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذي لم يفرِّق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك، لا لنفسه» (١).

الثانية: البائع الفضولي لنفسه أو للمالك لو تملك المبيع بعد العقد و أجازة فهل يصح لنفسه أم لا؟ لأنَّ الكلام في الأولى «في وقوع البيع للمالك» (٢)، و في الثانية «في وقوعه [للفضولي] العاقد إذا ملك» (٣).

ولكن ظاهر عبارته الرياض خلط المسألتين قال: «فلو باع الفضولي ملك الغير من دون إذنه مطلقا لم يلزم إجماعا، بل لم يصح إذا كان البيع لنفسه لا- للمالك، فيمشى إلى المالك فيشتره منه كما صرح به جماعه كالفاضلين: العلامة في جملة من كتبه كالمختلف (٤) و التذكرة (٥) مدعيا فيها عدم الخلاف فيه بين الطائفة، و المقداد في شرح الكتاب (٦) [المختصر] و غيرهما (٧)...» (٨).

قال جدى العلامة الشيخ محمد تقى صاحب الهداية: «و قد حكم في الرياض بفساد المعاملة في هذه الصورة [إذا كان البيع لنفسه لا للمالك فيمشى إلى المالك فيشتره منه (المسألة الثانية)] و عدم صحتها بتعقب الإجازة حاكيا عن الجماعه... و أنت خير بأنَّ الصورة المفروضة في التذكرة ممَّا لا ربط له بهذه المسألة، إذ ليس المقصود هناك

ص: ٣٥٧

١-١ . المكاسب ٣/٣٨٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٨٩.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٨٩.

٤-٤ . المختلف ٥/٥٥.

٥-٥ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٧ و ٢١٩.

٦-٦ . التنقيح الرائع ٢/٢٦.

٧-٧ . كالشيخ في الخلاف ٣/١٦٨.

٨-٨ . رياض المسائل ٨/٢٢١.

[المسأله الثانيه التي عنوانها صاحب الرياض] تصحيح تلك المعامله من جهه لحوق إجازة المالك، بل المقصود تصحيحها من جهه الشراء من المالك بعد ذلك، و لا ريب في عدم صحتها حينئذ بذلك، و الظاهر عدم الخلاف بين الأئمة فضلاً عن الفرقه، و الظاهر أن ذلك هو مقصود الجماعه،...»(١).

وَ قَالَ الشيخ الأعمش: «و من هنا يعلم أن ما ذكره في الرياض من أن بيع الفضولي لنفسه باطل... في غير محلّه، إلا أن يريد ما ذكرناه [أى المسأله الثانيه] و هو خلاف كلامه»(٢).

هذا تمام الكلام في المسأله الثالثه من بيع الفضولى - و هى بيع الفضولى لنفسه - و الحمد لله.

ص: ٣٥٨

---

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٤٣ و ٣٤٢.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٨٩.

بقي هنا أمران:

## الأول: بيع الفضولي في الذمه

إشاره

تعرض له صاحب المقابس (1) وهو أن لا فرق في بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو كلياً في ذمه الغير - بلا فرق بين كون مال الغير ثمننا أو مثمننا -، و البائع الفضولي [1] تارة يضيف الثمن أو المثمن إلى ذمه خاصه من دون أن يعقبه بما ينافيه - كإضافته إلى نفسه - [2] وأخرى أن يجمع بين المتنافيين.

فيقع الكلام في مسألتين:

## المسأله الأولى و صورها:

إشاره

و هي أن يضيف البائع الثمن أو المثمن إلى ذمه خاصه، و تتصور على ثلاث صور:

## أ: أن يكون الكلى في ذمه غير الفضولى قبل البيع

نحو: أن يبيع الفضولى طناً من الحنطه مملوكا لعمرو في ذمه بكر، - و الوجه في اشتغال ذمه بكر لا يهمننا لأنه من الممكن أن يكون بسلف أو تلف أو غيرهما - فباع الفضولى هذا الطن من الحنطه الذى كان ملكا لعمرو في ذمه بكر بكذا، فإن إجازة المالك - و هو عمرو - صح لعموم أدله صحه بيع الفضولى و إن رده بطل.

## ب: أن يكون الكلى في ذمه نفس الفضولى

نحو: أن يكون البائع الفضولى - و هو زيد مثلاً - مديونا لعمرو طناً من الحنطه، فباع هذه الحنطه الذميه لعمرو من بكر بكذا، فالبكر يكون مشتريا لمال عمرو الذى في ذمه زيد البائع، فإن أجاز عمرو البيع صح و يدخل الثمن في ملكه و يشتغل ذمه زيد لبيكر.

## ج: أن يجعل الكلى متعلقاً بدمه المالك بنفس بيع الفضولى

نحو: باع الفضولي طنا من حنطه في ذمه عمرو لبكرٍ بكذا - مع عدم اشتعال ذمه عمرو شيئاً من الحنطه لأحدٍ قبل هذا البيع - و  
أجازه عمرو فيستقرّ في ذمته بنفس هذا

ص: ٣٥٩

---

١-١ . مقابس الأنوار - كتاب البيع / ٤٠.



ثمّ حيث أن بيع الأعيان الشخصية فضوله لا يتوقف إلا على إجازة المالك فلا نحتاج إلى تعيينه [أى المالك] ولذا قال الشيخ الأعظم: «إنّ تعيين العوض فى الخارج يغنى عن قصد من وقع له العقد»<sup>(١)</sup>.

وأما بالنسبة إلى الكلى الذمى فلما لم يكن موجودا فى الخارج توقّف تعيينه على إضافته إلى ذمّه معيّنه ليكون أمر الإجازة بيده، فلا بدّ من تعيينه بتصريح من الفضولى بأن يقول: «بعتك لنا من الحنطه فى ذمّه زيد بكذا». أو أن نيوى الفضولى وقوع البيع لزيد - ولو لم يصرح فى العقد باسمه بأن يقول: «بعتك لنا من الحنطه الذمّيه بكذا» و يقصد اشتغال ذمّه زيد به. و فى هذه الصوره الأخيره المنويّه - دون المصرحه - إن أجاز زيد صح بيع الفضول و اشتغلت ذمّه زيد، و إن ردّ زيد بطل البيع إلا فى صوره واحده و هى ما إذا باع الفضول بقصد وقوعه فى ذمّه زيد و أنكر المشتري عليه - و حلف على عدم علمه بالفضوليه - فيقع حينئذ لنفس الفضول أو يبطل من رأسه؟

قولان: ذهب أصحاب المبسوط<sup>(٢)</sup> و الشرائع<sup>(٣)</sup> و القواعد<sup>(٤)</sup> و الإيضاح<sup>(٥)</sup> و جامع المقاصد<sup>(٦)</sup> و المسالك<sup>(٧)</sup> إلى وقوع العقد لنفس الفضول حينئذ ظاهرا، و عن الشيخ و المحقق و العلّامه و المقداد<sup>(٨)</sup> فى الكتب الماضيه واقعا. كما نسب<sup>(٩)</sup> الأخير إلى جماعه

ص: ٣٦٠

١-١ . المكاسب ٣/٣٩٠.

٢-٢ . المبسوط ٢/٣٨٦.

٣-٣ . الشرائع ٢/١٥٨، و لأجل توضيح كلامه راجع الجواهر ٢٧/٤٠٣ طبع الإسلاميه.

٤-٤ . قواعد الأحكام ٢/٣٦٠.

٥-٥ . إيضاح الفوائد ٢/٣٤٧.

٦-٦ . جامع المقاصد ٨/٢٥١.

٧-٧ . المسالك ٤/٣٧٩ و ٥/٣٠٠.

٨-٨ . التنقيح الرائع ٢/٢٢٠.

٩-٩ . الناسب هو السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٠/٥٥٧.

فى بعض فروع المضاربه.(١)

و ذهب الشيخ الأعظم (٢) إلى البطلان واقعا و عدم وقوعه للفضولى أيضا، ولكن لو لم يصدقه الطرف الآخر على قصد الفضولىه و حلف على عدم علمه بالفضولىه حكم بوقوع العقد للفضولى بحسب الظاهر كما عن المحقق و فخر الإسلام و الكركى و ثانى الشهيدين فى الكتب الماضيه.

أقول: أمّا بحسب الحكم الواقعى فالحقّ هو البطلان كما اختاره الشيخ الأعظم قدس سره لأنّ مائيه الكلى إنّما هى بحسب إضافته إلى الذمم، فالكلى المضاف إلى ذمّه غير الكلى المضاف إلى ذمّه شخص آخر، و عليه فإذا وقع أحدهما متعلّقا للعقد فلا معنى لصحه العقد بالنسبه إلى الآخر، و حيث لم يظهر أحدهما فيكون العقد باطلاً واقعا.

و أمّا بحسب الحكم الظاهرى فى فرض الترافع فالمدعى للفضولىه هو المدعى، لمخالفه قوله لظاهر العقد و لأصالة الصحه، و الطرف الآخر منكر لموافقه قوله لأصالة الصحه، و حيث إنّ القصد أمر قلبى لا يمكن للمدعى إقامه البيئه عليه، تصل النوبه إلى حلف المنكر، و لا بدّ للمنكر أن يحلف على عدم قصد طرفه الفضولىه لا على عدم العلم به، لأنّ عدم علمه لا ينافى قصد طرفه الفضولىه و حيث إنّ لا يمكن للمنكر الحلف على عدم قصد طرفه الفضولىه لكونه أمرا قلبيا فلا محاله يردّ الحلف إلى المدعى فيحلف و يحكم ببطلان العقد ظاهرا.

فاتضح أنّ الحقّ هو البطلان واقعا و ظاهرا.(٣)

### المسأله الثانيه: جمع العاقد بين المتنافيين

#### اشاره

قال الشيخ الأعظم: «بأن قال: «اشتريتُ هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى» أو «اشتريتُ هذا لنفسى بدرهم فى ذمّه فلان».

ففى [المثال] الأول: يحتمل البطلان، لأنّه فى حكم شراء شىءٍ للغير بعين ماله، و

ص: ٣٦١

١-١ . راجع الجواهر ٢٦/٣٨٤ طبع الإسلاميه.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٩٠ و ٣٩١.

٣-٣ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٢٦.

يحتمل إلغاء أحد القيدتين و تصحيح المعامله لنفسه أو للغير.

و فى [المثال] الثانى: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد إجازته لكن بعد تصحيح المعاوضه [للغير] بالبناء على التملك فى ذمه الغير اعتقادا [لعدم إمكان غضب الكلى فى الذمه]. و يحتمل الصحه [لنفسه] بإلغاء قيد «ذمه الغير»، لأنّ تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافه الذمه إلى الغير.

و المسأله تحتاج إلى تأمل»(١).

أقول: فى المثالين: بناءً على ما اختاره الشيخ الأعظم فى معنى قصد المعاوضه الحقيقيه لابدّ من القول بالبطلان إذ يمتنع الجمع بين القيدتين. أمّا ما ذكره من إلغاء أحد القيدتين فتتم المعامله لنفسه أو لغيره فلا يتم لأنّ الكلام واحدٌ و مع وقوع قيدتين متنافيين فى الكلام تبطل المعامله للإجمال الحاصل.

و أمّا بناءً على ما اختَرنا فى معنى قصد المعاوضه الحقيقيه و تصحيح الشراء للغير بمال نفسه من انحلال العقد إلى بيع و هبه مثلاً، فيُحكّم بالصحه فى المثالين، ولكن فى المثال الأول؛ الهبه أو الصلح عقد تحتاج إلى قبول الموهوب له أو المتصالح اللذين هما فلانٌ [الغير]، و فى المثال الثانى إذا أجاز صاحب الذمه و هو الغير.

و لذا قال الفقيه السيّد اليزدى: «إن قلنا بجواز الشراء للغير بمال نفسه أو العكس فلا إشكال فى الصحه فى الصوره الأولى بلا حاجه إلى الإجازة، و كذا فى الثانيه مع إجازة ذلك الغير. و إن قلنا بمقاله المصنف [الشيخ الأعظم] من عدم الصحه فمقتضى القاعده البطلان فيهما جزماً، و ذلك لأنّ المفروض أنه قاصد للقيدتين عن جدٍ و هما متنافيان فلا وجه لإلغاء أحدهما و الأخذ بالآخر»(٢).

**ثمّ نقلَ الشيخ الأعظم كلاماً من العلامة الحلّى بطوله**

ثمّ نقلَ الشيخ الأعظم (٣) كلاماً من العلامة الحلّى بطوله نقتفى إثره:

قال فى تذكره الفقهاء: «لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير فالخلاف فى

ص: ٣٦٢

١-١ . المكاسب ٣/٣٩٢.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/١٥٧.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٩٢ و ٣/٣٩٣.

البطلان و الوقف على الإجازة، إلا أن أبا حنيفة قال: يقع للمشتري بكل حال.

وإن كان في الذمه لغيره و أطلق اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجازته صحّ و لزمه أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر - و به قال الشافعي في القديم و أحمد - و إنما يصحّ الشراء، لأنه تصرّف في ذمته لا في مال غيره، و إنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجازته لزمه، و إن ردّه لزم من اشتراه، و لا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا.

و قال أبو حنيفة: يقع عن المباشر. و هو جديد للشافعي (١). (٢).

حمل الشيخ الأعظم (٣) هذا الكلام من العلامه على هذه المسأله الثانيه - أى الجمع بين المتنافيين - بقريته تعليله بقوله: «لأنه تصرّف في ذمته [أى ذمه نفسه أى المباشر] لا في مال الغير»، لأنّ هذا التعليل لا يأتي بالنسبه إلى المسأله الأولى - قصد وقوع الكلّي في ذمه الغير و تعيينه بالنيه، [الصوره ج] - التى يمكن حمل صدر كلام العلامه عليه.

و الحقّ مع الشيخ الأعظم فى هذا الحمل كما أنّ المشهور ذهب - فى فرض التنافى - إلى أنّ الغير إذا ردّ المعامله تقع عن الفضولى، و يدل عليه قول العلامه: «قال علماؤنا».

و قال الشيخ الأعظم: «لكن أشرنا سابقاً (٤) إجمالاً إلى أنّ تطبيق هذا على

ص: ٣٦٣

١-١. أى فى مِذْحِيهِ الجديده عِنْدَ مَا سَيَكُنْ فى مِضِيرٍ إِذْ إِنَّهُ لَمَّا كَانَ فى الْعِرَاقِ كَانَتْ لَهُ طَرِيقَةٌ فى اسْتِنْبَاطِ الْأَحْكَامِ تَقَرُّبُ مِنْ مِذْهَبِ أَهْلِ الرَّأْيِ، و عند ما نَزَلَ فى مِضِيرٍ عَيْدَلٍ عن هذه الطريق وَ سَيْلِكَ مَسِيلِكَ أَهْلِ الْحَدِيثِ و لذلك كانوا يقولون: قال الشافعي فى القديم، و قال الشافعي فى الجديد و لِكُلِّ مِنْ مِذْهَبِيهِ (القديم و الجديد) رُؤَاةٌ فَمِنْ رَوَاهِ الْقَدِيمِ الْحَسَنِ الزَّغْفَرَانِي الْبَغْدَادِي و من رواه الجديد المُرْنِي و البُؤَيْطِي.

٢-٢. تذكرة الفقهاء ١٥/١٠، فروع، فرع «ب».

٣-٣. المكاسب ٣/٣٩٣.

٤-٤. المكاسب ٣/٣٨١.

و علّله (٢) بأنّ: المشتري العاقد، المباشر للعقد إن جعل المال في ذمّه نفسه بالأصالة ولو رجحنا نيته من وقوع العقد لذلك الغير و خروج العوض من ملك هذا العاقد يكون باطلاً واقعا لعدم تحقق المعاوضه الحقيقيه في المقام. ولو رجحنا وقوع العقد لنفس العاقد المباشر صحّ العقد لتحقيق المعاوضه الحقيقيه فلا وجه لوقوعه عن الغير.

و المشتري المباشر للعقد إن جعل المال في ذمّه نفسه نيابته و وكاله عن الغير يترتب إشكالان:

أحدهما: صحه هذا العقد يبتنى على جريان الفضولى في الوكاله و هو مشكل، لأنّ الوكاله عباره عن الاستنايه في التصرف و الفضولى عباره عن المباشره في التصرف من عند نفسه.

نعم، إن رجع مال هذا العقد إلى أنّ الفضولى جعل نفسه نائبا عن الغير و اشترا في ذمّه الغير - بدون تحقق النيايه عنه و صدوره عن الغير - لا يترتب إشكال الوكاله الفضوليه ولكنّه يترتب إشكال عدم تحقق المعاوضه الحقيقيه.

ثانيهما: لا بدّ من الالتزام ببطلان المعامله إن ردّها الغير - أى المنوب عنه - لأنّ المفروض إنشاء الشراء له، لا أنّ المعامله تقع عن المباشر العاقد.

نعم، في هذا الفرض - إذ جعل المشتري العاقد المال في ذمّه نفسه نيابه عن الغير - و عجز عن إثبات النيايه على البائع، و ردّها المنوب عنه - الغير - تقع المعامله على العاقد في الظاهر، كما نص عليه جماعه من الأصحاب (٣) في باب التوكيل.

و كيف ما كان المعامله إمّا باطله رأسا أو صحيحه للفضولى العاقد، و لا تكون

ص: ٣٦٤

١-١ . المكاسب ٣/٣٩٣.

٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٣٩٣ و ٣٩٤.

٣-٣ . نحو: الشيخ في المبسوط ٢/٣٨٦، و المحقّق في الشرائع ٢/١٥٨، و العلّامه في القواعد ٢/٣٦٠، و ولده في الإيضاح ٢/٣٤٧، و الكركى في جامع المقاصد ٨/٢٥١، و ثانى الشهيدين في المسالك ٥/٣٠٠، و لتوضيحه راجع الجواهر ٢٧/٤٠٣ من طبع الاسلاميه.

مرّده في الواقع بين الفضولي العاقد و مَنْ عقد له الشراء فلا وجه للقول بوقوع العقد مرّدا بين المباشر و المنوى.

ولكن يمكن تنزيل عبارته العلامه في التذكرة على وقوع المعامله للمباشر ظاهرا - كما عليه جماعه من الأصحاب ولكنه بعيد لأنه علل كلامه و قال: «لأنه تصرف في ذمته» و هذا يقتضى وقوع العقد للمباشر واقعا لا ظاهرا.

هذا تمام كلام الشيخ الأعظم بتوضيح منّا.

### بيان الفقيه السيد اليزدى رحمه الله :

ولكن قال الفقيه اليزدى: «الظاهر أن مراده [العلامه] جعل الثمن كلياً في الذمه من غير التفات إلى كونه في ذمه نفسه أو غيره، إلا أنه قصد كون الشراء للغير من غير أن يذكره في اللفظ، و على هذا فيكون قوله «للغير» خبراً بعد خبر، و أما احتمال كون مراده جعله في ذمه نفسه فهو مناف لما حكم به من الصحه للغير إن أجاز، و كون الأداء واجبا على ذلك الغير، لأنّ لازم ذلك إمّا البطلان أو الصحه مع كون الثمن على المباشر إن قلنا بصحة الشراء للغير بمال نفسه، كما أنّ احتمال كون المراد جعله في ذمه ذلك الغير، بأن يكون قوله «للغير» قيّدا لذمته، لا خبراً بعد خبر مناف لما ذكره بقوله: «لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره» إذ مراده أنه تصرف في ذمه نفسه لا في ذمه غيره كما هو واضح.

و الحاصل: أنّ الظاهر من مجموع عبارته ما ذكرنا، من أنّ المراد الشراء في الذمه، بمعنى عدم كون الثمن عينا خارجيا من غير تعيين لذمه النفس أو الغير، و من غير التفات إلى ذلك، لكن مع قصد كون الشراء للغير و حينئذ فيكمن تطبيقه على القاعده أيضا بدعوى أنّ مقتضى شراء شىء في الذمه كون المباشر ملزما به و الحكم بكونه في ذمته لا من جهة الانصراف، بل من باب الحكم العرفى بذلك و إن أغمض عن الانصراف أيضا، إلاّ - إذا عيّن كونه في ذمه الغير، فحينئذ ينصرف إلى ذلك الغير، أو قصد كون الشراء لذلك الغير فحينئذ يجوز له أن يمضيه و يكون الثمن في ذمته، و مع عدم امضائه فالحكم العرفى الزام

## بيان المحقق النائيني لتطبيق الفرع على القاعده

وَ أَخَذَ الْمُحَقِّقُ النَّائِنِيُّ (٢) أَيْضًا بِتَطْبِيقِ هَذَا الْفَرْعِ - فِي فَرْضِ التَّنَافِي إِذَا رَدَّ الْغَيْرُ الْمَعَامِلَةَ تَقَعُ عَنِ الْفُضُولَى - عَلَى الْقَوَاعِدِ بوجهين:

الأول: أن يكون مراد العاقد وقوع المعامله لنفسه مع كون المال في ذمته و يكون قصده للغير من باب جعل توليه العقد للغير، و تكون إجازة الغير من قبيل القبول، و حينئذ فإن أجاز الغير التوليه يكون البيع له و إلا يكون للعاقد، غاية الأمر أنه يتوقف على إحرار أن قصده للغير من قبيل جعل التوليه له و إجازة الغير من قبيل القبول.

الثاني: أن يكون مراد العاقد وقوع البيع للغير و قَصِدَ إِضَافَةَ الْكَلِّيِّ إِلَى ذِمَّةِ الْغَيْرِ، لَكِنَّهُ ضَمَّنَ ذِمَّةَ الْغَيْرِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ لَا يَكُونُ الضَّمَانُ مُوجِبًا لِانْتِقَالِ الْمَالِ إِلَى ذِمَّةِ الضَّامِنِ كَمَا عَلَيْهِ الْعَامَّةُ (٣) فَيَكُونُ كُلُّ مِنْهُمَا ضَامِنًا بِنَحْوِ الطَّوْلِيَّةِ.

و اعترض السيد الخوئي (٤) على الوجهين بما حاصله:

يرد على الأول: أولاً: احتساب قصد العاقد للغير من باب جعل توليه العقد له خلاف الفرض، لأن المفروض أنه لو أجاز ينتقل المال من مالكة إليه لا من ملك العاقد، و على التوليه ينتقل المال من ملك المالك إلى العاقد و من ملك العاقد إلى ملك المجيز.

و ثانياً: أن ذلك لو تم فإنما يتم في شراء الفضولي متاعاً بثمن في ذمته فيبيع ذلك المتاع توليه للغير، و أمّا إذا باع الفضولي شيئاً في ذمته بثمن للغير فلا معنى لبيع ذلك الشيء توليه للغير لأنه باع مال نفسه للمشتري و جعل ثمنه للغير، و لم يبيع شيئاً للغير حتى يصح بإجازته، مع أن كلامهم في مطلق المعامله الفضوليه سواء كان في البيع أو الاشتراء.

ص: ٣٦٦

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/١٥٨.

٢-٢ . راجع منيه الطالب ٢/٤٧ و ٤٨.

٣-٣ . المغنى لابن قدامه ٥/٧٠ و ٨٣، المجموع ١٤/٢٤، المهذب ٢/٣٠٧.

٤-٤ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٢٨، محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٥٦ و ٣٥٧.

و ثالثاً: أنّ الفضولي ربّما يموت قبل إجازته الغير، فلو كانت الإجازة قبولاً لبيع التولية فلا محاله يبطل البيع لخروج الموجب عن أهليه العقد قبل تحقّق القبول مع أنّهم يلتزمون بالصحة في هذا الفرض.

و يرد على الثاني: أولاً: أنّه لو لم يجر الغير العقد فلا معنى لوقوع العقد للضامن و كونه ملزماً بالأداء.

و ثانياً: أنّه لو أجاز الغير العقد و لم يؤد المال يلزم أن يكون الضامن ملزماً بأدائه.

### بيان السيد الخوئي لتطبيقه على القواعد

قال قدس سره: «يمكن حمله بحيث ينطبق على القواعد على ما إذا اشترى بالكلّي و التزم هو بأدائه إمّا من مال غيره فيكون الشراء للغير، و إمّا من ماله فيكون الشراء لنفسه ولكن الملتزم بالأداء هو المباشر لا الغير، و ينحلّ هذا الشراء إلى شرائين طوليين فيشترى للغير فإن أجاز وقع له و إلّا فيشترى لنفسه، و هذا التعليق لا يوجب البطلان، لأنّه تعليق على ما توقّف صحه العقد عليه واقعا، لأنّ الدليل على مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقّن منه غير هذا المورد - أي إنشاء بيعين طوليين - فتشمله أدله صحه البيع و العقود، و عليه فإذا أجاز الغير وقع العقد له و إلّا وقع للمباشر»(1).

ص: ٣٦٧



هل يجرى الفضولى فى العقد المعاطاتى كما يجرى فى العقد اللفظى أم يختص بالثانى؟ فيه أقوال:

الأول: ذهب السيد المجاهد رحمه الله إلى جريان الفضولى فى المعاطاه و قال: «لا فرق فى بيع الفضولى بين أن يكون معاطاه أو لا، فلا يشترط فى صحه بيع الفضولى عدم المعاطاه»<sup>(١)</sup>.

الثانى: و ذهب الشيخ أسد الله التستري إلى اختصاص الفضولى بالعقد اللفظى و قال: «تذنيب: فليعلم أنّ ما سبق كلّ فيما إذا باع أو إشتري الفضولى بالصيغه، فأما لو باع أو إشتري بطريق المعاطاه فإنه يلغو و يفسد من أصله، و لا- يقف على الإجازة على الأقرب للأصل و...»<sup>(٢)</sup>.

و تبعه المحقق النائينى و قال: «الأقوى عدم جريان الفضولى فيها...»<sup>(٣)</sup>. و نقل عنه تقريراته الآ-خر: «فالحكم بإجرائه [أى إجراء الفضولى] فى المعاطاه فى غايه الإشكال»<sup>(٤)</sup>.

الثالث: ذهب الشيخ الأعظم<sup>(٥)</sup> إلى التفصيل بين إفاده المعاطاه للإباحه فلا يجرى الفضولى فيها، و بين إفادتها الملك فيجرى الفضولى فيها.

أقول: بناءً على مختارنا فى بحث المعاطاه من أنها عقدٌ فعليٌّ كالعقد اللفظى بلا- فرق بينهما، الأمر يكون واضحاً فى جريان الفضولى فيها، لأنّ الفضولى عندنا لا يكون على خلاف القاعده فلا يكون منحصرًا بالنكاح و البيع اللفظى اللذين يختص بهما رواياته.

ص: ٣٦٨

١-١ . المناهل / ٢٨٩.

٢-٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٤١ و ٤٢.

٣-٣ . منيه الطالب / ١٥٠.

٤-٤ . المكاسب و البيع / ٢٧٤.

٥-٥ . راجع المكاسب ٣/٣٩٤ إلى ٣٩٧.

و أمّا بناءً على أنّ المعاطاه تفيد الملك:

فيجری الفضولی فیها أيضا لما ذكره الشيخ الأ-عظم رحمه الله بقوله: «لا- فارق بينها [بين المعاطاه] و بين العقد [اللفظی] فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضولئی و أصیل إذا وقع بتيه التمليك و التملك فأجازة المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة...»(١).

و استدلل له بقوله تعالى: «أحلّ الله البيع»(٢) بتقريب: أنّ عمومها يشملها لأنّ المعاطاه الفضوليه بيّع مُجازٌ. و يمكن أن يستدل بإطلاق قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(٣) بالتقريب. و بقوله تعالى: «تجارةً عن تراض»(٤) لشمولها لها.

و أيده بروايه عروه البارقي(٥) الماضيه بتقريب: «إنّ الظاهر وقوع المعامله بالمعاطاه»(٦).

لا يقال: يمكن أن يستدل بترك الاستفصال في صحيحه محمد بن قيس(٧) التي رواها المشايخ الثلاثة، بعد فرض صدق البيع على البيع المعاطاتي، كما ذكره السيد اليزدي(٨).

لأنّ نقول: في الجواب لا بدّ من الإجابة بالنسبه إلى جهه السؤال و أمّا غيرها فتفرض صحيحه بمقتضى الحمل على الصحه، و إلّا يمكن أن تسرى الصحيحه بالنسبه

ص: ٣٦٩

- 
- ١-١ . المكاسب ٣/٣٩٤.
  - ٢-٢ . سورة البقره ٢٧٥/.
  - ٣-٣ . سورة المائده ١/.
  - ٤-٤ . سورة النساء ٢٩/.
  - ٥-٥ . مسند أحمد ٤/٣٧٦، السنن الكبرى ٦/١١٢، سنن الدارقطني ٣/١٠، ح ٢٩، سنن الترمذی ٣/٥٥٩، ح ١٢٥٨، الثاقب في المناقب ١١٢/، ح ١٠٨ و عن الأخير في مستدرک الوسائل ١٣/٢٤٥، ح ١، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.
  - ٦-٦ . المكاسب ٣/٣٩٥.
  - ٧-٧ . وسائل الشيعه ٢١/٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء.
  - ٨-٨ . حاشيه المكاسب ٢/١٦١.

إلى البيع الغررى أو غيره و أن الانشاء وقع بلفظ الماضى أو غيره و نحوهما، و هذه السرايه مردودٌ. كما ذكره السيد الخوئى (١).

## الاستدلال باختصاص الفضولى بالعقد اللفظى

### إشاره

استدلّ لمنع جريان الفضولى فى المعاطاه بأمر:

### الأمر الأوّل:

«إنّ الإقباض الذى يحصل به التملك محرم لكونه تصرفاً فى مال الغير فلا يترتب عليه الأثر» (٢).

و ردّه الشيخ الأعظم بوجه أربعة:

أولها: «قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمه» (٣)، فيكون الاستدلال أخصاً من المدعى.

و ثانيها: «قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك، بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرضا لا يخرج المعامله عن معامله الفضولى» (٤) فيكون الاستدلال أخصّ من المدعى أيضاً لعدم حرمة هذا الإقباض.

و يظهر هذان الوجهان من الشيخ التستري (٥) قدس سره .

و أقياً ما أضافه السيد اليزدى إلى هذا الوجه بقوله: «و أيضاً قد يقبض بتخيّل أنه مأذون فى التصرف أو بتخيّل أنه ماله أو نحو ذلك» (٦) فلا يتم، لأنهما ليسا من موارد عدم حرمة الإقباض حتى لا يكون فاسداً، بل من موارد عدم تنجز الحرمة و هو لا يرفع الفساد

ص: ٣٧٠

١-١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٦٠.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٩٥.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٩٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٩٥.

٥-٥ . مقابس الأنوار، كتاب البيع ٤١/ تحت عنوان «إن قلت».

٦-٦ . حاشيته على المكاسب ٢/١٦١.

المرتتب على الحرمة الواقعيه كما ذكره المحقق المروج (١).

أقول: إذا اعتقد أنّ المال ملكه أو أنّه مأذونٌ في التصرف و اشترى به شيئاً أو تصرّف فيه بأنحاء التصرف ينتفى الحرمة واقعا كما في موارد الغفله و النسيان و الجهل المركب كما عليه السيد الخوئي (٢).

و ثالثها: «مع أنّ النهي لا يدلّ على الفساد» (٣) في المعاملات لأنّه تكليفي كما هو المحقّق في محلّه، «و لعدم تعلّقه بالإقباض من حيث إنّه بيع، بل به من حيث أنّه تصرف في ملك الغير» (٤) كما ذكره الفقيه اليزدي.

و رابعها: بعد تسليم تعلّق النهي بالإقباض من حيث كونه يباع حتّى يدلّ على الفساد - لا من حيث أنّه تصرف في مال الغير - نقول: «أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض في السببيّه، فلا ينافي كونه جزء سبب» (٥) لتحقق الأثر في الخارج و الجزء الآخر هو الإجازة.

و بعبارة أخرى: لو سلّمنا أنّ النهي يدلّ على الفساد، لا يقتضى إلّا فساد المعامله بالنسبه إلى من توجّه عليه - و هو الفضولي - لا بالنسبه إلى المالك بعد إجازته (٦).

## الأمر الثاني:

ما ذكره الشيخ التستري و قال: «... إنّ المعاطاه منوطه بالتراضى و قصد الإباحه أو التملك للمعيّن أو المقدر في الذمه - بناءً على جوازه - و هما من وظائف المالك و لا يتصوّر صدورهما من غيره» (٧).

ص: ٣٧١

١-١ . هدى الطالب ٤/٦٥٢.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٣١.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٩٥.

٤-٤ . حاشيته على المكاسب ٢/١٦١.

٥-٥ . المكاسب ٣/٣٩٥.

٦-٦ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٣١.

٧-٧ . مقابس الأنوار /١٣٨.

و ردّه الشيخ الأعظم (١) بما حاصله: منع كون حقيقه المعاطاه مجرد تراضى المالكين و قصد التمليك أو الإباحه، لأنّ القبض و الإقباض آله للإنشاء كالصيغه، و ليسا كاشفين عن التراضى، بل هما سبب فعلى للتمليك أو الإباحه. و أمّا التراضى معتبر فى المعاطاه كما أنه معتبر فى البيع القولى.

و لذا صرح الشهيد فى قواعده (٢) بأنّ المعاطاه عند الفقهاء تكون من الأسباب الفعلية. بل «المعاطاه عندهم عقد فعلى، و لذا ذكر بعض الحنفية (٣) القائلين بلزومها: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى» (٤).

أقول: لو تمّ كلام الشيخ التستري عمّ البيع القولى و لا يختص بالمعاطاه فلا يصح القول بالفضولى مطلقا - بلا فرق بين المعاطاه و البيع القولى - مع أنّ جريان الفضولى فى البيع اللفظى مفروغ عنه. هذا نقض اعتراضه و هو أولاً.

و أمّا ثانيا: حلّه: إنشاء التمليك أمرٌ لا مؤونه فيه و يتحقّق من كلّ أحد فى كلّ مال لكلّ شخص لأنّ الإنشاء قليل المؤونه، و أمّا رضايه المالك فالمفروض أنّها حاصله بعد المعاطاه. (٥)

### الأمر الثالث:

ما ذكره الشيخ التستري بقوله: «... [المعاطاه] مشروطه أيضا بتحقق الإقباض من الطرفين [المالكين أو المأذونين] أو من أحدهما مقارنة للأمرين [أى مع قصد الإباحه أو التمليك]» (٦).

فحيث لا أثر للقبض و الإقباض الصادرين من الفضولى الذى ليس بمالك و لا

ص: ٣٧٢

١-١ . المكاسب ٣/٣٩٥.

٢-٢ . القواعد و الفوائد ١/٥٠، القاعدة ١٧، ١/١٧٨ القاعدة ٤٧.

٣-٣ . راجع الفتاوى الهنديه ٣/٢، لجماعه من علماء الهند، طبع دار إحياء التراث العربى، بيروت.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٩٦.

٥-٥ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٣١.

٦-٦ . مقابس الأنوار / ١٣٨.

مأذون منه.

و ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «و اعتبار مقارنه الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع إتحاد أدله اعتبار الرضا و طيب النفس فى حلّ مال الغير لا يخلو عن تحكّم»<sup>(١)</sup>.

أقول: مراده: التقارن بين رضا المالك و المعامله - مع وحده الأدله - لو كان معتبرا يكون على حدّ السواء بين البيع اللفظى و المعاطاه. أمّا اعتباره فى الثانى [المعاطاه] دون الأوّل [البيع اللفظى] فهو تحكّم.

ولكن هذا التقارن لا يكون معتبرا أصلاً لما مرّ من صحه بيع الفضولى و المكروه و المضطرّ و الغصب بعد إجازة المالك و إعلام رضايته.

و لا يخفى أنّ الأمرين الأخيرين الواردين فى كلام الشيخ التستري يُشكّلان دليلاً واحداً فى كلامه و عنده و قوله «مشروطه» مبيناً للمعاطاه و إنّما أفردناهما تبعاً لظاهر الشيخ الأعظم رحمهما الله .

#### الأمر الرابع:

العقد الفضولى هو على خلاف الأصل و القاعده و إنّما تمّ فى الموارد التى ورد فيها النص من البيع و النكاح فقط، فلا يجرى فى المعاطاه و لعلّ هذا مراد الشيخ أسدالله التستري<sup>(٢)</sup> من استدلاله للبطلان فى المعاطاه بالأصل.

و ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «لكنك قد عرفت أنّ عقد الفضولى ليس على خلاف القاعده»<sup>(٣)</sup>.

و يمكن أن يقال فى نقد الاستدلال: الفضولى يجرى فى المعاطاه ولو كان على خلاف القاعده، لأنّ الروايات الوارده فى الفضولى عامه و لا تختص شىء منها بالبيع القولى و لم يفصل فيها بين المعاطاه و العقد اللفظى.

ص: ٣٧٣

١-١ . المكاسب ٣/٣٩٦.

٢-٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع /٤٢.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٩٦.

ما ذكره المحقق النائيني بقوله - مختصرا - : «أما على الإباحه: أنّ الإباحه المؤثره هي التسليط المالكى، لا تسليط غيره، و إجازة المالك تسليط الغير هي بنفسها مؤثره لا لكونها إجازة لإباحه الغير، لأنّ العقود الإذنيه و الأمور المتقومه برضا المالك لا تتوقف على سبب خاص، فإجازة الإباحه هي بنفسها إباحه...» .

و أما بناءً على الملك: فلأنّ الفعل الواقع من الفضولى لا يعنون إلا بعنوان الإعطاء و التبديل المكانى، و أما فعل المالك فإنه فى مقام البيع يعنون بالعنوان الثانوى بتبديل طرف الإضافه و الفرق بين المعطاه و بين البيع القولى: يمكن إنفكاك حاصل المصدر من المصدر فى الإنشاء القولى، فإذا أجاز المالك و أسنده إلى نفسه وقع له.

و أما الفعل الواقع من الفضولى فاسم المصدر منه لا ينفك عن مصدره بمعنى أنه ليس للإعطاء اسم مصدر غير العطاء و هذا لا ينفك عنه و بإجازة المالك لا ينقلب الفعل عمّا وقع عليه...»(1).

و قال فى توضيح ذلك: «فى الحكم بإجراء الفضولى فى المعطاه إشكال بل منع، و توضيحه يتوقف على بيان أمور:

(الأول): إنه قد تقدم مرارا من أنّ البيع إمّا يراد به المعنى المصدرى أعنى المعامله الخاصه من حيث صدورها عن الفاعل بحيث يكون جهه صدورها ملحوظا، و إمّا يراد منه معنى الاسم المصدرى و هو نفس تلك المعامله بلا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هي هي.

(الثانى): إنّ البيع القولى يتصور فى المعنيين معا دون الفعلى أمّا فى القولى فلأنّ آله الإنشاء أعنى كلمه بعث المركبه من الهيئه و ماده الوارده هيئتها على مادتها يصح أن يراد من البيع الوارد عليه الهيئه بالمعنى المصدرى، كما يصح أن يراد منه المعنى الاسم المصدرى، و ذلك لوجود لفظ صالح لكلا المعنيين، و أمّا فى الفعلى، فلأنه ليس فى البين

دال يمكن أن يراد منه المعنى المصدرى تاره و الاسم المصدرى أخرى، بل ليس فى البين إلا فعل خارجى تكوينى و هو ذلك الفعل المعطائى الذى هو مصداق للبيع و التمليك الصادر عن الفاعل و القائم به بالقيام الصدورى.

(الثالث): الإجازة فى بيع الفضولى القولى يمكن أن تتعلق فى عالم التصور بالبيع بالمعنى المصدرى و يمكن أن يتعلّق بمعنى الاسم المصدرى و معنى تعلّقه بالأوّل هو صيروره البيع الصادر عن الفضولى من حيث صدوره عنه بيعا للمجيز، و لازم تعلّقه بالثانى هو صيروره نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز، لكن المطابق بالوجدان هو تعلق الإجازة بمعنى الاسم المصدرى و ذلك لأنّ المعنى المصدرى فعل تكوينى و له إضافه إلى الفاعل المباشر تكوينا و هذا غير قابل لان يرتبط إلى المجيز بسبب الإجازة كالضرب الحاصل من الضارب حيث أنّه بالإجازة لا يصير فعل المجيز، و هذا بخلاف المعنى الاسم المصدرى الذى هو لحاظ ذلك الحدث مقطوع النسبه عن فاعله إذ هو قابل لأن يسند إلى المجيز فعلى هذا فطبع الإجازة المؤثره يقتضى تعلّقها بمعنى الاسم المصدرى، اللهم إلا أن يقوم دليل على تعيين تعلّقها بالمعنى المصدرى فيصير أمرا تعبديا مخالفا مع القاعده من هذه الجهه قد ثبت بالدليل.

إذا تحقّقت هذه الأمور، فنقول: إذا وقعت المعاطاه فضوليا فلا يخلو إمّا أن نقول بعدم قيام دليل على تعيين تعلّق الإجازة بالمعنى المصدرى أو نقول بقيامه، و على كلا التقديرين لا يتم القول بصحة الفضولى، أمّا على الأوّل فلعدم المعنى الاسم المصدرى فى المعاطاه حتّى تتعلق به الإجازة، و أمّا على الثانى فلأنّ الفضولى حينئذٍ يصير مخالفا للقاعده فيجب فيه الاقتصار على ما ثبت فيه بالدليل و هو منحصر بالقولى ولو سلم تعميمه للفعلى بدعوى إطلاق خبر عروه مع ترك الاستفصال فيه عن اشتراطه الشاه من كونه قوليا أو فعليا على أقرب الاحتمالين أو انصرافه إلى الفعلى على أبعد الاحتمالين للزم التخصيص بباب البيع لعدم تمشى ذلك فى سائر أدلته التى العمده منها وارده فى موارد النكاح لعدم تصوير المعاطاه فيه فاللازم حينئذٍ هو التفصيل فى جريان الفضولى فى المعاطاه بين البيع و بين غيره (و بالجملة) فالحكم بإجرائه فى المعاطاه فى غايه



وقال تلميذه السيد الخوئي في توضيح كلامه: «إننا إذا بنينا على إفادة المعاطاه للإباحه فالمؤثر فيها هي التسليط المالكي لا تسليط غيره و إجازة المالك تسليط الغير، بنفسها مصداق للتسليط المالكي لا أنها توجب تأثير التسليط السابق الصادر من غير المالك فإنه لغو لا يترتب عليه الأثر و إنما يترتب الأثر على تسليط المالك.

و أما إذا بنينا على أنها تفيد الملك فأجازه المالك إنما تتعلّق بما يكون قابلاً للبقاء و هذا لا يتحقّق إلاّ بالعقد اللفظي فإنه بالعقد الذي هو بيع بالمعنى المصدري يتحقّق أمر قابل للبقاء و هو تبديل طرفي الإضافة و يعبر عنه باسم المصدر و الإجازة اللاحقة إنما تتعلّق بهذا الأمر الباقي. و أمّا الفعل الصادر من الفضولي فهو لا يعنون إلاّ بعنوان الإعطاء و التبديل و المكانية و ليس له اسم مصدر غير العطاء. و هذا لا ينفك عنه و ليس قابلاً للبقاء حتّى تتعلّق به إجازة المالك» (٢).

أقول: ما ذكره من أنّ البيع تاره: يراد منه المعنى المصدري أي المعاملة الخاصه من حيث صدورها عن الفاعل بحيث يكون جهه صدورها ملحوظا، و أخرى: يراد منه معنى الاسم المصدري و هو نفس تلك المعاملة لا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هي هي، تام لا نقاش فيه.

و أمّا انحصار هذين المعنيين في البيع القولي فقط دون البيع الفعلي الذي منه المعاطاه فَمَحَلُّ منع، بل هما يجريان في المعاطاه أيضا، و كذلك ما ذكره في معنى المعاطاه بأنها هي الإعطاء، مع وضوح الفرق بينهما، و المعاطاه يعدّ بيعا و أمّا الإعطاء فلا!

و بالجملة: التفكيك بين المعنى المصدري و اسمه في المعاطاه دون البيع القولي غير تام. مضافا مع أنّ الإنشاء أمره سهل و خفيف المؤونه و لا فرق بين أنّ سببه يكون اللفظ أو الفعل.

ص: ٣٧٦

١-١ . المكاسب و البيع ٢/٧٤ و ٧٣.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٣٢.

هذا كله بناءً على أن المعاطاه تفيد الملك، و قد عرفت جريان الفضولي فيها.

## و أما بناءً على أن المعاطاه تفيد الإباحه:

فذهب الشيخ الأعظم إلى بطلان الفضولي فيها لوجود محذوري الإثباتى و الثبوتى:

و أما المحذور الإثباتى فهو قصور المقتضى بتقريب: «إن إفاده المعامله المقصود بها الملك الإباحه خلاف القاعده فيقتصر فيها على صورته تعاطى المالكين»<sup>(١)</sup>، مراده قدس سره من القاعده هى قاعده تبعية العقود للقصود، و هى تقتضى حصول الملكيه دون الإباحه، فحصول الإباحه من قصد الملكيه يكون خلافا للقاعده و لأنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فيقتصر على المتيقن من مورد الدليل - و هو الإجماع و تسالم الأصحاب - و هو معاطاه الأصيلين دون الفضولى.

و أما المحذور الثبوتى فهو: «إن حصول الإباحه قبل الإجازة غير ممكن و الآثار الأخر - مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف - إذا وقعت فى غير زمان الإباحه الفعلية لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحه من حين الإجازة»<sup>(٢)</sup>.

مراده قدس سره: لغويّة تعاطى الفضولى - ولو كان إنشاءً - لأنه على القول بالكشف لا تحصل الإباحه الفعلية قبل الإجازة حتّى تكون الإجازة كاشفه عنها، و على القول بالنقل إجازة المالك الكاشف عنه عن رضاه و إذنه تكون العلة لحدوث الإباحه فلا دخل لتعاطى الفضولى فيه و يكون لغوا.

و الآثار الأخر: نحو البيع بتوسيط من أخذ العين بالمعاطاه الفضوليه - بناءً على الإباحه و على جواز هذا التصرف - لو يُوجب دخول المال المباح فى ملكه، خلافا للمتعاطى الأصيل فى هذا الحكم كما تقدّم فى ملزمات المعاطاه.<sup>(٣)</sup> لأنه هنا وقع فى غير

ص: ٣٧٧

١-١ . المكاسب ٣/٣٩٧.

٢-٢ . المكاسب ٣/٣٩٧.

٣-٣ . راجع الآراء الفقيهيه ٤/١٦٥ و ١٦٩.

زمان الإباحه الفعلية فلا يفيد شيئاً.

ثم استدرك على قوله: «و الآثار الأخر» و قال: «اللهم إلا» أن يقال: بكفايه وقوعها مع الإباحه الواقعيه [الشرعيه المستكشفه بالإجازة اللاحقه إلى ما قبلها إلى حين تعاطى الفضولى] إذا كشف عنها الإجازة فافهم»(١).

و لعل أمره بالتفهم إشاره إلى عدم تماميه التفصيل بين الإباحه المالكيه و الشرعيه (٢) أو إلى أن على القول بالإباحه الشرعيه لا تعقل فى الإجازة إلا- النقل و لا- يتم الكشف، إذ لا يعقل الكشف فى الإباحه الشرعيه التكليفيه لأن الحكم التكليفي يتعلق بالمستقبل لا الماضى لمضى أمره.(٣)

### نقد مقاله الشيخ الأعظم على القول بأن المعاطاه تفيد الإباحه

أقول: إن كان مراده قدس سره من الإباحه هى الشرعيه الحاصله من قصد التمليك كما هو ظاهر محذوره الإثباتى يمكن أن يناقش:

على محذوره الإثباتى: بآئته على القول بجريان الفضولى فى العقود على وفاق القاعده - لا- خلافها - كما يظهر من الشيخ الأعظم (٤) و نحن نقتضى أثره، بأنَّ الفُضُولَى يَجْرَى فى المعاطاه التى تفيد الإباحه الشرعيه من قصد التمليك، لأنَّ المالك يجيز ما أنشأه الفضولى من الملكيه التى هى موضوع للحكم الشارع بالإباحه. و الوجه فى جريانه عموم دليله و أنه على وفق القاعده لا خلافها.

و إن كان مراده من الإباحه هى الإباحه المالكيه المجمعوله من المالكين بالمعاطاه فلا يجرى محذوره الإثباتى من أساسه لأنه مبنى على قاعده تبعيته العقود للقعود و هى فى هذا الفرض منتفيه لأنَّ المالكين قصدا هذه الإباحه.

ص: ٣٧٨

١-١ . المكاسب ٣/٣٩٧.

٢-٢ . كما فى هدى الطالب ٤/٦٦٩.

٣-٣ . كما فى إرشاد الطالب ٣/٣٨٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٩٦.

و أمّا بالنسبة إلى محذوره الثبوتى: و بناءً على أنّ المراد من الإباحه هى الشرعيه الحاصله من قصد التمليك، فالإجازة على القول بالكشف الحقيقى يمكن الالتزام بجعل الإباحه الشرعيه من حين تعاطى الفضولى إلى حين الإجازة من الشارع الأقدس، و لأنّ الإباحه حكمه و يمكن جعله هذا الحكم من أوّل التعاطى و الإجازة كاشفه عنها. ولكن العمده عدم وجود الدليل فى المقام الإثبات على هذا الكشف الحقيقى و إن كان فى المقام الثبوت ممكنا.

و أمّا على القول بأنّ الإجازة كاشفه على نحو الكشف الانقلابى - أو الحكمى - فلا- تخصّصُ الإباحه الشرعيه بين التعاطى الفضولى و إجازة المالك، لأنّ الإجازة من حينها تحدث الإباحة الشرعيه - و إن كانت تحدث الحكم الوضعى من حينها ولكن معتبره من فعل الفضولى كما مرّ (1) و الانقلاب فى الحكم الوضعى ممكن أمّا الانقلاب فى الحكم التكليفى فمستحيل، فالإباحه الشرعيه تحصل من حين الإجازة و يأتى هذا المحذور و هو عدم حصول الإباحه الشرعيه قبل الإجازة.

و جريان المحذور على القول بالنقل فى الإجازة واضح.

و أمّا بناءً على أنّ المراد من الإباحه هى المالكه فلا شبهه فى عدم جريان الفضولى فى المعاطاه لأنّ الإباحه لا تحصل قبل إجازة المالك على جميع المبانى فى الإجازة سواء قلنا بأنّها كاشفه حقيقيه أو الانقلابيه - الحكميه - أو كانت ناقله.

و الذى يسهّل الخطب عدم تماميه هذه الأقوال فى المعاطاه عندنا و هى عقد أو إيقاع فعلىّ فى قبال العقود و الإيقاعات القوليه اللفظيه التى أُنشئت بالصيغه، فتجرى فى جميعها إلّا ما خرج بالدليل و الحمد لله الهادى إلى مهجع السبيل.

ص: ٣٧٩



وصلُ القول في الإجازة

أشاره

ص: ٣٨١



صححه الفضولي يتوقف على الإجازة بالاتفاق ولكن:

**هل الإجازة كاشفه أو ناقله أو غيرهما؟**

**إشاره**

يظهر أنّها كاشفه عن صححه العقد عن ظاهر جماعه منهم المحقق في النافع (١) و تلميذه الفاضل الآبى فى كشف الرموز (٢) و ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع (٣) و صريح جماعه أُخرى نحو الشهيد فى الدروس (٤) و الحواشى النجارية (٥) و اللمعه (٦) و الفاضل المقداد فى التنقيح (٧) و المحقق الثانى فى جامع المقاصد (٨) و الشيخ ابراهيم القطيفى فى إيضاح النافع (٩) و الشيخ لطف الله الميسى العاملى فى الميسيه (١٠) و الشهيد الثانى فى

ص: ٣٨٣

- ١-١ . المختصر النافع / ١١٨.
- ٢-٢ . كشف الرموز ١/٤٤٤ و ٤٤٥.
- ٣-٣ . المهذب البارع ٢/٣٥٦.
- ٤-٤ . الدروس ٣/١٩٢ و ٢٣٣.
- ٥-٥ . الحاشيه النجارية ٢٢١/ و نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٥.
- ٦-٦ . اللمعه / ١١٠.
- ٧-٧ . التنقيح الرائع ٢/٢٦.
- ٨-٨ . جامع المقاصد ٤/٧٤ و ٧٥.
- ٩-٩ . إيضاح النافع / مخطوطه و نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٥.
- ١٠-١٠ . الميسيه / مخطوطه و نقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٥.



المسالک (١) و الروضه (٢)، و قال سيّد الرياض: «قولان، الأظهر الأوّل [كاشفه] وفاقاً للأشهر» (٣) و في جامع الشتات أنّ الكشف أنّه «مذهب الأكثر» (٤) و في موضع آخر منه «أنّه الأشهر الأقوى» (٥).

و اختار المقدس الأردبيلي (٦) أنّها ناقله مع إقراره بأنّ الكشف مذهب الأ-كثر، و تبعه الفاضل النراقي (٧)، و هي الظاهر من فخر المحقّقين في الإيضاح (٨) و قد نقل عنه الشهيد في الحواشي النجاريه (٩) و صرح به الفخر في موضع آخر (١٠)، و إليه مال الفاضل الأصبهاني في كشف اللثام (١١).

و لم يربّح المحقّق الثاني في تعليقه على الإرشاد (١٢)، و استشكل فيه العلّامه في القواعد (١٣) و تبعه السيزواري في الكفايه (١٤).

و يظهر من الفاضل الآبي في كشف الرموز (١٥) قولاً ثالثاً في الإجازة و هو أنّها «بيع

ص: ٣٨٤

- ١-١ . المسالك ٣/١٥٨.
- ٢-٢ . الروضه البهيه ٣/٢٢٩.
- ٣-٣ . رياض المسائل ٨/٢٢٧.
- ٤-٤ . جامع الشتات ١/١٦٤ من الطبعه الحجريه (٢/٣١٩ من طبع الحروفى).
- ٥-٥ . جامع الشتات ١/١٥٥ من الطبعه الحجريه (٢/٢٧٩).
- ٦-٦ . مجمع الفائده ٨/١٥٩.
- ٧-٧ . مستند الشيعه ١٤/٢٨٤.
- ٨-٨ . إيضاح الفوائد ٣/٢٨.
- ٩-٩ . لم أعثر على هذا النقل في الحاشيه النجاريه ولكن نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٥.
- ١٠-١٠ . إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.
- ١١-١١ . كشف اللثام ٧/١٠٣.
- ١٢-١٢ . حاشيه إرشاد الأذهان ٣٣٧/ المطبوعه في المجلد التاسع من حياه المحقّق الكركي و آثاره.
- ١٣-١٣ . قواعد الإحكام ٢/١٩.
- ١٤-١٤ . الكفايه ١/٤٤٩.
- ١٥-١٥ . كشف الرموز ١/٤٤٦.

و بمثابه عقد ثانٍ». و أكثر ما ذكرناه من الأقوال يظهر من السيّد العاملی (١) رحمه الله .

## ثم يقع الكلام في مقامين:

### المقام الأول: قد يقال بامتناع قولی الكشف و النقل في مقام الثبوت

أمّا الكشف: فلاستلزامه كون الإجازة شرطاً متأخراً و هو محال، ضروره كون الشرط من أجزاء العله التامه و تقدّمها على المعلول من الواضحات و إلا يلزم تأخر بعض أجزاء العله عن المعلول و هو مستحيل (٢).

و أمّا النقل: فلاستلزامه تأثير المعدوم - و هو العقد - في الموجود أي الملكيه أو النقل، و أمّا انعدام العقد حال الإجازة فلكونه متصرم الوجود و أمّا تأثيره في الوجود فلاّن المفروض حصول الأثر و هو النقل و الانتقال حال الإجازة الواقعه بعد انعدام العقد. و لا يعقل تأثير العدم في الوجود (٣).

ولكن نقول: بعدم تماميه هذين الدليلين بالنسبه إلى قولی الكشف و النقل

و أمّا ردّ دليل امتناع الكشف: فيما مرّ مرارا و تكرارا في أبحاثنا الأصوليه من أنّ امتناع تخلف المعلول عن العله إنّما في عالم التكوين و الوجود، ولكن في العالم الاعتبار و الجعل الذي تجرى الأحكام الشرعيه فيه ليس كذلك أي لا تكون العله و المعلول و العليه بل الأمر يدور مدار الجعل و الاعتبار و بأيّ نحو جعلت و اعتبرت تكون كذلك ولو على نحو الشرط المتأخر كأجزاء من صوم النهار الذي يقع قبل غسل المستحاضه، و الغسل شرط لصحة تلك الأجزاء الماضيه بل كغسلها الليلي لصوم النهار الماضي كما عن بعض، و لذا قال جدی الشيخ جعفر قدس سره: «و ليس في تأخر بعض الشروط غرابه لا في عبادته و لا في معامله» (٤). و تبعه تلميذه صاحب الجواهر إذ ذهب إلى: «إنّ

ص: ٣٨٥

١-١ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٥ و ٦٠٦.

٢-٢ . كما ذكره الفخر باختصار في الإيضاح ١/٤٢٠.

٣-٣ . كما ذكر الفخر نحوه في إيضاح الفوائد ١/٤١٩.

٤-٤ . شرح القواعد ٢/٩٥.

الشروط الشرعيه ليست كالعقلية»(١). و التفصيل يطلب من بحث الشرط المتأخر فى علم الأصول.

و أما ردّ دليل امتناع النقل: فالعقد الذى يقع فى زمن الماضى ألفاظه تكون معدومه لأنها من متصرمات الوجود و أما اعتباره و جعله الشرعى فى العالم الاعتبار يكون باقيا و يتم و يصح بالإجازة من المالك، و برده ينعدم و يبطل فى العالم الاعتبار الشرعى.

و الدليل على البقاء الاعتبارى عند العقلاء و المتشرعه هو صحة فسخ العقود الخياريه و صحة الإقاله و صحة لحوق القبول بالإيجاب عرفاً، فلا يلزم تأثير المعدوم فى الموجود أصلاً.

## المقام الثانى: دليل القولين فى مقام الإثبات

### ما استدل به على الكشف

### الوجه الأول: حُكى عن المحقق و الشهيد الثانيتين بأن العقد بنفسه

الوجه الأول: حُكى (٢) عن المحقق و الشهيد الثانيتين (٣) بأنّ العقد بنفسه و بدون ضمّ شىء آخر يكون سبباً لوجوب الوفاء فى قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(٤) و يكون سبباً لحصول الملكيه، و تَنكَّشِفُ تماميه العقد بإجازة المالك و إعلام رِضاة، ولو لم يترتب الأثر لزم أن لا يكون وجوب الوفاء بنفس العقد فقط و هو خلاف الفرض.

و ردّ الشيخ الأعظم (٥) على هذا الاستدلال بأنّ عتية العقد للملكيه إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلّم، ولكن فى الفضولى قبل الإجازة لا يُعلم رضا المالك أصلاً، فكيف يُحكم بالملكيه قبل حصول الإجازة و أما بعدها فلا مانع من ترتب الملكيه فتكون

ص: ٣٨٦

١-١. الجواهر ٢٣/٤٦٢ و مابعدہ (٢٢/٢٨٦).

٢-٢. حكاہ السيد المجاهد فى المناہل / ٢٩٠، و السيد العاملى فى مفتاح الكرامہ ١٢/٦٠٦ عن القائلين بالكشف.

٣-٣. جامع المقاصد ٤/٧٤ و ٧٥، الروضه البهيہ ٣/٢٢٩.

٤-٤. سورہ المائدہ ١/.

٥-٥. المكاسب ٣/٤٠٠.

و أما إذا لم يصدر العقد عن رضا المالك فعليته بالنسبه إلى الملكيه محلّ منع واضح، لاعتبار رضا المالك في العقود الماليه و غيرها.

ثم ذكر الشيخ الأعظم (١) تقريراً آخرًا لهذا الدليل، و هذا التقرير للشيخ الفقيه الشيخ محسن الأعسم في كتابه «كشف الظلام في شرح شرائع الاسلام» (٢) المخطوط قال فيه: «احتج الكاشفون بأمور: الأول: أنّ السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط و كلّها حاصله إلّا- رضا المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام. و اشتراط المقارنه في تأثير العقد محتاج إلى الدليل بعد عموم الأمر بالوفاء بالعقود. فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصه، بل هو مع الأمر الآخر» (٣).

و الفرق بين التقريرين: الإجازة اللاحقه ببيع الفضولي كاشفه عن وجود الرضا حال العقد فبها تحرز تماميه عقد الفضولي للملكيه.

ولكن الإجازة اللاحقه في التقرير الثاني تكون بنفسها رضا بسببئه العقد للملكيه.

و ردّ الشيخ الأعظم على هذا التقرير بقوله: «أنّه إذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله؟» (٤).

و بالجملة: ايراد الشيخ الأعظم يرجع إلى ما مرّ من امتناع القول بالكشف في مقام الثبوت.

و حاصله: سببئه الإجازة اللاحقه - و هي الرضا- لحصول الملكيه بالعقد، توجب حصول الملكيه بعد الإجازة و هذا هو القول بالنقل، ولو حصل الملكيه قبل حصول الإجازة، يلزم تقدّم المسبّب على السبب أو المشروط على الشرط أو المعلول على العلّه التامه و هو محال.

ص: ٣٨٧

١-١. المكاسب ٣/٤٠٠.

٢-٢. كما تبّه عليه المحقّق الشهيدى في هدايه الطالب ٣/٩٤.

٣-٣. كشف الظلام، المتاجر، مخطوط، نقل عنه المحقّق المروج في هدى الطالب ٥/٢٠.

٤-٤. المكاسب ٣/٤٠١.

قال: «و دعوى (١) أن الشروط الشرعيه ليست كالعقليه، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس [لمن خاف عدم وجدان الماء (٢)] وإعطاء الفطره قبل وقتها [من أول شهر رمضان (٣)] فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضه الصائمه [لتبعية حصوله للصوم لحصوله للصلاه (٤)] و كغسل العشائين لصوم اليوم ماضى على القول به (٥)» (٦).

و هذه الدعوى من الشيخ الأعظم (٧) مدفوعه بأن استحاله تقدّم المشروط على الشرط أو المسبب على السبب تكون من الأحكام العقليه فلا يمكن تخصيصها كاجتماع المتناقضين، و تكثير الأمثله لا يوجب وقوع المحال العقلي.

و الأمثله التي تُؤهم ذلك «لابدّ فيه من التزام أن المتأخر ليس سببا أو شرطاً، بل السبب و الشرط الأمر المنتزَع من ذلك» (٨) و هو التعقّب و اللحق ففي الغسل تعقّب يوم الجمعة و في الفطره تعقّب بالإهلال و في المستحاضه تعقّب بالغسل و في الإجازة تعقّبها و لحوقها بالعقد، و اللحق التعقّب أمر مقارن لا متأخر.

ثم يرى الشيخ الأعظم (٩) هذا الأمر الانتزاعي - و هو التعقّب و اللحق - خلاف

ص: ٣٨٨

- 
- ١-١ . المدعى كما مرّ هو صاحب الجواهر ٢٣/٤٦٤ (٢٢/٢٨٧) لأنه قال: «قد عرفت الفرق بينها [العلة التامه أى العقليه] و بين ما نحن فيه من العلل الشرعيه التي لا غرابه في تأخر الشرائط فيها - في عبادته و لا معاملته - ولكن على الوجه المزبور...».
  - ٢-٢ . راجع الشرائع ١/٣٦.
  - ٣-٣ . راجع المسالك ١/٤٥٢.
  - ٤-٤ . راجع الجواهر ٣/٦٤٤ من طبعه جماعه المدرسين (٣/٣٦٦ من طبعه الاسلاميه).
  - ٥-٥ . راجع مستند الشيعة ٣/٣٨ و ٣٩.
  - ٦-٦ . المكاسب ٣/٤٠١.
  - ٧-٧ . المكاسب ٣/٤٠١.
  - ٨-٨ . المكاسب ٣/٤٠١.
  - ٩-٩ . المكاسب ٣/٤٠١.

ظاهر أدله اعتبار التراضي و طيب النفس الظاهرين في موضوعيتهما دون الأمر الانتزاعي. (١)

ثم قال الشيخ الأعظم: «اللهم إلا أن يكون مراده [أى مراد هذا المدعى] بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه» (٢).

مراده: أن يجعل اتصاف الرضا و الإجازة بالشرطيه من الوصف بحال المتعلق، لئِنَّه بناءً على الكشف يتأثر العقد من زمن وقوعه من الإجازة و يحكم بصحته من حينه، لئِنَّه ملحق بالإجازة و الملحق به شرط مقارن للعقد، فتوصيف الرضا و الإجازة بالشرطيه يكون بحال متعلقه. و من قبيل المجاز في الكلمه، لأنّ معنى الشرط اصطلاحاً هو ما يتوقف تأثير المقتضى على نفسه لا على لحوقه كما في هذا البيان.

ثم اعترض عليه الشيخ الأعظم بقوله: «و هذا [١] مع أنّه لا يستحقّ اطلاق الشرط عليه، [٢] غير صادق على الرضا، لأنّ الاستفادة من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، و أنّه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس، و أنّه لا ينفع لحوقه في حلّ تصرف الغير و انقطاع سلطنه المالك» (٣).

و عطف على هذا المقال قوله: «و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام - بل التزم به غير واحد من المعاصرين - من أنّ معنى شرطيه الإجازة مع كونها كاشفه، شرطيه الوصف المنتزع منها، و هو كونها لاحقاً للعقد في المستقبل، فالعله التامه: العقد الملحق بالإجازة، و هذه صفه مقارنه للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخره عنه» (٤).

مراده: من بعض الأعلام هو جدّى العلامة الشيخ محمّد تقى صاحب الهدايه كما نقل عن الشيخ الأعظم تلميذه الشيخ محمّد حسن المامقانى رحمه الله و قال: «و سمعت منه

ص: ٣٨٩

١-١ . كما في هدى الطالب ٥/٢٧.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٠١.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٠٢.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٠٢.

شفاها في بعض أبحاثه حكايته عن شرح التبصره للشيخ الجليل محمد تقي الأصبهاني»(١).

و مراده من غير واحد من المعاصرين هم أصحاب الفصول و المستند و أنوار الفقاهه و الجواهر.

فحينئذ لابد من نقل كلمات هؤلاء القوم حتى تعرف حقيقه مرامهم فنقول:

قال العلامة الجدد الشيخ محمد تقي صاحب الهدايه رحمه الله: «و دعوى لزوم مقارنة الشرط للمشروط مسلّمه إن أريد توقف التأثير عليها بأن يكون ترتب الأثر على المشروط مقارنة لحصول الشرط، و لا يلزم منه تقارنهما في الوجود، ألا ترى أنّ القبض في المجلس شرط في (صحته، ن ل) بيع الصرف و السلم مع أنّ القبض قد يتأخر عن العقد، و كذا الحال في قبض الوقف و قبض الهبه.

على أنه قد يكون الشرط وجوده في الجملة ولو متأخرا عن المشروط، فلا- يتوقف تأثير المشروط على وجوده حين تأثيره، فيكشف وجوده المتأخر عن اقتران الشرط بالمشروط حين التأثير كما هو الحال في المقام بناءً على القول بكون الإجازة كاشفه»(٢).

و قال أخيه صاحب الفصول: «... و من هذا القبيل كلّ شىء يكون وقوعه مراعى بحصول شىء آخر كالصحة المراعاة بالإجازة في الفضولى فإن شرط الصحة فيه كون العقد بحيث يتعقبه الإجازة، و ليست مشروطه بنفس الإجازة، و إلا لامتنعت قبلها»(٣).

و قال الفاضل النراقى: «و الحاصل: أنه يتوقف تأثير العقد على وجود الإجازة لا- بمعنى توقّفه على وجودها الفعلى، بل على وجودها ولو في وقت آخر، فلو كان العقد في الواقع بحيث تتعقبه الإجازة بعد مدّه يكون حين الصدور سببا تاما، و إذا كان في الواقع بحيث لم تتعقبه الإجازة يكون فاسدا»(٤).

ص: ٣٩٠

١- ١. غايه الآمال / ٣٧٥.

٢- ٢. تبصره الفقهاء ٣/٣٤٠؛ و كذا استظهر من عبارته هدايه المسترشدين ٢/١٧٥.

٣- ٣. الفصول الغرويه / ٨٠.

٤- ٤. مستند الشيعة ١٤/٢٨٣.

وقال خالى الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمهما الله: «إنَّ الإجازة ناقله من حينها... أو كاشفه عن الصّحه المتقدمه بمعنى: أنّ الصّحه ثابتة من قبل إنكشاف بها، لأنّها موقوفه على حصول الشرط، و هو الرضا فى أحد الأزمنة ولو متأخرا، فبالإجازة بان حصوله. أو بمعنى أنّ الإجازة أثرت فى صّحه العقد الماضى حين صدوره، فيها انكشف أنّ العقد الأوّل كان صحيحا من حينه؟ وجوه أقواها الوسط و ربّما كان هو المشهور»(١).

أقول: هذه العبارة كما ترى لَيْسَتْ صريحة فى شرطيه الوصف المنتزع.

وقال صاحب الجواهر فى عدّ معانى الكشف: «الثالث: - وهو التحقيق - أن يكون الشرط حصول الرضا ولو فى المستقبل، الذى يعلم بوقوعه من المالك مثلاً- أو بإخبار المعصوم أو نحو ذلك، والمراد شرطيه الرضا على هذا الوجه. و كأنّ هذا هو المتعين»(٢).

و اعترضَ عليهم الشيخُ الأعظمُ بوجه ثلاثة:

الأوّل: هذا البيان و التعريف - و هو شرطيه اللّحوق و التعقّب أو شرطيته فى الجملة ولو كان متأخرا عن المشروط كما يظهر من المحقّق التقى - بالنسبة إلى الشرط غير تام، لأنّ الشرط هو ما يتوقف تأثير المشروط عليه و لا يحصل المشروط من دون تحقّق شرطه.

الثانى: انتزاع التعقّب و اللّحوق و الشرطيه فى الجملة من شرطيه الإجازة لبيع الفضولى خلاف ظاهر أدله اعتبار التراضى و طيب النفس الظاهريّن فى موضوعيتهما و فعليتهما.

الثالث: المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله و لا ينفع اللّحوق و التعقّب بالنسبة إلى الرضا فى انقطاع سلطنه المالك و تصرفات الغير فى ماله فعلاً.

و أنت ترى بأنّ الاعتراض الثالث هو عبارة أخرى عن الإعتراض الثانى.

ص: ٣٩١

١- ١. أنوار الفقاهه / مخطوط، نقل عنه المحقّق المروج فى هدى الطالب ٥/٣٠.

٢- ٢. الجواهر ٢٣/٤٦٦ (٢٢/٢٨٩).



و بعد هذه المناقشات على لاءِ غلام الطائفه قال: «و قد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد، و فيه: ما لا يخفى من المخالفه للأدله»(١).

مراده من هذا البعض هو صاحب الجواهر رحمه الله حيث يقول: «نعم، لو أخبر المعصوم بأنه يحصل الرضا فعلاً من المالك الذي يؤثر رضاه، كفى ذلك في ترتب الآثار الآن عليه لتحقق الشرط حينئذ كتحققه بنفس وقوعه، إذ الشرط الحصول فعلاً ولو في المستقبل، و لا ريب في تحقق الحصول في المستقبل بالإخبار، أو لأنّ مثل هذا الشرط لا بأس بحصول مشروطه قبله بعد أن كان من الأوضاع الشرعيه التي منها ما يشبه تقدّم المعلول على العله»(٢).

و اعترض عليه: بأنّ التصرف في مال الغير قبل حصول الرضا و طيب النفس الفعلين خلاف لأدله اعتبارهما.

ولكن يمكن أن يدافع عن العلامه الجدّ و أتباعه في قبال اعتراضات الشيخ الأعظم بما يلي:

الأول: تعريف الشرط بما يتوقف عليه المشروط صحيح بالنسبه إلى الشروط التكوينية الخارجيه أما بالنسبه إلى الشروط الشرعيه فلا، كما يظهر ذلك من الأمثله الأربعة المذكوره في كلام الشيخ الأعظم(٣) و الثلاثة المذكوره في كلام العلامه الجدّ.

الثاني: لا- يُنكر الظهور الأولى لأدله اعتبار التراضي و طيب النفس في فعليتهما و موضوعيتهما كما عليه الشيخ الأعظم ولكن لا نسلم اعتبار رضا المالك و طيب نفسه الفعليتين في صحه الانتقال و حليّه التصرف، بل يكفي حصولهما و لحوقهما و تعقبهما ولو في ما بعد فيتم ما ذكره صاحب الجواهر من التفريع و حيث أنّ الإعتراض الثاني و الثالث واحد نكتفي بجواب واحد، و هذا كله في توضيح كلام الشيخ الأعظم و نقده بالنسبه إلى

ص: ٣٩٢

١-١ . المكاسب ٣/٤٠٢.

٢-٢ . الجواهر ٢٣/٤٦٦ (٢٢/٢٨٨).

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٠١.

الوجه الأول من وجوه الاستدلال على الكشف، و الحمد لله على الستر.

## الوجه الثاني: للاستدلال على الكشف

### إشاره

قال الشيخ الأعظم عن هذا الوجه: «انّ الإجازة متعلّقه بالعقد، فهي رضا بمضمونه و ليس إلّا نقل العوضين من حينه»<sup>(١)</sup>.

و هذا الاستدلال لسيد الرياض قال: «... إذ ليس معناها [الإجازة] إلّا الرضا بمضمون العقد و ليس إلّا إنشاء نقل العوضين من حينه»<sup>(٢)</sup>.

و للمحقّق القمي في جامع شتاته<sup>(٣)</sup> و غنائم أيامه<sup>(٤)</sup>.

و الاستدلال قوامه أمور ثلاثة:

الأول: متعلّق الإجازة هو العقد كما أنّ متعلّق الرد و الفسخ كذلك.

الثاني: عقد الفضولي يدل على النقل من حين وقوعه.

الثالث: الإجازة هي رضا بمدلول العقد و مضمونه.

فالإجازة تصحّح استناد العقد إلى مالكة المجيز و تكون كاشفه عن صحه العقد من حين وقوعه.

### ثمّ اورد عليه الشيخ الأعظم بوجوه ثلاثه:

#### الأول: مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقيّد بزمان وقوعه

الأول<sup>(٥)</sup>: مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقيّد بزمان وقوعه، و إن كان الزمان ظرف وجوده لأنّه من الزمانيات ولكن وقوعه في زمان لا يدلّ على أنّه مقيّد بذلك الزمان و «كما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك إذا أمضى

ص: ٣٩٣

١-١. المكاسب ٣/٤٠٠.

٢-٢. رياض المسائل ٨/٢٢٧.

٣-٣ . جامع الشتات ١/١٥٥ من الطبعه الحجريه (٢/٢٧٩).

٤-٤ . غنائم الأيام ٥٤٢/ من الطبعه الحجريه.

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٠٣.

إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة»(١).

أقول: كما أنّ العقد و مضمونه و هو النقل غير مقيد بالزمان، يمكن أن يقال بأنّ الإجازة أيضا كذلك غير مقيدة بالزمان فيمكن أن يتعلّق بالعقد من حين وقوعه أو من حين وقوع الإجازة، فهذا البيان يكون أخص من مدعاه و هو الردّ على القول بالكشف كما يظهر ذلك من المحقّق الإيرواني.(٢)

ثمّ استشهد لمقالته بأنّ مقتضى القبول ليس وقوع الملك من زمان الإيجاب مع أنّ مقتضى القبول ليس إلا الرضا بمضمون الإيجاب، بل يتمّ العقد من حين القبول.

ولكن الأئولى تنظير الإجازة بمقابلها و هو الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ العقد من حينه لا من حين وقوع العقد، فكذلك الإجازة فإنّها تنفيذ العقد من حين وقوعها لا من حين وقوع العقد حتّى تدلّ على الكشف(٣) كما يأتي منه قدس سره .

ثمّ اعترض(٤) على استشهاده بوجود الفارق بين القبول و الإجازة، و هو العقد لا يتمّ إلا بالقبول و العقد سبب للملك فلا يتقدّم الملك على سببه، ولكن فى الإجازة، العقد وقع تماما و هو السبب للنقل و الإجازة هى الرضا بمضمون العقد فيكشف صحته من حين تحقّقه.

و أجاب(٥) عن الاعتراض بأنّ: كما أنّ الإيجاب بنفسه ليس سببا للملك، كذلك عقد الفضولى لا يترتب عليه الأثر إلا بعد الإجازة فكلّ من القبول و الرضا جزءٌ عله الملك، فالفارق بينهما غير موجود.

ثمّ استشهد(٦) بتنظير الإجازة و الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ للعقد من حين وقوع

ص: ٣٩٤

١-١ . المكاسب ٣/٤٠٣.

٢-٢ . حاشية المكاسب ١/١٢٧.

٣-٣ . كما فى هدى الطالب ٥/٣٩.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٠٣ قوله: «و دعوى: أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه...».

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٠٣ قوله: «مدفوعه بأنّ سببته...».

٦-٦ . المكاسب ٣/٤٠٤ قوله: «و لأجل ما ذكرنا أيضا...».

الفسخ فكذلك الإجازة تثبت العقد من حينها، و السّر في ذلك كلّه عدم كون الزمان قيّدا للنقل في البيع بل ظرفا له «فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ إنّما يتعلّق بنفس المضمون دون المقيد بذلك الزمان»(1).

ثمّ استشهد(2) بأمر آخر و هو: جواز إنشاء الإجازة بكل ما يدلّ على الرضا بنفس عقد الفضولي أو بنتيجته فيمكن صدور الإجازة بمثل قول المالك: «رضيتُ بالعقد أو أجزته» أو قوله: «رضيتُ أو أجزتُ بانتقال مالى إلى المشتري» أو بالفعل الدال عليه نحو: تسليم المبيع إلى المشتري أو أخذ الثمن منه أو تمكين المرأة نفسها من الزوج في نكاح الفضولي.

ففس إمكن صدور الإجازة بنتيجة العقد أو بالفعل يدلّ على أنّ النقل وقع من حينها، لئِنَّه لم يُلاحظ فيهما زمان وقوع العقد.

ثمّ أتى(3) بتقرير آخر و هو: الإجازة تقوم مقام الرضا و الإذن المقرّون بالعقد الفضولي و بهما يصير المالك بمنزله العاقد، فالإجازة إمّا شرط للعقد لكونها قائمه مقام الإذن الذى هو شرط للعقد. و إمّا جز سبب الملك لكونها قائمه مقام إنشاء المالك، و على الحالين لا يتم العقد و مضمونه - و هو النقل - إلاّ بعد صدور الإجازة التى هى شرط للعقد أو جزء سبب للملك الذى هو مضمون العقد.

و يرى الفقيه السيّد اليزدى(4) رحمه الله هذا التقرير دليلاً مستقلاً لا دخل له بماضيه بل هو قريب بإشكاله الثانى الآتى.

ثمّ ردّ الشيخ الأعظم هذا التقرير «بعباره أخرى» و قال: «المؤثر هو العقد المرضي به، و المقيد من حيث أنّه مقيد لا يوجد إلاّ بعد القيد، و لا يكفى فى التأثير وجود

ص: ٣٩٥

١-١ . المكاسب ٣/٤٠٤.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٠٤ قوله: «و الحاصل: أنّه لا إشكال...».

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٠٤ قوله: «و بتقرير آخر أنّ الإجازة...».

٤-٤ . حاشية المكاسب ٢/١٨٠.

أقول: الملكية المَجْعُولَة المنشأ توسط العاقد، التي أجازها المالك تستحيل أن تكون مهملة - أي غير مقيّده بشيء - لأنّ العاقد المنشئ الجاعل إمّا أن تجعل الملكية مطلقه - أي من هذا الزمان إلى يوم القيامة أو حدوث ما يزيله - أو مقيّده بزمان - كالملكية بعد ساعه أو يوم أو أسبوع أو شهر أو... - و بما أنّها لا تكون مقيّده فتكون مطلقه يعنى من زمان العقد إلى يوم القيامة، و الإجازة إنّما تعلّقت بتلك الملكية المطلقة يعنى من زمان العقد فلا محاله تكون الإجازة كاشفه.

و النقص بالقبول غير وارد، لأنّ الملكية المنشأه بالإيجاب مقيّده بالقبول و ليست مطلقه فكأنّه قال: بعثك إن قبلت، و قد ذكرنا أنّ مثل هذا التعليق فى العقود ممّا لا بأس به لأنّه تعليق يقتضيه نفس العقد. فالملكية أنشأت معلقه على القبول فلا معنى لتقدّمها عليه بخلاف(٢) الإجازة.

### الثانى: قال ما حاصله: سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيّد

الثانى: قال(٣) ما حاصله: سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيّد بالزمان و سلّمنا تعلّق الإجازة بهذا المضمون إلاّ أنّه لا يترتب عليه الملكية الشرعيه، لتوقفها على إمضاء الشارع، و إمضائه يتوقف على إجازة المالك حتّى يشمل قوله تعالى «أوفوا بالعقود»(٤)، فالملكية الشرعيه تحدث فى زمان إمضاء المالك لا إنشاء العاقد، و هذا يعنى أنّ الإجازة ناقله و ليست بكاشفه.

فظهر من ذلك عدم تماميه الاستدلال على الكشف بقوله تعالى «أوفوا بالعقود»، لأنّ وجوب الوفا يترتب على عقد المالك، و عقد الفضولى لا يصير للمالك و لا يستند إليه إلاّ بعد إجازته، و بعدها يترتب وجوب الوفاء بالعقد و هذا هو القول بالنقل.

ص: ٣٩٦

١-١ . المكاسب ٣/٤٠٤.

٢-٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٤١.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٠٥.

٤-٤ . سوره المائده ١/.

و ظهر عدم تماميه الاستدلال على الكشف بقوله تعالى «أحل الله البيع»<sup>(١)</sup>، لأنَّ الملك ينشأ من حليّه التصرف و هى تتوقف على الإجازة و الرضا من المالك، فقبلها لا يحلّ التصرف، «خصوصا إذا علم عدم رضايه المالك باطنا أو تردده فى الفسخ و الإمضاء»<sup>(٢)</sup>، فإذا لم يحلّ التصرف فلا يتحقّق الملكيه.

أقول: نعم، الشارع يحكم بالملكيه بعد إجازة المالك إلاّ أنّه لا ينافى أن يحكم بعد الإجازة بالملكيه من أوّل الأمر، و لا مانع من تغاير زمانى الحكم و المحكوم به كما وقع عكس ذلك فى الوصيه حيث حكم الموصى بالملكيه للموصى له بعد موته - فإذا جاز ذلك فليكن عكسه أيضا جائزا، ففى المقام حكم الشارع بعد الإجازة بالملكيه المتقدمه بعد العقد.<sup>(٣)</sup>

و الشاهد عليه: ملاحظه باب الإجازة كما إذا أجزّ الفضولى دار شخص من أوّل السنه فأجازها المالك بعد شهر مضت من أوّل السنه، حكم الشارع بعد الإجازة بصحة الإجاره ولكن المحكوم به هو ملكيه منافع الدار من أوّل السنه للمستأجر.<sup>(٤)</sup>

و يمكن أن يورد على هذا المقال بوجهين:

أ: إنّ الحكم بملكيه شىءٍ لشخصين مستحيل و العبره بتعدّد المتعلّق لا بتعدّد زمان الاعتبار، فلو كان المتعلّق واحدا فالحكم عليه بحكمين متنافيين محال، ولو كان الحكمان و الاعتباران يتعلّقان بشىء واحد فهذا مستحيل و إن كان زمانهما غير واحد.

و أمّا إذا كان المتعلّق متعدّدا فيصحّ أن يحكم عليهما بحكمين مختلفين ولو كانا فى زمان واحد. أو فى زمانين.

و فى المقام متعلّق الحكم و الاعتبار واحد و هو الملكيه قبل الإجازة، فقد يقال نعتبرها قبل الإجازة للمالك و بعدها للمشتري، فهى شىءٌ واحد قد حكم به لشخصين و

ص: ٣٩٧

١-١ . سورة البقره ٢٧٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٠٦.

٣-٣ . كما يظهر من المحقّق الخراسانى فى حاشيته على المكاسب ٦١/٦١.

٤-٤ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٤٢.

يظهر هذا البيان من المحقق النائيني (1) في بحث حكم الخروج من الأرض المغصوبه.

و أجاب عنه تلميذه السيد الخوئي رحمه الله : «أنّ ما أفاده إنّما يتم في الأحكام البعثيه و الزجرية و هي التكليفيّه فقط حيث أنّها تحتاج إلى المتعلّق لا محاله، و الشىء الواحد لا يمكن أن يبعث إليه و يزجر عنه و لا يمكن إيجابه و تحريمه... و أمّا الأحكام الوضعيه فلا، لأنّها ناشئه من مصالح في جعلها و لا مانع من أن يعتبر في زمان شخصا مالكا لشيءٍ لأجل مصلحه في هذا الاعتبار، و أن يعتبر في زمان آخر غيره مالكا له لأجل مصلحه أخرى و هذا أمر ممكن في الاعتبار...» (2).

ب: ما ذكرتم من وجود الاعتبارين بالنسبه إلى متعلّق واحد في زمانين مختلفين إنّما يتم في القضايا الخارجيه و الموالى العرفيه التي نظرها إلى البيوع الخارجيه، و أمّا في القضايا الحقيقيه و الأحكام الشرعيه التي لا نظر فيها إلى الخارج فلا يتم بوجه، بل إنّما هي مترتبه على موضوعاتها المقدره الوجود و صادرة قبل خلق الخلق و العالم أو حين نزول الشريعه فلا يتم أبدا، لأنّ الشارع إنّما اعتبر الملكيه قبل وجود المتبائعين لا محاله كما هو كذلك في الأحكام التكليفيه كوجوب الحج....

و عليه فنقول: إنّ الشارع الذي اعتبر الملكيه هل اعتبرها من حين العقد أو من حين الإجازة فعلى الأول تكون الإجازة كاشفه حقيقه كما أنّها على الثاني تكون ناقله فلا يبقى لاستكشاف ما ذكرتموه مجال...» (3).

ثمّ أجاب السيد الخوئي (4) عن هذا الإيراد بجوابين:

أحدهما: إنّ الشارع بالنسبه إلى الإعتباريات ليس جاعل بل هو لم يردع عنها و

١-١ . راجع أجود التقريرات ٢/١٨٨.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٤٤.

٣-٣ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٤٥.

٤-٤ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٤٦.



أمضاها بما لها عند العقلاء و في المقام ما أتى به المالك هو الاعتبار بعد الإجازة المتعلقة بالملكه السابقه و المفروض أن الشارع قد أمضى هذا الاعتبار في الفضولى فيقع الملكيه بعد الإجازة من أول العقد.

ثانيهما: و على فرض أنه جاعلٌ و معتبرٌ و اعتبره أزلئى، موضوع اعتباره هى الإجازة، لأنه اعتبر ملكيه المشتري من أول العقد إذا تحققت الإجازة و بعد ما تحققت فيتحقق الحكم بالملكيه من أول الأمر كما فى وجوب الحج بالنسبه إلى الاستطاعه، فكون القضية حقيقته و يترتب الحكم فيها على موضوعاتها المقدره غير مضر بالاستدلال.

### الثالث: قال ما حاصله: الإجازة لا توجب نفوذ العقد من حين

الثالث: قال (١) ما حاصله: الإجازة لا- توجب نفوذ العقد من حين وقوعه، و إن كانت موجبه لنفوذ من حين وقوعها، كما أن مضمون صيغه القبول - و هو رضا بمضمون الإيجاب - لا يوجب ترتب الأثر من زمن الإيجاب. هذا أولاً.

و ثانيا: ولو كانت الإجازة موجبه لنفوذ العقد من حين وقوعه، فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور لأنه غير معقول لاستلزامه استحاله انقلاب الشىء عمّا وقع عليه، لأن عقد الفضولى لم يقع حين حدوثه مؤثراً، فكيف يصير مؤثراً بعد صدور الإجازة من زمان وقوعه؟ (٢)

و لذا لو ورد دليل على وقوع عقد الفضولى من حينه بعد صدور الإجازة لابد من صرفه عن ظاهره و حمله على «إرادته معامله العقد بعد الإجازة معامله العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنه» (٣) نحو انتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري، و إن كان أصل الملك قبل الإجازة يكون للمالك و النماء يقع فى ملكه.

و هذا القول فى الكشف هو الكشف الحكمى و هو غير الكشف الحقيقى و قال الشيخ الأعظم فى شأنه: «و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ

ص: ٣٩٩

١-١ . المكاسب ٣/٤٠٦.

٢-٢ . هدى الطالب ٥/٥٣.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٠٧.

شريف العلماء (١) فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته» (٢).

### ترجمه شريف العلماء المازندراني

و يرى الشيخ الأعظم (٣) هذا القول في الكشف خلاف ظاهر كلام القائلين به و استشهاد بكلام العلامة في القواعد حيث قال: «في زمان الإنتقال إشكال» (٤)، حيث جعل النزاع في زمان الإنتقال.

و يرد على أوله: وجود الفارق بين صيغه القبول في العقد، و الإجازة في بيع

ص: ٤٠٠

١- ١. هو محمّد أو محمّد شريف بن حسنعلی الآملی المازندرانی، وُلد في كربلا المقدسه و حضر على السيد محمّد المجاهد و والده صاحب الرياض و على الأخير تسع سنين، و قد يقال: حضر سنه على الميرزا أبو القاسم القمي صاحب القوانين و اشتغل بالسياحه في أطراف بلاد العجم و زار الإمام الرضا عليه السلام و رجع إلى كربلا و جلس على كرسي التدريس في مدرسه حسن خان، و له اهتمام تام في أمر التدريس و لذا لم يوفق للتأليف إلا أنه كتب رساله في «أمر الأمر مع علمه بانتفاء شرط الأمر» بالتفصيل. و كان له مجلسان للدرس، مجلس للمبتدئين و مجلس للمنتهين. و حضر عليه قريبا من ألف طالب و عالم أمثال الشيخ الأعظم و السيد ابراهيم الموسوي القزويني صاحب ضوابط الأصول و الملا آغا الدربندي و السيد محمّد شفيع الجابلقى و المولى اسماعيل اليزدي و سعيد العلماء المازندراني و الشيخ محمّد حسن آل ياسين. توفي بمرض الطاعون في سنه ١٢٤٥ و دفن في سرداب بيته قريبا من الجهه الجنوبيه للصحن الحسيني الشريف، و خلف ولدا ذكورا توفي في هذه السنه و لم يبق له من الأولاد. راجع: الروضه البهيه (٩-١١) لتلميذه السيد محمّد شفيع الجابلقى؛ معارف الرجال ٢/٢٩٨، رقم ٣٥٨؛ أعيان الشيعة ٩/٣٦٤؛ و زندگانی و شخصیت شيخ انصاری ١٤٨؛ الكنى و الألقاب ٢/٣٥٤، رقم ٣٨٨ (طبعه جماعه المدرسين)؛ هديه الأجاب ١٨٢؛ تكمله أمل الآمل ٣/١٥٧، رقم ٨٥١؛ نجوم السماء ٢/٣٩٩، رقم ٤٢؛ الكرام البرره ٢/٦١٩، رقم ١١٤؛ غرقاب ١٩٦، رقم ٨١.

٢- ٢. المكاسب ٣/٤٠٧.

٣- ٣. المكاسب ٣/٤٠٧.

٤- ٤. القواعد ٢/١٩.

الفضولى لأنَّ العقد مقيّد بالقبول و معلّق عليه كما مرّ (١)، ولكن الإجازة على القول بالكشف كاشدّمه عن صحه العقد من حين وقوعه و بينهما برزخ لا يبغيان.

و يرد على ثانيه: ما ذكره من أنّ عقد الفضولى لم يقع من حين حدوثه، أوّل الكلام و محل نزاع بين قولى الكشف و النقل فى الإجازة، فجعل محل النزاع من أركان استدلاله و هذا ليس إلاّ مصادره بالمطلوب. كما تبه الفقيه السيّد اليزدى (٢) على أنّه أوّل الكلام.

ص: ٤٠١

---

١-١. فى نقد إشكاله الأوّل، صفحه ٣٩١ من هذا المجلد.

٢-٢. حاشيه المكاسب ٢/١٨١.

فسرّ الكشفيون الإجازة بوجوه متعددة و لهم مسالك مختلفة نعدّ لك أهمّها:

### الأول: الكشف الحقيقي الشرطي

و هو الالتزام بأنّ الإجازة تكون شرطا متأخرا و المشهور يذهبون إليه، و اعترض عليهم جمال المحقّقين في حاشيته على الروضة (١) بأنّ الشرط لا يتأخر.

### الثاني: الكشف الحقيقي التعبّي

و هو الالتزام بأن الشرط هو تعبّب العقد بالإجازة، لا نفس الإجازة، فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و يلتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحقّقها في مابعد، نُسب (٢) هذا القول إلى جدّنا العلامة التقى صاحب الهداية (٣) و أخيه صاحب الفصول (٤) و الفاضل التراقي (٥) و خالي الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء (٦) قدس سرهم .

ص: ٤٠٢

١-١ . حاشية الروضة /٣٥٨، لآقا جمال الخوانساري.

٢-٢ . المناسب إلى الجدّ هو الفاضل المامقاني في غايه الآمال /٣٧٥.

٣-٣ . تبصره الفقهاء ٣/٣٤٠؛ هداية المسترشدين /٢١٩ من طبعه مؤسسه آل البيت الحجريه (٢/١٧٥) من طبعه جماعه المدرسين).

٤-٤ . الفصول الغرويه /٨٠.

٥-٥ . مستند الشيعة ١٤/٢٨٣.

٦-٦ . أنوار الفقاهه / مخطوط قد مرّ عبارته في صفحه ٣٨٦ من هذا المجلد.

### الثالث: الكشف الحقيقي التقديرى

و هو الالتزام بكفايه الرضا التقديرى المنكشف بالإجازة بمعنى أنّ المالك لو التفت لكان راضيا و الإجازة كاشفه عنه ككشف شاهد الحال عنه، هذا قول المحقق الرشتى. (١)

### الرابع: الكشف الحقيقي التامى

و هو الالتزام بأنّ الإجازة تكشف عن أنّ العقد هو سبب تام للملكيه و هو مذهب ثانى المحققين (٢) و الشهيدين (٣) كما مرّ.

و هو الاستفادة من كلام صاحب مفتاح الكرامه حيث يقول: «إنّ العقد سبب تامّ مع الإجازة و إن تأخرت عنه فعلاً فهو مراعى لا موقوف، فإن حصلت كشفت عن تأثيره من حين وقوعه لتقدمه و تعلق مقتضاها به، إذ المالك إنّما رضى بانتقال ملكه عنه من وقت العقد فحينئذ هي شرط للعلم بالوقوع و التأثير لا شرط للنقل، فلذا قلنا: إنّها كاشفه، و العقد مع عدم ظهورها موقوف لا نعلم سببته و لا تأثيرها ظاهراً إذا تجرّد عنها فليتأمل جيّداً» (٤).

و تبعه معاصره - الشيخ جواد ملاً كتاب قدس سره - فى شرحه على اللمعه (٥): من أنّ الإجازة تكون نظير التبادر علامه كاشفه عن وضع اللفظ المتبادر منه، و كعلامات البلوغ. ولكن عدّ الفقيه اليزدى (٦) رحمه الله هذا الوجه وجهاً مستقلاً.

### الخامس: الكشف الحقيقي الحصولى

و هو الالتزام بأنّ «الشرط حصول الرضا ولو فى المستقبل الذى يُعلم بوقوعه من

ص: ٤٠٣

١-١. راجع كتاب الإجازة / ١٨٤ للمحقق الرشتى، الطبعة الحجرية.

٢-٢. جامع المقاصد ٤/٧٤.

٣-٣. الروضه البهيه ٣/٢٢٩.

٤-٤. مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٧.

٥-٥. شرح اللمعه / مخطوط، نقل عنه فى هدى الطالب ٥/٦١.

٦-٦. حاشيه المكاسب ٢/١٨١.

المالك مثلاً أو بإخبار المعصوم عليه السلام أو نحو ذلك» كما عليه صاحب الجواهر<sup>(١)</sup> رحمه الله .

### السادس: الكشف الحقيقي الدهرى

الشرط المتأخر بوجوده الدهرى يكون شرطاً بمعنى أنّ جميع الأجزاء والشروط المتعدده والمتكثره، تكون مجتمعاً في وعاء الدهر فلا تقدّم ولا تأخر.

نسبه المحققان الخراسانى<sup>(٢)</sup> و النائينى<sup>(٣)</sup> إلى الميرزا الشيرازى الكبير قدس سره مع أنّ الأخير ذكر إعلام عدم رضاه بهذه النسبه.

### السابع: الكشف الحقيقي الحدوثى

وهو الالتزام بكون «ظرف حدوث الأثر و ترتبه على العقد زمان الإجازة، و ظرف الحادث المترتب عليه زمان العقد»<sup>(٤)</sup>، و بعبارة أخرى: الإجازة تكشف «عن حكم الشارع بعدها بحصول الملك من حين العقد كأنها وقعت حينه، و حاصله: أنّ زمان حكم الشارع بالملك مابعد الإجازة و أمّا نفس الملكيه المحكوم بها فزمانها من حين وقوع العقد»<sup>(٥)</sup> و هذا الوجه هو مختار المحقق الشهيدى<sup>(٦)</sup>.

### الثامن: الكشف الحكمى

«و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقّق الملك فى الواقع إلاّ بعد الإجازة»<sup>(٧)</sup>.

و بعبارة أخرى: «أنّه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبه

ص: ٤٠٤

١- ١ . الجواهر ٢٣/٤٦٦ (٢٢/٢٨٩).

٢- ٢ . فوائد الأصول ٥٨/ لآخوند الخراسانى.

٣- ٣ . المكاسب و البيع ٢/٨٩.

٤- ٤ . هدايه الطالب ٣/١٠٦.

٥- ٥ . هدايه الطالب ٣/٩١.

٦- ٦ . هدايه الطالب ٣/٩٢.

٧- ٧ . المكاسب ٣/٤٠٨.

إلى ما أمكن من الآثار، و هذا نقل حقيقتي في حكم الكشف من بعض الجهات»(١).

قال الشيخ الأعظم: «و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الاستاذ شريف العلماء قدس سره فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته»(٢).

و قال: «أنّ الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل ثم بعده الكشف الحكمي...»(٣).

### التاسع: الكشف الحكمي الانقلابي

عقد الفضولي لا يفيد شيئاً بالنسبة إلى ملكيه المشتري للمبيع و ملك المالك باق عليه قبل الإجازة و أمّا بعدها ينقلب الأمر و يصير المبيع ملكاً للمشتري من حيث العقد، و الإجازة تكشف على نحو الانقلاب عن هذه الإنتقال.

يراه الاستاذ المحقق - مد ظله -: «أتقن الوجوه في مقام الثبوت»(٤). و اختاره صاحب بشرى الفقاهه(٥) - مد ظله - .

### العاشر: الكشف الحكمي الصورتى

«و حاصله: أنّ كل أمر متقدّم يكون كالماده الهيولانيه بالنسبه إلى أمر متأخر عنه و كان المتأخر كالصوره فى إفاده فعليه ذاك الأمر يكون بوجوده منشاءً لتحقق الفعلية فى ذاك المتقدم»(٦) «فمقتضى القاعده ترتيب آثار الموضوع من أول تحقّقه»(٧).

نقل المحقق النائيني هذا الوجه عن استاذه المحقق جدّى الشيخ محمّد باقر النجفي الأصفهاني(٨) نجل صاحب الحاشيه أعلى الله مقامهما.

ص: ٤٠٥

١-١ . المكاسب ٣/٤٠٧.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٠٧.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٠٨.

٤-٤ . العقد النضيد ٣/٢٣٠.

٥-٥ . بشرى الفقاهه ٤/٦٥.

٦-٦ . المكاسب و البيع ٢/٨٤.

٧-٧ . منيه الطالب ٢/٦١.

٨-٨ . كتب المحقق النائيني فى شأن ولده الشيخ محمّد حسين صاحب التفسير و والده الشيخ محمّد باقر بقلمه الشريف ما نصه: «ولكن معظم تلمذى و استفادتى كان من الحبر المحقق الفريد و البحر الزاخر الوحيد، مَنْ قَلَّ ان يسمح الزمان بمثيله أو ير عينه بعديله شيخى العلامة الشيخ محمّد حسين سبط المحقق التقى صاحب التعليقه الكبرى على المعالم و كان فيمن ادركته و رأيتة

حائزاً في علمه و عمله و زهده و ورعه و طول باعه في العلوم العقلية و النقلية ما يبهر العقول و قد أكمل جميع ذلك و لم يبلغ الأربعين من عمره و مع أنه كان من ذوى الفنون الذين قلّ أن يعهد الدهر بأمثالهم ففى كلّ واحد منها كان أبا عذرتة و الوحيد فيه، و كان له في علم الهيئه مسلّك بين المسلّكين به يتضح رموز الأخبار و ينحل مشكلاتها و لم يبرز من تصانيفه التى أخبرنى بها إلاّ اليسير من تفسيره الذى لم يعمل مثله و قد أودع فيه ما ينبئ عن كمال تبحره و طول باعه، و كان قدس سره من أظهر مصاديق مَنْ وصفه أميرالمؤمنين - عليه و آله أفضل الصلوه و السلام - فى خطبتي همام المرويّه أحدهما فى الكافى [الكافى ٣/٥٧٣، ح ١، باب المؤمن و علاماته و صفاته. (٢/٢٢٦)] و الأخرى فى النهج [نهج البلاغه، خطبه ١٩٣]: «يذكر الله تعالى برويته و يدعو إليه برويته» [لم ترد هذه العبارة فى خطبه الهمام ولكن ورد فى الكافى ١/٩٥، ح ٣، باب مجالسه العلماء (١/٣٩) هكذا: «مَنْ تَدَكَّرَ كَرَّمَ اللَّهُ رُؤْيِيَهُ وَ يَزِيدُ فِي عِلْمِكُمْ مَنْطِقَهُ وَ يُرَغِّبُكُمْ فِي الْآخِرَةِ عَمَلُهُ»] و قد أثرت مواظبه الشافيه فى سنى إقامته بأصبهان من التقوى فى نفوس الخواص و العوام ما لا يوصف، و قد انقطعَتْ به و اعتكفتْ عليه و كنتُ أحضر جميع أبحاثه الفقهيّه و الأصوليه و الكلاميه، و اكتبها فى مجلس البحث بكمال السرعة مترجماً لها بالعريّه و أعرض عليه كرايسى و يتعجّب هو و جميع مَنْ يحضره عن عدم فوت شىء مما كان يفيدّه و يستنسخها الحاضرون، و قد طلبها منى أخوه الفقيه البارع الزكى حضره الشيخ محمّد تقى المعروف بآقانجفى قدس سره ليطبعها و لم يرض هو - طاب رسمه - بذلك و منعنى عن دفعها اليه، و كان - نور ضريحه - أشفق بى من الوالد لولده و كثيراً ما يرغّبنى و يحثنى إلى الحضور معه بحث والده الفقيه العلامة حجّه العصابه و وجهها الزاهر حضره الآقا الشيخ محمّد باقر - قدس سره الزكى - ولكنى كنتُ أرغب عن ذلك لعدم بلوغى من العمر مبلغاً يليق لى الحضور فى ذلك المجلس العظيم الذى كان يحضره أعظم العلماء البارزين و كنتُ أنا ابن تسعه عشر أو العشرين إلى أن أخذنى ذات يوم بعد فراق عن بحثه معه و أحضرنى ذلك المحضر و أجلسنى بجانبه و أظهر من جميل الصنع ما أسكن روعتى و أذهب خجلتى فكنتُ أحضر بعد ذلك بحثه و بعد الفراغ نحضر جميعاً بحث والده و استمر ذلك قريباً من خمسّه العوام و كان عنوان بحثه حينئذٍ كتاب البيع و قد أدركتُ بحثه من مبحث المعاطاه إلى الخيارات و شاهدتُ من تبحره و فقاوته و طول باعه فى تنقيح قواعد المعاملات و تفرّيع الفروع عليها مع ابتلائه بتلك الرياسه العظمى و استغراق أوقاته بشئونها ما لا يكاد ينقضى عجبى عنه مهما أتذكره و كان تهجّده و مناجاته بالأسحار و كثره بكائه فيها يقرب القلوب القواسى و يزيل الجبال الرواسى و إذ شرع فى مبحث الخيارات اختار الله تعالى له دار كرامته و نعى نفسه المقدسه و فى الجمعه الأولى أو الثانيه من ذى القعدة سنه ١٢٩٩ أسرّ إلى ولده المعظم السابق ذكره شيخى العلامة الشيخ محمّد حسين قدس سره و كان هو موضع سرّه أنه ظهر له فى ذلك اليوم علامه دنو أجله و لم يذكر له أزيد من ذلك و هو - نور مضجعه - حدثنى به بعد ذلك فأخذ فى تصفيه أمورّه و تجهيز سفره إلى النجف الأشرف من ذلك اليوم مسرعاً عاجلاً و فى اليوم الثانى من ذى الحجه تلك السنه خرج من أصبهان خروج من لا يرجو العود أبداً و اختار شيخى المعظم المذكور من بين أولاده لصحبته و أخذنى معه و كنتُ عازماً على المسير معهما فحالت العواقب بينى و بين بيتى و كانت كبقية سفره إلاّ ما حدثنى به ولده المحقّق المذكور أنه جدّ فى السير و لم يمكث فى البلاد الواقعة فى الطريق أزيد من متعارف الزوّار و لا فى الكاظميه المشرفه أزيد من ليله و ورد كربلا المقدسه ليله عاشورا و لم يقم فيها مع بُعد عهدّه بها و اشتياقه إليها أزيد من ثلاث و فى اليوم الرابع خرج إلى النجف الأشرف و فى اليوم الثانى من وروده زار بعد خروجه عن حضره المقدسه مقبره جدّه الشيخ الأكبر فقيه العصابه و محيى ما درس من رسومها الشيخ جعفر - أنار الله تعالى - و عيّن موضع قبره فيها و خطه بعصاه و أمر أن يحفر مَنْ يحفره بحضرته فألح عليه مَنْ حضره من عشيرته بالقيام و تعهدوا له أنهم يكفونه حفره، و دفع كفته إلى مَنْ يعمل الأكفان ليكتب عليه آيات من القرآن بالتربه المقدسه و أمره أن يعيّل فى إتمامه و لمّا رجع إلى أهله حمى تلك العشيّه و لم يخرج بعده إلى أن خرج سريره و انتقل إلى الدرجات



التي أعدّها لنزوله».



## البحث حول الوجوه فى مقام الثبوت

### الوجه الأول: الكشف الحقيقى الشرطى

استشكل الشيخ الأعظم عليه بأن الشرط المتأخر محالٌ عقلاً.

ص: ٤٠٧

و قد مرّ (١) الجواب عنه فإمكان هذا الوجه عندنا باق و أجاب عنه المحقق الخراساني بخسمة أجوبه استشكل في أربعة منها كانت للقوم و اختار الخامس الذي لنفسه فراجع فوائده. (٢)

### الوجه الثاني: الكشف الحقيقي التعبى

مرّ اعتراض الشيخ الأعظم على أعلام القائلين بهذا القول و جوابه منّا فراجع (٣).

### الوجه الثالث: الكشف الحقيقي التقديرى

و هذا الوجه هو ما أفاده المحقق الميرزا حبيب الله الرشتى رحمه الله من كفايه الرضا التقديرى فى صحة العقد، نظير الإذن المستفاد من شاهد الحال، قال: «إنّ الإجازة كاشفه عن ذلك جدّاً ولو بعد الردّ فإنّ الكراهة الباعثة على الردّ من حيث خفاء الجبهه الراجحه، فلا منافاه بين الردّ فعلاً و الرضا التقديرى...» (٤).

و فيه: دعواه مركبه من صغرى و كبرى، أمّا الأولى: فهى أنّ الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى، و أمّا الثانية: فهى أنّ الرضا التقديرى كاف فى صحة العقد.

و يمكن المناقشه فيهما:

أما الصغرى: فيمكن أنّ يناقش فيها: بأنّ المراد من الكاشفيه إمّا:

أ: اللفظيه: ككاشفيه الجملة الخبريه عن المخبريه، فهى باطله بالضروره.

ب: العقليه الإنسيه: ككاشفيه المعلول عن علتة، بدعوى أنّ معلوليه الإجازة تدل على عليته الرضا التقديرى، فهى أيضا باطله لأنّ التقدير و هو المحذوف و المعدوم لا يتصور أن يكون علّه، نعم، الرضا الفعلى يمكن أن تكون علّه لمعلول الإجازة ولكن بينهما - الرضا التقديرى و الرضا الفعلى - تنافى ظاهر.

ص: ٤٠٨

١-١ . راجع صفحه ٣٨٠ من هذا المجلد.

٢-٢ . فوائد الاصول / (٦٠-٥٥)، فائده فى تقدّم الشرط على المشروط.

٣-٣ . راجع صفحه ٣٨٦ من هذا المجلد.

٤-٤ . كتاب الإجاره / ١٨٤، الطبعة الحجرية.

ج: العرفية: بدعوى أنّ الإجازة كاشفه عرفا عن الرضا التقديرى فهى أيضا باطله، لأنّ الرضا التقديرى معدوم و الإجازة موجوده و العرف لا يرى الملازمه بين الموجود و المعدوم.

و بالجملة: بطلان الصغرى واضح لعدم دلالة الإجازة على الرضا التقديرى بوجه من الوجوه.

و أمّا الكبرى: فيما مرّ بأنّ الرضا الفعلى - فضلاً عن التقديرى - لا يكفى فى صحة العقد و العقود يحتاج إلى الانتساب و الاستناد إلى مالكة و هذا لا يتم إلا بإصدار الإذن سابقا أو لاحقا أو مقارنا. (1)

هذا مضافا إلى ورود الإشكالات الأربعة التى ذكرها هذا القائل العظيم على مدعاه و أجاب عن ثلاث منها بجوابات لا يتم عندنا و ترك الجواب عن الرابع و لعلّ وجه تركه معلومته عن الأجوبة السابقة، فراجع كتابه.

### الوجه الرابع: الكشف الحقيقى التامى

مرّ (2) استدلال القائلين بهذا القول فى الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على الكشف بالتقريرين و مناقشات الشيخ الأعظم عليهما، فلا يمكن الأخذ بهذا الوجه و لا نعيد الكلام فيه.

### الوجه الخامس: الكشف الحقيقى الحصولى

قال صاحب الجواهر مضافا إلى ما نقلته عنه سابقا: «... ولكن لا بدّ فيه من حصول الرضا ولو فى المستقبل و لا يكفى فيه الرضا التعليقى بمعنى أنّه لو علم لرضى...» (3).

و لا بأس بهذا الوجه فى مقام الثبوت و أمّا اقامه الدليل عليه فى مقام الإثبات فمشكل جدّا.

ص: ٤٠٩

١-١ . راجع كتاب البيع ٢/ (٢٢١-٢١٧) للمحقّق الخمينى رحمه الله .

٢-٢ . راجع صفحہ ٣٨٢ من هذا المجلد.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٦٧ (٢٢/٢٨٩).

المنقول عن الميرزا الشيرازى الكبير.

قال تلميذه المحقق الخراسانى فى فائده فى تقدّم الشرط على المشروط من فوائده ما نصه: «ثالثها: ما أفاده سيدنا الأستاذ - أطال الله بقاءه - من أنّ الشرط فى هذه الموارد ليس المتقدّم أو المتأخر بوجودهما الكونى الزمانى لكى يلزم المحذور، بل بوجودهما الدهرى المثالى، وهما بهذا الوجود لا يكونان إلاّ -مقارنتين للمشروط، فإنّ المتفرقات فى سلسله الزمان مجتمعات فى وعاء الدهر (١)» (٢).

«و توضيحه [فى كلام تلميذه الآخر المحقق النائينى] أنّ أهل المعقول قالوا بأنّ المتغيرات فى وعاء الزمان ثابتات فى عالم الدهر، و مرادهم من هذه العبارة أنّ لكلّ ماهيه نحوين من الوجود: وجود تفصيلى يختص بها الذى به موجوديه ماهيه فى عالم الزمان بنحو البسط و النشر و هو يتكثر بتكثر الماهيات، و وجود واحد جمعى فى عين وحدته وجود كلّ الماهيات فتكون الكلّ موجوده به على نحو الجمع و اللف و هو المعبر عنه بعالم الدهر، فالأمر المتأخر و إن كان متأخرا بالوجود التفصيلى الزمانى لكنّه مقارن مع المتقدم بحسب وجوده الجمعى الدهرى فهو شرط بهذا الوجود فلا تأخر للشرط...» (٣).

و يرد عليه: هذا الوجه لا يدفع إشكال الشرط المتأخر لأنّ «إجتمع الزمانيات فى عالم الدهر على نحو الترتب نظير إجتمع الخط المختلف الألوان بجميع ألوانه المختلفه تحت نظر واحد حيث أنّ الألوان المختلفه مجتمعات فى النظر و اللحاظ على ما هى عليه من الترتب كما لا يخفى» (٤) كما قاله المحقق النائينى.

قال المحقق الخراسانى فى نقده: «قلت: لا يخفى أنّ ذلك و إن كان لطيفا فى نفسه إلاّ أنّه لا يكاد أن يكون شرطا للزمانى إلاّ الزمانى، مضافا إلى وضوح أنّ الشرط فى

ص: ٤١٠

١-١ . واحد، نسخه بدل.

٢-٢ . فوائد الأصول / ٥٨.

٣-٣ . المكاسب و البيع / ٢/٨٩.

٤-٤ . المكاسب و البيع / ٢/٨٩.

الموارد حسب دليله إنما هو الشيء بوجوده الكونى، ضروره أن إجازة المالك فى الفضولى... بما هى إجازة... يكون شرطاً، و هى كذلك ليست إلا زمانيه لأنها بوجوده الدهرى لا يكون محدوده بهذه الحدود، بل بحدود آخر يجتمع الشرط و المشروط فيها... و بهذا المعنى يكون الدهر مجمع المفترقات الزمانيه»(١).

بعبارة أخرى: الإجازة المعتره فى صحه بيع الفضولى هى الإجازة الوارده فى عمود الزمان بعد عقد الفضولى و أمّا الإجازة التى فى وعاء الدهر فلا عبره بها فى الشروط الشرعيه و لوازمها و صحه بيع الفضولى.(٢)  
فلا يتم هذا الوجه.

### الوجه السابع: الكشف الحقيقى الحدوثى

قال المحقق الميرزا فتاح الشهيدى فى الاستدلال على هذا الوجه - و هو كما مرّ مختاره - : «... فمقتضى أدله الإمضاء فى مسأله الفضولى بحسب زمان حدوث الملكيه و تحديده بحدّ التقدّم على الإجازة و التأخر عنها و التقارن لها هو الثالث بمعنى حدوثها بعدها بلا فصل، و أمّا إنّ الحادث هو الملكيه المقارنه لها المعتر عنها بالنقل أو الملكيه السابقه عليها المعتر عنها بالكشف فهو و إن كان لا يستفاد من الأدله العامه المذكوره بمجرد قاعده مطرده فى هذا الباب تكون مرجعا فى موارد الشك، لكن لما كان الغالب عند المتعاقدين من أهل العرف هو تسبب الملك عن العقد المركب من الإيجاب و القبول، أمكن أن يقال: إنّ مقتضى القاعده المستفاده من أدله الإمضاء بضميمه ملاحظه الغلبه المذكوره هو الكشف، أى كون الحادث بعد الإجازة هو الملك من حين العقد»(٣).

أقول: قد مرّ(٤) إمكان هذا الوجه فى الجواب عن الإشكال الثانى للشيخ الأعظم

ص: ٤١١

١-١ . فوائد الأصول / ٥٨.

٢-٢ . راجع العقد النضيد ٣/٢٢٦.

٣-٣ . هدايه الطالب ٣/٩١.

٤-٤ . راجع صفحه ٣٩١ من هذا المجلد.

عن الدليل الثاني للكشفيين بما يظهر من المحقق الخراساني (١).

و أما الاستدلال عليه بما ذكره المحقق الشهيدى قدس سره من ضميمة أنّ الغالب عند المتعاقدين من أهل العرف هو تسبب الملك من العقد و أدله إمضاء عقد الفضولى فهو غير تام، لأنه أقرّ بعدم استفاده الكشف من أدله الإمضاء، و يمكن المناقشه فى الغلبه المدعاه بأنها فى عقد الأصيل - لا الفضولى - أو على فرض جريانها فى الفضولى، شمول دليل الإمضاء لها أول الكلام، فإذا لم تتم الضممتان لا ينتج الدليل.

### الوجه الثامن: الكشف الحكمى

و هو مختار شريف العلماء و يراه تلميذه الشيخ الأعظم الأنسب بالقواعد و العمومات بعد النقل.

ولكن اعترض المحقق السيد الخوئى قدس سره عليه: «بأنّ الكشف الحكمى بمعنى تنزيل غير المالك بمنزله المالك فى جميع الآثار لا- يكون ممكنا ثبوتنا، و ذلك لأنّ المنزل عليه فى باب التنزيل قد يكون أمرا خارجيا كقوله الفقاع خمر و الصلاه طواف (٢)، و قد يكون أمرا اعتباريا شرعيا يكون وضعه و رفعه بيد الشارع، ففى القسم الأول يصح التنزيل - سواء كان فى بعض الآثار أو فى جميعها - و أمّا فى القسم الثانى فلا- يصح التنزيل فيه إلا- إذا كان فى بعض الآثار و أمّا فى تمام الآثار فلا معنى للتنزيل أصلاً بل يثبت حينئذ نفس المنزل عليه، فإذا نزلت المطلقة الرجعية مثلاً منزله الزوجه فى جميع الآثار فهى زوجة حقيقه، و هكذا إذا نزل غير الواجب بمنزله الواجب كذلك فهو واجب و لا معنى للتنزيل. و المقام من قبيل الثانى فإنّ الملكيه الشرعيه التى هى محلّ كلامنا اعتبار شرعى، فإذا نزل غير المالك منزله المالك فى جميع الآثار فلا محاله اعتبر مالكا و عليه فالكشف الحكمى بهذا المعنى فاسد ثبوتاً» (٣).

ص: ٤١٢

١-١ . حاشيه المكاسب / ٦١.

٢-٢ . كذا، ولكن الصحيح الطواف صلاه، كما يظهر من التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٤٨.

٣-٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٦٩؛ و نحوها فى التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٤٨؛ و مصباح الفقاهه ٤/١٥٢ و ١٥٣.



أقول: أولاً: شريف العلماء لا يقول بترتب جميع آثار الملك من حين العقد حتى يرد إشكال السيد الخوئي قدس سره عليه، بل يقول بترتب ما أمكن من الآثار، وهذا غير جميع الآثار فلا يرد الاعتراض.

و ثانياً: ما ورد في كلامه من تنزيل المطلقة الرجعية «منزله الزوجه في جميع الآثار فهي زوجة حقيقه عجيبٌ، لأنها إذا كانت زوجة حقيقه فكيف يمكن وصفها بالمطلقة، وما ذكره ليس اعتبار الموضوع تنزيلاً بل هي حقيقه وهو غير معقول، و مراد الشارع تحقّق جميع آثار الزوجيه في حقّها مع عدم تحقّق موضوع الزوجيه»<sup>(١)</sup>.

### الوجه التاسع: الكشف الحكمي الانقلابي

مرّ (٢) تعريفه و أنّ الأستاذ المحقّق - مد ظله - يراه: «أتقن الوجوه في مقام الثبوت حيث لا تعارضه الأدله العقلية و الارتكازات العرفيه، و بناءً عليه لابدّ من الحكم بثبوت الملكيه للأصيل قبل الإجازة، و بعدها ينقلب الاعتبار و تثبت الملكيه للمشتري من بدايه العقد»<sup>(٣)</sup>.

أقول: يمكن أن أورد عليه أولاً: الشرط لا يتأخر كما مرّ عن جمال المحقّقين<sup>(٤)</sup>.

و فيه: مرّ جوابه من وجود الفارق بين عالمي التكوين و التشريع فلا نعيد.

و ثانياً: عدم معقوليه ثبوت حكمين متغايرين على موضوع واحد و زمان واحد، و إن كان زمان الحكم و الاعتبار يكون متعدداً كما مرّ عن المحقّق النائيني<sup>(٥)</sup>.

و فيه: عدم المعقوليه ثابت في الأحكام التكليفيه، و أمّا الوضعيه فلا و الحكم فيها

ص: ٤١٣

١-١ . العقد النضيد ٣/٢٣٠.

٢-٢ . راجع صفحه ٤٠٠ من هذا المجلد.

٣-٣ . العقد النضيد ٣/٢٣٠.

٤-٤ . حاشيه الروضه ٣٥٨/.

٥-٥ . أجود التقريرات ٢/١٨٨.

ناشئه من مصالح فى جعلها و اعتبارها كما مرّ عن السيّد الخوئى (١) «(٢)».

و ثالثا: الاعتباران بالنسبه إلى متعلّق واحد فى زمانين مختلفين إنّما يتمّ فى القضايا الخارجيه و أمّا فى القضايا الحقيقيه التى لا نظر فيها إلى الخارج فلا يمكن كما مرّ (٣).

و فيه: الشارع بالنسبه إلى الأحكام الوضعيه ليس بجاعل بل هو ممضٍ لما يعتبره العقلاء فيها، مضافا إلى إمكان جعلها بأنّ موضوع الاعتبار الشرعى هى الإجازة، بحيث إذا تحققت الإجازة اعتبر الشارع ملكيه المشترى من أوّل العقد. (٤) كما عن السيّد الخوئى (٥).

و رابعا: ما مرّ (٦) آنفا - فى الوجه الثامن: الكشف الحكى - من السيّد الخوئى (٧) من استحاله تنزيل تمام الآثار فى الأمر الاعتبارى الشرعى.

و فيه: أوّلاً: هنا اعتباران لا اعتبار واحد.

و ثانيا: اختلاف زمان الاعتبارين يكفى فى الفرق بينهما.

و خامسا: عدم تماميه هذا الوجه فى مقام الإثبات، و الأدله لا تشمله كما عليه الاستاذ المحقّق (٨) - مد ظله - . و هذا هو الإشكال الوحيد فى هذا القسم.

ولكن مع ذلك كلّ قال صاحب بشرى الفقاهاه - دام ظلّه - : «إذن لا محذور فى

ص: ٤١٤

١-١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٤٤.

٢-٢ . راجع صفحه ٣٩٣ من هذا المجلد.

٣-٣ . راجع صفحه ٣٩٣ من هذا المجلد.

٤-٤ . راجع صفحه ٣٩٣ من هذا المجلد.

٥-٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٤٦.

٦-٦ . راجع صفحه ٤٠٧ من هذا المجلد.

٧-٧ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٦٩؛ و نحوها فى التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٤٨؛ و مصباح الفقاهاه ٤/١٥٢ و ١٥٣.

٨-٨ . العقد النضيد ٣/٢٣٠.

الكشف [الإنقلابي] المختار ثبوتاً فإنّه معقول في نفسه و ظاهر من الأدله المطلقه إثباتاً فيتعين التزامه من دون حاجه إلى دلاله خاصه إثباتيه، و مع ذلك دلت بعض الروايات الخاصه عليه و يأتي التعرض لها و تقريب دلالته...»(١).

### الوجه العاشر: الكشف الحكمي الصوري

هذا الوجه هو ما نقله المحقق النائيني عن أستاذه - جدّي - آيه الله العظمى الحاج الشيخ محمدباقر النجفي الأصفهاني (١٣٠١-١٢٣٥) نجل العلامة التقي صاحب هدايه المسترشدين (١٢٤٨-١١٨٥ ح) و اختاره و قال: «حاصله: أنّ كلّ ما يكون موضوعاً لحكم من الأحكام بتوسيط الأمر المتأخر و العنوان اللاحق بحيث كان الأمر السابق بمنزله المادّه الهيولائيّه و العنوان المتأخر بمنزله الصوره النوعيه فمقتضى القاعده ترتيب آثار الموضوع من أول تحقّقه.

مثلاً: أخذ عنوان فاضل المؤمنه موضوع الخمس و ذاته يتحقّق أول زمان ظهور الربح، ولكن اتصافه بعنوان فاضل المؤمنه إنّما هو بعد انقضاء السنه. و هكذا موضوع الزكاه في الغلات هو بلوغ المال بعد انعقاد الحبّ حدّ النصاب ولكنّه معنون ببلوغه هذا الحدّ بعد التصفيه، فبعد التصفيه لو كان بهذا الحدّ يكشف عن تعلق الزكاه به حين انعقاد الحبّ.

و ثمره هذا الكشف في باب الخمس و الزكاه هي صحه أدائهما قبل تحقّق هذا العنوان. ولو أتلفهما من تعلقاً بماله يحسبان عليه. و هكذا صحه بيع الزكوى متوقفه على إخراج حقّ الفقراء، فلو أخرجه الساعي أو الوالي أينما وجده يكشف عن صحه البيع من أول الأمر.

و هكذا في مسأله الركوع فإنّه بناءً على أن يكون من أول التقوُّس إلى آخر حدّ الإنحناء ركوعاً يتوقف اتصاف الجزء الأول بكونه ركوعاً على لحوق الجزء الأخير، ولكنّه بعد اللحوق يكشف عن كونه ركوعاً من أول الأمر.

و بالجملة: كلّ أمر متأخّر كان بمنزله الصوره للأمر المتقدّم، فالمتقدّم يتحقّق من

ص: ٤١٥

أول الأمر، و ينكشف بهذا المتأخر وجود المتقدم في ظرف وجوده»(١).

وقال في تقريره الآخر: «بأنه كان يجمع بين الأمرين: أعنى بين مفاد قول المحقق الثاني قدس سره بكون الإجازة مصححة للاستناد و يجعل العقد مستندا إلى المالك المجيز، و بين كون الإجازة إنفاذا للعقد السابق و موجه لتأثيره من حين وقوعه، ثم كان يتعدى عن مورد الفضولي إلى أبواب آخر و يدعى كون الكشف الحكمي على القاعده»(٢).

«... و قد فرع على ما أفاده من انطباق الكشف الحكمي على القاعده فروعاً كثيرة من أول الطهاره إلى كتاب الحج في مدّه تقرب من أربعه أشهر، و لا يخفى أنه أحسن ما أفيد في المقام»(٣).

ثم قال: «و الأجد بحسب النظر هو تتميم الكشف الحكمي على القواعد بالتقريب... المنقول عن الشيخ محمد باقر قدس سره و توضيحه يتوقف على بيان أمور:

الأول: إن ما يوجد من موارد الشرط المتأخر بحسب ما استقصيناه هو انطباقه على ما أسسه من ضابط الكشف الحكمي أعنى كون الأمر المتأخر كالصوره بالنسبه إلى الأمر المتقدم و الأمر المتقدم كالماده الهيولائيه، كما يظهر ذلك من المراجعه إلى موارد الشرط المتأخر، مثل الإجازة بالنسبه إلى العقد، و فك الرهانه بالنسبه إلى البيع الواقع على العين المرهونه، و أداء الزكوه و الخمس بالنسبه إلى العقد الواقع على العين الزكوى و الخمس، و إجازة العمه و الخاله للعقد الواقع على بنت الأخ أو أخت، و سائر النظائر من غير فرق، بين ما إذا كان العقد السابق واردا على ملك الغير كما في باب الفضولي، أو على ملك العاقد الذي يكون متعلق حق الغير كما في باب عين المرهونه قبل إذن المرتهن.

الثاني: إن كل أمر متأخر يكون كالصوره بالنسبه الأمر المتقدم لا يخرج عن أحد نحوين، فإما أن يكون بمؤداه و مدلوله ناظرا إلى تنفيذ الأمر السابق و يكون مدلوله المطابقي إنفاذه و ذلك كالإجازة و ما يؤدي معناها من الإمضاء أى إنشاء الإجازة بلفظ

ص: ٤١٦

١-١ . منه الطالب ٢/٦٢.

٢-٢ . المكاسب و البيع ٢/٧٨.

٣-٣ . المكاسب و البيع ٢/٨٤.

أمضيت ونحوه وإمّا يكون متممًا للأمر السابق و موجباً لفعليته من غير أن يكون مدلوله المطابقى إنفاذاً له، وذلك كما فى فك الرهانه حيث أنه ليس ناظراً إلى إنفاذ البيع السابق كالأجازه لكنّه يوجب تماميه البيع السابق بعد تحقّق تمام أركانه، فكّم فرق بين القبض فى باب السلم مثلاً، وبين فك الرهانه فى بيع عين المرهونه، حيث أنّ القبض لا يكون موجباً لتأثير العقد السابق بخلاف فك الرهانه فإنّ الرهن كان مانعاً عن نفوذ البيع و بالفك يرتفع المانع فيؤثر البيع برفع المانع عن تأثيره.

و إن شئت فقل: ضابط ما كان الأمر المتأخر كالصوره بالقياس إلى الأمر المتقدم، هو كون الأمر المتأخر موجباً لرفع المنع عن تأثير الأمر المتقدم من غير فرق بين أن يكون المنع لأجل ورود العقد على ملك الغير أو وروده على متعلّق حقّ الغير، و سواء كان لسان الأمر المتأخر لسان إنفاذ الأمر السابق أو صرف رفع المانع المترتب عليه إنفاذ الأمر السابق.

الثالث: إنّ معنى الكشف الحكمى هو ترتيب الآثار السابقه على الأمر المتأخر المترتبه على الأمر المتقدم من حين تحقّق الأمر المتأخر لكن لا مطلقاً بل كلّما يمكن ترتيبها زمان الأمر المتأخر فبالإجازه يترتب كلّ أثر ترتب على الملكيه من حين العقد إلى زمان الإجازه من الآثار التى مافات وقت ترتبها وقت الإجازه، و أمّا ما لا يمكن ترتيبها حين الإجازه فلا يترتب بالإجازه، و على هذا فلو وقع النكاح على امرئه ثمّ زنى بها فأجازت بعد الزنا لم يكن الزنا بذات البعل إذ الزنا بها إنّما هو بالوطى ء على امرئه تكون فى حال الزنا بهاذات البعل و هذه المرئه بالإجازه تصير ذات البعل، فلا يمكن ترتيب آثار الزنا بذات البعل على الزنا بها قبل الإجازه.

الرابع: إنّ المُنشأ بالعقد و إنّ لم يكن مقيداً بزمان الإنشاء عقلاً كما قدمناه، بمعنى أنّه ليس الملكيه المقيدّه بكونها فى حال البيع مُنشأهً بالإنشاء. بل الملكيه بما هى بلا تقييد بزمان هى المُنشأ لكن العرف يرون المُنشأ حاصلًا حين الإنشاء أعنى بحسب الفهم العرفى يكون المُنشأ هو الملكيه المقيدّه بحال الإنشاء، فإذا تعلّق بها إجازه أو ما يؤدى مؤاده يرونها بسبب الإنفاذ اللاحق حاصله من حين الإنشاء، فالإجازه اللاحقه تؤثر

عندهم فى تأثير العقد السابق من حينه لا من حين الإجازة.

الخامس: إنَّ ما ورد فى الشرع ممَّا يدل على الكشف يكون إمضاء لذاك الأمر الإرتكازى العرفى، و يكون جريا على ما يفهم العرف من الكشف الحكمى، و ذلك كخبر محمّد بن قيس (١) المتقدّم الوارد فى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب، و فيه قال عليه السلام: فلما رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع ابنه (الخ) حيث يترتب على إجازة سيّد الوليده بيع ابنه، صيروره الوليده أم ولد للمشتري، بمعنى أنّ الإجازة و تنفيذ البيع تصير منشأ لترتيب هذا الأثر أعنى صيروره الوليده أم الولد فى زمان ولادتها الذى هو قبل الإجازة، و كالخبر (٢) الوارد فى تزويج الصغيرين فضولاً الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات بعد الإجازة للزوجه الغير المدركة إلى أن تدرك و تحلف على أنّها أجازت للزوج لا لأجل أخذ الإرث، فإنّه يترتب على إجازتها ملكيه سهمها من الإرث من حين وفاه الزوج.

فإن قلت: الخبر الأوّل و إن كان يلائم الكشف الحكمى لكن الثانى لا يستقيم إلّا على الكشف الحقيقى بمعنى تحقّق الزوجيه من حين العقد واقعا لا تحقّقها من حين الإجازة مع ترتيب آثار الزوجيه من حين العقد و ذلك لعدم استقامه الحكم بعزل سهم الزوجه لو لا- الكشف الحقيقى لأنّه يكون ملكا لسائر الورثه حينئذ، و إنّما يصير ملكا للزوجه بالإجازة، فلا وجه للحكم بعزل ما دخل فى ملك الغير واقعا كما لا يخفى.

قلت: الحكم بالعزل حكم احتياطى شرع لرعايه حقّ الزوجه لئلا يضيع حقّها بعد الإجازة و لا محمل له إلّا ما ذكرناه و إلّا فلا يستقيم حتى على الكشف الحقيقى أيضا، و ذلك لانتقال الملك إلى سائر الورثه بواسطه استصحاب عدم صدور الإجازة عن الزوجه أى الأصل الجارى فى إثبات عدم تحقّق الأمر المتأخر فيما إذا كان له أثر فى المتقدّم المعبر عنه بالاستصحاب فى الأمور المستقبله.

ص: ٤١٨

- ١-١ . وسائل الشيعه ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، صحيحه.
- ٢-٢ . وسائل الشيعه ٢١٩/٢٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، صحيحه أبيعبيده.

و الحاصل: إنَّ الاستفادة من أدله الفضولي ليس أزيد من الكشف الحكمي على الضابط الذي مهِّدناه في تطبيقه على القاعده فيكون إمضاء للأمر الإرتكازي و على هذا فيكون الكشف الحكمي مطابقا مع القاعده فيقال به ولو في غير مورد الدليل، و لا يجب فيه الاقتصار على مورد و هو المطلوب»(١).

ولكن المحقق النائيني مع اختياره هذا القول و إثباته في درسه اعترض عليه بقوله: «و فيه: أنه إذا كان العنوان اللاحق بمنزله الصوره و السابق بمنزله المادّه فلا بدّ من الالتزام بالنقل، لأنّ فعلية الشئ ء إنّما هي بالصوره، و بالجملة: مع دخل المتأخر في تحقّق اتصاف السابق بوصف الموضوعيه يستحيل اتصافه بهذا الوصف قبل تحقّق المتأخر و مجردا عنه»(٢).

و قال في تقريره الآخر: «ولكنّه لا- يخلو أيضا عن المنع حيث أنّ السؤال عن دخل الإجازة المتأخره بعد باق على حاله فيقال: ذلك الأمر المتأخر إمّا يكون دخيلاً في نفع الصوره في الأمر المتقدم أو لا؟ و إن لم يكن دخيلاً يكون خلفا، و إن كان دخيلاً فلا تتحقّق له الصوره إلّا عند تحقّق الأمر المتأخر فيجب ترتب الأثر المترتب عليه حين الأمر المتأخر لا أن يترتب عليه قبله»(٣).

#### المناقشات

و جعل الأستاذ المحقق - مد ظله - هذا الاعتراض هو مناقشته الأولى(٤) على النائيني! مع أنّه مذکور في كلامه.

و أمّا مناقشته الثانيه و الثالثه فهما واردتان على الأمر الرابع من أمور النائيني:

فذهب من الثانيه(٥) إلى عدم إمكان الجمع بين هذا الأمر و قاعده العقود تابعه للقصود، لأنّ إذا باع البائع قاصدا به الملكيه الغير المقيده كيف يحقّ للعرف أن يحمل بيعه

ص: ٤١٩

١-١ . المكاسب و البيع ٢/(٨٩-٨٥).

٢-٢ . منيه الطالب ٢/٦٢.

٣-٣ . المكاسب و البيع ٢/٨٤.

٤-٤ . العقد النضيد ٣/٢١٦.

٥-٥ . العقد النضيد ٣/٢١٦.

على أنه قاصد الملكيه من حين العقد؟! و ما الدليل على حجيّه هذا الحمل العرفي؟!!

و ذهب في الثالثه (1) إلى: أنّ الإرتكاز العرفي المُدعى لا- يجمع مع التصريح بالكشف الحكمي بمعنى ترتب آثار الملكيه من حين العقد برغم عدم ثبوت الملكيه في تلك الفتره!

و حاصل إشكاله الأخير عدم إمكان الجمع بين الإرتكاز و التصريح.

الجواب عن المناقشات الثالثه

أقول: المحقّق النائيني يرفع اليد عن المناقشه الأولى و اختار قول أستاذه و لعلّ الوجه في ذلك: بأنّ فعلية الهيولاء و الماده و نوعيتها تكون بالصوره و مادام لم يتحقّق الصوره لم يتحقّق الماده فعلاً بهذه الصوره الموجوده ولكن الماده قبلها موجوده في نفس الأمر، و في الفضولي ما لم يتحقّق الإجازة، لا يتحقّق العقد ولكن إذا تحققت الإجازة وقع العقد من حينه و يترتب عليه آثاره من حين وقوعه، لا من حين الإجازة.

و أمّا المناقشه الثانيه: فإنّ الملكيه المطلقه عند العرف تُحمل على وقوعها من حين العقد و هذا لا ينافي قاعده العقود تتبع القصود كما أنّ البيع المطلق تحمّل عند العرف على النقد و الحال.

و أمّا المناقشه الثالثه: فإنّ الإرتكاز العرفي جارٍ بالنسبه إلى حمل الملكيه المطلقه على وقوعها من حين العقد ولكن يقيد به بما بعد صدور الإجازة لزوم انتساب العقد إلى صاحب أمره و مالكة المعترف عند العقلاء و الممضى بالأدله الشرعيه.

فلا تتم الإشكالات الثالثه و تمّ مختار الشيخ الجّد قدس سره .

هذا كلّه بالنسبه إلى مقام الثبوت.

فذلكه الكلام حول الوجوه في مقام الثبوت

قد عرفت استحاله الوجّه الثالث (الكشف الحقيقي التقديري)، و الرابع (الكشف الحقيقي التامى)، و السادس (الكشف الحقيقي الدهري)، و الباقي منها في مقام الثبوت ممكن فلا بدّ من مراجعه مقام الإثبات لتعيين الوجه المختار، و الحمد لله.

ص: ٤٢٠



أشاره

أبحث فى هذا المقام عن الأدله الوارده فى صحه بيع الفضولى و مدى دلالتها بالنسبه إلى أن الإجازة ناقله أو كاشفه و فى الكشف تدلّ على أى الوجوه من الوجوه الممكنه فى مقام الثبوت.

الأول: الإطلاقات و العمومات

نحو الآيات الثلاث<sup>(١)</sup>، و من الواضح أول زمان يصير العقد الفضولى مصداقا لها هو زمن الإجازة فتدلّ على النقل، لا الكشف، فلا أدرى ما المراد من قول صاحب بشرى الفقاهه<sup>(٢)</sup> من ظهور الأدله المطلقه فى الكشف الإنقلابى إثباتا؟!

الثانى: حديث عروه البارقى

(٣)

يدلّ على الكشف الحقيقى الشرطى أو التعقبى لما ورد فيه من تصرف عروه فى الشاتين بالبيع و إقباض شاه إلى المشتري و قبض دينار منه، و لم ينه النبى صلى الله عليه و آله عن هذه الأفعال.

ص: ٤٢١

١-١ . سور المائده /١؛ النساء /٢٩؛ البقره /٢٧٥.

٢-٢ . راجع بشرى الفقاهه ٤/٦٥.

٣-٣ . مسند احمد ٤/٣٧٦؛ السنن الكبرى ٦/١١٢.

### الثالث: صحيحه محمد بن قيس

(١)

ظاهرة في الكشف كما صرح به في الدروس (٢)، لأن المشتري وطئ الجارية و رُزق منها الولد، و انتسب الولد إليه و صار ابنه و صارت الجارية أمّ ولده، و لم ينع أمير المؤمنين عليه السلام من هذه الأمور، ولكنها ظاهرة في أقسام الكشف الحقيقي الممكنة في مقام الثبوت، كما يمكن حملها على الكشف الحكمي الصورتى كما مرّ من المحقق النائنى (٣).

### الرابع: فحوى ما دلّ على صحه نكاح الفضولى

(٤)

يدلّ على النقل لا الكشف، لعدم جواز ترتب آثار الزوجيه قبل الإجازة و الإذن.

### الخامس: الروايات الواردة فى الإتجار بمال اليتيم

(٥)

تدلّ على الكشف فى بعض محتملاته - و هو ظهور إذن الولى بعد الربح للأجنبى فى الإتجار بمال اليتيم - ولكن الكشف الحقيقى بأقسامه الأربعة الممكنة.

### السادس: معتبره مسمع أبىسيار

(٦)

تدلّ على الكشف الحقيقى بأقسامه الممكنة.

### السابع: بيع عقيل دور النبى صلى الله عليه و آله و بنىهاشم

(٧)

هذه الواقعة لا تدلّ على أكثر من النقل.

- ١-١ . وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.
- ٢-٢ . الدروس ٣/٢٣٣.
- ٣-٣ . المكاسب و البيع ٢/٨٨.
- ٤-٤ . راجع هذا المجلد صفحہ ٢٠٠.
- ٥-٥ . راجع هذا المجلد، صفحہ ٢١٧.
- ٦-٦ . وسائل الشيعة ١٩/٨٩، ح ١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعه.
- ٧-٧ . راجع هذا المجلد، صفحہ ٢٥٠، الوجه الثاني عشر.

## الثامن: التصدق بمجهول المالك و اللقطه

(١)

يدلّ على الكشف الحكمى بأقسامه الثلاث.

## التاسع: أخبار تحليل خمس فى الموارد الخاصه

(٢)

تدلّ على الكشف الحقيقى لوجود التصرفات فيها قبل إجازة الإمام عليه السلام ، بوجوه الممكنه.

## العاشر: إجازة السيّد عقد العبد

(٣)

ظاهره فى الكشف الحقيقى بأقسامها الممكنه.

## الحادى عشر: صحيحه أبيعبيده

(٤)

«ظاهره فى قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجه باقيه على ملك سائر الورثه كان العزل مخالفا لقاعده تسلّط الناس على أموالهم...»(٥).

كما يمكن حملها على الكشف الحكمى الصورتى كما مرّ من المحقّق النائينى.(٦)

## فذلكه القول فى مقام الإثبات

قد عرفت نهوض الدليل على الكشف الحقيقى بأقسامه الممكنه - و لأقل من القسمين الأوّلين - و على الكشف الحكمى الصورتى، فلا بدّ من القول بالكشف بهذه الأقسام الثلاثه أعنى الكشف الحقيقى الشرطى أو الكشف الحقيقى التعقبى أو الكشف الحكمى الصورتى، فاختر أى منها شئت، و الحمد لله الكاشف بالتوفيق عن المبهمات، الواهب لما يشاء تحقيق الحقّ بالأدله البيّنات.

- ١-١ . راجع هذا المجلد، صفحہ ٢٥٣، الوجه الرابع عشر.
- ٢-٢ . راجع هذا المجلد، صفحہ ٢٥٥، الوجه الخامس عشر.
- ٣-٣ . راجع هذا المجلد، صفحہ ٢٥٧، الوجه السادس عشر.
- ٤-٤ . وسائل الشيعه ٢١٩/٢٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.
- ٥-٥ . المكاسب ٣/٤٠٩.
- ٦-٦ . المكاسب و البيع ٢/٨٨.

هاهنا جهات ثلاث لابدّ من البحث حولها:

**الجهه الاولى: الثمره بين قسمي الكشف الحقيقي**

و هما الأولان من أقسام الكشف الحقيقي أى الشرطى و التعقبى، ذهب الشيخ الأعظم بأن الثمره بينهما «يظهر فى جواز التصرف كلاً منهما [أى من المتعاقدين] فيما إنتقل إليه بإنشاء الفضولى إذا علم إجازة المالك فيما بعد»<sup>(1)</sup> بناءً على التعقبى دون الشرطى.

و ظاهر كلامه: إن التصرف فيما إنتقل إليه قبل الإجازة بناءً على شرطيه الإجازة [القول الأول] حرام واقعا لأنه تصرف فى مال الغير، و أمّا بناءً على أن الشرط هو تعقب العقد بالإجازة [القول الثانى] فلا، لأنّ الإجازة تكشف عن أنّ العقد كان ملحقاً و متعقباً بالإجازة واقعا، فيجوز التصرف واقعا.

و فيه: كلامه بالنسبه إلى التعقبى كلام متين و أمّا بالنسبه إلى الشرطى فلا، و لابدّ بأن يلتزم بإباحه التصرفات فيه واقعا، لأنّ فى الكشف الحقيقي الإجازة بوجودها المتأخر تؤثر فى الملكيه المتقدمه و تكشف عن الملكيه حال العقد فتجوز التصرفات واقعا. هذا أوّلاً.

ص: ٤٢٤

و ثانيا: إنَّ قوله هنا مُنافٍ لِمَا يَأْتِي لِاحْتِاقِ مِنْهُ: «فإنَّ الوطءَ على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا لأصله عدم الإجازة، حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه»(١).

وجه التنافي: حكم أوْلاً بعدم حليه التصرفات بناءً على الكشف الحقيقي فيما إذا كان الإجازة شرطاً، و ثانياً حكم بحليه مثل الوطء واقعا بناءً على الكشف الحقيقي الشرطي. و القولان متنافيان(٢).

و بالجملة: لم تظهر الثمره بين قولى الكشف الحقيقي، لأنها بناءً على الشرطى تكون تصرفات المشتري إذا علم بلحوق الإجازة حلال ظاهرا و واقعا لتحقق الملكيه من حين العقد بعد الإجازة، و إن لم يعلم بلحوقها فإنَّ تصرفاته محرّمه ظاهرا و محلّله واقعا.

و أمّا بناءً على التعقبى: فالتصرفات - إذا علم بلحوق الإجازة - كانت محلّله واقعا و ظاهرا لتحقق الملكيه من حين العقد إذا لحقه الإجازة، و أمّا إذا لم يعلم بلحوق الإجازة فتكون تصرفاته محلّله واقعا - إذا لَحِقَتْهَا الإجازة - و حراما ظاهرا بمقتضى استصحاب عدم تحقّقها.

و الحاصل: لم تتحقّق الثمره بين الكشف الحقيقي الشرطى و التعقبى خلافاً للشيخ الأعظم قدس سره .

### الجهه الثانيه: الثمره بين الكشف الحقيقي و الحكمى

#### إشاره

قال الشيخ الأعظم: «و أمّا الثمره بين الكشف الحقيقي و الحكمى مع كون نفس الإجازة شرطاً يظهر فى مثل ما إذا وطئ المشتري الجاربه قبل إجازة مالکها فأجاز، فإنَّ الوطء على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا، لأصله عدم الإجازة، حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه»(٣).

ص: ٤٢٥

١-١ . المكاسب ٣/٤١٠.

٢-٢ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٥١؛ و محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٧١؛ كتاب البيع ٢/٢٥٢ للسيد الخمينى رحمه الله .

٣-٣ . المكاسب ٣/٤١٠.

أقول: قد مرّ أنفاً تنافى هذا القول - أى الحليه الواقعيه - بناءً على الكشف الحقيقي مع ما مرّ منه من الحرمة الواقعيه.

نعم، ما أفاده بناءً على الكشف الحكمى من حرمة الوطء واقعا تام، لأنّ قبل الإجازة الأمه باقيه على ملك مالکها فيكون الوطء فى غير الملك و هو حرام ولو فرضناه عالما بأنّه سيعتبر مالکا لها، فالحرمة الواقعيه و الظاهريه - لأصالة عدم تحقّق الإجازة - جاريتان فى المقام.

و بالجمله: بناءً على قولى الكشف الحقيقي الوطء حرام ظاهرا و حلال واقعا، و على الكشف الحكمى يكون حراما ظاهرا و واقعا. لعدم إمكان جريان الحليّه فى التصرف الواقع فى ملك الغير.

**ثمّ إنّ هاهنا فرعين: تظهر الثمره فيهما:**

### **الفرع الأول:**

ما قاله الشيخ الأعظم: «ولو أولدها صارت أمّ ولد على الكشف الحقيقي و الحكمى لأنّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتّب حكم وقوع الوطء فى الملك، و يحتمل عدم تحقّق الاستيلاء على الحكمى، لعدم تحقّق حدوث الولد فى الملك و إن حكم بملكيتّه للمشتري بعد ذلك» (١).

أقول: بناءً على قولى الكشف الحقيقي لا- إشكال فى صيروره أمه أمّ ولدا بالاستيلاء لأنّ الإجازة كاشفه عن وقوع الوطء فى ملك الواطىء فتصير الأمه أمّ ولد له.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمى فيحتمل الشيخ الأعظم احتمالين:

الأول: الأمه تصير أمّ ولد بالاستيلاء للزوم ترتيب أحكام الملكيه السابقه التى منها صيروره الأمه أمّ ولد للمشتري.

الثانى: عدم صيرورتها أمّ ولد لوقوع الوطىء فى ملك الغير، لأنّ من شرائط الاستيلاء وقوع الوطىء فى ملك الواطىء و حليته.

ص: ٤٢٦



وَ أَصَرَ الْمُحَقِّقَ الْإِيرَوَانِي (١) رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى الْإِحْتِمَالِ الْأَوَّلِ وَ أَنَّ الْاسْتِيلَادَ صَحِيحٌ بِدَعْوَى أَنَّ الْكَشْفَ الْحَكْمِيَّ مُشْتَرِكٌ مَعَ الْكَشْفِ الْحَقِيقِيِّ فِي جَمِيعِ الْآثَارِ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى التَّنْزِيلِ دُونَ الْكَشْفِ الْحَقِيقِيِّ.

وَ تَبِعَهُ السَّيِّدَ الْخَمِينِي (٢) قَدَسَ سِرَّهُ .

وَلَكِنِ الْمَخْتَارُ هُوَ الْإِحْتِمَالُ الثَّانِي لِأَنَّ ظَهْرَ أُدْلِهِ اسْتِيلَادُ الْأُمَّةِ يَكُونُ عَلَى الْوَطْءِ الْحَلَالِ، حِينَ الْوَطْءِ، وَ حَيْثُ بِنَاءٌ عَلَى الْكَشْفِ الْحَكْمِيِّ يَكُونُ الْأُمَّةُ مُلْكًا لِلْغَيْرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ، فَيَقَعُ الْوَطْءُ فِي مُلْكِ الْغَيْرِ فَيَكُونُ حَرَامًا، فَلَا يَتَحَقَّقُ شَرْطُ الْاسْتِيلَادِ.

كَمَا مَرَّ (٣) مِنَ الْمُحَقِّقِ النَّائِيْنِي قَوْلَهُ فِي تَرْتِيبِ الْآثَارِ الْمُمْكِنَةِ عَلَى الْكَشْفِ الْحَكْمِيِّ: «فَلَوْ وَقَعَ النِّكَاحُ عَلَى إِمْرَأَةٍ [فَضُولًا] ثُمَّ زُنِيَ بِهَا فَأُجِزَتْ بَعْدَ الزَّوْنِ، لَمْ يَكُنِ الزَّوْنُ بِذَاتِ الْبَعْلِ، إِذْ الزَّوْنُ بِهَا إِنَّمَا هُوَ بِالْوَطْءِ عَلَى إِمْرَأَةٍ تَكُونُ فِي حَالِ الزَّوْنِ بِهَا ذَاتِ الْبَعْلِ وَ هَذِهِ الْمَرْأَةُ بِالْإِجَازَةِ تُصَوِّرُ ذَاتَ الْبَعْلِ، فَلَا يُمْكِنُ تَرْتِيبُ آثَارِ الزَّوْنِ بِذَاتِ الْبَعْلِ عَلَى الزَّوْنِ بِهَا قَبْلَ الْإِجَازَةِ» (٤).

وَ قَالَ: «... فَالْحَقُّ عَدَمُ صَيْرُورِهِ الْمَوْطُوءَةَ أُمًّا وَ لِدِّ بِنَاءٌ عَلَى الْكَشْفِ الْحَكْمِيِّ لِأَنَّهُ إِذَا حُرِّمَ عَلَيْهِ الْوَطْءُ وَ وَقَعَا لِعَدَمِ كَوْنِهَا مُلْكًا لَهُ فَبِالْإِجَازَةِ لَا- يُمْكِنُ تَرْتِيبُ هَذَا الْأَثَرِ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ، لِأَنَّ كَوْنَ الْمَوْطُوءَةَ أُمًّا وَ لِدِّ مُتَرْتَّبٌ عَلَى الْمُلْكِ، لَا- عَلَى مَا هُوَ فِي حُكْمِ الْمُلْكِ، وَ لَوْ قُلْنَا بِأَنَّ الْكَشْفَ الْحَكْمِيَّ مُطَابِقٌ لِلْقَاعِدَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمَالِكِ قَلْبُ الْحَرَمِ إِلَى الْحَلِيِّ، وَ لَا- قَلْبُ الْغَيْرِ الْمُلْكِ إِلَى الْمُلْكِ، بَلْ لَهُ إِتْفَاقٌ مَا وَقَعَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْآثَارِ الَّتِي يَكُونُ الْعَقْدُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا تَمَامَ الْمَوْضُوعِ... وَ هَذَا لَا يَنَافِي كَوْنَ وَلَدِهَا حَرًّا لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنَ النَّمَاءِ» (٥).

أَقُولُ: الْوَطْءُ لَا يَبْدَأُ أَنْ يَكُونَ فِي الْمُلْكِ حَتَّى يَتَحَقَّقَ الْاسْتِيلَادُ شَرْعًا، وَ الزَّوْنُ لَا يَبْدَأُ أَنْ

ص: ٤٢٧

١-١ . حَاشِيَتُهُ عَلَى الْمَكَاسِبِ ٢/٢١٦.

٢-٢ . كِتَابُ الْبَيْعِ ٢/٢٥٣.

٣-٣ . رَاجِعْ صَفْحَةَ ٤١٢ مِنْ هَذَا الْمَجْلَدِ.

٤-٤ . الْمَكَاسِبُ وَ الْبَيْعُ ٢/٨٧.

٥-٥ . مِنْهُ الطَّالِبُ ٢/٦٨.

يقع على ذات البعل حتى تتحقق الحرمة الأبديه و حدّ القتل، و حيث في الموردين لم يتحقق الملك و لا ذات البعل فلا يتحقق الاستيلاء و لا الحرمة الأبديه و القتل.

## الفرع الثاني:

### إشاره

قال الشيخ الأعظم: «ولو نقل المالك [أم] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي، لانكشاف وقوعه في ملك الغير - مع احتمال كون النقل بمنزله الردّ - و بقي صحيحا على الكشف الحكمي، و على المجيز قيمته [قيمتها]، لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه و مقتضى صحه النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقه بنقلٍ لازم»(١).

اختلفت أنظار الأعلام حول ما هو الأرجح في ضبط عبارته الشيخ الأعظم هل هي: «أم الولد... و على المجيز قيمتها»، أو «الولد... و على المجيز قيمته»، و الفقهاء المامقاني(٢)، و اليزدي(٣)، و النائيني(٤) و الإيرواني(٥) على الأوّل.

و الإشكوري(٦) و الأصفهاني(٧) و الخوئي(٨) على الثاني.

و نحن نبحت الفرع و ظهور الثمره فيه على النسختين:

### النسخه الأولى: «لو نقل المالك أم الولد... و على المجيز قيمتها».

توضيحها: لو نقل المالك أم الولد - التي باعها الفضولي و وطأها المشتري و

ص: ٤٢٨

١-١ . المكاسب ٣/٤١١.

٢-٢ . غايه الآمال / ٣٨٠.

٣-٣ . حاشيته على المكاسب ٢/١٨٨.

٤-٤ . منيه الطالب ٢/٦٩ و ٧٠.

٥-٥ . حاشيته على المكاسب ٢/٢٦٠.

٦-٦ . بغيه الطالب ٣٨٥/١.

٧-٧ . حاشيته على المكاسب ١٥٥/٢.

٨-٨ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٥٩؛ محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٧٨؛ مصباح الفقاهه ٤/١٦٦.

صارت ذات ولدٍ منه - عن ملكه ببيعٍ أو هبهٍ قبل أن يُجيز عقد الفضولي ثم أجازته:

بناءً على الكشف الحقيقي - و على جهل المالك بالبيع الفضولي - يحتمل الأمران:

الأول: بطلان النقل

لأنّ الإجازة المتأخره كشفت عن دخول أمّ الولد في ملك من اشتراها من الفضولي من حين بيعها منه، فنقل المالك لأمّ الولد نقلً لمالٍ الغير و هو غير نافذ، فيحكم ببطلانه، و صحه بيع الفضولي بعد الإجازة.

الثاني: صحه النقل

لأنّ نقل المالك أمته قبل إجازة بيع الفضولي، يكون ردًا له، فيصح النقل و تبطل الإجازة لعدم وجود موضوع لها. لأنّ الأمه تنتقل إلى من اشتراها من مالِكها لا من الفضولي.

و أمّا لو كان المالك عالما ببيع الفضولي و نقل الأمه إلى الغير بهبهٍ أو بيعٍ، يكون هذا النقل ردًا لبيع الفضولي قطعاً.

و بنا على الكشف الحكمي: فيصحّ نقل المالك لأمّ الولد، لأنّها باقيه على ملكه، و إذا أجاز بيع الفضولي يكون صحيحاً فيتحقّق من المالك عقدان صحيحان على المبيع الواحد الشخصى - أى الأمه - فيتعيّن تسليم الأمه إلى المشتري من الفضولي، و دفع قيمتها إلى من نقلها المالك إليه.

نظير تصرف من عليه الخيار فى المبيع الخيارى بناقل لازم إذا فسخ ذو الخيار بعد ذلك، حيث حكموا بصحه التصرف الناقل و بصحه الفسخ و اشتغال ذمه من عليه الخيار بالبدل من المثل أو القيمة. (1) هذا كلّ بناءً على النسخه الأولى.

**و أمّا النسخه الثانيه: «لو نقل المالك الولد... و على المجيز قيمته».**

فتوضيحتها: لو نقل المالك الولد ثمّ أجاز بيع الفضولي فعلى الكشف الحقيقي

ص: ٤٢٩

يبطل نقل الولد، لأنَّ الإجازة كشفت عن كون الأمه وولدها ملكا للمشتري من حين العقد، و نقل المالك للولد تصرف في ملك الغير فيبطل.

و احتمال أن تكون الإجازة لغوا و بيع النماء [الولد] يكون ردًا للعقد الفضولي فيقع بيع الولد صحيحا لا محاله.

و بناءً على الكشف الحكمي: يصح نقل الولد، لأنه يكون نماءً لملكه و لم يتعلّق به حقّ غيره. و حيث أجاز بيع الفضولي للأمه فقد أتلّف على المشتري نماءها فيضمن المالك له بدله فيجب دفع قيمه الولد إلى المشتري.

هذا توضيح ما ذكره الشيخ الأعظم في المقام.

أقول: التصرفات الصادره من المجيز قبل الإجازة على قِسْمَيْنِ:

الأوّل: التصرفات المنافيه للعقد الفضولي

و هي التصرفات التي لا يبقى معها محلٌ للإجازة، كما إذا زوّجت المرأةً فضولاً ثمّ أنّها مع الجهل بالعقد الفضولي زوّجت نفسها من آخر، التزويج الثاني ينافى العقد الفضولي و لا يبقى معه محلٌ للإجازة و يكون ردًا عمليًا للعقد الفضولي، إذا لا يمكن تزويج المرأة من زوجين في زمان واحد.

و أمّا مع العلم بالعقد الفضولي فأقدامها على التزويج الثاني يعدّ ردًا لما أصدره من الفضولي قطعاً.

إن قلت: يمكن أن يقال عكس ما ذكرنا بأنّ الإجازة المتأخره تكشف عن العقد الثاني بأنّه وقع على زوجه الغير فيكون باطلاً و العقد الفضولي يكون تاماً.

قلت: المرأة تكون ذات اختيار و زوّجت نفسها من الثاني فشملتها العمومات فيصح عقدها. و بعد الحكم بصحة العقد الثاني لا يبقى محلٌ للإجازة المتأخره للعقد الفضولي لبطلان العقد على المرأة المتزوّجه من الغير. و لما مرّ في باب الأمارات من الأصول من أنّ الموضوع لأحد الدليلين إذا كان تنجيزياً و متحقّقاً بالفعل فلا محاله يترتب عليه حكمه و لا يبقى محلّ لموضوع الدليل الثاني المتوقف على عدم موضوع الدليل الأوّل.

و الحاصل: الأدله العامه فى عقد الفضولى إنمّا توجب صحه الفضولى من جهه استناده إلى من يملك أمر العقد، و هذا الاستناد لا يتحقق مع العقد الثانى فلا تشمله العمومات. و الأدله الخاصه فى صحه الفضولى لا إطلاق لها حتى تشمل ما نحن فيه.

و لا فرق فى ما ذكرناه بين كشفى الحقيقى و الحكمى.

الثانى: التصرفات غير المنافيه للعقد الفضولى

و هى التصرفات التى يبقّى معها محلّ للإجازة كما إذا باع المالك أمته أو وهبها أو صالحها أو أعتقها ثمّ علم أنّ الفضولى قد باعها من آخر فأجاز بيع الفضولى.

هذا التصرف ليس منافيا للعقد الفضولى لأنّ بقاء العوضين ليس شرطاً فى الإجازة فلا يعتبر وجودهما حين استناد العقد إلى المالك، لأنّ مع عدم بقائه ينتقل إلى البدل.

و الوجه فى ذلك: أنّ الإجازة كالفسخ و الردّ تتعلّق بالعقد و إن كان الردّ دفعا و الفسخ رفعا من حينهما و هما مشتركان فى تعلّقهما بالعقد. و تتبعهما الإجازة فالمعتبر أن يكون المجيز مالكا حين العقد لا حين الإجازة و إلا فلا تعقل الإجازة بناءً على الكشف الحقيقى لأنّ المفروض أنّ المشتري صار مالكا للمال من حين العقد فالمال يكون ملكا له حين الإجازة و كان خارجا عن ملك المجيز حين الإجازة فلا يقبل الإجازة منه، فالمعتبر أن يكون المجيز مالكا للمال حين العقد لا حين الإجازة. (١)

و ممّا ذكرناه يُظهِر عدم تماميه مقاله المحقق النائنى من الحكم بلغويه الإجازة فى ما نحن فيه لأنّ «المالك يجوز له التصرف فى متعلّق عقد الفضولى ولو كان عالما بصدور العقد منه، فإذا جاز له التصرف نفذ تصرفه و إذا نفذ فلا يبقّى محلّ للإجازة لصيروره المالك إجنبيّا» (٢).

و قال المحقق السيد الخوئى فى مقاله استاذة: «و السرّ فيما أفاده أنّ الإجازة عنده

ص: ٤٣١

١-١. راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٥٦.

٢-٢. منيه الطالب ٢/٦٩.

تتعلق بالعين لا- بالعقد و من الواضح أنّ البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات الناقله تخرج العين عن ملك المجيز فلا يبقى مجال للإجازة لانتفاء متعلقها و موضوعها»(١).

أقول: وجه الظهور ما مرّ منّا من أنّ الإجازة كالفسخ و الردّ تتعلق بالعقد لا بالعين.

ثمّ بناءً على الكشف الحقيقي حيث لا يكون هذا التصرف - النقل أو العتق - منافياً للعقد الفضولي و يبقى محلّ الإجازة و أجاز المالك ينتقل المال - الأمه - إلى المشتري من حين العقد فيبطل النقل أو العتق كما احتمله الشيخ الأعظم (٢) أوّلاً.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمي فانتقال المال - الأمه - إلى المشتري يكون بعد الإجازة فيكون المال باقياً على ملك مالكة و انتقله إلى الغير أو أعتقها فالإنتقال و العتق يكونان تامان. و كذلك الإجازة نافذة للعقد الفضولي و حيث أنّ المالك أ تلف المال على المشتري بالإنتقال أو العتق، فينتقل حقّ المشتري بالبديل من المثل أو القيمة. و هذا هو مقتضى الجمع بين الأدله الداله على صحه تصرفات المالك في ماله و بين أدله وجوب الوفا بالعقد بعد الإجازة.

هذا كلّه على النسخه الأولى أي أم الولد.

و أمّا على النسخه الثانيه أي الولد

فأقول: على القول بالكشف الحقيقي: و جهل المالك بالبيع الفضولي لو نقل أو أعتق الولد [النماء] إلى الغير ثمّ أجاز البيع الفضولي يبطل نقله أو عتقه، لأنّ بالإجازة تكشف عن ملكيه العين و بتبعها النماء [الولد] للمشتري، فالمالك باع ملك الغير فيكون باطلاً أو لاأقلّ من أنّ يكون فضولياً.

و أمّا احتمال صحه نقل الولد و لغويه الإجازة و بطلان الفضولي الذي ذكره الشيخ الأعظم لا يجري عندنا لأنّ مجرد بيع النماء [الولد] و التصرف في منافع المبيع لا يمكن أن يكون ردّاً فعلياً للمعامله الصادره فضوله، و السرّ في ذلك أنّ الردّ كالإجازة من الأمور

ص: ٤٣٢

١-١. التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٥٦.

٢-٢. المكاسب ٣/٤١١.

القصدية، فإذا كان المالك جاهلاً بوقوع المعاملة الفضولية أو باع النماء مع بنائه على الإجازة لا يعدّ ذلك إنشاءً للردّ.

نعم، لو كان المالك عالماً بالبيع الفضولي وقصد بنقل النماء [الولد] ردّ المعاملة الفضولية يكون ذلك ردّاً ويقع نقل النماء [الولد] صحيحاً.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمي: و جهل المالك بالبيع الفضولي، فيكون تصرف المالك في الولد [النماء] في ملكه و يقع صحيحاً إلاّ أنّه يدفع قيمه النماء [الولد] إلى المشتري بعد إجازة البيع، لدخول النماء [الولد] في ملك المشتري بعد الإجازة و مقتضى الجمع بينهما هو الحكم بصحة النقل و تغريم القيمة للمشتري.

ولكن استشكل المحقّق النائي على ما ذكرناه - و هو توضيح لمقاله الشيخ الأعظم - بقوله: «... أن مثل هذا النماء المنفصل المستقل لا وجه لكونه تبعاً للعين، فلو أجاز بيع الأمّ فبناءً على الكشف الحقيقي يصحّ أن يقال: الولد للمجاز له تبعاً، لأنّه حدث في ملكه. و أمّا بناءً على الكشف الحكمي فالمفروض أنّه لم يحدث في ملكه و إنّما يحكم تبعداً أو قاعدةً أنّه في حكم حدوثة في الملك، و هذا التباعد أو القاعدة إنّما يصحّ إذا كان للإجازة محلّ، و بعد صحه النقل لا يتعلّق للمجاز له حقّ به حتّى يجب على المجيز بدله جمعا بنى الحقيين»(1).

و أجابه تلميذه السيّد الخوئي بقوله: «هذه المناقشه ظاهره الاندفاع، لأنّ الحكم بالملكه ليس بلحاظ حال الانعدام، و إنّما هو بلحاظ حال الوجود، فمن الآن يحكم بأنّ الموجود سابقاً ملك للمشتري فيترتب عليه وجوب دفع القيمة»(2).

و قال في تقريره الآخر: «لأنّ زمان الإنتقال و إن كان هو زمان الإجازة ولكن تنتقل العين بالإجازة من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكيه من ذلك الزمان تنزيلاً على الكشف الحكمي و تحقيقاً على ما ذكرنا من الكشف الحقيقي، و إذن فيكون المالك

ص: ٤٣٣

١-١. منيه الطالب ٢/٧٠.

٢-٢. التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٥٩.

ضامنا بالنماءات لو أتلّفها و مع نقلها إلى الغير فيكون المقام أيضا من صغريات تعاقب الأيدي كما عرفت في الكشف الحقيقي و هذا واضح جدًا»(١).

و قال: «و المراد بالولد هو ولد الحيوان لا ولد الأمه فإنه حرّ على الكشف الحقيقي، و هكذا لو كانت النسخه أمّ الولد فإنّ أمّ الولد لا يجوز بيعها في نفسها إلا في الموارد المنصوصه»(٢).

أقول: الظاهر أنّ المراد بالولد هو ولد الأمه لا- ولد الحيوان بقريته الفرع الأوّل - أي الاستيلاد - فيكون «ال» في الولد للعهد الذهني بالاستيلاد. و ولدها في بعض الفروع يكون عبدا كما في بعضها يكون حرّا.

### هل النسخه الصحيحه هي أمّ الولد أو الولد؟

الظاهر أنّ النسخه الصحيحه هي الولد لإِنَّهُ على فرض اشتمال النسخه على كلمه الأمّ يلزم التهافت بين هذه العبارة و ما ذكره الشيخ الأ-عظم في نفس الصفحه بعد أسطر من قوله: «و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلاً- أو شرعا - كالعق - فات محلّها»(٣).

لأنّهُ صريح في أنّ تصرف المالك في العين على الكشف الحكمي مفوّت لمحلّ الإجازة، و أمّا العبارة السابقه - بناءً على اشتمالها على كلمه الأمّ ليكون التصرف في العين - فهي صريحه بصحة تصرفه مع بقاء محلّ الإجازة و نفوذها ليكون على المجيز قيمه ما نقله. فلا بدّ أن تكون العبارة الأولى ناظره إلى تصرفه في النماء فلا يفوت به محلّ الإجازة على الكشف الحكمي، و العبارة الأخيره ناظره إلى تصرف المالك في العين فيفوت به محلّ الإجازة، و هذا هو الذي يقتضيه حفظ مقام المصنف قدس سره ، كما تبّه عليه المحقّق السيّد الخوئي(٤).

ص: ٤٣٤

١- ١. مصباح الفقاهه ٤/١٦٦.

٢- ٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٧٨.

٣- ٣. المكاسب ٣/٤١١.

٤- ٤. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٧٨؛ التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٥٩.



أقول: و الشاهد عليه كلام الشيخ الأعظم في أول «مسأله في أحكام الرد» (١) فراجعه و انتظر.

### فذلكه القول في حكم التصرفات الصادره من المشتري

في ما انتقل إليه فضوله قبل الإجازة:

بناءً على النقل: لا إشكال في حرمه تصرفات المشتري قبل الإجازة ظاهراً و واقعاً لأنه تصرف في مال الغير. و أما بحسب الوضعي أيضاً تصرفاته باطل، نعم يكون فضولياً فلو أجاز المالك معاملته السابقه يدخل في مسأله مَنْ باع شيئاً ثم ملكه و سيأتي بحثه.

و أمياً بناءً على الكشف الحقيقي: و بعد صدور الإجازة يكشف أن تصرفات المشتري قبلها كانت جائزه تكليفاً واقعياً و نافذه وضعا واقعاً، نعم، تكون محرّمه ظاهراً لاستصحاب عدم لحوق الإجازة، فيكون المشتري متجرباً في الظاهر فقط، و لذا لو كانت تصرفاته عبادياً كالوضوء و الغسل بالماء المبيع فضوله يقع فاسداً لمنافاه الحرمه الظاهريه مع قصد القربه، إلا إذا كان جاهلاً بها.

و أمياً بناءً على الكشف الحكمي: فتكون تصرفاته قبل الإجازة حراماً تكليفاً واقعياً و ظاهرياً لأنه تصرف في مال الغير و استصحاب عدم لحوق الإجازة.

و أما الحكم الوضعي فيها و إن كانت تصرفاً في ملك الغير حدوداً ولكن بحسب البقاء - و بعد الإجازة - ملكٌ للمشتري فيجوز تصرفاته فيه و يمضى.

نعم، لا يتحقق الاستيلاء و لا الزنا بذات البعل لأنهما يتحققان من المملوك و الزوجه الفعليين دون ما سيكون مملوكاً أو زوجة. هذا في الموردین بجهه الحكم الوضعي و أمياً و طيء الأئمه يكون حراماً تكليفاً لأنه في غير ملك و الإجازة الآتيه لا يحلله لأن الشئ لا ينقلب عمّا هو عليه كما مرّ.

ص: ٤٣٥

اشاره

و هي متعدده:

الأولى: النماء

اشاره

قال الشيخ الأعمش: «فإنه على الكشف بقولٍ مطلقٍ - أى بأقسامه المختلفه - لِمَنْ إنتقل إليه العين، و على النقل لِمَنْ انتقلت عنه»<sup>(١)</sup>.

و المراد بالنماء فى كلامه نماء المنفصل للعين المبيعه، و هو بناءً على الكشف يكون لمشتري العين و بناءً على النقل يكون للمالكها و هذا واضح لا ارتياب فيه.

ولكن للشهيد الثانى رحمه الله فى المقام كلام يحتاج إلى توجيه لأنه قال: «... و تظهر الفائده فى النماء. فإن جعلناها كاشفه فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقله فهما للمالك المجيز»<sup>(٢)</sup>.

قال المحقق جمال الدين الخوانسارى فى حاشيته على الروضه: «فقوله: «فهما للمالك المجيز»، كما ترى إلا [١] أن يفرض كون العقد فضوليا من الطرفين و يكون المراد بكونهما للمالك المجيز كون كل منهما للمالك أصله المجيز. و فيه تكلف.

[٢] أو يقال: إن المراد أن كلاً منهما للمالك المجيز ولو فى صورتين. فنماء المبيع للبائع عند كونه فضوليا من قبله، و نماء الثمن للمشتري إذا كان فضوليا من قبله. و لم يتعرض لنماء الطرف الآخر لظهوره بالمقاييسه و لا يخفى بعده.

[٣] و يمكن أن يقال: فى صورته كون أحد الطرفين فضوليا: إن الطرف الآخر قد رضى و أجاز من حين العقد فوقع الانتقال من طرفه، و إنما يبقى التزلزل من الطرف الآخر، فلا ينتقل منه إلا بعد الإجازة، و حينئذ فيكون نماء كل منهما قبل الإجازة للمالك المجيز، و فيه إشكال...»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٤٣٦

١-١. المكاسب ٣/٤١١.

٢-٢. الروضه البهيه ٣/٢٢٩.

٣-٣. حاشيه الروضه ٣٥٨، الطبعة الحجرية، لآقا جمال الخوانسارى.

ولكن قال الفقيه السيّد العاملي بعد نقل عبارته الروضه: «و فيه خفاءً. أمّا نماء المبيع فظاهرٌ. و أمّا الثمن فلاّنه انتقل عن المشتري من حين العقد بقبوله. و تصرف المشتري في ملكه لا يتوقف على إجازة غيره»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذا الكلام قريب من التوجيه الثالث للمحقّق الخوانساري و هو: «أن يكون نماء كلّ من العوضين لشخص واحد على القاعده كما إذا كان البيع من طرف المبيع فضولياً دون غيره، فيكون نماء المبيع للمالك المجيز لحدوثه في ملكه و يكون نماء الثمن له أيضاً لإقدام المشتري على تملكه له بإقدامه على الشراء من الفضولي»<sup>(٢)</sup>.

و يرى الشيخ الأعظم توجيه الأوّل من المحقّق جمال الدين الخوانساري - الذي هو توجيه المراد بحمله على خلاف الظاهر - أولى من توجيه الثالث في كلامه و هو قريب من توجيه الفقيه السيّد العاملي - الذي هو توجيه الحكم مع التحفظ على ظاهر الكلام - .

و لعلّ وجه الأولويه في كلامه: أنّه يرد على التوجيه الأوّل أن يكون خلافاً للظاهر فقط، لأنّ قوله: «فهما للمالك المجيز» ظاهر في كون كلا النمائين لشخص واحد.

ولكن يردّ على التوجيه الثالث: «أولاً: يمكن أن لا يكون المشتري عالماً بالفضوليه، بل تخيل أنّ البائع مالك أو وليّ أو وكيل.

و ثانياً: يمكن أن يكون الشراء أيضاً فضولياً كالبيع.

و ثالثاً: الإقدام على التملك ليس أحد المملكات.

و رابعاً: المشتري لم يقدم على تملك النماء للبائع مجاناً و إنّما أقدم على تملكه بعوض»<sup>(٣)</sup>.

و الحاصل: هذا التوجيه الثالث لا يتم صغرى و كبرى:

أمّا الصغرى: «فلاّنّ الشراء قد يكون فضولياً كالبيع فلم يُقدم مالك الثمن على التملك، و قد يكون المشتري أصيلاً لكنّه جاهل بكون المعامله فضوليه، و قد يكون

ص: ٤٣٧

١-١ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٨.

٢-٢ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٨٠.

٣-٣ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٨٠.

عالمًا بذلك ولكنّه اشترى بمال الصغير الذى تحت ولايته فهو لم يقدم على تملك مال نفسه و إنما أقدم على تملك مال الصغير خلافاً للمصلحة»(١).

و أما الكبرى: «فلأن الإقدام ليس من أحد المملكات فى الشريعة المقدسه.

نعم، فى التسليط الخارجى كلام بين الأعلام ولكنّه غير المقام أعنى المعامله الفضوليه كما لا يخفى»(٢).

### فرع: تصرف المالك فى النماء

لو أقدم الفضولى على بيع العين و تصرف المالك فى نمائها كالثمره أو البيض أو نحوهما. هل يصح هذا التصرف أم لا؟ و هل يعدّ ردًا لبيع الفضولى أم لا؟ و هل الفرق موجود بين صورتى علم المالك بالبيع و جهله أم لا؟

أقول: أما بناءً على النقل: فتصح تصرفاته فى النماء لآئته تصرف فى ملكه لعدم صدور الإجازة منه و بعد صدورها تمت و كانت نافذه بالنسبه إلى العين دون نمائها لفقد الموضوع بالنسبه إلى النماء بلا فرق بين صورتى علم المالك و جهله بالبيع.

و أما بناءً على الكشف: إذا تصرف المالك فى نمائها فيحكم بصحة هذا التصرف و قد ثبت بالدلاله الالتزاميه أن العين كانت له و هذا يعدّ ردًا للبيع، لأنّ النماء فرع و تابع للعين و هى أصل، فى ما إذا كان عالماً ببيع الفضولى، و أما إذا كان جاهلاً به فلا يعدّ ردًا له.

نعم، إذا لم تتم الدلاله الالتزاميه فى مورد كما فى جهل المالك ببيع الفضولى أو أن المالك يرى الفرق بين العين و نمائها و لا يعدّ التصرف فى النماء التصرف فى العين، لأنّ النماء يكون منفصلاً فلا يعدّ التصرف فى النماء ردًا لبيع الفضولى حتى بناءً على الكشف و له إجازته.

### الثانيه: جواز فسخ الأصيل بناءً على النقل

لا يخفى أن للمالك إمضاء العقد بالإجازة و حلّه بالردّ على النقل و الكشف، و أما

ص: ٤٣٨

١-١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٦٢.

٢-٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٦٢.

الأصيل هل يجوز له أن يفسخ العقد و يرفع اليد عن إلزامه ما لم يجيزه المالك أم لا؟

أقول: ثالثها القول بالتفصيل بين الكشف و النقل، على الأوّل لا يجوز لتمايه العقد بالنسبه إلى الأصيل و على الثاني يجوز لأنّ العقد بالنسبه إليه غير تام و له أن يفسخه و هو مختار الشيخ الأعظم حيث يقول: «أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف بمعنى أنّه لو جعلناها ناقله كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفه، فإنّ العقد تام من طرف الأصيل غايه الأمر تسلط الآخر على فسخته، و هذا مبنيّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل انشاء صاحبه، بل قبل تحقّق شرط صحه العقد كالقبض في الهبه و الوقف و الصدقه»<sup>(١)</sup>.

استدلّ الشيخ الأعظم في كلامه بوجوه:

الأوّل: الإجماع على بطلان العقد إذا تخلل الفسخ بين الإيجاب و القبول أو ما يقوم مقامهما من طرفى العقد. بل و بعد تحقّق الإيجاب و القبول و قبل وجود شرط الصحه كالقبض في الهبه و الوقف و الصدقه و بيع الصرف و السلم.

الثاني: إذا رجع الموجب مثلاً عن إيجابه قبل تحقّق القبول، لم يصدق العقد عرفاً حتّى تشمله أدله الصحه و اللزوم. فخرج هذا الإيجاب المعدّل عنه موجّباً عن أدله صحه العقود و لزومه موضوعيّاً لا حكميّاً تخصيصيّاً.

الثالث: قال تلميذه الفقيه المامقاني رحمه الله: «إنّ المصنف قدس سره كان يعلّل جواز إبطال الإنشاء في مجلس البحث بأنّ العقد عبارته عن المعاهده المعبر عنها بالفارسيه بقولهم: (پيمان)، و من المعلوم أنّ الموجب إذا رجع عن مضمون الإيجاب قبل القبول أو قبل وجود ما هو من شرائط صحه العقد كالقبض و نحوه انتفى معنى المعاهده التي ليس قوام العقد إلّا بها فينتفى العقد و هو معنى بطلانه»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٤٣٩

١-١. المكاسب ٣/٤١٢.

٢-٢. غايه الآمال / ٣٨٠.

و أما الوجوه المذكوره فى كلام الشيخ الأعظم:

فالأول: تحقّق الإجماع على بطلان العقد إذا تخلل الفسخ و الردّ بين الإيجاب و القبول تامّ كما يرد الإجماع فى كلام صاحبى الجواهر(1) و العناوين(2).

و قد مرّ فى تنبيهات الموالاه بين الإيجاب و القبول قولنا: «الإجماع المحصّل من الأصحاب فى أبواب مختلفه من العقود المشروطه صحتها بعدم تخلّل الرد، و كذا الإجماع المحكى المستفيض عليه»(3).

و أما تخلّل الفسخ أو الرد بعد تحقّق الإيجاب و القبول و قبل وجود شرط الصحه فهو أيضا تام لما مرّ من قولنا: «و كذا الردّ يبطل بتخلله فى اثناء الإيجاب و القبول و كذلك يبطل بتخلله بين العقد و القبض فى كلّ عقد يشترط فيه القبض كالوقف و الحبس و السكنى و الهبه و القرض و الصدقه و الصرف و السلم لعدم حصول التمليك ما لم يتحقّق القبض»(4). فهذا الدليل تام.

فالثانى: أيضا تام لأنّ الردّ و الفسخ إذا تخلل بين الإيجاب و القبول لا يبقى إيجاب حتّى يلحقه القبول هذا إذا كان من الموجب و إمّا إذا كان من القابل أيضا مبطل للإيجاب فلا ينعق القبول بعده، لأنّ مع تخلل الردّ لا يكون عقدا لا شرعا و لا عرفا حتّى يشملها إطلاقات صحه العقود و الأصل أيضا يقتضى فساده لأنّه هو الأصل فى العقود كما مرّ(5).

فالثالث: أيضا تام و هو عبارته أخرى عن الدليل الثانى.

و بتماميه هذه الوجوه إلى هنا تتم مقاله الشيخ الأعظم عندنا فى الأصل بناءً على النقل و أمّا بناءً على الكشف فالكشف الحقيقى بوجوه المختلفه الماضيه يترتب الثمره

ص: ٤٤٠

١-١ . الجواهر ٢٩/٤٧ و فيه: «بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم».

٢-٢ . العناوين ٢/١٧٧.

٣-٣ . الآراء الفقهيّه ٤/٢٤٢.

٤-٤ . الآراء الفقهيّه ٤/٢٤٢.

٥-٥ . راجع الآراء الفقهيّه ٤/٢٤٢.

لحصول النقل و الانتقال بالعقد و المفروض أنّ الإجازة تأتي فيتحقق المعلق عليها و أمّا بناءً على الكشف الحكمي بالوجوه الثلاثة من المطلق و الانقلابي و الصورتى فلا- تترتب هذه الثمرة لأنّ قبل لحوق الإجازة لا تعتبر الملكية شرعا و عرفا فيتمكن الأصيل من الفسخ.

مقاله المحقق النائيني و نقده

ولكن المحقق النائيني ذهب إلى عدم نفوذ فسخ الأصيل و ردّه حتى على القول بالنقل و قال: «و الأقوى أنّه لا يجوز تصرّفه مطلقا، بناءً على استفادته الحكم التكليفي من قوله عزّ من قائل: «وفوا بالعقود»<sup>(١)</sup> لدلالته على أنّ كلّ منشيء و معاهد ملزم بانشاءه و عهد، فإنّ وجوب الوفاء تكليفا لا- معنى له إلا- تعلّقه بفعل المتعاقدين أي: يتعلّق بالمعنى المصدرى، فيجب على كلّ منهما الالتزام بما أُلزم على نفسه و هو: إيجاد المادّة بالهيئة سواء تحقّق الالتزام من الآخر أم لا...»<sup>(٢)</sup>.

مراده: مفاد العمومات و منها قوله تعالى «وفوا بالعقود» هو الحكم التكليفي لا الوضعي و عليه معناها لزوم إنها الالتزام تكليفا لكلّ من طرفي العقد ولو لم يترتب على العقد الحكم الوضعي و لأنّ الحكم التكليفي المتعلّق بالبائع غير المتعلّق بالمشتري فلا ينافي عدم ترتب الأثر الوضعي عليه فعلاً و قبل الإجازة في بيع الفضولي.

و بعبارة أخرى: «إن كان المراد بالعقد في الآيه معناه الاسم المصدرى - أعنى نتيجة العقد و هو حصول المبادله و الملكيه فلا يمكن أن تعم عقد الأصيل قبل الإجازة لعدم حصول نتيجته حينئذ، و أمّا إن كان المراد معناه المصدرى و هو الالتزام فلا مانع من شموله لالتزام المالك [الأصيل] فيجب عليه الوفاء و لا يجوز له الفسخ و هذا جار في جميع العقود إلا المنصوصه كالوقف قبل القبض، و لا ينتقض ذلك بالإيجاب و القبول فإنّ العقد غير متحقّق بمجرد الإيجاب قبل لحوق القبول»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٤٤١

١-١ . سورة المائدة /١.

٢-٢ . منيه الطالب ٢/٧٨.

٣-٣ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٨٢.

و يرد عليه: أولاً: لازم الحكم التكليفي بوجوب الوفاء بالعقد هو جواز العقد لأنّ الأمر بإنهاء الالتزام إنّما يصح فيما إذا كان المخاطب متمكناً من عدمه، أى من رفع اليد عن التزامه بحيث إذا خالف الحكم التكليفي و فسخ العقد كان ذلك ممضياً منه شرعاً و هذا المعنى هو جواز العقد، فلا بدّ من القول بأنّ وجوب الوفاء بالعقد يكون إرشاداً إلى ترتيب آثار الملكيه، فلا يعم إلاّ العقد التام من حيث الأجزاء و الشرائط و يترتب عليه أثره و هو الملكيه.

و ثانياً: الخطاب التكليفي إنّما يتوجه إلى المالكين و موضوعه العقد - أى الارتباط بين التزامى المالكين - و ليس التزام الأصيل مصداقاً للعقد على القول بالنقل ما لم تتحقّق الإجازة و بهذا يفرق المقام عن النذر، فلأصيل أن يرفع يده عن العقد فينتفى به موضوع الإجازة. (1)

أقول: قد مرّ منّا من فى بدايه الكتاب (2) استفادته صحه العقود و وجوب الوفاء بها من الآيه الشريفه أعنى: «أوفوا بالعقود»، فيستفاد منها الحكمان: التكليفي - أى وجوب الوفاء بها و الإيفاء بها - و الوضعي - أى صحه العقود و تماميتها - فنحن نستفيد منها الحكمين خلافاً للعلمين - النائينى و السيّد الخوئى رحمهما الله - ولكن الأخير هنا و فى بعض أبحاثه الفقهيّه و إلاّ فهو - أى السيّد الخوئى - فى بعض أبحاثه الفقهيّه الأخر و الأصوليه - على ما بيالى - ذهب إلى امكان استفادته الحكمين من الآيه الشريفه و الجمع بينهما. كما هو مختارنا.

و على القول المختار - من إمكان الجمع بين الحكمين - فنحن فى فسحه من إشكال المحقّق النائينى و جواب السيّد الخوئى رحمهما الله لأننا نستفيد من الآيه الشريفه الحكمين - أى التكليفي و الوضعي معا - فالآيه كما تدلّ على لزوم الوفاء بالعقد كذلك تدلّ على صحّته ولكن إذا رجع الموجب عن إيجابه لم يبق العقد على حاله و لم يكن فى

ص: ٤٤٢

١-١ . الإيرادان للمحقّق الخوئى فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٣٨٣.

٢-٢ . الآراء الفقهيّه ١/١٤.



البين إيجاباً حتى يلحقه القبول أو الإجازة. فيتم إلى هنا مقاله الشيخ الأعظم رحمه الله .

اعتراض للمحقق القمي (١) رحمه الله و نقده

تقريب هذا الاعتراض: ترتب الأثر على جزء السبب - و هو العقد أو انشاء الأصيل - بعد انضمام الجزء الآخر و هو الإجازة من الأحكام الوضعية و لا يعتبر فيه اختيار الأصيل لترتبه و إرادته و عدم رجوعه عن انشائه.

و بعبارة أخرى: الإيجاب و القبول هما جزءان للسبب المؤثر في عقد الفضولي و المفروض تحققهما، فإذا انضم إجازة المالك إلى العقد ترتب عليه النقل قهراً، سواء رجع الأصيل عن انشائه قبل إجازة المالك أم لم يرجع، لأن اتصاف الإيجاب و القبول بعنوان «جزء السبب» قهري.

فلا فرق بين عدم تأثير فسخ الأصيل بين قولي النقل و الكشف في الإجازة، فلا يترتب هذه الثمرة (٢).

ولكن ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «و فيه: أنّ الكلام في أنّ عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجدٍ في وجود المسبب» (٣).

مراده: شرط تأثير العقد بالإجازة و الحكم بصحته هو عدم تخلل الفسخ بين الإيجاب و القبول في العقود، و في الفضولي بين الإيجاب و الإجازة، و إذا لم يتحقق هذا الشرط المعتبر، فإنّ انضمام الجزء الآخر و هو الإجازة في المقام لا يفيد شيئاً.

ثم قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحه العقود و لزومها» (٤).

ص: ٤٤٣

١-١ . راجع عنائم الأيام ٥٤٣/ من الطبعه الحجريه، جامع الشتات ٢/٢٨١ (١/١٥٦ من الطبعه الحجريه).

٢-٢ . راجع هدى الطالب ٥/١٠٤ و ١٠٥.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤١٢.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤١٣.

مراده: ردّ الشرطيه المدعاه بالإطلاقات الوارده فى صحه العقود و لزومها. و أجاب عنه بقوله: «و لا يخلو من إشكال»<sup>(١)</sup>.

مراده من الإشكال ما مرّ فى دليله الثانى من عدم صدق العقد العرفى بعد رجوع الموجب عن إيجابه، فخرج المورد عن إطلاقات صحه العقود و لزومها موضوعي و تخصصي لا حكمي و تخصصي حتى تنفيه الإطلاقات و عدم ورود المخصّص.

نعم، يمكن أن يُناقش الشيخ الأعظم بما ذكره السيد الخميني من: «... أنّ الفسخ هل هو هادم للعقد أم لا؟ فإن قلنا: أنّه هادم فلا فرق بين النقل و الكشف حتى الحقيقى منه، لأنّ تعقب العقد بالإجازه إنّما هو مؤثر إذا لم ينهدم العقد، فإذا تخلل بين العقد و الإجازه فسخ هادم، لم يبق عقد حتى تتعقّبهُ الإجازه.

و بعبارة أخرى: إنّ العقد إذا تعقّبهُ الهدم قبل الإجازه، لم يكن فى علم الله من الأوّل عقدا متعقبا بالإجازه حتى يكون مؤثرا. و إن لم يكن هادما فلا فرق بينهما أيضا.

نعم، لو قلنا: بأنّه على النقل هادم دون الكشف، يتم القول بالثمره، لكن لا دليل على التفريق.

و ما قيل<sup>(٢)</sup>: من أنّ العقد تام من قبل الأصيل على الكشف، لا يرجع إلى محصل، فإنّ المراد من التمام إن رجع إلى أنّ الأصيل حصل منه ما هو من قبليه من إنشاء العقد، فلا شبهه فى أنّه على النقل أيضا كذلك، بل الموجب أيضا حصل منه ما هو من قبليه.

و إن رجع إلى أنّ النقل حاصل من قبليه على الكشف، فهو موقوف على القول بأنّ الإجازه لا دخاله لها، أو أنّ الفسخ غير هادم، فتماميه العقد موقوفه على عدم الهادميّه و هو أوّل الكلام<sup>(٣)</sup>.

و بالجمله: ظهور هذه الثمره بعد قبول هذه المقاله مشكل جدّا فنرفع اليد عنها و لا- نحتاج إلى البحث حولها فى الكشف و الحمد لله.

ص: ٤٤٤

١-١ . المكاسب ٣/٤١٣.

٢-٢ . القائل هو الشيخ الأعظم كما مرّ، فى المكاسب ٣/٤١٢.

٣-٣ . كتاب البيع ٢/٢٥٦.

أقول: فسخ العقد هو حلّه من حينه - أي من حين الفسخ - لا هدمه من أصله، و الشاهد عليه، عدم جواز مطالبه المنافع من طرف الآخر، فالتعبير بأنّ الفسخ هادم للعقد مسامحٌ.

### الثالثه: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

#### إشارة

ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى الجواز بناءً على النقل حتّى على القول بأنّ فسخه لفظاً غير مبطل لإنشائه و العدول من إيجابه لا يبطل العقد - كما عليه المحققان القمي و النائيني رحمهما الله - ، لأنّ الأصيل مادامت الإجازة لم تأت من المالك، فله أن يتصرف في ماله لأنّ المال لم يخرج من ملكيته بناءً على النقل. فهذا التصرف منه تكليفاً و وضعاً جائز.

و قال: «و الحاصل: إنّ الفسخ القولي و إن قلنا أنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلّا أنّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك» (٢).

#### و استشهد بفرعين:

### الأول: لو باع المالك جاريته بالشراء الفضولي

الأول: لو باع المالك جاريته بالشراء الفضولي، فمادام لم تصدر الإجازة من المشتري يجوز للمالك وطؤها لأنها كما كانت ملكه باق عليها و لم ينتقل منه فلو استولدها و صارت أمّ ولدٍ يفوت محلّ الإجازة لعدم صحه بيع أمّ الولد.

### الثاني: لو زوجت الحرّه نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير

#### إشارة

الثاني: لو زوجت الحرّه نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير ما لم تصدر الإجازة من الغير، و التزويج الثاني يفوت محلّ الإجازة.

و في الفرعين لو صدرت الإجازة من طرف الفضول لغت لعدم بقاء المحلّ قابلاً لقبولها.

ثمّ نقل الشيخ الأعظم (٣) احتمال عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه حتّى على القول بالنقل كما هو كذلك على الكشف مستدلاً له - على وجه لعلّ - «لجريان عموم

١-١ . المكاسب ٣/٤١٣.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤١٣.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤١٣.

وجوب الوفاء بالعقد في حق الأصيل و إن لم يجب في الطرف الآخر»(١).

مراده: كون عقد الفضولي جامعا لجميع شرائط العقد سوى الإجازة فيشملة عموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(٢) فيجب على الأصيل الوفاء به و مقتضاه عدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه.(٣)

و استظهر(٤) هذا الاحتمال من كلام المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث يقول: «و ليس لكل من البائع و الغاصب التصرف في العين لإمكان إجازة المالك، خصوصا على القول بأن الإجازة كاشفه»(٥).

ثم ردّ هذا الاحتمال(٦): بأن الإجازة بناءً على النقل لها دخل في العقد جزءاً أو شرطاً، فما لم تتحقق الإجازة لم يتم العقد فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين، لأنّ موضوع وجوب الوفاء هو العقد المقيّد بالإجازة و من الواضح أنّ المقيّد لا يتحقق إلا بعد وجود قيده.(٧)

و الحاصل: يجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل عنه - تكليفاً و وضعاً - بناءً على النقل.

أقول: يمكن أن يُناقش الشيخ الأعمش بأنّ التفصيل بين الفسخ القولي و الفعلي ممنوع، لأنّ آية «أوفوا بالعقود» إن شملت الأئمة يُلّ فلا يجوز له الفسخ لا- قولاً- و لا فعلاً، و إن لم تشمله فيجوز له الفسخ القولي كما يجوز له الفسخ الفعلي، فما ذكره تحت عنوان

ص: ٤٤٦

١-١ . المكاسب ٣/٤١٣.

٢-٢ . سورة المائدة ١/.

٣-٣ . راجع هدى الطالب ٥/١١٠.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤١٣.

٥-٥ . جامع المقاصد ٦/٣٣١.

٦-٦ . المكاسب ٣/٤١٣.

٧-٧ . راجع هدى الطالب ٥/١١١.

«و الحاصل: أن الفسخ القولى و إن قلنا...» (١) الخ غير تام. (٢)

و ما ذكره الشيخ الأعظم من جواز تصرفات الأصيل فيما انتقل عنه تام بناءً على النقل لأنها من آثار الملكية الشرعيه و مادامت الإجازة لم تصدر، فملك الأصيل باق على ماله فيجوز له التصرف فيه ولو التصرفات الناقله كاستيلاد أم الولد أو عتقها أو بيعها و غيرها.

### و أما بناءً على الكشف: فقد قال الشيخ الأعظم:

و أما بناءً على الكشف: فقد قال الشيخ الأعظم: «فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعه كالعلاّمه (٣) و السيد العميدى (٤) و المحقق الثانى (٥) و ظاهر غيرهم (٦)» (٧).

و الوجه فى كلامه: تحقّق الملكية من حين العقد لمن انتقل إليه فيعدّ تصرف من انتقل عنه تصرفاً فى ملك الغير، و المسأله معنونه فى كلماتهم فى كتاب النكاح لا البيع كما تعرّض لأقوالهم الشيخ الأعظم فإننا نقتفى أثره.

### ثمّ نقل الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه جواز تصرف

ثمّ نقل الشيخ الأعظم (٨) عن بعض معاصريه جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه للشك فى تحقّق الشرط - و هو الإجازة اللاحقه - و يسرى هذا الشك فى تحقّق المشروط - و هو الملكية لمن انتقل إليه - فملكته مشكوكه و الأصل عدم تحقّقها فلا ينتقل المال من الأصيل إلى غيره، فيجوز للأصيل التصرف فى ملكه.

### ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن

ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف

ص: ٤٤٧

١-١ . المكاسب ٣/٤١٣.

٢-٢ . كما يظهر من العقد النضيد ٣/٢٥٥.

٣-٣ . قواعد الأحكام ٣/١٦.

٤-٤ . كنز الفوائد ٢/٣٢٢ و ٣٥٧.

٥-٥ . جامع المقاصد ١٢/١٦٠ و ٢٩٧ و ٢٩٨.

٦-٦ . كالفاضل الأصفهاني فى كشف اللثام ٧/١٠٧ و الشيخ يوسف فى الحدائق ٢٣/٢٨٨ و ٢٨٩.

٧-٧ . المكاسب ٣/٤١٤.



منافٍ لانتقال المال إلى المجيز فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه. قال: «نعم، لو علم بإجازه المالك لم يجز له التصرف» انتهى»(١).

أقول: فيرى الشيخ الأعظم كلام معاصره تاما ولكن بناءً على مذهبه في الكشف الحقيقي التعقبى - و هو الالتزام بأن الشرط هو تعقب العقد بالإجازه، لا نفس الإجازه و قد نُسب هذا القول إلى جدى - صاحب الهدايه - و عمى - صاحب الفصول - و خالى - الشيخ حسن ابن الشيخ الأكبر - و الفاضل النراقى قدس سرهم (٢).

### هو - معاصره - هنا جدى الشيخ محمدتقى صاحب الهدايه

و هو - معاصره - هنا جدى الشيخ محمدتقى صاحب الهدايه قال فى كتاب فقهه تبصره الفقهاء ما نصه: «رابعها: أنه لو عقد فضولاً فهل للآخر التصرف فى متعلق العقد قبل إجازه المالك أو رده، أو لابد من توقفه عن التصرف إلا بعد ظهور الرد؟ يحتمل الثانى، نظرا إلى لزوم العقد من طرف المالك على تقدير إجازه الآخر، فيدور العقد حينئذ بين الصحيح و الفاسد، فلا يجوز له التصرف فيه إلا بعد انكشاف الحال ليجرى على مقتضاه.

و الأظهر جواز تصرفاته فيه أخذاً بمقتضى الأصل لعدم العلم بصحة العقد المانع من التصرف فيه، لدورانه بين الصحيح و الفاسد. و مجرد الاحتمال لا- يقضى بارتفاع الحكم الثابت، بل لا- مانع لسائر العقود الناقله لعينه أو منافعه اللزوم أو غيره، غير أنه بعد حصول الإجازه يؤخذ بمقتضاه من الرجوع إلى العين مع بقاءها و إلى عوضه مع تلفها.

نعم، لو علم بالفحوى إجازته له بعد ذلك لم يجز له التصرف فيه كما سنشير إليه إن شاء الله»(٣).

### ثم يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح

ثم يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف من كون العقد مشروطا بتعقبه بالإجازه، لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا يجب

ص: ٤٤٨

١-١. المكاسب ٣/٤١٤.

٢-٢. راجع هذا المجلد صفحه ٤٠٢.

٣-٣. تبصره الفقهاء ٣/٣٥٢.



الوفاء به على أحد من المتعاقدين»(١).

### اعترض عليه الشيخ الأعظم: بأن مذهب المشهور في الكشف

ولكن اعترض عليه الشيخ الأعظم(٢): بأن مذهب المشهور في الكشف هو الحقيقي الشرطي فيكون المؤثر التام في الانتقال هو العقد، وقد تحقّق العقد - و الإجازة لا تكون إلا شرطاً متأخراً يكشف عن تحقّق العقد من حينه - و إذا تحقّق العقد يجب على الأصيل بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد و حرمة نقضه من جانبه، و الالتزام به و عدم نقضه، و لأنّ وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك بل مقتضى عموم وجوب الوفاء عليه حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك - و من هنا ظهر أنّه لا فائده في أصاله عدم الإجازة - .

نعم، «ردّ المالك فسّخ للعقد من طرف الأصيل، كما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولي»(٣).

### ثمّ ذكر توهمًا وهو: «أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة

ثمّ ذكر توهمًا وهو: «أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأنّ مقتضى العقد مبادله المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه يناهض مقتضى العقد، أعني المبادله»(٤).

أقول: قد مرّ منّا(٥) بأنّ بعضهم يلتزمون بجواز تصرف الأصيل فيما ينتقل إليه قبل الإجازة لو علم بتحقّق الإجازة في ما بعد. فهذا البعض يقرون بهذه المبادله بين المالكين و عوضيه كل واحد منهما بدلاً من الآخر فلا توهم في البين بل قول في المقام.

### ولكن الشيخ الأعظم ردّ هذا الذي سمّاه بالتوهم بأنّه مبنئ

ولكن الشيخ الأعظم(٦) ردّ هذا الذي سمّاه بالتوهم بأنّه مبنئ على استفاده

ص: ٤٤٩

١-١ . المكاسب ٣/٤١٥.

٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٤١٤ و ٣/٤١٥.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤١٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤١٥.

٥-٥ . راجع هذا المجلد صفحته ٤٠٢.

٦-٦ . المكاسب ٣/٤١٦.

حكّمين من وجوب وفاء العاقد الأصيل بما التزم به و هما حرمة التصرف فيما انتقل عنه و جواز تصرفه فيما انتقل إليه، ولكن الصحيح أنّ أدله وجوب الوفاء بالعقد لا يدلّ إلاّ على الأوّل - أي حرمة التصرف فيما انتقل عنه - لأنّها هي مقتضى التزامه بخروج المال عن ملكه.

و أمّا دخول بدله في ملكه فهوّ خارج عن التزامه و ليس من التزام على نفسه بل هو ممّا جعله لنفسه فهوّ خارج عن مدلول التزامه على نفسه، و إن كان داخلًا في مفهوم المبادله.

و حيث أنّ أدله وجوب الوفاء بالعقد لا تشمل جواز تصرف الأصيل فيما انتقل إليه، فالمرجع في هذا التصرف هو الأصل العملي في المقام و هي أصاله عدم الانتقال.

### ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم لما سمّاه دعوى: و هي إثبات جواز تصرف

ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم (١) لما سمّاه دعوى: و هي إثبات جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه و عدم حرمة بناءً على الكشف بتقريب: التزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه لم يكن مطلقاً حتّى يحرم تصرفه فيه بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود، بل كان معلّقاً على تقدير الإجازة و دخول مال الغير في ملكه و المبادله بين المالين، و حيث لم يعلم الأصيل بتحقق الإجازة، فتصرفه في ماله لا يعدّ نقضاً لما التزم به، لأنّ التزامه كان معلّقاً و هو لا يعلم بتحقق المعلق عليه و هي الإجازة.

ثمّ أتى الشيخ الأعظم (٢) بتنظير لهذه المسألة في مسألة النذر المعلق على شرط قبل تحقّق شرطه من جواز تصرف الناذر في المنذور قبل تحقّق شرطه من دون لزوم حثّ للنذر.

### و دفعها بأمرين:

#### إشارة

و دفعها (٣) بأمرين:

### الأوّل: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالك

الأوّل: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالك غير معلق على إجازة المالك بل هو مراعى عليها بحيث أنّها تكشف عن تحقّق المبادله من زمن العقد، فالأصيل التزم بالمبادله متوقّعا للإجازة لا مشروطاً عليها أو معلّقاً عليها، فيجب عليه

١-١ . المكاسب ٣/٤١٦.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤١٦.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤١٦.

الوفاء بالتزامه و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقَّعه من الإجازة فتم النقل و الانتقال من حين العقد، أو يصدر الردّ من المالك فينتقض التزام الأصيل به.

و بالجملة: تنظير المقام بمسأله النذر قياس مع الفارق، و الفرق تعليق النذر على الشرط ولكن التزام الأصيل غير معلق على الإجازة.

## الثانى: جواز تصرف الناذر فى المال المنذور المشروط قبل تحقّق

### إشاره

الثانى: جواز تصرف الناذر فى المال المنذور المشروط قبل تحقّق شرطه لا يخلو من إشكال و لم يتسالم الأصحاب عليه. فالمسأله فى المُنظَر عليه أيضا غير تام بما بالك بالمُنظَر.

أقول:

### يقع الكلام فى جهتين:

الجهه الأولى: نقد مقاله الشيخ الأعظم

الجهه الثانيه: البحث حول مسأله النذر المشروط و التصرف فى المنذور قبل تحقّق شرطه.

### أما الجهه الأولى:

فيرد على الشيخ الأعظم أولاً: «إنّ موضوع وجوب الوفاء بالعقد إنّما هو الالتزام بالملكيه، لا حصول نفس الملكيه، و موضوع عدم جواز التصرف فى المال تكليفاً نفس الملكيه و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف فى مال الغير»<sup>(١)</sup>. فما ذكره الشيخ الأعظم من أنّ «مقتضى العموم حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً فكلّ تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادله... فهو غير جائز»<sup>(٢)</sup> غير تام.

و ثانياً: ما ذكره من قوله قدس سره: «بل مقتضى العموم وجوبه [أى وجوب الوفاء بالعقد و حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه] حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك...»<sup>(٣)</sup>. غير تام لأنّ فى صورته العلم بعدم الإجازة يجوز تصرف الأصيل فى ماله، للعلم بعدم صدور الإجازة و عدم تماميه العقد، فماله باق على ملكه فيجوز له التصرف فى ماله و ملكه وجدانا.

ص: ٤٥١

٢-٢ . المكاسب ٣/٤١٥.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤١٤.

و ثالثاً: حكمه قدس سره بعموم شمول آيه «اوفوا بالعقود» بما التزم به لِإِلَاءِ صَيْلٍ، في عقده مع الفضولى ما لم تَتَحَقَّقَ الإِجَازَه من المالك، مشكل جداً، و لأحدٍ أن يَقُولَ: أَنَّهُ تَمَسَّكَ بِالْعَامِ فِي الشَّبِيهِ الْمَصْدَاقِيهِ لِذَلِكَ الْعَامِ. لِأَنَّ تَمَامِيهِ الْعَقْدَ مَنُوطَةً بِصَدُورِ الإِجَازَه مِنَ الْمَالِكِ، فَمَا لَمْ تَصْدُرِ الإِجَازَه مِنْهُ نَشَكَّ فِي كَوْنِ مَا وَقَعَ مِنَ الْأَصِيلِ وَالْفَضُولَى أَنَّهُ عَقْدٌ أَمْ لَيْسَ بِشَيْءٍ أَصْلًا، فَنَشَكَّ فِي مَصْدَاقِيهِ مَا وَقَعَ عَنْهُمَا بِكَوْنِهِ عَقْدًا أَمْ لَا؟ فَلَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِهَذَا الْعَمُومِ.

و بعبارة أخرى قوله تعالى: «اوفوا بالعقود» يدلّ على وجوب الوفاء بالعقد الذى يراه العرف عقدا كما هو كذلك فى قوله تعالى: «أحلّ الله البيع»، و العرف لا يرى عقد الفضولى و لا يبيعه قبل صدور الإجازة من المالك عقدا تاما أو يبيعا كذلك، فلا يمكن إثبات وجوب الوفاء به بالآية الشريفة.

و رابعا: قوام البيع بمبادله المالىن و خروج أحد العوضين عن ملك أحد من المتبايعين و دخوله فى ملك الآخر و عكسه، و فى بيع الفضولى أيضا الأصيل يبدل ماله بمال المالك و انتقل ماله إلى المالك فى قبال انتقال مال المالك إليه، فلا أدري ما المراد من قوله: «و أمّا قيد» كونه بإزاء مال «فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلا فى مفهوم المبادله»<sup>(1)</sup>؟ الأصيل يلتزم على نفسه بالبيع و هو المبادله، و عليه قيد «كونه بإزاء المال» داخل فى الالتزام، فإذا حرم على الأصيل التصرف فيما انتقل عنه، فيجوز له التصرف فيما انتقل إليه بهذه المبادله التى هى قوام البيع، فالتفصيل بينهما غير وجيه.

و خامسا: لا وجه لحرمة تصرف الأصيل فى ماله قبل صدور الإجازة من المالك، لأنّ ملكه باق على ماله فيجوز له التصرف فى ملكه لا سيما إذا علم بعدم صدور الإجازة من المالك. نعم، لو تصرف و صدر الإجازة من المالك تصير تصرفاته حراما واقعا بناءً على بعض أقسام صور الكشف الحقيقى نحو الشرطى منه، لكنّها كانت حلالاً ظاهرا. نعم، إذا علم بصدور الإجازة من المالك تكون تصرفاته حراما ظاهرا و واقعا.

ص: ٤٥٢

و إذا علم بعدم صدورها منه تكون تصرفاته حلالاً ظاهراً و واقعا.

و إذا لم يعلم بصدورها منه تكون تصرفاته حلالاً ظاهراً، فإذا صدرت منه تكون حراماً واقعا، و إذا لم تصدر منه تكون حلالاً ظاهراً و واقعا.

فحكم الشيخ الأعظم بحرمه تصرفات الأصيل مطلقاً ظاهراً و واقعا في غير محلّه.

### و أما الجبه الثانيه: مسأله النذر المشروط

فأقول: قال المحقق: «لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ، فإن أخرجها من ملكه انحلت اليمين. ولو أعادها بملك مستأنف لم تُعد اليمين» (١).

و استدلّ (٢) عليه بصحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما قال: سألته عن الرجل تكون له الأمه، فيقول: يوم يأتيها فهي حرّه، ثمّ يبيعها من رجلٍ ثمّ يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت من ملكه. (٣)

و الصحيحه كما ترى مطلقه ولكن الأصحاب حملوها على صورته النذر و أفتى بها جمعٌ منهم: الصدوق (٤) و القاضي ابن البراج (٥) و يحيى بن سعيد (٦) و العلامه في الإرشاد (٧) و التحرير (٨) و الشهيد (٩) و ثانيه (١٠).

ص: ٤٥٣

١-١ . الشرائع ٣/٨١.

٢-٢ . كما في المسالك ١٠/٣٠٦ و الجواهر ٣٤/١٣١ و ٣٥/٤١٢.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٢٣/٩٤، ح ١، الباب ٥٩ من أبواب كتاب العتق.

٤-٤ . المقنع ١٥٧/.

٥-٥ . المهذب ٢/٣٦٠.

٦-٦ . الجامع للشرائع ٤٠٣/.

٧-٧ . إرشاد الأذهان ٢/٦٧.

٨-٨ . تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٢٠٣.

٩-٩ . الدروس ٢/٢٠٥.

١٠-١٠ . المسالك ١٠/٣٠٦، و الروضه البهيه ٦/٢٩٦.

ولكن ابن ادريس (١) و العلامه فى بعض كتبه (٢) و ولده (٣) توقفوا عن الفتوى بمضمونها (٤)، أو افتوا بعدم جواز التصرف فى المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله (٥) أو إعادته النذر بملك مستأنف. (٦)

ثم تعدى بعض من الأصحاب من مسأله الأمه إلى غيرها و إلى التعليق بغير الوطء كالشهيد الثانى قال: «... و المتجه التعدى نظرا إلى العله، و يتفرع على ذلك أيضا جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط لم يوجد، و هى مسأله إشكاليه. و العلامه اختار فى التحرير (٧) عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرٌّ، فباعه قبل الفعل ثم اشتراه ثم فعل. و ولده (٨) استقرب عدم جواز التصرف فى المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله. و هذا الخبر حجه عليهما» (٩).

و قال سبطه السيد محمد العاملى: «هذا الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب و المستند فى ذلك ما رواه الشيخ فى الصحيح... و ليس فى الروايه تصريح بنذر العتق إذا

ص: ٤٥٤

١-١. قال ابن ادريس: «و قد روى أنه إذا كان للرجل جاريه فنذر أنه متى وطئها كانت معتقه فإن وطئها قبل أن يخرجها من ملكه انعتقت، و إن أخرجها ثم اشتراها بعد ذلك [و] وطئها لم يقع بذلك عتق. و فقه هذه الروايه إن صحت: إنه إذا أخرجها من ملكه انحل نذره، لأنه نذر فى ملكه، فإذا زال ملكه عنها انحل نذره، و لا يصح فى ملك الغير، فيحتاج إذا عادت إلى ملكه إلى دليل على عتقها»، السرائر ٣/١٢ و ١٣.

٢-٢. القواعد ٣/٢٠٣، تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٢١٠، مختلف الشيعه ٨/٣١.

٣-٣. إيضاح الفوائد ٣/٤٨٥.

٤-٤. كابن ادريس فى السرائر ٣/١٢ و ١٣.

٥-٥. كالفخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٣/٤٨٥.

٦-٦. كالعلامه فى التحرير ٤/٢١٠.

٧-٧. تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٢١٠.

٨-٨. إيضاح الفوائد ٣/٤٨٥.

٩-٩. الروضه البهيه ٦/٢٩٦.



حصل الوطؤ بل الظاهر منها أنّ العتق وقع معلقاً على شرط، لكن الأصحاب حملوها على النذر. و حملها ابن ادريس على ما إذا تعلق النذر بوطنها و هي في ملكه.

و لا ريب في انحلال النذر بخروجها عن ملكه على هذا التقدير، كما أنّه لا إشكال في عدم انحلاله إذا تعلق النذر بمطلق الوطؤ المتناول لما بعد خروجها عن الملك، و إنّما يقع الإشكال مع إطلاق النذر، و لا يبعد مساواته لصوره التميمي<sup>(١)</sup>.

و قال الشيخ اسدالله التستري: «و عندى أنّه إن كان النذر مشروطاً صريحاً أو ضمناً - بما إذا وجد الشرط و المنذور باقٍ في ملكه - فإخراجه من الملك قبله جائز قطعاً، لأنّ الالتزام بالنذر حينئذ بالنسبة إلى بقاء المنذور في الملك كالواجب المشروط و لا يجب تحصيل مقدمته إجماعاً - ثمّ ذكر صحيحه محمّد بن مسلم، و حمل الأصحاب لها على صورته النذر و قال: - و فيه دلالة على جواز البيع و على سقوط النذر به و إن عادت إلى ملكه...»<sup>(٢)</sup>.

و قال صاحب الجواهر: «لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ» لما عرفت من عموم أدلّة النذر و قابلية للتعليق، و أنه ليس من العتق المعلق و حينئذ (ف) تعتق أو تنعتق بتحقق مسمى الوطء نعم (إن أخرجها عن ملكه انحلت اليمين فلو أعادها بملك مستأنف لم يعد اليمين) الذي كان ظاهره التعليق على الوطء بالملك الأوّل، نحو ما سمعته في الإيلاء، نعم لو قصد الأعم من العائد و الموجود فلا إشكال في عدم الانحلال، كما لا إشكال فيه مع قصده الوطء بالملك الموجود.

إنّما الكلام مع الإطلاق، و قد عرفت أنّ الظاهر منه ما ذكرناه، و يدلّ عليه مضافاً إلى ذلك صحيح محمّد بن مسلم<sup>(٣)</sup> عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن الرجل تكون له الأمة فقال: يوم يأتيها فهي حرّة، ثمّ يبيعه من رجل ثمّ يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه» المحمول على النذر و شبهه، لما عرفت من عدم جواز

ص: ٤٥٥

١-١ . نهاية المرام ٢/٢٦٧.

٢-٢ . مقابيس الأنوار، كتاب البيع ١١١/ و ١١٢.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٢٣/٩٤، ح ١.

التعليق فى العتق، و فى الروضه (١) «و يشهد له تعليقه بأنها قد خرجت عن ملكه، ولو لم يكن منذورا لم يتوقف ذلك على الخروج، كما لا يخفى» و إن كان فيه ما فيه. و على كل حال فقد فهم الأصحاب منها ذلك و عملوا به، بل فى المسالك (٢) ما وقف على رادّ لها إلا ما يظهر من ابن إدريس.

نعم فى الروضه (٣) و كذا المسالك (٤): «فى تعديه الحكم إلى غير الوطء من الافعال و إلى غير الأمه وجهان: من كونه قياسا و الفرض مخالفه الحكم للأصل من حيث أنّ خروجها عن ملكه لا مدخل له فى انحلال النذر، لأن غايته أن تصير أجنبيته منه و النذر يصحّ تعليقه بالأجنبيته كنذر عتقها إن ملكها، و هى فى ملك غيره ابتداءً كما تقدّم فى نظائره - و فيه ما عرفت من ظهور النذر فى الوطء بذلك الملك - و من إيماء النصّ إلى العله بقوله عليه السلام «قد خرجت عن ملكه» و ذلك يوجب التعدى إلى ما توجد فيه العله المنصوصه». و فى الروضه (٥) «و هو المتّجه».

و فيه: أنّ المبني إذا كان ما ذكرنا من الظهور ينبغى أن يكون المدار عليه، لا نفس الخروج عن الملك مطلقا، ضروره إمكان الفرق بين الوطء و غيره من الأفعال فى الظهور المزبور، بل ينبغى القطع بإيماء التعليل إلى ذلك، لا أنّ الحكم تعبدى.

ثمّ قال فيهما (٦) أيضا: «إنّ ظاهر الصّحيح المزبور جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط لم يوجد، و هى مسأله إشكاليه» ثمّ حكى فى الروضه عن الفاضل فى التحرير «اختيار عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرّ فباعه قبل الفعل ثمّ اشتراه ثمّ فعل، و

ص: ٤٥٦

١-١ . الروضه البهيه ٦/٢٩٥.

٢-٢ . المسالك ١٠/٣٠٦.

٣-٣ . الروضه البهيه ٦/٢٩٥.

٤-٤ . المسالك ١٠/٣٠٦.

٥-٥ . الروضه البهيه ٦/٢٩٦.

٦-٦ . الروضه البهيه ٦/٢٩٦، المسالك ١٠/٣٠٦.

عن ولده أنه استقرب [عدم(١)] جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصوله، و هذا الخبر حجّه عليهما(٢).

قلت: قد عرفت ما يمكن الجواب به عن الأوّل منهما، و أما مسأله التصرف في المنذور المعلق على شرط فقد يقال: إن محلّها ما لو كان المعلق عليه متوقعا كشفاء المريض و نحوه، و أما مع فرض القطع بعدمه فلا إشكال في الجواز، و الفرض في المسأله أنه بالخروج عن الملك يمتنع المعلق عليه بناءً على أنّ المراد الوطء بذلك الملك فتأمل جيدا، و الله العالم(٣).

قال المحقق السيد الخوئي رحمه الله: «الكلام فيها يقع من جهتين:

١- من جهه الحكم التكليفي ٢- من جهه الحكم الوضعي

أما الجهه الأولى، فملخص الكلام فيها: أنّ النذر إذا كان على نحو الاطلاق المعبر عنه بالمنجز و لم يكن مقيدا بشيء فلا ينبغي الإشكال في أنّ التصرف في المال المنذور للفقراء حرام، سواء كان النذر نذر نتيجة بأن ينذر انتقال الشاه إلى ملكهم أو كان نذر فعل كنذره أن يملكها للفقراء، لأنّه تصرف فيما يجب تملكه للغير فلا يجوز أكله و لا بيعه و لا غيرهما من التصرفات المنافية للوفاء بالنذر، و هذا ظاهر جدا.

كما أنه إذا كان على نحو الواجب المعلق بأن يكون النذر معلقا على شيء إلا أنه من الآن يلتزم بالعمل و إن كان ظرف العمل متأخرا و هو زمان مجيء ولده أو شفاء مريضه كما هو الظاهر فيما إذا كان المعلق عليه أمرا متيقن الحصول كما إذا قال: لله علي كذا إذا جاء الغد، فلا إشكال أيضا في عدم جواز التصرف في المال، لأنّ الوجوب فعليّ و معه كيف يجوز له البيع أو الذبح و نحوهما.

و كذا الحال فيما إذا كان على نحو الواجب المشروط إلا أنّ الشرط كان معلوم الحصول، و ذلك لما ذكرناه في المقدمات المفوّته من أنّ تفويت الملاك الملزم قبيح في

ص: ٤٥٧

١-١ . ليس في المطبوعه ولكنّ الصحيح إثباتها.

٢-٢ . الروضه البهيه ٦/٢٩٦.

٣-٣ . الجواهر ٣٤/١٣١ و ١٣٢.

نظر العقل و هو كعصيان التكليف المنجز عنده، و لا إشكال أنّه بذبح الشاه أو بيعها يعجز عن إستيفاء الملاك الذى يعلم أنّه يتوجه عليه، فلا يجوز تفويت الملاك لأنه روح الأمر و حقيقته.

و أما إذا كان مشروطا بشرط مجهول الحصول، فإن كان بنذره ذلك قاصدا لإبقاء الشاه أيضا إلى وقت حصول الشرط المجهول كما هو الغالب فى الناذرين فلا إشكال فى عدم جواز إتلافها و بيعها أو ذبحها، لأنه بنذره ذلك أوجب أمرين: أحدهما تملك الشاه للفقراء. و ثانيهما: إبقاؤها إلى زمان الشرط، و هذا نظير ما ذكره الفقهاء فى الشروط من أنّه إذا باع داره بشرط أن يبيعها المشتري للبائع فيما إذا جاء بمثل الثمن، فهو بمنزلة اشتراط أن لا يبيعها المشتري للغير.

و فى المقام أيضا يمكن أن يقال إنّه بنذره ذلك نذر أن يبقى المال إلى ذلك الوقت، و هذا من دون فرق بين أن يكون الشرط اختياريا للناذر كما إذا نذر أن يفعل كذا إذا شرب التتن، و بين كونه غير اختيارى له كما إذا نذر كذا إذا نزل المطر فى وقت معلوم، نعم لو فرضناه على نحو الواجب المشروط من دون أن ينذر الإبقاء و غيره و كان الشرط مجهول الحصول، فلا مانع من التصرف فى المال ببيعه و ذبحه هذا كله بحسب الحكم التكليفى.

و أما الجبهه الثانيه: و هو الحكم الوضعى، فلا ينبغى الإشكال فى أنّ النذر إذا كان نذر نتيجة و كان مطلقا، أو كان مشروطا ولكن حصل شرطه لا يصح التصرف فى المال المنذور صرفه فى جهات خاصه، لأنه ملك الغير حينئذ فلا تكون التصرفات نافذه أبدا.

و أما فيما إذا كان نذر فعل و كان معلقا أو مشروطا مع كون الشرط معلوم الحصول، أو غير ذلك من الموارد التى حكمنا بعدم جواز التصرف فيها فى المال من دون تعلق حقّ به و إنّما كان مجرد حكم تكليفى بعدم الجواز، فهل تصحّ التصرفات فى المال حينئذ و تكون نافذه أو أنّها تقع باطله؟ فقد وقع فيه الخلاف، فذهب بعضهم إلى الصحه و النفوذ، و منعه بعض آخر بعد الاتفاق على صحه التصرفات و نفوذها فى الموارد التى حكمنا بالجواز فيها تكليفا.

و لا إشكال فى أنّ مقتضى العمومات و الإطلاقات صحه التصرفات و المعاملات

الواقعه على المال فى الموارد المبحوث عنها، و هذا ممّا لا كلام فيه، و إنّما المهمّ بيان ما استند إليه المانعون فى المقام.

فقد استدلّوا على بطلان البيع و سائر التصرفات بوجهين:

أحدهما: أنّ الملك فى المعامله يعتبر أن يكون طلقاً و لا يصحّ بيع ما ليس بطلق كبيع الوقف و الرهن، و المال فى المقام كالرهن و الوقف ليس طلقاً لتعلّق حقّ الفقراء أو السادات به أو حقّ غيرهما ممّا نذر صرفه فيه، و عليه يكون البيع الواقع عليه باطلاً، هذا.

و فيه: منع الصغرى و الكبرى، أمّا الصغرى فلا، لأنّ المفروض أنّ الموجود فى البين ليس إلّا حكماً تكليفاً و لم يتعلّق بالمال حقّ بالنسبه إلى الغير لعدم تحقّق شرطه، و الذى يوضّح ذلك و يدلّ على أنّ الأمر بصرفه فى الجهات الخاصّه مجرد حكم تكليفى و ليس هناك حقّ للغير هو أنّه لا يقبل السقوط بالاسقاط و لا يسقط بشىء، فلو فرضنا أنّ فقراء البلد اجتمعوا و أسقطوا حقّهم عن المال لا يسقط وجوب الصرف بذلك بل يجب عليه الوفاء بالنذر على تقدير حصول شرطه، و من المعلوم أنّه لو كان حقّاً لكان قابلاً للإسقاط لما ذكرناه فى أوائل البيع (1) من أنّ الفارق بين الحقّ و الحكم ليس إلّا ذلك، و أنّ الأوّل يسقط بالاسقاط دون الثانى و إلّا فكلّ حقّ حكم، فالملك طلق فى المقام.

و أمّا منع الكبرى فلما سيأتى (2) من أنّ هذا العنوان أى اعتبار كون المبيع ملكاً طلقاً لم يرد فى شىء من الآيات و الروايات و إنّما انتزعه الفقهاء من الموارد الخاصّه كالمنع عن بيع الوقف و الرهن و أمّ الولد و نحوها، فالعبره إنّما هى بتلك الموارد لا بالعنوان فلا يمكن التعلّد عنها، و المقام ليس من قبيل الموارد المذكوره كما هو واضح، فعلى تقدير تسليم أنّ المال تعلّق به حقّ الغير لا يمكن الالتزام ببطلان بيعه.

الثانى ممّا استدلّ به على المنع: ما ذكره شيخنا الأستاذ (3) قدس سره من أنّ الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً، و بما أنّ الشارع أمر بصرف المال فى الجهات الخاصّه فبالملازمه

ص: ٤٥٩

١-١ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٣٠.

٢-٢ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٥٢.

٣-٣ . لا حظ منه الطالب ٢/٨٣.

نستكشف أنّ ضدها و هو التصرف في المال و صرفه إلى غير الجهات الخاصه حرام و منهي عنه شرعا، فيكون تسليمه إلى المشتري ضداً لصرفه في الجهات و محرّما شرعا، و الممنوع شرعا كالممتنع عقلاً فيكون النهي موجبا لسلب القدره على التسليم، و من شرائط صحّه المعاملات هو القدره على تسليم المبيع و بهذا بنى على أنّ النهي المولوى في المعاملات يوجب الفساد، هذا.

و فيه: أنّ المتّبع هو الدليل الذى دلّ على اشتراط القدره على التسليم و هل أنّه دلّ على اعتبار القدره خارجا و تكوينا أو على اعتبار القدره شرعا أيضا، و لا إشكال أنّه إنّما يقتضى اعتبار القدره على التسليم تكوينا، و لا إشكال أنّ الناظر قادر عليه خارجا فلا محاله يصحّ بيعه و إن ارتكب محرّما شرعيا حينئذ، و بالجمله أنّه لا تنافى و لا تضادّ بين حرمة التصرفات و نفوذها أبدا، فلذا يصحّ البيع فيما إذا حلف على تركه غايه الأمر أنّه عاصٍ للحكم التحريمى حينئذ، و القائل أنّ الممنوع شرعا كالممتنع عقلاً إن أراد بذلك أنّه غير مقدور تكليفا فهو مسلم، و إن أراد أنّه غير مقدور وضعاً بمعنى أنّه غير نافذ فهو أوّل الكلام كما لا يخفى.

فالمتحصل: أنّه لا مانع من الالتزام بصحة بيع المال الذى تعلّق به النذر و وجب صرفه في جهات معيّنه و إن كان ذلك معدما له حينئذ. ثمّ إنّ لا إشكال في صحه البيع فيما إذا علم برجوعه إلى ملكه عند فعلية النذر بحصول شرطه كما إذا علم أنّه يهبه له أو يبيحه أو يبيعه منه و هكذا، و لعلّ المانع يمنعه في غير تلك الصوره أيضا بل لا يكون التصرف حراما أيضا لعدم منافاته الوفاء بالنذر»(1).

#### تنبیه:

ثمّ استشهد الشيخ الأعظم على قوله بِحُزْمِهِ تصرف الأصيل فيما انتقل عنه و وجوب الوفاء و الالتزام بما عقد على نفسه بما ذكره القوم في باب النكاح:

قال العلامة: «ولو تولّى الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حقّ المباشر تحريم

ص: ٤٦٠

المصاهرة فإن كان زوجها حرم عليه الخامسة والأخت والأم والبنت، إلا إذا فسخت - على إشكال - في الأم، وفي الطلاق نظر، لترتبته على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة، وإن كان المباشر زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، والطلاق هنا معتبر»(1).

وقال المحقق الثاني: «لو تولى العقد عن الرجل أو المرأة فضولى و باشر الآخر منهما العقد بنفسه، فقد علم من ما مضى أنّ العقد لازم بالنسبة إلى المباشر، و حينئذ يثبت تحريم المصاهرة بالنسبة إليه، لأن ذلك دائر مع النكاح الصحيح، و قد علمت أنّ النكاح صحيح بالنسبة إليه حيث أنه لازم من طرفه.

فالمباشر إمّا زوج أو زوجته، فإن كان زوجها حرم عليه نكاح الخامسة لو كانت المعقود عليها فضولاً رابعه و حرم عليه أخت المعقود عليها و أمها و بنتها، لأن ذلك أثر النكاح الصحيح، إلا إذا فسخت المعقود عليها، فان التحريم ينتفى حينئذ لانتهاء مقتضيه.

و ذلك واضح في الأخت، فإنها لا تحرم إلا جمعا لا عينا و قد انفسخ النكاح، و كذا البنت، فإنها لا تحرم عينا إلا مع الدخول بأمها.

أمّا الأم، فإن في بقاء تحريمها بعد الفسخ و زواله إشكال، ينشأ: من أن تحريم الأم يثبت بالعقد الصحيح اللازم، و قد تبين أنّ العقد صحيح لازم من طرف المباشر، فيتعلّق به تحريم الأم. و من أنّ الفسخ رفع النكاح من أصله، فارتفعت أحكامه.

و أيضا فإن النكاح لا يعقل ثبوته بمجرد القبول المعتبر من دون الإيجاب الشرعى، و إيجاب الفضولى لا أثر له من دون الرضى، و إذا لم يثبت النكاح لم يثبت التحريم.

و التحقيق: أن المباشرة من أحد الطرفين لا تقتضى ثبوت النكاح من ذلك الطرف الآخر لأن النكاح أمرٌ واحدٌ نسبى لا يعقل ثبوته إلا من الجانبين.

و إنّما قلنا إنّهُ يلزم في حقّ المباشر، بناءً على أن الإجازة كاشفه عن ثبوت العقد و لزومه من حين وقوعه، كما أن عدمها كاشف عن عدم ذلك.

فلو فسخ المباشر ثمّ أجاز الآخر تبيّن أنّ فسخه وقع بعد ثبوت العقد و لزومه فلم

ص: ٤٦١

يؤثر شيئاً، و الحكم بثبوت حرمة المصاهرة إنّما كان لأنّ العقد الواقع نقل عن حكم الحلّ الذي كان قبله، و إن كانت سببته و عدم سببته الآن غير معلومه، فلم يبق حكم الأصل كما كان.

و مثله ما لو اشتبهت الزوجه المعقود عليها عقدا صحيحا لازما بغيرها، فإنّ تحريم المصاهرة ثابت بالنسبه إليهما معا، و كذا القول فيما لو اشتبه الطاهر بالنجس و الحلال بالحرام.

و بهذا البيان يظهر أنّه مع الفسخ يتبين أنّه لا عقد أصلاً، فلا تحريم أصلاً، و هذا هو الأصح<sup>(١)</sup>.

قال الفاضل الأصفهاني: «(فإن كان زوجا حرم عليه الخامسة و الأخت) بلا إشكال لصدق الجمع بين الأختين و نكاح أربع بالنسبه إليه، و لا يجدى التزلزل.

(و) لكلّ من (الأُمّ و البنت) للمعقود عليها فضوليا (إلا) أنّه قبل تبين حالها من الإجازة أو الفسخ لا إشكال في الحرمة، لحرمة الجمع قطعاً، و كذا إذا أجازت. و أمّا (إذا فسخت) فلا- حرمة بلا- إشكال في البنت، و (على إشكال في الأم) من أنّ الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له [أى للعقد] من حينه [أى من حين الفسخ] و الأول أصح، فإنّ الأصح أنّ الإجازة إمّا جزء أو شرط.

(و فى) إباحة المصاهرة مع (الطلاق) قبل تبين حال الآخر من الإجازة أو الفسخ (نظر لترتبه على عقد لازم) و إلا وقف على الإجازة، و لأنّه لا-يتعلّق إلا- بالزوجيه، و لا- زوجيه ما لم يلزم، و الفضولى غير لازم ما لم يجز، فلا يصح هذا الطلاق (فلا يبيح المصاهرة).

و يحتمل الإباحة لأنّنا إنّما نسلم توقّفه على اللزوم من قبله و هو حاصل أو نقول: إنّنا إنّما يتوقّف على نكاح صحيح، و الإجازة كاشفه عن الصحة لا متممه و الفسخ كاشف عن الفساد فالطلاق مراعى، فإن أجازت تبين صحته لصحة العقد و إلا تبين فساده

ص: ٤٦٢



لفساده، و على التقديرين يستباح المصاهره إلا في الأم.

و قد يقال: لا عبره بالطلاق مع الجهل بشرطه فلا يفيد شيئاً.

و يحتمل أن يكون أرادته [أى أراد الطلاق] المصنف بأن أراد ترتيبه على عقد معلوم الصحة.

و يمكن أن يكون مراده النظر بإباحته [أى الطلاق] الأم من ترتيبه [أى الطلاق] على عقد لازم أى تام، فلا يخلو إما أن يحكم بصحته [أى الطلاق] أو لا؟:

و على كل لم يكن مفيداً للإباحه [أى لإباحه الأم]، إذ على الأول يلزم العقد الصحيح على البنت، فلا تحل الأم، و على الثانى إن أجازت صح العقد فحرمت الأم، و إن فسخت فالحكم ما تقدم.

و على احتمال الإباحه فيه [أى فى الطلاق] فإنما أُباحت [الأم] لفساد العقد من أصله، لا للطلاق و من أنه [أى الطلاق] بالنسبه إليه [أى إلى الزوج المباشر] بمنزله الفسخ قبل اللزوم بل قبل التماميه، و منع توقّفه [أى الطلاق] على اللزوم أو التماميه، فلم يتم العقد على البنت فتحل الأم، سواء فسخت [الزوجه التى يكون العقد بالنسبه إليها فضولياً] بعده أم أجازت.

(و إن كان المباشر زوجه لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ) و هل يحل لها حينئذ نكاح أبيه أو ابنه؟ فيه الوجهان فى إباحه الأم بالفسخ، (و الإطلاق هنا معتبر) فإنه إذا طلق فقد أجاز قبله فلزم العقد (1).

و قال الشيخ يوسف البحرانى بعد نقل كلام المحقق و الشهيد الثانى من غير ترتيب و بعد كلام الأول منهما: «و مرجعه إلى أنّ تحريم المصاهره فى الصوره المذكوره إنّما هو من حيث وقوع الشبهه بهذا العقد فى أنّ المعقود عليها قبل الإجازة أو الفسخ زوجه أم لا؟ لا أنّ العقد كان لازماً من جهه المباشره كما ذكره فيتربّب عليه أحكام المصاهره.

ص: ٤٦٣

و الحقّ أنّ العقد في الصورة المذكوره يكون موقوفا لا يحكم عليه بلزوم ولا بطلان إلى أن تلحقه الإجازة أو الفسخ فيظهر حاله بذلك، و الحكم باللزوم بمجرد كونه من أحد الطرفين لا يخلو من مناقشه و إشكال»(١).

قال صاحب الجواهر: «ولو بلغ أحدهما فرضي) به (لزم العقد من جهته) بناءً على أنّ الإجازة كاشفه، فالمراد باللزوم حينئذ من جهته عدم جواز فسخه له، بل في القواعد(٢) في نحو المقام أنه نحرّم المصاهره عليه، بل في كشف اللثام(٣) نفى الإشكال فيه، فلا يجوز له إن كان الزوج نكاح الأخت و الخامسة و كلّ من الأمّ و البنت إلّا إذا فسخت الزوجه، فلا حرمه على إشكال في الأمّ، و في الكشف(٤) من أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه ثمّ قال فيها: و مع الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهره إلى أن قال فيها: و إن كان الزوجه لم يحل لها نكاح غيره مطلقاً إلّا إذا فسخ، و الطلاق هنا معتبر، و في الكشف(٥) و هل لها نكاح أبيه أو ابنه؟ فيه الوجهان في إباحه الأمّ بالفسخ، لكنّه قد يناقش باعتبار تحقّق النكاح في تحريم ذلك و ليس، إذ الفرض عدم حصول الإجازة من الآخر، و احتمال حصولها غير كافٍ في تحقّقها، بل الأصل يقتضى عدمها.

بل مقتضاه جواز ذلك كلّ له حتّى تحصل و إن انكشف بعد حصولها بطلان التصرف الحاصل بين العقد و بينها، فمن باع ماله من فضولى لم يمتنع عليه الانتفاع به ولو المتلف.

اللهمّ إلّا أن يفرّق بينه و بين النكاح المطلوب فيه الاحتياط بالأنساب و غيرها.

أو يلتزم فيهما معا بالحرمه من باب المقدمه، ضروره أنه على الكشف بالمعنى المعروف عندهم يكون الأمر دائرا بين كونها أمّ امرأته مثلاً أو غيرها، فيحرم وطؤها مقدمه

ص: ٤٤٤

١-١ . الحدائق ٢٣/٢٨٩ و ٢٩٠.

٢-٢ . القواعد ٣/١٦.

٣-٣ . كشف اللثام ٧/١٠٧.

٤-٤ . كشف اللثام ٧/١٠٧.

٥-٥ . كشف اللثام ٧/١٠٨.

لامتثال تحريم نكاح أم الزوجه، و يحرم عليه التصرف فى المال، لدورانه بين كونه ماله و مال غيره، فيجب اجتنابه مقدمه لامتثال حرمه التصرف فى مال الغير، و بذلك ينقطع استصحاب الجواز السابق، فإنه لا يعارض باب المقدمه، بل لعل موضوع المستصحب غير محقق بعد صدور ما يحتمل السببيه منه المخرجه له عنه، كما أنه لم يعلم تناول أد له الحل للفرض، إذهى نكاح غير أم المرأه، و لم يعلم كونها كذلك، هذا أقصى ما يمكن أن يقال.

لكن الإنصاف عدم خلوه مع ذلك عن الإشكال، خصوصاً بعد ملاحظه أصل عدم حصول الإجازة.

و استصحاب أحكام الموضوع السابق (١)، مثل جريان هذا العقد و العزل فى خبر الحذاء (٢) إنما هو للاحتياط فى حفظ المال، كالعزل للحمل، فهو مخصوص فى محلّه، و لذا صرحوا بإعطائه للوارث مع فرض طول الانتظار و نحوه بجنون و نحوه، فتأمل.

فإنه قد يقال بمعارضه أصله عدم الإجازة بأصله عدم حصول المبطل للعقد المتأهل للصحة، و الاستصحاب قد انقطع قطعاً، ضروره اندراجها فى المعقوده التى هى غير نافذه العقد، نعم هى محتمله لكونها من ذى العقد المقبول أو المردود، و لا أصل ينقح ذلك، فيجب الاجتناب مقدمه كالمعقوده المشتبهه بغيرها، مؤيداً ذلك بتناول أمر الوفاء بالعقد الشامل لمثل هذا العقد للأصيل مثلاً، و ليس الوفاء به إلا المراعاة لحاله، و إجراء حكم المصاهره و نحوها عليه، لأن الوفاء بكل شىء بحسب حاله، بل لعل الأمر بعزل المال فى الصحيح الآتى (٣) لذلك.

نعم، من الغريب ما سمعته مع احتمال تحريم الأم و الاب و الإبن بمجرد صدور العقد فضولاً الذى تعقبه عدم الإجازة ولو من طرف واحد، لإحتمال كون الفسخ من حينه، فإنه لا يقتضيه أصل و لا قاعده و لا فتوى، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضروره بخلافه، و الطلاق غير مجدٍ، ضروره اعتبار تعقبه للنكاح، و الفرض عدم تماميته لعدم

ص: ٤٦٥

١-١ . أى العقد الفضولى.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٦/٢١٩، ح ١.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٢٦/٢١٩، ح ١.

حصول الإجازة، و إن قلنا بكونها كاشفه بناءً على مدخليتها في تأثير الصِّحة ولو على جهه الكشف الشرعى فلا يؤثر الطلاق حينئذ فسخاً، نعم على ما حَقَّقناه سابقاً (١) من عدم المدخلية لها في الصِّحة، و أنه يكفى فيها أن يرضى الذى هو فى علم الله كالمحقَّق يتَّجه تأثير الطلاق لو صادف الصِّحة على الأصح، لعدم اعتبار العلم بها فيه فتأمل جيِّداً، فإنَّه دقيق» (٢).

أقول: قد مرَّ ممَّا بأنَّ صاحب الجواهر قائل بالكشف الحقيقى الحصولى - الوجه الخامس من وجوه الكشف الذى مرَّ - و هو يقول: «بأنَّ الشرط حصول الرضا ولو فى المستقبل الذى يُعلم بوقوعه من المالك مثلاً أو بإخبار المعصوم عليه السلام أو نحو ذلك... ولكن لا بدَّ فيه من حصول الرضا ولو فى المستقبل و لا يكفى فيه الرضا التعليقى بمعنى أنه لو علم لرضى...».

ثمَّ ما ذكره قدس سره من قوله: «من الغريب... أو الضروره بخلافه متين جداً.

و أمَّا الطلاق قبل الإجازة فلا يتم شرعاً لعدم تمامية النكاح حتَّى يترتب عليه الطلاق، ولكن يمكن أن يقال بأنَّ هذا الطلاق قبل الإجازة يعدّ فسخاً عرفياً للنكاح الذى قبله فيمكن اعتباره فسخاً عرفياً لا طلاقاً شرعياً.

قال الشيخ الأعظم بعد نقل كلام العلامة فى القواعد: «و عن كشف اللثام نفى الإشكال و قد صرَّح أيضاً جماعه بلزوم النكاح المزبور من طرف الأصيل و فرَّعوا عليه تحريم المصاهرة» (٣).

أقول: قد مرَّ كلام الفاضل الأصبهانى من نفية الإشكال - فى زمان الفاصل بين عقد الفضولى و الإجازة أو الردِّ - بالنسبة إلى حرمة الخامسة و الأخت و الأم و البنت، و أنت ترى خلو عبارته من نفى الإشكال فى الأم بالنسبة إلى حرمتها أو حلَّيتها.

و الظاهر أنَّ الشيخ الأعظم استشهد بهذا الفرع فى كتاب النكاح على قوله من

ص: ٤٦٦

١- ١. الجواهر ٢٣/٤٦٦ و ٤٦٧ (٢٢/٢٨٩).

٢- ٢. الجواهر ٢٩/٢١٧ و ٢١٨.

٣- ٣. المكاسب ٣/٤١٧.

حرمه تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كما مرّ في أوّل التنبيه، فاستشهاده بكلام الفاضل الأصبهاني يرجع إلى مقصوده من حرمه تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، فأتى بنفى الإشكال في كلامه بالنسبه إلى حرمه الخامسة و الأخت و الأمّ و البنت. فلا يرجع نقل نفي الإشكال في كلام الأصبهاني من الشيخ الأعظم إلى الأمّ - كما تراه المحقّق المروج (١) أنه من المتعين - ثمّ اعترض عليه بأنّه لم يجده، فاعتذر له بأنّه: «اعتمد في نقل كلام الفاضل الأصفهاني على مطلع كلام صاحب الجواهر (٢)» (٣).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «و أمّا مثل النظر إلى المزوّجه فضولاً و إلى أمّها - مثلاً - و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه، فهو باق تحت الاصول لأنّ ذلك من لوازم علاقه الزوجيه الغير الثابته، بل المنفيّه بالأصل.

فحرمه نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقّف على ثبوت نتيجه العقد - أعنى علاقه الملك أو الزوجيه - بل ثبوت النتيجه تابع لثبوت حرمه النقض من الطرفين» (٤).

أقول: هذا البيان من الشيخ الأعظم تام بل ثبوت نتيجه العقد تابع لثبوت حرمه النقض من الطرفين كما ذكره قدس سره . فبالنسبه إلى مسأله النكاح الفضولي لا حرمه في البين أبدا مادام لم يجر الذي أقام الفضولي العقد من طرفه، نعم، بعد إجازته تمّ عقد و تترتب الحرمة. و أمّا قبلها فلا حرمه في البين أصلاً بلا فرق بين أن يكون الفضولي من طرف الزوجه أو الزوج، فلو تزوّج الزوج المباشر الخامسة أو الأخت أو الأمّ أو البنت قبل الإجازة صح تزويجه و نفس هذا العقد يدلّ على الفسخ العملي للعقد الفضولي السابق.

و كذا لو تزوّجت الزوجه مباشره لنفسها للغير أو الأب أو الإبن قبل الإجازة يدلّ نفس هذا العقد الثاني على الفسخ العملي للعقد الفضولي السابق.

فلا حرمه في البين أصلاً. نعم، مادام هو أو هي على عقدهما الفضوليان يجب

ص: ٤٦٧

١-١ . هدى الطالب ٥/١٣١.

٢-٢ . الجواهر ٢٩/٢١٧.

٣-٣ . هدى الطالب ٥/١٣١.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤١٧ و ٤١٨.

عليهما مراعاة الحرمة كما عليه صاحب الحدائق(١).

و بالجمله: هذه الثمره - حرمة تصرف الأصيل في ما انتقل عنه - لا تُتَمُّ عندنا و الحمد لله.

#### الرابعه: سقوط أهليه التملك عن الأصيل

ثم تعرّض الشيخ الأعظم لأربع ثمرات ذكرها الشيخ الأكبر كاشف الغطاء بين النقل و الكشف فنحن نفتى أثره:

قال الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «و تظهر الثمره أيضا فيما لو انسلخت قابليه الملك عن أحدهما بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر - بارتداد فطرى أو غيره - مع كون المبيع مسلما أو مصحفا إن لم نشترط فيها ما نشترطه من الاسلام حين العقد»(٢).

مراده: يمكن الخروج عن قابليه التملك بأحد أمور ثلاثه:

١. الخروج العرفى عن قابليه التملك كالموت.

٢. الخروج التعبدى عن قابليه تملك أمواله السابقه كالارتداد الفطرى

٣. الخروج التعبدى عن قابليه تملك بعض أمواله نحو المصحف الشريف و العبد المسلم كالإرتداد الملى.

و تظهر الثمره بين الكشف و النقل بأنّ العاقد الأصيل إذا أنشا البيع أو الشراء و انسلخت عنه قابليه التمليك بالموت أو الارتداد، صحت معامله بناءً على الكشف لأنه حين العقد كان قابلاً و انسلخت القابليه عنه بعد العقد و بناءً على النقل كانت معامله باطله لأنّ حين الإجازة و الانتقال لم يكن الأصيل قابلاً للتملك.

و اعترض صاحب الجواهر على أستاذه و قال: «إنّ الأول و إن كان قد يشهد له خبر(٣) الصغيرين اللذين مات أحدهما، لكن يمكن الجمود عليه و دعوى عدم الجواز في

ص: ٤٦٨

١-١. الحدائق ٢٣/٢٩٠.

٢-٢. شرح القواعد ٢/٩٦.

٣-٣. وسائل الشيعه ٢١٩/٢٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، صحيحه الحداء.

غيره بناءً على الكشف أيضاً، ضروره أنه يمكن دعوى ظهور الأدله فى اعتبار القابليه حاله كالنقل أيضاً، و أنه لو لا الرضا لكان مالكا، بل لابد من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة حتى لا ينافى زمان التملك الذى هو مستمر أيضاً من حين العقد إلى حين الإجازة»(١).

مراده: اعتبار اتصال قابليه التملك بين زمانى العقد و الإجازة حتى يستند خروج المال عن ملك كل واحد من المتبايعين إلى إجازة المجيز بحيث لولاها استمرت الملكيه و لم تنقطع إلا بالإجازة الموجه للانتقال.

و دليل اعتبار هذا الاتصال بعض النصوص الواردة فى صحه بيع الفضولى كصحيحه محمد بن قيس(٢) و موثقه جميل(٣)، إذ ظاهرهما بقاء الأصيل على أهليه التملك إلى ظرف الإجازة.

و ردّ الشيخ الاعظم(٤) على صاحب الجواهر بجوابين:

أحدهما: نقضى: قائلين بصحه بيع الفضولى بالإجازة تسالما(٥) فى مسأله ما لو تعاقب العقود المتعدده على مال المجيز، مع أنه على القول بالكشف ليس مالكا حين الإجازة، لزوال ملكيته بها و صحه العقود المتعدده بعدها. و قد التزم صاحب الجواهر نفسه فيها بالصحه حيث يقول: «و أمّا ما بعده من العقود فلا ريب فى صحتها بناءً على الكشف لوقوع التصرف حينئذ فى الملك. و أمّا على النقل، فيحتمل البطلان لتعدّد الإجازة حينئذ من المالك... و الصحه مع الإجازة منه لكون الرضا الأوّل إنّما كان و المال لغيره و لعلّ الأوّل أقوى»(٦).

ص: ٤٦٩

١-١ . الجواهر ٢٣/٤٦٩ (٢٢/٢٩١).

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٠٣/٢١، ح ١.

٣-٣ . وسائل الشيعه ١٨/١٩، ح ٩.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤١٩.

٥-٥ . راجع جامع المقاصد ٧٠/٤؛ المسالك ٣/١٥٨.

٦-٦ . الجواهر ٢٣/٤٧١ (٢٢/٢٩٢).

و الآخر: حلّى: ظهور بعض الأخبار بل صريح بعضها فى عدم اعتبار قابليه تملك أحد المتعاقدين حال إجازة الآخر، مضافا إلى فحوى بعضها الآخر.

الأول نحو: موثقه جميل(١)، و الثانى نحو: روايه ابن أشيم(٢)، و الثالث نحو: صحيحه الحذاء(٣).

ولكن المحقق السيّد الخوئى اعترض على الشيخ الأعظم و صاحب الجواهر كليهما و قال: «و لا يخفى أنّ تلك الأخبار بأجمعها خارجه عن بيع الفضولى على ما ذكرناه سابقا حتّى أنّ شيخنا الأنصارى لم يستدلّ على صحه الفضولى بتلك الأخبار و أنّما ذكرها تأييدا، و عليه فلم ترد روايه منها فى الفضولى حتّى يستفاد منها عدم اعتبار استمرار القابليه بالصرّاحه أو الظهور كما هو الظاهر.

و أمّا النقص الذى اورده على صاحب الجواهر قدس سره فأعجب، لأنّ الكلام فى اعتبار قابليه المتعاقدين فى نفسيهما و أمّا الخروج عن المالكه بالإجازة فهو ممّا لا مانع عنه أبدا، و من الظاهر أنّ المالك فى البيوع المتعاقبه لم يخرج عن أهليه الملك و القابليه لو لا-الإجازة، فهذا النقص من مثله بالنسبه إلى صاحب الجواهر غريب، هذا كلّ بالنسبه إلى ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره».

أقول: ما ذكره المحقق السيّد الخوئى بالنسبه إلى نقض الشيخ الأعظم تام، و أمّا ما ذكره بالنسبه إلى جوابه الحلّى فَعَبْرٌ تام، لأنّه لو فرض عدم تماميه الاستدلال بهذه الروايات على بيع الفضولى، - و قد عرفت فى البحث عن أدله صحه بيع الفضولى تماميه فحوى ما دل على صحه نكاح الفضولى أى صحيحه أبى عبيده الحذاء - كيف لا يمكن استفاده عدم اعتبار استمرار قابليه تمامك عنها، مع أنّ هذا البحث الأخير لا- يكون من فروع بحث بيع الفضولى، و البحث فيه عام يشمل الفضولى و غيره، فهذا البيان من مثل السيّد الخوئى قدس سره - و هو مرجع الطائفه - غريب.

ص: ٤٧٠

١-١ . وسائل الشيعه ١٩/١٨، ح ٩.

٢-٢ . وسائل الشيعه ١٨/٢٨٠، ح ١.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٢٦/٢١٩، ح ١.



ثم قال المحقق السيد الخوئي: «و أمّا ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره فإن كان الخروج عن القابليه بالموت فالظاهر أنّ المعامله صحيحه على كلا القولين من الكشف و النقل.

أمّا على الكشف، فلوضوح أنّ الإجازة تكشف عن صحّة البيع حين العقد و هما كانا حين عند العقد، و خروج أحدهما عن الأهليه بعده لا يوجب فساد المعامله للعمومات و الاطلاقات الوارده في صحّته بيع الفضولى الشامله لما إذا خرج أحد المتعاقدين عن القابليه حين الإجازة، نعم لو كان المدرك في صحّته البيع الفضولى هو الأخبار الخاصّه المتقدمه كروايه عروه البارقي أو صحيحه محمّد بن قيس و نحوهما، كان اللازم أن تقتصر على موردها، و هما ظاهرتان في حياه المالكين و المتعاقدين، و لم يمكن التعدّي منهما إلى ما إذا خرجا عن الأهليه بالموت إلا أنّك عرفت أنّ المدرك هو العمومات و هي شامله للمقام من دون قصور.

و أمّا على النقل، فلأدب المعامله إنّما تتقوم بالمبادله بين المالين و لا نظر فيها إلى المالكين، فإذا صدرت الإجازة من المالك المجيز فتتوقّف صحّته المعامله على إجازة وارث الأصيل الذي فرضناه خارجا عن الأهليه بالموت، لأنّ الموت لا يوجب بطلان المعامله حينئذ، غايه الأمر أن يكون بيعه بالنسبه إلى الوارث فضوليا لأنّه باع ما ملكه الوارث بعد ذلك فيتوقّف على إجازة الوارث، و سيأتى في المسأله الآتية أنّه لا يعتبر في المجيز أن يكون مالكا حين العقد على ما ذهب إليه الشيخ أسدالله التستري، و لا مانع من أن يكون المجيز غير المالك حين العقد، هذا كلّ بالنسبه إلى الموت.

و أمّا إذا كان الخروج عن الأهليه بالارتداد و الكفر: فالظاهر كما نقل عن كاشف الغطاء و غيره أنّهم لم يفرّقوا في المرتدّ الفطري بين كون المبيع مصحفا أو عبدا مسلما و بين كونه من الأشياء الأخرى، و قد حكموا بالصحّ على الكشف و البطلان على النقل، ولكنّه مبنى على أنّ الارتداد عن فطره يوجب عدم قابليه المرتدّ للملك مطلقا، إلا أنّ هذا ممّا لم يدلّ دليل على صحّته و إنّما ورد أنّ المرتدّ عن فطره تقسم أمواله بين ورثته و تنتقل إليهم، و أمّا أنّه إذا اكتسب مالا بعد الارتداد لا يكون مالكا له فلا يستفاد من شيء،

و عليه لا بدّ في الفطرى أيضا من التفصيل بين كون المبيع من قبيل المصحف و العبد المسلم و نحوهما ممّا لا يملكه الكافر و بين غيره فالثمره تظهر فى بيع المصحف و العبد المسلم فإنّه على الكشف يصحّ لأنّه كان مسلما حين العقد و على النقل يكون باطلاً لأنّه حين الإجازة كافر و هو لا يتملّك شيئا منهما كما لا يخفى، و أمّا فى غيرهما كالفرش و الدار و نحوهما فلا يبطل على النقل أيضا حتّى فى الارتداد عن فطره، إذ لا دليل على أنّ المرتدّ الفطرى لا يتملّك بعد الارتداد.

ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه من بطلان بيع المصحف و نحوه عند ارتداد المشتري قبل الإجازة بناءً على القول بالنقل إنّما هو فيما إذا كان الثمن كلياً، و أمّا إذا كان شخصياً و كان الارتداد عن فطره فهو ينتقل إلى ورثه المرتدّ فتكون المعامله بقاءً على مال الورثه فتتوقّف على إجازتهم كما مرّ فى الموت، لأنّه بالنسبه إلى الوارث فضولى و لا- يكون البيع باطلاً فلا- تكون حينئذ ثمره بين القول بالكشف و القول بالنقل، و إنّما تظهر الثمره عند كون الثمن كلياً إذ لا- ماله له إلاّ بالاضافه و هو قد أضيف إلى ذمّه المرتدّ، و لا ينتقل إلى الورثه لمغايره ما أضيف إلى ذمّته بالنسبه إلى ما فى ذمّه الورثه.

و الحاصل: أنّ الارتداد موت شرعى، و عليه فلا فرق بينهما فى البيع الشخصى من حيث الصحّح فيهما على كلا القولين من النقل و الكشف، غايه الأمر أنّها على النقل تتوقّف على إجازة الوارث فى كلّ واحد من الارتداد و الموت، لأنّه بالنسبه إلى الوارث فضولى فيهما، كما لا- فرق بينهما فى البيع الكلى من حيث البطلان فى كليهما على القول بالنقل دون الكشف، لأنّ ما فى ذمّه الميّت و المرتدّ غير ما فى ذمّه وارثهما، فلا- فرق بينهما من هذه الجهات. نعم يظهر الفرق بين الارتداد و الموت على القول بالكشف فيما إذا كان الثمن عباره عمّا فى ذمّه أحدهما من المنافع كما إذا اشترى المصحف أو العبد المسلم فى مقابل أن يكنسا دار البائع أو فى مقابل عمل آخر، فإنّ البيع فى صورته الموت باطل، لعدم تمكّنه من الثمن و استحاله الكنس أو العمل فى حقّ الميّت فيبطل، اللهمّ إلاّ إذ حكمنا بالانتقال إلى القيمه، و هذا بخلاف المرتدّ فإنّ البيع لا يبطل بالنسبه إليه بل ينتقل المصحف أو العبد إلى الوارث و يلزم المرتدّ على العمل من الكنس أو غيره لقدرته عليه إلاّ فيما إذا

كان العمل ممّا يشترط فيه الطهارة و الإسلام كالصوم و الصلاة، فالبيع بالنسبة إلى الميت باطل لعدم قدرته على تسليم الثمن، و صحيح في حق المرتدّ فلا تغفل، هذا كلّه بالنسبة إلى ارتفاع الأهلية و القابلية عن المالكين قبل الإجازة و بعد العقد»(١).

### الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالبه

قال الشيخ الأ-كبر كاشف الغطاء: «و تظهر الثمره أيضا فيما لو انسلخت قابليه المنقول بتلفه أو انقلابه إلى النجس أو عروض النجاسه له مع ميعانه إلى غير ذلك»(٢).

مراده: ظهور الثمره بين قولى الكشف و النقل لو انسلخت قابليه المال المنقول - ثمنا كان أو مثمنا - للملكيه من طرف الأصيل إمّا بسبب تلف ذلك المال، أو انقلابه إلى النجس نحو: غليان عصير العنبى، أو عروض النجاسه عليه بحيث لا يقبل التطهير نحو: اصابه عين النجاسه إلى اللبن أو الدهن المايح أو أمثالهما بحيث لا يقبل التطهير، فعلى القول بالكشف يصح الشراء و يكون المشتري مالكا للعصير العنبى مثلاً و يكون ضرره عليه، و على القول بالنقل وقع السقوط فى ملك البائع الأصيل و بطل الانتقال و يكون ضرره على البائع.

و اعترض صاحب الجواهر على أستاذة بقوله بعد الاعتراض على الثمره السابقه: «و منه تنقدح المناقشه فى الثانى، بل هى اوضح من الأوّل ضروره كون المعبر على الكشف و النقل رضا المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابليه العين لها»(٣).

توضيحه: المعبر فى باب الفضولى إجازة المالك و رضاه بالعقد، فلو انتفت قابليه العين للملك كما إذا إنقلب الخلّ خمرا بعد انشاء الفضولى لم يصدق على المالك أنه مالك هنا حتى تؤثر إجازته فى صحه بيع الفضولى بلا فرق بين الكشف و النقل.

و بعبارة أخرى: سقوط المال عن الملكيه يوجب انتفاء عنوان المالك، لأنّ

ص: ٤٧٣

١-١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/ (٤٧٨-٤٧٥).

٢-٢ . شرح القواعد ٢/٩٦.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٦٩ (٢٢/٢٩١).

الملكيه هي اضافته المال أو الملك إلى مالكة، و إذا انتفى الملك انتفت الملكيّه و عنوان المالك، و إذا انتفت المالك و الملكيّه و الملك انتفى البيع فضوليًا كان أو غيره، نرى الإجازة كاشفه أو ناقله، و هذا هو وجه أولويه انتفاء هذه الثمره عند صاحب الجواهر.

و أجابه الشيخ الأعظم (١) بجوابين:

أحدهما: فحوى صحيحه الحداء (٢)، لأن المفروض فيها موت الزوج الذي هو أحد الركبين في عقد النكاح و قد حكم بصحة العقد لو رضيت الزوجه بعد إدراكها و حلفها، فكذلك في بيع الفضولي إذا سقط المبيع عن المالك أو الملكيّه بعد العقد - لأن المبيع لا يكون في البيع أهم من الزوج في النكاح - فيحكم بصحة بيع الفضولي بعد إجازة المالك و يكون التلف على المشتري بناءً على النقل لأن التلف وقع في ملكه.

ثانيهما: الإطلاق الوارد في قضيه عروه البارقي الناشئ من ترك الاستفصال الدالّ على عدم اعتبار استمرار قابليه الملك إلى زمان صدور الإجازة، لأن عروه إذا أخبر الرسول الخاتم صلى الله عليه و آله بما فعل قال صلى الله عليه و آله: «بارك الله لك في صفقه يمينك» (٣) و لم يستفصل عن موت الشاه أو ذبحها أو تلفها، و ترك الاستفصال دليل على عدم اعتبار استمرار قابليه إلى زمان صدور الإجازة.

و قال المحقق السيد الخوئي: «و أمّا إذا ارتفعت قابليه عن المالكين و خرجا عن قابليه التمولّ بالتلف و شبهه كما إذا صار الخلّ خمرًا لأنه تلف شرعي قبل الإجازة، فيقع الكلام فيه من جهتين:

إحدهما: أنّ الخروج عن قابليه التمولّ هل يوجب بطلان العقد على النقل دون الكشف، و يظهر الثمره بينهما في مثله أو لا؟

و ثانيهما: أنّ استمرار قابليه التمولّ في المالكين شرط في صحه العقد و الإجازة كما ادّعاها صاحب الجواهر أو أنّ الاستمرار غير لازم؟

ص: ٤٧٤

١-١. المكاسب ٣/٤١٩.

٢-٢. وسائل الشيعه ٢١٩/٢٦، ح ١.

٣-٣. مسند احمد ٤/٣٧٦؛ السنن الكبرى ٦/١١٢ للبيهقي.

فأَمَّا الكلام في الجهة الأولى فملخصه: أن الخروج عن القابليه بالتلف و نحوه إن كان قبل القبض فلا إشكال في أنه يوجب البطلان على كلا القولين.

أما على النقل، فلوضوح أن المال قد تلف قبل البيع و المعامله على المعدوم باطله.

و أمّا على الكشف، فلأنّ الإجازة و إن تكشف عن الملكيه من حين العقد إلّا- أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال مالكة فيوجب التلف انفساخ المعامله، إذ المفروض أنّ المال لم يقبض، و معنى كلّ مبيع تلف قبل قبضه أنّ المال يدخل في ملك البائع قبل التلف بآن و يتلف في ملك البائع كنايةً عن انفساخ المعامله و رجوع الثمن و المثلن إلى ملك مالكهما الأول فلا تظهر ثمره بين القولين حينئذ.

و أمّا إذا خرجا عن القابليه بالتلف و نحوه بعد القبض فلا مانع من الالتزام بالصحة على الكشف و البطلان على النقل و تظهر الثمره بينهما حينئذ.

و التلف بعد القبض يُتصوّر على وجهين:

أحدهما: ما إذا كان المبيع بيد المشتري قبل المعامله بإذن مالكة كما إذا استأجر الدار من مالكة و سكن فيها بإذنه ثم اشترى بالبائع الفضولى و تلفت قبل الإجازة، فإنّ المعامله صحيحة على الكشف لأنّ الملكيه حصلت حين العقد و قد قبض المشتري المال، و التلف بعد القبض لا أثر له، و ذلك لأنّ المفروض أنّ المشتري قد قبض الدار من مالكة بإذنه و إن لم يقبضها المالك بعنوان المعامله إلّا أنّ قبضه صحيح و مستند إلى إجازة المالك و مثله يكفي في القبض، ولكنّها باطله على النقل لأنها تلفت قبل المعامله، و القبض قبلها لا يوجب صحّة البيع أبداً لأنها قد انعدمت و المعامله على المعدوم لا تصحّ.

و ثانيهما: ما إذا كان الفضولى و كلاً- من قبل المالك في خصوص قبض كلّ ما للمالك من الأموال، و اشترى مالاً للمالك فضولاً- و قد قبضه من البائع فتلف بعد القبض، فإنّهُ يصحّ على الكشف لتقدّم الملكيه و القبض على التلف، و المفروض أنّ القابض و كيل في قبض أموال المالك و قبضه قبض المالك لا محاله، و يبطل على النقل لانعدام المال قبل المعامله.

و الغرض من هذا التطويل دفع ما أورده بعضهم و منهم شيخنا الأستاذ(١) قدس سره على كاشف الغطاء قدس سره فى المقام من أنّ المعامله عند التلف باطله على كلا القولين، أما على النقل فظاهر، و أما على الكشف فلأجل أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، إلا أنّك عرفت أنّ التلف يمكن أن يتصوّر بعد القبض و عليه تظهر الثمره بين القولين لا محاله، هذا.

ثمّ إنّ شيخنا الأنصارى(٢) قدس سره مثّل للخروج عن المالىه بمثالين: التلف و عروض النجاسه على المبيع مع ميعانه، و لم نفهم الوجه فى المثال الثانى و أنّ عروض النجاسه على المائعات كيف يخرج المائع عن المالىه و الملكيه مع أنّه قدس سره صرّح بجواز بيع المتنجّس كالدهن و نحوه للاستصباح أو لجعله صابونا بل لطفى السفن و نحوه، فلا- يمكن المصير إلى أنّ الدهن بتنجّسه يخرج عن المالىه، غايه الأمر أنّ بيعه غير جائز فيما يتوقّف استعماله على الطهاره إلاّ أنّه لا يوجب الخروج عن المالىه و الملكيه بوجه حتّى أنّه لو أتلفه أحد نحكم بضمانه للمالك كما هو ظاهر.

نعم تظهر الثمره بين القولين فى المثال إلاّ أنّه لا لأجل خروج المالىن عن المالىه بل من جهه انتفاء شرط من شروط صحّحه البيع، و عليه ينبغى أن يدرج ذلك فى المقام و يلحقّ بالقسمين المتقدمين أعنى صورته خروج المالكين عن الأهليه و صورته خروج المالىن عن المالىه و يقال بظهور الثمره فيما إذا خرج المالكان عن القابليه أو خرج المالان عن التموّل أو انتفى شرط من شرائط صحّحه البيع كما عرفت، هذا كلّه فى الجبهه الأولى.

أمّا الكلام فى الجبهه الثانيه: فقد عرفت أنّ صاحب الجواهر قدس سره قد ادّعى ظهور الأدلّه فى اشتراط استمرار القابليه و المالىه و الشرائط فى صحّحه المعامله و الإجازة، و قد تبعه بعض المتأخّرين و ذكروا أنّه لا إطلاق فى أدلّه صحّحه الفضولى ليتمكن التعدى، بل لا بدّ

ص: ٤٧٦

١-١ . منيه الطالب ٢/٨٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤١٨.

من الاقتصار على المقدار المتيقن و هو صورته استمرار القابليه و الماليه و الشرائط.

إلا أنك عرفت أنّ ذلك إنّما يتمّ فيما إذا استدللنا على صحّته الفضولى بالأخبار الخاصّه الوارده فى بعض الموارد المخصوصه، و أمّا إذا كان المدرك على صحّته الفضولى هو الاطلاقات و العمومات فلا ينبغى الإشكال فى إطلاقها و شمولها للمقام و بها ندفع اشتراط الاستمرار بحسب القابليه و الماليه و الشرائط، فلا يمكن المصير إلى ما ذهب إليه صاحب الجواهر قدس سره من بطلان المعامله على كلا القولين، بل قد عرفت أنّ الثمره بينهما تظهر فى الموارد المتقدمه، فما ذكره كاشف الغطاء هو الصحيح، هذا ما يرجع إلى كلمات صاحب الجواهر قدس سره .

و أمّا ما أفاده شيخنا الأنصارى فى مقام الجواب عن صاحب الجواهر قدس سره من أنّه لا دليل على استمرار القابليه و الماليه فى المعامله، بل الدليل على عدم الاشتراط موجود و هو الروايات الوارده فى صحّته الفضولى حيث إنّ ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار الحياه فى المتعاقدين حال الإجازة، مضافا إلى إطلاق روايه عروه حيث لم يستفصل النبى صلى الله عليه و آله عن موت الشاه أو ذبحها و إتلافها، و إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين.

فندفع بما ذكرناه سابقا من أنّه قدس سره أراد بالظاهر ما ورد فى المضاربه و فى الاتجار بمال اليتيم من أنّ الربح للمالك و الصغير، و الخسران على العامل و المتصرّف، حيث إنّهما ظاهران فى الاطلاق و عدم التفصيل بين موت المالك و عدمه، إلا أنّك عرفت أنّهما أجنبيّتان عن الفضولى و لا دلالة فيهما على صحّته كى يتمسك بهما فى المقام، و أمّا الصريح فلم نفهم أنّه ما أراد بالصريح فى الأخبار، إذ لا روايه صريحه فى ذلك بين الأخبار، و أمّا روايه ابن أشيم الوارده فى العبد المأذون فهى صريحه فى موت الموكل و تدلّ على صحّته بيع الوكيل فيما إذا مات الموكل بعد البيع، و لا إشكال فى صحّته بيع الوكيل و معاملاته فيما إذا مات الموكل بعد المعامله، و هذه لا ربط لها بالمقام كما لا يخفى.

و أمّا ما استشهد به ثانياً فيه: أنّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان بعدم موت الشاه أو تلفها، إذ من البعيد أن تموت الشاه فى ذلك الزمان القصير المتخلّل بين بيعها و إجازة النبى صلى الله عليه و آله، و على تقدير الشكّ فالاستصحاب جارٍ و أمّا ذبح الشاه و أنّه لم

يستفصل بين ذبحها و عدمه، ففيه: أنّ ذبحها لا- يخرجها عن المالىه و الملكيه كما لا- يخفى و الكلام فى خروج المالىن عن المالىه فلا تغفل.

و أما استدلاله بروايه تزويج الصغيرين فهو عجيب، إذ على تقدير صحّتها فى موردها كيف يمكن التعدى منها إلى المعاملات الفضوليه فإنّ التعدى منها قياس لا نقول به. و دعوى الفحوى و الأولويه كما صدرت منه قدس سره ممنوعه من جهه أنا إنّما قلنا بدلاله الروايه الوارده فى صحّحه النكاح الفضولى على صحّحه البيع الفضولى بالأولويه من أجل أنّ النكاح - بما أنّ فيه الفروج و الأولاد - أهم عند الشارع قطعاً، فإذا صحّ الفضولى فى النكاح فتدلّ على صحّته فى البيع بطريق أولى.

و أما فى المقام فيما أنّه لا يترتب على صحّحه النكاح بعد فرض موت الزوج ولد و لا و طء فلا يمكن التعدى منه إلى البيع، إذ لا أهميه له عليه و لا- أولويه فى البين فكيف يمكن التعدى عن صحّحه النكاح بالإجازة الذى لا- يترتب عليه إلاّ إرث الزوجه إلى صحّحه جميع العقود الفضوليه لينتقل الثمن و المثلن إلى المالكين. فالمتحصّل أنّه لا يمكننا المساعده على شىء مما أفاده فى المقام، هذا كلّه فيما إذا كان المالكان و المالان و البيع واجدين للقابليه و المالىه و الشروط حين العقد ولكنّها ارتفعت بعد العقد إلى زمان الإجازة»(١).

### السادسه: تجدد القابليه

قال الشيخ جعفر: «و فى مقابله [أى مقابل انسلاخ قابليه الملكيه - أى الثمره الخامسه -] ما لو تجددت القابليه قبل الإجازة بعد انعدامها حين العقد، كما لو تجددت الثمره أو بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة»(٢).

مراده: تجدد قابليه الملك من تجديد الثمره أو بدايه إصلاحها بعد العقد ولكن

ص: ٤٧٨

١- ١. التنقيح فى شرح المكاسب ١/ (٤٨٣-٤٧٨).

٢- ٢. شرح القواعد ٢/٩٦.



أمثله الجَدِّ تَنَحَّصِرُ بمقابله الثمره الخامسه أى تجديد المالىه لا تجديد المالكىه فتأمل.

ولكن يمكن تصويره فى ما إذا تجددت قابليه الملك للمالك الذى بيعت ماله فصوليا، و كانت قابليته حين العقد منسلخه لموته مثلاً ولكن الفصول لا يدري أنه مات، ولكن بعد عقد الفضولى وقبل الإجازة أحياء الله تعالى و تجددت قابليته للملك، فعلى القول بالكشف البيع باطل لأن البيع وقع فى زمن انسلاخ قابليه المالك لملكه، و لا يمكن تصحيحه بالإجازة التى كانت كاشفه من وقوع النقل و الانتقال من حين العقد الفاقد لشرائط الصحة، و أمّا على القول بأنها ناقلة، حيث وقع النقل و الانتقال من حين الإجازة الناقلة و حين الإجازة تجدد قابليه تكون المعامله صحيحه.

و هذه الثمره هى على عكس الثمره الرابعه و الخامسه و لذا قال الجَدِّ: «فى مقابله» (١) أى فى مقابله فى تجديد قابليه و ظهور الثمره.

و اعترض عليه فى الجواهر و قال: «و اوضح من ذلك فسادا، فاقد قابليه للملك حين العقد ثم وجدت قبل الإجازة، فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، و على النقل أيضا لعدم قابليه العقد حال وقوعه للنقل فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان فى غير محلّه» (٢).

و وافق الشيخ الأعظم صاحب الجواهر فى الاعتراض و قال: «نعم، ما ذكره أخيرا من تجدد قابليه بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمره للمسأله، لبطلان العقد ظاهرا على القولين...» (٣).

توضيح اعتراضهما: العقد لا بد أن يكون تاما من جميع الجهات حين العقد فى الفضولى إلا إجازة المالك، و حيث فى هذا الفرض انسلخت قابليه الملك عن مالكة حين العقد يكون باطلاً بلا فرق بين الكشف و النقل.

ص: ٤٧٩

١-١ . شرح القواعد ٢/٩٦.

٢-٢ . الجواهر ٢٣/٤٦٩ (٢٢/٢٩١).

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٢٠.

قال جَدُّنا الشيخ جعفر: «و فيما لو قارن العقد فقد الشروط بقول مطلق ثم حصلت و بالعكس»(١).

توضيحه: لو كان الشرط مفقودا حين العقد ولكن تجدد قبل الإجازة يكون العقد باطلاً على الكشف لوقوع العقد فاقدا للشرط ولكن يكون صحيحا على النقل لوقوع العقد واجدا للشرط حين النقل.

و أما عكسه: لو كان الشرط موجودا حين العقد ولكن فقد قبل الإجازة، فيكون العقد صحيحا على الكشف لوقوع العقد جامعا للشرائط، باطلاً على النقل لوقوع النقل حين فقدان شرائط الصحة.

لم يتعرض صاحب الجواهر لهذه الثمره ولكن الشيخ الأعظم اعترض عليه بما اعترض على الثمره السادسه لأنه قال بعد ما نقلت عنه فيها: «... و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط»(٢).

ولكن قال المحقق السيد الخوئي: «و أمّا إذا انعكس الأمر كما إذا كان المالكان غير واجدين للقباليه أو كان العوضان فاقدين للماليه أو كان البيع فاقدا للشروط حين العقد فصارا واجدين لها في زمان الإجازة فقد ذكر شيخنا الأنصاري(٣) قدس سره في المقام أنّ المعامله باطله حينئذ على كلا القولين لعدم تماميه الشروط في العقد، ثم ذكر أنّ باب المناقشه في ذلك و إن كان واسعا إلا أنّ الأرجح في النظر ما ذكرناه، هذا.

ولكن التحقيق أن يفصل بين الشروط فإن كان الشرط راجعا إلى المتعاقدين: كالبلوغ و العقل و نحوهما و فرضنا أنّ أحدهما كان صبيّا حين العقد ثم بلغ حين الإجازة، فلا ينبغي الإشكال في بطلان العقد على كلا المسلكين، لأنّ عمد الصبي و خطأه سيان، فلا اعتبار بما صدر منه حال كونه صبيّا، فلا عقد حتّى يصحّ على الكشف أو

ص: ٤٨٠

١-١ . شرح القواعد ٢/٩٦.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٠.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤١٨-٤٢٠).

و أما إذا كان الشرط من شروط نفس البيع: كعدم كونه غرريا و كان ذلك الشرط مفقودا حال العقد الفضولي ثم ارتفع الغرر قبل الإجازة كما إذا باعه صندوقا مقفلاً من دون أن يعلم المشتري بما فى الصندوق من الأموال ثم علمه بعد البيع قبل الإجازة، فالمعامله باطله أيضا على كلا المسلكين، لاشتراط عدم الغرر فى البيع حال الحدوث فوجوده مانع عن صحه البيع لا محاله، و ارتفاعه بعد ذلك لا ينعف فى صيروره البيع صحيحا، فما أفاده متين فى هذه الصوره أيضا.

و أما إذا كان الشرط من شرائط المالىن فهو ينقسم إلى قسمين:

فتارة: يكون أحد المنقولين أو كلاهما مَمَّا لا مالىه له تكويننا أو ممَّا حكم الشارع بعدم مالىته شرعا حين العقد ثم انقلب إلى المال حال الإجازة، و هذا أيضا لا مجال لصحته على كلا القولين، فإذا باع الثمره قبل بدو صلاحها أى زمان كونها زهرا على نحو الفضولى ثم بدا صلاحها حين الإجازة من المالك، أو كان المبيع خمرا حال العقد ثم صار خلًا حين الإجازة فإنّ العقد فى المثالين إنّما وقع على المعدوم حقيقه أو شرعا، لأنّ الثمره غير موجوده قبل بدو الصلاح واقعا كما أنّ الخمر محكوم به بعدم المالىه شرعا فلا محاله يكون باطلاً، إذ لا معنى لصحة العقد على المعدوم على كل من المسلكين و أمّا ما وجد بعد ذلك فهو لم يقع عليه عقد حتى يصحّ بالإجازة.

و أخرى: يكون كلّ واحد من المنقولين مالا- حقيقه ولكن تختلف أو صافهما فيتصفا بشىء حال العقد و بشىء آخر حال الإجازة، و فى مثل هذا لا وجه للبطلان على كلا المسلكين كما إذا كان المبيع وقفا أو ماءً متنجسا أو أمّ ولد حال العقد ثم صار الوقف موردا للخلاف بين أهله حتى انتهى الأمر إلى القتل و الجدل فصار بيعه صحيحا حال الإجازة، أو طهرنا الماء قبل صدور الإجازة من المالك فجاز بيعه بعد ما كان بيعه باطلاً لاشتراط الطهاره فى المبيع، أو مات ولد الأمّ فصحّ بيعها حال الإجازة، و مثل ذلك صحيح على كلا- القولين، أمّا على النقل فواضح لأنّه حين الإجازة مال يجوز بيعه و قد وقع العقد على هذا المال فبالإجازة يستند إلى المالك و حين الاستناد هو واجد لشرط

الصحة فتعمه العمومات، و أما على الكشف فلائ الإجازة لا تكشف عن الملكيه من حين العقد حتى يقال إن المبيع حال العقد كان وقفا أو ماءً متنجسا أو أم ولد و كيف يحكم بدخولها في ملك المشتري مع أن بيعها غير صحيح حينئذ، و إنما تكشف عن الملكيه من زمان صيروره الوقف أو الماء أو الأعمم مما يجوز بيعه لأجل ما طرأ عليها من المجوزات، فما أفاده قدس سره من البطلان على كلا القولين غير تام في هذه الصورة.

كما أن الشرط إذا كان راجعا إلى المالكين: لا إلى المتعاقدين و لا إلى المالكين و لا إلى البيع كاشتراط الإسلام في مالک الثمن في بيع المصحف أو العبد المسلم، فلا مانع من الالتزام بصحة البيع على كلا القولين، أما على القول بالنقل فلوضوح أن المشتري قد صار مسلما حال الإجازة، و أما على الكشف فلائ الإجازة إنما تكشف عن الملكيه من زمان إسلام المشتري للمصحف و العبد لا من زمان العقد حتى يقال إنه حين العقد محكوم بعدم التملك لهما، فإذا باع الفضولي شيئا منهما من الكافر للنسيان أو الغفلة و الاشتباه ثم أسلم الكافر قبل الإجازة فهو صحيح على كلا المسلكين، فلا وجه لما أفاده قدس سره من البطلان على كلا القولين في هذه الموارد كما هو ظاهر<sup>(١)</sup>.

### الثامنه: ثمرات متعدده

وردت في كلام جدينا الشيخ جعفر رحمه الله قال: «و في تعلق الخيارات و الشفعه و عدم صحة التصرف من حين العقد، و احتساب مبدأ اوقات الخيار، و معرفه مجلس الصرف و السلم و اشتراط بقاء القابليه بعقل و رشد إلى حين الإجازة حيث نلحقها بالعقد الجديد إلى غير ذلك. و ترتب ما يتعلق بالعهود و النذور و الأيمان غير محتاج إلى الإيضاح و البيان»<sup>(٢)</sup>.

أقول: الظاهر أنه في زماننا يحتاج إلى الإيضاح و البيان و لذا قال المحقق السيد

ص: ٤٨٢

١- ١. التنقيح في شرح المكاسب ١/ (٤٨٥-٤٨٣).

٢- ٢. شرح القواعد ٢/٩٦ و ٩٧.

المروج في توضيح هذه الثمرات ما نصه: «أنه إذا اختلف حال المبيع صحهً و عيباً بأن كان صحيحاً حين العقد المفروض وقوعه يوم الجمعة، و صار معيباً حال الإجازة الصادره يوم السبت مثلاً. فعلى القول بالكشف يكون البيع لازماً، لحدوث العيب في ملك المشتري، فلا خيار له. و على القول بالنقل يكون البيع جائزاً، لوقوع العيب في ملك البائع، فيثبت الخيار للمشتري.

ولو إنعكس الأمر، بأن كان المبيع حين وقوع العقد معيباً، و صار صحيحاً عند صدور الإجازة، فعلى القول بالكشف يثبت الخيار للمشتري، لوقوع البيع على المعيب، و العيب يوجب الخيار. و على القول بالنقل يكون العقد لازماً، لكون المبيع صحيحاً عند صدور الإجازة المتممه للبيع، هذا.

و كذا تظهر الثمره في خيار الغبن، كما إذا بيع المال فضولاً- بأكثر من قيمته السوقيه، فصار المشتري مغبوناً، و ترقّت قيمته حال الإجازة، فبناءً على الكشف يثبت خيار الغبن للمشتري، دون النقل.

ولو إنعكس الأمر، بأن بيع المال بأقل من قيمته الواقعيه، ثم إنخفضت حال الإجازة. فعلى الكشف يثبت الخيار للبائع، دون النقل.

و أما خيار المجلس، فالظاهر عدم تعلّقه بعقد الفضولي، لعدم إنطباق ما في دليبه من أنه «إذا افترقا وجب البيع» عليه، إذ لا عبره بافتراق غير المتبايعين عن مجلس العقد، و إن كان مجلس عقد الفضولي مجلس العقد. و عليه فيختص خيار المجلس بما يكون إفتراق المتعاقدين عنه سبباً للزوم البيع.

و دعوى «ظهور الثمره فيما لو استمرّ مجلس البيع لافضولى إلى زمان حضور المجيز، و أجاز، فيثبت خيار المجلس، لكونه مجلس البيع» غير ظاهره، إذ الكلام في حسابان مبدأ خيار المجلس، و أنه العقد أو الامضاء، و المفروض في المثال وحده المجلسين، و لا ريب في كون مبدأ الخيار تفرقهما عنه بعد الإجازة سواء على الكشف و النقل.

و سيأتى تفصيل الكلام - في اختصاص خيار المجلس بالأصيل، دون الفضولى و

كذا الوكيل في الانشاء - في أوائل الخيارات إن شاء الله تعالى».

وقال في ذيل حق الشفعة: «يعنى: في مورد تبدل الشريك، كما إذا كانت الدار ملكا مشاعا لزيد وعمرو، فباع الفضولى يوم السبت حصه زيد، و باع عمرو حصته يوم الأحد، و أجاز زيد يوم الإثنين. فبناءً على الكشف يثبت حق الشفعة لعمرو، لأن حصه زيد إنتقلت إلى من إشتري من الفضول من يوم السبت، فلعمرو الأخذ بالشفعة و فسح البيع الواقع يوم السبت، و ضم حصه زيد - المبيعه فضولاً - إلى حصته.

فإن أخذ بالشفعة فهو، و إلا يثبت حق الشفعة للمشتري من الفضولى، و له الأخذ به و فسح البيع الواقع يوم الأحد بين عمرو و المشتري منه، لوقوع هذا البيع الثانى بعد تماميه البيع الأول المجاز من يوم السبت و إن صدرت الاجازة يوم الاثنين، و صيروره المشتري من الفضولى شريكا للأصيل حينما باع حصته يوم الأحد.

و بناءً على النقل ينعكس الأمر، فيثبت حق الشفعة من يوم الأحد لزيد، لصيرورته شريكا مع المشتري من الأصيل و هو عمرو، فله إعمال حقه، و تملك حصه عمرو، ثم إجازة البيع الواقع على حصته. و حيث إن المفروض عدم - أخذ زيد بحق الشفعة - و إنما أجاز يوم الاثنين عقد الفضول - فقد سقط حقه، و يثبت للمشتري من عمرو حق الشفعة على المشتري من الفضولى».

وقال في ذيل مبدأ الخيارات: «كما إذا بيع حيوان فضولاً، فإن مبدأ الثلاثه من حين العقد بناءً على الكشف، و من حين الإجازة بناءً على النقل، لتوقف تماميه البيع عليها.

و كذا الحال لو بيع دار فضولاً و إشرط المشتري لنفسه الخيار شهرا مثلاً، و أجاز المالك بعد أيام، فبناءً على الكشف يكون مبدأ الخيار حين العقد، و بناءً على النقل حين الإجازة».

وقال في ذيل معرفه مجلس الصرف و السلم: «فعلى القول بالكشف يكون المراد القبض فى المجلس المعترف فى الصرف و السلم القبض فى مجلس العقد، و على القول بالنقل يكون المراد القبض فى مجلس الإجازة».

وقال في ذيل الأيمان: «كما إذا حلف زيد على أن يتصدق بجميع أمواله فى يوم

الغدِير مثلاً و كان من جملة أمواله كتابُ المكاسب الذي إشتهر من فضولِيّ، و لم يُجز مالكة إلا يوماً بعد يوم الغدير. فعلى القول بالكشف يجب عليه التصدق بكتاب المكاسب، لأنّه صار من أمواله حين الحلف. و على القول بالنقل لا- يجب عليه التصدق بالمكاسب، لعدم صيرورته ملكاً له يوم الغدير.

ولو إنعكس الأمر، بأن بيعَ شىءٌ من أمواله قبل الغدير فضولاً، و أجازه بعده. فعلى الكشف لا يجب عليه التصدق، لخروجه عن ملكه قبل الغدير. و بناءً على النقل يجب عليه التصدق».

و قال فى ذيل النذور: «كما إذا نذر أن يعطى كتاب المكاسب مثلاً لزيد المشتغل بتحصيل العلم، [فى يوم الجمعة] قد إشتري ذلك من فضولِيّ يوم الخميس، لكن لم يجزه مالكة إلا- يوم السبت. فعلى القول بالكشف يجب الوفاء بالنذر، لكونه مالكا لكتاب يوم الجمعة. و على القول بالنقل لا يجب، لعدم كونه مالكا للكتاب حال النذر»(١).

و اعترض صاحب الجواهر على استاذة الشيخ جعفر بقوله: «و فيه أيضا: أنّ من المقطوع به عدم [كون] الإجازة من العقود، إذ ليست هى إلا الرضا بالعقد السابق.

كما لا- يخفى عليك الحال بناءً على كون المراد من الكشف ما سمعته سابقا - فى أحد الاحتمالين - من كون الرضا المتأخر مؤثراً فى اقتضاء العقد النقل سابقا، فىكون شبه تقديم المسبب على السبب و يبقى العقد حينئذ مراعى...»(٢).

و قال السيد الخوئى رحمه الله: «ثم إنَّ شيخنا الأنصارى ذكر أنّ الثمرة بين الكشف و النقل تظهر فى موارد آخر كالنذر و الزكوات(٣) و الخيارات و حقّ الشفعة.

أمّا النذر: فلأنّه إذا نذر كذا عند كونه مالكا للمال الفلانى فى الوقت الفلانى فىجب عليه الوفاء بالنذر بعد العقد على المال المذكور ولو على نحو الفضولى بناءً على الكشف، لأنّ الإجازة إنّما تكشف عن الملكيه حال العقد، و هذا بخلاف القول بالنقل لأنّه قبل

ص: ٤٨٥

١- ١. هدى الطالب ٥/١٤٩-١٤٦).

٢- ٢. الجواهر ٢٣/٤٧٠ (٢٢/٢٩١).

٣- ٣. لم يذكر الشيخ الأعظم الزكاه فى الثمرات [المؤلف].

الإجازة لم يملك المال حتى يجب عليه الوفاء بالندر.

و أما الزكاه: فالظاهر أنه لا ثمره فيها بين المسلكين، و ذلك لأنّ وجوب الزكاه لا يتوقف على الملكيه فقط ليجب إخراجها على المشتري بعد العقد على الكشف دون النقل، بل يتوقف على الملكيه مع التمكّن من التصرف فى المال، و فى المقام و إن تملك المال قبل الإجازة على الكشف إلاّ أنّه غير متمكّن من التصرف فيه شرعا، فلا يفترق الحال فى الزكاه بالنسبه إلى المشتري بين القول بالكشف و القول بالنقل، و إنّما يجب عليه إخراج الزكاه بعد الإجازة على كلا القولين.

نعم، تظهر الثمره فيها بالنسبه إلى المالك، لأنّه على القول بالكشف لا يجب عليه الزكاه، إذ المفروض أنّه خارج عن ملكه واقعا حتى قبل الإجازة، و الزكاه إنّما تجب على المالك كما لا يخفى، و أما على القول بالنقل فتجب عليه الزكاه لأنّه المالك حسب الفرض، و المفروض أنّه متمكّن من التصرف فيه أيضا.

و أمّا الخيارات: ففى مثل خيار الحيوان لا بأس بالثمره بين المسلكين لأنّه إنّما ثبت لصاحب الحيوان كما فى الأخبار، فمع القول بالكشف فالمشتري صاحب للحيوان من حين العقد، و على النقل إنّما يصير مالكا بعد الإجازة لا من حين العقد فالثلاثة فى الخيار تحتسب من حين العقد على الكشف و من حين الإجازة على النقل.

و كذا تظهر الثمره فى خيارى العيب و الغبن، فله الفسخ و الامضاء من حين العقد على الكشف دون النقل، لأنّه عليه لم يملك المال حتى يحكم بالخيار له من حين المعامله، نعم لا- يصحّ له مطالبه الارش من المالك فى خيار العيب قبل الإجازة ولو بناءً على القول بالكشف، إذ للمالك أن يقول إننى لم أرض بالمعامله بعد فكيف تطالبنى بالارش ولكنه يتمكن من الفسخ و الإمضاء، و هذا لا ينافى ما ذكرناه سابقا من أنّ الأصيل لا يتمكن من الفسخ لأنّه إنّما يفسخ فى المقام من جهة الخيار.

و تظهر الثمره (1) بين الفسخ و الردّ فى النماء المتخلل بين العقد و الفسخ على

ص: ٤٨٦

١-١ . أقول: إنّ هذه الثمره تكون بين الفسخ و الردّ لا بين الكشف و النقل فذكرها هنا فى غير محلّها إلاّ استطرادا. [المؤلف].



القول بالكشف، ففي فرض الفسخ يكون نماء المبيع للمشتري و نماء الثمن للبائع و أمّا في فرض الردّ فالأمر بالعكس.

و أمّا خيار المجلس: فيمكن أن يقال إنّه مترتب على الإجازة على كلا القولين أمّا على القول بالنقل فواضح لأنّ «البيع» إنّما يصدق عليهما حين الإجازة دون قبلها، و أمّا على القول بالكشف فلأنّ الإجازة و إن تكشف على الملكيه حال العقد إلا أنّ الخيار لم يترتب على الملكيه في الأخبار، بل على عنوان «البيع» كما في الروايات، و لا إشكال أنّ البيع إنّما يسند إلى المالك بالإجازة و أمّا قبلها فلا بيع للمالك أبداً، فالبيع إنّما يصدق عليه بالإجازة و إن كانت الملكيه متقدّمه عليه، و لا مانع من تغاير الملكيه و صدق عنوان البيع و انفكاك أحدهما عن الآخر أبداً، و هذا كما إذا قلنا بصحّه البيع فيما إذا باع أحد ماله فعلاً قبل سنّه أشهر مثلاً بأن يكون البيع فعلاً و الملكيه قبل الأشهر السنّه حتّى تكون المنافع للمشتري من زمان الملكيه، فإنّ خيار المجلس إنّما يتحقّق حين البيع لا- من حين الملكيه المتقدّمه و ذلك ظاهر، فالمناط بالمجلس حال الإجازة و لعلّه ظاهر. و أمّا ما عن شيخنا الأستاذ (١) قدس سره من أنّه لا خيار في أمثال المقام فلم نجد له وجهاً، لشمول إطلاق قوله عليه السلام «البيعان بالخيار» (٢) لهما بعد الإجازة كما ذكرناه فلا تغفل.

و أمّا حقّ الشفعه: فهو أيضاً تظهر فيه الثمره بين المسلكين، فإذا كان زيد شريكا لعمرو في دار فباع الفضولي حصّه زيد من ثالث و قبل إجازة باع زيد عمراً حصّه نفسه من شخص رابع ثمّ أجاز زيد ما باعه الفضولي من حصّته، فعلى القول بالكشف فالشفعه للمشتري من الفضولي لأنّه صار شريكا مع عمرو فباع عمرو حصّته من آخر فله الشفعه، و على القول بالنقل تكون الشفعه للمشتري من عمرو لأنّه صار شريكا مع زيد فباع زيد حصّته من آخر، فالشفعه للمشتري من عمرو لأنّه المالك الشريك عند بيع زيد حصّته من

ص: ٤٨٧

١- ١. منيه الطالب ٢/٨٧.

٢- ٢. وسائل الشيعه ١٨/٥، أبواب الخيار الباب ١، ح ١ و غيره.

قال صاحب الجواهر: «و ربما تظهر الثمرة أيضا: فيما لو ترتب العقود على المبيع أو الثمن أو عليهما فضولاً - ولا يرب في أنّ للمالك تتبع العقود و رعايه المصلحه له فيجيز ما شاء...»(٢).

و قال الشيخ الأعظم: «و تظهر الثمره أيضا في العقود المترتبة على الثمن أو المضمن و سيأتي إن شاء الله تعالى»(٣).

و قال المحقّق السيّد المروج في شرحه: «و حاصل هذه الثمره: أنّه إذا باع من إشتري فضولاً متاعاً، و كان بيعه له قبل إجازته مالك المتاع، ثمّ أجازته مالكه. فعلى القول بالكشف يصحّ البيع الثاني للمشتري، لوقوعه في ملكه، بداهه أنّ الإجازة أوجبّت صحه شرائه، و صيروره المتاع ملكاً له، و وقوع البيع الثاني للمشتري في ملكه. و على النقل يدخل البيع الثاني - الصادر من المشتري - في مسأله: من باع شيئاً ثمّ ملكه»(٤).

أقول: يأتي هذا البحث من الشيخ الأعظم في الأمر الثالث من الامور المتعلقة بالمجاز(٥) و نحن نتعرض له تبعا للشيخ الأعظم هناك فانتظر.

و قال هناك: «و ملخص ما ذكرنا: أنّه لو ترتبت عقود متعدده على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعدده كان إجازته وسط منها فسخا لما قبله، و إجازة لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر»(٦).

١-١ . التنقيح في شرح المكاسب ١/ (٤٨٧-٤٨٥).

٢-٢ . الجواهر ٢٣/٤٧٠ (٢٢/٢٩٢).

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٢٠.

٤-٤ . هدى الطالب ٥/١٤٩.

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٦٩.

٦-٦ . المكاسب ٣/٤٧٠.

ثم لا بدّ من التنبيه على أمور:

## تنبيهات الإجازة:

### الأول: ليس الخلاف في الكشف و النقل مفهوميًا

قال جدُّنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله: «و هل بناءً القولين [أى الكشف و النقل] على مقتضى الظاهر، فيجوز الانصراف عن مقتضى كلّ منهما بعد وجود الصارف من قبل العاقد أو من خارج، أو على الزوم فإذا تعدّر أحدهما أو صيرّح بخلافه بطلت؟ وجهان، أقواهما الثاني»<sup>(١)</sup>.

و تبعه في الجواهر و قال: «و على كلّ حال، فالظاهر أنّ بناءً القولين على اعتبار ذلك شرعا لا أنّه فى حمل الإطلاق عليه و إلّا فيجوز إرادته الكشف أو النقل بعد وجود الصارف من قبل العاقد أو الخارج بتعدّر أحدهما فيتّجه حينئذ البطلان مع ذلك، و به صرّح شيخنا فى شرحه»<sup>(٢)</sup>.

و قال الشيخ الأعظم: «أنّ الخلاف فى كون الإجازة كاشفه أو ناقله ليس فى مفهومها اللغوى و معنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل فى حكمها الشرعى بحسب ملاحظته اعتبار رضا المالك و أدله و جوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدله الخارجيه، فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففى صحتها وجهان»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٤٨٩

١- ١. شرح القواعد ٢/٩٥.

٢- ٢. الجواهر ٢٣/٤٦٧ (٢٢/٢٨٩).

٣- ٣. المكاسب ٣/٤٢١.

أقول: منشأ الخلاف فى الكشف أو النقل يحتمل أن يكون أحد أمور ثلاثة:

الأول: فى سعه مفهوم اللغوى للإجازة وضيقة وضعها بحيث يشمل العقد من حينه أو من حين الإجازة و على الأول يكون كاشفاً و على الثانى يكون ناقلاً.

و بعبارة أخرى: أنها تنفيذ مضمون العقد لا غير فيكون كاشفاً، أو أنها الرضا بمضمون العقد من حينها - لا من حين العقد - فيكون ناقلاً.

الثانى: فى مُصَيِّرَف الإطلاق بحيث أنها(١) هى طبيعته فى الكشف عن الرضا بالعقد و بنفسه(٢) لا يقتضى الكشف أو النقل، فيدعى الكشفى انصراف هذا الإطلاق إلى ترتب أحكام المعامله من حين العقد، و يدعى النقلى انصرافه إلى ترتب أحكامها من حين الإجازة.

و على هذا الاحتمال يصحّ صرف الإطلاق بقريته مقاميه أو حاله أو مقالیه إلى أحد القولين.

الثالث: فى المستفاد من الأدله الشرعيه، فالكشفى يدعى أنّ الشارع حكم بأنّ الإجازة كاشفه و النقلى يدعى أنّ المستفاد من الأدله الشرعيه هو النقل.

و الظاهر أنّ منشأ الخلاف هو الثالث - أى المستفاد من الأدله الشرعيه - لا الأول - المفهوم اللغوى الوضعى - و لا الثانى - المنصرّف من الإطلاق - .

ثمّ لو خالف كلُّ منهما ما يعتقدّه - اجتهاداً أو تقليداً - يعنى أراد القائل بالكشف النقل، أو أراد القائل بالنقل الكشف، فهل يلغو قصد الخلاف و لا أثر له، أو يؤثر القصد و يوجب تبديل الكشف بالنقل و عكسه، أو أنّ قصد الخلاف يوجب بطلان الإجازة من رأسها و يبقى العقد الفضولى متوقفاً على إجازة أخرى؟

وجوه و احتمالات، اختار كاشف الغطاء و صاحب الجواهر بطلان هذه الإجازة كما مرّ كلامهما، و أمّا الشيخ الأعظم ذكر احتمالى الصحه و البطلان من دون ترجيح بينهما

ص: ٤٩٠

١-١ . أى الإجازة.

٢-٢ . أى طبيعى الرضا بالعقد.

كما مرّ.

بناءً على أنّ منشأ النزاع بين قولى الكشف و النقل سعه مفهوم اللغوى و ضيقه وضعا يحكم ببطلان ما لو خالف كلّ منهما ما يعتقده لأنّه استعمل اللفظ فى غير معناه اللغوى الوضعى فيحكم ببطلان استعماله إلا أن أقام القرينه بأنّه استعمل اللفظ مجازا فى غير ما وضع له.

و أمّا بناءً على أنّ منشأ النزاع كان فى منصرف الإطلاق فيُحكّم بصرحه مخالفه ما اعتقده، لإمكان تقييد كلّ إطلاقٍ بالقيّد، و هذا أحد مصاديقه ولكنّه لا بدّ من إظهار القيد و التقييد حاله كانت أو مقاميه أو لفظيه.

و أمّا بناءً على أنّ منشأ النزاع كان فى المستفاد من الأدله الشرعيه ففيه وجوه ثلاثه:

أ: وجه اللغويه: حيث أن قصد الخلاف ينافى الوضع اللغوى أو المنصرف من الإطلاق أو المستفاد من الأدله الشرعيه فيكون ملغى و لا تأثير له فيجرى الكشف أو النقل.

ب: و وجه الصحه: متعلّق الإجازة هو مضمون العقد بما يقصده المجيز، فالسبب التام هو العقد و الإجازة المقصوده من المجيز و بهما يحصل المسبّب قهرا و هو ما أراده المجيز.

ج: و وجه البطلان: إنّ ما أجازة المجيز غير الواقع و ما هو الواقع غير ما أجازة المجيز، لأنّ الواقع هو النقل - مثلاً - ولكن المجيز أجاز بالكشف، أو أنّ الواقع هو الكشف - مثلاً - ولكن المجيز أجاز بالنقل، حينئذ المجاز غير الواقع، و الواقع غير المجاز.

و هذا الاحتمال الأخير قوّاه خالى الفقيه الشيخ حسن بن جعفر كاشف الغطاء فى أنوار الفقاهه(1). و كما مرّ أنّه مختار والده و صاحب الجواهر رحمهما الله أيضا.

و حيث أنّ المستفاد من الأدله الشرعيه هو محلّ الخلاف فلا يمكن تغييره بالقصد،

ص: ٤٩١

لأنه ليس من الأمور القصديه فهذه الإجازة المخالفه لما هو المستفاد من الأدله الشرعيه تكون باطله و لا يثبت بها شىء. ففي صحيح بيع الفضولى نحتاج إلى الإجازة المستأنفه كما عليه الأعلام الثلاثه - قدس الله أسرارهم - .

و ممّا ذكرنا يظهر عدم تماميه التفصيل بين الكشف و النقل، و الحكم بالفساد فى الأوّل و بالصحه فى الثانى كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئى(١) رحمه الله .

## الثانى: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟

يمكن انعقاد البحث فى مقامين:

الأوّل: مقام الثبوت

هل يشترط الإنشاء فى الإجازة أم لا؟ و على اعتبار الإنشاء هل يشترط أن يكون بالقول أم يكفى الفعل بدلاً من القول؟ و على تقدير اعتبار القول هل يشترط فيه الصراحه أو يكفى الكنايه؟

و على تقدير عدم اعتبار الإنشاء هل يكفى الرضا الباطنى المقارن للعقد بدلاً من الإجازة أم لا؟

و على تقدير عدم كفايه الرضا الباطنى هل يكفى الجمل الأخباريه بدلاً من الإجازة نحو: بارك الله و ماشاء الله و أحسنت و مثلها.

هذه وجوه و محتملات فى مقام الثبوت.

الثانى: مقام الإثبات

أ: هل يشترط فى الإجازة أن تكون انشاءً باللفظ؟

كما يظهر من الفاضل المقداد(٢) و الشهيد الثانى(٣) و المحقّق القمى(٤) و نسبه الفقيه

ص: ٤٩٢

١-١ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٨٨.

٢-٢ . التنقيح الرائع ٢/٢٧.

٣-٣ . الروضه البهيه ٣/٢٣٤.

٤-٤ . جامع الشتات ١/١٥٤ من الطبعة الحجرية (٢/٢٧٣).

العاملی (١) إلى صریح جماعه و ظاهر آخرین.

ولكن قال الشيخ الأعظم ردًا على العاملی: «فی النسبه نظر» (٢).

١- استدل عليه الفاضل المقداد (٣) بأن الإجازة كالبيع فی استقرار الملك فكما أن البيع لا يتحقق إلا باللفظ فكذلك الإجازة.

ولكن قال الشيخ الأعظم بعد نقله: «و هو يُشبه المصادره» (٤).

تقريب المصادره: أن كون الإجازة مثل البيع فی اعتبار اللفظ فی أول الكلام لما مرّ سابقا من وقوع البيع بالمعاطاه.

فهذا التشبيه أولاً یرد عليه: بأنه قياس.

و ثانيا یرد عليه: بأن الحكم فی المقيس عليه غير ثابت بل خلافه ثابت كما مرّ مفصلاً فی بحث المعاطاه فلا نعيد.

٢- استدلّ على اعتبار اللفظ فی الإجازة: بأن اللفظ بحكم الاستقراء فی العقود اللازمه معتبر، فلذا ذهبوا فی المعاطاه إلى القول بعدم لزومها.

قال الشيخ الأعظم عن هذا الاستدلال: «و يمكن أن یوجه: بأن الاستقراء فی النواقل الاختياریه اللازمه - كالبيع و شبهه - یقتضى اعتبار اللفظ، و من المعلوم أن النقل الحقیقی العرفی من المالك یحصل بتأثير الإجازة» (٥).

و فيه: أولاً: لو سلّمنا عدم اللزوم فی المعاطاه و بنينا على اعتبار اللفظ فی العقود اللازمه، لانلتزم به فی المقام لأنّ الإجازة لیست عقدا و لا معامله و لا بیعا. و إنّما هی من شرائط صحه البيع الحاصل باللفظ الذى أصدره الفضولی. و نحن إذا اعتبرنا اللفظ فی

ص: ٤٩٣

١-١ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٥، قال: «الإجازة كاشفه عن صحه العقد كما هو ظاهر جماعه و صریح» ثم ذكر عدّه من الكتب، و

أنت ترى بأنّ هذا البيان غير ما فی المتن.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٢.

٣-٣ . التنقيح الرائع ٢/٢٧.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٢٢.

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٢٢.

العقود فلا يمكن أن نعتبره في شرائطها أيضا و لعله الظاهر.(١)

و ثانيا: قد مرّ منّا في بحث المعاطاه عدم اعتبار اللفظ في العقود لازمه كانت أو جائزة إلا ما خرج بالدليل. فلا نسلم اعتبار اللفظ في العقود اللازمه و غيرها، فكذلك لا نسلم القول بعدم لزوم المعاطاه.

فمما ذكرنا يظهُر عدم اعتبار اللفظ في انشاء الإجازة و هي كما يمكن إنشاؤها باللفظ فكذلك يمكن انشاؤها بالفعل و إن كان الاقتصار على اللفظ هو الأحوط.(٢)

ب: هل اللفظ أو الفعل الدالان على الإجازة لابد أن يكونا صريحين فيها؟

أو أنّها تتحقّق بكلّ لفظ أو فعل يدلّ عليها؟

الظاهر هو الثانی و أنّ الإجازة تتحقّق بكلّ لفظٍ أو فعلٍ يدلّ عليها و لا تحتاج إلى لفظ صريح كأجزت و أمضيت و أنفذت لعدم وجود الدليل على صراحه اللفظ أو الفعل.

بل الدليل على خلافه: كروايه عروه البارقي الوارد فيها قوله صلى الله عليه و آله : «بارك الله في صفقه يمينك»(٣). فمن المعلوم أنّه بالالتزام و الكنايه يكشف عن الإجازة.

و كذا الروايات الوارده في الإتجار بمال اليتيم.(٤) و صحيحه الحلبي(٥) و معتبره مسمع أبي سيار(٦) و قصه بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه و آله و بنيهاشم(٧). و التصدّق بمجهول المالك و اللقطه.(٨)

ص: ٤٩٤

١-١ . كما عليه المحقّق الخوئي في التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٩٠.

٢-٢ . كما عليه الشيخ حسن كاشف الغطاء في أنوار الفقاهه، مخطوط.

٣-٣ . مسند احمد ٤/٣٧٦.

٤-٤ . راجع هذا المجلد صفحه ٢١٧، الوجه السادس.

٥-٥ . وسائل الشيعه ١٨/٧١، ح ١. راجع هذا المجلد صفحه ٢٣٠، الوجه الثامن.

٦-٦ . وسائل الشيعه ١٩/٨٩، ح ١، راجع هذا المجلد صفحه ٢٤٥، الوجه العاشر.

٧-٧ . راجع هذا المجلد صفحه ٢٥٠، الوجه الثاني عشر.

٨-٨ . راجع هذا المجلد صفحه ٢٥٣، الوجه الرابع عشر.



ج: عدم كفايه الرضا الباطنى من الإجازة

ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى أنّ العلم بالرضا يكفي في صحه الإجازة و البيع كما أنّ الرضا الباطنى المقارن للعقد يخرج عن الفضولى، فالرضا الباطنى بوجوده المقارن للعقد يخرج العقد من الفضولى و بوجوده المتأخر يكفي في الإجازة، و لا يعتبر فيها الإبراز و الاستناد بمبرز و مستند فعلى أو قولى.

و استشهد على قوله بكلمات جماعه من الأصحاب و عدّه من الروايات:

أمّا الكلمات فهى:

١- تعليل جماعه من الأصحاب فى «عدم كفايه السكوت فى الإجازة بكونه أعمّ من الرضا فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح» (٢) فى اعتبار الرضا الباطنى و كفايته فى الإجازة.

كما قال العلامة فى هذا التعليل: «لأنّ السكوت كما يحتمل الرضا يحتمل غيره» (٣).

و قال ثانى الشهيدين: «لأنّ السكوت أعمّ من الرضا فلا يدلّ عليه» (٤).

و كذا يظهر من صاحب الجواهر (٥).

و يرد عليه: أنّ السكوت غير الرضا لا- أنّه أعمّ منه، و أمّا ما ذكره القوم بأنّ السكوت أعمّ من الرضا لعلّ مرادهم من حيث الكشف و الإبراز، لأنّ السكوت لا يكشف دائما عن الرضا، بل ربّما يوجد السكوت و الرضا مفقود. و من الواضح أنّ الأعم لا يدلّ على الأخص، و معناه أنّه لا بدّ فى الرضا من شىء مبرز عنه لا محاله.

بل قد مرّ منّا عدم كفايه الرضا الباطنى فى المعاملات و الانتقالات و لا بدّ فيها من

ص: ٤٩٥

١-١ . المكاسب ٣/٤٢٢ و ما بعده.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٣.

٣-٣ . نهاية الأحكام ٢/٤٧٥.

٤-٤ . الروضة البهية ٣/٢٤٣.

٥-٥ . الجواهر ٢٣/٤٧٣ (٢٢/٢٩٣).

٢- انكار الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل

«قالوا في باب الوكالة: لو قال الوكيل: وكنتى على شراء الجارية بألفين، فقال الموكل: بل بألفٍ، و كان الشراء بعين ماله، أنه [الموكل] يحلف على نفي ما ادّعه الوكيل و ينفسخ العقد، و لا يكون فضولياً، لأنّ حلفه يدل على عدم رضاه» (١).

و من القائلين بهذا القول في الوكالة: المحقق الثاني في جامع المقاصد (٢) و فخر المحققين في إيضاح الفوائد (٣) و المحدث البحراني في الحدائق (٤).

قال الشيخ الأعظم: «و حكى عن آخرين أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من معامله فحلف انفسخت، لأنّ الحلف يدل على كراهتها» (٥).

و يرد عليه: الشيخ الأعظم يكون في مقام إثبات الرضا الباطنى بدلاً من الإجازة و في هذا الفرع يثبت كفايه الردّ الفعلى، لأنّ الموكل حيث أنكر الوكالة و حلف عليها تبطل الوكالة في هذا الشراء و يصير فضولياً و نفس هذا التبرى و الحلف على نفي الإذن يعدّ ردّاً فعلياً للبيع الفضولى. فما يثبت بهذا الفرع كفايه الردّ الفعلى في المعاملات الفضولية.

٣- كفايه السكوت بدلاً من الإجازة للعقد الواقع على البكر فضولاً.

ذهب جماعه من الأصحاب بكفايه سكوت البكر المعقود عليها فضولاً بدلاً من إذنها و إجازتها.

قال المحقق في ما لو عقد على صبيه - صغيره أو كبيره - غير أبيها و جدّها: «لم يمض إلا مع إذنها أو إجازتها بعد العقد ولو كان أخاً أو عمّاً، و يُقتنَع من البكر بسكوتها

ص: ٤٩٦

١-١ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٩، ٢١/٣٦٥؛ الجواهر ٢٣/٤٧٤ (٢٢/٢٩٥)، و ٢٧/٤٠٣ من طبعه الإسلاميه.

٢-٢ . جامع المقاصد ٨/٣٠٣.

٣-٣ . إيضاح الفوائد ٢/٣٦٠.

٤-٤ . الحدائق ٢٢/١١٢.

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٢٣.

عند عرضِهِ عليها و تُكَلِّفُ الثَّيْبَ النُّطْقَ»(١).

و قال صاحب الجواهر فى ذيله: «عند المشهور بين الأصحاب»(٢).

و صرح بهذه الشهرة الشهيد الثانى(٣) و صاحباً الحدائق(٤) و الرياض(٥).

و قال الشيخ الأعظم: «المراد كفايه السكوت الظاهر فى الرضا و إن لم يفد القطع، دفعا للحرص عليها و علينا»(٦).

أقول: قد مرَّ(٧) الكلامُ بِكفايه سُكُوتِ البكر لأجل النصوص الواردة(٨) فيها و لا يمكن التعدى منها إلى غيرها.

٤- قال الشيخ الأعظم: «ثمَّ إنَّ الظاهر أنَّ كل من قال بكفايه الفعل الكاشف عن الرضا - كأكل الثمن و تمكين الزوجه - اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببِهِ الفعل تعدياً»(٩).

أقول: قد مرَّ أنَّ الإجازة كما تحققت بالقول تحققت بالفعل أيضاً، لأنَّ القول و الفعل عند العقلاء سَيان. لا أنَّ الفعل يدلُّ على الرضا و هو المعتبر، لأنَّ المصحح فى المعاملات هو الاستناد و هو يتحقق بالقول و الفعل، و لا يعتبر فيها كشف الرضا الباطنى و الفعل و كذا القول لم يكونا كاشفين عنه.

ص: ٤٩٧

- 
- ١-١ . الشرائع ٢/٢٢٢.
  - ٢-٢ . الجواهر ٢٩/٢٠٣.
  - ٣-٣ . المسالك ٧/١٦٤.
  - ٤-٤ . الحدائق ٢٣/٢٦٣.
  - ٥-٥ . رياض المسائل ١١/١٠٦.
  - ٦-٦ . المكاسب ٣/٤٢٣.
  - ٧-٧ . راجع هذا المجلد صفحہ ٣٠٢.
  - ٨-٨ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٧٤، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، ح ١، صحيحه احمد بن محمد بن أبنصر البنظى، و ح ٢ صحيحه داود بن سرحان.
  - ٩-٩ . المكاسب ٣/٤٢٤.

٥- صرح غير واحد من الأصحاب (١) بأن المكره على البيع لو رضى بما أكره عليه صح ذلك، و لم يعبروا عن رضايته بالإجازه، فيظهر أن الرضا هو المعتبر. (٢)

أقول: هذا الكلام من الشيخ الأعظم يشبه بالمصادره إلى المطلوب، لأن بيع المكره تام إلا من جهة رضا المالك، فالاستناد فيه حاصل و الرضا مفقود و إذا حصل الرضا تمّ بيعه. و لذا قال المحقق: «لا يصح بيع الصبي و... المكره، ولو رضى كلّ منهم بما فعل بعد زوال عُدّره، عدا المكره للوثوق بعبارته» (٣).

بخلاف بيع الفضولي لأنّ المفقود فيه الاستناد ولو كان الرضا موجود، و الرضا الباطنى لا يكفى فى الاستناد، لأنّ الاستناد يحتاج إلى مبرز خارجى من قول أو فعل كما مرّ.

٦- قد مرّ (٤) فى أوّل بحث الإجازه كلام ثانى المحقّقين (٥) و الشهيدين (٦) بأنّ العقد سبب تام للملك لقوله تعالى: «اوفوا بالعقود» و ينكشف تماميه العقد بإجازه المالك و إعلام رضايته.

استدلّ الشيخ الأعظم بكلامهما بأنّ العقد تام و انكشف تماميته يظهر بالرضا من دون حاجه إلى اللفظ.

أقول: لا بدّ من مبرز و إعلام للرضا سواء فى ذلك القول أو الفعل و به تمّ الاستناد كما مرّ.

قد عرفت عدم تماميه تمسكه بكلمات الأصحاب - قدس الله أسرارهم - .

ص: ٤٩٨

- 
- ١-١ . منهم المحقق فى الشرائع ٢/٨؛ و العلامه فى القواعد ٢/١٧؛ و الشهيد فى الدروس ٣/١٩٢ و اللمعه ١١٠/.
  - ٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٤٢٤.
  - ٣-٣ . الشرائع ٢/٨.
  - ٤-٤ . راجع هذا المجلد صفحه ٣٨٦.
  - ٥-٥ . جامع المقاصد ٤/٧٤ و ٧٥.
  - ٦-٦ . الروضه البهيّه ٣/٢٢٩.

و أما الروايات فمنها:

١- صحيحه ابن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنّت أنّه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هولها أم التزويج فاسدٌ لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها؟

فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها.

قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم. (١)

استدلّ (٢) الشيخ الأعظم بجواب الإمام عليه السلام: «فذلك رضا منها»، بكفايه الرضا.

و يرد عليه: أوّلاً: ليس في الرواية الرضا الباطني فقط بل «أقامت معه بعد ما أفاقت» و هذه الإقامه بعد الإفاقه هي إبراز فعلي للرضا و إعلام له، و هذا غير ما يريد الشيخ الأعظم إثباته من كفايه الرضا الباطني فقط.

و ثانياً: لو سلّمنا كفايه مجرد الرضا الباطني في نكاح السكرى للصحيحه، فلا يمكن التعدي منه إلى الفضولي، لأنّ السكرى زوّجت نفسها باللفظ مع سائر الشرائط إلا الاختيار و الرضا و القصد و إذا حصلت بعد الإفاقه تمّ نكاحها، و ليس نكاحها فضولياً. كما يظهر من السيّد الخوئي (٣).

و ثالثاً: صحيحه ابن بزيع معرکه للآراء حتّى من فقيه واحد، و ما يكون كذلك كيف يمكن الاستدلال بها.

عمل بها الصدوق (٤) و الشيخ (٥) و القاضي (٦) و من المقارين لزماننا يرى صاحب

ص: ٤٩٩

١-١ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٩٤، ح ١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٤.

٣-٣ . التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٩١.

٤-٤ . المقنع ١٠٢/ و ١٠٣.

٥-٥ . النهايه ٤٦٨.

٦-٦ . المهذب ٢/١٩٦.

العروه (١) عدم البأس بالعمل بها وإن كان الأحوط خلافه - و يأتي ردّه لها في حاشيه مكاسبه - و وافقه السيّد الحكيم في المستمسك (٢) - مع ردّه لها في حاشيه مكاسبه أيضا -.

ولكن ابن ادريس (٣) و المحقق (٤) ردّاها قال الأخير: «و في السكران الذى لا يعقل تردّد، أظهره أنّه لا يصحّ ولو أفاق فأجاز. و في روايه: إذا زوّجت السكرى نفسها ثمّ أفاقت فرضيت، أو دخل بها فأفاقت و أقرّته كان ماضيا» (٥).

ولكن العلامه حملها إلى عدم بلوغ السكر إلى حدّ عدم تحصيل القصد و قال: «و إن لم يبلغ السكر إلى ذلك الحدّ صحّ العقد مع تقريرها إياه. و عليه تحمل الروايه» (٦).

ولكن ردّ عليه الشهيد الثانى (٧) بما حاصله: هذا الحمل خلاف ظاهر الروايه و مخالف للقواعد العامه الداله على صحه العقد مع وجود قصد العاقد من دون حاجه إلى الإجازة بعده، فيردّ عليه ارتكاب هذين المحذورين، فطرح الروايه أولى.

و حملها الفاضل الأصبهانى إلى مقام التنازع و الدعوى و الحكم الظاهرى لا الواقعى، فلو تنازعا فى وقوع العقد مع القصد فادعى الزوج ذلك و انكرت المرأه تأتى هذه الصحيحه، قال: «قلت: و يمكن العمل بالخبر مع القول بقضيه الأصل التى هى فساد العقد بأنّ يكون الزوج جاهلاً بسكرها فإنّه حينئذ و إن لم يقع نكاح فى الواقع، لكنّه لا- يُسمع فى حقّه قول المرأه، خصوصا بعد التمكين من الدخول و الإقامة معه، فليس عليه مفارقتها و له إلزامها بحقوق الزوجيه، و أنّها مادامت تظنّ بصحه نكاحها ليس عليها شىء، و الوطء

ص: ٥٠٠

- ١-١ . العروه الوثقى ٢/٦٨٩، مسأله ١٣ أحكام العقد من كتاب النكاح. (٥/٦٠٣ من طبعه جماعه المدرسين).
- ٢-٢ . مستمسك العروه الوثقى ١٤/٣٨٨.
- ٣-٣ . السرائر ٢/٥٧١.
- ٤-٤ . الشرائع ٢/٢١٨.
- ٥-٥ . الشرائع ٢/٢١٨.
- ٦-٦ . مختلف الشيعه ٧/١١٥.
- ٧-٧ . المسالك ٧/١١٥.

الواقع في تلك المدّة بالنسبة إليه وطء صحيح شرعي و بالنسبة إليها وطء شبهه و بعد ما علمت بالفساد فأحكام التزويج جائزه عليها أى ماضيه قهراً، ولكن ليس لها فيما بينها و بين الله حقوق الزوجيه و إن كان عليها الامتناع من التمكين منها ما أمكنها، مع أنّ فيه تأملاً»(١).

و حملها السيّد اليزدى في حاشيه مكاسبه(٢) على أنّها و كَلَّت غيرها في التزويج و هى سكرى و حيث أنّ التوكيل باطل لفقد القصد، فلذا كان تزويجها فضولياً موقوفاً على الإجازة و الإقامه مع الزوج إجازة فعلية، إلاّ أنّها مسبوقة بالردّ لقول الراوى: «فانكرت ذلك»، و المراد بالإنكار و إن كان هو الكراهه و الوحشه ممّا صدر منها، لكنّه كافٍ في الردّ فلا عبره بالإجازة بعده.

و ذهب السيّد الحكيم في تعليقه على المكاسب(٣) إلى عدم إمكان العمل بظاهرها.

و التفصيل يطلب من كتاب النكاح.

٢- الروايات الداله على أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقراراً منه على تزويجه و يكون صحيحاً.

منها: صحيحه معاويه بن وهب.(٤)

و منها: صحيحته الأخرى.(٥)

و منها: موثقه الحسن بن زياد الطائى.(٦)

بتقريب ذكره الشيخ الأعظم: «ما ورد في عدّه من الأخبار من أنّ سكوت المولى

ص: ٥٠١

١-١ . كشف اللثام ٧/٥٣ و ٥٤.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٢٠٧.

٣-٣ . نهج الفقاهه ٢٤٥/.

٤-٤ . وسائل الشيعه ٢١/١١٧، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٥-٥ . وسائل الشيعه ٢١/١١٧، ح ٢.

٦-٦ . وسائل الشيعه ٢١/١١٨، ح ٣.

بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه»(١).

بعبارة أخرى: سكوته بعد علمه يدل على رضا و الرضا الباطنى يكفى فى الإذن.

و يرد عليه: أولاً: سكوت المولى بالنسبة إلى نكاح عبده بعد علمه به يكون مبرزا عرفيا لإذنه، و الإبراز يكفى فى الاستناد كما مرّ.

و ثانيا: نكاح العبد ليس من قبيل المعاملات الفضولية بل هو من أفعال نفسه ولكنه متوقف على إجازة مولاه، نظير تزويج الزوج مع بنت أخى زوجته أو بنت أختها، لأنه متوقف على إجازة زوجته، فإذا رضيت الزوجه أو رضى المولى فيتم النكاح. لأنّ هذا النكاح فاقد لبعض الشروط و مع حصولها تمّ النكاح و صحّ.

بخلاف المعاملات الفضولية التى لا بدّ فيها من الاستناد بقول أو فعلٍ و لا يكفى فيه الرضا الباطنى.

٣- «مادّل على أنّ قول المولى - لعبده المتزوج بغير إذنه - طلق، يدلّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازة»(٢).

نحو: حسنه على بن جعفر.(٣)

يرد عليه: أولاً: قول المولى: «طلق» إبراز و إظهار و استناد، و المولى فى هذه الحسنه لم يكن راضيا بنكاح عبده ولكن حيث استند النكاح إليه فتمّ و هذا مناقض مع مقاله الشيخ الأعظم التى أراد إثباتها من كفايه الرضا الباطنى.

و ثانيا: قد مرّ أنّ نكاح العبد ليس فضوليا.

٤- و مادّل «على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصيه المولى التى ترتفع بالرضا»(٤).

ص: ٥٠٢

١-١ . المكاسب ٣/٤٢٤.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٥.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٢١/١١٨، ح ١، الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٢٥.



منها: صحيحه زراره.(١)

و منها: موثقه زراره.(٢)

يرد عليه: ما ذكرته آنفا في ذيل الروايات الداله على أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه.

٥- «مادّل على أنّ التصرف من ذى الخيار رضا منه»(٣).

منها: صحيحه على بن رئاب.(٤)

و منها: صحيحه محمّد بن الحسن الصفار.(٥)

و منها: صحيحه أخرى لعلى بن رئاب.(٦)

و يرد عليه: أوّلاً: معاملة المتصرّف لم يكن فضولياً.

و ثانياً: التصرف فعلٌ و لم يكن الرضا الباطنى الذى ادعاه الشيخ الأعظم.

٦- قال الشيخ الأعظم: «غير ذلك»(٧).

أقول: لعلّه إشاره إلى ما ذكره صاحب الجواهر بقوله: «لفحوى بعض نصوص النكاح الفضولى: أنه يحلف على عدم الرضا فى نفسه فيما بينه و بين الله»(٨).

و لعلّ مراد صاحب الجواهر من بعض النصوص هى: صحيحه أبيعبيده(٩) و فيها: «و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلاّ رضا بالتزويج».

ص: ٥٠٣

١-١ . وسائل الشيعة ٢١/١١٤، ح ١، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢١/١١٥، ح ٢.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٢٥.

٤-٤ . وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الخيار.

٥-٥ . وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٢.

٦-٦ . وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٣.

٧-٧ . المكاسب ٣/٤٢٥.

٨-٨ . الجواهر ٢٣/٤٧٤ (٢٢/٢٩٤).

٩-٩ . وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

و يرد عليه: ما اوردهُ آنفا في روايات التصرف من ذى الخيار.

فظهر لك إلى هنا عدم تماميه الرضا الباطنى بدلاً من الإجازة و الاستناد و الحمد لله.

بقى في المقام: اعتراض من الشيخ الأعظم على نفسه(٢)

تحت عنوان الباقي ذهب إلى اعتبار إنشاء الإجازة و عدم كفايه مطلق الرضا في تحقق الرضا و استدلل عليه بدليل و أيده بمؤيد:

أما الدليل: فإن كفايه مطلق الرضا في صحه بيع الفضولى بدلاً من الإجازة يستلزم الخروج عن عنوان الفضوليه إذا علم الفضول قبل بيعه رضا المالك أو أحرز الرضايه مقارنا للبيع و عدم احتياجه إلى الإجازة المتأخره حينئذ لأن المفروض شرطيه مطلق الرضا الباطنى، مع أن هذا البيان - الخروج عن الفضوليه - مخالف لمذهب الأصحاب - قدس الله أسرارهم - من اعتبار الإذن السابق في الخروج عن الفضوليه سواء كان المالك راضيا حال العقد أو قبله أم لا. و إنهم ذهبوا إلى أن مورد إحراز رضا المالك - بلا إذن منه - مشمول لعنوان الفضولى و يتوقف نفوذه على الإجازة اللاحقه، و هذا دليل على عدم اعتبار الرضا الباطنى عندهم في المعاملات.

و أما المؤيد: لو كان مجرد الرضا الباطنى يعد إجازة لبيع الفضولى لكان عكسه مجرد الكراهه فيكفى في الرد و بطلان الفضولى مع عدم القائل به، بل الأصحاب قدس سرهم يذهبون إلى خلافه في الفرعين المتقدمين:

الأول: بيع المكروه، و هو يقولون بصحته إذا لحقته رضايه المالك في ما بعد.

الثانى: صحه البيع الفضولى المسبوق بنهى المالك، إذا عدل المالك عن نهيه و أجاز البيع في ما بعد.

ص: ٥٠٤

١-١ . وسائل الشيعه ٢١/٣٣٠، ح ١٤، الباب ٥٨ من أبواب المهور.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٥.

و هذان الفرعان شاهدان على عدم اعتبار الكراهه الباطنيه فى الردّ.

أقول: يمكن أن يردّ على دليله: بأنّ بعض من الأصحاب ذهبوا إلى خروج البيع مع رضايه مالكه عن الفضوليّه و جواز التصرف فيه و عدم احتياجه بالإجازة اللاحقه، كما مرّ هذا القول فى الأقوال الوارده فى وجوه الكشف: الثالث: الكشف الحقيقى التقديرى كما عليه المحقق الرشتى، و الخامس: الكشف الحقيقى الحصولى كما عليه صاحب الجواهر فراجعهما.

و على مؤيّدّه: بعدم وجود الملازمه بين الرضا و الإجازة و بين الكراهه و الردّ، و وجود الفرق بينهما بأنّ مجرد الرضا تعدّ إجازة ولكن مجرد الكراهه لا تعدّ ردّا.

ولكن العمده عدم تماميه الدليل على كفايه مطلق الرضا الباطنى فى المعاملات و احتياجه إلى الاستناد.

هذا تمام الكلام فى هذا التنبيه و الحمد لله.

### الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ

قال الشيخ الأعظم: «من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ، إذ مع الردّ يفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الإجازة»<sup>(١)</sup>.

و قال السيّد العاملى: «و الردّ أن يقول: فسخت، ولو قال: لم أجز كان له الإجازة بعد ذلك كما صرّح به الشهيد فى حواشيه فى باب النكاح، و يشهد له جملة من الأخبار و كلام الأصحاب<sup>(٢)</sup>، و قد سمعت آنفا خبر الوليد<sup>(٣)</sup>».

و قال فى كتاب الحجر: «و قد قلنا فى باب البيع: إنّ الردّ المذى يفسخ به الفضولى أن يقول: فسخت، فلو قال: لم أجز كان له الإجازة بعد ذلك كما تشهد به الأخبار، و به صرّح

ص: ٥٠٥

١-١. المكاسب ٣/٤٢٦.

٢-٢. كما فى الروضه البهيه ٣/٢٣٤؛ و التنقيح الرائع ٢/٢٧.

٣-٣. مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٩.

الشهيد في باب النكاح، بل هو ظاهر الأصحاب»(١).

و استدللّ عليه بوجوه ثلاثه:

الأول: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا»(٢).

ورد التصريح بالإجماع في الرياض(٣) و المناهل(٤) و شرح القواعد(٥) و الجواهر(٦) و العروه الوثقى(٧)، و المراد ببعض مشايخنا يمكن أن يكون صاحب الجواهر كما عبّر عنه ب- «بعض مشايخنا المعاصرين»(٨)، و أمّا المراد(٩) به هو السيد المجاهد صاحب المناهل فبعيد، لأنّ الشيخ الأعظم عبّر عنه ب- «سيد مشايخنا في مناهله(١٠)» أو «بعض ساده مشايخنا»(١١).

و أخذ المحقّق النائني بهذا الإجماع و قال: «إنّ دعوى الإجماع من مثل المصنف رحمه الله [الشيخ الأعظم] كاشفٌ قطعياً عن تسالم الحكم بين الأصحاب»(١٢).

ولكن يرد على الإجماع: أولاً: ب- «أنّ الإجماع لا أساس له في المقام لما نُقل من

ص: ٥٠٦

١-١ . مفتاح الكرامه ١٦/٢٥١.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٦.

٣-٣ . رياض المسائل ٨/٢٢٤.

٤-٤ . المناهل ٢٨٩/.

٥-٥ . شرح القواعد ٢/٨٠.

٦-٦ . الجواهر ٢٣/٤٥٠ (٢٢/٢٧٨).

٧-٧ . العروه الوثقى ٥/٦٥٨، كتاب الوصيه، مسأله ٤، طبعه جماعه المدرسين.

٨-٨ . المكاسب ١/٣٧٧.

٩-٩ . كما احتمله المحقّق المروج في هدى الطالب ٥/١٨٢.

١٠-١٠ . المكاسب ٥/١٤٢.

١١-١١ . المكاسب ٤/١٠٩.

١٢-١٢ . المكاسب و البيع ٢/١٢٩.

أنّ المسأله كانت مسكوتا عنها إلى زمان الشهيد قدس سره و معه كيف يطمئن الإنسان بأنّ الحكم قد وصل يدا بيد من زمن المعصومين عليهم السلام هذا»(١).

و ثانيا: الإجماع المنقول ليس بحجه

و ثالثا: الإجماع يمكن أن يكون مدركيا و مدركه الوجوه التاليه و مع هذا الاحتمال لا يمكن الأخذ به.

الثاني: العقد ربط بين التزامين(٢)

حقيقه العقد هي ربط إلتزام بالتزام آخر، و هذا الربط بينهما إنّما يحصل فيما إذا لم يكن هناك قاطع في البين، و الردّ يقطع الارتباط بينهما، و هذا نظير رجوع الموجب عن الإيجاب فإنّه يمنع عن اتصال القبول بالإيجاب.

و فيه: أوّلا: أنّ الردّ لو كان من طرف الأصيل لكان لما أفاده وجه و صار نظير رجوع الموجب عن الإيجاب، و أمّا الردّ من طرف المالك - الذى تصدى الفضولى العقد عنه - فتصريحه بعدم القبول و عدم انتساب العقد إليه لا يقطع الارتباط، لأنّ لفظ «لا أقبل» ليس أزيد من عدم الرضا واقعا، فكما أنّه إذا لم يكن راضيا بما أصدره الفضولى أوّلاّ ثمّ رضى به لا يمنع عدم رضاه الواقعى عن الاتصال بين الالتزامين، فكذلك الحال فيما إذا صرح بعدم القبول ثمّ أجازته بالالتماس و نحوه.(٣)

و ثانيا: التنظير فى غير محلّه لأنّ رجوع الموجب عن إيجابه إنّما يكون قبل تماميه العقد و أمّا الردّ إنّما يقع بعد العقد و بينهما بون بعيد.

و بالجملة: إذا ردّ المالك أوّلاّ ثمّ رجع و أجاز العقد تمّ انتساب العقد إليه و يصح العقد و تربط التزامه بالتزام الآخر و ردّ الأوّل لا يقطع هذا الربط.

ص: ٥٠٧

١-١ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٩٣، و نحوها فى محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٠٤ و مصباح الفقاهه ٤/٢١١.

٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٤٢٦.

٣-٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٩٤.

اللهم إلا- أن نقول بمقاله المحقق الخراساني (١) رحمه الله و حاصله: الظاهر اعتبار اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد إنما هو لأجل أن الإجازة مع سبقه بالرد لا توجب صحة إسناد العقد عرفا إلى المجيز، و الموجب لإسناده إلى المجيز هو الإجازة غير المسبوقه بالرد، و لأقل من الشك في إسناده إليه مع سبق الإجازة به، فلا دليل حينئذ على نفوذ هذا العقد على المجيز، لأن التمسك بالعمومات مع هذا الشك تمسك بالدليل في الشبهه المصادقيه، هذا.

الثالث: الرد يؤثر لقاعده السلطنه

المالك بمقتضى قاعده السلطنه - المقبوله عند العقلاء من ذهابهم إلى أن حق السلطنه على المال للمالك - يتمكّن من الردّ و الإجازة في بيع الفضولى، و حيث يرده المالك فلا يبقى بيع حتى يلحقه الإجازة. (٢)

و فضل المحقق النائيني في المقام بقوله: «لا إشكال في سلطنه المالك على إجازة العقد الصادر عن الفضولى و أن السلطنه على الشىء يقتضى أن يكون مسلطا على عديله، بحيث يكون له القدره على طرفى الشىء و إنما الكلام فى أن سلطنته هل هى على الإجازة و عدم الإجازة.

و بعبارة أخرى: يكون سلطانا على النقيضين بحيث يختار أحدهما، أو أنه مسلط على إمضاء العقد و إبطاله و رده، و يكون قدرته متعلّقه بأمرين وجوديين و يكون التقابل بين متعلّقى قدرته بالتضاد لا بالسلب و الإيجاب؟

و لازلزم الأوّل [التناقض] عدم سقوط العقد عن قابليه لحوق الإجازة بسبب الردّ لأن المالك حينئذٍ مخيّر بين الإجازة و عدم الإجازة، و عدم الإجازة أمرٌ عدمي حاصل من أوّل العقد إلى زمان تحقّق الإجازة و الردّ لا يوجب سقوط حقّ الإجازة، لأنّ حال المالك بالنسبه إلى ما بعد الردّ و قبله متساوٍ بالنسبه إلى تحقّق عدم الإجازة فكما أنّ عدم

ص: ٥٠٨

١-١ . راجع حاشيته على المكاسب / ٦٦.

٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٤٢٦.

الإجازة قبل الرد لا يمنع عن الإجازة فكذلك بعد الرد.

و بالجمله فالرد يصبح حينئذ أجنبيًا عن متعلق سلطنه المالك فيكون وجوده كعدمه.

و لازم الثاني [التضاد] هو سقوط حق المالك بسبب الرد حيث أنه أعمل حقه و استوفاه بالرد، و معه فلا يبقى شيء حتى يلحقه الإجازة»(١).

و يرد على الدليل و التفصيل: أولاً: الإجازة اللاحقه بعد الرد توجب الترديد في ملكيه المميز بعدها، لأن على فرض تماميه الإجازة تخرج العين من ملك المميز و بعد خروجه من ملكه لا تجرى قاعده السلطنه أو حديثها، لأنهما فرع الملك و مَبْتِئَانِ عليه، و على فرض عدم تماميه الإجازة تبقى العين في ملكه و تجرى القاعده و حديثها.

و حيث لم نعلم تماميه الاجازة و عدمها فلا تجرى قاعده السلطنه و عدمها.

و ثانيا: بأن قاعده السلطنه و حديثها لا يُوجِبَان مشروعيه التصرفات المشكوكه بحسب الحكم التكليفي أو الوضعي، أنها جائزه بحسب التكليف و الوضع.

بالجمله: القاعده و حديثها ساكتتان عنها، و عليه إذا اشترى لباسا و شك في جواز لبسه من جهه أنه من مختصات النساء فلا يمكن إثبات اللبس بعموم القاعده أو حديث السلطنه، فحينئذ إننا نشك في أن المالك هل يجوز أن يتصرف في ماله بقطع العلاقه الحاصله بالبيع على نحو لا يصح بالإجازة المتأخره فلا يمكن التمسك بعموم السلطنه في إثبات صحته و جوازه. هذا بالنسبه إلى الكبرى.

و ثالثا: و أمّا الصغرى: فَلِإِنَّ المعامله الفضوليه لم تحدث شيئا في مال المالك حتى نرفعه بقاعده السلطنه أو حديثها بناءً على أنه يثبت الجواز في التصرفات المشكوك جوازها و صحتها.(٢)

و الحاصل: حيث لم تتم الوجوه الثلاثه إلى هنا فيمكن أن نقول بأن الرد من المالك

ص: ٥٠٩

١-١ . المكاسب و البيع ٢/١٣١.

٢-٢ . راجع التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٩٥.



لا يضرّ بالإجازة اللاحقه كما عليه الفقيه السيّد اليزدي حيث يقول: «الحقّ أنّ الردّ من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك، و لا يوجب الفسخ و ذلك لعدم تماميه الوجوه المذكوره»<sup>(١)</sup>.

و تبعه المحققون الساده البروجردى<sup>(٢)</sup> و الخوئى<sup>(٣)</sup> و الخمينى<sup>(٤)</sup>.

و ظهر ممّا ذكرنا عدم تماميه مقاله المحقق النائنى من قياس الردّ بالإجازة حيث يقول: «... فردّه عقد الفضولى كجواز البيع له، فكما لا يجوز له فسخ البيع بعد صدوره منه فكذلك لا ينفذ منه إبطال ردّه بعد تحقّقه منه. و على هذا، فمعنى سلطنته أن يكون كلا طرفى الإجازة و الردّ راجعا إليه فإذا أعمل أحدهما فلا يبقى محلّ للآخر»<sup>(٥)</sup>.

و الوجه فى عدم تماميته: أنّ القياس بين الردّ و الإجازة مع الفارق لأنّ الإجازة توجب انقطاع سلطنه المالك على المال كالبيع و الهبة و بعده لا معنى للردّ لأنّه صار ملكا للغير، و هذا بخلاف الردّ قبل الإجازة، فإنّ غايه ما يترتب عليه عدم بيع المالك فقط، و هذا لا ينافى بيعه بعد ذلك.<sup>(٦)</sup>

لا- يقال: جريان حديث أو قاعده السلطنه - على تقدير جريانها - للردّ يكون معارضا بجريانها فى الإجازة لأنّ نفوذ الردّ قبل الإجازة بمقتضى السلطنه يكون معارضا بنفوذ الإجازة بعد الردّ لأنها أيضا من أنواع السلطنه.

فلا يمكن جريانها فى الردّ و الإجازة معا للمعارضه و لأحدهما دون الآخر يكون ترجّحا بلا مرجح.

لأنّ نقول: المعارضه باطله، لأنّ على جريانها للردّ لا يبقى محلّ للإجازة و على

ص: ٥١٠

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٢٠٩.

٢-٢ . فى تعليقه على العروه الوثقى ٥/٦٥٨، كتاب الوصيه، مسأله ٤.

٣-٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٩٧.

٤-٤ . كتاب البيع ٢/٢٩٣.

٥-٥ . منيه الطالب ٢/٩٤.

٦-٦ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٩٧.

فرض جريانها فى الإجازة فلا يبقى محلّ للردّ و حيث أنّ المفروض تقدّم الردّ على الإجازة فحيث يجرى فى الردّ فلا يبقى محلّ فى الإجازة. فالمعارضه مفقوده نعم، أنّها تجرى فى الردّ لما مرّ.

ثمّ يمكن الاستدلال على عدم اعتبار الردّ فى بطلان بيع الفضولى إذا صدر بعده الإجازة بصحيحه محمّد بن قيس (1) الماضيه حيث أخذ الوليده و ابنها ردّ عمليّ لبيع ولده الفضول، و بعد هذا الردّ العملى و ما وقع أجاز بيع ابنه.

اعترف الشيخ الأعظم (2) بظهور هذه الصحيحه فى صحه الإجازة بعد الردّ و لكن أورد (3) عليها بأنّ الردّ الفعلى الموجود فى الصحيحه كأخذ المبيع غير كافّ فى تحقّق الردّ بل لابدّ من إنشاء الفسخ و الردّ.

ثمّ اعترض (4) على نفسه: بأنّ الردّ فى المقام ليس بأولى من الفسخ فى المعاملات اللازمه الخياريه بالعرض و قد صرّحوا بحصول الفسخ فيها بالفعل.

و أجاب عنه: ب- «أنّ الفعل الذى يحصل به الفسخ - فى المعاملات - هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء و العتق و نحوهما، لا مثل أخذ المبيع» (5).

ولكن يمكن إبرام جوابه بأنّ: تحقّق الفسخ الفعلى فى المعاملات اللازمه يكون من جهه أنّ المال خرج من ملك من له الخيار فتصرفه فيه بغير عنوان الفسخ يكون محرّماً شرعيّاً فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحه و أنّه لا يفعل الحرام، يوجب حمل فعله و تصرفه و أخذه على الفسخ. بخلاف تصرف المالك فى البيع الفضولى فإنّه تصرف فى ماله ولو لم يكن بعنوان الردّ فيكون جائزاً، فمن هذه الجهه يكون تصرف من له الخيار فسحا و

ص: ٥١١

١-١ . وسائل الشيعه ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٦.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٢٧.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٢٧.

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٢٧.

لا يكون تصرف المالك المجيز ردًا. (١) فلا يتحقق الرد بتصرف المالك في بيع الفضولى.

أقول: بناءً على مختارنا من عدم الفرق بين القول و الفعل، الردّ الفعلى تام و يثبت به الردّ إلا أنّه قد مرّ أنّنا عدّم اشتراط الإجازة بمسبوقتها بعدم الردّ كما على عدم الاشتراط جمع من الأعلام.

نعم، صحيحه محمّد بن قيس لم يثبت فيه عدم الردّ الفعلى فيه كما مرّ (٢) فى الاستدلال بها على صحه بيع الفضولى.

و العجب من بعض المعاصرين - مد ظله - حيث اعترض على استاذّه المحقّق السيّد الخوئى بأنّه لماذا لا يرى ظهور صحيحه محمّد بن قيس فى تحقّق الإجازة عقيب الردّ ثمّ قال: «و يخيل لى أنّ الأستاذ الجليل قدس سره قد ذكر هذا الأمر فى أوائل فقاوته، و بعد نضوجها و اشتدادها رجع عنه و أقرّ بما يوافق الفهم العرفى المحاورى للروايه على ما أفاده و ألقاه علينا فى مجلس بحث نكاح العروه و افتى قدس سره به فى بيع «منهاج الصالحين»...» (٣).

وجه التعجب: المحقّق السيّد الخوئى لا يرى الصحيحه نصاً و لا ظاهراً فى تحقّق الإجازة عقيب الردّ ولكن حيث يستشكل فى الأدله الواردة فى كلام الشيخ الأعظم فى عدم نفوذ الإجازة بعد الردّ، يقول بتحققها بعد الردّ فى البيع (٤) و النكاح (٥) و فى منهاجه (٦).

و تبعه فى كتاب فتواه تلميذاه - و هما استاذى (٧)، و أمّا السيّد السيستانى (٨) ففى

ص: ٥١٢

١-١ . راجع محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٠٨؛ التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٩٩.

٢-٢ . راجع صفحه ١٩٢ من هذا المجلد.

٣-٣ . بشرى الفقاهه ٤/١٣٢.

٤-٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٠٧؛ مصباح الفقاهه ٤/٢١٨؛ التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٩٧.

٥-٥ . المبانى فى شرح العروه الوثقى ٣٣/٢٦١، طبع موسوعه الإمام الخوئى رحمه الله .

٦-٦ . منهاج الصالحين ٢/١٧.

٧-٧ . منهاج الصالحين ٢/٢٢ لشيخنا الاستاذ التبريزى قدس سره ؛ منهاج الصالحين ٣/٢٤ لشيخنا الاستاذ الوحيد الخراسانى - مد ظله - .

٨-٨ . منهاج الصالحين ٢/٢٧ للسيّد السيستانى.

إشكاله على فتوى المشهور فقط.

ولكن مع ذلك يرى السيد الخوئي رحمه الله أنّ الصحيحه لا تخلو عن الإشعار في الردّ. (١)

ويمكن الاستدلال على عدم الاشرط بصحيحه محمّد بن اسماعيل بن بزيع (٢) الماضيه.

فإنّ قوله: «فأنكرت ذلك»، وقوله: «ففرغت منه» ظاهران في إظهار التنفرو المخالفه للنكاح. ولا ريب أنّهما كافٍ في الردّ. ولا يعتبر في الردّ أن تقول «رددت» أو «فسخت» أو نحوهما.

و معنى الإنكار هنا والإفزاز هما ما يقابلان الرضا والقبول، لا الإنكار لتحقق الفعل منها، و هما ردّان فعليان بل قوليان بلا إشكال كما عليه المحقّق السيّد الخميني (٣) رحمه الله .

لا يقال: إنّ مورد الروايه بقريته «فزوجت نفسها» ظاهره في المباشره في الترويج منها لا التوكيل أو الفضولي لها، فحينئذ موردها غير ما نحن فيه و هو الفضولي. (٤)

لأننا نقول: بأنّ التوكيل في باب الزواج حتّى في العصور المتقدمه كان شائعا و «يوجب - على الأقل - انقذاح احتماله فحينئذ مع ترك الاستفصال تدلّ على عدم الفرق بين المباشره و التوكيل» (٥)، مع أنّ البحث هنا حول أنّ الردّ هل يوجب انهدام العقد أم لا؟ و من هذه الجهه لا فرق بين إنشاء المباشري و إنشاء الفضولي.

ص: ٥١٣

١-١ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٠٧؛ مصباح الفقاهه ٤/٤٠٧؛ التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٩٨.

٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٩٤، ح ١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

٣-٣ . كتاب البيع ٢/٢٩١.

٤-٤ . راجع البيع ٣٩٦/ تقريرات الفقيه آيه الله السيّد محمّد الحجه الكوهكمري قدس سره بقلم آيه الله الشيخ أبوطالب التجليل رحمه الله .

٥-٥ . كتاب البيع ٢/٢٩٢.

«ولو قيل: إن رضاها بالتزويج معلق على اللزوم و الرضا المشروط و التعليق لا أثر له فلا يجوز الإتكال على الروايه.(١)

يُقال: إن ظنّها باللزوم جهه تعليليه و بعد ذلك رضيت به، و الرضا في باب المعاملات ليس بمعنى طيب النفس بل أعمّ منه كما في عقد المضطرّ كما مرّ(٢).

أقول: قد مرّ منّا(٣) سابقا عدم إمكان التعدي منها إلى الفضولي لأنّ الحكم الوارد فيها يكون خلافا للقاعده فيجب الاقتصار عليه و لا يمكن التعدي إلى غيره.

ثمّ قال المحقّق السيّد الخميني: «ثمّ لو شككنا في أنّ الردّ موجب للفسخ فاستصحاب بقاء العقد لا مانع منه فإنّ العقد إذا لحقته الإجازة يكون موضوعا لوجوب الوفاء فالعقد موجود بالأصل و لحق الإجازة به وجدانتي.

نعم، لو قلنا بأنّ العقد المتقيد و المتصّف بكونه مرضيا به و مُجازا موضوع لكان الأصل مثبتا(٤).

#### الرابع: الإجازة حقّ أو حكم؟

إذا كانت الإجازة حقّا ينتقل إلى ورثه المالك بعد موته و إذا كانت حكما فلا، لأنّ الحكم لا ينتقل.

قد مرّ منّا(٥) الفرق بين الحقّ و الحكم الترخيصى - لا الإيجابى و التحريمى - و قلنا: إنّ المجعول ابتداءً في الحقّ هو السلطنه و في الحكم هو الإباحه.

و بعبارة أخرى: الداعى إلى تشريع الحقّ هو الرعايه من الشارع لحال المكلف و

ص: ٥١٤

---

١- ١. البيع/ ٣٩٧/ تقريرات الفقيه آيه الله السيّد محمّد الحجه الكوهكمري قدس سره ، بقلم آيه الله الشيخ أبوطالب التجليل رحمه الله .

٢- ٢. كتاب البيع ٢/٢٩٢.

٣- ٣. راجع صفحه ٤٩٤ من هذا المجلد.

٤- ٤. كتاب البيع ٢/٢٩٣.

٥- ٥. راجع الآراء الفقهيّه ٤/١٧.

لياقتة للسلطنة ولكن الحكم الترخيصى الداعى إلى جعله خلوه من المصلحه و المفسده فى نوعه.

ثمّ قد مرّ الكلامُ فى انتقال عدّه من الحقوق إلى الورثه بالموت نحو: حقّ الشفعه - على وجه - و الخيار و القصاص و الرهانه و التحجير و الشرط.

و قال الفقيه السيد اليزدى(١): أنّ تشخيص صغريات الحقوق و الأحكام فى غايه الإشكال ثمّ نقل عن خالنا الفقيه الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «أنّ ذلك ممّا يميزه النبيه بذوقه و ليس له معيار كلى»(٢)، و نقل عن صاحب الجواهر قوله: «كلّ ما عُبر عنه بالحقّ فى الأدله الشرعيه فهو من الحقوق، و غيره يبنى على كونه حكما فى صوره الشكّ لأنّ الأصل عدم ترتب آثار الحقّ فتدبر»(٣).

ثمّ إن كانت الإجازة حكما فلا- تنتقل إلى الورثه بلا- إشكال، نعم المال ينتقل إليهم فلكلّ من ينتقل إليهم المال الإجازة فى نصيبه منه.

و إمّا إن كانت الإجازة حقّا ينتقل بعد موت المالك إلى ورثته - على قول(٤)-، ثمّ هل يرث كلّ واحد منهم الإجازة و الردّ بالنسبه إلى تمام المبيع على حسب ما ذكره فى إرث حقّ الخيار، أو يرث كلّ واحد منهم الإجازة بالنسبه إلى ما انتقل إليه من المال و فى مال نفسه - كما إذا كانت الإجازة حكما -، أو يرث كلّهم من حيث المجموع فليس لواحد منهم الفسخ مستقلاً فلا بدّ من جميعهم إمّا الفسخ و إمّا الإجازة؟

وجوه أو أقوال.

ثمّ هذا البحث - توريث الإجازة - يجرى لو لم نذهب إلى القول بلزوم أنّ المجيز لا بدّ و أن يكون مالكا حين العقد، و إلا - أى لو قلنا بلزومه - فلا يجرى توريث الإجازة

ص: ٥١٥

١-١ . حاشيته على المكاسب ٢/٢١١.

٢-٢ . حاشيته على المكاسب ٢/٢١٢.

٣-٣ . حاشيته على المكاسب ٢/٢١٢.

٤-٤ . كما عليه المحققون المامقانى فى غايه الآمال /٣٩١، و الخراسانى فى حاشيته على المكاسب /٦٧ و السيد اليزدى فى حاشيته على المكاسب ٢/٢١٢.

لأنه حينئذ المجيز غير المالك حين العقد، و لذا قال الشيخ الأعظم: «بناءً على ما سيجىء من جواز مغايره المجيز و المالك حال العقد فى [بحث] من باع مال أبيه فبان ميتاً»(١).

و الفرق بين توريث الإجازة و توريث المال: فى الأول يرثها الزوجه ولو كانت بالنسبه إلى العقار، لأنها - الزوجه - من الورثه و فى الثانى لا يرثها لأنها ممنوعه من إرث العقار على المشهور.

و فى الأول تجرى الإحتمالات الثلاثه الماضيه و فى الثانى يتعين الإحتمال الثانى فقط - أى يرث كل واحد منهم الإجازة بالنسبه إلى ما انتقل إليه من المال - .

و الذى يُهَوَّنُ الخطب عدم تماميه احتمال أن تكون الإجازة حقًا، بل على الأقوى أنها حكما شرعيًا فى المقام كما عليه ظاهر الشيخ الأعظم (٢) و تبعه السيدان الخوئى (٣) و الخمينى (٤) رحمهم الله .

### الخامس: هل الإجازة إجازة فى القبض و الإقباض للفضولى؟

أقوال:

الأول: مَنقُولٌ (٥) عن شيخ الطائفة أنّ إجازة بيع الفضولى إجازة للقبض و الإقباض لأنه قال فى نهايته: «و متى أمضى المغصوب منه البيع لم يكن له بعد ذلك درك على المبتاع، و كان له الرجوع على الغاصب بما قبضه من الثمن فيه» (٦).

الثانى: إنكار تلازم إجازة بيع الفضولى مع إجازة القبض و هو الظاهر من العلامه حيث علّق على كلام الشيخ بقوله: «و فيه نظر، فإنّ إمضاء البيع لا يوجب الإجازة فى

ص: ٥١٦

١-١ . المكاسب ٣/٤٢٧.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٧.

٣-٣ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٤٩٩.

٤-٤ . كتاب البيع ٢/٢٩٥.

٥-٥ . نقل عنه العلامه فى المختلف ٥/٥٧؛ و الشهيد فى الدروس ٣/١٩٤؛ و الفاضل المقداد فى التنقيح ٢/٢٧.

٦-٦ . النهايه ٤٠٢/.

قبض الثمن فحينئذ للمالك مطالبه المشتري بالثمن، سواء كان قد دفعه إلى الغاصب أو لا، نعم، لو أجاز القبض كان ما قاله الشيخ حقاً»(١).

و تبع جَدُّنا الشَّيْخُ جَعْفَرُ العَلامَهِ و قال: «و إجازة القبض من حيث المعامله إجازة للعقد دون العكس»(٢).

و تبعهما صاحب الجواهر و قال: «ثم لا يخفى عليك أن إجازة العقد ليس إجازة للقبض من غير فرق في الثمن بين كونه عينا أو دينا خلافا للمحكي عن الشيخ فجعل إجازته إجازة للقبض. و لا ريب في ضعفه، فلا يتشخص الدين - مثلاً - بقبض الفضولي و لا يجرى عليه حكم القبض الصحيح في العين إلا بإجازة مستقلة لذلك بناءً على ما عرفت من جريان حكم الفضولي في الأقوال و الأفعال...»(٣).

الثالث: و استحسَن الشَّهيدُ قولَ العَلامَهِ مع تقييد و قال في الدروس بعد نقل اختيار الشيخ: «... و اشترط الفاضل إجازة القبض و هو حسن إن كان الثمن في الذمه»(٤).

و تابع الفاضل المقدادُ الشَّهيدَ في تقييده و قال: «لو كان البيع بالعين الحاضره فإجازة البيع إجازة القبض»(٥).

فملخص هذا القول هو التفصيل بين المبيع أو الثمن الشخصي الجزئي و الكلي، بأن إجازة عقد الفضولي تكون إجازة بالنسبه إلى قبض أو إقباض المبيع أو الثمن الشخصي الجزئي و لا تكون إجازة بالنسبه إلى قبض أو إقباض الكلي.

الرابع: ذهب الشيخ الأعظم إلى تفصيل آخر في المقام و قسّم المسأله على ثلاثه أقسام:

أ: تاره القبض يكون جزءً للسبب المملّك كما في بيع الصرف و السلم ففي هذا

ص: ٥١٧

١-١ . مختلف الشيعه ٥/٥٧.

٢-٢ . شرح القواعد ٢/٩٥.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٨٣ (٢٢/٣٠٠).

٤-٤ . الدروس ٣/١٩٤.

٥-٥ . التنقيح الرائع ٢/٢٧.



القسم ذهب إلى وجود الملازمة بين إجازة عقد الفضولي وإجازة القبض للغويه إجازة البيع مجرداً عن إجازة القبض الذي هو جزء السبب.

وقال: «... فلو كان إجازة العقد دون القبض لغوا - كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفريق - كان إجازة العقد إجازةً للقبض، صونا للإجازة عن اللغويه. ولو قال: أجزت العقد دون القبض ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان» (١).

ب: و أخرى: القبض يكون وفاءً بالعقد من دون دخله في ترتب الأثر على العقد و يكون العوض شخصياً، ففي هذا القسم ذهب (٢) إلى عدم وجود الملازمة بين إجازة البيع و إجازة القبض، و توقف تحقّق الوفاء بالعقد على إجازة القبض بخصوصها ولو بقرينه تدلّ عليها. خلافاً للشيخ و الشهيد و الفاضل المقداد حيث يروون الملازمة، و وفاقاً للشيخ جعفر و صاحب الجواهر.

ج: و ثالثة: نفس القسم الثاني ولكن مع هذا الفرق: و هو أن يكون العوض كلياً في الذمه، ففي هذا القسم استشكل في وفاء أدله صحه البيع الفضولي بامضاء قبض الفضول و قال: «... و أمّا قبض الكلّي و تشخّصه به فوقوعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليل معتمّ لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الإقباض، و إتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبه» (٣).

توضيح الصعوبه: أدله صحه عقد الفضولي تشمل العقد الذي هو من الإنشائيات دون القبض الذي هو فعل خارجي، فإجازة المجيز المالك يستند العقد إليه و لا يتشخّص الكلّي في فردٍ من أفراده، و هذا التشخّص خارج عن مقتضى الإجازة فلا يتحقّق بها.

و تظهر الثمره على قول الشيخ الأعظم في ما كان الثمن معيّناً فأجازة المالك في قبضه فمرجع الإجازة إلى إسقاط الضمان عن المشتري و أنّه إذا تلف بعد ذلك فيخرج من مال المالك لا من مال المشتري، كما أنّ الثمن إذا كان معيّناً فمرجع الإجازة في إقباضه

ص: ٥١٨

١-١ . المكاسب ٣/٤٢٨ و ٤٢٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٨.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٢٨.

إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا المالك، و لا يعتبر في الإقباض إلا ذلك المعنى، إذ لا يشترط فيه أن يأخذه المالك بيده ثم يقبضه عنه المشتري، فلذا إذا كان المبيع بيد المشتري سابقا فرضى به المالك صح الإقباض لا محاله و إذا تلف، تلف من مال المشتري.

و أما إذا كان الثمن أو المثلن كليا يتشخص بالقبض و الإقباض فلا وجه لصحة الإجازة فيهما لأن قبض غير المالك أو إقباضه لا يوجب تشخص الكلى فيما أخذه الفضولى أو أقبضه بوجه. (١)

أقول: يرد على قسمه الأول [أ]: وجود الملازمه بين عقد الفضولى و إجازة القبض فى بيع الصرف و السلم لوجود اللغويه فى فرض عدم الملازمه، إنما يتم فيما كان المجيز عارفا بالملازمه و لغويه إجازة البيع من دون إجازة القبض فيقصد إجازة القبض أيضا كما عليه السيد الزدى و قال: «هذا [صونا للإجازة عن اللغويه] إنما يتم إذا كان المجيز عالما بأن البيع بدون القبض باطل، و إلا فلا يحمل على كونه إجازة للقبض أيضا...» (٢).

و أمّا إذا كان جاهلاً بالملازمه و صوره اللغويه فى عدمها فلا وجه لكون إجازة البيع إجازة للقبض مع أنها أمر قصى لا بد أن يقصد.

لهذا قال السيد الزدى: «لا وجه للوجه الثانى، إذ بعد كونه فى مقام الجدّ لا معنى للحكم بصحة العقد و بطلان ردّ القبض، مع أنه صرح بعدم الرضا به، فالحكم ببطلان العقد متعين» (٣).

و لذا أيضا قال جدى الشيخ محمّد تقى صاحب هدايه المسترشدين: «لو توقّف صحه البيع على القبض كبيع الصرف و السلم و قد حصل القبض من الفضول فأجاز البيع، فإن كان بعد تفرّق المجلس و علمه به كان إجازة للقبض فى وجه قوى، إذ لولاه لكان

ص: ٥١٩

١-١ . راجع التنقيح فى شرح المكاسب ١/٥٠٢.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٢١٣.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٢١٤.

إجازته للبيع لغوا، و لحمل فعل المسلم على الصحة مع الإمكان. ولو كان جاهلاً بالتوقف ففيه إشكال، وإن كان المجلس باقيا بحسب اعتقاده»(١).

ثم ما ذكره الشيخ الأعظم بعده من إجازة العقد دون القبض من وجهين بلا وجه، لأنَّ إذا أجاز العقد و ردَّ القبض و البيع في الصرف و السلم مشروط بالقبض يبطل العقد قطعاً لعدم تحقق شرطه، فلا وجه لإحتمال الآخر من بطلان ردَّ القبض مع تصريحه بالرد.

و يرد على قسمه الثاني [ب]: من ظهور الثمره في أن إجازة المالك في الإقباض تدخل العين تحت يد المشتري الآخذ فإذا تلف المال تلف من مال المشتري، و في القبض تدخل العين تحت يد المالك فإذا تلف، تلف من ماله.

لا- يتم كما قيل: في قبض الفضولي، لأنَّ «المال بعد إجازة المالك أيضا غير واصل إليه بل بعد تحت يد الفضول فإذا تلف يصدق عليه التلف قبل القبض و أنه من مال بائعه فيوجب انفساخ البيع»(٢) لأنَّ يشمله عموم «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، و هذا حكم شرعي لا يقبل الاسقاط من جانب المجيز حتى يقال أنه بالإجازة أسقط الضمان و معنى الضمان هنا هو إسقاط البيع.

و يرد على قسمه الثالث [ج]: لو كان القبض و الإقباض يتم بإجازة المالك فيهما - كما عليه الشيخ الأعظم في القسم الثاني [ب] فلماذا منع عن ذلك فيما إذا كان الثمن و المثلن كليا؟

لأنَّ الشيخ الأعظم يجرى الفضولي في القبض و الإقباض بحيث تصححهما إجازة المالك فيهما، فهو يرى شمول أدله صحة الفضولي في الفعل الخارجي و هو القبض و الإقباض، فإذا يجرى الفضولي فيهما - القبض و الإقباض - و هما فعلا خارجيان فلماذا لا يرى شمولها في تعيين الكلي في الثمن أو المثلن بيد الأجنبي و هما فعلا خارجيان أيضا، فالتفصيل بينهما بلا وجه.

ص: ٥٢٠

١-١. تبصره الفقهاء ٣/٣٦١.

٢-٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤١٠.

ولذا نقول: كلما يقبل الوكالة يقبل الإجازة ولا- إشكال في أنّ الوكيل يترتب على فعله جميع ما يترتب على فعل موكله، فكذلك لو لم يكن وكيلاً ولكن أجاز المالك فعله فيما بعد، فيصير بالإجازة فعله فعل المجيز و ينتسب إليه بلا فرق بين القبض والإقباض و بلا فرق بين الثمن و المثلن الكليين أو الشخصية يبين. فبالإجازة يستند القبض و الإقباض إلى المجيز و كذلك التعيين في الكلي و بما ذكرنا يظهر الجواب عمّا اوردناه على القسم الثاني [ب] من تقسيم الشيخ الأعظم و أنّ الايراد لا يتم.

ثمّ يظهر ممّا ذكرنا ضعف ما ذهب إليه جمع من الأعلام المحشين على المكاسب من عدم جريان الفضولي في الأفعال الخارجية:

منهم: السيد أبو القاسم الإشكوري (١) حيث استشكل في جريان الفضولي في القبض.

و منهم: الفقيه السيّد اليزدي حيث يقول: «لا- يخفى أنّ الفضولية إنّما تجرى في التصرفات المعاملية بناءً على عموم دليها، لا في الأفعال الخارجية التي لها آثار شرعية، و القبض في المعين من الأفعال الخارجية فهو أولى بالإشكال من القبض في الكلي، لأنّ تشخيص الكلي المملوك بالفرد و تعيينه فيه نوع من المعاملة...» (٢).

و منهم: المحقّق الخراساني قال: «... لا يقال: إنّ قبض الفضولي بالإجازة صار قبض الأصيل فيكون التلف بذلك تلفاً بعد القبض.

فإنّه يقال: ليس كلّ فعل يصح انتسابه إلى غير مباشره بإجازته، و القبض لم يعلم أنّه من قبيل العقد و البيع و نحوهما ممّا يصحّ انتسابه إلى غير المباشر بالإجازة، أو من قبيل الأفعال الخارجية التي لا يحدث له بذلك انتساب كالأكل و الشرب و غيرها كما لا يخفى، بل دعوى أنّه مثلها غير مجازفه و مجرد الفرق بينه و بينها من لزوم المباشره فيها على صحه انتسابها و عدم كفايه النيابة و الوكالة فيها أصلاً، بخلاف القبض، ضروره كفايه

ص: ٥٢١

١-١. بُغية الطالب ١/٤٠٦.

٢-٢. حاشية المكاسب ٢/٢١٢.

الوكاله فى صحه انتسابه غير مجد فى صحه الانتساب بمجرد الرضا و الإجازة، بعد عدم صدوره منه تسببا و لا مباشرة، و لا يبعد أن يكون مورد الإجازة هو خصوص العناوين الاعتبارية المنتزعه من أسباب خاصه يتوسل بها إليها كالبيع و العقد و البيعه و نحوها، مما يتوسل إليها بأسباب خاصه صادرة ممن يقوم بها حقيقه أو من غيرها و كاله أو فضوله مع لحوق الإجازة بها، فالبيع و العقد حقيقه يقوم بالموكل و المجيز و ينسب إليهما حيث ترى صحه اعتبار العقد و البيع و انتزاعها بالإجازة للمجيز مثل اعتبارهما للأصيل أو لغيره بالتوكيل و هذا بخلاف نفس الأفعال الخارجيه كالقبض و الإيجاب و القبول، فإنها لا يكاد ينسب إلى غير المباشره إلا تسببا، و لا مباشرة و لا تسبب هاهنا من المجيز أصلاً، كما لا يخفى»(١).

و حاصل كلامه قدس سره أنه قسّم الأفعال الخارجيه إلى ثلاثة أقسام:

- ١- الأفعال التى ليس فيها قابليه الصدور إلا مباشرة كالأكل و الشرب و النوم و الجماع حيث لا يمكن إسنادها إلا للمباشر.
  - ٢- الأفعال التى لها قابليه الصدور بالمباشره أو بالتسبب من خلال الوكاله أو الإذن السابق أو الإجازة اللاحقه كالبيع و العقد و البيعه.
  - ٣- الأفعال التى هى الوسط بينهما فلها قابليه أن تصدر بالمباشره أو بالتسبب من خلال الوكاله أو الإذن السابق أو الاستنباه، و أمّا من خلال الإجازة اللاحقه حيث يصدق عليها الفضوليه فلا، و القبض و الإقباض من هذا القبيل.
- و تبعهم المحقق السيد الخمينى(٢) حيث يرى أن الأقوى عدم جريان الفضوليه فى القبض و الإقباض و قال: «... أن الفضوليه لا تجرى فيما يعتبر من القبض و الإقباض فى باب المعاملات»(٣).

أقول: سيره العقلاء جاريه على أن كل ما يقبل الوكاله يقبل الإجازة و حيث أن

ص: ٥٢٢

١-١ . حاشيه المكاسب / ٦٨.

٢-٢ . كتاب البيع ٢/٢٩٦.

٣-٣ . كتاب البيع ٢/٢٩٩.

القبض و الإقباض يقبلان الوكالة و كذلك الإجازة السابقه و هى الإذن و الاستنابه، و الإجازة اللاحقه و هى الفضوليه فهما مشمولان بذلك.

و إنهم لا يروون الفرق من حيث تصحيح الانتساب إلى المالك أو مَنْ ولى أمره بين الوكاله و الاستنابه و الفضوليه.

و إنهم لا يروون الفرق بين الفعل الحدوثي و غيره - لو تمّ هذا التعبير لأنّ جميع الأفعال حدوثيٌّ - فالتفصيل بينهما - لو تمّت الاثنييه - كما عن شيخنا الاستاذ قدس سره في غير محلّه حيث يقول: «و الحاصل: أنّ إجازة القبض في الحقيقه توكيل، فيكون البائع الفضولي مأذونا في استيفاء الثمن و الإمساك به، و هذا بخلاف ما إذا كان الأثر مترتباً على الفعل الحدوثي فإنّه لا يفيد فيه الإجازة اللاحقه مثلاً: للحاج ذبح هديه بالاستنابه كما إذا أمر الآخر بذبحه، و أمّا إذا ذبح الآخر هديه بتخيّل أنّه هدى نفسه أو عدواناً أو بقصد النيابة عن مالكه فلا يجرى إجازة المالك في إسقاط وجوب الهدى عن نفسه» (١).

أقول: إذا تمت السيره فخرج الفعل الحدوثي يحتاج إلى دليل خاص، لو كان نتعبد به، ولكن الظاهر أنّه مفقودٌ فتشمله السيره و لا وجه للخروج.

نعم، الاستنابه فيما ذكره شيخنا الاستاذ قدس سره من الهدى أو رمى الجمار أو الطواف و السعى و نحوها هو الأحوط.

و المختار عندنا في المقام: هو قول العلامة وَ جَدِّى كاشف الغطاء و صاحب الجواهر من عدم وجود الملازمه بين إجازة العقد و إجازة القبض و الإقباض مطلقاً، نعم إذا أجاز القبض و الإقباض فلا فرق بين ثمن الشخصى أو الكلى و مثنه و لا فرق بين العين أو الدين و الحمد لله.

#### السادس: عدم اشتراط الإجازة بالفوريه

قال الشهيد: «و لا يشترط الإجازة في الحال، و لا كون المجيز حاصلًا حين العقد

ص: ٥٢٣

فتصحّ إجازة الصبي و المجنون بعد الكمال...»(١).

و قال الفاضل المقداد: «لا يشترط الفوريه فى الإجازة، لما قلنا فى خبر البارقى فله الإجازة ما لم يرد أوّلاً...»(٢).

و قال الشيخ جعفر: «و لا فوريه فى الإجازة على الأقوى»(٣).

و قال جدى الشيخ محمّد تقى: «أنّه لا يعتبر الفور فى الإجازة بعد علم المالك بالحال، بل يصحّ مع التراخى أيضا. و ربّما يحتمل أن تكون فوريه لما فى التراخى من إرجاء الأمر و إيصال الضرر إلى آخر فى كثير من الصور.

و فيه: أنّه مع علمه بالحال أقدم عليه، فيكون الضرر آتيا إليه من قبله.

و مع جهله و لحوق الضرر عليه يندفع ذلك بثبوت الخيار له كما مرّت الإشارة إليه»(٤).

و قال السيّد العاملى: «و لا يشترط فوريه الإجازة، فله الإجازة ما لم يرد كما فى الدروس و التنقيح و الرياض و الحدائق»(٥).

ولكن قال محقق كتاب مفتاح الكرامه رحمه الله فى تعليقه: «لم نجد فى الرياض و الحدائق ما نسبه الشارح إليهما لا فى البيع و لا فى النكاح الفضوليين، فراجع»(٦).

و قال السيّد المجاهد: «لا يشترط فى الإجازة الفوريه كما صرّح به فى الدروس، اللهم إلا أن يترتب الضرر على من لا إجازة له، بحيث لا يتحمّل عادةً فيحتمل حينئذ إجبار من له الإجازة على اختيار أحد الأمرين الفسخ أو الإمضاء إن أمكن، و إلا فيجوز

ص: ٥٢٤

١-١ . الدروس ٣/١٩٣.

٢-٢ . التنقيح الرائع ٢/٢٧.

٣-٣ . شرح القواعد ٢/١٠٠.

٤-٤ . تبصره الفقهاء ٣/٣٦١.

٥-٥ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٩.

٦-٦ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٠٩.

الفسخ مطلقاً»(١).

وقال الشيخ الأعظم: «الإجازة ليست على الفور...»(٢).

الاستدلال على عدم الفورية:

يدلّ عليها مضافاً للعمومات نحو قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(٣) و الإطلاقات نحو قوله تعالى: «أحلّ الله البيع»(٤) و «تجاره عن تراض»(٥) أنّهما لم يقيدا بلحوق الإجازة فوراً.

صحيحه محمد بن قيس(٦) المرويه في قضا أمير المؤمنين عليه السلام في وليده باعها ابن سيدها و أبوها غائب، إلخ. حيث علم عليه السلام المشتري بقوله: «خذابته حتى ينفذ لك ما باعك»، و هذا التعليم من الإمام عليه السلام يدلّ على بقاء أهليه الإجازة حتى بعد شهر من البيع لأنّ المشتري وطأها فولدت له غلاماً و أخذ الأب المالك الوليده مع ابنها. فالصحيحه تدلّ على عدم فوريه الإجازة و أنّها على التراخي حتى عدّه شهر.

قال الشيخ الأعظم: «و أكثر المؤيدات المذكوره بعدها»(٧) [أى بعد صحيحه محمد بن قيس].

مراده من المؤيدات: الأدله التاليه:

منها: فحوى مادّل على صحه نكاح الفضولى، بما فيها من الروايات الداله على نكاح الصغير أو الصغيره حيث أنّهما أجازا بعد بلوغهما.

و منها: الروايات الوارده في الأتجار بمال اليتيم، حيث أنّه أجاز بعد بلوغه.

ص: ٥٢٥

١-١ . المناهل / ٢٨٩.

٢-٢ . المكاسب / ٣/٤٢٩.

٣-٣ . سوره المائده / ١.

٤-٤ . سوره البقره / ٢٧٥.

٥-٥ . سوره النساء / ٢٩.

٦-٦ . وسائل الشيعه ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٧-٧ . المكاسب / ٣/٤٢٩.



و منها: روايه موسى بن أشيم (١)، الظاهره فى أنّ النزاع وقع بعد موت الدافع و مضى الحج.

و منها: صحيحه الحلبي (٢)، لأنّ الأخذ بالوضعيه ثمّ البيع بأكثر ثمّ ردّ مازاد بانضمام الوضعيه إلى صاحبه لا يتحقق عادة بالفور.

و منها: معتبره مسمع أبيسيار (٣)، لأنّ الودعي الجاحد جاء بالمال و ربحه أربعة آلاف درهم بعد سنين، و طلب من المالك الاستحلال.

و منها: بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه و آله و بنيهاشم حيث لم يرد إجازتهم على الفور، و من الواضح أنّها كانت بالتراخي بشهور أو لعلّ بسنين عادةً.

و منها: التصدق بمجهول المالك و اللقطه، حيث يأتي الإذن من المالك غالبا بعد مدّه، لا على الفور.

و منها: أخبار تحليل خُمس المناكح و المساكن (٤) بعد التصرف فيهما و أخذ الإجازة فى المورد الخاص من الإمام عليه السلام .

فرع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو لم يُجزِ المالك و لم يردّ حتّى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرفه فيم انتقل عنه و إليه - على القول بالكشف - فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين» (٥).

أقول: عدم إجازة المالك إذا وصل إلى حدّ الضرر بالنسبه إلى الأصيل فهل يدفع الضرر عنه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين - من الإمضاء أو الردّ - أو الفسخ مطلقا - أى بلا فرق بين أن يكون الأصيل جاهلاً بالفضوليه أو عالما بها - وجوه بل أقوال.

ص: ٥٢٦

١-١ . وسائل الشيعة ١٨/٢٨٠، ح ١.

٢-٢ . وسائل الشيعة ١٨/٧١، ح ١.

٣-٣ . وسائل الشيعة ١٩/٨٩، ح ١.

٤-٤ . راجع الوجه الخامس عشر من وجوه صحه بيع الفضولى، صفحه ٢٥٢ من هذا المجلد.

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٢٩.

ذهب جدى الشيخ محمد تقى (١) صاحب الهدايه إلى ثبوت الخيار فى فرض جهل الأصيل و أمّا مع علمه بالحال هو أقدم عليه فيكون الضرر آتيا إليه من قبله فلا خيار، و تبعه الشيخ الأعظم (٢) فى العَدْل الأوّل من اختياره، و اختاره الفقيه اليزدى (٣) ثانياً و بعد الإيجاب، و الخيار هو مختار المحقق الخراسانى (٤).

و ذهب السيد محمد المجاهد (٥) إلى إجبار المالك على أحد الأمرين فى فرض إمكان الإيجاب و تبعه الشيخ الأعظم (٦) فى العَدْل الثانى من اختياره، و اختار الفقيه اليزدى (٧) أوّل الإيجاب.

و ذهب السيد المجاهد (٨) إلى جواز الفسخ مطلقاً للأصيل لو لم يتمكن من إجبار المالك.

ولكن بناءً على المختار من عدم لزوم العقد من طرف الأصيل فالأمر واضح لأنه يجوز له التصرف فى ما يملكه قبل الإجازة بأى نحو كان فلا يتضرر أصلاً.

و أمّا بناءً على لزوم العقد من طرف الأصيل كما عليه جمع من أصحابنا فيجوز له الفسخ، و بجواز فسخه يندفع عنه الضرر، ولكنّه يجرى فى حقّه جواز الفسخ مطلقاً أم إذا كان جاهلاً بالفضوليه؟ لأنّه إذا كان عالماً بها يأتى إليه الضرر من قبل نفسه و هو أقدم عليه. الأظهر هو الثانى.

و أمّا إجبار المالك على أحد الأمرين - الإجازة أو الردّ - فلا وجه له أصلاً لأنّه

ص: ٥٢٧

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٦١.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٢٩.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٢١٤.

٤-٤ . حاشيه المكاسب / ٧٠.

٥-٥ . المناهل / ٢٨٩.

٦-٦ . المكاسب ٣/٤٢٩.

٧-٧ . حاشيه المكاسب ٢/٢١٤.

٨-٨ . المناهل / ٢٨٩.

مسلطاً على ماله و لم يحدث منه ما يوجب الإجبار و لم يدل دليل على جواز هذا الإجبار.

و أمّا ثبوت الخيار فلا- يجرى - أيضا - لأنّ بعض العقود غير قابله له لا بالجعل و لا بغيره كالنكاح إلاّ في موجبات الخيار لعقد النكاح و أمّا في غيرها فلا يثبت الخيار.

نعم، في فرض جهل الأصيل و لحقوق الضرر عليه لا- يبعد الحكم بوجود الخيار له دفعا للضرر. كما عليه جدنا الشيخ محمّد تقى (١) قدس سره و المحقّق الخراساني (٢) رحمه الله و الأستاذ المحقّق (٣) - مد ظله - .

و هو العُدل الأوّل في كلام الشيخ الأعظم (٤) رحمه الله .

### السابع: تطابق الإجازة و العقد (المجاز)

#### إشاره

هل تعتبر في صحه الإجازة مطابقتها للعقد من حيث العموم و الخصوص أم لا؟ وجهان.

الوجه الأوّل: هو الحكم بلزوم التطابق بينهما، و على المالك أن يبيز العقد بتمامه، لأنّ العقد واحد و المعامله الحادثه واحده و لا مجال لتبعّضها و إجازة جزءٍ منها دون الآخر.

الوجه الثاني: هو الحكم بعدم لزوم التطابق بينهما، لإمكان انحلال العقد و التبعض فيه، فيمكن إجازة جزءٍ منها دون الآخر.

ص: ٥٢٨

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٦١.

٢-٢ . حاشيه المكاسب / ٧٠.

٣-٣ . العقد النضيد ٣/٣٤١.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٢٩.

يرى الشيخ الأعظم (١) أنّ التفصيل هو الأقوى وقسم المسأله إلى صور ثلاث:

الصورة الأولى: إذا وقع العقد على كلِّ وأجازه المالك على جزءٍ، يصح العقد فى الجزء الذى أجازه المالك و يجبر الضرر على الأصيل بخيار تبعض الصفقه.

الصورة الثانية: إذا كان الإختلاف بين العقد و الإجازة على نحو الإطلاق و الإشتراط بحيث أوقع الفضولى العقد مشروطا ولكن المالك يجيزه من دون الشرط قد حكم الشيخ الأعظم (٢) ببطلانها. لأنه لا يرى العقد قابلاً للتبعيض من حيث الشرط بخلاف الجزء. و إذا أبطل الشرط يسرى بطلانه إلى العقد.

الصورة الثالثة: إذا كان الإختلاف بين العقد و الإجازة على نحو الإطلاق و الإشتراط و على عكس الصورة الثانية بحيث أوقع الفضولى العقد مطلقا ولكن يجيزه المالك مشروطا فهاننا ثلاثه احتمالات:

الأول: صحه العقد بشرط قبول الأصيل ذلك الشرط.

الثانى: صحه العقد مطلقا ولو لم يقبل الأصيل الشرط، لأنّ الإجازة تعلقت بنفس العقد و صححته، و أما الشرط فلا يجب الوفاء به، لأنّ الشرط الذى يجب الوفاء به هو خصوص الشرط الواقع فى ضمن العقد و أما إذا كان الشرط خارجا عن العقد فلا يجب الوفاء به، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

الثالث: بطلان الإجازة و تبعها يبطل العقد، لأنّ الشرط حيث لم يقع فى ضمن العقد فيكون باطلاً و يسرى بطلان الشرط إلى المشروط و هو العقد لإنتفاء المشروط بإنتفاء شرطه. و لأنّ مجموع العقد و الشرط التزام واحد بسيط لا متعدد و حيث ينتفى الشرط ينتفى المشروط - أى العقد - . و لأنّ ما أجازه المالك على نحو الإشتراط لم يقع الفضولى العقد عليه و ما وقع الفضولى العقد عليه لم يجزه المالك.

ص: ٥٢٩

١-١ . المكاسب ٣/٤٢٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٣٠.

و يرى الشيخ الأعظم (١) هذا الإحتمال الثالث هو الأقوى. و هكذا يرى الشيخ الأعظم المسألة.

### المسألة في رأى صاحب الهدايه

ولكن قال جدّى الشيخ محمّد تقى صاحب الهدايه - أعلى الله مقامه الشريف - : «أنّه لو أجاز العقد على ما هو عليه لا كلام، و لو أجاز العقد فى البعض بقسط من الثمن فهل يصحّ ذلك؟ وجهان، أجزدها الصّحه إلاّ أنّه يتخير المالك بين الفسخ و الإجازة لتبعض الصّفقه.

و لا فرق بين أن يجيز جزءاً مشاعاً أو معيّناً، و لا بين أن يكون المبيع أمورا عديده قد جمعها فى صّفقه أو شيئا واحداً. و أولى بالصّحه ما لو كان لشخصين فأجاز أحدهما دون الآخر.

و يحتمل هنا سقوط الخيار مع علمه بكونه لمالكين؛ لإقدامه عليه لا سيّما مع ظنّه (٢) عدم إجازة أحدهما.

ولو اشترط عليه شرطا فى ضمن العقد فأجازة بدون الشرط لم يبعد الحكم بالصّحه إلاّ أنّه لا بدّ حينئذ من قبول الآخر.

و هل يصحّ العقد قبل قبوله و له الخيار على الفسخ أو يكون مراعى بقبوله فيصحّ معه و يفسد مع عدمه؟ وجهان.

و هل يجوز أن يشترط عليه فى ضمن الإجازة شيئا لم يشترط العاقد فى ضمن العقد، فينعقد الشرط مع قبول الآخر و يلتزم به حينئذ، وجهان:

[١] من عدم وقوع العقد عليه فلا تطابقه الإجازة.

[٢] و من حصول الإجازة للعقد، و الشرط المذكور أمر خارج عن أصل العقد قد ألزمه به فى ضمن الإجازة المصحّحه للعقد، و قد أنيطت به الاجازة، فيلتزم به مع قبوله

ص: ٥٣٠

١-١ . المكاسب ٣/٤٣٠.

٢-٢ . فى نسخه: «ظن».

بمقتضى قوله «المؤمنون عند شروطهم»، فهو بمنزله وقوعه في ضمن العقد لكون الإجازة من مآتماته.

و لا يقصر ذلك عن الشرط الواقع في ضمن القبول دون الإيجاب إذا رضى به الموجب كما إذا باعه شيئاً فقبل ذلك على أن يكون له الخيار في مده معلومه فرضى البائع به؛ فإنه لا يبعد إجراء حكم الشرط الواقع في ضمن العقد عليه أخذاً بمقتضى الإطلاق المذكور»(١).

### المخار في حكم المسألة

لا إشكال في صحة العقد إذا تطابقت الإجازة معه و لا إشكال في البطلان إذا تباين الإجازة مع العقد.

و أما إذا لم تنطبق الإجازة مع العقد ولكن لم تتباين معه أيضاً فتأتى هذه الصور:

الصورة الأولى: إذا كانت المخالفة بين الإجازة و العقد بنحو الكثرة و الجزئية تكون المعاملة صحيحة لإنحلال المعاملة عند العرف إلى بيع متعدد، فيحكم بالصحة فيما أجازة المالك و البطلان في ما لم يجره، غاية الأمر للمشتري الأصيل خيار تبعض الصفقة دفعا للضرر المحتمل، و لما يأتى في بيع ما يملك و ما لا يملك تفصيله من الانحلال.

الصورة الثانية: إذا كانت المخالفة بينهما بنحو الإطلاق و التقييد. بحيث أوقع الفضولى العقد مشروطا بشرط للمالك على الأصيل أو للأصيل على المالك أو للفضولى على أحدهما أو للأجنبي على أحدهما و أجاز المالك العقد بلا شرط على نحو الإطلاق.

فحينئذ يحكم بالصحة في جميع الصور إلا إذا كان الشرط للأصيل على المالك فله - أى للأصيل - خيار الفسخ بجهه تخلف الشرط.

و الوجه في ذلك أن تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد في المعاملات، غاية الأمر يوجب خيار الفسخ لمن له الشرط، و لأن بطلان الشرط لم يسرى إلى المشروط.

ص: ٥٣١

فعلى ما ذكرنا يكون العقد صحيحا و لم يَحْتَجِجْ إلى قبول الأصيل بحيث يكون مراعى بقبوله - كما هو أحد احتمالي جدى صاحب الهدايه رحمه الله .

و وافقنا فى الحكم بالصحه فى هذه الصوره المحقق النائينى(1) قدس سره و ظاهر الفقيه اليزدى حيث يرى أنّ الأمر فى الشرط أسهل منه فى الجزء(2)، خلافا للشيخ الأعظم(3) حيث حكم بالبطلان مطلقا - أى بلا فرق بين أنّ الشرط لِمَنْ و على من - .

الصوره الثالثه: إذا كانت المخالفه بينهما بالإطلاق و التقييد ولكن أوقع الفضولى العقد مطلقا و أجازة المالك مشروطا بشرط له على الأصيل أو للمشتري الأصيل عليه أو للفضولى على أحدهما - البائع المالك المجيز أو المشتري الأصيل - أو للأجنبي كذلك.

فحينئذ يحكم بالصحه، ولكن فى الفروض التى كان الشرط فيها على المشتري الأصيل لا بدّ له من قبوله، فإذا قبلَ تمّ العقد و إلاّ بطل لإطلاق قولِهِ صلى الله عليه و آله : «المؤمنون عند شروطهم»، و يصير كالشرط الواقع فى ضمن القبول إذا رضى به الموجب كما مرّ من جدى الشيخ محمّد تقى(4) رحمه الله و عليه الفقيه السيّد اليزدى(5)، و قال شيخنا الأستاذ قدس سره فى هذه الصوره: «الأظهر صحه الإجازة مع رضا الأصيل بالشرط فيتم عقد الفضولى بها و يجب على الأصيل رعايه الشرط أخذا بعموم وجوب الوفاء بالعقود و نفوذ الشروط، لأنّ الشرط فى الإجازة مع رضا الأصيل به لا يكون شرطا ابتدائيا، بل هو شرط فى البيع حيث إنّ تمامه و استناده إلى المالك يكون بالإجازة فيكون إلزام المالك إلزاما فى بيعه، نظير إلزام المشتري فى قبوله البائع بأمر و رضا البائع به بعد القبول فلاحظ و تدبّر»(6).

ص: ٥٣٢

- ١-١ . راجع منيه الطالب ٢/١٠٣.
- ٢-٢ . حاشيته على المكاسب ٢/٢١٥.
- ٣-٣ . المكاسب ٣/٤٣٠.
- ٤-٤ . تبصره الفقهاء ٣/٣٥٤.
- ٥-٥ . حاشيته على المكاسب ٢/٢١٥.
- ٦-٦ . إرشاد الطالب ٤/٩.

## الثامن: هل يعتبر فى الإجازة تعيين العقد؟

قال جدى الشيخ محمد تقى رحمه الله : «هل يعتبر فيها [أى فى الإجازة] تعيين العقد من كونه يباع أو صلحا أو إجازة (١) أو نكاحا أو يجوز إمضاء العقد الواقع منه كائنا ما كان، سواء علم كميته العقد أو جهل التعيين أو علم نوع العقد و شك فى الكميته أو جهلهما معا كما إذا أجاز كل عقد يتعلّق به قد صدر منه فى هذا اليوم مع جهله بنوع العقد و تعدّد تلك العقود فيه إشكال.

و ظاهر ما ذكرناه من كونه بمنزلة الإذن السابق على العقد، هو الوجه الثانى.

و هل يعتبر فيها علمه بوقوع العقد من الفضول أو يجوز إمضاؤه لما يحتمل وقوعه أو على تقدير وقوعه كما إذا أخبره مجيئ بوقوع (٢) البيع فأجازة من دون أن يتحقّق عنده وقوعه ثم علم بالوقوع؟ وجهان. و يقوى الاكتفاء به فى المقام (٣).

أقول: إلى هنا ظهر أنّ عقد الفضولى تامّ من جميع الجهات إلّا من حيث انتسابه إلى المالك و بالإجازة الصادره منه يتّم هذا الانتساب الذى كان اعتباريّا، فلم يدلّ دليل على اعتبار تعيين العقد و للمالك أن يجيز العقد أيّا ما كان و كذلك الأمر فى الكميته التى وقع العقد عليها أو كميته العقود، و الوجه فى ذلك عدم الفرق بين الإذن السابق و الإذن اللاحقّ و أنّ هذه الأمور كلّها قابله للوكاله فكذلك للفضوليه و الأذن اللاحقّ، و كذلك الأمر بالنسبه إلى احتمال الوقوع ثمّ الإجازة ثمّ العلم بالوقوع فيكون العقد تاما.

## التاسع: عدم اشتراط الشروط المعتره فى البيع، فى الإجازة

قال صاحب الهدايه: «هل يشترط فى الإجازة الشروط المعتره فى البيع كمعلوميه العوضين للمالك المجيز أو يكتفى بحصول تلك الشروط حال وقوع العقد؟ فلو تحقّق العلم بالعوضين للعاقدين كفى فى صحه العقد و إن جهل المجيز فيصحّ إجازته مع

ص: ٥٣٣

١- ١. فى المطبوعه «إجازة»، صححته بالسياق.

٢- ٢. فى المطبوعه «لوقوع».

٣- ٣. تبصره الفقهاء ٣/٣٦٠.



جهالته بها أو بأحدهما، فيرجع في التعيين إليهما أو إلى ما تقوم به النية مع الاختلاف.

وجهان: [١] من أن البائع [أ] والمشتري على الحقيقة هو المجيز فلا بد من اعتبار شروط البيع بالنسبة إليه.

[٢] و أن البيع إنما صدر عن العاقدين دون المجيز، فلا دليل على اعتبار تلك الشروط بالنسبة إليه، فالإجازة المتأخره بمنزله التوكيل المتقدم، فكما لا يعتبر تحقق شروط البيع بالنسبة إلى الموكل فكذلك المجيز، وهذا هو الأظهر.

و يجرى الكلام في الشروط المنضمة إليه، ونحوها إذا جهلها و أجاز البيع على ما وقع عليه» (١).

أقول: وبهذا البيان من الجدد الأجدد قدس سره يتحل كثير من الإشكالات في الباب و هو أن «الإجازة المتأخره بمنزله التوكيل المتقدم»، وقد أصرنا عليه مررا و تكرارا و الآن وجدنا التصريح به في كلامه قدس سره ، و مقالته بالنسبة إلى عدم اعتبار الشروط تامه.

و يأتي تفصيل هذا البحث في الأمر الثاني من القول في المجاز فانظر.

### العاشر: بعض شرائط الإجازة

قال الشيخ جعفر رحمه الله: «و يشترط فيها [في الإجازة] الموافقة في نفس العقد، و في جنس الثمن و المثلن و المكان و الزمان و الوضع و غير ذلك على القولين [في الإجازة يعنى الكشف و النقل]. و في القدر و جهان.

ولو تعددت العقود متجانسه، فأجازها دفعه صح. و في اعتبار المجلس كلام. ولو أجاز أحدها مبهما بطل. و في المطلق بحث» (٢).

مراده قدس سره: اعتبار تطابق العقد و الإجازة في نوعه أى إذا كان العقد بيعا و أجاز المالك إجاره فلا يفيد و كذلك الأمر في جنس الثمن و المثلن و مكان المبادله بينهما و

ص: ٥٣٤

١-١. تبصره الفقهاء ٣/٣٥٩.

٢-٢. شرح القواعد ٢/١٠٠.

زمانها، و أمّا فى مقدارهما فَوَجَّهَانِ من اعتبار الموافقه و عدمه.

و إذا وَقَعَتْ من الفضولى عُقُودٌ متجانسه متعدده على أموال المالك فأجازها دفعه واحده كلّها صح، ولو أجاز أحدها مبهما بطل لو لم يقرينه على تعيينها، و أمّا فى الإجازة على نحو الإطلاق بحث من شموله للجمع فَيَصْحُحُ الكَلِّ و من إمكان تعيينه - أى العقد - بالتقييد.

إلى هنا تم بحث الإجازة و تنبيهاتها و به تمّ الجزء الثانى من قسم البيع من كتابنا «الآراء الفقيهه»، فى صباح يوم الأحد ٢١ شهر صفر الخير سنة ١٤٣٣ على يد مؤلّفه العبد هادى النجفى ببلده اصفهان صانها الله تعالى عن الحدثان.

و الحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً و صلى الله على سيّدنا محمّد و آله الطيّبين الطاهرين المعصومين.

ص: ٥٣٥





























\* العربية

- موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام (١٢ مجلد)
- الآراء الفقيهيه قسم المكاسب المحرمه و البيع (١) و (٢) (٥ مجلد)
- أجود البيان فى تفسير القرآن (الجزء الثالث)
- الأربعون حديثا فى من يملأ الأرض قسطا و عدلاً
- يوم الطّف
- ألف حديثٍ فى المؤمن
- الكنز الجلى لولدى على
- كتاب ابليس اللعين

\* الفارسيه

- قبيله عالمان دين
- از چشمه خورشيد
- ولايت و امامت
- سه مقاله در اصل امامت
- معراج مؤمن
- اندوخته خداوند (ترجمه الأربعون حديثا)
- گنج نامه (ترجمه الكنز الجلى)
- سه سفرنامه
- وادى مقدس



مقدمات على الكتب:

- مقدمه تبصره الفقهاء، تأليف المحقق التقى صاحب هدايه المسترشدين
- مقدمه شرح هدايه المسترشدين، تأليف آيه الله الشيخ محمدباقر النجفي الأصفهاني
- مقدمه غرقاب، تأليف السيد محمد مهدي الشفتي حجه الإسلام الشفتي
- مقدمه رساله صلاتيه، تأليف محقق تقى صاحب هدايه المسترشدين
- مقدمه و تصحيح و تحقيق رساله امجديه (الطبع الرابع)، تأليف آيه الله علامه ابوالمجدد شيخ محمدرضا نجفي اصفهاني
- مقدمه أساور من ذهب در شرح حال حضرت زينب عليها السلام ، تأليف آيه الله حاج شيخ مهدي نجفي
- مقدمه زندگانی چهارده معصوم عليهم السلام ، تأليف مرحوم حجه الإسلام شيخ غلامحسين رحيمي
- مقدمه اختران فضيلت ج ۲، تأليف حجه الاسلام حاج شيخ ناصرالدين انصاري قمي

تحت الطبع

- تقريرات دروس علم رجال

ص: ۵۴۹

١. تبصره الفقهاء (ثلاث مجلّادات)، لآيه الله العظمى الشيخ محمّد تقى الرازى النجفى الأصفهاني قدس سره صاحب هدايه المسترشدين، تحقيق: السيّد صادق الحسينى الإشكورى.
٢. رساله صلاتيه، له أيضا، بالفارسيه، تحقيق: الشيخ مهدي الباقرى السياني.
٣. شرح هدايه المسترشدين، لآيه الله العظمى الشيخ محمّد باقر النجفى الأصفهاني نجل صاحب الهدايه (المتوفى عام ١٣٠١ق)، تحقيق: الشيخ مهدي الباقرى السياني.
٤. اشارات ايمانيه، لآيه الله العظمى الشيخ محمّد تقى آقا النجفى الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٣٢ق)، تحقيق: مهدي الرضوى مع مساعده انجمن مفاخر فرهنگى ايران.
٥. نقد فلسفه دارون، لآيه الله العظمى الشيخ ابوالمجد محمّد الرضا النجفى الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٦٢ق)، تحقيق: الدكتور حامد ناجى الأصفهاني مع مساعده مكتبه المجلس الشورى الإسلامى.
٦. الآراء الفقهيّه - المكاسب المحرمه - و البيع (٥ مجلّد)، لآيه الله الشيخ هادى النجفى.
٧. ترجمه ارشاد الأذهان، للعلامة الحلى، المترجم إلى الفارسيه: آيه الله الشيخ مهدي النجفى الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق) مع مساعده انجمن مفاخر فرهنگى ايران.
٨. أساور من ذهب در احوال حضرت زينب (سلام الله عليها)، لآيه الله الشيخ مهدي النجفى الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق) بالفارسيه، تحقيق: جويبا جهانبخش.
٩. الأرائك فى علم أصول الفقه، لآيه الله الشيخ مهدي النجفى الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق)، مع مساعده The open school شيكاغو أمريكا.
١٠. غرقاب (تراجم أعلام القرن الحادى عشر و ما بعده)، للسيّد محمّد مهدي الموسوى الشفتى (المتوفى عام ١٣٢٦ق)، تحقيق: مهدي الباقرى السياني و محمود النعمتى.
١١. ترجمه توحيد المفضل إلى إنجليسه، ترجم بأمر آيه الله الشيخ مهدي النجفى الأصفهاني، مع مساعده The open school شيكاغو أمريكا، و انتشارات انصاريان قم.
١٢. الكتر الجلى لولدى على (گنج نامه)، للشيخ هادى النجفى، ترجمه على اصغر حبيبي.

سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور : الآراء الفقهیه: قسم البیع / تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری : ۴۴۸ ص.: نمونه.

شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۶۰۲-۹۲۹۰۲-۸-۴

وضعیت فهرست نویسی : فیا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیرنویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/ن۳۶۳۳ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱

اشاره

ص: ۲

## تقريف آيه الله العظمى السيد محمد مهدي الموسوي الخليخي – مدظله العالى

صاحب فقه الشيعة واصول فقه الشيعة نزيل المشهد المقدس الرضوى

ص: ٣

السيد عبدالستار الحسنى البغدادى - دام ظلّه -

تأريخ وضع (اللّمسات الأَخيرة) على الجزء السادس من كتاب «الآراء الفقهيّة» لمنصّد عقوده وناظم فرائده دُرره فى نفائس سُموطه، سماحه آيه الله الفقيه المحقق، النّظار الطّلعه مولانا الحاجّ الشّيخ الهادى من آل أباالمجد النّجفي، دام ظلّه، وعمّ فضله. حصرتني هذه الأبيات ووزننها من (الطّويل) ساعة انتهائي من مطالعه مخطوطه الكتاب المذكور، فأرجو من سماحه شيخنا المعظم قبُولها على علايتها.

بِسْفِرِكَ هَذَا خُضْتُ فِي كُلِّ لُجَّةٍ مِنَ الْفِقْهِ، فِيهَا غَيْرُ ذِي الْعِلْمِ يَغْرُقُ

وَنَاقَشْتُ (آراء) الْأَعْظَمِ سَالِكًا سَبِيلَ هُدًى، مَا فِيهِ لِلرَّأْيِ مَزَلُّ

وَذَا (سادس الأجزاء) وافى بِحِلِّهِ عَلَيْهَا مِنَ الْبَحْثِ الْمُؤَصَّلِ رَوْتُ

فَقُلْتُ: هُوَ بَحْرٌ بـ (الجواهر) مَدَّةُ الـ مَدِيدٌ عَلَى طُولِ الْمَدَى يَتَدَقَّقُ

وَكَيْفَ عَنِ (الهادي) تَبَدُّ شَوَارِدُ وَتُقْلَتُ عَنِ (تقييد) مَنْ لَيْسَ يُسَبِّقُ

سَلِيلِ أَبِيالْمَجْدِ الَّذِي طَابَ أَضْلُهُ كَمَا طَابَ فَرْعٌ - مِنْهُ - بِالْفَخْرِ مُعْرِقُ

وَهَلْ يَرِثُ الْأَسَادَ غَيْرَ شُبُولِهَا كَمَا يَقْتَنِي آثَارَ مَنْ رَاحَ مَنْ بَقُوا

أَجَلٌ، ذَاكَ خَرِيْتُ الْفَقَاهَةَ، جَامِعُ الـ فَضَائِلِ طَرًا، وَالْفَقِيهُ الْمُحَقِّقُ

فَبُورِكَ سِفْرٌ حَرَّرْتَهُ يِرَاعُهُ نَدَى نِقْسِهَا (١) مِنْهُ الْمَعَارِفُ تَعْدُقُ

يِرَاعُهُ (هادي) الْفُضْلِ فَارِسِ حَلْبِهِ الـ مَاثِرِ، مَنْ فِي عَزْمِهِ لَيْسَ يُلْحَقُ

وَمُذْ تَمَّ خَاطَبْتُ الْمُصَنِّفَ دَاعِيَا لَهُ اللَّهُ - أَنْ يَزْعَاهُ وَهُوَ مُوَفَّقُ

وَفِي مُنْتَهَى التَّوَضُّيحِ (٢) قَلْتُ مُورِّخًا: (كِتَابُكَ هَذَا بِالذَّلَائِلِ يَنْطِقُ)

(٨) (٤٤٣) (٧٠٦) (١٠٨) (١٦٩)

٢ - ٢ . فى عبارته: «وفى مُنتهى التوضيح» تورِيهٌ بِدُخولِ (الحاء) وَفِيْمَتُّها فى حِسابِ الجَمَلِ (٨) فى مادَّةِ التاريخ، وَبِها يَتِمُّ المَقْصُودُ.

وَضَلُّ: القول في المجيز

اشاره

ص: ٥





## الأول: شرائط المجيز

قال الشيخ الأعظم: «يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائر التصرف بالبلوغ والعقل والرشد، ولو أجاز المريض بُنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض، ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل»<sup>(١)</sup>.

أقول: يعيبر في المجيز - حال إجازته، لا حال العقد - أن يكون بالغاً وعاقلاً - أي لا يكون مجنوناً - ورشيداً - وهو الذي يعرف مصلحته من مفسدته ويقبض في مقابل ماله ما يساوى ماله - وجائر التصرف بعدم كونه مفلساً أو راهناً، فحينئذ لو أجاز المفلس أو الراهن بيع ماله المتعلق به حقَّ الغرماء أو المرتهن لم تنفذ إجازته لعدم كونه جائر التصرف في ماله.

وأما التصرفات الماليه الزائده على ثلث أموال المريض الذي مات في ذاك المرض فإنها لا تكون نافذه إذا كانت مجائيه وتبرعيه كالعق والهبه والصدقه والوقف، والصلح والإجازة المحاباتيتين أو بعوض أقل، وأبراء الدين وشراء من يعتق عليه ونحوها، وتحسب على ثلثه ومازاده يحتاج إلى إذن الورثه، وأما إذا كانت على نحو التسيبيات كإتلاف مال الغير والجنايه عليه بما يوجب الأرش أو الديه أو ما يوجب الكفاره فتكون نافذه من أصل المال لا من ثلثه.

ثم العقود المعاوضيه هل تلحق بالقسم الأول في عدم النفوذ والاحتساب من الثلث أو أنها تلحق بالقسم الثاني في النفوذ والاحتساب من أصل المال، الظاهر أنها تلحق

ص: ٧

ثم إنَّ الشَّيْخَ الأَعْظَمَ لا يرى فرقا في جميع ما ذكرناه في توضيح كلامه بين قولى النقل والكشف، لأنَّه يرى الإجازة تصرفا مالئيا وهو مشروط بهذه الشرائط.

قوله قدس سره بناءً على النقل واضح وأما بناءً على الكشف فلا يتم انتساب العقد إلى المالك إلا بعد الإجازة فهي تعدّ تصرفا مالئيا حقيقةً، لا-العقد الذى إذا لم تلحقه الإجازة فإنَّه يعدّ هباءً منثورا ويكون كتنظيم سند المعاملة وقبالتها وورقتها من دون إمضاء المالك بحيث ليس له قيمة من دون امضائه. (١)

ومن هنا يظهر عدم تماميه اعتراض الفقيه السيّد اليزدى عليه بقوله: «يمكن أن يقال بناءً على الكشف يمضى إجازته من غير توقف على إجازة الورثة إذا كان البيع فى حال صحته بدعى أنه محجور من التصرفات فى ماله حال المرض بمازاد على الثلث، والإجازة ليست منها، بل هى شرط لنفوذ التصرفات فهى نظير القبض الموقوف عليه صحه المعامله كالوقف والصرف والسلم...» (٢).

وبعبارة أخرى يمكن أن يقال فى جواب اعتراضه: إنَّ المجيز حتّى على القول بالكشف لا بدّ له من أهليه الإجازة وصحه العقد تتوقف على تعقّبه بالإجازة لكن ليس مطلق الإجازة بل ممّن له أهليه إصدارها. (٣)

ص: ٨

١-١. راجع تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٣/١٨.

٢-٢. حاشيه المكاسب ٢/٢١٨.

٣-٣. راجع العقد النضيد ٣/٣٦٠.

يقع البحث في ضمن جهات:

**الجهه الأولى: سير المسأله في كلمات الفقهاء**

قال العلامة في القواعد: «والأقرب اشتراط كون العقد له مجيزا في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ على إشكال وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز...»(١).

وقال في ذيله الفقيه العاملي: «هذا شرط شرطه أبوحنيفه(٢) وقال الشهيد(٣) وابن المتوِّج - على ما نقل عنه - والفاضل المقداد(٤) والمحقق الثاني في الشرح(٥) إنّه لا يشترط.

واستشكل [العلامة] في نهايه الإحكام(٦)، ولم يرجح [ولده] في الإيضاح(٧) كتعليق الإرشاد(٨) للمحقق الثاني].

وإن جعلنا الاشكال الآتي في كلام المصنف راجعا إلى اشتراط أن يكون للعقد مجيز في الحال كما ستسمعه كان المصنف [العلامة] مترددا ويكون المعنى أنه أقرب على إشكال، فليتأمل»(٩).

ص: ٩

- ١-١ . القواعد ٢/١٩.
- ٢-٢ . المجموع، ٩/٢٦١.
- ٣-٣ . الدروس ٣/١٩٣.
- ٤-٤ . التنقيح الرائع، ٢/٢٦.
- ٥-٥ . جامع المقاصد ٤/٧٣.
- ٦-٦ . نهايه الإحكام، ٢/٤٧٦.
- ٧-٧ . إيضاح الفوائد ١/٤١٩.
- ٨-٨ . حاشيه إرشاد الأذهان ٩/٣٣٧ المطبوعه في ضمن حياه المحقق الكركي وآثاره.
- ٩-٩ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٢١.

أقول: ومن القائلين بعدم الاشتراط: الشيخ جعفر (١) وتلميذاه جدى الشيخ محمّد تقي (٢) والفقيه العاملى (٣)، وصاحب الجواهر (٤) والشيخ الأعظم (٥).

نسب العلامة هذا الاشتراط إلى أبيحنيفه فى تذكره الفقهاء وقال: «شرط أبو حنيفه للوقف (٦) أن يكون للعقد مجيزاً فى الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد. وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز. وهو قول للشافعية تفريعاً على القديم (٧)» (٨).

وقال فيها: «شرط الوقف عند أبيحنيفه أن يكون للعقد مجيزاً فى الحال سواء كان مالكا أو لا، حتى لو أعتق عن الطفل أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ. والمعتبر إجازته من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد. وكذا لو باع مال الغير ثم ملكه وأجاز.

والمعتمد: أن الطلاق لا يقع موقوفاً» (٩).

وقال تلميذه وابن اخته السيّد عميد الدين الأعرجى فى بيان وجه الاشتراط: «وإلا أدى إلى حصول الضرر على المشتري كما إذا باع الفضولى مال الطفل عليه لا متناعه من التصرف فيه وفى الثمن جميعاً إلى حين بلوغ الطفل، فإنه مع تصرفه فى المبيع

ص: ١٠

١- ١٠. شرح القواعد ٢/٩٢.

٢- ١١. تبصره الفقهاء ٣/٣٥٦.

٣- ١٢. راجع مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٢ و ٦٢٣.

٤- ١٣. الجواهر ٢٣/٤٨١ (٢٢/٢٩٩).

٥- ١٤. المكاسب ٣/٤٣٢.

٦- ١. مراده من الوقف: توقّف صحّحه تصرف الفضولى على الإجازة.

٧- ٢. قوله: «تفريعاً على القديم»، إشارة إلى إن الشافعيّ كان له فى فقهه مسيلكان الأول عند ما كان فى العراق، والثانى عند ما حلّ فى مضر حيث خالف فيها رأيه الأول فى كثير من المسائل ولكلّ من مذهبيه القديم والجديد رواة معروفون فمن رواه مذهبه القديم الحسن بن الصباح الزعفرانى فى بغداد ومن رواه الجديد المزنّى فى مضر.

٨- ٣. تذكره الفقهاء ١٥/١٠.

٩- ٤. تذكره الفقهاء ١٩/١٠.

يمكن أن يفسخ عند بلوغه، فيتبين بطلان البيع وعدم انتقاله إلى المشتري، ومع تصرفه في الثمن يمكن أن يجيزه ويكون الثمن ملكاً للطفل فيمنع منهما وهو ضررٌ عظيمٌ منفيٌّ بقوله صلى الله عليه وآله: لا ضرر ولا إضرار»(١).

وقال نجله فخر المحققين: «هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولي في الحال يحتمل ذلك ويبنى على مقدمات:

(أ): معنى صحه بيع الفضولي قبل الإجازة إمكان ترتب أثره عليه إمكاناً قريباً بمعنى أقرب المراتب من مراتب الإمكان الاستعدادى لأنه عبارته عن اجتماع الشرائط فإذا بقي من شرائط بيع الفضولي شرط واحد وهو إجازة المالك أو وليه وكان حصولهما ممكناً إمكاناً قريباً أيضاً حكم بصحه بيع الفضولي أو صلاحيته لأن ترتب عليه الأثر حال وقوعه.

(ب): كلُّ آنٍ يمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط فيه.

(ج): البيع إذا بطل في وقت بطل دائماً فحال عدم المجيز يمتنع ترتب أثره ولا يصح لرتب الأثر عليه فلا يحصل معنى الصحه بل معنى البطلان، وإذا بطل لم يمكن أن يترتب صحته.

ويحتمل عدم الاشتراط، لأنه لا يشترط اقتران الإجازة بالعقد بل يجوز تأخيرها زماناً طويلاً فلا يسلم اشتراط استعداد القريب.

واعلم إن هذا الفرع يتأتى على مذهب الأشاعره، وأمّا على قولنا ففي صورته واحده وهى بيع مال الطفل على خلاف المصلحه أو الشراء له»(٢).

نقل السيد العاملى عن الشهيد فى حواشيه: «إنَّ بعض الجمهور اعترض على المصنف فى هذه المسأله بسقوطها على مذهبه، لأنه يعتقد وجود الإمام عليه السلام فى كلِّ زمان وهو وليٌّ من لا- وليٍّ له، فأجاب بأنَّه أراد مجيزاً فى الحال يمكن الاطلاع على إجازته،

ص: ١١

١- ٥. كنز الفوائد ١/٣٨٥.

٢- ١. إيضاح الفوائد ١/٤١٨ و ٤١٩.

وتتعدّر إجازة الإمام عليه السلام لاستتاره عن الناس»(١).

ويذكرُ الشيخُ الأعظمُ (٢) أنّ المعترض هو القاضي البيضاوي الشافعيُّ صاحب أنوار التنزيل في التفسير - على ما قيل - .

وقال المحقّق الثاني: «وجه القرب: أنّه مع عدم من له أهليه الإجازة تكون صحه العقد ممتنعه في الحال، وإذا امتنعت في زمان ما امتنعت دائماً، لأنّ بطلان في زمان يقتضى بطلانه دائماً، ولما فيه من الضرر على المشتري، لامتناع تصرّفه في العين - لإمكان عدم الإجازة ولعدم تحقّق المقتضى - وفي الثمن لإمكان الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه.

وإنّما يتصوّر ذلك عندنا: إذا تصرّف للطفل على خلاف المصلحه، وأما عند الأشاعره فتصوّره ظاهر.

ويضعّف بانتقاضه ممّن كان بعيداً، يمتنع إليه الوصول عادة إلا في زمان طويل. والظاهر عدم الاشتراط، لعموم الدليل الدال على صحه الفضولي من غير فرق، فإنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يتناوله»(٣).

وقال في حاشيه إرشاده: «وهل يُشترط أن يكون للعقد مجيز في الحال، بحيث لو باع مال الطفل لم يصحّ إذا لم يكن له ولي؟ يحتمل ذلك.

قال الشيخ فخرالدين ولد المصنف رحمهما الله: «واعلم أنّ هذا الفرع يتأتى على مذهب الأشاعره، أمّا على قولنا ففي صورته واحده، وهي بيع مال الطفل على خلاف المصلحه أو الشراء له». وقد تبّه على ذلك بأنّ الإمام موجود في كلّ زمان عندنا وهو وليّ مَنْ لا ولي له»(٤).

ص: ١٢

١- ٢. الحاشيه النجاريه ٢٢٢/ ونقل عنه مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٢ مع توضيح، وإلاّ عبارته الشهيد هكذا: «وبهما ينتقض عليه مذهبه، ذكره بعض الشافعيه».

٢- ٣. المكاسب ٣/٤٣٢.

٣- ١. جامع المقاصد ٤/٧٢.

٤- ٢. حاشيه إرشاد الأذهان / ٣٣٧، المطبوعه في ضِمْنِ المَجْلَدِ التاسع من حياه المحقّق الكركي وآثاره.

وقال الشهيد الثاني في فوائد القواعد: «المناسب التفرّيع على الأقرب أن يحكم بعدم النفوذ بغير إشكال ولكن نقل ولد المصنف رحمه الله عنه أنه إذا قال في المسألة: «على إشكال يكون حكماً بما ذكر قبل الإشكال وفائدته التنبية على الخلاف، بخلاف ما لو قال: «فيه اشكال» ونحوه وهذا هو الظاهر من العبارتين، فعلى هذا لا تنافي بين الحكم السابق والتفرّيع، لكنّه يستغنى عن إعادته ما يتبّه على الخلاف، والأمر فيه أسهل» (١).

### الجهة الثانية: وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد

الأول: عدم ذات المجيز وفقد ذات من شأنها الإجازة للعقد.

وهذا الوجه غير متحقّق على مذهبننا، إذ لا يتصور ملك بلا مالك يجيز العقد لأنّ الأمام عليه السلام موجود في كلّ عصرٍ وهو الولي على الإطلاق فهذا الوجه غير متصوّر على مذهبنا.

بل لا يتم على مذهب العامة أيضاً لأنهم يروّون الخلفاء أولياء على جميع الأمور ومنها الأموال.

الثاني: عدم وجود المجيز بوصف التمكّن من الإجازة وإن كانت ذاته متحقّقة إلّا أنّه حين المعاملة غير حاضر ولا يتمكّن من الوصول إليه كما لو كان المالك أو وليه غائبا،

أو الإمام عليه السلام كان في ستر الغيبه كما في زماننا هذا.

وهذا الوجه وإن كان متصوّرًا ولكنّه لا دليل على اعتباره.

الثالث: تحقّق ذات المجيز وتمكّنه من الإجازة لكنّه ممنوعٌ شرعاً من الإجازة والتصرف في الأموال، كما إذا باع الفضولي مال اليتيم على خلاف المصلحه فإنّ الولي لا يمكنه الإجازة حينئذٍ لأنّها على خلاف مصلحه اليتيم.

وهذا الوجه أيضاً وإن كان متصوّرًا ولكنّه لا دليل على اعتباره.

والحاصل: لا ينبغي البحث حول اعتبار الأوّلين، إذا لا دليل على اشتراط ذات

ص: ١٣



المجيز أو المجيز بوصف التمكّن من الإجازة في صحه المعاملات بل ما ورد في صحه زواج الصغيرين أدل دليل على عدم اعتبارهما بل في أدله صحه الفضولي خير دليل على عدم اعتبارهما إذ لم يُفصّل فيها بين وجودهما حال العقد وعدمه.

وكذلك البحث في الثالث إذ لا- يعتبر في صحه الفضولي أن يكون له مجيز حال العقد شرعاً، بل الإعتبار بوجود المجيز حال الإجازة ويظهر لك عدم الاعتبار حين لحاظك بأنّ بيع مال اليتيم كان على وفق المصلحه حين العقد ولكن حين الإجازة خَرَجَ عن المصلحه وكان على خلافها، فهل يجوز للولي إجازة هذا البيع الذي كان فعلاً على خلاف مصلحه اليتيم؟

ومن الواضح عدم جواز إجازته، فتمام العبره بوجود المجيز حال الإجازة لا حال العقد.

ويأتى البحث من الشيخ الأعظم حول هذا القسم الثالث في الأمر الثالث (١) الآتى فانتظر.

### الجهه الثالثه: الاستدلال على وجود المجيز حين العقد بوجوه

الأول: ما مرّ من فخر المحققين (٢) رحمه الله من مقدمتيه (أ) و (ج) وقال الشيخ الأعظم في الاستدلال له: «واشبهتُ دلّ له بأنّ صحه العقد والحال هذه ممتنع، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً» (٣).

وقال المحقق الأصفهاني في توضيحه وتقريبه: «إنّ العقد الفضولي يتفاوت مع

العقود الفاسده - مع اشتراكه لها في عدم التأثير فعلاً - في أنّه قابل للتأثير بالإجازة دون غيره، فلا بدّ أن يكون العقد الفضولي واجداً لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، بحيث لا- يستند عدم فعلية التأثير إلّا إلى عدم فعلية الإجازة، وأما مع عدم إمكان الإجازة حال العقد فالعقد حينئذ غير واجد لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، إذ منها الإمكان من

ص: ١٤

١-١ . راجع صفحہ ٢٤ من هذا المجلد.

٢-٢ . إيضاح الفوائد ١/٤١٨.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٣١.

ناحية امكان الإجازة فعلاً، فإذا امتنعت الإجازة فعلاً امتنعت الصحة التأهليه فعلاً، زياده على الصحة الفعلية المقرونه بفعليه الإجازة لا بإمكانها.

ولا- نعى بالصحة التأهليه إلا امكان نفوذ العقد فعلاً بالإجازة، مع أنه لا يمكن لامتناع الإجازة، وإذا امتنعت الصحة التأهليه فى زمان امتنعت دائماً، لأن ما يتفاوت حاله بتفاوت الأزمان هى الصحة الفعلية - التابعه لوجود شرط الصحة الفعلية وعدمه - لا الصحة التأهليه»(١).

لخص المحقق المروج هذا التقريب فى ثلاثه أمور: «أحدها: اقتران الصحة التأهليه بالعقد وعدم انفكاكها عنه.

ثانيها: توقف هذه الصحة على إمكان الإجازة فعلاً أى من حين وقوع العقد، ومع امتناعها لا يثبت الصحة التأهليه فعلاً للعقد، فهذه الصحة منوطه باجتماع جميع مراتب الإمكان التى منها إمكان فعلية الإجازة، ومع امتناعها لعدم وجود مجيز حين العقد لا يثبت له الصحة التأهليه أيضاً. وقد عرفت عدم انفكاك الصحة التأهليه عن العقد فإمكان فعلية الإجازة دخيل فى الصحة التأهليه.

ثالثها: أن المائر بين عقد الفضولى والعقود الفاسده هو وجود الصحة التأهليه فيه دونها، هذا»(٢).

وقال الشيخ الأعظم فى نقد هذا الاستدلال: «ويضعف الأول - مضافاً إلى ما قيل(٣): من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة [إلا فى زمان طويل] - منع ما ذكره [فخر المحققين] من أن امتناع صحه العقد فى زمان يقتضى امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف»(٤).

ص: ١٥

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٢٠١.

٢-٢ . هدى الطالب ٥/٢٢٤.

٣-٣ . القائل هو المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤/٧٢ كما مرّ ولكنّ تتبّه قبله فخر المحققين نفسه فى إيضاح الفوائد ١/٤١٩.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٣١.

مراده: إنَّ الملازمه بين فساد العقد حدوثًا وبقاءً وإن كانت مسلَّمه، ولكنَّ المقام ليس من صغرياتهما لعدم كون وجود المجيز حال العقد من شرائط صحه العقد عندنا وليس مراده إمكان تفكيك بين بطلان العقد حدوثًا وصحته بقاءً لأنَّ فقدان شرط الصحه يقتضى بطلانه حدوثًا وبقاءً. خلافا لما استفاد بعض الأعلام من عبارته منع الكبرى وردّه بأنّه «منظور فيه»(١).

وقال المحقِّق الأصفهاني في نقد تقرّيبه: «وفيه: لو كانت الصحه التأهليه - التي يتفاوت فيها العقد الفضولي مع العقود الفاسده ما يساوق الإمكان الاستعدادى من جميع الوجوه - لكان لما ذكر وجهه، وأمّا إذا كان المراد منها مجرد الصحه بلحوق الإجازة ولو فيما بعد، لا- فعلاً- فى قبال ما لايجديه لحوق شىء فى صحته، فلا- يكون الصحه التأهليه مساوقه للإمكان الفعلى، بل العقد الفضولى ممكن التأثير فيما بعد بلحوق الإجازة له فيما بعد، هذا بناءً على النقل.

وأمّا بناءً على الكشف فهو ممكن الصحه فعلاً- بإمكان لحوق الإجازة له فيما بعد، إذ ليس أمر الإمكان بأعظم من أمر الوجود، فكما أنّ وجوده الفعلى من ناحيه وجود فيما بعد، كذلك إمكانه الفعلى من ناحيه إمكان الإجازة فيما بعد، فإنَّ وجود المعلول وإمكانه بوجود العلّه وإمكانها فإذا قلنا بكفايه وجودها المتأخر فى وجوده المتقدم فكذا نقول بكفايه إمكانها المتأخر فى إمكانه المتقدم»(٢).

الثانى: ما مرّ من السيد عميدالدين(٣) من حصول الضرر على المشتري لأنه مُنع من التصرف فى المبيع والتمن لاحتمال صدور الإجازة من المجيز وعدمه.

وذكر الشيخ الأعظم(٤) فى المقام تقرّيب المحقِّق الثانى(٥) لهذا الاستدلال وحيث

ص: ١٦

١-١ . كتاب البيع ٢/٣٢٣.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٢٠١ و ٢٠٢.

٣-٣ . كنز الفوائد ١/٣٨٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٤١ قوله رحمه الله : «وبلزوم الضرر على المشتري...».

٥-٥ . جامع المقاصد ٤/٧٢.

أنه مرّ أنفا فلا نعيده.

ويرد على هذا الاستدلال أولاً: بما مرّ من جواز تصرف الأصيل في ماله قبل صدور الإجازة من المجيز - وإن كان الشيخ الأعظم لم يوافقنا في هذا الردّ.

وثانياً: إذا كان جاهلاً بالفضوليه تجرى للأصيل قاعده نفي الضرر كما مرّ من السيّد عميدالدين (١) منع هذا الاستدلال بهذه القاعده.

وثالثاً: يمكن دفع ضرر الأصيل بجعل الخيار له بحيث إن أراد يجوز له فسخ هذه المعامله الضرريه.

ورابعاً: هذا الدليل أخص من المدعى، لأنّ المدعى بطلان البيع الفضولي إذا لم يكن مجيزاً في حال العقد، والدليل يقتضى بطلانه في صورته ضرر الأصيل ولكن إذا لم يتضرر الأصيل أو كان راضياً هو بهذا الضرر، لم يدلّ الدليل على البطلان.

الثالث: ما ذكره في العقد النضيد بقوله: «... مطلق المعاملات الفضوليه فاقده لصفيتين وهما الرضا والاستناد ويمكن تصحيح المعامله من خلال الإجازة اللاحقه فيتمّ بها الصفتان، وهو النهى الوارد عن التقرب إلى مال اليتيم في قوله تعالى: «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (٢)، وبالتالي فلا مجال لتصحيح المعامله التي يتضرر منها الصبي لأنّ تصحيحها يستلزم قيام إطلاق يدلّ على إمكان تصحيح مطلق العقود الفضوليه وإن كان محذوراً من غير ناحيه الرضا والاستناد، وهو ما نعجز عن إثباته لقصور الأدله الخاصه، وعدم قيام أدله مطلقه تفيد ذلك وبالتالي فإنّه يصل الدور إلى الشك، والمرجع حينئذ أصاله الفساد» (٣).

يرد عليه: أولاً: كلام العلامة (٤) عام بالنسبه إلى وجود المجيز حال عقد الفضولي

ص: ١٧

١-١ . ١ . كنز الفوائد ١/٣٨٥.

٢-٢ . ٢ . سورة الأنعام / ١٥٢.

٣-٣ . ٣ . العقد النضيد ٣/٣٦٤.

٤-٤ . ٤ . قواعد الأحكام ٢/١٩.

ولا يختص ببيع مال الطفل على خلاف المصلحه وإن كان نجله (١) يُخَصُّه بصورة واحده وهى هذه المسأله، فالدليل أخص من مُدعى العلامه.

وثانيا: العقود الفضوليه فاقده لصفه واحده وهى الاستناد وبالإجازة يُتَمُّ الاستناد كما مرَّ مُفَصَّلاً فيما سبق.

وثالثا: الأدله الوارده فى صحه عقد الفضولى عام تشمل هذه المسأله بعد صدور الإجازة من المالك بعد بلوغه ورشده كما يأتى.

### الجهه الرابعه: مادّل على عدم اعتبار وجود المميز حين العقد

امور:

الأول: الأدله الوارده فى صحه عقد الفضولى عامه ومطلقه ولا تخصّص ولا تقيد بوجود مميز فى حال العقد.

ولذا قال المحقق الثانى: «والظاهر عدم الاشتراط لعموم الدليل الدال على صحه الفضولى من غير فرق، فإنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يتناوله» (٢).

وقال الشيخ جعفر: «لقضاء عمومات الكتاب والسنة بالعموم» (٣).

وقال صاحب الجواهر بعد نقل كلام العلامه: «إلا أنه - كما ترى - لا دليل عليه، بل مقتضى إطلاق ما سمعته من أدله الفضولى خلافه...» (٤).

الثانى: ما ذكره الفقهاء (٥) - قدس الله أسرارهم - فى باب النكاح من أنه لو زوج الفضولى الصغيرين اللذين لا وليّ لهما صحّ وتدلّ عليه الروايات:

ص: ١٨

١- ٥. إيضاح الفوائد ١/٤١٩.

٢- ١. جامع المقاصد ٤/٧٢.

٣- ٢. شرح القواعد ٢/٩٢.

٤- ٣. الجواهر ٢٣/٤٧٩ (٢٢/٢٩٧).

٥- ٤. منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٢/١٥٠، والشهيد الثانى فى المسالك ٧/١٧٧، وسيد الرياض فيه ١١/١٠٣.

منها: معتبره محمّد بن الحسن الأشعري. (١).

ومنها: صحيحه مقطوعه محمّد بن اسماعيل بن بزيع. (٢).

ومنها: صحيحه أبيعبيده. (٣).

ومنها: خبر عبّاد بن كثير. (٤).

ولذا قال الشيخ جعفر: «وشهادة مادّل على جواز إنكاح الفُضُولَيْن الصبِيَيْن ثم مات أحدهما وبقي الآخر حتّى بلغ وأنّه تمضى إجازته مع اعتبار بعض الشروط الآخر على ذلك بطريق الأولويه» (٥).

قال الشيخ أسدالله التستري: «لو كان شيءٌ ممّا ذكر في المنع صالحاً لذلك لعمّ

جميع العقود وثبت في النكاح أيضاً، بل بالطريق الأولى. لكن نكاح الفضولي للصغير والصغيره مع إجازتهما بعد البلوغ جائز إتفاقا نصّاً وفتوىً فكذلك سائر العقود» (٦).

وقال في الجواهر: «مضافاً إلى خبر الصغيرين» (٧).

وقال الشيخ الأعظم: «مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضلاً الشامله لصوره وجود وليّ النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم، وصوره عدم وجود الولي، بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح وانحصار الولي في الأب والجَدّ والوصي على خلاف فيه» (٨).

الثالث: قال السيّد العاملي: «... بل قد لا نشترط المجيز بالكلّيّه فإنّهم قالوا بأنّ

ص: ١٩

١-٥. وسائل الشيعه ٢٠/٢٧٦، ح ٢، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد.

٢-٦. وسائل الشيعه ٢٠/٢٨٢، ح ١، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد.

٣-٧. وسائل الشيعه ٢٦/٢١٩، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٤-٨. وسائل الشيعه ٢٦/٢١٩، ح ٢.

٥-٩. شرح القواعد ٢/٩٢.

٦-١. مقابس الأنوار، كتاب البيع ٣٥/.

٧-٢. الجواهر ٢٣/٤٧٩ (٢٢/٢٩٧).

٨-٣. المكاسب ٣/٤٣٢.

المحجور عليه لفسل إذا باع بعض أعيان ماله المحجور عليه فيها، أو وقف أو وهب أو عتق أنه كالفضولي فلاتباع هذه الأعيان التي باعها في ذين الغرماء بل تأخر فإن وقي غيرها بمال الغرماء لزياده قيمه أو لإبراء بعض الديان نفذ بيعه وإلا فلا، فكان وفاء المال كالإجازة وعدمه كالرد. وقد حررنا المسألة في باب الحَجْر فلا بد من مراجعتها»(1).

وفي ذيل كلام العلامة في كتاب الحَجْر: «أما لو صادف المال في الحال: فإن كان مورده عين مال: كالبيع والهبة والرهن والعتق، احتمال البطلان من رأس، والإيقاف، فإن فضلت تلك العين من الدين لارتفاع قيمه أو الإبراء أو غيرهما نفذ»(2).

قال: «إذا صادف تصرفه عين المال بالإتلاف بالمعاوضه كالبيع والإجازة أو بغير معاوضه كالهبة والعتق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ففي المبسوط(3) والشرائع(4) والتحرير(5) والإيضاح(6) أنه يبطل. وهو المحكى(7) عن أبيعلّى لأنه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته وكانت عبارته كعباره الصبي فلا يصح وأن لحقته الإجازة

وهذا هو المناسب للحَجْر فإن معنى قول الحاكم: حَجَزْتُ عليك: مَنَعْتُكَ من التصرف ومعناه تعذر وقوع هذه العقود منه.

وأما الإيقاف فقد نفى عنه البأس في التذكرة(8) وقال في جامع المقاصد(9): فيه قوه وفي المسالك(10): لعله الأقوى.

ص: ٢٠

- ١-٤. مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٢.
- ٢-٥. قواعد الأحكام ٢/١٤٣.
- ٣-٦. المبسوط ٢/٢٧٢ ونحوه في الخلاف ٣/٢٦٩، مسأله ١١.
- ٤-٧. الشرائع ٢/٧٨.
- ٥-٨. تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٥٠٩.
- ٦-٩. إيضاح الفوائد ٢/٦٥.
- ٧-١٠. الحاكي هو العلامة في مختلف الشيعة ٥/٤٥٣.
- ٨-١. تذكرة الفقهاء ١٤/٢٥.
- ٩-٢. جامع المقاصد ٥/٢٢٩.
- ١٠-٣. المسالك ٤/٩٠.

والوجه فيه أنه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي. وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف المنافي لحقّ الغرماء، إذ لا دليل على إرادته غيره، ولأنّ عبارته لا تقصر عن عبارته السفية المحجور عليه مع صحّته تصرّفه إذا لحقته إجازة الولي، فلو كان الحَجْر يقتضى المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط به اعتبار عبارته السفية.

فعلى هذا إذا أجازته الغرماء نفذ وإلا أحرّ إلى أن يقسّم ماله، ولا يباع ولا يسلم إلى الغرماء، فإن لم يفضل من ماله شيء بطل، وإن فضل ما يسعه صحّ... فإنما يعتبر كلامهم في الإجازة لا في الردّ، وأنّ الواقع موقع المجيز هو بقاء الشيء من ماله يسع ذلك، فإن حصل ذلك كان إجازةً وإلا كان ردّاً وقد تبهنا على ذلك في باب البيع...»(١).

ويأتي تفصيل هذا البحث آنفاً في المسألة الأولى الآتية(٢).

### الجهة الخامسة: هل يدخل تحت هذا الاشتراط فرع؟

أم لا، وهل لابدّ من دخوله تحته وإلا يلزم اللغو؟ أم لا.

الظاهر عدم لزوم اللغو ولو لم يكن فرعاً تحت هذا الاشتراط، لأنّ «يكفى في عدم اللغوية كونه ذا أثر ولو عند غيرنا [من المذاهب]، كما يبحث في باب الجهاد(٣) بعض ما يتعلّق بوجود الإمام عليه السلام وتكليفه(٤) بل قد يبحث عمّا لا يتفق الوجود له، كالبحث عن نجاسة دم مخلوق الساعة»(٥).

مضافاً إلى وجود فرع تحت هذا الاشتراط وهو ما ذكره فخر المحقّقين(٦) من بيع

مال الطفل على خلاف مصلحته أو الشراء له كذلك.

وهكذا يأتي هذا الاشتراط في تزويج الصغير فضوله مع فرض عدم وجود الولي

ص: ٢١

١-٤. مفتاح الكرامه ١٦/٢٥٠ و ٢٥١.

٢-٥. راجع صفحته ٢٥ من هذا المجلد.

٣-٦. الجواهر ٢٢/٨٦ (٢١/٥٠).

٤-٧. الجواهر ٥/٦١٢ (٥/٣٦٢).

٥-٨. كتاب البيع ٢/٣٢١.

٦-٩. إيضاح الفوائد ١/٤١٩.



من الأب والجدّ والوصى - على خلاف فيه - وبناءً على عدم ولايه الحاكم الشرعى على الصغير فى النكاح كما مرّ من الشيخ الأعظم (١).

وقد مرّ من العلامة (٢) تفرّعه على هذا الاشتراط ببيع مال الطفل فضولاً ثمّ بلغ وأجاز ثمّ استشكل فى الاشتراط لافى الفرع - على ما حكى (٣) من نجله فخرالمحقّقين - .

واعترض (٤) عليه بعض العامه - وهو البيضاوى على ما قيل (٥) - : بأنّ هذا الاشتراط ساقط على مذهب العلامة - وهو مذهب أهل البيت عليهم السلام - لأنّهم يعتقدون وجود الإمام عليه السلام فى كلّ زمان وهو ولى من لا ولى له.

ولكن قد عرفت ممّا سردناه عليك فى الجبهه الأولى أنّ أوّل من اعترض عليه هو نجله فخرالمحقّقين حيث قال: «واعلم أنّ هذا الفرع يتأتى على مذهب الأشاعره» (٦) وإنّما يَنْحَصِرُ على مذهبنا بفرع واحد وهو بيع مال اليتيم على خلاف مصلحته كما مرّ.

وأجاب الشهيد (٧) عن الاعتراض بأنّه أراد مجيزاً فى الحال [يمكن الاطلاع على إجازته].

واعترض المحقّق القمى (٨) على جواب الشهيد بأنّ نائب الإمام عليه السلام موجود ويمكن الاطلاع على إجازته.

وعمّمه الشيخ الأعظم أولاً: «بأنّ نائب الإمام - وهو المجتهد الجامع للشرائط -

ص: ٢٢

١-١ . المكاسب ٣/٤٣٢.

٢-٢ . قواعد الأحكام ٢/١٩.

٣-٣ . الحاكى هو ثانى الشهيدين فى فوائد القواعد ٥٣٢.

٤-٤ . حكاة الشهيد فى الحاشيه النجاريه ٢٢٢.

٥-٥ . هكذا نقله الشيخ الأعظم فى المكاسب ٣/٤٣٢.

٦-٦ . إيضاح الفوائد ١/٤١٩.

٧-٧ . الحاشيه النجاريه ٢٢٢.

٨-٨ . غنائم الأيام ١/٥٥٣، جامع الشتات ٢/٣١٨.

موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفَساق الولايه على الطفل في مصالحه مع عدم العدول»(١).

وثانيا: دافع عن الشهيد بأنه إن أُريد - في أصل الاشتراط - وجود ذات المجيز - وهو الوجه الأول من وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد، الذي مرّ منّا في الجبهه الثانيه من البحث - لا تفيد إجابته الشهيد لأنّ ذات الإمام عليه السلام موجود وعدم التمكن من الوصول إلى إجازته لا يردّ الاعتراض.

وإن أُريد - في أصل الاشتراط - وجود ذات المجيز مع فرض تمكّنه من الإجازة - وهو الوجه الثاني من وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد الذي مرّ في الجبهه الثانيه - تمت الإجابته لأنّ المجتهد والعدول وحَتّى الفساق وإن فرض وجودهم ولكن من الممكن عدم اطلاعهم على العقد حتّى يُجيزوه.

أقول: قد مرّ منّا في الجبهه الثانيه من البحث أنّ الوجه الأول - عدم ذات المجيز - لا يتصوّر على مذهبنا، والوجه الثاني - عدم ذات المجيز الذي تمكّن من الإجازة - وإن كان متصوّرًا ولكنه لا دليل على اعتباره.

والوجه الثالث - وهو تحقّق ذات المجيز وتمكّنه من الإجازة ولكنه مَمْنُوعٌ شرعا منها - يمكن تصوّره أيضا ولكن لا دليل على اعتباره.

قال الشيخ الأعظم: «فالاولى: ما فعله فخرالدين والمحقّق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحه، فيرجع الكلام أيضا إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات مَنْ مِنْ شأنه الإجازة فإنّه فرض غير واقع في الأموال»(٢).

أقول: لا بدّ من حمل «امكان فعلية الإجازة» في كلامه قدس سره - على الإمكان الشرعي - لا الإمكان التكويني - كما مرّ في الجبهه الثانيه وآنفا.

ص: ٢٣

١- ٩. المكاسب ٣/٤٣٣.

٢- ١. المكاسب ٣/٤٣٣.

إشارة

وهذا هو الاحتمال الثالث في وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد، الذي مرّ منّا (١) أنّه كان في المقام الثبوت متصوّراً ولكنّه لا دليل على اعتباره إثباتاً.

ولذا نفى الشيخ الأعظم اعتباره بقوله: «لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد» (٢).

ثم قال: «سواء كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع» (٣).

مراده من المقتضى: هو الملكيه مع شرائط كمال المالك من البلوغ والعقل والرشد. وفي فرض عدم الملكيه، الإجازة أو الوكالة في التصرف من المالك.

ومراده من المانع: هو تعلق حق الغير بالعين نحو: تعلق حق الغرماء في الفليس، وتعلق حق المرتهن بالعين المرهونه وعدم جواز بيع أمّ الولد في عدم بيعها.

ثم ذكر أربعة مسائل لا بدّ إلا أن نفتى أثره.

المسألة الأولى: إذا كان المالك حين العقد ممنوعاً من التصرف لحجر أو رهن

هل يصح العقد من مالك كان ممنوعاً من التصرف لحجر أو رهن أو استيلاء في الأمه ولكن حين إجازته ارتفع المنع من التصرف لرفع الحجر أو فك الرهن أو موت الولد؟

قد مرّ آنفاً (٤) القول بالبطلان من الشيخ (٥) والمحقق (٦) والعلامة في التحرير (٧)

ص: ٢٤

١-١ . راجع صفحہ ١٤ من هذا المجلد.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٣٤.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٣٤.

٤-٤ . راجع صفحہ ١٩ من هذا المجلد: قولنا: الثالث ...

٥-٥ . المبسوط ٢/٢٧٢، الخلاف ٣/٢٦٩ مسألة ١١.

٦-٦ . الشرائع ٢/٧٨.

٧-٧ . تحرير الاحكام الشرعيه ٢/٥٠٩.

وولده (١) وهو المحكى عن أبيعلي (٢).

ولكن العلامه فى بيع التذكره حكم بصحته وقال: «ولو باع ولم يعلم المرتهن ففكَّ لزم البيع لانتفاء المعارض...» (٣).

ونفى البأس عن إيقافه فى حَجْر التذكره وقال: «لو صادف تصرّفه عين مال بالإتلاف إمّا بمعاوضه كالبيع والإجاره، أو بغير معاوضه كالهبة والعق والكتابه، أو بالمنع من الانتفاع كالرهن قال الشيخ رحمه الله: يبطل تصرّفه. و هو أصحّ قولى الشافعى وبه قال مالك والمزنى لأنّه محجور عليه بحكم الحاكم، فوجب أن لا يصحّ تصرفه...» .

والقول الثانى للشافعى: إنّ هذه التصرفات لا تقع باطله فى نفسها بل تكون موقوفه، فإن فضل ما تصرّف به عن الدين إمّا لارتفاع سعر أو لإبراء بعض المستحقين نفذ، وإلاّ بانّ أنّه كان لغوا، لأنّه محجور عليه بحقّ الغرماء، فلا يقع تصرّفه باطلاً فى أصله، كالمريض. وهذا القول لا بأس به عندى والأوّل أقوى...» (٤).

وقال المحقّق الثانى: «فيه قوه» (٥)، والشهيد الثانى: «لعله الأقوى» (٦).

وحكم السيّد العاملى الصّحّه فى بيع مفتاح الكرامه (٧) وحجرها (٨) ولا يشترط الإجاره.

وقال صاحب الجواهر بعد نقل نفي البأس التذكره وقوه جامع المقاصد وأقوائيه المسالك: «وهو كذلك بناءً على أنّ الفضولى على القاعده، بل وإن لم نقل بذلك للفحوى

ص: ٢٥

١- ٨. إيضاح الفوائد ٢/٦٥.

٢- ٩. الحاكي و العلامه فى المختلف ٥/٤٥٣.

٣- ١٠. تذكره الفقهاء ١٠/٤٢.

٤- ١. تذكره الفقهاء ١٤/٢٥ مسأله ٢٧٠.

٥- ٢. جامع المقاصد ٥/٢٢٩.

٦- ٣. المسالك ٤/٩٠.

٧- ٤. مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٢.

٨- ٥. مفتاح الكرامه ١٦/٢٥١.

حينئذ... وعلى كل حال فالأقوى صحة عقده، بل ظاهر جماعه من الأصحاب بل هو كصريح التذكرة عدم بطلانه برد الغرماء وأنه يبقى موقوفا على أن يقسم المال لايباع ولايسلم إلى الغرماء فإن فضل لارتفاع قيمه غيره أو لإبراء بعض الديان أو غير ذلك نفذ فيه التصرف وإلا بطل لسبق التعلق به فيه، وليس لذوى الدين ابطال التصرف وفسخ العقد قبل ذلك، وهو جيد...»(١).

وتبعه الشيخ الأعظم وقال: «والأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير...»(٢).

والوجه في عدم الحاجة إلى الإجازة لأن المعاملة مستنده إلى المالك وإنما كان المانع من صحتها حق المرتهن أو وجود الحجر أو الولد وقد سقطت الموانع بفك الرهن ورفع الحجر وموت الولد فتمت المعاملة، كما يرى السيد اليزدى(٣) عدم البطلان هو التحقيق.

ثم هل يجرى نزاع الكشف والنقل في الإجازة بالنسبة إلى رفع هذا المانع من صحة العقد من فك الرهن أو رفع الحجر أم لا؟ مع وضوح عدم جريانه في بيع أم الولد قبل موت ولدها.

قولان:

ذهب المحقق الثاني(٤) مع توغله في الكشف بعدم جريانه في المقام والترم بالنقل هنا فقط ويرى السيد اليزدى: «الإنصاف أن الحكم بالكشف مشكل»(٥).

ولكن ذهب المحقق النائيني(٦) إلى جريان نزاع الكشف والنقل في المقام أيضا

ص: ٢٦

١-٦. الجواهر ٢٨٤/٢٥ و ٢٨٥ طبع الإسلاميه.

٢-٧. المكاسب ٣/٤٣٤.

٣-١. حاشيته على المكاسب ٢/٢٢٢.

٤-٢. جامع المقاصد ٥/٧٥ و ٧٦.

٥-٣. حاشيته على المكاسب ٢/٢٢١.

٦-٤. راجع منه الطالب ٢/١٠٩، المكاسب والبيع ٢/١٥٩.

كما في الإجازة. وإن كان عنده (١) إشكال بالنسبة إلى فك الرهن.

ويمكن الاستدلال للمحقق الثاني بأنّ نزاع الكشف والنقل إنّما يجرى فيما إذا كان العقد تامًا من جميع الجهات وكان متوقّفًا على الاستناد إلى المالك فقط فعند حصول الاستناد إليه بالإجازة يأتي النزاع، وأمّا إذا كانت صحة العقد متوقّفه على أمر آخر مضافا إلى توقّفها على الإجازة ففي مثله لا يمكن الالتزام بأنّ الإجازة كاشفه عن الملكيه من حال العقد مع أنّها تتوقّف على أمر آخر حسب الفرض. (٢)

ويمكن الاستدلال للمحقق الثاني: بإمكان حفظ الرهن وصحة البيع فيمكن

الحكم بالكشف أيضا كما في بيع العين المرهونه مع الإعلام بوصف المرهونه وإجازة المرتهن وبيع العين المستأجره. مضافا إلى أنّ التنافي بين حفظ الرهن وصحة البيع - على فرض وجوده - إنّما يأتي بناءً على الكشف الحقيقي فقط دون أقسام الكشف الحكمي. وكذلك القول في الحجر وتعلّق حق الغرماء بالمال. (٣)

والظاهر جريان نزاع الكشف والنقل بالنسبة إلى رَفْعِ هَذَيْنِ الْمَانِعَيْنِ مِنْ فَكِّ الرهن ورفع الحجر كما عليه المحقق الخميني (٤) قدس سره والحمد لله.

ص: ٢٧

١- ٥. راجع تعليقه على منيه الطالب ٢/١٠٩. قال فيها: «ويمكن أن يقال: إذا كان حقّ المرتهن مانعا عن تأثير عقد الراهن، فحكم الإسقاط ونحوه حكم القبض في باب الصرف والسلم، فإنّ عدم المانع من أجزاء العله. فملكه المشتري كما تتوقّف على القبض في الصرف والسلم فكذلك تتوقّف ملكه مشتري العين المرهونه على خروج العين عن كونها للدين، وخروجها عنها يتحقّق في الإسقاط أو الفكّ لا زمان العقد، فلا يجرى فيه نزاع الكشف والنقل، بل لا محيص عن الالتزام بالنقل».

٢- ٦. راجع التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١ و ١٢.

٣- ١. راجع هدى الطالب ٥/٢٤٠.

٤- ٢. كتاب البيع ٢/٣٣٢.

وهي ما لو كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضى - وهو عدم الملكيه للعاقده - ولكن حصلت الملكيه بعد للعاقده الفضولي أو لغيره غير المالك الأول.

وعنوان المسأله في كلمات القوم يختص بما إذا كان المالك الجديد هو البائع الفضولي حيث عنوانه بما جعلته عنوانا.

ولكن صور المسأله بلغت إلى ست عشره صوراً (١) لأن الفضولي الذي يكون غير المالك أمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك، وانتقال الملك إلى المالك الجديد إمّا اختياراً أو قهراً، وإمّا أن يجيز المالك الجديد البيع أم لا، فبلغ إلى هنا إلى ثمانين صوراً وهذا كله إذا كان المالك الجديد هو البائع الفضولي وأمّا إذا كان غيره فتبلغ الصور إلى ست عشره صوراً.

هذا إذا جعلنا عنوان المسأله عاماً كما جعله الشيخ الأعظم (٢) قدس سره ولكن إذا جعلنا عنوانها خاصاً كما في كلمات القوم - وكما جعلتها تبعاً لهم - فيخرج الثمانيه الثانيه لأنهم قالوا: «لو باع الفضولي شيئاً ثم ملكه»، وهذا العنوان لا يشمل صور الملكيه الجديده لغير البائع الفضولي.

والمهم في هذه الصور الثمانين الأولى صورتان:

الأولى: أن يبيع الفضولي لنفسه ثم يشتريه من ماله ويؤجز البيع.

ص: ٢٨

١-١ . كما في هدايه الطالب ٣/١٣٤.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٣٥ حيث يقول: «... فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره».

الثانية: أن يبيع الفضولي لنفسه ثم يشتريه من مالكه ولا يُجيزه.

وحكم بقيه الصور يظهر من حكم هاتين بالتأمل، فيقع الكلام فيهما، بل يظهر حكم الصورة الثانية من الصورة الأولى كما هو الواضح ولذا بحث الشيخ الأعظم (١) عن

هذه الصورة الأولى مفصلاً وعن الصورة الثانية مختصراً.

## الصورة الأولى:

ويقع الكلام في ضمن جهات:

## الجهة الأولى: كلمات الفقهاء حول المسألة

### إشارة

قال الشيخ في ما إذا باع أو رهن مالك النصاب قبل إخراج زكاته: «إذا وجبت الزكاة في ماله فرهن المال قبل إخراج الزكاة منه لم يصح الرهن في قدر الزكاة ويصح فيما عداه. وكذلك الحكم لو باعه صح فيما عدا مال المساكين ولا يصح فيما لهم، ثم يُنظر فإن كان للراهن (٢) مال غيره وأخرج حق المساكين منه سلم الرهن جميعه وكذلك البيع» (٣).

وقال: «وإن كانت الهبة فاسده فباع قبل القبض صح البيع، وإن باع بعد القبض فإن كان يعلم أنها فاسده، وأنه لا يملك بها صح البيع، وإن كان يعتقد أنها صحيحة وأن الموهوب له قد ملكها فهل يصح البيع؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: يصح لأنه صادف ملكه وهو الصحيح.

الثاني: لا يصح لأنه لا يبيع ويعتقد أنه متلاعب بذلك.

كما نقول في الرجل يبيع ماله مورثه وعنده أنه ما مات، ثم يتفق أن يكون قد مات قبل البيع، قيل: فيه قولان...» (٤).

أقول: ظاهر الشيخ في الزكاة والهبة صحه بيع من باع شيئاً ثم ملكه من دون حاجه إن الإجازة المستأنفه، في الزكاة كان الصحه ظاهرة وفي الهبة شبه بيع مال المورث

ص: ٢٩

١-٣. المكاسب ٣/٤٥٣.

٢-١. في المطبوعه «الرهن» صححناه بالسياق.

٣-٢. المبسوط ١/٢٠٨.





بظن حياته بالهبة الفاسده و بيع العين الموهوبه مع اعتقاد صحه الهبه واختار هو قدس سره صحه البيع، فكذلك يكون مختاره في بيع مال المورث الصحه.

وقال المحقق: «لو باع النصاب قبل إخراج الزكاه أو رهنه صح فيما عدا الزكاه فإن اغترم حصه الفقراء، قال الشيخ رحمه الله: صح الرهن في الجميع وكذا البيع. وفيه إشكال لأن العين غير مملوكه له وإذا أدى العوض ملكها ملكا مستأنفا وافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفه كمن باع مال غيره ثم اشتراه، و...»(١).

وقال: «... ولو كانت الهبة فاسده صح البيع على الأحوال. وكذا القول فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد بقاءه. وكذا إذا أوصى برقبه مُعْتَقِهِ وَظَهَرَ فسادُ عتقه»(٢).

أقول: كلامه الأوّل ظاهر في الصحه مع الإجازة والثاني في الصحه مطلقا.

قال العلامة في متاجر القواعد: «ولو باع مال أبيه بظن الحياه وأنه فضولي فبان ميّتا - حينئذ - وأنّ المبيع ملكه فالوجه الصحه»(٣).

وقال في هبتها: «وإذا باع الواهب بعد الأقباض بطل مع لزوم الهبه، وصحّ لا معه على رأى، ولو كانت [الهبة] فاسده صحّ إجماعا. ولو باع مال مورثه معتقدا بقاءه أو أوصى بمن أعتقه وظهر بطلان عتقه فكذلك»(٤).

قال السيّد العاملي: «وقد يلوح منه [العلامة] هناك [هبة القواعد] أنّها محل إجماع فليرجع إليه»(٥).

وقال في نهايه الأحكام: «ولو باع مال أبيه بظن أنّه حيّ وهو فضوليّ، فبان أنّه كان ميّتا حينئذ وأنّ المبيع ملك للعاقده فالأقوى الصحه لصدوره من الملك... ويحتمل البطلان لأنّه وإن كان العقد منجزا في الصوره إلاّ أنّه في المعنى معلّق، وتقديره إن مات مورثي فقد

ص: ٣٠

١- ٤. المعبر ٢/٥٦٣.

٢- ١. الشرائع ٢/١٨١.

٣- ٢. قواعد الأحكام ٢/١٩.

٤- ٣. قواعد الأحكام ٢/٤٠٩.

٥- ٤. مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٧.

بعثك ولأنه كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره»<sup>(١)</sup>.

وقال فى بيع التذكرة: «لو باع بطن الحياه وأنه فضولئى فبان موته وأنه مالك صحّ البيع - وهو أصحّ قولى الشافعى - لأنه بيع صدر من أهله فى محلّه.

وأضعفهما: البطلان لأنه كالعابث عن مباشره العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره.

وله آخر: أنه موقوف على تيقن الحياه أو الموت»<sup>(٢)</sup>.

ونحوه فيها<sup>(٣)</sup> فراجعه.

وقال فخر المحققين فى ذيل عبارته متاجر القواعد: «المراد بالصحة هنا اللزوم، ووجه الصحة إنه تصرف من أهله فى محلّه.

ويحتمل وقوفه على إجازته لأنه لم يقصد البيع اللزوم بل الموقوف على الإجازة متجدده من الأب أو من يقوم مقامه ولما اعتبر القصد فى أصل البيع ففى أحواله أولى.

ويحتمل البطلان لأنه إنمّا قصد نقل الملك عن الأب لا عنه ولأنه وإن كان منجزا فى الصورة فهو فى المعنى معلق والتقدير إن مات مورثى فقد بعثك ولأنه كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره»<sup>(٤)</sup>.

وقال الشهيد: «وكذا [أى تصحّ] لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز. ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده وقد نهى عنه. نعم لو باعه موصوفا فى الذمه يطابق ما عند الغير ثم ملكه ودفعه صحّ وأطلق الحلبي<sup>(٥)</sup> صحه بيع ما ليس عنده ويحمل على ذلك»<sup>(٦)</sup>.

وقال فى القواعد والفوائد: «... ويحتمل البطلان، لأنه إنمّا قصد نقل الملك عن

ص: ٣١

١-٥. نهايه الأحكام ٢/٤٧٦ و ٤٧٧.

٢-٦. تذكرة الفقهاء ١٠/١٧.

٣-٧. تذكرة الفقهاء ١٠/٢٢٠.

٤-١. إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

٥-٢. الكافى فى الفقه ٣٥٩.

٦-٣. الدروس ٣/١٩٣.

الأب لا- عنه، ولأنه وإن كان منجزاً في الصورة فهو في المعنى معلقٌ والتقدير: إن مات مورثي فقد بعثك، ولأنه كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره»(١).

وقال الفاضل المقداد: «... وكذا نقول [بالصحة] فيمن باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز»(٢).

وقال المحقق الثاني في ذيل عبارته متاجر القواعد: «قوله: (وأنه فضولي) مستغنى عنه. قلنا: بل أراد به الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف أعنى العقود تابعه للقصد.

[و] أراد: الصحة من غير توقف على شيء آخر، أعنى: اللزوم وينبغي أن يكون ذلك موقفاً على إجازته وهو الأصح، لأنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازته للمالك، إلا أن يقال: قصده إلى أصل البيع كاف. ومثله: ما لو باعه فضولياً ثم تبين شراء وكيله إياه»(٣).

وقال في تعليقه على الإرشاد: «ولو باع مورثه لظن حياته فبان ميتاً وأنه ملكه، أو باع مال غيره ثم اشتراه فهل يصح البيع بمعنى عدم اشتراط الإجازة فيه أم لا؟

وجهان، وعدم الاشتراط في الثاني أبعد، بل البطلان متجه إذا قلنا بأن الإجازة كاشفه، لأن انتقال الملك إلى المشتري الأول إذا كان من وقت العقد استلزم بطلان البيع الثاني، فينتفى الملك، وصحة البيع الأول فرع له»(٤).

وقال ثاني الشهيد في ذيل قول المحقق: «(وكذا القول فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد بقاءه)، بمعنى أنه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور موت المورث حال البيع، وأن البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم وهو صدور البيع عن مالك لأمره.

ويشكل بما مر من عدم قصده إلى البيع اللازم، بل إنما قصد بيع مال غيره وأقدم على عقد الفضولي، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصاً مع ادعائه عدم

ص: ٣٢

١- ٤ . القواعد والفوائد ٢/٢٣٨، قاعده ٢٣٨.

٢- ٥ . التنقيح الرائع ٢/٢٦.

٣- ٦ . جامع المقاصد ٤/٧٦.

٤- ١ . حاشية الإرشاد ٣٣٧/ المطبوعه في ضمن المجلد التاسع من حياه المحقق الكركي وآثاره.

القصد إلى البيع على تقدير كونه ملكه. ولعلّ هذا أقوى لدلاله القرائن عليه، فلا أقلّ من جعله احتمالاً مساوياً للقصد إلى البيع مطلقاً فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع.

إلا أن يقال: إنّ المعتبر هو القصد إلى البيع مطلقاً، ويمنع اعتبار القصد إلى بيع لازم بدليل صحّحه عقد الفضول مع عدم القصد إلى بيع لازم، وتوقفه على إجازة المالك أمر آخر، لأنّ رضا المالك شرط في لزوم العقد لا في صحّته في نفسه، والأمر هنا وقع من المالك، فاجتمع القصد إلى البيع والشرط وهو بيع المالك فلا يفتقر إلى إجازة أخرى. وإلى مثل هذا نظر المصنف وجزم بصحّحه البيع. مثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء وكيله له قبل البيع.

واعلم أنّ الشهيد في الدروس لما نقل عن الشيخ (١) تساوى مسألتي فساد الهبة وبيع مال مورّثه في الحكم بصحّحه البيع وإن جهل الحال قال: «وقد يفرّق بينهما بالقصد إلى صيغته صحيحة في مال المورّث، بخلاف الموهوب» (٢). ولا يخفى عليك فساد هذا الفرق، فإنّ القصد إلى الصيغته الصحيحة بالمعنى المقابل للباطل حاصل في المسألتين وبمعنى اللزوم منتفٍ فيهما، فلا فرق بينهما أصلاً كما لا يخفى» (٣).

وقال الصيمري: «الثالث: لو باع مال غيره ثمّ ملكه قبل فسخ المالك وإجازته، افتقر إلى الإجازة من البائع، لأنّه باع وهو غير مالك ولا بدّ من إجازة المالك وقد صار مالكا فلا بدّ من إجازته...» (٤).

### فذلكه القول في محتملات المسألة وأقوالها

وهنّ ثلاثه:

الأوّل: الصحه من دون توقّفها على إجازة البائع بعد تجدد الملك له: وهو الظاهر من كلام شيخ الطائفة في بيع مال الزكوى قبل إخراج الزكاه منه إذا غرم حصه

ص: ٣٣

١-٢. المبسوط ٣/٣٠٤.

٢-٣. الدروس ٢/٢٨٩.

٣-٤. المسالك ٦/٥١.

٤-١. غايه المرام ٢/١٥.

الفقراء بعد البيع، وفي بيع الهبة الفاسده مع اعتقاد البائع الصحه كما مرّ.

وهو مختار المحقق في الشرائع والعلامه في متاجر القواعد وهبتها وبيع التذكرة ويراها الأقوى في النهايه، وهو مختار الجدّ الشيخ جعفر. (١)

الثاني: صحتها مع توقّفها على الإجازة: وهو الظاهر من معتبر المحقق والشهيد في الدروس والفاضل المقداد في التنقيح ونقله الشهيد عن ابن المتوجّج (٢) وهو مختار المحقق الثاني في جامع المقاصد، والشهيد الثاني في المسالك والصيمري في غايه المرام وعليه صاحب الجواهر (٣) والشيخ الأعظم (٤).

الثالث: البطلان: وهو أضعف قولى (٥) الشافعى.

وهو مختار الشيخ أسدالله التستري (٦) والمحقق النائيني (٧) كما يأتى منه فى ما بعد فى غير الانتقال القهرى وفيه قال بالصحه (٨).

### الجهه الثانيه: إشكالات التستري على القول بالصحه

#### اشاره

ثمّ تعرض الشيخ الأعظم (٩) للإشكالات السبعه - التى ذكرها الشيخ أسدالله التستري فى مقابس الأنوار (١٠) - على القول صحه، وقد مرّ بعضها من العلامه وولده

والمحقق الكركى فيما نقلت عنهم فى الجهه الأولى.

ص: ٣٤

- 
- ١- ٢. شرح القواعد ٢/٩٨.
  - ٢- ٣. كما حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٨.
  - ٣- ٤. الجواهر ٢٣/٤٨٢ (٢٢/٣٠٠)، ولكنّه فى المسأله التى ذكرها الشيخ الطوسى فى كتاب الزكاه يظهر منه القول بالبطلان، راجع الجواهر ١٥/٢٤٥ (١٥/١٤٢).
  - ٤- ٥. المكاسب ٣/٤٣٧ و ٤٦٢.
  - ٥- ٦. أى مذهبه القديم والجديد.
  - ٦- ٧. مقابس الأنوار / ١٣٤.
  - ٧- ٨. المكاسب والبيع ٢/١٦٧ و ١٧٥.
  - ٨- ٩. منيه الطالب ٢/١١٨.
  - ٩- ١٠. المكاسب ٣/٤٣٧.



(١):

لو باع مال الغير لنفسه كان باطلاً بوجوه خمسة قد مرّ في المسألة الثالثة من بيع الفضولي، تحت عنوان «أدله بطلان بيع الفضولي لنفسه ومناقشتها» (٢).

ولكن بعض هذه الوجوه لا- يجرى هنا وهما الوجهان اللذان يختصان بالغاصب - أى الوجه الثانى (٣): اعتبار عدم سبق منع المالك، والوجه الثالث (٤): فقدان قصد المعاوضه الحقيقيه - لأنّ البائع هنا ليس غاصبا بل يكون مالكا.

وفيه: قد مرّت هذه الأدله ومناقشتها مفصلاً فلا نعيدها فراجع ما حررته هناك. (٥)

## الاشكال الثانى

(٦):

يعتبر فى صحه البيع أمور ثلاثه: ١- الملك، ٢- رضا المالك، ٣- القدره على التسليم. وفى بيع الفضولى يتحقق جميع هذه الأمور من جانب المالك. ولكن فى مسألتنا - من باع شيئاً ثم ملكه - المالك خرج عن قابليه الإجازة بالموت أو بالبيع للعاقده فلا يتحقق هذه الأمور الثالثه، والمالك الجديد لا يكون مالكا حين العقد، والمالك حال العقد لا يعتبر رضاه.

وقد أجاب عنه الشيخ الإعظم (٧) بجوابين:

الأول: بالنسبه إلى عدم رضايه من يعتبر رضاه، ذهب إلى أنّ المعتبر من الرضا إنّما هو رضا المالك حال الإجازة، لا رضا المالك حال العقد، لأنّ دليل اعتبار الرضا فى

ص: ٣٥

١-١ . مقابس الأنوار / ١٣٤.

٢-٢ . راجع الآراء الفقيهيه ٥/٣٢٤.

٣-٣ . راجع الآراء الفقيهيه ٥/٣٢٥.

٤-٤ . راجع الآراء الفقيهيه ٥/٣٢٥.

٥-٥ . راجع الآراء الفقيهيه ٥/٣٢٤.

٦-٦ . مقابس الأنوار / ١٣٤.

٧-٧ . المكاسب ٣/٤٣٧.



المعاملات هو آية التجاره(1) وقوله عليه السلام : لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه.(2) ومدلولهما اعتبار رضا المالك حين الإجازة لا حين العقد.

الثانى: بالنسبه إلى القدره على التسليم، ذهب إلى أنّ القدره على التسليم معتبره فى حق المالك حين العقد ولا- يفيد حال الإجازة إلا- أنّه كلام آخر لا- ربط له بالمقام. لأنّ الكلام فى صحه البيع الصادر عن الفضولى فيما إذا ملكه وأجاز، وبطلانه من أجل عدم القدره على التسليم أمر آخر غير ما نحن بصددّه.

أقول: بل يمكن أن يجاب عن الثانى بأنّ المعتبر هو القدره على التسليم حال الإجازة بل القدره على التسليم فى موعد التسليم لا القدره عليه حال العقد، والقدره عليه حين الإجازة بل فى موعد التسليم، وهى موجوده فى هذا العقد.

### الإشكال الثالث

#### إشاره

(3):

الإجازة كاشفه على الأصح عندنا وعند الشيخ التستري عن الملكيه حال العقد، وإذا فرضنا صحه البيع فى مسألتنا فلأزمه أن يكون المال ملكا للمشتري من حين العقد مع أنّ المفروض عدم دخوله فى ملك المالك المجيز حين العقد حتّى يدخل منه إلى ملك المشتري، والخروج من الملك فرع للدخول فيه، وما لم يدخل فى ملكه كيف يعقل خروجه عنه، وهذا يكشف عن بطلان المعامله.

### جواب الشيخ الأعظم

جواب الشيخ الأعظم(4): الإجازة على القول بالكشف توجب انتقال المال إلى المشتري من حين العقد إذا لم يكن هناك محذور فى البين، وأمّا إذا وجد محذور - كما ورد فى الإشكال - فالمتبع هو دليل الاعتبار فيحكم بكاشفيه الاجازة من زمن يمكن الانتقال من المالك المجيز إلى المشتري وهو أول زمان انتقال الملكيه إلى المالك الثانى الذى أجاز البيع، فدخل المبيع أنا ما فى ملكه ومنه ينقل إلى المشتري ويرتفع المحذور.

ص: ٣٦

١- ٨. سورة النساء / ٢٩.

٢- ٩. وسائل الشيعه ٥/١٢٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

٣- ١. مقابس الأنوار / ١٣٤.



مضافاً إلى أنّ مقتضى الصّحة موجود في مسألتنا - وهو العمومات والإطلاقات الواردة في صّحة البيع - ولا مانع عن الصّحة إلاّ إجازة المالك الجديد وإذا حصلت تلك الإجازة فهى تكسب عن ثبوت الملكيه من أولّ أزمته إمكان قابليه الملك إلى المشتري له من دون ترتب محال عقليّ أو شرعيّ في المقام.

ثمّ ذكر (1) أنّ مسألتنا لا تُقاس بما إذا خصص المالك المميز الإجازة بزمن متأخر عن العقد مثلاً بأنّ أجازته من حين الإجازة فيحكم بالبطلان لأنّ العقد قابل لتزيب الأثر من حينه فلا وجه لتقييد توسط المالك فيكون باطلاً من رأسه.

وأما في مسألتنا فليس العقد قابلاً لترتب الملكيه عليه من حينه، فيترتب عليه من أولّ أزمته إمكانه وهو كما مرّ انتقال الملك إلى المالك الجديد. انتهى جواب الشيخ الأعظم بتقريب منّا.

ولكن المحقّق النائيني (2) استدللّ للبطلان بمنع اقتضاء البيع للصّحة في المقام لما مرّ من أنّ بيع الأصيل ماله من البائع الفضولى يقتضى بطلان بيع الفضولى لأنّ الردّ كما يتحقّق بالقول يتحقّق بالفعل أيضاً.

ولكن يرد عليه أولاً: قد مرّ في تنبيهات الإجازة (3) أنّ الردّ لا يقتضى بطلان بيع الفضولى فراجع ما حررته هناك.

وثانياً: أنّ الدليل أخص من المدعى لأنّ ما ذكره إنّما يجرى فيما إذا ملك البائع ما باعه بالشراء كما مثل له ولكن لا يجرى فيما إذا ملكه بالإرث، والوجه في ذلك أنّ انتقال الملك بالإرث لا يعدّ ردّاً من المورث للعقد الصادر عن الوارث.

وثالثاً: وعلى فرض أنّ الردّ يقتضى بطلان بيع الفضولى إنّما يقتضى ذلك إذا ردّ المالك العقد الواقع على ملكه، وأمّا العقد الواقع على ملك غيره فليس للمالك رده، وفي مسألتنا العقد يقع في ملك المالك الجديد فعلاً - بعد الشراء أو الإرث - فليس للمالك

ص: ٣٧

١-٣ . المكاسب ٣/٤٣٩.

٢-١ . منيه الطالب ٢/١١٧.

٣-٢ . راجع الآراء الفقيهيه ٥/٥٠٥.

السابق ردّه، وللمالك الجديد إجازته أو ردّه على القول بلزوم الصحة الإجازة المُستأنفه منه.

ثم لا يُدري ما الفرق بين الإرث والبيع في انتقال المال إلى المالك الجديد؟! حيث ذهب المحقق النائيني (١) إلى أنّ إجازة الوارث تكشف عن الملكيه من حين العقد للمشتري في حياه المورث بادعاء قيام الوارث مقام المورث في الأموال فكأنّ العقد صدر من المورث بنفسه، ولكن إذا كان الانتقال بالشراء فتأثير الإجازة لحصول الملكيه للمشتري من حين ملكيه المالك الجديد يحتاج إلى دليل مفقود.

ولا ينقضى تعجبي من المحقق السيد الخوئي حيث استشكل على الشيخ الأعظم بأنّ المقايسه بين ما إذا خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد ومسألتنا

تامه - خلافاً للشيخ الأعظم ومرّ منه بأنّ المقايسه بينهما باطله - وقال: «الوجه فيه [أى فى البطلان هناك] ليس إلا أنّ المنشأ بالعقد إنّما هي الملكيه المطلقه من حين العقد، فإذا تعلقت الإجازة بالملكيه المتأخره عنه لم تتعلّق الإجازة بما وقع، فما وقع لم يجز وما اجيز لم يقع، وفى المقام [مسألتنا] أيضا يجرى هذا الوجه، لأنّه إذا سئل المشتري من أى زمان اشتريت؟ أجاب بأنّي اشتريت من حين العقد، والمفروض عدم تعلّق الإجازة بالملكيه من حين الشراء ولو كان ذلك لمانع شرعى فلو قلنا بالبطلان هناك لا بدّ من القول به فى المقام أيضا» (٢).

وجه التعجب: تخصيص الانتقال بزمن ما بعد العقد فى ما إذا كان الانتقال من حين العقد ممكنا - شرعا وعقلاً - يضرّ بالبيع ويصيره باطلاً وأمّا إذا كان الانتقال من حين العقد فلا يكون ممكنا - شرعا أو عقلاً - ولا يضرّ بصحة العقد الذى مدلوله الانتقال من حينه لأنّ المال غير قابل للانتقال شرعا إلاّ أوّل أزمنه تملك المالك المجيز، فتكون عموم الإجازة بالنسبه إلى ما قبل ذلك الزمن ملغاه، وكان ذلك نظير الإجازة فى ما إذا كان

ص: ٣٨

١-٣. راجع منه الطالب ٢/١١٨.

٢-١. محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٣٢.

القبض فيه شرطاً للانتقال كما عليه شيخنا الاستاذ (١) قدس سره .

## الإشكال الرابع

(٢):

القول بصحة مسألتنا - من باع شيئاً ثم ملكه - يستلزم اجتماع المالين على ملك واحد، واستحاله ملكيه المشتري للعين المشترية.

وأما الأول: فعلى القول بالكشف، الإجازة تكشف عن ملكيه المشتري للعين من حين العقد، والمفروض أنّ المال في ذلك الوقت يكون للمالك الأول ولذا صحّ انتقاله منه إلى المالك الثاني المجيز بالانتقال الاختياري أو القهري، ثم بعد حصول الانتقال إلى المالك الثاني المجيز صحّت إجازته للعقد لأنه صار مالكا للعين.

ولو لم تكن العين للمالك الأول لم يصح شراء الثاني المجيز منه - أو انتقالها إليه - فلم تصح إجازته للعقد، ولازم ذلك أن تكون العين من حين العقد إلى حين الانتقال للمالك المجيز مملوكة للمالكين - المالك الأول والمشتري - .

وأما الثاني: فإنّ ملك المشتري للعين من حين العقد يستلزم عدم كون المالك

الأول مالكا لها من حين العقد لاستحاله كونها ملكاً للثنيين بالاستقلال، وإذا لم تكن ملكاً له - أي للمالك الأول - فلا يصح انتقالها إلى المالك الثاني المجيز وبالتالي لم تصح إجازة المالك المجيز للعقد السابق فلا تتم ملكيه المشتري للعين حال العقد، فيلزم من ملكيه المشتري من حين العقد عدم ملكيته، وما يلزم من وجوده عدمه محالاً، فملكيه المشتري للعين مستحيلٌ والعقد باطل.

جوابه: لا يردُّ الإيرادان على القول بالصحة حتّى على القول بالكشف في الإجازة لما مرّ آنفاً في الجواب عن الإشكال الثالث بأنّ العين تنتقل إلى المشتري من أول أزمته إمكان انتقالها من المالك الثاني المجيز إليه، وهو أول زمان دخلت العين في ملكه - أي المجيز - بالشراء أو الإرث، فحينئذ قبل انتقال العين إلى المجيز كانت في ملكيه المالك

ص: ٣٩

١-٢ . راجع إرشاد الطالب ٤/٢٨.

٢-٣ . راجع مقابسات الأنوار ١٣٤/١.

الأول بلا تراحم، فلا يلزم اجتماع المالكين على ملك واحد، ولا يلزم من وجوده عدمه.

## الإشكال العام للمحقق التستري

### إشاره

ثم ذكر التستري (١) إشكالاً عاماً على جميع المعاملات الفضوليه بناءً على الكشف من حين العقد أو من قابليه المحل كما في مسألتنا - تحت عنوان إن قلت - وهو أن الإجازة تكشف عن ملكيه المشتري للعين من حين العقد أو من حين قابليه المورد، ولا يلزم ذلك أن لا تكون العين ملكاً للمجيز حال الإجازة ومعه كيف تؤثر في تملك المشتري من حين العقد أو من حين قابليه المورد، ولا يلزم صحه إجازته أن تكون العين ملكاً للمجيز والمشتري - معا - في حال إجازة المجيز.

### جوابه:

### إشاره

وأجاب التستري نفسه عن الإشكال - تحت عنوان قلنا (٢) - بأن ملكيه الصوريه الظاهريه الحاصله بالاستصحاب للمجيز كافي في صحه الإجازة وإن لم يكن مالكا واقعياً لأن الإجازة رفع لليد وإسقاط للحق وفيه يكفي الملك الصوري الظاهري، بخلاف العقد الثاني - شراء المجيز العين من المالك الأول - لأنه يحتاج إلى الملك الواقعي لأنه عقد وصحه العقد تتوقف على الملك واقعا.

### ولكن الشيخ الأعظم أورد على جوابه بإيرادات أربعة:

الأول: الملك الصوري الاستصحابي لا يكفي في الإجازة لأن الفضولي لو باع مال أحدٍ وقبل إجازة المالك باعه وكيل المالك من شخص آخر ولم يعلم به المالك ثم أجاز

المالك البيع الفضولي باستصحاب ملكه، وبعد ذلك ظهر أنه لم يكن مالكا للمال حال الإجازة لأن الوكيل باعه من شخص آخر، فلا يمكن الالتزام بصحه الإجازة حينئذ مع أن الملك الصوري متحقق في المثال. ومنه يظهر أن الإجازة متوقفه على الملك الواقعي ولا يكفي فيها الملك الاستصحابي.

الثاني: الفرق بين الإجازة والعقد الثاني غير موجود لأن الإجازة ليست رفعا لليد

ص: ٤٠



واسقاطا للحق، بل هي مما يُصَيِّحُ الاستناد وكأنه باع ماله حين الإجازة ومن الواضح أن البيع يتوقف على الملك الواقعي ولا يكفي فيه الملكيه الاستصحابيه لأنه من الشرائط الواقعيه لا العلميه حتى يقال فيه بكفايه الاستصحاب فيه.

الثالث: سلّمنا أنّ الإجازة هي إسقاط للحق ورفع لزيد فقط مع ذلك لا يكفي فيها الملكيه الاستصحابيه الظاهريه لعدم معقوليه إسقاط الحق مع انتفاء الحق قبل ذلك الاسقاط كما في مسألتنا بناءً على الكشف لأنّ الإجازة تكشف عن ملكيه المشتري من حين العقد فالمجيز لم يكن مالكا حين الإجازة.

الرابع: إشكال التستري على المعاملات الفضوليه إنّما يبتنى على الكشف الحقيقي وأما بناءً على الكشف الحكمي فلا- يجتمع المالكان على ملك واحد. لأنّ المشتري إنّما ينزل منزله المالك في ترتب الآثار فقط، لا- أنه يكشف عن الملك الحقيقي ليرتب الاشكال. ولأنّ المشتري مالك تنزيليّ أو مجازيّ أو ادعائيّ، أما المالك الواقعي والحقيقي فهو المجيز فيرتفع اشكاله من الأساس. مضافا إلى تعدد زمان الاعتبارين كما مرّ في بحوث الكشف.

## أجوبه الإعلام عن الإشكال العام

### ٢- إجابة المحقق النائيني عن إشكال اجتماع المالكين على ملك واحد في مسألتنا

#### إشاره

ذهب قدس سره إلى أنّ المستحيل هو اجتماع المالكين العرضيين وأما اجتماع المالكين الطوليين فلا استحاله فيه قال: «وأدلّ الدليل على إمكانه وقوعه كما في ملك العبد الذي يملكه المولى، وإنّما الممتنع اجتماع مالكين عرضيين ففي المقام حيث إنّ ملك المجاز له مترتب على ملك المجيز وقوامه به فاجتماعهما لا يضر» (١).

واعترض عليه المحقق السيّد الخوئي (٢) رحمه الله بأنّ لم يجد مالكان طوليان في المقام وقال: إذ لا- طوليه لملكيه المشتري والمالك المجيز - لأنّ المالك لا يملك المشتري ليملك ما ملكه بتبعه ليكون ملك أحدهما في طول ملك الآخر - وليس في المقام إلا كون مالكيه المشتري معلوله لملكيه المجيز وهما مالكان مستقلان عرضيان فما ذكره من الإجابة غير تام.

### ١- إجابة السيّد اليزدي

قال: «الصواب في الجواب عنه أن يقال: أنّه يكفي في صحه الإجازة الملكيه التقديرية، بمعنى كون المال له لو لا هذه الإجازة، فإنّ المفروض أنّه يخرج عن ملكه بسبب هذه الإجازة، وهذا المقدار يكفي في صحتها ولا نسلم توقفها على الملكيه الفعلية حينها. ومثل هذا الجواب لا- يجري فيما نحن فيه [مسألتنا] فإنّ صحه العقد الثاني لا يكفي فيها الملكيه التقديرية بل لابدّ من الفعلية ولو لا تعبيره بالاستصحاب أمكن حمل كلامه على ما ذكرنا، بأنّ يكون مراده من الملكيه الظاهريه والصوريه ما ذكرنا من التقديرية، ولكن مع هذا التعبير لا مفرّ من ورود ايراد المصنف [الشيخ الأعظم] عليه» (٣).



- ١-٤ . منيه الطالب ٢/١١٩ .
- ٢-٥ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٣٤ ، التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٦ .
- ٣-١ . حاشيته على المكاسب ٢/٢٣٠ .

مراده: من الملكيه التقديرية هي الملكيه اللولائيه: أعنى لو لا- الإجازة كان المال ملكا له كما صرح بها في أوّل كلامه، وهذه «نظير الصّحه اللولائيه في باب النذر، كما إذا نذر ترك الصلاه في الحمام، فإنّ الناذر لا يقدر على الصلاه الصحيحه إلا بإرادته الصّحه لو لا النذر»(١).

وتبعه تلميذه المحقّق الشهيدى(٢).

ولكن يرد عليه: أنّ المستفاد(٣) من ظاهر الأدله في باب المعاملات وصحتها الملكيه الفعلية لا الملكيه التقديرية.

### ٣- جواب المحقّق الايروانى

قال في توضيح جواب المحقّق التستري في كفايه الملكيه الصوريه الظاهريه:

ص: ٤٢

١- ١. كما في هدى الطالب ٥/٢٧٣.

٢- ٢. هدايه الطالب ٣/١٣٩.

٣- ٣. كما صرّح به الفقيه الشريعتمدارى في تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٣/٦٢.

«مراده من الملك ظاهراً كونه محكوماً بأنه ملك للمجيز وإن لزم من صحه الإجازة، عدم كشفها كونه ملكاً له في زمان الإجازة ونظيرها في ذلك الإقرار على ما في اليد بأنه للغير فإنه يكفي في نفوذ الإقرار كون ذلك له بمقتضى يده لو لا إقراره وإن لزم من نفوذ إقراره

عدم كونه له.

بل يمكن أن يقال: يكفي في صحه الإجازة ونفوذها ملك المجيز حال العقد، فإن الإجازة تجعل العقد الصادر من الفضولي في قوه الصادر من المالك في ذلك الزمان، والعقد الصادر من المالك في ذلك الزمان يؤثر في ذلك الزمان.

وخلصه بيانه هو: أنه لا يستفاد من أدله اعتبار طيب نفس المالك في حلّ ماله إلاّ عدم ارتفاع ملك أحد إلاّ بطيب نفسه، أما كون ذلك الارتفاع بعد طيب النفس ليلزم أن يكون في رتبه سابقه على طيب النفس مالكا فلا، فيمكن أن يكون المال بطيب نفس متأخر منتقلاً عنه في زمان سابق وهو زمان تعلق رضا المالك بتحقيق الانتقال فيه كما هو مبنى القول بالكشف فيكون النقل حالياً والمنتقل أمراً سابقاً كما في عكسه من النقل الحالى والمنتقل الاستقبالى»<sup>(1)</sup>.

ويرد عليه: أولاً: قياسه بباب الاقرار لا يتم لأن الملكين في باب الإقرار إما فظاهريان أو أحدهما ظاهرياً والآخر واقعي وإمكان اجتماعهما واضح ولكن في الفضولي يكونان واقعيين ولا يمكن اجتماعهما.

وثانياً: الظاهر من قوله عليه السلام: «لا بيع إلاّ في ملك» هو وقوع البيع في الملكيه الفعلية لا الملكيه السابقه، فلا بد من صدور الإجازة في الملك الفعلي لمالك العين.

#### ٤- إجابته المحقق الأصفهاني

قال: «ويندفع الاشكال العام: بأن اتصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هي إجازة غير لازم، بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل ليكون النقل عن ملكه، فللمالك نقل ملكه مباشرةً وتسيباً وإجازةً، وحيث أنّ زمان العقد على الكشف زمان التصرف

ص: ٤٣

الناقل لفرض شرطيه المتأخر، فزمان تحقّق العله الموجبه للنقل هو زمان العقد، وهو مالك بملكه متصله بزمان العله الموجبه، والنقل منه فى هذا الزمان نقل لملكه إلى غيره.

وبالجملة: كما أنّ الملكيه الفعلية المتصله بحال العقد مباشره تصحح النقل، كذلك هذه الملكيه تصحح النقل من حين العقد...»(١).

ويرد عليه: لو قلنا بكفايه الملكيه حال العقد وعدم لزوم اتصالها بزمان الاجازه، وعدم اتصال الملكيه بزمان الاجازه حتى على نحو الملكيه الظاهرية الصوريه - كما عليه

الشيخ التستري - أو الملكيه التقديرية اللولائيه - كما عليه السيد اليزدى - يلزم من هذا القول صحه الاجازه ولو بعد خروج العين عن ملكيه المالك الأصلي، فحينئذ فلو باع الفضولى ثم باع المالك الأصلي ما باعه الفضولى، ثم أجاز المالك بعد بيعه مباشره، لا بدّ من القول بصحه هذه الاجازه وصحه بيع الفضولى وبطلان بيع المالك الأصلي ولم يقل به أحد.(٢)

#### ٥- إجابته المحقّق السيد الخوئى:

قال: «والصحيح أن يقال: إنّه بناءً على الكشف الحقيقى لا مانع الالتزام بكفايه الاجازه عن من يخرج عن المالكه بنفس الاجازه، أى الاجازه معتبره عن مَنْ هو المالك لو لا الاجازه، بأن تكون الاجازه فعلاً بيعا للمال السابق. وهذا أمر ممكن فى حدّ نفسه، نعم يحتاج إلى دليل فى مقام الوقوع، فإننا ذكرنا سابقاً أنّه لا مانع من بيع المالك فعلاً شيئاً من أملاكه منذ أسبوع بأن يكون البيع فعلياً [من الآن] والملكيه من السابق فيما إذا وافقه دليل شرعى، فيكون بيع المالك الذى يخرج عن كونه مالكا بنفس البيع صحيحاً وممكناً فى حدّ نفسه، فيتملك المشتري المال من قبل أسبوع ولا بأس بالالتزام بذلك، نعم لا بدّ من تتبع الأدله ليرى أنّها توافق هذا الممكن أم لا»(٣).

أقول: وأنت ترى أنّه قدس سره جمع بين جوابى السيد اليزدى والمحقّق الايروانى فى

ص: ٤٤

١-٢. حاشيه المكاسب ٢/٢١٨.

٢-١. يظهر هذا الايراد من السيد الخمينى فى كتاب البيع ٢/٣٥٢.

٣-٢. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٦.

صدر كلامه وذيله فيرد عليه ما أورده عليهما فلا أعيد.

والجواب الصحيح مضافاً إلى ما ذكره الشيخ الأعظم (١) من ابتناء الاشكال على الكشف الحقيقي وأما على الكشف الحكمي فلا يجرى الاشكال ولا يجتمع المالكان على ملك واحد كما مرّ آنفاً في توضيح إشكاله الرابع على الشيخ التستري، ما مرّ منّا في الإجابة عن الاشكال الثاني الذي أورده الشيخ الأعظم على الوجه الثاني من وجوه الاستدلال على الكشف فراجع ما حررناه هناك (٢)، والحمد لله.

## الاشكال الخامس

### إشارة

(٣):

قد عرفت أنّ الإجازة بناءً على الكشف الحقيقي تنتقل العين بها من حين العقد إلى المشتري ويصيرُ مالكا لها، فحينئذٍ يكونُ بيعُ المالكِ الأوّل لها من المالكِ الثاني المُجيزِ فضولياً؛ لأنّه وقع على ملك المشتري فتوقف صحته على إجازته وعليه يلزم أن يتوقّف شراء المالكِ الثاني المُجيزِ على إجازة المشتري، وصحة شراء الفضولي تتوقف على إجازة المالكِ المُجيزِ فكلّ إجازة تتوقف على إجازة الآخر وكلّ ملك يتوقف على ملك الآخر وهذا من الأعاجيب لأنّه من الدور الذي يكون محالاً عقلاً.

بل لازم ذلك اجتماع الثمن والمثمن في ملك المشتري لأنّه إذا اشتراه مثلاً بخمسين دولاراً من المالكِ الثاني الفضولي المُجيزِ وأجازته بعد ملكه تكشف إجازته عن ملك المشتري من حين العقد، وبعد ذلك إذا باعه المالكِ الأوّل من المالكِ الفضولي المُجيزِ بنفس السعر، فقد وقع البيع على ملك المشتري فيرجع الثمن إليه لأنّه المالك من حين العقد فيملك المشتري بين الثمن والمثمن بعد البيع الثاني وهذا من المحالات الشرعية.

بل إذا باعه المالكِ الأوّل من المالكِ الثاني الفضولي المُجيزِ بأكثر من الخمسين صارت تلك الزيادة في ملك المشتري.

نعم، لو باعه بأقل ممّا اشتراه به المشتري من المالكِ الفضولي - مثلاً بأربعين - يقع

ص: ٤٥

١-٣. المكاسب ٣/٤٢٢.

٢-٤. الآراء الفقهية ٥/٣٩٦.

٣-٥. مقابس الأنوار/ ١٣٥.

العين في مقابل عشره في المثال.

## وأجاب الشيخ الأعظم

وأجاب الشيخ الأعظم (١) عن هذا الإشكال بأنه كسابقه مبنى على الكشف الحقيقي من حين العقد ولكن قد مرّ أنّ الصحيح هو الكشف في أول أزمته إمكانية وهو يختلف باختلاف الموارد، ثم ذكر منشاء هذه الإشكالات شىء واحد وقد نبّه عليه في الإيضاح (٢) وجامع المقاصد (٣).

## جواب السيد اليزدى عن الاشكال الخامس

### اشاره

قال: «الحاجه إلى إجازته المشتري الأول ليست على كلّ تقدير، بل على تقدير إجازته العقد الأول [من جانب المالك المجيز] فيمكن أن يصح العقد الثانى بدون إجازته العقد الأول، ومعه فلا حاجه إلى إجازته المشتري الأول، ليقال إنّها [إجازته المشتري الأول] موقوفه على إجازته المشتري الثانى، فيتوقف صحت العقد الثانى على إجازته

المشتري الثانى مع الواسطه...» (٤).

## جواب الشيخ الأعظم عند المحقق النائنى

يرى النائنى بطلان المعامله: «لأنّ الإجازته انفاذ للعقد السابق وليس الكشف والنقل داخلين فى مفهومها، إنّما الكشف والنقل حكم شرعى مترتب عليها... فعلى فرض الكشف إذا كان المنكشف باطلاً لأجل عدم تحقّق شرطه تلغو الإجازته، وأمّا تقطيع الملكيه باعتبار استمرارها من زمان العقد... والحكم بكشف الإجازته عن حصولها فى زمان يمكن حصولها وعدم حصولها فى زمان قبله فهو خارج عن متعلّق الإجازته لأنّها تعلقت بالعقد الصادر عن المجيز كما لا يخفى...» (٥).

وقال: «إنّ الحق فى الإجازته بناءً على الكشف هو الحكم بالبطلان فيما إذا تعذر

ص: ٤٦

١-١ . المكاسب ٣/٤٤٤.

٢-٢ . إيضاح الفوائد ١/٤١٩.

٣-٣ . جامع المقاصد ٤/٧٣ و ٧٤.

٤-١ . حاشيه المكاسب ٢/٢٣٢.



النقل من حين العقد لا الحمل على ما يمكن كما مرّ توضيحه»(١).

### إجابة الفقيه الشريعتمدارى عن الشيخ الأعظم

يرى السيد الشريعتمدارى جواب الشيخ الأعظم صحيحا فى مقام الثبوت وأما فى مقام الإثبات وإقامه الدليل عليه فلا يخلو من الاشكال.

وذهب إلى: «أن المطالب والمسائل هنا [فى المعاملات] عرفىّ والإجازه كان لها حكم العقد المستأنف كانت تراضيا مستانفا... فيمكن حينئذ القول بأنّ العرف يلغى الخصوصيات والأصل سلطنه المالك واجازته عقد الفضولى أو عدمها، والمسأله مسأله عرفيه بناءً على هذا الممشى، [و] إقامة الدليل على الصحه فى كلّ مورد حيث يمكن لا تخلو عن إشكال»(٢).

### الجواب المختار للإشكال الخامس

العقد الثانى أى الذى وقع بين المالك الأصيلى والمالك الثانى المجيز ليس للمشتري مدخليه فيه، لأنه وقع قبل صدور الإجازة من المجيز وانتقال الملك إليه فعليه المالك الأصيلى يبيع ملكه والمالك الثانى المجيز يشتري لنفسه وبماله وليس للمشتري دخاله فى هذا العقد، نعم بعد هذا البيع انتقل المال إلى المالك الثانى المجيز فينتقل منه إلى

المشتري من دون حاجه إلى الإجازة المستأنفه كما هو المختار أو بعد صدور الإجازة منه، ومنهما - أى من أول أزمه نقل الملكيه إلى المالك المجيز أو بعد صدور الإجازة منه - صار المشتري مالكا ولكن مبدأ ملكيته يكون من حين شرائه - بناءً على الكشف الحقيقى، ولا- إشكال فى التفاوت بين زمانى المالكيه والملكيه بلا فرق بين أن مبدأ الملكيه يكون متقدما على زمان المالكيه - كما فى ما نحن - أو متأخرا عنه كما فى الوصيه التملكيه.

فَنَحْنُ لا نحتاج إلى ما ذكره الشيخ الأعظم من قضيه الانتقال فى ما نحن فيه من

ص: ٤٧

١-٣. المكاسب والبيع ٢/١٧٥.

٢-٤. تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٣/٧١.



أول أزمته الإمكان لأنَّ الفرق الزمني بين المالكه ومبدأ الملكه موجود.

مضافا إلى إمكان قبول مقاله الشيخ الأعظم من دون إشكال عليه لأنَّ العمومات والاطلاقات الواردة في صحه بيع الفضولي تقتضى صحه بيع مسألنا ولكنَّ هنا مانعا يمنع من جريان أدله الصحه وهو عدم مالكيه البائع ففي أيّ آن ارتفع هذا المانع، تجرى أدله الصحه ويحكم بها، فمقاله الشيخ الأعظم رحمه الله تامّة عندنا، والحمد لله.

## الإشكال السادس:

### إشاره

بيع المالك الأصلي فسخ للمعامله الفضوليه فلا تجدى الإجازة المتأخره بعد الفسخ، فعقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزه بل أولى منها، فكما أنّ التصرف المنافي مبطل لها كذلك للعقد الفضولي. (١)

وبعبارة أخرى: «أنّ من المعلوم أنّه يكفي في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولما باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه وتملك الثمن وهو لا يجمع صحه العقد الأول، فإنها تقتضى تملك المالك للثمن الأول، وحيث وقع الثاني يكون فسحا له وإن لم يعلم بوقوعه فلا يجدى الإجازة المتأخره» (٢).

وبعبارة ثالثة: الردّ الفعلي كافٍ في بطلان العقد الفضولي والمالك يبيعه المال قد ردّ العقد فلا يبقى هناك مورد للإجازة من البائع بعد ذلك» (٣).

## إجابة الشيخ الأعظم

### (٤)

فسخ عقد الفضولي هو إنشاء ردّ العقد، والفسخ هنا غير معلوم لعدم العلم بقصد المالك الأول إنشاء الفسخ بالفعل المنافي - لاسيما مع جهله بوقوع عقد الفضولي على ماله - ومع عدم إحراز الفسخ لا وجه للحكم بردّ عقد الفضولي.

نعم، الفعل المنافي قد يفوت محلّ الإجازة نحو تزويج المرأه نفسها بغير من زوجها

ص: ٤٨

١-١ . مقابس الأنوار / ١٣٥.

٢-٢ . المكاسب / ٣/٤٤٤.

٣-٣ . التنقيح في شرح المكاسب / ٢/٢٧.



الفضولى، وفى موردنا يفوّت محلّ الإجازة بالنسبة إلى المالك الأوّل الأصلى وأما محلّ الإجازة بالنسبة إلى المالك الثانى المجيز فإنّه يكون باقيا وإجازته تُصحّح بيعه الأوّل مع المشتري.

وبالجملة: إن أراد التستري مع البيع الثانى - أى بيع المالك الأصلى من المالك الثانى المجيز - إبطال أثر عقد الفضولى بالنسبة إلى المالك الأوّل فهو تام لأنّ بعد بيعه ليس له مال حتّى يجيز عقد الفضولى الواقع عليه.

وإن أراد من البيع الثانى إبطال أثر عقد الفضولى مطلقا حتّى بالنسبة إلى المالك الثانى المجيز فهو غير تام، لأنّ الثانى مالك ويريد إجازة هذا العقد فينفذ فى حقّه.

وتوهم التعبير عن البيع الثانى بأنّه ردّ لعقد الفضولى وظاهر فى بطلان عقد الفضولى مطلقا، باطلٌ لعدم الدليل على هذا الإطلاق وإمكان بقاء العقد بالنسبة إلى المالك الثانى المجيز. (١)

وقياس البيع الثانى بالنسبة إلى بطلان عقد الفضولى مطلقا ببطلان عقد الجائر بالتصرف المنافى له من بيع أو هبة أو صلح أو غيرها، ليس فى محلّه «لأنّ صحه تصرف المنافى تتوقّف على فسخ العقد وإلاّ وقع فى ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه فإنّ تصرف المالك فى ماله المبيع فضولاً صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غايه الأمر أنّه إذا تصرف فات محلّ الإجازة» (٢).

«ومن ذلك يظهر ما فى قوله رحمه الله أخيراً: «وبالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزه بل اولى» (٣)، فإنّ قياس العقد المترزّل من حيث الحدوث [الفضولى] على المترزّل من حيث البقاء [العقود الجائزه] قياس مع الفارق فضلاً عن دعوى الاولويّه» (٤).

ص: ٤٩

١-١ . راجع المكاسب ٣/٤٤٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٤٦.

٣-٣ . مقابس الأنوار / ١٣٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٤٦.

قال التستري: «ويدل على ما اخترناه [البطلان]: الأخبار المعتبره المستفيضه، منها: جمله من الأخبار المتقدمه فى الموضوع الأول...» (١).

قال الشيخ الأعظم مستدلاً له: «الأخبار المستفيضه الحاكيه لنهى النبی صلی الله علیه و آله عن بیع ما ليس عندك فإنّ النهی فیها إمّا لفساد البیع المذكور مطلقاً بالنسبه إلى المخاطب وإلى المالك فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، وإما لبيان فساده بالنسبه إلى المخاطب خاصه - كما استظهرناه سابقاً (٢) - فيكون دالاً على عدم وقوع بیع مال الغير لبائعه مطلقاً ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادته حکم خصوص صورته تملكه بعد البیع، وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان» (٣).

وهنّ على طوائف:

#### الطائفة الاولى: المطلقات

منها: صحيحه سليمان بن صالح الجصاص عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله فى حديث: وعن بیع ما ليس عندك، الحديث. (٤)

ومنها: صحيحه الصفار حيث وقع أبو محمد الحسن بن على العسكرى عليه السلام فى جواب مكاتبه: لا يجوز بیع ما ليس يملك، المكاتبه. (٥)

ومنها: النبوى العامى: لا تبع ما ليس عندك. (٦)

ومنها: النبوى العامى الآخر: لا بیع إلا فى ما يملك. (٧)

ص: ٥٠

١-١ . المقابس الأنوار / ١٣٥.

٢-٢ . راجع المكاسب ٣/٣٦٨.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٤٦ و ٤٤٧.

٤-٤ . وسائل الشيعه ١٨/٤٧، ح ٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

٥-٥ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٩، ح ١، الباب ٢ من أبواب عقد البیع وشروطه.

٦-٦ . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧، ح ٢١٨٧، ومّرت بقیه مصادره فى الآراء الفقهيّه ٥/٢٦٤.

٧-٧ . سنن الترمذى ٣/٤٨٦، ح ١١٨١، ومزّت بقيه مصادرہ فى الآراء الفقهيہ ٥/٢٦٨.

وأنت ترى بأنّ هذه الروايات مطلقة وتشمل مسألتنا بإطلاقها وكذا تشمل بيع الكلى والشخصى، لأنّ البائع فى ما نحن فيه يبيع مال الغير لنفسه، ولكن لو ثبت مقيّد تأخذ به لأنّ الإطلاق قابل للتقييد.

## الطائفة الثانية:

مادلاً على المنع عن بيع الأعيان الخارجيه الشخصيه فيما إذا لم يملكها البائع:

منها: صحيحه يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لى: اشتر هذا الثوب وهذه الدابه، وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا، قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها. (١)

والمراد بالجملة الأخيره «لا تواجهه البيع...»، أى لا تُنشىء إيجاب البيع قبل إيجاب شرائك من مالكه.

ومنها: معتبره خالد بن الحجاج قال: قلت: الرجل يجرىء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، قال: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلّ الكلام ويحرم الكلام. (٢)

وفى بعض نسخ الكافى الشريف (٣) الراوى الأخير هو خالد بن نجّيح ولكن لم أجد روايه يحيى بن الحجاج عنه وتأخر طبقته عنه (٤) ولذا اختار المحقق السيّد الخوئى (٥) أنّ الصحيح بالنسبه إلى الراوى الأخير هو خالد بن الحجاج، ولكن بنظرى القاصر وجود ابن نجّيح لا يضرّ باعتبار السند لأنّ النجاشى (٦) ذكره ولم يطعن عليه فهو عندى إمامى معتبر مضافاً إلى روايه مشايخ الطائفة نحو ابن ابى عمير وصفوان بن يحيى وعثمان بن عيسى

ص: ٥١

١-١. وسائل الشيعه ١٨/٥٢، ح ١٣، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

٢-٢. وسائل الشيعه ١٨/٥٠، ح ٤.

٣-٣. الكافى ١٠/١٧٥، ح ٦ (٥/٢٠١).

٤-٤. راجع معجم رجال الحديث ٧/١٨، الرقم ٤١٦٨، و ٧/٣٩٢، ٧/٣٥، الرقم ٤٢١٧.

٥-٥. معجم رجال الحديث ٧/٣٨.

٦-٦. رجال النجاشى ١٥٠/، الرقم ٣٩١.

عنه، هذا بالنسبة إلى السند.

وأما الدلالة: فَقَدْ قال صاحب المقابس فى تقريب الاستدلال بها: «والمراد بالكلام عقد البيع فإنه يُحل نفياً ويحرّم إثباتاً، أو يُحلّ ثانياً ويحرّم أولاً- والمراد أنّ الكلام الذى جرى بينهما قد يحلّ وقد يُحرّم بحسب اختلافه، فإن كان بطريق الإلزام حرمت المعامله بذلك، وإن كان بطريق المرضاه من دون إلزام وإنّما يحصل الإلزام بعد شراء البائع بعقد مستأنف كانت حلالاً» (١).

وقال قبله الفيض رحمه الله: «الكلام هو إيجاب البيع وإنّما يحلّ نفياً ويحرّم إثباتاً» (٢). مراده: إيجاب البيع الأول يحلّ العقد لو لم يكن، ويحرّمه لو كان، وهو كلامٌ.

وقال المجلسى قدس سره: «قوله عليه السلام: «يحلّ الكلام» يعنى إذا قال الرجل: اشترى لى هذا الثوب، لا يجوز أخذ الربح منه، وليس له الخيار فى الترك والأخذ لأنه حينئذ اشتراه وكاله عنه، وإن قال: اشترى هذا الثوب لنفسك وأنا اشترىه منك وأربحك كذا وكذا يجوز أخذ الربح منه وله الخيار فى الأخذ والترك» (٣).

وقال الشيخ الأعظم بعد نقل مقال الفيض رحمهما الله: «... أو يحلّ إذا وقع بعد الاثراء ويحرّم إذا وقع قبله، أو أنّ الكلام الواقع قبل الاثراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم ويحلّ إذا كان على وجه المساومه والمراضاه» (٤).

ومنها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابّئ لى متاعا لعلّى اشترىه منك بنقد أو نسيئه، فأبّئاه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنّما يشترىه منه بعد ما يملكه. (٥).

«المراد بالمتاع الذى يرجع إليه ضمير «أشترىه» لا يصح أن يكون معنىً كلياً، لأنّ

ص: ٥٢

١-٧. مقابس الأنوار / ١٣٥.

٢-٨. الوافى ١٨/٧٠٠، ذيل ح ١٨١٤٤.

٣-١. مرآه العقول ١٩/٢٢١.

٤-٢. المكاسب ٣/٤٤٨.

٥-٣. وسائل الشيعة ١٨/٥١، ح ٨.

الكلّي والنكره غير المعينه غير قابل للاشراء»(١).

ومنها: صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتره منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتره. (٢)

أقول: نأخذ بهذه الطائفة الثانية ونحكم ببطلان بيع الأعيان الخارجيه الشخصيه لو لم يملكها البائع قبل البيع لكن بشرط ايجاب البيع قبل المالكه وأما إذا لم يجب البيع ولم يلزمه بل كان على وجه المراضاه والاختيار، أو البيع الملزم يكون بعد شراء البائع وملكيته بعقد جديد مستأنف فلا إشكال ويحكم بصحته كما ورد في الروايات.

### الطائفة الثالثه:

ماورد في المنع عن بيع الكلّي.

منها: صحيحه معاويه بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب

[منى (٣)] بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقولني عليه وأقوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء، ثم اذهب فأشترى له الحرير فأدعوه إليه، فقال: رأيت إن وجد يبعها هو أحب إليه مما عندك أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك، أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: لا بأس. (٤)

ولكن هذه الطائفة لابد من أن تحمل على التقية لأن أبناء العامه (٥) يذهبون إلى عدم جواز بيع الكلّي حالاً، وقد وردت عدّه من الروايات من أئمتنا عليهم السلام على جوازه، سأذكر لك بعضها، أو تحمل على الكراهه جمعاً بينها وبين الروايات المجوّزه.

ومن الروايات المجوّزه: صحيحه اسحاق بن عمار وعبد الرحمن بن الحجاج جميعاً قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشترى

ص: ٥٣

١-٤. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٨.

٢-٥. وسائل الشيعه ١٨/٥٠، ح ٦.

٣-١. زياده من نسخه.

٤-٢. وسائل الشيعه ١٨/٥٠، ح ٧.

٥-٣. راجع المغني ٤/٢٩٧.



منه حالاً، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً يقولون: هذا إلى أجل فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه [حالاً] وإلى أجل، فقال: لا يسمي له أجلاً، إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه فى غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً. (١)

والنقض عليهم فى عدم جواز بيع الكلى حالاً. بيع السلم يظهر أيضاً من صحيحه أخرى من عبدالرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجينى يطلب المتاع فأقوله على الربح ثم اشتريه فأبيعه منه، فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، قلت: فإن من عندنا يفسده، قال: ولم؟ قلت: قد باع ما ليس عنده؟ قال: فما يقول فى السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده، قلت: بلى، قال: فإنما صلح من أجل أنهم يسمونه سلماً، إن أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه. (٢)

والجملة الأخيرة: «إن أبى كان...» صريحه فى جواز بيع الكلى ولو لم يملكه البائع

حين البيع ولكنه متمكن من تهيؤه فى زمن التحويل حالاً كان أو مؤجلاً. كما يدل عليه أيضاً خبر أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام فى رجل اشترى من رجل مائة من صفرها بكذا وكذا وليس عنده ما اشترى منه، قال: لا بأس به إذا وفاه الذى اشترط عليه. (٣)

والحاصل: بيع الكلى حالاً عندنا جائز ولو لم يكن البائع حين البيع مالكا له، فلا يمكن الأخذ بالطائفة الثالثة.

وبالجملة: الطائفة الأولى وهى المطلقات تقيّد بالطائفتين الثانية والثالثة ويحكم بصحة بيع الأعيان الشخصية قبل تملكها بالبيع الجائز لا اللازم، وصحة بيع الكلى فى الذمه حالاً ولو لم يكن البائع مالكا له.

ص: ٥٤

١-٤. وسائل الشيعة ١٨/٤٦، ح ١، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

٢-٥. وسائل الشيعة ١٨/٤٧، ح ٣.

٣-١. وسائل الشيعة ١٨/٤٨، ح ٤.

ويبقى تحت الإطلاق بيع الأعيان الشخصية بالبيع اللازم، بيع مال الغير من دون إذنه وإجازته لمالكه أو لنفسه.

## وأما المختار في المسألة

فنقول بالنسبة إلى مسأله «مَنْ باع شيئاً ثم ملكه» إن البيع صحيح من دون توقف على الإجازة المستأنفه من البائع إذا كان المبيع كلياً مطلقاً - أى حالاً - أو مؤجلاً - وأما إذا كان المبيع عيناً شخصياً جزئياً فمع الإجازة المستأنفه نحكم بصحته مراعاةً للطائفه الثانيه من الروايات حيث ورد فيها عدم إيجاب البيع والإحتياج إلى الإجازة الجديده يكفى فى عدم لزومه وإيجابه.

وظهر مما ذكرنا حكم صُورَتِي المسأله اللَّتَيْنِ كَانَتَا مُهَمَّتَيْنِ وهما:

الأولى: أن يبيع الفضولى لنفسه ثم يشتريه من مالكه وأجاز البيع، يحكم بصحتها فى فرضى المبيع - أى إذا كان كلياً أو شخصياً - إذا بقى المشتري على بيعه فى الأخير.

الثانيه: أن يبيع الفضولى لنفسه ثم يشتريه من مالكه ولم يجز البيع يحكم ببطلانه إذا كان المبيع شخصياً لأنه يحتاج إلى الإجازة المستأنفه، وبصحته إذا كان المبيع كلياً فى الذمه لأنه لا يحتاج إليها.

وما ذكرناه لا يختلف مع مقاله العلامة فى التذكرة حيث يقول: «لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ويمضى ليشتريها ويسلمها وبه قال الشافعى وأحمد ولا نعلم فيه خلافاً، لنهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك ولاشتماله على الغرر فإن صاحبها قد لا يبيعها وهو

غير مالك لها ولا قادر على تسليمها.

وأما إذا اشترى موصوفاً فى الذمه سواء كان حالاً أو مؤجلاً فإنه جائز. وكذا لو اشترى عيناً شخصيه غائبه مملوكه للبائع موصوفه بما يرفع الجهاله فإنه جائز إجماعاً» (1).

لأننا نحمل حكمه قدس سره بعدم الجواز فى فرض العين الشخصية الخارجيه على البيع

ص: ٥٥

اللازم الواجب وأمّا إن كان غير لازم واحتاج إلى الإجازة المستأنفه من المالك الجديد والمشتري فلا بأس به ويخرج من الحكم بالبطلان وادعاء عدم الخلاف فيه. هذا.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «... لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة فانفتحت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يَدْخُلْ في مورد الأخبار ولا في معقد الإجماع»<sup>(١)</sup>.

وحكم بقيه الصور يظهر ممّا ذكرنا بالدقه والتأمل، والحمد لله على كلّ حالٍ.

## فروع:

## الأول:

ما مرّ من الشيخ الأعظم آنفا من قوله قدس سره: «لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة...»<sup>(٢)</sup> الخ.

مراده قدس سره: لو تبايعا - قبل أن يملك البائع المبيع - على أن يكون البيع موقوفا على الإجازة وحصلت الإجازة من البائع الفضولى بعد انتقال المبيع إليه، لم يَدْخُلْ هذا الفرع في الأخبار الناهية ولا في معقد الإجماع - على فرض تحقّقه - . لأنها تختصّ بانشاء البيع منجزا غير مترقب لإجازة المالك وكذلك الإجماع. والمفروض في هذا الفرع ترقب الإجازة وكون البيع موقوفا عليها.

## الثاني:

«لو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته»<sup>(٣)</sup> لم يدخل في الأخبار الناهية لأنّ موردها خصوص بيع المنجز من جميع الجهات وأمّا الموقوف على تملك البائع الفضولى فهو خارج عن مورد الروايات ومحكوم بالصحة.

واستشهد الشيخ الأعظم بكلام العلامة في المختلف بأنّه حمل الأخبار الناهية

على الكراهه حيث يقول: «... والنهي الوارد عن النبي صلى الله عليه وآله للكراهه، أورد عن الشىء المشخص الذى فى ملك الغير فإنه لا يصح بيعه لأدائه إلى التنازع، إذ ربما يمنع مالكة من

ص: ٥٦

١-٢ . المكاسب ٣/٤٥٥.

٢-٣ . المكاسب ٣/٤٥٥.

٣-٤ . المكاسب ٣/٤٥٥.

بيعه والمشتري يطالب البائع به، وأما الغرر الذي ادّعه فليس في هذا الباب من شىء» (١).

وبكلامه الماضى فى التذكرة: «لاشتماله على الغرر فإنّ صاحبها قد لا يبيعها وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها» (٢)، «حيث علل [العلامة] المنع بالغرر وعدم قدره على التسليم» (٣) ولا يأتى التعليان فى هذا الفرع.

ثمّ اعترض على الشهيد فى مقاله: «... وكذا لو باع ملك غيره ثمّ انتقل إليه فأجاز، ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده...» (٤).

بقوله: «ولكن الإنصاف ظهورها فى الصورة الأولى [وهو البيع المنجز أى غير موقوف على إجازة المالك الأصلي أو البائع الفضولى بعد تملكه] وهى ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شىء» (٥).

أقول: حُكْمُ هَذَيْنِ الْفُرْعَيْنِ بِنَاءً عَلَى مَا اخْتَرْنَاهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَاضِحٌ وَهُوَ الصَّحْحُ بِإِلْفِرْقِ بَيْنِ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ كَلِّيًّا فِي الذِّمَّةِ أَوْ شَخْصِيًّا. لَمَّا مَرَّ فِي وَجْهِ الْجَمْعِ بَيْنِ الطَّوَائِفِ الثَّلَاثِ مِنَ الرِّوَايَاتِ لَأَمَّا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ مِنْ ادِّعَاءِ الظُّهْرِ.

### الثالث:

قال الشيخ الأعظم: «ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازة فالظاهر أيضا الصحة، لخروجه عن مورد الأخبار» (٦).

وجه خروجه عدم وقوعه منجزا من جميع الجهات لأنه يحتاج إلى إجازة البائع.

إن قلت: البائع أنشأ البيع عن المالك وإجازته لا تُصَيِّحُهُ لَأَنَّهُ لَمْ يَنْشَأْ عَنْ نَفْسِهِ حَتَّى تَصَحَّحَهُ إِجَازَتُهُ، وَالْحَاصِلُ: الْمَجَازُ غَيْرُ مَنشَأٍ وَالْمَنشَأُ غَيْرُ مَجَازٍ.

قلت: المالك فى عكس هذه المسألة - وهو ما لو باعه الفضولى لنفسه وإجازته

ص: ٥٧

١-١ . مختلف الشيعة ٥/١٣٢.

٢-٢ . تذكره الفقهاء ١٠/١٦.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٥٦.

٤-٤ . الدروس ٣/١٩٣.

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٥٥.

٦-٦ . المكاسب ٣/٤٦٥.

المالك لنفسه - أجاز المعاوضه الحقيقيه وهى دخول العوض فى ملك مالك المعوض، وفى هذه المسأله أيضا كذلك، البائع المنشأ أجاز البيع بعد انتقال المبيع إليه من قبله ويدخل الثمن فى ملكه، لتتحقق هذه المعاوضه الحقيقيه فى المقام.

ثم أمر الشيخ الأعظم (١) بالتأمل فى هذا الجواب ووجهه وجود الفارق بين المسألتين لأنّ فى العكس بنى البائع اعتقادا أو عدوانا على كونه مالكا وقصد المعاوضه وهذه الحيثيه البنائيه هى المصيه حقه فى عكس مسألتنا ولكن فيها لم يدع البائع المالكه لنفسه لا اعتقادا ولا عدوانا فلم تحصل له الحيثيه البنائيه - وهى المالكه المدعاه - فلم تتحقق المعاوضه، ويكون المجاز غير المنشأ.

أقول: لا يعنى بهذا الاشكال ويحكم بصحة البيع بعد إجازته لصدق مسألتنا «من باع شيئا ثم ملكه» فى المقام.

#### الرابع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو باع [الفضولى مال الغير] لثالث معتقدا لتملكه أو بانيا عدوانا، فإن أجاز المالك فلا كلام فى الصحه بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك [لتحقق المعاوضه الحقيقيه كما مرّ] وإن ملكه الثالث وأجازه، أو ملكه البائع فأجازه فالظاهر أنه داخل فى المسأله السابقه» (٢).

ويحكم بصحته كما مرّ فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه.

#### وأما الصوره الثانيه:

#### اشاره

(٣):

فهى أن يتجدد الملك بعد العقد، ولم يجز البائع بعد تملكه.

وبعباره أخرى: أن يبيع الفضولى مال غيره لنفسه ثم يشتريه من مالكه ولم يجزه.

قال الشيخ الأعظم: «... فإنّ الظاهر بطلان البيع الأول [أى بيع الفضولى] [١] لدخوله تحت الأخبار المذكوره يقينا، [٢] مضافا إلى قاعده تسلط الناس على أموالهم،

ص: ٥٨

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٥٦.

٣-٣ . عطف على الصورة الأولى في صفحه ٢٩ من هذا المجلد.

[٣] وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس...»(١).

ثم أشار إلى وهم ودفعه بتوضيح منّا:

وأما الوهم: فإنّ البائع الفضولي قبل تملكه للمبيع التزم بكون المبيع ملكاً للمشتري، وهذا الالتزام أماره على وجود طيب نفسه بذلك بعد تملكه له.

وبعبارة أخرى: بيع الفضولي كاشف عن طيب نفسه عن انتقال المال إلى المشتري

مطلقاً سواءً انتقل إليه عنه [عن البائع] أو عن غيره.

وأما الدفع: فإنّ الالتزام كان متعلقاً بمال غيره لا بمال نفسه حتى يجب عليه الوفاء به، وليس للبائع سلطاناً على جعل مال الغير للمشتري.

ثم قال: «اللهم إلا أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كلّ عاقد وشارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه، وإن كان قبل ذلك أجنبيّاً لا حكم لوفائه ونقضه»(٢).

بعبارة أخرى: «مقتضى عموم دليلي وجوب الوفاء بالعقود ووجوب وفاء المؤمنين بشروطهم وجوب الوفاء على كلّ عاقد وشارط، والبائع الفضولي بعد تملكه للمبيع يندرج تحت عموم هذين الدليلين العامّين بعد أن كان قبل تملكه أجنبيّاً عن أفراد هذين الدليلين...»(٣).

فتكون النتيجة: صحه عقد الفضولي بمجرد تملكه للمبيع وعدم احتياجه إلى الإجازة.

ولذا قال فخر المحققين: «أقول: على تقدير صحه بيع الفضولي فإنّه إذا أجازته المالك صح البيع وملك المشتري...»(٤).

أى: إذا اشترى البائع الفضولي المال من مالكه صح بيعه الفضولي وينتقل منه إلى

ص: ٥٩

١-٤ . المكاسب ٣/٤٥٧.

٢-١ . المكاسب ٣/٤٥٧.

٣-٢ . هدى الطالب ٥/٣٣٩.

٤-٣ . إيضاح الفوائد ١/٤١٩.

المشترى من دون توقف على إجازته. كما حمل المحقق التستري (١) كلام الفخر كذلك.

ثم قال التستري: «... وهو الذى يلوح من الشهيد الثانى فى هبه المسالك (٢) وقد سبق استظهاره من عبارته الشيخ (٣) المحكيه فى المعبر (٤)» (٥).

أقول: قد مرّ (٦) فى احتمالات المسأله وأقوالها، أنّ القول بالصحة من دون التوقف على إجازته البائع بعد تجدد الملك له يظهر من الشيخ الطوسى والمحقق فى الشرائع

والعلامة فى مُتاجر القواعد وهبتها وبيع التذكرة ويراه الأقوى فى النهايه وهو مختار جدنا الشيخ جعفر قدس سرهم .

ولكنّ خلافاً للشهيد الثانى فى المسالك حيث كان من القائلين بالصحة مع توقفها على الإجازة فراجع ما حررناه هناك.

ولكن الشيخ الأعظم (٧) يضعف هذا القول - أى قول الشيخ والمحقق والعلامة - بوجوه:

الأول: إنّ البائع الفضول قبل تملكه للمبيع لم يكن مأموراً بوجوب الوفاء بالعقد، لعدم شمول خطابى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و «المؤمنون عند شروطهم» له فيستصحب عدم وجوب الوفاء بالعقد بعد تملكه ولذا قال: «والمقام مقام استصحاب حكم الخاص، لا مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل» (٨).

وبعبارة أخرى: الزمان تارة يكون مكثراً للعام ومفرداً له ولأفراده، وأخرى يكون

ص: ٦٠

١-٤ . مقابس الأنوار / ١٣٤.

٢-٥ . المسالك ٤٩/٦.

٣-٦ . المبسوط ١/٢٠٨ و ٣/٣٠٤.

٤-٧ . المعبر ٥٦٣/٢.

٥-٨ . مقابس الأنوار / ١٣٤.

٦-٩ . راجع هذا المجلد صفحته ٣٣ وما قبلها.

٧-١ . المكاسب ٤٥٨/٣.

٨-٢ . المكاسب ٤٥٨/٣.



ظرفاً لاستمرار الحكم.

فى القسم الأوّل إذا خرج من العام فردّ من الأفراد فى زمانٍ ما وبعد مضى ذلك الزمان نشكّ فى جريان العام فى حقّه وعدمه، يجرى حكم العام فى شأنه لأنّه شكّ فى تخصيص زائد والمرجع فيه هو عموم العام. دون استصحاب حكم الخاص فى ذلك الزمان.

وفى القسم الثانى: إذا خرج فرد من العام فى زمانٍ وشكّ بعد انقضاء ذلك الزمان فى حكمه يستصحب حكم الخاص.

الشيخ الأعمّ قدس سره يرى ما نحن فيه من القسم الثانى واستصحاب حكم الخاص ثمّ أمر بالتأمل ولعلّه أشار به إلى عدم جريان الاستصحاب للشكّ فى بقاء الموضوع بل العلم بعدم بقاءه لأنّ عدم وجوب الوفاء كان ثابتاً للعاقده غير المالك وبعد صيروره البائع الفضولى مالكا نشكّ فى بقاء الموضوع فلا يجرى الاستصحاب، فحينئذ يجرى حكم العام ويحكم بوجوب الوفاء بالعقد والبقاء عند الشرط.

أو أشار به إلى أنّ العام فى حقّ البائع الفضولى لا يجرى إلاّ بعد إجازته للعقد حيث بها يكون العقد عقده وينسب إليه.

ولو شكّ فى صحه هذا العقد قبل إجازته العاقده الفضولى يجرى فيه أصاله الفساد الحاكم فى المعاملات.

الثانى: لزوم العقد على البائع الفضولى بدون إجازته يكون خلافاً لقاعده سلطنه الناس على أموالهم.

الثالث: لزوم العقد عليه يكون معارضا لقاعده عدم حلّ أموال الناس إلاّ بطيب أنفسهم.

الرابع: فحوى مادّة على عدم صحه عقد نكاح العبد بمجرد عتقه الموجب لصيرورته مالكا لنفسه، وتوقف صحته على إجازته المولى التى تتحقّق بسكوته، حيث نعلم أنّ تملك النفس أقوى من تملك المال فى تأثيره فى صحه العقد.

نحو: موثقه الحسن بن زياد الطائي. (١).

وصحيحه معاويه بن وهب (٢)، وصحيحه أخرى له. (٣).

ثم قال الشيخ الأعظم: «لو سلم عدم التوقف [أى عدم توقف صحه العقد] على الإجازة، فإنما هو فيما إذا باع الفضولى لنفسه، أما لو باع فضولاً للمالك أو لثالث ثم ملك هو، فجزيان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبه إلى البائع أشكل» (٤).

وجه أشكليته: عدم موافقه الإنشاء مع الإجازة، لأنّ البائع الفضولى لم ينشأ العقد عن نفسه، بل أنشأه عن مالكه أو ثالث فلا تصححه إجازته فيرد الإشكال المشهور: المنشأ غير مجاز والمجاز غير منشأ.

### فرع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو باع وكاله عن المالك فبان انعزاله بموت الموكل فلا إشكال فى عدم وقوع البيع له [أى للبائع الفضولى] بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته» (٥).

وهذا الفرع ليس من فروع مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» بل هو من فروع

الفضولى المتعارف فيقع البيع للوارث بعد إجازته.

إلى هنا تمّ كلام الشيخ الأعظم فى هذه الصورة الثانية.

### الصورة الثانية فى رأى المحقق النائينى ونقده على الشيخ الأعظم:

قال: «قد تقدّم (٦) أنّه لو قلنا بصحّه أصل البيع وعدم ما نعيه التبدل فى طرف الملك فلا وجه لاعتبار الإجازة أصلاً، لأنّه لم يقيم دليل تعبدى على اعتبارها، وإنّما نحتاج إليها

ص: ٦٢

١-١. وسائل الشيعه ٢١/١١٨، ح ٣، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٢-٢. وسائل الشيعه ٢١/١١٧، ح ١.

٣-٣. وسائل الشيعه ٢١/١١٧، ح ٢.

٤-٤. المكاسب ٣/٤٥٨.

٥-٥. المكاسب ٣/٤٥٨.

٦-١. راجع منيه الطالب ٢/١١٨.

فى الفضولى؛ لتحقق الاستناد والرضا، وهما فى المقام حاصلان. فالعمده بيان وجه أصل الصّحه. والأولى البحث أولاً عن إمكان إدراج هذا البيع فى العمومات. ثمّ البحث ثانياً عن الأدله المانع، لأنه لو لم تعمه العمومات فلا موقع للبحث عن الأدله المانع.

ويظهر منه (١) قدس سره شمول «أوفوا بالعقود» له، إلاّ أنّه جعل المقام أولاً من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم الخاصّ، لا من موارد الرجوع إلى عموم العامّ، لأنّ البائع قبل تملكه لم يكن مأموراً بالوفاء بالعقد فيستصحب. ثمّ أضاف إليه ثانياً: أنّ عموم «أوفوا بالعقود» معارض بعموم «الناس مسلطون على أموالهم»، وعدم حلّها لغيرهم إلاّ بطيب النفس فحكم باعتبار الإجازة من باب الناس مسلطون.

وفى كلامه (٢) ما لا يخفى على المتأمل، كما أمر بالتأمل؛ لأنّ مقام الرجوع إلى الاستصحاب أو العامّ إنّما هو فى الفرد المعلوم فرديته الخارج عن حكم العامّ فى قطعه من الزمان، والبائع فى المقام قبل أن يشتريه لم يكن مأموراً بالوفاء بعقده، وإنّما الشكّ فى أنّه بعد ما اشتراه هل هو مأمور بالوفاء أو لا فهو قبل أن يشتريه لم يكن مصداقاً للعامّ، وكان كشخص لم يكن عالماً فى زمانٍ ثمّ صار عالماً؟ فلا يمكن أن يقال: هذا الفرد من العامّ لم يكن واجب الإكرام فيستصحب حكم المخصّص؛ لأنّ البائع خارج عن العامّ تخصّصاً، مع أنّه لو قيل بأنّ كل من له ربط بالعقد يجب وفاؤه به، إلاّ أنّ محلّ الرجوع إلى حكم العامّ أو الخاصّ إنّما هو فى مورد الشكّ بالنسبه إلى عمود الزمان، كالشكّ بعد زمان الأوّل فى البيع الغبني بأنّه محكوم بحكم الخيار أو بحكم العامّ، لا فيما كان المخصّص من الزمانيات، كما إذا خصّص وجوب الوفاء بالعقود بموردٍ خاصّ وشكّ فى أنّ هذا هو المورد الخاصّ أو غيره.

ثمّ لا يخفى أنّه لو قلنا بأنّ المقام من موارد الرجوع إلى عموم العامّ فلا يمكن أن يعارض بدليل السلطنة واعتبار الطيب، لأنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد هو لزومه عليه

ص: ٦٣

١-٢. من الشيخ الأعظم فى المكاسب ٣/٤٥٨.

٢-٣. أى الشيخ الأعظم.

قهرًا، ووجوب الالتزام بآثاره شرعًا.

وحاصل الكلام: أنه لا يمكن تصحيح البيع الشخصي لمن لا يملكه، سيما إذا قصد البيع لنفسه؛ لأنه لو صح له فلا يمكن وقوعه للمالك الأصيل إذا أجاز، مع أنه لا- إشكال في وقوعه له إذا أجاز قبل بيعه من البائع، لأن معنى وقوعه للبائع أنه قصد خروج المال عن ملكه بعد فرض نفسه مالكا بالأول والمشارفه، فهو في الحقيقة يوقع المبادله بين ملكه بما هو ملكه وبين ملك الطرف، فالمالك الأصيل أجنبي عن العقد، ولا يمكن قياسه على الغاصب؛ لأنه بعد سرقة الإضافه يوقع المبادله بين ملكي المالكين، ولا يلاحظ شخص نفسه إلا على نحو الداعي، بل المقام نظير البيع الكلي في إجراء البائع المعامله على ملك شخصه.

وبالجملة: الأمر يدور بين أن يجعل البائع أجنبيًا أو الأصيل. والمفروض أنه يقع للأصيل إذا أجاز، فلا مناص عن (1) جعل البائع أجنبيًا ويكون كمجرى الصيغه.

وعلى أي حال فقد ظهر مما ذكرنا من صدر المبحث إلى هنا أنه لا فرق بين تحقق الملك للبائع بالشراء وتحققه بالإرث.

نعم، هناك فرق بينهما من جهه أخرى، وهي: أن الوارث حيث إنه يقوم مقام مورثه فله الإجازة، لا من باب أنه ملك ما باعه، بل من باب أنه هو المورث، فيكون حكمه حكم المالك الأصيل في نفوذ إجازته قبل بيعه من البائع، وحكمه حكم نفس المورث لو أجاز حال حياته.

نعم لو قلنا: بأن في مسأله من باع ثم ملك بالشراء لا تصح الإجازة من المالك الأصيل، لعدم إمكان الجمع بين قابليته انتساب العقد إلى كل من المالك والبائع، فالوارث في المقام أيضا ليس له الإجازة من باب قيامه مقام مورثه، بل هو من أفراد «من باع شيئًا ثم ملك» فالفرق بينهما لا وجه له. فتأمل في أطراف الكلام جيداً» (2).

ص: ٥٣

١-١ . كذا؛ و «من» أحسن.

٢-٢ . منه الطالب ٢/١٢٧ و ١٢٦.

قال قدس سره : «ثم إنه إذا قلنا ببطلان بيع من باع ثم ملك فأجاز، ففي صورة عدم الإجازة

بعد الملك يبطل بطريق أولى ولعله ظاهر. وأما إذا بنينا على صحته مع الإجازة وأغمضنا عمّا ذكرناه سابقا فهل يصحّ بدون الإجازة أيضا كما نقله شيخنا الأنصارى (1) عن بعضهم، أو أنه بدون الإجازة باطل؟ هناك وجهان، والصحيح أنه يقع باطلاً في صورة عدم الإجازة، وذلك لأنه تارة يبيع للمالك ثم يملكه وأخرى يبيعه لنفسه.

فأما في الصورة الأولى فلا وجه لصحته بعد الانتقال إليه في صورة عدم الإجازة، إذا المفروض أنه لم يبيع لنفسه لتقع المعاملة له بعد الانتقال إليه وذلك ظاهر.

وأما في الصورة الثانية فكذلك لا وجه لصحته بدونها أي بدون الإجازة إلا احتمال أن العمومات نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه يشملها بعد الانتقال إليه وإن لم يشملها من الابتداء يعني قبل تملكه، فلا يحتاج إلى الإجازة بعد ذلك.

إلا أنه مندفع بأن العمومات لا تشملها حين المعاملة لأنه ليس بملكه، وبعد ما صار ملكه لم يقع عليه بيع لتشمله العمومات لأنها خطابات للملاك، وقبل الانتقال لا ملك لتشمله وبعده لا بيع حتى تتمسك في صحته بالعمومات، وبهذا ظهر ما في جواب شيخنا الأنصارى قدس سره من أن المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا- مقام الرجوع إلى حكم العام، فإن الدوران بين الأمرين إنما هو فيما إذا كان هناك فرد وقد خرج عن حكم العام في زمان وبعده يقع الكلام في أن الفرد محكوم بحكم المخصّص بالاستصحاب أو أنه مشمول للعام وهو بحث مشهور، وهذا غير متحقق في المقام إذ قبل التملك لا فرد للعقد إذ لا عقد له قبل الانتقال إليه وقد عرفت أنه خطاب للملاك دون غيرهم، وبعد الملك لا بيع ولا عقد له لتشمله العمومات، هذا.

ولو سلّمنا وبنينا على أن مقتضى العمومات صحه البيع بعد الانتقال إليه فيكفي في الحكم بالبطلان الأخبار المتقدمه الدالّة على فساد البيع قبل الملك فتكون هذه الروايات

فالمتحصّل أنه لا وجه للحكم بالصّحّه من دون توقّف على الإجازة بوجه.

ومن ذلك يظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأستاذ<sup>(١)</sup> من أنّ المعامله إنّما تتوقّف على الإجازة لأجل أمرين: أحدهما الرضا. وثانيهما: الاستناد، وكلاهما حاصلان في المقام لأنّ المفروض أنه باعه لنفسه فلا نحتاج إلى الإجازة بعد الانتقال، من غرائب الكلام، لأنّ المعبر من الرضا والاستناد إنّما هو رضا المالك واستناد العقد إليه، لا رضا غير المالك والاستناد إليه، وهو قبل الانتقال غير مالك فلا يكفي رضاه والاستناد إليه قبل الانتقال، وأمّا بعده فلم يحصل منه شيء من الأمرين بحسب الفرض.

نعم هناك صورته أخرى ذكرناها في أوائل البحث وهي ما لو باعه فعلاً ما سيملكه بعد الموت في الارث أو بعد الشراء في البيع، وهذا على نحو التعليق بأن يكون الانشاء فعلياً والملكيه بعد مدّه، والرضا والاستناد فيها صحيحان إلاّ أنّها باطله لأجل الإجماع على بطلان التعليق في العقود، والأخبار الناهية عن الشراء قبل أن يشتريه البائع من مالكة، وهذه الصوره خارجه عمّا نحن فيه، إذ الكلام فيما إذا كان البيع بحيث لو أجازة المالك صحّ، وهذا لا يصحّ ولو بإجازة المالك لاختلاله من ناحيه أخرى<sup>(٢)</sup>.

وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ<sup>(٣)</sup> قدس سره من أنّ الوارث قائم مقام مورّثه في الماليات فإذا أجاز المعامله فكأنّ المورّث أجازها فتكشف عن الملكيه من زمان حياه المورّث، فهو من غرائب الكلام، إذ لم يرد دليل على ذلك التتزيل ولم يدلّ شيء على أنّ الوارث كالمورّث في جميع الأحكام، بل إنّما ورد أنّ ما تركه الميّت فلوارثه، وهذا يكشف عن أنّ الميّت قد تركه وزالت ملكيته عنه والوارث شخص آخر غيره كما هو ظاهر<sup>(٤)</sup>.

١-٢. منيه الطالب ٢/١٢٦.

٢-١. التنقيح في شرح المكاسب ٢/(٣٤-٣٦).

٢-٣. منيه الطالب ٢/١٢٧.

٣-٤. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٣٤.

قال قدس سره: «ولو لم يجز البائع بعد تملكه فالظاهر صحه بيعه، سواء دخل تحت الأخبار المتقدمه أم لا؛ لما عرفت من أنها لا تدل على بطلان البيع.

نعم، يقع الكلام هاهنا في مقامين:

الأول: في أنه هل يحتاج بيعه بعد تملكه إلى الإجازة، أم ينتقل المبيع إلى المشتري بمجرد تملكه؟

الثاني: في وجوب الإجازة عليه لو قلنا: باحتياجه إليها.

[المقام الأول]:

الأشبه بالقواعد عدم الاحتياج، لأن إنشاء البيع صدر من البائع لنفسه، وعدم التأثير إنما هو من جهه عدم الملك، فإذا حصل دخل في عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وسائر

الأدلة العامه، وإنما الشك في عدم الانتقال؛ لأجل الشك في اعتبار مقارنه الملكيه لإنشاء البيع.

وهو محصل ما أفاده الشيخ الأعظم قدس سره من أن البائع بعد ما صار مالكا، لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول، والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري، ليس التزاما إلا بكون مال غيره له. (1)

وهو يرجع إلى اعتبار أمر زائد على ماهية العقد بشرائطه، وهو مالكيه المنشئ للعقد لنفسه حال العقد، ومعلوم أن اعتبار ذلك ليس متيقنا، بل مشكوك فيه، فيندفع بإطلاق الأدلة كسائر الشكوك.

وهذا بوجه نظير ما إذا باع الراهن العين المرهونه، أو باع السفينه العين التي هي مورد حجره، ثم ارتفع المانع، فإنهما أيضا لا يحتاجان إلى الإجازة، بل يصحان بمجرد رفع الحجر، واحتمال مقارنه الإنشاء مع عدم المانع، يُدفع بالإطلاق.

ص: ٦٧

وعلى ما ذكر يسقط ما أفاده الشيخ قدس سره فى المقام: من التمسك بقاعده السلطنة، وعدم الحلّ إلا بطيب النفس (١)، فإنّ المعاملة التى أوجد البائع سببها باختياره وطيب نفسه، لم يكن النقل فيها بعد حصول الشرط - أعى المالكيه - مخالفا لقاعده السلطنة وغيرها، نظير الأصيل فى الفضولى من أحد الطرفين إذا أوجد سبب البيع باختياره وطيب نفسه، ثمّ أجاز المالك، وانتقل الثمن أو المثل من الأصيل حال إجازة غيره، فإنّه لم يكن هذا الانتقال - بعد إيجاده أحد جزئى السبب - مخالفا لقاعده السلطنة واحترام مال الغير.

وإن شئت قلت: إنّ القاعدتين مؤكّدتان للصحة، لا معارضتان لها؛ فإنّ الانتقال لم يكن قهرا على البائع، بل بتسيب منه، ومعلوم أنّ أسباب النقل بأجمعها ليست تحت اختيار أحد المتعاملين فى المعاملات.

ومما ذكرناه يتضح: أنّ دعوى معارضة القاعدتين لدليل وجوب الوفاء (٢) ليست متّجهه.

ثمّ إنّه لو شككنا فى شمول «أوفوا بالعقود» لمثل ذلك البيع، لا يصحّ التمسك

بالقاعدتين؛ لاحتمال خروج المال بواسطته عن ملكه، فصارت (٣) الشبهه موضوعيه، أو كالموضوعيه، فإنّ حصول الملك للبائع الأوّل عند الاثراء وإن كان معلوما، ولكن مع احتمال كون الانتقال بتسيب منه - غير مخالف للقاعدتين كما مرّ (٤) - لا يصحّ التمسك بهما إلا بعد إحراز الموضوع.

نعم، يمكن احرازه باستصحاب ملكهما، فحينئذ لا يصحّ البيع إلا بإجازته للقاعدتين.

ومع الغض عن ذلك، لا يصحّ التمسك بالاستصحاب لإثبات إجازة المالك مؤثّره

١-٢ . المكاسب ٣/٤٥٧.

٢-٣ . المكاسب ٣/٤٥٧.

٣-١ . كذا؛ [فتصير] أحسن.

٤-٢ . راجع كتاب البيع ٢/٣٨٠ له رحمه الله .



فى النقل، بناءً على أنّ السبب هو العقد المتعقّب أو المتقيّد بالإجازة أو العقد بسببّيّتها؛ فإنّ إحراز تلك العناوين بالأصل مثبت، إلّا- أن يكون الموضوع للنقل أو السبب له مركّباً من العقد والإجازة، وكان الحكم الشرعىّ مترتباً على العقد وإجازة المالك، فيحرز بالوجدان والأصل، مع الغضّ عن الإشكال فى الموضوع المركّب.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم قدس سره - بعد فرض أنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود على كلّ عاقد، هو اللزوم على البائع بمجرّد الانتقال إليه، وإن كان قبله أجنبيّاً لا حكم لوفائه ونقضه - ضعّفه بأنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك، فيستصحب، والمقام مقام استصحاب حكم الخاصّ، لا مقام الرجوع إلى حكم العامّ، ثم أمر بالتأمّل. (1)

وهذا بظاهره واضح الإشكال؛ ضروره أنّه من قبيل التخصّص لا التخصيص.

لكن يمكن توجيهه: بأنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء، هو اللزوم بالنسبة إلى هذا الشخص الذى باع ملك الغير لنفسه، فيجب عليه الابتاع من الغير، والردّ إلى المشتري وإن لم يكن ملكاً له، كما مرّ منه نظيره فى بيع الفضولّى بالنسبة إلى الأصيل: من أنّ مقتضى وجوب الوفاء بالعقد هو اللزوم بالنسبة إليه، فلا يصحّ الفسخ منه، وإن صحّ الردّ من المالك الأصيلّى. (2)

فيكون حاصل مراده: أنّ هذا العقد الصادر من البائع، لمّا كان عقداً لنفسه، يجب عليه الوفاء من أوّل الأمر، فيجب عليه الاشتراء، وينتقل منه بمجرّده.

لكن لا- إشكال فى خروج قطعه من الزمان عن لزوم الوفاء، وهو حال عدم كونه مالكا؛ بإجماع أو تسلّم، فكان (3) المقام من موارد اختلافهم فى التمسك باستصحاب حكم المخصّص، أو بالعموم، أو إطلاق العامّ.

وهذا التوجيه وإن كان مخالفاً لظاهر كلامه بدواً، لكنّه أولى من توهم عدم تفريقه بين التخصيص والتخصّيص، وتقديم أصله عدم النقل على القواعد الاجتهاديّة.

ص: ٦٩

١- ٣. المكاسب ٣/٤٥٨.

٢- ٤. المكاسب ٣/٤١٥.

٣- ١. كذا؛ [فيكون] أحسن.

ولعل أمره بالتأمل (١) لإنكار شمول العام لما قبل الملك، فيكون من قبيل التخصيص لا تخصيص العام، وهذا أمر يجب البحث عنه في مجال أوسع.

ولقائل أن يدعى إطلاق دليل وجوب الوفاء والشرط لما قبل الملك، فيجب عليه الاشتراء للعمل بمضمون العقد، وكذا لو باع ما لا يملكه أحد، كطير معين، ومقدار مشخص من المعدن، فيجب عليه أخذ الطير واستخراج المعدن والتسليم إلى المشتري، ولا يبعد أن يكون ذلك عقلا تيا أيضا، فتأمل.

ثم إنّه يمكن استفاده عدم الاحتياج إلى الإجازة من بعض الروايات المتقدّمة، كصحيحه يحيى بن الحجّاج (٢) بناءً على ما مرّ: من أنّ النهى عن البيع قبل الاشتراء إنّما هو لأجل التخلّص عن الربا، لا للإرشاد إلى بطلان البيع (٣).

فحينئذٍ لو توقّف بيعه قبل الاشتراء على الإجازة بعده، كان له التخلّص عن الربا بعدم الإجازة، فلا يكون البيع ثمّ الاشتراء موجبا للربا.

والظاهر منها أنّ الموجب نفس البيع والاشتراء، وهو لا يتمّ إلاّ على فرض عدم الاحتياج إلى الإجازة، والأمر سهل بعد ما عرفت من أنّ مقتضى القاعده الصحّح من غير احتياج إلى الإجازة (٤).

[المقام الثانی]:

ومن بعض ما ذكرناه يظهر الكلام في المقام الثاني، وهو وجوب الإجازة عليه لو قلنا: باحتياج العقد إليها؛ بأن يقال: إنّ مقتضى إطلاق وجوب الوفاء عليه العمل على طبق مضمونه، وهو لا يحصل إلاّ بإجازته.

إلاّ أن يقال: إنّ الإجازة - كالقبول - من متّمات العقد، لا من مقتضياته وجزء

ص: ٧٠

١-٢. المكاسب ٣/٤٥٨.

٢-٣. وسائل الشيعه ١٨/٥٠، ح ٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

٣-٤. راجع كتاب البيع ٢/٣٧١ له قدس سره .

٤-٥. راجع كتاب البيع ٢/٣٧٩ له رحمه الله .

## المختار فى الصورة الثانيه

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خطاب إلى الملاك فلا يشمل البائع مال غيره قبل أن يشتريه من مالكه، ولكنه بعد أن يشتريه يشمل الخطاب، وذلك مثل مَنْ لم يكن مستطيعا للحج ثم صار مستطيعا فيشملة أدله وجوب الحج.

فلا تعارض الآيه الشريفه قاعده السلطنه وحديث طيب النفس لأنّ البائع بنفسه أقدم على البيع وبعده ليس المال له حتى يجرى فى حقه قاعده السلطنه وحديث طيب النفس.

وكذلك لا- يجرى استصحاب حكم قبل تملك البائع لما بعده لتغيير الموضوع عرفا، حيث المالك للمال وغيره بينهما فرق جوهرى فى المعاملات.

وأما فحوى موثقه الحسن بن زياد الطائى وصحيحته معاويه بن وهب فلا- يتم فى الصورة الثانيه، لأنهنّ نصوص نعمل بها فى موردها الخاص وهو نكاح العبد.

وأما الإشكال على شمول خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد تملك البائع، بأنه بعد تملكه لا يجرى عقدا فلا يتم لأنّ البيع هو تبادل المالكين ولا ينظر إلى طرفى العقد بخلاف النكاح، فالبائع أجرى العقد بنفسه ثم صار مالكا للمال فيشملة الخطاب.

نعم، بعد تملكه يحتاج إلى الإجازة المستأنفه لا لاستناد البيع إليه وإعلام رضايته، بل لما ورد من نصوص المسأله (من باع شيئا ثم ملكه) من عدم ايجاب البيع وعدم قطعته وإلا يبطل، فهذه الصورة تحتاج إلى الإجازة المستأنفه حتى تخرج من البطلان.

وإذا أجاز البائع بعد تملكه صحّ البيع عندنا خروجا عن نصوص البطلان، وإذا لم يجز بطل.

ومما ذكرنا نَظَّهُرُ وجوه موارد خلافنا مع الأعلام والحمد لله العالم بالأحكام.

ص: ٧١

اشاره

لو اعتقد البائع عدم جواز تصرفه فى المبيع ثم انكشف خلافه وظهر كونه جائز التصرف فهل يكون بيعه صحيحا أم لا؟  
وللمسأله صور أربع: لأن الاعتقاد بعدم جواز التصرف تارة ينشأ من عدم الولاية وأخرى من عدم الملك ولكن بان أنه ولئى أو مالك. وعلى كل منهما إما أن يبيع لنفسه أو أن يبيع لملكه فتكون الصور أربعاً.

الصورة الأولى: لو باع عن المالك فانكشف كونه ولياً

اشاره

قال الشيخ الأعظم: «فلا ينبغي الإشكال فى اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولى»(١).

لأن البائع العاقد فى الواقع يكون ولياً وليس فضولياً فيصدر العقد من أهله وفى محله، لأننا نعلم ثلاثه أمور تُصحح جواز التصرف:  
١- الملك، ٢- الولاية، ٣- الإذن، والأخير قد يكون سابقاً على التصرف فهو الوكالة وقد يكون لاحقاً به فهو الإذن للفضول.

ولكن يحكى عن القاضى ابن البراج أن المعامله الصادره ممن يزعم أنه فاقد الولاية مع امتلاكه لها باطله.

والحاكى عنه هو العلامه فى المختلف فى كلام طويل له [للقاضى] أنه قال: «... وإذا أذن السيد لعبده فى التجاره فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد، لم يكن مأذوناً له فى التجاره ولا يجوز شىء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع جاز

ص: ٧٢

ما فعله بعد العلم بالإذن ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوما أن يبيعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه و شراؤه منهم وجرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وبيع كان ذلك جائزا...»(١).

ثم ردّ العلامة بقوله: «... ولا- يفتقر الإذن في التجاره إلى علم العبد، فلو أذن المولى ولم يعلم العبد فباع العبد صحّ بيعه لأنه صادف الإذن في التجاره ولا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المعاملين...»(٢).

واستحسن الشيخ الأعظم(٣) هذا الردّ من العلامة.

### اعتراض الفقيه اليزدي على ردّ العلامة

قال: «الظاهر أنّ نظر القاضى إلى أنّ الإذن فى البيع مع فرض عدم اطلاع المأذون وعدم اطلاع غير أيضا عليه لا يعدّ إذنا، وهذا بخلاف ما لو اطلع عليه أحد، سواء كان هو المأذون أو غيره، والظاهر يقتضى ما ذكره فإنّ مجرد إنشاء الإذن من عند نفسه من غير حضور أحد لا يكفى فى الخروج عن الفضوليه، إذ لا فرق بينه وبين الرضا الباطنى من دون إنشاء ظاهرى، وقد عرفت سابقا عدم كفايته، إذ لا بدّ فى الخروج عن الفضوليه من إسناد صدور البيع إليه ولو بالواسطه وهو لا يتحقّق إلّا بمظهر خارجى فالإذن وإن كان من الإيقاعات وليس كالتوكيل ممّا يحتاج إلى القبول إلّا أنّ صدقه موقوف على الإظهار الخارجى.

نعم، لو قلنا بالخروج عن الفضوليه بمجرد طيب بالنفس الواقعى كفى الإذن المفروض بالأولى، لكنك عرفت عدم كفايته إلّا بالنسبه إلى الحكم التكليفى من رفع حرمه التصرف فى مال الغير... فما أورده عليه فى المختلف فى غير محلّه بل هو مصادره مخصه...»(٤).

ص: ٧٣

١- ٢ . مختلف الشيعه ٥/٤٣٥.

٢- ١ . مختلف الشيعه ٥/٤٣٧.

٣- ٢ . المكاسب ٣/٤٥٩.

٤- ٣ . حاشيه المكاسب ٢/٢٤٧ و ٢٤٦.

أقول: السيد اليزدي يرى الإذن إذنا إذا أُبرِزَ بِمُظْهِرٍ خارجي واطلع عليه غيره، والإذن النفساني من دون إبراز وإظهار واطلاع الغير لا يصحح المعاملات والعقود.

## دفاع المحقق النائيني عن الشيخ الأعظم

### إشاره

قال قدس سره معلقاً على المسأله الثالثه والصوره الأولى منها: «لا يخفى أنّ ربط هذه المسأله بالمسألتين السابقتين منوط بما ذكرنا في الجهه الثالثه من الجهات الراجعه إلى شرائط المجيز، وهو: أنّ عدم جواز تصرف المجيز حال العقد إمّا واقعيّ وإمّا خياليّ،

ونقحنا الواقعيّ في ضمن مسألتين، فإنّ عدم جواز التصرف واقعا إمّا لتعلق حق الغير بالمال، وإمّا لعدم كونه مالكا. فبقى حكم الخياليّ، وهو على صورٍ أربع لأنّ اعتقاد عدم جواز التصرف المنكشف خلافه إمّا لعدم الولاية فانكشف كونه وليا، وإمّا لعدم الملك فانكشف كونه مالكا. وعلى كلا التقديرين: فإمّا يبيع لنفسه أو عن المالك.

فالصوره الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا. والظاهر من المصنّف قدس سره صححتها من دون توقّف على إجازة المالك.

ولا يخفى أنّ الولاية على قسمين: إجباريّة واختياريّة، والإجباريّة: إمّا بموهبه من الله سبحانه كولاية الأب والجدّ، وإمّا بموهبه من المخلوق كولاية العبد المأذون من قبل المولى في التجاره. والاختياريّة كولاية القيم على الصغار والوكيل.

ثمّ لا يخفى أنّ صحّه هذه المعامله وفسادها مبنيان على أن يكون العلم بالولاية أو الالتفات بالوكاله طريقيّا أو موضوعيّا، فلو قلنا بالطريقيّه فلا- إشكال في الصحّه؛ والأقوى كونه كذلك؛ لأنّ الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا، وكونها منوطه بالعلم بها يتوقّف على دليل.

نعم، ولاية العبد ليست في الظهور كولاية سائر الأولياء، فإنّه بعد ما دلّ الدليل على حججه وعدم قدرته على شىء يشكّ في خروجه عن العجز بمجرّد إذن المولى واقعا مع عدم علمه به. وكون إعطاء الإذن من آثار سلطنه المولى لا- ينافى فساد بيعه؛ لاعتبار علمه برفع الحجر.

وبالجملة: فكما أنّ العجز في امثال الخطابين المتراحمين لا يتحقّق إلّا مع العلم

بهما، فكذلك قدره لا تتحقق للعبد إلا بوصول الإذن إليه، لعدم صدق كونه قادرا مع عدم العلم بها. ولكن الأقوى عدم الفرق بين قدره والوكاله والولاية في أن العلم في كل منها طريقي.

هذا، مع أن الذي يهون الخطب أن العبد وإن لم يصير قادرا شرعا بالإذن الواقعي إلا أنه ليس كالصبي والمجنون مسلوب العبارة، فيكون بيعه لمولاه من أفراد الفضولي فيتوقف على إجازة المولى. كما أنه لو قلنا بموضوعية العلم في جميع أنحاء الولاية فمع عدم العلم بها يدخل البيع في الفضولي، ولكن احتمال موضوعيته في باب ولاية الأب والجدّ والحاكم الشرعي والقيّم ضعيف. فعلى القول ببطلان الفضولي يصح هذا البيع لخروجه عنه بالإذن الشرعي أو المالكى، وفي هذه الصورة لا تتوقف الصحة على الاجازة؛ لأن الإذن السابق لا يقصر عنها<sup>(١)</sup>.

### الأعلام الذين يرؤن اعتبار الإعلام في الإذن في عبارته القاضى

ولعلّ الإعلام هو مراد المحقق الأيروانى حيث قال: «وظنى أن مقصود القاضى من عبارته المنقوله في المتن ليس ما فهم من ظاهر كلامه وإنما غرضه اعتبار الإذن الظاهر من المولى في صحه معاملات العبد بمعنى الإنشاء للإذن وعدم الاكتفاء بالرضا الباطنى ويشهد به حكمه [القاضى] بصحه معاملات العبد إذا أمر السيد قوما أن يبايعوا العبد، والعبد لا يعلم، سواء عامل هؤلاء القوم أم غيرهم بشرط أن يكون المستفاد من أمر القوم بالمعامله مع العبد عموم الإذن بلا خصوصيه للقوم...»<sup>(٢)</sup>.

وقال: «ظاهر هذه العبارة [عبارة القاضى] اعتبار إنشاء الإذن والرخصه وعدم الاكتفاء بالرضا الباطنى لا اعتبار علم البائع... فيكون خلاف القاضى فى أصل مسأله الاكتفاء بالرضا فى الخروج عن الفضوليه وفى ما هو الشرط لا فى مسألتنا هذه وهى وجود الشرط مع عدم العلم به»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٧٥

١-١ . منيه الطالب ٢/١٢٩ و ١٢٨.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٢٩٩ و ٣٠٠.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٣٠١.

أقول: وصف الايروانى الإذن بالظاهر، والظهور العرفى لا يصدق إلا فى مقابل الغير.

ويرى المحقق الاصفهانى الإذن بأنه مساوق للإعلام والإظهار حيث يقول: «... الإذن أصله الإعلام ومنه قوله تعالى: «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ» (١) أى اعلّموا بالحرب، وشاع فى إظهار الرخصه وإظهار الرضا، ومن الواضح أنّ قصد الاظهار جدّاً لا يتمشى من العاقل إلا إذا كان بحضرتة من يظهره له، وإلا فلا يعقل الإظهار والإراءه...» (٢).

ويرى قبلهما التستري (٣) بأنّ نظر القاضى إلى أنّ إظهار الرضا مع عدم إطلاع الغير لا يعدّ إذنا عرفا.

وقبلهم قال جدى الشيخ جعفر ذيل الصورة الرابعه: «... وفى تعميم الحكم حتى

بالنسبه إلى الوكلاء والاولياء بعد الإعلام بولايتهم ووكالتهم إشكال» (٤).

وكذلك يرى الفقيه الشريعتمدارى توجه الإذن بل وصوله إلى المأذون حتى يَصِحَّ إسناد الفعل إلى الآذن وقال: «وبالجملة، فى باب إسناد الفعل إلى الآذن والمجيز الذى كان هو المنشأ للأثر وكان هو المنشأ لخروج العقد عن الفضوليّه، يعتبر فيه أن يكون المستند فعلاً تسيبياً للإذن ولا يتحقّق هذا إلا أن يتوجّه على المأذون إيجاد الفعل ويكون مستندا إليه.

بناءً عليه: فرضهم أنّه إذا أذن الآذن والمجيز مع أنّ الأجير لم يتوجّه إلى الإذن وعمل الفعل يكون صحيحاً لأنه تحقّق الفعل والإذن، لا يصح لأنّ هذا الفعل لم يكن مربوطاً للآذن ولم يكن الفعل مستندا إلى الموكل، هذا واضح فى باب الوكالة والإذن لا يخفى حكمه.

ص: ٧٦

١- ٤ . سورة البقره ٢٧٩.

٢- ٥ . حاشيه المكاسب ٢/٢٤١.

٣- ٦ . مقابس الأنوار ١٣٦.

٤- ١ . شرح القواعد ٢/٩٨.



وأما في مورد الولاية: الإجماريه: الإجماريه من قبيل ولاية الأب والجد فلم تكن المسألة واضحة كوضوح باب الوكالة والإذن.

لكن يمكن أن يقال: أنّ ولاية الأب أو الجد والوصي أو الحاكم أو عدول المؤمنين، هي (١) بمثابة ولاية الوكيل بإذن من المالك ويعمل الأب والجد والوصي والحاكم أو عدول المؤمنين، العمل الذي يعمل الوكيل بإذن من المالك.

غاية الامر، أنّه باذن من الشارع وليس فرق بينهما في ماهية العمل بل في نحو الولاية وتلك الولاية، مبدولة من المالك وتلك مبدولة من الشارع ولكن لم يكن فرق بينهما في نحو العمل.

بعبارة أخرى: ولاية الولي من قبل الشارع في مورد الصغار.

معناه ولاية العمل تكون مستندا إلى ولايته وسمه القيموميّه وليس معنى الولاية، جواز بيع مال الصيغير لنفسه أو بيع المال بعنوان الاستقلال.

بالجملة: لا فرق في ماهية العمل ونحو الولاية استنادا إلى الصغار بين الولاية الإجماريه وبين الولاية الاختياريه.

وأما الفرق بينهما في معطى الولاية حيث أنّ في الولاية الإجماريه، يكون معطى الولاية، الشارع وفي الولاية الاختياريه، هو المالك.

فظهر مما ذكرناه أنّ فرض كون المسألة واضحة لا اشكال فيه، لا يخلو عن اشكال وشبهه قويّه ويظهر ذلك من مراجعه كلمات الفقهاء في باب الوكالة وفروعها (٢) (٣).

وتبعهم السيد الخميني وقال: «وأما ما عن القاضي في إذن السيد لعبده في التجاره فالظاهر هو عدم خلافه في هذه المسألة، لأنّ الظاهر منه أنّ الإذن إذا لم يطلع عليه أحد - لا العبد ولا غيره - ليس إذنا فعدم صحته على ذلك، لأجل عدم كونه مأذونا نافذ التصرف

ص: ٧٧

١-٢. وفي المصدر: كان.

٢-١. وفي المصدر: وفروعها.

٣-٢. تحقيق و تقريرات في باب البيع والخيارات ٣/١٢٢ و ١٢١.

وهو غير مسألتنا»(١).

وتابعهم شيخنا الاستاذ رحمه الله وقال: «قد ذكرنا مرارا أنّ كلاً من الإذن والإجازة من الأمور الإنشائية ويكون الإبراز مقوّمًا لهما، ومجرد إظهار المالك من عند نفسه رضاه بالمعاملة التي تصدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون إذنا أو إجازة، بل لابدّ من كون الإظهار بحيث يصل إلى الغير سواء كان ذلك الغير هو العاقد أو غيره.

وبتعبير آخر: لا يكون في الحقيقة إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لا يصل إلى الغير ولا يبعد أن يكون المحكى عن القاضى في المقام يرجع إلى ما ذكر»(٢).

أقول: جماعه من الفقهاء نحو: الشيخ اسدالله التستري والمحقّقين اليزدى والإيروانى والأصفهانى و الشريعةمدارى والخمينى والتبريزى يحملون العبارة المنقولة عن القاضى إلى اعتبار أن يكون الإذن فى مقابل الغير وإلا لا يصدق عليه الإذن.

وبعبارة أخرى: اعتبار الإظهار والإرائه والإعلام فى الإذن، واختاره بعضهم نحو: المحققين اليزدى والأصفهانى والشريعةمدارى والتبريزى رحمهم الله .

### مخالفة المحقق السيد الخوئى مع الإعلام فى الإعلام

ولا يرى وجها لما أفاده [القاضى] من اعتبار الإعلام فى الإذن(٣) وقال فى وجهه: «فإننا وإن لم نكتف فى الاستناد وخروج العقد عن الفضولية بمجرد الرضا الباطنى إلاّ أنّه يكفى فيه الرضا المبرز وإن لم يصل إلى المأذون ولا إلى غيره فإذا فرضنا أنّ المولى كتب إلى العبد يأذنه فى تجارته وهو باع ماله قبل وصول الكتاب إليه صح بلا إشكال، لأنّ

مجرد الكتابة مبرز للرضا خصوصا فى بيع العبد مال نفسه الذى هو محل الكلام، فإنّه كما ذكرنا لا قصور فيه إلاّ من ناحيه رضا المالك المعتبر فيه شرعا فلا حاجة فيه إلى الإبراز أصلاً»(٤).

ص: ٧٨

١-٣ . كتاب البيع ٢/٣٨٦.

٢-٤ . إرشاد الطالب ٤/٦٠.

٣-٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٣٧.

٤-١ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٤٣.

قال: «... إنّ معرفه حقيقه الرضا متوقفه على استقصاء الاستعمالات العرفيه، وغايه ما يمكن أن نقوله من خلال الاستقصاء المذكور، هو أنّ حقيقه الإذن وأضرابه كالإجازة كونها معدوده من الأمور الواقعيه - سواء اعتبرناه من الأمور الإنشائيه أو أنّه مجرد مبرز لأمر نفساني - التي قد تصل إلى الغير وقد لا تصل، والشاهد له صححه إطلاق القول: «بأننى كنتُ مأذونا لكنى أجهل ذلك» بلا- مسامحه وبالتالي فلو اعتبرنا الوصول مقوماً ومحققاً للإذن لعدّ إطلاق القول المذكور مجازاً. وعليه فإنّ حقيقه الإذن غير متقومه بالوصول إلى الغير ومعرفته بمأذوتيه المتعامل، بل يكفي الصدور في صحّه المعامله الصادره من المأذون وإن لم يعلن عنه الآذن، أو أعلنه لكن لم يتطرّق ذلك إلى أسمع الآخرين ومنهم البائع، كما لو كتب رساله إلى عميل له في مدينه أخرى يخبره أنّه مأذونٌ من قبله في القيام بمعامله معيّنه، فالعميل يعدّ مأذوناً وتصحّ معاملاتّه من حين كتابه الرساله لا من حين وصولها إليه»<sup>(١)</sup>.

### المختار في حكم الصورة الأولى

لو باع عن المالك فانكشف كون البائع ولياً، البيع يكون تاماً لازماً ولا يحتاج إلى الإجازة المستأنفه كما عليه الشيخ الأعظم<sup>(٢)</sup>.  
وأما العبارة المحكيه عن القاضي ابن البراج فلا تدلّ إلا على اعتبار الإعلام في الإذن كما استظهره جمع من الأعلام قدس سرهم منه رحمه الله ، وهو كلام متين لا بدّ من اختياره لعدم صدق الإذن إلا في مقابل الغير ولو كان ذلك الغير غير البائع.  
وأما النقص بكتابه الرساله<sup>(٣)</sup> فغير وارد، لأنّ الكتابه وإيصالها إلى المأذون أبلغ إعلام، ونحن لا نعتبر وصول الإذن حتّى ينتقض علينا بمثل هذا النقص بل نعتبر حضور  
واحد في حين صدور الإذن من الآذن حتّى بلغه ذلك الغير أو نفس الآذن إلى المأذون.

ص: ٧٩

١- ٢ . العقد النضيد ٣/٤٥٣.

٢- ٣ . المكاسب ٣/٤٥٩.

٣- ٤ . كما عليه المحقق السيد الخوئي في محاضراته ٢/٤٤٣ و تنقيحه ٢/٣٧ كما مرّ.

وصحه (١) إطلاق جملة: «إنني كنت مأذونا لكنني أجهل ذلك» وعدم مجازيتها تدلّ على عدم اعتبار الوصول لا الإعلام وبنيهما برزخ لا يخفى على مثل الأستاذ المحقّق - مد ظله - المقرر له. والحمد لله كما هو أهله.

## الصورة الثانية: لو باع لنفسه فانكشف كونه ولّياً

### إشاره

ذهب الشيخ الأعظم (٢) إلى صحتها وإلى «أنّ قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدر» (٣) كما مرّ منه (٤) قدس سره .

ثم هل يتوقّف نفوذ العقد على إجازة العاقد الولي للمولّى عليه؟ قال الشيخ الأعظم: «عليه وجه لأنّ قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون فتأمل» (٥).

تعليله رحمه الله يدل على توجيه اعتبار الإجازة بإلغاء كون العقد للبائع العاقد الولي حتّى يصير بهذا الإلغاء عقدا للمولّى عليه. ثم أمر بالتأمل ولعلّه إشاره إلى ما مرّ منه من لغويه قصد كون العقد للبائع شرعا وعدم نفعه وقدره، فالأمر موكول إلى وجه المصلحة في هذا البيع للمولّى عليه فإن كانت موجودة فلا يحتاج إلى الإجازة وإلا لم يفد ألف إجازة.

أو لعلّه اشاره إلى أنّ قصد البيع لنفسه إمّا يقيد العقد أم لا؟ فعلى الأوّل لا مجال لتصحيح البيع حتّى بالإجازة لأنّه يقيد بنفسه لا بالمولّى عليه.

وأما على الثاني فيتم العقد من دون الإجازة لأنها تصحح إسناد العقد إلى المالك ومع صدوره من الولي فلا نحتاج إليها. فلذا الاحتمال المذكور في كلامه قدس سره الذي عقبه

ص: ٨٠

١-١ . كما عليه الاستاذ المحقّق - مد ظله - في العقد النضيد ٣/٤٥٣.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٦٠.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٦٠.

٤-٤ . المكاسب ٣/٣٧٧-٣٨٣).

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٦٠.

بالأمر، بالتأمل مما لا وجه له كما عليه المحقق السيد الخوئي (١) رحمه الله .

واختار المحقق الخراساني تقييد العقد بقصد البيع لنفسه [القسم الأول] وحكم بالبطلان خلافاً للشيخ الأعظم رحمه الله ثم أمر بالتأمل في آخر كلامه ولعله إشاره إلى ما ذكرنا، قال الخراساني: «بل الظاهر بطلانه ولو أجاز، لمخالفه الإجازة للعقد واستلزام صحته لعدم تبعيته للقصد حيث قصد لنفسه ووقع بإجازته لغيره، فتأمل» (٢).

## اشكال المحقق الخراساني على الصورتين

### إشارة

للمحقق الخراساني قدس سره تعليقه على الصورة الأولى تجرى في الثانيه أيضاً وهي: «نعم، يشكل فيما كان جواز تصرفه من جهه ولايته كالأب والجد مثلاً، بأن منصرف أدله نفوذ تصرفات الولي غير ما إذا كان تصرفه كذلك، أي باعتقاد أنه غير ولي وغير جائز التصرف. فتأمل» (٣).

أقول: وأنت ترى عَدمَ تماميه هذا الانصراف لأنّ الولاية امرٌ اعتباريٌّ مجعولٌ للولي سواء عَلِمَهَا أم جهلها، ولا مدخلية للعلم والجهل في استقرار الولاية. (٤)

## نقد المؤسس الحائري على استاذة الخراساني

### إشارة

«فقول: الولاية إما نفس جواز التصرف أو مساوق معه، ولا يمكن أن يؤخذ في موضوعه العلم بنفسه، فإنّ الشيء لا يمكن أن يتوقف تحقّقه ووجوده على العلم به، وهذا واضح. وهكذا الحال في الوكالة، فإنّه عبارته عن القيام مقام المالك في نفوذ التصرف ومالكيه الأمر. وهذا المعنى لا يمكن أن يتوقف على العلم به.

وعلى هذا فأدله إثبات الولاية للأب والجد ونفوذ تصرفات الوكيل بعد كون مفادها جعل نفس الولاية ومالكيه الأمر والمختار به في ذات الولي والوكيل، لا يعقل إنصرافها إلى حال العلم بالولاية والوكالة كما ادّعاها بعض الأساطين في حاشيته على هذا المقام من

ص: ٨١

١- ٦. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٣٨.

٢- ١. حاشية الخراساني على المكاسب ٧٣/.

٣- ٢. حاشيته على المكاسب ٧٣/.



نعم لو فرضنا وجود الدليل على أنّ تصرّف الولي والوكيل في حال الشك في الولاية والوكالة أو العلم بالخلاف غير نافذ، لكننا ملجئين إلى حمل أدلّه إثبات الولاية الواقعيّة والوكالة كذلك على مرتبه شأنيتهما، فيقال: إنّ العلم بتلك المرتبه مؤلّد للمرتبه الفعلية، ولكن بعد عدم هذا الدليل وانحصار الأمر في أدلّه واقع الوكالة والولاية لا يمكن دعوى انصرافها مع ظهورها في المعنى الذي هو عين جواز التصرف أو يساوقه إلى حاله العلم. ودعوى ظهورها من الأوّل في الثانيه خلاف الواقع.

وأما الفرق بين هذين العنوانين وعنوان المالكيه حيث نقول: بأنّ نفوذ تصرّف المالك موقوف على علمه بعنوان مالكيته هو أنّ المالكيه أمر وراء السلطنه ونفوذ التصرف، ولهذا المحجور مالك مع عدم نفوذ تصرفه، فيمكن أخذ العلم بهذا العنوان في موضوع الأثر المترتب عليه، فيقال: المالك إذا علم بأنّه مالك فطيب نفسه مؤثّر، ولكن لا يمكن أن يقال: المختار إذا علم بأنّه مختار يكون مختاراً كما لا يمكن في عنوان المالك أيضاً أن يقال: إنّ المالك إن علم بأنّ طيب نفسه مؤثّر فطيب نفسه مؤثّر.

وعلى هذا فلا بدّ أن يقال في الفرع المذكور - أعني: بيع الولي والوكيل مع علمهما بأنّ هذا المال مال لشخصهما في الواقع وليا أمره، غاية الأمر لا يعلمان بالولاية والوكالة - أنّ البيع صحيح نافذ بلا حاجة إلى إجازة منهما بعد العلم<sup>(1)</sup>.

### اعتراض على نقد المؤسس الحائري

يرد عليه: أوّلاً: الولاية هنا هي السلطنه للوليّ على التصرف في أموال المولى عليه. والمحقق الخراساني لا يقيدها بعلم الولي بكونه ولياً حتّى يرد عليه ما أورده المؤسس الحائري من النقود.

بل الخراساني يرى إنصراف أدله الولاية عمّن يعتقد بأنّه لا ولاية له كما يظهر ذلك بالتأمل في كلامه: «... اعتقاد أنّه غير وليّ وغير جائز التصرف».

ولكن المؤسس الحائري حمل كلامه بانصراف أدلتها إلى مَنْ عَلِمَ بثبوت الولاية في حقّه، ثم اسْتَشْكَلَ عليه بالنقود.

وأنت ترى بأن منصرف الأدلة بينهما مُتَعَدِّدَةٌ فالنقود لا تجرى في حق الخراساني.

وثانيا: قال المؤسس الحائري رحمه الله: «الولاية إما نفس جواز التصرف أو مساوق معه»، ولكن الولاية ليست جواز التصرف ولم تكن مساوق معه، بل هي مَنْشَأٌ لجواز التصرف، لأنّها من الحيثيات الاعتبارية التي يترتب عليها جواز التصرف تكليفاً أو وضعاً في مال المولّي عليه، وبالتالي يعد جواز التصرف من أحكام الولاية لا نفسها أو ما يساوقها. (١)

### الصورة الثالثة: لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا

#### إشاره

قال المحقق في هبه الشرائع: «مسائل: الأولى: لو وهب فأقبض ثم باع من آخر، فإن كان الموهوب له رحماً لم يصحّ البيع، وكذا إن كان أجنبياً وقد عوّض، أمّا لو كان

أجنبياً ولم يُعَوِّض قيل: يبطل لأنه باع ما لا يملك، وقيل: يصحّ لأنّ له الرجوع، والأوّل: الأشبه. ولو كانت الهبه فاسده صحّ البيع على الأقوال. وكذا القول فيمن باع مال مورّثه وهو يعتقد بقاءه وكذا إذا أوصى بربقيه مُعْتَقِه وظهر فساد عتقه» (٢).

وقال العلامة في متاجر القواعد: «ولو باع مال أبيه بظن الحياه وأنه فضولّي فبان ميّتا - حينئذ - وأن المبيع ملكه فالوجه الصّحّه» (٣).

وقال في عطايا الإرشاد: «ولو باع [الواهب] بعد الإقباض للأجنبي صحّ على رأى ولو كانت فاسده صحّ إجماعاً، وكذا لو باع مال مورّثه معتقدا بقاءه...» (٤).

وقال في هبه القواعد: «وإذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبه، وصحّ لامعه على رأى، ولو كانت فاسده صحّ الإجماعاً. ولو باع مال مورّثه معتقدا بقاءه أو

ص: ٨٣

١-٢. راجع العقد النضيد ٣/٤٥٨ و ٤٥٧.

٢-١. الشرائع ٢/١٨١.

٢-٣. قواعد الأحكام ٢/١٩.

٣-٤. إرشاد الأذهان ١/٤٥٠.



أوصى بمن اعتقه وظهر بطلان عتقه فكذلك»<sup>(١)</sup>. [أى صحّ إجماعاً].

أقول: ظهر من هبتي الإرشاد والقواعد أنّ القول بالصحة إجماعياً.

وقال في تذكرة الفقهاء: «لو باع بظن الحياه وأنه فضولى فبان موته وأنه مالك صحّ البيع - وهو أصحّ قولى الشافعى - لأنه بيع صدر من أهله وفى محلّه.

وأضعفهما: البطلان، لأنه كالعابث عن مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره.

وله آخر: أنّه موقوف على تيقن الحياه أو الموت»<sup>(٢)</sup>.

وقال فى النهايه: «ولو باع مال أبيه بظن أنه حىّ وهو فضولى، فبان أنه كان ميتاً حينئذ - وأنّ المبيع ملك للعاقده، فالأقوى الصحة لصدوره من المالك... ويحتمل البطلان لأنه وإن كان العقد منجزاً فى الصورة إلاّ أنه فى المعنى معلق وتقديره إن مات مورثى فقد بعته ولأنه كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»<sup>(٣)</sup>.

وقال ولده فخرالمحقّقين فى توضيح كلام والده فى متاجر القواعد: «المراد بالصحة هنا اللزوم، ووجه الصحة: أنّه تصرّف من أهله فى محلّه.

ويحتمل: وقوفه على إجازته لأنه لم يقصد البيع اللازم بل الموقوف على إجازته

متجدده من الأب أو من يقوم مقامه، ولما اعتبر القصد فى أصل البيع ففى أحواله أولى.

ويحتمل: البطلان لأنه إنّما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه، ولأنه وإن كان منجزاً فى الصورة فهو فى المعنى معلق، والتقدير إن مات مورثى فقد بعته ولأنه كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»<sup>(٤)</sup>.

وقال فى المفتاح: «قلت: يريد بالأحوال اللزوم وعدمه»<sup>(٥)</sup>.

ص: ٨٤

١-٤. قواعد الأحكام ٢/٤٠٩.

٢-٥. تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

٣-٦. نهايه الإحكام ٤٧٦/٢.

٤-١. إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

٥-٢. مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٨.

ونقل الشهيد(١) عن ابن المتوَّج توقُّفه على الإجازة لأنَّ نظر البائع فيما يتعلَّق به مغاير لما يتعلَّق بغيره.

وتبعه الشهيد(٢) في ذكر احتمال البطلان ومن أنَّه لو قيل بالبطلان أمكن.

وقال الشهيد: «المراد بالصحة اللزوم من غير توقُّف على أمر آخر»(٣).

وقال المحقِّق الثاني معلِّقاً على قول العلامة في القواعد: «قيل: قوله: «وأنَّه فضولي» مستغنى عنه. قلنا: بل أراد به الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف، أعنى: أنَّ العقود تابعه للقصد.

قوله: «فالوجه الصحة»، أراد الصحة من غير توقف على شىء آخر، أعنى: اللزوم، وينبغي أن يكون ذلك موقوفاً على إجازته وهو الأصح، لأنَّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل مع إجازة المالك، إلّا أن يقال: قصده إلى أصل البيع كافٍ ومثله: مالو باعه فضولياً ثمَّ تبين شراءه وكيلاه إياه»(٤).

وقال الشهيد الثاني في ذيل قول المحقِّق في الشرائع: «بمعنى أنَّه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور موت المورث حال البيع، وأنَّ البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم وهو صدور البيع عن مالكٍ لأمره.

ويشكل بما مرَّ من عدم قصده إلى البيع اللازم، بل إنَّما قصد بيع مال غيره وأقدم على عقد الفضولي فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصاً مع ادعائه عدم القصد إلى البيع على تقدير كونه ملكه. ولعلَّ هذا أقوى لدلاله القرائن عليه، فلا أقلَّ من جعله احتمالاً مساوياً للقصد إلى البيع مطلقاً فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع...»(٥).

ص: ٨٥

١-٣. كما نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٨.

٢-٤. القواعد والفوائد ٢/٢٣٨، ذيل قاعده ٢٣٨/.

٣-٥. الحاشيه النجاريه ٢٢٢/، ونقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٦٢٧.

٤-٦. جامع المقاصد ٤/٧٦.

٥-١. المسالك ٦/٥١.

أقول: فالأقوال إلى هنا تكون ثلاثة.

### الأول: الصحة مطلقا كما عليه المحقق في الشرائع والعلامه في متاجر القواعد

الأول: الصحة مطلقا كما عليه المحقق في الشرائع والعلامه في متاجر القواعد ويلوح منه في عطايا الإرشاد وهبه القواعد أنها محل إجماع، وفي التذكرة أنها أصح قولى الشافعى ورأها الأقوى فى النهايه.

### الثانى: الصحة مع صدور الإجازة المتأخره من المالك العاقد

الثانى: الصحة مع صدور الإجازة المتأخره من المالك العاقد كما هو أحد احتمالات فخرالمحققين من دون اختيار ومذكور فى كلام والده فى التذكرة والنهايه وهو مختار ابن المتوَّج كما نقل عنه الشهيد، واختيار المحقق و الشهيد الثانين و يراه الشيخ الأعظم (١) الأقوى.

### الثالث: البطلان

الثالث: البطلان كما هو أضعف قولى الشافعى وَأحدُ احتمالات فخرالمحققين وممكن فى كلام الشهيد.

### وهنا قول رابع لصاحب الجواهر

وهنا قول رابع لصاحب الجواهر قال: «... والمتَّجه فيه: الوقوف على الإجازة - كما سمعته من الكركى - أو إثبات الخيار، إلا أنى لم أجد مَنْ احتمله» (٢).

أقول: إنى وجدت مَنْ احتمله واختاره وهو جدنا الشيخ محمّد تقى قدس سره صاحب هدايه المسترشدين حيث يقول: «أنه لو باع شيئاً على وجه الفضولى ثم تبين أنه ملكه كما لو باع مال مورثه بظنّ أنه حىّ وأنه فضول ثم تبين موته وانتقال المال إليه حين العقد فهل يحكم بصحته ولزومه لوقوعه من أهله فى محله.

أو يحكم بثبوت الخيار له لعدم إقدامه على التملك النافذ بل المترلزل الموقوف على إجازة المالك، فالحكم بالتزامه به ضرر

عليه.

أو أنه بمنزلة الفضولي الواقع من غير المالك فيتوقف على إجازته، فإن رده كشف عن فساد من أصله وإن أجاز صح لإقدامه عليه كذلك.

أو أنه باطل من أصله لعدم قصده وقوع البيع عن نفسه فلا يقع البيع عنه قهرا.

ص: ٨٦

---

١-٢ . المكاسب ٣/٤٦٢.

٢-٣ . الجواهر ٢٣/٤٨٢ (٢٢/٣٠٠).

وجوهٌ كأنَّ أظهرها الثاني وأضعفها الوجهان الأخيران»(١).

وهكذا ذهب إلى هذا القول عدل(٢) الجد - الشيخ اسدالله التستري رحمه الله حيث يقول: «وهل جواز فسخه للعقد من باب الخيار أو لتوقّفه على الإجازة؟ وجهان. والأوّل لا يخلو من قوه لأنّه مقتضى قاعده نفى الضرر ولأنّه بناءً على صحه العقد لو سلّم المال إلى المشتري وسلّطه عليه، ثمّ انكشف كونه ملكه جاز للمشتري حينئذ أن يتصرف فيه ولا يضمن شيئاً أصلاً...»(٣).

كما ذكر هذا الأخير الشيخ الأعظم في مكاسبه(٤).

## مستند الأقوال

### الأوّل: الصحه

ومستندها وجوه:

أ: الإجماع المدّعى في هبتي إرشاد الأذهان وقواعد الأحكام لِحَرِيَّتِ صِنَاعَةِ الْفَقْهِ وَهُوَ الْعَلَامَةُ الْحَلِّيُّ يَدُلُّ عَلَى الصَّحْهِ.

وفيه: أوّلاً: قد عرفت الخلاف في المسألة إلى أربعة أقوال.

وثانياً: على فرض وجوده يكون مدرّكياً لا بدّ من ملاحظه الأدله.

ب: ما صدر من المالك العاقد بيع صدر من أهله - وهو المالك - ووقع في محله - وهو ملكه - فيكون تاماً صحيحاً لازماً من دون أن يحتاج إلى الإجازة المستأنفه.

ج: المعامله الحقيقيه إنّما تتقوّم بالمبادله بين المالين وأما قصد وقوعها لنفسه أو للغير فهو أمر زائد عن حقيقتها، والبائع بما أنّه قصد المبادله الحقيقيه للمالكين فقد نوى المعاوضه الحقيقيه، إلّا أنّه لجهله أو لنسيانه أرجعها إلى الغير بتخيل أنّه المالك. وهذا الخيال كادّعاء أنّه مالك في الصوره المتقدمه أمر زائد غير مقوّم لحقيقه المبادله فيبقى

ص: ٨٧

١-٤. تبصره الفقهاء ٣/٣٥٥ و ٣٥٦، ثامنهما.

٢-١. وهو في اللغه سلفه وسلفه أى زوج أخت امرأته.

٣-٢. مقابس الأنوار / ١٣٧.

٤-٣. المكاسب ٣/٤٦٥.

د: حال البائع العاقد لا يخلو من وجهين: الأول: أنه قصد نقل المال، فقد تحقّق منه البيع الصحيح لتمامه أركانه وشروطه ولا يتوقف صحته على الإجازة.

الثاني: أنه لم يقصد نقل المال فالمعامله باطله من أساسها ولا تصححها الإجازة.

والوجه في ذلك: لأنّ قصد انتقال المالكين هو أساس المعامله الحقيقيه فإذا تحقّق حكم بصحة العقد وإلا فلا.

ه: الإجازة كما مرّ في بيع الفضولي تصحّ استناد البيع إلى المالك فقط، ومع صدور البيع من المالك هذا الاستناد حاصل فلا نحتاج إلى الإجازة المستأنفه لأجل استناد البيع إليه.

### الثاني: الصّحه مع الإجازة

أ: واستدلّ له فخر المحقّقين وتبعه المحقّق والشهيد الثانيين - كما مرّ منهم - بأنّ البائع - في مسألتنا - لم يقصد البيع اللازم، بل قصد البيع الموقوف على الإجازة المستأنفه من مورثه - المالك بظنّه - أو من يقوم مقامه، وحيث أنّ البيع وغيره من العقود تعدّ من الأمور القصديه ولا يتحقّق بدونه فكذلك في لزومه أو توقّفه على الإجازة.

وفيه: قد مرّ في أدله الصّحه أنّ هذا القصد حتّى لو صدر من العاقد لا اعتبار به والوجه في ذلك أنّ المعاوضه الحقيقيه تتحقّق بين مبادله المالكين وهذا القصد يكون ملغى في العرف والشرع والعقل.

ب: يمكن أن يقرر هذا الاستدلال (أ) بوجه آخر وهو: إنّ البائع لم يقصد الملك من حين المعامله بل من زمان إجازة المالك، فلو لم يجزها بعد الانكشاف فلا يحصل الملك أبداً.

إنّ قُلّت: هذا التقدير يناهض مذهب المحقّق الثاني في أنّ الإجازة كاشفه عن الملك من الابتداء، فلو كان قصد البائع هو الملك بعد الإجازة فلا يتحقّق هناك ملك من الابتداء.

قلت: يمكن أن يكون مراد المحقق الثاني أنّ الملكيه إنّما تحصل من حين المعامله فيما إذا استندت المعامله إلى المالك بالإجازة، فلها دخل في تحقق الملك من الابتداء ولولاها لم يتحقق الملك أصلاً.

وفيه: هذا الدليل أخص من المدعى لأنّه لايجرى فيما إذا باع شيئاً باعتقاد أنّه ملك الغير وأنّه وكيله في بيعه من قبل مالكة ثم ظهر أنّه ملكه، فإنّه في هذه الصوره قصد النقل والملك من حين المعامله لا معلقاً على إجازة المالك لاعتقاد أنّه وكيل هذا أولاً.

وثانيا: كون البيع متوقفاً على الإجازة أو غير متوقف عليها ليس دخيلاً في حقيقه

البيع ليعتبر قصده أو يقصد قصد خلافه، وإنّما هو من الأمور المعبره في صحه البيع إذا وقع البيع على مال غيره وأما إذا وقع البيع على مال نفس العاقد فلا- يعتبر في صحته إجازته ولعلّ هذا مراد المحقق الثاني بقوله: «إلا أن يقال: إنّ قصده إلى أصل البيع كاف (١)» (٢).

ج: المُقَدِّمُ على بيع مال غيره يستحيل له أن يتمشى منه قصد المعاوضه الحقيقيه المنجزه إلا إذا اعتقد أنّه المالك للمال، وحيث أنّه يرى أنّ الغير (مورّثه) هو المالك فلا يتمشى منه قصد الانتقال المنجز، وبالتالي هو قَصِدُ الانتقال مع الإجازة المستأنفه فلا يمكن تصحيح البيع إلا بها.

وفيه: الاستحاله تكون على عكس ما ذكر، لأنّ من المستحيل أن يقصد أمراً خارجاً عن اختياره وإرادته، لأنّ القصد يتعلّق بما يكون تحت قدرته واختياره وحيث إجازة المالك تكون خارجة عن قدره العاقد واختياره - لأنّ كلّ شخص يقدر على فعل نفسه لا فعل غيره - «لا أملك إلا نفسي» (٣) فمن المستحيل أن يتعلّق بها - أي الإجازة المستأنفه - قصد العاقد. فهو لا يتمكن إلا من قصد مطلق المعاوضه الحقيقيه لا المعلقه

١-١ . جامع المقاصد ٤/٧٦.

٢-٢ . راجع التنقيح في شرح المكاسب ٢/٤٠ و ٤١.

٣-٣ . سوره المائده ٢٥/.

د: العمومات والإطلاقات تدل على صحة المعاملات بانضمام قوله صلى الله عليه وآله : لا- يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه (٢) منصرفه إلى بيع كل واحد واحد من المالكين بعنوان أنه مالك، وهذا المعنى مفقود في المقام لأنه وإن باع مال نفسه واقعا إلا أنه باعه بعنوان ملك الغير، فلم تصدر المعاملة منه بعنوان أنه مالك فلا تصح المعاملة منه ولا تستند إليه بهذا العنوان، بل تحتاج في استنادها إليه وصدورها منه بعنوان أنه مالك إلى الإجازة بعد الالتفات إلى أنه مالك. (٣)

وبعبارة أخرى: لا يكفي في صحة المعاملات مجرد استناد المعاملة إلى صاحبها ومن يلي أمرها، بل لابد من انضمام طيب نفسه ورضا بانتقال ماله إلى الغير بدلالة

حديث طيب النفس وهو مفقود في العقد الصادر من الوارث - مثلاً - في المقام وبالنتيجة العقد يتوقف على صدور إجازته - الدلالة على رضا - حتى يصح. (٤)

وبعبارة ثالثة: «اعتقاد العاقد أن المال للغير وقصده البيع عن المالك بالإضافة إلى البيع لا تكون جهة تقييده لما ذكرنا من أن قصد كونه لنفسه أو لغيره خارج عن حقيقته إنشاء البيع، وأما بالإضافة إلى رضا بانتقال المال إلى الطرف بإزاء الثمن جهة تقييده حيث لم يرض بانتقال المال منه إلى الآخر بإزاء الثمن المزبور، بل إنما رضى بانتقاله إلى الآخر من ناحيه الغير.

نعم، لو أجاز العاقد البيع بعد التفاته إلى كونه مالك المال يتم البيع ويصير تراضيا معاملياً له» (٥).

وفيه: الاستناد إلى المالك العاقد موجود كما اعترف به المستدل في التقرير الثاني،

ص: ٩٠

١-٤ . راجع العقد النضيد ٣/٤٦١.

٢-٥ . وسائل الشيعه ٥/١٢٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى.

٣-٦ . راجع التنقيح في شرح المكاسب ٢/٣٩.

٤-١ . راجع العقد النضيد ٤/٤٦٢.

٥-٢ . إرشاد الطالب ٤/٦٧.



وأما قصدَه إلى المعامله لمورثه فهو مُلغى لأنَّ حقيقه المبادله هى مبادله المالىن ولا عبره بِالْمَالِكَيْنِ، وأما اعتبار طيب النفس والرِّضاهُ فهو مضافا إلى ما هو معتبر فى الاستناد محلّ تأمل بل منع، والشاهد عليه بيع المضطر، ولذا قال الجدّ الشيخ جعفر قدس سره: «... وكذا [مردوداً] القول بتوقفه على الإجازة، إذ لا حاجة بها بعد المصادفه»<sup>(١)</sup>.

وبالجملة: إجازة المالك العاقد بيع نفسه عجيبٌ فى الغايه وبعيدٌ إلى النهايه.

### الثالث: البطلان

وَمُسْتَنَدُهُ وجوهٌ:

أ: استدلالُ العلامه للبطلان بقوله: «لأنه كالعائب عن مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»<sup>(٢)</sup>.

وقرّره ولده الفخر بقوله: «لأنه كالعائب عند مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره»<sup>(٣)</sup>.

ونحوه فى نهايه<sup>(٤)</sup> والده.

ومرادهما: أنّ البائع مع فرض اعتقاده بأنّ المال ملك الغير كيف يصحّ أن يبيعه للمالك مع أنّه أجنبى عن المال، فهو فى الحقيقه كالعائب فى المعامله هذا.

وفيه: الفضولى يقصد المعاوضه الحقيقيه وليس غائبا عن المال ولا عابثا بالعقد، فتمّ عقده مع إجازة المالك.

وفى المقام حيث يستند العقد إلى العاقد ومع ظهور كونه مالكا له يَتَمُّ العقد من دون احتياج إلى الإجازة المستأنفه.

ب: استدلالُ للبطلان العلامه فى نهايته: «لأنه وإن كان العقد منجزا فى الصوره إلاّ أنّه

ص: ٩١

١-٣. شرح القواعد ٢/٩٨.

٢-٤. تذكرة الفقهاء ١٠/١٧.

٣-٥. إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

٤-٦. نهايه الأحكام ٢/٤٧٧.

فى المعنى معلّق وتقديره إن مات مورثى فقد بعتهك...»(١).

وقال ولده الفخر: «ولأنه وإن كان منجزاً فى الصورة فهو فى المعنى معلّق، والتقدير إن مات مورثى فقد بعتهك»(٢).

واعترض عليهما الشيخ الأعظم(٣) بأن هذا الوجه مناقض للوجه الآتى [ج] حيث ذكرنا فيه أنه يبيعه للمالك - أى أبه - لا لنفسه، فإذا باعه للمالك كيف يعلّقه على موته، هذا أولاً.

وثانياً: ما معنى أنه يبيعه للمالك وهو الأب معلّقاً على موته؟ مع أن الكلام فى هذه الصورة إنما هو فيما إذا باعه للمالك لا لنفسه، ولذا قال المحقق الخوئى رحمه الله: «هذا الوجه لا بدّ وأن يحمل على سهو القلم لجلاله شأن العلامة وولده عن الاستدلال بمثل ذلك فى المقام»(٤).

أقول: قد يأتى أن الاستدلال الآتى [ج] يقع فى كلام الفخر فقط دون والده العلامة فاحتمال سهو القلم لا يجرى بالنسبة إلى العلامة رحمه الله .

ج: قال الفخر: «لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه...»(٥).

مراده قدس سره: أن البائع إنما قصد البيع لأبيه فيما إذا باع مال أبه بظن حياته فبان ميتاً، فهو باعه للأب لا لنفسه فلا يقع له بوجه لأن العقود تابعه للقصد، ويحكم ببطلانه للعاقد

البائع.

وفيه: العاقد باعه لمالكة وتخيّل أن أباه هو المالك، لا لخصويه فيه، فإذا عرفت أن المال ماله فيقع العقد له، لأن حقيقة المعاملة هى المبادله بين المالين كما مرّ. وقصد أن البيع يكون لمالكة هو أمر زائد عليها [المبادله] فيكون لغوا.

ص: ٩٢

١- ١. نهايه الإحكام ٢/٤٧٧.

٢- ٢. إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

٣- ٣. المكاسب ٣/٤٦١.

٤- ٤. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٣٩.

٥- ٥. إيضاح الفوائد ١/٤٢٠.

قد مرّ أنّها الأظهر عند جدّى الشيخ محمّد تقى (1) قدس سره ، ولا يخلو من قوه عند عديله الشيخ اسدالله (2) رحمه الله و أحد احتمالى المتجه فيه عند صاحب الجواهر (3).

واستدلوا لها: بأنّ البائع أقدم على التمليك المترزّل لا النافذ، لأنّه أقدم على عقد يحتاج إلى إجازة المالك، لأنّ العاقد البائع يرى نفسه فضولياً، ثمّ بعد ظهور أنّه بنفسه كان مالكا حين العقد إذا حكم بلزوم العقد عليه قد يكون ضرّياً بالنسبه إليه، فيثبت له الخيار لدفع هذا الضرر.

وبالجملة: قاعده نفى الضرر تجرى فى المقام لدفع الضرر عن البائع العاقد الذى ظهر أنّه بنفسه المالك وتثبت له الخيار فى فسخ عقده.

قد يورد على هذا الاستدلال اعتراضات:

### الاعتراض الأول:

واعترض عليهم الشيخ الأعظم بقوله: «... الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمرٍ راجع إلى العوض والمعوّض وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكة من دون علمه ورضاه، إذ لا فرق فى الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق فى الفضولى، أو يعلمه ويجهل تعلّقه بماله [كما فى مسألتنا]. إذ من المعلوم: أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولى على الإجازة، إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر» (4).

مراده قدس سره: «أنّ المعامله تاره: تكون محكومّه بالصّحة فى حدّ نفسها إلاّ أنّ العوضين يستلزمان الضرر على أحد المتعاملين لنقص فى قيمتهما أو لعب فى ذاتيهما ولأجل ذلك يرتفع لزوم المعامله وتكون خياريه وجائزه.

ص: ٩٣

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٥٦.

١-٢ . مقابس الأنوار / ١٣٧.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٨٢ (٢٢/٣٠٠).

٣-٤ . المكاسب ٣/٤٦٥.

وأخرى: تكون المعامله فى حدّ نفسها مورداً للكلام من حيث الصّحه والفساد، لعدم شمول العمومات لها من دون أن يكون هناك ضرر فى شىء من العوضين بحيث لو حكمتنا بصحتها لما كان ذلك موجبا لتضرّر أحدهما من حيث العوض والمعوض لعدم نقص فى قيمتهما أو فى ذاتيهما، ففى مثل ذلك لو كان هناك ضرر فهو إنّما يكون ناشئا من أصل العقد والمعامله لا من جهه لزومها فمقتضى القاعده عدم صحه مثلها إلّا بالإجازة المتأخره، لا أنّها صحيحه ويرتفع لزومها، لما عرفت من أنّ لزومها غير ضرورى بحسب الفرض وإنّما الضرر فى أصل المعامله وصحتها حيث أنّه أمرٌ لم يلتفت إليه ولم يكن راضيا به ومعه يكون الحكم بوقوع المعامله من غير اختياره ضررا عليه لا محاله فترتفع صحتها بالقاعده»(١).

فيكون العقد متزلزلاً من حيث الحدوث لا البقاء، فيحتاج إلى الإجازة المستأنفه لا اللزوم وثبوت الخيار.

وبعبارة أخرى: قاعده لا ضرر ترفع لزوم العقد ولزوم العقد فرع صحته، وإذا لم يصح العقد لعدم صدور الإجازة المستأنفه من البائع العاقد المالك فى مسألتنا لا نحتاج إلى نفي لزومه بقاعده لا ضرر.

وبفرض جريانها أنّها [أى قاعده لا ضرر] تنفى صحه العقد وتثبت احتياجه إلى الإجازة المستأنفه ولا تنفى لزومه وتثبت الخيار.

أقول: يمكن أن يناقش الشيخ الأعظم: بأنّ العقد عند المشايخ الثلاثة صحيحٌ لاستناده إلى البائع العاقد المالك، فالصّحه تامه ولا تحتاج إلى الإجازة المستأنفه، ولكن من المحتمل أن تكون المعامله بالنسبه إليه ضرورياً فيرتفع هذا الضرر المحتمل بقاعده لا ضرر بثبوت الخيار. فاعتراض الشيخ الأعظم لا يرد عليهم لاختلاف المبنى فى الصّحه وعدمها بينه وبينهم.

ص: ٩٤

## الاعتراض الثاني:

صحة العقد في المقام لا تتم لأنها تتوقف على جُزئيين هما:

أ: استناد البيع إلى المالك.

ب: حصول الرضا وطيب النفس بالانتقال.

وكلاهما مفقودان، لأنَّ البائع العاقد يبيع في مسألتنا لأبيه فلم يستند العقد إليه، رضاه وطيب نفسه تكون على بيع مال والده لا بيع ماله نفسه.

فهذا العقد لا يكون صحيحاً حتى يرتفع استمرار صحته بثبوت الخيار بدليل قاعده لا ضرر.

أقول: يرد عليه بأنَّ استناد البيع إلى المالك العاقد البائع تام لأنه بنفسه أقدم على البيع وبعد تماميه الاستناد، طيب النفس والرضا حاصل لأنَّ المعترف منهما لا يزيد على الاستناد شيئاً، وما زاد على الاستناد لا يعتبر طيب النفس والرضا. فهذا الاعتراض مدفوع من أساسه كما يظهر هذا الجواب ممّا مرّ.

## الاعتراض الثالث:

قاعده لا ضرر تنفي ما ينشأ منه الضرر ولا يثبت أمراً مثل الخيار وغيره لأنَّ لسانه لسان النفي لا الإثبات كحديث الرفع.

وما ينشأ منه الضرر في المقام هو صحة البيع من دون الإجازة المستأنفه فهي تنفي بقاعده لا ضرر، فلا يمكن إثبات الخيار بها ولا نحتاج إلى إثباته بعد نفي الصحة بالقاعده كما هو الواضح.

## الاعتراض الرابع:

لو ذهبنا إلى صحة العقد وأنَّ قاعده نفي الضرر ترفع لزومه - لا صحته -، فإنَّ ذلك يستلزم صحة انتقال مال الغير مع عدم رضا وطيب نفسه ويستلزم منه تخصيص حديث «لا يحل مال امرئٍ مسلمٍ إلا بطيب نفسه»، مع أنَّ الأدله العامه في المعاملات تقتضى اشتراطها بالرضا وطيب النفس، فمع عدمهما يحكم ببطلانها لا صحتها وعدم لزومها بثبوت الخيار.

## تنبيه: في عدم ابتناء هذه الصورة على القول بالصحة في بيع الفضولي

لعلَّ أوَّل من نبه على عدم الابتناء هو المحقق الشيخ اسدالله التستري رحمه الله حيث يقول: «واعلم أنَّ هذه المسألة كبعض المسائل السابقة جاريه على القول ببطلان الفضولي أيضا» (١).

وأيده الشيخ الأعظم قدس سره بقوله: «ثمَّ إنَّ الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفه على القول بصحة عقد الفضولي، بل يجيء على القول بالبطلان» (٢).

ثمَّ استدرك عليه بقوله: «إلاَّ- أنَّ يستند في بطلانه [الفضولي] بما تقدّم من قبح التصرف في مال الغير فيتّجه عنده حينئذ البطلان» (٣).

مراده قدس سره: عدم ابتناء هذه الصورة على القول بالصحة في بيع الفضولي تام لو كان دليل البطلان غير الوجه العقلي - وهو قبح التصرف في مال الغير - وأما لو كان دليله هذا الوجه العقلي يوجّه القول بالبطلان في هذه الصورة أيضا لأنَّ البائع باعتقاده تصرّف في مال الغير بدون إذنه وهو قبيح عقلاً، لأنَّ القبح يترتب على اعتقاد كون المبيع ملك الغير فإن كان مصادفاً للواقع كان عصياناً وإن كان غير مصادف كان تجريباً، ولا فرق في جريان القبح بين العصيان والتجريب.

ولكن يناقش عليه: أولاً: بعدم تمامية المبنى كما مرّ في بحث بيع الفضولي.

ثانياً: مجرد القبح العقلي لا يستلزم مع الفساد الشرعي مادام لم يستلزم مع هذا القبح العقلي الحكم بالحرمة شرعاً، وفي التجري نعلم بأنَّ المتجري غير مرتكب للحرام الشرعي بوجهه ومجرد القبح العقلي لا يوجب الحكم الشرعي بالفساد.

هذا تمام الكلام في الصورة الثالثة والحمد لله.

## الصورة الرابعة: لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له

### إشاره

قال الشيخ اسدالله التستري: «الخامس: أن يبيع أو يشتري لنفسه ثمَّ ينكشف كونه

ص: ٩٤

١-١ . مقابس الأنوار ٣٩/ من كتاب البيع.

١-٢ . المكاسب ٣/٤٦٥.

٢-٣ . المكاسب ٣/٤٦٦.

مالكا للمال وأنّ العقد صادق ملكه. والأقرب صحة البيع وعدم توقفه على الإجازة ووجهه ما مضى...»(١).

وقال جدى الشيخ محمدتقى صاحب الهدايه رحمه الله: «ولو اعتقد أنه لغيره فباعه عن نفسه غصبا، ثم تبين أنه ملكه احتمل قويا لزومه»(٢).

وقال الشيخ الأعظم: «والأقوى هنا أيضا صحته ولو على القول ببطلان الفضولى والوقوف على الإجازة بمثل ما مرّ فى الثالثه، وفى عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى فى

الثالثه، ولذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار فى الثالثه»(٣).

أقول: أنت ترى بأنّ العدلين ذهبا إلى صحته هذا البيع ولزومه ولكن الأقوى عند الشيخ الأعظم الصحه مع الإجازة المستأنفه ولكنه يرى عدم الوقوف على الإجازة المستأنفه فى هذه الصوره وجه وهو مطابقه ما قصد لما انكشف، إذ المفروض أنه قصد البيع لنفسه وانكشف كون المال له بخلاف الصوره الثالثه فإنّ المقصود فيها هو البيع عن المالك والمُنكشَف هو كون العاقد هو نفس المالك فهذان - ما قصد وما كُشِفَ - ليسا مطابقين بل هما متغايران فتحتاج الصوره الثالثه إلى الإجازة دون الصوره الرابعه عند الشيخ الأعظم فى هذا الوجه»(٤).

ومراده هنا من «بعض من قال بالخيار فى الثالثه» هما الشيخان العديلان اسدالله التستري ومحمدتقى الرازى النجفى الأصفهاني رحمهما الله كما مرّ مقالتهما.

وقال المحقق السيد الخوئى القائل(٥) بمقاله الشيخ الأعظم فى الصوره الثالثه - وهى الصحه مع الإجازة المستأنفه - فى هذه الصوره الأخيره: «ولا اشكال فى صحه البيع حينئذ [أى الصوره الرابعه]، لعدم قصور ذلك عن الصوره المتقدّمه وبيعه للغير، وإنما

ص: ٩٧

١-٣. مقابس الأنوار، كتاب البيع ٣٨/.

٢-٤. تبصره الفقهاء ٣/٣٥٦.

٣-١. المكاسب ٣/٤٦٦.

٤-٢. راجع هدى الطالب ٥/٣٨١.

٥-٣. راجع التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٤٤.

الكلام في أنه يحتاج إلى الإجازة بعد الالتفات أو لا؟ الظاهر أنه لا حاجة إلى الإجازة بعد الانكشاف، إذ الحاجة للإجازة فيما تقدّم إنّما هي من جهة عدم استناد البيع إلى نفسه لاعتقاده أنّ المال للغير ولأجل عدم رضاه ببيع ماله، وذكرنا أنّهما يحصلان بالإجازة المتأخّره، وهذا لا يحتاج إليه في المقام، لأنّه باعه لنفسه بدعوى الملكيه العقلانيه كالغاصب ونحوه وإن اعتقد أنه للغير شرعا، وهذا المقدار من البيع والرضا يكفي في المعاملات ولا يحتاج فيها إلى العلم بالملكيه الشرعيه، وهذا نظير معاملات جميع الخارجين عن شريعته الإسلام فإنّهم إنّما يتعاملون بالملكيه العقلانيه أو الاعتباريه الشخصيه كاليهود ونحوهم بل المسلمين غير المتديّنين كما إذا قامر فُغلب وأخذ منه شيء ثمّ قامر وغلبه وأخذ منه ما غلبه به بعينه فباعه حيث إنّ ملكه شرعا وواقعا إلاّ أنه اعتقد أنه للغير واقعا وله بالملكيه العقلانيه، ففي مثل ذلك لا يحتاج إلى الإجازة بعد الالتفات إلى أنه ملكه واقعا، لعدم اشتراط البيع بالعلم بالملكيه الشرعيه، بل العلم بالملكيه

العقلانيه كافٍ كالمأخوذ بالقمار ونحوه حيث إنّ العقلاء غير المتديّنين يعتبرونه مالكا ويقولون إنّ مالكا لكذا مقدار من المال مع أنه بأجمعه مأخوذ بالقمار والغصب»(١).

والعجب من المحقّق المروّج رحمه الله حيث يرى أوّلاً وجه الشيخ الأعظم غير وجيه:

[١] لأنّ طيب النفس حاصل بماله الادّعائي لا بماله الواقعي. ولو علم بأنّه من أمواله الواقعيه دون أمواله المغصوبه فلعلّه لم يكن راضيا ببيعه... لأنّ الرضا ببيع مال الغير مع البناء على كونه ماله إدّعاءً وعدوانا ليس رضا حقيقه ببيع ماله الواقعي.

[٢] مع ظهور أدله اعتبار طيب نفس المالك في حلال ماله لغيره في كون الطيب والرضا بماله بوصف كونه ماله لا رضاه بذات المال.

[٣] وهو ما يقتضيه العقل أيضا بقبح التصرف في مال الغير من غير رضاه.

[٤] الأصل - وهو هنا الاستصحاب - يقتضى أيضا عدم جواز التصرف إلاّ برضا مالك المال بالتصرف في ماله الواقعي بما أنّه ماله، لا مجرد جنس الرضا القائم بذات ماله

ص: ٩٨



بدون إحراز ملكيته المال له واقعا... .

ثم يرى ثانياً بإمكان القول بفساد البيع في هذه الصورة الرابعة لعدم قصد المعاوضة مع اعتقاد العاقد كون المال لغيره أنه أخذ العوض عن المشتري مجاناً وهذا ينافي المعاوضة الحقيقية المعتبرة في المعاملات.

ثم في آخر كلامه أمر بالتأمل. (١)

وجه التعجب أولاً: [١] الرضا ببيع ماله الإدعائي العقلاني - عند المحقق السيد الخوئي - يكفي في صحة البيع ولا يحتاج إلى الرضا ببيع ماله الواقعي لأنه أقدم بنفسه على البيع من دون إكراه وإجبار فالبيع يستند إليه، وهذا الاستناد يصح البيع من دون الحاجة إلى رضا آخر.

[٢] قد مرّ بعدم اعتبار طيب نفس المالك في حلّ ماله أضافه إلى استناد البيع إلى مالكه وهو هنا حاصل.

[٣] على تمامية الاستقباح العقلي في التصرف في مال الغير، يجرى إذا لم يستند البيع إلى المالك وإما بعد استناده فلا يجرى هذا القبح العقلي المدعى.

[٤] بعد وجود الأدلة اللفظية على صحة هذا البيع وهي العمومات والإطلاقات فلا

تصل النوبة إلى جريان الأصل العملي هنا وهو الاستصحاب.

وثانياً: المعاوضة الحقيقية تقع بين المالكين - العوضين - لا بين اعتقاد أنه ماله أو ماله غيره وأنه أخذ المثلث باعتقاده مجاناً، لأن الاعتقاد لا يجرى في المعاوضة الحقيقية، لأنها تقع بين الثمن والمثلث الخارجيين - لا الاعتقاديين - .

ولعله قدس سره بالنظر إلى هذه الوجوه أمر بالتأمل في آخر كلامه رفع الله في الخلد مقامه.

**تتميم:**

يمكن تصوّر فروعٍ لم يذكُرها الشيخ الأعظم في المقام أذكر لك بعضها والباقي موكول إلى فقاهاه القارى الفطن:

ص: ٩٩

## الصورة الخامسة:

الصورة الخامسة: «لو باعه على أنه ملكه فتبين بعد ذلك أنه لمورثه ثم تبين موته حين العقد فلا إشكال في الصحة والزم» (١).

لما مرّ في الصور الماضية.

## الصورة السادسة:

### إشاره

الصورة السادسة: «لو باعه عن المالك باعتقاد الوكاله عنه، ثم تبين أنه ملكه ففي الحكم بلزومه وجه قوي ولا يخلو من إشكال» (٢).

وجه الاشكال: عدم رضاه بانتقال ماله إلى المشتري، وما اوقعه العاقد لم يقع وما وقع من بيع مال نفسه لم يقصده.

وقد مرّ جوابنا عن هذين الاشكالين فلا نُعيدُ.

### صُورٌ سِتُّ: ذكرها

صُورٌ سِتُّ: ذكرها الفقيه اليزدي وهي: «[١] ما إذا باع باعتقاد أنه للموّلّي عليه أو الموكّل فبان أنه للآخر، [٢] أو باعتقاد أنه لأحدهما فبان كونه لنفسه [٣] أو بالعكس، [٤] أو باعتقاد كونه للموكّل - الذي هو زيد - فبان أنه للآخر، [٥] أو باعتقاد أنه للموّلّي عليه المعيّّن فبان أنه للآخر، [٦] أو باعتقاد أنه المال الكذائي فبان أنه غيره وهكذا» (٣).

ثم قال: «والحكم في الكل الصحة والتوقف على الإجازة من عدم الرضا بنقل هذا الشيء وباللعنوان الذي لا بدّ من قصده والرضا به...» (٤).

أقول: الصورة الاولى المذكوره في كلامه قدس سره فضوليّه، ولذا لا بدّ فيها من إجازة الآخر، ولذا قال الشيخ جعفر رحمه الله: «ولو انعكس الحال فزعم الملك أو الولايه أو الوكاله فبان

خلافها كان فضولينا» (٥).

وصورته الثالثه هي عين الصورة الثانيه للشيخ الأعظم.

وصورته الرابعه هي عين صورته الخامسة من دون تغيير.

وأما بقيه الصور المذكوره في كلام الفقيه اليزدي قدس سره فحكمها حكم الصورة الرابعه

- ١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٥٦.
- ٢-٢ . تبصره الفقهاء ٣/٣٥٦.
- ٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٢٥١.
- ٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٢٥١.
- ١-٥ . شرح القواعد ٢/٩٨.

وهو الصّحّه من دون الاحتياج إلى الإجازة المستأنفه خلافا لما ذكره والدليل عليه ما مرّ في الصوره الرابعه فلا نعيد.

ولذا قال الشيخ جعفر، «ومقتضى ذلك سرايه الحكم إلى عقد الولي والوكيل مع جهلهما بملكيتها فيصحّ نكاح مَنْ زوّجت نفسها فضولاً- أو كإله بزعم أنّها أمّه فظهرت حرّه، ومن زوّج أمراه بزعم أنّها حرّه أو أمّه الغير فظهرت أمته، ومن زوّج أجنبيّه صغيره فظهرت بنته، إلى غير ذلك»(1).

هذا تمام الكلام في الصوره الرابعه وبه تمّ القول في المُجيز والحمد لله القويّ العزيز.

ص: ١٠١

---

١-٢. شرح القواعد ٢/٩٨.



وَضَلُّ: القول في المَجَاز

اشاره

ص: ١٠٣

اشاره

ص: ۱۰۴

**الأول: اعتبار كون العقد المجاز جامعا للشروط**

**إشارة**

العقد الصادر من الفضول لا بدّ أن يكون جامعا لجميع الشرائط المعتبره في العقد سوى رضا المالك أو استناد العقد إليه، لأنّ في غير تلك الصوره يقع فاسدا ولا يمكن أن تكون الإجازة المتأخره مصححه للعقد الفاسد.

لأنّ الإجازة ليست بأولى من عقد المالك نفسه على شىء فلو عقد وكان عقده فاقدا لبعض شرائط الصحه يقع باطلاً، وكذلك ليست بأولى من الإذن السابق فلو أذن في انشاء عقد فاقد لبعض شرائط الصحه يكون باطلاً. هذا بحسب الكبرى.

وأما بحسب الصغرى: «فلا إشكال في أنّ العقد لا بدّ وأن يكون حاوياً للشرائط الراجعه إلى العقد كالماضويه والعربيه والتطابق وغيرها - [على القول باعتبارها] - فلو كان فاقدا لبعض تلك الشرائط يقع فاسداً.

وأما الشرائط المعتبره في المتعاقدين: بما هما متعاقدان - لا بما هما مالكان - كالبلوغ والعقل ونحوهما، فلا إشكال في اعتبارها أيضاً، فلو كان المتعاقدان أو أحدهما صبياً أو مجنوناً فلا تقع المعامله بالإجازة المتأخره صحيحه، لأنّ عقدهما كلا عقد.

وأما الأمور والشرائط المعتبره في العوضين كالماليه أو الطهاره والطلاقه ونحوها فهى أيضاً معتبره في العقد الصادر من الفضولى بحيث لو كان العوضان فاقدين لبعض هذه الشروط كما إذا كان أحدهما خمرأ أو كانت الأمه أمّ ولد أو كان فاقدا للماليه وهكذا، فلا- ينبغى الإشكال في فساد العقد حيثئذ وإن انقلب الخمر إلى الخلّ أو مات ولد الأمه أو عرضت الماليه عليه حال الإجازة، وذلك لاعتبار هذه الشروط فى متعلّق البيع والعقد، والإجازة ليست عقداً مستأنفاً ولا- بيعاً ثانياً فلا بدّ من اتّصاف العوضين بهذه الشروط



وأما الشرائط الخارجة عن متعلق البيع والمتعاقدين والعقد وهي الأمور المعتبرة في المعاملة خارجا وقد عبّر عنها شيخنا الأنصاري (١) بشرائط تأثير العقد كاشتراط

القدره على التسليم أو الشرائط المعتبرة في المالكين وإن لم يكونا عاقدين كالإسلام في مشتري المصحف والعبد المسلم بناءً على أنّ الكافر لا يملك شيئاً منهما فهي غير معتبرة في العقد بوجه، بل القدره على التسليم كما لا تعتبر في حال العقد كذلك لا تعتبر في حال الإجازة أيضاً، وإنما تعتبر في ظرف التسليم وهو أمر يختلف باختلاف الأغراض، فربما يشترط التسليم في ظرف الإجازة وأخرى في غيره من الأزمان كمن باع عشره أمان من الحنطة في ذمّه زيد فضوله على أن يسلمها بعد ستّة أشهر ثم أجازها المالك من دون أن يكون قادراً على تسليمها حال الإجازة.

وكذا الإسلام فإنه لا يعتبر حال العقد أبداً، لأنّ الدليل الدالّ على اعتباره في المشتري بعد الإجماع هو قوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (٢) بأن يكون اختيار المسلم بيد الكافر يفعل في حقّه ما أراد، ومن الواضح أنّ العقد بمجرد لا يوجب السبيل للكافر على المسلم أبداً، وإنما هو يتحقّق بالإجازة، إذ لا يمكنه التصرف في العبد قبلها، فإذا فرضنا أنّ المشتري الكافر حال العقد أسلم حين الإجازة صحّ العقد والإجازة بلا إشكال. نعم بناء على الكشف الحقيقي أمكن القول بالفساد لتحقق الملكية والسبيل حين العقد.

ثمّ إنّه هل يعتبر الاستمرار في الشروط المعتبرة حال العقد إلى زمان الإجازة بحيث لو انتفى بعضها بعد العقد وقبل الإجازة بطلت الإجازة، أو لا يعتبر فيه الاستمرار؟

ذكر شيخنا الأنصاري (٣) قدس سره بالنسبة إلى شروط العوضين: أنّ الظاهر اعتباره على القول بالنقل، لعدم تمامية البيع قبلها، وحين تماميته بالإجازة لا شرط بحسب الفرض

١-١ . المكاسب ٣/٤٦٧.

١-٢ . سورة النساء /١٤١.

٢-٣ . المكاسب ٣/٤٦٨.

فتقع المعامله باطله. وكذا يعتبر الاستمرار على القول بالكشف من جهه أن زمان الاستناد إلى المالك إنما هو زمان الإجازة، ومع فقد بعض الشرائط المعبره فى المعامله لا يكفى إسناد المعامله الفاقده لبعض الأمور المعبره فيها إليه هذا.

والظاهر أن الاستمرار إلى حال الإجازة غير معتبر على كلا القولين، وذلك لأن الكلام فى شرائط البيع لا الملكيه، وقد فرضناه جامعا لشرائط البيع حال العقد والبيع، والإجازة ليست بيعا ولا عقدا مستأنفا، فاعتبارها فى حال الإجازة أيضا يحتاج إلى

دليل آخر، والوجه فى ذلك ما عرفت من أن شرائط البيع غير شرائط الملكيه كما فى بيع الكلب والمنتجس ونحوهما حيث إنهما مع ماليتهما منع الشارع عن بيعهما تعبدا، إذ لا إشكال فى أن الكلب ملك فلذا أوجب الشارع ضمانه على من أتلفه، وكذا الحال فى المنع عن بيع أم الولد فإنها ملك ويجب دفع قيمتها لو قتلها أحد ومع ذلك قد منع عن بيعها، فهذه شرائط البيع دون الملك، والمقدار الثابت من أدلتها اعتبارها حال البيع، والمفروض أنها كانت متحققه حال البيع والعقد، واشتراطها واعتبارها حال الإجازة أيضا يتوقف على دليل، وهذا بخلاف الشرائط المعبره فى الملك فإنها شرط للملك بغض النظر عن وقوع البيع كما فى الخمر فإنها غير قابله للملك حتى لو لم يكن بيع أصلا. وكلامنا إنما هو فى شرائط البيع لا شرائط الملك.

فرع: إذا انقلب الخل بعد العقد إلى الخمر ثم صار خلا فهل يصح الانتقال أو لا؟ الظاهر أنه لا ينتقل إلى المشتري حينئذ على القول بالنقل لأنه صوره نوعيه أخرى غير الصورة التى وقع عليها العقد، وذلك لأن الخمرية والخليه وإن كانتا من الأوصاف والأحوال عند العرف إلا أنهما بحسب نظر الشارع من الأوصاف النوعيه التى بها تختلف الأشياء، فإذا صار خمرا ثم انقلب إلى الخل فهو قد اتصف بصفه نوعيه أخرى غير الصفه الأولى كما لا يخفى، وهذا نظير ما إذا انقلب عبداً إلى الصورة النوعيه الكلبيه بمعجزه ونحوها ثم انقلب إلى الصورة النوعيه الانسانيه فإنه لا- إشكال فى تغايره للإنسان الأول وكونه غيره حقيقه، وكذلك الحال فى المقام، وعليه فيقع البيع باطلاً لأن متعلقه تلف والموجود أمر آخر مغاير لما وقع العقد عليه، وأما على القول بالكشف فالبيع صحيح لأن

التبدل يكون في ملك المشتري، هذا تمام الكلام في الوجه الأول»(١).

## فذلكه القول في الأمر الأول

### إشاره

تبيّن ممّا نقلناه من كلام المحقق السيد الخوئي قدس سره بطوله أنّ الشروط المعتره في العقد وما يتعلق به الإجازة تنقسم إلى خمسة أقسام:

الأول: الشروط المتعلّقه بالعقد: كالماضويه والعرييه والتطابق وعدم التعليق، وأنه لا بدّ من انحصار العقد باللفظ أو أنه يشمل الفعل؟ والظاهر أنه لا بدّ من تحقّق هذه الشروط حين الإنشاء فقط دون الإجازة لأنها ليست بعقد.

الثاني: الشروط المتعلّقه بالمتعاقدين: كالبلوغ والعقل والاختيار، والظاهر من الدليل هو اعتبار هذه الشروط حين الإنشاء فقط.

الثالث: الشروط المتعلّقه بالعوضين: كاشتراط معلوميتهما وماليتهما وإنهما ملك طلق لمالكيهما، لا بدّ من اعتبارها حين إنشاء العقد دون الإجازة، لأنها ليست عقدا مستأنفا ولا يباعا ثانيا.

الرابع: الشروط المتعلّقه بتأثير العقد: كاشتراط قدره على التسليم، فهذا الشرط لا يعتبر حين العقد ولا حين الإجازة وإنما اعتبر في ظرف التسليم وعند مواعده.

الخامس: الشروط المتعلّقه بالمالك بما هو مالك: كاشتراط إسلام المشتري في بيع المصحف والعبد المسلم، فهذا الشرط غير معتبر عند انشاء عقد الفضولي لأن مجرد العقد لا يوجب السبيل للكافر على المسلم أو المصحف، وإنما السبيل يتحقّق بالإجازة لعدم جواز التصرف في المبيع قبلها. نعم، بناءً على الكشف الحقيقي يمكن القول بالفساد لتحقّق الملكيه والسبيل من حين العقد.

وأما لزوم استمرار الشروط المعتره من حين العقد إلى زمن الإجازة: فينبغي أن يقال: في القسم الأول: لا مجال لتوهم لزوم دوام شروط العقد إلى حين الإجازة لأن هذه الشروط تتّهي إلى تحقّق الانشاء وهو أمر متصرم الوجود بمعنى أن الإنشاء يتحقّق بهذه

ص: ١٠٨

الشروط ولا يتوهم دوامها واستمرارها لأجله ولم يتعرض الشيخ الأعظم لهذا القسم.

وفى القسم الثانى: قال الشيخ الأعظم: «لا ينبغى الإشكال فى عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعا مستأنفا يقوى الإشتراط»<sup>(١)</sup>.

وفى القسم الثالث: ذهب الشيخ الأعظم<sup>(٢)</sup> رحمه الله إلى اعتبار استمرارها بناءً على النقل لعدم تماميه البيع قبلها، وبناءً على الكشف ذهب إلى أنّ استمرارها غير بعيد بعد احتمال الوجهين.

فهاهنا وافق الشيخ الأعظم صاحب الجواهر<sup>(٣)</sup> من اعتبار استمرار هذه الشروط بناءً على الكشف ولكنه خالفه فى الثمرات بين قولى النقل والكشف.<sup>(٤)</sup>

وقد عرفت: عدم وجود الدليل على استمرار شروط العوضين عند المحقق السيد الخوئى رحمه الله على قولى النقل والكشف، للفرق بين شرائط البيع وشرائط الملك، وما هو المعتبّر عنده هو الأول دون الثانى. وشرائط البيع معتبّر فى حين البيع والعقد دون الإجازة، لأنّ الإجازة ليست ببيع مستأنف ولا دليل على اعتبارها حين الإجازة.

وفيه: بناءً على الكشف يكفى تحقّق شرائط البيع حين العقد على القاعده، وأما بناءً على النقل فلا بدّ من استمرار تحقّق شرائط البيع إلى حين الإجازة حتى يَتِمَّ النقل والانتقال هذا بالنسبه إلى القاعده الأولى.

أمّا التفصيل بين شرائط البيع وشرائط الملك فهو صحيح وإن يمكن النزاع الصغرى فى بعض الموارد التى عدّها قدس سره من شرائط البيع أو الملك.

فيمكن عدّ عدم كون المبيع كلبا أو ميتة أو عذره أو أمّ ولد أو الطلقه أو نحوها من شرائط البيع ويمكن عدّ عدم كون المبيع خمرا من شرائط الملك، لأنّ الشارع ألغى

ص: ١٠٩

١-١ . المكاسب ٣/٤٦٨.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٦٨.

٣-٣ . الجواهر ٢٣/٤٧١ (٢٢/٢٩٢).

٤-٤ . المكاسب ٣/٤١٩.

الملكيه بالنسبه إليه.

وأما الفرع الذي ذكره قدس سره : وهو تغيير الصورة النوعيه إلى الصورة النوعيه الأخرى في مثال الخَلّ المتخذ من العنب والخَلّ المتخذ من الخمر، أو الانسان الذي نشأ من نطفه ثم علقه ثم مضغه... والانسان المنقلب من الكلب بالنظر الدقي العقلي الفلسفي فهو تام وأما بالنظر العرفي الذي يتبعه الشارع أيضا فتام في مثال الخَلّ لأنّ العرف يرى اختلاف القيمة بين الخَلّين، وأما بالنسبه إلى مثال الانسان فلا يتم لأنّ العرف يرى الوحده بين الانسانين ولذا لا يحتاج الثاني إلى تجديد عقد زوجته ولا تَنَقُّلُ أمواله إلى ورثته بل هو مالك لها بعد رجوعه إلى الانسانيه و... وبالجملة: الحكم في الفرع يدور مدار العرف وحكمه بالوحده أو التعدد لا الدقه العقليه الفلسفيه.

وفي القسم الرابع: قد مرّ عدم اعتباره في حين العقد ولا حين الإجازة وإنما اعتبر في ظرف التسليم فقط.

وفي القسم الخامس: بناءً على النقل والكشف الحكمي بأقسامها لا بدّ من اعتبارها حين الإجازة وأما بناءً على الكشف الحقيقي فلا بدّ من اعتبارها حين العقد إلى حين الإجازة وما بعدها.

### تنبيه: في نقل مقال الجَدّ العلامه

قال المحقق التقي صاحب هدايه المسترشدين رحمه الله : «ثاني عشرها: هل يشترط استجماع العقد لشروط الصحة حين وقوعه سوى رضا المالك وإذنه أو أنه يكتفي بتحقق الشروط حين الإجازة؟ فلو تعلق العقد بشيء مجهول للعاقده الفضول وأجازة المالك مع علمه أو باع الآبق وقد استرد في وقت الإجازة أو باع الكافر مصحفاً أو مسلماً فأجازة بعد إسلامه، أو يكتفي بحصولها في أحد الحالين أو بحصولها من حين العقد إلى زمان الإجازة في الجملة أو يعتبر تحققها في الحالين؟ وجوه.

وظاهر بعض كلماتهم في الاحتجاج يعطى اعتبار الاستجماع حين (1) العقد، وهو

ص: ١١٠

١-١. ليس في نسخه: «الاستجماع حين... الأصل باعتبار».

الَّذِي يَقْتَضِيهِ الْأَصْلُ بِاعْتِبَارِ حَصُولِهَا فِي الْحَالِينِ.

وقد يقال: بالإكتفاء بحصولها حين الإجازة على القول بالنقل فإنه في الحقيقة حال انعقاد العقد.

ويمكن أن يقال: بالتفصيل بين الشروط، فيعتبر في المملوكية أن تكون حاصله حين العقد، فلو باع ما لم يدخل في الملك كالمباحات قبل الحيازة والطيور في الهواء ثم أجازها أو صاد الطير لم تؤثر الإجازة، سيما على القول بالكشف، لو كانت حاصله حين العقد فزالت بعد ذلك كما لو تلفت بعد العقد والقبض قبل الإجازة صح العقد بالإجازة، فيكون التلف من المشتري.

ويحتمل حينئذ اشتراط حصولها حين الإجازة أيضا؛ إذ لولاها لعدت الإجازة سفها خارجا عن مقصود العقلاء.

وأما قدره على التسليم وإسلام المشتري في بيع المصحف والمسلم فيكتفى بحصول الشرط عند الإجازة؛ لعدم وضوح دليل على الفساد بمجرد انتفائه حين العقد.

ولا عبره بالتسليم الأصيل قبل الإجازة، والمفروض حصول قدره عليه عند اعتبار التسليم، وأنه لا سبيل للمشتري على المبيع إلا بعد الإجازة، فلا يفيد ما دلّ على دفع السبيل وقضى به مراعاة الإحترام فساد العقد في تلك الصورة، فيندرج تحت الأصل.

وأما معلوميه العوضين ففيها وجهان.

ولا يبعد أن يقال في اشتراط اجتماع الشروط حين العقد بما دلّ الدليل على

اشتراط العقد به مطلقا.

وأما ما كان اعتباره لوجهه خارجه كنفى السبيل على المسلم وملاحظه الإحترام أخذ فيها بمقتضى ذلك الدليل، فلا يبعد على الصحيح في المثالين المفروضين»(1).

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى الأمر الأول.

ص: ١١١

أشاره

ويقع الكلام فى مقامين:

أ: فى اعتبار العلم - تفصيلاً أو إجمالاً - بوقوع العقد فى صحه الإجازة، وعدم اعتبار العلم به مطلقاً وكفايه الإجازة حتّى مع احتمال وجود العقد.

ب: فى صحه تعلق الإجازة بالمبهم وعدمها.

أما المقام أ:

أشاره

فقال الشيخ الأعظم: «هل يشترط فى المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل - من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها - أم يكفى العلم الإجمالى بوقوع عقدٍ قابلٍ للإجازة؟» (١).

أقول: قد مرّ أنّ العقد الفضولى تام من جميع الجهات إلا من جهه استناده إلى المالك التى تمت بالإجازة اللاحقه. ولا يشترط فى الإجازة العلم التفصيلى بل يكفى العلم الإجمالى فيها. لأنّ الإجازة بمنزله الإذن السابق فكما لا يعتبر العلم التفصيلى فى الإذن السابق فكذلك فى الإجازة اللاحقه كما يظهر من جدنا العلامة التقي (٢) فى عبارته الماضيه (٣) سابقاً.

مقاله الشيخ الأعظم ونقده:

ولكن الشيخ الأعظم ذكر وجهين فى المقام وقال: «وجهان: [١] من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدّاً [من الإبهام] لا يجوز معه التوكيل. [٢] ومن أنّ الإجازة بحسب الحقيقه أحد ركنى العقد لأنّ المعاهده الحقيقه إنّما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فيشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل» (٤).

أقول: قد مرّ أنّنا بأنّ الوجه [١] تأمّ عندى. وأما الوجه [٢] فمرادُه قدس سره أنّ المالك مع

ص: ١١٢

١-١. المكاسب ٣/٤٦٨.

٢-٢. تبصره الفقهاء ٣/٣٦٠.

٣-٣. الآراء الفقهيّه ٥/٥٣٣.





عدم العلم التفصيلي بالعقد تكون إجازته مُعلَّقه.

نحو قوله: إن وقع بيع على نحو كذا على مالى فقد أجزته وحيث أنّ الإجازة أحد ركني العقد لحصول المعاهده الحقيقيه بين المالكين فقط، فالإجازة تكون بحكم العقد و

التعليق فى العقود مبطلٌ فكذلك فى الإجازة.

والمحقّق النائىنى(١) أضاف إليه بأنّ الإجازة من الايقاعات والايقاع لا يقبل التعليق.

يرد عليه: ليست الإجازة أحد ركني العقد بل بها تُنسب العقد الذى تمّ قبلها بالمجيز، فالإجازة لا تعدّ عقدا ولا جزءاً له ومتّمّا له، بل بها يتّمّ انتساب العقد بالمجيز فقط، والمعاهده الحقيقيه إنّما تحصل بين المالكين لا المالكين وهى متحققه قبل الإجازة وبها تُنسبُ إلى المالك، فالإجازة لا تشبه القبول بأنّه لا بدّ فيه من تعيين الإيجاب عند القابل، بل هى تشبه بالإذن السابق فكما يتعلّق الإذن السابق بأمر غير معلوم بالتفصيل بل ربّما غير معلوم بالإجمال فكذلك الإجازة المتأخره اللاحقه، فظهر بما ذكرنا عدم تماميه الوجه [٢] فى كلام الشيخ الأعظم.

وأما حمل كلامه فى تعيين مراده قدس سره إلى قضيه التعليق فى العقود وأنّ الإجازة بمنزله العقد والتعليق فيها باطل كما أنّ التعليق فى العقود، أيضا فغير تام لأنّ دليل بطلان التعليق فى العقود ليس إلّا الإجماع ومعقده نفس العقد ولا يشمل الإجازة، فالحاق الإجازة بالعقود باطل، هذا أوّلاً.

وثانيا: بطلان العقد بالتعليق يختص بأمر خارج عن العقد وأما إذا كان بأمر يقتضيه نفس العقد وإن لم يصرّح به فى متنه فلا وجه لبطلانه نحو قول البائع: إن كان هذا المال مالى فقد بعته بكذا، والوجه فى عدم البطلان لأنّ مثل هذا التعليق موجود فى جميع العقود.(٢)

ص: ١١٣

١- ١. المكاسب والبيع ٢/٢١٦، منيه الطالب ٢/١٣٩.

٢- ٢. راجع منيه الطالب ٢/١٣٩، وهدى الطالب ٥/٣٩٤.

وثالثاً: على فرض قبول أنّ الإجازة تشبه العقود من الشيخ الأعظم، لا يجرى فيها ما يجرى في العقود من بطلان التعليق في العقود لأنّ «مجرد الشباهة لا يوجب الإلحاق في الحكم»<sup>(١)</sup> كما هو الواضح.

وبالجملة: الوجه [٢] في كلام الشيخ الأعظم مع ما ذكر من تعيين مراده غير تامين.

### مقاله النائيني ونقده:

ولكن بقي في المقام ما أفاده المحقق النائيني: من أنّ الإجازة من الإيقاعات والإيقاع لا يقبل التعليق يرد عليه ما ذكرته آنفاً تحت عنوان ثانياً واعترف هو بنفسه الشريفه على هذا الردّ حيث قال في دورته الأخيره في المكاسب ما نصه: «إنّ طلاق الزوجه وعتق العبد ونحوهما من الإيقاعات وبيع المالك ماله ونحوه من العقود معلق على زوجيه الزوجه ورتبته العبد وكون المال مالاً للمالك، نحو تعليق كلّ حكم على موضوعه، فهذا المقدار من التعليق ممّا لا محيص عنه في العقود والإيقاعات... وإن شئت فقل لا تعليق فيهما، وإن شئت فقل إنّ هذا التعليق لا يكون مضرّاً ومرجع العبارتين إلى شىء واحد، وما نحن فيه من هذا القبيل لكونه تعليقا للإجازة على وجود العقد الذى تتعلّق به الإجازة نظير تعليق البيع على ملك المبيع والطلاق على زوجيه الزوجه»<sup>(٢)</sup>.

ثمّ العجب منه قدس سره حيث علّل قوله من معلوميه المجاز بالتفصيل وعدم تعلّق الإجازة لأمر مبهم بالغرر وقال: «وذلك للغرر فإنّه لا يختص بالبيع وإن ورد النهى عنه فى البيع بالخصوص»<sup>(٣)</sup> أيضاً، ولكن النهى عنه ليس مختصاً بالبيع بل ورد النهى عنه بقول

ص: ١١٤

١-٣. راجع منه الطالب ٢/١٣٩.

٢-١. المكاسب والبيع ٢/٢١٦.

٣-٢. وسائل الشيعه ١٧/٤٤٨، ح ٣، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره.

وجه التعجب: نعم، ورد النهى عن الغرر فى غير البيع وجريانه فى غيره ولكن يكون دليله أخص من المدعى لأنّ مدعاه بطلان تعلق الإجازة بما يكون معلوماً بالإجمال ودليله لزوم الغرر ومن الواضح ربّما يوجد معلوم بالإجمال الذى لا يكون فيه غرراً أصلاً ووجود معلوم بالتفصيل يوجد فيه الغرر.

وعلى فرض ثبوت الغرر، لا يوجب الغرر الفاحش إلاّ الخيار فى جانب المغرور الجاهل لا بطلان المعامله كما يأتى فى الخيارات.

ثمّ قال فى ردّ مشابهه الإجازة اللاحقه بالإذن السابق ما نصه: «وزان الإجازة الوارده على الأمر المبهم مثل إجازة ما صدر من الفضولى الذى لا يعلم بكونه بيعاً أو غيره، وزان التوكيل فى أحد الأمرين المردد بين البيع وغيره، لا نظير التوكيل المطلق فى

جميع أموره، ولا إشكال فى بطلان الوكالة أيضاً إذا كانت متعلّقه بالمبهم وإنّما هو الصحيح منها هو الوكالة المطلقه ولا يتصور نظيرها فى الإجازة لتعلّقها إلى المعامله الشخصيه الخارجيه...» (٣).

يرد عليه: عدم تماميه قياس الإجازة فى ما يكون معلوماً بالإجمال بالتوكيل فى أحد الأمرين المرددين بين البيع وغيره، والوجه فى بطلان التوكيل بهذه الكيفيه هو «عدم وقوع المتعلّق حين صدور التوكيل وبالتالى يكون الإبهام واقعيًا والتردد حقيقيًا ومن المعلوم أنّ التوكيل فى المردّد الواقعي باطل.

وهذا بخلاف الإجازة حيث أنّ متعلّقها متحقّق خارجاً ويستحيل فيه التردد وبالتالى فإنّه لا ترديد فى الأمر الواقعي والمتحقّق خارجاً، وإنّما التردد فى الصوره العلميه للمجيز وبينهما فرقٌ.

[وبالجملة]: فالإبهام الذى يلفّ التوكيل إبهام واقعيٌّ ناشٍ عن التردد فى الواقع بخلاف الإبهام فى الإجازة حيث أنّه إبهام من جهه المجيز دون الواقع المعلوم تحقّقه،

ص: ١١٥

١-٣. راجع وسائل الشيعه ١٧/٣٩٥، الباب ٩ من أبواب آداب التجاره، و ١٨/٣١، الباب ١٧ من أبواب الخيار.

٢-٤. المكاسب والبيع ٢/٢١٧.

٣-١. راجع المكاسب والبيع ٢/٢١٧.

ولذلك لا يمكن أن يقاس الإجازة بالتوكيل، ويعدّ قياسها مع الفارق»(١).

### مقاله المحقق الأصفهاني ونقده:

قال قدس سره: «ربّما يستند في اشتراط العلم التفصيلي إلى النهي عن الغرر، إمّا لكون الإجازة غرريّه والغرر منهي عنه مطلقاً، وإمّا لكون العقد المجاز غررياً من المجيز، وهو منهي عنه، ولو لم يكن الغرر في الإجازة منهيّاً عنه.

وتحقيق القول في ذلك يبتنى على مقدمه: هي أنّ التوكيل تارة يتعلّق بالمبهم المردد، وأخرى بالمجهول، وثالثه بتعميم الوكاله بحيث تسع كلّ ما يؤدي إليه نظر الوكيل واختياره.

والأوّل: في نفسه غير معقول؛ إذ المردد بما هو لا ثبوت له ذاتاً وحقيقه؛ ماهيةً وهويّه، فالإذن فيه إذن في أمر غير معقول، فهو غير معقول من العاقل غير الغافل، وعلى فرض المعقولية فهو فيما نحن فيه مفروض العدم، لأنّ العقد الصادر من الفضول معيّن لا مردّد واقعاً، فإجازته إجازة المجهول لا إجازة المردّد.

والثاني: وهو التوكيل في المجهول، كأنّ يوكله في البيع بما لا يعلم الموكل والوكيل

أنّه فضه أو ذهب مثلاً، فمثله غير نافذ من الموكل بالمباشرة فكذا بالتسيب، ومثله إجازة بيع المجهول بهذا الوجه.

والثالث: ما إذا فوّض الامر إلى الوكيل وجعله مستقلاً في العمل بأيّ وجه يختاره، فكما أنّه للموكل التصريح ببيع ماله بأدون من ثمن المثل، أو بهبه ماله، وليس التوكيل غررياً ولا- المعامله غرريه، لا من حيث مباشره الوكيل ولا من حيث تسيب الموكل، فكذلك له هذا المعنى بالتعميم، فالمعامله الصادره من الوكيل إذا كانت في نفسها واجده للشرائط تكون منتسبه إلى الموكل، فهذه المعامله الصحيحه تسيبيه من الموكل وإن جهل الموكل بما فعله الوكيل، ومثل هذا التعميم هنا - مع كون المجاز عقداً خاصاً - وإن كان معقولاً نظراً إلى أنّه يرضى بأيّ وجه أوقعه الفضول، يبيعا كان أو هبهً بضمن المثل أو بأنقص.

ص: ١١٤

إلا- أن الفرق بين التوكيل والإجازة، أن الإقدام على المعاملة عمل الوكيل المستقل في أمرها، فيعتبر أن يكون عقلائيا غير سفهائى من حيث كونها غررية خطريه، ولا إقدام على المعاملة من الموكل كى يعتبر علمه لثلا يلزم الغرر، فلا غرر فى التوكيل، لا من حيث إن التوكيل عمل يعتبر أن لا يكون غرريا، ولا من حيث إن المعاملة المنتسبه إليه غرريه.

بخلاف الإجازة؛ فإنّ الفضول أجنبي عن المال وعن التصرف فى المال، فلا معنى لغرره وخطره، بل الإقدام على المعاملة من المجيز، فهو بإجازته مقدّم على المعاملة، فهذا العقد الإجازى كعقده المباشرى، فلا بد من أن يكون هذا الإقدام منه عقلائيا غير سفهائى.

ومما ذكرنا تبين أن الإجازة كالإذن والتوكيل، وأنه لا يختص أحدهما بخصوصيه من حيث غرريه التوكيل والإجازة وعدمها، بل الفرق من حيث إن المعاملة مع الجهل غرريه من المجيز دون الموكل للوجه المتقدم»(1).

«ويرد عليه أولاً: إن قوله رحمه الله: «إنّ الفضول أجنبي عن المال و التصرف فى المال، فلا- معنى للغرره وخطره» ممنوع؛ لأنّ الغرر من المعانى والعناوين التعلّقيه حيث لا- يطلق إلا مرتبطه بطرفى المعاملة، ومعناه حدوث خصوصيه فى المعاملة تستوجب جهل طرفى العقد بالمعاملة وخصوصياتها، ومن المعلوم أن الفضولى بإقدامه - الذى سوف يُجيزه المالك لا حقا - يعدّ أحد أطراف العقد، فإذا كانت المعاملة مجهوله عنده، فإنّه ليس فى استطاعه المجيز إجازتها، وبالتالي فإنّ الفضولى لا يعدّ أجنبيا عن العقد والغرر والأخطار

المرتبه عليه كما زعمه الأصفهانى.

وثانيا: إنّ قوله رحمه الله أخيرا: «إنّ المعاملة مع الجهل غرريه من المجيز» ممنوع أيضا، لأنّ الإقدام حقيقه يستحيل أن يتعلّق بالموجود، بل لا بدّ من تعلّقه بالمعدوم دائما؛ أى يجب أن يُقدّم القاصد على إيجاد معاملة لم تكن موجوده سابقا، أمّا الموجوده فلا- يعقل أن يقصده المتعامل، وعليه فالسؤال المطروح فيما نحن فيه هو أنه هل وقعت معاملة أم لا؟ فإنّ أجب بالنفى، فإنّه يرد عليه بأنّه ما هو متعلّق الإجازة حينئذٍ؟! وإنّ أجب

ص: ١١٧

بالإيجاب، فإنه يرد عليه بأن الإقدام على الواقع الموجود محالٌ.

والحلّ: هو القول بأنّ مورد الإقدام هي الإجازة دون المعامله، وبالتالي يَجِبُ أن نلاحظ أنّ ما أقدم عليه المجيز هل يعدّ غررًا أم (1) لا؟ فإن التزم رحمه الله بغرريه الإجازة، عليه أن يلتزم بغرريه الإذن أيضا بالضرورة، لعدم إمكان التخصيص في الأحكام العقلية، فضلًا عن اتحاد الإذن والإجازة حقيقةً وجوهرًا وانحصار اختلافهما بالسبق واللاحق» (2).

والحاصل: في المقام [أ] يكفي علم الإجمالي للمجيز بالنسبة إلى المجاز لصحة صدور الإجازة منه، ولا يعتبر علمه التفصيلي به خلافاً لأحد وجهي الشيخ الأعظم ولما اختاره المحققان النائيني والأصفهاني قدس سرهم .

## وأما المقام ب:

### إشاره

هل يصح تعلق الإجازة بالمبهم أم لا؟ وهل يعتبر علم المجيز بوقوع العقد وعدم كفايه احتمال وجوده في صحة الإجازة أم لا؟ فقد قال العلامة الجّدّ التقى: «وهل يعتبر فيها علمه بوقوع العقد من الفضول أو يجوز إمضاءه لما يحتمل وقوعه أو على تقدير وقوعه كما إذا أخبره لوقوع البيع فأجازته من دون أن يتحقّق عنده وقوعه ثمّ علم بالوقوع؟ وجهان. ويقوى الاكتفاء به في المقام» (3).

ولكن يرى الشيخ الأعظم قوه احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد «لأنّ الإجازة وإن لم تكن من العقود حتّى يشملها معاقده إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها، إلّا أنّها في معناها ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق، مع أنّ الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلّا في حقّ العاقد، فتأمل» (4).

مراده قدس سره: إنّ الإجازة تكون من الإيقاعات ولا يصح فيها التعليق لأنّه لو أجاز

ص: ١١٨

١-١ . كذا و «أو» أحسن.

٢-٢ . العقد النضيد ٣/٤٩٢.

٣-٣ . راجع تبصره الفقهاء ٣/٣٦١.

٤-١ . المكاسب ٣/٤٦٨ و ٤٦٩.

العقد المحتمل وقوعه تكون إجازته معلقه على وقوع العقد وهو باطل.

ويرد عليه كما مرّ أولاً: بعدم تحقّق الإجماع في عدم تحمّل الإيقاع للتعليق لأنّ هذه المسألة لم ترد في كلمات القدماء من الفقهاء.

وثانيا: ما مرّ من المحقّق النائني (١) من هذا المقدار من التعليق ممّا لا محيص عنه في العقود والإيقاعات.

وثالثا: على فرض تحقّق الإجماع يمكن أن يكون مدركيا لاحتمال اعتماد القائل بعدم قابلية الإيقاع لتحمل التعليق على أنّ الإجازة انشاءً وهو لا يتحمل التعليق. (٢)

### وأما ما ذكره الشيخ الأعظم

وأما ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله من أنّ الإجازة في معنى العقد أي في حكمه وبالتالي فلا يجوز التعليق فيها لاندراجها في الأدلة الدالة على عدم جواز التعليق في العقود، والدليل على أنّها في حكم العقد ومعناه أنّه يُعدّ المجيز من طريق الإجازة عاقداً ويجب عليه الوفاء بالعقد مع عدم صدور أركان العقد من الإيجاب والقبول منه.

فيرد عليه أولاً: إن أراد بأنّ الإجازة في معنى العقد وحكمه أنّ المجيز يعدّ عاقداً بعدها، يكون باطلاً ولعلّه قدس سره أمر بالتأمل في آخر كلامه.

وثانيا: إن أراد منه أنّ وجوب الوفاء بالعقد يشمل المجيز بعد صدور الإجازة منه، يكون حقاً لامر به فيه ولكن دعوى ترتب بقيه شروط العقد على هذا المجيز دون إثباتها خطر القتاد. (٣)

فظهر ممّا ذكرنا صحه تعلق الإجازة بالمبهم ولا يعتبر فيها علم المجيز بوقوع العقد ويكفي احتمال وقوعه في صحه الإجازة كما قوّاه العلامة الجّد التقى قدس سره والحمد لله العالم بأحكامه.

ص: ١١٩

١- ٢. المكاسب والبيع ٢/٢١٦.

٢- ٣. العقد النضيد ٣/٤٨٥.

٣- ٤. راجع العقد النضيد ٣/٤٨٦.

لو تَرَبَّتْ العقود المتعدده على مال الغير أو على عوضه فهل للمالك أن يجيز أيّ منها شاء أم لا؟

نعم، يجوز للمالك أن يُجِيزَ أيّاً منها شاء مع رعايه مصلحته كما نص عليه جماعه من الفقهاء قدس سرهم .

قال العلامة في القواعد: «وللمالك تَتَّبِعُ العقود ورعايه مصلحته ومع علم المشتري إشكال»<sup>(١)</sup>.

وقال في التذكرة: «لو غصب مالاً- وتصرّف في ثمنه مرّه أخرى كان ذلك موقوفا على اختيار المالك في إجازته الجميع أو أيّها شاء، وفسخ الجميع أو أيّها شاء وله تَتَّبِعُ العقود الكثيره فيراعى مصلحته، وهذا أضعف قولى الشافعى والأصح عنده البطلان»<sup>(٢)</sup>.

وقال في نهايته: «ولو غصب أموالاً وباعها وتصرّف في أثمانها مرّه بعد أخرى، فللمالك إجازتها وأخذ الحاصل منها ويتبع العقود الكثيره بالنقض والإبطال ورعايه مصلحته. ولو كان المشتري عالماً بالغصب فإشكال، ينشأ من رجوعه بالثمن وعدمه»<sup>(٣)</sup>.

قال فخرالمحقّقين في ذيل قول والده العلامة في القواعد: «هذه المسئله مَبْنِيَّةٌ على المسئله السابقه ومتفرعه عليها (فعلى بطلان) بيع الفضولى من أصله فيبيع الغاصب أولى

ص: ١٢٠

١-١ . قواعد الأحكام ٢/١٩.

٢-٢ . تذكرة الفقهاء ١٠/٢١٩.

٣-٣ . نهايه الإحكام ٢/٤٧٦.



بالبطلان، وعلى القول بوقوف بيع الفضولى على إجازة المالك فالأكثر على أنه كذلك فى الغاصب مع جهل المشتري إذ الشرط عنده فى اعتبار الصيغه شرعا بالنظر إلى الفاعل كونه مكلفا مختارا رشيدا قاصدا لها ولمعناها وزاد بعضهم عدم مسبوقتها بنهى المالك لا غير

ومعنى اعتبارها صلاحيتها للتأثير بالفعل عند اجتماع الشرائط وإجازة المالك سبب لسببيه الصيغه للتأثير بالفعل ويزيد هنا تتبع المالك العقود الكثيره بالنقض والابطال ورعايه مصلحته ويبنى على ذلك إذا ربح الغاصب فى المال المغصوب هل يكون الربح له أو للمالك؟ فنقول: إن كان المشتري جاهلا- فللمالك تتبع العقود والابطال ورعايه مصلحته والربح له فى سلسلتى الثمن والمثمن وأمّا إن كان المشتري عالما بالغصب، فعلى قول الأصحاب إن المشتري إذا رجع عليه بالسلمه لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملكه الغاصب مجانا لأنه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بعد أخذ المالك العين المغصوبه بنص الأصحاب فقبله أولى أن لا يكون له والمالك قبل الإجازة لا يملك الثمن لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب فلو لم يكن للغاصب لكان ملكا بلا- مالك وهو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب الثمن على سبب ملك المالك له فإذا نقل الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن له وربحه له وليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب، وعلى القول بأن إجازة المالك كاشفه فإذا إجازة كان له ويحتمل أن يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن فإن له إجازة البيع وأخذ الثمن وحقه مَقَدَّم على حق الغاصب بدفع المشتري ولأن الغاصب يؤخذ بأخس بأخسر - خ ل) أحواله وأشقتها عليه والمالك بأجود أحواله. فالتحقيق: أن نقول فى سلسله المثمن مع علم المشتري الأول للمالك أخذ عينه فينفسخ جميع العقود المترتبة عليها وله إجازة أى العقود أراد فإن أجاز عقدا صح مابعده وبطل ما قبله وكان له ثمنه إن كان المشتري جاهلاً أو عالما على أحد الاحتمالين فيبطل جميع العقود بعده فى سلسله الثمن والفرق بينه وبين المثمن أنه إذا أجاز عقدا فقد خرج المثمن عن ملكه إلى ملك المشتري فصحت تصرفاته فيه ودخل الثمن فى ملك المجيز فبطل تصرف غيره فيه، والأصح

عندى أنه مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه ومع التلف ليس له الرجوع به»(١).

قال الشهيد فى الدروس: «ولو ترتب العقود على العين والثمن فللمالك إجازة ما شاء ومهما أجاز عقدا على المبيع صح وما بعده خاصة وفى الثمن ينعكس ولا يقدر فى ذلك علم المشتري بالغصب.

ولو فسخ المالك أخذ العين وزوائدها ومنافعها فإن هلكت رجع على من شاء

والقرار على المشتري مع العلم وعلى الغاصب مع الجهل أو دعواه الوكاله.

ويرجع بالثمن مع وجوده على كل حال، وكذا مع تلفه جاهلاً إذا رجع عليه المالك بالقيمه...»(٢).

وفى حاشيته على القواعد ما نصه: «ملحق وُجد بخطه على نسخه بعض تلامذته، وعنده بخط القارئ: وجه أن التبع إنما يتحقق مع جهل المشتري بالغصبيه؛ ليقع العقد شبيها بالصحة، فيقع الثمن فى ملك البائع، فينتقل منه إلى المالك. أمّا مع علمه لا يقع العقد صحيحاً بوجه، فلا يستحق البائع الثمن حتى يستحقه المالك.

قلت: ووجهه أنه مع علم المشتري يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن؛ ولهذا لو تلف لم يكن له عليه الرجوع ولو بقى فيه الوجهان فلا يدخل فى ملك رب العين، فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه، وأتلفه عند الدفع إلى البائع، فيتحقق ملكه للمبيع، فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً فلا يمكن تتبع الشراء وإن أمكن إجازة البيع مع احتمال عدم نفوذها أيضاً؛ لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له فى إتلافه، فلا يكون ثمننا فلا تؤثر الإجازة فى جعله ثمننا فصار الإشكال فى صحه البيع مع الإجازة، وفى التبع.

وصرح قُطبُ الدِّينِ البويهى: أن الإشكال مع العلم فى التبع لأنه يكون إباحةً للثمن»(٣).

ص: ١٢٢

١-١ . إيضاح الفوائد ١/٤١٨ و ٤١٧.

١-٢ . الدروس ٣/١٩٣.

٢-٣ . الحاشيه النجاريه ٢٢١/.

أقول: إلى هنا ظهر أنّ فخر المحققين أسس قاعده في المقام ورضى بها الشهيد وهي: في العقود المترتبة المتعدده على المبيع (المثمن) لو أجاز المالك المتوسطه منها، صحت ما بعدها وبطلت ما قبلها.

وأما العقود المترتبة المتعدده على الثمن لو أجاز المالك المتوسطه منها فهى عكس الأمر، صحت ما قبلها وبطلت ما بعدها.

وقال المحقق الثاني ردًا على فخر المحققين والشهيد وشرحاً لكلام العلامة في القواعد: «بمعنى: أنّ له إجازته أى عقد اختار إجازته فإن أجاز عقداً من العقود المترتبة على المغصوب - كما لو بيع بسيف ثم بدار ثم بفرس ثم بثوب باعتبار اختلاف الأيدي - صح ذلك العقد وبطل ما قبله من العقود لأنّ صحته بإجازته تقتضى كون المبيع باقياً على

ملكه، وبقاؤه على ملكه ينافى صحه شىء من العقود السابقه على ذلك العقد، إذ لو صح شىء منها لخرج المبيع عن ملكه، فلم تؤثر إجازته فيه.

لكن سيأتى - فى أنّ من باع مال غيره فضولاً ثم اشتراه - ما يقتضى التردد فى بطلان ما قبله، لأننا إذا حملنا عبارته فيما يأتى على التردد، كان على احتمال الصحه، يحتمل الصحه بالإجازة هنا.

وأما ما بعده من العقود فيبنى على أن إجازته الفضولى كاشفه أو ناقله، فإن قلنا بالأول صح ما بعده، لتبين وقوع تصرفه فى ملكه، وإن قلنا بالثاني تجىء فيه ثلاثه أوجه:

أحدها: البطلان، لتعذر الإجازة، لانحصارها فى المغصوب منه، وقد خرج عن ملكه.

الثانى: الصحه من غير توقف على إجازة التصرف ببيعه.

الثالث: توقفه على إجازته، وسيأتى مثل هذا فيما بعد.

ولو ترتبت العقود على ثمن المغصوب، كما لو بيع السيف بقوس، ثم القوس بدابّه، ثم الدابّه ببعير، ثم البعير بدراهم، فإنّ الحكم ينعكس لو أجاز واحداً منها، فإنّ ما قبله يصح، ويقف ما بعده على الإجازة كالفضولى، إلّا إذا قلنا بالإجازة كاشفه، كما لو أجاز بيع الدابه بالبعير، فإنّ إجازته إنّما يعتدّ بها شرعاً أن لو كان مالكا للدابه، وإنّما يملكه على هذا

التقدير إذا ملك السيف، وإنما يملكه أن لو صحَّ بيع السيف به، فيجب الحكم بصحته ذلك، حملاً لكلام المسلم على الوجه الذى يكون معتداً به شرعاً.

واعلم: أن هذا إنما يستقيم إذا جرت العقود على العوض الذى هو الثمن، ثم على ثمنه وهكذا، فلو جرت على الثمن خاصة، كما لو بيع السيف مراراً فأجاز واحداً منها، فإن ذلك العقد يصح ويبطل ما قبله، إلا العقد الذى قبل فيه المغصوب بالسيف، وفيما بعد ذلك العقد الأوجه الثلاثة السابقة.

وبهذا يظهر أن إطلاق كلام الشارح (١) وشيخنا الشهيد فى الدروس (٢) - بأن فى سلسلة المثلث يصح العقد المجاز، وما بعده دون ما قبله، وفى الثمن بالعكس - غير مستقيم، ويحتاج إلى التنقيح فى مواضع:

الأول: بيان حال ما بعده فى سلسلة الثمن، بما ذكرناه.

الثانى: وقوف ما بعد المجاز فى سلسلة الثمن على الإجازة، دون البطلان.

الثالث: أن ذلك فى سلسلة مخصوصه فى الثمن كما بيناه، لا مطلقاً (٣).

وقال ثانى الشهيد فى الروضه: «... وإن ترتبت العقود على الثمن أو المثلث أو هما وأجاز الجميع صح أيضاً، وإن أجاز أحدهما فإن كان المثلث صح فى المجاز وما بعده من العقود، أو الثمن صح و ما قبله.

والفرق أن إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري فتصح العقود المتأخره عنه وتبطل السابقة لعدم الإجازة.

وإجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز فتبطل التصرفات المتأخره عنه بحيث لم يجزها وتصح السابقة، لأن ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحه العقود السابقة، وإلا لم يكن تملك ذلك الثمن، هذا إذا بيعت الأثمان فى جميع العقود.

وأما لو تعلقت العقود بالثمن الأول مراراً كان كالمثلث فى صحه ما أُجيز وما بعده،

ص: ١٢٤

١-١ . إيضاح الفوائد ١/٤١٨.

٢-٢ . الدروس ٣/١٩٣.

٣-١ . جامع المقاصد ٤/(٧١-٦٩).

وهذا القيد وارد على ما أطلقه الجميع في هذه المسألة كما فصلناه أولاً.

مثاله: لو باع مال المالك بثوب ثم باع الثوب بمائه ثم باعه المشتري بمائتين ثم باعه مشتريه بثلاثمائة فأجاز المالك العقد الأخير فإنه لا يقتضى إجازته ما سبق بل لا يصح سواه، ولو أجاز الوسط صح ما بعده كالمثمن.

نعم، لو كان قد باع الثوب بكتاب ثم باع الكتاب بسيف ثم باع السيف بفرس فأجاز به بيع السيف بالفرس تقتضى إجازته ما سبقه من العقود، لأنه إنما يملك السيف إذا ملك العوض الذى اشترى به وهو الكتاب، ولا يملك الكتاب إلا إذا ملك العوض الذى اشترى به وهو الثوب فهنا يصح ما ذكره (١).

وقال فى المسالك: «ثم إن اتحد العقد فالحكم واضح، وإن ترتبت العقود على الثمن أو المثمن أو هما وأجاز الجميع صح أيضاً. وإن أجاز أحدهما، فإن كان هو المثمن صح فى المُجاز وما بعده من العقود. وإن كان هو الثمن صح وما قبله. كذا أطلقه جماعة من الأصحاب.

والفرق بين المقامين أن إجازته المبيع توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري، فتصح العقود المتأخره عنه المترتبة على فعل المشتري، وتبطل السابقة لعدم

الإجازته. وإجازته الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز، فتبطل التصرفات المتأخره عنه فيه، حيث لم يجزها، وتصح السابقة، لأن ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحه العقود السابقة، وإلا لم يمكن تملك ذلك الثمن. مثاله: ما لو كان الفضولى قد باع مال المالك بكتاب مثلاً، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بثوب، ثم باع الثوب بفرس، فأجاز المالك بيع الثوب بالفرس، فإن ملكه حينئذٍ للفرس يتوقف على تملك الثوب، وإنما يملك الثوب إذا ملك العوض الذى اشترى به وهو السيف وإنما يملك السيف إذا ملك العوض الذى اشترى به وهو الكتاب. فظهر أن إجازته للعقد المتأخر يستلزم إجازته العقود السابقة، وإلا لم يتم، فيحكم بصحه ذلك كله، حملاً لفعل المسلم على الوجه المعتد به

ص: ١٢٥

وهذا الحكم صحيح في هذا المثال ونظائره، إلا أنّ مسأله ترتب العقود على الثمن أعمّ منه. فإنّ من صورته ما لو بيع الثمن - وهو الكتاب في هذا المثال - مرارا، كما لو باعه ذلك الفضولي بمائه، ثمّ باعه المشتري بمائتين، ثمّ باعه المشتري الثاني بثلاثمائة، فأجاز المالك العقد الأخير، فإنّه لا يقتضى إجازته ما سبق، بل لا يصحّ سواه، مع أنّه يصدق عليه أنّ العقود ترتبت على الثمن، ولم يتمّ الحكم بصحة ما قبل المجاز.

وأما مسأله سلسله العقود على المثل، فصحة العقود اللاحقه للمُجاز مبيته على أنّ الإجازة كاشفه، ليظهر ملك كل بائع متأخر حين يبيعه وان كان في ثانی الحال، أما لو جعلناها ناقله للملك من حين الإجازة، فالبايع لم يكن مالكا حين يبيعه، وإنما ملك بعده بالإجازة، والإجازة كانت لمالك العين ولم يحصل، وعند إجازته للعقد السابق خرج اللاحق عن ملكه فلم يمكنه الإجازة، فتبني صحه البيع المتأخر حينئذٍ على من باع فضوليا ثمّ انتقل إليه الملك، فإنّ في لزوم البيع حينئذٍ، أو توقفه على إجازته ثانيا وجهان. وقد ظهر بذلك أنّ اطلاقهم الحكم في السلسلتين يحتاج إلى تنقيح<sup>(١)</sup>.

أقول: اعترض المحقق الثاني وتبعه الشهيد الثاني على العَلَمَيْنِ - فخرالمحققين والشهيد - في اطلاق قاعدتهما:

في العقود المترتبة المتعدده على المبيع (المثل) لو أجاز المالك المتوسطه منها بطلت ما قبلها - وهذا على اطلاقه صحيح - وأما بالنسبه إلى صحه ما بَعْدَهَا فإنّه لا يكون

على اطلاقه صحيحا، بل هي تصح على القول بالكشف فقط وأما على القول بالنقل فتأتي ثلاثة احتمالات:

١- البطلان، لأنّ البائعين باعوا ما ليس في ملك قبل إجازة المالك والبيع لا بدّ أن يكون في ملك.

٢- الصحه مع توقفه على إجازة المالك، لأنّهم باعوا ملك الغير فيحتاج إلى إجازة

مالكه كما فى الفضولى. أو على القول بالتوقف على الإجازة المستأنفه فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه.

٣- الصحه مطلقا - من دون التوقف على الإجازة - على القول بالصحه مطلقا فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه.

وفى العقود المترتبه المتعدده على الثمن لو أجاز المالك المتوسطه منها صحت ما قبلها وبطلت ما بعدها، تام إذا تبدل الثمن فى كل معاملته إلى شىء آخر مثل تبدل الثوب بكتاب، والكتاب بسيف والسيف بفرس وهكذا.

وأما لو تعلقت العقود المتعدده بالثمن الأول مرارا نحو تبدل ثوب المالك بكتاب والكتاب بالمأه ثم بمأتين ثم بثلاثمأه ثم... فى هذا المورد يكون فرض الثمن كالمثمن والمبيع يعنى لو أجاز المالك المتوسطه منها بطلت ما قبلها وصحت ما بعدها على القول بالكشف مطلقا وعلى القول بالنقل تأتي الاحتمالات الثلاثه الماضيه، هذا نقد ثانى المحققين على العالمن وتبعه ثانى الشهيدين كما مرّ.

قال جدى الشيخ جعفر: «وللمالك تتبع العقود ورعايه مصلحته) فيجيز ما شاء منها. فإن كانت متعاقبه على عين واحده ثمنا أو ثمنا أو مختلفا فإجازة العالى تقضى بصحه السافل، لا للإجازة بل لوقوع العقد فى محلها بعد خروج العين عن أهلها. هذا على القول بالكشف.

وعلى النقل تُحتمل وجوه ثلاثه: أحدها: البطالان فى الأسافل، لعدم مصادفتها الملك. وثانيها: القول بالصحه، نظرا إلى أنّ حدوث الملك بحكم الإجازة. وثالثها: التوقف على الإجازة. ولعلّ الأوسط أوسط. وأما إجازة السافل فلا تقضى بصحه العالى، إذ لا ربط بينهما. و(١) المتوسط من العقود: حاشيته غير خارجتين عن القسمين.

وغير المتعاقبه على المحل الواحد؛ إجازة العالى منها لا تقضى بإجازة السافل، لأنّ العوض صار ملكا للمجيز، فلا ينتقل عنه إلاّ بإجازة أخرى. وإجازة السافل تقضى

ص: ١٢٧

بإجازه العالى تبعاً، على نحو حكم المقدمه، فمع الاكتفاء بمطلق الرضا أو القول بأن حكم المقدمه مستفاد من اللفظ؛ فلا إشكال.

ومن أراد استيفاء الأقسام ليتدرّب في معرفه الأحكام فيعلم أنّ العقد، والعاقده، والمتعلّق، والوجه كالعوضيه (١) ومقابلها: إمّا واحد، أو متعدّد، أو مختلف. ثمّ العقود المتعدّده: إمّا مجتمعه أو مترتبه، معلومه التاريخ في الجميع أو في البعض أو لا، متوافقه في الاقتضاء - شطورا، وشروطا، وقيودا - أو مختلفه. ثمّ العاقده: إمّا متحدّه أو متعدّده أو مختلفه، من متحد أو متعدّد أو مختلف، مترتبه أو دفعيه أو مختلفه، معلومه التاريخ في الكلّ أو البعض أو لا، متعلّقه بالجميع أو البعض المتعدّد أو المتحد، شخصيا أو كليا أو مردّدا، مع الكشف أو النقل، إلى غير ذلك من الأقسام. ومن أعطى النظر حقّه لم يخف عليه شيء من الأحكام.

كلّ ذلك مع عدم المانع. أمّا لو حصل مانع في بعضها، كبيع مسلم أو قرآن على كافر؛ لم تؤثر الإجازة فيه، ولا في توابعه (٢).

وقال صاحب الجواهر رحمه الله: «وربما تظهر الثمره أيضا: فيما لو ترتبت العقود على المبيع أو الثمن أو عليهما فضولاً، ولا ريب في أنّ للمالك تتبع العقود ورعايه المصلحه له فيجيز ما شاء.

لكن في الدروس ومحكى الإيضاح أنّه «إذا أجاز عقدا على المبيع صحّ ومابعده خاصّه وفي الثمن ينعكس». أى يصحّ هو وما قبله خاصّه.

وكأنّ وجهه: أنّ الفضولى لو باع العبد مثلاً بسيف، ثمّ باعه المشتري من الفضولى بدار، ثمّ باعه الثانى بفرس، ثمّ باعه الثالث بثوب، فأجاز المالك منها يبعه بالدار، صحّ هو وبطل السابق قطعاً؛ لعدم الإجازة.

وذلك لأنّ إجازته الثانى تقتضى كون المبيع باقيا على ملكه، وبقاؤه على ملكه

ص: ١٢٨

١- ١. فى بعض النسخ: (كالعوض).

٢- ٢. شرح القواعد ٢/ (٨٨-٨٦).



ينافى صحّحه شيء من العقود السابقه على ذلك العقد؛ إذ لو صحّ شيء منها لخرج المبيع عن ملكه، فلم تؤثر إجازته فيه.

وأما ما بعده من العقود: فلا ريب في صحّتها بناءً على الكشف؛ لوقوع التصرف حينئذ في الملك.

وأما على النقل، فيحتمل: البطلان؛ لتعدّد الإجازة حينئذ من المالك. والصحّح بلا إجازة؛ لحصول الملك للبائع الذي قد يتحقّق رضاه ببيعه فضولاً، ولم يبق إلاّ الملك وقد حصل. والصحّح مع الإجازة منه؛ لكون الرضا الأوّل إنّما كان والمال لغيره. ولعلّ الأوّل أقوى.

وأما لو ترتبت على الثمن: كما لو بيع السيف بقوس، ثم القوس بدابته، ثم الدابته ببعير، ثم البعير بدراهم، فإنّ الحكم ينعكس لو أجاز واحدا منها، فإنّ ما قبله يصحّ، ويقف ما بعده على الإجازة؛ لأنّه فضولى.

فلو أجاز في المثال بيع الدابته بالبعير مثلاً استلزم إجازة ما قبله؛ لأنّ إجازته إنّما يعتدّ بها شرعاً لو كان مالكا؛ للدابته، وإنّما يكون مالكا لها حينئذ لو ملك ما بذل في مقابله وهو القوس، وإنّما يملك على هذا التقدير إذا ملك السيف، وإنّما يملكه لو صحّ بيع السيف، فيجب الحكم بصحّته؛ حملاً لكلام المسلم على الوجه الذي يكون معتدّاً به شرعاً. وهذا كلّ واضح.

نعم، ينبغي أن يكون ذلك في الثمن (1) لو كانت السلسله على ما ذكرناه، أمّا لو جرت العقود على الثمن خاصّه كما لو بيع السيف مرارا على حسب ما سمعته في المثل، لا عليه ثمّ على ثمنه... وهكذا، فإنّ المتّجه حينئذ في الفرض المزبور جريان حكم المبيع فيه من صحّحه العقد المجاز وما بعده - بناءً على الكشف، وعلى النقل الوجوه الثلاثة - دون ما قبله، إلاّ العقد الأوّل الذي قوبل فيه المبيع فضولاً، فإنّ دخول الثمن في الملك متوقّف على إجازته.

ص: ١٢٩

وربما أُورد (١) المثل المزبور على إطلاق الفخر والشهيد (٢). لكن يدفعه: معلوميه إرادتهما بالترتب - الذي أثبتنا فيه العكس - ما ذكرناه أولاً، واكتفائهما بذكر ذلك في المبيع عن ذكره في الثمن.

والأمر سهل بعد وضوح الحال، كوضوحه في غير الفرض مما تتعدّد فيه العقود

مترتبه وغير مترتبه، وفي حكم إجازة ما يجاز منها دفعه لعدم التنافي كالبيع والإجازة وغيرهما، بل وغير ذلك مما لا يخفى حكمه بعد ضبط الأصل من غير فرق بين النقل والكشف، والله أعلم (٣).

وقال المحقق الخوئي رحمه الله: «قد يقع العقد على عين مال الغير وأخرى يقع على عوضه، والإجازة تارة تتعلق بالعقد الواقع على عين ماله وأخرى تتعلق بالعقد الواقع على عوض ماله، وعلى التقديرين تارة تتعلق بالإجازة بالعقد الأول الواقع على عين ماله وأخرى تتعلق بالعقد الآخر الواقع على عين ماله وثالثه تتعلق بالعقد الوسط الواقع على عين ماله. وتجرى الأقسام الثلاثة فيما إذا كان المجاز العقد الواقع على عوض ماله لا على عينه.

(ثم) العقد الوسط إذا كان هو المجاز تارة يكون عقدا واقعا على عين ماله وأخرى على عوضه وكلّ منهما تارة يكون وسطا بين عقدين واقعين على عين المال بأن يكون طرفاه كذلك، وأخرى يكون وسطا بين عقدين واقعين على عوض ماله، وثالثه يكون مسبوqa بعقد واقع على عين ماله وملحوقا بعقد واقع على عوض ماله، ورابعه ينعكس الأمر، فالأقسام ثمانية، وتعرض أولاً لإجازة العقد الواقع على عين ماله، ثم بعد ذلك نذكر تعلق الإجازة بالعقد الواقع على عوض ماله بأقسامه، كما إنّا نتعرض صورته تعلق الإجازة بالعقد الوسط وما يترتب عليه من حكم العقود، السابقة واللاحقة، وبذلك تتضح صورته تعلق الإجازة بأول العقود أو بآخرها، ونقول:

ص: ١٣٠

١-٢. كما في جامع المقاصد: المتاجر / في المتعاقدين ٤/(٧١-٧٠).

٢-٣. تقدّم نقل كلامهما.

٣-١. الجواهر ٢٣/(٤٧٢-٤٧٠)؛ [٢٢/(٢٩٢ و ٢٩٣)].

حكم المسأله - وإن كان واضحا - إلا أن تصويرها لا يخلو عن إشكال، ونمثل لها بما جعله المصنف مجمعا للكُلِّ، فتفرض أن عبد المالك يبيع بفرس ثم يبيع بكتاب ثم باعه المشتري بدينار، فإلى هناك يكون بيع العبد بكتاب وسطا بين بيعين واقعين على عين العبد، وهو بيع العبد بفرس وبيعه بدينار، ثم باع البائع الفرس بدرهم وباع الثالث الدينار بجاريه، فيكون بيع العبد بكتاب وسطا بين عقدين واقعين على عوض ماله وهو بيع الفرس بدرهم، وهو السابق على بيع العبد بكتاب وبيع الدينار بجاريه وهو لاحق عليه، فإذا فرضنا أن المالك أجاز البيع الوسط الواقع على عين ماله - وهو بيع العبد بالكتاب - فالعقود السابقه الواقعه على عين ماله كبيع العبد بالفرس - تبطل، لأن إجازته غيره رد له،

كما أن العقود السابقه الواقعه على عوض ماله كبيع الفرس بدرهم يكون أجنيا عن المجيز، لأنه عقد واقع على مال الغير، فلا بد من إجازته مالكة.

وعلى كل تقدير العقود السابقه الواقعه على عين ماله أو على بدله يكون أجنيا عن المجيز، وأما العقود اللاحقه فالعقود المتأخره الواقعه على عين ماله تصح على الكشف بلا إشكال، لأنه بالإجازة يستكشف كونه من المالك وواقعا على ملكه، وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئا ثم ملك، فإن قلنا بصحته مع الإجازة أو بدونها نلتزم بها في المقام وإلا فلا، وهكذا العقود اللاحقه الواقعه على عوض ماله كبيع الدينار بجاريه، فإجازة العقد الوسط الواقع على عين ماله تستلزم فساد العقود السابقه عليه الواقعه على عين ماله أو على عوضه، كما يستلزم صحه العقود اللاحقه الواقعه عليه على الكشف، سواء كانت واقعه على عين ماله أو على بدله، وعلى النقل يبتنى صحتها على صحه «من باع شيئا ثم ملك».

ولكن ما ذكرناه إنما يتم فيما إذا أجاز المالك البيع الواقع على عين ماله لنفسه فإنه يستلزم رد العقود السابقه وصحه العقود اللاحقه عليه، وأما إذا أجاز للبائع فهو تستلزم صحه العقد السابق عليه لا فساد كما هو ظاهر، وأما العقد اللاحق عليه فصحته حينئذ مبتنيه على إجازة المالك للبيع بالعقد السابق كما هو ظاهر.

وليعلم أن المراد من السبق واللاحق في المقام ليس هو التقدم والتأخر في الزمان،

بل المراد منه التقدم والتأخر الرتبي، فالمراد من العقود اللاحقه ما تتوقف صحتها على صحته ومن العقود السابقه ما لا تتوقف صحتها على صحته.

هذا كله فيما إذا كان العقد المجاز واقعا على عين ماله، وأما إذا كان واقعا على عوض المال فمثاله الجامع لأقسامه الأربعة: ما إذا بيع العبد بفرس، والفرس بدرهم، والدرهم برغيف، والدرهم بحمار، والرغيف بعسل. فبيع الدرهم بالرغيف وسط بين عقدين سابقين أحدهما واقع على عينه وهو بيع الفرس بدرهم والآخر على عوضه وهو بيع العبد بفرس، وعقدين لاحقين أحدهما واقع على عينه وهو بيع الدرهم بحمار والآخر على عوضه وهو بيع الرغيف بعسل، فهذه البيوع الخمسه تكون جامعا للإمته كما هو واضح، فإذا أجاز الوسط - أى بيع الدرهم بالرغيف - فهي مستلزمه لإجازه العقدين السابقين - أعنى بيع العبد بالفرس والفرس بدرهم - ليكون بإجازتهما مالكا للدرهم، وينفذ إجازته فى بيعه بالرغيف وصحه هذه الإجازة بناءً على الكشف واضح، وأما على

النقل فصحتها مبتنيه على عدم اعتبار مالكيه المجيز حين العقد. وأما العقدان اللاحقان عليه فبيع الدرهم بحمار - أعنى الواقع على عين المال - فهو أيضا يصح بعد ما أجاز الدرهم بالرغيف. وهذا بناءً على الكشف ظاهر وأما بناء على النقل فالصحه مبنيه على صحه بيع من باع شيئاً ثم ملك وأما بيع الرغيف بعسل أعنى الواقع على عوض العقد المجاز فيكون صحيحا بعد إجازة بيع الدرهم بالرغيف إن كان المجيز هو البائع، وهو على الكشف واضح وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك، وإن كان البائع أجنبيا فحكمه حكم البيع الواقع على المعوض ابتداءً كما ذكر المصنف فيحتاج إلى الإجازة.

وبالجملة فإجازة العقد الوسط يوجب صحه العقود السابقه الملزمه لصحته كما يوجب صحه العقود اللاحقه التى يستلزم العقد الوسط صحتها، وهذا هو الميزان لا- ما ذكره الشهيد فى الدروس، وحكى عن الإيضاح أيضا من أن الإجازة إن تعلقت بالعقد الواقع على المبيع صح وما بعده وفى الثمن ينعكس، إذ لا- فرق فيما ذكرناه بين ما إذا كان عين مال المالك المجيز أو عوضه مبيعا فى العقد المجاز أو ثمنا، اللهم إلا أن يزيد بذلك ما قلناه من تعلق الإجازة بالعقد الواقع على عين مال المالك، وعبر عنه بالمبيع، أو بالعقد

الواقع على عوضه، وهو مراده بالواقع على الثمن، وعلى هذا أيضا اطلاق كلامه ممنوع كما ظهر أيضا بما قلناه فساد ما ذكره المصنف في ترتيب العقود المتعدده على مال المجيز من أنها إذا وقعت من أشخاص مُتَعَدِّينَ كَانَتْ (١) إجازة الوسط منها فسحا لما قبلها (٢) وإجازة لما بعدها (٣)، وإذا وقعت من شخص واحد انعكس الأمر وذلك لما عرفت من أن تعدد العاقد ووحده لا ربط له بذلك أصلاً، إذ يمكن أن يوقع شخص واحد بيوع عديده مترتبه على مال الغير وعلى عوضه وهكذا العكس، فالميزان الكلي ما ذكرناه من ان إجازة العقد الوسط يوجب صحه ملزوماته من العقود السابقه ولوازمه من العقود اللاحقه (٤).

أقول: يمكن تصوير ما ذكره المحقق السيد الخوئي رحمه الله بالرسم على نحو مايلي:

ص: ١٣٣

١-١ . وفي المصدر: «متعدده كان».

٢-٢ . وفي المصدر: «قبله».

٣-٣ . وفي المصدر: «بعده».

٤-٤ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/(٤٥٧-٤٥٤).

## العقود الواقعة على عين مال المالك

عقود ١ و ٣ و ٤ وقع على عين ماله وهو العبد.

عقدين ٢ و ٥ وقع على عوض ماله.

لو أجاز المالك عقد ٣: تبطل عقد ١ لأن إجازة ٣ رد لـ ١.

وعقد ٢: يكون أجنبيا عن المجيز لأنه عقد واقع على مال الغير فلا بد من إجازة مالكة.

وأما عقد ٤: فيصح بناءً على الكشف وبناءً على النقل يدخل في مسأله من باع شيئا ثم ملكه. وكذا عقد ٥.

هذا كله إذا أجاز المالك لنفسه أميا إذا أجاز للبائع فهو يَسْتَلْزِمُ صِحَّةَ الْعَقْدِ السَّابِقِ عَلَيْهِ لَا فِسَادَهُ كَمَا هُوَ الظَّاهِرُ، وَأَمَّا الْعُقُودُ اللاحقة عليه فَصِحَّتْهَا مَبْتِئَةً عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ لِلْبَيْعِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ كَمَا هُوَ الظَّاهِرُ.

ص: ١٣٤

إشاره

لو أجاز بيع ١٠٠ درهم برغيف أى عقد ٣:

صح عقد ١ و ٢: بناءً على الكشف، وبناءً على النقل صحتها مبنئى على عدم اعتبار مالكيه المجيز حين العقد.

وصح عقد ٤: بناءً على الكشف، وبناءً على النقل مبنئى على صحة بيع مَنْ باع شيئاً ثم ملكه.

وعقد ٥: صحيح إذا كان المجيز هو البائع - وعلى الكشف واضح، وعلى النقل مبنئى على مسأله من باع شيئاً ثم ملكه، وإذا كان البائع أجنبياً فصحته يحتاج إلى إجازة مالكه.

فإجازة العقد الوسط يوجب صحة العقود السابقه الملزومه لصحته، كما يوجب صحة العقود اللاحقه التى يستلزم العقد الوسط صحتها.

الإشكال على تتبع العقود إذا كان المشتري عالماً بالغصب

إشاره

إشاره

قال الشيخ الأعظم: «ثم إنَّ هنا إشكالاً فى شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصوره علم المشتري بالغصب...» (١).

أقول: مرَّ كلام العلامة فى إظهار هذا الإشكال فى القواعد: «... ومع علم المشتري إشكال» (٢).

وقال فى نهايته فى منشأ هذا الإشكال: «... ولو كان المشتري عالماً بالغصب فإشكال، ينشأ من رجوعه بالثمن وعدمه» (٣).

وقال فى التذكرة: «لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد. أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم [من الوقوف على إجازة مالكه]. وفى الغاصب مع علم المشتري أشكال إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا.

ص: ١٣٥





... وهل يرجع بما دفعه ممّا حصل له في مقابلته نفع؟ قولان. ولو كان عالما لم يرجع بما اغترم ولا بالثمن مع علم الغاصب مطلقا عند علمائنا.

والأقوى: أنّ له الرجوع مع بقاء الثمن، لعدم الانتقال بخلاف التالف لأنه أباحه فيه من غير عوض»<sup>(١)</sup>.

أقول: يظهر من العلامة أنّ عدم جواز الرجوع إلى الثمن إذا كان المشتري عالما بالغصبيه إجماعاً حيث عبر عنه بـ «عند علماءنا»، ولكنّه قدس سره ترك هذا الإجماع وذهب إلى التفصيل بين بقاء الثمن فيجوز رجوعه، وتلفه فلا يجوز، وهذا القول هو الذي اختاره ولده الفخر في الإيضاح كما مرّ وسيأتي.

وقد مرّ (٢) كلام نجله في توضيح إشكال والده في الإيضاح فلا- نعيده إلّا- ما اختاره في الختام حيث يقول تبعا لوالده: «... والأصح عندي أنّه مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه ومع التلف ليس له الرجوع به»<sup>(٢)</sup>.

وقال قطب الدين محمّد بن محمّد البويهى وهو من تلامذه العلامة الحلّى في حاشيته على القواعد المسماه بـ «الحواشى القطبيه» ما نصه: «أنّ الإشكال مع العلم في التبع لأنّه يكون إباحه للثمن»<sup>(٤)</sup>.

وقد مرّ (٥) كلام الشهيد في الحاشيه النجاريه (٤) في وجهه وتوضيحه، وقال الشهيد مضافا إلى ما نقلتّه عنه سابقا: «الإشكال هنا إنّما هو في التبع لأنّه مع جهل المشتري يكون العقد شبيها بالصحيح، فإذا اشترى بالثمن وأجازه المالك ملك ما اشترى به، بخلاف العالم؛ فإنّه يكون المشتري مسلّطا للغاصب على الثمن، فلا تنفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه

ص: ١٣٦

١-١ . تذكرة الفقهاء ١٠/١٨ و ١٧.

٢-٢ . راجع صفحہ ١٢٠ من هذا المجلد.

٣-٣ . إيضاح الفوائد ١/٤١٨.

٤-٤ . نقل عنه الشهيد في الحاشيه النجاريه ٢٢١/٢٢١.

٥-٥ . راجع صفحہ ١٢٢ من هذا المجلد.

٦-٦ . الحاشيه النجاريه ٢٢١/٢٢١.

بفعل المسلّط بدفعه ثمننا عن مبيع اشتراه، ومن أنّ الثمن عوضٌ عن العين المملوكة، ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلاّ عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه.

واعلم أنّه يلزم من بطلان القول بالتبّع بطلان إجازة البيع في المبيع؛ لاستحاله كون المبيع بلا- ثمن، فإذا قيل: إنّ الإشكال في صحّه العقد كان صحيحاً أيضاً<sup>(١)</sup>.

وقال المحقّق الثاني في شرح قول العلامة: «(ومع علم المشتري إشكال). أي: له التبّع إذا كان المشتري جاهلاً، لتحقّق المعاوضه حينئذ، أما مع علمه بالغصب ففي الحكم إشكال، ينشأ من ثبوت المعاوضه في العقد، فلكه تملكه بالإجازة رعايه لمصلحته، ومن انتفائها بحسب الواقع، لأن المدفوع ثمناً يملكه الغاصب، لتسليطه إياه عليه، ولهذا يمتنع استرداده عند الأصحاب وإن بقيت عينه، والمطالبه<sup>(٢)</sup> بعوضه إذا تلف خاصّه عند المصنّف، فيمتنع على مالك العين تملكه.

ويمكن أن يكون ذلك معطوفاً على محذوف دلّ عليه السياق، وتقدير العبارة: وكذا الغاصب، أي: وكذا بيع الغاصب موقوف إذا كان المشتري جاهلاً، ومع علمه إشكال، ينشأ مما ذكر، فيكون الإشكال في كونه موقوفاً على الإجازة، وإن بُعد هذا التقدير، وأيّما الأمرين قدّرت الإشكال فيه، فمجيئه في الآخر لازم له.

ويمكن أن يكون الإشكال فيهما معاً، وفيه من التكلّف ما لا يخفى، والأصح عدم الفرق بين علمه بالغصب وعدمه، لأن المعتمد أنّ للمشتري استعادته الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب، لعدم المقتضى.

وتجوز تصرفه فيه عند الأصحاب لتسليطه عليه، لا ينافي كونه عوضاً للمبيع بمقتضى عقد البيع، إذ لو وقع التصريح بمثل ذلك في عوض العقد الفضولي لمن أوقعه فضولاً، لم يكن قادحاً في ثبوت الإجازة للمالك.

ص: ١٣٧

١-١ . الحاشية النجارية ٢٢٢/.

٢-٢ . كلمه (والمطالبه) معطوفه على جمله (يمتنع)، أي: وتمتنع المطالبه بعوضه. وفي نسخه وردت كلمه (فيمتنع) قبل (والمطالبه) وحذفها المحقّقون لعدم ورودها في الحجرى ولعدم اقتضاء السياق لها.

فإن قلت: إن جعلت الإجازة كاشفه دلّت بحصولها على انتقال الثمن إلى ملك المميز بالعقد، فكيف تؤثر فيه إباحة المشتري له للغاصب بعد العقد، إمّا بتسليطه إياه عليه أو بتصريحه له بالإباحة؟ وسيأتي في كلام المصنف اختيار كون الإجازة كاشفه.

قلت: لمّا أجمع الأصحاب على أنه إذا تلف العوض، ليس للمشتري مطالبه المشتري به، وجب إخراج هذا الحكم عن مقتضى الأصل بالإجماع، وإجراء ما عداه على الأصل.

فإن قلت: حقّ المعاوضة مع كون المشتري عالماً بأن البائع غاصب أن لا تكون مقصوده، فلا يعتدّ بها أصلاً.

قلت: هذا لا يقدح في كونها مقصوده، وإلاّ لقدح في بيع الفضولي إذا علم المشتري بالحال. والحاصل: أن كلما يقال في الغاصب، يقال في الفضولي، والجواب هو الجواب<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ جعفر رحمه الله: «(ومع علم المشتري) بالغصب ودفع الثمن إلى البائع، أو علم البائع ودفع المثلن إلى المشتري؛ في الدخول تحت مسأله الفضولي (إشكال) ينشأ:

من احتمال الملك في الثمن أو المثلن بعد الدفع والإعراض، فلا يكون التصرف فيه إلاّ من تصرف الملاك ولا يدخل في الفضولي، ولا يكون للإجازة تأثير<sup>(٢)</sup>. ويقوى في التعلق<sup>(٣)</sup> بالعين. واحتمال عدمه، لأنّ التسليط لا يقتضى نقل الملك ما لم يكن ناقل شرعى. وفي الفرق بين البقاء والتلف، وبين القول بالكشف والنقل؛ وجه.

أو من أن العقد يستدعى قصداً، ولا قصد من العالم، وقصد المالك قام مقام قصد الفضولي و<sup>(٤)</sup> الغاصب في البيع، وليس للمشتري لنفسه من يقوم مقامه<sup>(٥)</sup> - فلا يختصّ

ص: ١٣٨

١-١ . جامع المقاصد ٤/٧٢ و ٧١.

٢-٢ . كما في: إيضاح الفوائد ١/٤١٧-٤١٨، جامع المقاصد ٤/٧١.

٣-٣ . في بعض النسخ: (ويقوى التعلق). وفي بعضها: (ويقوى في المتعلق).

٤-٤ . في بعض النسخ العطف ب- (أو).

٥-٥ . هذا الوجه منتزع من كلام المصنّف، في: تذكره الفقهاء ١٠/١٦-١٧، الفرع ٨.

بحال دفع الثمن. ويرجع إلى أصل الفضولي والغاصب - ومن أن قصد النقل العرفي مجزٍ، كما تقدّم.

أو من أنه يلزم في الإجازة ملك المثلن بلا عوض، على القول بالنقل (١). وهو مبني على الأول.

وأما الحمل على إرادته الإضمار ويكون الحاصل: أن فضولي الغاصب أو مطلقا، مع علم المشتري وجهله، فيه إشكال، فضعيف (٢).

قال تلميذه السيد العاملي رحمه الله بعد نقل كلمات الفقهاء في المقام: «قلت: قد تحصل أن هنا مقامين،

الأول: هل للمشتري العالم بالغصب مطالبه الغاصب البائع بالثمن مطلقا سواء بقيت العين أم أتلّفها أم ليس له مطلقا أم له مع بقائها خاصه؟ الثاني: هل بيع الغاصب مع علم المشتري بغصبيته صحيح فللمالك تتبع العقود والإجازة أم ليس بصحيح؟ وقد بنى المحقق الثاني (٣) صحه المقام الثاني على المقام الأول، ونحن نتكلم في المقامين على أنه قد مضى ماله نفع تام في المقام الثاني.

فنقول في المقام الأول: قال في «التذكرة» (٤): لو كان عالما لا يرجع بما اغترم ولا بالثمن مع علم الغصب مطلقا عند علمائنا. وظاهره دعوى الإجماع مع التلف وبدونه. ونحوه ما في «نهاية الأحكام» (٥) حين قال: وأطلق علماؤنا ذلك. وقال في «المختلف» (٦) و «الإيضاح» (٧): قال علماؤنا: ليس للمشتري الرجوع على الغاصب، وأطلقوا القول في

ص: ١٣٩

١-٦. كما في الحاشية النجارية ٢٢٠/ و ٢٢١.

٢-٧. شرح القواعد ٢/٨٩ و ٨٨.

٣-١. جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧١.

٤-٢. تذكرة الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٠/١٨.

٥-٣. نهاية الأحكام: في عقد البيع ٢/٤٧٨.

٦-٤. مختلف الشيعه: في عقد البيع وشرائطه ٥/٥٥.

٧-٥. إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ١/٤١٧.

ذلك. وفي «تلخيص التلخيص» أطلق الأصحاب كآفه، وقد نسب عدم الرجوع مع بقاء العين في «الإيضاح» (١) أيضا في مقام آخر تارة إلى قول الأصحاب وأخرى إلى نصهم. وفي موضع آخر (٢) إلى كثير منهم، ذكر ذلك في الغصب. وفي «جامع المقاصد» (٣) يمتنع استرداده العين عند الأصحاب وإن بقيت العين، وفي موضع آخر من الكتاب المذكور نسبته إلى ظاهر الأصحاب، وفي «الروضة» (٤) نسبته إلى ظاهر كلامهم. وفي «المسالك» (٥) و«الكفايه» (٦) و«الرياض» (٧) نسبته إلى المشهور. وفي موضع آخر من

«الروضة» (٨) إلى الأكثر.

والتتبع في كلام الشيخ (٩) ومن (١٠) تأخر عنه يشهد بذلك ما عدا «المختلف» (١١) و«التذكرة» (١٢) و«الكتاب» [القواعد] فيما يأتي و«نهايه الأحكام» (١٣) و«الإيضاح» (١٤)

ص: ١٤٠

- 
- ١-٦. إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ١/٤١٧.
  - ٢-٧. إيضاح الفوائد: في أحكام الغصب ٢/١٩٤.
  - ٣-٨. جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧١ و ٧٧.
  - ٤-٩. الروضة البهيه: في عقد البيع ٣/٢٣٥.
  - ٥-١٠. مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٤/١٦٠.
  - ٦-١١. كفايه الأحكام: في عقد البيع ١/٤٥٠.
  - ٧-١٢. رياض المسائل: في بيع الفضولي ٨/٢٢٨.
  - ٨-١. الروضة البهيه: في عقد البيع ٣/٢٣٥.
  - ٩-٢. المبسوط: في الغصب ٣/٧١ والنهايه: في المتاجر ٤٠٢/٢.
  - ١٠-٣. كالمحقق في شرائع الإسلام: في عقد البيع ٢/٨، والحلّي في السرائر: في ضروب المكاسب ٢/٢٢٦ و ٢٢٥.
  - ١١-٤. مختلف الشيعه: في عقد البيع ٥/٥٦.
  - ١٢-٥. تذكرة الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٠/١٨.
  - ١٣-٦. نهايه الأحكام: في شروط عقد البيع ٢/٤٧٨.
  - ١٤-٧. إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ١/٤١٨.

و«شرح الإرشاد» لفخر الإسلام (١) و«الدروس» (٢) و«اللمعه» (٣) و«جامع المقاصد» (٤) و«المسالك» (٥) و«الروضه» (٦) و«الكفايه» (٧) فإن فيها اختيار الرجوع مع وجود العين.

وكان المحقق في «الشرائع» (٨) والمصنف في كتاب الغصب (٩) مترددان كصاحب «مجمع البرهان» (١٠) وكانهم لم يتحققوا الإجماع، وظهوره ليس بإجماع، والشهره وإن علمت لا تغني غنى، لكن في «المسالك» (١١) و«الروضه» (١٢) و«الرياض» (١٣) أن العلامة ادعى الإجماع في التذكرة على عدم الرجوع مع التلف، والعبارة الموجوده في «التذكرة» هي ما قد سمعتها ظاهره في دعواه مع التلف وبدونه إلا

أن يقال: إنه لثبوت اختار في الكتاب المذكور عدم مع البقاء فهم منه أنه لم يتحقق الإجماع على الإطلاق، وإلا لما صح له مخالفته، فيبقى الكلام في ظهوره والقطع به، وهذه الكلمه لا تفيد إلا الظهور ولم أجد له في البيع والغصب عباره غيرها، ولعله مما زاغ عنه النظر أو أن فيما وجدوه من نسخ الكتاب المذكور قد وجد فيه «أجمع» بعد قوله «علمائنا» لكنه

ص: ١٤١

- 
- ١- ٨. شرح إرشاد الأذهان للنيلبي: في البيع / ٤٦ السطر الأول (من كتب مكتبه المرعشي برقم ٢٤٧٤).
  - ٢- ٩. الدروس الشرعيه: في بيع الفضولي ٣/١٩٣.
  - ٣- ١٠. اللمعه الدمشقيه: في عقد البيع / ١١٠.
  - ٤- ١١. جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧١.
  - ٥- ١٢. مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦١.
  - ٦- ١٣. الروضه البهيه: في عقد البيع ٣/٢٣٥.
  - ٧- ١٤. كفايه الأحكام: في عقد البيع وشروطه ١/٤٥٠.
  - ٨- ١٥. شرائع الإسلام: في عقد البيع ٢/٨.
  - ٩- ١٦. قواعد الأحكام: في أحكام الغصب ٢/٢٣٨.
  - ١٠- ١٧. مجمع الفائده والبرهان: في المتعاقدين ٨/١٦٤-١٦٥.
  - ١١- ١٨. مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦١.
  - ١٢- ١٩. الروضه البهيه: في عقد البيع ٣/٢٣٥.
  - ١٣- ٢٠. رياض المسائل: في البيع وآدابه ٨/٢٢٩.

بالنسبه إلينا اتكال على الهباء، فتأمل.

وقد استدلّ في «التذكرة» (١) و«المختلف» (٢) و«جامع المقاصد» (٣) و«الروضه» (٤) و«المسالك» (٥) على الرجوع بعدم الانتقال مع بقاء العين إلى الغاصب، وزيد في «المختلف» (٦) و«الإيضاح» (٧) أنه لا- عقد يوجب الانتقال، لأنّ العقد العذى وقع كان باطلاً، ولمّا لم يكن صاحب «جامع المقاصد» ممن يقول ببطلان العقد اقتصر على ما سمعت (٨) وزاد في الأخيرين (٩) أنه إنّما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له.

وفيه: أنّا لا نسلّم عدم الانتقال، لأنّه من الجائز أن يكون قد ملكه الغاصب لإعراض المالك عنه أو يأسه منه كما ذكره (١٠) في مال السفينه إذا انكسرت في البحر، فتأمل.

سلمنا لكن من الجائز أن يكون عدم جواز الرجوع للمشتري عقوبه له حيث دفع ماله معاوضاً به على محرّم، فيكون الغاصب البائع مخاطباً برده، فإن بذله أخذه المشتري، وإن امتنع منه بقى للمشتري في ذمته وإن لم يجز له مطالبته، كما هو الشأن فيما لو حلف المنكر كاذباً على عدم استحقاق المال في ذمته، لكنّ ذلك فرع قيام الدليل إلا أن يدعى تحصيل الإجماع من المتقدّمين والشأن في إثبات ذلك، على أنه قد يقال: إنّ الظاهر في نحو الرشوه وعوض الخمر وسائر المحرّمات أنّ له أن يرجع إلى عوضه مع أنه دفعه في

ص: ١٤٢

- ١-١ . تذكرة الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٠/١٨.
- ٢-٢ . مختلف الشيعه: في عقد البيع وشرائطه ٥/٥٦.
- ٣-٣ . جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧٧.
- ٤-٤ . الروضه البهيه: في عقد البيع ٣/٢٣٥.
- ٥-٥ . مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٠.
- ٦-٦ . مختلف الشيعه: في عقد البيع وشرائطه ٥/٥٦.
- ٧-٧ . إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ١/٤٢١.
- ٨-٨ . تقدّم في مفتاح الكرامه ١٢/٦١٣.
- ٩-٩ . الروضه البهيه: في عقد البيع ٣/٢٣٥، ومسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٠.
- ١٠-١٠ . كما في السرائر ٢/١٩٤-١٩٥، والمسالك ١٤/٧٧-٧٦، مجمع الفائده والبرهان ١٢/١١١.

محرم فليتأمل، إلا أن تقول: إن ذلك مع الجهل كما سترسم (١) فيما إذا اشترى خمرا وخلاً.

ويرد على ما في «الروضه» و«المسالک» من أنه إنما دفعه عوضا عن شيء لم يسلم له، أن ذلك لا يتأتى في صوره عدم توقع الإجازة، فتأمل.

واستدل أيضا في «الروضه» (٢) بأنه كيف يجتمع تحريم تصرف البائع فيه مع عدم رجوع المشتري به في حال.

وفيه - مضافا إلى عدم تأتیه في صوره عدم توقع الإجازة كما مر - أن الضمير في «فيه» إن كان راجعا إلى المثلن حتى يكون المراد لا- يجتمع تحريم تصرف البائع في المثلن مع عدم رجوع المشتري في المثلن فممنوع، لأنه أول المسأله. ومن ثم قالوا: إن المشتري قد فوت ماله متعمدا لعلمه بتحريم تصرفه فيه ودفع ماله من غير عوض، وهو يجتمع مع جواز تصرف البائع في المثلن عند القائلين بالإباحه، وقد ذهبوا إلى أنه حينئذ ليس أكلا مال الغير بالباطل. وإن كان المراد أنه لا يجتمع تحريم تصرف البائع في المثلن مع عدم جواز رجوع المشتري به - وهو الذي أراده في «المسالک» (٣) - فمسلم، لكن القائلين بالإباحه لا يقولون بهذا التحريم، كيف ومدعاهم جوازه، على أن ذلك آت في صوره التلف كما قرره في «الروضه» (٤) فليتأمل، وقد أجمع الأصحاب على أنه إذا تلف العوض ليس للمشتري مطالبته به كما في «شرح الإرشاد» لفخر الإسلام (٥) و«جامع المقاصد» (٦) و«المسالک» (٧) ونسبه إلى علمائنا في «المختلف» (٨) وقد سمعت (٩) ما في «التذکره» و ما

ص: ١٤٣

- ١-١ . يأتي الكلام فيه في مفتاح الكرامه ١٢/٦٦٠-٦٦٤.
- ٢-٢ . الروضه البهيه: في عقد البيع ٣/٢٣٥.
- ٣-٣ . مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦١.
- ٤-٤ . الروضه البهيه: في عقد البيع ٣/٢٣٥.
- ٥-٥ . شرح إرشاد الأذهان: في البيع /٤٥، س ٢٩ (من كتب مكتبه المرعشى برقم ٢٤٧٤) مخطوط.
- ٦-٦ . جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧٢.
- ٧-٧ . مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٠.
- ٨-٨ . مختلف الشيعه: في عقد البيع ٥/٥٥.
- ٩-٩ . تقدم في ١٢/٦١٧.



فى «المسالك» و«الروضه» و«الرياض» من نسبه دعوى الإجماع على ذلك إلى التذكرة، ولم يعرف الخلاف إلا من المحقق فى بعض تحقيقاته فى جواب مسائل سئل عنها، فإن فى كلامه ما يقتضى الرجوع مطلقا، كذا نقل عنه المحقق الثانى (١)، فكان كلامه ليس

بتلك المكانه من الظهور أو الصراحه. وفى «اللمعه» (٢) و«الروضه» (٣) أنّ قول المحقق غير بعيد إذا كان متوقعا للإجازة، واحتمله فى «المسالك» (٤) وقال: لو لا ادعاء العلامة الإجماع عليه فى التذكرة لكان فى غايه القوه، وكذا قال فى «الرياض» (٥) وتردد صاحب «الكفايه» (٦).

وأما المقام الثانى فقد عرفت (٧) أنّ الذهاب إلى صحه البيع مع علم المشتري بالغصبيه إنّما هو الشهيد فى «الدروس» والمحقق الثانى فى «جامع المقاصد» وعرفت (٨) من استشكل فى البيع أو الإجازة لمكان التلازم كما مرّ، وعرفت (٩) أنّ أخبار الباب الوارده من طرقنا ظاهره الدلاله على بطلانه، مضافا إلى ما أيدناه به مما سمعته (١٠) فى أحد وجهى الإشكال.

ص: ١٤٤

- 
- ١- ١٠. جامع المقاصد: فى المتعاقدين ٤/٧٧.
  - ١- ٢. اللعه دمشقيه: فى عقد البيع / ١١٠.
  - ٢- ٣. الروضه البهيه: فى عقد البيع ٣/٢٣٥.
  - ٣- ٤. مسالك الأفهام: فى شروط المتعاقدين ٣/١٦١.
  - ٤- ٥. رياض المسائل: فى البيع وآدابه ٨/٢٢٩.
  - ٥- ٦. كفايه الأحكام: فى عقد البيع ١/٤٥٠.
  - ٦- ٧. تقدّم فى ١٢/٦١٣.
  - ٧- ٨. تقدّم فى ١٢/٦١٤ وما بعدها.
  - ٨- ٩. تقدّم فى ١٢/٥٩٧.
  - ٩- ١٠. تقدّم فى ١٢/٦١٢ وما بعدها.

وقد احتجّ في «جامع المقاصد»<sup>(١)</sup> على الصّحّ بأنّ الأصحّ عدم الفرق بين علمه بالغصب وعدمه، لأنّ المعتمد أنّ للمشتري استعادة الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب لعدم المقتضى، وتجويز تصرّفه فيه عند الأصحاب لتسليطه عليه لا- ينافي كونه عوضاً بمقتضى عقد البيع، إذ لو وقع التصريح بمثل ذلك في عوض العقد الفضولي لمن أوقعه فضولاً للم يكن قادحاً في ثبوت الإجازة للمالك.

وفيه: أوّلاً: أنّه اجتهاد في مقابله النصّ وقد بناه على ما عرفت حاله، وثانياً: إمّا أن يكون قد أباح له التصرف فيه وسلّطه عليه غير مترقّب لإجازة المالك بل ولا- محتمل لها أو يكون متوقّعا لها، فعلى الأوّل كيف لا ينافي كونه عوضاً، والفرق حينئذٍ بينه وبين الفضولي واضح، لأنّه في الفضولي لم يبحه مطلقاً بل دفعه متوقّعا لكونه عوضاً عن المبيع

فيكون مضموناً عليه بخلاف ما نحن فيه فإنّه سلّطه عليه وأباحه له مع علمه بعدم استحقاقه له، وعلى الثاني فعلى القول الأصحّ بأنّ الإجازة كاشفه تكون قد دلّت حين حصولها على انتقال الثمن إلى ملك المجيز بالعقد فكيف تؤثر فيه إباحة المشتري للغاصب بعد العقد تصرّيحاً أو تسليطاً؟ فتجويز تصرّفه فيه عند الأصحاب إنّما هو لكون العقد غير صحيح كما هو واضح، ولا كذلك الحال في صورته الجهل، على أنّ المعاوضه في صورته العلم بأنّ البائع غاصب لا يعتدّ بها، لأنّ<sup>(٢)</sup> كانت غير مقصوده، ولا كذلك الحال في بيع الفضولي إذا علم المشتري بالحال، لأنّه مترقّب للإجازة متوقّع لكون ما دفعه عوضاً عن المبيع، فتأمل.

ولمّا لم يحقّق صاحب الحدائق<sup>(٣)</sup> كلام القوم في المقام أطنب في الكلام وقبّ الأمور فظنّ أنّ المقام الأوّل مبنئ على المقام الثاني مع أنّ الأمر بالعكس، وذلك من ضعف الثبوت وعدم التروى وقله التدبّر<sup>(٤)</sup>.

ص: ١٤٥

- ١- ١٠. جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٧١.
- ٢- ١. كذا في المصدر والأصح: لأنّها.
- ٣- ٢. الحدائق ١٨/ (٣٩٩-٣٩٣).
- ٤- ٣. مفتاح الكرامه ١٢/ (٦٢١-٦١٤).

قال المحقق السيد الخوئي رحمه الله في المقام الثاني من البحث: «حاصله [أى حاصل الإشكال]: إن الغاصب إذا باع شيئاً فالمشترى منه إن كان جاهلاً بكونه غاصباً فلا إشكال في صحته التأهليه فينفذ بإجازة البائع [المالك] وهكذا الحال في العقود المتتابعة وأما إن كان عالماً به ومع ذلك أقدم على الشراء منه فهو مسلط له على ماله مجاناً لعلمه بفساد البيع والشراء، فإذا اشترى البائع بالثمن شيئاً لنفسه يملك ما اشتراه من دون أن يضمن شيئاً للمشترى الأول، لأن ماله قد تلف بالدفع إلى البائع أو هو في حكم التالف، فلا يبقى مجال بعد ذلك لأن يجيز المالك العقد الواقع على الثمن لنفسه - أى يجيز العقد الثاني - وكيف يجيز عقداً ما لم يقع على ماله.

وهذا الإشكال مبنى على ما هو المعروف من أن تسليط المالك غيره على ماله خارجاً يوجب عدم ضمانه إذا تلف تحت يده أو أتلفه، فكأن التلف حينئذ يكون في ملكه والتسليط يكون مملوكاً في فرض التلف، هذا كله في إجازة العقد الثاني.

بل يجرى الإشكال في العقد الأول أيضاً بناءً على ما ذكره بعضهم من أن التسليط الخارجى يوجب الملكيه أو إباحه التصرف من الأول قبل التلف، فإذا اشترى شخص من

الغاصب شيئاً مع علمه بكونه غاصباً فقد أذن له في الإتيان، ولا معنى حينئذ لجعله ثمناً، فلا مجال لإجازة المالك البيع الأول أيضاً.

وهذان الإشكالاتان تعرض للأول منهما العلامة والقطب ولهما مع الشهيد في حواشيه.

ونقول يردهما: أولاً: فساد المبنى، فإن مجرد التسليط الخارجى لا يوجب ارتفاع الضمان الثابت بمقتضى عموم على اليد المثبت للضمان وليس أحد المملكات، ومن الظاهر أن تسليط المشتري الغاصب على الثمن ليس مجانياً وإنما هو تسليط بعوض بحسب اعتبار المتبايعين أو العقلاء أيضاً ولو لم يكن ممضى شرعاً، وقد ذكرنا غير مره أن عدم الإمضاء الشرعى والفساد بحكم الشارع لا يوجب كون التسليط مجانياً ولا ينافى الاعتبار المعاملى.

وثانياً: لو سلمنا ذلك فهو إنما يتم على النقل دون الكشف، إذ على الكشف تكشف

الإجازة عن خروج الثمن عن ملك المشتري إلى ملك المالك المجيز قبل التسليم على مال الغير، وهو لا يوجب الملك ولا إباحة التصرف نعم، على النقل يجرى الإشكال، بل الظاهر عدم جريانه على النقل أيضا، وذلك لأن التسليم إنما يكون مجانيا في فرض بطلان البيع وعدم لحوق الإجازة، وأما إذا كان البيع صحيحا ولحقه الإجازة فالتسليم يكون بعوض حتى في حكم الشارع - فتأمل.

وأما ما ذكره فخر المحققين في الإيضاح وجها رابعا لدفع الاشكال من أن الثمن في الفرض يكون متعلقا لحق المالك المجيز أيضا، إذا المفروض أنه جعل ثمنا لماله وإن كان متعلقا لحق الغاصب أيضا إلا أنه يقدم عليه حق المالك، لما ورد من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

ففيه: أولاً: لم يرد دليل على أنه يؤخذ بأشق الأحوال بل لا يؤخذ إلا بما ثبت في حقه شرعا.

وثانيا: ذكرنا أن وقوع العقد على مال الغير لا يوجب له حقا، والإجازة إنما هو حكم شرعي لا حق مالكي هذا مضافا إلى أنه يعتبر في صحه الإجازة عدم كون موردها متعلقا لحق الغير وإلا فلا تنفذ، فالصحيح في الجواب عن الإشكال ما ذكرناه»(١).

أقول: أما المقام الأول: هل للمشتري العالم بالغصب مطالبه الغاصب البائع بالثمن؟

فقد عرفت أن فيه ثلاثة أقوال:

أ: ما ادّعى العلامة(٢) عليه الإجماع وهو عدم الرجوع مطلقا أى في فرض وجود عين الثمن وتلفه أو إتلافه. وهذا قول المتقدمين عليه كالشيخ(٣) وابن ادریس(٤).

ص: ١٤٧

١- ١. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٦٠ و ٤٥٩.

١- ٢. تذكره الفقهاء ١٠/١٨، نهایه الاحكام ٢/٤٧٨.

٢- ٣. المبسوط ٣/٧١، النهایه ٤٠٢.

٣- ٤. السرائر ٢/٢٢٦ و ٣٢٥.

والمحقق في الشرائع (١).

ب: الإجماع عند العلامة لم يتم ولذا خالفه وذهب إلى جواز مطالبه الغاصب في فرض بقاء عين الثمن عنده، وتبعه ولده والشهيد والكركي والشهيد الثاني والمحقق السبزواري صاحب الكفاية.

ج: جواز مطالبه الغاصب مطلقا سواء بقيت العين أم تلفت، كما عليه المحقق في جواب بعض استفتائه (٢).

والمختار عندي هو ما ذهب إليه المحقق أخيرا:

[١] لعدم تمامية الإجماع وغيره من الأدلة المذكورة في كلامهم.

[٢] ولأن ما فعله المشتري العالم بالغصب ليس إلا- يباع عرفيا عند عامه الناس وليس تملكا مجانيا ولا إباحه مالكيه ولا تسليطا لماله للغير من دون عوض.

[٣] وعلى فرض قبول هذه الموارد الثلاثة لا- إشكال في جواز الرجوع في جميعهم لجواز الرجوع في الهبة المجانية والإباحه المالكيه مع بقاء الثمن واضح. ومع تلفه لعدم تمامية هذه الموارد عندنا.

[٤] لا- يجوز للغاصب التصرف في ما دفعه إليه المشتري، لأنه دُفع إليه عوضا من العين ولا يتم العقد عند الشارع فيكون ضامنا كما في المقبوض بالعقد الفاسد. هذا كله في المقام الأول.

أما المقام الثاني: هل يبيع الغاصب مع علم المشتري بغصبيته صحيح فللمالك

تتبع العقود والإجازة أم ليس بصحيح؟

فقد عرفت أن فيه قولين:

أ: ما ذهب إليه المشهور من بطلان العقد.

ص: ١٤٨

١- ٤. الشرائع ٢/٨.

٢- ٥. المسائل الطبريه، المسألة الرابعه، وهي مطبوعه في ضمن الرسائل التسع ٣٠٦ للمحقق الحلي بتحقيق الشيخ رضا الأستادي من منشورات مكتبه آيه الله المرعشي النجفي رحمه الله .

ب: ما ذهب إليه الشهيد والمحقق الثاني والسيد الخوئي وشيخنا الأستاذ(1) قدس سرهم من صحة العقد وأنه يجرى فيه ما يجرى في غيره من أن للمالك تتبع العقود على عين المال أو ثمنه وإجازه أى منها شاء.

والمختار عندي<sup>٢٢</sup> هو القول الأخير من صحة العقد وجواز تتبع العقود:

[١] لعدم ورود نص في المقام وما ادعاها في المفتاح ليست إلا ماورد من الروايات في بطلان الفضولي كما مرّ نقدها.

[٢] ما دفعه المشتري العالم بالغصبيه ليست الإباحه المالكيه أو الهبه المجانيه بل دفعه عوضا عن عين مال اشتراه بالعقد العرفي ولا الشرعي.

[٣] حيث تمّ أنّ ما دفعه يكون بعنوان الوفاء بالعقد فيصح للمالك إجازه هذا العقد وتملك الثمن الوارد فيه.

[٤] لا أرى فرقا بين العالم بالغصبيه والجاهل بها والعالم بالفضولي والجاهل بها والغصب والفضولي لعدم تماميه أدله الفرق.

[٥] وحيث لم يُكنْ - هناك - فَرَقٌ بين هذه الموارد فيجوز للمالك إجازه العقد وتبع العقود على عين المال و ثمنه ويجرى بحث تتبع العقود بعين ما مرّ في الفضولي والحمد لله كما هو أهله.

### وأما القول في إبتناء المقام الثاني على المقام الأول: فأقول: بناءً على القول

وأما القول في إبتناء المقام الثاني على المقام الأول: فأقول: بناءً على القول الأول [ أ ] في المقام الأول لا يجرى في المقام الثاني إلا القول الأول [ أ ] لعدم وجود المعاوضه والعقد وأما بناءً على قولي الثاني والثالث [ ب و ج ] في المقام الأول يمكن أن يجرى في المقام الثاني كلا- القولين [ أ و ب ]، فالمقام الثاني يبتنى على المقام الأول كما تبّه عليه صاحب مفتاح الكرامه رحمه الله لا عكسه كما ظنّه صاحب الحدائق.

ص: ١٤٩



## وَضَلُّ فِي أَحْكَامِ الرَّدِّ

اشاره

ص: ١٥١



اشاره

ص: ۱۵۲

هذه الأحكام تجرى بعد البناء على أنّ الردّ هادم للعقد وفسخ له في الجملة وقد عرفت (١) عدم الدليل عليه. والردّ يتحقق بالفعل كما يتحقّق بالقول كما مرّ ذلك في أصل العقد والإجازة ويقع الكلام فيه في ضمن جهات:

### الجهة الأولى: الردّ القولى

قال الشيخ الأعظم: «لا يتحقّق الردّ قولاً إلاّ بقوله: «فسخت» و«رددت» وشبه ذلك ممّا هو صريح في الرد، لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز» (٢).

أقول: لا نحتاج إلى صراحه اللفظ في الردّ بل يكفي الظهور لاعتبار الظواهر عند العقلاء والشرع المقدس.

وقد مرّ عدم تمامية لزوم وفاء الأصيل بالعقد فلا يمكن استصحابه عند الشك فيه، «وعلى تقديره [أى لزومه] فاستصحابه لا يثبت إضافه العقد إلى المجيز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها، فإنّه من إثبات الموضوع باستصحاب حكمه، نظير استصحاب بقاء وجوب الصلاة وإثبات عدم خروج وقتها...» (٣).

نعم، القابلية من طرف المجيز باقيه حتّى مع الردّ الصريح قبله لما مرّ ولا نحتاج فيه إلى استصحابه لعدم الشك في وجوده وبقائه.

ص: ١٥٣

١-١ . راجع الآراء الفقيهيه ٥/٥٠٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٧٧.

٣-٣ . إرشاد الطالب ٤/٨٨.

قال الشيخ الأعظم: «وكذا يحصل [الردّ] بكلّ فعلٍ مخرجٍ له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف وشبههما كالعقق والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلك، والوجه في ذلك: أنّ تصرّفه

بعد فرض صحّته مفوّت لمحلّ الإجازة لفرض خروجه عن ملكه»<sup>(١)</sup>.

أقول: مرّ وقوع العقد بالفعل عندي إلاّ ما خرج بالدليل فكذلك يمكن وقوع الإجازة والردّ كليهما بالفعل هذا بالنسبه إلى كبرى بحث الردّ الفعلى.

وأما صغراه: فقد ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ الردّ الفعلى يحصل بكلّ فعلٍ يكون ذلك الفعل مخرجا للمال عن ملك المالك المجيز، والخروج يمكن أن يكون بالنقل أو بالإتلاف والعقق والبيع ونحوها.

ولكن المحقّق النائيني بعد ما قبل الكبرى ناقش في الصغرى وقال: «لا إشكال فيه [في الردّ الفعلى] بحسب الكبرى فإنّ الرد من العناوين القابله لتحققها بالفعل وليس كالنكاح الذي لا يقبل تحقّقه بالفعل فإنّ الفعل فيه من السفاح الذي هو ضدّ النكاح. وإنما الإشكال في الصغرى فإنّنا لا نجد فعلاً يكون مصداقاً للردّ بالحمل الشائع الصناعى...»<sup>(٢)</sup>.

وتبعه شيخنا الأستاذ رحمه الله في ظاهر عبارته.<sup>(٣)</sup>

ولكن يرد عليه: «أنّ الإشاره والكتابه من الأفعال ومع ذلك لا إشكال في صدق عنوان الردّ عليهما، فإذا سألناه عن أنّك تقبل المعامله الكذائيه فحرّك رأسه ورفع فمعناه أنّه يردها ويصدق عليه الردّ بلا كلام فيترتب عليه أحكامه»<sup>(٤)</sup> وكذا الكتابه. فيتم وجود المصداق الفعلى للردّ وهذا هو صغراه.

وقبل صاحب العقد النضيد<sup>(٥)</sup> هذا البيان.

ص: ١٥٤

١-١ . المكاسب ٣/٤٧٧.

٢-٢ . منيه الطالب ٢/١٥٢، ونحوها في المكاسب والبيع ٢/٢٤٣.

٣-٣ . راجع إرشاد الطالب ٤/٨٩.

٤-٤ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٣.

٥-٥ . العقد النضيد ٣/٥٢٣.

## الجهة الثالثة: هل تُعدّ التصرفات الناقله عن الملك ردًا؟

### إشاره

التصرفات تنقسم إلى أَرْبَعِ أَقْسَامٍ يَأْتِي تفصيلها:

وأما التصرفات الناقله فتتنقسم إلى قسمين:

### الأول: التصرفات التي تمنع عن رجوع العين إلى ملكيه مالکها الأول

الأول: التصرفات التي تمنع عن رجوع العين إلى ملكيه مالکها الأول مجدداً، كالبيع اللازم والهبة إلى ذى الرحم والهبة المعوضه.

### الثاني: التصرفات التي لا تمنع عن رجوع العين إلى ملكيه مالکها الأول

### إشاره

الثاني: التصرفات التي لا تمنع عن رجوع العين إلى ملكيه مالکها الأول مجدداً

فيجوز للمالك الرجوع في عين ماله حقاً أو حكماً نحو: البيع الخيارى أو الهبة لغير ذى رحم أو بدون عوض.

ومن المعلوم أنّ القسم الثانى لا يعدّ رداً لبيع الفضولى الذى يكون قبله لأنّ المالك بعد رجوع العين إليه يتمكن من إجازة بيع الفضولى السابق من دون إشكال عندى.

### ١- وأما القسم الأول: الذى لا يمكن رجوع العين إلى مالکها بوجه

### إشاره

١- وأما القسم الأول: الذى لا يمكن رجوع العين إلى مالکها بوجه فهل هذه التصرفات تُعدّ رداً لا يمكن بعدها لحوق الإجازة؟ أو لا تُعدّ؟ أو أنّ هناك تَفْصِيلاً بناءً على قولى الكشف والنقل فى الإجازة؟

وجوه بل أقوال.

### الأول: ذهب المحقق النائيني وتلميذه السيد الخوئى

الأول: ذهب المحقق النائيني (١) وتلميذه السيد الخوئي (٢) إلى عدم وجود محلّ للإجازة بعد صحة التصرفات الصادره من المالك.

والوجه في ذلك: التصرف الصادر من المالك يعدّ تصرفا صادرا من أهله وواقعا في محلّه ومعه لا يبقى محلّ للإجازة.

وبعبارة أخرى: المالك بعد تصرّفه الناقل يصير أجنبيًا فإجازته اللاحقه بعد صدور التصرف، تصدر ممّن ليس له صله بالمال ويكون أجنبيًا عنه.

**الثاني: هذه التصرفات الناقله تكون باطله فالإجازة التي تأتي بعدها**

**أشاره**

الثاني: هذه التصرفات الناقله تكون باطله فالإجازة التي تأتي بعدها نافذه بناءً

ص: ١٥٥

١-١ . منيه الطالب ٢/١٥٣.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٥.

على الكشف لا النقل، فيكون القول الثانى هو التفصيل بين قولى الكشف و النقل. ويدلّ عليه:

## ١- صححه أبيعبيده الحذاء

(١)

بتقريب: إنّ موافقه الحىّ بالنكاح السابق تعدّ إجازة صادرة ممّن ليس له قابليه المحلّ لصدورها بعد حيلولة الموت وانتفاء موضوع النكاح، فإذا يرى الإمام عليه السلام هذا الإجازة اللاحقه كاشفه عن صحه النكاح السبق فهى أولى بأن تكون كاشفه عن صحه عقد الفضولى، فضلاً عن تأثير الإجازة فى بطلان ملكيه المالك وهى لا تكون أقوى من تأثير الموت فى بطلان النكاح.

ويرد عليه: أوّلاً: تعميم الحكم الوارد فى باب الارث إلى أبواب البيع والمعاملات

يكون من القياس الباطل.

وثانياً: هذه الصححيه تختص بقضيه معينه ولا مجال لتعميم حكمها إلى غيرها، فهى غير مطلقه ولا دليل على إلغاء الخصوصيه

منها. (٢)

## ٢- الوجه العقلى المذكور فى كلام المحقق الأصفهاني رحمه الله :

اشاره

قال: «وأما على الكشف (٣) بنحو الشرط المتأخر المصطلح عليه (٤)، فصحه العقدين معا مستحيله إذ (٥) لا يمكن أن يكون المال فى زمان العقد الثانى ملكا للمشتري من المالك، وللمشتري من الفضول بإجازة المالك فلا بد من رفع اليد عن أحدهما، وحيث أنّ المفروض (٦) تأثير العقد من حين صدوره بالإجازة المتأخره التى هى شرط متأخر

ص: ١٥٦

١-٣. وسائل الشيعه ٢٦/٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

٢-١. راجع العقد النضيد ٣/٥٢٧.

٣-٢. مراده الكشف الحقيقى الشرطى.

٤-٣. أى الشرط المتأخر يتأثر فى العقد السابق ولا بأس بهذا التأثير فى خصوص الأمور الاعتباريه لا غيرها.

٥-٤. إذ وما بعده تعليل للاستحاله.

٦-٥. بناءً على الكشف الحقيقى الشرطى وهو الوجه الأول من وجوه الكشف فى مقام الثبوت راجع الآراء الفقهيّه ٥/٤٠٢.

يؤثر في ما قبله، فلا محاله لا يعقل أن تكون الملكية المتصلة بحال الإجازة شرطاً في تأثير الإجازة (١) وإلا لزم الخلف (٢) أو الانقلاب (٣).

فالملكية المتصلة بحال العقد كافيته في صحة الإجازة من المالك (٤)، فمقتضى تأثير العقد المجاز تامٌ بثبوت (٥) وإثبات (٦)، فلو لم ينفذ البيع الثانى الصادر من المالك كان

على وفق القاعده لأنه بيع وارد على مال الغير، ولا ينفذ إلا ممن له البيع (٧).

بخلاف ما إذا قلنا بعدم نفوذ العقد المجاز فإنه (٨) تخصيص بلاوجه، فيدور الأمر

ص: ١٥٧

١-٦. هذا هو المدعى للمحقق الاصفهاني رحمه الله بأن شرط صحة عقد الفضولى وقوع العقد فى ملك مالكه لا وقوع الإجازة المتأخره فى ملكه، بل عدم معقوليه وقوع الإجازة فى ملك المالك، لأن بناءً على الكشف الحقيقى ينتقل المال من حين العقد إلى المشتري من العاقد الفضولى فحين الإجازة لا تكون العين فى ملكيه المالك. واستدل عليه بدليلين:

٢-٧. هذا هو دليله الأول: الخلف: أى لو كانت ملكيه المالك إلى حين الإجازة شرطاً لصحة الإجازة اللاحقه يسلمتزم عدم انتقال المال إلى المشتري من الفضولى من حين العقد وهو خلاف الفرض أى الكشف الحقيقى فخلف.

٣-٨. هذا هو دليله الثانى: والمراد به هو الكشف الانقلابى الذى يعد من أقسام الكشف الحكمى وهو - أى الكشف الانقلابى - عبارته عن بقاء ملك المالك على العين قبل الإجازة وأما بعدها تنقلب الملكيه دفعه واحده وتصير العين ملكاً للمشتري من حين العقد والإجازة تكشف عن هذا الانقلاب. [راجع بحث وجوه الكشف فى مقام الثبوت فى الآراء الفقهيّه ٥/٤٠٥]. والكشف الانقلابى أيضاً غير مفروض كلامنا وهو الكشف الحقيقى بنحو الشرط المتأخر.

٤-٩. ولا نحتاج إلى بقاء ملكيه المالك إلى حين الإجازة، بل يستحيل ذلك بالدليلين الماضيين.

٥-١٠. لما ثبت من الدليلين أن الملكيه إلى حين العقد كافيته ويستحيل بقاء الملكيه إلى حين الإجازة.

٦-١١. لأن مع ثبوت مقتضى للعقد يثبت لزوم الوفاء بمقتضى العقد بدلاله الآيه الشريفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». عقد الفضولى تام بعد صدور الإجازة فيجب.

٧-١. أى لا يصح البيع إلا من المالك والبيع الثانى بعد صدور الإجازة بناءً على الكشف الحقيقى يكون بيع مال الغير فباطل.

٨-٢. أى عدم نفوذ عقد الفضولى وبطلانه ولو بعد صدور إجازة المالك.

بين التخصيص (١) والتخصيص بلا وجه (٢) أو بوجه دائر (٣). لأنَّ صحه العقد الثاني متوقفه على بقاء المال على ملك البائع حال بيعه وهو متوقف على عدم صحه العقد المجاز، وهو متوقف على عدم كون المال ملكا له، مع أنه لا مخرج لا عن ملكه إلا العقد الثاني فيدور.

بخلاف العقد المجاز فإنه يكفيه الملكيه المتصله بحال العقد المجاز، والعقد الثاني لا يزيل الملكيه المتصله بحال العقد المجاز بل يزيل الملك المتصل بحال الإجازة وهو غير لازم (٤).

### المناقشه في دليل المحقق الأصفهاني

ويرد عليه: أولًا: يمكن القول باعتبار تداوم ملكيه المالك من حين العقد إلى حين الإجازة فلا بد من صدور الإجازة منه في ملكه، ولكن الملكيه اللولائيه أى لو لا الإجازة لكان مالكا، وهذه الملكيه الخاصه - أى اللولائيه - لا يلزم من الالتزام بها لا

الخلف ولا الكشف الانقلابي، وهما دليلا المحقق الأصفهاني ولا يجريان في هذه الملكيه

ص: ١٥٨

١-٣. أى خروج العقد الثاني من تحت الآيه الشريفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يكون على وجه التخصيص لأنه من أول الأمر لم يدخل تحت الآيه لأنها أمرٌ إلى الملاك والعقد الثاني لم يقع فى ملك المالك، لأنه وقع فى ملك المشتري من الفضولى فخروجه عن الآيه الشريفه يكون تخصصا.

٢-٤. وأمّا إذا عكسنا الأمر وأردنا خروج عقد الفضولى مع صدور الإجازة بناءً على الكشف من تحت الآيه الشريفه، فهذا يوجب تخصيصها بلاوجه ودليل شرعى لأنه عقد وقع فى ملك مالكة وصدور إجازته فيجب الوفاء به ولم يرد مُخَصَّصٌ لأجل خروجه من تحت الآيه الشريفه.

٣-٥. أى التخصيص بالوجه الدائر: وهو تقدم العقد الثاني على عقد الفضولى وتخصيص آيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وخروج عقد الفضولى من تحته يكون دوريا لأنَّ صحه العقد الثاني متوقفه على بقاء المال على ملك البائع حال بيعه، وهذه الصحه متوقفه على بطلان عقد الفضولى، وعلى هذا خروج عقد الفضولى من تحت الآيه الشريفه متوقف على صحه العقد الثاني وصحته متوقفه على بطلان عقد الفضولى والبطلان متوقف على الخروج من تحت الآيه الشريفه فيكون دوريا.

٤-٦. حاشيه المكاسب ٢/٢٧٤ و ٢٧٥.



وثانيا: إذا لاحظنا النسبه بين الإجازة والملكيه اللولائييه فلا تخلو من وجوه ثلاثه:

أ: الإهمال: وهو ممنوع، لاستحالتها في الأمور الواقعيه وفي نفس الأمر.

ب: الإطلاق: وهو أيضا ممنوع، لأنه يستلزم أن تكون إجازة الأجنبي مؤثره في بيع الفضولي وهو باطل.

ج: التقييد: وهو المطلوب فتكون الإجازة مقيدة ومشروطه بالملكيه اللولائييه.

فمن باع قبل صدور الإجازة عنه، لا يكون مالكا لو لا الإجازة فلم يتحقق اشتراط الإجازة وقيدها فإجازته باطله.

وثالثا: يمكن القول باعتبار الإجازة بناءً على الكشف في فرض لم يتعقبه تصرف من المالك في ماله، وأما إذا صدر من المالك تصرفا في ماله فالإجازة الصادره منه بعد ذلك التصرف غير مؤثره في الكشف والبيع الثاني من أعظم مصاديق التصرف ولا يلزم منه الخلف ولا الكشف الانقلابي كما يظهر من المحقق الخميني (١) رحمه الله .

وبعبارة أخرى: صحه الإجازة متوقفه على فساد التصرف من المالك فلو توقّف فساد التصرف منه على صحه إجازته لكان دورا ظاهرا كما يظهر من المحقق السيد الخوئي (٢) رحمه الله .

ورابعا: صحه العقد الثاني لم تبين على الدور المحال الذي ذكره المحقق الأصفهاني، لما مرّ من ابتناء صحه عقد الفضولي على صدور الإجازة من المالك اللولائي، والمالك مع فرض قيامه بالبيع الثاني لم يكن مالكا لولائيا فبطلان عقد الفضولي مستندا إلى عدم شرطه ولم يكن مستندا إلى صحه العقد الثاني حتى يلزم منه الدور المدعى (٣).

وخامسا: ما ذكره قدس سره لو تم - ولم يتم - إنما يتم على الكشف الحقيقي الشرطي وقد

ص: ١٥٩

١-١ . كتاب البيع ٢/٤٣٣.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٥.

٣-٣ . الباقي من النقود يظهر من العقد النضيد ٣/ (٥٣٢-٥٣٤).

عرفت (١) أنّ للكشف أقسام متعددة وأنواع متكرره، فالدليل أخص من المدعى.

وبالجملة: لا يمكن الالتزام بهذا الدليل العقلي المذكور في كلام المحقق الأصفهاني قدس سره .

### ٣- الوجه العقلي المذكور في مقاله المحقق الإيرواني رحمه الله

قال: «... إنّ خطاب (أَوْفُوا) إنّ توجّه إلى المالك لم يبق موقع لتوجّهه إلى إجازته لعقد الفضولي حتّى يلتجأ إلى الجمع بين الخطابين بذلك، ففي كليّيه [أى جميع] فروض المنافاه بين الصحيحتين الأمر دائر بين صحه عقد المالك وصحه إجازته فكل منهما فرض صحيحاً بطل الآخر، ولكن عقده صحيح على القول بالنقل لأنّه عقد صدر عن أهله فى محلّه لبقاء ماله على ملكه فتشمله أدله صحه تصرفات المالك فلا يبقى موضوع لنفوذ إجازته لخروجها عن كونها إجازة المالك.

وإجازته صحيحه على القول بالكشف لكشفها عن سبق خطاب (أَوْفُوا) بالنسبه إلى العقد الصادر من الفضولى فيكون النقل حاصلًا حينه فلا يبقى موضوع لصحه عقده لانكشاف كونه عقد غير المالك.

وبالجملة: سبق خطاب كلّ منهما يوجب خروج الآخر عن موضوع الخطاب وتخصّص الدليل بالنسبه إليه...» (٢).

ويرد عليه: إنّّه لم يتم دليل على أنّ خطاب (أَوْفُوا) يتوجّه أولاً إلى المالك المجيز - بناءً على الكشف - بل الصحيح أنّ توجّه الخطاب إلى المالك المجيز مشروط بملكيتة اللوائيه فى حين صدور الإجازة منه، وحيث قام بعد عقد الفضولى ببيع ماله مباشرة فخرج المبيع عن ملكيته وإجازته لم تقع فى ملكيته اللوائيه فإجازته باطله وتمّ البيع المالك. الأصيل، حتّى على القول بالكشف.

والحاصل: لم تتم الوجوه الثلاثة التى أقاموها على التفصيل بين الكشف الحقيقى

ص: ١٦٠

١-٤. راجع الآراء الفقهيّه ٥/٤٠٢ وما بعدها.

٢-١. حاشيه المكاسب ٢/٣٢٢.

### وأما إثبات التفصيل بناءً على الكشف الانقلابي:

فقد قال المحقق الأصفهاني في تقرير إثبات التفصيل: «وأما الكشف على وجه الانقلاب فمبناه على بقاء المال على ملك مالكة الأصلي، وإنما ينقلب بالإجازة، ولا انقلاب حقيقه إلا بعد الإجازة، فجميع تصرفات المالك تصرفات وارده على ملكه

حقيقه، ونفوذها يمنع عن نفوذ العقد الأول بالإجازة ولو بنحو الانقلاب، فإنَّ الانقلاب إنما يعقل إذا لم يكن له مانع، ونفوذ التصرفات المتوسطة بين العقد الأول والإجازة مانع، لفرض التمانع بين صحة العقدين، وفرض عدم المزاحم للتصرف المتوسط حال ثبوته حقيقه وواقعا، فيساق الكشف الانقلابي للنقل في صحة العقد الثاني دون الأول، وحيث إنَّ بناء المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره على الكشف الانقلابي بل نسبه إلى المشهور أيضا، فلذا أطلق في الكلام من حيث الكشف والنقل.

والتحقيق: أنَّ المانع من صحة العقد المجاز مع صحة العقد الثاني أحد أمور:

إمّا عدم إتصال ملك المجيز بحال الإجازة، لعدم كفايه الملكيه المتصله بحال العقد هنا، إذ لا يعقل الانقلاب فيها في الملكيه بين العقد والإجازة.

وإمّا لزوم اجتماع مالكين على ملك واحد في زمان العقد الثاني، إذا فرض تصحيح العقدين، حيث إنَّ إبطال العقد الثاني بعد فرض وقوعه صحيحا بلا وجه، فلا بد من فرض مالكيه المشترين لمال واحد في زمان العقد الثاني.

وإمّا لغويه الإجازة إذا أثرت في صحة العقد الأول بنحو الانقلاب إلى زمان العقد الثاني فقط، لثلا يلزم اجتماع الملكين، ولا يصححه الرجوع إلى البدل، لمكان إتلاف المال بالنقل الصحيح، لأنَّ الملك الانقلابي متأخر عن الإتلاف بالنقل، فكيف يصح الرجوع إلى البدل لتصح الإجازة وتخرج به عن اللغويه.

### وهذه الموانع كلها مدفوعه:

أما الأول: فلأنَّ المصحح للإجازة ليس إلا ورود العقد على ملكه، بحيث يكون حال الانتقال منه إلى غيره ملكا له رعايه للانتقال منه إليه، فتاره يكون موقع الانتقال

حال العقد كما هو كذلك على الكشف بأقسامه، وأخرى يكون موقعه حال الإجازة كما هو كذلك على النقل.

نعم بناءً على الانقلاب لابد من أن يفرض للمجيز ملك بعد العقد حتى ينقلب، فيصير للمجاز له، وهذا من لوازم الانقلاب لا من مصححات الإجازة، والمفروض هنا أيضا تأخر العقد الثاني عن الأول، فبالإجازة ينقلب ملك المجيز قبل العقد الثاني فيصير من حين العقد الأول ملكا للمجاز له.

وأما الثاني: فبأن لازم تأثير العقد الأول بالإجازة على نحو الانقلاب صيروره العين من حين العقد الأول ملكا للمجاز له إلى زمان العقد الثاني، لا فيما بعده أيضا، ليلزم

إبطال العقد الثاني بلا وجه، وأما قبل العقد الثاني فلا يلزم اجتماع الملكين لما مرّ (١) مرارا من أن الانقلاب خلاف الاجتماع.

وأما الثالث: فمدفوع بأن لازم الانقلاب - عند القائل به - أن الاتلاف الوارد قبله من مالكة يوجب الرجوع إلى البدل، لأن فرض الانقلاب في الملك فرض الانقلاب في لوازمه، فكأن الاتلاف بالانقلاب وارد على الملك المنقلب إليه، والعقد الصحيح الذي لا يقبل الإبطال كإتلاف الملك المنقلب إليه من حيث عدم إمكان عود الملك المنقلب إلى مالكة، فيوجب الرجوع إلى البدل، وإن كان في التضمين بالإتلاف بسبب الانقلاب إشكال فهو غير مخصوص بالمقام (٢).

أقول: ولكن يرد عليه: أولًا: كيف التزم قدس سره بأن تصيرُف المالك في ماله بالبيع الأصيل المباشر يعدّ من تلف مال الغير حكما ويلزمه دفع البدل إلى المشتري من الفضولي؟!

لأن المال إن كان ماله - كما هو كذلك - فتصرفه فيه يقع بلا إشكال فباع ماله وحين صدور الإجازة منه لم يكن مالكا للمال حتى بالإجازة اللولائية فإجازته باطله وبالتالي

ص: ١٦٢

١-١ . حاشية المكاسب ٢/١٤٤، تعليقه ١٣٢.

٢-٢ . حاشية المكاسب ٢/٢٧٦ و ٢٧٧.

بيع الفضولى محكوم بالبطلان.

وإن لم يكن المال ماله حين عقده الثانى فتصرفه باطل ولم ينتقل المال إلى المشتري منه ويحكم بصحة بيع الفضولى ولم يكن هنا الإلتلاف الحكمى ولا الرجوع إلى البدل.

وثانيا: الجمع بين صحه بين المالك نفسه وصحة بيع الفضولى بالإجازة الصادره من المالك يستلزم اجتماع ملكيتين على مال واحد وهو محال. كما أنه يستلزم اجتماع مالكين على مال واحد على نحو الاستقلال وهو مستحيل. فلا يمكن الجمع بين الصحتين.

وثالثا: يمكن حلّ ما ذكره بما مرّ من اعتبار ملكيه المالك حين الإجازة بالملكيه اللولائيه وحيث باع المالك ماله فحين الإجازة فاقد لهذه الملكيه اللولائيه فإجازته باطله وبالتالي بيع الفضولى، ولا يتحقّق إلتلاف مال الغير حتّى نحكم بوجوب إرجاع بدله إلى المشتري من الفضولى.

فلا يتم ما ذكره المحقّق الاصفهانى حول إثبات التفصيل بالكشف الانقلابى.

فظهر ممّا ذكرنا عدم وجود الدليل على المحتمل الثالث - وهو صحه بيع الفضولى فى المقام - مطلقا - أى بلا فرق بين قولى الكشف والنقل - لِإِنَّهُ حَيْثُ لَمْ يَتِمَّ التَّفْصِيلُ فِي الْمَقَامِ فِإِطْلَاقُهُ بِطَرِيقِ أَوْلَى.

هذا تمام الكلام فى التصرفات الناقله.

## ٢- القسم الثانى: التصرفات غير الناقله

### اشاره

التي لا توجب نقل العين وهى على ثلاثه أقسام:

### الأول: الاستيلاء

إذا استولد المالك جاريته بعد أن باعها الفضولى وصارت أمّ وُلْدٍ هل تبطل الإجازة وتزوّل قابليتها عن التأثير أم لا؟

الظاهر أنّ الاستيلاء من جانب المالك وبعد بيع الفضولى قبل الإجازة، يُخْرِجُهَا عَنْ قَابَلِيَةِ التَّأْثِيرِ فَتَقَعُ لِعَوَاءِ، لِأَنَّ مِنْ شَرَايِطِ الْبَيْعِ أَنْ لَا يَكُونَ الْمَبِيعُ أُمَّ وَوَلْدٍ، وَمِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ

المبيع لا بد أن يكون ملكاً طلقاً لملكه حتى يقدر على بيعه واستند البيع إليه وشملته الإطلاقات لأنها خطابات للمالك الذين يقدر على البيع، وحيث أن الأمه مستولده حين صدور الإجازة فتقع الإجازة لغوا.

اللهم إلا أن يقال: الممنوع هو إنشا البيع على أم الولد لا إسناد البيع المنشأ سابقاً بالإجازة اللاحقة.

ويُجاب عنه: بأن المبيع حين الإجازة لا بد وأن يكون ملكاً طلقاً للمالك لو لا الإجازة بتفصيل مَرَّ.

والمختار هو بطلان الإجازة بعد الاستيلاء وزوال قابليتها به وحيث لم تترتب فائده في هذا الزمن على هذا البحث لانتفاء موضوعه نكتفي بهذا المقدار والحمد لله ربّ الأرباب.

### الثاني: تزويج الأمه

إذا زوّج الفضولي أمه المالك من شخصٍ ثمّ زوّجها المالك بنفسه من شخصٍ آخر، صار «التزويج الصادر من المالك عقد صدر من أهله ووقع في محلّه وبه تصير الأمه مزوّجه، ومعه لا يبقى مجال للإجازة بوجه لأنّ المزوّجه لا تزوّج والإجازة هي التزويج في الحقيقة»<sup>(١)</sup>.

نعم، التنافي بين البّيع والتزويج مفقود فإذا «باع الفضولي أمه المالك من شخصٍ ثمّ زوّجها المالك من شخصٍ آخر ثمّ أجاز البيع الواقع على الأمه فإنّ كلاً من التزويج والإجازة صحيحان وتنتقل الأمه إلى المشتري مزوّجه»<sup>(٢)</sup>.

وللمشتري خيار الفسخ لأنّه اشتراها لاستيفاء منافعها، لا لمجرد عتقها فقط، والأمه المزوّجه غير قابله للاستيفاء بمنافع بضعها، فله الخيار في الفسخ إن شاء والإمضاء كذلك.

ص: ١٦٤

١-١ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٦.

١-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/٦٧.

يُستفاد من كلام الشيخ الأعظم (١) أن إجازة المالك توجب نفويت قابليه محلّ الإجازة كاستيلاء والتزويج، لأن ملكية المنافع تابعة لملكه الأعيان ومن له ملكه العين له ملكه المنافع أيضا، وحيث أن عقد الإجازة صدر من مالكة وهو أهله ووقع في محله فلا يبقى محلّ للإجازة، ولأن الفضولي باع العين من المشتري ولكن المالك ملك منافعها للمستأجر وهذان متنافيان لا يمكن اجتماعهما.

ولكن يرد عليه: بعدم وجود التنافي بين البيع والإجازة لأن متعلقيهما مختلفان فالعين تتعلق بالبيع والمنافع تتعلق بالإجازة.

نعم، المالك إذا آجر داره ثم أجاز بيعها الفضولي، يرجع بيعه إلى بيع عين المسلموبه المنافع إلى مدّة الإجازة ولا تنافي بين البيع هكذا والإجازة.

وللمشتري فسخ بيعه لأنه اشترى العين لمنافعها ثم ظهر أنها مسلموبه المنافع فله الخيار في الفسخ والإمضاء، هذا كله على النقل.

وأما على الكشف الحقيقي أو الحكمي بأقسامها فكلاهما صحيحان، والمالك قد فوت المنافع على المشتري ويضمّمها بأجره المثل نحو ما إذا أتلّفها بسكناها أو إسكان غيره.

نعم، لو كان الصادر من الفضولي أيضا إجازة فتكون منافية للإجازة الصادره عن المالك. (٢)

### ٣- القسم الثالث: التصرفات غير الناقله

٣- القسم الثالث: التصرفات غير الناقله التي تودى إلى ثبوت حقّ للغير نحو الرهن الصادر من المالك بعد ما عقد الفضولي ثم أجاز البيع فيقع الرهن من المالك في وسط بيع الفضولي وإجازته، فهل هذا الرهن ينافي ذلك البيع والإجازة بحيث لا يبقى معه مجال للإجازة المتأخره أو لا تنافي بينهما وكلاهما - البيع والرهن - صحيحان؟

ص: ١٤٥

١- ٢. المكاسب ٣/٤٧٧.

٢- ٣. راجع التنقيح في شرح المكاسب ٢/٤٧.

هذه المسأله مُبْتَنِيَةً على مسأله جواز بيع الرهن وعدمه وفيها احتمالان:

الأول: الاعتماد على ما ورد فى النبوى الضعيف أنه قال صلى الله عليه وآله : الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن. (١)

ولا- ريب بأن الاجازة والبيع تصرّف من الراهن - الذى هو ممنوعٌ من التصرف - فى الرهن، فتصرفه فيه باطل والرهن يكون موجبا لإلغاء الإجازة المتأخره.

الثانى: وأما إذا طرحنا الروايه النبويه لضعف سندها وعدم انجباره بعمل الأصحاب فيمكن القول بصحة الرهن والبيع معا، إذ لا يشترط فى الرهن أن يكون من مال الراهن المديون ويجوز أن يكون ملكا لآخر وقد وضعه عند المرتهن وثيقهً لدينه، فَتَنْتَقِلُ العين إلى المشتري بِوَضْفِ كَوْنِهَا رهنًا.

نعم، للمشتري خيار الفسخ لأنّ انكشاف الرهن فى المال نقص فيه وخلاف لمقتضى طلقته.

ولكنّ هنا احتمال ثالث: ذهب إليه المشهور (٢) من فقهاءنا - رضوان الله تعالى عليهم أجمعين - من عدم جواز بيع العين المرهونه توسط الراهن إلا- بعد الاستئذ ان من المرتهن، كما أنّ المرتهن لا- يجوز له بيع العين المرهونه إلا- فيما إذا بلغ الأجل وطالب المرتهن من الراهن أداء دينه واستنكف عن الأداء فحينئذ يمكن أن يرفع أمره إلى الحاكم الفقيه وهو وليُّ الممتنع فله أن يجيزه ببيع العين واستيفاء حقه منها وأداء الباقي منها إلى الراهن.

وبالجملة: لو أجاز المرتهن بيع الراهن صح البيع والرهن معا وإلا صح الرهن والبيع يكون باطلاً، لأنّ الإجازة تكون مؤثره فى بيع الفضولى إذا صدرت من المالك الذى له أن يتصرّف فى ماله وبالرهن يكون ممنوعا من التصرف فإجازته المتعقبه للرهن لاغيه وغير مؤثره.

ص: ١٦٦

١-١ . درر اللآلى ١/٣٦٨ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣/٤٢٦، ح ٦.

٢-٢ . كما فى العقد النضيد ٣/٥٤٢.



ولهذا القسم من التصرفات فروع أُخِرْ نحو: ثبوت الحق للمجنى عليه على الجاني، أو ثبوت حق الغرماء في مال المُفلس، أو ثبوت حق الإرث للزوجه من الأبنيه والدور بناءً على ما هو المشهور من عدم توريثها من العقار(١) وغيرها وتَظَهَّرُ أحكامها بالتأمل.

#### ٤- القسم الرابع: التصرفات التي لا تنافي المعامله الفضوليه

##### إشاره

وقد مثل لها الشيخ الأعظم(٢) بمثالين هما:

أ: تعريض المبيع للبيع توسط المالك خلال بيع الفضولي وصدور الإجازة من المالك.

ب: البيع الفاسد بأن يبيع المالك العين بالبيع الفاسد في الزمان الوسط بين عقد الفضولي وصدور إجازته.

ثم قال: «وهذا أيضا على قسمين: لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، وإما أن يقع في حال عدم الالتفات»(٣).

ثم اختار أن التعريض للبيع أو العقد الفاسد إذا التفات المالك إلى عقد الفضولي يكون مصداقا للرد لأن معناه أن المالك غير راض بما أصدره الفضولي فيشمله عموم أن الإجازة بعد الرد لغو.

بخلاف ما إذا لم يلتفت المالك إلى عقد الفضولي لأنه جاهل به أو لم يلتفت إليه فلا تكون تعريضه للبيع أو البيع الفاسد ردًا لعقد الفضولي ولا يترتب عليهما أحكام الرد(٤).

واستدل الشيخ الأعظم(٥) على ما أفاده في حال الالتفات من أنهما يعدان الرد بأمور:

الأول: إن هذا التصرف الصادر منه بنفسه يعد ردًا فعليًا لبيع الفضولي.

ص: ١٤٧

١-١ . راجع العقد النضيد ٣/٥٤١.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٧٩.

٣-٣ . المكاسب ٣/٤٧٩.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٨٠.

٥-٥ . المكاسب ٣/٤٧٩.

ويرد عليه: الردّ من الأمور الإنشائية ومجرد تعريض المتاع للبيع أو العقد الفاسد لا يعدّ ردّاً فعلياً للعقد الفضولي مادام لم نحرز إنشاء الردّ بالفعل.

الثاني: الاستدلال بالإطلاقات الواردة في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاها (١).

وما ورد في من زوّجته أمّه وهو غائب من قوله عليه السلام: إن شاء قبل وإن شاء ترك. (٢).

ثم ناقش الشيخ الأعظم في هذا الاستدلال بقوله: «إلا أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك فلا تعرّض فيه لكيفيته» (٣).

والمناقشه في محلّها لأنّ ما ورد في النصوص إنّما هو في مقام تجويز الردّ للسيد والابن وأمّا الردّ يتحقّق بماذا؟ فلا نظر فيها إليه أبداً.

الثالث: قال: «أنّ المانع من صحه الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي وهو خروج المجهز بعد الردّ عن كونه بمنزله أحد طرفي العقد» (٤).

ويرد عليه: بقبول الكبرى الواردة في كلام الشيخ الأعظم بعدم وجود الفرق بين ردّي القولي والفعلي وأمّا أنّهما - التعريض للبيع والعقد الفاسد - من مصاديق الردّ الفعلي فهو أول الكلام، وأشبه شيء بالمصادره.

الرابع: فحوى الاجماع المدّعى على أنّ الفسخ في العقود الخياريه يحصل بالفعل كالوطء والبيع والعتق.

والوجه في الفحوى والأولويه: أنّ الفسخ رفع للملكيه الثابته بأسبابها، والردّ دفع عن حصول الملكيه بالعقد الفضولي، والرفع أشكل من الدفع، فإذا ثبت أنّ الفعل يوجب الرفع مثلاً فهو يوجب الدفع بطريق أولى.

وردّ السيد الخوئي عليه: بعدم وجود الأولويه والفحوى في المقام «لأنّ البيع والعتق إنّما يقتضيان الفسخ في العقد الخياري من أجل أنّ قصدهما حقيقه لا يتحقّق من

ص: ١٤٨

١-٦. وسائل الشيعه ٢١/١١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٢-١. وسائل الشيعه ٢٠/٢٨٠، ح ٣ من الباب ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

٣-٢. المكاسب ٣/٤٧٩.

٤-٣. المكاسب ٣/٤٨٠.

غير مالك المال والعبد فإنَّ البيع عبارته عن المبادله بين المالكين وهي لا تتحقَّق إلاَّ بخروج المثل من ملك من دخل في ملكه الثمن، كما أنَّ العتق فكَّ ملكيته وهذا لا يتحقَّق إلاَّ بكون المعتق - بالفتح - ملكاً له، فالبيع والعتق يدلّان بالدلاله الإلزاميه على أنَّه رجع إلى ملكه وفسخ العقد الجائر، إذ لولاه لما يتحقَّق منه قصد شيء من البيع والعتق حقيقته، وهذا بخلاف الردِّ فإنَّ الملك ملكه حينئذٍ وليس كالفسخ فإنَّ الملك فيه للمشتري دون المالك، فتصرّفاتة في ملكه لا يحتاج إلى إرجاع الملكيه السابقه لأنه ملكه فلا يكون فيها دلالة

على ردِّ العقد الفضولي، فلا يمكن قياس الردِّ بالفسخ.

وأما الوطء، فلا دلالة فيه على الفسخ أبداً، إذ لا يتوقَّف الوطء على الملك كتوقَّف قصد البيع والعتق حقيقته عليه بل يتحقَّق بدون الملك أيضاً لإمكان الزنا في العالم، فلعله لم يقصد الفسخ بل أراد الزنا، وحمل فعل المسلم على الصحة إنَّما يوجب عدم الحكم بزناه، وأما أنه يوجب حمله على الفسخ فلا، لأنَّه لا يثبت الصحة الواقعيه كما لا يخفى. نعم الوطء في العده الرجعيه بنفسه رجوع وإن قصد به الزنا لأنَّها زوجته حقيقته وقصده ذلك ليس بشيء، لأنه نظير قصد الزنا بزوجه.

فالمتخصّص: أنَّ البيع الفاسد أو التعريض للبيع لا يكون ردّاً كيف والبيع الصحيح لا يكفي في الردِّ، كما أنَّهما لا يوجبان سقوط المالك عن قابليه الإجازة لعدم المنافاه بينهما وبين الاجازة، وهذا بخلاف البيع الصحيح، لأنَّ الصحيح منه مؤثّر في الانتقال فتقع الإجازة لغواً، هذا كلّ في العقود اللازمه.

### بقي الكلام في مثل الوصيه والوكاله:

بقي الكلام في مثل الوصيه والوكاله: وأنه إذا أوصى لزيد بماله أو وكله في بيع شيء ثمَّ باعه بنفسه ببيع فاسد أو عرضة للبيع فهل هما يوجبان بطلان الوصيه والوكاله أو لا؟

قد عرفت ممّا ذكرناه في الفسخ بالبيع والعتق أنَّ البيع ونحوه من الأفعال لا يوجب الفسخ والردِّ في أمثال المقام ممّا لا يتوقَّف قصد البيع فيه حقيقته على إرجاع الملكيه السابقه لعدم خروجه عن ملكه حتّى يتوقَّف على إرجاعها، فإن كان البيع الواقع على المال صحيحاً فهو منافع للوصيه والوكاله ومُعدم لموضوعهما لا أنه فسخ، وأمّا إذا كان

فاسداً أو تعريضاً للبيع فهو لا- يدلّ على الفسخ كما عرفت ولا ينافيهما لعدم كونه مؤثراً، فتكون الوصية والوكالة صحيحتين وباقيتين على حالهما ولعله ظاهرٌ»(١).

أقول: يُمكنُ جَرِيانُ ما ذكره المحقّق السيّد الخوئي في الوطء في البيع أو العتق بأنّ المالك باعه فضوله للمشتري من الفضولي أو أعتق العبد لمشتريه كذلك، أعنى البيع والعتق لايلازمان مع الفسخ، فما ذكره السيّد الخوئي في الوطء يجرى في البيع والعتق ولكن المهم في المقام هو قيام الإجماع على أنّ الفسخ يحصل بهذه الأمور الثلاثة وغيرها من التصرفات المالكية في العقود الخيارية.

فمعقد الإجماع يكون على تحقّق الفسخ فقط ولا يرتبط بالردّ في العقود الفضولية. فما ذكره الشيخ الأعظم لا يتم.

وبالجملة: التصرفات التي لاتنافى المعاملة الفضولية لايعدّ ردّاً بلا فرق بين حالتى الالتفات بها وعدمه.

### وأما العقد الجائز:

وأما العقد الجائز: فلو صدر من المالك في الوسط بين العقد الفضولي والإجازة عقود جائزه كما لو وهب ماله أو أوصى به ثمّ أجاز العقد الفضولي، الإجازة تامه لأنّ الإجازة الصادره من المالك تعدّ فسخاً لذلك العقد الجائز وتمّ العقد الفضولي خلافاً لصاحب العقد النضيد (٢)- مدّ ظله - لأنّه يرى أنّ ملكيه المالك قد زالت بالعقد الجائز وحتّى لو عادت ملكيته فإنّها تعدّ ملكيه جديده.

ويرد عليه: أوّلاً: في مثل الوصيه ملكيته باقيه لأقل في بعض الصور.

وثانياً: لو سلّمنا بأنّ ملكيته بعد الفسخ ملكيه جديده، فللمالك الإجازة بلا فرق بين أنّ تكون ملكيته سابقه أو لاحقه وجديده.

كما مرّ في البحوث السابقه والحمد لله.

ص: ١٧٠

١- ١. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٧١ و ٧٠.

٢- ١. العقد النضيد ٣/٥٤٦.

وَضَلُّ: مسائل حول بيع الفضولي

اشاره

ص: ١٧١



إشاره

إذا لم يجز المالك فإن كان المبيع فى يده فهو وإلا فللمالك انتزاع ماله ممّن المبيع فى يده مع بقاء المبيع ويرجع بمنافعه المستوفاه عليه، وكذا غير المستوفاه على خلاف فى الأخير كما مرّ فى الرابع من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد من هذا الكتاب. (١)

ولو تلف المبيع يرجع المالك إلى من تلف عنده بمثله أو قيمته، وفى القيمه إلى قيمه يوم الأداء كما مرّ فى بحث ضمان القيمي بالقيمه. (٢)

ولكن الشيخ الأعظم اختار قيمه يوم التلف كما اختاره فى بحث ضمان القيمي. (٣)

وردّفه بقوله: «أو بأعلى القيم من زمانٍ وقع فى يده» (٤). وقد مرّ (٥) استدلال الشيخ الأعظم لهذا الوجه ونقده منّا (٦) فلا نعيده.

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «ولو كان قبل ذلك [أى التلف] فى ضمانٍ آخرٍ وفرض زياده اليه عنده ثمّ نقصت عند الأخير، اختص السابق بالرجوع بالزياده عليه كما صرح

ص: ١٧٣

١-١ . راجع الآراء الفقهيّه ٤/٣٩٥ و ٤٠٤.

٢-٢ . راجع الآراء الفقهيّه ٤/٥٥٠.

٣-٣ . المكاسب ٣/٢٥١ وما بعدها.

٤-٤ . المكاسب ٣/٤٨٣.

٥-٥ . المكاسب ٣/٢٥٤.

٦-٦ . راجع الآراء الفقهيّه ٤/٥٤٥.

به جماعه فى الأيدى المتعاقبه»(١).

من المصرّحين هو العلامه فى القواعد حيث يقول: «... ولو زادت فى يد الأوّل طولب بالزياده دون الثانى...»(٢).

وقال فى تذكره الفقهاء: «هذا إذا لم تختلف قيمه العين فى يدهما أو كانت فى يد الثانى أكثر، ولو كانت فى يد الأوّل أكثر لم يكن للمالك مطالبه الثانى بالزياده، لأنّها تلفت فى يد الأوّل قبل الوصول إليه، وإنّما يطالب الأوّل بها لا غير، ويستقرّ ضمانها عليه، فليس له الرجوع على الثانى بها، ولو رجع المالك عليه بالأصل والزياده، كان له الرجوع على الثانى بالأصل خاصه دون الزياده»(٣).

ووافقه الشهيد الثانى فى المسالك(٤) والمحقّق السبزوارى فى الكفايه(٥) والسيد العاملى فى مفتاح الكرامه(٦).

هذا القول مبنى على ضمان الغاصب أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كما تبّه عليه المحقّق الثانى(٧)، وهو خير به جماعه من الفقهاء كما مرّ(٨) وأدلته ونقدها أيضا(٩) فلا نعيد والحمد لله المعيد للنعم بغير استحقاقها.

## وأما الأوصاف

## إشاره

فهى على قسمين:

ص: ١٧٤

١-٧. المكاسب ٣/٤٨٣.

٢-٨. قواعد الأحكام ٢/٢٢٤.

٣-١. تذكره الفقهاء ٢/٣٧٧، السطر ٣٥ من الطبع الحجرى (١٩/١٨٥).

٤-٢. المسالك ١٢/١٥٦.

٥-٣. كفايه الأحكام ٢/٦٤٩.

٦-٤. مفتاح الكرامه ١٨/٩٧.

٧-٥. جامع المقاصد ٦/٢٢٥.

٨-٦. راجع الآراء الفقهيّه ٤/٥١١.

٩-٧. راجع الآراء الفقهيّه ٤/٥٤١.



أ: الوصف الذى يوجب الزيادة العينيه فى المال نحو: سمن النعاج.

ب: الوصف الذى يوجب الزيادة الحكميه فى المال نحو: تعلّم العبد الكتابه أو الخياطه اللَّئِينِ توجبان ارتفاع قيمته.

### والأوّل حيثته تقيديّه:

والأوّل حيثته تقيديّه (١): أى تبدل بإزاءها المال وتقابل مقدار معين من المال بإزاء ذلك الوصف.

### والثانى حيثته تعليليه:

والثانى حيثته تعليليه (٢): أى المال تبدل بإزاء العبد لا الكتابه والخياطه ولكنهما

تستوجبان زياده قيمه.

والفرق بينهما: إذا كانت العين متصفه بالوصف الأوّل فى تعريف البائع لمبيعه ثمّ ظهر بعد فقدانه فإنّ القاعده تقتضى تخيير المشتري بين الخيار أو أخذ الأرش. وأمّا إذا كانت العين متصفه بالوصف الثانى ثمّ ظهر خلافه فإنّ القاعده تقتضى ثبوت الخيار فقط لا الأرش.

### ثمّ هل يضمن ويغرم المشتري الأوصاف أم لا؟

#### اشاره

بناءً على ثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو الأداء، إذا كانت العين فى يد البائع متصفه بصفه كالخياطه أو الكتابه أو الطباخه أو السمن فزالت العين عند المشتري فلا ينبغى الإشكال فى أنّ المشتري يغرم العين والصفه لأنّه بأخذه العين قد ضمنها بأوصافها.

وأمّا إذا كانت العين باقيه ولكن زالت أوصافها عند المشتري فلا بدّ من غرم أوصافها الفائتة عند المشتري.

#### فرع:

فرع: وإذا حصلت الأوصاف عند المشتري وزالت عنده أيضاً مع زوال عين المال

ص: ١٧٥

فى الموضوع.

٢-٩ . الحىثىه التعللىه: إذا كان التحىث آارجا عن ذات الموضوع نحو كون الشىء علّه أو معلولاً لأنّهما يكون آارجا عن الذات وإن كان التحىث والتقىد به داخلاً بشرط اتآاذهما على نحو التقىد لا القىد. والاختلاف فىها لاىوجب التآثر فى الموضوع.

أو بقاءها فهل يغرم المشتري للمالك العين مع الأوصاف في الأوّل والأوصاف فقط في الثاني - أى فى فرض بقاء العين - ؟

نعم، يغرم المشتري فى الفرضين للمالك، لأنّه بأخذه العيصن قد ضمن للمالك ثمنها واوصافها.

### فرع آخر:

فرع آخر: ثم هل البائع الفضولى يغرم هذه الاوصاف المتجدده الحادثه عند المشتري والتالفه عنده أيضا أم لا؟

ذهب المحقق السيد الخوئى (١) إلى عدم غرم البائع الفضولى تلك الاوصاف المتجدده والتالفه عند المشتري لأنّ العين التى كانت تحت يد البائع الفضولى لم تكن فيها هذه الاوصاف فلم يضمّنها البائع الفضولى.

ولكن المحقق النائينى (٢) يرى غرمه قياسا بالمنافع بناءً على ثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو الأداء.

وقد يقال فى الفرق بينهما: بأنّ المنافع تابعه للعين فى الضمان بخلاف الأوصاف.

ولذا قال المحقق السيد الخوئى: «ثمّ إذا قلنا بالضمان بأعلى القيم فيكون مبدأ أخذ ذلك بالنسبه إلى كل ضامن زمان دخول العين تحت ضمانه، فيكون البائع الأوّل ضامنا من أوّل وضع يده عليها إلى زمان دفع قيمه حتّى أعلى القيم عند دخولها تحت الأيدى المتأخره، وهكذا كل شخص يضمّن ذلك من زمان وضع اليد إلى زمان دفع القيمه، والوجه فى ذلك أنّ بمجرد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه إلى أن يؤديها إلى مالکها وهذا المعنى مستمر إلى زمان الدفع ومنحلّ إلى ضمانات عديده فيؤخذ الأعلى القيم من جميع تلك الضمانات، وأمّا الأشخاص المتأخره لا يضمّنون على الأعلى القيم قبل الأخذ، فلو كانت العين فى يد البائع الأوّل يحاذى بخمسه وباعها من المشتري وصارت عنده يحاذى بعشرين ثمّ نزلت قيمتها إلى أربعه وباعها من الآخر كذلك، وترقى قيمتها

ص: ١٧٦

١-١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٧٣، محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٦٧.

٢-٢ . منيه الطالب ٢/١٦٠.

عنده إلى خمسين ثم نزلت إلى عشرة فباعها كذلك إلى الآخر، فهذا الشخص الأخير لا يضمن إلا على العشرة لأنه لم يأخذ زائدا عن ذلك ولم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامنا عليه بمقتضى اليد أو السيره وأمّا السابقين عليه كلّهم يضمنون بخمسين فإنها في عهدهم من زمان وضع اليد إلى حين الخروج من العهده، ولو كان عند الأول بخمسين وعند الثاني بعشرين وعند الثالث بعشرة وعند الرابع بخمسه فلا يضمن بالخمسين إلا الأول والأخير بالخمسه والثاني بالعشرين والثالث بعشرة لعين ما عرفت»(١).

ثم قال: «... ولكن الظاهر أنّ السابق لا يضمن الصفات الحاصله في اليد التاليه وإّما الضامن لها ليس إلا من حدثت الصفات تحت يدها وذلك فإنّ مقتضى اليد أو السيره ليس إلا ضمان البائع الأول سواء كان غاصبا أو لا بالعين مع الحيثيات القائمه فيها، فهذه الحيثيه بالنسبه إلى المنافع موجودا في العين فإنها متصفه بالفعل بحيثيه الانتفاع بها وقابليه استيفاء المنافع منها بالفعل وهذا بخلاف الأوصاف فإنّ العين وإن كانت لها قابليه السمن وقابليه تعلّم الأوصاف الكماليه ولكن حيثياتها الفعلية بحيث لو أراد أن ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لا يمكن [لأنها] غير موجوده فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد إلا لمن تكون حدودها عنده فقط دون السابق عليه ودون اللاحق به كما هو واضح»(٢).

### اعتراض الاستاذ المحقق بأنّ التفصيل بين المنافع والأوصاف

واعترض عليه الاستاذ المحقق - مد ظله - بأنّ التفصيل بين المنافع والأوصاف بأنّ الأول مضمون على اليد السابقه برغم عجزها عن التصرف والانتفاع لأنها في تحت تصرف المشتري الآخر، والثاني غير مضمون لأنّ اليد السابقه لا تتمكن من الانتفاع بها لأنها غير موجوده عندها، غير وجيه لأنّ في كلا-الموردين اليد السابقه غير متمكن من التصرف والانتفاع فلا بدّ من القول بالضمان فيهما أو عدمه فيهما والتفصيل غير تام، وحيث ذهب المحقق الخوئي رحمه الله إلى الضمان في المنافع فلا بدّ له من القول بالضمان في

ص: ١٧٧

١- ١. مصباح الفقاهه ٤/٣٣٧ و ٣٣٨.

٢- ٢. مصباح الفقاهه ٤/٣٣٩.

أقول: قياس المساواه أو الفحوى أو الأولويه القطعيه بين المنافع والأوصاف ممنوعه لأنّ اليد على العين يدٌ على منافعها بلا فرق بين المستوفاه منها أو غيرها عرفا ولكن اليد على العين ليست يدا على الأوصاف التي لم تحدث إلى الان وحدثت فيما بعد عرفا وهذا المقدار من الفرق يكفى فى صحه تفصيل المحقّق الخوئى رحمه الله والذي يسهل الخطب عدم تماميه القول بثبوت أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف أو حين الأداء كما مرّ فى بحث القيميات(٢)، ونحن نقول بثبوت قيمه يوم الأداء وذمه الضامن مشغولة بالعين التي أخذها من المالك فإذا سمت عنده أو تعلّمت شيئا وبقي الوصفان والمشتري ضامن للوصفين. أمّا إذا زال الوصفان فليس على المشتري ضمان بالنسبه إلى الوصف الزائل لأنّ العين حين وقعت تحت يده كانت فاقده للوصف هذا إذا كانت العين موجوده، وأمّا إذا كانت تالفه فليس عليه إلاّ قيمه العين التي وقعت تحت يده فى اليوم الأول ولكن بقيمه يوم الأداء لا قيمه يوم القبض ولا أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف أو يوم الأداء، والحمد لله الذى له البقاء.

ص: ١٧٨

١-١ . راجع العقد النضيد ٣/٥٥٧.

٢-٢ . راجع الآراء الفقهيّه ٤/٥٠٩ وما بعدها.

إشاره

وفيها مقامان من البحث:

أحدهما: ما إذا كان المشتري جاهلاً بالفضوليه أو الغصبيه أو ناسياً لهما أو مُشْتَبِهاً بينهما وبين غيرهما.

ثانيهما: ما إذا كان المشتري عالماً بالفضوليه أو الغصبيه أو نحوهما.

وأما المقام الأول:

إشاره

فقال الشيخ الأعظم: «أنه [المشتري] يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً سواء كان باقياً أو تالفاً...»<sup>(١)</sup>.

ففى هذا المقام لا- إشكال فى أنّ المشتري يرجع إلى البائع الفضولى بعين ماله إذا كانت موجوده وبقيمتها أو مثلها إذا كانت تالفه لعموم قوله عليه السلام : على اليد ما أخذت حتى تؤدى.<sup>(٢)</sup>

ولأنّ يد البائع عليها عدوانيه فللمشتري أن يطالبه بردها أو مثلها أو قيمتها بمقتضى عموم قاعده الناس مسلطون على أموالهم.

إن قلت<sup>(٣)</sup>: كيف يرجع المشتري إلى البائع الفضولى مع اعتراضه بأنّ المال ملك البائع واشترى منه العين حسب الفرض.

ص: ١٧٩

١-١ . المكاسب ٣/٤٨٤.

٢-٢ . مستدرک الوسائل ١٤/٨، ح ١٢، الباب ١ من أبواب كتاب الوديعه.

٣-٣ . ذكره الشيخ الأعظم بقوله: «لا يقدر فى ذلك اعتراضه بكون البائع مالكا...». المكاسب ٣/٤٨٤.

قلت: هذا الاعتراف يأتي على صور:

الصورة الاولى: أن يكون هذا الاعتراف مستندا إلى قاعده اليد والمشتري بمقتضى قاعده اليد بنى على أن البائع مالك للعين ولذا اشتراها منه وفي هذه الصورة

يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع وأخذ الثمن منه، لأنّ البينه التي أقامها المالك على أن المال ليس ملكا للبائع توجب سقوط قاعده اليد لأنّ البينه حاكمه على قاعده اليد وتوجب زوال موضوعها لأنّ الشك مأخوذ في موضوع قاعده اليد والبيهة تزيل الشك تعبدا فلا يبقى لها موضوع بعد البينه، فله أن يرجع إلى البائع ويأخذ الثمن منه.

هذا كله في الصورة الاولى.

وأما الصورة الثانية: فالاعتراف مستند إلى العلم بمالكيه البائع خارجا بحيث يرى البينه التي أقامها المالك كاذبه ويدعى استحقاق البائع للعين ثم الثمن، فلا إشكال في أن المشتري مأخوذ على مقتضى علمه ولا عبره بالبيهة والطريق مع فرض وجود العلم والقطع فلا يجوز للمشتري مطالبه البائع بالثمن لأنه يراه مالكا للعين ومُشْتَحَقًا لما أخذه من الثمن.

وأما الصورة الثالثة: فهي صورة الجهل بالمستند بحيث لا يُعْلَم بأنّ مستند اعترافه هو قاعده اليد أو العلم فهل تلحق بالصورة الاولى من جواز الرجوع إلى البائع أو بالصورة الثانية من عدمه؟

قال الشيخ الأعظم في هذه الصورة: «... ولو لم يُعْلَم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الاقرار» من دلالاته على الواقع وجهان» (١).

ولم يرجح أحد الوجهين على الآخر، لأنّ المتعارف في المعاملات بناءها على قاعده اليد كما ورد في معتبره حفص بن غياث: لو لم يجز هذا لم يتم للمسلمين سوق. (٢)

ص: ١٨٠

١-١. المكاسب ٣/٤٨٤.

١-٢. وسائل الشيعه ٢٧/٢٩٢، ح ٢، الباب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم.

فهم يَرُونَ ذا اليد مالكا وَيُعَامِلُونَهُ معاملة المالك.

وكذلك الثابت من السيره العمليه العقلانيه إنهم يعتبرون المتاع ملكا لبائعه لأن ظهور الحال بل المقال مَنْ يتصدى لبيع المتاع أنه مالك له ومن يشتري منه يعلم ويقرّ بملكته فلذا ورد في الشراء منه فهذا الاقرار مستند إلى العلم والواقع لا على قاعده اليد.

وعند تعارض المستندان - أي قاعده اليد والعلم - إما أن يكون الدليلان قاصرين في مرتبه الاقتضاء حتى يشمل فرض التعارض، وإما بعد فرض الشمول يتعارضان ويتساقطان فلا يبقى مستند في المقام ولذا الشيخ الأعظم يتردد فيه ولم يرجح أحدهما على الآخر.

### مقاله المحقق الأصفهاني ونقده:

قال قدس سره : «الكلام تاره في مقام الواقع وجواز الرجوع على البائع، وأخرى في مقام الرجوع عليه بالترافع عند الحاكم.

أما الأول: فإما أن ينكشف عند المشتري كذب البائع وأنه فضول، وإما أن يكون عالما بأنه مالك، فلا إشكال في جواز الرجوع في الأول، وعدمه في الثاني واقعا. (١)

وإما أن لا ينكشف عنده كذبه وصدقه فله - بعد قيام البيئه بحسب ظاهر الشرع (٢) - الرجوع إلى البائع واقعا (٣)، لأن البيع باطل بحكم الشارع الذي لم يتبين خلافه، فالثمن

ص: ١٨١

١- ١. لأنه بعد وقوع العقد صحيحا لا يحق له الرجوع إلى البائع الفضولي واسترجاع ثمنه.

٢- ٢. لأن البيئه لا تكشف عن الواقع وإنما هي مجرد أماره ويحتمل مخالفتها للواقع لكنّها حجه ويحق له الرجوع إلى البائع بمقتضاها.

٣- ٣. قال في العقد النضيد ٣/٥٦٣: «مراده من «واقعا» هو الواقع في مقابل حكم القاضى ويقصد به الواقع في مقابل الترافع الشرعى أمام الحكم، أى يحقّ للمشتري الرجوع في هذه الصوره إلى البائع واسترجاع الثمن مع غمض العين عن حكم القاضى...». أقول: يرده ما ورد في ذيل كلام المحقق الأصفهاني: «هذا إن كان بطلان المعامله شرعا مستندا إلى قيام البيئه عند الحاكم ببطلان البيع». فالمراد من الواقع ليس ما ذكره الاستاذ المحقق - مد ظله - ولا يمكن القول بأن مستند الحكم يكون ظاهريا وأما الحكم الذى يتولد منه حكما واقعا وسبحان من لا يسهو.



باقٍ على ملك المشتري شرعاً، والناس مسلطون على أموالهم، هذا إن كان بطلان المعامله شرعاً مستندا إلى قيام البيه عند الحكم بطلان البيع.

وإن كان لأجل اليمين المردوده من البائع على المدعى، فغايه ما يستدعى اليمين المردوده كونها ميزانا لفصل الخصومه باخذ المبيع وإعطائه للمدعى، لا أنها طريق شرعى إلى كونه ملكاً للمدعى بحكم الحاكم، ولا مزيل فعلاً للملكيه، بل المال باقٍ على ملك مالكة وإن لم يجر له التصرف فيه ظاهراً أو باطناً أيضاً، ولذا لو ندم الحالف كذباً وأراد إرجاع المال إلى صاحبه لا حاجه فيه إلى تملكه إياه.

وأما كون اليمين المردوده بمنزله البيه من الحالف، لأنه مدعٍ وظيفته إقامه البيه، أو بمنزله الإقرار من الرادِّ، لأنه كالاقرار بأن القول ما يقوله المدعى بحلفه، فإنما هو بلحاظ بعض الآثار لا أنها طريق حقيقه إلى ملكيه العين للحالف.

وأما الثانى: وهو الرجوع بالترافع عند الحاكم، فلا مانع من رجوعه إلا إقراره

بشرائه منه صحيحاً، فيكون اعترافاً بمالكته، وأن المدعى كاذب، فإن علم باستناده إلى يده فقد ظهر خلافه بأماره أقوى منها فلا إقرار منه.

وإن علم عدم استناده إليه بأن أصرَّ على كونه مالكا - حتى بعد قيام البيه - فإقراره مانع عن رجوعه عند الحاكم، فإن مقتضاه صحه البيع بنظره، وأن المدعى كاذب وهو بالتصرف فيما أخذه غاصب.

وإن لم يعلم استناده فى اعترافه إلى اليد، فظاهر حال المتعاملين الاستناد فى الاقدام على الشراء إلى اليد، وظاهر قوله «أنه مالك»، وأنى قد إشتريته منه» - لمكان كشف اللفظ عن الواقع - هو الاستناد إلى غير اليد التى هى إماره على الملك، وحيث إن ظاهر اللفظ حجه دون ظاهر الحال، فيحمل إقراره على استناده فيه إلى غير اليد، فيمنع عن رجوعه إلى المشتري عند الحاكم» (١).

أقول: يمكن أن يناقش عليه:

ص: ١٨٢

أولاً: بما مرّ من عدم إمكان الجمع بين قوله: «... فله - بعد قيام البيّنه بحسب ظاهر الشرع الرجوع إلى البائع واقعا». والحكم الظاهري لا يولد إلا حكما ظاهريا لا حكما واقعا.

ثانيا: عدّ اليمين المردوده فصلاً للخصومه فقط، «لا- أنّها طريق شرعي إلى كونه ملكا للمدعي بحكم الحاكم ولا مزيل فعلاً للملكيه بل المال باق على ملك مالكة...».

ولكن يرد عليه: بعدم الفرق بين اليمين المردوده واليمين المنكر والبيّنه من عدم اثبات الواقع بهنّ، فكلهنّ من هذه الجبهه على حدّ سواء ولكن يجوز للغير التعامل معهنّ وشراء هذا المال من صاحبهنّ أو توريث المال لوارثه، لأنّ التعامل يتوقف على الملكيه - ولو ظاهرا - وكذلك التوريث.

والشاهد لما ذكرنا ما ورد في صَيِّحِيحِهِ ابن أبيعفور عن أبيعبدالله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من حلف لكم بالله على حق فصدّقوه، الحديث. (١)

ووجوب التصديق يستلزم أن تكون اليمين من الأءمارات التي تكشف عن الحق كالبيّنه، فلا- فرق بينهما. وتفصيل المُحَقِّق الأصفهاني في غير محلّه.

ثالثا: ما ورد في مقاله ب- «أنّ ظاهر اللفظ حجه دون ظاهر الحال» لا يتم، لأنّ

ظاهر الحال كظاهر اللفظ يعدّان من الظنون الخاصه وكلاهما حجتان ولو لم يكن ظاهر الحال حجه فكيف تصحّ حجه الإطلاق المقامي والحالي.

ونعلم بأنّ «مستند حجيتهما السيره العقلائيه القائمه على اعتبار ظاهر الحال وحجيتيه في موارد عديده:

منها: في تمييز المدّعي عن المنكر في باب القضاء، وتقديم قول المنكر لظاهر حاله حيث فسر أصحابنا (٢) المدّعي بمنّ يكون قوله مخالفا للظاهر والمنكر من وافق قوله الظاهر ولو لا حجه ظاهر الحال لما كان مقدّما.

ص: ١٨٣

١- ٢. وسائل الشيعه ٢٧/٢٤٥، ح ٢، الباب ٩ من أبواب كيفيه الحكم.

٢- ١. على قول.

ومنها: الحكم (١) بمقتضى ظاهر الحال عند اختلاف الزوجين فى الأمتعه حيث حكم الإمام (٢) عليه السلام بملكه الزوجه لها متعمدا فى ذلك على ظاهر الحال وأن العروس تأتي عادة بجهازها معها...» (٣). (٤)

ص: ١٨٤

- ١-٢. راجع الاستبصار ٣/٤٧.
- ٢-٣. وسائل الشيعه ٢٦/٢١٣، ح ١، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج وفيها: «... أن الجهاز والمتاع يُهدى علانيه من بيت المرأه إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به، وهذا المدعى فإن زعم أنه أحدث فيه شيئا فليأت عليه البينه».
- ٣-٤. العقد النضيد ٣/٥٦٩.
- ٤-٥. قال الشهيد فى الدروس ٢/١١٠ و ١١١: «لو تداعى الزوجان متاع البيت ففى صحيحه رفاعه [وسائل الشيعه ٢٦/٢١٦، ح ٤] عن الصادق عليه السلام: «له مال الرجال، ولها ما للنساء ويقسم بينهما ما يصلح لهما» وعليها الشيخ فى الخلاف [٦/٣٥٢، مسأله ٢٧]. وفى صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج [الكافى ١٣/٦٥١، ح ١ (٧/١٣٠)؛ التهذيب ٦/٢٩٧، ح ٨٣١، وفيه ٩/٣٠١، ح ١٠٧٨ بسنده عن ابن أبيعمير] عنه عليه السلام: «هو للمرأه»، وعليها فى الاستبصار [٣/٤٧]. ويمكن حملها على ما يصلح للنساء توفيقا، وفى المبسوط [٨/٣١٠] يقسم بينهما على الاطلاق، سواء كانت الدار لهما أو لا، وسواء كانت الزوجه باقيه أو لا، وسواء كانت بينهما أو بين الوراث، والعمل على الأول». فما ذكره الاستاذ المحقق - مد ظله - يتم على أحد الأقوال وإحدى الروايتين، راجع الجواهر ٤٠/٤٩٤-٤٩٦). أقول: فى هذه المسأله - تداعى الزوجين أو ورثتهما متاع البيت - لو كان فى البين ظاهر حال جهاز المرأه يحكم بأن المتاع لها إلا مختصات الرجل أخذا بصحيحه ابن الحجاج [وسائل الشيعه ٢٦/٢١٣، ح ١] ولو لم تكن هذه السيره وظاهر الحال ما كان من متاع المرأه فلها وما كان من متاع الرجل فله وقسم مابقى بينهما، أخذا بصحيحه رفاعه [وسائل الشيعه ٢٦/٢١٦، ح ٤] ومن استولى على شىء من المتاع فهو له أخذا بصحيحه يونس بن يعقوب [وسائل الشيعه ٢٦/٢١٦، ح ٣] وبهذا البيان نجمع الروايات المتعارضه الوارده فى المقام والحمد لله رب العالمين.

والحاصل: ما ذكره المحقق الأصفهاني من عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولي في الصورة الثالثة محل تأمل بل منع.

### مقاله المحقق السيد الخوئي ونقده:

قال رحمه الله: «... الظاهر إلحاقه [أى الصورة الثالثة] بالقسم الأول وسقوطه بالبينه وذلك لأن مقتضى عموم على اليد أو قاعدته ثبوت الضمان إلا فيما إذا علم المالك بعدم الضمان وأن المال له، وفي المقام اعترافه به مشكوك فلا يمكن رفع اليد فيه عما اقتضاه القاعده.

وبعبارة أخرى: دليل البينه بالالتزام دال على سقوط الاعتراف وجواز الرجوع إلى البائع إلا فيما إذا ثبت كون اعترافه عن علم وغير مستند إلى اليد»<sup>(١)</sup>.

وقال: «والدليل على ذلك أن الحجج الشرعيه لا موجب لرفع اليد عنها إلا بحجه أخرى فالبينه القائم على أن المبيع للمدعى دون البائع من الحجج الشرعيه وإنما نرفع اليد عنها هنا بواسطة اقرار المشتري على أن المال للبائع مستندا في إقراره هذا إلى العلم، فإنه يؤخذ بإقرار كما عرفت، فلا يثبت له الرجوع إلى البائع بمقتضى البينه القائم على أن المال للمالك دون البائع لكون إقراره هذا حجه وأما في ما لم يثبت ذلك الإقرار ولا علم لنا في كونه مستندا إلى العلم الوجداني ليكون إقراره قابلاً لأخذ مقره به، بل يمكن مستندا إلى اليد فلا موجب لرفع اليد به عن البينه، وإلا يلزم رفع اليد عن الحجه بغيرها، ويكفيينا الشك في ذلك أيضا لأنه لا يمكن رفع اليد عن الحجه بأمر يحتمل كونه حجه قائمه على خلافها»<sup>(٢)</sup>.

أقول: ويرد عليه: أولاً: عند تعارض الأدله متى كان اقتضاء الحجه في أحد الطرفين [الأول] تاماً واقتضاء المانع في الثاني مفقوداً، بناءً على قاعده لزوم رفع اليد عن اللاحجه بالاحجه يلزم الأخذ بالاحجه [الأول] ورفع اليد عن اللاحجه، وأما مع تبدل النسبه بمعنى عدم تماميه اقتضاء الحجه في الأول وقيام ما يحتمل المانع في الثاني فلا

ص: ١٨٥

١- ١. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٦٨، ونحوها في التنقيح في شرح المكاسب ٢/٧٥.

٢- ٢. مصباح الفقاهه ٤/٣٤١.

مجال لتقديم الأول أخذًا بالقاعده، بل القاعده تقتضى عكس ذلك - أى رفع اليد عن الأول والأخذ بالثاني - لعدم وجود المقتضى فى الأول. وما نحن فيه من قبيل تبديل

النسبه لا من قبيل المورد الأول الذى ذكره السيد الخوئى، هذا بالنسبه إلى الكبرى المذكوره فى كلامه.

وثانيا: على ما ذكرنا من تبديل النسبه بعد ما أقام المالك البيه على ملكيه العين، لا ندرى بأن المشتري فى بيعها يستند إلى قاعده اليد حتى تحكمها البيه أو إلى العلم حتى لا تجرى فى حقه البيه، فحينئذ لا يمكن الأخذ بالبيه لأنها تفقد حجيتها عند معارضتها مع العلم ويجرى فى حقه ما ذكرته من تبديل النسبه بعد مجيء هذا الاحتمال.

وثالثا: حُجِّيَةُ البيه فى الفرض مَنُوطَةٌ بانحلال العلم الإجمالى بين المستندين - قاعده اليد أو العلم - ولا دليل على الانحلال فى كلامه إلا البيه، فكلامه يرجع إلى الدور المصرح الباطل. (١)

ورابعا: الظاهر أن الأمر على عكس ما ذكره هذا المحقق - كما مرّ - لأن «ظهور الاعتراف هو الأخبار عن الواقع ومقتضى دليل نفوذ الإقرار على المقر حتى مع البيه هو طرح البيه فى دلالتها الالتزاميه، لأنه لا اعتبار للبيه مع الاعتراف كما هو المقرر فى باب القضاء» (٢). فما ذكره قدس سره من أن «دليل البيه بالالتزام دال على سقوط الاعتراف» (٣) غير تام.

وخامسا: حكم الحاكم بأن العين للمالك لا يلزم أن يكون فى جميع الموارد بالبيه، بل يمكن أن يكون باليمين المردوده من البائع «ومعه لا يكون فى البين تلك الدلاله الالتزاميه» (٤).

ص: ١٨٦

١-١. الإشكالات الثلاثه للأستاذ المحقق - مد ظله - فى العقد النضيد ٣/٥٦١ و ٥٦٢.

٢-٢. إرشاد الطالب ٤/١٠٠.

٣-٣. محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٦٨.

٤-٤. إرشاد الطالب ٤/١٠٠.

إن هاهنا فَرَضَيْن:

الأول: إذا أقام المالك بينه عند المشتري بأنه هو المالك، لا البائع وأخذ العين منه هل يجوز له أن يرجع إلى البائع لأخذ ثمنه منه؟ الظاهر عدم الجواز مادام المشتري مترددا بين أن مستند شرائه قاعده اليد أو العلم بملكه البائع، لأن وجود هذا العلم الاجمالى يمنع عن العمل بالبينه، ولكن إذا انحل هذا العلم إلى أحد طرفيه بالتأمل يلحق به حكم هذا الطرف بالإلحاقه إلى الصورة الأولى أو الثانية.

الثانى: إذا ترفع المالك والمشتري عند الحاكم الشرع وأقام المالك بينه وحكم الحاكم بها بأنه هو المالك فهل يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع وأخذ الثمن منه؟ الظاهر هو عدم الجواز مادام علمه الإجمالى بين قاعده اليد أو العلم باق. وكذلك لو حكم بملكه المالك باليمين المردوده بلا فرق.

اللهم إلا- أن يقال: بأن المشتري أعطى البائع الثمن فى معاوضه معامليه وإذا انتفت هذه المعامله وأُخِذَ العين منه فهو يرجع إلى البائع ويأخذ ثمنه منه لعدم وجود المثل فى هذه المعامله فتكون باطله ويجوز للمشتري أخذ ثمنه من البائع بلا فرق بين مستند شرائه وبين إقامه بينه عند المشتري أو عند الحاكم والله العالم.

**أما المقام الثانى: إذا كان المشتري عالما بالفضوليه والتمن باقيا**

**اشاره**

ففيه جهات من البحث:

**الجهه الاولى: هل البائع يملك الثمن بتسليط المشتري أو أنه لا يدخل فى ملكه؟**

قال الشيخ الأعظم: «فإن كان الثمن باقيا استردّه وفاقا [للمحقق (١)] و [العلامة (٢)]

ص: ١٨٧

١-١ . الرسائل التسع ٣٠٧، زياده منّا.

٢-٢ . قواعد الأحكام ٢/١٩، تذكره الفقهاء ١٠/١٨، مختلف الشيعة ٥/٥٦.

وولده (١) والشهيد (٢) والمحقق الثاني (٣) [والأردبيلي (٤) والسيزواري (٥)] رحمهم الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا... (٦).

ثم ذهب إلى عدم تملك البائع الثمن بتسليط المشتري بوجه ثلاثه:

الوجه الأول: التسليط ليس من أحد المملكات ولم يحصل هناك سبب آخر لتمليك فلا موجب لصيروره الثمن ملكا للبائع. وهذا الوجه تام لأن التسليط يعدّ من موارد أكل المال بالسبب الباطل.

الوجه الثاني: لو كان التسليط مملكا لكان كذلك في جميع البيوع الفاسده مع أنّ التسليط فيها لم يلتزم أحد بكونه موجبا للتمليك.

واعترض عليه المحقق الأصفهاني بقوله: «أنّ التسليط في غير ما نحن فيه بعنوان الوفاء بالمعامله وحيث لا ملك من قبل المعامله لفرض فسادها كان التسليط بعدها لغوا، بخلاف التسليط هنا فإنه بعنوان الوفاء، فإنّ مقتضى الوفاء بالمعامله مع المالك تسليط المالك لا غيره...» (٧).

ووافق السيد الخوئي وقال: «إنّ قياس التسليط في المقام على التسليط في البيوع الفاسده قياس مع الفارق، فإنّ التسليط في المقام مع العلم بأنّ الآخذ غاصب وغير مستحق للمال تسليط من دون التضمين وأما في البيوع الفاسده فالإعطاء للمال من جهة أنّه عوض للمبيع فيكون تسليطا مع الضمان.

ص: ١٨٨

١-٣. إيضاح الفوائد ١/٤١٨ و ٤٢١.

٢-٤. الدروس ٣/١٩٣؛ اللمعه دمشقيه / ١١٠؛ والمسالك ٣/١٦٠ و ١٦١ و ١٢/٢٢٤؛ الروضه البهيه ٣/٢٣٤.

٣-٥. جامع المقاصد ٤/٧٧.

٤-٦. مجمع الفائده والبرهان ٨/١٦٥، زياده منّا.

٥-٧. كفايه الأحكام ١/٤٥٠، زياده منّا.

٦-٨. المكاسب ٣/٤٨٤.

٧-١. حاشيه المكاسب ٢/٢٨٨.

وبعبارة أخرى: البيع الغررى أو الربوى سبب للملكية عند العرف وإنما حكمنا بفسادهما لأجل المنع عنهما شرعا وأما فى المقام [فهو] تسليط مجانيى وليس موجبا للملكية عند العرف أيضا وكم فرق بينهما كما هو ظاهر، وقد أشار إلى ذلك هو قدس سره بعد أسطر فراجع»(١).

أقول: مراده هذا البيان من الشيخ الأعظم رحمه الله: «بأنه إنما سلطه فى مقابل ملك غيره فلم يضمنه فى الحقيقة شيئا من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والإجاره بلا أجره التى قد حكم الشهيد(٢) وغير واحد(٣) بعدم الضمان فيها»(٤).

ولكن قياس الشيخ الأعظم تام لأن التسليط هنا أيضا فى مقابل العين التى اشتراها من الفضولى فالمعاوضه موجوده والتسليط ليس بمجاني، فلو كان التسليط مملكا لكان فى جميع البيوع الفاسده وهو مردود.

الوجه الثالث: التسليط لو كان مملكا للبائع الفضولى لكانت المعامله الفضوليه

باطله لأن تملك البائع الثمن يقتضى فوات محل إجاره المالك لعدم وجود الثمن فى معاملة المالك حينئذ ويكون بيعه بلا ثمن ثم أمر الشيخ الأعظم بالتأمل.(٥)

ويرد عليه: لا يتم هذا الوجه لأن بناء على الكشف، تسليط المشتري البائع يكون تسليطا على مال الغير لأن بالعقد ينتقل الثمن إلى المالك بعد صدور إجارته فلا ينتقل إلى البائع أصلاً.

وأما على القول بالنقل أيضا فإن التسليط لم يكن مجانياً لأن المعاوضه والمبادله فى صورته صدور الإجاره من المالك موجوده بين المالكين، وفى فرض عدم صدورهما من

ص: ١٨٩

١-٢. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٧٦.

٢-٣. نقل السيد العاملى البيع بلا ثمن عنه فى مفتاح الكرامه ٤/٤٤٠ (من الطبعة الاولى) (١٣/٦٧٤).

٣-٤. جامع المقاصد ٧/١٢٠، مسالك الأفهام ٥/١٨٤.

٤-٥. المكاسب ٣/٤٨٦.

٥-١. المكاسب ٣/٤٨٥.



المالك أيضا قد مرّ في الوجه الأوّل بأنّ التسليط لم يكن مملّكا للبائع ولعلّ الشيخ الأعظم نظّر إلى هذا البيان في أمره بالتأمل في ختام هذا الوجه.

الوجه الرابع: الذي ذكره المحقّق النائيني رحمه الله ويراها صحيحا دون الثلاثه المذكوره في كلام الشيخ الأعظم قدس سره وهو: لو فرض أنّ التسليط في المقام يوجب التمليك للبائع وأنه كالهبة مثلا إلاّ أنّه لا ينبغي الإشكال في أنّه ملك جائز ولا يزيد على الهبة الجائزه بوجه ولا- مانع فيها من الرجوع واسترداد العين أبدا، فللمشتري أن يرجع على البائع بثمنه لأنّه كالهبة الجائزه بالتسليط. (1)

ويرد عليه: هذا البيان منه قدس سره إنّما يتم في فرض عدم كون الهبة إيديّ رحم أو مَعَوْضه أو لم يتصرف الموهوب له أيّ تصرف في العين كالخياطه والبيع أو غيرهما من أنحاء التصرف وإلاّ فالهبة تصير لازمه ولا يمكن للواهب الرجوع في هبته مع أنّ البحث هنا في رجوع المشتري إلى البائع مطلقا تصرّف في الثمن أم لا-؟ كان المشتري ذا رحم أم لا-؟ فهذا الوجه أخص من المدعى ولا يتم.

والحاصل: إذا كان الثمن باقيا للمشتري العالم بالفضوليه جواز استرجاعه لأنّه دفعه إلى البائع في قبالة العين والمثمن لا مجانا فمع عدم صدور إجازه المالك يسترجع ثمنه بقاعدتي على اليد والسلطنه.

### **الجهه الثانيه: هل يجوز أن يتصرف البائع في الثمن؟**

يظهر حكم تصرفه ممّا مرّ في الجهه الأولى، إذ بعد ما لم يتحقّق سبب شرعي لانتقال الثمن إلى البائع فلا وجه لتصرفه فيه، وتصرفاته تعدّ عدوانيه ومحكومه بالحرمة تكليفا والبطلان وضعا.

### **الجهه الثالثه: إذا تلف الثمن الذي أخذه البائع فهل يكون ضامنا له للمشتري؟**

#### **اشاره**

في فرض علم المشتري بالفضوليه أو الغصبية وتلف الثمن عند البائع فهل البائع ضامن للمشتري بثمنه أم لا؟

ص: ١٩٠

ذهب المشهور إلى عدم ضمان البائع - كما مرّ مصادره في الجبهه الأولى من البحث - بل ادعى عليه الإجماع (١) وتبعهم الشيخ الأعظم والمحققان النائيني (٢) والأصفهاني (٣).

واستدلّ الشيخ الأعظم (٤) على عدم الضمان بأنّ الدليل على الضمان أمران:

الأول: قاعده على اليد ما أخذت حتّى تؤدى المرتكزه عند العقلاء حيث إنهم يرون أخذ مال الغير وإثبات اليد عليه موجبا لضمّانه.

الثاني: قاعده الإقدام على الضمان - كما ذكره الشيخ (٥) والشهيد الثاني (٦) - في المقبوض بالبيع الفاسد. (٧)

ولا تجرى هاتان القاعدتان في المقام:

وأما قاعده على اليد: وإنّ كانت اليد موجوده إلا أنّ القاعده مخصّصه بما ورد في عدم ضمان من استأمنه المالك على ماله ودفع ماله إليه لحفظه نحو موارد الوديعه (٨) أو الانتفاع به كما في موارد العاربه (٩) أو استيفاء المنفعه منه كما الإجاره، فحينئذ بطريق الأولويه القطعيه أو الفحوى الموافق لا تجرى قاعده على اليد في مورد التسليط وإجاره

ص: ١٩١

- ١ - ١ . ادعاه العلامة الحلبي في تذكرة الفقهاء ١٠/١٨، وتلميذه وابن اخته السيد عميدالدين في كنزالفوائد ١/٣٧٨، وولده فخرالمحققين في الإيضاح ١/٤٢١، والكركي في جامع المقاصد ٤/٧٧.
- ٢ - ٢ . منيه الطالب ٢/١٦٣.
- ٣ - ٣ . حاشيه المكاسب ٢/٢٩٣.
- ٤ - ٤ . المكاسب ٣/٤٨٦ و ٤٨٧.
- ٥ - ٥ . المبسوط ٣/٦٥ و ٦٨ و ٨٥ و ٨٩، و ٢/٢٠٤.
- ٦ - ٦ . المسالك ٣/١٥٤، و ٤/١٥٤.
- ٧ - ٧ . راجع ما كتبه حول قاعده الإقدام في الآراء الفقهيّه ٤/٣٣١ وما بعدها.
- ٨ - ٨ . راجع وسائل الشيعه ١٩/٧٩، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعه.
- ٩ - ٩ . راجع وسائل الشيعه ١٩/٩١، الباب ١ من أبواب كتاب العاربه ووسائل الشيعه ١٩/٩٦، الباب ٣ منها.

التصرف فى الثمن، وعليه فى ما نحن فيه.

وبالجملة: قاعده على اليد مخصّصه بِالْمَوَارِدِ التى يرضى المالك باليد والتصرف فى الشىء وَيُجِزُّ.

وأما قاعده الإقدام: فَهِيَ أيضا لا تجرى فى المقام لِإِنَّ البائع الفضولى لم يقدم على الضمان وأخذ العين بل سَلَطَه المشتري على الثمن مع علمه بفضوليته أو غاصبيته وأنّ المال غير مستحق له. فالبائع لم يقدم على التصرف والضمان بل المشتري سَلَطَه على ماله من دون تضمين.

### أزبَعُهُ إِشْكَالَاتٌ وَأَجَوِبَتِهَا مِنَ الشَّيْخِ الْأَعْظَمِ

#### الأول:

الأول: قال: «دعوى: أنّه إنّما سَلَطَه فى مقابل العوض، لا مجانا حتّى يشبه الهبة الفاسده التى تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعه: بأنّه إنّما سَلَطَه فى مقابل ملك غيره، فلم يُضْمَنه فى الحقيقه شيئا من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسده (١) والبيع بلا ثمن (٢) والإجاره بلا أجره (٣) التى قد حكم الشهيد وغير واحد (٤) بعدم الضمان فيها» (٥).

#### الثانى:

الثانى: قال: «إن قلت: تسلّطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه ولو عدوانا على كونه ملكا له، ولو لا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضه - كما تقدّم فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه - فهو إنّما سَلَطَه على وجه يضمنه بماله...» (٦).

توضيحه: المعامله الفضوليّه لها الصّحه التّأهليه بحيث لو ألحقت الإجاره بها

ص: ١٩٢

١-١. راجع جامع المقاصد ٤/٢٠٩، مفتاح الكرامه ١٣/٦٧٤، الجواهر ٢٧/٢٤٧ طبع إسلاميه.

٢-٢. نقله صاحب مفتاح الكرامه ١٣/٦٧٤ عن حواشى الشهيد ولكنه غير موجود فى الحاشيه النجاريه له.

٣-٣. راجع جامع المقاصد ٧/١٢٠؛ المسالك ٥/١٨٤.

٤-٤. والمراد به المحقّق والشهيد الثّانين.

٥-٥. المكاسب ٣/٤٨٦.

٦-٦. المكاسب ٣/٤٨٧.

لصحت بالصحة الفعلية، فالفضول وإن لم يكن مالكا واقعا ولكنه مالكا ادعاءً وإلا لم تتم الصحة التأهليه قبل الإجازة والصحة الفعلية بعدها.

فحينئذ ما يدفعه المشتري إلى البائع الفضولي ثمنا إنما يدفعه باعتبار هذه الملكية الإدعائية وفي مقابل الثمن ويسلّطه أيضا عليه كذلك وهذا هو التضمين وبالنتيجة

تجرى قاعدتا على اليد والإقدام كلاهما في المقام.

وبالجملة: الملازمة بين البيع والتضمين مما لا ينكر، لعدم تحقّق البيع من دون تضمين، حتّى إذا كان البيع صورياً ادعائياً.

ثم قال الشيخ في الإجابة: «قلت: الضمان كون الشيء في عهد الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقّق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك...»<sup>(١)</sup>.

مراده بتوضيح منّا: إنّه فضيل بين البيع والتضمين، البيع صدر من البائع الفضولي ادعاءً ومن المشتري أصاله ومع عدم صدور الإجازة من المالك يكون باطلاً وأما التضمين وقع على المالك إن أجاز بيع الفضولي وإلا فلا تضمين لا على المالك ولا على البائع الفضولي، عدم ثبوته على الأول واضح، وعلى الثاني لأنّ المشتري سلّطه على ماله من دون تضمين لعلمه بفضوليته وأنه غير مالك، فليس له استرجاع الثمن.

### الثالث:

الثالث<sup>(٢)</sup>: إذا كان المشتري عالما بالفضوليه ولم يجز المالك لم يتحقّق البيع ولا التضمين لأنّ التضمين في البيع على المالك لا غيره، وبهذا الاستدلال ينفي الضمان على المشتري ولكن هذا البيان يجرى في فرض جهل المشتري بالفضوليه أيضا لاشتراك الفرضين - العلم والجهل - في الأمرين المذكورين - عدم وقوع البيع والتضمين على المالك - فلماذا حكم بالضمان في فرض جهل المشتري كما مرّ عن المشهور ولم يحكم به في فرض علم المشتري؟! مع كون الاستدلال يجرى في الفرضين معا؟

ص: ١٩٣

١-١ . المكاسب ٣/٤٨٨.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٨٩ قوله: «ومّا ذكرنا يظهر - أيضا - فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد...».

ثم أجاب (١) عنه بتوضيح منّا: قياس الفرضين مع الفارق لأنّ في فرض الجهل لم يرض المشتري بتصرف البائع في الثمن من دون تضمين وبيع، وأمّا في فرض العلم رضا بذلك من دون تضمين لعدم ثبوت بيع شرعا.

بعبارة أخرى: «إنّ دفع المال إلى الغاصب [أو الفضول] ليس إلّا- كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على إتلافه في أنّ ردّ المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث» (٢).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك - كالخمر والخنزير والحزّ - قَوِيّ اطّراد ما ذكرنا [من عدم الضمان] فيه [في فرض علم المشتري بالفضوليه وتلف الثمن] من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد» (٣).

مراده قدس سره: من شيخ مشايخه هو جدى الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله في شرحه على القواعد حيث يقول: «ويقوى تسريه الحكم في المقامين إلى كلّ ما دُفِعَ بغير مقابل، أو بمقابل غير قابل» (٤).

وكما نقل عنه صاحب الجواهر وقال: «بل لا بأس بالتزام مثل ذلك [عدم الضمان] في جميع نظائره ممّا دفع إليه الثمن بلا مقابل معتدّ به كما صرّح به الاستاذ في شرحه...» (٥).

## الرابع:

## إشارة

الرابع: إشكال نقضى بعدم وجود الفرق بين المقام والعقود الفاسده حيث يكون التسليط فيها موجبا للتضمين دون المقام.

وأجابه بتوضيح منّا: التسليط في العقود الفاسده يتحقّق بعنوان الوفاء بالعقد فلم

ص: ١٩٤

١-٣. المكاسب ٣/٤٨٩ قوله: «وجه الفساد...».

٢-٤. المكاسب ٣/٤٨٩.

٣-١. المكاسب ٣/٤٩٠.

٤-٢. شرح القواعد ٢/١٠٦.

٥-٣. الجواهر ٢٣/٤٩٣ (٢٢/٣٠٧).

يكن تسليط مجاني في البين والتضمين موجود بمقتضى العقد ولو كان فاسدا لأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده كما مرّ ولكن هذا العنوان - أى الوفاء بالعقد - هنا مفقود لأن المشتري عالم بالفضوليه أو الغصبيه وبطلان العقد وعدم تحقّق البيع.

هذا هو توضيح ما ذكره الشيخ الأعظم في المقام.

### أما القول المختار

فأقول: الظاهر هو الضمان في فرض تلف الثمن وعلم المشتري بالفضوليه أو الغصبيه كما عليه المحقّق الحليّ في رسائله (١) ويراه سيّد الرياض (٢) في غايه القوّه لو لا إجماع التذكرة وهو حسن ثم أمر بالتأمل، والمحقّق السيّد الخوئي (٣) والاستاذان (٤) قدس سرهم .

والوجه في ذلك جريان قاعده على اليد في المقام لأنّ معناها هو الاستيلاء على مال الغير وإثبات اليد عليه يقتضى ردّه إلى مالكة كما عليه سيرة العقلاء ويخرج من تحت هذه القاعده موارد التسليط المجاني وإلغاء المالك احترام ماله، وما نص عليه في الشريعة من موارد الاستئمان والعاريه والإجاره، وما نحن فيه ليس من هذه الموارد لأنّ المشتري إنّما يسلّط البائع على الثمن لبنائه على المعاوذه والمبادله والمبايعه بين المالكين، ولو كانت المبايعه في الشريعة باطله كما في غيرها من العقود الفاسده، فالمشتري لم يسلّط البائع مجاناً بل في مقابل المثل عرفاً فيصير التسليط تَضْمِينِيّاً فتجرى قاعده على اليد.

كما أنّها تجرى في جميع العقود الفاسده منها: ما يبذله مشتري الخمر والخنزير والحرّ إلى بائعه من الثمن مع علمه بالحال؛ وما يأخذه المتقامر الغالب من المغلوب ونحوها.

ص: ١٩٥

١-٤. الرسائل التسع، المسائل الطبريه، مسأله ٤، ٣٠٦.

٢-٥. رياض المسائل ٨/٢٢٩.

٣-٦. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٨٠.

٤-٧. شيخنا الاستاذ قدس سره في إرشاد الطالب ٤/١٠٦، والاستاذ المحقّق - مد ظله - في العقد النضيد ٣/٥٨٠.

وأما ما ذكره الشيخ الأعظم (١) من تشبيه المقام بالهبة الفاسده والبيع بلا- ثمن والإجاره بلا أجره، فهو غير تام لأنها في الحقيقة تحليل وهدية مجانيه عبر عنها بعنوان الهبة أو البيع أو الإجاره فيكون بلا تضمين وبلا عوض.

كما إن تشبيه (٢) المقام بدفع الثمن إلى ثالث - أى غير المالك والبائع -، أيضا غير تام، لأن دفع الثمن إلى ثالث لا بُدَّ أن يكون مجانيا وبلا عوض بخلاف المقام لأن دفع الثمن إلى البائع الفضولى يكون عوضا عن المثلث.

لا يقال (٣): السيره العقلانيه فى المقام إمّا مقطوعه العدم أو مشكوكه الوجود وبالتالي لا تجرى فى المقام لأن وجودها فى فرض علم المشتري بالفضوليه أو الغصبيه وتلف المال عند البائع الفضولى أو الغاصب بإتلاف سماوى أو أرضى - لا بإتلاف الفضولى أو الغاصب - مقطوعه العدم أو مشكوكه الوجود لعدم وجود اهتمام من المشتري بالنسبه إلى المالك أو إجازته.

لإنا نقول: عدم اهتمام من المشتري بالنسبه إلى المالك الواقعى أو إجازته لا يمنع

من جريان السيره العقلانيه، لأنها تجرى فى حق من أثبت يده على مال غيره إلا أن يكون تسليطا مجانيا من مالك المال وفى المقام لم تثبت مجانيه التسليط بل ثبت أن تسليط الثمن يكون فى مقابل أخذ المثلث بالتسليط معاوضى معاملى تضمينى وتجرى السيره العقلانيه فيه.

ولذا لا يرى المحقق السيد الخوئى (٤) وجها لجمع الشيخ الأعظم (٥) فى الجهه الثانيه من البحث حيث ذهب إلى عدم جواز تصرف البائع فى الثمن لعدم انتقاله إليه وعدم إذن المشتري بالتصرف مع أنه فى الجهه الثالثه ذهب إلى عدم الضمان، مع وضوح أن ما

ص: ١٩٦

١-١ . المكاسب ٣/٤٨٦.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٨٩.

٣-٣ . كما فى العقد النضيد ٣/٥٧٩ و ٥٨٠.

١-٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٧٣؛ التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٨١.

٢-٥ . المكاسب ٣/٤٨٥.

ذكره في الجبهه الثانيه يقتضى الضمان، لأنّ التسليط إن كان مجانيا بلا عوض فهو ترخيص في التصرف فكيف يجتمع مع عدم جواز التصرف؟! وإن لم يكن تسليطا مجانيا بل كان معاوضى معاملى تضمينى فلا وجه لعدم الضمان!

والحاصل: هذا التفصيل من الشيخ الأعظم غريب عند السيد الخوئى.

أقول: الظاهر عدم تماميه هذا الاعتراض على الشيخ الأعظم، لأنه قدس سره يرى الضمان فى فرض جهل المشتري بالفضوليه والغصبيه، وعدم جواز تصرف البائع فى الثمن حينئذ.

وأما فى فرض علم المشتري بها فهو يرى عدم الضمان وبالنتيجه يجوز للمشتري التصرف فى الثمن فلا تهافت فى البين ولاغرابه.

كما يراه كذلك الاستاذ المحقق(١) - مد ظله - ولكن لم يذكر وجه عدم ورود إشكال السيد الخوئى رحمه الله على الشيخ الأعظم.

### مقاله الاستاذ المحقق - مد ظله - فى وجه الضمان

قال: «أما الروايه النبويه(٢): فإنّ إطلاقها يشمل كلّ يد عاديه مسيطره على المال دون إجازة المالك أو الشارع، وجامعها اليد المستوليه بلا حقّ، ولكن الروايه مخصّصه بما إذا أقدم صاحب المال على هتك احترام ماله وإسقاط حرمة ببدله لغيره، دون أن يضمّنه بشيء، أو أمر غيره بإتلاف ماله، بأن قال له: «ألق متاعى فى البحر ولا ضمان عليك». ففى

هذه الموارد لا ضمان.

أمّا فيما نحن فيه فإنّ المشتري برغم علمه بحقيقه حال البائع، لكنّه لم يسلّطه على ماله دون تضمين، وإئما سلّطه عليه فى مقابل المبيع، وبالتالى يكون تسليطه عوضا عمّا يقبضه منه، وحينئذ مع انكشاف مراد المشتري، فلا يخلو الحال: إمّا أنّه لا مخصّص لعموم الدليل، أو نشكّ فى التخصيص، وعند ثبوت الأوّل يكون إطلاق الخبر محكّما ودالّا على

ص: ١٩٧

١- ٣. العقد النضيد ٣/٥٨٠.

٢- ٤. عوالى اللآلى ١/٢٢٤، ح ١٠٦.



ثبوت الضمان. أمّا في صورته [ثانيه عند] الشكّ في إطلاق موارد التسليط وعدمه. فإنّ المورد يعدّ من موارد المرّدّد بين الأقلّ والأكثر، ويندرج في صغريات التمسك بعموم العام مع إجمال المخصّص المنفصل، فيكون المتيقّن من تخصيص [روايه] قاعده اليد، كلّ مورد كان التسليط فيه بغير عنوان العوض، أمّا إذا كان بعنوان العوض فالقاعده تقتضى اعتبار العموم مرجعا والحكم بضمان البائع مطلقا، سواء علّق المشتري دفعه بلحوق الإجازة وعدمه.

أمّا قول الشيخ رحمه الله بأنّ عموم على اليد: «مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك، ودفعه إليه لحفظه كما في الوديعة، أو الانتفاع به كما في العارِيه، أو استيفاء المنفعه كما في العين المستأجره»<sup>(1)</sup>، فلا يمكن التمسك به لإثبات [عدم] الضمان في المقام.

وهو ممنوعٌ باعتبار أنّ المال المدفوع إلى المستودع والمستأجر والمرتهن تعتبر أمانه مالكيه عند هؤلاء، وأيديهم عليه تكون من باب الاستيمان المالكى، وهو مفقود في المقام، وبالتالي يبطل استدلال الشيخ بالفحوى، لتوقفه على تحقّق الأولويّه القطعيه العقلية أو العقلانيّه الحاصله في الموارد الثلاثه، والمفقوده في المقام، وفي الواقع هناك بينونه محضه بين الاستيمان المالكى، وبين دفع المشتري المال إلى الفضولى، ولذا يصحّ الحكم بالضمان في المقام ونفيه في تلك الموارد لتخصيص القاعده في الأخيره دون الأولى<sup>(2)</sup>.

أقول: ما ذكره - مد ظله - في مقام دلاله النبويه تام ويثبت به الضمان. وقد مرّ<sup>(3)</sup> منّا انجبار ضعف سند النبويه بعمل الأصحاب فراجع.

### نقد مقاله المحقّق الأصفهاني في الاستدلال على عدم الضمان

قال بعد بحث طويل في مقام «التحقيق: إنّ التسليط سواء كان وفائيا أو ابتداءيا

ص: ١٩٨

١-١ . المكاسب ٣/٤٨٦.

٢-٢ . العقد النضيد ٣/٥٨١ و ٥٨٠.

٣-٣ . الآراء الفقهيّه ٤/٢٩٢ وما بعدها.

تسليطُ بلا عوض، إذا المفروض علم الشخص بأنَّ العاقد غاصبٌ، وأنَّ عنوان الوفاء غير مترتب على تسليطه حقيقه، وقصدُ عنوان الوفاء تشريعاً لا يوجب خروج التسليط الغير المنطبق عليه عنوان الوفاء عن كونه تسليطاً عن رضا، فهو تسليط عن رضا. غاية الأمر أنَّه بنى على أنَّ هذا التسليط المرضي به وفاءً بالعقد تشريعاً، فتخلف الوفاء لا يوجب عدم كونه مرضياً به، لأنَّه مع علمه بتخلفه أقدم عن اختياره على تسليطه، فلا تضمن له حقيقه، فأقدمه الخارجى غير معاوضى حقيقه، وإن كان معاوضياً بناءً وتشريعاً، ولا تخلف للرضا على أى حال.

وكون التسليط بعد العقد ممَّا لا بد منه عرفاً فلا يكشف عن الرضا، مدفوع بأنَّ العقد الموجب للتسليط حيث إنَّه صدر عن الرضا فهو يوجب وقوع التسليط عن رضاه»(١).

أقول: التسليط وهو الفعل الصادر من المشتري عن قصد واختيار فلا يعقل أن يكون مهملاً، فالتسليط إمَّا مطلق أو مشروط فلا يكون مهملاً.

فحينئذٍ حيث دفع المشتري ماله إلى البائع الفضولى فى ضمن معاوضه فتسليطه إياه يكون بعنوان ثمن البيع والمثمن إمَّا شخصي أو كلي في الذمه وبالتالي المعاوضه موجوده والتضمن موجود فتندرج هذا التسليط فى صغريات قاعده على اليد أو خبره.

وبالجملة: ما ذكره قدس سره من أنَّ إقدام المشتري فى تسليط البائع غير معاوضى حقيقه غير تام.

### تمه: فروع استثناءها الشيخ الأعظم من القول بعدم الضمان

منها: قال: «ثمَّ إنَّ ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطه فى إيصاله إلى المالك فتلف فى يده، إذ لم يسأطه عليه ولا- أذن له فى التصرف فيه، فضلاً عن إتلافه، ولعلَّ ظاهر كلماتهم ومعاقد إتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان

ص: ١٩٩

ظاهر بعضهم (١) ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليه» (٢).

ويرد عليه: «ما ذكره قدس سره من الضمان في الفرض إن أراد به ضمان الإلتلاف فهو خارج عن محلّ الكلام، لأنّ محلّ البحث إنّما هو التلف والضمان بدليل على اليد، وإن أراد به ضمان اليد - كما هو الظاهر - فلم نعرف له وجهاً، لأنّ المفروض إنّ المشتري استأمنه في إيصال الثمن إلى المالك، ولا ضمان في مورد الاستيمان، فكان الصحيح المتعين على المصنف [الشيخ الأعظم] أن يعكس المطلب، أي يقول بالضمان في الفرض السابق وبعده في الفرض» (٣).

ومنها: أنّ ما ذكره قدس سره «من عدم الضمان إنّما هو فيما إذا سلّطه المشتري على المال بأن دفعه إليه بنفسه، وأمّا إذا أخذه البائع بعد معامله من دون أن يدفعه إليه المشتري فلا محاله يحكم فيه بالضمان، إذ البيع بمجرد ليس تسليطاً على شيءٍ فما لم يدفعه إليه المشتري لا يكون في البين تسليطاً» (٤). وهذا متين.

وعلّله الشيخ الأعظم بقوله: «يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنّه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلاّ بالعقد والتسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان و يكشف عن ذلك أي في تصريح غير واحد منهم (٥) بإباحه تصرّف البائع الغاصب فيه [أي في الثمن المجهول عوضاً عن المبيع المغصوب]، مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في

ص: ٢٠٠

- 
- ١- ٢. نحو الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢/٣٧ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤/٦٩، حيث جعل الغاصب كالفضولي.
  - ٢- ٣. المكاسب ٣/٤٩٢.
  - ٣- ١. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٧٥.
  - ٤- ٢. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٨٣.
  - ٥- ٣. نحو: أصحاب جامع المقاصد ٤/٧١؛ والمسالك ٣/١٦٠؛ والحدائق ١٨/٣٩٦؛ ومفتاح الكرامه ١٢/٦١٨؛ والجواهر ٢٣/٤٩١ (٢٢/٣٠٥).

أقول: «الآن حَصَّصَ الْحَقُّ»(٢) حيث يقول الشيخ الأعظم قدس سره: «التسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان» وهذا ما أصرنا عليه، وأنكره القوم والشيخ الأعظم رحمهم الله تبعاً لهم، وإقراراً منه قدس سره بثبوت الضمان ووجهه في الجبهه الثالثه من البحث.

«ومنها: إنّه حكم بالضمان فيما إذا اشترط المشتري على البائع الضمان، أي الرجوع إليه بالثمن إذا أخذ منه المبيع صاحبه.

وهذا أيضاً ظاهر»(٣).

ومنها: «ولو كان الثمن كلياً فدفعت إليه المشتري بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً»(٤).

وحيث أنّ الشيخ الأعظم اختار عدم الضمان في الثمن الشخصي اختار عدمه أيضاً في الثمن الكلي وتطبيقه على بعض أفراده توسط المشتري، والحقّ معه في عدم الفرق لا في عدم الضمان لأنّ المختار هو الضمان في الثمنين كما مرّ والحمد لله العالم على الأسرار.

ص: ٢٠١

١-٤ . المكاسب ٣/٤٩٢.

٢-٥ . سورة يوسف ٥١/.

٣-١ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٧٥.

٤-٢ . المكاسب ٣/٤٩٢.

اشاره

هل يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع الفضولي أو الغاصب في صورته جهله بالفضوليه أو الغصبيه، أم لا- يجوز؟ فليعلم أن ما يفتريه المشتري يقع على أقسام ثلاثه فيجرب البحث حولها:

القسم الأول: الغرامه التي لم يحصل نفع للمشتري في مقابلها

اشاره

نحو: المنافع التي لم يستوفه المشتري أو نفقه العبد أو الحيوان أو المال الذي صرفه المشتري في عماره المبيع من بناء و غرس وحفر، أو إعطاء قيمه الولد المنعقد حراً في جاريه المالك أو ما دفعه للمالك في مقابل نقص بعض الصفات أو الأجزاء من المبيع، ففي كل ذلك لا بد من المشتري دفع الغرامه إلى المالك، فهل يجوز له الرجوع إلى البائع الفضولي أو الغاصب أم لا؟

في هذا القسم أذعن الإجماع في الرجوع كما قال ابن ادريس: «... وكل ما دخل على أنه له بغير عوض، فإن لم يحصل له في مقابلته نفع وهو قيمه الولد رجع به على البائع قولاً واحداً»(١).

وقد حكم فخر المحققين برجوع المشتري على البائع بما اغترمه من نفقه أو عوض عن أجره أو نماء مما لم يحصل له في مقابلته نفع إجماعاً في شرح الإرشاد(٢).

ص: ٢٠٢

١-١ . السرائر ٢/٤٩٣.

٢-٢ . شرح إرشاد الأذهان / مخطوط، نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٢/٦٣١.

وقال السبزواری: «وذكر الأصحاب أن ما يغرمه المشتري مِمَّا لم يحصل له في مقابلته نفع - كالتفقه والعمارة - فله الرجوع به على البائع» (١).

وقال جدی الشیخ جعفر رحمه الله: «(و) ب- (ما اغترمه) من مال لم يكن في مقابلته نفع

(من نفقه أو عوض عن أجره) عمل أو منفعه مملوك أو حيوان لم يصل نفعها إليه، أو ما زاد منها على مقدار النفع (أو نماء) تالف أو متلف من أجنبي - حيث لا يريد الرجوع عليه - أو منه، أو أرش جنايه مملوك أو حيوان أو قيمه شجر أفسده القلع أو أجره حفر أو طمّه أو بناء جدار أو شقّ أنهار أو حفر آبار إلى غير ذلك للإجماع محصلاً ومنقولاً...» (٢).

وقال سيّد الرياض: «(و) المعروف من مذهب الأصحاب: أنّ للمشتري أن يرجع (بما غرمه) للبائع (مِمَّا لم يحصل له في مقابلته عوض كقيمته الولد) والتفقه والعمارة ونحو ذلك لمكان التغيير وترتب الضرر به مع عدم جابر له من العوض» (٣).

أقول: يظهر من سيّد الرياض إدعاء شبه الإجماع في المقام.

وقال الفاضل النراقي: «وإن كان المشتري جاهلاً فيرجع إلى البائع بالثمن الذي أعطاه البائع مطلقاً... وكذا بسائر ما اغترمه للمالك مِمَّا لم يحصل له في مقابلته عوض بلا- خلاف يُعرف... وتدلّ عليه بعد ظاهر الإجماع موثقه جميل (٤) بضميمة الإجماع المركب...» (٥).

واعترض صاحب الجواهر على صاحب الحدائق (٦) في مخالفته مع القوم في حكم هذا القسم بقوله: «... وعلى كل حال فما في الحدائق: من أنّه لا يرجع إلا بالثمن

ص: ٢٠٣

١- ٣ . كفايه الأحكام ٢/٦٥٥.

٢- ١ . شرح القواعد ٢/١٠١.

٣- ٢ . رياض المسائل ١٤/٤٦.

٤- ٣ . وسائل الشيعة ٢١/٢٠٥، ح ٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٥- ٤ . مستند الشيعة ١٤/٢٩٥.

٦- ٥ . الحدائق ١٨/٣٩٣ و ٣٩٤.

مخالف للنص والقاعده والإجماع بقسميه لما عرفت»(١).

وقال الشيخ الأعظم: «وبالجمله: فالظاهر عدم الخلاف في المسأله»(٢).

وفي كلام المحقق والشهيد الثانيين(٣) في كتاب الضمان: نفى الإشكال عن ضمان البائع الفضولي لدرك ما يحدثه المشتري من أشجار غرسها في الأرض التي ابتاعها من الفضولي وقَلَعها مالكُ الأرض، فإنَّ خساره قلع تلك الأشجار بعهدده البائع الفضولي.

ثم قد استدلل لرجوع المشتري الجاهل على البائع الفضولي في هذا القسم قبل

الإجماع بالأدله التاليه:

### الأول: قاعده الغرور

#### إشاره

والأصل فيها ما ذكره المحقق الثاني رحمه الله في المسأله من قوله: «الأصح الرجوع لعموم: «المغرور يرجع إلى مَنْ غَرَّه» وقد دخل معه على أن تكون له هذه المنافع مجاناً بناءً على أن المَلِك له فتغريه فوتها عليه»(٤).

وقد مرّ تمسك سيد الرياض بهذه القاعده في قوله: «لمكان التَّغْرِير...»(٥).

وقال الفاضل النراقي: «... وعموم قوله عليه السلام: «المغرور يرجع على مَنْ غَرَّه» نقله المحقق الشيخ علي في حاشيته على الإرشاد وضعفه غير ضائر لأنَّ الشهره بل الإجماع له جابر، بل هذه قاعده مسلّمه بين جميع الفقهاء المتداوله عندهم يستعملونها في مواضع متعدده كالغصب والتدليس في المبيع والزوجه، والجنايات وأمثالها»(٦).

أقول: أنت ترى أنّ المحقق الثاني لم يُسندهُ إلى المعصوم عليه السلام ولكن استفاد الفاضل

ص: ٢٠٤

١-٦. الجواهر ٢٣/٤٨٥ (٢٢/٣٠٢).

٢-٧. المكاسب ٣/٤٩٤.

٣-٨. جامع المقاصد ٥/٣٤٠، المسالك ٤/٢٠٥.

٤-١. حاشيه الارشاد ٣٣٨/، المطبوع في المجلد التاسع من حياه المحقق الكركي وآثاره.

٥-٢. رياض المسائل ١٤/٤٦.

٦-٣. مستند الشيعة ١٤/٢٩٦.

النراقى من كلامه أنّها روايه موقوفه مرسله كما هو كذلك فى الجواهر(١) ونهايه الأثيريه(٢) ومجمع الطريحي(٣) ونحوها فى صحيح مسلم(٤) ومسند احمد(٥) وسنن البيهقي(٦).

وقال الفاضل المراعى: «ما اشتهر بينهم من الخبر المعروف وهو «أنّ المغرور يرجع إلى من غرّه» وإن لم نقف على ذلك فى كتب الأخبار لكن الظاهر من سياق كلامهم أنّه مروى وحيث أنّ مضمونه مجمع عليه فلا يحتاج إلى ملاحظه سنّد ونحوه»(٧).

وقال الشيخ الأعمش: «للغرور فإنّ البائع معرّضٌ للمشتري وموقع إتياءه فى خطرات الضمان ومتلف عليه ما يغرمه فهو كشاهد الزور الذى يُرجع إليه إذا رجع عن شهادته»(٨).

وقال المحقق الخراسانى: «... فظهر أنّه لا مستند لقاعده الغرور إلاّ الخبر إذا انجبر ولا يبعد جبره بعمل الأصحاب، فإنّهم لا يزالون يتمسّكون بقاعده الغرور، على وجه يعلم أنّه لا مستند آخر من قاعده الغرور(٩) لهم ونحوها غيرها، فيحصل الوثوق بمضمونه وهو كاف فى جبره كما ظهر أنّه لا وجه للضمان غيرها، فلا بدّ من الاقتصار فى الحكم بالضمان على مورد صدق أنّه غرّه كما عرفت»(١٠).

وقال الفقيه السيّد اليزدى: «إعلم أنّ رجوع المغرور على الغار من القواعد المسلمه بينهم ويمكن دعوى الإجماع عليها، بل فى حاشيه الإرشاد ويمكن دعوى إنجبار ضعفها بالشهره فإنّ هذه القضية بهذا اللفظ متداوّل فى ألسنتهم، ويمكن أن يستدل على القاعده

ص: ٢٠٥

١-٤. الجواهر ٣٧/١٤٥ طبع إسلاميه.

٢-٥. النهايه ٣/٣٥٥.

٣-٦. مجمع البحرين ٣/٤٢٣.

٤-٧. صحيح مسلم ٣/١١٥٣.

٥-٨. مسند احمد ١/١١٦.

٦-٩. سنن البيهقي ٧/٢١٩ (٥/٣٣٨).

٧-١٠. العناوين ٢/٤٤٣.

٨-١١. المكاسب ٣/٤٩٤.

٩-١. ولكن فى المتن: «الضرر»، صححناه بالسياق.

١٠-٢. حاشيه المكاسب ٨٢/.



- مضافا إلى ذلك - بالأخبار المتفرقة في الأبواب» (١) ثم ذكر عده من الروايات في هذا الباب، وقال في آخر كلامه: «وبالجمله: قاعده الغرور من القواعد المحكمه المجمع عليها ولا- فرق على الظاهر بين كون الغار عالما أو جاهلاً، وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع جهل الغار كما ترى» (٢).

وقال المحقق الأصفهاني: «وأما الخبر المنسوب إلى سيّد البشر صلى الله عليه وآله وهو «المغرور يرجع إلى من غرّه» فقد قيل: إنّه مروى وضعفه منجبرٌ باستناد الأصحاب إليه كثيرا، إلا أنّ أصل روايته غير معلوم، واستناد الأصحاب إلى قاعده الغرور معروف مشهور، وأمّا استنادهم إلى الخبر حتّى ينجر به فهو غير معلوم، ومجرد مطابقه عملهم لمضمون الخبر غير موجب لانجباره فتدبر» (٣).

وقال السيّد الخميني: «والتحقيق: إنّها قاعده برأسها وعنوانها لا لما نسب إلى النبي صلى الله عليه وآله : المغرور يرجع إلى من غرّه، لعدم ثبوت استناد الأصحاب في الحكم إليه وقرب احتمال استنادهم إلى الروايات الآتية... [أى] قرب احتمال اصطيادها من الأخبار الخاصه...» (٤).

والحاصل: لم يثبت كون جمله: «المغرور يرجع إلى من غرّه» حديثا وروايه، نعم

هى قاعده فقيهيه اصطياديه من عده من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه (٥)، يعمل بها فى ما عمل بها الأصحاب من أبواب البيع والغصب والنكاح والتدليس فيه والجنايات والشهادات.

ص: ٢٠٦

١-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٢٨٦.

٢-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٢٨٨.

٣-٥ . حاشيه المكاسب ٢/٣٠٥.

٤-٦ . كتاب البيع ٢/٤٥٠.

٥-١ . لأجلها أنظر حاشيه المكاسب للفقيه اليزدى ٢/٢٨٨ و ٢٨٧، وكتاب البيع ٢/٤٥١ و ٤٥٠ للسيّد الخميني.

## فلا بأس بذكر بعض النصوص التي تستفاد منها قاعده الغرور تَتَمِيمًا للفائدة:

منها: صحيحه أبيعبيده الحذاء عن أبيجعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دُلِّسَتِ العفلاءُ والبرصاءُ والمجنونه والمفضاه ومن كان بها زمانه ظاهره فإنها تُردُّ على أهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دَلَّسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه وتردُّ إلى أهلها.

قال: وإن أصاب الزوج شيئا مما أخذت منه فهو له وإن لم يُصِبْ شيئا فلا شيء له.

قال: وتعتدُّ منه عدَّة المطلقه إن كان دخل بها وإن لم يكن دخل بها فلا عدَّة لها ولا مهر لها. (١)

العفلاءُ وهي القرناء: أن يكون في فرجها شيء من لحم أو عظم يمنع من وطئها. (٢)

والزَّمانه: العاهة والآفة ويُقال للمُقْعَدِه زَمَنَةٌ.

وطبق الإمام عليه السلام القاعده في قوله: «ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دَلَّسها» فالمدلَّس هو الضامن.

ومنها: معتبره اسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فاعجبته فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباه، فقال: زوّجني ابنتك، فزوجه غيرها فولدت منه، فعلم بعد أنها غير ابنته وأنها أمه؟

فقال: يرُدُّ الوليدة على مولاها، والولد للرجل وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يُعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخذعه. (٣)

ص: ٢٠٧

١-٢. الكافي ١٠/٧٩٢، ح ١٤ (٥/٤٠٨)، ونقل في وسائل الشيعة ٢١/٢١١، ح ١، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس.

٢-٣. راجع النهاية ٣/٢٦٤ مادة عفل، والنهاية ٤/٥٤ مادة قرن، لسان العرب ١١/٤٥٧ مادة عفل، القاموس المحيط ٢/١٣٦٥.

٣-٤. الكافي ١٠/٧٩١، ح ١٣ (٥/٤٠٨) ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢١/٢٢٠، ح ١، الباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس.

والسند معتبر لأنَّ محمّد بن سنان عندنا معتبر، واسماعيل بن جابر إن كان الخثعمي فقد وثقه الشيخ في رجال الباقر عليه السلام بقوله: «الكوفي ثقة ممدوح له اصول رواها عنه صفوان بن يحيى» (١). وذكره في أصحاب الصادق (٢) عليه السلام وفي أصحاب الكاظم عليه السلام من دون توصيف قال: «روى عنهما عليهما السلام أيضا» (٣).

وإن كان الجعفي فقد ذكره النجاشي (٤) ولم يذكر فيه قدحا فهو امامي معتبر مع أنه من المشاهير ولم يرد فيه قدح فهو معتبر عندنا أيضا.

فحينئذ لا فرق بين أن نقول باتحادهما كما عليه المحقق السيد الخوئي (٥) أو تعددهما كما عليه شيخنا التستري (٦).

وأما دلالتها فواضحة لأجل تعليل الوارد فيها: «كما غرّ الرجل وخدعه» يعطى في جميع موارد الغرور بأنَّ المغرور يرجع إلى الغار.

ومنها: ما ورد في خبر رفاعه بن موسى قال: وسألته عن البرصاء؟ فقال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأه زوّجها ولئها وهي برصاء أن لها المهر بما استحلّ من فرجها وأنّ المهر على الذي زوّجها وإنما صار المهر عليه لأنه دلّسها، ولو أنّ رجلاً تزوّج امرأه وزوّجها رجلاً لا يعرف دخیله أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها. (٧)

عرفت دخیلته: أي باطنته الداخلة، وعرفت دخيله أمره: أي جميع أمره. (٨)

ص: ٢٠٨

- 
- ١-١ . رجال الشيخ / ١٠٥، رقم ١٨.
  - ٢-٢ . رجال الشيخ / ١٤٧، رقم ٩٣.
  - ٣-٣ . رجال الشيخ / ٣٤٣، رقم ١٣.
  - ٤-٤ . رجال النجاشي / ٣٢، رقم ٧١.
  - ٥-٥ . معجم رجال الحديث ٣/١١٦.
  - ٦-٦ . قاموس الرجال ٢/٣٥.
  - ٧-٧ . الكافي ١٠/٧٨٨، ح ٩ (٥/٤٠٧) ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢١/٢١٢، ح ٢، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس.
  - ٨-٨ . لسان العرب ١١/٢٤٠ مادة دخل.

وأما اعتبار سند الرواية فَمُنَوِّطٌ باعتبار سهل بن زياد، وقد يقال: بأن الأمر فيه سهل. ودلالته واضحة لأن الإمام عليه السلام جعل المهر على الولي المُدَلِّس لأنه دَلَّسها وَطَبَّقَ قاعده الغرور في المقام مع ذكر التعليل: «لأنه دَلَّسها».

ومنها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: إنَّما يُرَدُّ النكاح من

البرص والجذام والجنون والعفل، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحلت من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها. (١)

بتقريب: أن المراد من إنكاح الولي إياه أنه دَلَّسها للزوج وأخفى عيوبها، فالولي يكون مدلسا فالمهر عليه.

ومنها: صحيحه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء؟ قال: تُرَدُّ على وليها ويكون لها المهر على وليها، الحديث. (٢)

بتقريب: أن الولي هو الذي دَلَّسها وأخفى عيوبها فيكون مهرها عليه بقريته غيرها من الروايات.

ومنها: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: في كتاب علي عليه السلام: من زوج امرأة فيها عيب دَلَّسه ولم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحلت من فرجها ويكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوجها ولم يبين. (٣)

ومنها: خبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن امرأة دلست نفسها لرجل وهي رتقاء؟ قال: يفرق بينهما ولا مهر لها.

يمكن القول باعتبار سند الرواية إذا قلنا بأن عبد الله بن الحسن بن علي بن جعفر الذي ينقل عن جده علي بن جعفر المعروف بالعريضي كان من المعاريف ولم يرد فيه قدح فهو معتبر.

ص: ٢٠٩

١-١ . وسائل الشيعة ٢١/٢١٣، ح ٥.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢١/٢١٣، ح ٦.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٢١/٢١٤، ح ٧.

وتقريب دلالتها: بأن المرأة هي بنفسها فعلت التدليس فلا مهر لها لأنها المدلّسه.

ومنها: صحيحه الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة، فوجدها أمه قد دلّست نفسها له، قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليتها، فالتكاح فاسد.

قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟

قال: إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، وإن كان زوجها إياه ولياً لها، ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن

كانت بكراً، وإن كانت غير بكرٍ، فنصف عشر قيمتها بما استحلت من فرجها قال: وتعتد منه عدّه الأمه.

قلت: فإن جاءت بولد؟

قال: أولادها منه أحرار إذا كان التكاح بغير إذن الموالى. (١)

بتقريب: جملة «وإن كان زوجها إياه ولياً لها ارتجع على وليها بما أخذت منه» لأن الولي حينئذ يكون مدلساً فالمهر عليه، فيؤخذ الزوج ما أعطها منه.

ومنها: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل خطب إلى رجل بنتاً له من مهيره فلما كان ليله دخولها على زوجها أدخل عليه بنتاً له أخرى من أمه؟ قال: تردّ على أبيها وتردّ إليه امرأته ويكون مهرها على أبيها. (٢)

يكون مهر الأولى على أبيها لأنه هو الغار والزوج مغرور، والشاهد عليه صحيحه الحلبي. (٣)

ومنها: مرسله القاضي نعمان المصري عن عليّ عليه السلام أنه قال: تُردّ المرأة من القرّ والجذام والجنون والبرص، وإن كان دخل بها فعليه المهر وإن شاء أمسك وإن شاء فارق،

ص: ٢١٠

١-١. الكافي ١٠/٧٨٣، ح ١ (٥/٤٠٤) ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢١/١٨٥، ح ١، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٢-٢. وسائل الشيعة ٢١/٢٢١، ح ٢، الباب ٨ من أبواب العيوب والتدليس.

٣-٣. وسائل الشيعة ٢١/٢٢١، ح ٣.

ويرجع بالمهر على من غرّه بها، وإن كانت هي التي غرّته رجع به عليها، وترك لها أدنى شيء مما يستحل به الفرج، وإن لم يدخل بها فارقتها إن شاء ولا شيء عليه. (١)

القَرَن: لحم أو عظم يكون في قُبُلِ المرأه يمنع من وطئها. (٢)

بتقريب: حكم أمير المؤمنين عليه السلام بأنّ الزوج «يرجع بالمهر على مَنْ غرّها» ويستفاد منه قاعده الغرور وكذلك قوله عليه السلام: «وإن كانت هي التي غرّته رجع به عليها»، وأما «ترك لها أدنى شيء مما يستحل به الفرج»، فَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ بواسطة وطئ الزوج إياها.

ومنها: صحيحه مسمع بن كردين عن أبي عبد الله عليه السلام في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فَرَجَم، ثم رجع أحدهم، فقال: شككتُ في شهادتي، قال: عليه الدية، قال: قلت: فإنه

قال: شهدت عليه متعمدا، قال: يُقتل. (٣)

المراد بالديه: ربعها كما يظهر مما يأتي من الروايتين.

بتقريب: الشاهد الزور غارَ فيغرم الدية، أو يقتل على فرض تعمده.

ومنها: صحيحه محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق، ففُطِعَ يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا: هذا السارق وليس الذي قُطِعَتْ يده، إنّما شبّهنا ذلك بهذا، ففُضِيَ عليهما أنّ غرّمهما نصف الدية، ولم يجز شهادتهما على الآخر. (٤)

«غرّمهما نصف الدية»: أي كلّ واحد منهما نصف الدية.

بالتقريب: الذي مرّ في سابقها وكذلك ما بعدها.

ومنها: معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام في رجلين شهدا على رجل أنّه سرق ففُطِعَتْ يده ثم رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرّمنا دية اليد من أموالهما

ص: ٢١١

١-٤. دعائم الإسلام ٢/٢٣١، ح ٨٦٥ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٥/٤٦، ح ٥، الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس.

٢-٥. مجمع البحرين ٦/٢٩٩.

٣-١. وسائل الشيعة ٢٧/٣٢٩، ح ٣، الباب ١٢ من أبواب كتاب الشهادات.

٤-٢. وسائل الشيعة ٢٧/٣٣٢، ح ١، الباب ١٤ من أبواب كتاب الشهادات.

خاصه، وقال فى أربعه شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأه يجامعها وهم ينظرون فَرَجِمَ، ثم رجع واحد منهم، قال: يغرم ربع الديه إذا قال: شَبَّه عليّ، وإذا رجع اثنان وقالوا: شَبَّه علينا غرما نصف الديه، وإن رجعا كلّهم وقالوا: شَبَّه علينا غرموا الديه، فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعا. (١)

ومنها: صحيحه جميل عن أبيعبدالله عليه السلام فى شاهد الزور قال: إن كان الشىء قائما بعينه رُدَّ على صاحبه، وإن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل. (٢)

ومنها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبيعبدالله عليه السلام فى شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدّى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه. (٣)

ومنها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام فى رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلقها فاعتدّت المرأه وتزوّجت ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم فزعم أنّه لم

يطلقها، وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها ويؤخذ الصداق من الذى شهد ورجع فيردُّ على الأخير ويفرّق بينهما وتعتدُّ من الأخير، ولا يقربها الأوّل حتّى تنقضى عدّتها. (٤)

ومنها: موثقه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبيعبدالله عليه السلام فى شاهدين شهدا على امرأه بأنّ زوجها طلقها فتزوّجت ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: يضربان الحدّ ويضمنان الصداق للزوج ثمّ تعتدُّ ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل. (٥)

وبالجملة: يستفاد من هذه الروايات الأخيره أنّ شاهد الزور غارٌّ ويضمن الخسارات الوارده على المشهور عليه ولو لم يتعمّد ومع تعمده يُقْتَصُّ. وهذا هو جريان

ص: ٢١٢

١-٣. وسائل الشيعه ٢٧/٣٣٢، ح ٢.

٢-٤. وسائل الشيعه ٢٧/٣٢٧، ح ٢، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

٣-٥. وسائل الشيعه ٢٧/٣٢٧، ح ١، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

٤-١. وسائل الشيعه ٢٧/٣٣١، ح ٣، الباب ١٣ من أبواب كتاب الشهادات.

٥-٢. وسائل الشيعه ٢٧/٣٣٠، ح ١، الباب ١٣ من أبواب كتاب الشهادات.

ومن هنا يظهر ضعف ما ذكره السيد الخوئى قدس سره من قوله: «إنّ هذه القاعدة على إطلاقها ممّا لا يمكن الالتزام به، وذلك لأنّ أحدا إذا شوّق آخر إلى شراء شىءٍ بآئه ستترقى وأنّ له مشتريين كثيرين فى البلد وبتشويقه ذلك اشتراه المشتري ثمّ انكشف أنّه لا-مشتري له فى البلد وبتشويقه ذلك اشتراه المشتري ثمّ انكشف أنّه لا مشتري له فى البلد أصلاً وأنّ قيمته لم تترق بوجه، فهل يفتى فقيه بضمان ذلك المشوّق للمشتري بدعوى أنّه غرّه فى المعامله...»(١).

والوجه فيه: إنّنا نعمل بقاعده الغرور فى ما يعمل بها الأصحاب كما مرّ، من عمّل والأصحاب بها فى ما نحن فيه فنعمل بها.

وهكذا لا يتم ما ذكره المحقق المروج رحمه الله من أنّ قاعده الغرور تختص بموارد «كان المباشر بمنزله الآله، بأن يكون الفعل صادرا من المباشر بإرادته السبب والمقام ليس كذلك، لأنّ إقدامه على تعمير الدار الخربه مثلاً يكون بإرادته واختياره»(٢).

والوجه فى عدم تماميته: عدم ورود هذا الاختصاص فى كلام الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم بل جميع الموارد التى ذكروها أو أغلبها لم يكن المباشر فيها بمنزله الآله ولم يصدر الفعل من المباشر فيها بإرادته السبب، يظهر ما ذكرته بمراجعته موارد جريان القاعدة

فى كلامهم، نعم، ما ذكره صاحب الجواهر من «إمكان كون بناء قاعده الغرر على قوه السبب من المباشر»(٣) تام، وهذا الإمكان غير ما ورد فى كلامه من «أن يكون الفعل صادرا من المباشر بإرادته السبب»(٤).

فقاعده الغرور تجرى فى المقام.

ص: ٢١٣

١-٣. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٨٧.

٢-٤. هدى الطالب ٥/٥١٩.

٣-١. الجواهر ٢٣/٤٨٥ (٢٢/٣٠٢).

٤-٢. هدى الطالب ٥/٥١٩.



(١)

تمسك بها جدى الشيخ جعفر (٢) وسيد الرياض (٣) وصاحب الجواهر (٤) والشيخ الأعظم (٥).

بتقريب: انّ قاعده نفي الضرر تقتضى ضمان البائع، لأنّ عدم ضمانه لغرامات المشتري ضرر على المشتري، فعدم الضمان مرفوع بها فيثبت ضمان البائع.

ويرد عليه: أوّلاً: قاعده لا ضرر لا تجرى فى الموارد التى يوجب جريانها فيها ضرراً على الآخرين ويكون إضراراً على الغير. وفى ما نحن فيه الحكم برجوع المشتري على البائع ضرر على البائع وإضرار فى حقه. (٦)

وثانياً: قاعده نفي الضرر ترفع الأحكام الشرعيه التى تبلغ إلى حدّ الضرر ولا يثبت بها حكم شرعيّ وثبوت الضمان على البائع الفضولى أو الغاصب حكم شرعيّ لا تقدر قاعده الضمان على إثباته.

**الثالث: السبب أقوى من المباشر**

قد يستدل بقول الفقهاء أنّ السبب أقوى من المباشر فى المقام برجوع المشتري إلى البائع الفضولى لأنّ استناد الفعل هنا وهو ثبوت الضمان والغرامه إلى السبب - وهو البائع الفضولى - أقوى من المباشر - وهو المشتري - .

وفيه: نعم، فى موارد أقوائيه السبب من المباشر يحكم بثبوت الضمان على السبب

نحو: مَنْ حفر بئراً فى وسط الطريق فوقع فيها أحد فى ليله ظلماء فإنه يصدق أن يقال إنه أهلكه، ومنه تغريم شاهدى الزور لأنهما أوجبا قتل المشهود عليه، وكما إذا كان المباشر

ص: ٢١٤

١-٣. مّرّ منّا روايات قاعده نفي الضرر بين الفريقين فى الآراء الفقهيّه ٤/٣٤٧.

٢-٤. شرح القواعد ٢/١٠٢.

٣-٥. رياض المسائل ١٤/٤٦.

٤-٦. الجواهر ٢٣/٤٨٥ (٢٢/٣٠٢).

٥-٧. المكاسب ٣/٤٩٤.

٦-٨. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٨٥.

مسلوب القدره والشعور والاختيار كما إذا أعطى بندقيه بيد صبي أو مجنون وأمره برمي الغافل والنائم، وكما إذا فتح باب قفص فطار الطائر.

وأما فيما إذا كان السبب من قبيل المعدّات للفعل الصادر من المباشر لشعوره واختياره كما إذا شوّقه وحركه إلى قتل أحد فقتله باختياره أو التمس منه شرب خمر فشربه بإرادته ففي أمثال ذلك لا دليل على أخذ السبب بالقصاص أو الدية، وإن كان عاصيا في الإنبعث إلى فعل المحرّمات، وما نحن فيه من هذا القبيل لأنّ البائع الفضولي أو الغاصب من أحد معدّات أفعال المشتري لا أنّه علّه تامه لها(١)، بحث لا يستند الفعل عرفا إلى البائع بل يستند إلى المشتري فلا تجرّ قاعده أقوائه السبب من المباشر.

#### الرابع: موثقه جميل بن دراج

موثقه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجيء مستحقّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ ويدفع إليه المبتاع قيمه الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمه الولد التي أخذت منه.(٢)

بتقريب: هذه الموثقه تدلّ بالظهور اللفظي أو الفحوى على رجوع المشتري على البائع الفضولي أو الغاصب لأنّ الولد الحر: إن لم يُعِدّ نفعاً عائداً إلى المشتري كانت دلالة الموثقه على ضمانه البائع الفضولي بالدلالة اللفظية، وإنّ عدّ نفعاً كانت دلالتها عليه بالفحوى لأنّ المشتري إذا كان مع وصول النفع إليه مستحقاً للرجوع إلى البائع، كان استحقاقه للرجوع إليه مع عدم وصول النفع إليه بطريق أولى.

وأضاف الشيخ الأعظم: «مع أنّ في توصيف قيمه الولد بأنّها «أخذت منه» نوع إشعار بعليّه الحكم فيطرد في سائر ما أخذت منه»(٣).

مراده: أنّ الوصف مشعر بالعليّه والعلّيّه تعميم الحكم بالرجوع إلى البائع في جميع ما أخذ المالك من المشتري من المنافع التي لم يحصل للمشتري نفع أو حصل.

ص: ٢١٥

١-١. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٨٥ و ٨٦.

٢-٢. وسائل الشيعة ٢١/٢٠٥، ح ٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٣-٣. المكاسب ٣/٤٩٥.

اعترض صاحب الحدائق بأنّ الحكم إذا كان هو رجوع المشتري إلى البائع فلماذا

لم يرد ذلك في عدّه من الروايات (١) مع أنّ «المقام مقام بيان مع حكمه عليه السلام في الخبر (٢) برجوع المالك على المشتري بعوض المنافع، فلو كان للمشتري الرجوع بها على البائع لذكره عليه السلام، مع ذكره أخيراً أنّ المشتري يرجع بما أنفقه على المالك لا على البائع. (٣)

وأجاب عنه الشيخ الأعظم بقوله: «وأما سكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار فهو لعدم كونه مسوّفاً لذلك كروايه زراره (٤)... وروايه زريق (٥)...» (٦).

ثمّ أجاب عنهما الشيخ الأعظم بعد ذكر الروايتين بأجوبه أربعة:

«[١] أنا نمنع ورودها [هما] إلا في مقام حكم المشتري مع المالك.

[٢] أنّ السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل.

[٣] مع أنّ روايه زراره ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع.

[٤] مع أنّ البائع في قضيه زريق هو القاضى فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم (٧)، لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غاراً من جهه حكمه على طبق البيئه المأمور بالعمل بها، وإن كان قضاؤه باطلاً - كما هو الظاهر - فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف وتصرفه في أمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له» (٨).

ص: ٢١٤

١-١. نحو معتبره زراره ح ٢ في الباب المذكور بناءً على أنّ ابن أبي عمير لا يروى ولا يرسل إلا عن ثقة وقد مرّ منّا في أبحاثنا الرجاليه مناقشه هذا المبني فلا يتم اعتبار الروايه سندا. وصحيحه جميل عن بعض أصحابنا ح ٣ فيه، وخبر زراره ح ٤ فيه.

٢-٢. مراده معتبره زريق المرويّه في وسائل الشيعه ١٧/٣٤٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣-٣. الحدائق ١٨/٣٩٤.

٤-٤. وسائل الشيعه ٢١/٢٠٤، ح ٤.

٥-٥. وسائل الشيعه ١٧/٣٤٠، ح ١.

٦-٦. المكاسب ٣/٤٩٥.

٧-٧. قد حكم صاحب الجواهر في كتابه ٢٣/٤٨٨ (٢٢/٣٠٤) بعدم تغريم القاضى.

٨-٨. المكاسب ٣/٤٩٨ و ٤٩٧.

واعترض السيد الخوئي على الشيخ الأعظم بأن: «الولد سواء كان من [المنافع] المستوفاه أو من غيرها إنما خرج بالنص وهذا لا يقتضى التعدى إلى جميع المنافع المستوفاه أو غير المستوفاه»(١).

ثم اعترض على استفادته عليه الحكم من الوصف بقوله: «فهو من غرائب الكلام،

لأننا لو فرضنا أن التوصيف صريح في عليه الأخذ للحكم لما أمكن التعدى منه إلى غيره فضلاً عما إذا كان مشعرا بذلك والوجه في ذلك ما سنبين في بحث تعاقب الأيادي عن قريب إن شاء الله تعالى من أن رجوع كل ضامن إلى ضامن آخر إنما هو فيما إذا أخذ المالك منه المال المضمون عليه، وأما قبل أخذه فلا يمكنه الرجوع إلى الآخر أبدا ولو مع العلم بأنه سيأخذ قيمته منه، وفي المقام أيضا إنما يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع فيما إذا أخذ المالك من المشتري قيمة الولد، وأما قبله فلا شيء حتى يرجع به المشتري إلى البائع وهذا هو الوجه في توصيف الإمام عليه السلام قيمه بكونها مما أخذت منه فلا يمكن منه التعدى إلى جميع موارد الأخذ أبدا، بل الأخذ في هذا المورد يوجب الحكم برجوع المشتري إلى البائع لا مطلقا كما لا يخفى، واستفاده العلية من ذلك نظير استدلال الشافعية على عدم الزكاه في معلوفه الإبل بقوله عليه السلام «في الغنم السائمه زكاه»(٢) فإن السوم ليس عله للزكاه مطلقا بل في خصوص الغنم كما لا يخفى فهو لا يدل على نفي الحكم عن غير موارد السوم مطلقا ولعله ظاهر، هذا.

مضافا إلى أن في توصيف قيمه بكونها ميا أخذت من المشتري فائده أخرى وهي أن قيمة الولد تختلف باختلاف الأماكن والحالات والبلدان، فإذا رجع المالك إلى المشتري بقيمه الولد فلا يجوز للمشتري أن يرجع على البائع بأعلى القيم المتبادله للولد، بل إنما يرجع إليه بخصوص القيمة التي أخذها المالك من المشتري لا بقيمه أخرى زائده

ص: ٢١٧

١- ٩. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٨٩.

٢- ١. ورد مضمونه في وسائل الشيعه ٩/١١٨، الباب ٧ من أبواب زكاه الأنعام، ومستدرک الوسائل ٧/٦٣، ح ١، الباب ٦ من أبواب زكاه الأنعام.

عليها كما لا يخفى، هذا»(١).

وتبعه شيخنا الأستاذ قدس سره في عدم الدلالة وعدم العلية بل يرى الأخير «تقييد القيمة لا توصيفها بأن يكون المتعين الرجوع بتلك القيمة لا- قيمة الولد يوم الرجوع وقد تقرر في بحث الا-صول أنه لا- دلالة في التقييد على علة الحكم ولا- يستفاد منه المفهوم»(٢).

ولكن الأستاذ المحقق - مد ظله - يرى موثقه جميل تامه في الدلالة على ضمان البائع ورجوع المشتري إليه ولكن لا- يرى التوصيف مشعرا بالعلية لأن ظهوره في العلية منوط بثبوت مفهوم الوصف ولم يثبت عنده - مد ظله - في علم الأصول مفهوم الوصف.(٣)

أقول: ما ذكره الأستاذ المحقق - مد ظله - من تماميه دلالة موثقه جميل على ضمان البائع صحيح، موافقه للشيخ الأعظم، وكذا ما ذكره في عدم تماميه إشعار الوصف بالعليه مخالفه له، فنحن في دلالة موثقه جميل تتبع قول الاستاذ المحقق - مد ظله - في المقام.

وأما روايتا زراره(٤) فلم يرد فيهما رجوع المشتري إلى البائع الفضولي.

وكذلك معتبره زريق(٥) ساكته عن حكم رجوع المشتري إلى البائع.

وقد مرّ من الشيخ الأعظم(٦) ردّا على صاحب الحدائق(٧) أنّ عدم ورود الحكم والسكوت عنه في بعض الروايات لا ينافي ما ورد في موثقه جميل فلا بدّ من الأخذ بها.

وبالجملة: حكم رجوع المشتري إلى البائع الفضولي أو الغاصب في هذا القسم ثابتٌ والحمد لله.

ص: ٢١٨

١-٢. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٩٠.

٢-٣. إرشاد الطالب ٤/١١٧.

٣-٤. راجع العقد النضيد ٣/٥٨٨.

٤-١. وسائل الشيعة ٢١/٢٠٤، ح ٢ و ٤.

٥-٢. وسائل الشيعة ١٧/٣٤٠، ح ١.

٦-٣. المكاسب ٣/٤٩٥.

٧-٤. الحدائق ١٨/٣٩٤.

فهل يرجع المشتري بها إلى البائع الفضولي أو الغاصب أم لا؟ خلاف بين الأصحاب نشأ من نقل الشيخ بأن فيها قولين واختار تاره بأن الأقوى عدم الرجوع وأخرى بأن الرجوع هو الأقوى.

فقد فقال في غصب المبسوط في من غصب ثوبا: «... وأتميا الكلام في الرجوع، فإن رجع [المالك] على المشتري نظرت... وإن كان غرم ما دخل على أنه له بغير بدل وقد حصل في مقابله نفع وهو أجره الخدمه، فهل يرجع بذلك على الغاصب أم لا؟ فيه قولان: أحدهما يرجع لأنه غرم، والثاني لا يرجع وهو الأقوى، لأنه وإن غرم فقد انتفع بالاستخدام» (١).

وقال فيه أيضا: «إذا غصب طعاما فأطعم رجلاً... فهل يرجع الآكل على الغاصب أم لا؟ قيل فيه قولان: أحدهما يرجع لأنه غره، والثاني لا يرجع لأن التلف كان في يده فاستقرّ الضمان عليه، والأول أقوى» (٢).

ونقل فخر المحققين (٣) والفاضل المقداد (٤) هذين القولين عن الشيخ.

ولكن القول المنسوب إلى الشيخ هو عدم الرجوع فقط في كلام العلامة (٥) والشهيد الثاني (٦) والمحقق السبزواري (٧) وسيد الرياض (٨) والفاضل النراقي (٩).

ص: ٢١٩

١- ٥. المبسوط ٣/٧١.

٢- ٦. المبسوط ٣/٨٨.

٣- ١. إيضاح الفوائد ٢/١٩١.

٤- ٢. التنقيح الرائع ٤/٧٥.

٥- ٣. مختلف الشيعة ٥/٥٦.

٦- ٤. المسالك ١٢/٢٢٧.

٧- ٥. الكفايه ٢/٦٥٥.

٨- ٦. رياض المسائل ١٤/٤٧.

٩- ٧. مستند الشيعة ١٤/٢٩٦.

ولمعرفة قائلِي القَوْلَيْنِ وكتبهم أذكر لك كلام السيّد العاملِي في موضعين من مفتاح الكرامه، قال في متاجره: «وأما ما حصل له في مقابلته نفع ففي المبسوط (١) في موضع منه والخلاف (٢) وظاهر السرائر (٣) وصريح غصب كشف الرموز (٤) أنّه لا يرجع به...

وفي المبسوط (٥) أيضا والشرائع (٦) والنافع (٧) والإيضاح (٨) وشرح الإرشاد (٩) لفخر الإسلام والدروس (١٠) وجامع المقاصد (١١) والمسالك (١٢) والروضه (١٣) ومجمع البرهان (١٤) أنّه يرجع به. وبه صرّح في غصب الدروس (١٥) أيضا والتنقيح (١٦)

والمقتصر (١٧) وجامع المقاصد (١٨) ولعله الظاهر من غصب الشرائع (١٩) وفي

ص: ٢٢٠

- ١-٨. المبسوط ٣/٧١.
- ٢-٩. الخلاف ٣/٤١٠، مسأله ٢٣.
- ٣-١٠. السرائر ٢/٣٢٥.
- ٤-١١. كشف الرموز ٢/٣٨٤.
- ٥-١٢. المبسوط ٣/٨٨.
- ٦-١٣. الشرائع ٢/٨.
- ٧-١٤. مختصر النافع ٢٥٧/.
- ٨-١٥. إيضاح الفوائد ١/٤٢٠ و ٤٢١.
- ٩-١٦. شرح الإرشاد / مخطوطه.
- ١٠-١٧. الدروس ٣/١٩٣.
- ١١-١٨. جامع المقاصد ٤/٧٦ و ٧٧.
- ١٢-١٩. المسالك ٣/١٦٠.
- ١٣-٢٠. الروضه البهيه ٣/٢٣٧ و ٢٣٨.
- ١٤-٢١. مجمع الفائده والبرهان ٨/١٦٤.
- ١٥-٢٢. الدروس ٣/١١٥.
- ١٦-٢٣. التنقيح الرائع ٤/٧٥.
- ١٧-١. المقتصر ٣٤٤/.
- ١٨-٢. جامع المقاصد ٦/٣٢٦.
- ١٩-٣. الشرائع ٣/١٩٥.

التنقيح (١) أن عليه الفتوى.

وقد نسبه في المختلف (٢) إلى بعض علمائنا، وهو قضيه إطلاق الباقيين.

وفي التذكرة (٣) والإرشاد (٤) فيه قولان. ونحوهما ما في التحرير (٥) حيث قال: على قول. ولا- ترجيح في غضب النافع (٦) والتبصره (٧) والمهذب البارع (٨) والمسالك (٩) والكفايه (١٠). وعبارته نهايه الأحكام (١١) كعبارته الكتاب [القواعد الأحكام (١٢)] حرفا حرفا لکنه قال فيها بعد ذلك: سواء حصل في مقابلته نفع كأجره الدار والدابه أو لا كقيمه الولد على إشكال... (١٣).

وقال في غضبه (١٤): «الشيخ في الخلاف والمبسوط في موضع منه والآبى في كشف الرموز وشيخنا في الرياض (١٥) وظاهر السرائر أنه لا يرجع للأصل ولأنه مباشر الإلتلاف...»

ص: ٢٢١

- ١-٤. التنقيح الرائع ٤/٧٥.
- ٢-٥. مختلف الشيعه ٥/٥٦.
- ٣-٦. تذكرة الفقهاء ١٠/١٨ و ٣٤٠.
- ٤-٧. إرشاد الأذهان ١/٣٦١.
- ٥-٨. التحرير ٢/٢٧٧ و ٤٠٩.
- ٦-٩. المختصر النافع ٢٥٧/.
- ٧-١٠. تبصره المتعلمين ١٠٩/.
- ٨-١١. المهذب البارع ٤/٢٥٥.
- ٩-١٢. المسالك ١٢/٢٢٧.
- ١٠-١٣. الكفايه ٢/٦٥٥.
- ١١-١٤. نهايه الأحكام ٢/٤٧٨.
- ١٢-١٥. قواعد الأحكام ٢/١٩.
- ١٣-١٦. مفتاح الكرامه ١٢/٦٣٢.
- ١٤-١٧. لم أذكر مصادرها لما مرّ آنفا إلا ما كانت جديده.
- ١٥-١٨. رياض المسائل ١٤/٤٧.



والشيخ في المبسوط في موضع آخر والمحقق في تجاره النافع (١) وظاهر تجاره

الشرائع وفخر الإسلام في الإيضاح وشرح الإرشاد والشهيدان في الدروس والمسالك والروضه والمحقق الثاني في جامع المقاصد والمقدس الأردبيلي والمصنف [العلامة] في تجاره الكتاب [القواعد] والشهيد في غصب الدروس والمقداد وأبو العباس في المقتصر والمحقق الثاني في جامع المقاصد والمحقق في ظاهر الشرائع أنه يرجع به وفي التنقيح أن عليه الفتوى وهو قضيه إطلاق الباقيين... .

ولا ترجيح في غصب النافع والتذكرة (٢) والتحرير (٣) والتبصره والمهذب البارع والمسالك والكفايه، ولا في تجاره التذكرة والتحرير ونهايه الأحكام والإرشاد (٤).

ثم بعد نقل الأقوال لابد من البحث حول أدله جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولي أو الغاصب لأن الشيخ الأعظم (٥) يرى جواز الرجوع هو الأقوى.

### أدله القائلين بجواز الرجوع

#### الأول: الإجماع

يظهر من كلام العلامة في غصب التذكرة الإجماع على ضمان الغاصب دون الآكل الجاهل بالغصب لقوله فيما إذ قدم الغاصب الطعام إلى الغير فأكله...: «والثانيه: يستقرّ الضمان على الغاصب لأنه غره وأطعمه على أن لا يضمنه، وهو الذي يقتضيه مذهبتنا» (٦).

وقد مرّ كلام الفاضل المقداد (٧) بأن عليه الفتوى.

وقال الفقيه المتتبع العاملي: «فالضمان على الغاصب بلا خلاف منّا فيما أجد فيما

ص: ٢٢٢

١-١٩ . لم أجده في تجاره مختصر النافع.

٢-١ . تذكره الفقهاء ١٩/٣٣٧، مسأله ١١٢٧.

٣-٢ . تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٥٤٢.

٤-٣ . مفتاح الكرامه ١٨/٣٤٣-٣٤١).

٥-٤ . المكاسب ٣/٤٩٨.

٦-٥ . تذكره الفقهاء ١٩/١٨٨.

٧-٦ . التنقيح الرائع ٤/٧٥.

إذا قال: كُله فهذا ملكي وطعامي، أو قدّمه إليه ضيافته حتى أكله ولم يقل إنه مالي وطعامي أو لم يذكر شيئاً»(١).

وفيه: أولاً: قد عرفت الخلاف في المسألة.

وثانياً: على فرض تحقّق الإجماع أنّه مدرَكٌ فلا بدّ من ملاحظه غيره من الأدله.

### الثاني: قاعده لا ضرر

بتقريب: إنّ المشتري استوفى المنافع على أنّها ملكه فيصير مجاناً بالنسبه إليه من دون ضمان لها للغير، وبعد العلم بالفضوليه أو الغصبيه الحكم بضمان المشتري للمنافع المستوفاه ضرر عليه وقاعده نفى الضرر تنفيه. «ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر»(٢).

ويرد عليه: ما أورده آنفاً في القسم الأوّل(٣) فلا أعيد له ولعلّ لأجل ورود المناقشات عليها ذكرها الشيخ الأعظم(٤) بعنوان التأييد لا الدليل.

### الثالث: قاعده الغرور

#### إشاره

لا- شك بأنّ المشتري المستوفى لمنفعه المبيع هنا مغرورٌ والبائع الفضولي أو الغاصب غارٌّ وقد مرّت(٥) تماميه قاعده الغرور من حيث الدليل فيما عمل به الأصحاب ومنها كتابا الغصب والبيع، فتجرى القاعده وتحكم بجواز رجوع المشتري المغرور إلى البائع الفضولي الغارّ.

### نقل كلام صاحب الرياض في الإشكال على جريان قاعده الغرور في المقام

قال سيّد الرياض رحمه الله: «(وفي) جواز (الرجوع) عليه (بما ضمن) وغرمه (من المنافع كعوض الثمره وأجره السكنى تردّد) ينشأ: من مباشرته الإلتلاف مع حصول نفعه في

ص: ٢٢٣

١-٧. مفتاح الكرامه ١٨/١٠١.

٢-١. المكاسب ٣/٤٩٩.

٣-٢. راجع هذا المجلد صفحه ٢١٤.

٤-٣. المكاسب ٣/٤٩٩.

٥-٤. راجع هذا المجلد صفحه ٢٠٧.

مقابله، وأولويته حواله الضمان على مباشر الإلتلاف.

ومن أنّ الغاصب قد غرّه ولم يشرع على أن يضمن ذلك فكان الضمان على الغازّ، كما لو قدّم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً ورجع المالك على الآكل، أو غصب طعاماً فأطعمه المالك فإنه يرجع على الغازّ.

وإلى هذا ذهب الماتن في كتاب التجاره من الشرائع، والفاضل المقداد في التنقيح. (١)

وإلى الأوّل ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف، والحلي. (٢) وهو أوفق بالأصل، مع عدم معلوميته صلوح المعارض للمعارضه بناءً على عدم وضوح دليل على ترتّب

الضمان على الغازّ بمجرد الغرور وإن لم يلحقه ضرر، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض؛ لاستيفانه المنفعه في مقابله ما غرمه. والإجماع على هذه الكليه غير ثابت بحيث يشمل نحو مفروض المسأله.

نعم ربما يتوجه الرجوع حيث يتصوّر له الضرر بالغرور، كما إذا أخذت منه قيمه المنافع أزيد ممّا يبذله هو في مقابلتها من غير ملكه ونحو ذلك. وكيف كان الأحوط له عدم الرجوع مطلقاً. (٣)

### اعتراض الشيخ الأعظم على سيّد الرياض

اعتراض الشيخ الأعظم (٤) على سيّد الرياض

بأنّ قاعدتي الغرور والضرر في المقام موجودتان:

أمّا قاعده الغرور فلاّتفاق الفقهاء على كون المشتري مغروراً في ما نحن فيه.

وأمّا قاعده الضرر فلاّتفاق إلتلاف مال الغير مجاناً بسبب تغرير شخص آخر بأن يقول له كُـلْ فَإِنَّهُ لِي ثُمَّ انكشف أنه للغير وطلب ذلك الغير ماله من الآكل وأخذ منه، يوجب عدّ هذا الآكل متضرراً.

ص: ٢٢٤

١- ٥. الشرائع ٢/٨، التنقيح ٤/٧٥.

٢- ٦. المبسوط ٣/٧١، الخلاف ٣/٤٠١، مسأله ٢٣؛ والسرائر ٢/٣٢٥.

٣- ١. رياض المسائل ١٤/٤٧.

٤- ٢. المكاسب ٣/٤٩٩.

فبالنتيجة رجوع المنفعه على المشتري واستيفاءؤها إياها لا يمنع من جريان قاعده الغرور.

### اعتراض آخر من صاحب الجواهر على سيد الرياض

قال بعد نقل مقاله: «وإن كان ما ذكره لا يخلو من نظر، ضروره عدم مدخلية التضمين بقاعده الغرور في حصول الضرر وعدمه، بل هو من باب قوه السبب على غيره ولو مباشره.

نعم، إنما المُنْتَجَةُ ما ذكرناه من منع تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان، إذ المسلّم منه ما يترتب عليه فعل الغير على فعله من حيث المجانيه ابتداءً كالإباحه والهبه والعاريه ونحوها، بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكا الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصا مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل»(١).

وقد مرّ(٢) قوله رحمه الله في كتاب التجاره من «إمكان كون بناء قاعده الغرر على قوه

السبب من المباشر»(٣).

توضيح كلام صاحب الجواهر رحمه الله: قاعده الغرور ليست مبنيه على قاعده الضرر حتى يقال أنه لا ضرر هنا، فلا تجرى قاعده الغرور. بل هي مبنيه على قاعده قوه السبب على المباشر، والسبب [البائع هنا] أقوى من المباشر [المشتري هنا] فيرجع المشتري على البائع بما اغترمه للمالك عوضا من منافع المبيع التي استوفاهها، لأنه وإن كان مباشرا على الاستيفاء لكن البائع الذي هو السبب أقوى من المباشر [المشتري] فيرجع المشتري إلى البائع في ضمان المنافع.(٤)

ص: ٢٢٥

١-٣. الجواهر ٣٧/١٨٣.

٢-٤. راجع هذا المجلد صفحه ٢١٣.

٣-١. الجواهر ٢٣/٤٨٥ (٢٢/٣٠٢).

٤-٢. هدى الطالب ٥/٥٣٨.

## ردّ من الشيخ الأعظم على اعتراض صاحب الجواهر على سيد الرياض

ردّ عليه أولاً<sup>(١)</sup>: أنّ صاحب الرياض لا يدعى ابتناء قاعده الغرور على قاعده لا ضرر حتّى يقال بعدم جريان الأوّل فى المقام لعدم جريان الثانى لأنّ المشتري بنفسه استوفى المنافع فمن له الغنم له الغرم فهو المشتري بنفسه ضامن لما استوفاه وهذا ليس ضرراً عليه، بل يدعى أنّ إهمال مستند قاعده الغرور - أى النصوص الخاصه والإجماع - يقتضى الاقتصار على قدر المتيقن منهما وهو صوره الضرر لعدم دلالتهما صريحا على ضمان البائع لجميع ما اغترمه المشتري للمالك حتّى المنافع التى استوفاه المشتري<sup>(٢)</sup>.

وثانياً<sup>(٣)</sup>: إنّ قوه السبب على المباشر بنفسها لاتصلح لأن تكون دليلاً على الضمان «إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما فى المكروه»<sup>(٤)</sup>، أو إذا أخرج النار فى جهه هبوب الريح العاصف فأطارتها الريح إلى أموال الناس فأحرقت النار بعض أموالهم فحينئذ الإحراق وإن كان فعل النار ولكنه يُستند إلى المؤجّج الذى هو السبب، أو إذا وُضع الدهن الجامد فى الشمس فذاب وأريق فإنّ الإذابه والإراقه وإن كانتا فعل الشمس لكنهما تُستندان إلى الواضع.

«والمتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً كما تُنسب<sup>(٥)</sup> إلى ظاهر

الأصحاب فى المكروه لكون المباشر بمنزله الآله»<sup>(٦)</sup>.

وأما فى غير هذه الموارد استقرار الضمان على السبب وعدم استقراره على المباشر فيحتاج إلى دليل وهو مفقود فى المقام.

فلا بدّ فى رفع اهمال مستند قاعده الغرور:

ص: ٢٢٤

١-٣. المكاسب ٣/٤٩٩.

٢-٤. هدى الطالب ٥/٥٣٨.

٣-٥. المكاسب ٣/٥٠٠.

٤-٦. المكاسب ٣/٥٠٠.

٥-٧. الناسب هو صاحب الجواهر فى كتابه ٣٧/٥٧.

٦-١. المكاسب ٣/٥٠٠.

[١] إِمَّا من الرجوع إلى قاعده لا ضرر.

[٢] أو الاجماع المدعى فى الإيضاح (١) على تقديم السبب إذا كان أقوى.

[٣] أو بالأخبار الواردة فى الموارد المتفرقه - التى مرّت - وإلغاء الخصوصيه منها.

[٤] أو كون الغاز سببا فى تغريم المغرور فكان كشاهد الزور فى ضمان ما يؤخذ بشهادته.

ثم بعد عدّ الوجوه الأربعة قال الشيخ الأعظم ما نصه: «ولا ريب فى ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أمّا الأخير فواضح وأمّا الأوّل فقد عرفته، وأمّا [٢] الإجماع و [٣] الأخبار فهما وإن لم يردا فى خصوص المسأله إلا أنّ تحقّقهما فى نظائر المسأله كافٍ، فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غرّه بدعوى تملكه وإباحته له مورد الإجماع ظاهراً (٢) ورجوع المحكوم عليه إلى شاهدى الزور مورد الأخبار (٣)، ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً» (٤).

فما ذكره صاحب الجواهر قدس سره من عدم جريان قاعده الغرور فى ما نحن فيه غير تام.

وثالثاً: قاعده الغرور تجرى فى المقام كبرى فلا يتم ما ذكره سيّد الرياض (٥) وصغرى فلا يتم ما ذكره صاحب الجواهر (٦) «حيث عدل فى ردّ مستند المشهور [وهو قاعده الغرور] عمّا فى الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى» (٧).

ص: ٢٢٧

١-٢ . إيضاح الفوائد ٢/١٩١.

٢-٣ . راجع تذكّره الفقهاء ١٩/١٨٨، ومفتاح الكرامه ١٨/١٠١.

٣-٤ . راجع: وسائل الشيعه ٢٧/٣٢٩، ح ٣، ٢٧/٣٣٢، ح ١ و ٢ كما مرّت هذه الروايات الثلاثه وغيرها فى بحث نصوص قاعده الغرور.

٤-٥ . المكاسب ٣/٥٠٠ و ٥٠١.

٥-٦ . رياض المسائل ١٤/٤٧.

٦-٧ . الجواهر ٣٧/١٨٣.

٧-٨ . المكاسب ٣/٥٠١.

وأما جريانها صغرى في المقام فلأن «مفهوم الغرور وإن كان غير منقح لعدم وضوح دليبه إلا أن المتيقن من مفهومه هو إتلاف المغرور مال الغير لا بعنوان أنه مال الغير، بل بعنوان مال نفسه أو بعنوان من أباح له الإتلاف فلا يكون [المغرور] قاصدا لإتلاف مال الغير»<sup>(١)</sup>. «فيشبهه المكروه في عدم القصد»<sup>(٢)</sup>.

وجه الشبه: أن المكروه يكون كالألّه للمكروه من جهة الإكراه والإجبار فلا يستقل في قصد عنوان التصرف أو إتلاف مال الغير، وكذلك المغرور فإنه وإن كان مختارا في فعله ومستقلا في أصل القصد ولكنه لجهله بالحال لا يقصد عنوان التصرف أو إتلاف مال الغير، وإنما مقصوده التصرف في مال نفسه وهو المبيع.<sup>(٣)</sup> فهو مغرور وتجرى في تضمينه قاعده الغرور ويرجع إلى الغار الذي هو هنا البائع الفضولي، هذا.

### مقال الأعلام الثلاثة في ميزان النقد

أما ما ذكره سيد الرياض<sup>(٤)</sup> قدس سره من ابتناء قاعده الغرور على قاعده لا ضرر كما فهمه صاحب الجواهر رحمه الله أو بقاعده لا ضرر يرفع الإهمال من مستند قاعده الغرور كما فهمه الشيخ الأعظم رحمه الله فغير تام، أما الأول فلما مرّ منا من عدم جريان قاعده لا ضرر في المقام للوجهين الماضين<sup>(٥)</sup> فكيف يمكن ابتناء قاعده الغرور عليها، وأما الثاني فالإهمال في قاعده الغرور موجود كما ذكره الشيخ الأعظم ولكن كيف يمكن رفعه بقاعده لا ضرر مع عدم جريانها في المقام كما مرّ ومع أنّ في أغلب فروض قاعده الغرور الضرر موجود فليس هذه بقدر المتيقن منها كما ادعاه الشيخ الأعظم رحمه الله .

وأما ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره من أنّ قاعده الغرور مبنيّة على قاعده قوه السبب

ص: ٢٢٨

١-١ . هدى الطالب ٥/٥٤٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٠١.

٣-٣ . راجع حاشيه المكاسب للمحقّق الأصفهاني ٢/٣٠٦.

٤-٤ . رياض المسائل ١٤/٤٧.

٥-٥ . راجع هذا المجلد صفحه ٢١٤.

على المباشر فأیضا غير تام لما مرَّ (١) من عدم جریان قاعده قوه السبب على المباشر فى المقام فكيف يمكن ابتناء قاعده الغرور على قاعده لا تجرى فى المقام!؟

نعم، لو ضمنا ما ذكره صاحب الجواهر فى كتاب الغضب (٢) بما ذكره فى كتاب

التجاره (٣) وقلنا بأنَّ النتيجة تابعه لأخص المقدمات فيرجع كلامه إلى إمكان ابتناء قاعده الغرور على قاعده قوه السبب على المباشر ومن المعلوم أنَّ الإمكان غير الابتناء فى نفس الأمر، فافهم.

مضافا إلى تضمين الولی المدلّس المهر فى النكاح الذى دخل بها الزوج كما فى النصوص الماضيه كيف يجمع مع قاعده قوه السبب على المباشر!؟

وأما ما ذكره الشيخ الأعظم (٤) قدس سره من إهمال مستند قاعده الغرور فتام ولكن لا أدرى كيف يتمكن هو رحمه الله من رفع هذا الإهمال بقاعده لا ضرر التى لا تجرى فى موارد قاعده الغرور أو بالإجماع المنقول الذى ليس بحجه ويحتمل فيه أنه مدرکي كما مرَّ (٥)؟!؟

ولم يذكر قدس سره وجه رفع الإهمال بالوجه الثالث الذى ذكره وهو الأخبار الوارده فى الموارد المختلفه وإلغاء الخصوصيه منها وإذا بلغ النوبه بها فى كلامه انتقل إلى الوجه الرابع والشاهد الزور فكأنه ذكر رفع الإهمال بشاهد الزور مرّتين تاره فى أوّل كلامه بأنّه واضح وأخرى فى آخر كلامه من قوله: «رجوع المحكوم عليه إلى شاهدى الزور مورد الأخبار» (٦).

ومن المعلوم أنَّ ما ذكره من الوجه الثالث والرابع هما بعينهما الروايات الوارده

ص: ٢٢٩

١-٦ . راجع هذا المجلد صفحه ٢١٤.

٢-٧ . الجواهر ٣٧/١٨٣.

٣-١ . الجواهر ٢٣/٤٨٥ (٢٢/٣٠٢).

٤-٢ . المكاسب ٣/٤٩٩.

٥-٣ . راجع هذا المجلد صفحه ٢٢٢.

٦-٤ . المكاسب ٣/٥٠١.



حول قاعده الغرور والنصوص المستفاده منها قاعده الغرور(١) فكيف يريد الشيخ الأعظم رفع إهمال هذه الروايات بأنفسها؟!

نعم، الإهمال موجود في روايات قاعده الغرور ولا يمكن إلغاء الخصوصيه منها وتَشِيرِيَّتُهَا إلى جميع موارد الغرور اللغوي أو العرفي، وقد مرَّ (٢) منَّا بأننا نرفع هذا الإهمال بعمل الأصحاب ونجری قاعده الغرور في ما أجراها أصحابنا - قدس الله أسرارهم - في كتب البيع والغصب والنكاح والشهادات، وفي كل مورد ومسأله تمسك الأصحاب بها، وهذا ما عندنا في نقد مقال الأعلام الثلاثة إجمالاً وحلّ إشكال الإهمال في مستند قاعده

الغرور والحمد لله.

### الرابع: موثقه جميل الماضيه

#### اشاره

(٣)

استدلّ بها جدی الشيخ جعفر رحمه الله وقال: «وفي خبر جميل دلالة عليه»(٤).

وتبعه تلاميذه أصحاب مفتاح الكرامه(٥) وكشف الظلام(٦) والجواهر(٧)، قال في الأخير: «وفي شرح الأستاذ أنّ في خبر جميل دلالة عليه».

قال الشيخ الأعظم: «بناءً على أنّ حرّيه الولد منفعه راجعه إلى المشتري وهو الذي ذكره المحقق احتمالاً في الشرائع(٨) في باب الغصب بناءً على تفسير المسالك(٩) وفيه تأمل»(١٠).

ص: ٢٣٠

١-٥. مرّت في هذا المجلد صفحه ٢٠٧ وما بعدها.

٢-٦. راجع هذا المجلد صفحه ٢٠٦.

٣-١. وسائل الشيعه ٢١/٢٠٥، ح ٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٤-٢. شرح القواعد ٢/١٠٢.

٥-٣. مفتاح الكرامه ١٢/٦٣٤.

٦-٤. كشف الظلام، مخطوط، نقل عنه في هدى الطالب ٥/٥٥٣.

٧-٥. الجواهر ٢٣/٤٨٥ (٢٢/٣٠١).

٨-٦. الشرائع ٣/١٩٥.

٩-٧. المسالك ١٢/٢٢٨.

١٠-٨. المكاسب ٣/٥٠١.

أقول: تأمل الشيخ الأعظم في دلاله موثقه جميل لأنه (١) يرى الولد نماءً للجاريه ولكنّه لم يستوفه المشتري فلا تدل الموثقه على القسم الثاني وهو المنافع المستوفاه.

والعجب من المحقق المروّج (٢) رحمه الله تبعاً للفاضل المامقاني (٣) - في احتماله الأوّل - حيث احتّمَلَ رجوع تأمل الشيخ الأعظم تاره إلى ما احتّمَلَهُ صاحب المسالك (٤) وأخرى إلى ما احتمله صاحب الجواهر (٥) في قول المحقق «وفيه احتمال آخر» (٦).

ووجه التعجب واضح لأنّ الشيخ الأعظم لم يذكر مقاله صاحب الجواهر أصلاً فكيف يمكن رجوع التأمل إليها ولأنّ المحقق قال في غصب الشرائع: «... وما يغترمه

المشتري ممّا لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقه والعماره فله الرجوع به على البائع، ولو اولدها المشتري كان حرّاً وغرم قيمه الولد ويزوجُ بها على البائع، وقيل في هذه: له مطالبه أيهما شاء. لكن لو طالب المشتري رجوع على البائع. ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري وفيه احتمال آخر. وأمّا ما حصل للمشتري في مقابلته نفع...» (٧).

قال الشهيد الثاني في ذكر احتمال آخر: «ويحتمل إلحاق عوض الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر لأنّ نفع حرّيه الولد يعود إليه. وهذا هو الاحتمال الذي أشار إليه فيجری فيه الوجهان إلا أنّ الأشهر الأوّل» (٨).

وقال صاحب الجواهر في ذيل احتمال آخر: «ويمكن أن يريد به احتمال عدم

ص: ٢٣١

١- ٩. راجع المكاسب ٣/١٨١.

٢- ١٠. هدى الطالب ٥/٥٥٥.

٣- ١١. غايه الآمال ٦/٢٥٢ طبع النجف الأشرف بتحقيق آيه الله الشيخ محمّدامين المامقاني - مدظله -.

٤- ١٢. المسالك ١٢/٢٢٨.

٥- ١٣. الجواهر ٣٧/١٨٢.

٦- ١٤. الشرائع ٣/١٩٥.

٧- ١. الشرائع ٣/١٩٥.

٨- ٢. المسالك ١٢/٢٢٨.

التخيير بل يتعين رجوع المالك ابتداءً على البائع بناءً على كونه الغار نحو ما سمعته فيمن قدّم إلى غيره طعام الغير وأكله، والأمر سهل خصوصاً بعد ما عرفت من أنّ الأصح في تلك التخيير»(١).

أقول: الظاهر أنّ تأمل الشيخ الأعظم(٢) كما يمكن أن يرجع إلى احتمال المسالك، يمكن أن يرجع إلى أصل دلالة موثقه جميل على المنافع المُستوفاه لأنه يرى الولد نماءً للجاريه لم يستوفه المشتري(٣)، ولكن قد مرّ(٤) أنّ صدق المنفعة عليه حقيقةً وعرفاً مضافاً إلى تعبير الإمام عليه السلام في خبر زراره بأنّه منفعه حيث قال عليه السلام: ... يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما أنتفع(٥). فدلاله موثقه جميل على تضمين البائع الفضولى، المنافع المستوفاه مع توسط المشتري تامّة كما عليه الأعلام الأربعة المأضون.

ومن هنا ظهر أنّ المشتري يرجع إلى البائع الفضولى أو الغاصب فى المنافع التى استوفاه والدليل عليه قاعده الغرور وموثقه جميل والحمد لله الجليل الدليل.

### تنبیه: تفصیل من السید الخوئی رحمه الله فى المقام

مما ذكرنا من رجوع المشتري إلى البائع الفضولى فى المنافع التى لم يستوفها

والتي استوفها يظهر عدم تماميه تفصيل السید الخوئی قدس سره وتبعيه شيخنا الأستاذ(٦) رحمه الله له.

قال المحقق السید الخوئی: «المنافع التى يرجع المالك فيها إلى المشتري يمكن أن تكون على قسمين: لأنها تارة تكون ممّا استولى عليها البائع أيضا يتبع استيلاؤه على العين كسكنى الدار مثلاً فإنّ حيثيه السكنى من منافع الدار التابعه لها فى الملكيه والاستيلاء، فليستولى عليها بالاستيلاء على عين الدار فإذا فرضنا استيلاء البائع على

ص: ٢٣٢

١-٣. الجواهر ٣٧/١٨٢.

٢-٤. المكاسب ٣/٥٠١.

٣-٥. المكاسب ٣/١٨١.

٤-٦. راجع الآراء الفقيهيه ٤/٣٠١.

٥-٧. وسائل الشيعه ٢١/٢٠٤، ح ٢.

٦-١. إرشاد الطالب ٤/١٢٤ و ١٢٥.

الدار أولاً ثم باعها على المشتري فقد استولى البائع أيضاً على تلك المنفعة.

وأخرى لا يكون كذلك ولم تدخل تحت استيلاء البائع أصلاً كالمنافع العينية التي تجددت للعين بعد دخولها تحت يد المشتري ولم تكن موجوده حين استيلاء البائع عليها كالثمره واللبن ونحوهما، فإنّ البائع لم يستول عليها ولم يضمنها.

(أما القسم الثاني) فليس للمالك الرجوع فيه إلى البائع أصلاً، لعدم دخول تلك المنافع تحت يده ليكون ضامناً له كما أنه ليس بمتلف لها، فإذا رجع بها المالك إلى المشتري ليس له الرجوع إلى البائع لعدم الدليل على ما عرفت.

وأما القسم الأول فللمالك أن يرجع إلى كل من البائع والمشتري، لأنّ كلاهما ضامن لها، فيقع الكلام في انه إذا رجع إلى البائع فهل له الرجوع إلى المشتري، أو إذا رجع إلى المشتري فهل للمشتري أن يرجع إلى البائع أو ليس له ذلك؟

فنقول: سيأتي إن شاء الله تعالى في باب تعاقب الأيادي تصوير ضمان أشخاص عديده لمال واحد إما بنحو الواجب الكفائي وإما بنحو اشتغال ذمه الجميع وسرّ الضمان أنّ الوجه في رجوع السابق إلى اللاحق بعد ما رجع إليه المالك هو أن الغاصب أو من بحكمه يملك المال بقاءً بعد أداء مثله أو قيمته بالسيره العقلانيه وتسالم الأصحاب، ولذا لو فرضنا أن أحداً أتلف زوليه من غيره أو تلف تحت يده فأخذ منه المالك قيمته ليس له أن يطالبه بالأجزاء الصغار الباقية منها، خلافاً؛ للمصنف [الشيخ الأعظم] حيث اختار جواز رجوعه إليه، فمقتضى ذلك جواز رجوع البائع إلى المشتري إن رجع إليه المالك، إلا أنّ في المقام خصوصيه، وهي أنّه إذا قَدَّمَ أحد طعام نفسه الذي هو ملكه حدوثاً واقعا بعنوان أنّه له ليأكله مع اعتقاده أنّه ليس له فأكله وبعد ذلك علم أنّه كان ملكاً له واقعا ليس له الرجوع إلى الآكل بدله، وهذا موافق للسيره ومورد تسالم الفقهاء أيضاً. وأما عكسه -

أى إذا قَدَّمَ مال الآكل واقعا إليه بعنوان أنّه مملوك له لا للاكل كما إذا ذبح شاه الغير وقَدَّمَهَا إليه بعنوان أنّه لا للاكل فأكلها الآكل إذا علم بذلك أن يرجع إلى المقدم، وهذا أيضاً موافق للسيره ومورد للتسالم. ولا فرق في كلا المورد بين الملك حدوثاً وبقاءً.

وعليه ففيما نحن فيه إذا رجع المالك إلى البائع فليس له الرجوع إلى المشتري،

لأنه من قبيل مَنْ قَدَّمَ ملك نفسه حدوثاً إلى غيره ليأكله بعنوان أنه ملكه مع اعتقاده بأنه ليس له، بل لا فرق بينهما إلا في كون المال ملكاً له حدوثاً في الفرض وبقاءً فيما نحن فيه، وقد عرفت أنه لا- يوجب فرقاً من حيث الضمان وعدمه وأمّا إذا رجع المالك إلى المشتري فله أن يرجع إلى البائع لأنه قدّم إليه مال نفسه بقاءً بعنوان أنه له فيكون ضامناً له، كما كان ضامناً في فرض كونه مالاً له حدوثاً فالصحيح في المقام هو التفصيل كما ذكرنا.

ومما بيّناه ظهر الحال في المنافع المستوفاه أيضاً، فإنّ في مورد رجوع المشتري إلى البائع في المنافع غير المستوفاه يكون الرجوع إليه في المستوفاه ثابتاً بالأولوية وفي مورد عدم رجوعه إليه لا يفرّق بين المستوفاه وغيره كما هو ظاهر<sup>(١)</sup>.

### القسم الثالث (أ): الغرامه التي يَغْتَرِمُهَا المشتري في قبال العين

#### إشاره

الغرامه التي يَغْتَرِمُهَا المشتري للمالك في مقابل العين كزياده قيمه على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري نحو: لو باع الفضولي ما يقدّم بالشرين بالشره، فتلّف المال في يد المشتري وأخذ المالك قيمه أى العشرين من المشتري فحينئذ المشتري لا- يرجع إلى البائع بالشره الأولى التي أعطاهما في الثمن المسمى لأنها غرامه تقتضيها المعاضه والمعامله التي أقدم المشتري عليها ولا تستند إلى البائع الفضولي فلا يتحملها، ولكن الشره الثانيه الزائده على الثمن المسمى فهي تنشأ من كذب البائع لأنه غارٌّ بالنسبه إليها والمشتري مغرور فيرجع المشتري إليه هذا هو مختار الشيخ الأعظم<sup>(٢)</sup> ثم تعرّض لإشكال ودفعه، قبل ذلك أذكر لك خلاف الأعلام في المقام.

قال العلامة في غصب القواعد: «ويغرّم [المشتري] قيمه العين إذا تلف ولا يرجع»<sup>(٣)</sup>.

وقال السيد العاملي في ذيله: «أى وإن كان جاهلاً لأنه إنّما دخل على كونها

مضمونه فلا غرور بالنسبه إليها مع جهله. وقال في جامع المقاصد: «هذا إنّما يستقيم

ص: ٢٣٤

١-١ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/(٤٨٥-٤٨٣).

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٠٢.

٣-٣ . قواعد الأحكام ٢/٢٣٧.

بالنسبه إلى ما قابل الثمن فلو زادت العين على الثمن فالأصح رجوعه بالزائد لدخوله على أنه في حكم ما لا عوض له فيتحقق الغرور»(١).

قلت: وهو خيره ولده في شرح الإرشاد(٢) والشهيدين(٣) وغيرهم(٤) في باب البيع.

وقد استشكل هو [العلامة(٥)] فيه في موضع من باب البيع وولده في الإيضاح(٦) وفي التذكرة(٧) في الباب. وقد يلوح أو يظهر منه القول بالرجوع. وجزم في موضع آخر من باب البيع بالعدم كما هو ظاهره هنا كما بيناه في باب البيع الفضولي والقسم الرابع من أقسام البيع المحظور من المكاسب وغيرهما(٨).

### إشكال في ضمان البائع بالنسبة إلى الزائد على الثمن المسمى

#### إشاره

أصل الإشكال من العلامة الحلي في بعض كتبه وتبعه ولده في الإيضاح(٩) وأنقل لك كلامه قدس سره حتى يتبين الإشكال.

قال: «إذا تلفت العين المغصوبه عند المشتري، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، ولا يضمن الزيادة التي كانت في يد الغاصب إن كانت في يده أكثر قيمه، ولا يرجع بما يضمنه، عالما كان أو جاهلاً؛ لأنّ الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً.

ولقائل أن يقول: إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف

ص: ٢٣٥

- ١-١ . جامع المقاصد ٦/٣٢٠.
- ٢-٢ . شرح الإرشاد، مخطوط.
- ٣-٣ . الدروس ٣/١٩٣، المسالك ٣/١٦١.
- ٤-٤ . كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤/٧١.
- ٥-٥ . إرشاد الاذهان ١/٣٦١.
- ٦-٦ . إيضاح الفوائد ٢/١٩١.
- ٧-٧ . تذكرة الفقهاء ١٩/٣٣٥، مسأله ١١٢٥.
- ٨-٨ . مفتاح الكرامه ١٨/٣٤٠.
- ٩-٩ . إيضاح الفوائد ٢/١٩١.

من ماله، ويستقرّ عليه الثمن، فهذا صحيح، لكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن قيمه، ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شيء بالتلف، فكان الغاصب مُعزّرا موقعا إياه في خطر الضمان، فليرجع عليه.

وإن كان المراد غيره، فلم قلتم: إنَّ الشراء عقد ضمانٍ على تفسيرٍ آخر؟

وربما انساق هذا الإشكال إلى ما حكى عن بعض الشافعيّين: أنه يرجع من المغرووم بما زاد على قدر الثمن، سواء اشتراه رخيصة في الابتداء [أم] زادت قيمه بعد الشراء، فإنه إذا رجع بما زاد على الثمن واستردّ الثمن لم يلحقه ضرر<sup>(١)</sup>.

وقد ورد هذا البيان في كلام ثاني الشهيدين حيث يقول: «ثم إن كان عوض العين بقدر الثمن فذلك. وإن كان أزيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان، من أن الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحا، ومن دخوله على أن يكون المجموع في مقابله الثمن، وهو يقتضى كون الزائد عليه في معنى التبرّع به وإعطائه إياه بغير عوض، فإذا أخذ منه عوضه رجع به.

وهذا قويّ. ولا يمنع من ذلك كون البيع عقد ضمان، لأنه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقرّ عليه الثمن فهذا مسلم، ولكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن قيمه، ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شيء بالتلف، غاية أنه يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذا بعوضه والباقي سالم<sup>(٢)</sup> له بغير عوض، فكان الغاصب مُعزّرا موقعا إياه في خطر الضمان فليرجع عليه. وإن كان المراد غيره فلم قلتم: إن الشراء عقد ضمان مطلقا؟

وحينئذٍ، فإن رجع المالك على المشتري جاهلاً بعوض المبيع لم يرجع به على الغاصب البائع إن لم تزد قيمته عن الثمن. وإن رجع به على الغاصب رجع به على

المشتري. وإن رجع بالزيادة على المشتري رجع بها على الغاصب. وإن رجع بها على

ص: ٢٣٦

١-١. تذكرة الفقهاء ١٩/٣٣٥ و ٣٣٦، مسأله ١١٢٥.

٢-٢. في نسخه: سالما.

الغاصب لم يرجع بها على المشتري»(١).

أقول: أنت ترى بأن ما ذكره العلامة قدس سره بعنوان «لقائل أن يقول» يراه الشهيد الثانى رحمه الله هو الأقوى ونقله صاحب الجواهر - طاب ثراه - بتمامه فى كتابه(٢).

وحاصل الإشكال: إنَّ المشتري أقدم على ضمان العين التالفه بالثمن المسمى ولكن حيث لم يمض الشارع البيع للفضوليه وعدم قبول المالك أو للغصبيه انتقل الضمان من الثمن المسمى إلى ثمن المثل والقيمه السوقيه كما هو شأن كلّ معامله فاسده. ومع اقدم المشتري على الضمان المعاملى لا- تتحقق قاعده الغرور فلا- يمكن رجوع المشتري إلى البائع بالثمن الزائد على الثمن المسمى.

### وقد أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الاشكال بأن:

وقد أجاب الشيخ الأعظم(٣) عن هذا الاشكال بأن:

قبض المشتري فى البيع الفاسد يقتضى انتقال الضمان المعاملى من الثمن المُسمّى إلى ثمن المثل والقيمه السوقيه والانتقال يتحقق إذا لم يكن مانع فى البين والمانع موجود هنا وهو إقدام المشتري على الثمن المسمى فقط دون الزائد عليه وبالنسبه إلى ما زاد عليه، المشتري مغرور يرجع إلى البائع الغاز بمقتضى قاعده الغرور.

لا يقال: المشتري بنفسه أقدم على الضمان المعاوضى، فهذا الاقدام يستلزم أن قيمه العين التالفه عليه بما فيها الزائد على الثمن المسمى.

لأننا نقول: المشتري أقدم على البيع بالثمن المسمى فقط لأنه جاهل بالفضوليه أو الغصبيه على الفرض، فلم يقدم على ضمان قيمه العين التالفه بما فيها الزائد، فهذا الزائد لم يستقر عليه، بل بقاعده الغرور يستقر على البائع الفضولى أو الغاصب.

وبعبارة أخرى: الموجب للضمان هنا هو جعل المشتري يده على العين وتلفها فى يده فهو ضامن لقيمتها بالقيمه السوقيه بما فيها الزائد ولكنه بالنسبه إلى الزائد مغرور فيرجع إلى غازه البائع.

ص: ٢٣٧

١-٣. المسالك ١٢/٢٢٥.

٢-٤. الجواهر ٣٧/١٧٩.

٣-١. راجع المكاسب ٣/٥٠٣.



مُضافاً إلى أنّ جريان قاعده الغرور هنا أولى من جريانها في القسم الثاني وهو المنافع المستوفاه توسط المشتري، إذ مع فرض جريانها في المنافع المستوفاه فبطريق أولى تجرى هنا حيث لم يصل إلى المشتري في مقابل الغرامه نفع إلى المشتري. «هذا إذا كانت الزيادة موجوده وقت العقد»<sup>(١)</sup>.

وإذا تجددت الزيادة بعد العقد بحيث ترتفع قيمه السوقيه بعد العقد فالحكم برجوع المشتري بالنسبه إليها إلى البائع الفضولي والغاصب أولى من الزيادة الموجوده حتّى العقد لأنّ إقدام المشتري يكون على الثمن المسمى الذي يساوى الثمن المثل حين العقد فقط ولم يقدم على الزائد فيكون مغروراً بالنسبه إليها فيرجع إلى غارّه البائع.

ثمّ لا- ينقضى تعجبي من المحقّق السيّد الخوئي قدس سره حيث لا- يرى قاعده الغرور تامّةً ويعمل بالروايات الخاصه من باب النص والتعبد وقال: «ولا يمكن التعدي عنها»<sup>(٢)</sup> أو

قال: «إنّ قاعده الغرور ممّا لا أساس له»<sup>(٣)</sup>، فكيف يعمل بقاعده الغرور في المقام وقال: «والحاصل: إنّ مقتضى القاعده عدم رجوع المشتري إلى البائع فيما يرجع إليه المالك مطلقاً، لأنّ التلف يكون تحت يده فيكون ولد الضمان عليه، إلّا إنّنا خرجنا عن ذلك بالسيره فيما إذا كان في غير الثمن المسمى فيما إذا كان البائع غاراً للمشتري»<sup>(٤)</sup>. فيرى البائع غاراً للمشتري فيجرب قاعده الغرور.

وأصرح منه كلامه الآخر: «ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه سابقاً من أنّ المشتري يرجع على البائع في موارد الغرور بخلاف البائع فإنّه لا- يرجع على المشتري لأنّه قد غرّه وأتلف المال عليه إنّما هو فيما إذا كانت الغرامه المتوجهه إلى المشتري مستنده إلى إغراء البائع إيّاه وكذبه في دعوى المالكيه...»<sup>(٥)</sup>. وسبحان من لا يسهو.

ص: ٢٣٨

١-٢. المكاسب ٣/٥٠٣.

٢-٣. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٨٢.

٣-١. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٩٥.

٤-٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٨٧.

٥-٣. التنقيح في شرح المكاسب ٢/٩٧.

### القسم الثالث (ب): ما يغرمه المشتري في قبالة الجزء التالف

يظهر حكم الجزء أو الأجزاء التالفة ممّا ذكرناه وأنّ المالك يسترجع ما بقى من عين ماله وفي الأجزاء التالفة رجع بقيمتها على المشتري الذى تلفت الأجزاء عنده، والمشتري يرجع إلى البائع الفضولى أو الغاصب فى الزائد من الثمن المسمى الذى يقابلها، لأنّه مغرور و البائع غار. هذا كلّه إذا كان الجزء ممّا يقسّط عليه الثمن كما بيع كتابين تلف أحدهما.

وأما إذا كان الجزء ممّا لا يقسّط عليه الثمن «فحكمه حكم الوصف، حيث يعدّ المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوباً، ويكون فى الوصف قرار الضمان مع الغرور على البائع [كما يأتى آنفاً] لأنّ كلّاً من البائع والمشتري ضامن للوصف بضمان اليد، ويكون غروره موجبا لقراره على البائع من غير أن يكون من المشتري إقداماً على ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى»<sup>(١)</sup>.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «وأما ما يغرمه [المشتري] بإزاء أجزاءه [أى المبيع] التالفة فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع فى أنّه [أى المشتري] يرجع فى الزائد على ما

يقابل ذلك الجزء [أى فى الزائد على الثمن المسمى]، لا فيما يقابله»<sup>(٢)</sup>.

أى ما يقابل الزائد على الثمن المسمى مع الثمن المسمى = كلّ ثمن الجزء التالف.

### القسم الثالث (ج): ما يغرمه المشتري فى قبالة تلف الوصف

#### إشارة

وأما الأوصاف التالفة فقد فصل الشيخ الأعظم<sup>(٣)</sup> رحمه الله بين ما إذا كان الوصف ممّا يقسّط عليه الثمن - كوصف الصّحة - يثبت له حكم الجزء التالف فيتدارك الوصف الفائت باسترداد ما قابله من الثمن.

وإن كان الوصف ممّا لا يقسّط عليه الثمن رجع المشتري بغرامته إلى البائع، لأنّ المشتري لم يقدم على ضمان الأوصاف حتّى لا يرجع بغرامته إلى البائع.

ص: ٢٣٩

١-٤ . إرشاد الطالب ١٢٩/٤.

٢-١ . المكاسب ٥٠٣/٣.

٣-٢ . المكاسب ٥٠٤/٣.

واعترض المحقق النائيني على هذا التفصيل وقال: «ولكن الحق أنّ الأوصاف مطلقاً لا يقسّط عليها الثمن كالشروط، ولا ينافي ذلك ما يقال: إنّ للوصف أو الشرط قسطاً من الثمن، لأنّ معناه: أنّ قيمه العين تزداد بالوصف أو الشرط، لا أنّ مقداراً من الثمن فى الإنشاء العقدى يقابل الوصف أو الشرط. وهذا لا ينافي ثبوت الخيار بين الردّ والأرش فى العيب لما سيّجىء فى باب العيب: أنّ الأرش ثابت بالتعبد لا من باب أنّ الثمن يقسّط على الوصف والموصوف، وإلاّ وجب أن يكون الأرش من نفس الثمن» (١).

وأضاف تلميذه السيّد الخوئى: «ومن أجل ذلك إذا كانت العين معييه ولم يعلّم بها المشتري إلى آخر الأبد لا يجب على البائع دفع قيمه العيب والأرش وإتّما يجب عند المطالبه، والأرش إتّما يثبت بدليل آخر عند المطالبه كما عرفت» (٢).

وتبعهما شيخنا الأستاذ قدس سره (٣).

### حكم ما يغرّمه المشتري فيما إذا كان البيع فاسداً من غير جهه الفضوليه

#### إشاره

ذهب الشيخ الأعظم (٤) إلى أنّ مورد رجوع المشتري إلى البائع بالغرّامات هو البيع الذى يكون فساده من ناحيه عدم مالكيه البائع للمبيع من جهه الفضوليه أو الغصبيه، ومن هاتين الجهتين يتحقّق الغرور فيرجع المشتري المغرور إلى البائع الغار.

وأما إذا كان البيع فاسداً من جهه أخرى كربويه المعامله أو غرريه البيع أو مجهوليه المبيع ونحوها فلا يرجع المشتري فى الغرامات إلى البائع لعدم تسببها إلى البائع وإلى كذب دعواه فى المالكيه بل الغرامات تسبب عن بطلان المعامله لتلك الجهه الأخرى ويد المشتري العاديه التى لم تنشأ من سبب صحيح شرعى فلا يتم رجوع المشتري إلى البائع.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «... فلو فرضنا البائع صادقاً فى دعواه لم تزل الغرامه، غايه الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه،

ص: ٢٤٠

١-٣. منيه الطالب ٢/١٧٨.

٢-٤. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٩٧.

٣-٥. إرشاد الطالب ٤/١٣٠.

٤-٦. المكاسب ٣/٥٠٤.

فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديري صدق البائع وكذبه»(١).

## قاعده كتيه: في رجوع المشتري إلى البائع الفضول أو الغاصب

### إشاره

كل ما يغترمه المشتري للمالك، يرجع المشتري به إلى البائع لقاعده الغرور، ويستقر الضمان على البائع.

وأما في هذه الموارد فإنّه إذا رجع المالك إلى البائع لم يرجع البائع إلى المشتري لأنّه مغرور والبائع غار والضمان يستقر على الغار.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «أنّ كل ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع عليه، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع»(٢).

وأما إذا تلف المبيع في يد المشتري فقد مرّ أنّه ضمان لقيّمته بالثمن المسمى ثمّ إذا رجع المالك إلى البائع وتكون قيمه السوقية أكثر من الثمن المسمى يأخذ قيمه للسوقية من المالك والمالك يرجع بالثمن المسمى إلى المشتري لأنّ المبيع في يده، ولذا قال الشيخ الأعظم: «وأما ما لا يرجع المشتري به على البائع - كمساوي الثمن من قيمه [الثمن المسمى] فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التلف في يده»(٣).

### إشكال من الشيخ الأعظم على نفسه

ثمّ أورد على نفسه(٤) بأنّ علّة الضمان وهي اليد العدوانيّه مشتركه بين البائع

والمشتري ولذا يجوز رجوع المالك إلى أيهما شاء ولكن «حصول التلف في يد المشتري لا دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه، نعم لو أتلف بفعله رجع، لكونه [إتلاف

ص: ٢٤١

١-١ . المكاسب ٣/٥٠٤.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٠٤.

٣-٣ . المكاسب ٣/٥٠٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٥٠٥.

المشترى] سبباً لتنجز الضمان على السابق»(١). وهو البائع.

وبعبارة أخرى: الإشكال يفرق بين إتلاف المشتري المبيع وتلفه في يده، فذهب في الأول إلى أنّ الإتلاف يوجب رجوع البائع في الثمن المسمى إلى المشتري المتلف والإتلاف سبب لفعليه الضمان على البائع، لأنّ المشتري لو لم يتلفه يمكن رجوع العين إلى مالِكها ولكن بعد الإتلاف ذمّه البائع مشغوله بالقيمة السوقية وذمه المشتري بالثمن المسمى كما مرّ.

وأما الثاني وهو التلف في يد المشتري فلا يوجب رجوع البائع إلى المشتري، لأنه ليس بمتلف بل العين تلفت في يده من باب الاتفاق فلا يستقر الضمان عليه لخروجه من قاعده من أتلف مال الغير فهو له ضامن لأنّ المشتري حينئذ ليس بمتلف.

ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم لحلّ هذا الإشكال إلى بحثٍ مهمٍّ ولذا قال: «توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف من كيفية اشتغال ذمّه كلّ من اليدين ببدل التالف وصيرورته في عهده كل منهما مع أنّ الشئ الواحد لا يقبل الاستقرار إلاّ في ذمّه واحده وأنّ الموصول في قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» شئ واحد، كيف يكون على كل واحده من الأيدي المتعدده؟»(٢).

ومن هذه الجهة تعرض لبحث تعاقب الأيدي(٣).

ص: ٢٤٢

١-١ . المكاسب ٣/٥٠٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٠٥.

٣-٣ . أكثر من تطلق الأيدي على النعم وقد تستعمل قليلاً جمعاً لليد وقد تأتي قليلاً جمع الجمع. أما جمع اليد الذي لا غبار عليه فهو الأيدي.

وَضَلُّ: تعاقب الأيدي

إشاره

ص: ٢٤٣

اشاره

ص: ۲۴۴

## إشارة

فى هذا البحث مشكله مُهمّة لابدّ من حلّها، وهى:

## المشكلة: كيف يعقل ضمان أشخاص لمال واحد بالاستقلال فى آن واحد

## إشارة

المشكلة: كيف يعقل ضمان أشخاص لمال واحد بالاستقلال فى آن واحد بحيث تكون عهده كلّ منهم ظرفاً للمال والمال فى ذمه كلّ منهم على نحو التكاليف الاستقلالية؟ مع إنّنا نعلم بأنّ الذمّه والعهده فى وعاء الاعتبار كالأين الخارجى فكما لا يمكن استقرار شىء خارجى فى زمان واحد فى المكانين فكذلك لا يمكن استقرار مال واحد لشخص واحد فى ذمّه أشخاص متعددين فى آن واحد.

وهذا هو بعينه الضمان العرّضى الذى يقول به أكثر العامه فى بحث ضمان الدين عن المديون لأنّهم يقولون بأنّ الضمان ضمّ ذمّه إلى ذمّه أخرى، خلافاً؛ لما يقول به الخاصه وبعض العامه من أنّ الضمان هو نقل الدين عن ذمّه المديون إلى ذمّه الضامن وهذا هو الضمان الطولى.

ثمّ بعد استحاله عدم إمكان تحقّق الضمان العرّضى فى مقام الثبوت لابدّ من توجيه ما يدلّ عليه فى مقام الإثبات وحمله على الضمان الطولى الممكن.

وبعبارة أخرى: دليل الضمان فى اليد العاديه هو لنبوى الشريف: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(١)</sup> والمراد بـ «ما» الموصوله هو المبيع الشخصى الواحد، وليس

ص: ٢٤٥



للوّاحد الشخصى إلّا بدل واحد، فكيف يتعدد هذا الواحد باستقراره فى ذمّم متعدده؟(١)

ثمّ الفقهاء من الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم - تعرضوا لحلّ هذا الإشكال بأجوبه متعدده، وقد ذكر الشيخ الأعظم رحمه الله مختاره فى الجواب.

### حلّ الشيخ الأعظم عن المشكله

إشاره

(٢)

أجاب عن الإشكال بما حاصله: ضامن أشخاص متعدده لمال واحد معناه اشتغال ذمّه كلّ واحد منهم بالمال على البدل بحيث لو خرج واحد منهم عن هذا الاشتغال سقط ذمّم الكل، وإن لم يخرج ذمّم الكل مشغوله، نظير الواجب الكفائى فى الأحكام التكميليه حيث أنّ المطلوب فيه واحدٌ ولكن المطلوب منه متعدداً فكذلك يمكن أن يكون المال واحداً وضمّانه متعدداً.

وقال الشيخ الأعظم ما نصه: «فقول: معنى كون العين المأخوذه على اليد: كون عهدها ودركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدي متعدده يكون العين الواحده فى عهده كلّ من الأيدي، لكن ثبوت الشئ الواحد فى العهده المتعدده معناه: لزوم خروج كلّ منها عن العهده عند تلفه، وحيث إنّ الواجب هو تدارك التالف الذى يحصل ببديل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلّط المالك على مطالبه كلّ منهم بالخروج عن العهده عند تلفه، فهو يملك ما فى ذمّه كلّ منهم على البدل، بمعنى أنّه إذا استوفى أحدها سقط الباقي؛ لخروج الباقي عن كونه تداركاً، لأنّ المُتَدَارَكَ لا يتدارك.

والوجه فى سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: أنّ مطالبته ما دام لم يصل إليه المُبْدَل ولا بدله، فأياً حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقى شئ له فى ذمّه واحده لم يكن بعنوان البدليه، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

ويتحقّق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على سبيل البدليه، ويستحيل اتّصاف شئ منها بالبدليه بعد صيروره أحدها بدلاً عن التالف واصلاً إلى المالك»(٣).

ص: ٢٤٤

١-٢. راجع المكاسب ٣/٥٠٥.

٢-١. راجع المكاسب ٣/٥٠٥.

٣-٢. المكاسب ٣/٥٠٧-٥٠٥).

ويرى الفقيه السيد اليزدى هذا المقال هو التحقيق فى المسأله إذ قال: «هذا هو التحقيق، ولا اشكال فى تصويره ومعقوليته كما فى التكليف؛ إذ لا- فرق بين الوضع والتكليف فى ذلك، بل يمكن عكسه أيضا، وهو كون المالك أشخاصا متعدده على سبيل البدل، مع كون المملوك واحدا، كما فى مالكيه الساده والفقراء للخمس والزكاه، وكما فى مالكيه كل واحد من الورثه لحق الخيار الثابت للمورث بناءً على أحد الأقوال، من أن كلاً منهم مستقل فى مالكيه الخيار، ومما يناسب المقام حريه أحد العبيد إذا أوصى بعق واحد من عبيده، ولذا يسترج بالقرعه.

وبالجملة: لا مانع من اشتغال ذمم عبيده لمال واحد على سبيل البدل»(١).

وتبعهما المحقق السيد الخوئي(٢) كما يأتى بيانه فى نقد أستاذه النائيني.

ثم تصدى الشيخ الأعظم لتقريب جوابه فى حل الإشكال وردّ النقود عليه بذكر عدّه من الأشباه والنظائر من أبواب المعاملات والعبادات :

### ١- ضمان المال على مسلك العامه حيث أنه ضمّ ذمه

١- ضمان المال على مسلك العامه حيث أنه ضمّ ذمه إلى ذمه أخرى عندهم(٣).

قال العلامة فى ضمان تذكره الفقهاء: «الضمان عندنا ناقل للمال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، فللمضمون له مطالبه الضامن بالمال وليس له مطالبه المضمون عنه، عند علمائنا أجمع - وبه قال ابن أبيليلى وابن شبرمه وداود وأبو ثور(٤)... وقال عامّه الفقهاء - كالثورى والشافعى وأحمد وأسحاق وأبيبيد وأصحاب الرأى: إنّ المضمون عنه لا يبرأ من المال وللمضمون له مطالبه من شاء من الضامن ومن المضمون عنه...»(٥).

ص: ٢٤٧

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٣٠٦.

٢-٢ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٩١، التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٠٣، مصباح الفقاهه ٤/٣٧٣.

٣-٣ . راجع المغنى ٥/(٧٠-٨٣)، الشرح الكبير ٥/٧٢، المجموع ١٤/٢٤، المهذب ٢/٣٠٧، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٢/٦٠١، حليه العلماء ٥/٥٨، الحاوى الكبير ٦/٤٣٦.

٤-٤ . تذكره الفقهاء ١٤/٣٤٢.

٥-٥ . تذكره الفقهاء ١٤/٣٤٣.

وقال: «ليس للمضمون له مطالبه المضمون عنه بل يطالب الضامن خاصةً عندنا. وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وغيرهم: يرجع على من شاء من الضامن والمضمون عنه.

وقال مالك: إنّه لا يطالب الضامن إلاّ عجز عن تحصيله من الأصل لغيبته أو إعساره لأنّ الضمان وثيقه فلا يستوفى الحقّ منها إلاّ عند تعذّره كالرهن...» (١).

## ٢- «ضمان عهده العوضين لكلّ من البائع والمشتري عندنا

٢- «ضمان عهده العوضين لكلّ من البائع والمشتري عندنا كما في الإيضاح» (٢).

نحو: إذا ضمن شخصٌ للبائع عهده الثمن عند ظهور كون الثمن لغير المشتري أو إنكشاف بطلان البيع. أو إذا ضمن للمشتري عن البائع عهده المبيع إن ظهر كونه للغير أو إنكشاف بطلان البيع فحينئذ اجتمعت ذمّتان: ذمّة الضامن وذمه البائع أو المشتري مع وحده المال المضمون به فيجوز للبائع الرجوع إلى المشتري أو الضامن وكذلك يجوز

للمشتري الرجوع إلى البائع أو الضامن، فيجوز اجتماع ذمّتان لمال واحد. (٣) هذا توضيح تنظير الشيخ الأعظم.

وأما كلمة «عندنا» الظاهره في الإجماع فهى مفقوده في كتاب إيضاح الفوائد لفخر المحققين رحمه الله، نعم هى موجوده فى تذكره الفقهاء لوالده العلامة حيث يقول فى شأن ضمان العهده: «... وهذا الضمان «عندنا» صحيح إن كان البائع قد قبض الثمن، وإن لم يكن قد قبض لم يصح» (٤).

ولعلّ الشيخ الأعظم نقل نسبه هذا الإجماع إلى فخر المحققين عن كلام سيّد مشايخه السيّد المجاهد فى مناهله حيث يقول فى ضمان العهده: «هل هذا القسم ناقل أيضا أو لا، بل هو ضمُّ ذمّه إلى ذمّه صرّح بالأوّل فى التحرير... وصرّح بالثانى فى الإيضاح والتنقيح وهو ظاهر مجمع الفائده، بل تبه الأوّل على دعوى الاتفاق عليه، قائلاً:

ص: ٢٤٨

١- ٦. تذكره الفقهاء ١٤/٣٤٤، مسأله ٥٢٥.

٢- ٧. المكاسب ٣/٥٠٧.

٣- ١. راجع هدى الطالب ٥/٥٧٣.

٤- ٢. تذكره الفقهاء ١٤/٣٣٠.

ضمان العهده ضمّ عندهم»(١).

### ٣- «ضمان الأعيان المضمونه على ما استقر به في التذكرة وقواه في الإيضاح»

(٢)

نحو: إذا ضمن لمستعير الذهب والفضة أو للمال المغصوب فحينئذ يجتمع ذمتان بمال واحد ويجوز للمالك المعير الرجوع إلى كل من المستعير أو الضامن، أو للمالك المغصوب منه الرجوع إلى كل من الغاصب أو الضامن.

قال في تذكره الفقهاء: «الأعيان المضمونه كالمغصوب والمستعار مع التضمين أو كونه أحد النقدين والمستام والأمانات إذا خان فيها أو تعدّى فله صورتان:

الأولى: أن يضمن ردّ أعيانها وهو جائز لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه وبه قال أبو حنيفة وأحمد... إذا ثبت هذا فإن ردّها الضامن أو الغاصب برىء من الضمان. وإن تلفت وتعدّر الردّ فهل عليه قيمتها؟...

الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلفت. والأقوى عندي الصحة لأن ذلك ثابت في ذمّه الغاصب فصحّ الضمان...»(٣).

وقال أيضا: «وفي ضمان الأعيان المضمونه والعهده إشكال أقربه عندي جواز مطالبه كل من الضامن والمضمون عنه بالعين المضمونه(٤). أمّا الضامن فللضمان وأمّا المضمون عنه: فلوجود العين في يده أو تلفها فيه. وفي العهده إن شاء المشتري طالب البائع وإن شاء طالب الضامن لأن القصد هنا بالضمان التوثيق لا غير...»(٥).

ونسبه الأفتويه إلى الإيضاح غير تام بل يراه الفخر غير صحيح لأنه قال ذكر الإشكال: «والأصح أنه لا يصح»(٦).

ص: ٢٤٩

١-٣. المناهل ١٣٩/ طبع الحجري، نقل عنه في هدى الطالب ٥/٥٧٤.

٢-٤. المكاسب ٣/٥٠٧.

٣-٥. تذكره الفقهاء ١٤/٣٢١، مسأله ٥١١.

٤-١. في المصدر: المغصوبه.

٥-٢. تذكره الفقهاء ١٤/٣٣٦، مسأله ٥٢٠.

٦-٣. إيضاح الفوائد ٢/٨٥.

كما اختار ابن حمزه (١) وقد حكى فخرالدين (٢) والشهيد (٣) عن العلامة في درسه أنه نفى المنع عن ضمان الإثنين على وجه الاستقلال، قال: ونظيره في العبادات: الواجب الكفائي وفي الأموال [ك- (٤)] الغاصب من الغاصب (٥).

في هذا الفرض صورتان: وأقوال وإشكال للتنبيه على ذلك أذكر كلام الفقيه العامل في المقام حتى يظهر الأمر لك، فما ذكره الشيخ الأعظم لا يتم إلا على إحدى صورتين وعلى أحد الأقوال فيها مع وجود إشكال في المقام.

قال في مفتاح الكرامه: «ضمان الإثنين إمّا أن يقع على التعاقب أو دفعه، فإن وقع على التعاقب فمن رضى المضمون له أولاً بضمانه انتقل المال إلى ذمته وبطل ضمان الآخر، سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول: رضيت بضمان زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس، أو يقول: رضيت بضمان زيد السابق ورضيت بضمان عمرو اللاحق أو بالعكس. وأما إذا رضى بضمان كل واحد منهما دفعه كأن يقول: رضيت بضمان كل واحد منكما انتقل المال إلى ذمه الأول، لأنه إذا رضى بضمان كل واحد منهما فقد رضى بضمان الأول فينتقل المال إليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقاً على المضمون

عنه فيبطل.

وأما إذا وقع ضمان الإثنين دفعه، فإن وقع رضا المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب كأن يقول: رضيت بضمان زيد ورضيت بضمان عمرو صحّ ضمان من رضى بضمانه أولاً، لانتقال المال بالضمان ورضا المالك إلى ذمته، فلا يصادف الضمان الثاني ذمه مشغوله فيبطل. وإن وقع الرضا منه دفعه فهناك ثلاثة أقوال وإشكال:

ص: ٢٥٠

١- ٤. الوسيله / ٢٨١.

٢- ٥. إيضاح الفوائد ٢/٨٩.

٣- ٦. نقل عنهما في مفتاح الكرامه ١٦/٤٧٠.

٤- ٧. الزيادة من مفتاح الكرامه ١٦/٤٧٠.

٥- ٨. المكاسب ٣/٥٠٧.

الأول: قول أبيعلي (١) وهو صحه الضمان، فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع، فإن كانا اثنين طالب كل واحد منهما بنصف المال، ولو زادوا فبالحصه بعد اعتبار العدد.

وفيه: أنه خلاف ما أراده الضامنان واقتضاه العقدان فييطان، إلا أن تقول: الأصل صحه الضمان ولا أولويه، وانتقال المجموع إلى كل من الذمتين ممتنع، فوجب أن نقول: إنه انتقل إلى كل واحد منهما ما يقتضيه التحاص، وهو كما ترى لا يجمع بين مقتضى العقدين.

الثاني: التخيير في مطالبه من شاء منهما ومطالبتهما معا، ويسمى ضمان الاشتراك والانفراد معا، وقد جزموا (٢) به في باب الديات فيما إذا قال: ألتى متاعك وعلى كل واحد منا ضمانه، أو قال: إئني وكلاً من الركبان ضامن. وهو قول ابن حمزه في المقام، قال في «الوسيله» (٣): وينقسم الضمان قسمين آخرين: ضمان انفراد وضممان اشتراك، فضمان الانفراد ضمان جماعه عن واحد، ويكون للمضمون له الخيار في مطالبه المال من أيهم شاء على الإنفراد وعلى الاجتماع. وضممان الاشتراك بالعكس من ذلك. ولعل حجته التمسك بصحه العقدين فإنها الأصل.

ونقل الفخر (٤) والشهيد (٥) عن المصنّف [العلّامه] في درسه المبارك الميمون توجيهه بأن مثله واقع في العبادات كالواجب على الكفايه وفي الأموال كالغاصب من الغاصب.

ونظر فيه في «جامع المقاصد» (٦) بأن العقدين المتنافيين يمتنع التمسك بصحتهما.

ص: ٢٥١

- 
- ١-١ . حكاه عنه العلّامه في مختلف الشيعه: في الضمان ٥/٤٦٧.
  - ٢-٢ . منهم المحقق في شرائع الإسلام: في الديات ٤/٢٥٨، والعلّامه في قواعد الأحكام، في الجنایات في موجب الديه ٣/٦٦٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في تراحم موجبات ضمان النفس ١٥/٣٨٧.
  - ٣-٣ . الوسيله: في الضمان ٢٨١/.
  - ٤-٤ . إيضاح الفوائد: في أحكام الضمان ٢/٨٩.
  - ٥-٥ . لم نعثر عليه ولا على الحاكي عنه.
  - ٦-٦ . جامع المقاصد: في الضمان ٥/٣٤١.

ووجه التنافي أنّ انتقال المال إلى ذمّه أحدهما يقتضى أن لا ينتقل إلى ذمّه الآخر شيء، فيكون ضمانه باطلاً لانتفاء مقتضاه، ولا معنى بالبطل إلاّ ما لا يترتب عليه أثره. وهذا يصلح جواباً عمّا ذكره المصنّف [العلامة] إذ في الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذمم متعدّده، وإنّما وجب على من جرت يده على المغصوب ردّه على مالكة عملاً بعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» (١) فإنّ تعدّد وجب البديل للحيلولة، وهذا لا يتفاوت الحال فيه بقاء العين وتلفها. ومعلوم أنّه مع بقائها لا تكون في ذمّه أحد، وإنّما الذى فى الذمّه وجوب الردّ. فظهر أن ليس هناك مالٌ واحدٌ فى ذمم متعدّده.

ولك أن تقول: إذا تعدّر البديل للحيلولة كان المال الواحد فى ذمم متعدّده ولهذا أقرّه عليه ولده والشهيد، وظاهر الأوّل وصريح الثانى الرضا به. وقد أوردنا (٢) عليه لزوم اجتماع العلل على معلول واحد، إذ العله فى براءة ذمّه المضمون عنه ضمان كلّ واحد. وأجابا بأنّها معرّفات أى أمارات ليست بأسباب، وبأنّ براءة ذمّته معلوله لعدم عله الثبوت وهى الأداء به مع عدم الضمان غيره، وانتفاء عدم الكلّى بوجود جزئيات كثيره جائز. ومعناه أنّ عدم انتفاء الإنسان بوجود زيد وبكر وعمرو وخالد جائز، فتأمل، إلاّ أن تقول: إنّ هذا (٣) خرج عن الأصل فى خصوص هذا الفرد للنصّ والإجماع فيقتصر عليه من دون تعدّد. وبذلك يجاب عن الحال فى السفينه لتطابق الفتاوى ممّن تعرّض له والضروره.

الثالث: البطلان، للحصر فى الأمور الثلاثه، وقد بطل اثنان فتعيّن الثالث. وفى «المختلف» (٤) أنّه أقوى. وفى «جامع المقاصد» (٥) أنّه أصحّ.

ومما ذكر يعرف وجه الإشكال، فيكون دائرا بين الأقوال الثلاثه، فيكون منشؤه

ص: ٢٥٢

١-١. عوالى اللآلى: ١/٢٢٤، ح ١٠٦ و ٣٨٩/، ح ٢٢.

٢-٢. إيضاح الفوائد: فى أحكام الضمان ٢/٨٩، ولم نعر على كلام الشهيد.

٣-٣. أى الغاصب من الغاصب.

٤-٤. مختلف الشيعه: فى الضمان ٥/٤٦٧.

٥-٥. جامع المقاصد: فى الضمان ٥/٣٤٢.

أصله الصَّحَّة، ووقوعه من أهله، ومن اتَّحد الحقَّ ومن عدم الأولويه»(١).

## اعتراض المحقق النائيني على جواب الشيخ الأعظم ومختاره في حل الإشكال

### إشاره

قال قدس سره : «ولا يخفى ما فيه من الفساد وذلك لعدم صحه تعدد الضمان العرضي ثبوتا

ولا إثباتا.

وفساد ما ذكره قدس سره من النظائر بالمنع عن تلك النظائر إمّا من حيث الصغرى وإمّا من حيث الكبرى.

أمّا استحاله تعدد الضمنا عرضا ثبوتا: فلأنّ الذمه في عالم الاعتبار تكون في حكم أين خارجي يستقر فيه المال إلا أنّ الذمه لمكان اعتباريتها وسيعه تسع كلّ شيء يصحّ اعتباره فيها ولهذا يقال بأنها بيداء واسعة، فكما أنّه لا يعقل قرار مال واحد في مكانين عرضا بأن يكون قراره في أحدهما بعين قراره في الآخر وفي عرضه فكذلك استحاله قراره في مكانين خارجيين، وهذا على ما هو التحقيق في باب الأحكام الوضعيه من قابليه تعلّق الجعل بها استقلالاً وأنّ الضمان حكم وضعي مجعول مستقل بالجعل لا أنّه منتزع عن الحكم التكليفي.

نعم، على القول بالانتزاع عن التكليف يمكن تكليف شخصين أو أشخاص بالأداء على نحو الواجب الكفائي فينتزع منه وضع وهو الضمان على نحو التصوير الكفائي حسب منشأ انتزاعه لكنّ القول بانتزاع الضمان عن التكليف فاسد وهو [الشيخ الأعظم] قدس سره أيضا لم يتكلّم في المقام على ذاك الفرض.

وبالجمله فعلى ما هو التحقيق في باب الضمان فلا يتصور تصوير النحو الواجب الكفائي فيه.

وأمّا عدم ما يدل عليه إثباتا: فلما سنوضحه من أنّ أدله الضمان في صورته تعدده يدلّ على الضمان الطولي الذي هو بمكان من الإمكان ثبوتا حسبما نوضحه إن شاء الله.

ص: ٢٥٣



وأما فساد ما استشهد به قدس سره تأييدا لما ادعاه ممّا يكون الضمان فيه عرضيا.

أما الضمان على طريقه الجمهور فهو وإن كان ينطبق على الضمان العرضي. لكنّه فاسد لا نقول به والاستشهاد بأمر فاسد عندنا مضروب عنه لا نقول به أصلاً.

وأما ضمان درك المبيع أو الثمن عند ظهور المستحق: فهو ليس من باب الضمان العرضي بأن يكون الثمن مضمونا على البائع في عرض ضمانه على الأجنبي والمبيع مضمونا على المشتري في عرض ضمانه على الأجنبي بل معنى ضمان الأجنبي للثمن أو المثل هو أنّه لو تلف المضمون أو امتنع المضمون عنه يكون عوضه على الضامن، ونتيجة هذا أنّه مع تلف المضمون أو امتناع المضمون عنه لا يشتغل إلاّ ذمه

الضامن، ومع وجوده وعدم امتناع المضمون عنه لا يشتغل إلاّ ذمه المضمون عنه، فلم يجتمع ضمان المضمون عنه مع ضمان الضامن لكي يكونا عرضيين.

نعم غاية ما هناك وجوب إلزام الضامن للمضمون عنه بالردّ إلى المالك في صورته وجود العين، لكن أين هذا من الضمان بمعنى استقرار ذمه الضمان بالمال وكون مال المالك في صندوق ذمته كما لا يخفى.

وأما ضمان الأعيان المضمونه: كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بأن يضمن الضامن للعين المضمونه لا ما استقر في الذمه على تقدير التلف.

ففيه: مع أنّه محل للخلاف، فإنّ المحكى عن جماعه هو المنع عنه، أنّ معنى ضمانه على الضامن ثبوت بدله عليه عند التلف من المثل أو قيمه، ووجوب إلزام المضمون عنه بأدائه على تقدير وجوده، فليس هو أيضا من باب الضمان العرضيين. فإنّ المضمون له على تقدير وجود العين لا يرجع إلاّ إلى المضمون عنه، ومع تلفه ليس له الرجوع إلاّ إلى الضامن فلا يكون المال مستقرا في ذمه الضامن مع قراره في ذمه المضمون عنه.

وأما ضمان الاثنين لواحد: على نحو الاستقلال بحيث يكون كلّ واحد ضامنا لهذا المال الواحد في عرض ضمان الآخر فهو عين ما هو المدعى في المقام فلا وجه لجعله شاهدا للمقام. وعلى نحو التشريك لا ينتج إلاّ التشريك في ضمان واحد لا استقلال كلّ واحد بالضمان، نظير استقراض شخصين عن واحد، حيث أنّه أيضا موجب

لتشريكهما في الدين لا وقوع تمام الدين في ذمته كل واحد منهما بالاستقلال.

وأما التنظير بالواجبات الكفائية في العبادات، ففيه أنه على تقدير تصويره في المقام يوجب عدم ضمان كل واحد منهما لا ضمان أحدهما على البديل، وذلك لأن المعنى المتصور في الكفائية في العبادات على ما حَقَّق في الأصول هو تقييد إطلاق خطاب كل واحد من المكلَّفين بعدم قيام الآخر به. إذ معنى صلُّ في الواجب المعين العيني هو وجوب الصلاة على المخاطب سواء صلى شخص آخر أم لا، ومعنى صلُّ على الميت كفايه هو وجوب الصلاة على المخاطب في ظرف عدم صلاة شخص آخر لا مطلقاً. وهذا المعنى في باب الضمان، يوجب عدم ضمان كل واحد منهما، ضروره أن ضمان كل واحد يوجب عدم ضمان الآخر لأنَّ ضمانه (حينئذ) في ظرف عدم ضمانه وهو مستلزم لعدم ضمان كل واحد منهما كما لا يخفى.

بالجملة فشيء من هذه الموارد لا يثبت صحة الضمان المتعدد عرضاً والمتحصل

استحاله تعدد الضمان عرضاً ثبوتاً وعدم الدليل عليه إثباتاً.

بل التحقيق في مورد تعدد الضمان هو طوليه الضمان، وبطوليته يتم الأمور المتقدمه، وما سيحى من عدم جواز رجوع المالك إلى الغار. بل ليس له الرجوع إلا إلى المغرور، وعدم جواز رجوع المغرور إلى الغار قبل الاغترام للمالك، وعدم جواز رجوع الدائن إلى المديون بعد ضمان الضامن عن المديون، بل يتعين عليه الرجوع إلى الضامن، كما أن الضامن لا رجوع له إلى المضمون عنه إلا بعد أداء ماضمه إلى المضمون له، وجواز رجوع المالك إلى كل واحد من الأيادي المتعاقبه. وجواز رجوع كل سابق إلى لاحقه الذي تلف المال عنده على تقدير رجوع المالك إلى السابق.

وتوضيح الضمان الطولى: إنَّ معنى المعقول من تعدد الضمان هو أن يكون أحدهما فيما إذا كانا اثنين مثلاً. ضامنا للمالك والآخر ضامنا لما ضمنه الآخر وما استقر في ذمته.

وبعبارة أخرى: يكون الأول مشغول الذمه بالمالك والثاني بما اشتغل به ذمه الأول، فاشتغال ذمه الثاني يكون في طول اشتغال ذمه الأول، وهذا يتصور على قسمين

فإنه إما لا يصح للمالك أن يرجع إلى الثانى فى عرض رجوعه إلى الأوّل بل لا بد له من الرجوع إلى الأوّل ثم الأوّل بعد تأديته لما فى ذمته يرجع إلى الثانى، وإما أن يصح له الرجوع إلى الثانى كما يصح له الرجوع إلى الأوّل.

غايه الأمر أنه إذا رجع إلى الثانى لا يرجع الثانى إلى الأوّل، وإذا رجع إلى الأوّل فالأوّل يرجع إلى الثانى، وهذا الاختلاف ينشأ من سبب الضمان، فإنّ الضمان إما عقدى كما فى مورد التماس المديون ضمان ما فى ذمته، أو يكون بالاتلاف، أو يكون بسبب الأيادى المتعاقبه، وفى الأوّلين أعنى العقد والاتلاف لا رجوع للمالك إلا إلى الضامن الأوّل.

أما فى العقدى فلأن الضامن الذى يضمن بالتماس المديون تشتغل ذمته بدين المالك بالضمان، ويبرء المديون المضمون عنه عن الدين ومعه فليس للداين حينئذ أن يرجع إلى المديون المضمون عنه لبراءه ذمته عن دينه وإنما المشتغل به هو الضامن.

ثم إذا أدى الضامن ما فى ذمته من الدين تشتغل ذمه المضمون عنه بالضامن فللضامن حينئذ الرجوع إليه بعد ما أدى إلى المضمون له و... .

ثم إنّ أسباب الضمان كما عرفت ثلاثه لا رابع لها:

الأوّل: العقد والأمر المعاملى مثل أمر المديون بثالث بأداء ما عليه من الدين أمرا معامليا نظير أمر صاحب المتاع الحمال بأن يحمل متاعه فإنه يجب عليه أداء أجره الحمل لأمره به، لا أمرا غير معاملى نظير التماس الملتمس عن أحد فى حمل متاعه على نحو التفضل مثل أوامر الفقراء والمساكين.

الثانى: الإيتلاف.

والثالث: اليد.

فكما يتصور تحقق ضمان واحد بكلّ من هذه الأسباب الثلاثه يتصور تعدده أيضا.

فالأوّل كما فى أمر المديون بأداء دينه فأنه ضامن للمسؤول عنه فالمسؤول عنه هو الضامن الأوّل الذى يضمن عن المديون بالتماسه والمديون هو الضامن الثانى الذى

يضمن ما يؤديه المسؤول عنه فالمديون ضامن لما ضمنه الضامن بالتماسه.

والثاني كما إذا أتلّف أحد بتغيير آخر فإنّ المتلّف ضامن للمالك بإتلافه والغارّ ضامن للمتلف بتغييره إيّاه.

والثالث كما في تعاقب الأيادي.

ولهذه الأسباب الثلاثة أحكام مشتركة بين الجميع وأحكام مختصة ببعضها، والأحكام المشتركة بينها أمران:

احدهما: كون الحق في الجميع واحدا مع تعدد الضمّناء ويكون كلّ لاحق ضامنا لما في ذمه الضامن السابق على ما هو معنى الطولية نظير تعدد أمكنه شىء واحد في عالم العين طولاً مثل كون المصباح في المشكوه والمشكوه في البيت فكما أنّ تعدد أمكنه شىء واحد طولاً بحسب العين أمر معقول كذلك تعددها بحسب عالم الاعتبار معقول وكما أنّ تعدد أمكنته عرضاً في عالم العين غير معقول بأن يكون في مكان في حال كونه في مكان آخر كذلك تعددها في عالم الاعتبار غير معقول بأن يكون في ذمه في حال كونه في ذمه أخرى.

الأمر الثاني: عدم جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل أداء ما في ذمته وهذا الأثر مشترك في الأسباب الثلاثة وإن كان المنشاء مختلفاً حيث أنّ في الضمان العقدي إلتزام العقدي مقتض لعدم جواز رجوع الضامن إلى المضمون عنه إلا بمقدار ما يؤديه بعد الأداء وفي الضمان بالغرور هو دليل تلك القاعده أعنى النبوى المعروف المعتضد بالعمل أو

الإجماع المنعقد على مضمونه وفي ضمان اليد هو قاعده على اليد فالدليل مختلف في الموارد الثلاثة ولكن الأثر واحد.

وأما الأثر المختص بكل واحد منها:

فالضمان العقدي يختص بأنه تابع لما التزم به بقدر الإلتزام فإنّ التزم الضامن اللاحق بالتعهد بما في ذمه الضامن السابق يكون موجبا لبراءه الضامن السابق واشتغال ذمه اللاحق كما كان ضمان الضامن السابق عن المديون موجبا لبراءه المديون عن الداين واشتغال الضامن بما يكون في ذمه المديون وان التزم الضامن الثاني بما في ذمه المديون

لا- بما ضمنه الضامن الأول يكون باطلاً حيث أنه لم يكن في ذمته شىء وكان بريئاً بسبب ضمان السابق وعلى فرض صحته يكون موجبا لهدم الضمان السابق وبالجملة فهو تابع لكيفية الالتزام وهذا بخلاف ضمان اليد فإنّ اللاحق فيه ضامن لما ضمنه السابق على ما مرّ شرح القول فيه ويشترك ضمان العقدي مع ضمان الاتلاف في أنه لا يتصور فيهما الضمنا المتعددون بحيث يرجع المالك إلى كل واحدٍ منهم دون ضمان اليد، أمّا الضمان العقدي فلأنّ الضمان على مذهب الخاصه عباره عن انتقال ذمه إلى أخرى فقبل ضمان الضامن كان الدين في ذمه المديون وبعد ضمانه انتقل الدين عن المديون إلى الضامن وصار المديون بريئا عن الدين فما اجتمع اشتغال ذمه المديون مع اشتغال الضامن معا حتّى يكون ضمانهما طوليا أو عرضيا.

وأما ضمان الإتلاف فلأنّهُ لا يعقل قيام الإتلاف بشخصين حتّى يكونا معا ضامين لمال واحد بل الضامن للمالك ليس إلاّ المتلف محضا وإتّما الغارُّ ضامن للمتلف للمالك فليس للمالك إلاّ الرجوع إلى المتلف لا الغارُّ وهذا ظاهر.

وأما ضمان اليد ففيه يتصور تعدد الضمنا بالنسبه إلى المالك فالضامن الثاني كما يكون ضامنا للأوّل بمعنى كون ذمته مخرجا لما في ذمه الضامن الأوّل وللأوّل الرجوع إليه بعد تأديه ما في ذمته إلى المالك بمقدار ما أدى ضامن للمالك أيضا بمعنى أنّ للمالك أن يرجع إليه دون الأوّل إلاّ أنّه إذا رجع المالك إليه فهو لا يرجع إلى الأوّل وان رجع إلى الأوّل فالأوّل يرجع إليه ما لم يكن الأوّل غارا له.

هذا تصوير تعدد الضمنا طولاً في الصور الثلاث (1) والآثار المترتبة على كلِّ

واحدٍ منها ثبوتا.

وأما اقامه الدليل عليه اثبات:

أمّا الضمان العقدي: فالدليل على ضمان الأمر بالعمل أو اداء ما عليه من الدين ليس إلاّ ما يدل على ضمان المستوفى لمال أو عمل محترم بأمر معاملى فنفس ما يدلّ

ص: ٢٥٨

على ضمان المستوفى لعمل محترم أو مال محترم بأمر من المستوفى أمرا معامليا يدلّ على ذاك الضمان الطولى أعنى ثبوت عهدته بما يعمله العامل أو يؤديه الملتمس عنه واستقرار الضمان عليه بفعل الملتمس عنه ما التمس منه من الفعل أو أداء الدين ونحوه فقبل صدور العمل من العامل لا يكون للآمر ضمان إلاّ بنحو القوه بمعنى أنّ للعامل أن يعمل لكي يصير الأمر ضامنا ويعمل المأمور ما التمس منه يثبت الضمان على الأمر ويستقر ذمته بما أداه ولا يخفى أنّ ما تصورناه فى عالم الثبوت ينطبق على ما يستفاد من الدليل فى مرحله الإثبات من غير إشكال.

وأما ضمان الاتلاف: فالدليل عليه هو النبوى المعروف (المغرور يرجع إلى الغار) ولو نوقش فى سنده ولو بعد الاعتضاد بالعمل فيتمسك بالاجماع حيث أنّه لاخلاف فى حكم رجوع المغرور إلى الغار وكون الحكم به إجماعيا وحيث أنّ الثابت من الدليل هو صحه رجوع المغرور بما اغترم ويكون بعنوان التدارك عمّا يغترمه فلا جرم لا يكون رجوعه إلاّ بعد الاغترام وهذا ما ذكرناه من طوليه الضمان أى كون الغارّ ضامنا لما يغترمه المغرور ويؤديه إلى المالك بعد الاغترام.

وأما ضمان اليد: فالدليل عليه انما هو الحديث المبارك المعروف «على اليد ما اخذت حتّى تُؤدّيّه». وتوضيحه على وجه يوافق مع ما تصورناه ثبوتنا من الضمان الطولى أن يقال معنى ضمان العين هو اعتبار قرار المال فى صندوق الذمه نحو قراره فى الصندوق الخارجى ومقتضى دلاله على اليد هو تعلق الذمه بما استقر على اليد بنفس استقراره لا ثبوت ضمانه عليه عند تلفه بحيث يكون لقرار الضمان على الذمه حاله منتظره إلى حين التلف إذ هذا شعر محض لا ضروره فيه، نعم فعليه الضمان وظرف مطالبه الضامن بالمثل أو القيمه إنّما هو بعد التلف لا أنّ اصل ضمانه يكون بعد التلف لكن العين الخارجيّة (1) باستقرار اليد عليها لا تثبت فى الذمه إذ هي غير قابله لأن تثبت فى الذمه بل الثابت فى

الذمه باعتباره فيها اعتبارا عقلايا هو ما يناسب قراره فيها نظير ضروره لزوم مناسبة

ص: ٢٥٩

المظروف مع ظرفه فالثابت في الذمه من العين الخارجيه هو الأمر المجرد الذي هو بدل من العين الخارجيه ويكون ثبوته فيها على نحو البديله فمقتضى على اليد ما اخذت بالنسبه إلى اليد الأول أعني عموم الموصول هو إثبات العين الخارجيه في ذمه الضامن على نحو يناسب ثبوتها فيها فباستقرار المال في يد الضامن الأول يثبت بدله في ذمته بحكم عموم على اليد ثم إذا استقر على يد الضامن الثاني يكون المال الذي قد استقر بدله في ذمه الضامن الأول مستقرا على يد الضامن الثاني فيحكم عموم الموصول في على اليد يثبت في ذمه الضامن الثاني بمثل ثبوته في ذمه الضامن الأول لكن ثبوته في ذمه الضامن الثاني لما كان بعد ثبوت يَدِهِ في ذمه الضامن الأول فلا جرم يكون هو بما ثبت بدله في ذمه الأول ثابتا في ذمه الثاني فعموم على اليد يدل على ضمان الأول والثاني معا لكن ضمان الأول يكون للمال بما هو هو وضمن الثاني يكون للمال بما هو ثابت في ذمه الضامن الأول، والسر في ذلك هو أنّ العموم المذكور ينحل إلى قضايا متعدده بعده موضوعاتها فكل يد عادية يخصصها فرد من الحكم ومقتضى كل واحده من هذه الأحكام هو ثبوت ما على اليد في ذمه صاحب اليد على نحو استقراره على اليد فان استقر على اليد بماله من المنفعه فيستقر في الذمه كذلك وإن استقر على اليد بلا بدل فيستقر في الذمه بلا بدل وإن استقر في حاله له البديل فيثبت في الذمه بما له من البديل.

والحاصل: إنّ مقتضى انحلال العموم هو ثبوت ما على اليد في ذمه صاحب اليد بماله من اللون من كونه مع المنفعه أو بلا منفعه ومع البديل أو مع عدمه وحيث أنّ استقرار المال على يد الغاصب الأول يكون بلا بدل فيكون ثبوته في ذمته أيضا كذلك بلا بدل وحيث أنّ قرار الضمان على الضامن الثاني يكون بعد ثبوت بدله في ذمه الضامن الأول فيكون ثبوته في ذمه الثاني بما له من البديل ونتيجه هذا صحه رجوع المالك إلى الضامن الثاني كصحه رجوعه إلى الضامن الأول لكون الثاني ضامنا للمالك كالأول وصحه رجوع الضامن الأول إلى الثاني إذا رجع المالك إليه بعد تأديه ما في ذمته إلى المالك بمقدار ما أدى وعدم صحه رجوع الضامن الثاني إلى الأول إذا رجع المالك إلى الثاني فيما إذا لم يكن في البين غرور.

وقد تحصل أنّ الاستدلال بعموم على اليد لإثبات الضمان الطولى بالمعنى المتقدم فى الأيدى المتعاقبه المصحح لمذهب المشهور من صحه رجوع المالك إلى كل من تلك

الأيدى وصحه رجوع كل سابق إلى لا حقه إذا رجع المالك إلى السابق والمترتب عليه الفروع الآتية يتم بأمرين: أحدهما إنّ ثبوت الضمان لا يتوقف على تلف العين بل هو ثابت مع وجودها أيضا إلا أنّ فعلية الضمان وظرف مطالبه المالك عن الضامن بالمثل أو قيمه هو ظرف التف. وثانيهما إنّ مقتضى انحلال عموم على اليد وتخصص كل حكم من تلك الأحكام المنحله بموضوعه على ما هو عليه هو ثبوت ضمان العين على اليد فإن كان مع البديل فمع البديل وإن كان بلا بديل فبلا بديل وبعد تماميه الأمرين نقول قرار العين على يد الضامن الأول يكون بلا بديل فيضمنه الضامن الأول بلا بديل وقرارها على يد الضامن الثانى يكون بعد ثبوت بدلها على ذمه الضامن الأول فيضمنه الضامن الثانى بما له بدل فى ذمه الضامن الأول والحاصل إنّ مال المالك إذا استقر على يد الضامن الثانى بعد قرار بدله فى ذمه الضامن الأول يحتمل أن يكون قرار ضمانه فى ذمه الضامن الثانى مع قطع النظر عن ثبوت بدله فى ذمه الضامن الأول فيكون الضامن الثانى ضامنا للمالك فى عرض ضمان الضامن الأول وهذا معنى الضمان العرضى ويحتمل أن يكون ما ثبت بدله فى ذمه الضامن الأول ثابتا فى ذمه الضامن الثانى مع ماله من لون ثبوت بدله فى ذمه الأول فيكون الضامن الأول ضامنا للمالك ماله الذى ثبت ضمانه على الأول وهذا معنى الضمان الطولى فيكون ذمه الثانى مخرجا لما فى ذمه الأول.

هذا بحسب عالم الثبوت وأما بحسب مرحله الاثبات فالمتعين هو الاحتمال الأخير وذلك لوجوه الأول: استحاله الضمان العرضى مع تعدد الضمنا بالبيان المتقدم حيث أثبتنا استحاله كون مال واحد فى ذمتين عرضا كاستحاله قراره فى مكانين خارجيين. الثانى: انحلال عموم على اليد بأحكام متعدده حسب تعدد موضوعاتها واختصاص كل حكم بموضوعه بماله من الخصوصيات وقد تقدم شرحه. الثالث: اطلاق دليل على اليد فان مقتضى إطلاقه اشتغال ذمه كل ذى يد بما حصل عنده على ما هو عليه فتجريد المال عن كونه فى ذمه الضامن الأول وإثباته فى ذمه الضامن الثانى مجردا عن



تقيده بالثبوت في ذمه الأول كما كان ثابتا في ذمه الأول مجردا عن التقييد بثبوته في ذمه أخرى يحتاج إلى مقيد لإطلاق دليل اليد مفقود حسب الفرض ومع عدم ما يوجب التقييد يكون المحكم هو الإطلاق. ومما ذكرنا ظهر الفرق المتقدم إليه الإشارة بين الضمان الحاصل بسبب اليد وبين الضمان الحاصل بسبب العقد أو الغرور حيث أنّ تعدد الضمنا لا يتصور إلا في الأول دون ضمان الغرور والعقد وأنّ التعدد في ضمان اليد طولى لا

عرضى وأنطبق ما تصورناه في مرحله الثبوت على ماددّ عليه الدليل في مرحله الإثبات وبه تم مذهب المشهور واندفع جميع ما يتصور في المقام من الإشكالات»(١).

### اعتراض السيد الخوئي على أستاذه النائيني

#### إشارة

قال: «ولكنه ممّا لا يمكن المساعدة عليه لا بحسب المبني ولا بحسب البناء.

أمّا فساد ما أفاده بحسب المبني: فهو من أجل أنّ الوجوب الكفائي عنده قدس سره ليس عبارته عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر، بل هو سنخ من الوجوب يغاير الوجوب المشروط وتوضيح ذلك الإجمال: أنّ المولى تارة يرى المصلحة في خصوص فعل معين ويقوم غرضه به على نحو التعيين، فيتعلق شوقه به تعيينا لأنّه مقتضى كون الفعل ممّا يقوم به غرضه سيّما على المسلك المشهور من تبعيه الأحكام للمصالح أو المفاسد في متعلقاتها، وهذا يعبر عنه بالوجوب العيني وهو واضح.

وأخرى يرى المولى المصلحة في كلّ واحدٍ من الفعلين على نحو يتساويان في إفاده الغرض، وكلّ واحد من الفعلين يقوم بغرضه ويفى به، وفي مثل ذلك لا وجه لتعلق شوقه بأحد الفعلين على التعيين، لأنّه ترجيح بلا مرجح وهو مستحيل، فلا بدّ من أن يتعلّق شوقه بأحدهما على نحو التخيير كما في مثل الكفّارات الثلاث ويعبر عنه بالوجوب التخييري.

ومنه يظهر الحال في تصوير الوجوب الكفائي وأنه إذ رأى المصلحة في فعل معين من غير خصوصيه للفاعلين في تحصيل غرضه كما إذا كان المولى عطشانا فأمر أحد

ص: ٢٤٢

غلمانه العشره بسقيه ومجيئه بالماء بأن يقول فليجي أحدكم بالماء، لا يمكن أن يتعلّق شوقه باتيان أحدهم على نحو التعيين، إذ لاوجه للترجيح من غير مرجح، بل يتعلّق شوقه باتيان أحدهم على نحو التخير، فالفرق بين الكفائي والتخييري أنّ في الكفائي تلغى خصوصيات الفاعلين وفي التخييري تلغى خصوصيات الأفعال.

وكيف كان، فليس الوجوب الكفائي عنده عبارته عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر حتّى يستشكل بذلك في تصويره في الضمان. وبناء على ما ذكرناه لا- مانع من تصويره في المقام، كما يمكن تصوير الوجوب التخييري فيه، فإنّه كما لا مانع من أن تتحقّق في ضمان أحد الأشخاص لمال معيّن، هذا كلّه بحسب المبنى.

وأما فسادة بحسب البناء: فلأنّ لو أغمضنا عمّا أشرنا إليه آنفاً وبيننا على أنّ الوجوب الكفائي عبارته عن الوجوب المشروط بعدم إتيان الآخرين، فلا مانع من تصوير مثله في الضمان في الأيادي المتعاقبه، وذلك لأنّ الشرط حينئذ ليس عبارته عن عدم ضمان الآخرين حتّى يقال إنّ مرجع ذلك إلى أنه لا ضمان في شخص منهما فعلاً، لأنّنا إذا قلنا بضمان هذا الشخص فذاك غير ضامن كما أنه إذا قلنا بضمان الثاني فالأول ليس بضامن، بل الشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر في التكليف وعدم أداء الآخر ما في ذمّته في الضمان، إذ لو علّقنا الوجوب في حقّ أحدهما على عدم الوجوب للآخر منهما، فكما لا يعقل ذلك في الضمان لرجوعه إلى عدم ضمان شخص منهما فعلاً، كذلك لا يعقل ذلك في الواجبات والأحكام التكليفية لأنّ مرجعه إلى عدم الوجوب بشيء منهما فعلاً لأنّنا إذا حكمنا بوجوبه على هذا الشخص فالآخر غير واجب عليه كما إذا حكمنا بوجوبه على ذاك الشخص فعلى الأول غير واجب ولا يمكن أن يكون الفعل واجبا عليهما معا.

وكيف كان، فالشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر للأمر في الوجوب الكفائي وفي الضمان الكفائي عبارته عن عدم أداء الآخر للبدل، وعليه فكما يعقل تصوير الكفائي في الأحكام التكليفية كذلك يعقل تصويره في الضمان، إذ لا- مانع من أن يحكم بضمان هذا الشخص لو لم يؤدّ الثاني البدل، ويحكم بضمان ذاك إن لم يؤدّه الأول منهما، فيكون ضمّانا مشروطا بعدم أداء الآخر، وهو ممّا لا محذور فيه.

بل لو فرضنا أنّ شخصين تصرفا في مال الغير في زمان واحد من دون أن يسبق أحدهما الآخر في وضع يده عليه، لا يمكن فيه الالتزام إلاّ بضمان أحدهما على نحو التخيير والوجوب الكفائي، إذ الحكم بضمانهما معا غير صحيح، لأنّ المال الواحد لا معنى أن يكون له بدلان، والحكم بعدم ضمانهما بوجه ممّا لا يمكن التفوّه به فيتعيّن أن نحكم بضمان أحدهما لا على نحو التعيين، فهذا الشخص محكوم بالضمان مشروطا بعدم أداء الثاني البديل كما أنه محكوم به إن لم يؤدّ بدله الضامن الأوّل.

فالمتخصّيل من جميع ذلك: أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري قدس سره من تصوير الضمان الكفائي في الأيادي المتعاقبه هو الصحيح، وأنّ مسلك العامّه في باب الضمان أمر ممكن وغايه ما هناك أنه لم يبق عليه دليل في باب الضمان، بخلاف المقام فالالتزام به في المقام ممّا لا مانع منه، وهذا بخلاف الالتزام به في باب الضمان لعدم الدليل عليه هناك، بل الدليل قائم على عدمه في ذلك الباب.

نعم يظهر من بعض كتب العلامه (١) قدس سره أنّ مسلك الجماعه أمر غير معقول، إلاّ أنّك عرفت أنه أمر يمكن غايه الأمر أنّ الدليل لم يساعده في باب الضمان...» (٢).

### مناقشه السيّد الخوئي في بيان الأستاذ المحقّق - مدظله -

قال: «يرد على السيّد الخوئي قدس سره أوّلاً: أنّه بناءً على تصوير تعلق التكليف بالكلّي مع الغص عن صحته وعدمها في الواجب الكفائي فهو غير منطبق في باب الضمان، لأنّ تحقّق الضمان مبنّى على أربعة قواعد وهي: أقوائيه السبب عن المباشر وقاعده الإلتلاف وقاعده الغرور وقاعده اليد. ومن المعلوم أنّ موضوع الضمان قائم بالشخص، أمّا السبب فقائم بالوجود الشخصي ومن المستحيل قيام السبب بالشخص والمسبّب بالطبيعي والكلّي لاستلزامه تخلف السبب عن مسببه والحكم عن موضوعه، واعتبار ضمان الإلتلاف الصادر عن الشخص كلّياً يعني استلزام تعلق الضمان بالطبيعي عند صدور الفعل

ص: ٢٤٤

١-١ . راجع التذكرة ٢/٩٣، البحث الرابع، النظر الأوّل (١٤/٣٤٣).

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/(١٠٣-١٠١).

عن الشخص وهو ممنوع. لأنَّ المستولى هو الشخص دون طبيعه ولو سُيِّمَ فإنَّ المستولى حصه الطبيعه دون طبيعه بنفسها، وموضوع الضمان فى قاعده اليد هى اليد المستولى على العين دون طبيعه أو حصتها.

وثانيا: حتى لو سلّمنا إمكان قيام السبب بالوجود الشخصى والمسبب من خلال الكلى ونعنى بذلك قيام السبب بالشخص والحكم بالطبيعه فإن مشكله وهى تعدّد الضمان ووحده المضمون لاتزال (1) باقيه، كما إنَّ الالتزام بأنّ الضمان يتعلّق بالكلى ويسقط بأداء الفرد عاجزٌ عن رفعها، لأنّ أداء الفرد المسقط لضمان الكلى فرغ اشتغال ذمّه الفرد وضمانه، ولولاها لما سقط ضمان الكلى، وهكذا يعود الإشكال مرّة أخرى، حيث أنّ مصاديق الكلى متعدّده وكلّ واحدٍ منها يعدّ بأداءه مسقطا للضمان عن بقيه مصاديق الكلى، وهكذا تتعدّد الذمم الضامنه مع وحده المضمون.

وثالثا: إنّ قياس المقام مع ملكيه الكلى، يعدّ قياسا مع الفارق، فالملكيه فى الأخيره قائمه باعتبار المعتر، سواءً كان الجاعل المعتر شارعا أو غيره، فيعتبر العرف الملكيه لعنوان كلى كالأوقاف والوصايا العامه، الموضوعه ويرتّب عليها الأثر كعنوان الإمام وابن السبيل والفقير، فإنّ المالك فى هذه الموارد عنوان كلى ذات مصاديق عديده،

ولا مانع من ذلك، لأنّ سبب الملكيه الكليه حاصل من خلال جعل الجاعل واعتباره، فمن حقّه الجعل والاعتبار، فقد يكون كليا وقد يكون جزئيا، فإذا كان كليا كانت مصاديقه كلى الأفراد المنطبقه عليها العنوان المجعول، أمّا إذا كان السبب المجعول جزئيا قائما بالشخص، فحينئذٍ لا يعقل فرض المصاديق المجعوله كليا برغم جزئيه السبب كما فى المقام، حيث أنّ عنوان الضمان متعلّق بخصوص ذمّه المستولى على المال، ولذلك كان الصحيح أن يُقاس المقام بباب الحيازه - حيث أنّ سببها قائم بالشخص وهو الرجل المعين الذى يقوم بعملية الحيازه - دون الملكيه الكليه.

ورابعا: أمّا تنظيره المقام بباب الواجب الكفائى، وتصوير الضمانات المتعدّده

ص: ٢٤٥

١-٣. فى المصدر: «تضلل».

لمضمون واحد بنحو الوجوبات المتعدّده في الواجب الكفائي، بأن يكون ضمان كلّ واحد مشروطا بعدم أداء الآخر لا بعدم الآخر ليستلزم المحال، فممنوعٌ لجهتين:

الجهة الأولى: استلزام القول به فسادا لا يمكن الالتزام به، وهو ما أشار إليه المحقّق النائني في مباحثه الأصولية، من أنّه لو اعتبرنا التكليف بغسل الميّت متوجّها إلى كلّ فرد بشرط عدم قيام غيره بذلك، فإنّ تاليه الفاسد ترتّب التكليف على كلّ فرد عند ترك الجميع، وصروره كلّ فرد موضوعا للوجوب العيني، بعد انقلاب الواجب الكفائي إلى الواجب العيني، وتلافيا لهذا الإشكال اضطرّ المحقّق النائني إلى الالتزام بالإرادة المردّده<sup>(1)</sup> في مثل الواجبات الكفائية، وبالتالي فلو شرطنا الضمان في المقام بعدم أداء الآخر، فإنّ لازمه ثبوت الضمان بعدد جميع الأيادي عند امتناع الجميع عن الأداء، وهو كثرٌ على ما فرّ منه. والعجب أنّ السيّد الخوئي لم يتعرّض لهذا الإشكال والإجابة عنه، بل اعتمد على هذا المبنى الفاسد في ردّه على المحقّق النائني، وفي اعتقادي أنّ سبب إعراض النائني وتأكيده على مبناه المذكور، فراره عن هذه الملازمه الفاسده.

الجهة الثانية: حتّى لو سلّمنا الواجب الكفائي حسب تصوير المحقّق النائني، واعتبرنا جميع الأيادي ضامنه بشرط عدم الأداء، فهو برغم ذلك غير كافٍ في دفع الإشكال، لأنّ الأداء وعدم الأداء فرعي ثبوت الضمان، ومادام لا ضمان لا يعقل تحقّق موضوعي الردّ والأداء.

وبعبارة أخرى: يجب أوّلاً تحقّق الضمان بقاعده اليد، ليأتي بعده للحديث عن أداء الضامن وعدم أداءه.

ومع ملاحظه هذه المقدمه، فإنّ اشتراط ضمان كلّ واحدٍ بعدم أداء الآخر، يستلزم الدور الممنوع، لأنّ ضمان كلّ فردٍ يتوقّف على عدم أداء الآخر وبالعكس، فضمان الأوّل متوقّف على عدم أداء الآخر الذي هو متفرّعٌ بنفسه على ضمان الأوّل، وهذا دورٌ مع

ص: ٢٦٦

---

١-١. الاراده المردهه تحقّق في موردين: أ: في ما إذا كان وجود المتعلّق وجودا قائما بالإراداه المردهه مع تعين المراد كما في الواجب التخيري. ب: في ما إذا كان وجود المتعلّق وجودا قائما بالإراداه المردهه مع تردّد المراد كما في الواجب الكفائي.

الواسطه، لتوقف ضمانه على عدم ضمان الأول، وكذلك الأمر في الطرف الآخر، وبالتالي فضمان كل طرف متفرع على ضمان الطرف الآخر، مما يستلزم الدور المُحال»(١).

### حل المشكله فى بيان المحقق الخراسانى ونقده

قال قدس سره فى حاشيه مكاسبه: «والتحقيق أن يقال: إن قضية «على اليد» ليس إلا كون المأخوذ فى تعاقب الأيدي العاديه فى عهده كل واحد منها عينا، كما إذا كانت وحدها، وهى ليست إلا اعتبار خاص عقلائي له منشاء مخصوص وله آثار خاصه، من وجوب رد العين عينا لو كانت اليد واحده، وكفائيا لو كانت متعدده، ووجوب التدارك بالبدل مع تعذر ردها، أو تلفها من دون اشتغال الذمه به أصلاً، لا حال التمكن من الرد، كما هو واضح، ولا حال التعذر، أو التلف، وذلك لبقاء ضمان العين وعهدتها، لعدم مجيء الغايه، وهى التأديبه، ولذا يجب فى صورته التعذر، لو تدارك رد العين نفسها إذا تمكن منه، وكذا مع التلف، لو اتفق على خلاف العاده، تمكنه من ردها، ومعه لاوجه، ولا سبب لاشتغال الذمه ببدلها، كما لا يخفى، كى يلزم اشتغال ذمه المتعدّد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدّد بدلاً عن الواحد، ولا يكاد يكون بدل الواحد، إلا الواحد، وأما كون الواحد فى عهده المتعدّد، بحيث يجب على كل واحد كفائياً، رده إلى مالكة، وتخيير المالك فى الرجوع إلى الكل، فهو بمكان من الإمكان، كما هو قضيه (على اليد).

وأما حديث جواز رجوع اليد السابقه إلى اللاحقه، لو رجع إليها المالك، المستلزم لكون قرار ضمان التالف على من تلف عنده، مع المساواه فيما هو سبب الضمان، فهو أيضاً من آثار حدوث سبب ضمان ما كان، فى ضمان الآخر، لواحد آخر، وأحكامه عند العرف، ويؤيده الاعتبار، ولم يردع عنه فى الأخبار؛ فلا بد من الإلتزام به شرعاً، كما هو الحال فى جل أحكام الضمان، حيث أنه لاوجه له إلا الثبوت عرفاً، وعدم الردع عنه

شرعاً، وكشف ذلك عن إمضاء الشارع، فيما إذا أطلق دليل الضمان، فتدبر جيداً؛ وقد

ص: ٢٤٧

انقدح بذلك ما فى كلامه من مواضع النظر، كما يشير إليه»(١).

ولكن ىرد عليه أولًا: ليس ضمان اليد عقلائيا ولاسيما مع تعاقب الأيدى على وجه يفتى به الأصحاب - قدس الله أسرارهم - فلابد من الرجوع إلى قاعده اليد التعبدية.

وثانيا: ما ذكره قدس سره لايرفع الإشكال ولاسيما على مسلكه فى الواجب الكفائى من أنه سنخ وجوب متعلق بالكل ولو أتى الجميع به يكون الكل ممثلاً(٢) فإنّ تعلق التكليف على كل واحد بأداء البديل عرضاً، يلزم منه تعدد البديل لشيء واحد. فيرد الإشكال حتى مع عدم اشتغال الذمم.(٣)

وثالثا: ما ذكره قدس سره : من أنّ ذمم الأيدى المتعاقبه جميعها ضامنه للعين دون البديل مع فرض وجودها ومع تلفها عليهنّ تدارك العين من المثل أو القيمه والعين واحده وتداركها واحد، ولكن ىرد عليه: من أنّ هناك تكاليف متعدده على رغم وحده العين والتدارك والمضمون والمؤدى فيعود الإشكال لأنّ مع فرض وحدتها يجب ردّ واحد بتكليف واحد لا تكاليف متعدده بالردّ.

ورابعا: مع فرض وجود العين لا يمكن فرض ضمانها على الذمه واشتغال الذمه بها، لأنّه يجب ردّها، ولكن مع فرض تلفها فلابد من اشتغال الذمم بتداركها من المثل والقيمه فيعود إشكال تعدد المضمون والبديل فى مقابل مال واحد.(٤)

### حلّ المحقّق العراقى ونقده

قال قدس سره فى رسالته المستقله فى بحث تعاقب الأيدى ما نصه: «ولكن أنت خير بأن أصل الشُّبْهَ لا موقع لها، فضلاً عمّا التزموا به فى جوابها. وذلك لأنّ الغرض من تعدد البديل إن كان ما يقوم مقام المبدل فعلاً فهو فى غايه المتان، ولكن ما على الأيدى قبل أدائها إلى المالك لا يقوم مقام مبدله إلا بعد أدائه المسقط للبقية بلا تصوّر تعدد فى هذا المقام. وإن

ص: ٢٤٨

١-١ . حاشيه المكاسب / ٨٢ و ٨٣.

٢-٢ . كفايه الأصول / ١٧٧.

٣-٣ . الإشكالان الأولان للسيد الخمينى رحمه الله فى كتاب البيع ٢/٤٨٠.

٤-٤ . الإشكالان الأخيران للأستاذ المحقّق - مدظله - فى العقد النضيد ٤/٤٩.

كان المقصود عدم تعدّد ما يصلح للوفاء بغرض المبدل، فإنكاره مساوق إنكار البداهه، إذ إمكان تعدّد الأبدال لشيء واحد بهذا المعنى كالنار على المنار، ولذا ترى لكلّ دواء

ومسهل أبدال متعدّده، والمفروض أنّ ما على الأيدي المتعدّده ليس إلاّ البديل بهذا المعنى لا بالمعنى السابق، كما عرفت.

فإن قلت: ظاهر «على اليد ما أخذت» أنّ نفس العين الشخصيّة على أيدي متعدّده لا أبداله، وحينئذٍ يلزم محذور آخر أشدّ من المحذور السابق، وهو أنّه كيف يتصوّر لشيء واحد شخصي وجودات متعدّده أو أمكنه مختلفه؟

قلت: ما أفيد كذلك لو كان ما على الأيدي المتعدّده وجودات حقيقيه متعدّده، وليس كذلك، بل غاية ما في الباب اعتبار وجودات شخصيّة بتعدّد الأيدي عليها، وتصوّر الوجودات المتعدّده الاعتباريّة أيضا لشيء واحد في الوضوح كالشمس في رابعه النهار. وحينئذٍ فلا قصور في اعتبار وجود للعين على كلّ واحده من الأيدي مستقلاًّ ويقال بأنّ على كلّ يد وجود شخص «ما أخذت» بالعنايه المزبوره. وبهذه العنايه لا يُحتاج إلى الالتزام بتغيير سياق العامّ بين من بيده التلف وغيره بجعل الخطاب في الأوّل وضعياً وفي غيره تكليفيّاً، ولا إلى الالتزام بوحده الوجود وتعدّد الإضافه، خصوصاً مع أنّ الظاهر من العامّ أنّ ما «على اليد» عين «ما أخذت» لا إضافته بالجملة، فلا قصور في اعتبار تعدّد وجود «ما أخذت» حسب تعدّد الأيدي بلحاظ تعدّد الأبدال القائمه عليها وبملا-حظه أنّ وجود البديل نحو وجودٍ للمبدل، وهذه الجهه هي مصحّح العنايتين في وجودات العين على حسب تعدّد الأيدي»(1).

«ويرد عليه: بطلان قياسه المذكور، حيث لا- مجال لقياس الأمور التشريعيه بالأمور التكوينيّه، إذ لا مانع في الأخيره من جعل أبدال متعدّده لها برغم وحده الشيء، وهذا بخلاف الأمور التشريعيّه، حيث يستحيل أن يتعدّى التشريع عن الملاك، أو أن

ص: ٢٤٩

١-١. رساله في تعاقب الأيدي ٢/ و ٣، المطبوعه مع قضاء المحقّق العراقي، المطبوعتان في ضمن كتاب بحوث في القضاء في ضمن منشورات جماعه المدرسين بقم المقدسه.



تكون دائرته أضيّق من الملاك، وبالتالي إذا لاحظنا ملاك التشريع فى تلف مال الغير، نجد أنّ الرّكيزه والعلة الأساسيه التى لأجلها سُرع بدل المثل فى المثلى والقيمه فى القيمي، هو تدارك فوت العين، وجعل ما يسدّ الخلل الحاصل من فوتها، ومن المعلوم أنّ ذلك لا يتحقّق إلاّ بجعل البديل الفعلى دون الإنشائي، والمفروض وحده البديل الفعلى، ولذلك يعدّ اعتبار القيم أو الأمثال المتعدّده وتعلّقهما بدمم مختلفه، برغم وحده البديل الحقيقى الفعلى أمرا خارجا عن الملاك التشريعى المذكور، فيعود الإشكال مرّة أخرى، لأنّ الذى فيه

الملاك ليس إلاّ قيمه واحده أو مثل واحد، فيصبح فرض المتعدّد من الذمم المشتغله بالقيم والأمثال ممنوعا<sup>(1)</sup>.

### جواب المحقّق الإيروانى قدس سره لحلّ الإشكال

قال: «اعلم: أنّ العين فى صورته توارد الأيدى إمّا تكون قائمه أو تالفه.

لا- إشكال على الأوّل وأنّ كلّ من جرت يده عليها مكلف بالأداء ومع حصول الأداء بفعل واحد منهم أو من غيرهم حتّى بمثل إطاره الريح يسقط التكليف بالأداء.

وأما على الثانى فإمّا أن يكون فى البين غرور أو لا.

لا إشكال على الأوّل وأنّ قرار الضمان يكون على الغاز.

وأما على الثانى فإمّا أن يكون التلف بإتلاف متلف من ذوى الأيدى أو من غيرهم أو لا.

لا إشكال على الأوّل وأنّ الضمان يكون قراره على المتلف.

و أمّا على الثانى فقد حكموا بأنّ قرار الضمان يكون على من تلفت العين فى يده بعد اشتراك جميع فى أصل الضمان ولكن مدرك ذلك غير واضح بل لا وجه لذلك بعد اشتراك الجميع فى أصل الضمان وسببه وهو اليد، بل هناك إشكال آخر يعمّ جميع صور توارد الأيدى، وهى هذه الصوره منضمه إلى الصور السابقه.

وحاصل الإشكال: هو أنه كيف يعقل ضمان أشخاص متعدّدين وإشغال ذممهم

ص: ٢٧٠

ببدل واحد؛ فإنَّ اشتغال ذمم متعدّدين بالبديل يتصوّر على وجوه:

الأول: ثبوت أبدال متعدّده في ذمم متعدّده على أن يكون كلّ ذمّه مشغوله ببديل تامّ.

الثاني: ثبوت بدل واحد في ذمّه الجميع على سبيل التوزيع والتقسيم، فيشتغل كلّ ذمّه بجزء من ذلك البديل، وتشتغل الجميع بنسبه عددهم أو لا بتلك النسبه.

الثالث: ثبوت بدل واحد معتبر في ذمّه هذا ثمّ في ذمّه ذلك وهكذا إلى الآخر.

الرابع: ثبوت بدل واحد على سبيل البديل في ذمم أشخاص متعدّدين.

فهذه أربع صور، لا إشكال في معقوليه الأوليين، إلاّ أنه لا يلتزم بهما أحد ولا تساعد عليهما الأدلّه.

وأما الثالثه: فهي غير معقوله، ولازمها أن تكون الذمم المتعدّده ذمّه واحده، ومثلها في عدم المعقوليه الصوره الرابعه، وقياسها على الواجب الكفائيّ فيكون هنا الوضع متعلّقًا بواحد على سبيل البديل كما هناك التكليف متوجّه إلى واحد على سبيل البديل باطل؛ فإنّ التكليف أيضا لا يعقل أن يتعلّق بواحد على البديل، والمذمى يعقل هو تكليف الكلّ، ولكن سقوطه عن البقيّه بإتيان البعض ولو جرى مثله في المقام لزم استحقاق المالك لأبدال متعدّده لو اجتمع الكلّ على أداء ما في ذمّتهم، كما يحصل الامتثال بفعل الجميع لو اتّفق الكلّ على الامتثال في الواجب الكفائيّ، لكن ذلك باطل هنا، ولا يلتزم به أحد؛ إذ لا يستحقّ المالك في جميع الحالات أزيد من بدل واحد.

نعم، يمكن أن يقال باشتغال ذمّه كلّ واحد بدفع ما يسدّ مسدّد العين، وهذا ممّا لا ينطبق على أزيد من بدل واحد، فلو اجتمع الكلّ على دفع أبدال لم ينطبق عنوان البديل إلاّ على واحد من تلك الأبدال المدفوعه، ولم يكن للمالك قبض الجميع بعنوان البدليه بل له قبض واحد منها بذلك العنوان، وأيّا منها قبض كان هو البديل وردّ البقيّه إلى أهلها، فحصل الفرق بين المقام وبين الواجب الكفائيّ؛ فإنّ المطلوب من كلّ واحد من المكلفين هناك هو الطبيعه، وهي تتحصّل في ضمن أفراد كما تتحصّل في ضمن واحد بخلاف البديل السادّ مسدّد العين هنا؛ فإنّه لا ينطبق على أزيد من بدل واحد، وذلك الواحد يتعيّن بقبض المالك،

كما يتعين الحق في كلّ مقام بقبض ذى الحقّ.

والحاصل، أنّ التكليف بأداء البدل متوجّه إلى الكلّ والذمّه مشغوله من الكلّ، فيجب على الكلّ تفرّغ ذمّته، ولكن الفراغ يحصل بقبض المالك للمال بعنوان البدليه، نعم لو قبض الكلّ على أن يكون واحد منها لا على التعيين هو البدل أشكال الأمر وحصل الاشتباه والتردد في كلّ من الأبدال المدفوعه بين أن يكون مالكه هو أو مالكه هو المالك الأصليّ، فصار المتحصّل معقوليه اشتغال ذمّ الكلّ على سبيل التعيين بدفع عنوان البدل، ولكن عنوان البدل عنوان لا ينطبق إلّا على بدل واحد، وإذا انطبق على واحد ارتفع اشتغال الذمّه وارتفع التكليف، لكن هذا كلّه في مقام التعقّل.

وأما في مقام الفعلية ودلاله الأدلّه عليه فدلّ على اليد بناءً على إفادته للضمان يدلّ على ضمان الكلّ؛ لاستقلال الكلّ باليد على العين، وأمّا السقوط بأداء البعض فذلك ليس قصراً في دلاله الدليل وتصرفاً في ظاهره ليحتاج إلى القرينه، بل ذلك من باب ارتفاع الخطاب بارتفاع موضوعه فلا إشكال.

ثمّ، إنّ استفاده الضمان والعهد من دليل على اليد موقوف على أن يكون المراد من الموصول فيه عنوان المال الذي هو مأخوذ بأخذ العين الشخصيه، أمّا إذا أريد العين الشخصيه المأخوذه كان ظاهر الدليل حينئذٍ مجرد التكليف بحفظ العين الشخصيه المأخوذه حتّى يؤدّيها إلى مالكها، وكان ذلك أجنباً عن مسأله الضمان بل عن مسأله ثبوت التكليف بردّ العين إلّا على تقدير الردّ دون الحفظ، لكن تقدير الردّ والأداء لا يناسب الغايه وقوله: «حتى تؤدّي» فلا- جرم يتعيّن تقدير الحفظ وعدم التعدّي والتفريط فيما أخذت حتّى تؤدّي»<sup>(١)</sup>.

### محاولة المحقّق الخميني قدس سره للإشكال

قال: «إنّ الضمان والغرامه وجبر الخساره والبدليه والعوضيه ماهيات لا- تقبل التكرار، لا- عرضاً ولا طولاً فالغرامه لا يعقل أن تتكرّر، بحيث يقع لها مصداقان بصفه

ص: ٢٧٢

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/ (٣٤٤-٣٤٤).

الغرامه، فإذا كان عليه عشره فأدى عشرين، لا يعقل وقوع تمام العشرين بصفه الغرامه.

كما أنه إذا أدى العشره لا يعقل أن تقع العشره الثانيه غرامه وجبرانا وعوضا وبدلاً، بل فى المثال الأول تقع العشره المشاعه غرامه، وفى الثانى يقع أول مصداق غرامه.

فإذا ضمن الإثنان أو الأكثر مال الغير بضمان اليد مثلاً، يقع على عهده كل المال بعنوان الغرامه، فتشتغل ذمه كل منهما أو منهم بضمان البديل أو ضمان الخساره، ولازم ذلك - بعد عدم تعقل التكرار فى الماهيه - أن كلاً منهم ضمن ما ضمن الآخر، أى المال بعنوان الغرامه.

كما أن لازم ذلك، هو أن كلاً منهم مكلف بأداء الغرامه، لكن إذا اغترم أحدهم، سقط باعترامه عنوان الغرامه، والمفروض أن ما تعلق بدمم الباقين، هو المال بعنوان الغرامه والبديئه لا غير، فإذا سقطت البديئه والغرامه، ينتفى موضوع الضمان والغرامه.

فالإشكال ليس من ناحيه اشتغال الذمم، بل من ناحيه أن اللازم وجوب اغترامات كثيره لشيء واحد، وقد علم أن ذلك غير لازم من اشتغالات الذمم؛ لأن كل ذمه مشتغله - مستقله - بعنوان واحد لا يعقل التكرار فيه.

وهذا نظير كفاله أزيد من واحد عن شخص واحد، فإن كلاً كفيل مستقلاً، وعلى عهده كل إحضار المكفول، ولكن عنوان الإحضار أمر غير قابل للتكرار، ولا يعقل

إحضاران بعد كون المطلوب والمضمون صرف الوجود.

وهذا أمر موافق لاعتبار العقلاء وللأدله؛ فإن ظاهر «على اليد ما أخذت...»<sup>(١)</sup> أن كل أخذ سبب للضمان إذا تلف، فإذا تلف يضمن كل أخذ بضمان مستقلّ تعييناً، لكن ماهيه الضمان تأبى التكرار.

وإن شئت قلت؛ كل منهم ضامن لما ضمنه غيره.

ومما ذكرنا يظهر حال ضمان المهر؛ فإن المهر أيضاً أمر لا يقبل التكرار، فالزوج

ص: ٢٧٣

---

١ - ١. مسند أحمد ٥/٨؛ سنن ابن ماجه ٢/٨٠٢، ح ٢٤٠٠؛ سنن البيهقى ٦/٩٥؛ عوالى اللآلى ١/٢٢٤، ح ١٠٦، و ٣٨٩، ح ٢٢، و ٢/٣٤٥، ح ١٠، و ٣/٢٤٦، ح ٢، و ٢٥١، ح ٣؛ مستدرک الوسائل ١٤/٧، كتاب الوديعه، الباب ١، ح ١٢، و ١٧/٨٨، كتاب الغصب، الباب ١، ح ٤.

ضامن لما ضمنه الغارّ، والغارّ كذلك، وإذا أدى كلّ منهما في عرض الآخر، لا يقع تمام ما أديا مهرا، وهو واضح.

وربّما يقال: إنّ الواحد الذي يعتبر في محالّ متعدّده، تاره: يكون واحدا شخصيا، وأخرى: كطبيعيّ البدل واحدا طبيعيا.

فالأوّل: لا تتبدّل وحدته بفرضها في محالّ متعدّده اعتباريّه، بخلاف الثاني، فإنّ طبيعيّ البدل يتحصّص بكلّ ذمّه، ومورد الإشكال هو البدل.

ففرض البدليّه يقتضى الوحده، وفرض تعدّد الذمم المقتضى لتعدّد الحصص مناف للبدليّه. (١)

وفيه: أنّ تعدّد الذمم، لا يوجب تحصيل طبيعيتي بعد فرض عدم إمكان التكرار فيه، وما يوجب التحصيل هو القيود اللاحقه بالطبيعيّ، لا- اعتباره في الذمم؛ إذ ليس الاعتبار فيها كالوجود الذهنيّ الموجب للتكرّر، ولا برهان على أنّ الاعتبار - كذلك - مقتضى للتحصيل.

بل الواقع على خلافه؛ لأنّ الماهية غير القابلة للتكرار إذا اعتبرت في الذمم، تكون ما اعتبرت في ذمّه عين ما اعتبرت في الأخرى.

ولعلّ الخلط بين الوجود الذهنيّ والاعتباريّ في الذمم، موجب للاشتباه، فلا فرق بين الواحد الشخصيّ والنوعيّ في ذلك أصلاً.

مع أنّ في الوجود الذهنيّ إذا تعلق اللحاظ بنفس الماهية، أيضا كلاما (٢).

ص: ٢٧٤

---

١-٢. حاشية المكاسب، للمحقّق الأصفهانيّ ٢/٣١١.

٢-٣. كتاب البيع ٢/(٤٧٥-٤٧٣).

قال الشيخ الأعمش: «وأما حال بعضهم بالنسبه إلى بعض فلا ريب في أن اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أن السابق إذا رُجع عليه وكان غارا للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارًا له...»(١).

أقول: أما حكم المسأله فهنا صورتان:

الأولى: اللاحق الدافع للبدل إلى المالك يرجع إلى السابق الغار، لرجوع المغرور إلى مَنْ غَرَّه. ولو دفع السابق الغار فلا يرجع إلى اللاحق المغرور إذ لا معنى لرجوع السابق الغار لللاحق المغرور بما لو دفعه اللاحق ضمن السابق ما دفعه لللاحق.

الثانيه: وهي العمده أن اللاحق الذي تلف المال بيده بتلف سماوى - لا الإتلاف لأنَّ حكم المتلف بقاعده الإتلاف واضح - إذا دفع بدل المال إلى مالكه لا يحق له الرجوع إلى السابق ومطالبته بالبدل وأما السابق إذا دفع البدل إلى المالك يحق له الرجوع إلى اللاحق تلف المال بيده.

قال المحقق: «ولو تعاقبت الأبدى الغاصبه على المغصوب تخيَّر المالك في إلزام أيَّهم شاء، أو إلزام الجميع بدلاً واحدا»(٢).

ص: ٢٧٥

١-١ . المكاسب ٣/٥٠٨.

٢-٢ . الشرائع ٣/١٨٥.

وقال العلامة: «والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان، فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومن تترتب يده على يده... ويستقر الضمان عليه إن تلف عنده فلا يرجع على الأول لو رجع عليه ويرجع الأول عليه لو رجع على الأول...»(١).

قال العلامة في غصب التذكرة: «كل يد تترتب على يد الغاصب فهي يد ضمان، حتى يكون للمالك الخيار في المطالبة لمن شاء منهما، فإن شاء طالب الغاصب عند التلف، وإن شاء طالب من تترتب يده على يده.

ولا فرق بين أن يكون الثاني عالما بالغصب أو لم يعلم في ثبوت الضمان عليه؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل ليس مُسقطاً للضمان.

ثم الثاني إن كان عالما بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب، للمالك مطالبته بكل ما طالب به الغاصب، فإن تلف المغصوب في يده فاستقرار الضمان عليه، فلو غرّمه المالك لم يرجع على الغاصب الأول بشيء؛ لأنه ظالم بإمساك مال الغير في يده مع علمه بأنه له، وقد حصل التلف في يده، ولو غرّم الأول رجّع عليه.

هذا إذا لم تختلف قيمه العين في يدهما أو كانت في يد الثاني أكثر، ولو كانت في يد الأول أكثر لم يكن للمالك مطالبته الثاني بالزيادة، لأنها تلفت في يد الأول قبل الوصول إليه، وإنما يطالب الأول بها لا غير ويستقرّ ضمانها عليه، فليس له الرجوع على الثاني بها، ولو رجع المالك عليه بالأصل والزيادة، كان له الرجوع على الثاني بالأصل خاصه دون الزيادة.

وإن جهل الثاني الغصب، فإن كانت اليد في وضعها يد ضمان - كالعاريه مطلقا عند العاقبة(٢)، وفي صور الضمان عندنا، والمأخوذ بالسوم والشراء صحيحة وفسادة - استقرّ الضمان على الثاني.

ص: ٢٧٦

١-٣. قواعد الأحكام ٢/٢٢٤.

٢-١. العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٨، روضه الطالبين ٤/٩٩.

وإن كانت يد أمانه - كالوديعة والعاريه في غير صور الضمان، والإجاره والرهن والوكاله - استقرّ الضمان على الغاصب.

ومذهب أكثر الشافعيه على ما قلناه. (١)

ولهم وجه آخر فيما إذا كانت يده يد أمانه وكان جاهلاً بالغصب، فإنه لا يكون ضامناً، كما أنه لا يستقرّ الضمان عليه. (٢)

ولهم وجه آخر فيما إذا كانت يده يد أمانه، كالوديعة والإجاره وشبههما، فإنه يثبت

قرار الضمان فيها وإن كان جاهلاً. (٣)

[والقرض (٤)] معدود من أيدي الضمان... (٥).

وقال صاحب الجواهر في شرح قول المحقق: «(ولو تعاقبت الأيدي الغاصبه على المغصوب تخير المالك في إلزام أيهم شاء أو إلزام الجميع) أو البعض (بدلاً واحداً) على حد سواء أو مختلفاً بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، بل في مجمع البرهان دعواه، لأن كلاً منهم غاصب مخاطب بردّ العين أو قيمه لقوله عليه السلام: «كُلُّ مَغْصُوبٍ مُرْدُودٌ» (٦). على «على اليد ما أخذت» (٧) وقوله تعالى: «فَمِنْ أَعْتَدِي عَلَيْكُمْ» (٨) و «جَزَاءُ سَيِّئَةٍ» (٩) وغيرهما ممّا دلّ على العقاب بمثل ما عوقب (١٠) وأن «الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ» (١١)

ص: ٢٧٧

- 
- ١- ٢. العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٨، روضه الطالبين ٤/٩٩.
  - ٢- ٣. العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٨، روضه الطالبين ٤/٩٩.
  - ٣- ١. العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٨، روضه الطالبين ٤/٩٩.
  - ٤- ٢. بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيه والحجريه: «والقبض». وما أثبتناه كما في العزيز شرح الوجيز ٥/٤٠٩ وروضه الطالبين ٤/١٠٠.
  - ٥- ٣. تذكره الفقهاء ١٩/١٨٤ و ١٨٥.
  - ٦- ٤. وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، ح ٤، الباب ١ من أبواب الانفال. وفيه: «الغصب كله مردود».
  - ٧- ٥. مستدرک الوسائل ١٧/٨٨، ح ٤، الباب ١ من كتاب الغصب، وسنن البيهقي ٦/٩٥.
  - ٨- ٦. سوره البقره ١٩٤/.
  - ٩- ٧. سوره يونس ٢٧/.
  - ١٠- ٨. سوره النحل ١٢٦/.
  - ١١- ٩. سوره البقره ١٩٤/.



ولا فَرَّقَ في تعاقب أيديهم بين كونه بصوره الضمان ببيع فاسد ونحوه وعدمه، نعم قرار الضمان على من تلف المغصوب في يده منهم، بمعنى أنه لو رجع المالك على غيره رَجَعَ هو عليه مع فرض عدم زياده في العين يختص الأول بضمانها بخلاف ما لو رجع عليه نفسه، فانه لا رجوع له على غيره، لأنَّ ذمته المشغوله للمالك بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من أدَّى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضه الشرعيه القهريه.

وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعى لا ذمى، إذ لا دليل على شغل ذمم متعدده بمال واحد، فيحنئذ يرجع عليه ولا يرجع هو.

كما أنه اتضح لك أيضا جواز مطالبه الكل ببدل واحد على السواء ومختلفا، لأنه إذا

جاز له مطالبه كل منهم بالجميع فالبعض بطريق أولى، ويرجع حينئذ غير من تلف المال في يده على من تلف المال في يده بمقدار ما أدَّى»(١).

وقال صاحب مفتاح الكرامه في شرح قول العلامة «ويستقر الضمان عليه...»: كما في التذكره(٢) وجامع المقاصد(٣) والمسالك(٤) والروضه(٥) والكفايه(٦) وهو قضيه كلام غيرهم، لأنه ظالم يمسالك مال الغير في يده مع علمه بأنه له وقد حصل التلف في يده فكانا متساويين في كون كل منهما غاصبا، وانفراد الثاني بزياده وهي كون التلف في يده

ص: ٢٧٨

١-١ . الجواهر ٣٣/٣٧ و ٣٤.

٢-٢ . تذكره الفقهاء ١٩/١٨٤.

٣-٣ . جامع المقاصد ٦/٢٢٥ و ٢٢٦.

٤-٤ . المسالك ١٢/١٥٦.

٥-٥ . الروضه البهيه ٧/٢٧.

٦-٦ . كفايه الأحكام ٢/٦٤٩.

فيختص ببدله، فلو رُجع على الأول استحق الرجوع عليه دون العكس...»(١).

**ثم إن هنا عويصه:**

**اشاره**

وهي: إن دليل الضمان هنا هو قاعده على اليد ما أخذت حتى تؤدي والقاعده بإطلاقها تشمل كل من تم استيلاء يده على المال، والاستيلاء وجعل اليد على المال مشترك بالنسبه إلى السابق واللاحق، فلماذا يُحكم برجوع السابق إلى اللاحق الذي تلف المال بيده في تلف سماوى وعدم رجوع هذا اللاحق إلى ذاك السابق؟!

نعم، لو كان اللاحق متلفاً لم يكن فى البين إشكال لأن قاعده من أتلف مال الغير فهو له ضامن تشمله، ولكن ليس هنا إتلاف بل تلف سماوى من دون إتلاف.

ولذا تصدى الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم - لحل هذه العويصه من سالف الزمان نتعرض لبعض حلولهم:

**١- جواب صاحب الجواهر رحمه الله**

**اشاره**

مرّت مقالته حيث قال: «... وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده وبين غيره الذى خطابه بالأداء شرعى لا ذمى، إذ لا دليل على شغل ذمم متعدده بمال واحد، فحينئذ يُرجع عليه ولا يُرجع هو»(٢).

مراده قدس سره: الغاصبون كلهم مكلفون بردّ العين المغصوبه بقاعده على اليد ولكن من تلفت العين بيده ذمته مشغوله بأداء البديل ولذا يستقر الضمان عليه دون غيره.

بعبارة أخرى: غير من تلف المال بيده مخاطب باخطاب التكليفى فقط - وهو تلكيف بالأداء - ولكن من تلف المال بيده مخاطب باخطاب التكليفى والوضعى معا فيستقر ضمان المال عليه وحينئذ يُرجع عليه ولا يرجع هو.

وبعبارة ثالثة: «أن الخطابات المتوجهه إلى الغاصب الأول والثانى أعنى من تلف عنده المال ليست من سنخ واحد بل سنخان، فالخطاب المتوجه إلى الأول إنما هو مجرد

ص: ٢٧٩

١-٧. مفتاح الكرامه ١٨/٩٧.

٢-٨. الجواهر ٣٧/٣٤.

خطاب تكليفي بأداء بدل المال من دون أن تكون ذمته مشغوله به أبداً، وأما الخطاب المتوجّه إلى مَنْ تلف عنده المال وهو الغاصب الثاني مثلاً- فهو خطاب وضعي وذمته مشغله بالعوض، فإذا رجع المالك إلى الأوّل فهو يرجع إلى اللاحق لأنّه بأداء البدل يكون مالكا للتالف، ولا مانع من فرض الملكيه في التالف والمعدوم كما في الخيار فله أن يرجع إلى قيمته أو غيرها من لوازم الملكيه، وأما إذا رجع المالك إلى اللاحق فهو لا يرجع إلى السابق إذ لا اشتغال في حقّه بشيء وإنّما كان الخطاب تكليفاً في حقّه وقد سقط بوصول المالك إلى حقّه، هذا»(١).

## مناقشه الشيخ الأعظم لصاحب الجواهر

### إشارة

ولكن ناقشه الشيخ الأعظم(٢) بوجوه خمس:

الأوّل: مستند الضمان هو قاعده على اليد وهي مشتركة بين مَنْ تلف المال بيده وغيره فلماذا جعل قدس سره الخطاب الأوّل وضعياً وتكليفاً معاً، والثاني تكليفاً فقط؟

بعبارة أخرى: «أنّ مدرّك الضمان ليس إلّا قاعده اليد في المقام، كما أنّ الخطاب المتوجّه للسابق واللاحق منحصر بها، وعليه فكيف يكون الخطاب الواحد وهو قاعده اليد يعني على اليد ما أخذت تكليفاً بالاضافه إلى السابق ووضعياً بالاضافه إلى اللاحق؟!»(٣).

وهذا الإشكال يرجع إلى مقام الإثبات.

الثاني: كيف يمكن تعليل استقرار الضمان على مَنْ تلف المال بيده بالفرق بين

الخطاب الوضعي والتكليفي؟ وهذا الفرق كيف يعلل رجوع الغير إلى من تلف المال بيده وأنّه لا- يرجع إلى غيره؟ مع أنّ الخطاب الوضعي عند الشيخ الأعظم ينتزع عن الخطاب التكليفي بأداء البدل وهو مشترك بين الجميع.

بعبارة أخرى: هذا الإشكال «يرجع إلى مقام الثبوت فهو مبنيّ على ما أفاده في

ص: ٢٨٠

١-١. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٠٨.

٢-٢. راجع المكاسب ٣/٥٠٩ و ٥١٠.

٣-٣. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٠٩.

الاستصحاب من أنّ الأحكام الوضعية منتزعه من الأحكام التكليفية، فالضمان حكم وضعي ينتزع عن إيجاب أداء البدل، فما معنى أنّ الحكم في السابق تكليفي وفي اللاحق وضعي مع أنّهما متلازمان»(١).

الثالث: تخصيص اشتغال الذمه بخصوص من تلف المال بيده خلاف ما يعرف من عدم خلاف أحد في اشتغال ذمه كلّ واحد من ذوى الأيدي الغاصبه بالمال وأنه لا يسقط إلا بأداء أحدهم أو إبرا المالك.

ثمّ ذكر الشيخ الأعظم(٢) أربعة أحكام للدين تنظيراً بإثبات الحكم الوضعي واشتغال ذمه الأيدي المتعاقبه ردا على صاحب الجواهر رحمه الله بإثبات الخطاب الوضعي لمن تلف المال عنده فقط والخطاب التكليفي لغيره وله.

[أ] يجوز إجبار المديون على أداء الدين ولو امتنع أجبره الحاكم وإلاّ دفع الحاكم عنه من ماله ويجوز للدائن استيفاء حقه بنفسه عند تعذر الوصول إلى الحاكم أو معه وهو الذي يُسمى بالتقاص.

[ب] تقديم الدين على الوصيه إجماعيّ في الآيه الشريفه(٣) فلو أوصى بعض ذوى الأيدي فمات جاز للمالك مطالبه ورثته ببدل العين المضمونه حتّى لو تلفت بيد شخص آخر واللازم على الورثه أداء الدين ثمّ تنفيذ الوصيه وهذا يعنى اشتغال الذمه والحكم الوضعي لا مجرد وجوب الأداء تكليفاً.

[ج] فى بحث الإفلاس، إذا وجد الغريم عين ماله جاز له أخذها حتّى لو لم يكن سواها كما جاز له أن يضرب مع الغرماء بدينه، بأنّ يجعلها بين جميع الغرماء حتّى يستوفى كل منهم حقه بنسبه حصته.

وعليه فلو رجع المالك إلى بعض الأيدي ووجده قد أفلس وليس عنده إلاّ العين

المضمونه جاز له الضرب مع الغرماء بأن يجعل ما وُجد عند المفلس مالاً مشتركاً بين

ص: ٢٨١

١- ١. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٠٩.

٢- ٢. المكاسب ٣/٥١٠.

٣- ٣. سوره النساء ١٢/.

الدَّيَّانَ، فَيَأْخُذُ كُلَّ مَنْهُمْ حَصَّتَهُ مِنْهُ كَمَا جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ.

[د] يجوز للدائن أن يتصالح مع المديون على ما في ذمته إما بعوضٍ أو مجاناً، كي تبرأ ذمته المديون وكذلك في المقام يجوز للمالك أن يتصالح مع أحد الغاصبين بعوض أو مجاناً.

وجريان هذه الأمور كُلِّهَا في المقام شاهد على كون المالك يملك ما في ذمه الغاصبين وحينئذ ليس حكمهم حكماً تكليفاً بَحْطاً في غير من تلف المال بيده بل يجري في حق جميعهم الحُكْمَانِ: التَّكْلِيفِيُّ وَالْوَضْعِيُّ معاً.

وبعبارة أخرى: «إنَّ الضامن السابق لو كان خطابه مجرد حكم تكليفي لما أمكن إخراج دينه من تركته على تقدير موته، ولما صحَّ أن يصلحه المالك على ما في ذمته مع أنَّهما صحيحان ثابتان، لجواز المصالحة على ما في ذمته وإخراجه عن تركته على تقدير موته، فلنا دليل على عدم كون الخطاب تكليفاً في حقه، لا أنه مجرد عدم الدليل، هذا» (١).

وهذا الإشكال أيضاً يجري في مقام الإثبات كالأشكال الأولى.

الرابع: «تَمَلَّكَ غَيْرَ مَن تَلَفَ الْمَالُ بِيَدِهِ لَمَّا فِي ذَمِّهِ مِنْ تَلَفِ الْمَالِ بِيَدِهِ بِمَجْرَدِ دَفْعِ الْبَدْلِ، لَا يُعْلَمُ لَهُ سَبَبٌ اخْتِيَارِيٌّ وَلَا قَهْرِيٌّ» (٢)، لِأَنَّ الْأَوَّلَ مَنْتَفٍ وَالثَّانِي لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ف- «سَقُوطُ حَقِّ الْمَالِكِ عَمَّنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ بِمَجْرَدِ أَدَاءِ غَيْرِهِ، لِعَدَمِ تَحَقُّقِ مَوْضِعِ التَّدَارِكِ بَعْدَ تَحَقُّقِ التَّدَارِكِ» (٣).

وبعبارة أخرى: «إنَّ لِلْمَلِكِيهِ أَسْبَاباً وَلَا تَحْصُلُ بِدُونِهَا أَبَدًا، فَإِذَا فَرَضْنَا الْعَيْنَ تَلَفَتْ وَأَدَّى الضَّامِنُ الْأَوَّلُ بِدَلِّهَا فَبَأَى سَبَبُ مَلِكِ [الضامن الأول] الْعَيْنَ التَّالِفَةَ حِينَئِذٍ، أَفْبَالِيْعٍ أَوْ الْهَبَةِ أَوْ بَشَىءٍ آخَرَ، وَالْمَفْرُوضُ انْتِفَاؤُهَا بِأَجْمَعِهَا، فَلَا وَجْهَ لِانْتِقَالِ الْمَالِ إِلَى

ص: ٢٨٢

١- ١. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٠٩.

٢- ٢. المكاسب ٣/٥١٠.

٣- ٣. المكاسب ٣/٥١٠.

ملك مَنْ أَدَى عوضه كما لا يخفى، هذا»(١).

الخامس: لازم بيانه عدم رجوع السابق بعد أداء بدل التالف إلا إلى خصوص مَنْ

تلفت العين بيده، لا- إلى كلِّ غاصب لاحق، مع أنّ الظاهر جواز رجوع مؤدّي البدل إلى كلِّ واحدٍ من الغاصبين بعده «نعم، لو كان [المرجوع] غير مَنْ تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقرّ على من تلف في يده»(٢).

وبعبارة أخرى: «إنّ لازم ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره عدم جواز رجوع السابق إلى الثاني فيما إذا كان المال تالفا عند الثالث أو الرابع لأنه أيضا مثله في عدم اشتغال ذمّته بشيء وخطابه تكليفي حسب الفرض، بل لا بدّ من أن يرجع إلى الضامن الأخير الذي تلف عنده المال ابتداء مع أنّهم جوّزوا رجوعه إلى الثاني والثاني إلى الثالث وهكذا»(٣).

### دفاع عن صاحب الجواهر قدس سره

حصيله إشكال الشيخ الأعظم؛ على صاحب الجواهر قدس سره هي عدم الدليل على اشتغال ذمّ متعدّده في بحث تعاقب الأيدي بحيث يرى بأنّ صاحب الجواهر يذهب إلى اشتغال ذمّ متعدّده في بحث تعاقب الإيدي في مغصوب واحد، مع أنّ صاحب الجواهر لا- يقول به في كتاب الضمان، بل ذهب إلى أنّه يجب رفع اليد عن ظهور الأدله التي تدلّ على تعدد الضمان - على القول بوجودها - والقول بوحده الضمان مراعاةً للإجماع القائم عند الإماميه برّد القول بضمان الجميع عرضا وكذلك بطلان القول بعدم الضمان مطلقا، فلا يبقى إلاّ القول بضمان ذمّه من تلف المال عنده واستقرار الضمان عليه وبهذا البيان يدفع الوجه الأوّل من مناقشات الشيخ الأعظم.

قال صاحب الجواهر في بدايه كتاب الضمان من جواهره: «(الضمان) الذي هو عندنا على ما اعترف به غير واحد منّا(٤) مشتق من «الضمن» لأنّه ينقل ما كان في ذمّته

ص: ٢٨٣

١-٤. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١٠.

٢-١. المكاسب ٣/٥١٠.

٣-٢. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١٠.

٤-٣. كالعلاّمه في تذكره الفقهاء ١٤/٢٧٩، والشهيد الثاني في المسالك ٤/١٧١، والسيد العاملی في مفتاح الكرامه ١٦/٣٤٣ و ٣٤٤.

من المال، ويجعله في ضمن ذمّه أخرى، أو لأنّ ذمّه الضامن تتضمن الحقّ، فالنون فيه أصلية.

خلافًا لماعن أكثر العامه(1) من أنه غير ناقل، وإّما يفيد اشتراك الذمّتين، فاشتقاقه من «الضمّ»، والنون فيه زائده، لأنّه حينئذٍ ضمّ ذمه إلى ذمّه، فيتخيّر المضمون له في

المطالبه.

وفيه ما لا يخفى: من منافاه وجود النون في جميع تصاريفه، إلّا بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالي عنها، وهو كما ترى.

ومن صعوبه تحقّقه في نحو ضمان النفس، وظهور قوله عليه السلام «الزعيم غارم»(2) في اختصاص الغرم به، ولغير ذلك ممّا هو في مذهب الخصم، بعد الغضّ عن عدم تصوّر شغل ذمّتين فصاعداً بمال واحد، وقد بيّنا أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي على المغضوب ذمّه واحده، وهو من تلف في يده المال مثلاً، وإن جاز له الرجوع على كلّ واحد، وإلّا فهو منافٍ للمقطوع به من مذهبنا.

وأما الثمرات على القولين فهي واضحه: منها صحّح الدور فيه على مذهبنا - كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه، دون مذهبهم.

والتسلسل - كأن يضمن أجنبيّ الضامن... وهكذا - لتحقق الشرائط عندنا، فيرجع حينئذٍ كلّ ضامن - مع الإذن - بما أدّاه على الذي ضمن عنه، لا على الأصيل، وفي الأوّل يسقط الضمان، ويرجع الحقّ كما كان»(3).

وأيضاً يظهر من هذا البيان دفع الوجه الثاني من وجوه مناقشات الشيخ الأعظم من ذمّيه الخطاب بالنسبه إلى جميع الأيدي، لأنّ صاحب الجواهر يرى أنّ الالتزام

ص: ٢٨٤

١-٤. راجع المغنى ٥/٧٠ لابن القدامه.

٢-١. عوالى اللآلى ٢/٢٥٧، ح ٣؛ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣/٤٣٥، ح ٢، الباب ١ من أبواب كتاب الضمان.

٣-٢. الجواهر ٢٧/٢٢٧ و ٢٢٨ (٢٦/١١٣).

بذميه الخطاب بالنسبه إلى الجميع ينشأ من أن الضمان مشتق من ضمّ ذمه إلى ذمه والنون فيه زائده وهو مردود عندنا بضروره المذهب، فحينئذ ينحصر الخطاب الذمي بمن تلف المال بيده. (١)

ويمكن أن يناقش في الوجه الثاني من وجوه مناقشاته أيضا بأنّ الحُكْمَيْنِ «التكليفى والوضعى سنخان من الحكم وأحدهما غير متترع من (٢) الآخر، ويشهد لذلك أنه لا خلاف ظاهرا فى أنّ وجوب نفقه الوالدين الفقيرين على الولد إذا كان غنيا إنّما هو مجرد حكم تكليفى ولا يضمنها لو نسيها أو عصى ولم يؤدّ نفقتهما، وهذا بخلاف وجوب

نفقه الزوجه فإنّه حكم تكليفى. مضافا إلى أنه يضمنها فيما لو نسى أو عصى ولم يؤدّها إليها، فيضمن لها نفقه الأسبوع أو الشهر أو السنه، وكيف كان فهما سنخان متغايران» (٣).

ويمكن أن يقول فى دفع الوجه الرابع بأنّ الملكيه القهرية موجوده والدليل على ذلك أمران:

«أحدهما: أنه إذا أتلّف أحد مال الغير وكان لتالفه قيمه زهيدة أو كان متعلّقا لحقّ، والأوّل كما إذا ذبح فرس الغير على وجه شرعى فإنّ لحمه وجلده حينئذ ممّا له قيمه وإن كانت زهيدة لا محاله. والثانى ما إذا ذبحه على وجه جعله ميته فإنّ الميته يمكن أن ينتفع بها فى كلّ ما لا يشترط فيه الطهاره ومتعلّقه لحقّ الاختصاص، وفى أمثال ذلك لا يمكن للمالك أن يأخذ تالف العين وباقيها ويطالب المتلف بباقي قيمتها لأنّ العرف يرون المال قد تلف وما بقى منه أمر آخر لا ربط له بالمالك كأجزاء السياره المنكسره مثلاً، وإذا أخذ قيمتها من المتلف أو مثلها فلا يمكنه أخذ ما بقى من العين أبداً، لأنّ العرف يرون ذلك انتقلاً قهريا كالصلح، فباقي العين ينتقل إلى من أدّى الضمان فيما إذا كانت له قيمه، أو كان ذلك متعلّقا لحقّ من الحقوق.

وثانيهما: أنّ المال فيما إذا كان فى حكم التلف ولم يكن تالفا حقيقه كما إذا ضاع

ص: ٢٨٥

١-٣. راجع العقد النضيد ٤/٦٤.

٢-٤. فى المصدر: «عن».

٣-١. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٠٩.



فى بَرُّ أو وقع فى بحر أو سرقه سارق مجهول يتعدّر الوصول إليه عادةً ففى هذه الموارد هل يحكم بلحوق المال الموجود فى البر أو البحر أو فى يد السارق بالمباحات الأصلية بحيث يتملكه السارق بحيازته ولا يجب عليه رده، وهذا ممّا لا يمكن التفوّه به، أو يحكم بأنه ملك لمالكه الأوّل مع أنه أخذ مثله أو قيمته من المتلف، فلا محاله يحكم بانتقاله إلى ملك المتلف بدفع عوضه وبدله، فالوجه فى الانتقال والملكيه هو المصالحة القهرية الواقعة بين مالك المال ومتلفه، وكيف كان فينتقل المال إلى الضامن الذى أدّى بدله»(١).

ويدفع الوجه الخامس بعدم الالتزام بهذا اللازم عند صاحب الجواهر.

وبما ذكرناه يُدْفَعُ أَرَبُّعٌ من مناقشات الشيخ الأعظم لصاحب الجواهر ولكن الاشكال الثالث وهو النقوض يكون بلا جواب.

نعم، يمكن أن يُناقش على صاحب الجواهر رحمه الله : بأنّ ما قام عليه إجماع الإمامية من نفي تعدّد الضمان عرضاً يختص بباب الديون والضمان العقدي وأما الضمان المستند

على قاعده اليد فليس فيه إجماع من الإمامية بنفي تعدد الضمان فيه والشاهد على ذلك حكمهم بصحة ضمان الدرّك كما مرّ فتعيد العويصه.

## ٢/أ - حلّ الشيخ الأعظم للعويصه

### إشاره

قال قدس سره : «فنقول: إنّ الوجه فى رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال فى يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدّل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يُعقل ضمان المبدل معينا من دون البدل، وإلاّ خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثانى فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه فى ذمّه الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل؛ فإنّه تدارك نفس العين معينا؛ إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإنّ أذاه إلى المالك سقط تدارك الأوّل له. ولا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك؛ لأنّه من باب الغرامه والتدارك، فلا اشتغال للذمّه قبل حصول التدارك، وليس من قبيل العوض لما فى ذمّه الأوّل.

ص: ٢٨٦

فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه لا يستحقّ الدفع إليه إلا بعد الأداء.

والحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد، فيشتغل ذمته إمّا بتدارك العين، وإمّا بتدارك ما تُداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل، كما كان في الأيدي المتعاقبه اشتغال ذمته أشخاص على البديل بشيء واحد لشخص واحد»(١).

حصيله ما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله: «الفرق بين الضامن الأول وغيره، من حيث أنّ الضامن الأول بوضع يده على مال الغير ينتقل إلى ذمته العين بالقاء الخصوصيات الشخصية، فهو يضمن مجرد العين الملغى عنها الخصوصيات وأما الضامن الثاني إذا استولى على العين فقد استولى على العين المضمونه بكونها ذات(٢) بدل، وهذا بخلاف الضامن الأول فإنه لم يتول إلا على العين المجردة عن هذا العنوان، فلم يضمن سوى نفس العين، وأما الضامن الثاني فهو استولى على العين المعنونه بكونها ذات بدل ثابت في ذمه الضامن الأول، فهو يضمن الجامع بين العين والبديل - أي أحد الأمرين - نظير الواجب التخيري، وهذا هو مراده بقوله قدس سره «فقد ضمن شيئاً له بدل» فهذا الضمان يرجع إلى ضمان

واحد من البديل والمبديل على سبيل البديل.

وبالجملة: فإذا رجع المالك إلى الأول سقط أحد طرفي التخير - أعنى اشتغال ذمه اللاحق بالعين للمالك - إذ لا معنى لضمان اللاحق له بعد وصول ماله إليه فيتعين الطرف الآخر - أعنى اشتغال ذمته بالبديل للسابق - فله الرجوع إليه، غايته بعد ما رجع إليه المالك ودفعه إليه لا قبله. وهذا هو الفرق بين الضامن الأول وغيره»(٣).

وبعبارة أخرى: «أنّ الغاصب الأول أو من في حكم الغاصب أي بائع مال الغير مثلاً بالبيع الفاسد بعد أخذه من الغير كذلك إنّما هو ضامن للعين نفسها فالغاصب الثاني

ص: ٢٨٧

١-١ . المكاسب ٣/٥٠٨.

٢-٢ . في المصدر: «ذا».

٣-١ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٩٢.

وَمَنْ فِي حُكْمِهِ أَيْضًا هُوَ ضَامِنٌ لِلْعَيْنِ وَبَدَلُهَا، أَمَّا الْعَيْنُ فَلِمَالِكِهَا وَأَمَّا الْبَدَلُ فَلِلضَّامِنِ الْأَوَّلِ وَهَذَا بِخِلَافِ الضَّامِنِ الْأَوَّلِ فَإِنَّ فِي زَمَانِ كَوْنِ الْعَيْنِ تَحْتَ يَدِهِ لَمْ تَتَلَفْ لِيُضْمَنِ الْعَيْنُ بِمَا لَهَا بَدَلٌ بَلْ كَانَ ضَمَانُهُ مَنَحْصَرًا بِالْعَيْنِ وَحَدَهَا، وَأَمَّا الضَّامِنُ الثَّانِي حَيْثُ أَنَّ الْعَيْنَ قَدْ تَلَفَتْ عِنْدَهُ فَيَكُونُ ضَمَانُهُ بِهَا بِمَا لَهُ الْبَدَلُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِالْبَدَلِ ضَمَانٌ لِمَا اسْتَقَرَّ تَدَارِكُهُ فِي ذِمَّةِ الْأَوَّلِ، فَالضَّامِنُ الثَّانِي ضَامِنٌ لِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ إِمَّا الْعَيْنَ أَوْ الْبَدَلَ عَلَى نَحْوِ الْبَدْلِيِّ بِنَحْوِ الضَّمَانِ الْعَوَاضِ، وَالْحَاصِلُ أَنَّ مَنْ تَلَفَ الْمَالُ فِي يَدِهِ ضَامِنٌ لِأَحَدِ الشَّخْصَيْنِ عَلَى الْبَدَلِ مِنَ الْمَالِكِ وَمَنْ سَبَقَهُ فِي الْيَدِ فَتَكُونُ ذِمَّتُهُ مَشْغُولَةً بِشَيْئَيْنِ عَلَى سَبِيلِ الْبَدْلِيِّ أَمَّا تَدَارِكُ نَفْسِ الْعَيْنِ أَوْ تَدَارِكُ بَدْلِهَا فَحَالُ الْأَوَّلِ مَعَ الثَّانِي كَحَالِ الضَّامِنِ مَعَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فَإِنَّ الضَّامِنَ لِشَخْصٍ عَنْ دِينِ بَأَمْرِهِ أَيْضًا يَرْجِعُ إِلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ مَعَ أَدَاءِ دَيْنِ الدَّائِنِ وَإِلَّا فَلَا يَسْتَحِقُّ بِذَلِكَ إِذَا رَجَعَ الْمَغْضُوبُ مِنْهُ إِلَى الْأَوَّلِ فَأَخَذَ مِنْهُ تَدَارِكُ الْعَيْنِ فَيَرْجِعُ هُوَ إِلَى الثَّانِي فَيَأْخُذُ مِنْهُ تَدَارِكُ مَا اسْتَقَرَّ فِي ذِمَّتِهِ لِضَمَانِ الثَّانِي عَلَى ذَلِكَ.

وبالجملة: إِنَّ ظَهْرَ كَلَامِ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْغَاصِبِ الثَّانِي أَيْضًا أَنَّهُ ضَامِنٌ لِتَدَارِكِ الْعَيْنِ لِلْمَالِكِ وَبَدْلِهَا لِتَدَارِكِ مَا فِي ذِمَّةِ الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ لِلأَوَّلِ وَعَلَى هَذَا فَيَنْدَفِعُ اشْكَالُ عَدَمِ صَحِّهِ رُجُوعِ السَّابِقِ إِلَى الْآخِقِ فِي صُورِهِ عَدَمِ الْغُرُورِ إِذِ السَّابِقُ يَطَالِبُ مِنَ الْآخِقِ مَا اسْتَقَرَّ فِي ذِمَّتِهِ فَيَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي ذَلِكَ وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ الْمَالِكُ إِلَى الثَّانِي فَانَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَى الْآخِقِ فِي غَيْرِ صُورِهِ الْغُرُورِ لِعَدَمِ اشْتِغَالِ ذِمَّتِهِ لِلثَّانِي كَاشْتِغَالِ ذِمَّةِ الثَّانِي لِلأَوَّلِ.

فَمَا لَمْ يَرْجِعِ الْمَالِكُ إِلَى الْأَوَّلِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الثَّانِي لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمْ يَتَدَارَكَ الْعَيْنَ لِلْمَالِكِ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الثَّانِي فِي الْبَدَلِ الَّذِي حَصَلَ بِهِ التَّدَارِكُ وَأَيْضًا لَهُ الرُّجُوعُ إِلَيْهِ

بَعْدَ مَا رَجَعَ الْمَالِكُ إِلَى الْأَوَّلِ»(١).

### أَقُولُ فِي تَوْضِيحِ مَقَالَةِ الشَّيْخِ الْأَعْظَمِ:

أَقُولُ فِي تَوْضِيحِ مَقَالَةِ الشَّيْخِ الْأَعْظَمِ: مُسْتَدِنُ الضَّمَانِ فِي بَحْثِ تَعَاقُبِ الْأَيْدِي قَاعِدُهُ «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ» وَهِيَ مُشْتَرِكَةٌ بَيْنَ الْجَمِيعِ وَهُمْ كُلٌّ مِنْ اسْتَوْلَى عَلَى مَالِ الْغَيْرِ.

ص: ٢٨٨

ولكن شمولها بالنسبه إلى السابق واللاحق مختلف والوجه في ذلك اليد الأولى [السابقه] على مال الغير لم تكن مسؤوله إلا في مقابل مالك المال ولكن اليد الثانيه [اللاحق] مسؤوله في مقابل المالك والسابق، وهكذا الحال في الأيدي اللاحقه فإن لكل يد لاحقه مسؤوليه زائده على اليد السابقه عليها.

فاليد السابقه تكون ضامنه للمال أمام المالك مادامت عينه موجوده وعند تلفها تكون ضامنه لبدل المبدل الذي لم يتعلّق به ضمان آخر، فإذا خرجت العين من يده وانتقلت إلى اليد الثانيه فإنها تتّصف بخصوصيّه زائده وهي أنّها موردٌ لضمان اليد الأولى وهكذا يحصل الاختلاف بين اليدين، حيث أنّ اليد الأولى استقرّت على العين الغير المضمونه، أمّا اليد الثانيه فإنها استقرّت على العين المضمونه فتكون ضامنا للمالك وللسبق على نحو الواجب التخييري.

ثمّ إنّ مقتضى قاعده الضمان أنّ على صاحب اليد السابقه إمّا ردّ العين مع خصوصياتها إلى المالك أو ردّ ما يعدّ بدلها وأمّا صاحب اليد اللاحقه ضامن لبدل العين المضمونه عند اليد السابقه ولكن اليد السابقه ضامنه لبدل العين الغير المضمونه.

ثمّ لا- يخلو حال الضامين [اللاحق والسابق] أمّا أنّهما متحدان في الحكم أو مختلفان، والاتحاد ممنوع إذ لا يعقل شمول قاعده على اليد للعين الغير المضمونه وللعين المضمونه بالسويه فلا بدّ من اختلافهما وحينئذ لو قصد اللاحق فراغ ذمته فلا بدّ أن يقوم بدفع بدل العين لأنّ المفروض أنها تلفت في يده وهو مخير بين أن يدفعها إلى المالك أو السابق الدافع للبدل، فإنّ دفعها إلى المالك فقد دفع ما على ذمته وما على ذمه سابقه من خلال هذا الدفع فقد أذى واجبه التخييري وليس لللاحق الدافع الرجوع إلى سابقه، أمّا لو دفع السابق البدل بقيت ذمه اللاحق مشغوله بواجبه التخييري من دفع البدل إلى اللاحق ولذلك يجوز للسابق مطالبه اللاحق بالبدل وهذه هي العله في استقرار الضمان على يد

من تلف المال في يده ورجوع غيرها من الأيدي إليه في فرض إقدامه برّد بدل العين إلى

المالك ولا يجوز للسابق الذى تلف المال فى يده الرجوع إلى غيره. (١)

### اعتراض الفقيه السيد اليزدى على حل الشيخ الأعظم

قال: «إذ يرد عليه: أولاً: أن السابق أيضا يصدق عليه أنه ضامن شيئاً له بدل، لأنه وإن كان حين الحصول فى يده لم يكن له بدل، لأنَّ ضمان اللاحق لم يتحقق فى ذلك الحين، بل المفروض أنه يحدث بعد ذلك فيتحقق البديل للعين بعد حدوث ضمان السابق، إلا أن استقرار الضمان بالنسبة إلى الكل إنما هو بعد التلف، فحينئذ يصدق أن كلاً منهم ضامن لما له بدل؛ لأنَّ المناط ليس حال حدوث سبب الضمان، بل حال فعليته، بمعنى اشتغال الذمه فعلاً بالعوض، وهو إنما يكون بعد التلف، ولذا لو زاد زياده عينه فى الأيدى المتأخر يكون السابق ضامناً لتلك الزيادة أيضاً، مع أنه لم يحدث الضمان فى يده إلا ناقصاً، بل وكذا بالنسبة إلى زياده القيمة بناءً على القول بأعلى القيم.

وبالجملة: حين التلف الذى هو زمان الانتقال إلى القيمة يصدق بالنسبة إلى الكل أنه ضامن لما له بدل، أبدال.

وثانياً: أن ضمان العين التى لها بدل - أى عوض فى ذمه آخر - لا يقتضى ما ذكره من ضمان واحد من البديل والمبديل، كيف؟ والبديل لم يتحقق فيه سبب الضمان؛ إذ لم يثبت تحت يد الضامن، ولا أتلّفه، ولا غير ذلك، فلا وجه لكونه مضموناً.

ودعوى كونه من توابع العين كما ترى؛ إذ ليس هذا من شؤون العين كالمنافع والنماءات المتجدده؛ حيث إنها مقبوضه بتبعيه قبض العين، بخلاف التدراك الثابت فى ذمه السابق فإنه ليس مقبوضاً للاحق أصلاً، فلا وجه لضمانه له، وهذا واضح جداً.

وثالثاً: لو سلمنا ذلك كان مقتضاه ضمانه لمالكه، وهو مالك العين، لا لمن عليه البديل، فإنَّ البديل الذى فى ذمه السابق إنما هو لمالك العين، فبدله وهو ما فى ذمه اللاحق أيضاً يكون للمالك، وهو من له البديل، ولا وجه لكونه لمن عليه البديل، وهو الضامن السابق، وهذا أيضاً واضح.

ص: ٢٩٠

ورابعا: أن لازم ما ذكره أن يكون في مسأله ضمان الإثنين لواحد بناءً على صحته للضامن الأول الرجوع على الضامن الثاني إذا رفع العوض إلى المضمون له، فإنّ الثاني قد

ضمن ماله بدل في ذمه الضامن الأول، مع أنه ليس له ذلك، بل إنّما يرجع إلى المضمون عنه لو ضمن باذنه، ولو كان متبرعا فلا يرجع على أحد، وأيضا في ضمان العهده وضمن الأعيان المضمونه إذا قلنا بجواز الرجوع إلى كلّ من الضامن والمضمون عنه كما استظهره المصنّف منهم يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا فرض رجوع المالك عليه، ولا يمكن الالتزام به.

وجه اللزوم أنّ الضامن إنّما ضمّ شيئا له بدل في ذمه المضمون عنه، وأيضا بناءً على مذهب العامه من كون الضمان ضمّ ذمه، إلى أخرى يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا رجع المالك عليه؛ لأنّه يصدق على الضامن أنّه ضمن شيئا له بدل، لكن فيما إذا كان المال المضمون ثابتا في ذمته من باب الغرامه، بأن يكون متلفا أو غاصبا أو نحوهما فضمن عنه الضامن، ولا يمكن الالتزام به.

وخامسا: إذا فرضنا أنّ العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق فتلفت في يده فالظاهر أنّه لا يجوز للسابق حينئذ إذا رجع المالك عليه أن يرجع إلى اللاحق، بل الأمر بالعكس؛ لأنّ من تلف في يده هو السابق بالفرض، ولازم بيان المصنّف قدس سره أن يكون له الرجوع عليه؛ لأنّه يصدق أنّه - أي اللاحق - ضمن شيئا له بدل، بخلاف السابق.

ودعوى: أنّه بعد العود إليه يكون اللاحق سابقا، والسابق لاحقا؛ فيصيرُ على السابق الذي صار لاحقا أنّه أيضا ضمن شيئا له بدل.

مدفوعه: بأن الضمان إنّما حدث باثبات يده الأولى، وفي ذلك الحين لم يكن له بدل، وبعد العود إليه لا يحدث ضمان آخر، مثلاً إذا غصب عينا وضمن، فاعطاه غيره أو أخذ منه قهرا، ثمّ ردّه ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية، بل الضمان الحادث أوّلاً - باقٍ، وقرار الضمان حينئذٍ على الغاصب الأوّل إذا تلف المال في يده بعد العود إليه، ولازم بيان المصنّف قدس سره أن يكون القرار على الغاصب الثاني، مع أنّه لم يتلف

فى ىده؁ فتدبّر.

وسادسا: أنّ ما ذكره من أنّه لا يعقل ضمان البدل معينا من دون البدل؁ وإلاّ خرج البدل عن كونه بدلاّ؁ فيه أنّا نقول إنّّه لا يعقل ضمان البدل من دون وجود سبب الضمان فيه حسب ما بيّنا.

وسابعا: أنّ لازم ما ذكره جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل دفع البدل أيضا.

وما ذكره من أنّه نظير باب الضمان؛ حيث إنّّه لا يرجع الضامن إلى المضمون عنه إلاّ بعد الدفع إذا كان الضمان باقيا بإذنه.

فيه: أنّ مقتضى القاعده فى ذلك الباب أيضا جواز الرجوع؛ لأنّ ذمه المضمون عنه قد برئت بمجرد الضمان عنه بإذنه؁ فاللازم جواز مطالبته قبل الدفع أيضا؁ إلاّ أنّه خرج عن القاعده للنص الخاص؁ وهو فى المقام غير موجود؁ فعدم القول به فى المقام مع أنّه لازم الوجه المذكور يكشف عن عدم تماميه الوجه؁ فتدبّر»(١).

أقول: يمكن الجواب عن بعض اعتراضات السيّد اليزدى رحمه الله على الشيخ الأعظم قدس سره ولكن ثلاثة منها لا يمكن الجواب عنها وهى:

الاعتراض الثالث وهو: إنّ الضامن الثانى [السابق] على تقدير أنّه ضامن لأحد الأمرين على سبيل البدليه فهو إنّما يضمّنه للمالك لا- للغير [للاّحق] لأنّ البدل فى ذمّه الضامن الأوّل [للاّحق] ملك للمالك؁ فبدله الثابت فى ذمّه الثانى [السابق] أيضا يكون للمالك؁ فلماذا يحكم بضمانه للضامن الأوّل [للاّحق] بالبدل(٢)؟!

والاعتراض الخامس وهو: إذا فرض رجوع العين إلى الضامن السابق وتلفه فى يده لازم ذلك جواز رجوع الضامن السابق إلى اللاحق أيضا؁ مع أنّ الأمر بالعكس.

إن قلت: رجوع المال إلى الضامن السابق يستلزم كون السابق لاحقا واللاحق سابقا؁ فيكون السابق ضامنا لما له بدل.

ص: ٢٩٢

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/(٣١٣-٣١٠).

٢-٢ . التنقيح فى شرح المكاسب ١/٢٠٦؁ الأوّل.

قلت: اليّد الثانيه لللاحق لا توجب الضمان، بل الموجب للضمان هو يده الأولى وهو باق بعد ولم يرتفع. (١).

والاعتراض السابع وهو: لازم مقاله الشيخ الأعظم جواز رجوع الضامن الأول [السابق] إلى اللاحق قبل دفعه البديل إلى المالك مع أنّه غير تام لأنه ليس للسابق الرجوع إلى اللاحق إلا بعد دفع البديل. (٢).

## ٢/ ب - مقاله المحقق النائيني في الدفاع عن الشيخ الأعظم

### إشاره

ردّ المحقق النائيني فهم الفقيه السيّد اليزدي من جواب الشيخ الأعظم قدس سرهم وذهب

إلى توجيه آخر في مراد الشيخ الأعظم حتّى لا- يرد عليه هذه الاعتراضات السبعه وقال: «... إنّ ذمّه اللاحق مشغوله بما يجب خروجه عن ذمّه السابق، أى ذمته مخرج لما يضمنه الأول، فما يؤدّيه الأول يؤخذ من الثانى، لاشتغال ذمته للمالك بما له بدل أى عهده فى الأول، فإذا رجع المالك إليه فهو لا يرجع إلى السابق لعدم كونه مغرورا منه بالفرض، وأما لو رجع المالك إلى السابق فهو يرجع إلى الثانى، لأنّه ضمن شيئاً له بدل فى ذمّه السابق، والبديل يجب أن يخرج من الثانى، وهذا هو المراد من البديل فى كلام المصنّف، أى: ما فى ذمّه الأول فى ذمّه الثانى، فيضمن الأول ما يضمنه الثانى، فقد ضمن اللاحق شيئاً له بدل أى عهده، كما أشار إليه بقوله قدس سره: «فما يدفعه الثانى فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه فى ذمّه الأول» (٣).

وليس المراد من البديل أصل المال نظير المنافع حتّى يقال: إنّ الثانى وإن ضمن ما له بدل إلا أنّ الأول كذلك أيضاً؛ لأنّ كلّ ما يضمن للمال فى السلسله الطويله من المنافع وعلوّ قيمه والبديل ثابت على السابق أيضاً، فيصدق أنّ السابق أيضاً ضامن لماله بدل، إلى آخر الإيرادات السبعه المذكوره فى حاشيه (٤) السيّد الطباطبائى قدس سره .

ص: ٢٩٣

١-٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٢/٤٩٥، ثانيها.

٢-٤ . راجع مصباح الفقاهه ٤/٣٧٨، الثانى.

٣-١ . المكاسب ٣/٥٠٨.

٤-٢ . حاشيه المكاسب ٢/(٣١٣-٣١٠).



وبالجملة: غرض المصنّف: أنّ اللاحق ضامن للمالك ولل سابق؛ لأنّ ذمته مخرج لما يؤخذ من السابق، فهو يضمن على البديل، إمّا نفس العين بما أنّها في ذمه السابق، وإمّا ما يؤخذ من السابق. فلا يرد عليه أنّ كلّاً منهما ضامن للبديل؛ وذلك لأنّ الأوّل ليس ضامناً للثاني فكيف يكون كلّ منهما ضامنين للبديل؟

وبالجملة: بعد ما عرفت من أنّ ورود المال من يد السابق إلى يد اللاحق يقتضى أن يكون اللاحق مشغول الذمه بما يؤخذ من الأوّل فمقتضاه أن يكون اللاحق ضامناً للسابق دون العكس.

وحيث إنّ المحشّى قدس سره حمل البديل على المثل أو القيمه - الذى يكون كلّ يد مشغولة له مشروطاً بالتلف - أورد ثانياً بقوله: «إنّ ضمان العين التي لها بدل - أى عوض - فى ذمه الآخر لا يقتضى ما ذكره من ضمان واحد من البديل والمبدل، كيف والبديل لم يتحقّق فيه سبب الضمان؟ إذ لم يثبت تحت يد الضامن، ولا أتلفه، ولا غير ذلك، فلا وجه لكونه مضموناً. ودعوى: كونه من توابع العين كما ترى...» (1) إلى آخره.

وأنت خير بأنّ غرض المصنّف: إثبات الضمان الطولى، وبيان عدم اجتماع الضمانين عرضاً، وأنّ يد اللاحق ليست كيد السابق ضامناً للمال مجرداً عن خصوصيته كونه فى ذمه غيره.

وتوضيح ذلك - مضافاً إلى امتناع اجتماع الضمانين عرضاً ولو بنحو تقييد الإطلاق والواجب الكفائى؛ لما عرفت أنّ التقييد إنّما يصحّ فى التكليف دون الوضع، ومضافاً إلى ما قيل: وإن كان خلاف المختار أنّه لو لم يكن للمال خصوصيته عند وضع السابق يده عليه وحدثت عند اللاحق فيضمنها اللاحق دون السابق، وهذا يقتضى الاختلاف فى كيفية الضمان -: أنّ مقتضى عموم «على اليد» وانحلاليته بالنسبة إلى كلّ يد كما هو شأن كلّ عامٍّ أصوليّ فى القضايا الحقيقية أن تكون يد السابق مشغولة بالمال مجرداً عن خصوصيته كونه فى ذمه أحد. وأمّا يد اللاحق فلا يمكن أن تكون مشغولة

ص: ٢٩٤

بالمال مجزدا؛ لأنَّ المفروض أنَّ المال وصل إلى اللاحق بعد اشتغال ذمَّه السابق به، فشمول «على اليد» بالنسبة إلى السابق كشمول دليل حجَّته الخبر للخبر بلا واسطه بالنسبة إلينا، وشموله بالنسبة إلى اللاحق كشمول دليل الحجَّته للخبر مع الواسطه، فإنَّه كما يثبت موضوع بتوسيط شمول فرد من الحكم لفرد من الموضوع ولا مانع من شمول فرد آخر من الحكم الانحلالى لهذا الموضوع المتولَّد فكذا يثبت خصوصية للمال واعتبار عقلائي له بتوسط شمول «على اليد» لليد الأولى، فإذا عمَّ فرد من الحكم اليد الثانية مع الخصوصية التي نشأت من قبل شمول «على اليد» لليد الأولى فمقتضاه: أن لا تكون اليد اللاحقه ضامنه للمال مجزدا عن الخصوصية كضمان اليد السابقه، بل هي تضمن العين للمالك بخصوصية كونها في ذمَّه الأولى. وهذه الخصوصية اعتبار عقلائي لا يمكن أن تجرد اليد اللاحقه عنها إلا بدليل خارجي، وإلا فمقتضى عموم «على اليد ما أخذت» وانحلاليه القضييه ثبوت هذه الخصوصية في ذمَّه الثاني، وهذا عين الضمان الطولي»(١).

حاصل كلام المحقِّق النائيني: «إنَّ هذه الاعتراضات السبعه مبتنيه على ما فهمه من ظاهر كلام الشيخ [الأعظم] قدس سره من أنَّ المراد بالبدل هو بدل العين الثابت في ذمَّه الضامن، إلا أنَّ الأمر ليس كذلك، بل المراد من البدل في كلماته قدس سره إنَّما هو بدل ما يضمه الضامن الأوَّل، وتوضيحه: أنه قدس سره لمَّا رأى أنَّ المال لا يضمن بضمانين عرضيين فلا يمكن

أن يقال إنَّ السابق واللاحق كلاهما ضامنان للمال في عرض واحد، فجعل الضمان طوليا في المقام بأن يكون السابق ضامنا للمالك واللاحق ضامنا للضامن السابق نظير الضمانات الاختياريه كما إذا أمر مديون أحدا بالضمان ليضمن له عند الدائن فضمنه ذلك الشخص فقد سقط الضمان عن المديون وانتقل إلى الضامن، إلا أنَّ المديون يضمن للضامن ما دفعه إلى الدائن، فإن دفعه إليه فيضمنه بمقداره وإلا فإن لم يدفع إليه شيئا فلا وجه لضمان المديون له بشيء، وفي المقام أيضا إن دفع السابق ما ضمنه للمالك فيضمن اللاحق له ما دفعه إلى المالك، وإن لم يؤدِّ إليه شيئا فلا وجه لضمانه كما هو واضح فالمراد

ص: ٢٩٥

بالبدل في كلامه قدس سره بدل ما يضمنه السابق للمالك ولعله ظاهر، هذا»(١).

### مناقشه السيد الخوئي لتوجيه النائبي

وناقش السيد الخوئي كلام استاذه وقال: «إن ما أفاده - وان كان ممكنا ثبوتا ومعقولا - إلا انه لا دليل عليه إثباتا، فإن دليل الضمان في تعاقب الأيدي منحصر في اليد، ونسبته إلى السابق واللاحق واحده، ولا وجه لكون السابق ضامنا للاحق واللاحق ضامنا لما ضمنه السابق، بل مقتضى القاعده ضمان كل منهما للمالك، وإنما التزمنا به في الضمان العقدي للدليل وهو مفقود في المقام.

هذا مضافا إلى أنّ لازم ذلك أن لا يجوز للمالك الرجوع إلى الضامن اللاحق، لأنه ليس ضامنا للمالك وإنما هو ضامن للضامن السابق على الفرض، كما في الضمان العقدي في باب الدين والذمم، وهذا مما لا يمكن الإلتزام به في المقام، فالظاهر أنّ مراد المصنف هو الذي فهمه السيد [اليزدي] وأورد عليه قوله قدس سره»(٢).

### ٢/ ج - توجيه كلام الأشيخ الأعظم قدس سره في بيان السيد الخميني

#### إشاره

قال: «يمكن إرجاع كلام الشيخ الاعظم قدس سره إلى دعوى إطلاق دليل اليد بالنسبه إلى الضامن، فأراد تصحيح ضمان الأيدي المتعاقبه - بنحو ما هو المعروف - بواسطة الإطلاق في دليل اليد بنحو ما ذكرناه.

فقوله: «السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق»(٣)، ليس المراد منه الاشتغال بالبدل حال وجود العين، بل المراد الاشتغال بالأمر التعليقي، أي ضمان المبدل إذا تلف،

ضروره عدم اجتماع البدل والمبدل، فعبر عن الضمان ب- «الاشتغال بالبدل».

وقوله: «فإذا حصل المال في يد اللاحق، فقد ضمن شيئا له بدل»(٤)، يراد منه أنه ضمن شيئا مضمونا.

ص: ٢٩٦

١-١ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٠٧.

٢-٢ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤٩٤.

٣-٣ . المكاسب ٣/٥٠٨.

٤-١ . نفس المصدر.

وقوله: «فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البديل والمبديل على سبيل البديل»<sup>(١)</sup>.

يراد به أنه إذا حصل المال في يد الثاني، ضمن المبدل للمالك بالمعنى التعليقي؛ أي عليه دركه إذا تلف بمقتضى دليل اليد، وضمن البديل؛ أي ضمان اليد الأولى للضامن بمعنى تعليقي أيضا، أي إذا تدارك فعليه ضمان التدارك، وذلك أيضا بدليل اليد وإطلاقه.

وبعبارة أخرى: إذا وضع الثاني يده على العين، حصلت قضيتان تعليقيتان:

الأولى: «إذا تلفت فعليك جبرها للمالك؛ لوقوع يدك على ماله».

والثانية: «إذا تدارك الضامن الأول، فعليك ضمان التدارك؛ لوقوع العين التي ضمنها في يدك من يده، أو بعد وقوعها في يده».

وإذا تلفت العين خرجت القضية الأولى من التعليقيه إلى التنجيزيه، وتبقى الثانية على تعليقيتها إلى أن يؤدى الدرك.

وقوله بعد ذلك: «والحاصل أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد... إلى قوله: وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل»<sup>(٢)</sup>، يؤكد ما ذكرناه؛ من أنّ الاستناد إلى دليل اليد في الضمان للمالك، وهو واضح، وفي الضمان للضامن بتلقيه المال منه.

فلو فرض إطلاق دليل اليد يشمل الأمرين، ويكون حاصله: «على اليد ما أخذت من المالك بوسط أو بلا وسط، وعليها ما أخذت من الضامن بوسط وبلا وسط» فيكون المالك والضامن كلاهما مضمونا لهما، لكان لازمه العرفي هو ما ذكره القوم في ضمان الأيادي المتعاقبه.

وعليه لا يرد إشكال على الشيخ قدس سره، لا ما أورده المحقق الخراساني<sup>(٣)</sup> قدس سره، ولا ما

ص: ٢٩٧

١-٢. نفس المصدر.

٢-٣. المكاسب ٣/٥٠٩.

٣-٤. حاشية المكاسب، المحقق الخراساني ٨٤/.

أورده السيد الطباطبائي (١) قدس سره ، ولا غيرهما (٢).

نعم، يرد عليه إشكال واحد، وهو عدم الإطلاق لدليل اليد.

ودعوى الإطلاق أمر يمكن صدوره من الشيخ الأعظم قدس سره ، دون ما احتمله المحققون ممّا يرد عليه ما أورده، بل وزائد عليه ممّا لا داعي لذكره.

وعلى ما احتملناه، تكون الغاية في دليل اليد غاية لأمرين:

أحدهما: الضمان بالنسبة إلى المالك، فأداء المأخوذ إليه غاية لرفعه، وبه يرتفع موضوع الضمانات الآخر.

وثانيهما: ضمان الضامن، غايته رجوعه إلى الغاصب السابق، فيأرجع المال إليه يرتفع ضمانه لدركه وإن فعل حراما، وليس دليل اليد متعزّضا للزوم أداء المال إلى صاحبه، بل مفاده بيان الضمان وغايته.

والإنصاف: أنّ ما ذكرناه في توجيه كلامه وإن كان مخالفا في الجملة لظاهره، لكنّه أولى ممّا ذكره ممّا لا ينبغي صدوره من مثله، فتدبر جيّدا» (٣).

### نقد توجيه السيد الخميني رحمه الله

يناقش على هذا التوجيه والتفسير بوجوه:

الأول: هذا التوجيه مخالف لظاهر كلام الشيخ الأعظم كما اعترف صاحبه وقال في آخر كلامه: «إنّ ما ذكرناه في توجيه كلامه وإن كان مخالفا في الجملة لظاهره» (٤).

الثاني: دليل على اليد ليس له إطلاق حتّى يتمسك به في المقام وبينى عليه ما بناه صاحب هذا التوجيه كما قاله نفسه: «نعم، يرد عليه إشكال واحد وهو عدم الإطلاق لدليل اليد» (٥).

ص: ٢٩٨

١-١ . حاشية المكاسب، السيد اليزدي ٢/ (٣١٣-٣١٠).

٢-٢ . حاشية المكاسب، المحقق الإيرواني ٢/٣٤٨.

٣-٣ . كتاب البيع ٢/ (٤٨٨-٤٩٠).

٤-٤ . كتاب البيع ٢/٤٩٠.

٥-٥ . كتاب البيع ٢/٤٩٠.

الثالث: لم يرتفع ضمان الغاصب الثاني [اللاحق] إذا أدى الخساره والبدل إلى الغاصب الأول [السابق] عند الباحثين في تعاقب الأيدي ولكن السيد الخميني رحمه الله يقول: «في إرجاع المال إليه يرتفع ضمانه لدركه وإن فعل حراماً» (١).

الرابع: دليل على اليد غايته إرجاع المال أو بدله إلى مالكه والغايه محذوف لوضوحها فما ذكره من أنّ «ليس دليل اليد متعرّضاً للزوم أداء المال إلى صاحبه بل مفاده بيان الضمان وغايته» غير تام.

### ٣- محاولة للشيخ الرشتي لحلّ العويصه

#### إشاره

طرح المحقق الشيخ الميرزا حبيب الله الرشتي قدس سره حلاً للعويصه وهو: «معنى قوله عليه السلام: «على اليد» على ما يقتضيه كلمه «على» مع ملاحظه وقوعها حيز العين لا الفعل فإنه يفيد حكماً تكليفاً متعلقاً به، كما في قول الآخر «عليك فعل كذا» هو العهد بما دخل تحت اليد ومعنى العهد به الالتزام به بإيصال عينه إلى صاحبه أو إيصال بدله إلى كيس من خرج عن كيسه تلك العين.

وحاصله: أن تكون خساره تلك العين عليه، بحيث لو حدث فيه عيب أو نقص أو تلف أو نحو ذلك مما يوجب الخساره، كان عليه جبران ذلك... فلننّه على أمور:

الأول: أنّ المال الواحد يستحيل أن يكون له غرامتان من باب قاعده الضمان، لأنّ بدل الشيء ما يساويه من جميع الجهات، التي منها التعدّد والاتحاد، وإلاّ لخرج عن كونه بدلاً، من غير فرق بين أن يكون الغارم شخصاً واحداً أو متعدّداً، فكما لا يعقل أن يغرم شخص واحد بمال واحد غرامتين، فكذلك لا يعقل أن يغرم شخصان كلّ منهما بغرامه مستقلّه. نعم لا استحاله في تعلق غرامه واحده على ذمم متعدّده، على وجه لا يرجع إلى التزام كلّ منهما ببديل مستقلّ غير ما التزم به الآخر...

والحاصل: أنّ المراد بضمان الجميع عند تعاقب الأيدي، أنّ خساره المال المأخوذ التي لا يتصوّر فيها التعدّد، على قياس عدم تصوّره في نفس ذلك المال تتعلّق

ص: ٢٩٩

على رقابهم جميعاً، لا أنّ كلّ واحد عليه خساره أخرى غير خساره الآخر، فهم بأجمعهم ضامنون للبدل، لا أنّ كلّ واحدٍ ضامن لبدل... فوحده المضمون يقتضى رفع الضمان بمجرد تحقق أداء البدل فى الخارج، وإن كان الضامن متعدداً.

الثانى: أنّ مرجع الضمان إلى انتقال خساره المشار إليها من المضمون له إلى الضامن... فمعنى انتقال خساره من المالك إلى الضامن، أنّه لولاه لفاتت خساره من كيسه... فإذا فرضنا أنّ خساره تلفه على الضامن، وأنّه يجب عليه دفع البدل إلى المالك،

فلا ريب فى ملك المالك للبدل ملكاً متزلزلاً مراعى بالتلف والرجوع.

الثالث: أنّ الضمانه كما يمكن أن تكون للمالك، كذلك يمكن أن تكون لغيره ممن فى عهده خساره المضمون، فلو كان المضمون له غير المالك، بأن يترتب ضماناً على ضمان كما فيما نحن فيه من مسألة تعاقب الأيادى، انتقل الضمان من الأوّل إلى الثانى أيضاً، من غير براه ذمّه الأوّل عن الضمان، ومعنى الانتقال حينئذٍ أنّ الضامن الأوّل لو خسر للمالك رجع إلى الثانى من غير أن يكون الضمانه الثانى لخصوص الضامن الأوّل، بل له وللمالك كليهما، فللمالك سلطنه مطالبه الغرامه عن الثانى أيضاً كالأوّل... والدليل على ذلك عموم قوله عليه السلام: «على اليد» فاليد الثانى عليها أيضاً ما أخذت، يعنى عليها خساره ما أخذت وغرامته وحيث كانت خساره قبل تحقق الضمانه الثانى على الضامن الأوّل، فيكون هو أيضاً مضموناً له كالمالك...»(١).

### يمكن أن يناقش حلّ الشّيخ الرشتى

بأمور: الأوّل: كيف جمع قدس سره بين الملكيه المترزله وبين الملكيه المُراعاه، - أى الشأنيه - لأنّهما يُعيّدان مُتتافئين لأنّ الملكيه إذا وجدت ولو مترزله كيف يمكن فرض تعليق وجودها واعتبارها مُراعاهً بالتلف أو الرجوع؟! وإذا كانت الملكيه مُراعاهً بالتلف والرجوع أو كانت شأنيه فكيف يمكن فرض وجودها وتزلزلها؟! (٢)

ص: ٣٠٠

١- ١. كتاب الغصب / (١٢٤-١٢٠) للمحقّق الرشتى.

٢- ٢. العقد النضيد ٤/٦٩.

الثانى: ثم فرض الملكيه المترزله للعين المغصوبه للغاصب أو الضامن يعد من أنياب الأغوال. نعم، على فرض وجودها لايبعد حكم العرف بالمعاوضه القهريه.

وأما فرض الملكيه المُراعاه أو الشأنيه بحيث إذا تلفت العين تصير ملكا لزامنه ويصير بدله ملكا لصاحب العين وإن كان فى بقعه الإمكان ولكن لاتفيد المعاوضه القهريه التى كان قدس سره بصدد توضيحها.(1)

الثالث: ما ذكره قدس سره من انتقال الضمان من ذمه الضامن الأول إلى ذمه الضامن الثانى صحيح ثبوتا وإثباتا بمعنى أنه ممكن وواقع لكنه فى باب الضمان العقدى كما مرّ ولكن بخلاف ما نحن فيه لأنه لا دليل على ضمان ذمه الضامن الثانى أمام المالك وأمام الضامن الأول معا، فلا مجال للحكم باشتغال ذمه الضامن الثانى وضمانه أمام الضامن الأول

بحيث يحقّ الضامن الأول الرجوع إلى الضامن الثانى والمطالبه منه وبحيث لو أدى الضامن الثانى إلى الضامن الأول فقد برئت ذمته.(2)

#### ٤- جواب المحقق الخراسانى عن العويصه

##### اشاره

قال قدس سره : «والتحقيق أن يقال: إنّ قضيه «على اليد» ليس إلاّ كون المأخوذ فى تعاقب الأيدى العاديه فى عهده كلّ واحده منها عينا - كما إذا كانت وحدها - وهى ليست إلاّ- اعتبار خاص عقلائى له منشاء مخصوص وله آثار خاصه، من وجوب ردّ العين عينا لو كانت اليد واحده، وكفائيا لو كانت متعدده، ووجوب التدارك بالبدل مع تعذر ردّها أو تلفها من دون اشتغال الذمه به أصلاً، لا حال التمكن من الرد، كما هو واضح، ولا حال التعذر، أو التلف، وذلك لبقاء ضمان العين وعهدها، لعدم مجيء الغايه، وهى التأديه، ولذا يجب فى صورته التعذر، لو تدارك ردّ العين نفسها إذا تمكّن منه، وكذا مع التلف لو اتفق على خلاف العاده تمكّنه من ردّها، ومعه لا وجه ولا سبب لإشتغال الذمه ببدلها، كما لا يخفى، كى يلزم اشتغال ذمه المتعدّد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدّد بدلاً عن الواحد،

ص: ٣٠١

١- ٣. كتاب البيع ٢/٤٨٥.

٢- ١. العقد النضيد ٤/٧٢.



ولا يكاد يكون بدل الواحد، إلا الواحد، وأما كون الواحد في عهده المتعدد، بحيث يجب على كل واحد كفائياً، رده إلى مالكه، وتخيير المالك في الرجوع إلى الكل، فهو بمكان من الإمكان، كما هو قضيه «على اليد».

وأما حديث جواز رجوع اليد السابقة إلى اللاحق، لو رجع إليها المالك، المستلزم لكون قرار ضمان التالف على من تلف عنده، مع المساواه فيما هو سبب الضمان، فهو أيضاً من آثار حدوث سبب ضمان ما كان، في ضمان الآخر، لواحد آخر، وأحكامه عند العرف، ويؤيده الاعتبار، ولم يُردَّ عنه في الأخبار؛ فلا بد من الالتزام به شرعاً، كما هو الحال في جل أحكام الضمان، حيث أنه لا وجه له إلا التثبت عرفاً، وعدم الردع عنه شرعاً، وكشَّفَ ذلك عن إمضاء الشارع، فيما إذا أُطلق دليل الضمان، فتدبر جيداً» (١).

واستشكل على حلّ الشيخ الأعظم قدس سره بقوله: «فيه ما عرفت، إن اشتغال الذمه لو كان، لكان بعد تلف العين، واللاحق إنما ضمنها قبل تلفها، فلم يحصل له إلا سبب ضمان نفس العين عينا، ولم يحدث بعد سبب ضمان آخر لها ولبدلها على البدل، وثبوته [الضمان] على السابق معلقاً على تلفها، حين ضمان اللاحق لها، لا يوجب ضمانه

[اللاحق] مطلقاً له [السابق] ولمبدله على البدل، لعدم ثبوته على السابق في زمانه، هذا مع أن اشتغال ذمه السابق بالبدل فعلاً، لا يقتضى أن يكون مجرد حدوث سبب ضمان العين اللاحق عينا، موجبا لضمان واحد من العين والبدل على البدل، ولا محذور أصلاً في خروجه، لولاه عن البدليه، بحسب حكم ضمان العين على اللاحق، بل لا محيص عنه، لاختصاص السبب بضمانها، وإنما المحذور، خروجه عنها مطلقاً، ولو بحسب ما على السابق، وهو غير لازم، كما لا يخفى.

نعم لو كان هناك دليل عليها، كذلك الحكم بالضمان على البدل، إلا أنه لا لزوم الخلف لولاه، كما ذكره، بل للدليل، فافهم. وقد عرفت أن الوجه في ذلك، ضمان ما كان في ضمان الآخر وعهدته، وقضيته مثل هذا الضمان، بحسب الاعتبار، وعند أهل العرف، هو

ص: ٣٠٢

رجوع السابق إلى اللاحق، لو رجع إليه المالك»(١).

### الاعتراض على جواب المحقق الخراساني

نعم، الاطلاقات الشرعيه الوارده فى باب المعاملات محموله على السَّيْرِ العُرْفِيِّه العقلائيّه عند فقد ما يردع عنها، فكبرى جوابه لا إشكال عليها، وإنما الاعتراض فى الصغرى التى ادّعاها من جريان سيره العرفيه والعقلائيّه على قرار الضمان على مَنْ تلفت العين عنده وأن كل سابق يرجع إلى لاحقه إلى استقرار الضمان على من تلفت العين عنده وهذه الدعوى أوّل الكلام ولم تُثَبِّتْ عندنا هذه السيره العرفيه وإن شككت فالعُزْفُ بياك! (٢) والله العالم.

ولذا قال السيّد الخمينى رحمه الله: «إنّ أصل الضمان اليد بما ذكره الفقهاء ليس عرفياً عقلائياً، فضلاً عن أحكام تعاقب الأيادي»(٣).

### ٥- محاولة الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله لحلّ العويصه

#### إشاره

قال: «يمكن توجيه رجوع السابقين إلى اللاحقين بوجه آخر أحسن من توجيهى المصنّف [الشيخ الأعظم] و [صاحب] الجواهر، وهو أن يقال: إنّ الوجه فى أنّه إذا أدى العوض إلى المالك فقد ملك العين التالفه بالمعاوضه القهريه، فيقوم مقام المالك فى جواز الرجوع إلى الأيدي المتأخره إلى أن يستقر الضمان على من تلف فى يده.

والفرق بين هذا وما ذكره صاحب الجواهر فى موضعين:

أحدهما: أنّه يقول إنّ العوض ليس إلّا فى ذمّه من تلف فى يده، وخطاب غيره بالأداء تكليفي لا ذمي، وهذا التوجيه ليس مبنيًا على ذلك، بل يتم مع الإلتزام بشغل ذمه الجميع أيضاً.

والثانى: أنّه يقول بالمعاوضه القهريه بين البدل المدفوع من أحد السابقين وبين ما فى ذمه الأخير، وهو مَنْ تلف فى يده، وعلى هذا التوجيه المعاوضه القهريه إنّما هى بين

ص: ٣٠٣

١-١ . حاشيه المكاسب / ٨٤.

٢-٢ . راجع العقد النضيد ٤/٦٦.

٣-٣ . الكتاب البيع ٢/٥٠١.

البدل والعين التالفه، بمعنى أنها تعتبر ملكا لدافع البدل، فيكون هو بمنزله المالك لتلك العين، فله مطالبه عوضها ممن أثبت يده عليها أو أتلّفها.

وتوضيح هذا المطلب ببيان مقدمات:

الأولى: لا إشكال في أنّ المالك إذا صالح (1) العين التالفه التي اعتبر وجودها في ذمه ذوى الأيدي مع غيرهم، أو مع أحدهم يقوم ذلك المصالح معه مقامه في جواز مطالبه مَنْ شاء منهم، وكذا إذا حسب على أحدهم خمسا أو زكاه أو صدقه أو نحو ذلك فإنه حينئذٍ يقوم مقام المالك في المطالبه.

الثانية: أنّ مقتضى القاعده دخول المَعْوُض في ملك من خرج عنه العوض.

الثالثة: أنّ في باب الغرامات العوض المدفوع يكون عوضا لنفس العين التالفه، ولازمه اعتبار كون العين ملكا للدافع؛ إذ لا فَرْق بين المعاوضه بعنوانها وبين إعطاء العوض، فإنّ ما ذكرنا إنّما كان مقتضى العوضيه، فلو كان للعين التالفه اعتبار عقلائي يكون للدافع، ولذا قلنا في بدل الحيلوله إنّ مقتضى أخذ البدل إذا كان بدلاً عن نفس العين - لا عن الحيلوله كما هو الظاهر - دخول العين في ملك الضامن، غايته أنّ ملكه متزلزل، وأيضا إذا غرقت العين في البحر فأعطى عوضها تَكُونُ العين للدافع، فإذا ترتب على وجودها تحت الماء أثر كان له، وإذا كان كذلك ففي المقام إذا دفع أحد السابقين بدل العين التالفه، وصارت كأنّها مال تالف له يكون مثل المالك في جواز الرجوع إلى من بعده.

ودعوى: أنّه لا معنى لإعتبار العين التالفه بعد تلفها ملكا لأحد.

مدفوعه: بما هو المسلّم بينهم في باب الخيار من جواز فسخ المعامله بعد تلف العين، فيرجع إلى المثل أو قيمه، مع أنّ الفسخ إنّما يؤثر من حينه، فليس إلاّ اعتبار كون

العين التالفه ملكا لمالكة الأول، فيرجع إلى بدلها، فلا مانع من هذا الاعتبار إذا ترتب عليه أثر كما في الضمان أيضا.

نعم، يبقى شيء: وهو أنّ لازم هذا التوجيه جواز رجوعه إلى السابقين أيضا؛ لأنّ

ص: ٣٠٤

١-١ . هكذا في الأصل.

المفروض أنه قام مقام المالك.

ويمكن أن يقال: إنَّ الوجه في عدم جواز رجوعه إليهم لأنَّه السبب في ضَمَانِهِمْ، بمعنى استقرار العوض في ذمتهم، فمن هذه الجهة يحصل الفرق بينه وبين المالك، هذا.

والتحقيق: ما أشرنا إليه سابقاً من أنه لا فرق بين الإلتاف والتلف وإثبات اليد في صدق سببيه الضمان، وأنَّ الوجه في جواز رجوع السابق إلى اللاحق أنه السبب في ضمانه، بمعنى استقرار العوض في ذمته، كيف؟ وإلاَّ أمكنه أن يدفع نفس العين إلى المالك ليخرج من تبعه الضمان، فكما اعترف القائل بأنَّ الرجوع على المتلف موافق للقاعده من جهة تسيبه للضمان، فكذا نقول بالنسبه إلى من أثبت اليد وإن لم يكن متلفاً، ولا فرق في ضمان السبب بين كونه عالماً أو جاهلاً، فحال اللاحقين بالنسبه إلى السابقين كحال الغارِّ بالنسبه إلى المغرور، حيث قلنا إنَّ الوجه في رجوعه على غاره كونه سبباً في استقرار العوض في ذمته، فإنَّ اللاحق أيضاً كذلك سبب لاستقرار العوض في ذمه السابقين من جهة حيلولته بينهم وبين العين التي كان لهم أن يردوها إلى المالك؛ لئلاَّ يستقر العوض في ذمتهم، ولا حاجة إلى الإلتزام بالمعاوضه القهريه ولا غيرها، هكذا ينبغي تحقيق الحال، والمستعان بالله المتعال»(١).

### ردود على محاولة الفقيه السيد اليزدي

يمكن أن يردَّ على مقدمته الاولى: أولاً: إنَّ اعتبار المعدوم ملكاً يحتاج إلى دليل محكم في الشَّرْع وهو في المقام مفقود بل هو أمر خارج عن بناء العقلاء ولا دليل على اعتباره، بل الدليل على خلافه.

وثانياً: على فرض ثبوت الخيار بعد التلف عُرْفاً أو شَرْعاً، لا يلزم من هذا الفرض اعتبار المعدوم ملكاً، لأنَّ الفسخ ليس عقداً جديداً بل حلٌّ له ولازمه رجوع العين إلى مالِكها ومع تلفها يجوز له الرجوع إلى مثلها أو قيمتها من غير اعتبار العدم ملكاً لطرف العقد ثمَّ للمالك.

ص: ٣٠٥

وثالثاً: «جواز مصالحة المالك على العين التالفه موقوف على مالكيته لها، واعتبار ملكيه المعدوم بما هو معدوم محال، لأن المعدوم - كذلك - لا يدرك ولا يشار إليه، فلا بد من اعتباره موجوداً واعتبار وجوده الذهني لا يفيد بل لا بد من اعتبار الوجود الخارجى... ولازم ذلك التعبد بوجود العين فى الخارج مملوكه لمالكها، إن كان الشارع هو الملاحظ [أو المتعبد]... وهذا التعبد الشرعى تعبد بسقوط الضمان إن كان بنحو الإطلاق فإنه تعبد حينئذ بعدم تلف العين.

وإن كان التعبد من حيث أثر خاص [وهو الضمان]... لا يعقل... [ل-] أن [ه] مترتب على تلفها [لا التعبد بوجودها]... (١).

ويمكن أن يرد على مقدمته الثانية: بأن مقتضى قاعده دخول المعوض فى ملك من خرج عنه العوض مسلّم فى باب المعاملات، دون باب الغرامات والشاهد عليه باب الديات وملكه العوض المبان لمن قطع منه.

ويمكن أن يرد على مقدمته الثالثة: من «أن باب الغرامات والضمانات عند العقلاء غير باب المعاوضات، فمن أتلف مال الغير ألزمه العرف بالغرامه من غير اعتبار التالف ملكاً له. ولو عبّر إحيانا ب- «البدل» و«العوض» ليس معناه المعاوضه وقعت بحكم العرف - قهراً على الطرفين - بين المعدوم والموجود. بل باب الغرامات باب جبر الخساره ولا- يخطر ببال أحد من العرف المعاوضه والمبادله. كما لا يخطر ببالهم أن الخساره جبر عوض موجب لكون التالف المعدوم ملكاً للغارم، أو أن المعدوم حال عدمه ملك لصاحبه... هذا حال العرف. وأما الضمان فى الشرع فليس أمراً مغايراً لما فى العرف والدليل عليه أن الأدله الوارده فى باب الضمانات لم تتعرض لكيفيه الضمان، بل أوكلها الشارع الأقدس إلى العرف، وإنما حكم بالضمان فى الموارد الكثيره من غير استشمام اعتبار المعاوضه بين التالف والغرامه» (٢). هذا أولاً.

ص: ٣٠٦

١- ١. كتاب البيع ٢/٤٩٧ و ٤٩٦ للسيد الخميني رحمه الله .

٢- ٢. كتاب البيع ٢/٤٨٣.

وثانيا: «إنَّ ما ذكره مخالف لمبناه فى ضمان اليد، من أنَّ نفس العين تقع على العهده وهى باقيه إلى زمان الأداء وحصول الغايه(١)، فإنَّ لازمه أن يكون أداء المثل أو

القيمه نحو أداء للعين حتّى يسقط الضمان بحصول غايته.

فعلى هذا: لا يكون أداء المثل أو القيمه عوضا من التالف، بل أداء للعين وبه تحصل غايه الضمان.

والعوضيه إنّما تناسب مذهب المشهور فى باب ضمان اليد كما تناسب ضمان الإلتلاف... ولازم مذهبه عدم العوضيه فحيثُ مع تسليم جميع المقدمات لا تنتج مارامه(٢).

وبما ذكرنا يظهر الرد على ما جعله التحقيق فى المقام: لأنَّ «مذهبه فى باب ضمان اليد أنَّ نفس العين على العهده ولا تبدل إلى المثل أو القيمه بالتلف والإلتلاف فهى باقيه عليها إلى زمان الأداء ولو بمثلها أو قيمتها، فإنَّهما أيضا نحو أداء عند تعذر العين، فلا وجه حيثُ لما ذكره من سببته اللاحق لاستقرار الضمان أو العوض على العهده كما هو واضح... فعليه لا يصح رجوع السابق إلى اللاحق متلفا، فإنَّ الإلتلاف - كالتلف - غير دخيل فى الضمان واستقراره» هذا أوَّلاً.

وثانيا: «مقايسه المقام بباب الغرور فغير مرضيه لأنَّ قاعده الغرور قاعده برأسها... ولها دليل برأسه غير مربوط بباب التسيب... والغارّ كثيرا ما لا يكون سببا للضمان، كما إذا أتلف المغرور المال، فإنَّه متلف وعلى المتلف الضمان وإن كان له الرجوع إلى الغار(٣).

أقول: هذه الرودود كلّها للسيد الخميني ولنا فى بعضها نظر ظهر ممّا مرّ أو يظهر ممّا يأتى فليست كلّها مقبوله عندى.

ص: ٣٠٧

١-٣. حاشيه المكاسب ١/٩٦، السطر ٢٧، و ٩٩، السطر ٢٥ من طبع الحجرى (١/٤٦٩ و ٤٨٢ من الطبعة الحديثه عام ١٤٢٣).

٢-١. كتاب البيع ٢/٤٩٨.

٢-٣. كتاب البيع ٢/٥٠٠.

اشاره

قال: «بنى على أنّ الخطاب بالإضافه إلى كلّ من السابق واللاحق وضعي، وكلّ منهما أو منهم ضامن لبدل المال غايته على نحو الواجب الكفائي، بأن يكون البديل ثابتاً على ذمه كلّ من الضامين على البديل لا عينا فإنه مستحيل، لأن المبدل الواحد لا يعقل أن يكون له أبدال عديده بعنوان البدليه، وكما يمكن أن يكون الطلب واحداً والمتعلق متعدداً كذلك يمكن أن يكون الضمان واحداً والضامن متعدداً، وإذا ثبت ذلك فنكتفي بالمقدمه الثانيه ونقول: إذا أدى أحدهم البديل إلى المالك يملك التالف بقاءً بالمعاوضه

القهرية، كما عليه السيره العقلانيه ويشهد لها أمران:

أحدهما: ما إذا فرضنا ان أحداً أتلف مال الغير حقيقه - كما إذا غضب فرس الغير فقتله أو ذبحه - فأدى إلى مالكة المثل أو قيمه ليس للمالك أن يطالبه بميته ذلك الفرس، بل يكون متعلق حقّ الدافع وليس للمالك مزاحمته في ذلك.

ثانيهما: ما إذا فرضنا أن أحداً غضب مال غيره وغضبه منه شخص ثانی وألقاه في البحر مثلاً بحيث صار بحكم التالف ثم رجع المالك إلى الغاصب الأوّل فأخذ منه البديل يكون ما في البحر ملكاً له لا للمالك ويجوز له تصرفه فيه، فإذا فرضنا أنّ الغاصب الثاني أخرج من البحر لا بد من ارجاعه إلى الغاصب الأوّل الذي دفع البديل إلى المالك لا إلى المالك الأوّل، فالسيره قائمه على تحقّق المعاوضه في أمثال ذلك، والمقام من هذا القبيل، فإذا ثبت ذلك يتم المقصود من رجوع السابق إلى اللاحق دون العكس.

والحاصل أنّه لا إشكال في ضمان كلّ من ذوى الأيادي في تعاقبها للمالك غايته على البديل بنحو الوجوب الكفائي، فإذا رجع المالك إلى أحدهم فأخذ منه البديل صار بأدائه مالكا للمبدل بقاءً، ولا مانع من اعتبار ملكيه التالف فيما إذا لم يكن لغوا وترتب عليه الأثر، ويدلّ على هذه المعاوضه أمران:

أحدهما: انه إذا تلف مال الغير عند شخص أو أتلفه فأدى مثله أو قيمته إلى المالك لا تكون اجزائه الباقيه ملكاً للمالك، سواء كانت تسوى بقيمه زهيده أو لم تكن لها قيمه أصلاً، بل يكون بنظر العقلاء ملكاً لمن أدى العوض وليس للمالك مزاحمته فيها.

ثانيهما: انه إذا تلف المال عرفا لا حقيقه - كما إذا كان فضا فألقى في البحر - فرجع المالك إلى من ألقاه وأخذ بدله منه كان المال ملكا لمن أدى البدل، ولذا لو فرضنا أن أحدا فتح باب قفص الطير فطار فأدى قيمته إلى المالك ثم قتله شخص آخر في الهواء ببندقه ونحوها كان ضامنا لمن أدى بدله لا للمالك، والسيره العقلانيه قائمه على ذلك ولم يردع عنها، فيعرف من ذلك أن من أدى البدل في موارد الضمان يكون هو المالك للمبدل.

وبيان أوضح: انه لا إشكال في أن وجود كل من الفعلين في الواجب التخييري مبين لوجود الفعل الآخر، وإن كان الطلب متعلقا بالجامع بينهما، فالامتثال إنما يحصل بخصوص الفعل المأتي به لا بالجامع، كما أن الثواب أيضا يترتب على الفعل الخاص لا على الجامع، وكذا في الواجب الكفائي، فإن التكليف وإن كان متعلقا بطبيعي المكلف إلا أن وجود كل مكلف مبين مع وجود الآخر، فإذا امتثل التكليف أحدهم يكون هو المثاب

بخصوصه دون الطبيعي وان كان هناك أثر آخر يترتب عليه دون غيره، كما إذا فرضنا ورد في الدليل ان من صلّى على الجنازه تقبل شهادته، فقبول الشهاده يترتب على من صلّى دون غيره من المكلفين، وهذا جار في باب الضمان أيضا فانه وان كان متعلقا بالجامع إلا ان الأثر المرتب على الضمان - وهو ملكيه المبدل عند دفع البدل - يترتب على خصوص من خرج عن الضمان بأداء البدل دون غيره، فاذا أدى أحدهم البدل إلى المالك هو يكون مالكا للمبدل بقاءً دون طبعي الضامن ويكون نازلاً منزله، فله الرجوع إلى من تلف المال في يده ومن كان بينه وبينه ممن وقعت أيديهم على التالف.

ثم بعد ثبوت ذلك وكون من أدى البدل مالكا للمبدل بقاءً فهو بمنزله المالك، فلماذا لا يجوز له الرجوع إلا إلى اللاحق دون السابق كما كان للمالك الرجوع إليه أيضا بمقتضى «على اليد»، وهو أيضا يقتضى رجوع المالك بقاءً إلى كل منهما (1).

## مناقشات على حل السيد الخوئي

### اشاره

قد يظهر بعض المناقشات مما مرّ ومنها:

ص: ٣٠٩



أولاً: اعتبار التالف ملكاً بما هو تالف ومعدوم يحتاج إلى دليل مفقود في المقام.

وثانياً: يمكن لأحد أن يناقش في وجود السيره العقلانيه على ثبوت المعاوضه القهريه بين البدل والعين التالفه.

وثالثاً: نفس وجود المعاوضه القهريه غير معلوم عند العقلاء وإنما ذكرها بعض المتأخرين ولعل احتمالها قد نشأ من تعبير الأصحاب قدس سرهم الغرامه بالبدل حيث لا يعقل كون المعدوم - بما هو معدوم - ملكاً لصاحبه أو ملكاً لغارمه. (1)

ورابعاً: «أنّ قياسه التالف الحكمي بالتلف الحقيقي ممنوع، فما ذكره من قيام السيره العقلانيه على أنّ الضامن الدافع للعرض إلى المالك، يعدّ مالكا لبقايا التالف من الرضاوض والكسور، مختصّ بالتلف الحكمي، والبحث في المقام عن التلف الحقيقي، ولم تثبت فيه السيره المدّعاء في التلف الحكمي، بل نفس الشكّ في تحقّق السيره وعدمه كافٍ في نفيها، وبالتالي فقياس التلف الحقيقي بالحكمي قياسٌ مع الفارق.

وخامساً: أنّ الاعتبار لا قيمه له إلا إذا كان ذا أثر، كما في المقام، فإنّ اعتبار ملكيه التالف لليد الأولى لا أثر له إلا الضمان، بمعنى أنّه يترتب على ملكيه الضامن الأول

للتالف حقّه في مطالبه الذمّه اللّاحقه المتلفه بعوض المدفوع إلى المالك، ومن المعلوم أنّ اعتبار الملكيه لأجل ترتب الضمان مستلزمٌ للدور الباطل.

وسادساً: كما إنّ اليد السابقه ضامنه أمام المالك، كذلك اليد اللّاحقه ضامنه له عند استيلاءه بقاعده اليد، وليس هناك زياده استيلاء لأحدهما على الآخر ليستوجب تقدّمه في الضمان على الآخر، نعم حصل هناك تلف في ظرف استيلاء اليد اللّاحقه، فدفع السابق بدله، وفي ظرف التلف لم تكن للسابق يدٌ على المال ليستلزم يده ودفعه البدل الملكيه على المال، فقوله: «فلم يبق إلا أن يكون للضامن بعد إعطاء عوضه» (2) ممنوعٌ (3).

ص: ٣١٠

١- ٢. الثلاثه الأولى للسيد الخميني في ردوده على الفقيه اليزدي.

٢- ١. مصباح الفقاهه ٤/٣٨٥.

٣- ٢. العقد النضيد ٤/٧٤.

يمكن أن يجاب عن المناقشات:

وعن الأول: اعتبار الملكيه للتالف أو المعدوم بما هو تالف أو معدوم ممكن ولا يحتاج إلى أزيد من الاعتبار والأمر فيه سهل، نعم يحتاج إلى وجود الثمره وهى موجوده، والدليل على الاعتبار نفس هذه السيره العقلائيه.

وعن الثانى: السيره العقلائيه موجوده على المعاوضه القهريه ويمكن امتحانها فى الموارد المختلفه عند عامه الناس.

وعن الثالث: المعاوضه القهريه موجوده والشاهد عليها ما مرّ فى بحث الكشف الحكمى وإجازة المالك، من «إمكان كون الشىء فى زمان ملكا لواحد، وفى ذلك الزمان بعينه ملكا لآخر مع تعدد زمان الاعتبار، وعليه فقبل دفع الضامن الأول البدل يعتبر التالف ملكا للمالك فى زمان طُرُوءِ التالف عليه، وبعد دفعه البدل يعتبر ذلك التالف فى ذلك الآن ملكا للضامن، والمصحح لذلك الاعتبار ترتب الأثر عليه من ملك الضامن بقايا التالف ورجوعه إلى الضامن الثانى.

ويشهد لذلك ملاحظه فسخ البائع البيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع فى يد المشتري، فإنه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التالف عليه ملك المشتري وبعد الفسخ يعتبر ذلك المبيع فى ذلك الآن ملك البائع، ولذا يرجع إليه ببده كما لا يخفى» (١).

وعن الرابع: مساواه التلف الحكمى والتلف الحقيقى بالنسبه إلى هذه المعاوضه القهريه ودلاله السيره العقلائيه عليها والشاهد على المساواه أنّ ما ذكره على المعاوضه كلاهما تلف حكمى، ولكن ما ذكره على جريان السيره العقلائيه أحدهما تلف حقيقى وهو الأول وثانيهما تلف حكمى، وحيث أنّ السيره العقلائيه قائمه على التلفين فحكهما بالنسبه إلى المعاوضه القهريه واحد. وليس قياسهما معا مع فارق.

وعن الخامس: أمر الإعتبار سهل ويبد المعتر ولا يتم إلا إذا كان فى البين ثمره

ص: ٣١١

وإلا كان لغوا، والثمره هنا ترتب ضمان اللاحقين لمن أدى البدل إلى المالك، ولم يكن في البين دور، يعتبر المعتمد اعتبار ملكيه التالف للمؤدى ثم يترتب على هذا الاعتبار ضمان اللاحقين بالنسبه إليه، فأين الدور الذى ادعاه فى العقد النضيد؟!

وعن السادس: بعد قبول ملكيه التالف للمؤدى، يثبت ضمان اللاحقين له وثبوت استقرار الضمان على من تلف المال عنده لأنه غير قادر إلى أداء العين، فلا وجه لإشكال تساوى الأيدى الضامنه.

وبما أجبنا عن المناقشات على حل السيد الخوئى قدس سره ترتفع العويصه ولله الحمد.

ونحن نوافق فتوى المشهور فى بحث تعاقب الأيدى من رجوع كل سابق إلى لاحقه دون العكس واستقرار الضمان على من تلفت العين فى يده والله العالم.

و«هذا كله إذا تلف المبيع فى يد المشتري»(1).

ص: ٣١٢

قال الشيخ الأعظم قدس سره: «وقد عرفت الحكم أيضا في صورته بقاء العين وأنه يرجع المالك بها على مَنْ في يده أو من جرت يده عليها»<sup>(١)</sup>.

أقول: مراده من قوله: «قد عرفت»، قوله في أول المساله الأولى من المسائل المتفرقه: «لو لم يجر المالك فإن كان المبيع في يده فهو وإلا فله انتزاعه مَمَّن وجدته في يده مع بقاءه...»<sup>(٢)</sup>. وهذا إذا أمكن انتزاع العين مَمَّن هي في يده.

وإن لم يمكن انتزاع العين مَمَّن هي في يده قال الشيخ الأعظم قدس سره: «فإن لم يمكن انتزاعها مَمَّن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة، وللمالك استرداده فيردّ بدل الحيلولة»<sup>(٣)</sup>.

أقول: قد مرّ في مباحث بدل الحيلولة<sup>(٤)</sup> عدم تماميه أدلتها وقلنا هناك: «حيث لا تتم الأدله لإثباتها فلا يمكننا موافقه المشهور من فقهاءنا - قدس الله أسرارهم - من حكمهم بها، وفي موارد الضياع و السرقة و الغرق و الإباق إن يصدق التلف عرفا يحكم بأدله الضمان بضمّان المال للمالك بالمثل أو القيمه من جانب الضامن.

و إذا لم يصدق التلف عرفا فليس للمالك المطالبه ببذل ماله، نعم له أجره ماله بدلاً

ص: ٣١٣

١-١ . المكاسب ٣/٥١١.

٢-٢ . المكاسب ٣/٤٨٣.

٣-٣ . المكاسب ٣/٥١١.

٤-٤ . الآراء الفقهيّه ٤/٥٦٧ وما بعدها.

من منافعه الفائته له.

و في فرض التلف و أداء الضمان وقع المبادله القهريه، فينتقل المال إلى المالك و العين التالفه إلى الضامن، بحيث لو وجدت إحيانا كانت له»(١).

فحينئذ - أي حين لا يمكن انتزاع العين ممن هي في يده غرم للمالك بالبدل إن يصدق التلف عليه عرفاً وإلا لا بدّ للمالك من الصبر والظفر على عين ماله وله الأجره بدلاً من منافعه الفائته له.

قال الشيخ الأعظم: «وللمالك استرداده فيردّ بدل الحيلولة»(٢).

أقول: ظهر بما ذكرنا أنّ أخذ المالك بدل ماله وقعت المبادله القهريه بين العين والبدل وصار المالك مالكا للبدل والضامن المؤدى للبدل مالكا للعين، بحيث لو وجدت إحيانا كانت له. فلا تتم مقالة الشيخ الأعظم إلا على القول ببدل الحيلولة.

وقال الشيخ الأعظم: «ولا يرتفع سلطنه المالك على مطالبه الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني»(٣).

أقول: والوجه في ذلك قاعده على اليد وشمولها لهما ولكلّ من جعل يده على المال ولذا قال قدس سره في بقيه كلامه: «لأنّ عهدتها على الأول فيجب عليه تحصيلها وإن بذل ما بذل»(٤). كما يمكن له أن يأخذها من الثاني فيبرأ ذمه الأول والثاني بالنسبه إلى العين.

**ثمّ بقى هنا فروع:**

**الأول: مؤونه ردّ العين على من؟**

قاعده على اليد تقتضى أنّها على الضامن لأنّ الرد عليه فمؤونته أيضا عليه.

ولذا قال الشيخ الأعظم ها هنا: «فيجب عليه تحصيلها وإن بذل ما بذل»(٥).

ص: ٣١٤

١- ٥. الآراء الفقهيّه ٤/٥٨٢.

٢- ١. المكاسب ٣/٥١١.

٣- ٢. المكاسب ٣/٥١١.

٤- ٣. المكاسب ٣/٥١١.

٥- ٤. المكاسب ٣/٥١١.

أى أنّ المؤمنه قليله كانت أو كثيره على الضامن أو متعارفه كانت أو غيرها عليه.

ولكنّه قدس سره ذهب فى أحكام المقبوض بالعقد الفاسد بأنّ مؤونه الرد على القابض الضامن ولكنها إذا كانت متعارفه عاديه وأما إذا كانت غيرها - أى الكثيره - فلا، لأنّ أدله نفى الضرر تنفيها. (١)

أقول: قد مرّ (٢) هذا الفرع فى ذلك البحث واخترنا هناك بأنّ المؤمنه القليله أو

العاديه المتعارفه كانت عليه وأما غيرها فلا لجريان قاعده نفى الضرر.

لأنّ المؤمنه إذا بلغت إلى حدّ الاجحاف والضرر العرفى - الذى يعده العرف ضررا ومن عليه متضررا - فلا يبعد شمول قاعده نفى الضرر لها.

اللهم إلا أن يقال: بأنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، وقد مرّ منّا عدم تماميه هذا الكلام فى الأبحاث الماضيه.

وبالجملة: مؤونه ردّ العين على الضامن إذا كانت قليله أو متعارفه عاديه وإلا فلا.

### **الثانى: لو توقف استرجاع المالك لماله على مؤونه فعلى من؟**

قال الشيخ الأعظم: «ليس للمالك أخذ مؤونه الاسترداد لياشر بنفسه» (٣).

مراده: إنّ الردّ على الضامن ومؤونه أيضا عليه حتّى إذا كان متوقفا على بعض المقدمات المستلزمه لبذل الأموال وصرف المؤمنه، ولكن ليس من تلك المقدمات بذل الأجره للمالك حتّى يباشّر بنفسه الاسترداد وبالتالي فليس للمالك مطالبة الضامن بها.

وقد ناقشه الاستاذ المحقق - مدظله - وقال: «وفيه: إذا توقّف ردّ المال إلى المالك أو إخرجه من محلّ معيّن وإيصاله إليه، على القيام بأعمال معيّنه، يستلزم صرف مبالغ ماليه، فإنّ من حقّ المالك، وذلك بمقتضى إطلاق دليل «لا يحلّ لأحد...» أن يمنع الغاصب عن التلاعب بالمال والتصرّف فيه، إلا بالطريقه التى يراها مناسبه مع طبيعه بضاعته المغصوبه، وهكذا فيما نحن فيه، فإنّه حينما توقّف استرداد ماله من اليد العاديه

ص: ٣١٥

١-٥. راجع المكاسب ٣/١٩٩، الثانى.

٢-٦. راجع الآراء الفقهيّه ٤/٣٨٩.

٣-١. المكاسب ٣/٥١١.

على القيام بأعمال معينه تستلزم بذل الأجره، فإنّ من حقّه أن يطالب بها الغاصب، وإلزامه بذلك، ومنعه عن ردّ ماله إليه بطريقه أخرى قد لا تحتاج إلى الأجره المذكوره، وذلك بمقتضى إطلاق دليل منع التصرف إلا بإذنه»(١).

### الثالث: إذا كان المالك يقدر على استرداد ماله فقط

ويحتاج إلى مؤونه أو يريد أخذ الأجره بذلك هل على الضامن دفعها؟

في المسأله صور ثلاث أشار إليها الشيخ الأعظم من دون اختيار وترجيح.

قال: «ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك، وطلب من الأوّل عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزله التعذّر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأجره المتعارفه للاسترداد وبين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافاً على الغاصب الأوّل؟ وجوه»(٢).

أقول: أمّا الصوره الأولى: وهى بذل المؤونه والأجره والعوض مطلقاً ولو كانت كثيره وغير متعارفه وغير عاديه فلا، ومرّ في الفرع السابق بأن أدله نفى الضرر تنفيها ولا توجيه له حتّى وإن كان الضامن غاصباً.

وأمّا الصوره الثانيه: وهى الانتقال إلى بدل الحيلولة فممنوع، لأنّ المال الموجود الذى يمكن الوصول إليه لا يلحق بالمال الذى فى حكم التالف ولا يمكن الوصول إليه عادة.

وأمّا الصوره الثالثه: وهى التفصيل بين طلب الأجره المتعارفه وبين الزائد عليها فتام بدلاله سيره العقلاء وقضيه الجمع بين وجوب ردّ مال الغير وحرمة الاستيلاء عليه والتصرف فيه إلا بإذن مالكه.

وبالجمله: يحكم بدفع الأجره المتعارفه للمالك لاسترداد ماله. واللّه العالم.

وبعباره أخرى: «ثمّ إنّ المالك هل يمكنه منع الغير عن نقل ماله أو إخراجه ولا

ص: ٣١٤

١-٢. العقد النضيد ٤/٧٧.

٢-١. المكاسب ٣/٥١١.

يجوز للغاصب أن يعطى الأجره لغير المالك ويأمره باخراج مال المالك فيما إذا لم يرض المالك بذلك وأراد أن يخرج به نفسه لتمليك أجره الاخراج، أو أنه لايجوز للمالك ذلك أبدا ويجوز للغاصب أن يدفع الأجره إلى غير المالك ويأمره بالاجراج؟

الظاهر أن المالك متمكن من منع غيره عن التصرف في ماله بالنقل والايخراج فيكون تصرف الغير فيه حراما لعموم «الناس مسلطون على أموالهم»(1) وعدم ورود تخصيص عليه في المقام فيخرجه المالك بنفسه ويتملك الأجره، نعم لو ادعى الزيادة يجرى فيه ما سبق من عدم وجوب دفع الزائد على الغاصب بوجه، فهناك مسائل ثلاث:

الأولى: أن المالك مثل غيره في أنه إذا نقل ماله بنفسه أو أخرجه عن البحر ونحوه يستحق الأجره لا محاله.

الثانية: أن المالك له أن يمنع غيره من التصرف في ماله بالاجراج والنقل ويتمكن من أن يباشره بنفسه ويستحق به الأجره؟

الثالثة: أنه لايجوز للمالك مطالبه الزائد عن أجره المثل في صوره الانحصار وغيرها»(2).

### الرابع: إذا تغيرت العين

قال الشيخ الأعظم: «هذا كله مع عدم تغير العين، وأما إذا تغيرت فيجىء صور كثيره لا يناسب المقام التعرض لها...»(3).

أقول: إذا تغيرت العين - مع فرض بقائها - نحو الثوب إذا وقعت عليه الخياطه، أو العصير العنبي إذا غلى ولم يذهب ثلثاه أو ذهب، أو اللحم أو القمح أو الرز أو غيرها من المواد الغذائيه إذا طبخ وصار طعاما، وفي جميع الأمثله ومثلها إذا تغيرت قيمته بعد التغير فهل يرجع المالك على البائع الفضولى أو المشتري منه الذى حدث التغير بيده؟

وهل الثابت عليه قيمتها يوم وقوعها تحت يد البائع الفضولى أم المشتري أو قيمتها

ص: ٣١٧

١-٢. عوالى اللآلى ٣/٢٠٨، ح ٤٩، بحار الأنوار ٢/٢٧٢.

٢-٣. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١١٥.

٣-١. المكاسب ٣/٥١١.



يوم التغيير أو قيمتها يوم الأداء؟

وهل يجوز للمالك أخذ العين المملوكة مع أخذ الغرامة من الضامن أم لا؟ ولا بد له من أخذ البدل فقط؟ فروع ومسائل يبحث عنها في كتاب الغصب ولذا قال الشيخ الأعظم: «وإن كان كثير مما ذكرنا أيضا مما لا يناسب ذكره إلا في باب الغصب، إلا أن الاهتمام بها دعاني إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناما للفرصة»<sup>(١)</sup>.

ص: ٣١٨

---

١-٢. المكاسب ٣/٥١١.

إذا أبرأ المالك ذمّه أحد من الضامنين فهل يبرأ هو فقط أو يبرأ الجميع؟ وهل يجوز لمن أبرأه المالك أن يرجع إلى لاقه أم لا؟

قال الفقيه السيّد اليزدي رحمه الله: «أما لو أبرأ ذمّه واحد منهم فهل يبرأ الجميع، وليس له بعد ذلك الرجوع إليهم أو لا؟ فيجوز أن يبرأ بعضهم ويأخذ من أحد الباقيين؟ وجهان: أقواهما أن مقتضى إبرأ واحد براءة الجميع، وذلك لأن المفروض وجود بدل واحد في ذمّه الجميع، فإذا أبرأ واحد منهم فكأنّه أخذ منه ذلك البدل، وليس له بعد ذلك شيء، وإن صرح ببراءته مع إرادته الأخذ من الباقيين يعد من التناقض، فلا يحصل إبراء ذلك الواحد أيضاً، وليس الحال في المقام كالواجب الكفائي إذا أسقط التكليف من أحدهم؛ حيث إن الوجوب يبقى على الباقيين؛ وذلك لأنّه إخراج له عن التكليف، لا إسقاط المكلف به، بخلاف المقام فأنّه إن أراد إخراج ذلك الواحد عن الضمان وعن سببيه يده فليس له ذلك؛ إذ ليس أمر السببيه بيده، فليس له عليه إلا ذلك البدل، فإذا جعله في حلّ منه فكأنّه أخذه منه، ومعه لا معنى لمطالبه الباقيين.

وهل لهذا الواحد أن يرجع على لاقه؟ وجهان، أقواهما العدم؛ لأنّ الوجه في رجوعه إنّما كان سببته لضرره، وأخذ الغرامه منه، والمفروض أنّه لم يؤخذ منه شيء، والفرق بينه وبين الهبه والمصالحة ونحوهما واضح، فتدبر» (١).

## مقاله المحقق الخميني حول الإبراء

قال رحمه الله : «لا يبعد الاختلاف بحسب المباني في باب ضمان اليد، فمن قال: بأن نفس

العين على الذمه وهي باقية إلى زمان الأدا ولو بالمثل أو القيمة ولا- فرق في الضمان حال وجودها وتلفها(٢)، فلا بدّ إمّا من الالتزام بأنّ الإبراء بمنزلة الاستيفاء، فمعه تحصل غايه الضمان التي هي الأداء؛ فإنّ الإبراء أيضا نحو استيفاء.

فعليه يلزمه القول: بأنّه مع وجود العين أيضا يكون الإبراء استيفاءً للمأخوذ، ولازمه خروج العين الموجوده عن ملك مالکها؛ لعدم تعدّد المال له، والمفروض وصول ماله الذي أخذ منه، وهذا ممّا لا أظنّ التزام أحد به.

ولو قيل: لو فرض قصور دليل اليد عن ذلك، فلا قصور لغيره، كقوله عليه السلام : «الغصب كلّ مردود»(٣).

يقال: إذا فرض حصول الغايه لدليل اليد، يقع التعارض بينه وبين ما ذكر، وهو حاكم عليه، فتدبر.

وحيث لا يمكن الالتزام بذلك، ولا يسع القائل التفصيل بين زمان وجود العين وغيره، بعد وحده الدليل، ووحده المضمون، وعدم تغيره حال الوجود والتلف، فلا يمكن أن يقال: إنّه في زمان الوجود ليس الإبراء استيفاءً، بخلاف حال التلف.

فلا بدّ له من الالتزام بأنّ إبراء ذمّه أحدهم، لا- يلازم براءة الآخرين، كما أنّه في حال وجود العين، لا يكون إبراء أحدهم إبراء للآخرين.

والتفصيل: بين من كانت العين موجوده بيده وغيره؛ بأنّ الاستيفاء لا يؤثّر بالنسبه إليه دون غيره، كما ترى.

ص: ٣٢٠

١- ٢. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١١٣ و ١١٤، ومحاضرات في الفقه الجعفري ٢/٥٠٠.

٢- ١. حاشيه المكاسب، السيد اليزدي ١/٩٦، السطر ٢٧ من طبع الحجرى، (١/٤٦٩).

٣- ٢. الكافي ١/٥٤٢، ح ٤، تهذيب الأحكام ٤/١٣٠، ح ٢، وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، كتاب الخمس، أبواب الأنفال، الباب ١، ح ٤.

نعم، على المذهب المعروف في باب ضمان اليد<sup>(١)</sup>، يصح التفصيل بين حال الوجود وحال التلف، والالتزام بأن إبراء ذمّه حال الوجود لا- يلانزم إبراء غيرها؛ لأنّه في حال الوجود ليس على الآخذ مثل أو قيمه، وإنّما عليه معنى تعلّيقيّ «وهو أنّه لو تلف عليك».

وهذا المعنى التعلّيقيّ نحو ضمان مسبّب عن الآخذ والاستيلاء، فكُلّ من الأيادي

ضامنه بهذا المعنى، ومعنى إبرائه هو الإبراء عن الضمان، لا الاستيفاء للمضمون، وذلك واضح، فإذا أبرأ أحدهم يرجع ذلك إلى أنّه إذا تلف لم يكن عليك، وهو لا ينافي بقاء ضمانات أخرى.

وأما بعد التّلف، فحيث يكون المثل أو قيمه على عهدتهم، وليس للمضمون له إلا مال واحد على ما عرفت،<sup>(٢)</sup> فإبراء أحدهم ملازم لبراءه غيره، فلا بدّ من البحث على هذا المبنى.

فنقول: التحقيق أنّه كلّما كان إبراء الضمان مستلزماً لإبراء البدل والعوض أو عينه، لا يعقل بقاء ضمان غيره، لا لأجل استيفاء حقّه، أو كون الإبراء بمنزله الآخذ.

بل لما عرفت سابقاً؛ من أنّ عنوان «البدل» و«العوض» و«جبر الخساره» ونحوها، من العناوين التي لا تقبل التكرار،<sup>(٣)</sup> ومعلوم أنّ «على اليد...» إنّما يوجب اشتغال الذمم بعنوان «الضمان» و«جبر الخساره» ومثل هذا غير قابل للتكرار.

فحينئذٍ لو أبرأ أحد من في السلسله من البدل أو العوض، فلا يعقل بقاء البدل على ذمّه غيره، وليست الذمم مشغولة بغير ذلك، فلازمه رفع الاشتغال من جميع الذمم، سواء كان الإبراء بمنزله الآخذ والاستيفاء أم لا.

وأما إذا لم يستلزم ابرأؤه إبراء غيره، كما لو أبرأه حال وجود العين فلا يبرأ غيره،

ص: ٣٢١

١-٣. الخلاف ١/٦٧٤، السطر ١٣، حاشيه المكاسب، السيد اليزدي ١/٩٦، السطر ٢٥ من طبع الحجري (١/٤٦٩).

٢-١. تقدّم في كتاب البيع ٢/٤٧٦.

٢-٣. تقدّم في كتاب البيع ٢/٤٧٥.

لما عرفت من أنّ الضمانات كثيرة، وليس ضمان أحدهم عين ضمان الباقيين ولا مستلزما - وجودا وعدما - له، فلصاحب المال إبراء أحدهم دون غيره فتدبر جيّدا» (١).

### تفصيل المحقق الرشتي في مسأله الإبراء ونقده

ذهب المحقق الرشتي (٢) رحمه الله إلى براءة المتقدم من المبرىء عنه وبقاء المتأخر منه على شغل ذمته، أمّا الأول فيدعى أنّ من لوازم اشتغال ذمته - بحكم قاعده الضمان - رجوعه إلى مَنْ تأخر، فإذا أبرأ المتأخر فقد أبرأه عمّا عليه سواء كان ابتداءً أو بواسطة الرجوع إلى مَنْ يرجع إليه.

وأما الثاني فالمتأخر باق على شغل ذمته لأنّ الإبراء ليس كأداء المبدل وقبضه، بل

للمالك حقوق كثيرة وللضمان تعلّقات عديدة، فإسقاط أحدها لا يلازم إسقاط غيره.

وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ السَّيِّدُ الْخَمِينِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ: «فَفِيهِ: مضافاً إلى ما عرفت من عدم الفرق بين الإبراء والاستيفاء وأخذ البدل، بعد كون الإبراء إسقاطاً للمضمون الذي لا يعقل فيه التكرار والتعدد، أنّه على فرض التعلّقات العديده والغصّ عمّا ذكرناه، أنّ ما أفاده على هذا المبني غير تام؛ لأنّ أساس ضمان الآخذ للمالك في الأيادي المتعاقبه، غير أساس ضمانه للغاصب السابق.

فموضوع الضمان للمالك هو أخذ ماله، من غير دخاله شيء آخر فيه، كما هو ظاهر دليل اليد، فضمان غيره وعدم ضمانه غير دخیل فيه، وأساس ضمان الغاصب المتأخر للمتقدّم، ليس أخذ مال المالك بلا إشكال، بل أمر آخر، وهو أخذ وصف «المضمونيّه» كما عرفت، (٣) وهو تمام الموضوع لضمان الأيادي المتأخره بالنسبه إلى الأيادي المتقدّمه.

فلا دخاله لهذا الوصف (٤) في ضمانهم للمالك، كما لا دخاله للملك في ضمانهم للأيادي المتقدّمه، وإن كان أخذ الوصف لا يمكن إلاّ بأخذ العين.

ص: ٣٢٢

١-٣. الكتاب البيع ٢/(٥٠٧-٥٠٤).

٢-٤. كتاب الغصب ١٢٦/ من طبع الحجري، السطر ٥.

٣-١. تقدّم في كتاب البيع ٢/٥٠١.

٤-٢. أي وصف المضمونيّه.

فحينئذ إذا أبرأ المالك أحد من في السلسله، فإنما أبرأه عن ضمانه، لا عن ضمان غيره؛ إذ ليس له إبرأؤه إلا من حقه، فإذا رجع إلى من سبق الذي أبرأه، فله الرجوع إليه وإن أبرأه المالك؛ لأن رجوعه لأجل ضمانه للوصف مع عدم حصول غايته.

فالقول: بعدم جواز الرجوع إليه مع الغض عما ذكرناه، غير مرضي.

ولو سلم عدم جواز رجوعه إليه، فلا نسلم عدم جواز رجوع المالك إلى من تقدمه؛ لمنع اللزوم المذكور.

الأ- ترى: أنه لو أبرأ الغاصب الأول مثلاً أحد من في السلسله عن ضمانه، فلا إشكال في عدم جواز رجوعه إليه لو رجع إليه المالك، مع أن لازم ما ذكره هو براءة ذمته من المالك أيضاً، وهو واضح الفساد، ولا أظن التزامه به، فيستكشف منه عدم اللزوم.

مضافاً إلى أن ما ذكره: من أن اشتغال ذمه المتقدم من لوازمه - بحكم القاعده - رجوعه إلى من تأخر من الأيادي، بعد إطلاق العبارة؛ ضروره عدم إرادته نفس الرجوع، بل المراد جوازه.

إن كان المراد أن اشتغال المتقدم لازمه بقول مطلق جواز ذلك، فهو ممتنع؛ للزوم

تأثير اليد المتقدمه في تحقق اليد المتأخره عنها، وتحقيق حكمها؛ قضاء لعدم انفكاك اللازم عن ملزومه.

وإن كان المراد أن اشتغال المتقدم لازمه ذلك بعد تحقق المتأخر وترتب حكمه عليه.

فيرد عليه: مضافاً إلى لزوم التفكيك في دليل اليد؛ بأن يكون تمام الموضوع في مورد اليد فقط، وفي مورد اليد مع قيد آخر، فإن اليد من الغاصب الأول تمام الموضوع إذا لم تتعقبها يد أخرى، ومع تعقبها تكون هي مع قيد آخر موضوعه، وهو اليد التي يصح رجوعها إلى المتأخر، وهو كما ترى.

أن اللزوم لما لم يكن عقلياً وهو واضح، لا بد أن يكون بجعل شرعي، وليس في المقام شيء سوى دليل اليد، فيلزم من ذلك أن يكون دليل اليد متكفلاً - لجعل الضمان لليد الأولى والثانية، حتى يترتب عليهما جواز الرجوع، ثم جعل اللازم لاشتغال ذمه المتقدم،

وهو مستحيل من دليل واحد وجعل فارد.

هذا مع أنه لو كانت استفادة الضمان من دليل اليد، كافيّة في اللزوم المذكور، فلقائل أن يدعى اللزوم بالنسبة إلى الأيادي المتأخره؛ بأن يقول: إنّ اشتغال ذمّه المتأخر، من لوازمه جواز رجوع المتقدم إليه، فإذا برئ المتقدم سقط جواز الرجوع؛ فإنه موقوف على رجوع المالك إليه، وأخذه منه، وبعد الإبراء ليس للمالك ذلك، فلا يصح الرجوع إلى المتأخر.

ومما ذكرناه يظهر الكلام لو أراد بما ذكره أنّ اشتغال ذمّه المتأخر من لوازم اشتغال المتقدم فيرد عليه ما ذكرناه حرفاً بحرف.

والإنصاف: أنّ ما ذكره غير مرضى لا بحسب المبني ولا بحسب البناء<sup>(١)</sup>.

المختار في مسأله الإبراء

إذا أبرأ المالك ذمّه واحد من الضامين بقاعده على اليد نحو إبراء أحد من في وسط سلسلتهم لا يبرأ الجميع خلافاً للمحققين اليزدي والخوئي ولا يبرأ الجميع في فرض تلف العين وعدمه في فرض وجود العين خلافاً للمحقق الخميني ولا يبرأ المتقدم من المبرئ عنه وبقاء المتأخر منه على شغل ذمّه خلافاً للمحقق الرشتي، بل يبرأ من أبرأه

المالك فقط من دون الفرق في بقاء اشتغال الذمه بين المتقدم منه أو المتأخر وبلا- فرق بين تلف العين ووجوده والوجه في ذلك:

اخترنا في بحث الضمان بأن نفس العين تكون متعلّقه بتكليف وجوب الأداء مادامت هي باقيه وبعد تلفها تنتقل على ذمّه الضامن إلى زمن الأداء وحينه<sup>(٢)</sup> تنتقل إلى المثل أو قيمه ولذا اخترناه في بحث ضمان القيمي قيمه يوم الأداء فعلى ما ذكرنا لا فرق بين فرضي وجود العين وتلفها.

ثمّ فليعلم: بأن الإبراء ليس بمنزله الاستيفاء لوضوح الفرق بينهما ولما مرّ من

ص: ٣٢٤

١- ١. كتاب البيع ٢/ (٥١٠-٥٠٧).

١- ٢. أي حين التلف.

المحقق الخميني من الفرق بينهما من عدم إمكان القول بالتنزيل مع وجود العين وإذا رُدَّ التنزيل في فرض وجود العين رُدَّ في فرض تلفها لِاتِّحَادِ الدليل والمضمون والضمان.

فحينئذٍ - أي حين لم يثبت بأنَّ الإبراء بمنزله الاستيفاء - فلا- يجرى على الإبراء عناوين البدل أو العوض أو جبران خساره ونحوها من العناوين التي لاتقبل التكرار ولوضوح الفرق بينه وبين هذه العناوين، لأنَّ المالك في الإبراء لم يأخذ شيئاً حتّى يصدق عليه استيفاء حقّه أو أخذ بدل ماله أو عوضه أو جُبرِتْ خسارته، فعلى ما ذكرناه يجوز له إبراء بَعْضِ الضامنين دون بعضهم، لأنَّ الإبراء يقبل التكرار بالنسبه إلى الأفراد المختلفه.

نعم، للمالك حق الرجوع على كل من الذين جعلوا أيديهم على ماله وأخذ عين ماله أو بدله منهم بدلاً واحداً، فله أن يعفو بعضهم أو أحدهم من هذا الحق وأخذ العين أو البدل من غيرهم، لِأَنَّه كما مرَّ في بحثها(1) قابل للإسقاط وهذا منها.

فيجوز للمالك إسقاط حقّه بالنسبه إلى واحد من الضامنين أو أكثر من الواحد ولا يسرى هذا الإسقاط إلى غيره أو غيرهم ويجوز له مطالبه غيره أو غيرهم بالمال عينه أو بدله.

ومن المعلوم أنَّه لا- يقوم المبرئ عنه مقام المالك من رجوعه إلى لاحقيه وأخذ الغرامه منهم لأنَّ لم يؤد شيئاً إلى المالك بل أخذ منه الحلّ فقط. هذا ما يخطر ببال هذا القاصر - عامله الله بفضله وعفوه - والله العالم وبه تم الكلام في بحث تعاقب الأيدي.

ص: ٣٢٥





وَضَلُّ: تتمه مسائل حول بيع الفضولي

اشاره

ص: ٣٢٧



أقوال الفقهاء حول المسأله

قال الشيخ فى النهايه: «إن باع ما يملك وما لا يملك فى صفقه واحده مضى البيع فيما يملك وكان فيما لا يملك موقوفاً [على إجازة مالكة] ما بيننا» (١).

وقال فى المبسوط: «إذا باع شيئين صفقه واحده أحدهما ينفذ فيه بيعه والآخر لا ينفذ فيه بطل فيما لا ينفذ وصح فيما ينفذ سواء كان أحدهما مالاً والآخر غير مال ولا فى حكم المال مثل أن باع خللاً وخمراً أو حراً وعبداً أو شاه وخنزيراً أو كان أحدهما ماله والآخر مال الغير أو باع عبده وعبداً موقوفاً أو أمّ ولده مع بقاء ولدها، الباب واحد، ومعنى تفريق الصفقه أنه إذا بطل فى أحدهما لم يبطل فى الآخر، وقولهم: لا- يفرق أى إذا بطل فى أحدهما بطل فى الآخر، وإذا قلنا على ما قلنا بتفريق الصفقه يقسّط الثمن على أجزائهما ككثيرين من طعام وصاعين من دهن أو كان الذى بطل فيه البيع مشاعاً مثل أن باع داراً نصفها له ونصفها لغيره ولا فصل بين أن يكون ممّا يدخله العوض أو لا يدخله» (٢).

وقال فى الخلاف: «إذا باع شيئين صفقه واحده، أحدهما ينفذ فيه البيع والآخر لا ينفذ فيه البيع، بطل فيما لا ينفذ البيع فيه، وصح فيما ينفذ فيه، سواء كان أحدهما مالاً والآخر ليس بمال ولا فى حكم المال، مثل أن باع خللاً وخمراً، أو حراً وعبداً، أو شاه

ص: ٣٢٩

١- ١. النهايه / ٣٨٥.

٢- ٢. المبسوط ٢/١٤٤ و ١٤٥.

وختزيراً.

وما يكون أحدهما مالاً والآخر في حكم المال، مثل أن باع أمته وأُم ولده، أو عبده وعبداً موقوفاً، أو كان أحدهما ماله والآخر مالاً لكنه ملك الغير، الباب واحد.

وقال الشافعي، يبطل فيما لا ينفذ فيه البيع قولاً واحداً، وهل يبطل في الآخر؟ على

قولين: أحدهما عندهم أن البيع يصح في أحدهما. (١)

وقال أبو حنيفة: إن كان أحدهما مالاً والآخر ليس بمال ولا في حكم المال، بطل في المال. وإن كان أحدهما مالاً له والآخر لغيره، نفذ في ماله وكان في مال الغير موقوفاً. (٢)

وقال مالك وداود: يبطل فيهما. (٣)

دلينا: قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٤) وهذا بيع فيما يصح أن ينفذ بيعه، فوجب أن يكون صحيحاً، فمن أبطله فعليه الدلالة، وعليه إجماع الفرقه، ولا يختلفون فيه. (٥)

وقال السيد ابن زُهْرَةَ في العُنْيَةِ: «... وقد دخل فيما أضلنا نفوذ بيع ما يصح بيعه إذا بيع معه في صفقه واحده ما لا يجوز بيعه، لأنه مملوك يصح بيعه منفرداً بلا خلاف، فمن أبطله في هذه الصوره فعليه الدليل ويدلّ على ذلك بعد إجماع الطائفة ظاهر قوله تعالى «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٦) (٧).

ص: ٣٣٠

- ١-١ . المجموع ٩/٣٨١ و ٣٨٨، والوجيز ١/١٤٠، وفتح العزيز ٨/٢٣٣ و ٢٣٧، والمغنى لابن قدامه ٤/٣١٦، والشرح الكبير ٤/٤٣.
- ٢-٢ . اللباب ١/٢٤٧، وشرح فتح القدير ٥/(٢٢٥-٢٢٦)، وشرح العنايه على الهدايه في هامش شرح فتح القدير ٥/٢٢٥، والمجموع ٩/٣٨٨، وفتح العزيز ٨/٢٣٧، والمغنى لابن قدامه ٤/٣١٦ وتبيين الحقائق ٤/٦٠، والشرح الكبير ٤/٤٤.
- ٣-٣ . المجموع ٩/٣٨٨، والمغنى لابن قدامه ٤/٣١٦، والمحلى ٩/١٦، والشرح الكبير ٤/٤٣.
- ٤-٤ . سوره البقره ٢٧٥.
- ٥-٥ . الخلاف ٣/١٤٤، مسأله ٢٣٢.
- ٦-٦ . سوره البقره ٢٧٥.
- ٧-٧ . غنيه النزوع ٢٠٩.

وقال بعد اوراق أيضا: «وقد قدّمنا أنّ من جمع في صفقه واحده بين شيئين يصحّ بيع أحدهما دون الآخر نفذ البيع فيما يصحّ فيه، فإذا ثبت ذلك فالمشترى بالخيار بين أن يردّ الجميع أو يمسك ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الذين يتقسّط عليه، لأنّ جميع الثمن إنّما كان في مقابلتهما ويتقسّط عليهما معا، فإذا بطل بيع أحدهما سقط من الثمن بحسابه ومن أوجب الجميع فعليه الدليل ولا خيار للبائع على المشتري في ذلك، لأنّ البيع قد ثبت من جهته فمن جوّز له الخيار فعليه الدليل» (١).

وقال ابن إدريس في السرائر: «وإذا باع ما يملك وما لا يملك في صفقه واحده

وعقد واحد مضى البيع فيما يملك وكان فيما لا يملك باطلاً حسب ما قدّمناه واخترناه وكذلك إذا باع ما يجوز بيعه من جمله ما يملك وما لا يجوز بيعه من المحرّمات مضى البيع فيما يصحّ بيعه وبطل فيما لا يصحّ البيع فيه.

مثال الأوّل، باع ملكه وملك غيره بثمان واحد، في عقد واحد، ومثال الثاني، باع شاه مملوكه له، وخنزيرا، وهو مسلم، في عقد واحد بثمان واحد، فإنّ البيع في المملوك صحيح، والبيع في غير المملوك، وفي غيرا لمحلل للمسلم تملكه باطل.

فإذا تقرر هذا، فالمشترى بالخيار بين أن يردّ الصفقه جميعها، أو يمسك ما يصحّ فيه البيع، بما يخصّه من الثمن الذي يتقسّط عليه، مثاله باع شاه وخنزيرا بثلاثه دنانير، فإنّ الثمن يتقسّط على قدر قيمه الشاه، وقيمه الخنزير عند مستحليه، فيقال: كم قيمه الشاه؟ فيقال: قيراطان، ويقال: كم قيمه الخنزير؟ فيقال: قيراط، فيرجع بثلث الثمن، وهو دينار، وبالعكس من ذلك، أن يقال: قيمه الشاه قيراط، وقيمه الخنزير عند مستحليه قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن، وهو ديناران.

وكذلك في ملكه وملك الغير، إذا باعهما معا في عقد واحد، بثمان واحد، فبحساب ما صورناه، لا يختلف الحكم في ذلك، فالاعتبار بالقيم، ويرجع في الأثمان بحسب

ص: ٣٣١

أقول: حكم ابن ادريس ببطلان البيع في ما لا يملك لأنه يقول ببطلان الفضولي.

قال المحقق الشرائع: «وكذا لو باع ما يملك وما لا يملك مضى بيعه فيما يملك وكان فيما لا يملك موقوفا على الإجازة ويُقَسِّط الثمن بأن يقوِّمهما جميعاً ثم يقوِّم أحدهما ويرجع إلى البائع بحصته من الثمن إذا لم يُجزَّ المالِك. ولو أراد المشتري ردَّ الجميع كان له ذلك»(٢).

وقال العلامة في القواعد: «ولو باع ملكه وملك غيره صفقة صحَّ فيما يملك ووقف الآخر على إجازة المالك فإن أجاز نفذ البيع وقسَّط الثمن عليهما بنسبه المالكين بأن يقوِّمهما جميعاً ثم يقوِّم أحدهما. هذا إذا كان من ذوات القيم وإن كان من ذوات الأمثال قسَّط على الأجزاء سواء اتحدت العين أو تكثرت ولو فسخ تخير المشتري في فسخ المملوك والإمضاء فيرجع من الثمن بقسط غيره»(٣).

وقال في تذكره الفقهاء: «إذا جمع بين الشيئين، فإما أن يجمع بينهما في عقد واحد أو في عقدين، فالأول إما أن يقع التفريق في الابتداء أو في الانتهاء.

والأول إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع، فالعقد باطل قطعاً في الجميع، كما لو جمع أُختين في النكاح. وإن لم يكن كذلك، فإمّا أن يجمع بين شيئين كل واحد قابل لما أورده عليه من العقد، أو لا يكون كذلك، فالأول كما لو جمع بين عينين في البيع، صحَّ العقد عليهما.

ثم إن كانا من جنسين - كعبدٍ وثوب - أو من جنسٍ واحد لكن قيمتهما مختلفه - كعبدين - يوزَّع الثمن عليهما باعتبار قيمته.

وإن كانا من جنسٍ واحد وانفقت قيمتهما - كقفيزي حنطه(٤) واحده - يوزَّع

ص: ٣٣٢

١-١. السرائر ٢/٢٧٥ و ٢٧٦.

٢-٢. الشرائع ٢/٩.

٣-٣. القواعد ٢/١٩ و ٢٠.

٤-١. في الطبعه الحجرية: «كقفزين من حنطه».

عليهما باعتبار الأجزاء.

وإن كان الثاني، فإمّا أن لا يكون واحد منهما قابلاً - لذلك العقد - كما لو باع خمرا وميته - فهو باطل قطعاً، وإمّا أن يكون أحدهما قابلاً.

فالذى هو غير قابل ضربان:

أحدهما: أن يكون متقوماً، كما لو باع عبده وعبده غيره صفقةً واحده، صحّ البيع، ووقف البيع في عبده غيره، فإن أجازته الغير، وإلا بطل.

والثاني: أن لا يكون متقوماً، فإمّا أن يتأتى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير في الخلقه، كما لو باع عبداً وحراً، فإنّ الحُرَّ غير متقوم، لكن يمكن تقدير قيمه فيه بفرض العبوديّة من غير تغيير في الخلقه، ويصحّ البيع في العبد. وإمّا أن لا يتأتى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير في الخلقه، كما لو باع حلاً وخمراً، أو مذكّاه وميته، أو شاهة وخنزيراً، فإنّه يصحّ البيع في الخَلِّ والمذكّاه والشاه.

إذا عرفت هذا، فنقول: إذا باع عبده وعبده غيره صفقةً واحده، صحّ البيع في عبده، ولا يقع البيع باطلاً فيه، ويقف العقد في عبده الغير، فإن أجاز البيع فيه، لزم. وإن فسخ، بطل، ويتخير المشتري حينئذٍ بين فسخ البيع في الجميع وبين أخذ عبده بقسطه من الثمن، ذهب إليه علماؤنا - وهو أحد قولى الشافعي، وبه قال مالك وأبو حنيفة (1) - لأنّ كلّ واحد منهما

لو انفرد بالعقد، ثبت له حكمه، فإذا جمع بينهما، وجب أن يثبت لكلّ منهما حكم الإنفراد، لأنّ العله لهذا الحكم هو الماهيّة، وهى باقية حاله الجمع، فثبت مقتضاها، كما لو باع شقصاً مشفوعاً وعبداً، ثبتت الشفعة في الشقص دون العبد، كما لو انفرد.

ولأنّ الصفقة اشتملت على صحيح وفساد، فانعقد الصحيح (2) في الصحيح وقصر

ص: ٣٣٣

١ - ٢ . المهذّب - للشيرازى ١/٢٧٦، المجموع ٩/٣٨١، التهذيب - للبعوى ٣/٤٩٥، حليه العلماء ٤/١٣٨-١٤٠)، العزيز شرح

الوجيز ٤/١٣٩ و ١٤١، روضه الطالبين ٣/٨٨، المغنى ٤/٣١٥، الشرح الكبير ٤/٤٣.

٢ - ١ . فى نسختين من الكتاب والطبعة الحجرية. والطبعة الحديثه: «التصحیح»، وفى الطبعة المحقّقة المطبوعه سنة ١٣٧٥ هـ فى النجف الأشرف «الصحيح». وهو الصحيح لذا جعلته فى المتن.



الفاسد على الفاسد، كما إذا شهد عدل وفاسق، لا يقضى برّد الشهادتين ولا بقبولهما، بل تلك مقبولة وهذه مردوده. ولو أخبر بصدق وكذب في خبر واحد، لا يقضى بصدقهما ولا بكذبهما»(١).

وقال في مختلف للشيعة: «لو ضمّ ما يملك إلى ما لا يملك وباعهما في عقد واحد نفذ البيع في المملوك، إلاّ أن يختار المشتري الفسخ، ولو فسخ مالك الآخر البيع في ما يخصّه كان في غير المملوك موقوفا على رضى المالك، فإن أجازته نفذ البيع وإلاّ بطل...»(٢).

قال الشهيد في الدروس: «ولو ضمّه [أى ضمّ بيع ما لا يملك] إلى المملوك صحّ فيه، ووقف في الآخر»(٣).

قال المحقّق الثانی في جامع المقاصد ذیل عبارہ القواعد الماضيه: «قوله: (صح فيما يملك، ووقف الآخر على إجازته المالك) أى: صح البيع فيما يملك، أى: لزم لوجود شرط اللزوم، وهو: كونه مالكا، فدلّ على أنه أراد بالصحة: اللزوم.

وإن قيل: كيف يكون الوقوف للآخر على الاجازة، والموقوف إنّما هو للعقد أو لأثره؟ قلنا: تقدير العبارة: وقف العقد في الآخر، بدليل ما قبله. فإن قيل: كيف يكون العقد الواحد لازما موقوفا؟ قلنا: بالإضافة إلى شيئين لا محذور.

قوله: (وقسط الثمن عليهما بنسبه المالكين، بأن يقوّم... ) إنّما اعتبر تقويمهما ثمّ تقويم أحدهما، لتعرف نسبه قيمه كلّ منهما إلى مجموع القيمتين، فيعرف ثمن كلّ منهما

من مجموع الثمن، وإنّما لم يقسط على العينين، لامكان زياده الثمن على القيمتين أو نقصانه عنهما، وعدم مساواه كلّ من القيمتين للأخرى.

وفي عبارته حذف، تقديره: ثمّ يقوّم أحدهما، وتُنسب قيمته إلى مجموع القيمتين، ويؤخذ له بتلك النسبه من مجموع الثمن.

ص: ٣٣٤

١-٢. تذكرة الفقهاء ١٢/٥ و ٦ و ٧.

٢-٣. مختلف الشيعة ٥/٥٥.

٣-٤. الدروس ٣/١٩٢.

فرع: لو كان كَمِضٍ رَاعَى بَابٍ أَوْ زَوْجِي خُفٍّ، وَجِبَ أَنْ يُقَوِّمًا مَعًا، مَنْفَرِدًا كَلَّ مِنْهُمَا عَنِ الْآخِرِ، ثُمَّ يَنْسَبُ قِيَمَهُ أَحَدَهُمَا إِلَى مَجْمُوعِ الْقِيَمَتَيْنِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَقُومُ الْمَالُ بِاعْتِبَارِهِ، وَكَلَّ مِنْهُمَا إِنَّمَا يَمْلِكُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مَا يَزِيدُ مِنَ الْقِيَمَةِ بِاجْتِمَاعِهِمَا، بِخِلَافِ أَحْكَامِ الْغَضَبِ.

قوله: «وإن كان من ذوات الأمثال قُسِّطَ على الأجزاء) وذلك لعدم الاحتياج إلى اعتبار القيمة، لثبوت التساوى في المثلى بين أجزائه، وسيأتى في الغصب إن شاء الله تعالى تحقيق الفرق بين المثلى والقيمي.

قوله: (سواء اتحدت العين أو تكثرت) أى: سواء اتحدت أو تكثرت فى كل من المثلى والقيمي، فالأقسام أربعة: اتحدت فى القيمي كالعبد المشترك، تكثرت فيه كالعبد مع الجارية، اتحدت فى المثلى كقفيز من بر، تكثرت فيه كقفيزين، لكن هذا على إطلاقه لا يستقيم، بل يجب أن يقيد بما إذا تساوت الأوصاف التى لها دخل فى زياده القيمة ونقصانها، أما إذا تفاوتت كجيد الحنطه مع رديئها أو مع الشعير مثلاً، فإن المرجع حينئذٍ إلى القيمة، وإلا لزم استواء الحنطه والشعير فى الثمن، وهو معلوم البطلان، فإن متساوى الأجزاء إنما قسِّط الثمن على أجزائه لتساويها فى القيمة، لعدم الاختلاف بينها المؤثر فى اختلاف القيمة، والموضع المذكور بخلاف ذلك.

قوله: (ولو فسخ تخير المشتري فى فسخ المملوك والإمضاء) ينبغى تقييده بما إذا كان جاهلاً فى الحال، وإلا فلا فسخ له.

سؤال: التراضى إنما وقع على مجموع المبيع بما صح بالاضافه فإذا فسخ الغير فى ملكه ارتفع التراضى، فيلزم بطلان العقد؟

جوابه: لما وقع التراضى على المجموع صح العقد، فإذا طرأ عليه البطلان بالاضافه إلى بعض المبيع لم يلزم بطلان الآخر، لعدم الدلاله، ولأن الرضى قد حصل ضمناً، فتكفى الصحه، ولا يلزم من البطلان فى الآخر ارتفاع الرضى الذى كان قد حصل، ولا بطلان

قال المحقق الأردبيلي في توضيح قول العلامة «ولو باع المملوك له ولغيره، فإن أجاز المالك صح»: «أى لو ضم مال غيره إلى مال نفسه وباعهما صفقه، فإن كان بإذنه فهو صحيح ويقسّط المسمى، وإن لم يكن بإذنه، فإن أجاز فكذلك إن قلنا بصحة الفضولي وإلا بطل في مال الغير فقط، ويقسّط الثمن لتمييز ثمن ماله.

ويحتمل البطلان رأسا، فإنه إن ما حصل التراضى والعقد على المجموع وقد بطل، وما حصل على البعض التراضى والعقد، إذ حصوله في الكل لا يستلزم حصوله في الجزء.

والمشهور إنه إنما يبطل في المال الغير فقط، فإنّ العقد على الكل بمنزله عقود متعدده على الأجزاء، ولهذا لو خرج بعض ماله مستحقا لا يبطل إلا فيه، ونحو ذلك كثيره.

نعم، لما لم يكن ذلك صريحا وكان تبعض الصفقه عيبا، يكون للمشتري الخيار إن جهل بالحال، وإلا فلا.

وفيه تأمل معلوم ممّا تقدّم، ولأنّ البائع أيضا ما رضى إلا على الوجه الخاص، فكيف تُلزمه على غير ذلك الوجه.

ويحتمل ثبوت الخيار له أيضا إذا ادعى الجهل، أو ظن قبول مالكة العقد الفضولي، أو ادعى فيه الإذن ونحو ذلك.

وكذا الكلام فيما لو ضمّ الخنزير أو الخمر، إلا أنّه يثمن عند مستحليه، بأن يقوم عدلان عارفان مسلمانا جديدا ممّا أنّه يسوّى عند مستحليه كذا وكذا. ويمكن الاكتفاء بمن يثق منهم على تقدير العجز وحصول العلم أو الظن القريب، ويقوم الحرّ، بفرضه رقا.

ولو كان المشتري عالما لا خيار له في الكلّ، وهو ظاهر، لأنّه أقدم على ذلك مع العلم، فكأنّه اشترى الجزء الذى هو ملك البائع بثمنه.

وقيل: طريق التقويم أن يقوّم جميعا، ثمّ يقوّم أحدهما وينسب قيمته إلى قيمه

الكل وأخذه هذه النسبه من المسمى لهذا المقوم ويبقى الباقي للآخر، وهو ظاهر»(١).

وقال جدى الشيخ جعفر فى شرح القواعد: «ولو باع) أو نقل بأى ناقل كان (ملكه) المتسلط عليه (وملك غيره) أو ملكه الذى سلطانه لغيره (صفقه؛ صح (٢) فيما

يملك) ممّا سلطانه عليه - ما لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعى، كلزوم ربا، أو بيع آبق من دون ضميمه، وصرّف من دون إقباض، ونحو ذلك (٣) - للإجماع محصّياً ومقولاً (٤)، ولعدم المانع، لأنّ الأسباب الشرعيه كالعقلية مؤثّره (٥) فى القابل دون غيره. والأوّل إلى الجهاله غير ضارّ مع حصول العلم بالأصالة (٦) وتبعيه العقود للقصود منطبقه على البعض المقصود (٧)، كما سيحىء تحقيقه، مع شهاده العمومات به (٨) (ووقف) اللزوم فيه، والصّحه

ص: ٣٣٧

١-١ . مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٦٢ و ١٦٣.

٢-٢ . قال المحقّق الكركى، فى: جامع المقاصد ٤/٧٨: «أى: صحّ البيع فيما يملك. أى: لزوم، لوجود شرط اللزوم، وهو كونه مالكا، فدلّ على أنّه أراد بالصّحه اللزوم».

٣-١ . وأخذ بهذا التقييد وذكر الأمثله الشيخ النجفى، فى: جواهر الكلام: ٢٢/٣٠٩. وحكاه الشيخ الأنصارى، فى: المكاسب ٣/٥١٥.

٤-٢ . فى: غنيه النزوع، قسم الفروع، ٢٠٩/، رياض المسائل ٨/٢٢٩.

٥-٣ . فى بعض النسخ: (تؤثّر).

٦-٤ . ردّ على بعض الشافعيّيه فى تعليلهم البطلان ب-: «أنّ الثمن المسمّى يتوزّع عليهما باعتبار قيمه، ولا يُيدرى حصّه كلّ واحد منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً، وصار كما لو قال: بعثك عبدى هذا بما يقابله من الألف إذا وزّع عليه وعلى عبد فلان، فإنّه لا يصحّ». حكاه عنهم العلّامه، فى تذكره الفقهاء ١٢/٨.

٧-٥ . كأنه ردّ على المقدّس الأردبيلى، فى: مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٦٢، حيث احتمال البطلان رأساً.

٨-٦ . لذا استدلّ السيّد ابن زهره: فى: غنيه النزوع، قسم الفروع، ٢٠٩/، على الصّحه بقوله تعالى «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (سوره البقره ٢٧٥). هذا وقد استدلّ العلّامه، فى تذكره الفقهاء ١٢/٧، والمحدّث البحرانى فى الحدائق الناضره ١٨/٤٠٠، والسيّد الطباطبائى فى رياض المسائل ٨/٢٢٩، على الصّحه بالنصّ الخاص الوارد فى المقام، المروى فى وسائل الشيعه، كتاب التجاره، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ١٧/٣٣٩، ح ١.

فى (الأخر؛ على إجازة المالك) أو المتسلط، لما دلّ على الفضولى، ولنسبته من بعض أصحابنا(1) هنا إلى علمائنا. (فإن أجاز، نفذ البيع) ولزم على القول بالكشف، إذ ليس مجرد التوقف عيبا. وعلى النقل يقوى الخيار، سيما مع طول الفصل بين العقد والإجازة.

(وقسط الثمن عليهما بنسبه المألين، بأن يُقوما جميعا) بقيمه وقت البيع على القول بالكشف (ثم يُقوم أحدهما) منفردا - حيث لا يكون للهيئة الاجتماعية مدخلية - فيؤخذ من الثمن بنحو التقويم مع التوافق. ومع اختلاف الثمن والتقويم؛ تُلحظ نسبتها إلى القيمة، فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة.

ومع اعتبار الهيئة الاجتماعية من جانب واحد يُقومان معا، ويؤخذ المنضمّ بنسبته والمنفرد بنسبته من الثمن.

ومع اعتبارها من الجانبين: فإن تساويا واتحدا فى النسبة، قُسم الثمن بينهما. وإن

اختلفا فى القيمة وتساويا من جهة الانضمام، أخذت قيمة الأفراد مع إضافة نصف ما زاد بالاجتماع. وإن اتحدا فى قيمة الأفراد واختلفا فى جهة الانضمام، لُو حظ أفراد كلّ مع ما يلحقه من جهة الاجتماع. ومع الاختلاف فيهما، تُلحظ قيمة كلّ مع ما يُنسب إليه من جهة الاجتماع، ثم يُؤخذ من الثمن بتلك النسبة. ولو زادت قيمة أحدهما بالاجتماع ونقصت قيمة الآخر، لُو حظ الزائد مع زيادته والناقص مع نقصه. ولو جعل الثمن بينهما قبل العقد على حال، ثم جاءت صفقة العقد، عُمل على مقتضاها، وعلى القول بالنقل يعتبر التقويم حينه. وحيث لا تدخل الهيئة حين مُضى العقد يلزم التبويض المسلط على الخيار فى المقامين.

ويجرى الكلام فى عقد الفضولى عن مالكين مع إجازتهما فى قسمه الثمن بينهما، ومع إجازة أحدهما فيما يستحقّه منه، وفى كلّ متلف مضمون على المتلف، عينا كان أو منفعه.

ص: ٣٣٨

١-٧. وهو العلامة، فى تذكره الفقهاء ١٠/١٨-١٩)، و ١٢/٦، ٢٣-٢٤.

ولو كان للاجتماع قيمه فى وقت دون آخر، بُنى (١) الضمان وعدمه على ما تقدم.

وما ذكر مبنى على ملاحظه صفة الاجتماع لمالكين مختلفين، على ما عليه جماعه (٢)، وهو الأقوى. وأنكر بعضهم ذلك (٣)، مستندا إلى أنّ صفة الاجتماع ليست مملوكة لأحدهما، لأنهما مُلكا منفردين، وصفه الاجتماع عارضه، جاءت من الغيب، ولم تدخل تحت يد أحدهما. وفرّق بعض (٤) بين الإمضاء وعدمه لتلف وشبهه (٥)، فاعتبر الهيئه فى الأوّل دون الثانى. ويلزم على قولهم أنّ لا يحلّ بيع شيئين منضمين من مالكين مع مدخليه الهيئه.

و(هذا) البحث إنّما يتمشى فيما (إذا كان) المُتمنّن (من ذوات القيم) ولا إشاعه فيه، أو كانت مع تعدده.

(وإن كان) مشاعا أو متحدا أو متعددا متماثلا (من ذوات الأمثال) وقد سبق بيانها (قسط) الثمن (على الأجزاء) (٦) بحسبها، لإمكان التوزيع فيها على النسبه، فلا يحتاج إلى التقويم. (٧) فلو كان المثلث قفيز حنطه قسط الثمن على مقدار السهام منها بعد ملاحظه

ص: ٣٣٩

١-١. فى إحدى النسخ: (بنت مسأله) بدل (بُنى).

٢-٢. فهو مقتضى إطلاق عبارته الشيخ الطوسى، فى المبسوط ٢/١٤٥، وابن ادريس فى السرائر ٢/٢٧٦، والمحقق الحلى فى شرائع الإسلام ٢/١٥، والعلامة ههنا، والشهيد الأوّل فى الدروس ٣/١٩٦، واللّمعه الدمشقيه ١٠٥.

٣-٣. كالمحقق الكركى فى جامع المقاصد ٤/٧٨، والشهيد الثانى فى مسالك الافهام ٣/١٦٢، والسيد الطباطبائى فى رياض المسائل ٨/٢٣١.

٤-٤. وهو السبزوارى فى كفايه الفقه ١/٤٥١.

٥-٥. فى بعض النسخ: (والفسخ) بدل (وعدمه لتلف وشبهه).

١-٦. قال الشهيد الثانى فى فوائد القواعد ٥٣٤: «ليس على إطلاقه، فإنّ تكثير العين من ذوات الأمثال يتناول مختلف الأجناس ومنفعتها مع اختلاف الأوصاف، كالحنطه والشعير وردى، الحنطه وجيدها، وفى هذين لا يصحّ التقسيط على الأجزاء، بل على القيمه كالقيمه».

٧-٢. كما ذكره المحقق الكركى فى جامع المقاصد ٤/٧٨.

النسبه بينها وبين الثمن (١).

ويجرى مثله في القيمي القابل للتوزيع، كأرض وثوب ونحوه، ولعله راجع إلى الأول.

ولو اجتمع قيمي ومثلي، أُعطي (٢) حُكْمُ الْقِيَمِيِّ.

وتعدّد القيميات والمثليات واتحادها في الثمن، لا يُثمر شيئاً (سواء اتحدت العين أو تكثرت).

ومتى رجع المثلي إلى القيمي جاءه حكم القيمي. وتكثير الأقسام بإنهائها إلى ستة أو أكثر (٣)، لا حاجة إليه.

ومع تعدّد المثلي، يرجع إلى حكم القيمي أو يبقى على حاله.

ولو فسخ لم يبطل البيع (٤)، لعدم المانع من مُضَيِّه في بعض وانفساخه في آخر، كما في الثمن والمثمن إذا ظهرا معييين أو ناقصين، ولأنّ الأسباب الشرعيه كالعقلية إذا تعلقت بمتعدّد قابل وغير قابل أثرت في القابل دون غيره، ولأنّ العقد على اتحاده بمنزله عقود فلا- فرق بين تعدّده الصوري وخلافه، ولتحقق الوفاء بمقتضى العقد في المقدار الممكن، مضافاً إلى أنّه لا يسقط الميسور بالمعسور، وما لا يُدرَك كَلّه لا يُترك كَلّه، وللإجماع المنقول (٥) المؤيد بموافقه نقل الشهره (٦)، ولما دلّ من الروايات عليه (٧).

ص: ٣٤٠

١-٣. في بعض النسخ: (فيها). وفي بعضها: (بينه وبينها) بدل (بينها وبين الثمن).

٢-٤. أي: المجتمع. وفي بعض النسخ: (أعطيا).

٣-٥. إشاره إلى ما فعله الشهيد الأوّل في الحاشيه النجاريه ٢٢٣/ وحكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٢/٦٥١.

٤-٦. إشاره إلى ما احتمله المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائده والبرهان ٨/١٦٢.

٥-٧. في غنيه النزوع، قسم الفروع، ٢٠٩، تذكرو الفقهاء ١٠/ (١٨-١٩)، و ١٢/٦ و ٢٣-٢٤، رياض المسائل ٨/٢٢٩.

٦-٨. في مجمع الفائده والبرهان ٨/١٦٢.

٧-٩. وسائل الشيعه، كتاب التجاره، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ١٧/٣٣٩، ح ١.

والاستناد في البطلان إلى أن العقود تتبع القصد وما وقع هنا لم يُقصد وما قُصد لم يقع (١)، والى لزوم الغرر والجهالة (٢) لأنَّ القدر المستحقَّ حقيقه مجهول فيكون من بيع الغرر، وأنَّ الأصل عدم صحه العقد فيما لم يتم برهان على صحته، وأنه كزواج الأختين أو الأمِّ والبنت وبيع الدرهم بالدرهمين (٣)، وأنَّ صيغه العقد واحده فلا تتبعض (٤)، وأنَّ الكلَّ والبعض مختلفا الجنس فيكون كبيع الذهب فيظهر نحاسا؛ مردود بأنَّ القصد يعمُّ الضمني، وإلا لزم بطلان أكثر المعاملات، إذ قلما يخلو شيء منها من دخول غير المقصود في متعلقه، مع أنَّ القصد قد تحقَّق قبل الإجازة ولو لا ذلك لم تثمر الإجازة. وبأنَّ الغرر إنما يترتب عليه الضرر لو قارن الإقدام ولا التفات إلى الغاية بلا كلام، والأصل مقلوب، والعمومات كافيها في إثبات المطلوب، والقياس على الأختين والأمِّ والبنت والدرهم بالدرهمين مردود بأنَّ المانع فيها هو الترجيح بلا مرجح المستلزم (٥) للترجيح بلا مرجح (٦) المنبعث عن تعارض الصحَّتين، وأنَّ التبعض في المتعلق لا يقتضى تبعض العقد المتعلق (٧)، وبأنَّ الحكيمات لا تدخل في الشرعيات.

(ولو فسخ تخير المشتري) الجاهل (٨) (في فسخ المملوك) لتبعض الصفقة عليه، ولزوم الضرر لذلك بالنسبة إليه، بخلاف البائع لأنه جاء من قبله. ولا يبعد ثبوته له مع جهله، أو دعواه الإذن لإثبات عذره، كما احتمله بعضهم (٩). والأقوى خلافه. (و) في

ص: ٣٤١

- ١-١ . كما في مجمع الفائده والبرهان ١٦٢/٨.
- ٢-٢ . كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلّامه في تذكره الفقهاء ١٢/٨.
- ٣-٣ . كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلّامه في تذكره الفقهاء ١٢/(٧-٨).
- ٤-٤ . كما قاله بعض الشافعية. حكاه عنهم العلّامه في تذكره الفقهاء ١٢/(٧-٨).
- ٥-٥ . في بعض النسخ: (المقتضى) بدل (المستلزم).
- ٦-٦ . قوله: (المستلزم [المقتضى] للترجيح بلا مرجح) لم ترد في بعض النسخ.
- ٧-٧ . كلمه: (المتعلق) لم ترد في بعض النسخ.
- ٨-٨ . ق-يده بالجاهل تبعا للمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٤/٧٩، وللشهيد الثاني في فوائد القواعد ٥٣٤.
- ٩-٩ . وهو المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائده والبرهان ٨/(١٦٢-١٦٣).



(الإمضاء) ولا- يجب عليه حينئذٍ سوى قسطه المقابل له (فيرجع من الثمن بقسط غيره). ويجرى في التقسيط على نحو ما سبق بيانه»(١).

وقال سيد الرياض: «ولو باع ما يملك وما لم يملك كعبده وعبد غيره) صنفه و (في عقد واحد صح) (٢) البيع ولزم (في عبده) خاصه (وقف) في (الآخر على الإجازة) على المختار في الثاني، ولا خلاف في الأول، بل ظاهرهم الإجماع عليه، وصرح به في الغنيه (٣)؛ للصحيح: في رجل باع قطاع أرضين... وعرف حدود القرية الأربعة... وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين... وعرف حدود القرية الأربعة... وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام: «لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»(٤).

مضافا إلى أنّ البائع مأمور بالوفاء بالعقد في ماله، وعدم إجازة المالك بعد ذلك لا يرفع الأمر المستقرّ في ذمته قبل ظهوره، فاحتمال بعض من تأخر البطلان رأسا(٥)، ليس في محله.

وأما توهم إيجاب تبعض الصنفه الخيار له [للبيع]، فمع أنّه لا يوجب البطلان ليس في محله؛ لآءقدامه على ضرره، نعم إن جهل أمكن ثبوت الخيار له [للبيع].

ثمّ إنّ إجاز [المالك] صحّ البيع ولا- خيار، وإن ردّ تخير المشتري - مع جهله بكون بعض المبيع غير مملوك للبائع - بين الفسخ وإمضائه؛ لتبعض الصنفه، أو الشركه الموجبين للضرر، المنفى آيه وروايه.

ص: ٣٤٢

١- ١٠. شرح القواعد ٢/ (١٢١-١١٤).

٢- ١. في المطبوع: ولو جمع بين ما يملك وما لا يملك في عقد واحد كعبده وعبد غيره صحّ.

٣- ٢. الغنيه (الجوامع الفقيهيه) ٥٨٥/ (٢٠٩ من الطبعة الحديثه).

٤- ٣. الكافي ٧/٤٠٢، ح ٤، الفقيه ٣/١٥٣، ح ٦٧٤، التهذيب ٧/١٥٠، ح ٦٦٧، الوسائل ١٧/٣٣٩، أبواب عقد البيع وشروطه الباب

٢، ١٧/٣٣٩، ح ١، صحيحه محمّد بن الحسن الصفار.

٥- ٤. مجمع الفائدة ٨/١٦٢.

وليس فى النص ما يخالفه كما توهم (١) وإن تضمن لفظ الوجوب؛ لإضافته إلى البائع، ولا كلام فيه كما مرّ، ولكنّه غير الوجوب من المشتري، فقد يجمع ثبوت الخيار له الوجوب من البائع، كما فى كثير من المواضع.

فإن فسح رجع كلّ مال إلى مالكة، وإن رضى صحّ البيع فى المملوك للبائع بحصّيته من الثمن. ويعلم مقدارها بتقويمهما جميعاً ثمّ تقويم أحدهما منفرداً ثمّ نسبة قيمته إلى

قيمه المجموع، فيخصّيه من الثمن مثل تلك النسبه.

فإذا قوّما جميعاً بعشرين وأحدهما بعشره صحّ فى المملوك بنصف الثمن كائنا ما كان زائداً أم ناقصاً، فلو كان الثمن فى المثال ستّه أخذ لأحدهما منها نصفها ثلاثه، هذا فى جهه النقيصه، ويعلم المثال فى جهه الزيادة بزيادة الثمن على العشرين ولو بواحد، وإنّما أخذ بنسبه قيمه ولم يخصّه من الثمن قدر ما قوّم، لاحتمال زيادتها عنه ونقصانها، فربّما جمع فى بعض الصور بين الثمن والمثمن على ذلك التقدير، كما لو كان قد اشترى المجموع فى المثال بعشره.

ثمّ إنّه إنّما يعتبر قيمتهما مُجتمعتين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل فى زياده قيمه كلّ واحد كفرض العبارة. أمّا لو استلزم ذلك كمصراعى باب لم قوّما كلّ منهما منفرداً وينسب قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين ويؤخذ من الثمن بتلك النسبه، دون أن ينسب إلى قيمتهما مجتمعين. فلو كان قيمتهما كذلك اثنى عشر ومنفردين تسعه والثمن ستّه وقيمه أحدهما ثلاثه يؤخذ لكلّ منهما من الثمن بقدر نسبة قيمتهما إلى التسعه وهو الثلث اثنان، ولا يؤخذ بقدر نسبة قيمتهما إلى الاثنى عشر وهو الربع واحد ونصف، كذا قيل. (٢)

وربما يستشكل مع جهل المشتري بالحال وبذله الثمن فى مقابله المجموع من حيث المجموع، فالأخذ بالنسبه إلى المجموع قيمتهما منفردين ظلم على المشتري وحيث عليه. (٣)

ص: ٣٤٣

١-٥. أنظر الحدائق ١٨/٤٠٠.

٢-١. الروضه ٣/٢٣٩، المسالك ٣/١٦٢، الحدائق ١٨/٤٠٢.

٣-٢. أنظر الروضه ٣/٢٤٠، المسالك ٣/١٦٣.

وهو حسن، إلا أنه منقوض بالظلم على البائع لو أخذ بالنسبه إلى مجموع قيمتهما مُجْتَمِعَيْنِ، مع عدم تَقْصِيرِهِ وإتلافه شيئاً على المشتري، وإنما أراد له شيئاً لم يسلم له، فإلحاقه بالغاصب حينئذٍ في ضمان الصفقه ليس في محلّه مع براءة ذمّته عنه، والمسأله لا تخلو عن ريبه وإن كان الأوّل لا يخلو عن قوه» (١).

وقال صاحب مفتاح الكرامه في ذيل ما مرّ من قول العلامه في القواعد: «أمّا صحته فيما يملك فقد نصّ عليه في «النهايه» (٢) و «المبسوط» (٣) وما تأخّر عنهما (٤) وفي

«الغنيه» (٥) الإجماع عليه. وفي «الرياض» (٦) أنّ ظاهرهم الإجماع.

وأما وقوف الآخر على إجازة المالك فقد نصّ عليه في «النهايه» (٧) و «الوسيله» (٨) و «الشرائع» (٩) و «النافع» (١٠) وكتب المصنّف [العلامه (١١)]

ص: ٣٤٤

- 
- ١-٣. رياض المسائل ٨/ (٢٣٢-٢٢٩).
  - ٢-٤. النهايه، الشرط في العقود، ٣٨٥.
  - ٣-٥. المبسوط، أحكام تفریق الصفقه من البيوع، ٢/١٤٤.
  - ٤-٦. منهم العلامه في مختلف الشيعه، في عقد البيع، ٥/٥٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد، في شروط المتعاقدين، ٤/٧٨، والمحقّق في شرائع الإسلام، في عقد البيع وشروطه ٢/١٥.
  - ٥-١. غنيه النزوع، في البيع، ٢٠٩.
  - ٦-٢. رياض المسائل، في شروط المتعاقدين، ٨/ (١٢٦-١٢٧).
  - ٧-٣. النهايه، الشرط في العقود ٣٨٥.
  - ٨-٤. الوسيله، في بيان بيع تبعض الصفقه، ٢٤٧.
  - ٩-٥. شرائع الإسلام، في عقد البيع، ٢/٩.
  - ١٠-٦. المختصر النافع، في البيع وآدابه، ١١٨.
  - ١١-٧. تذكره الفقهاء، في أحكام تبعض الصفقه ١٢/٦، ومختلف الشيعه، في عقد البيع وشروطه ٥/٥٥، ونهايه الأحكام، في الملك، ٢/٤٧٨، وإرشاد الأذهان، في أركان التجاره، ١/٣٦٠، وتبصره المتعلّمين، في عقد البيع، ٨٨، وتحرير الأحكام، في البيع، ٢/٢٧٧.

و«الشهيدين»(١) والمحقق الثاني(٢) وغيرها(٣). وفي «التذكرة»(٤) نسبته إلى علمائنا.

وأما أنه إن أجاز المالك صحح فيها وإلا بطل في مال الغير خاصه فهو المشهور كما في «مجمع البرهان»(٥) وفي «التذكرة»(٦) نسبته إلى علمائنا(٧).

وفي «المبسوط» و «السرائر» و «الغنيه» أنه إذا باع ملكه وملك غيره صحح في ملكه وبطل في ملك الغير أجاز أو لم يجز بناء منهم على عدم صحه عقد الفضولي كما تقدم(٨) وهو قضيه كلام «الخلاف».

واحتمل في «مجمع البرهان»(٩) على تقدير صحه الفضولي إن لم يجز المالك

بطلان البيع رأسا (أنه إن لم يجز المالك بطل البيع رأسا - خ ل)، لأنه إنما حصل التراضي والعقد على المجموع، وحصوله في الكل لا يستلزم حصوله في الجزء.

وخير الصفار(١٠) يسقط هذا الاعتبار، قال فيه عليه السلام: «وقد وجب الشراء على البائع على ما يملك» مضافا إلى أن البائع مأمور بالوفاء بالعقد في ماله والعقد صحيح في نفسه لكنه غير لازم كالفضولي، وعدم إجازة المالك بعد ذلك لا ترفع ذلك - أي الأمر المستقر قبل ظهوره - وأن العقد بمنزله عقود متعدده، ولهذا لو خرج بعض ماله مستحقا لا يبطل إلا

ص: ٣٤٥

- ١- ٨. الدروس الشرعيه، في البيع، ٣/ (١٩٢-١٩٣)، واللمعه الدمشقيه، في البيع، ١١٠/، وغايه المراد، في المتعاقدين، ٢/٢١، ومسالك الأفهام، في شروط المتعاقدين ٣/١٦١، والروضه البهيه، في شروط المتعاقدين ٣/ (٢٣٨-٢٣٩).
- ٢- ٩. جامع المقاصد، في شروط المتعاقدين، ٤/٧٨.
- ٣- ١٠. كرياض المسائل، في شرائط المتعاقدين، ٨/١٢٦.
- ٤- ١١. تذكرة الفقهاء، في تبعض الصفقه، ١٢/٦.
- ٥- ١٢. مجمع الفائده والبرهان، في المتعاقدين ٨/١٦٢.
- ٦- ١٣. تذكرة الفقهاء، في تبعض الصفقه، ١٢/٦.
- ٧- ١٤. كذا في المصدر.
- ٨- ١٥. تقدم في مفتاح الكرامه ١٢/ (٥٩٣-٥٩٥).
- ٩- ١٦. مجمع الفائده والبرهان، في المتعاقدين، ٨/١٦٢.
- ١٠- ١. وسائل الشيعه، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ١٧/٣٣٩، ح ١.

وهذا الاحتمال أعنى بطلان البيع من رأس - قول الشافعي (١)، قال: لأن اللفظه الواحد لا يتأتى تبعيضها فأما أن يغلب الصحيح على الفاسد أو بالعكس، والثاني أولى، لأن تصحيح العقد في الفاسد ممتنع وإبطاله في الصحيح غير ممتنع، ولأنه لو باع درهما بدرهمين أو تزوج بأختين حكم بالفساد، وأن الثمن المسمى يتوزع عليهما ولا يدري حصه كل واحد منهما عند العقد فيكون الثمن مجهولاً، وصار كما يقال بعتك عبدى هذا بما يقابله من الألف إذا وزعت عليه وعلى عبد فلان فإنه لا يصح.

والجواب إن إجماعنا منعقد وأخبارنا (٢) ناطقه بالصحة، واللفظه الواحد كثيرا ما تتبعض كما إذا قال جاء زيد وعمرو صادقاً في أحدهما كاذباً في الآخر، ونحوه ما إذا شهد عدل وفاسق واحد الدرهمين كإحدى الأختين ليس بأولى بالفساد من الآخر، ولهذا أفسدنا العقد فيهما، ولا كذلك صورته النزاع كما هو ظاهر، والثمن ليس مجهولاً، لأنه جعل الجميع في مقابله الجميع، فسقوط بعضه لا يجعله مجهولاً كأرش العيب وكما إذا خرج بعض ماله مستحقاً.

وقد تحصّل من هذا أنه لا مانع من أن يكون هذا العقد الواحد قبل الإجازة لازماً موقوفاً، فلا إيراد على عبارته المصنّف بوجه. ومراده وغيره بالصحة اللزوم، لوجود شرطه وهو كونه ملكاً.

وليعلم أنه لا بدّ من التقسيط عند الجميع، لأن القائل بالبطلان فيما لا يملك لا بدّ له

من التقسيط، وكذا القائل بتوقفه على الإجازة على تقدير حصولها وعدمه.

وقد اختلفت عباراتهم في تقسيط الثمن إذا كان من ذوات القيم. ففي «المبسوط» (٣) وكذا «الوسيلة» (٤) يأخذه بما يتقسط عليه من الثمن يعنى يأخذ المملوك

ص: ٣٤٦

١-٢. المجموع، في البيع، ٩/٣٧٩.

٢-٣. وسائل الشيعه، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ١٧/٣٣٩، ح ١.

٣-١. المبسوط، في أحكام تفريق الصفقه، ٢/١٤٥.

٤-٢. الوسيله، في بيان بيع تبعّض الصفقه، ٢٤٧/.

بقسطه. ونحوه ما فى «التذكرة» (١) و«التحرير» (٢) و «الدروس» (٣) حيث قيل فى الأولين يأخذه بقسطه من الثمن، وفى الأخير يقسِّط الثمن عليهما. وفى «السرائر» يمسك ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الذى يتقسّط عليه، كما إذا كان ثمنهما ثلاثه دانيز وقيل: إنّ قيمه المملوك قيراط وقيمه غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلثى الثمن (٤)، انتهى ما أردنا نقله من كلامه، فليتأمل فيه.

وعبارته «نهاية الأحكام» (٥) و «اللمعة» (٦) كعبارته الكتاب. وفى «جامع المقاصد» (٧) أنّ فى عبارته الكتاب حذفاً تقديره: ثمّ يقوم أحدهما وتنسب قيمته إلى مجموع القيمتين ويؤخذ له بتلك النسبة من مجموع الثمن.

وفى «الإرشاد» (٨) ويقسّط المسمّى على القيمتين. وقال فى «تعليقه» (٩): وطريق تقسيط المسمّى على القيمتين: أن يقوم الميعان معاً ثمّ يقوم أحدهما على انفراده وتُنسب قيمته إلى مجموع القيمتين. قلت (١٠): لعلّ الأولى أن يقول: إلى قيمه المجموع. قال: وينظر تلك النسبة فيؤخذ بها من الثمن... (١١) وإنّما وجب التقسيط كذلك دون التقسيط على العينين لإمكان تفاوتهما فيتعدّر التقسيط من دون اعتبار [القيمة (١٢)] وإنّما وجب

ص: ٣٤٧

- ١-٣. تذكرة الفقهاء، فى أحكام تبعض الصفقة، ١٢/٦.
- ٢-٤. تحرير الأحكام، فى عقد البيع وشروطه، ٢/٢٧٨.
- ٣-٥. الدروس الشرعية، فى البيع ٣/١٩٦.
- ٤-٦. السرائر، فى العقود، ٢/٢٧٦.
- ٥-٧. نهاية الأحكام، فى بيع ملكه وملك غيره صفقه، ٢/٤٧٨.
- ٦-٨. اللمعة الدمشقيه، فى عقد البيع، ١١٠/.
- ٧-٩. جامع المقاصد، فى شروط المتعاقدين، ٤/٧٨.
- ٨-١٠. إرشاد الأذهان، فى أركان البيع، ١/٣٦٠.
- ٩-١١. حاشيه إرشاد الأذهان، فى البيع، ٣٣٨/، من المجلد التاسع من حياه المحقق الكركى وآثاره.
- ١٠-١٢. من كلام السيد العاملى.
- ١١-١٣. حذف من كلام الكركى سطرين.
- ١٢-١٤. كذا فى حاشيه إرشاد الأذهان ٣٣٨/.

تقويمهما ثم تقويم أحدهما لجواز أن يكون الثمن أزيد من قيمه أو أنقص منها، فلو(١) اعتبرت قيمه واحده بقى الفاضل من الثمن يازاء الباقي وهو أقل من قيمه بكثير في صورته الزيادة وبالعكس في صورته النقصان. ونحوه ما في «جامع المقاصد»...»(٢).

وقال في الجواهر: «(وكذا) ظهر لك الحال: فيما (لو باع ما يملك وما لا يملك) بعقد واحد وثمان كذلك؛ ضروره كون حكمه أنه (مضى بيعه فيما يملك، وكان فيما لا يملك موقوفا على الإجازة(٣)) بناءً على ما سمعته من صحّحه الفضولي، وباطلاً على القول الآخر.

وعلى كل حال، فلا خلاف(٤) في صحّحه بيعه ونفوذه فيما يملك إذا لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعي؛ كلزوم ربا، وبيع آبق من دون ضميمه... ونحو ذلك، بل ظاهرهم الإجماع عليه كما اعترف به في الرياض(٥)، بل عن الغنيه دعواه عليه صريحاً(٦)، كالأستاذ في شرحه(٧).

لإطلاق الأدلّه وعمومها السالِمِينَ عن المعارض، خصوصاً بعد ملاحظه ما يظهر من النصّ والفتوى من كون الأسباب الشرعيه كالعقليه تؤثر في القابل دون غيره.

وما سمعته من خبر الصّفّار(٨) من وجوب الشراء على البائع فيما يملك، فهو حينئذٍ بمنزله عقود متعدّده؛ ولذا لو ظهر بعض المبيع مستحقاً لم تبطل إلا فيه.

فما عن الأردبيلي: من احتمال بطلان العقد رأساً على تقدير صحّحه الفضولي وعدم اجازة المالك؛ لأنه إنّما حصل التراضي والعقد على المجموع، وحصوله لا يستلزم حصوله

ص: ٣٤٨

١-١. في حاشيه الإرشاد: «ولو».

٢-٢. مفتاح الكرامه ١٢/١٢ (٦٤٤-٦٤١).

٣-٣. «على الإجازة» جعلت بين معقوفتين في نسختي الشرائع والمسالك.

٤-٤. كما في الرياض: (انظر الهامش الآتي).

٥-٥. رياض المسائل: التجاره، شرائط بيع، ٨/٢٢٩.

٦-٦. غنيه النزوع: البيع، المقدمه، ٢٠٩.

٧-٧. شرح القواعد: المتاجر، في المتعاقدين، ٢/١١٤.

٨-٨. وسائل الشيعه ١٧/٣٣٩، ح ١.

واضح الفساد، بل كأنه اجتهاد فى مقابله النص، ولم نعرفه لأحد من أصحابنا.

نعم، هو للشافعى محتجاً عليه: بأن اللفظه الواحده لا يتأتى تبعيضها، فإما أن يغلب الصحيح على الفساد أو بالعكس، والثانى أولى؛ لأنّ تصحيح العقد فى الفساد ممتنع

وإبطاله فى الصحيح غير ممتنع، ولأنه لو باع درهما بدرهمين أو تزوج بأختين حكم بالفساد، ولأنّ الثمن المسمى يتوزع عليهما، ولا يدرى حصه كل واحد منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً وصار كما يقال: «بعتك عبدى هذا بما يقابله من الألف» إذا وزعت عليه وعلى عبد فلان، فإنه لا يصح. (٢)

وفيه: - مع أنه مُنافٍ لما عرفت - منع عدم تبعيض متعلق اللفظه الواحده فى الخبر والإنشاء.

ووضوح الفرق بين المقام وبين بيع الدرهم بالدرهمين والتزوج بالأختين، ولو بعدم ترجيح تعلق العقد بأحدهما على الآخر.

ودليل الجهاله إنما يسلم منه ما إذا كانت فى الثمن الذى قد وقع مقابلاً فى العقد، وأما بعد فرض معلوميته فلا يقدر الجهل بالتقسيم؛ لإطلاق الأدله الذى لا ريب فى شموله لما كان مجهولاً من هذه الجهه، معلوماً من الحيثيه الأخرى.

وبعبارة أخرى: إن الإطلاق شامل لنحو هذه المعلوميه بخلاف ما ضربه مثلاً.

وما ذكره المقدس الأردبيلى إنما يقتضى الخيار مع الجهل لا البطلان؛ ضروره عدم كونه أعظم من تخلف الوصف، وتبعيه العقود للقصد منطبقه على البعض المقصود ولو فى ضمن الكل.

ومن هنا ترك الاستفصال فى خبر الصفار وحكم فيه بالصحه فيما يملك، بل لعله مع ظهور مدخلية الاجتماع فى موضوعه الذى هو «قطاع أرضين» المختلفه غالباً لأنها

ص: ٣٤٩

١-٩. مجمع الفائده والبرهان: المتاجر، فى المتعاقدين، ٨/١٦٢.

٢-١. العزيز فى شرح الوجيز ٤/١٤٠.



قطع متجاورات، ولو فرض دخول الوصف في موضوع البيع - على وجه يكون تخلفه كتخلف جنس المبيع - كان خروجاً عن محلّ البحث.

فلا ريب في الصحه، من غير فرق بين كون المالكين لواحد أو متعدّدين، وبين تساويهما في القيمة واختلافهما، ولا بين كون المشتري متّحداً أو متعدّداً، على الإشاعه في المبيع أو على تخصيص كلّ واحد من العبدین بأحدهما ولكن على الإشاعه في الثمن، فيتقسّم حينئذٍ على قيمتهما على حسب ما تعرف إن شاء الله.

فما عن الخلاف: من البطلان في بيع المالكين عبيدهما المختصّ كلّ واحد منهما بواحد، مع التساوي في القيمة أو اختلافها. (١).

والمبسوط: من البطلان أيضاً لكن مع الاختلاف في القيمة (٢)، والبطلان أيضاً لو باع العبدین من اثنين بثمان واحد لم يعلم ما يخصّ كلّاً منهما لتعدّد الصفقه. (٣).

واضح الضعف؛ ضروره اتّحادها في الجميع والاكتفاء بمعلومیة الثمن فيها وإن جهل التقسيط؛ لعدم ما يدلّ على اشتراط أزيد من هذه المعلومیة التي يرتفع معها الغرر والجهاله عرفاً.

(و) حينئذٍ ففي مفروض المتن: أجاز الغير أو لم يجر (يقسّم الثمن) على المبيع؛ حتّى يأخذ كلّ من المالكين نصيبه على فرض الإجازة، أو ليأخذ البائع ما يخصّه منه ويرجع الباقي إلى المشتري على فرض عدمها.

وكيفيّة ذلك فيما إذا لم يكن المبيع مثلياً أو ما في حكمه ممّا يعلم منه تبعيّة نسبه الثمن إليه لتساوي أجزائه وأوصافه مثلاً على وجه لا تختلف القيمة معها: (بأن يقوّم جميعاً ثمّ يقوّم أحدهما) منفرداً - كما في القواعد (٤) واللمعه (٥) ومحكّي النهايه (٦)، بل

ص: ٣٥٠

١-٢. الخلاف: الشركه، مسأله ١٣، ٣/٣٣٥.

٢-١. المبسوط: كتاب الشركه، ٢/٣٤١.

٣-٢. المصدر السابق، وينظر أيضاً: المبسوط: البيع، الخراج بالضمّان، ٢/٦٦.

٤-٣. قواعد الأحكام: المتاجر، في المتعاقدين، ٢/١٩.

٥-٤. اللمعه الدمشقيّه: المتاجر، الفصل الثاني، ١١٠/.

٦-٥. نهايه الإحكام: البيع، في المعقود عليه، ٢/٤٧٨.

نسب (١) إلى الأصحاب - ثم ينسب إلى قيمه المجموع.

(و) حينئذٍ (يرجع) المشتري (على البائع) القابض للثمن (بحصّيته من الثمن إذا لم يجز المالك) على حسب تلك النسبه التي بها انكشف مقدار ما يخصّه من الثمن؛ ضروره أنّه لو قوّم منفردا من دون ملاحظه النسبه المزبوره وأخذت قيمته من الثمن أمكن حينئذٍ فى بعض الأحوال استيعابها له، بل زيادتها عليه، فيبقى الآخر حينئذٍ بلا مقابله شيء من الثمن كما هو واضح.

وإليه يرجع ما فى المبسوط (٢) وكذا الوسيله (٣): يأخذه - المملوك - بما يتقسّط عليه من الثمن؛ أى: يأخذه بقسطه من الثمن، كما عتبر به فى التذكرة (٤) والتحرير (٥).

وكذا ما فى الدروس: يقسّط الثمن عليهما (٦).

وما فى السرائر أيضا: «يمسك ما يصحّ فيه البيع بما يخصّه من الثمن الذى يتقسّط عليه، كما إذا كان ثمنهما ثلاثه دنانير... وقيل: إنّ قيمه المملوك قيراط وقيمه غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلى الثمن» (٧).

وهو عين ما ذكرناه؛ ضروره كون النسبه بما فرضه ذلك.

فمراد الجميع حينئذٍ واحد، وهو أنّه إذا كان المبيع من ذوات القيم - التى هى غالبا مختلفه زيادهً ونقصا - لا بدّ فى معرفه تقسيط الثمن عليها من ملاحظه قيمتها التى هى

ص: ٣٥١

١-٦. كما فى إيضاح النافع (للقطيفى) على ما فى مفتاح الكرامه: المتاجر، فى المتعاقدين، ١٢/٦٤٥.

٢-٧. المبسوط: البيوع، تفريق الصفقه، ٢/٨٥.

٣-٨. عبارته «فإذا تبعضت الصفقه كان المبتاع بالخيار... وبين الرضا بيع ما صحّ واسترداد الثمن بقدر ما خرج مستحقًا». الوسيله: البيع، بيع تبعض الصفقه، ٢٤٧/.

٤-٩. تذكره الفقهاء: البيع، تفريق الصفقه، ١٢/٦ و ١٠ و ١١.

٥-١٠. تحرير الأحكام: المتاجر، عقد البيع وشروطه، ٢/(٢٧٧-٢٧٨).

٦-١. الدروس الشرعيه: البيع، درس ٢٣٨، ٣/١٩٦.

٧-٢. السرائر ٢/٢٧٦.

متساويه الأجزاء وبدل العين وقائمه مقامها، ومعرفة النسبه منها فيوزع الثمن عليها، وهو معنى ما في الإرشاد من أنه «يقسِّط المسمى على القيمتين»(١)؛ وذلك لتعذر معرفته بملاحظه العينين»(٢).

## أدله صحه هذا البيع

### ١- الإجماع

قد مرّ في كلمات القوم ادعاء الإجماع كما قاله الشيخ(٣) وابن زهره(٤) والعلامة(٥) وجمدى الشيخ جعفر(٦) وسيد الرياض(٧) وصاحب المفتاح(٨) الجواهر(٩).

وعن الأردبيلي أنه هو المشهور(١٠) وكما أنه هو الحق المشهور بين أصحابنا عند الفاضل النراقى(١١).

وفيه: إجماع القوم وإن كان موجودا ومحققا ولكنه إجماعٌ مدركٌ - كما اعترف به الاستاذ المحقق - مدظله - (١٢) فلا يغنى ولا يضمن من جوع.

ص: ٣٥٢

١- ٣. إرشاد الأذهان: المتاجر، فى المتعاقدين، ١/٣٦٠.

٢- ٤. الجواهر ٢٣/٥٠٣-٤٩٧ [٢٢/٣١٢-٣٠٩].

٣- ٥. الخلاف ٣/١٤٥.

٤- ٦. غنيه النزوع ٢٠٩.

٥- ٧. تذكره الفقهاء ١٢/٦، قال: «ذهب فيه علماءونا».

٦- ٨. شرح القواعد ٢/١١٤.

٧- ٩. رياض المسائل ٨/٢٢٩.

٨- ١٠. مفتاح الكرامه ١٢/٦٤٣.

٩- ١١. الجواهر ٢٣/٤٩٨ (٢٢/٣٠٩).

١٠- ١٢. مجمع الفائده والبرهان ٨/١٦٢.

١١- ١٣. مستند الشيعة ١٤/٢٩٧.

١٢- ١. العقد النضيد ٤/١٠٧.

نحو قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٣) لأن هذه المعامله بيّع وعقدٌ وتجاره فيشملة اطلاق أو عموم الآيات الشريفه.

### ٣- انحلال العقد

يمكن انحلال العقد الواحد إلى عقود متعدده بحسب متعلقه كما يمكن انحلال اللفظه الواحده وتبعضها في الإخبار والإنشاء. فحينئذ ينحل العقد إلى عقدين، عقد في مال البائع وعقد في مال الغير والعقد الأول صحيح ونافذ والثاني يحتاج إلى إجازة مالكة.

### ٤- صحيحه الصفار

صحيحه الصفار أنه كتب إلى أبيمحمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكه والقريه على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القريه الأربعه، فقال للشهود: أشهدوا أنني قد بعث فلانا - يعني المشتري - جميع القريه التي حدّ منها كذا، والثاني والثالث والرابع وإنما له بعض هذه القريه قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنما له بعض هذه القريه وقد أقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك. (٤)

وهذه الصحيحه نص في المقام حيث كتب الإمام عليه السلام: «قد وجب الشراء من البائع على ما يملك». وهذا يعني انحلال العقد إلى عقدين كما مرّ.

ويمكن استفاده الخيار منها لأنه عليه السلام اوجب البيع على البائع لا على المشتري فله الخيار.

ص: ٣٥٣

١- ٢. سورة البقره ٢٧٥/.

٢- ٣. سورة المائده ١/.

٣- ٤. سورة النساء ٢٩/.

٤- ٥. وسائل الشيعه ١٧/٣٣٩، ح ١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وقال السيّد العاملي: «وخبر الصفار يسقط هذا الاعتبار»<sup>(١)</sup>. أى احتمال بطلان البيع رأساً.

ويرى صاحب الجواهر هذا الاحتمال: «واضح الفساد بل كأنه اجتهاد فى مقابله النص ولم نعرفه لأحد من أصحابنا»<sup>(٢)</sup>.

ويرى الشيخ الأعظم هذه الصحيحه «النص»<sup>(٣)</sup> فى المقام.

## أدله البطلان

### ١- التراضى والتعاقد إنما وقع على المجموع

قال الشيخ الأعظم: «إنّ التراضى والتعاقد إنّما وقع على المجموع الذى لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء فى البعض مع عدم كونه مقصوداً إلاّ فى ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير مادّل على حكم العقد والشروط والتجاره عن تراضٍ، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، وقد تبه عليه فى جامع المقاصد<sup>(٤)</sup> فى باب فساد الشرط»<sup>(٥)</sup>.

وبالجملة: شرط صحه التجاره هو التراضى والتعاقد عليها وكلاهما مفقودان فى المقام لأنّهما وقعا على المجموع بما هو المجموع لا على البعض.

ويمكن أن يقال: إنّ ما قصد إنّما هو بيع المجموع وهو لم يقع فى الخارج، وما وقع فى الخارج ويحكم بصحته هو بيع البعض وهو لم يقصد، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد فالبيع يكون باطلاً من رأسه وأساسه.

وفيه: التراضى والتعاقد كما وقع على المجموع كذلك وقع على بعضه، ولأنّ قصد بيع ذات مال البائع نفسه موجود فى ضمن قصد بيع المجموع من مال نفسه ومال غيره

ص: ٣٥٤

١-١ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٤٢.

٢-٢ . الجواهر ٢٣/٤٩٨ (٢٢/٣١٠).

٣-٣ . المكاسب ٣/٥١٤.

٤-٤ . جامع المقاصد ٤/٤٣١.

٥-٥ . المكاسب ٣/٥٣١.

فالتراضى والتعاقد على البعض موجود فى ضمن المجموع.

نعم، البائع لم يقصد استقلال بيع مال نفسه، ولا دليل على اعتبار قصد الاستقلال، والإطلاقات والعمومات تنفيان قصد الاستقلال. والحاصل: بيع البعض مقصود كما أنّ بيع المجموع مقصود، والمقصود واقع فى الخارج كما حكم الشارع بصحته فى صحيحه الصفار الماضيه.

## ٢- الإنشاء بسيط فلا ينحل إلى التعدد

بتقريب: بساطه الإنشاء من الواضحات لأنها من الأمور الاعتباريه، وإذا كان بسيطاً فلا ينحل إلى الصحيح والفساد، لأنه ليس مُرَكَّباً وليس ذات أجزاءٍ حتى ينحل بعدد أجزائه.

وفيه: نعم، الإنشاء بسيط وواحد صورته لكنه بحسب المتعلق متعدداً فينحلّ الإنشاء إلى إنشاءات متعدده وللانحلال أمثله كثيره:

نحو: بيعى الصرف والسلم فإنهما ينحلان ويصحان فى المقبوض فى مجلس العقد ويفسدان فى غير المقبوض.

ونحو: بيع الوكيل أموال موكله بعقد واحد فإن بيعها بإنشاء واحد ينحلّ إلى بيوع متعدده بعدد تلك الأموال.

ونحو: الوصيه بأزيد من الثلث فإنها تنحلّ إلى وصيتين، إحداهما تتعلق بالثلث وتصحّ والأخرى بأزيد من الثلث وتقف صحتها على إمضاء الورثه. (١)

والحاصل: سيره العقلانيه تدلّ على الانحلال وإطلاق أدله البيع تنفى اعتبار الاستقلال والانفراد فى صحه بيع مال الأصيل.

## ٣- جهاله الثمن توجب بطلان البيع

انحلال العقد يوجب جهاله الثمن بإزاء ما يملكه البائع، وهو يوجب بطلان البيع، لأنّ البائع لا يعلم بما يتوسط على ماله من الثمن حين البيع فى القيمى وفى المثلى إذا لم

ص: ٣٥٥

يكن مقدار ماله معلوماً له تفصيلاً، وهذه الجهالة تُوجِبُ بطلان البيع.

وفيه: أولاً: الجهالة مفقودة بعد ما سببته من محاسبه مقدار الثمن وكيفيته.

وثانياً: ما يوجب بطلان البيع إنما هو الغرر (١) ولا غرر في المقام بعد إمكان محاسبه مقدار الثمن.

## كيفية تقسيط الثمن

### إشارة

على أي حال من إجازة المالك وعدمها لا بد من تقسيط الثمن إما لتعيين سهم

المالك مع إجازته أو لما يرجع إلى المشتري مع عدمها.

وأما كيفيته: أن يقوم كل من المالكين أو الأموال منفرداً بالقيمة السوقية ثم يؤخذ نسبة قيمتهما أو قيمتها إلى مجموع القيمتين أو القيم. ثم يحاسب النسبة مع الثمن المسمى مثلاً لو كان أحدهما خمسة آلاف دينار والآخر عشرة آلاف دينار تصير النسبة ٣١ و ٣٢ من مجموع الثمن المسمى.

هذا بالنسبة إلى غالب الموارد صحيح.

أما إذا كان للهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة بالنسبة إلى حال الانفراد كجزئين من كتاب واحد أو مصراعي الباب أو كان لها دخل في نقيصه القيمة بالنسبة إلى حال الانفراد نحو بيع الأعمه الشابه مع وليدته الرضيعه أو المجوهرات الغالية في فرض تعددها أو الآثار التاريخية كذلك كصوره تبسم الجكوند [ژكوند] للدوانيچی أو أسطوانه منشور كوروش الكبير السلطان الهخامنشى الإيراني أو كان لها دخل في زيادة قيمة أحدهما أما بالنسبة إلى الآخر توجب نقص قيمته فهذه ثلاثة أقسام.

ثم في كل قسم تاره توجب زيادة قيمتهما أو نقيصتها بالتساوى أو باختلاف فتصير الأقسام ستة.

ثم في هذه الصور الست ثلاثة طرق لأجل محاسبه تقسيط الثمن:

### الطريق الأول وهو طريق مشهور الأصحاب قدس سرهم:

إن كلاً من المالكين يقوم منفرداً

ص: ٣٥٦

بالقيمة السوقية - لا منضمًا إلى غيره - فيؤخذ لكل واحد منهما جزءٌ من الثمن المسمى يكون نسبه ذلك الجزء إليه كنسبه قيمه كل منهما إلى مجموع القيمتين.

نحو: لو باع كتابين أحدهما لنفسه والآخر لغيره وقيمه كل منهما منفردا ألفا دينارٍ ولكن قيمتهما مُجْتَمِعَيْنِ عشرة آلاف وباعهما بالعشرين. فَتَصِيرُ قيمه كتاب البائع أربعة آلاف ويرجع الباقي - أي ستة عشر الف دينار - إلى المشتري.

وأنت ترى بأنّ البائع لم يقدم على بيع كتابه بهذا المقدار بل أقدم على بيعه في مقابل عشرة آلاف وهذا التقييط يكون ضررا عليه. فقاعده لا ضرر يرتفع لزوم البيع لأجل دفع الضرر عنه فيكون له خيار الفسخ.

وتكون المحاسبه هكذا لو كانت الهَيْئَةُ الاجتماعيه توجب تنقيص القيمة إلا- أن يكون على المشتري وله خيار تبعض الصفقه وبنفس هذا الخيار يمكن دفع ضرره.

### الطريق الثاني: وهو المنسوب إلى سلطان العلماء

الطريق الثاني: وهو المنسوب إلى سلطان العلماء(١): قال ما نصه: «وإبقاء الباقي

للبيع ظلم أيضا على المشتري، وإعطاء للبائع زائدا على حقه. كما أنّ ردّ الثمن بقدر نسبه أحدهما إلى قيمتهما مجتمعين ظلم على ما ذكره الشارح المحقق - يعنى الشهيد الثاني - إلا- أنّ الثاني أظلم. فالصواب أن يقوم مجتمعين، ويقوم ما للبائع منفردا، ويبقى من الثمن في يد البائع بقدر نسبه قيمه ماله منفردا إلى قيمتهما مجتمعين، وتتمه الثمن تردّ إلى المشتري، وحينئذٍ لا ظلم لأحد أصلاً(٢).

مراده: أن يُقَوِّمَ مجتمعين بالقيمة السوقية ثمّ يقوم ما للبائع منفردا، فيؤخذ النسبه بينه وبين الثمن المسمى وتردّ الباقي إلى المشتري.

نحو: لو كانت قيمه كل من الكتابين منفردا ألفين ومُجْتَمِعَيْنِ أربعة بحيث تكون قيمتهما السوقية مُجْتَمِعَيْنِ ثمانيه فتؤخذ النسبه بين الكتاب الواحد منفردا ومجتمعين فتصير النسبه الربع. ثمّ تؤخذ هذه النسبه من الثمن المسمى فلو كانت عشرين فيقابل

ص: ٣٥٧

١- ١. مرّت ترجمته في الآراء الفقيهيه ٤/٥٥٤.

١- ٢. حاشيه سلطان العلماء /٦٥، و حكااه المحقق الخوانساري في حاشيته عن سلطان العلماء/٣٥٩، وهامش الروضه البهيه ١/٣١٦ (طبعه عبدالرحيم)، هدى الطالب ٥/٦٢١.



أقول: هذا الطريق وإن كان ضرره على البائع أقل من الطريق المشهور ولكن مع ذلك البائع يكون متضرراً كما في الطريق المشهور.

وقد نَسَبَ الإِشْكُورِيُّ (١) هذا الطريق إلى الشيخ الميرزا محمّد الأصفهاني (٢) الشهير بـ «الديلماج» (٣) في حواشيه على الروضة (٤) ولكنني لم أجدها.

### الطريق الثالث: ما ذكره الفقيه السيّد اليزدي رحمه الله قال:

«إنّ الأولى في كيفية التقسيط أن يقوم كلّ منهما منفرداً، لكن بملاحظه حال الانضمام، لا في حال الانفراد، ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين؛ إذ لو قوم كل منهما منفرداً لا- في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صور الاختلاف، مثلاً إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام، والآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقه المصنّف قدس سره - فيما إذ قوم أحدهما منفرداً باثنين، ومنضماً بأربعة، والآخر منفرداً بأربعة، ومنضماً

باثنين - أن يكون لمالك الأول ثلث الثمن وللمالك الثاني ثلثاه، مع أنّ قيمه مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمه مال الثاني في تلك الحال، فينبغي أن يكون للأول الثلثان، وللثاني الثلث، وهكذا في سائر صور الاختلاف، وأما على ما ذكرنا فلا يلزم نقص في مورد من الموارد» (٥).

مراده: قيمه كلّ من المالكين في حال الانضمام مع غيره لا- منفرداً ثم تؤخذ النسبه بينه وبين القيمه السوقيه - الثمن المثل - ثم تؤخذ النسبه من الثمن المسمى، فمثلاً لو كان قيمه كلّ منهما مجتمعين خسمه الآف وتصير القيمه السوقيه - الثمن المثل - عشره آلف وكان الثمن المسمى عشرين ألفاً فتصير قيمه كلّ منهما عشره آلف.

ص: ٣٥٨

١-٢ . بغية الطالب ١/٤٤٦.

٢-٣ . ذكره العلامة الطهراني في طبقات أعلام الشيعة، القرن الحادي عشر /٥١٧.

٣-٤ . لفظ تركي، بالفارسيه يعادل: ترجمان، مترجم، سخن گذار.

٤-٥ . ذكرها العلامة الطهراني في الذريعة ٦/٩٦، رقم ٥١٣.

٥-١ . حاشيه المكاسب ٢/٣٢٨.

وبهذا البيان يُدْفَعُ الضرر عن البائع ولكن يتوجه الضرر على المشتري لأنه اشترى كتابا واحدا بقيمه الانضمام ولكن له خيار تبعض الصفقه وبه يمكن له أن يدفع الضرر عن نفسه.

أقول: أنت ترى بأنَّ الطريقتين الأءَوَّلَيْنِ لا يدفعان الضرر عن البائع والثالث يتوجه الضرر على المشتري، فالأصح عندى الطريق المشهور مع رفع لزوم البيع بقاعده لا ضرر للبائع بحيث لا يتضرر من هذا التقسيط، فله الخيار لفسخ بيعه فى فرض ترتب الضرر عليه.

هذا كله فى تقسيط الثمن فى القيميات.

### وأما تقسيط الثمن فى المثليات

#### إشاره

فقال الشيخ الأعمش: «أمّا المبيع المثلى: فإن كانت الحصه مشاعه قسّط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كل من حصّتى البائع والأجنبى بما يخصّه، وإن كانت حصّه كلّ منهما معيّنه كان الحكم كما فى القيمى: من ملاحظه قيمتى الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع، فافهم» (1).

مراده قدس سره: وجود صُورَتَيْنِ فى المبيع المثلى:

#### الصورة الاولى:

أن يكون المبيع مشتركاً بينهما بنحو الإشاعه فحينئذ يقسّط الثمن بينهما على حصتهما من النصف أو الثلث أو الخمس أو غير ذلك.

#### الصورة الثانيه:

تكون حصه كلّ واحد منهما مُعَيَّنَةً بمعنى تَشْخُصِهَا وإفرازها كما

لو كان هناك أكياس من الحنطه مع تعيّن ما يملك كل منهما فباعها أحد المالكين بعشره الآف دينار فردّ غير البائع بيع حصته فيجرى حكم القيمى بما مرّ.

واعترض عليه المحقق النائنى بقوله: «ولا يخفى إنّ شيئاً من الضابطين لا ينضب على الوجه الكلى:

أمّا الأول: فلانتقاضه بما إذا كان لإحدى الحصّتين فى حال الاجتماع قيمه أكثر



من قيمتها في حال الإنفراد كما إذا كان من الحنطة في حال الاجتماع مع تسعه أمان أعلى قيمة لأجل صيرورته مرغوبا إليه في ضمن العشره ولكنه منفردا لا يرغب إليه بما يرغب إليه في حال الاجتماع فتقسيط الثمن حينئذ على نفس المبيع ليقابل كل من الحصتين بما يخصه لا يفيد في تعيين قيمة حصه الأجنبي كما لا يخفى.

وأما الثاني: فلانتقاضه بما إذا كانت الحصتان المفروزان كل من صبره واحده فلا يكفي حينئذ قيمة كل واحده ونسبه قيمته إلى مجموع القيمتين والأخذ من الثمن بتلك النسبه بل لا بد من أن يقابل كل من الحصتين بما يخصه من الثمن كالمثلى فلا يكون موافقا مع القيمي في الحكم ولعله إلى المناقشتين أمر بالفهم»(١).

وتبعه السيد الخوئي وقال: «ولكننا لم نفهم ما أراده [الشيخ الأعظم] قدس سره من هذا الكلام، فإن ما ذكره من ملاحظه القيمتين في صوره الافراز، إن كان من جهه اختلاف الحصتين في قيمه من حيث الجوده والرداءه فهو متين إلا أنه لا يظهر من عبارته. وإن كان من جهه اختلاف قيم الأشياء باختلاف مقدارها قلّه وكثره فهو لا يختص بفرض الافراز بل يجرى في فرض الاشاعه أيضا فإن كميّه من الطعام إذا بيعت بقيمه فنصف تلك الكميّه قد تباع بأقل من نصف قيمه أو أكثر حسب اختلاف الرغبات. فالصحيح أن المثلى حكمه حكم القيمي مطلقا»(٢).

وتبعهما المحقق المروج وقال في ذيل أمره بالتفهم: «ولعله إشاره إلى منع إطلاق ما أفاده في الصورتين:

أما الصورة الأولى: فلاختصاص كلامه بما إذا لم يكن لإحدى الحصتين حال الاجتماع قيمة أكثر من قيمتها حال الإنفراد، لفرض اختلاف الرغبات، فربما كانت الرغبه في شراء تسعه أمان من الحنطة - منضمه إلى من آخر - أزيد من شراء التسعه مستقلة.

وربما ينعكس الأمر، فيكون وصف الاجتماع مؤثرا في إنخفاض قيمه.

ص: ٣٦٠

١-١ . المكاسب والبيع ٢/٣١٢.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٢١.

فما أفاده قدس سره من تقسيط الثمن على نفس المبيع لمجرد كونه مثلثا لا يخلو من شيء.

وأما الصورة الثانية: فلا يتقاضى كلامه بما إذا كانت الحصيتان المفروزان متساويتين من جميع الجهات الدخيلة في التمول، إذ يتعين حينئذٍ مقابله كل حصه بما يخصها من الثمن كالمثل، ولا وجه لإجراء حكم القيمي عليه.

نعم، يحتمل كون مفروض كلامه إختلاف الحصتين المفروزتين بالجوده والرداءه، بأن كانت إحداهما حنطه جيده، والأخرى رديئه، إذ يتعين إجراء حكم القيمي عليهما.

لكن يشكل هذا الإحتمال بإمكانه في صورته الإشاعه أيضا، فلا وجه لاختصاصه بالصورة الثانية»(١).

أقول: والتحقيق جريان حكم القيمي في المثليات أيضا كما صرح به السيد الخوئي رحمه الله. (٢).

هذا تمام الكلام في المسألة الرابعة، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

ص: ٣٤١

١-١. هدى الطالب ٥/٦٢٥.

٢-٢. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٢٢.

إشاره

قال الشيخ الأعظم: «لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار، فَإِنْ علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلاّ فإن علم أنه لم يقصد بقوله: «بعتك نصف الدار» إلاّ مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، وحملة على النصف المشاع بينه وبين الأجنبي». (١)

أقول: من المعلوم أنّ مقدار النصف والدار في كلامه ورد من باب المثال وإلاّ لا فرق بين النصف وسائر الكسور كما لا فرق بين الدار وغيرها من الأموال غير المنقولات والمنقولات. ثمّ إنّ هاهنا ثلاث صور:

الصورة الأولى:

باع النصف المفروز من حصته المملوكه فيدخل بيعه في بيع ما يملك.

الصورة الثانية:

باع النصف الآخر المفروز من حصه شريكه فيدخل بيعه في بيع الفضولى.

الصورة الثالثة:

إشاره

لم يحرز قصد البائع تفصيلاً أنّه باع حصته خاصة أو حصه شريكه أو باع النصف على نحو الإشاعه بحيث باع ربع ماله مع ربع مال شريكه وبناءً على الاحتمال الأخير فيدخل بيعه في بيع ما يملك وما لا يملك.

وبعبارة أخرى: «تاره يظهر بالقرائن الداخليه أنّ المراد بالنصف هو نصفه المختصّ به أو نصف الغير أو النصف من نصفه والنصف من نصف الآخر وهكذا، وهذا ممّا لا كلام لنا فيه.

وأخرى: يريد البائع مفهوم نصف الدار عرفاً من دون قصد شيء من خصوص نصفه أو نصف الآخر، فهل يؤخذ بظاهر هذا الكلام ويكون حجّه على تعيين المبيع واقعا

ص: ٣٦٢

من النصف المملوك أو المملوك للغير وهكذا، ولا- ينبغي الإشكال في أنّ الظهور في مقام الإثبات حجّه على تعيين المراد في مقام الثبوت، وحينئذ فيقع الكلام في أنّ نصف الدار ظاهر في أى نصف من النصفين؟

وثالثه: نعلم أنه أراد واحدا من النصفين بخصوصه أو النصف من كلّ نصف إلا أنه لا قرينه على تعيين أحد هذه الاحتمالات فلا يُعرف مراده الواقعي، وفي هذه الصورة أيضا يؤخذ بظاهر النصف، لأنّ الظهور في مقام الإثبات حجّه على تعيين المراد الواقعي، وهذا القسم أيضا داخل في محل الكلام فلا وجه لخصره بالصورة الثانية كما في كلام شيخنا الأنصاري (١) قدس سره (٢).

ولكن ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّه تارة يُعلم مراد البائع من النصف تفصيلاً من أنّه أراد نصفه أو نصف غيره أو النصف المشاع فيعمل به، وإن لم يُعلم التفصيل من النصف ففيه احتمالان:

الأول: حمل النصف على نصف البائع المملوك له وهو الصورة الأولى في مقالنا.

الثاني: حمله على النصف المشاع بينه وبين غيره. وهو الاحتمال الثالث في الصورة الثالثة في مقالنا.

وَمَنْشَأُ الاحتمال الأوّل عند الشيخ الأعظم (٣) أمران:

١- الظهور المقامي لكلمة النصف في ما يختص بالبائع لا المختص بالشريك ولا المشاع بينهما وذلك لاقتضاء مقام التصرف المعاملي كون المتصرف سلطانا على ما يتصرف فيه بالملكه ولأنّ السيره العقلانيه تدلّ على إعتبار ملكيه في البائع. فبهذه القرينه انصرف اطلاق لفظ «النصف» إلى النصف المختص بالبائع.

٢- الإنشاء هو إيجاد المُنشَأ في عالم الاعتبار بالقول أو الفعل. وظهور إسناد الإنشاء إلى البائع هو إضافه البيع إلى نفسه ووقوعه في ماله المختص. لا مال غيره ولا

ص: ٣٦٣

١- ١. المكاسب ٣/٥٢١.

٢- ٢. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٢٢.

٣- ٣. المكاسب ٣/٥٢١.

المال المشاع بينه وبين غيره لأنَّ الأخيرين يحتاجان إلى مؤونه زائده على قصد الإنشاء وهي إمَّا قصد وقوع البيع للغير - إذا وقع فضولياً عن الغير - أو قصد وقوعه لنفسه إذا وقع فرض مال الغير مال نفسه كما في البيع الغاصب أو الصورة الثالثة من صور بيع الفضولى وهي أن يبيع مال الغير لنفسه.

وأما منشأ الاحتمال الثانى عند الشيخ الأعظم (1): ظهور كلمه النصف فى الحصفه

المشاعه من مجموع النصفين أى ربع مال البائع وربع مال شريكه.

فحيث يجرى الاحتمالان فيصير لفظ النصف مجملاً فى جهه تعارض ظهوره فى المشاع مع ظهور التصرف والانشاء فى نصيبه المختص به ولا ترجيح لأحد الاحتمالين فتعيين مقصود البائع من النصف مشكل (2).

### اعتراض الشيخ الأعظم على فخر المحققين

#### إشاره

قال والده العلامة فى القواعد: «ولو باع مالك النصف انصرف إلى نصيبه ويحتمل الإشاعه فيقف فى نصف نصيب الآخر على الإجازة» (3).

وقال فى نهايته: «ولو كان مالكا لنصف العين، فباع النصف مطلقا انصرف إلى نصيبه صرفا للعقد إلى الصحه. ويحتمل الإشاعه كالإقرار ولأنه حقيقه اللفظ، فيقف فى نصف نصيب الآخر على الإجازة...» (4).

وقال ولده الفخر فى ذيل كلامه والده فى القواعد: «لأنَّ الأصل فى البيع اللزوم ولهذا يحكم به عند الإطلاق وعدم العلم بالموانع، وإنَّما يختلف عنه لعارض معروف ولم يوجد، ولأنَّه لو قال: بعْتُك غانما وهو اسم مشترك بين عبده وعبده غيره حُمل على عبده إجماعاً فكذا فى المُتواطىء وهو الأقوى عندي. ووجه الإشاعه: أنَّ المبيع صالح لملكه وملك غيره ولهذا يقبل التقييد لكلِّ منهما ولفظ النصف إذا أُطلق يُحمل على الإشاعه، ولم

ص: ٣٦٤

١-٤ . المكاسب ٣/٥٢١.

٢-١ . هدى الطالب ٦/١٢.

٣-٢ . قواعد الأحكام ٢/٢٠.

٤-٣ . نهايه الإحكام ٢/٤٧٩.



يجعل الشارع صحه التصرف قرينه في المجازات والمشاركات...»(١).

واعترض عليه الشيخ الأعظم(٢) بأن قياس بيع النصف على بيع غانم في مثاله مع الفارق إذ المعارض في مثال الفخر مفقود ولكن في بيع النصف المعارض موجود وهو ظهور لفظ «النصف» على الإشاعه وهو النصف المشاع.

بتوضيح منّا: إنّ اشتراك لفظ غانم بين عبد البائع وعبد غيره يوجب إجمال لفظ غانم ابتداءً ولكن في المقام إطلاقاً يرفعان هذا الإجمال وهما: ظهور التصرف في ملكيه المتصرف فيه للمتصرف وظهور الإنشاء في إنشاء البيع لنفس البائع لا لغيره وليس في البين معارض.

ولكن في بيع النصف يوجد معارض لهذين الإطّلاقين وهو ظهور لفظ النصف في الإشاعه وليس لفظ النصف مجملاً بين النصف المشاع والحصه المختصه بالبائع، كما مرّ بقياس الفخر يكون مع الفارق.

ويمكن أن يُدافع عن فخر المحققين: أولاً: ليس للفظ النصف ظُهورٌ في الإشاعه بمعنى المشاع بين الحصتين وإنّما هو ظاهر في المشاع في مقابل النصف المعين، كما قيل(٣)، وعليه يكون مثل بيع غانم في مثال الفخر مجملاً- ويرفع الإجمال بقرينتي مقام التصرف وظهور الإنشاء.

وثانياً: لو فرض ظهور لفظ النصف في الإشاعه بمعنى المشاع بين الحصّتين، كما يمكن رفع إجمال لفظ النصف بالقرينتين كذلك يمكن نفي هذا الظهور بهما واختصاص لفظ النصف بحصه البائع نفسه.

فقياس الفخر تام ولا يردّ عليه.

### محاولة المحقق النائيني لحلّ إجمال الشيخ الأعظم

#### إشاره

قال: «ومما ذكرناه من تحقيق المقام تظهر المناقشه فيما أفاده المصنف [الشيخ

ص: ٣٦٥

١-٤. إيضاح الفوائد ١/٤٢١.

٢-٥. المكاسب ٣/٥٢٢.

٣-١. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٢٥، وستأتي المناقشه فيه في نقد محاوله السيد الخوئي فانتظر.

منها: قوله: «إنَّ المعارض لظهور النصف فى المُشاع هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع فى مقام التصرف أو ظهور التمليك فى الأصالة»، ووجه المناقشه فيه: هو ما عرفت من أنه ليس للفظ النصف ظهور فى المُشاع أو انصراف إليه حتَّى يعارض مع ظهور شىء آخر فى النصف المختص بل حملة على الإشاعه فيما يحمل عليه ناش عن عدم المعين ومع وجود معين فى البين أى معين كان يندم وجه الحمل على الاشاعه وعلى هذا فلا ينتهى الأمر إلى معارضته بشىء أصلاً.

ومنها: التردد فى معارضة بين انصراف اللفظ إلى مال البائع فى مقام التصرف أو ظهور التمليك فى الأصاله حيث قد عرفت أن منشأ الحمل على النصف المختص بالبائع هو انتفاء الأمرين المتقدمين وانصراف اللفظ فى مقام التصرف إلى مال البائع لا ظهور التمليك فى الأصاله.

ومنها: إنه لا معنى محصل لظهور التمليك فى الأصاله كما لا يخفى.

ومنها: قوله: بأن ظهور النصف فى المُشاع ظهور المقيّد وهو وارد على ظهور المطلق» إذ قد عرفت انتفاء الظهور فى النصف المُشاع حتَّى يكون ظهوراً فى المقيّد مع أنه على تقدير الظهور أيضاً لا يكون ظهور المتعلّق من باب ظهور المقيّد لعدم تعيّن المطلق للقرينيه بل لا بدّ من تقديم أقوى الظهورين لو كان وإلاً فالحكم هو الإجمال.

وقد تحصل مما ذكرناه أن الحمل على الإشاعه بين الحصتين إنّما هو فيما إذا لم يكن معيّن فى البين موجب لتعيّن إرادته إحدى الحصتين وإلاّ فالمتعين هو الحمل على ما قام عليه المعيّن، ففى بيع نصف الدار الموجب لتعيّن حصه البائع نفسه موجود وهو صدور البيع عنه مع صلاحية حصه نفسه لأنّ يكون مبيعا نظير بيع الكلّى فى الذمه فإنّه لا يحتاج إلى اسناده إلى ذمته بل عدم اسناده إلى ذمه غيره كاف فى اسناده إلى نفسه، وكذا المقام فإنّ صلاحية حصه نفسه لأنّ يكون مبيعا مع عدم اسناده إلى غيره كاف فى صحه اسناده إليه فالمعيّن فى المقام هو ظهور الفعل والفاعل والمتعلّق جميعا فى كون المبيع حصه نفسه الحاكم على ظهور النصف فى نفسه فى الحصه المشاعه بين الشريكين.

وهذا بخلاف ما لو باع الأجنبي فضوليا نصف الدار التي هي مشتركة بين إثنين فإنه لا معيّن لصرف المبيع حينئذٍ إلى حصه أحدهما معينا فيكون المبيع نصف الدار منهما مشاعا ومن كلّ منهما نصف نصيبه وهو الربع من الدار»(1).

### نقد محاوله المحقق النائيني

يرد عليه أولاً: لم يكن بين الظهورات ظُهورٌ يسمّى بالظهور الحاصل من عدم المعيّن، لأنّ الظهورات الواردة في الإنشاءات إمّا وضعي أو انصرافي أو إطلاقي، وليس هناك قسمٌ رابع، فلا بدّ أن يدخل هذا الظهورُ الإدّعائيُّ في أحد الظهورات المتقدمة، فلا محاله يدخل في الظهور الإطلاقي.

وثانيا: لا معنى للظهور التعليقي في مقابل الظهور التنجيزي، لأنّ الظهور إمّا موجود وإمّا مفقود، فليس في البين ظُهورٌ تعلّقي كما ادّعاه. عَطَّرَ اللَّهُ مَثْوَاهُ.

وثالثا: ثمّ على فرض تقييد أحد الظهورين على الآخر، ظهور التصرف في مال المتصرّف يكون اطلاقا فعليا وظهور النصف في النصف المشاع يكون اطلاقا لفظيا، فلا بدّ

من تخصيص الاطلاق الفعلي بالاطلاق اللفظي لأنّ الفعل ليس له اللسان، لا عكسه الذي فعله المحقق النائيني.

### مُحاولة المحقق الإيرواني لحلّ إجمال الشيخ الأعظم

#### إشارة

قال: «وبالجملة: لا ريب في ظهور الكسر من النصف والثلث والربع في الكسر المشاع في ما أضيف إليه ذلك الكسر، فإذا وقع في حيز البيع أو غيره من النواقل وكان ما أضيف إليه كلاً ملكاً للبائع انتقل منه مقدار ذلك الكسر مشاعاً بمعنى أنّه يزول علقته من الجميع إلى ما عدا ذلك الكسر ويشاركه المشتري في العين شركةً إشاعيّةً بمقدار ذلك الكسر.

أمّا لو كان مالكا مقدارا ممّا أضيف إليه ذلك الكسر يوازي ذلك الكسر أو ينقص فلا تخلو الحال إمّا أن يعلم أنّه أراد نقل علقته أو نقل علقه الغير أو نقل مقدار من علقته

ص: ٣٦٧

ومقدار من علقه الغير فلا إشكال في أتباع قصده، أو لا يعلم ذلك سواء علم أنه لم يزد في القصد على قصد مفهوم ما أطلقه من اللفظ أم علم أنه أراد مضافا إلى ذلك نقل علقه خاصه لم يعلم أنه علقته أو علقه شريكه أو بالتبعيض أو جهل ولم يعلم تحقق القصد على ما يزيد على مفهوم اللفظ وعدم تحققه، والحكم في الجميع واحد وهو الحكم بانتقال علقه البائع إلى المشتري وقيام المشتري مقامه في الشركه الإشاعيه مع الشريك.

وذلك أنه إذا باع وهو مالك توجه إليه خطاب «أوفوا» وانتزع منه الوضع ووجب عليه الخروج عن العهده؛ لأنّ العقد عقده بالإضافة الأوليه، وإّما يصير عقدا للغير بالقصد إلى نقل مال الغير وإزاله علقته والفرض أن ليس مثل هذا القصد متحققا أو لا يعلم به.

فأما في ما ليس هذا القصد متحققا فلا إشكال، وأما في ما لم يعلم واحتمل تحقق هذا القصد فلائّن منصرف اللفظ وظاهره أنه مقصود لنفسه وقصد به إزاله علقته وملكه، ولذا ادّعى فخرالدين في بيع الغانم المشترك بين عبده وعبده غيره الإجماع على حمله على عبد نفسه.

ومن ذلك ظهر ما ينبغي أن يجعل مَطْرَحًا للبحث في المقام وأنّ النصف هو النصف المشاع في جميع الصور، ونصفه المملوك ليس شيئا ممتازا وراء النصف المشاع في مجموع الدار، وأما النصف المشاع بينه وبين ما يستحقه شريكه فمما لم نتصور حتى نتصوره حتى نحمل عليه لفظه أو لا نحمل.

وأما احتمال إرادته النصف الكلّي في المعين المختلف في الأثر مع الأوّل فذلك ممّا

لا يضّر في ما هو المبحوث عنه فعلاً؛ فإنّ العقد محكوم بأنّه عقده والخطاب خطابه إلى أن يتحقق كون العقد عقد شريكه بتحقيق قصده إلى نقل مال شريكه فيكون بيع الكلّي الذي يملك هو فردا منه وبيع الكسر المشاع في حكم واحد، وعلى كلّ حال يجب دفع ما ملكه وفاءً عن العقد»(1).

ص: ٣٤٨

ويرد عليه: اثبات الموضوع المتقدم ذاتا بالحكم المتأخر رتبة محال، وهذه الاستحالة من ملازمات كلامه قدس سره، لأن متعلق خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> ليس مطلق العقد، بل العقد المضاف إلى البائع وتعيين عقد البائع المتقدم ذاتا وزمانا ورتبة لأنه موضوع، بما هو متأخر عنه رتبة وزمانا وهو حكم وجوب الوفاء مستحيل، فلا يعقل أن يدلّ ويعين «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» متعلق البيع الصادر قبل توجه هذا الخطاب إليه ويّين بأنه - متعلق البيع - هو النصف المختص، فلا يتم ما ذكره قدس سره .

### محاولة المحقق السيد الخوئي

#### إشاره

قال قدس سره : «وتوضيح ذلك أنّ لفظ النصف لم يوضع في اللغة للنصف المشاع بل لمطلق النصف من الشيء ولا- أنه منصرف إلى النصف المشاع عند إطلاقه وعليه فلا- وجه لدعوى اختصاصه بالنصف المشاع فيكون الغرض منه في المقام هو الكلّي.

وتوهم أنّ البائع لم يقصد خصوصيه ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما في حاشيه السيد<sup>(٢)</sup>.

فاسد فإنّ النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصيه الملك كلّى يحتمل أن يكون النصف الذى يختص بنفسه أو بشريكه أو النصف المشترك بين البائع والشريك وحينئذ فيكون ظهور كلامه فى كون المراد من النصف نصف نفسه فيكون مثل بيع الغانم فيرتفع الإجمال بواسطه ظهور الكلام فى بيع نصفه المختص.

وذلك فإنه وإن صح بيع مال الغير فضوله ولكن مُقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» للبائع وأنما يشمل المالك المجيز حين إجازته وفى المقام بعد منع كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع لا وضعاً ولا انصرافاً لا دافع لشمول دليل

الوفاء بالعقد على عقد البائع فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف

ص: ٣٦٩

١- ٢ . سوره المائده /١.

٢- ٣ . حاشيه المكاسب ٢/٣٣٠، للفيقيه اليزدى.

المختص كما أن الأمر كذلك في بيع غانم المشترك بين عبده وعبد الغير فكما أنه، لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكذلك في المقام لكون النصف هنا أيضا مشتركا بين نصفه المختص أو المشاع أو نصف الشريك فكأن ظهور البيع في بيع غانم في بيع نفسه يرفع الإجمال فكذلك في المقام بلا- زياده ونقيصه، فكما أن البائع في بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد وهكذا هنا أيضا فافهم.

وعلى هذا فيصح ما ذهب إليه المشهور من كون الكلام ظاهرا في النصف المختص دون المشاع أو حصه الشريك»(١).

### نقد محاولة السيد الخوئي

يرد عليه ما أوردته على المحققين النائيني والإيرواني لأن محاولته مأخوذة من محاولتهما، مضافا إلى ورود نقضين عليه وهما:

الأول: إنه قدس سره اعترف في «مسألة الإقرار بأن نصف الدار لزيد مع كونها مشتركة بالإشاعة بين المقرّ وشخص آخر حيث أن الإقرار إخبار عن الواقع فيكون إقراره بنصف الدار للغير إخبارا عن واقع نصف الدار - لا في نصفه المختص - فهو مشترك بين المقرّ وشريكه الآخر...»(٢).

فاعترف قدس سره بأن ظهور لفظ النصف يكون في الكسر المشاع، وأما الفرق بين هذا الظهور في الإخبار والإنشاء - كما فرّق بينهما السيد الخوئي رحمه الله - غير تام، لأن متعلق الإنشاء ليس مفهوم لفظ النصف الذي يعدّه أمرا كلياً، بل متعلق الإنشاء أيضا حقيقه نصف الدار مثلاً- وواقعه الخارجي لا- مفهومه، لأنّ المعاملات لا- تتعلّق بالمفاهيم بل بالمصاديق والحقائق والواقعات الخارجية. فلا فرق بين الإقرار والإنشاء في هذا المجال، فيكون الاعتراف بظهور بالنصف في الإشاعة، نقضا عليه في المقام.

الثاني: اعترف هو قدس سره والمشهور في مسألة الخمس بقوله تعالى: «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا

ص: ٣٧٠

١-١. مصباح الفقاهه ٤/٤٠٧ و ٤٠٦.

٢-٢. مصباح الفقاهه ٤/٤٠٧.

غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ» (١) على أنّ الخمس يتعلّق بالأموال على نحو الإشاعه في العينيه والشركه فيها. والوجه فيه ظهور كلمه الخمس في الآيه الشريفه على الإشاعه

والكسور كلّها على نهج واحد ومنها النصف فيكون ظاهرا في الإشاعه.

قال في تقرير خمسه: «... وأما في باب الخمس فالأدله بين ما هو ظاهر في الإشاعه والشركه الحقيقيه وبين ما لا ينافي ذلك، فمثل قوله تعالى: «فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ» ظاهر في أنّ المتعلّق خمس المغنم نفسه على نحو يكون الخمس المشاع للمستحقّ والأربعه أخماس الباقيه للمالك نظير قولك: بعثت أو وهبت خمس الدار الذي هو ظاهر في الكسر المشاع بلا إشكال.

وهكذا قوله عليه السلام في موثقه سماعه: «ما أفاد الناس من قليل أو كثير ففيه الخمس» (٢) فإن الكسر المشاع جزء من المركب المشتمل عليه...» (٣).

ولذا ذهب تلميذه الأستاذ المحقّق (٤) - مدظله - إلى عدم إمكان الجمع بين عدم ظهور لفظ «النصف» في الإشاعه مع ما أفتى به في مسأله الخمس من أنّه يتعلّق بالأموال على الإشاعه.

مضافا إلى أنّه لو تمّ ما ذكره هنا في المقام يلزم منه اتحاد كيفيه تعلّق الزكاه بالأموال مع كيفيه تعلّق الخمس بها مع أنّه قدس سره يفصل بينهما ويلتزم بأنّ كيفيه تعلّق الزكاه بالأموال تكون على نحو الكلّي في المعين أو الشركه في الماليه (٥)، لا على نحو الإشاعه في العينيه والشركه فيها.

وبهذين النقيضين لا بد له قدس سره أن يلتزم بظهور كلمه النصف في الإشاعه في المقام فيتعارض مع ظهور التصرف ويعود اجمال الانشاء. والحمد لله.

ص: ٣٧١

١-٣. سورة الأنفال /٤١.

٢-١. وسائل الشيعه ٩/٥٠٣، ح ٦، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

٣-٢. المستند في شرح العروه الوثقى ٢٥/٢٩٣ من طبع موسوعه الإمام الخوئي رحمه الله .

٤-٣. العقد النضيد ٤/١٢٨.

٥-٤. المستند في شرح العروه الوثقى ٢٥/٢٩٣ من طبع موسوعه الإمام الخوئي رحمه الله .

قال قدس سره: «لا بأس بالإشارة إلى ما يقتضيه التحقيق عندى على وجه الإجمال:

اعلم أنّ التكلّم فى هذه المسألة فى مقامين:

أحدهما: فيما إذا عُلِمَ كون مراد البائع من النصف شيئا معيناً من نصفه المختص أو المُشاع فى الحصتين، ولم يعلم التعيين، فيكون الغرض تشخيص مراده.

الثانى: فيما إذا علم أنّه لم يقصد إلا مفهوم النصف من غير نظر إلى كونه من ماله أو

من الحصتين، بأن علم عدم إلتفاته إلى شىء وراء مفهوم اللفظ.

والظاهر أنّ محل كلام من تعرّض للمسألة من الفقهاء المقام الأول، لكن المصنّف [الشيخ الأعظم] قدس سره وصاحب الجواهر حملاً محل كلامهم على المقام الثانى، وهو بعيد فى الغايه؛ إذ عليه لا يبقى محل للتمسك بظهور المقام أو غيره فى مقابل ظهور النصف فى الإشاعه؛ إذ الرجوع إلى الظهورات إنّما هو لتشخيص المرادات، والمفروض أنّ المتكلم لم يقصد خصوصيه ملكه أو ملك غيره، وإنّما قصد مفهوم النصف الذى مقتضاه ليس إلا الاشاعه.

ودعوى: أنّ بناءهم على العمل بالظهورات النوعيه ولو مع العلم بعدم التفات المتكلم إلى الخصوصيات كما يظهر من مراجعه كلماتهم فى باب الوقف والوصيه والحلف والنذر ونحوها؛ حيث إنّهم يقولون إنّ الظاهر من اللفظ الفلانى كذا وكذا، أو ينصرف إلى كذا أو لا، فتراهم يقولون لو حلف أنّ لا يدخل الدار هل ينصرف إلى كذا أو لا، مع أنّ المفروض أنّ المتكلم لم يتوجه ذهنه إليه أبداً. (1)

مدفوعه: بأنّ المفروض فى تلك الفروع القصد إلى مفهوم اللفظ، فيكون قصداً إجمالياً إلى جميع ما يندرج فيه من الخصوصيات، وهذا بخلاف المقام فإنّ المفروض أنّه لم يقصد خصوصيه ملكه أو الحصة المشاعه فى الملكين، فكيف يمكن الحمل على الأول مع عدم قصده؟! ومن المعلوم أنّ مقتضى التعليق على مفهوم النصف - من غير



وأما دعوى: وجوب العمل بهذا الظهور تعبداً من جهة أنه أوجد العقد، فيجب عليه العمل به؛ لعموم وجوب الوفاء.

ففيه: ما سيأتي من أنه إنما يجب الوفاء على من له العقد، لا على مَنْ عقد، ومن له العقد في الفرض هو وشريكه بعد عدم قصد الخصوصيه.

وكيف كان فأما المقام الأول: فإن كان مع فرض عدم معلوميه توارد الإيجاب والقبول على شيء واحد، بأن لم يعلم كون قصد المشتري موافقاً لقصد البائع فالظاهر البطلان، فإذا قال «بعتك نصف الدار» ولم يعلم المشتري أن قصده خصوص نصفه أو نصف الدار على سبيل الإشاعه بين الحَصَّتَيْنِ، فلا يرد قبوله على ما ورد عليه الإيجاب.

وبعبارة أخرى: لا بد من تعيين أحد الأمرين قبل البيع، ومع عدمه يبطل لمكان عدم التعيين عندهما.

إلا- أن يقال: إذا فرض معلوميه كون قصد المشتري إلى خصوص حصه البائع، والمفروض أن ظهور المقام يقتضى كون مراد البائع أيضاً ذلك فيكونان واردين على محل واحد، وكان الشك في تعيين ذلك بأن اختلفا فيه بعد اتِّفَاقِهِمَا على كون الصادر منهما هو البيع الصحيح فهنا يصح الرجوع إلى الظهورات في تشخيص ما وقع عليه العقد بحسب إرادتهما.

والظاهر أن محل كلام من تعرّض للمسأله هو ذلك حسبما عرفت، والمعروف بينهم ترجيح ظهور المقام في حصته المختصه على ظهور النصف في الاشاعه، بل في الجواهر أنه صرّح به جميع من تعرّض لذلك، قال: «بل عن غضب جامع المقاصد (1) والمسالك (2) إرسال المسلمات، بل عن الثانى منهما نسبته إلى الأصحاب، ولا ينافى ذلك احتمال الإشاعه فى النصيبين فى جملة من الكتب، ضروره عدم منافاه للظاهر» (3) انتهى.

ص: ٣٧٣

١-١ . جامع المقاصد ٦/٣٤١.

٢-٢ . مسالك الافهام ١٢/٢٥٢.

٣-٣ . جواهر الكلام ٢٢/٣١٦.

وهو قدس سره وإن جعل - كما عرفت - محل كلامهم في المقام الثاني، لكنك عرفت ما فيه، بل ينبغي القطع بأن مرادهم هذا المقام، أعنى ما علم كون مقصدهما شيئاً مخصوصاً ولم يعلم التعيين.

وعلى أي حالٍ فالتحقيق: هو ترجيح ظهور مقام البيع في إرادته حصته المختصة في مقابل الإشاعه بينه وبين الأجنبي، وكذا إذا كان وكيلاً- أو ولياً في النصف الآخر أيضاً فإنه يحمل على خصوص ماله، لا المشاع بينه وبين الموكل، وكذا إذا لم يكن مالكا أصلاً، وإنما كان وكيلاً أو ولياً في النصف، فإنه يحمل على هذه الحصة، لا المشاع بين الشريكين، وذلك لأقوائه هذا الظهور من النصف في الإشاعه.

بل التحقيق: أنه لا منافاه بينهما أصلاً، لأن الأول حكم على الثاني، لأن ظهور النصف في الإشاعه يقتضى الإشاعه في الحصتين مع عدم ظهور يقتضى الاختصاص في ظهور العام مقتضٍ له، فالإشاعه في الإشاعه من جهة الإطلاق، ومع ظهور التقييد من المقام يجب الحمل عليه كما في سائر المطلقات إذا كان هنا قرينه على انصرافها إلى بعض الافراد.

ودعوى: أن مرجع الشك إلى أنه هل قصد الخصوصية أم لا، والأصل عدمه.

مدفوعه: بأن الظهور المفروض رافع للشك، فمعه لا وجه للرجوع إلى الأصل<sup>(١)</sup>.

إلى أن قال: «أما المقام الثاني: فالحق فيه هو الحكم بالإشاعه؛ وذلك لما عرفت من عدم المعارض لظهور النصف في الإشاعه؛ لأن المفروض هو العلم بأنه لم يقصد إلا مفهوم النصف، وأنه لم يلتفت إلى كونه من ماله المختص أو المشترك بينه وبين غيره، والظهورات إنما يرجع إليها لتعيين المراد الواقعي المجهول لدينا، ومع العلم بعدم كون مراده نصفه المختص لا ظهور يرجع إليه ويكون معارضا.

ألا ترى أنه لا إشكال في عدم الحمل على خصوص حصته فيما لو باع نصف الدار

ص: ٣٧٤

مع اعتقاد [عدم(١)] كونه مالكا أصلاً فإن كونه مالكا له، ومن المعلوم عدم الفرق بينه وبين المقام؛ إذ لا يتفاوت الحال في عدم الظهور بين أن يكون جاهلاً بكونه مالكا، وبين ما لو كان عالما وفرض عدم التفاته إلى ماله ومال غيره، بأن يكون قصده مجرد تمليك نصف الدار من حيث إنه دار معين، وهذا واضح جدا، هذا.

وأما الحمل على حصته المختصة تعبدا من حيث إنه ملكك كليا ملكك مصداقه، كما لو باع كليا سلفا حسبما بينه المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره أخيرا.

ففيه: ما سيأتى من منع كونه كليا أولاً، ومنع كون مقتضاه ذلك ثانيا، فإن أمر الكلى بيده، فله أن يعينه في فرد آخر غير حصته المختصة، غايته أنه يجب عليه إرضاء مالك النصف الآخر وإجازته، مع أن المدعى تعينه في حصته من أول الأمر، مع أن وجوب الوفاء كما عرفت إنما هو بالنسبة إلى من له العقد، لا على من عقد؛ ولذا لا يجب على الفضولى إرضاء المالك.

فظهر مما بيننا أن المتعين هو الإشاعه، فإن تعليق البيع على النصف المضاف إلى الدار التي هي عين خارجيه يقتضى تعلقه بكل جزء على سبيل الإشاعه، من غير نظر إلى أنه مال هذا أو ذاك، وليس له مالك، ولازم هذا إشاعته في الحصتين كما في الإقرار من غير تفاوت، هذا»(٢).

### نقد المقام الأول من منظور الفقيه اليزدى

أما نقد مقامه الأول: فيشتمل على دليئين:

الأول: ما قاله: «... والمعروف بينهم ترجيح ظهور المقام في حصته المختصة على ظهور النصف في الإشاعه...»(٣).

والثاني: قوله: «بل التحقيق... - إلى قوله - بعض الأفراد»(٤).

ص: ٣٧٥

١-٢. زياده يقتضيها السياق.

٢-٣. حاشيه المكاسب ٢/٣٣٤.

٣-١. حاشيه المكاسب ٢/٣٣١.

٤-٢. حاشيه المكاسب ٢/٣٣٢.

«أما الدليل الأول فيرد عليه أولاً: بأننا لم نجد في كلامه ما يمكن عدّه مستنداً لترجيح أحد الظهورين على الآخر، وعليه فكلامه مجرد دعوى بلا دليل، إلا أن نعتمد على ما التزم به السيد رحمه الله في مواضع أخرى من أن الترجيح باعتبار الظهور المقامى.

وثانياً: لو سلّمنا الوجه المذكور، فإنّ ظهور النصف فى الإشاعه لا يخلو إمّا أنّه ظهور وضعى أو انصرافى، وفى كلّ الأحوال يندرج فى الظهورات اللفظيه، ويقابله ظهور التصرف، حيث يعدّ ظهوره ظهوراً مقامياً، ومع لفظيه الأول ومقاميه الثانى فإنّه لا وجه لتقديم الأخير على الأول، بل إمّا الأول أقوى منه أو أنّهما يتساويان على أقلّ تقدير، وفى كلّ الأحوال فإنّ دعوى ترجيح ظهور المقام فى الحصّه المختصّه على الإشاعه ممنوعه.

أما الدليل الثانى: فالبحث فيه عن جهتين الكبرى والصغرى:

الأولى: فى البحث عمّا يعدّ ملاكاً لتقديم المقيّد على المطلق.

الثانية: فى البحث عن أنّ المقام هل يعدّ من صغريات الإطلاق والتقييد وعدمه.

أمّا كبرويتاً: فإنّ لزوم تقديم المقيّد على المطلق، يعدّ من القواعد الثابته فى باب الإطلاق والتقييد اللفظيين، ومن المعلوم أنّ المقيّد اللفظى قد يكون متصلاً بالمطلق فيمنع عن ظهور الإطلاق رأساً، وقد يكون منفصلاً فيمنع عن انعقاد حجتيه للمطلق والإطلاق، وملاك المانع فى فرض الانفصال والاتصال منحصر فى أحد أمرين:

الأمر الأول: إنّ دلاله كلّ واحدٍ منهما على متعلّقه لا يخلو:

إمّا أنّ دلاله المقيّد على الحصّه تكون بالنصّ، ودلاله الإطلاق على المطلق تكون بالظهور، ولا شكّ فى أنّ كلّ نصّ مقدّم على الظاهر.

أو تكون بالأظهرية والظاهرية، بمعنى أنّ نسبه المقيّد إلى الإطلاق تكون أظهر من نسبه المطلق إليه، ولا شكّ أنّ الأظهر مقدّم على الظاهر.

الأمر الثانى: أنّ القاعده عند الاستدلال بالدليل تقتضى التمسك بأصالة الظهور فيه، وفيما نحن فيه فإنّ جريانها تقتضى حكمه أصالة الظهور فى المقيّد على أصالة الظهور فى المطلق، لأنّ جريان أصاله

الظهور في المطلق تعليقاً منذ البدايه، حيث يتوقف دلالة المطلق على متعلقه بعدم قيام القرينه المانعه عنها، وهذا بخلاف جريان أصاله الظهور في المقيّد، فإنّه غير معلق بشيء بل فعلى تنجيزى.

أمّا صغروياً: فإنّ دعوى كون المقام من صغريات القاعده المذكوره ممنوعه، فضلاً عن أنّ قياس المقام باب المطلق والمقيّد قياس مع الفارق، وبالتالي فالملاكان المذكوران فيالكبرى غير جاريان في المقام.

أمّا الملاك الأول: فلإِنَّ القاعده المذكوره جاريه في الإنشاءات اللفظيه، وما نحن فيه مرّكبٌ من اللفظ والفعل، فكلمه «النصف» لفظ يدلّ على النّصْفِ المُشاعِ بالدلاله الإطلاقيه الوضعيه، - كما اعترف به السيّد -، أمّا فعل التصرّف فإنّ ظهوره في الاختصاص بالحصّه المملوكه للمتصرّف ليس بوضعي، وبالتالي لا تكون النسبه بينهما نسبه تقتضى إعمال القواعد المذكوره في الكبرى من تقديم النصّ على الظاهر أو الأظهر على الظاهر.

أمّا الملاك الثاني: وهو تقديم أحدهما على الآخر بملاك التعليق والتنجيز، فهو أيضاً ممنوع في المقام، لكونه مفقوداً فيهما، فكما أنّ ظهور النصف في الإشاعه معلق منذ البدايه على عدم قيام قرينه دالّه على عدم الإشاعه، كذلك ظهور التصرّف الفعلى في الحصّه المملوكه معلق منذ البدايه على عدم قيام قرينه دالّه على الإشاعه. وبالتالي فهما متساويان من هذه الجبهه، وليس في أحدهما ما يميّزه عن الآخر.

وبعبارة أخرى: إنّ النسبه الحاصله فيما نحن فيه ليس إلّا- التراحم بين ظهور الفعل وظهور متعلقه، وأمّا في باب المطلق والمقيّد فإنّ بينهما تراحماً في ظهورهما، وليس هناك جامع بين البابين يقتضى قياس أحدهما بالآخر، ومن ثمّ تطبيق القواعد المعموله في أحدهما على الآخر، بل يجب أن نلاحظ ظهور الفعل أو المتعلق وقوّه أحدهما لكى يقدم على الآخر»(1).

## نقد المقام الثانى من منظور الفقيه السيّد اليزدى

### إشاره

«وفيه: لو كان البائع قاصداً من خلال إنشاءه بيع مفهوم النصف أو الثلث وغيرهما

من الكسور المشاعه، لصحّ ما قاله السيّد رحمه الله، ولكن لا شكّ أنّ البائع لم يقصد ذلك، بل

ص: ٣٧٧

قصد إنشاء معاملته حقيقته واقعيته تكون الصيغه المذكوره حاكبه عنها، فإذا أصبح الأمر الواقعي هو المقصود، فإن إرادته البائع أيضا تكون متعلقه بما وراء المفهوم من الواقع، وحينئذ تصح الظهورات كاشفه عنه، فيكشف ظهور التصرف عن إرادته خصوص الحصة المملوكه، كما يكشف ظهور كلمه «النصف» عن الإشاعه، ويتعارضان ويعود الإشكال مره أخرى» (١).

## تنبيه: حول حقيقه المملكه المشاعه

### اشاره

ينبغي استعراض كلمات الأعلام وآراؤهم حول حقيقه المملكه المشاعه، فيها أقوال عديده وآراء مختلفه:

القول الأول: قيل: إن المملكه المشاعه ملكيه واقعه معين وظاهرها مبهم.

وفيه: أولاً: أن البحث عن حقيقه الكسر المشاع، سواء تحققت المملكه أو لم تتحقق.

وثانيا: لو سلم ذلك، فإن المملكه المشاعه تعنى الشركه الظاهريه، فكل شريك مالك لحصه من العين لكن على نحو الإشاعه.

القول الثاني: أن حقيقه الكسر المشاع عباره عن الكليات المختلفه فى العين، فالنصف كلّي قابل للانطباق على حصتين، والثالث كلّي قابل للانطباق على ثلاث حصص، وهكذا الأمر فى بقيه الكسور.

وفيه: أن اعتبار الكثير المشاع كليا مختلفا أعيانه الخارجيه ممنوع، لأن الفقهاء صنفوا الكسر المشاع حكما وموضوعا فى مقابل الكلّي فى المعين، فبعد الكسر المشاع من أصناف الكلّي فى المعين، كالثالث أو الربع من مال معين إذا لوحظ كليا كالصاع من الصبره.

القول الثالث: قيل: إن حقيقه الكسر المشاع هو الجزئى الموجود فى الخارج لكن على نحو الإشاعه، وهو مختار جماعه من المحققين، ومرادهم أنه متى فرض نسبه فى

ص: ٣٧٨

مال معيّن مشترك، تكون النسبه المفروضه مشتركه فى حصص جميع الشركاء، وكذلك الحال فيما لو كانت النسبه المفروضه بحيث لا يمكن تقسيم المعين الخارجى بنسبتها،

فحينئذ يفرض مالكيه جميع الشركاء فيه بنحو الإشاعه والاشتراك:

ويرد عليه أولاً: ما سبق أن ذكرناه من أنّ البحث فى المقام يدور حول حقيقه الكسر المشاع، مع الغض عن وجود الملكيه وعدمه.

وثانيا: يستحيل تصوّر الجميع بين الوجود الخارجى والإشاعه، لأنّ الوجود الخارجى مساوق مع التعين والتميز، والإشاعه تقابلهما، وبالتالي لم يمكن تصوّر الوجود الخارجى لكن على نحو الإشاعه والسريان.

القول الرابع: قيل: إنّ حقيقه الكسر المشاع الملكيه الضعيفه، ويقابله المفروز الذى تعدّ ملكيته قويه.

وفيه: أولاً: ما سبق ذكره بالنسبه إلى الأقوال السابقه، من إمكان تصوّر الكسر المشاع فى جميع الأحوال سواء تعلّق الملك بها أم لم يتعلّق، كما فى المباحات، حيث يمكن فرض الكسر المشاع فيها برغم عدم تعلّق سبب من أسباب الملكيه بها، وعدم إمكان تصوّر الملكيه القويه والضعيفه فيها.

وثانيا: لا مجال لفرض القوه والضعف أو الشده والخفه فى الأمور الاعتباريه.

القول الخامس: ما قيل: من أنّ الكسر المشاع متقومّ بالمملوك الواحد مع مَلَائِكٍ متعدّدين.

وفيه: فضلاً عمّا ذكرنا من أنّ البحث فى المقام عن حقيقه الكسر المشاع سواء وجد مالك أم لو يوجد، فإنّه لا يمكن تعقل وحده المملوك وتعدّد الملاك، لأنّ الملكيه ليس إلاّ-إضافه بين المالك والمملوك، ومع تعدّد المالك نزول وحده المملوك<sup>(١)</sup>.

القول السادس: وهو للسيد الخمينى رحمه الله يقول: «والتحقيق أنّ الكسر المشاع اعتبار عقلاى فى نفس الموضوعات الخارجيه كاعتبار الملكيه والرقيه والحريه

ص: ٣٧٩

ونحوها، حيث يعتبرها العقلاء فى الموجودات الخارجيه، فمع اعتبارها فيها تصدق عليها بالحمل الشائع تلك العناوين... فالإشاعه والإفراز أمران اعتباريان فى نفس الخارج نحو اعتبار الملك والحق... فالكسر المشاع هو الجزء الخارجى المعتبر بنحو اللاتعيين واللا إفراز...»(١).

«ويرد عليه: أنه بالرغم من أن الملكيه أمرٌ اعتبارى، إلا أن متعلقها أمرٌ واقعى

وليس باعترارى، فملكيه زيد للدار وزوجيته لهند اعتبارى، لكن الدار وهند بنفسهما أمران واقعيان وليسا اعتباريين، وهكذا الحال فى جميع الأمور الاعتباريه كالولاية والقضاء وغيرهما، وهذا بخلاف الكسر المشاع، فإنه لا مجال لعدّه من الأمور الاعتباريه، لعدم إمكان تمليك الأمر الاعتبارى، ولا شك أن الكسر المشاع أمرٌ قابل للتمليك حيث يملك كل واحد من الشركاء كسرا مشاعا من المال المشترك، فملكيتهما له دليل على عدم اعتباريه»(٢).

### مختار الاستاذ المحقق - مدظله -

قال - مدظله -: «وخلاصه الكلام: ثبت من خلال ما استعرضناه بطلان الأقوال والاحتمالات الستّه فى توجيه الكسر المشاع ومخالفتها مع القواعد العامه، ومن المعلوم أن تعارض الآراء وتعددها وتضاربها دليل على صعوبه المسأله، بالتالى يقتضى المقام أن نذكر ما نراه صحيحا فى توجيهه.

فنقول: أولاً: لا شك أن الحقائق العقليه وما ينتج منها وما يترتب عليها تفاوت وتختلف مع الحقائق العرفيه العقلانيه، فعلى سبيل الفرض هناك فرق فى دائره الموجود بين رويه العقل والعرف، فقد يرى العرف شيئا موجودا حقيقه لكن يراه العقل غير موجود، وهذه الحقيقه لا يمكن إنكارها حتى بناء على الرويه الفلسفيه - وإن كان ينبغى الإجتناى عن التعرض إلى المصطلحات الفلسفيه فى المباحث الأصوليه - فقولنا: «زيد

ص: ٣٨٠

١- ٢ . كتاب البيع ٢/٥٦٣ و ٥٦٤.

٢- ١ . العقد النضيد ٤/١٤١.



موجود» بناءً على أصله الوجود، يعدّ باطلاً بالدقّه العقليّه وواقعا مجازيًا بالفهم العرفي، فكما أنّ «زيدٌ أسدٌ» باطل عند أهل الفنّ مطلقاً - كالملا - صدرا والسبزواري وأتباعهما من القائلين بأصله الوجود - كذلك باطلٌ قولنا: «السماء موجودة» أو «الأرض موجودة» و «زيد موجود»، لأنّ الوجود موجود بالحقيقه العقليّه، ويجب إسناد واقع الوجود إلى أطواره وكيّفيتته، لا - إلى ما هو خارج عنهما. ويمكن أن نقرّب اختلاف رؤيتهما إلى الأمور بحكمهما في قضيه الماء والبخار، فالعرف يرى أنّهما مختلفان حقيقهً وجوهراً، وأمّا بالرؤيه الدقيقه العقليّه فهما متّحدان حقيقهً، وينحصر اختلافهما في الانبساط والانقباض ليس إلاّ، فالعرف يرى اختلافهما جوهرياً والعقل يراه عَرَضياً.

وثانياً: بناءً على المقدّمه المذكوره، فإنّه يمكن عدّ المقام من صغرياتّها، لأنّ

العرف يرى الكسر المُشاع أمراً واقعيّاً وحقيقيّاً غير اعتباري، خلافاً لما عليه العقل حيث لا يراه إلاّ حقيقه موهومه غير واقعيّه، ونتيجته لهذه الرؤيه المختلفه، نجد أنّ العرف يرى وجود الكسر المُشاع من الثلث والرّبع والنصف في المال المشترك وجوداً حقيقيّاً فعليّاً، برغم حكم العقل بعدم وجوده وبطلان فرضه.

والحقّ عندنا: أنّ الكسِرَ المُشاعَ أمرٌ موجود حقيقهً لا اعتباراً، لكن بوجود عرفي لا عقلي، وهكذا تندفع جميع ما أُورد على الكسر المشاع من الإشكالات وما قد يرد عليه، وحسب اعتقادي فإنّ الالتزام بما ذكرناه من المقدّمه والنتيجه والإذعان بهما وتطبيق معطياتهما، يفتح لنا آفاقاً واسعاً في أبواب الفقه المختلفه يترتب عليها نتائج خطيره وآثار هامه في عمليّه استنباط الأحكام الشرعيّه»<sup>(١)</sup>.

## المسأله في منظور المحقّق الإصفهاني

### إشاره

قال: «إنّ تحقيق الحال يقتضى رسم أمور:

منها: أنّ الكسر المشاع - كالنصف مثلاً - ماذا؟ وما معنى إشاعته وسريانه؟ فإنّ الجزئي الحقيقى الخارجى لا سريان له، فما معنى القسمه الساريه فى الكلّ؟ وسريان

ص: ٣٨١

الطبيعي في أفراده يوجب أن يكون المشاع كلياً، فبماذا يفترق عن الكلّي في المعين، مع أنّهما متقابلان ولكلّ منهما أحكام خاصه؟

ومن الواضح أنّ كون الشيء منقسماً إلى قسمتين متساويتين في نفسه لا يتقوم بكونه مملوكاً لشخصين، حتّى يتوهم أنّ معنى الكسر المشاع كون الواحد طرفاً لاضافه واحده قائمه بشخصين، أو أنّ الملكيه قبل الافراز لها نحو من الضعف فيعبر عنه بالكسر المشاع بحسب تفاوت مراتب الملكيه قوه وضعفاً، فإنّ الشيء له نصفان بنحو الإشاعه سواء كان مملوكاً أم لا، فضلاً عن لزوم كونه مملوكاً للمتعدد بحسب درجات الكسر من النصف والثلث والرابع.

والتحقيق: أنّ الشيء القابل للقسمة في نفسه موجود واحد، ومن حيث القبول للانقسام يكون وجوده بالفعل وجود الأقسام بالقوه، فالأقسام موجودات خارجيه لكنّها قبل الإفراز وجودها على حد الأمور الانتزاعيه التي نحو وجودها وجود مناشئ انتزاعها، فالمنشأ موجود بالفعل والأمر الانتزاعي موجود بالقوه بنحو وجود المقبول بوجود القابل،

فهو خارجي بخارجيه منشئه وجزئي حقيقي بجزئيه منشئه، وحيث إنّ تلك القسمة المتساويه (١) لقسمة أخرى متساويه النسبه إلى تمام أجزاء ذلك الموجود بالفعل، فلذا يقال إنّها مشاعه وساريه في الكلّ.

ومنه يتضح أنّ المشاع ليس كلياً في نفسه، وأنّه يفترق عن الكلّي في المعين بجزئيه دون الكلّي في المعين، كما يفترق الكلّي في المعين عن غيره بانحصار أفراده في المعين دون مطلق الكلّي، وسيأتي (٢) إنّ شاء الله تعالى - في مسأله بيع صاع من الصبره - تحقيق حال الكلّي في المعين.

وممّا ذكرنا في المراد من الكسر المشاع يتضح بالتأمل كون الإفراز والقسمة الفعلية تمييز الحصص؛ لا أنّها مبادله، وذلك لأنّ النصف المشاع المملوك لكلّ من

ص: ٣٨٢

١-١ . هكذا في الأصل والاصح (المساويه).

٢-٢ . كتاب المكاسب ١٩٦ سطر ٢٢، كما سوف يأتي الكلام عليها في الجزء الثالث من حاشيته على المكاسب.

المالكين لا تعين له إلا هذا التعين وكونه نصفاً في قبال الثلث والرابع، وحيث إنه قابل لانحاء التعينات المتبادله بالفرض والتقدير فالقسمه موجه لتعين ذاك الأمر اللامتعين من حيث هذه التعينات.

وحيث إن المملوك لكلّ منهما نفس ذلك الكسر المشاع، وأنّ نسبه ملك الكلّ إليهما بلحاظ ملك الكسر المنقسم إليه وإلى معادله الكل (١)، فلذا لا يتحقق مبادله بين المملوك لهذا والمملوك لذاك، بتوهم أنه يخرج من ملك هذا مقداراً ويدخل في ملك الآخر وبالعكس بسبب الإفراز والقسمه، بل المملوك هو الكسر والقسمه معينه للكسر خارجاً؛ من دون خروج ولا دخول أصلاً (٢).

### توضيح مراد المحقق الإصفهاني

مراده: «أنّ الوجودات المتصوره على قسمين:

١- الموجود الذي ما يوازئه في الخارج.

٢- الموجود الفاقد لما يوازيه في الخارج، لكن يملك منشأ الانتزاع في الخارج.

أما القسم الثاني: كعنواني الأب والابن، حيث ليس لهما وجودان بل وجود واحد،

ولكن هذا الوجود الواحد يتعدّد بوجود ما يعدّ منشأ انتزاعه أي الأب والابن، وهكذا الأمر في عنواني السقف والفوقيه، فإنّهما موجودان بوجود واحد، ويتعدّدان للسبب المذكور، فكما أنّ وجود الفوقيه يكون بعين وجود الفوق، كذلك الجزئيه تكون موجوده بعين وجود الجزء، ولا يقبل أن يكون وجود جزئيه بوجود شيء آخر، وهكذا الحال في جميع الكسور المشاعه، فهي موجوده بوجود منشأ انتزاعها، فيتحد ويتعدّد باتّحاد منشأه وتعدّده.

وهذا بخلاف القسم الأوّل حيث يعدّ من قبيل وجود المقبول بوجود القابل، كالنطفه التي فيها قابليه العلقه، وهي موجوده بوجود النطفه، فالنسبه بينهما نسبه القابل

ص: ٣٨٣

١- ٣. حق العبارة أن يقول: «بلحاظ ملك الكسر المنقسم الكلّ إليه وإلى معادله» وإلا لزم الفصل بين اسم المفعول ونائب فاعله بالفصل الطويل.

٢- ٤. حاشيه المكاسب ٢/٣٤١ و ٣٤٢.

«النطفه» والمقبول «العلقه»، وهكذا الحال فى جميع موارد الإمكان الاستعدادى، حيث يكون كل أمر بالفعل حاملاً للآخر بالقوة، فهو موجود بالفعل وحامل وقابل ومستعدٌ لشيء آخر بالقوة.

فإذا ثبتت هذه المقدمه يتّضح لنا حال الكسور المشاعه فى الأمور المتّحده، فإنّ الدار والبستان وغيرهما يمكن فرض انقسامها إلى النصف أو الثلث أو الربع، لأنّه مع قابليته تحمّل المحلّ لهذه الكسور، يكون المقبول الربع والثلث والنصف. وبدليل أنّ كلّ مقبول موجودٌ بوجود القابل، فإنّ جميع الكسور المشاعه تكون موجوده، ولكن بوجود المقبول مع وجود القابل، بمثل ما قلناه فى وجود العلقه بشرط وجود النطفه، وبهذا الاسلوب يمكن دفع ما أُثير من الإشكال حول الكسور المشاعه، فبعدما ثبت برهانا وجود الانقسامات بالقوة فى الأشياء الخارجيه، وأنّ وجود القوة تكون فى مرتبه الوجود، وأنّ وحدتها وتعدّدها تابعه لوحده القابل وتعدّده، يتبين الحال فى الكسر المشاع، فهو موجودٌ جزئى لا- كلى لكن وجودا بالقوة وقائما بالفعل، كما هو الحال فى النسبه القائمه بين النطفه والعلقه.

وما قيل: - كما قاله بعض الأعظم(١)- من بطلان قياس الكسر المشاع بالأمر الانتزاعى، لأنّ الأخير يعدّ حقيقه موجوده بالفعل لكن بوجود منشأ انتزاعه، فالفوقيه موجوده بالفعل بوجود السقف الموجود بوجود حقيقى خارجى، وهذا بخلاف الكسر المشاع الذى لا يمكن فرض وجوده الخارجى بالفعل.

فمدفوع: لأنّ المحقق الأصفهانى لم يجعلهما فى رتبه واحده، ولم يعتبر الكسر المشاع من الأمور الانتزاعيه حقيقه، وإنّما نزله منزله الأمور الانتزاعيه فى المنشأ، ويشهد له صريح كلامه حيث يقول: «وجودها على حدّ الأمور الانتزاعيه التى نحو وجودها وجود مناشئ انتزاعها»(٢). (٣)

ص: ٣٨٤

١-١ . الظاهر أنّه السيد الخمينى فى كتاب البيع ٢/٥٦٢.

١-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٣٤٢.

٢-٣ . العقد النضيد ٤/١٣٨-١٤٠).

«لكن يرد على المحقق الأصفهاني: أن لازم فرض كسر المشاع قوّة مرتبط وجودها بوجود منشئها، وعدم وجوده الفعلي.

وبعبارة أخرى: ما يفرض كونه موجودا بالقوّة يكون معدوما بالفعل بالضرورة، فالنطفه موجوده بالفعل وفيها القوّة لأن تصبح علقه، لكن العلقه معدومه بالفعل بالضرورة برغم وجود النطفه، والوجود يسند إلى القوّة لا إلى ذاتها، ولولاه للزم امتلاك مُلاك المال المشترك للشئ المعدوم، لما ثبت من انعدام الكسر المشاع فعلاً، ممّا يقتضى امتلاكهم لما هو معدوم بالفعل. نعم، لا مانع من ملكيه المعدوم عقلاً - كبيع ثمره الشجره في هذه السنه والتي تليها وكذلك في بيع السلف - كما لا مانع عقلاً من أن يكون المعدوم مالكا بالفعل كما في الوقف على البطون اللاحقه، حيث أن المملوك موجود برغم انعدام المالك.

فإذن لو فرضنا الكسر المشاع في مرتبه القوّة دون الفعل، لزم منه عدم وجوده الفعلي، وترتب عليه ما لا يمكن الالتزام به، وهو عدم ملكيه المُلاك للنسب المشاعه المملوكه لهم، ومن المعلوم أن العين الموجوده لا مالك لها سوى هؤلاء الشركاء المشتركين فيها بحسب نسبهم المملوكه، فإذا اعتبرناهم مالكين للكسر المشاع المعدوم فعلاً والموجوده، فإن ذلك يعنى عدم ملكيتهم لأجزاء هذه العين، ويلزم منه أن ما هو موجودٌ بالفعل لا مالك له، وما هو بالقوّة له المالك، وهو باطل بالضرورة» (1).

وثانياً: «أن ما ذكره في الوجه الأول من الاستناد إلى أصاله الصحّه، وحمل التصرف على الصحيح، ومن ثم الحكم بأن متعلق البيع هو النصف المختصّ ممنوع، لما ثبت من أن مستند أصاله الصحّه غير المردوعه هي السيره العقلانيه - فضلاً عن الأخبار كقوله عليه السلام: «هو حين العمل أذكر منه حين يشكّ» - حيث يحكمون بالصحّه في موارد

الشكّ في صحّه العمل الصادر من العامل وفساده من جهه تضمّنه للشروط وفقده الموانع وعدمه، واستنادا إلى هذه الحاله فإنّ أصاله الصحّه تجرى في مقامين:

ص: ٣٨٥

أ: فيما يقوم به الفاعل من أعماله الشخصيه: ويسمى الأصل في هذا المقام بقاعده الفراغ.

ب: فيما يقوم به الغير من الأعمال ونشك في صحتها، فتجرى فيها أصاله الصحه وتدل على صحتها، والمتيقن من جريانها عند تردد العمل بين الصحيح والباطل، وأما إذا كان العمل مرددا بين الصحيح الفعلى والصحيح الشأني فإنه لم تثبت سيره عقلائيته على لزوم حمل العمل على الصحيح الفعلى، وما نحن فيه يعد من مصاديق الأخيره، لأن قيامه ببيع نصف الدار إذا عد بيعا مشاعا وتصرفا في مال الغير، فإنه يندرج في العقد الفضولى، وقد التزم المحقق الأصفهاني بعدم بطلان العقد الفضولى ولغوئه إنشاءه، وإنما يمكن تصحيحه من خلال الإجازة اللاحقه، مما يعنى صحتها الشأنيه، فإذن العقد الصادر مردد بين الصحيح الفعلى والشأني، وأصاله الصحه تجرى في خصوص الفعل المررد بين الصحه والفساد، دون الصحه الفعلى والشأنيه.

وثالثا: أن ما ذكره في الوجه الثانى من غلبه التصرفات الصادره وقوعها في الحصص المملوكه، ممنوع، لأن الغلبه عاجزه عن إثبات الظهور لفظا أو مقاما، كما لا مجال للتمسك بما يقال: إن الشىء يلحق بالأعم الأغلب، لأن غايه ما يثبت هذه المقوله هى الظن الذى لا يغنى من الحق شيئا، فإذن لا يمكننا أن نتمسك بالغلبه الظنيه فى الألفاظ أو الأعمال وجعلها مناطا لإثبات الظهور فيهما» (1).

مختار الاستاذ المحقق - مدظله - فى المسأله

قال: «أولاً: ثبت من خلال ما ذكرناه وما أجبنا به عن الأقوال الستة المذكوره حول الكسر المشاع، أن جميع الأموال تتضمن كسورا مشاعه. وأنها لا تعد أمورا اعتباريه، بل هى أمور واقعيه عرفيه لا عقليته، ويكفى للدلاله على صحه هذه النظرية مراجعه سريعه لما ورد فى كتاب الإرث من الآيات والروايات، وكذلك فى كتابي الزكاه والخمس، فإن

ص: ٣٨٦

جميعها شاهدٌ على صحّته ما ذكرناه، فقله تعالى: «وَلَا يَبْوِيهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ» (١). يفيد أنه بمجرد الموت تنقسم تركه الميّت التي كانت واحده موّحده إلى كسورٍ مشاعه من

النصف والربع والثلث، وكذلك السدس للأبوين، ومن المعلوم أنّ هذه الكسور لا يمكن اعتبارها أمورا وهميّة فرضيّة، بل حقائق خارجيّة واقعيّة؛ لأنّ الوارث يرث مالا حقيقيّا لا متخيلاً فرضيّا، فالأب حين موت ولده يعدّ مالكا لسدس أمواله، يملكه ملكيه حقيقيه وواقعيه لا فرضيه وهميه، وكذلك الحال في الزكاه وبالخصوص في زكاه الغلّاه من العُشر ونصفه، وأيضا في الخمس وما ورد من شركه الفقراء في أموال الأغنياء بمقدار ما يستحقّونه منها؛ فإنّ هذه وغيرها دالّه على أنّ الكسر المشاع حقيقه عرفيه، ولها واقع خارجي ملموس، لا يمكن نكرانها أو فرضها أمرا متخيلاً موهوما أو اعتباريّا على أقلّ تقدير كما ظنّه البعض.

ثانيا: أنّ هناك قاعده عقلائيّه جاريه وساريه عندهم، وهي أنّه إذا صدر إنشاء معاملي مّمن يملك مالا يمكن أن يتعلّق الإنشاء بذاك المال وبغيره فإنّ العقلاء يسندون الإنشاء إلى ما يمكن إضافته إليه وهو أمواله المملوكه، فإذا (٢) أقدم البائع على بيع كلّى وباع سلفا طنا من الحنطه في الذمّه، فبالرغم من أنّ متعلّق البيع فيه القابليّه للإضافه إلى ذمّه البائع وذمّه غير البائع، إلا أنّ السيره قائمه على إسناد بيعه إلى ذمّته دون ذمّه غيره، لحاجه إسناده إلى الغير لمؤونه زائده، فإسناد المعامله إليه مبني على هذه السيره العقلائيّه الثابته دون أصاله الصحّحه أو الغلبه كما ادّعاها المحقّق الأصفهاني، واللّه العالم» (٣).

ص: ٣٨٧

١- ٢. سوره النساء ١١/.

٢- ١. كذا في المصدر ولكن الأحسن: «فإن».

٣- ٢. العقد النضيد ٤/١٤٦ و ١٤٧.

## الفرع الأول:

### إشاره

لو كان البائع وكيلاً أو ولياً عن مالك النصف الآخر إذا باع مالك نصف الدار نصفها مع كونه وكيلاً أو ولياً عن مالك النصف الآخر في بيع حصته فحينئذ هل المبيع يحمل على النصف البائع المختص به أو النصف المشاع بينه وبين موكله أو المولى عليه؟ يأتي وجهان ماضيان من ظهور التصرف في مال نفسه يقتضى أن المبيع ماله المختص به، وظهور كلمه النصف في الإشاعه يفتضى أن المبيع هو المال المشاع بين الوكيل والموكل أو الولي والمولى عليه.

قال الشيخ الأعظم: «ثم إنه لو كان البائع وكيلاً في بيع النصف أو ولياً عن مالكه، فهل هو كالأجنبي؟ وجهان، مبتيان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع في مقام التصرف، أو ظهور التملك في الأصله. الأقوى هو الأول؛ لأن ظهور التملك في الأصله من باب الإطلاق، وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضاً، إلا أن ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق» (١).

مراده قدس سره: إن المعارض لظهور كلمه النصف في المشاع إن كان هو ظهور التصرف في التصرف فيما يجوز له التصرف فيه فلا معارضة في المقام، لأن المفروض أن البائع جائز التصرف في كل واحد من النصفين فلا بد من حمل النصف على الإشاعه من دون معارض.

وأما إذا قلنا بأن المعارض لظهور كلمه النصف في المشاع إنما هو ظهور الإنشاء في البيع لنفسه - لا لغيره - فالمعارضه موجوده في مسألتنا.

ثم يرى الشيخ الأعظم تقديم ظهور كلمه النصف في الإشاعه على ظهور الإنشاء في البيع لنفسه، والوجه في ذلك:

أن ظهور النصف في الإشاعه ظهور القيد وهو النصف لأنه مفعول «بعث» والمفعول من قيود الفعل. وظهور القيد وإن كان بالإطلاق كظهور الإنشاء بالأصله، لكنه مقدّم على



اطلاق المطلق وهو البيع لأنه من تقديم ظهور القيد - وهو النصف - على ظهور المطلق وهو ظهور الانشاء بالإصالة والبيع والتملك لنفسه.

وبالجملة: قد ثبت في علم الاصول بأن ظهور القيد مقدّم على ظهور المطلق

ووارد عليه وبالتالي يسقط ظهور الانشاء في الأصالة ويبقى ظهور النصف في المُشاعِ بلا معارض.

### تقرير شيخنا الاستاذ عن مقاله الشيخ الأعظم

#### اشاره

قال قدس سره: «ثم إذا كان البائع المزبور وكيلًا عن شريكه أو وليًا عليه فهل يكون الحكم كما في صورته كونه أجنبيًا أم لا؟ الصحيح أن يقال: إذا كان المعارض لظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين في الصورة السابقه هو ظهور النصف بقريته مقام التصرف في النصف المختص للبائع - كما هو الأظهر - فلا معارضه في صورتى الوكاله والولاية، بل يؤخذ بظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين؛ لأنّ الموجب لظهور النصف في خصوص حصه البائع عدم نفوذ تصرفه في غير تلك الحصه، ومع الوكاله أو الولاية يكون تصرفه نافذا في حصته وحصه شريكه على السواء.

وعلى ذلك فمع عدم تعيين إحدى الحصتين بخصوصها - كما هو المفروض - يحمل المبيع على الإشاعه بينهما.

وأما ظهور البيع في كونه بالأصالة، فهذا لا يعارض ظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين، بل ظهور النصف يكون حاكما على ظهور البيع في الأصالة، فإن ظهور البيع في الأصالة من قبيل الظهور الإطلاقي للفعل وبمقدمات الحكمه؛ ولذا لو قيد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا يكون له ظهور في الأصالة. وظهور النصف في الإشاعه بين الحصّتين أيضا ظهور إطلاقي ولا يكون له ظهور في الإشاعه فيما إذا قيّد ذلك النصف بسهمه أو سهم شريكه، إلا أنّ الظهور المتعلّق ولو كان إطلاقيا يكون حاكما على ظهور الفعل، حيث إن المتعلّق بالإضافه إلى الفعل من قبيل المقيد بالإضافه إلى المطلق.

وبهذا يظهر أنه لو لم يكن في صورته الأولى ظهور النصف وانصرافه إلى حصه البائع بقريته مقام التصرف لكان ظهور البيع في الأصالة محكوما بظهور النصف في

والحاصل: أنّ مع عدم وكاله البائع أو ولايته لا يحمل النصف على إشاعه الحصتين، بل يكون إنشاء البيع مجملًا بالإضافة إلى بعض المبيع، بخلاف صورتى الوكاله والولاية فإنه يحمل فيهما النصف على الإشاعه، وإليه يشير قوله رحمه الله: «فالأقوى فيهما الاشتراك» (١) (٢).

أقول: إنّما نقلتُ تقريره احتراماً له قدس سره وأداءً لبعض حقوقه رحمه الله .

### اعتراض المحقق الخراساني على الشيخ الأعظم

#### إشاره

ذهب المحقق الخراساني إلى أنّ البائع في هذا الفرض باع ماله المختص به دون المُشاع بينه وبين وكيله أو المولى عليه على خلاف مختار الشيخ الأعظم وقال: «فإن كان المعارض، هو الأوّل، ففيه الاحتمالان، كالأجنبيّ، وان هو الثاني، فلا يكون إلاّ احتمال واحد، لعدم صلاحيته للمعارضه، وذلك لتبعيه ظهور الفعل، لظهور ما يتقيد به من متعلقاته، ولكنّه على خلاف ما أفاده، في بيان معنى «لا- تنقض» في باب الاستصحاب، كما أشرنا إليه، من تبعيه المتعلّق في الظهور، وفي العموم والخصوص، لظهور الفعل المتعلّق به، والصواب اختلافهما في التبعيه، بحسب اختلاف المقامات، فلا بدّ في كلّ مقام من ملاحظه الخصوصيات، والحكم بها لأحدهما، مع الترجيح، والجزم بظهور الجملة بحسب متفاهم العرف فيه، والتوقف مع عدمه والبناء على إجماله» (٣).

توضيح مراده: إنّ ما تحقّق من خلال الإنشاء هو فعل البيع ومتعلّقه نصف الدار وحكم الشيخ الأعظم بتقديم ظهور كلمه النصف في الإشاعه والوجه في ذلك من تقديم ظهور المتعلّق على ظهور الفعل، وهذا الاختيار هنا مخالف لما اختاره الشيخ الأعظم من تقديم ظهور الفعل على ظهور المتعلّق في باب الاستصحاب وعند الشكّ في المقتضى، باعتبار أنّه التزم أنّ قوله عليه السلام: «لا تنقض اليقين بالشكّ» يتضمّن فعلاً وهو النقص، ومتعلّقاً

ص: ٣٩٠

١-١ . المكاسب ٣/٥٢٣.

٢-٢ . إرشاد الطالب ٤/ (١٥٦-١٥٨).

٣-١ . حاشيه المكاسب ٨٧/.

وهما اليقين والشك، والمتعلقان مطلقان يشملان الشك في المقتضى والشك في الرفع، أما الفعل - وهو لا تنقض - بنفسه فيوجب اختصاص الاستصحاب بالشك في الرفع، بمعنى أن «لا تنقض» يجرى فيما لو كان المقتضى موجودا بالفعل ونشك في قيام الرفع، لعدم صحه إطلاق النقض إلا عند إرادته نقض الشيء الثابت المبرم، ولهذه العله يجب أن نقيد إطلاق الشك في المتعلق وحصره بخصوص الشك في الرفع دون المقتضى، وهذه النتيجة تعنى تقديم ظهور الفعل على ظهور المتعلق، وهو ما خالفه الشيخ الأعظم رحمه الله في المقام، فقدّم ظهور المتعلق على الفعل مخالفاً بذلك مَبْنَاهُ. (١)

### نقد اعتراض المحقق الخراساني

ويمكن أن يناقش عليه: «برغم قوه هذا الإشكال لكنه ممنوع، لأن المعارضه الحاصله في المقام إنما هي بين الإطلاقين، وهما إطلاق الإنشاء وإطلاق الإشاعه، ولذلك قام بتقديم إطلاق المتعلق على الفعل بحسب القواعد، وأما في باب الاستصحاب فإن ظهور فعل «لا- تنقض» ظهوراً وضعياً وليس بإطلاقي، ويقابله ظهور المتعلق الإطلاقي، والقاعده أيضاً تقتضى في هذه الصوره تقديم الظهور الوضعي على الظهور الإطلاقي أعني إطلاق الفعل على إطلاق المتعلق، فالبايان مختلفان وحكم المحقق الخراساني بوحدتهما فعلاً ومتعلقاً ممنوعاً» (٢).

هذا النقد يجرى بناءً على تقديم ظهور الوضعي على الظهور الاطلاقي كما عليه المشهور، إمّا بناءً على تكافؤهما فلا يتم النقد ويصير إشكال المحقق الخراساني تاماً.

### اعتراض الشيخ الأعظم على نفسه المستفاد من كلام الشهيد الثاني

إشاره

(٣)

حاصله: لا يمكن القول بتقديم ظهور كلمه «النصف» في المشاع تحكيماً لظهور المقيد على المطلق لوجود المانع في المقام وهو ظهور حال المتكلم في إرادته ما يتلفظ به وهو بيع المختص به، وظاهر حال المتكلم عدم إرادته بيع نصف حصه شريكه، لأنّ الشهيد

ص: ٣٩١

١- ٢. راجع العقد النضيد ٤/١٤٩.

٢- ١. راجع العقد النضيد ٤/١٤٩.

٣- ٢. راجع المكاسب ٣/٥٢٢ قوله قدس سره: «وما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي...».

الثانى ذاهبٌ إلى أن الفضولى قاصد إلى اللفظ الصادر منه فقط «ولا يتحقق منه قصد مدلوله - أعنى نقل الملك والتسليط على التصرف وغيرهما من أحكام العقد - لأن ذلك من وظائف المالك...»(١).

فعلى ما ذهب إليه الشهيد الثانى ينعقد ظهوران متكافئان: الأول: ظهور حال المنشئ فى الانشاء لنفسه وإرادته بيع نصفه المختص به، والآخر ظهور كلمه النصف فى الإشاعه.

ولكن الأخير يتوقف على الفضوليه - وهى متوقفه على عدم قصد المدلول - على مذهب ثانى الشهيدين ولكن الأول لا يتوقف على شىء فيتعين الأخذ بالظهور الأول وإرادته البيع لنفسه.

### إجابة الشيخ الأعظم عن الاعتراض:

قال: «... إلا أنه مختص بالفضولى، لأن القصد الحقيقى موجود فى الوكيل والولى فالأقوى فيهما الاشتراك فى البيع تحكيما لظاهر النصف...»(٢).

أقول: ظاهر الشيخ الأعظم تسليمه للاعتراض ولكنه يرى اختصاصه بالفرض السابق - أى الأجنبى الفضولى - لا هذا الفرض - أى الوكاله والولايه - ولكن قد مرّ منّا فى بحث بيع المكره(٣) عدم تماميه هذه المقاله المنسوبه إلى الشهيدين(٤) وقلنا بأن المكره يقصد اللفظ والمعنى لأنه يستعمل اللفظ فى معناه حتى أنه قصد الانشاء والأثر المترتب على العقد إلا أن قصده يكون عن كرهٍ ومن دون اختيار فليس له طيب النفس والرضا المعبر فى العقود فلا يقع ولا يتم، فراجع ما حررناه هناك.

ص: ٣٩٢

١-٣. المسالك ٣/١٥٦.

٢-١. المكاسب ٣/٥٢٣.

٣-٢. رجوع الآراء الفقهيّه ٥/ (١١٦-١١٢).

٤-٣. الدروس الشرعيّه ٣/١٩٢.

قال: «إلا أن يمنع ظهور «النصف» إلا في النصف المشاع في المجموع»<sup>(١)</sup>.

مراده: إن كلمة «النصف» كلّي له مصاديق ثلاثه:

تاره يراد به المُشاع في مجموع الدار وهو قابل الانطباق على:

١- حصه البائع خاصه.

٢- وحصه شريكه خاصه.

٣- وأخرى: يراد به المركب من الحصتين بمعنى أنّ المبيع ربع من حصه المالك وربع من حصه شريكه.

والاحتمال الثالث هو مَبْنَى مقاله الشيخ الأعظم رحمه الله في ما تقدّم.

ولكن الآين يقول: بمنع ظهور كلمه «النصف» في الاحتمال الثالث، بل الظاهر أنّ المراد بالنصف هو النصف المشاع في المجموع القابل للانطباق على واحد من حصتي المالك أو شريكه بتمامهما.

ثمّ قال: «وأما ملاحظه حقّي المالكين وإرادته الإشاعه في الكلّ من حيث أنّه مجموعهما فغير معلومه بل معلوم بالعدم بالفرض»<sup>(٢)</sup>.

هذه الجمله اعتراض من الشيخ الأعظم على نفسه وجوابه كأنّه يقول بتوضيح منّا:

إن قلت: إنّ كلمه «النصف» وإن كانت كذلك إلاّ أنّه يترجح إرادته الاحتمال الثالث من جهه أنّ البائع لا حظ حقّ المالكين فقصد بيع النصف المُشاع من الحَصَّتَيْنِ لا بيع تمام حصته ولا بيع تمام حصه شريكه. فلا يتم في ظهورها في النصف المشاع في المجموع أي الحصتان الخاصتان.

قلت: هذا الترجيح وإن كان ممكنا في نفسه ولكنّه خلاف فرض فرعنا لأنّ محلّ

ص: ٣٩٣

١-٤. المكاسب ٣/٥٢٣.

٢-٥. المكاسب ٣/٥٢٣.

الكلام هو ما لو باع «النصف» قاصدا لمفهوم كلمه «النصف» من دون إحراز قصده لحصته أو حصه شريكه أو المركب من الحصتين، فالحكم بكون المراد من كلمه «النصف» هو الاحتمال الآخـير فقط قضاءً لحقّ المالـكين يتوقّف على مؤونه زائده فى مقامى الثبوت والإثبات:

وأما مقام الثبوت: فلتوقفه على ملاحظه «النصف» المضاف إلى حصتى البائع وشريكه ليكون المبيع ربع الدار من حصه البائع وربعا من حصه شريكه.

وأما مقام الإثبات: فلتوقفه على أن يكون إطلاق كلمه «النصف» مقتضيا لإضافته إليهما معا ليقع البيع لهما وهذا الاقتضاء ممنوع، لأن مفاد الإطلاق عدم إضافه النصف إلى كلّ منهما بالخصوص وهذا لا يستلزم إضافته إليهما معا، فعدم التقييد بما يدلّ على أحدهما لا يكون دالّا على التقييد بهما»(١).

ومن المعلوم أنّ الشيخ الأعظم فى كلامه يستبين فقدان مقتضى الثبوتى فقط ومعه لا حاجة إلى بيان فقدان مقتضى الإثباتى ولكن قد بينت لك كلى المقامين.

ثمّ: تمّ الشيخ الأعظم كلامه بهذا المقال: «ومن المعلوم: أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملكك كلياً يملكك مصداقه، فهو كما لو باع كلياً سلفاً، مع كونه مأذونا فى بيع ذلك من غيره أيضاً، لكنّه لم يقصد إلاّ مدلول اللفظ من غير ملاحظه وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه؛ لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له»(٢).

أقول: إذا رجع الشيخ الأعظم رحمه الله عن مقاله فحكم الفرع عندى واضح وهو رجوع

المبيع إلى النصف المختص ببائعه، والحمد لله.

## الفرع الثانى:

هبه المرأه نصف صداقها مُشاعاً قبل الطلاق

الغرض من ذكر هذا الفرع هو بيان نظير للفرع الأوّل وهو حمل كلمه «النصف»

ص: ٣٩٤

١- ١. هدى الطالب ٦/٢٣.

٢- ٢. المكاسب ٣/٥٢٣.

على النصف المشاع المختص للزوجه دون المشاع بين الحصتين، وهو تأييد لوجه رجوع الشيخ الأعظم عن مقاله.

قال المحقق في المسألة العاشره من مسائل أحكام المهر: «لو وهبته نصف مهرها مشاعاً ثم طلقها قبل الدخولِ فله الباقي ولم يرجع عليها بشيء، سواء كان المهر دينا أو عينا صرفاً للهبة إلى حقها منه» (١).

بعبارة أخرى: لو أصدق الزوج زوجته عينا أو دينا، فوهبت الزوجه نصفها المشاع لشخص ثم طلقها الزوج قبل الدخول، استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصفه [أي نصف النصف] وقيمة النصف الموهوب، فالنصف في الفرض يُحمل على النصف المختص بها المشاع بين حصتها وبين ما يكون لزوجها بعد الطلاق. (٢)

وتبعه جماعه من أعلام الطائفة وبعضهم يذكر في المقام احتمالاً آخر أو احتمالين ومن المعلوم تنظير الشيخ الأعظم إنما يتم في الاحتمال الأول دون الثاني والأخير. والآن أذكر كلماتهم حتى يتبين لك الأمر:

ويستأنس من كلام العلامة في الإرشاد حيث قال: «ولو طلق بعد البيع أو الرهن أو التدبير أو التلف وإن لم يكن من قبلها - رجوع بنصف مثله في المثلى وبنصف قيمه في غيره... ولو تلف البعض فله نصف الباقي ونصف بدل التالف...» (٣).

أقول: الاستيناس يظهر من اطلاق قوله قدس سره: «رجع بنصف مثله في المثلى وبنصف قيمه في غيره» وهو يشمل الاحتمال الأول المؤيد للشيخ الأعظم.

ولكن في القواعد ذكره بعنوان أحد احتمالي المسألة وقال: «لو وهبته النصف ثم طلقها احتل رجوعه بالنصف الباقي وبنصفه وقيمته الربع» (٤).

وتبعه ابن أخته وتلميذه السيد عميدالدين في ذكر الاحتمال الثاني في

ص: ٣٩٥

١-١ . الشرائع ٢/٢٧٤.

٢-٢ . محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٥١٥.

٣-٣ . إرشاد الأذهان ٢/١٧.

٤-٤ . القواعد ٣/٨٦.

قد يقال (٢): باستفاده الاحتمال الثانى من كلام الشيخ الطوسى فى المبسوط لأنه قال: «إذا أصدقها صداقا ثم وهبته منه، ثم طلقها قبل الدخول، فإنه يرجع عليها بنصفه، ثم لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون عينا أو دينا. فإن كان عينا كالعبد والثوب فوهبته له، ثم طلقها قبل القبض فهل يرجع عليها بنصف الصداق أم لا؟ قيل: فيه قولان: أحدهما لا يرجع بشىء، والثانى يرجع عليها بالنصف، وهو الصحيح عندنا، سواء وهبت له قبل القبض أو بعد أن أقبضه، الباب واحد وفيه خلاف.

وإن كان دينا نظرت فإن كان دفعه إليها فقبضته ثم وهبته له مثل أن كانت دراهم فأقبضها ثم وهبتها منه ثم طلقها فعلى القولين، لأنها قد قبضت صداقها وتعين بالقبض فلا فصل بين أن يتعين بالعقد وبين أن يتعين بالقبض، وأما إن كان دينا فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول فهل يرجع عليها بنصفه أم لا؟ يبنى على القولين: إذا كان عينا فوهبته.

فاذا قلنا لا- يرجع عليها بشىء إذا كان عينا فوهبته فهنا مثله، وإذا قلنا يرجع عليها بالنصف إذا كان عينا فوهبته له فهل يرجع ههنا؟ فيه قولان: أحدهما يرجع لأنه عاد إليه بغير الوجه الذى يعود إليه به حين الطلاق كالعين سواء والثانى لا يرجع بشىء ههنا والأول أقوى» (٣).

وقال ولده الفخر: «فيه احتمالان: (أ): إن له النصف الباقى لأنه استحق نصف العين بالطلاق وقد وجده فيأخذه وتنحصر هبتها فى نصيبها ولأنه كلما ثبت استحقاق العين وانتقل منها إلى بدلها فى الأداء فالانتقال بالتراضى أو انتفاء العين أو وجود مانع والكل هنا منتف فثبت الرجوع فى النصف (ب): الرجوع إلى نصف النصف الموجود وبديل النصف الموهوب لائىء الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع فيه، وفيه نظر لأدائه إلى تبعض حقه وهو ضرر عليه فيلزم ثبوت احتمال آخر وهو تخيره بين أخذ النصف الموجود وبين

١-١ . كنز الفوائد ٢/٥٠٩.

٢-٢ . والقائل المستظهر من كلام الشيخ الطوسى هو الفاضل الأصفهانى فى كشف اللثام ٧/٤٧٣.

٣-٣ . المبسوط ٤/٣٠٨.



التشطير المذكور والأصح عندي الأوّل ولا يحتمل تخيرها لآءنّ الإلتلاف منها مباشره فيجب عليها، وهذا الفرع أنما هو فيما إذا كان الصداق عينا أنما إذا كان في الذمه برىء من الكلّ وجها واحدا ولهذا أورد المصنف في الدين بلفظ الإبراء وفي العين بلفظ الهبه»(١).

أقول: أنت ترى بأنّ فخر المحققين هو أوّل من ردّ الاحتمال الثاني وتنظر فيه وأبدع احتمالاً ثالثاً في المقام ونفى وجود الإحتمال الرابع واختار الاحتمال الأوّل صراحه ويظهر من كلامه علو رتبته العلميه رحمه الله عليه.

وقال الشهيد: «ولو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول فله الباقي، ولو كان معيناً فله نصف الباقي ونصف ما وهبته مثلاً أو قيمه»(٢).

وقال ثانيه في شرح هذه العبارة: «(السابعه: لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول فله الباقي) لأنّه بقدر حقّه فينحصر فيه ولأنّه لا ينتقل مستحق العين إلى بدلها إلا بالتراضى أو تعذر الرجوع لمانع أو تلف والكلّ منتفٍ.

ويحتمل الرجوع إلى نصف النصف الموجود بدل نصف الموهوب، لأنّ الهبه وردت على مطلق النصف فيشيع فيكون حقّه في الباقي والتالف فيرجع بنصفه وببدل الذاهب، ويكون هذا هو المانع وهو أحد الثلاثه المسوغه للانتقال إلى البدل.

وردّ بأنّه يؤدي إلى الضرر بتبعض حقّه فيلزم ثبوت احتمال آخر وهو تخييره بين أخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور (ولو كان) الموهوب (معينا فله نصف الباقي ونصف ما وهبته مثلاً، أو قيمه)، لأنّ حقّه مشاع في جميع العين وقد ذهب نصفها معيناً فيرجع إلى بدله، بخلاف الموهوب على الإشاعه. وتبّه بقوله: وهبته على أنّ المهر عين، فلو كان ديناً وأبرأته من نصفه برىء من الكلّ وجها واحدا»(٣).

أقول: الشهيد الثاني في هذه العبارة ينظر إلى كلام الفخر كاملاً وربّما ينقل عين عبارته كما هو الواضح.

ص: ٣٩٧

١- ٤ . إيضاح الفوائد ٣/٢٣٣.

٢- ١ . اللمعه الدمشقيه / ١٩٧.

٣- ٢ . الروضه البهيه ٥/٣٦٧ و ٣٦٨.

وقال في المسالك: «وجه استحقاقه الباقي أنه استحقَّ النصف بالطلاق وقد وجده يأخذه، وتنحصر هبتها في نصيبها. ولأنَّ الله تعالى جعل لها نصف ما فرض، وذلك يقتضى استحقاقه في العين ما لم يجدها تالفه أو يمنع مانع منها، وهما منتفیان هنا، فلا وجه للانتقال إلى البدل.

وفي المسألة وجه بأنَّ له نصف الباقي - وهو الربع - مع ربع بدل الجملة، لأنَّ الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع، ويتزل هذا النصف منزله التالف، فلم يبق من الذى

فرض سوى نصفه، فيأخذ نصفه كما هو مقتضى الشرکه وبدل الفائت كما لو فات الجميع.

وفيه ما مرّ، فإن الانتقال إلى البدل مشروط بتعدُّر العين، وهو منتفٍ.

ووجه ثالث بتخييره بين أخذ نصف بدل الجملة وترك الباقي، وبين أخذ نصف الباقي - وهو الربع - مع ربع بدل الجملة. لإفضاء الثانى إلى تبعض حقه، وهو ضرر عليه فيجبر بتخييره. هذا إذا كان المهر عينا. أمّا لو كان دينا فليس فيه إلا الوجه الذى ذكره المصنف.

واحترز بقوله: «مشاعا» عمّا لو وهبته نصفا معينا، فإنَّ له نصف الباقي ونصف بدل ما وهبته وجها واحدا، لأنَّ حقه بالطلاق مشاع فى جميع العين، وقد ذهب منها جزء معيّن فينتقل إلى بدل ما يستحقّه منه، بخلاف ما لو كان مشاعا، فإنَّ حقه فى الأوّل مشاع وفى الثانى كذلك فلا ترجيح، ويتّجه استحقاقه حينئذٍ الجميع كما ذكر<sup>(١)</sup>.

وقال المحقّق السبزواری: «ولو وهبت نصفها مشاعا ثمّ طلقها قبل الدخول فالأقرب أنّ له الباقي ولم يرجع عليها بشيء من البدل، وفى المسألة وجهان آخران:

أحدهما: أنّ له نصف الباقي وهو الربع مع ربع بدل الجملة.

وثانيهما: تخييره بين أخذ نصف بدل الجملة وترك الباقي وبين أخذ نصف الباقي وهو الربع مع ربع بدل الجملة.

ص: ٣٩٨

ولو كان المهر ديناً فليس فيه إلا الوجه الأوّل»(١).

أقول: اختار السبزواري الاحتمال الأوّل لأنه وصفه بـ «الأقرب».

وقال الفاضل الإصفهاني: «(الثامن: لو وهبته النصف ثم طلقها، احتتمل رجوعه بالنصف الباقي) بعينه كما اختاره المحقق (٢). وهو الوجه، لأنه استحقّ النصف بالطلاق، وهو موجود، فلا جهه للعدول عنه إلى البدل فيأخذه وتَنَصَّرِفُ الهبه إلى نصيبها وهو النصف الآخر.

(و) احتتمل رجوعه (بنصفه) أى نصف النصف الباقي بعينه (وقيمه الربع) بناءً على شيوع نصفيهما في تمام العين وشيوع النصف الموهوب أيضاً، فتعلّق الهبه بنصفي النصيبين، فالنصف الباقي بمنزله ما تلف نصفه وبقي النصف.

ويظهر من المبسوط (٣) احتمال الرجوع بنصف الباقي خاصّه، لأنه لما تعلّقت الهبه بالنصف المشاع فقد تعلّقت بنصفي النصيبين، فإنّما يملك من نصيبها النصف وهو الربع، واستعجل نصف نصيب نفسه، وإنّما بقي له النصف الآخر من نصيبه وهو الربع. ويحتتمل التخيير بين بذل تمام النصف الباقي وعين نصفه مع بدل نصفه الآخر دَفْعاً للضرر بتبعّض الصفقه»(٤).

أقول: الفاضل الأصفهاني هو أوّل من استظهر من عبارته الشيخ في المبسوط الاحتمال الثاني مع أنه اختار الاحتمال الأوّل.

وقال سيّد الرياض: «ولو وهبته النصف مشاعاً، ثم طلقها قبل الدخول، فله الباقي؛ صرفاً للهبه إلى حقّها منه، كما لو وهبته لغيره فإنّهما سواء، كما في الصحيح المتقدّم»(٥).

ص: ٣٩٩

١-٢. الكفايه ٢/٢٣١.

٢-٣. شرائع الإسلام ٢/٣٣٠.

٣-١. المبسوط ٤/٣١٠.

٤-٢. كشف اللثام ٧/٤٧٢ و ٤٧٣.

٥-٣. وسائل الشيعة ٢١/٣٠١، ح ١.

وفيه قول بالرجوع بنصفه وقيمه الربع (١)؛ بناءً على شيوع نصفيهما في تمام العين، وشيوع النصف الموهوب أيضاً، فتعلق الهبه بنصفي النصيين، فالنصف الباقي بمنزله التالف نصفه، وبقي نصفه.

وعن المبسوط: احتمال الرجوع بنصف الباقي خاصه (٢)؛ لأنه لما تعلق الهبه بالنصف المشاع فقد تعلق بنصفي النصيين، فإنما ملك من نصيبها النصف - وهو الربع - واستعجل نصف نصيب نفسه، وإنما بقي له النصف الآخر من نصيبه، وهو الربع. (٣)

وقال صاحب الجواهر: «ولو وهبته نصف مهرها مُشاعاً، ثم طلقها قبل الدخول، فله الباقي ولم يرجع عليها بشيء سواء كان المهر ديناً أو عيناً) بناءً على كفايه لفظ الهبه في الإبراء (صرفاً ل-) ما وقع منها من (الهبه إلى حقها منه) بمعنى: أنه بالطلاق قبل الدخول يتمخض النصف الباقي للزوج؛ لأنه مصداق «نُصِفْ ما فَرَضْتُمْ» (٤)، فلا يرجع إلى المثل أو القيمه؛ لعدم تعدّره.

لكن في القواعد (٥) والمسالك (٦): احتمال الرجوع بنصف الباقي بعينه وقيمه الآخر

من الموهوب؛ لشيوع نصفيهما في تمام العين، وشيوع النصف الموهوب أيضاً، فتعلق الهبه بنصفي النصيين، فالنصف الباقي بمنزله ما تلف نصفه وبقي النصف.

بل قيل: «إنه يظهر من المبسوط احتمال الرجوع بنصف الباقي خاصه؛ لأنه لما تعلق الهبه بالنصف المشاع فقد تعلق بنصفي النصيين، فإنما ملك من نصيبها النصف وهو الربع، واستعجل نصف نصيب نفسه، وإنما بقي له النصف الآخر من نصيبه وهو

ص: ٤٠٠

١-٤. حكاة في التنقيح الرائع ٣/٢٣٩، والمسالك ٨/٢٥٥.

٢-٥. حكاة عنه في كشف اللثام ٧/٤٧٣، وانظر المبسوط ٤/٣٠٨.

٣-٦. رياض المسائل ١٢/٥٤.

٤-٧. سورة البقره ٢٣٧/.

٥-٨. قواعد الأحكام: النكاح، تنصيف المهر ٣/٨٦.

٦-٩. مسالك الأفهام: النكاح، أحكام المهور ٨/٢٥٥.

وربما احتمال أيضا: التخيير بين بذل تمام النصف الباقي وعين نصفه مع بذل نصفه الآخر؛ دفعا لضرر تبعض الصفقة.

إلا- أن الجميع كما ترى: ضروره عدم تأتيها مع فرض بقاء النصف المشاع الذى هو مصداق «نصف ما فرضتُم». نعم، لو كان النصف الموهوب معيناً لا مشاعاً أتجه ذلك، كما هو واضح.

وكذا لو خالعه على النصف؛ فإنه إن قيدته بالنصف الذى يبقى لها بعد الطلاق فلا كلام، وإن أطلقت انصرف إلى ما تملكه بعد الطلاق.

وعلى كل حال، إذا تم الخلع ملك الزوج تمام المهر، بل ربما فرق بينه وبين الهبه: بأنه بذل على الطلاق المنصف للمهر، فهو تملك بعد الطلاق.

وللشافعيه - كما قيل - وجه بالشيوع فى نصفى النصبين، ولا ريب فى ضعفه، والله العالم»(٢).

وقال الشيخ الأ-عظم: «ولعله لما ذكرنا ذكر جماعه - كالفاضلين (٣) والشهيدين (٤) وغيرهم (٥) -: أنه لو أصدق المرأه عينا، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي وقيمته نصف الموهوب وإن ذكروا ذلك احتمالاً (٦)،

ص: ٤٠١

١-١ . كشف اللثام: النكاح، تنصيف المهر ٧/٤٧٣.

٢-٢ . الجواهر ٣٢(١٨٥-١٨٣)، (٣١/١٠٣ و ١٠٤).

٣-٣ . الشرائع ٢/٢٧٤، المسأله العاشره، والإرشاد الأذهان ٢/١٧، نعم ذكره فى القواعد ٣/٨٦ على أحد الاحتمالين.

٤-٤ . اللمعه الدمشقيه /١٩٧، والروضه البهيه ٥/٣٦٧، والمسالك ٨/٢٥٥.

٥-٥ . مثل فخرالمحققين فى الإيضاح ٣/٢٣٣، والمحقق السبزواري فى الكفايه ٢/٢٣١، والسيد الطباطبائي فى الرياض ١٢/٥٤.

٦-٦ . ذكره العلامه فى القواعد ٣/٨٦، والشهيد الثانى فى المسالك ٨/٢٥٥، والروضه البهيه ٥/٣٦٨.

وليس إلا من جهة صدق «النصف» على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: «فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ»<sup>(١)</sup> وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للربع التالف من الزوج، ومساوياً؛ له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار قيمته، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضه مع كونها قيمته.

لكنّ الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنما علّوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام»<sup>(٢)</sup>.

وقال السيّد الخوئي: «وأما الطلاق فهو نظير ما نحن فيه، فإنّ الزوج بطلاقه قبل الدخول يملك نصف صداق المرأة بملكه جديده، كما في البيع والشراء، غايته من دون رضا الزوجه، فإذا فرضنا أنّها قد أخرجت نصفه عن ملكها بمصالحة أو شراء ونحوه انتقل النصف الباقي إلى الزوج لا محاله»<sup>(٣)</sup>.

وقال السيّد المروّج: «لا يخفى أنّ الوجوه المحتمله ثبوتاً في النصف الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول ثلاثة:

أحدها: النصف الباقي بناءً على الإشاعه في العين لا في الحصتين، فإنّ النصف المشاع في العين ينطبق على النصف الباقي. فهذا النصف نفس حقّه كما أفتى به الفقهاء، لا نصف حقّه، ونصفه الآخر - وهو ربع العين - بدل حقّه الفائت بالهبه كما هو مقتضى الإشاعه بين الحصتين.

ثانيها: النصف من الباقي والتالف، وهو الذي حكاه المصنف قدس سره احتمالاً عن جماعه.

ثالثها: النصف بنحو الكلّي في المعين، وهو يتعين بالمقدار الباقي، لا - أنه مقدار حقّه، بل هو نفس حقّه، بناءً على الكلّي في المعين، وعلى الإشاعه في العين، لا الإشاعه

ص: ٤٠٢

١- ١. سورة البقره ٢٣٧.

٢- ٢. المكاسب ٣/٥٢٣ و ٥٢٤.

٣- ٣. محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٥١٦.

بين الحصتين. وقد تقدم آنفاً أنّ الظاهر في مقام الإثبات هو الإِ

شاعه في العين كما هو

ظاهر فتوى جماعه كالفاضلين والشهيدين وغيرهم قدس سرهم مع الغرض عن تعليلهم لها ببقاء مقدار حقّه، إذ مع النظر إليه  
يحتمل كلّ من الإشاعه بين الحصتين والكليّ في المعين.

إذ على الأوّل [الإشاعه بين الحصتين] لمّا كان الربع التالف بالهبه مثل الربع الباقي في جميع الجهات ذهبوا إلى تعيّن النصف  
الباقي، معلّين ذلك ببقاء مقدار حقّه، لا ببقاء نفس حقّه.

وعلى الثاني [الكليّ في المعين] يتعيّن حقّه بالمقدار الباقي قهراً، كما في سائر موارد الكليّ في المعين مع تلف ما عدا المقدار  
الذي أنشأ عليه العقد كصاع من الصبره إذا تلفت الصيعان إلّا واحداً. وهو المناسب للتعليل ببقاء مقدار حقّه.

والفرق بينه وبين المُشاع بين الحصتين هو: أنّ النصف الباقي مُتعيّن في حقيته للزوج بناءً على الكليّ في المعين. بخلاف الإشاعه  
بيّن الحصّتين، فإنّه لا يتعيّن حقّ الزوج في النصف الباقي بناءً على هذا المبنى، إذ يجوز للزوجه دفع قيمه الربع التالف بالهبه،  
ولا يتعيّن عليها دفع نفس الربع الباقي، وإن كان أقرب إلى التالف من جميع الجهات.

وبالجملة: يدور حكمهم باستحقاق الزوج للنصف الباقي - مع تعليله ببقاء مقدار حقّه - بين ابتناؤه على الإشاعه بين الحصتين  
والكليّ في المُعيّن. وعلى التقديرين يتحقق التنافى بين حكمهم في بيع نصف الدار بكون المبيع حصه البائع، وبين حكمهم  
بكون حصه الزوج النصف الباقي، لكونه بمقدار حقّه. (1)

أقول: يظهر من مقال السيّد المروج أنّه بناءً على الاحتمال الأوّل - أي الإشاعه في العين - يتمّ تنظير الشيخ الأعظم رحمه الله  
وعلى الاحتمالين الآخريين - أي الإشاعه في الحصتين والكليّ في المعين - حيث إنّ الباقي يكون بمقدار حقّ الزوج لا عينه لم  
يتمّ تنظير الشيخ الأعظم ويكون الفرع منافياً لما ذكره كما أقرّ قدس سره به.

ص: ٤٠٣

هذا تمام الكلام فى هذا الفرع والحمد لله.

### الفرع الثالث:

الإقرارُ بالنصف فى الشركه

يذكر الشيخ الأعظم (١) هذا الفرع بجهه المنافاه مع مقالته الأخيره من موافقته المشهور فى المسأله الأصلية - وهو لو باع مالك النصف نصف الدار - حيث ذهبوا إلى أن

المالك باع نصفه المختص به، ولكنهم حكموا فى هذا الفرع بأن المراد بصلح النصف هو النصف المشاع وأما الفرع:

قال المحقق: «ولو ادعى اثنان دارا فى يد ثالثٍ بسببٍ موجبٍ للشركه (٢) كالميراث فصدّق المدعى عليه أحدهما وصالحه على ذلك النصف بعوضٍ فإن كان بإذن صاحبه صحّ الصلح فى النصف أجمع وكان العوض بينهما، وإن كان بغير إذنه صحّ فى حقه وهو الربع وبطل فى حصه الشريك وهو الربع الآخر» (٣).

وقال العلامة: «لو صالح المتشبّث المصدّق لأحد المدّعين بسبب يوجب التشريك كالإرث على شىء شاركه الآخر إن كان بإذنه وإلا صحّ فى الربع ولا شركه، ولو تغاير السبب صحّ الصلح فى حصّته أجمع ولا شركه» (٤).

وقال المتتبّع العاملى فى شرح قول العلامة فى القواعد: «كما فى المبسوط (٥) والشرائع (٦) والتذكرة (٧) والتحرير (٨) والإرشاد (٩) وشرحه لولده وجامع المقاصد (١٠)

ص: ٤٠٤

١- ٢. المكاسب ٣/٥٢٤ قوله قدس سره: «ونظيره فى ظهور المنافاه لما هنا...».

٢- ١. بكسر الشين وفتحها.

٣- ٢. الشرائع ٢/١٠٠.

٤- ٣. القواعد ٢/١٧٦.

٥- ٤. المبسوط ٢/٢٩٣.

٦- ٥. الشرائع ٢/١٠٠.

٧- ٦. تذكرة الفقهاء ١٦/٩٦، مسأله ١٠٩٢.

٨- ٧. تحرير الأحكام الشرعيه ٣/١٥.

٩- ٨. إرشاد الازهان ١/٤٠٤.

١٠- ٩. جامع المقاصد ٥/٤٣٣.



والمسالك (١) ومجمع البرهان (٢) والكفايه (٣): وفي الأخير أنه المشهور. وكأنه أشار بذلك إلى ما ستسمعه عن المسالك (٤) وإلا فلا خلاف في ذلك... وحاصل ما أراد المصنف [العلامة في القواعد] والجماعه: أن المدعيين اتفقا على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة، بإقرار المتشبه لأحدهما مقتضى لتشاركهما فيما أقر به وإن لم يصدقهما على السبب الذي ادعى به، لأنهما متفقان على أن البعض كالكل يستوى ملكهما فيه: فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر، كما أن الفئات يكون ذاهبا عليهما. فاشتراكهما في

المقر به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الإقرار، فلا يؤثر فيه تخصيص المقر أحدهما بالملك.

وحيث إذا صالح المقر له المتشبه على النصف المقر به، فإن كان الصلح بإذن شريكه أو إجازته بعده صح في جميعه بجميع العوض، وإلا ففي ربع المقر له بنصف ما صلح عليه، ويبطل في ربع شريكه (٥). هذا.

ولكن نقل الشيخ الأعظم (٦) عن سيد مشايخه - وهو السيد محمّد المجاهد في كتابه المناهل (٧) - اختيار اختصاص النصف المصالح عليه بالمقر له وهو المصالح فيصير هذا الفرع موافقا لما اختاره الشيخ الأعظم لا منافيا له.

وللشهيد الثاني تفصيل في المقام وبعد توضيح مقال المشهور في المسالك قال: «وفيه بحث، لأن هذا لا يتم إلا على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعه كالإقرار، وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع والمصالح، حتى لو باع ابتداء مالك

ص: ٤٠٥

١- ١٠. المسالك ٤/٢٧١.

٢- ١١. مجمع الفوائد والبرهان ٩/٣٤٧.

٣- ١٢. الكفايه ١/٦١٢.

٤- ١٣. المسالك ٤/٢٧١ و ٢٧٢.

٥- ١. مفتاح الكرامه ١٧/١٢٧ و ١٢٦.

٦- ٢. المكاسب ٣/٥٢٥.

٧- ٣. المناهل ٣٥٨.

النصف نصف العين مطلقا إنصرف إلى نصيبه. ووجهه: بأن اللفظ من حيث هو وإن تساوت نسبته إلى النصفين إلا أنه من خارج قد ترجح انصرافه إلى النصف المملوك للبائع، نظرا إلى أن إطلاق البيع إنما يحمل على المتعارف في الاستعمال، وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين، ولايجرى ذلك إلا في المملوك، بخلاف الإقرار فإنه إخبار عن ملك الغير بشيء، فيستوى فيه ما هو ملكه وملك غيره، وحينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقر له خاصة، فيصح في جميع الحصه بجميع العوض، وتبقى المنازعه بين الآخر والمتشبه.

هذا إن وقع الصلح على النصف مطلقا، أو النصف الذي هو ملك المقر له، أما لو وقع على النصف الذي أقر به المتشبه توجه قول الجماعة، لأن الإقرار منزّل على الإشاعه، والصلح وقع على المقر به، فيكون تابعا له فيها، وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم، لئلا ينافى ما ذكره من القاعده التي ذكرناها.

وهذا توجيه حسن لم يبنهوا عليه، وإنما ذكر الشهيد رحمه الله في بعض تحقیقاته احتمال انصراف الصلح إلى حصه المقر له من غير مشاركته الآخر مطلقا، وتبعه عليه الشيخ

على (١) رحمه الله (٢).

ولذا قال الشيخ الأعظم عن هذا التفصيل ما نصه: «وفصل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقر به ذو اليد، فاختر مذهب المشهور في الثالث؛ لأن الإقرار منزّل على الإشاعه، وحكم بالاختصاص في الأولين؛ لاختصاص النصف وضعا في الأول وانصرافا في الثاني إلى النصف المختص» (٣).

واعترض المحقق الأردبيلي على الشهيد الثاني في تفصيله وقال: «وفيه بحث أما أولا: فلأن قول الجماعة ذلك إنما هو في مال مُشَخَّص من غير نزاع للبائع والمصالح،

ص: ٤٠٦

١-١. جامع المقاصد ٥/٤٣٤.

٢-٢. المسالك ٤/٢٧١ و ٢٧٢.

٣-٣. المكاسب ٣/٥٢٥.

وفيما نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع وعدم ثبوت نصفٍ خالصٍ له، بل إنّما ثبت له بحسب الشرع الربع، لأنّ الفرض أنّ جميع ما ثبت له مشترك بينه وبين شريكه بحسب نفس الأمر، وحكم الشرع ظاهرا بإقرارهما، والظاهر أنّه لانزاع في أن المقرّ به مشترك بينهما، ويفهم من كلامه أيضا فما صالح إلا على ربه وربع شريكه إذ ليس نصف المصالح عليه إلا ذلك، ولا يمكن له مصالحه النصف المخصوص به لما مرّ، ولما سيجيء وهو ظاهر.

وأما ثانيا: فإنّه على تقدير تسليم ذلك، هنا قرينه صريحه دالّه على أنّه ما اصطلاح إلا على النصف الذي أقرّ له المتشبّث، وما قصد المتشبّث والمقرّ له إلا ذلك فينصرف إليه وإن كان مطلقا أو مقتيدا بكونه الذي له (لأنّه الذي له - خ) بحسب الظاهر ورضى المقرّ له بالصلح عليه.

وأما ثالثا: فلاّنه لا يحتاج هنا إلى بحث وتوجيه، فإنّ كلامهم ظاهر، بل صريح في أنّ المصالح عليه إنّما هو النصف المقرّ به، إذ لم يصلح المقرّ إلا عليه وما ثبت بحسب ظاهر الشرع للشريك المصالح إلا ذلك.

أما لو صرح بأنّه إنّما صالح على نصفه الذي له في نفس الأمر غير المُشاع والمقرّ به، فإنّ كان المقرّ عالما ورضى به يلزمه الإقرار بثلاثه أرباع العين، الربع للشريك، والنصف للمصالح.

وهذا بعيد، إذ هو منكر للنصف الآخر ويقول: أنّ ليس للآخر فيه شيء أصلاً، ولهذا ما توجه الأصحاب إلى هذا الاحتمال وحكموا مطلقا بما مرّ فالحكم كما قالوه رحمهم الله، سواء قال: صالحتك على النصف المقرّ به، أو نصفى، أو أطلق، وينصرفان إلى الأوّل، لما مرّ إلا أن يصرّح، وحينئذٍ لم يقع الصلح لعدم رضا الطرف الآخر وهو المقرّ، فتأمل.

ومنه علم أنه لو قال: أنّي قصدت مالى من غير إشاعه لا- يسمع، فإنّ للمقرّ أن يقول: إنّني ما اشتريت إلا- ما أقررت به، وهذا مسموع منه.

وعلم أيضا ان احتمال الشهيد الذي تبعه فيه الشيخ علىّ ليس بجيد، بل المشهور هو الظاهر.

والعجب أنّ المتأخرين خصوصاً الشيخ علياً (١) قليلاً ما يخرجون عنه مع ضعف دليله وقوّه دليله خلافه ويخرجون في مثل هذه المواضع، فكأنّ غرضهم مجرد إبداء الاحتمال لا الفتوى به، وينبغي مراجعته كلامهم، وعلى تقدير الفتوى فالظاهر أنّه في المطلق أو «نصفى» لا الآخر (٢).

ولخصّ الشيخ الأعظم اعتراضه بقوله: «بأنّ هذا ليس تفصيلاً بل مورد كلام المشهور هو الثالث لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به» (٣).

ثمّ قال في ختام مقاله: «وعلى كلّ حال، فلا إشكال في أنّ لفظ «النصف» المقرّ به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حالٍ أو مقالٍ يقتضى صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه» (٤).

أقول: أنت ترى أنّ ثانى الشهيد تبعاً للشهيد الأوّل والمحقق الكركي حلّ المنافاه بين بابي البيع والصلح وأقام القاعده التي يُبنى عليها الحمل على النصف البائع أو المصالح وذهب إلى أنّ الإشاعه سرت إلى هذا الفرع المذكور في كلام الفقهاء لأجل وجود الإقرار، لأنّ الإقرار يحمل على الإشاعه بظاهرها، فإذا الذي أقرّ به ذو اليد المتشبت هو الذي صالح عليه فيأتي الإشاعه من باب الإقرار فيه، لا من جهة الصلح فلا تنافى بين البابين وهذا البيان تامّ والحمد لله.

## الفرع الرابع:

### إشاره

حمل أقرار الشريكين على أنّ ثلث العين لفلانٍ على ثلث المشاع

قال الشيخ الأعظم: «لو أقرّ أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كلّ منهما على نصف العين، بأنّ ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين» (٥).

هذا البيان يجرى في صورته تصديق الشريك إقرار شريكه فيقسم المال ثلاثه أسهم

ص: ٤٠٨

١-١ . ولكن في المصدر: «عليّ».

٢-٢ . مجمع الفائده والبرهان ٩/٣٤٩ و ٣٥٠.

٣-٣ . المكاسب ٣/٥٢٥.

٤-٤ . المكاسب ٣/٥٢٥.

٥-١ . المكاسب ٣/٥٢٥.

لكل واحد منهم ثلثه.

وأما في فرض تكذيب الشريك إقرار شريكه فلا يجرى التثليث في نصف الشريك المنكر ولكن يجرى في حق المقر فينتقل ثلث ماله إلى المقر له وهذا نصف الثلث - أي السدس - فيبقى نصف ثلث الآخر - أي السدس الآخر - وهذا الأخير بقاعده كتاب الشركه في أنّ ما حصل حصل للشريكين وما توى [أي تلف وهلك] توى عليهما، تلف عليهما فهما - أي المقر والمقر له - فيه شريكان فيتلف نصف السدس من مال المقر ونصفه من مال المقر له، فيصير مال المقر بينه وبين المقر له بالتصنيف.

مثلاً إذا فرضنا أنّ العين لها اثنا عشر سهماً في فرض تصديق الشريك يصير العين بينهم أثلاثاً ولكلّ منهم أربعة أسهم.

وفي فرض تكذبه ينتقل نصف الثلث - أي السدس - من المقر إلى المقر له أي السهمان، وأما السدس الآخر فقد توى وتلف عليهما بالسويه فيذهب سهم منه من مال المقر له، وسهم منه من مال المقر ينتقل إلى المقر له فحينئذ لكلّ من المقر والمقر له ثلاثة أسهم وللشريك المكذب ستة أسهم. فنصيب المقر ينصف بينه وبين المقر له.

ثمّ تعرض الشيخ الأعظم (1) بدعوى تنظير هذا الفرع بمسأله إقرار بعض الورثة بوارث آخر فيدفع إلى المقر له نصف الثلث - أي السدس - فقط لا يزيد منه وهو الربع.

بتقريب: الإشاعه في النصيين تقتضى جعل سهم المقر له في جميع العين على نحو الإشاعه وتنزيل المقر به على ما في يد كلّ منهما وحيث أنّ أحد الشريكين ينفي شركته فلا يبقى له إلا نصف الثلث وهو السدس في سهم المقر ولا يحصل على نصف الثلث الآخر - وهو السدس - في مال المكذب لأنّ أقرار الشريك لا يسمع في ما في يد الغير.

ثمّ دفعها (2) بأنّ المقر أقّر بثلاث العين للغير لا السدس الموجود في يده والسدس

ص: ٤٠٩

١-٢. المكاسب ٣/٥٢٦ قوله قدس سره: «ودعوى: ...».

٢-٣. المكاسب ٣/٥٢٦ قوله قدس سره: «مدفوعه: ...».

الموجود فى يد شريكه لورود الإشاعه فى مسألتنا وعدم وجود الإفراز والتميز فحينئذ بالنسبه إلى المقر والمقر له فى ما توى  
يجرى قاعده الشركه بأن ما توى بينهما بالسويه فلا بد أن يعطى المقر إلى المقر له نصف ما فى يده وهو ربع العين فتنظير مسألتنا  
بإقرار بعض الورثه بوارث آخر غير تام ومع الفارق.

ثم قال الشيخ الأعظم: «... إلا أنه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء مما فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر والمقر  
له، فلا معنى لحسابه على المقر له وحده، إلا على احتمال ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحة تقسيم الغاصب مع  
الشريك، فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه، لكنه احتمال مضعف فى محله وإن قال به أو  
مال إليه بعض - على ما حكى - للحرج أو السيره» (١).

ويأتى تضعيف آخر من الشيخ الأعظم للميراث وعدم إعمال قاعده الشركه فيه فى الفرع الخامس فانتظر.

## فتعرض الشيخ الأعظم لمسألتين أخريين

### إشاره

فتعرض الشيخ الأعظم لمسألتين أخريين وبنى دفعها عليهما مع أنه فى غنى عنهما. لأن قضية التوارث غير قضية الشركه الإختيارى  
وبنيهما فرق واضح وبون بعيد.

### المسأله الأولى:

هل يعتبر فى غصب المال كونه مفروزا مقسوما أو يمكن غصب المال المشترك المشاع بين عدّه من المالكين؟

ذهب الأكثر (٢) إلى إمكان غصب المال المشترك المشاع وقال فى الجواهر: «لا نجد فيه خلافا محققا» (٣).

قال الشيخ فى كتاب الشركه من المبسوط: «غصب المشاع يصح كما يصح غصب المقسوم وذلك أن يأخذ عبدا بين شريكين  
ويمنع أحد الشريكين من استخدامه ولا يمنع الآخر فيكون قد غصب حصه الذى منعه منه، وكذلك إذا كان شريكان فى دار  
فدخل غاصب إليها فأخرج أحدهما وقعد مع شريكه فيكون غاصبا لحصه الشريك الذى

ص: ٤١٠

١-١. المكاسب ٣/٥٢٦.

٢-٢. كما قاله الشهيد الثانى فى المسالك ١٢/١٥٢.

٣-٣. الجواهر ٣٨/٣٠ (٣٧/٢٣).

فإذا ثبت هذا وحصل المال المشترك في يد الغاصب وأحد الشريكين ثم إنهما باعا

ذلك المال [و] مضى البيع في نصيب الشريك البائع ولا يمضى بيع الغاصب كما يقول في تفریق الصفقه.

وكذلك إذا غصب أحد الشريكين من الآخر فباع الجميع بطل في نصيب شريكه ولا يبطل في نصيبه»<sup>(١)</sup>.

وقال في غصبه: «... ولو انهجم<sup>(٢)</sup> [الغاصب] على دار غيره ولم يكن صاحبها فيها، كان غاصبا ضامنا، وإن كان صاحبها فيها ضمن نصفها، ولا يملك شيئا منها، لأن يد صاحبها لم تزل عنها»<sup>(٣)</sup>.

أقول: الظاهر إن هذا الفرع لا إشكال فيه من امكان غصب المال المشترك المشاع بل يقع كثيرا ما في الخارج ولذا قال الفاضل المامقاني: «اعلم إن امكان تعلق الغصب بالمشاع وتحققه في الخارج مما لا إشكال فيه، فلو كان الدار أو القرية أو نحوهما من العقار والأعيان مشتركه بين زيد وعمرو على سبيل الإشاعة فعمد الظالم إلى حصه زيد المشاع من دون قصد منه إلى حصه عمرو من أجل الموده بينهما أو غير ذلك من الدواعي وأخذ يستوفى غله القرية ونحوها من دون توجيه التصرف إلى خصوص جزء معين من بين أجزائها تحقق غصب الحصه المشاعه، بل قد يتحقق غصبها بمجرد الاستيلاء عرفا كما لو فرض أنه لم يدخل القرية ولا الدار بنفسه وإنما منع المالك للحصه وأمر أتباعه بالتصرف فيها واستيفاء منافعها، وبما ذكرناه من تعلق الغصب بالمشاع صرح جماعه»<sup>(٤)</sup>. ثم ذكر كلمات عدّه من أعلام الطائفة في المقام فراجعها إن شئت.

ص: ٤١١

١-١ . المسبوط ٢/٣٥٥.

٢-٢ . كذا في المصدر والصواب: «هَجَم».

٣-٣ . المسبوط ٣/٧٣.

٤-٤ . غايه الآمال ٦/٢٨٥.

فلا يتم قوله قدس سره : «إلا على اِخْتِمَالٍ ضَعِيفٍ وهو تَعَلُّقُ الغصب بالمشاع»<sup>(١)</sup>. إلا أن الاحتمال راجع إلى الفرع الآتى.

ولذا قال الفقيه السَّيِّدُ اليزدى فى توضيح كلام الشيخ الأعظم ما نصه: «لا إشكال فى أصل تعلق الغصب بالمشاع فى الجملة، وإنما الإشكال فى اختصاص الغصب بحصه المغصوب منه، بيان ذلك أن غصب المشاع يتصور على صُور:

إحداها: أن يسكن الغاصب مع المالك فى الدار مثلاً على وجه يكون كلّ منهما متصرفاً فيها على وجه الشراكة، كما فى الشريكين المالكين.

الثانية: أن يشترك غاصبان فى التصرف فى الدار على وجه يكون كلّ منهما ذو يد عليها.

الثالثة: أن تكون دار بين شريكين ساكنين، فأخرج الغاصب أحدهما وقام مقامه على وجه يكون غرضه متعلقاً بغصب حصته.

أمّا الصورة الأولى: فلا ينبغى الاشكال فى ضمان الغاصب للعين والمنفعه بالنسبه إلى النصف، نعم ناقش فيه المحقق فى الشرائع قال: «فإذا مكن الدار مالکها لم يضمن، وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد، مَنْشُؤُهُ عدم الاستقلال من دون المالك، وهو فى عين محلّه، نعم لو كان الغاصب بحيث لم يقاوم المالك تمّ ما ذكره»<sup>(٢)</sup>.

لكنه ليس مراده ذلك؛ لأنه ذكره بعد ذلك وحكم فيه بعدم الضمان، وحيث إنّ المفروض صدق اليد والاستقلال كما فى سائر موارد الاشتراك فى التصرف فلا ينبغى التأمل فى ضمانه لنصف العين، بل يحتمل ضمانه للتمام إذا فرض استقلال كلّ منهما لو لا الآخر، فأنه يصدق أنّ العين فى يده كما أنّها فى يد المالك، إلا أنّ يد المالك لا أثر لها، وكذا بالنسبه إلى جميع المنافع إلا ما استوفاه المالك.

وأما الصورة الثانية: فيضمن كلّ منهما النصف المشاع عينا ومنفعه، ويجرى

ص: ٤١٢

١- ٥. المكاسب ٣/٥٢٦.

٢- ١. شرائع الاسلام ٤/٧٦١.



الاحتمال الذي ذكرنا، ولازمه جواز رجوع المالك على أيهما شاء كما في الأيدي المتعاقبه، إلا إذا لم يكن أحدهما مستقلاً لو لا الآخر، بل كان هناك يد واحده على الكل بالشركه، فإنه حينئذ يتعين ضمان كل منهما للنصف.

وأما الثالثه: فلا إشكال في ضمان الغاصب أيضا للنصف المُشاع، إلا أن الكلام في أنه هل يتعين كون ما بيده حصه للمغصوب منه، بأن لا يكون على الآخر متصرفا في حصته وحصه شريكه، فيكون كل منهما ضامنا للربع بالنسبه إلى المغصوب منه، والغاصب ضامنا للربع الآخر أيضا، وعلى الاحتمال الذي ذكرنا يكون للمغصوب منه الرجوع على الغاصب بتمام حقه، وعلى الآخر بنصفه، بل بتمامه أيضا، وله الرجوع على الغاصب أيضا بتمام حقه.

التحقيق: هو الوجه الثاني؛ إذ تصرف الشريك الغير المغصوب منه في المال المشترك لا بد أن يكون بإذن صاحبه، وليس (1) فيكون ضامنا من جهه إثبات يده وتصرفه في العين المشتركه، كما لو كان هو الغاصب، هذا.

ولكن حكى الوجه الأول عن الشيخ في المبسوط (2) والفاضل في التحرير (3) «...» (4).

أقول: هذه المسأله مُبَيَّنَةٌ على المسأله الثانيه بحيث إن قلنا فيها على ما قاله خالنا الشيخ حسن تم قول المشهور هنا وإلا لم يتم وصار الحق مع الشيخ الأعمم والفقيه السيد اليزدي بأن الغصب يتعلّق بالمُشاع في الصوره الثالثه من كلام الفقيه السيد اليزدي رحمه الله . والله العالم.

### المسأله الثانيه:

هل تقسيم الغاصب والشريك العين المغصوبه من دون مراجعه المغصوب منه أو الحاكم الشرعي يصح بحيث يَكُونُ نافذا في حق الشريك أم لا؟

ذهب خالنا الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء إلى النفوذ لأنه قال:

ص: ٤١٣

١-١ . هكذا في الأصل، والظاهر ان المراد: «وليس مأذونا له فيكون ضامنا».

٢-٢ . المبسوط ٢/٣٥٥.

٣-٣ . التحرير ١/٢٧٤ من الطبعه الحجريه.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٣٤٧ و ٣٤٨.

«ولو أراد غاصب غصب حصه الشريك فقط فلا يبعد جواز مقاصه الشريك الآخر مع الغاصب ولا رجوع للمغصوب منه على ما بيد شريكه وإن كان غائباً»(١).

وقال الفاضل المامقاني: «وحكى بعض مشايخنا أنه سمع منه شفاها أن لا يبعد في كلام الفقيه فتوى هذه»(٢).

وحكاه عنه صاحب الجواهر في كتاب الشركه وردّ عليه: «لكنه كما ترى وقد تقدّم(٣) لنا بحث في ذلك»(٤).

وحيث ضعّف صاحب الجواهر هذا الاحتمال قال الشيخ الأعظم: «لكنه احتمال مضعّف في محلّه وإن قال به أو مال إليه بَعْضٌ - على ما حُكِيَ - للخرج أو السيره»(٥).

وقال الفاضل المامقاني: «لم نجد من تعرّض لهذا الحكم سوى صاحب الجواهر وصاحب أنوار الفقاهه ولا مفتياً بالجواز سوى الأخير منهما ومن حكى عنه صاحب الجواهر، نعم قوّاه بعض من تأخر استناداً إلى تحقق السيره فيما بين الناس من جهة شيوع غصب الأموال المشتركه خصوصاً في الوصايا والأثلاث الموصى بها، فإنّهما كثيراً ما تؤخذ بغير حقّ، ومع ذلك لا تتحرز الورثه من أخذ مقدار حصتهم. هذا ولكنك خبير بما في الاستناد إلى مثل هذا المستند الذي يتّجه المنع عليه موضوعاً وحكماً فافهم»(٦).

وأما مستند خالنا فهو قاعده نفى الحرج والسيره بتقريب:

١- أنّه كثيراً ما نرى غصب الغاصبين للأُملاك المُشاعه وحيثُذ يكونُ منَعُ الشريك من التصرف في حصته حَرَجاً عليه وهذا المنع بقاعده لا حرج مرفوع عنه فيجوز التقسيم

ص: ٤١٤

١- ٥. أنوار الفقاهه/ مخطوطه ونقل عنها في غايه الآمال ٦/٢٨٩ (صفحه ٤١١ من الطبع الحجري).

٢- ٦. غايه الآمال ٦/٢٩٠.

٣- ٧. الجواهر ٢٣/٣٢٨ (٢٢/٢٠٢).

٤- ٨. الجواهر ٢٧/٦٢٣ (٢٦/٣١٥).

٥- ٩. المكاسب ٣/٥٢٧.

٦- ١. غايه الآمال ٦/٢٩٠.

مع الغاصب ويستقل الشريك بالحصة المفروزة له.

ويرد عليه: قاعده نفى الحرج ينفي حرمه التقسيم مع الغاصب تكليفا ولكن لا تَثْبُتُ صِحَّةُ التقسيم معه وضعا بحيث لا يحتاج إلى مراجعته شريكه.

٢- السيره المستمره المُدَّعاه التي تكشف عن إمضاء عمل العرف بواسطة المعصومين عليهم السلام .

ويرد عليه: أَنَّهُ لم يحرز هذه السيره واستمرارها بل يحتمل (١) الردع عنها بفتوى أكثر الفقهاء بل هُوَ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ كما حُكِيَ.

ولكن يمكن الاستناد له قدس سره بالسيره العقلائيه، لأنَّ العقلاء إذا مارس أحدهم - من دون الشركاء - مع الغاصب وَتَمَكَّنَ مِنْ اخْتِلاس سهامه منه لا يعطيه إلى شركائه، بل يقول لهم بأنَّه نصيبى وسهامى وأنتم تذهبون وتمارسون مع الغاصب حتَّى تأخذوا نصيبكم وسهامكم. هذه السيره جاريه ولم يردع عنها الشارع فهي ممضاه فى الشريعه المقدسه.

ومع الإقرار بصحة التقسيم مع الغاصب يظهر بوضوح كيفيه غضب المال المُشاع - أى المسأله الاولى - والحمد لله.

ثم ذكر الشيخ الأعظم (٢) وجها آخر لكون السدس الذى عند المنكر يُحسب

على المقر له وَخَدَهُ، دون المقر.

وحاصله: الغاصب المنكر الذى لا يدفع حقَّ المقر له إليه قد غضب ماله بائيا على أَنَّهُ من المقر له دون المقر، لأنَّ المفروض دفع المقر ما بيده من حقَّ المقر له وأما المنكر يغضب حق المقر له لأنَّه ذو اليد واليد أماره ملكيه عند الشارع فهو ك- «أنما أذن له فى أخذ ما يأخذه على أَنَّهُ من مال المقر له، فالشارع إنَّما حسب السدس فى يد المنكر على المقر له فلا يحسب منه على المقر شىء» (٣).

ص: ٤١٥

١- ٢. كما فى هدى الطالب ٦/٤٩.

٢- ٣. المكاسب ٣/٥٢٧ قوله قدس سره: «نعم يمكن أن يقال...».

٣- ١. المكاسب ٣/٥٢٧.

ثم ذكر توهمها ودفعه (١): أمّا التوهم: فإذا أخذ الغاصب جزءً معيناً من مال المشترك يحسب على كلا الشريكين مثلاً لا على واحد منهما، وفي المقام أيضاً السدس المغصوب يحسب على الشريكين المقرّ والمقرّ له.

وأمّا دفعه: فإنّ الغاصب في المقام أخذ السدس بإذن الشارع مع اعتبار أماره الملكيه وهي اليد بخلاف ما ذكره المتوهم فإنّ الغاصب فيه أخذ من دون إذن من الشارع.

ثم أيد (٢) التوهم بمسأله الإقرار بالنسب حيث إنّ الأصحاب - على ما نسبه إليهم في الإيضاح (٣) - قالوا: «إنّ أحد الأخوين إذا قرّ بثالث، دفع إليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده، وهو الثلث، ولا يدفع إليه نصف ما في يده؛ نظراً إلى أنّه قرّ بتساويهما في مال المورث، فكلّ ما حصل كان لهما، وكلّ ما توى كان كذلك» (٤).

ثم ردّه (٥) بأنّ مسأله الإقرار بالنسب غير مسأله الإقرار بالشركه، في الأوّل - النسب - الحكم هو تحويل ما زاد عن حصه المقرّ إلى المقرّ له ويأتي توضيحه في الفرع الآتي - وأمّا في الثاني - الشركه - الحكم هو ورود الربح والخساره بنحو الإشاعه على الشركاء بنسبه حصصهم.

### الفرع الخامس: الإقرار بالنسب

عرّض الشيخ الأعظم (٦) من ذكر هذا الفرع تضعيف ما مرّ من الإشكال في الشوكه

من الإقرار بالنسب وأنّ المشهور من القدماء وإن ذهبوا إلى ما مرّ ولكن «صرح جماعه ممّن تأخر عنهم بمخالفته» (٧).

ص: ٤١٦

١-٢ . المكاسب ٣/٥٢٧ قوله قدس سره : «وليس هذا كأخذ...».

٢-٣ . المكاسب ٣/٥٢٧ قوله قدس سره : «والحاصل: أنّ أخذ...».

٣-٤ . إيضاح الفوائد ٢/٤٦٨.

٤-٥ . المكاسب ٣/٥٢٧.

٥-٦ . المكاسب ٣/٥٢٨ قوله قدس سره : «ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال...».

٦-٧ . المكاسب ٣/٥٢٨.

٧-١ . المكاسب ٣/٥٢٨.

قال الكليني في باب الإقرار بوارث آخر: «قال الفضل بن شاذان: ... وإن ترك ابنين فادّعى أحدهما أبا وأنكر الآخر، فإنه يردّ هذا المقرّ على الذي ادّعه ثلث ما في يديه»<sup>(١)</sup>.

تابعه المشهور من الفقهاء في كتبهم «كما في السرائر<sup>(٢)</sup> والشرائع<sup>(٣)</sup> والتذكرة<sup>(٤)</sup> والتحرير<sup>(٥)</sup> والتلخيص<sup>(٦)</sup> والقواعد<sup>(٧)</sup>] وغيرها<sup>(٨)</sup>، بل في الخلاف<sup>(٩)</sup> والتذكرة<sup>(١٠)</sup> وظاهر السرائر<sup>(١١)</sup> والإيضاح<sup>(١٢)</sup> وجامع المقاصد<sup>(١٣)</sup> الإجماع عليه...»<sup>(١٤)</sup>.

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم<sup>(١٥)</sup> نسبته إلى نصّ الأصحاب»<sup>(١٦)</sup>.

ومستند المشهور عده من الروايات:

ص: ٤١٧

- ١-٢. الكافي ١٣/٧٥٠ (٧/١٦٧).
- ٢-٣. السرائر ٣/٣٠٨ و ٣١٠.
- ٣-٤. الشرائع ٣/١٥٧.
- ٤-٥. تذكرة الفقهاء ١٥/٤٥٥ و ٤٥٦.
- ٥-٦. تحرير الأحكام الشرعية ٤/٤٣٢.
- ٦-٧. تلخيص المرام ١٦٥.
- ٧-٨. القواعد ٢/٤٤١.
- ٨-٩. جامع المقاصد ٩/٣٥٦.
- ٩-١٠. الخلاف ٣/٣٧٩، مسأله ٢٩.
- ١٠-١١. تذكرة الفقهاء ١٥/٤٥٥ و ٤٥٦.
- ١١-١٢. السرائر ٣/٣٠٨ و ٣١٠.
- ١٢-١٣. إيضاح الفوائد ٢/٤٦٨.
- ١٣-١٤. جامع المقاصد ٩/٣٥٦.
- ١٤-١٥. مفتاح الكرامه ٢٢/٦٨٣.
- ١٥-١٦. إيضاح الفوائد ٢/٤٦٨.
- ١٦-١٧. الجواهر ٣٦/٣١٣ (٣٥/١٨٤).

منها: خبر أبيالْبَخْتَرِي وَهَبِ بن وهب، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام قال: قضى على عليه السلام في رجل مات وترك ورثه فأقر أحد الورثة بدين على أبيه أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك في ماله كله، وإن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين

أجيز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقر بعض الورثة بأخ أو أخت إنما يلزمه في حصته. (١)

ومنها: بالإسناد قال: قال على عليه السلام: من أقر لأخيه فهو شريك في المال ولا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فكذلك إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه ويضرب في الميراث معهم. (٢)

والروايتان كما ترى ضد عيقتان بأبيالْبَخْتَرِي وَهَبِ بن وهب وكان قاضيا عاميا كذابا إلا أن له عن جعفر بن محمد عليه السلام أحاديث كلها يوثق بها كما قاله ابن الغضائري (٣). مضافا إلى جبران ضعفهما بعمل المشهور، فالمسألة واضحة المدرك عندنا.

ويمكن التمسك بروايه صحيحه الإسناد بعد ثبوت اشتراك حكم الاقرار بالدين والوارث وهي صحيحه اسحاق بن عمار عن أبيعبدالله عليه السلام في رجل مات فأقر بعض ورثته لرجل بدين، قال: يلزم ذلك في حصته. (٤)

وأما تصريح جماعه ممن تأخر بمخالفه هذا الفرع للقاءه الماضيه في الشركه من أن ما حصل حصل للشركاء وما توى توى عليهم واحتمال جريانها في هذا لفرع كما عن المحقق الثاني (٥) ولعله تبعاً للعلامه في عتق التحرير (٦) وتابعهما ثانياً الشهيدين في

ص: ٤١٨

- 
- ١-١ . وسائل الشيعه ١٩/٣٢٥، ح ٥، الباب ٢٦ من أبواب كتاب الوصايا.
  - ٢-٢ . وسائل الشيعه ١٩/٣٢٦، ح ٦.
  - ٣-٣ . رجال ابن الغضائري ١٠٠/، رقم ١٥١، ولكن في المطبوعه «لا- يوثق بها»، وفي مجمع الرجال ٦/١٩٨ كما ضبطناه وهو الصحيح.
  - ٤-٤ . وسائل الشيعه ١٩/٣٢٤، ح ٣.
  - ٥-٥ . جامع المقاصد ٩/٣٥٦.
  - ٦-٦ . تحرير الأحكام الشرعيه ٤/١٩٦.

المسالک (١) وسبطه فی نهايه المرام (٢)، وقواه المحقق السبزواری فی الکفایه (٣)، وسید الریاض قال: أنه «لا یخلو عن قوه» (٤).  
كما فی المفتاح (٥). وتابعهم السید الخوئی (٦) رحمه الله .

فالمخالفة لا یُعنی بها بعد وضوح مستند المشهور وتامیته والله العالم.

ص: ٤١٩

---

١-٧. المسالک ١١/١٣١.

٢-٨. نهايه المرام، کتاب الاقرار، مخطوط. نقل عنه صاحب مفتاح الکرامه ٢٢/٦٨٧.

٣-٩. الکفایه ٢/٥١٠.

٤-١٠. ریاض المسائل ١٣/١٦١؛ والشرح الصغیر ٣/٤٦ له أيضا.

٥-١١. مفتاح الکرامه ٢٢/٦٨٧.

٦-١٢. التنقیح فی شرح المكاسب ٢/١٢٨.

ذكر الشيخ الأعظم هذه المسألة استطرادا لأنها خارجة عن مسائل بيع الفضولي.

وعدم تملك المسلم له تارة يكون لعدم قابليته ذاتا للملك كالحر، أو لم يكن مالا كالخنافس، أو يعد مالا عُرُفا - لا شرعا - كالخمر والخنزير، وأخرى لم يكن قابلاً للملك لعارض - لا ذاتا - كالوقف أو الحبس.

قال الشيخ الأعظم: «لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله - كالخمر والخنزير - صفقة بثن واحد، صح في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد، وإجماعا، كما عن الغنيه» (١).

أقول: ورد الإجماع في كلام المحقق الثاني أيضا: «إلا أن يقال: ذلك خرج بالإجماع» (٢).

وقال قبله جدنا الشيخ محمدتقى صاحب الهداية: «لو باع ما يملكه المسلم وما لا يملكه سواء كان مالا لا يملك مطلقا أو لم يكن قابلاً لملك المسلم كالحرّ والخمر والخنزير صح البيع فيما يملكه وبطل فيما لا يملك، على المعروف بين الأصحاب» (٣).

والسيد العاملي (٤) في ذيل قول العلامة في القواعد: «ولو ضم إلى المملوك حرًا أو خمرا أو خنزيرا صح في المملوك وبطل في الباقي» (٥) قال: «كما في التذكرة (٦) ونهايه الأحكام (٧) والإرشاد (٨) والدروس (٩) واللمعه (١٠) والروضه (١١) ومجمع البرهان (١٢)

ص: ٤٢٠

- ١-١ . المكاسب ٣/٥٣١.
- ٢-٢ . جامع المقاصد ٤/٨٢.
- ٣-٣ . تبصره الفقهاء ٣/٣٧٥.
- ٤-٤ . معطوف على جدنا.
- ٥-٥ . القاعده ٢/٢٠.
- ٦-٦ . تذكره الفقهاء: في أحكام تبعض الصفقه ١٢/١٠ و ١١.
- ٧-٧ . نهايه الاحكام: في المعقود عليه ٢/٤٧٩.
- ٨-٨ . إرشاد الأذهان: في المتعاقدين ١/٣٦٠.
- ٩-٩ . الدروس الشرعيه: في البيع ٣/١٩٦.
- ١٠-١٠ . اللمعه دمشقيه: في البيع / ١١٠.
- ١١-١١ . الروضه البهيه: في المتعاقدين ٣/٢٤٠.
- ١٢-١٢ . مجمع الفائده والبرهان: في المتعاقدين ٨/١٦٣.



وغيرها (١). وقد نصّ على صحّته في المملوك وبطلانه في غيره في المبسوط (٢) والوسيله (٣) والغنيه (٤) والسرائر (٥) والشرائع (٦) والنافع (٧) والتحرير (٨) (٩).

## القول الأول: صحه البيع في ما يملك وفساده في ما لا يملك

### أدله صحه هذا البيع

#### ١- صححه الصّغار

أنّه كتب إلى أبيمحمّد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكّه والقريه على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القريه الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنني قد بعت فلانا - يعني المشتري - جميع القريه التي حدّ منها كذا، والثاني والثالث والرابع وإنما له في هذه القريه قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنما له بعض هذه القريه وقد أقرّ له بكلّها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملكك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملكك. (١٠)

ص: ٤٢١

- ١-١ . كرياض المسائل: في شروط المتعاقدين ٨/١٢٩.
- ٢-٢ . المبسوط: في أحكام تفريق الصفقه ٢/(١٤٤-١٤٥).
- ٣-٣ . الوسيله: في بيان بيع تبعض الصفقه ٢٤٧/.
- ٤-٤ . غنيه النزوع: في البيع ٢٣٠/.
- ٥-٥ . السرائر: في البيوع ٢/(٢٧٥-٢٧٦).
- ٦-٦ . شرائع الإسلام: في عقد البيع وشروطه ٢/٩.
- ٧-٧ . المختصر النافع: في البيع وآدابه ١١٩/.
- ٨-٨ . تحرير الأحكام: في المتعاقدين ٢/٢٧٨.
- ٩-٩ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٦٠ و ٦٦١.
- ١٠-١٠ . وسائل الشيعه ١٧/٣٣٩، ح ١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

بتقريب: إطلاق ما رقمه عليه السلام: «ما ليس يملك» يشمل ما لا يكون قابلاً للملك فتجرى الصحيحه في هذه المسأله.

وقد أورد على هذا الاستدلال بأن:

الإطلاق فيها منصرف إلى بيع ماله مع ماله غيره لا مع ما لا يقبل التملك فهو دليل للمسأله الثالثه الماضيه.

وذكر الشيخ الأعظم هذا الإيراد بقوله: «ودعوى: انصرافه إلى صورته كون بعض القرية المذكوره فيها مال الغير، ممنوعه»<sup>(١)</sup>.

ووجه المنع في كلامه: أولاً: يمكن قراءة «لا يجوز بيع ما ليس يملك بصيغه

المبنى للمفعول (المجهول) فحينئذ دلالتها على هذه المسأله تكون أظهر وتزفع دعوى الانصراف.

وثانيا: حيث نعلم بوجود الوقف في كثير من الأراضي وإطلاق صحيحه الصفار يشمل فرض الوقف في قوله «لا يجوز بيع ما ليس يملك» والوقف تدخل في ما لم يكن قابلاً للملك - ولو عارضا - .

وغلبه وجود الملك على الوقف لا يصلح لتقييد الإطلاق.

ويمكن أن يناقش الإطلاق بعد قراءة صيغه يملك المبنى للفاعل (المعلوم) بأنها ظاهره في مال الغير الذي لا يملكه البائع فلا إطلاق فيها.

ولكن قال المحقق السيد الخوئي رحمه الله بعد ذهابه إلى أن الصحيحه ظاهره في بيع ما يملك وما لا يملك [المسأله الثالثه الماضيه] قال: «وهو أمر آخر غير بيع ما يملك وما لا يملك إلا أن قوله عليه السلام يجوز فيما يملك ولا يجوز فيما لا يملك يقتضى صحه تقسيم الانشاء الواحد إلى أمرين ويتعدى منه إلى المقام بتنقيح المناط وكيف كان فالبيع بالإضافه إلى ما يملك صحيح هذا»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٤٢٢

١- ١١ . المكاسب ٣/٥٣١.

٢- ١ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٣٢.

## اشاره

ثم بعد جريان إطلاق صحيحه الصفار في المقام وإثبات الصغرى فلا مانع من التمسك بالأدله العامه وهي قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) وقوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) وقوله تعالى: «تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ» (٣) وغيرها.

وأنت ترى أنّ هذا الدليل لم يستقل، ويحتاج إلى صحيحه الصفار في إثبات الصغرى لأن ما لم يتحقق مصداق العقد والبيع والتجاره فيه لا تجرى الأدله العامه فيه ومع جريان الصحيحه لا نحتاج إلى الأدله العامه إلا للتأيد.

ولكن يمكن أن يقال: بأننا نحرز الصغرى بالوجدان - لا بجريان الصحيحه - لأنّ البائع باع ما يقبل التملك وما لا يقبله بالوجدان وعقد عليهما كذلك وتاجر بهما عن تراضٍ أيضا فلا مانع من التمسك بالأدله العامه ولا بد من ورود نهى في المقام لاستفاده

البطلان منه وورد النهى بالنسبه إلى بيع ما لا يملك في قول النبي صلى الله عليه وآله: لا يبيع إلا في ما يملك. (٤) وأما بيع ما يملك فهو باقٍ تحت العمومات والإطلاقات.

والذى ذكرناه جاء موافقا لنظر الشيخ الأعظم قدس سره حيث قال: «بل لا مانع من جريان قاعده الصحه بل اللزوم في العقود» (٥).

## موانع صحه بيع ما يملك وما لا يملك

## الأول: البيع واحد

أنّ العقد الواقع واحد ومع وحدته لا يمكن الحكم بالصحه والفساد معا لأنه إنشاء واحد وعقد فارد فإمّا أن يحكم بالصحه في الجميع أو الفساد كذلك، فالحكم بالصحه في ما يملك وبالفساد في ما لا يملك مستحيل لأنّ الصفقه واحده وعدم إمكان التبعض فيها.

ص: ٤٢٣

١- ٢. سوره المائده / ١.

٢- ٣. سوره البقره / ٢٧٥.

٣- ٤. سوره النساء / ٢٩.

٤- ١. راجع مصادر الروايه في الآراء الفقهيّه ٥/٢٦٨.

٥- ٢. المكاسب ٣/٥٣١.

ويرد عليه: إذا بنينا إلى انحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة حتى إذا كان الإنشاء واحد والصفقه واحده فلا بأس من تبعض الصفقه والحكم بالصحه في ما يُملك وبالفساد في ما لا يُملك.

### الثانى: قصد المجموع

قصد المتبايعان مجموع ما يُملك وما لا يُملك فى مقابل مجموع الثمن، والعقود تابعه للقصد، والحكم بالصحه فى خصوص ما يُملك خرق للقاعده.

وبعبارة أخرى: ما قصدا لم يقع وهو بيع المجموع فى مقابل المجموع وما لم يقصدا وقع وهو بيع ما يُملك فقط فى مقابل قسطه من الثمن.

ويرد عليه: قصد المتبايعان بيع كل واحد مما يُملك وما لا يُملك فهنا قصدان أو القصد الواحد الذى ينحل إلى قصدين لأن متعلق القصد الواحد كان بنحو تعدد المطلوب، غايه الأمر وقع البيع على ما يُملك بشرط انضمام ما لا يُملك، والحكم بالصحه فى ما يُملك يستلزم تخلف الشرط دون خرق قاعده العقود تابعه للقصد.

وبالجملة: بعد انحلال العقد يرتفع المانع.

### الثالث: جهاله الثمن

الجهاله فى الثمن أو المثلثن توجب بطلان البيع وفى المقام حيث أن الحكم بالصحه فى ما يُملك يستلزم جهاله مقدار الثمن الذى فى مقابله فلا بد من الحكم بفساد العقد.

ونقل العلامة فى التذكرة (١) عن الشافعى (٢) هذا المانع فى وجه بطلان المعامله.

ويرد عليه: الجهاله التى تستلزم بطلان المعامله، هى التى تؤدى إلى الغرر لأنّ النبى صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الغرر والجهاله فى المقام ليست بتلك المثابه فلا تستلزم البطلان.

لا سيّما إذا تعين مقدار الثمن الذى وقع فى مقابل ما يُملك بالطريقه التى تأتى لاحقاً فلا جهاله فى البين أصلاً.

ص: ٤٢٤

١- ١. تذكرة الفقهاء ١٢/١١.

٢- ٢. روضه الطالبين ٣/٨٩؛ العزيز فى شرح الوجيز ٤/١٤٠؛ المجموع ٩/٣٨١.

إن قلت: الإجماع قائم على أن جهاله الثمن أو المثلن توجب بطلان المعامله والجهاله هنا تجرى فيأتي الحكم بالبطلان.

قلت: الإجماع دليلٌ لُجِّي يجب الاقتصار على القدر المتيقن منه عند الشك في جريانه والمتيقن من دلالته على البطلان هي الجهاله التي تسرى إلى الثمن أو المثلن من ناحيه غير الشارع، وأما إذا كانت الجهاله مستنده إليه فلا يجرى الإجماع في المقام.

#### الرابع: فساد الجزء مفسدٌ لكل العقد

القدماء قائلون بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد لأن المعامله هي الالتزام المقيد بالشرط، فإذا حكم الشارع بفساد الشرط يفسد العقد أيضا لأن العقد المجرد عن ذلك الشرط لم يقع في الخارج حتى تجرى في حقه الإطلاقات والعمومات فحينئذ العقد المشروط بالشرط الفاسد يفسد، ثم يتعدون من ذلك إلى فساد الجزء أيضا ويقولون بأن الجزء الفاسد يفسد المعامله لأن مرجع فساد الجزء إلى فساد الشرط، لأنه يرجع إلى اشتراط انضمام الجزء الفاسد فيوجب فساد العقد. فحكم الشرط والجزء واحد.

ويرد عليه: أولًا: يذهب المتأخرون إلى أن الشرط الفاسد ليس مفسدا للعقد، فقياس الجزء عليه لا يوجب فساد العقد.

وثانيا: النص والإجماع في هذا البيع قائمان على صحته وهذا يكفي في الفرق بين الجزء الفاسد والشرط الفاسد كما عليه الشيخ الأعظم (١).

وثالثا: فساد الشرط إنما يوجب فساد العقد - على القول به - «لأجل وحده المطلوب وإدعاء أن الثمن يقع بإزاء المبيع المشروط بالشرط كالعبد بشرط الكتابه ومع فساد الشرط أو تخلفه لا يكون ذات المبيع مما وقع بإزائه الثمن، وهذا بخلاف المقام فإن

الثمن لا يقع بتمامه بإزاء المملوك على كل حال، بل إنما وقع المملوك بإزاء بعض من الثمن وهو ما يخصه على تقدير التوزيع وهذا المقدار من الثمن الذي وقع بإزاء المملوك لا- يختلف بانضمام الغير المملوك وعدمه ففساد البيع بالنسبه إلى غير المملوك لا يوجب

ص: ٤٢٥

الاختلاف في ناحيه المملوك لا من حيث المبيع ولا من حيث ثمنه فيبطل قياس فساد الجزء بفساد الشرط»(١).

والحاصل: بعد تماميه إطلاق صحيحه الصفار وجريان الأدله العامه في المقام ودفع الموانع الأربعة فلا بد من القول بأن ما ذهب إليه المشهور - من صحه البيع في ما يملك وفساده في ما لا يملك - هو المختار، وهذا هو القول الأول في المقام.

### القول الثاني: التفصيل بين صورتى علم المشتري وجهله بعدم المملوكيه

#### إشاره

والحكم بالطلاق في فرض علم المشتري، وبالصحه في فرض جهله، نفى عنه العلامه البعد من الصواب في تذكره الفقهاء حيث يقول: «لو كان المشتري جاهلاً بأن المضموم ملك الغير أو حرٌّ أو مكاتب أو أم ولد ثم ظهر له، فقد قلنا: إن البيع يصح فيما هو ملكه، ويبطل في الآخر إن لم يُجز المالك، ويكون للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء فيما يصح بيعه بقسطه من الثمن؛ لأنه لم يسلم له المعقود عليه، فكان له الفسخ. ولو كان عالماً، صح البيع أيضاً ولا خيار له.

وقطع الشافعي بالطلاق فيما إذا كان عالماً، كما لو قال: بعتك عبدى بما يخصه من الألف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان، وليس كذلك لو كان المضموم إلى العبد مكاتباً أو أم ولد؛ لأن المكاتب وأم الولد يتقومان بالإتلاف، بخلاف الحر المضموم إلى العبد. (٢).

وليس بعيداً عندي من الصواب بالطلاق فيما إذا علم المشتري حرّيه الآخر أو كونه ممّا لا ينتقل إليه بالبيع، كالمكاتب وأم الولد، والصحّه فيما إذا كان المضموم ملك الغير»(٣).

وقال الشهيد بعد نقل مقال العلامه مختصراً: «... لأنه في قوه بعتك عبدى بما يخصه من الألف أو يوزع عليه وعلى هذه الأمور وهو مجهول وأخذ من عينه»(٤).

وقال سيّد المفتاح في توضيح عبارته الشهيد: «... هو مقيد بجهل المشتري بعين

ص: ٤٢٤

١- ١. المكاسب والبيع ٢/٣٢٣؛ وراجع منه الطالب ٢/٢١٩.

٢- ٢. العزيز شرح الوجيز ٤/١٤٠؛ روضه الطالبين ٣/٨٩؛ المجموع ٩/٣٨١.

٣- ٣. تذكره الفقهاء ١٢/١١، مسأله ٥٥٣.

٤- ٤. الحاشيه النجاريه ٢٢٤/.

المبيع أو حكمه وإلا لكان البذل بإزاء المملوك ضروره أن القصد إلى الممتنع كالا قصد...»(١).

وأشار المحقق الكركي إلى قول الشهيد في تعليقه على تقسيط الثمن: «يلزم القائلين في الأوّل - أعني: مشتري المغصوب العالم بالغصب - بعدم الرجوع في الثمن عدم الرجوع هنا، وهو مدخول، إلا أن يقال: ذلك خرج بالإجماع، وإطلاق المصنف التقسيط يقتضى الفرق بينه وبين ما هناك، وفي بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا الشهيد طرد الحكم هنا، وهو بعيد»(٢).

أقول: أنت ترى أن المحقق الكركي رأى قول الشهيد بعيدا.

وتبعهما - أي تبع العلّامة والشهيد - الشهيد الثاني وقال: «بقي في المسألة إشكال من وجهين:

أحدهما: أن المشتري لهذين الشئيين إن كان جاهلاً بما لا يملك توجه ما ذكر، لقصده إلى شرائهما، فإذا لم يتم له الأمران وزّع الثمن. أمّا إذا كان عالماً بفساد البيع فيما لا يملك أشكال صحه البيع مع جهله بما يوجب التقسيط، لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع، لأنه في قوه بعثك العبد بما يخصّه من الألف إذا وزّعت عليه وعلى شيء آخر، وهو باطل.

وقد تبه على ذلك العلّامة في التذكرة، وقال: إنّ البطلان حينئذٍ ليس ببعيد من الصواب.(٣)

والثاني: أن هذا الحكم - أعني التوزيع - إنما يتم أيضا قبل إقباض المشتري الثمن، أو بعده مع جهله بالفساد. أمّا مع علمه فيشكل التقسيط ليرجع بقسطه، لتسليطه البائع عليه وإباحته له، فيكون كما لو دفعه إلى بائع مال غيره، كالغاصب. وقد تقدم أن الأصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن، إمّا مطلقا أو مع تلفه، فينبغي هنا مثله. إلا أن يقال:

ص: ٤٢٧

١-١. مفتاح الكرامه ١٢/٦٦١.

٢-٢. جامع المقاصد ٤/٨٢.

٣-٣. التذكرة ١٢/١١.

ذلك خرج بالإجماع، وإلا فالدليل قائم على خلافه، فيقتصر فيه على مورده. وهو حسن إن تمَّ» (١).

واختصر قوله في الروضه وقال: «... وأما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته لإفضائه إلى الجهل بثن المبيع حال البيع، لأنه في قوه بعثك العبد بما يخصه من الألف إذا وُزعت عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره الآن، أما مع جهله فقصدته إلى شراء المجموع، ومعرفه مقدار ثمنه كاف، وإن لم يعلم مقدار ما يخص كل جزء.

ويمكن جريان الإشكال في البائع مع علمه بذلك، ولا بعد في بطلانه من طرف أحدهما دون الآخر، هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو كانت عينه باقيه؛ أو كان جاهلاً وإلا جاء فيه مع علمه بالفساد ما تقدم في الفضولي بالنسبه إلى الرجوع بالثمن» (٢).

وقال السيد العاملي: «وقد قيد ذلك بجهل المشتري في «حواشي الشهيد» وكذا في «كشف الرموز» (٣) و«التنقيح» (٤) وقد يظهر ذلك من الباين أو يلوح منهم ما عدا المصنّف في «التذكرة» وستسمع كلامه. وعبارته «الإرشاد» (٥) محتمله للأمرين، ولعلها فيما نحن فيه أظهر» (٦).

أقول: القائلون بهذا القول جماعه من الأصحاب ولعل أولهم العلامة وتبعه الشهيدان والفاضلون الآبي والمقداد والنراقى، قال الأخير في المستند: «ثم المتّجه في محلّ النزاع: الفساد في صورتى علم البائع أو المشتري؛ لما ذكر» (٧).

ص: ٤٢٨

١-٤. المسالك ٣/١٦٣ و ١٦٤.

٢-١. الروضه البهيه ٣/٢٤٠ و ٢٤١.

٣-٢. كشف الرموز: فى البيع وآدابه ١/٤٤٦.

٤-٣. التنقيح الرائع: فى البيع وآدابه ٢/٢٧.

٥-٤. إرشاد الأذهان: فى المتعاقدين ١/٣٦٠.

٦-٥. مفتاح الكرامه ١٢/٦٦١.

٧-٦. مستند الشيعه ١٤/٣٠١.



وقال الجدّ الشيخ محمّد تقى صاحب الهدايه قدس سره : «وربّما يزداد الإشكال فى المقام تارّه بأنّ البيع المذكور منهى عنه للنهى عن الأمور المتضمّنه إلى ما يملكه من الحرّ والخمر والخنزير مثلاً، والمفروض اتحاد البيع المتعلّق بها، وهو قاضٍ بالفساد لتعلّقه بذات المعامله حسبما فرض.

وأخرى بأنّه مع علم البائع أو المشتري بالحال يكون قد باع أو اشترى المجهول مع جهله بما يوجهه التقييط؛ إذ هو فى قوه أن يبيعه بما يخصّه من الثمن على تقدير توزيعه عليه وعلى شىء آخر لا يعلم مقداره. ولذا مال فى التذكرة إلى الفساد حينئذ مع علم

المشتري بالحال، وقال: إنّ البطلان حينئذ ليس ببعيد من الصواب.

ويدفع الأوّل أنّ النهي المذكور إنّما يقضى بالفساد من الجهه التى تعلّق به لذات المعامله ولا ربط له بالشىء الذى يجوز بيعه؛ إذ تعلّق النهي به حينئذ إنّما يكون تبعاً للآخر، فلا قاضى بفساد العقد من تلك الجهه، لا مانع من تبعض مقتضى العقد حسبما مرّ.

والثانى أنّ المعتبر من العلم بالعوضين ما كان بالنسبه إلى جميع ما تعلّق به عليه العقد دون ما يصحّ العقد بالنسبه إليه وإن علم فساده حين العقد بالنسبه إلى البعض حسبما أشرنا إليه فى المسأله المتقدمه»<sup>(١)</sup>.

## أدله هذا التفصيل

### الدليل الأوّل:

إذا كان المشتري عالماً بعدم كون بعض المبيع ممّا لا يملك، يفقد أحد شروط صحه البيع وهو العلم بمقدار الثمن فى مقابل الجزء المملوك من المبيع فيصير البيع غررياً فيحكم ببطلانه.

ويردّ عليه: الجهل بمقدار الثمن الذى يوجب الغرر المفسد للبيع وهو الجهل بتمام الثمن، وأمّا لو كان الجهل بالنسبه إلى المقدار الذى يقابل ما يملك فلا- يكون ذلك غررياً، مضافاً إلى أنّ الجهل هنا يأتى من جانب حكم الشارع بالنسبه إلى بطلان ما لا يملك. كما مرّ فى الجواب عن المانع الثالث آنفاً.

ص: ٤٢٩

## الدليل الثاني:

هذا البيع منهي عنه للنهي عن بيع ما لا يملك والبيع واحد فقط ويتعلق به النهي فيدل على فساده لتعلقه بذات البيع.

ويرد عليه: قد مرّ قضيه الانحلال في البيع الواحد، والنهي المذكور إنما يدل على الفساد من الجهه التي تعلق بها - لا لذات المعامله - ففساد العقد بالنسبه إلى الجهه التي لا يتعلق بها النهي بلا وجه بعد الانحلال كما مرّ هذا الجواب من جدنا التقى (1) قدس سره .

وتبعه صاحب الجواهر وقال: «والنهي إنما يفيد الفساد من الجهه التي تعلق بها لا مطلقا وفساد العقد بالنسبه إلى بعض متعلقاته - بمعنى عدم ترتب الأثر عليها - لا ينافي صحته بالنسبه إلى البعض الآخر فيترتب عليه الأثر» (2).

## الدليل الثالث:

في صورته علم المشتري بعدم مملوكيه جزء المبيع يقع تمام الثمن في مقابل المملوك لأن في هذا الفرض قصد المشتري الممتنع فحينئذ قصده يكون لغوا وكلا قصد، ولأن المشتري سلط البائع على الثمن في مقابل ما يملكه.

وفي صورته جهل المشتري تكون المعامله صحيحه بالنسبه إلى ما يملك.

ويرد عليه: أولاً: انتقال تمام الثمن إلى البائع في فرض علم المشتري غير بطلان البيع وبينهما بون بعيد، الدليل يثبت انتقال تمام الثمن إلى البائع والمدعى هو بطلان البيع والفرق بينهما واضح. ولذا قال الشيخ الأعظم: «مع أنه لو تم ما ذكر لا يقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان» (3).

وثانيا: علم المشتري بعدم مملوكيه ما لا يملك - في فرض وجوده - لا ينافي مع قصد النقل ولا يكون قصده كلاً قصد ولا يكون ممتنعاً، لأن علمه هذا يأن بعض المبيع مما لا يملك شرعاً يجمع مع قصد نقله إليه عرفاً وحقيقه عنده ولذا قال الشيخ الأعظم: «فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقه» (4).

ص: ٤٣٠

١-٢. تبصره الفقهاء ٣/٣٧٥.

٢-٣. الجواهر ٢٣/٥١٤ (٢٢/٣٢٠).

٣-١. المكاسب ٣/٥٣٢.

٤-٢. المكاسب ٣/٥٣٢.

ذهب - مدظله - إلى أنّ فتوى المشهور - أصحاب القول الأوّل - مبنّى على انحلال الصفقة ثمّ قال: ملاك الانحلال وعدمه أو الوحده والتعدد هو وحده الإبراز والاعتبار وتعددهما فقط «فإذا تمّت الصفقة من خلال إنشاء واحد وإبراز فارد، فلا مجال حينئذٍ للحكم بانحلالها وتعددها، وما قاله بعض المحقّقين من أنّ وزان المقام وزان العام الانحلالى ممنوعٌ وقياس مع الفارق، لأنّ الحكم بانحلال قوله «أكرم كلّ عالم» إلى إكرامات متعدّده برغم وحده الإنشاء والإبراز، فإنّه مبنّى لما يستفاد من ذات الدليل، حيث يدلّ على تضمّنه للموضوعات المستقلّة التى يحتوى كلّ واحدٍ منهما على وجوب الإطاعه وحرمة المعصيه المستقلّة عن الآخر، فبالضرورة لا بدّ من انحلال الدليل، وهذا بخلاف المقام، فإنّ المتحقّق ليس إلاّ بيع واحد وإنشاء فارد وإن تضمّن أمرين مختلفين فى الماهية والحقيقه، وبالتالي يكون الحكم بانحلال الصفقة الواحد المنشأ بإنشاء واحد حكماً بلا دليل. ولهذا السبب يُشكل الحكم بصحّه المعامله بمقتضى القاعده، بل القاعده تقتضى التفصيل بحسب قصد المتعاملين:

فتارة: يتعلّق قصد المُنشئ بيعهما معا بشرط الانضمام، بأن يقصد أن يكون المبيع

كلّ واحد من المتاعين، لكن بشرط أن يكون أحدهما منضمّاً إلى الآخر، فتصحّ المعامله حينئذٍ مع ثبوت الخيار.

وأخرى: يتعلّق قصد المُنشئ بذات البيع مقيداً بالإنضمام، فتكون المعامله باطله.

وبالجملة: فإنّ هذه المسأله تضمّ ثلاث صور:

الصورة الأولى: تارة نحرز أنّ البائع قصد بإنشاءه بيع ما يملك وما لا يملك على نحو وحده المطلوب، فتكون المعامله باطله.

الصورة الثانية: وأخرى نحرز أنّ البائع قصد بإنشاءه ذات البيع، واعتبر ضمّ أحدهما إلى الآخر كملاً مضافاً إلى أصل المعامله، فالحكم حينئذٍ هو صحّه العقد فى خصوص ما يملك.

الصورة الثالثة: عند الشكّ فى قصده، فالقاعده تقتضى جريان الأصل، لكنّه أصلٌ

غير نافع في المقام لمعارضته مع أصل آخر، وذلك لقيام العلم الإجمالي بأنه إما باع مقيداً أو مشروطاً، وأصالة عدم كل واحد منهما معارضاً مع الآخر، وعند تعارضهما يتساقطان، ويصل الدور إلى الشك في تحقق النقل من خلال هذه الصفة وعدمه، مما يقتضى جريان استصحاب عدم النقل والانتقال، فتكون النتيجة عدم سببه المعامله المذكوره. وهو مختارنا في المقام»(١).

ثم قال: «القول الثالث هو ما التزمنا به في المقام من التفصيل بين قصد المبيع بنحو وحده المطلوب، مما يوجب بطلان العقد مطلقاً حتى بالنسبة إلى ما يملك، وبين قصد البيع بنحو تعدد المطلوب، حيث يصح بالنسبة إلى المملوك مع ثبوت خيار الشرط، ومع الشك فيهما فالحكم هو البطلان»(٢).

أقول: ما ذكره الاستاذ المحقق - مدظله - بالنسبة إلى الاحتمال المدرسى والعلمى تام لا يمكننا مناقشته ولكن الذى يسهل الخطب أن المعاملات تحمل على العرفيه منها والعرف لا يروون الفرق بين شرطيه الانضمام وقيديته، وكذلك لا يروون الفرق بين وحده المطلوب وتعددده، ولا يفهمون أن انضمام أحدهما إلى الآخر - ما يملك إلى ما لا يملك - على نحو الكمال الذى يضاف إلى أصل المعامله أو أنه على وجه التقييد، فحينئذ العرف بنظره جمع بين المالىن - عنده - فى المعامله الواحده والشارع الأقدس أمضى البيع

بالنسبه إلى أحدهما - ما يملك - دون الآخر - ما لا يملك - كما عليه المشهور وقد مضى مستندهم وتاميته، فالمختار عندنا هو فتوى المشهور فى المقام من دون أى تفصيل، سواء كان التفصيل بين جهل المشتري وعلمه - القول الثانى - أو بين وحده المطلوب وتعددده - القول الثالث - والحمد لله العالم بأحكامه.

## كيفية تقسيط الثمن

### إشاره

قد مرّت كيفية تقسيط الثمن فى المسأله الثالثه وأنّ فيها ثلاث طرق والمختار

ص: ٤٣٢

١-١ . العقد النضيد ٤/١٥٢-١٥٠).

٢-٢ . العقد النضيد ٤/١٥٨.

عندنا هو الطريق المشهور بأن يقوم كل من الخل والخمر أو الشاه والخنزير أو العبد والحر منفردا ثم يؤخذ نسبة قيمتهما إلى مجموع القيمتين، ثم يحاسب النسبه مع الثمن المسمى، مثلاً- لو كانت قيمه الخل ألف دينار وقيمه الخمر تسعه آلاف يكون مجموعهما عشره آلاف، فلو باعهما بخمسه آلاف تكون قيمه الخل خمسمأه دينار وقيمه الخمر خمسأه وأربعه آلاف دينار. أعنى نسبة ١٠١ و ١٠٩ من الثمن المسمى.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «من أن العبره بتقويم كل منهما منفردا ونسبه قيمه المملوك إلى مجموع القيمتين»(١).

هذا كله إذا كان ما لا- يملك فيه اقتضاء المالىه عرفا كالخمر والخنزير أو كذلك ولكنه مقترن عرفا بالمانع كالحرف فإنه بنظر العرف مال لكن الحريه مانعه عن مالته فعلاً.

وأما إذا كان مما ليس فيه اقتضاء المالىه عرفا كالخنافس والديدان والجعل ونحوها، فالظاهر بطلان المعامله لأجل الجهل بمقدار ثمن ما يملك حين المعامله.(٢)

«وعله البطلان: هي جهاله الثمن، حيث أن جزءً من الثمن واقع في مقابل شيء لا مالىه له عرفاً أو شرعاً، وبالتالي يعدّ ما يبذل في مقابل المملوك مجهولاً مما يستلزم بطلان المعامله»(٣).

أقول: اللهم إلا- أن يقال: بتصحيح المعامله بالمصالحه بين الطرفين أو الرجوع إلى الأقل من القيم لأن الأصل بقاء مازاد منه على ملك صاحبه وقال الجدل رحمه الله: «لا يبعد البناء على الأخير»(٤)، لكنه قدس سره ذهب إلى بطلان في هذا الفرض وقال: «لو كان ما لا يملك مما لا

قيمه له في العاده أصلاً كما لو باعه بعض الكثافات مع ما يملكه أو باعه الشمس أو القمر مع شيء مملوك أو باعه شخصاً من الجن أو الملائكه مع عبد له ونحو ذلك، فالظاهر فساد البيع؛ إذ لا- يتعين شيء من الثمن بإزاء المملوك، ولا- يمكن جعل الجميع بإزائه؛ إذ هو غير

ص: ٤٣٣

١-١ . المكاسب ٣/٥٣٣.

٢-٢ . كما عليه السيد الخوئي في التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٣٤.

٣-٣ . العقد النضيد ٤/١٥٩.

٤-٤ . تبصره الفقهاء ٣/٣٧٧.

ما يقتضيه العقد ولم يقع العقد عليه»(١).

«ولو كان للانضمام مدخله في تفاوت القيمة جرى فيه أيضا ما مرّ»(٢) في المسألة الثالثة فلا نعيد.

### طريق معرفه قيمه غير المملوك

قال العلامة الجَدَّ الشيخ محمَّد تقي صاحب الهدايه: «ثم إنهم ذكروا هنا في تقويم غير المملوك أنه يقوم الحرّ على الوصف الذي هو عليه لو كان رقًا، ويرجع في الخمر والخنزير إلى قيمتهما عند مستحليهما، فيستعلم قيمتهما عندهم بما يثبت به القيمة في غير هذا المقام من شهاده عدلين مطلعين على قيمته عندهم أو أخبار جماعه يعلم عادةً عدم تواطئهم على الكذب أو بأخبار بعضهم إذا انضمَّ إليه من القرائن ما يفيد العلم بصدقه»(٣).

أقول: قال سيّد الرياض: «... لاشرط عداله المقوم كما قالوه»(٤) اعتبار العداله في "المقوم مشكلٌ مطلقا وفي المقام أشكال فلا بأس بالخبرويه وإحراز عدم كذبه ولو بالقرائن العاديه والعرفيه وبما ذكرنا ظهر وجه الإشكال في كلام ثانى الشهيدين حيث يقول: «وأما الخمر والخنزير فيرجع فيهما إلى قيمتهما عند مستحليهما، لا بمعنى قبول قولهم في القيمة، لاشرط عداله المقوم، بل يمكن فرضه في تقويم عدلين قد أسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما، أو مطلعين على قيمتهما عندهم، لكثرة المخالطه لهم وعدم احتشامهم فيهما. ولو قيل بقبول أخبار جماعه منهم كثيره يؤمن اجتماعهم على الكذب، ويحصل بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم، أمكن»(٥).

مضافا إلى أن دون الوصول إلى «عدلين قد أسلما عن كفر يشتمل على استحلالهما

ص: ٤٣٤

١-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٧٨؛ ثانيها.

٢-٢ . تبصره الفقهاء ٣/٣٧٦.

٣-٣ . تبصره الفقهاء ٣/٣٧٦.

٤-٤ . رياض المسائل ٨/٢٣٢.

٥-٥ . المسالك ٣/١٦٣.

أو مَطلعين على قيمتهما عندهم لكثرة المخالطه لهم»(١) خرط للقتاد.

وثالثه: اعتبار «الظن الغالب المقارب للعلم»(٢) في الموضوعات الصرفه، والتقويم منها محلّ منع وإشكال(٣)، اللهم لو قال الشهيد الثاني رحمه الله به في جميعها، مع ما فيه.

ورابعه: «الرجوع في قيمه الخمر والخنزير إلى مستحليه إنّما يتم إذا لم يكن مقوّمًا عند فساق المسلمين، أمّا إذا كان مقوّمًا عندهم جاريا في معاملاتهم كما هو الحال في الخمر في بعض البلدان فلا حاجة إلى الرجوع إليهم، بل لا وجه إذا اختلفت قيمته عندهم لما يقوم به عند الكفّار.

وكون ذلك ممّا لا- قيمه له في الشريعة لا يقضى بانتفاء القيمة العرفيه، فإنّ المعاملات إنّما تجرى على مجرى العادات. وكأنّ كلامهم في المقام محمول على الغالب، وإلّا فالمتّجه حينئذ الرجوع إلى قيمته عندهم؛ لابتناء العقد حينئذ على ذلك، فلا حاجة إلى الرجوع إلى غيرهم، بل لا وجه له مع اختلاف قيمته عندهم لما عندنا»(٤).

وخامسه: «ما ذكره من تقويم الحرّ عبدا متّجه إذا بيع على أنّه رق فتبيّن حرًّا، وأمّا لو بيع على أنّه حرّ لم يتجه فرض كونه رقًا... لأنّ يفرض في تقويمه ما ليس فيه.

إلّا أن يقال: إنّ التقويم مبنّى على ذلك، إذ لا قيمه للحرّ فلو لا فرضه رقًا لم يقوم في العاده»(٥).

وسادسه: قال الفاضل النراقى في المستند: «ولا يخفى أن تقويم الخمر والخنزير عند مستحليهما إنّما هو عند علم المتبايعين بكونه خمرا أو خنزيرا، أمّا مع ظنّ كونهما خلّا أو شاه فيقوم مثله لو كان شاهًا أو خلّا على ما هو من الأوصاف، ويقع الإشكال فيما لم

ص: ٤٣٥

١-١ . المسالك ٣/١٦٣.

٢-٢ . المسالك ٣/١٦٣.

٣-٣ . كما يظهر من العلامة الجدّ في تبصره الفقهاء ٣/٣٧٦.

٤-٤ . تبصره الفقهاء ٣/٣٧٨.

٥-٥ . تبصره الفقهاء ٣/٣٧٧.

يكن اتحاد الأوصاف» (١).

وكذلك قال العلامة الجَدِّ رحمه الله : «إنَّ ما ذكر من تقويم الخمر والخنزير عند مستحليه إنما يتم إذا بيع على أنه خمر أو خنزير، وأمّا لو بيع الخمر على أنه خلّ مثلاً - أو الخنزير على أنه شاه أو بقر فالظاهر تقويم الخمر خلّاً - والخنزير شاه أو بقر؛ إذ الثمن إنما بذل على ذلك،

فلا وجه لتقويمه خمرا أو خنزيرا.

والظاهر أنّ المفروض في كلام الأصحاب هو الأوّل، ولذا اعتبروا قيمه على ما ذكره» (٢).

وتعرض الشيخ الأعظم لهذا الاشكال وقال: «ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتيهما إذا باع الخنزير بعنوان أنها شاه، والخمر بعنوان أنها خلّ فبان الخلاف بل جزم بعضنا هنا بوجوب تقويمهما قيمه الخلّ والشاه كالحرّ» (٣).

إلى هنا تمّ البحث حول مسائل بيع الفضولى وما يلحق بها وبه تمّ الجزء الثالث من قسم البيع من كتابنا «الآراء الفقهية» فى ذكرى ليله استشهاد الإمام محمّد بن على بن الحسين باقر العلوم - سلام الله عليهم أجمعين - السابع من ذى الحجة الحرام سنة ١٤٣٤ على يد مؤلّفه العبد هادى النجفى ببلده إصفهان صانها الله تعالى عن الحدثان.

والحمد لله أولاً - وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى الله على سيّدنا محمّد وآله الأئمة الهداه الطيبين الطاهرين المعصومين لا سيّما خاتمهم الإمام المنتظر الحجة الثاني عشر المهدي - عجل الله تعالى فرجه - .

ص: ٤٣٦

١-٦ . مستند الشيعة ١٤/٣٠٠.

٢-١ . تبصره الفقهاء ٣/٣٧٨.

٣-٢ . المكاسب ٣/٥٣٤.



سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور : الآراء الفقهیه: قسم البیع / تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری : ۴۴۸ ص.: نمونه.

شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۶۰۲-۹۲۹۰۲-۸-۴

وضعیت فهرست نویسی : فیا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیر نویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/ن ۳۶۳ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱



## تقريف شيخ المراجع

آيه الله العظمى الشيخ لطف الله الصافي الكلبايكاني - مدظله العالى -

ص: ٣

تاريخ إنهاء الجزء السابع من كتاب «الآراء الفقهية» لمنصّد عقوده ومُنشيه، ومحرّر متونهِ وحواشيه، سماحه آية الله الفقيه المحقّق الشيخ هادي النجفي - دام ظلّه - من نظم فضيله العلامة القدير المحقّق الحجة الشاعر المُفلق السيّد عبدالستار الحسنى البغدادى - دام ظلّه - :

الحمدُ لله الذى جعل الآراء الفقهية مضمّاراً لتحرير ثمار مِدارِك الأحكام، والصلاة والسلام على خيرته من خلقه محمّد وآله سادات الأئمة.

وبعد: فقد أطلعني مُتفضلاً مولانا سماحه آية الله، الفقيه المُحقّق والمجتهد (1)

ص: ٤

١-١. أجازهُ كلُّ من الفقهاء الأعلام التاليه أسماؤهم بالاجتهاد المطلق وهم: ١. والده العلامة آية الله الشيخ مهدي غياث الدين النجفي قدس سره (١٣٥٥-١٤٢٢) ثلاثة من تلاميذ المؤسس آية الله العظمى الشيخ عبدالكريم الحائري اليزدي قدس سره وهم: ٢. آية الله العظمى الحاج آقا الشيخ رضا المدنى الكاشانى (١٣٢١-١٤١٢) ٣. آية الله المعظم السيّد مصطفى الصفائى الخوانسارى (١٣٢١-١٤١٣) ٤. آية الله المحقّق الحاج الشيخ محمّد باقر الكمرئى (ح ١٣٢١-١٤١٦) واثنان من فقهاء أصفهان الخريجان من النجف الأشرف وهما: ٥. المرجع الدينى آية الله العظمى الشيخ محمّد تقى المجلسى (١٣٤٨- معاصر) ٦. شيخ العلماء بمدينة أصفهان آية الله الشيخ مجتبى البهشى (ح ١٣٣٥- معاصر) وهذا غير التقاريط الكثيره على هذا الكتاب المصرحه فيها باجتهاد مؤلفه المنشوره على موقعه الإلكتروني ALNAJAFI.IR. وكما وصفه المرجع الدينى الكبير آية الله العظمى الشيخ بشير النجفى - دام ظلّه - أحد كبار مراجع النجف الأشرف ب- «صفوه المجتهدين وحامل رايه الفقهاء المصطفين آية الله الشيخ هادي النجفى - دام عزّه -».

النحرير سليل الفقهاء الأَعْظَم، وَالبَحُورِ الخُضارم، العَلامَهِ النَّيْفِدِ المَسِيدِ بارِ، الأَسْتاذِ الشَّيخِ هادى آلِ أبى المجد النَّجْفى - دام ظِلُّهُ - على الجُزءِ السَّابعِ مِنَ مَوْسُوعَتِهِ (١) النَّفيسَةِ المِشْرَعَةِ بِحِوَاهِرِ الفَوَائِدِ الفَرائِدِ المَوْسُوعِيَّةِ ب- (الأراءِ الفِقهِيَّةِ)، فَالْفَيْتَةُ حاويا لِأُمَّاتِ (٢) المَطالِبِ الَّتى خاضَ سَماحَتُهُ غَمارَها، كَما فَرَعَ (٣) مِنَ الأراءِ السَّديدِ أَبكارَها، وَسارَ فى مَهيعِ لاجِبِ المَعالِمِ وَصاحِ الصُّوى، مُوفِيا بِالتَّبَعِ - فِما هُوَ بِسَبيْلِهِ - على الغايَةِ، وَمَنْ كُتِبَ لَهُ التَّوْفِيقُ - مِنَ المُحَصِّلِينَ - بِالإِطْلَاعِ عَلَى هذا العَلقِ الثَّمِينِ، شَهِدَ لِمُحَرَّرِ فُضُولِهِ، وَمُلْحَقِ فُرُوعِهِ بِأُصُولِهِ أَنَّهُ فى مَجالِ (استنباطِ الأحكامِ) وَالصِّيايِ فى مُعْتَرَكِ (النَّقْضِ وَالإِبرامِ): «لَقَوَى أَمِينٌ» (٤).

وَقد رَقَمْتُ هَذِهِ الطُّرُوسَ على نَحْوِ الإِبتِصارِ وَ الإِيجازِ؛ لِضَعْفِ الحالِ وَ اِحتِلالِ المِزاجِ، مُسْتَمِحا العُذْرَ مِنْ سَماحِهِ شَيْخنا الجليلِ فى عَدَمِ إيفاءِ البَيانِ حَقَّهُ لِمَا أَلْمَعْتُ إِلَيْهِ آنفا، وَبِحَسبى أَنْ يَكُونَ ماثِلُ شُعُورى شافِعاً لِشاخِصِ قُصُورى.

والسَّلَامُ مِسْكَ الخِتامِ.

ص: ٥

- ١-١ . استعملتُ عبارة (الموسوعه) مُجاراةً لِأَساليبِ المُتأخِرِينَ مَعَ أَنَّ التَّحقيقَ اللُّغَوِيَّ يَأباها فِما اصْطَلَحَ عَلَيْهِ العَصْرِيُّونَ.
- ٢-٢ . قال بعضُ أئمِّهِ اللُّغَةِ: إِنَّ الأُمَّماتِ لِلنَّاسِ، وَالْأُمَّماتِ لِغَيرِهِم وَقد يُستعملُ (الأُمَّماتِ) فى النَّاسِ أَيضاً.
- ٣-٣ . فَرَعَ: أَفْتَضَّ، وَالكلامُ مَبْنِيٌّ على الإِستِعارَةِ المَكْتَبَةِ.
- ٤-٤ . سورهِ النملِ / ٣٩.

وَزُنُ الْأَبْيَاتِ مِنَ (الكامل)

قَدْ أَتَحَفَ الْفُقَهَاءَ (هَادِنَا) إِلَى نَهْجِ الْهُدَى الْمُتَأَلَّقِ الْوَضَاءِ  
إِذْ زَفَّ مِنْ سِفْرِ الْبُحُوثِ الْمُخْتَوَى لُبَّ الْفَقَاهَةِ سَابِعَ الْأَجْزَاءِ  
أَعْظَمَ بِمِضْمَارٍ لَهُ بِمَسَائِلِ اسْتِدْلَالِهِ أَوْفَى عَلَى النَّظَرِ  
حَيْثُ اعْتَدَى لِذَوِي التَّبَعِ مَنَجْمًا جَلَّتْ (مَكَاسِبُهُ) عَنِ الْأَطْرَاءِ  
فِيهِ قَدْ انْبَجَسَتْ عُيُونُ مَعَارِفٍ بِمَعِينِهَا الْمُتَدَفِّقِ الْمِعْطَاءِ  
وَبِمَدِّهَا الْفِكْرُ الْأَصِيلُ قَدْ ارْتَوَى رِيًّا، وَأَثْرَى أَيَّمَا إِثْرَاءِ  
بِأَبِي عَلِيٍّ أَسْفَرَتْ صَفْحَاتُهُ بِفَرَائِدِ التَّحْقِيقِ مِثْلَ ذُكَاةٍ (١)  
وَتَبَلَّجَتْ بِالنُّورِ فِي إِشْرَاقِهَا أَحْكَامُ شِرْعِهِ أَحْمَدَ الْغَرَاءِ  
هُوَ عَيْلَمٌ (٢) جَمَعَ الْجَوَاهِرَ وَازْدَهَتْ فِيهِ (حَدَائِقُ) (رَوْضِهِ) غَنَاءِ  
أَفْصَى الْعَنَا قَدْ زَالَ مُذْ أَرَّخْتُهُ: «سِفْرُ أَضَاءَ بِأَمِيرِ الْأَرْأَاءِ»

(١-) (٣٤٠) + (٨٠٣) + (٦٠) + (٣٤)

١٤٣٦=١٤٣٧-٥١.ق

العبد الآبق الأقلُّ عبدالستار عفا عنه المليكَ الغفار

ص: ٦

١-١ . ذُكَاةٌ بضم الذال المعجمه: من أسماء الشمس.

٢-٢ . الْعَيْلَمُ بتقديم الياء على اللام: من أسماء البحر.

فَصْلُ: الولايات

اشاره

ص: ٧

البحث حول الولايات ينقسم في ثلاثة أجزاء:

١- ولاية الأب والجدّ

٢- ولاية الفقيه

٣- ولاية عدول المؤمنين

وكأنها تكون بجعل الشارع الأقدس بحيث لو لم يجعلها لا يجوز لهم التصرف في مال الغير وأُموره، فلنبحث حول هذه الأجزاء بالاستقلال وعليه تعالى الإتُّكال، والهداية إلى إصابته شاكِّله الصَّواب في جميع الأحوال.

ص: ٨



## الأول: الإنسان تاره يتصرف فى ماله مباشره، وأخرى يتصرف فى مال غيره

الأول: الإنسان تاره يتصرف فى ماله مباشره، وأخرى يتصرف فى مال غيره والتصرف فى مال الغير ينقسم إلى أقسام:

أ: يتصرف فى مال غيره بإذن مالكه من قبل التصرف وهذا يسمى الوكاله ونحوها.

ب: يتصرف فى مال غيره بإجازه مالكه اللاحقه من بعد التصرف وهذا يسمى الفضولى

ج: يتصرف فى مال غيره من دون الإذن السابق أو الإجازه اللاحقه بل من باب الولايه التى جعلها الشارع له فى هذا المال. وهذا الأخير هو بحثنا الحاضر أعنى الولايات.

## الثانى: الولايه فى اللغه

قال الخليل بن أحمد الفراهيدى: «ولى: الولايه: مصدرُ المُوَالاه، والولايه مصدر الوالى، والولاء: مصدر المُوَالَى.

والموالى: بنو العم... والموالى من أهل بيت النبى صلى الله عليه وآله مَنْ يحرم عليه الصدقه.

والموَالَى: المُعْتَق والحليف والولى.

والولى: ولى النعم. والموالاه: اتّخاذ المولى، والموالاه، أيضا: أن يولى بين رَمِيْتَيْن أو فعلين فى الأشياء كلها. وتقول: أصبته بثلاثه أسهم ولاءً [تقول] على الولاء أى:

وقال ابن فارس: «(ولى) الواو واللام والياء: أصلٌ صحيح يدلُّ على قرب. من ذلك الوَلِيُّ: القُرْب. يقال: تَبَاعَدَ بعدَ وُلِّي، أى قُرْب. وَجَلَسَ مِمَّا يَلِينِي، أى يُقَارِبُنِي. والوَلِيُّ: المَطْرُ يَجِيءُ بعدَ الوَسْمِيِّ، سَمِّيَ بذلكَ لِأَنَّهُ يَلِي الوَسْمِيَّ (٢).

ومن الباب المَوْلَى: المُعْتَقُ والمُعْتَقُ: والصَّاحِبُ، والحَلِيفُ، وابنُ العَمِّ، والنَّاصِرُ، والجَارُ؛ كُلُّ هؤُلاءِ من الوَلِيِّ وهو القُرْب. وكُلُّ مَنْ وُلِّيَ أَمْرًا آخَرَ فَهُوَ وُلِيُّهُ. وفلانٌ أُولَى بِكذا، [أى أَحْرَى بِهِ وَأَجْدَرُ. فَأَمَّا قَوْلُهُمْ فِي الشَّتَمِ: أُولَى لَكَ فَحَدَّثَنِي عَلَى بْنِ عَمْرِو قَالَ: سَمِعْتُ ثَعْلَبًا (٣)] يَقُولُ: أُولَى تَهْدُدُ وَوَعِيدٌ... والبابُ كُلُّهُ رَاجِعٌ إِلَى القُرْبِ» (٤).

وقال الزمخشري: «ول ي - وِلِيُّهُ وِلِيَا: دَنَا مِنْهُ، وَأَوْلِيَّتُهُ إِيَّاهُ: أَدْنَيْتُهُ. وَكُلُّ مِمَّا يَلِيكَ، وَجَلَسْتُ مِمَّا يَلِيهِ. وَسَقَطَ الوَلِيُّ وَهُوَ المَطْرُ الَّذِي يَلِي الوَسْمِيَّ.

وقد وُلِّيَتِ الأَرْضُ، وَهِيَ مَوْلِيَّتُهُ. وَوَلِيَ الأَمْرَ وَتَوَلَّاهُ، وَهُوَ وَوَلِيَّتُهُ وَمَوْلَاهُ، وَهُوَ وَلِيَ اليَتِيمَ وَوَلِيَ القَتِيلَ وَهُم أَوْلِيَاؤُهُ. وَوَلِيَ وِلَايَهُ. وَهُوَ وَالِي البَلَدِ وَهُم وِلَاتُهُ. وَرَحِمَ اللهُ تَعَالَى وُلاةَ العَدْلِ.

واستولى عليه. وهذا مَوْلَايَ: ابنُ عَمِّي، وَهُم مَوَالِيٌّ. وَمَوْلَايَ: سَيِّدِي وَعَبْدِي. وَمَوْلِيٌّ بَيْنَ الوِلَايَةِ: نَاصِرٌ. وَهُوَ أُولَى بِهِ. وَوَالَاهُ مَوَالَاهُ وَوَالِيَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ، وَهُمَا عَلَى الوِلَاةِ. وَتَقُولُ العَرَبُ: وَالِ غَنَمِكَ مِنْ غَنَمِي أَى اعزَّلَهَا وَمَيَّزَهَا، وَإِذَا كَانَتِ الغَنَمُ ضَانًا وَمِعزَّى، قِيلَ: وَالِهَا» (٥).

وقال ابن الأثير: «(ولا) فى أسماء الله تعالى «الوَلِيُّ» هو النَّاصِرُ. وقيل: المُتَوَلَّى لِأُمُورِ العَالَمِ وَالخَلَائِقِ القَائِمِ بِهَا.

ص: ١٠

١-١ . كتاب العين ١٠٦٨/.

٢-٢ . الوسميُّ: مَطْرٌ أَوَّلِ الرِّبْعِ. راجع لسان العرب ١٢/٦٣٦.

٣-٣ . التكملة من المجلد.

٤-٤ . معجم مقاييس اللغة ١٤١/٦ و ١٤٢.

٥-٥ . أساس البلاغة ٥٠٩/.

ومن أسمائه - عز وجل - «الوالي» وهو مالك الأشياء جميعها، المتصرف فيه. وكان الولايه تُشعر بالتدبير والقدره والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الوالي. (١)

... وقد تكرر ذكر «المولى» في الحديث، وهو اسم يقع على جماعه كثيره، فهو الرب، والمالك، والسيد، المنعم، والمعتق، والناصر، والمحب، والتابع، والجار، وابن العم، والحليف، والعقيد، والصهر، والعبد، والمعتق والمنعم عليه. وأكثرها قد جاءت في الحديث، فيضاف كل واحد إلى ما يقتضيه الحديث الوارد فيه. وكل من ولي أمرا أو قام به فهو مولاة ووليته. وقد تختلف مصادر هذه الأسماء. فالولايه بالفتح، في النسب والنصره والمعتق. والولايه بالكسر، في الإمارة. والولاء، المعتق والموالاة من والى القوم.

ومنه الحديث «من كنت مولاة فعلى مولاة» يُحمل (٢) على أكثر الأسماء المذكوره.

قال الشافعي - رضى الله عنه - : يعنى بذلك ولأء الإسلام، كقوله تعالى: «ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ» (٣).

وقول عمر لعلى «أصبحت مولى كل مؤمن» أى ولي كل مؤمن.

وقيل: سبب ذلك أن أسامه قال لعلى: لست مولاى، إنما مولاى رسول الله صلى الله عليه وآله ، فقال صلى الله عليه وآله : «من كنت مولاة فعلى مولاة» (٤).

أقول: وهذا باطل لا مقبل له من الصحة. والصحيح أن ذلك بأمر من الله تعالى و «المولى» مُشترَك مَعْنَوِيٌّ وَلَيْسَ مُشْتَرَكًا لَفْظِيًّا على التحقيق.

وقد اعترف أبو الثناء الألوسى (ت ١٢٧٠ق) مع مكابرتة حتى فى البديهيّات أنّ

ص: ١١

١-١ . النهاية فى غريب الحديث والأثر ٥/٢٢٧.

٢-٢ . فى الهروى: «قال أبو العباس: أى من أحببى وتولانى فليتولّه. وقال ابن الأعرابى: الولي: التابع المُحب».

٣-٣ . سورة محمد ١١/.

٤-٤ . النهاية فى غريب الحديث والأثر ٥/٢٢٨.

«المولى» يأتي بمعنى «الأولى» قال في «روح المعاني»: «مولاهم» (١): أى مالكمهم الذى يلى أمورهم على الإطلاق» (٢).

وقال الراغب: «ولى: الولاء والتوالى أن يحصل شئان فصاعداً حُصُولاً ليس بينهما ما ليس منهما، ويُستعار ذلك للقرب من حيث المكان ومن حيث النسبة ومن حيث الدين ومن حيث الصداقه والنصرة والاعتقاد، والولاية النصرية، والولاية تولى الأمر، وقيل الولاية والولاية نحو الدلالة والدلالة، وحقيقتة تولى الأمر.

وَالْوَلِيُّ وَالْمَوْلَى يُشْتَعْلَمَانِ فِي ذَلِكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَالُ فِي مَعْنَى الْفَاعِلِ أَى الْمَوْلَى، وَفِي مَعْنَى الْمَفْعُولِ أَى الْمَوْلَى، يُقَالُ لِلْمُؤْمِنِ هُوَ وَوَلِيُّ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - وَلَمْ يَرِدْ مَوْلَاهُ، وَقَدْ يُقَالُ: اللَّهُ تَعَالَى وَوَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ وَمَوْلَاهُمْ» (٣).

وقال الفيومي: «الولى: مثل فليس القرب وفي الفعل لغتان أكثرهما (وليّه) (بليّه) بكسرتين والثانية من ياب وعيد وهي قلبه الاشتغال وجلست مما (بليّه) أى يقاربهُ وقيل (الولى) حصول الثاني بعيد الأهل من غير فضلٍ و (وليت) الأمر (أليه) بكسرتين (ولاية) بالكسيرة (توليتّه) و (وليت) البلد وعليه و (وليت) على الصبي والمرأة فالفاعل (وال) والجمع (ولاء) والصبي والمرأة (مولى) عليه والأهل على مفعولٍ و (الولاية) بالفتح والكسيرة النصرية و (استولى) عليه غلب عليه وتمكن منه و (المولى) الناصر و (الموالاه) و (المولى) ابن العم و (المولى) العصبه و (المولى) الناصر و (المولى) الحليف وهو الذى يقال له (مولى الموالاه) و (المولى) المعتق وهو (مولى النعمه) و (المولى) العتيق وهم (مولى) بنى هاشم أى عتقاؤهم و (الولاء) النصرية لكنه خص في الشرع (بوالاه) العتق و (وليتّه) (توليه) جعلته واليا ومنه يتبع (التوليه) و (والاه) (موالاه) و (ولاه) من ياب قاتل تابعه و (توات) الأخبار تتابعت و (الولى) فعيل بمعنى فاعلٍ من (وليّه) إذا قام به ومنه «الله ولى»

ص: ١٢

١-١ . سورة الأنعام / ٦٢.

٢-٢ . روح المعاني ٧/٢٣٠ من الطبعة الحديثه و ٧/١٧٧ من الطبعة القديمه.

٣-٣ . المفردات / ٥٧٠.

وقال ابن منظور: «ولى: ... ابن سيده: وَلَى الشىءَ وَوَلَى عَلَيْهِ وَوَلَايَةٌ وَوَلَايَةٌ، وقيل: الْوَلَايَةُ الْحُطَّةُ كَالْإِمَارَةِ، وَالْوَلَايَةُ الْمَصْدَرُ. ابن السكيت: الْوَلَايَةُ، بِالْكَسْرِ، السُّلْطَانُ، وَالْوَلَايَةُ وَالْوَلَايَةُ النَّصْرَةُ. ويقال: هُم عَلَى وَلَايَةٍ أَى مُجْتَمِعُونَ فِي النَّصْرِ. وقال سيبويه: الْوَلَايَةُ، بِالْفَتْحِ، الْمَصْدَرُ، وَالْوَلَايَةُ، بِالْكَسْرِ، الْاسْمُ مِثْلُ الْإِمَارَةِ وَالنَّقَابَةِ، لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا تَوَلَّيْتَهُ وَقُمَّتْ بِهِ فَإِذَا أَرَادُوا الْمَصْدَرَ فَتَحُوا.

... وقال الزَّجَّاجُ: يقرأ وَلَايَتِهِمْ وَوَلَايَتِهِمْ، بفتح الواو وكسرها، فمن فتح جعلها من النصره والنسب، قال: وَالْوَلَايَةُ الَّتِي بِمَنْزِلَةِ الْإِمَارَةِ مَكْسُورَةٌ لِيَفْصَلَ بَيْنَ الْمَعْنَيْنِ، وَقَدْ يَجُوزُ كَسْرُ الْوَلَايَةِ لِأَنَّ فِي تَوَلَّى بَعْضَ الْقَوْمِ بَعْضًا جِنْسًا مِنَ الصَّنَاعَةِ وَالْعَمَلِ، وَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ جِنْسِ الصَّنَاعَةِ نَحْوَ الْقِصَارَةِ وَالْخِيَاطَةِ فَهِيَ مَكْسُورَةٌ. قال: وَالْوَلَايَةُ عَلَى الْإِيمَانِ وَاجِبَةٌ، الْمُؤْمِنُونَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ، وَوَلَّى بَيْنَ الْوَلَايَةِ وَوَالٍ بَيْنَ الْوَلَايَةِ.

... وروى ابن سيِّدٍ عن يونس قال: الْمَوْلَى لَهُ مَوَاضِعٌ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ: مِنْهَا الْمَوْلَى فِي الدِّينِ وَهُوَ الْوَلِيُّ وَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ؛ أَى لَا وَلِيَّ لَهُمْ، وَمِنْهُ قَوْلُ سَيِّدِنَا رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: مَنْ كُنْتُ مَوْلَاهُ فَعَلِيٌّ مَوْلَاهُ أَى مَنْ كُنْتُ وَلِيَّهُ.

... وروى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، قَالَ: مَنْ تَوَلَّانِي فَلْيَتَوَلَّ عَلِيًّا؛ مَعْنَاهُ مَنْ نَصَرَ نِيَّ فَلْيَنْصُرْهُ... وَقَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: اللَّهُمَّ وَالِّ مَنْ وَالَاهُ أَى أَحْبِبْ مَنْ أَحَبَّهُ وَانصُرْ مَنْ نَصَرَهُ»(٢).

وقال الطريحي: «قوله: «أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ» يَعْنِي أَحَقَّهُمْ بِهِ وَأَقْرَبُهُمْ مِنْهُ مِنَ الْوَلِيِّ وَهُوَ الْقَرَبُ... وَالْوَلَايَةُ أَيْضًا النَّصْرَةُ وَبِالْكَسْرِ الْأَمَارَةُ مَصْدَرٌ وَلِيَّتٌ وَيُقَالُ: هُمَا لَغْتَانٌ بِمَعْنَى الدُّوَلَةِ... وَفِيهِ بُنِيَ الْإِسْلَامُ عَلَى خَمْسٍ مِنْهَا الْوَلَايَةُ الْوَلَايَةُ بِالْفَتْحِ مَحَبَّةُ أَهْلِ الْبَيْتِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَاتِّبَاعُهُمْ فِي الدِّينِ وَامْتِثَالُ أَوْامِرِهِمْ وَنَوَاهِيهِمْ وَالتَّاسِيَّ بِهِمْ فِي الْأَعْمَالِ

ص: ١٣

١-١. المصباح المنير / ٦٧٢.

٢-٢. لسان العرب / ١٥/٤٠٧ و ٤٠٨ و ٤٠٩.

والأخلاق وأمرًا معرفه حقهم واعتقاد الإمامه فيهم فذلك من أصول الدين لا من الفروع العمليه والولي من أسمائه تعالى وهو الناصر ينصر عباده المؤمنين، وقيل: المتولي لأُمور العالم والخلایق القائم بها وأصل الكلمه من الولي وهو القرب»(١).

### الثالث: الولاية في مصطلحها الفقهي

الولاية - بكسر الواو - في المصطلح الفقهي عباره عن السلطه على الغير أو تنفيذ القول على الغير أو، التصرف في الأنفس أو الأموال أو كلاهما بحكم العقل أو الشرع بالإصالة أو بالعرض.

والمراد بالولاية الأصليه هي الولاية المجعوله العقليه أو الشرعيه لشخص خاص نحو ولاية الأب والجَد، والمراد بالولاية العرضيه هي الولاية التي تنتقل من شخص إلى آخر نحو ولاية الوصي والقيم من جانب الأب أو الجد»(٢).

### الرابع: مقتضى الأصل في الولاية

الأصل الأوّلي عدم ولاية أحد على أحد وعدم نفوذ حكمه فيه، فإنّ الناس خُلِقوا أحرارا وهم بحسب الخلقه والفطره مسلّطون على أنفسهم وأموالهم. فالتصرف في شؤونهم وأموالهم يكون مخالفا لهذا الأصل الأوّلي.

وفي رساله أميرالمؤمنين عليه السلام لنجله الإمام الحسن عليه السلام ورد: «لا تكن عبد غيرك وقد جعلك الله حراً»(٣).

ولذاقال الشيخ الأعظم: «مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد»(٤).

### الخامس: قبل ورود في البحث لابد من نقل مقال المحقق النائيني ونقده:

#### إشاره

ص: ١٤

١-١ . مجمع البحرين / ٩٧ و ٩٨ من الطبعه الحجريه.

٢-٢ . راجع في هذا المجال: بلغه الفقيه ٣/٢١٠، التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٥٦، الحاكميه في الإسلام / ١٧٤.

٣-٣ . نهج البلاغه، الكتاب ٣١.

٤-٤ . المكاسب ٣/٥٤٦.

اشاره

قال قدس سره في دورته الأولى: «هذه المسأله من فروع مسأله شروط المتعاقدين، حيث قال: ومن شروطهما: أن يكونا مالكين، أو المأذونين من المالك أو الشارع، فالمأذون من المالك هو الوكيل، والمأذون من الشارع هو من له الولاية على التصرف في مال الغير، والولاية على أقسام:

قسم منها ذاتي، ويعبر عنه بالإجباري، وهو ولاية الأب والجد على [الصغير و] اليتيم وماله، وثبوتها لهما في الجملة ضروري يطلع عليه المتتبع في الأبواب المتفرقة.

ففي باب الوصية: ينفذ إذن الوالد في المضاربه بمال ولده الصغير بحيث لا ضمان على المأذون.

وفي باب الحجر: ولي الطفل قبل البلوغ والمتصرف في ماله هو الأب والجد.

وفي باب النكاح: ينفذ عقد الأب والجد على الصغير.

وقسم منها مجعول بجعل شرعي تعبدى: كولاية الحاكم.

وقسم منها مجعول بجعل خلقى: كولاية القيم من قبل الأب والجد بعد موتها على الصغير»(1).

**ويرد عليه: الولاية الذاتية مختصه بذات ذى الجلال والإكرام ولا تكون إلا له**

ويرد عليه(2): الولاية الذاتية مختصه بذات ذى الجلال والإكرام ولا تكون إلا له تعالى ومنحصره بذاته سبحانه، وأما ولاية الأب والجد فمجعوله بجعل شرعي ولكن موضوعها ذاتي لأن الأبوة والبنوة ذاتيتان تكوينيتان وغير مجعولتين. ولا فرق بين الولايات الثلاث في أنها مجعوله بجعل شرعي من قبل الشارع الأقدس.

ولعل المحقق النائيني رحمه الله التفت إلى هذا الإشكال وعدل عن مقالته وقال في دورته الثانية من بحث البيع: «... إن الأولياء المتصرفين في الأمور الراجعة إلى القاصرين طوائف مترتبة لا يجوز للمتأخر منهم التصرف مع وجود المتقدم الأولى الأب والجد ولا إشكال

ص: ١٥

١-١. منيه الطالب ٢/٢٢٥ و ٢٢٦.

٢-٢. المورد هو الاستاذ المحقق - مد ظله - في العقد النضيد ٤/١٦٢.

فى ولايتهما على الصبى والمجنون فى الجملة وأن ولايتهما تكون بجعل إلهى فىكون كل واحد منهما ولياً إجبارياً من قبل الشارح»(١).

أقول: لعل مراد الثائنى من الذاتى لىس فى مقابل غير الذاتى فى باب الإيساغوجى بل مراده من الذاتى هو الإجبارى أى اللزومى كما فسرّه كذلك.

يمكن أن نستنتج من هذا التمهيد أموراً:

أ: الأصل الأوىلى عدم ثبوت ولاية أحدٍ على أحد، فبالنتيجة الولاية تحتاج إلى دليل قطعى حتى تثبت.

ب: الولايات كلها بجعل شرعى إلا ولاية الله تعالى فإنها ذاتية لأنه - عز وجل - خالق للكون والخالق والرب هو الولى.

ج: الولايات بعضها فى طول بعض مثلاً مع وجود الأب أو الجد لا تثبت للفقهاء الولاية على أموال الأيتام والقصر. ومع وجود الفقيه لا تثبت الولاية لعدول المؤمنين.

ص: ١٦



إشاره

استدلّ الشيخ الأعظم (١) في إثبات ولاية الأب والجَدّ بأدله ثلاثه:

الدليل الأول: الإجماع

الوارد في كلمات القوم نحو الشيخ في وكاله الخلاف (٢) والمبسوط (٣)، وحكى (٤) من منتهى المطلب (٥) للعلامة، والأردبيلي في مجمع الفائدة (٦) وسيدى الرياض (٧) والمفتاح (٨).

وفيه: ثبوت الإجماع حتّى المَحْضَل منه في المقام مسلّم بل المسأله من ضروريات الفقه (٩) ولكن احتمال المدركيته يسقطه عن الاعتبار، لإمكان استناد المجمعين إلى الروايات الواردة في المقام.

الدليل الثاني: الروايات المستفيضة

إشاره

في الأبواب المختلفه من الفقه نحو:

باب أنّ من أتجر بمال الطفل وكان ولياً له استحب له تزكيتة... (١٠).

ص: ١٧

- ١-١ . المكاسب ٣/٥٣٥.
- ٢-٢ . الخلاف ٢/٣٨١.
- ٣-٣ . المبسوط ٣/٣٤٦.
- ٤-٤ . الحاكي هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٦٥.
- ٥-٥ . منتهى المطلب ٨/٢٦.
- ٦-٦ . مجمع الفائدة والبرهان ٨/١٥٧.
- ٧-٧ . رياض المسائل ٨/٢٢٠.
- ٨-٨ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٧٠.
- ٩-٩ . كما في التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٣٦.
- ١٠-١٠ . وسائل الشيعه ٩/٨٧، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه.

باب حكم الأخذ من مال الولد والأب. (١)

باب جواز تقويم الأب جاريه البنت والإبن الصغيرين ووطنها بالملك إذا لم يكن وطأها الإبن. (٢)

باب جواز بيع الولي كالأب والجدّ للأب مال اليتيم وجواريه مع المصلحه وإن لم يوص إليه وجواز شراء منه. (٣)

باب ثبوت الحجر عن التصرف فى المال على الصغير والمجنون والسفيه حتى تزول عنهم الموانع. (٤)

باب أن من أذن لوصيته فى المضاربه بمال ولده الصغار من غير ضمان جاز له ذلك ولم يضمن. (٥)

باب ثبوت الولاية للأب والجدّ للأب خاصه مع وجود الأب لا غيرهما على البنت غير البالغه الرشیده وكذا الصبى. (٦)

باب ثبوت الولاية للجدّ للأب فى حياه الأب خاصه على الصغيره فإن زوّجها صح عقد السابق وإن اقترنا صحّ عقد الجدّ. (٧)

باب أنه لا يجوز للرجل أن يطأ جاريه ولده إلا أن يملكها أو يحللها له مالکها مع عدم وطء الولد لها، وأنه يجوز أن يقوم أمه ولده الصغير ويشترىها ويطأها. (٨)

ص: ١٨

- 
- ١-١ . وسائل الشيعه ١٧/٢٦٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.
  - ٢-٢ . وسائل الشيعه ١٧/٢٦٧، الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به.
  - ٣-٣ . وسائل الشيعه ١٧/٣٦١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.
  - ٤-٤ . وسائل الشيعه ١٨/٤٠٩، الباب ١ من أبواب كتاب الحجر.
  - ٥-٥ . وسائل الشيعه ١٩/٤٢٧، الباب ٩٢ من أبواب كتاب الوصايا.
  - ٦-٦ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٧٥، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.
  - ٧-٧ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٨٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.
  - ٨-٨ . وسائل الشيعه ٢١/١٤٠، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

قال قدس سره: «إلاّ أنّ الأخبار المذكوره ليس عنوانها نفوذ معاملات الأب فى حقّ ابنه، وإنّما عنوانها جواز استيلاء الأب على مال ابنه وأكله منه وتصرفه فيه استقلالاً تصرف الملاك فى أملاكهم، لا التصرف فيه لأجل ابنه بعنوان الولاية عليه، بل مورد كثير من الأخبار هو تصرف الأب فى مال ولده البالغ ومساقها مساق آيه لا جناح عليكم: «أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ» (١) إلى آخر الآيه.

وفى بعض تلك الأخبار التعليل بقول رسول الله صلى الله عليه وآله لرجل: «أنت ومالك لأبيك» (٢)، وفى جملة من الأخبار تقييد جواز الأكل بصوره الاضطرار والحاجه، وقد حملت هذه الأخبار على الأخذ بمقدار النفقه الواجبه على الولد، وفى روايه ابن سنان (٣) المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه بأحسن النفقه فتكون هذه الروايه شاهده على الحمل المذكور.

وعلى كلّ حال الأخبار أجنبيّه عمّا هو المدعى فى المقام، والتمسك بفحواها للمقام موقوف على العمل بإطلاقها فى موردها وعدم حملها على ما ذكرناه من المحمل (٤).

أقول: يرد عليه: أولاً: بأنّ الروايات الوارده فى المقام لا تختص بما ذكره المحقق الإيروانى فقط؛ لأنّ وجود هذا المحمل فى هاتين الروايتين وارد ولكن قد ذكرنا لك تسعه أبواب من الروايات فى المقام ومحمله لا تجرى فيها. (٥)

وثانيا: ولاية الأب والجدّ تكون أمراً عرفياً طبيعياً حاصللاً فى جميع الملل (٦).

ص: ١٩

١-١ . سورة النور /٦١.

٢-٢ . وسائل الشيعة ١٧/٢٦٢، ح ١، صحيحه محمّد بن مسلم.

٣-٣ . وسائل الشيعة ١٧/٢٦٣، ح ٣، صحيحه أو حسنه عبد الله بن سنان.

٤-٤ . حاشه المكاسب ٢/٣٦٢.

٥-٥ . راجع العقد النضيد ٤/١٦٤.

٦-٦ . كما عليه الفقيه الشريعتمدارى فى تقرير أبحاثه ٤/١٥.

والتَّحَلُّ بل السيره العقلانيه قائمه عليها كما سيأتي لاحقاً، فما ورد من الروايات المستفيضه الداله عليها يستفاد منها إمضاء الشارع فقط دون التأسيس ولذا لم ترد آيه أو روايه مستقله داله عليها على نحو التنصيص والتصريح والاستقلال لعدم الحاجه إلى تأسيسها وإثباتها شرعاً.

### الدليل الثالث: فحوى سلطنتهما على بُضعِ البنت في باب النكاح

(١)

بتقريب: إنَّ بضع البنت أهمّ من أموالها فإذا ثبت للأب والجدّ الولايه على بضعها ونكاحها فبالأولويه القطعيه تثبت لهما الولايه على أموالها.

لا يقال: ناقش الشيخ الأعظم في الاستدلال على صحه بيع الفضولي بفحوى الروايات الداله على صحه نكاح الفضولي كما مرّت مناقشته في هذا الكتاب (٢)، وقال: «امضاء العقود الماليه يستلزم إمضاء النكاح دون العكس» (٣). فهذه المناقشه بعينها تجرى في المقام، وفحوى سلطنتهما على بضع البنت لا تثبت ولايتهما على أموالها.

لأننا نقول: أولاً: مرّ جوابنا عن مناقشه الشيخ الأعظم قدس سره فراجع ما حررناه هناك (٤) فالمناقشه مردوده عندنا حتّى بالنسبه إلى بيع الفضولي.

ثانياً: إنَّ الشارع إذا جعل الولايه للأب والجدّ في تزويج البنت، وهذا التزويج هو تصرف وتسليط على أهمّ شؤونها وربّما يطوّل أمدا بعيداً أو مادامت الحياه، فبطريق أولى يجعل الشارع الولايه لهما في التصرف والتسليط على أموالها التي ليست بهذه الأهميّه ولم تكن مادامت الحياه أو أمدا بعيداً. «وهذه الأولويه ملحوظه في مقام الجعل والتسيب لا في مقام العمل بعد وقوعه كما في الأولويه في باب الفضولي» (٥).

وثالثاً: المناقشه تجرى «فيما إذا تحقّق في الخارج نكاح فضولي وبيع فضولي أو

ص: ٢٠

١-١ . المكاسب ٣/٥٣٥.

٢-٢ . الآراء الفقهيّه ٥/٢٠٥.

٣-٣ . المكاسب ٣/٣٥٨.

٤-٤ . الآراء الفقهيّه ٥/٢٠٦ وما بعدها.

٥-٥ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٣٧.

فرض تحقّقهما، فالحكم بصحّه الأوّل لا- يدلّ بالفحوى على الحكم بصحّه الثانى، وأمّا جعل الولاية للأب والجدّ على إيجاد نكاح البنت وإنشائه ابتداءً، فهو يستلزم ولايته على التصرف فى أموالها بالأولوية بلا إشكال، فلا يقاس أحد المقامين بالآخر»(١).

## الدليل الرابع: السيره العقلانيه

### اشاره

السييره القطعيه العقلانيه جاريه فى الأزمه والأمكنه والأعصار والأمصار على اختلاف مللهم ونحلهم على جواز تصرفات الأب والجدّ فى أموال أولادهما وثبوت الولاية لهما عليها ولم يثبت ردع شرعى عنها بل ورد إمضاءها فى الشريعه المقدسه بالروايات المستفيضه الوارده فى الأبواب التسعه الماضيه.

بتقريب آخر: «عملُ العرف وطبعُ النَّاسِ فى جوازِ ولايتهما على الطّفل حيث أنّهما يُسلّطانِ على الطّفل بالطّبعِ ويتصرّفانِ فى ماله أيضا بالطّبعِ ولذا لا تختصّ هذه المسأله بالإسلام بل كانت حاصله فى جميع الملل والنحل.

وحيث كانت المسأله أمرا عرفيا طبيعيا حاصله فى جميع الملل، ليس لأصل المسأله دليلٌ مستقيمٌ فلم ترد روايه أو آيه دالّه على ولاية الأب والجدّ مستقيما لعدم الحاجه إلى إثباتها. نعم: وردت رواياتٌ فى الأبواب المختلفه يُستفاد منها إمضاء الشّارع ولاية الأب والجدّ»(٢).

وهذا الدليل غير مذكور فى كلام الشيخ الأعظم ولكنّه قطب رحي الولاية لهما ولذا ذكرته بتقريبين والحمد لله.

### ثم إن هنا مسائل لا بد من البحث حولها:

## المسأله الأولى: عدم اعتبار العدالة فى ولايتهما

### اشاره

ذهب المشهور(٣) من أصحابنا - قدس الله أسرارهم - إلى عدم اعتبار العدالة فى

ص: ٢١

١- ١. محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/٨.

٢- ٢. تقرير أبحاث الفقيه الشريعتمدارى ٤/١٥.

٣- ٣. المكاسب ٣/٥٣٥.

ولايه الأب والجدّ ولكن خالفهم ابن حمزه في الوسيله (١) وفخر المحققين في الإيضاح (٢).

واستدلّ الشيخ الأعظم على ما ذهب إليه المشهور من عدم اعتبار العدالة بأدله ثلاثه.

### الدليل الأوّل: الإجماع

الإجماع المدعى في كلام العلامة حيث يقول: «الفسق لا يسلب ولايه النكاح عند علمائنا أجمع، فللفاسق أن يزوّج ابنته الصالحه البالغه بإذنها والصغيره والمجنونه مطلقا وبه قال مالك وأبو حنيفه والشافعي في أحد القولين وأحمد في إحدى الروايتين» (٣).

مضافا إلى إنّ الإجماع إذا كان موجودا في ولايه الأب الفاسق أو الجدّ كذلك على بضع البنت فبطريق الأولويه يكون موجودا في ولايتهما وإنّ كانا فاسقين على أموالها وإذا كان موجودا في الأموال كان موجودا في غيرها لعدم القول بالفصل.

ويرد عليه: أوّلاً: بأنّ هذا الإجماع منقول ولا يمكن تحصيله لعدم عنوان المسأله في كتب الأصحاب قديما.

وثانيا: يمكن أن يكون الإجماع مدرّكيا بحيث يستفاد من الأدله التي تاتي في المقام واحتمال المدرّكيه يسقطه عن الاعتبار.

وثالثا: قد عرفت وجود المخالف في المسأله وهما ابن حمزه وفخر المحققين ومع وجود المخالف كيف ينعقد الإجماع؟

### الدليل الثاني: الإطلاقات

الإطلاقات الوارده في الأبواب التسعه من الروايات المستفيضه التي مرّت بالإشاره إلى محلّها لعدم التفصيل فيها بين كون الأب أو الجدّ أو الولي المتصرّف عادلاً أو فاسقاً ولو كانت العدالة معتبره فلا بدّ من التنبيه عليها لا أقلّ في إحدى الروايات حال كونها كلّها خاليه عن هذا التقييد.

ص: ٢٢

١-١ . الوسيله ٢٧٩/ و ٣٧٣.

٢-٢ . إيضاح الفوائد ٢/٦٢٨.

٣-٣ . تذكرة الفقهاء ٢٣/٣٢١، مسأله ١٨٠؛ نقل عنه في مفتاح الكرامه ١٦/٨١.

أذكر لك نموذجاً منها:

معتبره أبي الربيع - خُلَيْد بن أوفى الشامي - قال: سئِل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيّه، أيصلح له أن يَعْمَلَ به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظراً له. (١)

وحسنه محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سئِل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أنّ أباهم قد أذن له في ذلك وهو حيّ. (٢)

وصحيحه أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون لبعثه جاريهٌ وولده صغاراً، هل يصلح أن يبطأها؟ فقال: يقومها قيمه عدل ثم يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها. (٣)

وصحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبيه يزوّجها أبوها ثم يموت وهي صغيره فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال: يجوز عليها تزويج أبيها. (٤)

وصحيحه علي بن رثاب قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى وبينه قرابه مات وترك أولادا صغاراً، وترك مماليك له غلماناً وجواري ولم يوص، فماترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد؟ وماترى في بيعهم؟ فقال: إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى في من يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد؟ قال: لا بأس إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا عمّا صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم. (٥)

ص: ٢٣

- ١-١ . وسائل الشيعه، ٩/٨٩، ح ٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه.
- ٢-٢ . وسائل الشيعه ١٩/٤٢٧، ح ١، الباب ٩٢ من أبواب كتاب الوصايا.
- ٣-٣ . وسائل الشيعه ٢١/١٤٠، ح ١، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد والأماء.
- ٤-٤ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٧٥، ح ١، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد.
- ٥-٥ . وسائل الشيعه ١٩/٤٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا؛ وسائل الشيعه ١٧/٣٦١، ح ١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وأنت ترى أنّ هذه النماذج الخمسة من الروايات كلّها مطلقات ومثلها غيرها، فهذا الإطلاق يدلّ على عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب والجدّ والولي ولم يرد مخصص في المقام إلا أنّ هذا الإطلاق مُقابلٌ بالمعارض كما سيأتي (١).

لا يقال: «لا يجوز التمسك بإطلاق الأدله لأنّه لم يرد لنا دليل صيغ إطلاقه لذلك لما قلنا أنّه لم يرد في المسأله دليل مستقيم [أى منصوص]. نعم، وردت في المسائل المتفرعه والمتفرقه لهذه المسأله روايات يستفاد منها أنّ أصل الولاية في الجملة محرزا» (٢).

لأننا نقول: «عمل العرف وطبع الناس» «في جميع الملل والنحل» عند هذا القائل وسيره العقلاء عندنا لا يفرّقون في ولاية الأب والجدّ بين كونهما عادليين أو فاسقين ولو كانت العدالة فيهما معتبره عند الشارع لا بدّ من التنبيه عليها في الروايات الوارده في إمضاء هذه السيره مع أنّها كلّها مطلقات بالنسبه إلى هذا التقييد والشرطيه ولم يتبّه عليها الشارع في شيء منها فالإطلاق جار ويستفاد منها عدم اعتبار العدالة في ولايتهما.

### الدليل الثالث: الأصل

التمسك بالأصل وارد في المقام في كلمات جمع من أعلام الطائفة كالمحققين الأردبيلي (٣) والسبزواري (٤) والسيد المجاهد (٥) وصاحبي الجواهر (٦) والمكاسب (٧).

الأصل الوارد في كلماتهم يمكن أن يفسّر بالأصل اللفظي والأصل العملي.

ص: ٢٤

- ١-٦. في عنوان الأصل اللفظي من بحث: الأصل يقتضى عدم ولاية الأب والجدّ الفاسقين.
- ٢-١. تقرير أبحاث الفقيه الشريعتمداري ٤/١٨.
- ٣-٢. مجمع الفائدة والبرهان ٩/٢٣٣.
- ٤-٣. الكفايه ١/٥٨٩.
- ٥-٤. المناهل ١٠٥/.
- ٦-٥. الجواهر ٢٧/٢٠١ (٢٦/١٠٢).
- ٧-٦. المكاسب ٣/٥٣٥.



وأما الأصل اللفظي: فهو إطلاق الأدلة الاجتهادية والروايات الماضيات، وهو على قسمين:

الأول: هو الآيات الثلاث الواردة في الوفاء بالعقد (١) وحليه البيع (٢) وتجاره عن تراض (٣). وإطلاقها ينفى العدالة في ولايه الأب والجد كما احتمله السيد المجاهد (٤).

الثاني: وهو إطلاق الروايات الماضيات في الأبواب التسعة يدل على نفى اعتبار العدالة فيهما.

وعلى هذا المعنى الأخير يكون عطف «الاطلاقات» على «الأصل» تفسيرياً في كلام الشيخ الأعظم (٥).

وأما الأصل العملي: الذي يظهر من الشيخ الأعظم أنه يقصده لأن ظاهر العطف المغايرة فلا يخلو من الأصلين:

أ: أصل البراءة

والمراد به جريان أصالة البراءة عن تقييد ولايتهما بالعدالة.

ولكن يذهب كثير من المحققين إلى عدم جريان أصل البراءة في المعاملات كالمحقق السيد الخوئي حيث يقول: «المراد بالأصل في المقام ليس هو البراءة قطعاً إذ لا- كلام لنا في ثبوت تكليف حتى تنفيه بالبراءة، وإنما الكلام في اشتراط العدالة وعدمه، فالمورد خارج من موارد جريان البراءة» (٦).

يذهب قليلهم إلى جريان أصل البراءة في المعاملات لنفي قيودها وشروطها

ص: ٢٥

١-٧. قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائدة / ١.

٢-٨. قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقرة / ٢٧٥.

٣-٩. قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» سورة النساء / ٢٩.

٤-١٠. المناهل / ١٠٥.

٥-١. المكاسب / ٣/٥٣٥.

٦-٢. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٣٨؛ وراجع مصباح الفقاهة ٥/١٣ طبعه منشورات الوجداني.

المشكوكه ومنهم المحقق الميرزا على الإيروانى (١) المتوفى سنة ١٣٥٤ق بانّ الشك فى صحه المعامله وفسادها مسيبه عن الشك فى قيديه القيد وسببه السبب، ومع جريان أصل البراءه فى السبب والقيديه يزول الشك فى المسبب والقيد وتصير المعامله صحيحه من دون القيد.

وفى المقام بعد أن نشك فى قيديه العداله لولايه الأب والجّد ومعاملتها يجرى أصل البراءه وتنفى القيديه، فتكون ولايتهما غير مقيده بالعداله فيصح بيع الأب أو الجّد الفاسقين.

أقول: بنظرنا القاصر لا يجرى أصل البراءه فى الأءحكام الوضعيه فى المعاملات لوجوه:

الأول: الحكم الوضعى فى باب البيع هو المبادله والنقل والانتقال وليس فيه كلفه

على المكلف بحسب طبعه حتى يرفعه حديث الرفع وأدله البراءه النقليه، بل قد يرغب فيه المكلف ويقدم عليه بنفسه كما لا يخفى.

الثانى: الحكم الوضعى فى المعاملات غير ثابت للمكلف بخصوصه وغير وارد عليه، فإنّ المبادله سواء كانت أمرا انتزاعيا عن حكم تكليفى أم كانت حكما وضعيا، لا- تختص بمكلف، بل موضوعها المالان وتبادلاتهما ليس موضوعها المكلف، بل هى وارده على الفعل والمخاطب بها جميع المكلفين من العالمين والجاهلين.

إن قلت: فكيف وقع تطبيق حديث الرفع على الطلاق المكره فى الروايات (٢)؟ وهل هذا إلا جريانه فى الأحكام الوضعيه؟

قلت: قد مرّ منا «إذا كان الفعل موضوعا لحكم آخر ويكون فى ثبوت ذلك الحكم

ص: ٢٤

١-٣ . نهايه النهايه فى شرح الكفايه ٢/٩١ ولكن عدل عنه فى كتابه «الأصول فى علم الأصول» ٢/٢٩٨ وقال: «فلا يرفع الحديث [حديث الرفع] الأحكام غير الالزاميه ولا الأحكام الوضعيه».

٢-١ . وسائل الشيعه ٢٣/٢٢٦، ح ١٢، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان صحيحه صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبينصر البزنطى عن أبيالحسن عليه السلام .

ثقلًا يرفعه الحديث بفقرتي «ما اضطروا إليه وما استكروها عليه فلا يترتب ذلك الحكم الوضعي نحو الإكراه في البيع أو الطلاق أو العتق(١) بخلاف فقره «لا يعلمون» لأنها تزفع التكليف فقط لا الوضع فنحن نذهب إلى التفصيل بين فقرات حديث الرفع في شموله للأحكام الوضعيه، وفقره الاضطرار والاستكراه تشملها وأما ما لا يعلمون فلا، وتوضيحه يطلب من بحث الأصول(٢).

الثالث: إنَّ الحكم الوضعي الواقعي غير قابل للوضع الظاهري لا بجعل الاحتياط ولا بغيره. فإذا لم يكن قابلاً للوضع الظاهري فلا يكون قابلاً للرفع الظاهري أيضاً، هذا إذا كان مؤدى حديث الرفع هو الرفع الظاهري.

أمّا بناءً على كون مؤداه هو الحليه الظاهريه فلا- يتوهم أحد في ارتفاع الأحكام الوضعيه بها، إذا لم يتوهم أحد بتكفل أصله الحليّه لرفع الحكم الوضعي [وهو البطلان] فتدبر(٣).

الرابع: على فرض جريان أصل البراءه في تقييد الولايه بالعداله ونفي القيديه والشرطيّه بها، لا يترتب عليها الحكم بصحه معامله ونفوذها، لأنهما - الصحه والنفوذ -

«لا يعدّان من الآثار الشرعيّه لجريان الأصل، بل يعدّان من اللوازم العقليّه لأصل البراءه، وبالتالي فإنّ الصّحّه والنفوذ ليسا من نتائج جريان الأصل بذاته، بل من لوازمه العقليّه، وقد ثبت في مباحث الأصول أنّ الحجّه في الأصول الجارويه في الشكّ السببي والمسببي كون المسبّب أثراً شرعيّاً يثبت به الأصل بذاته لا- بلوازمه العقليّه. بمعنى أنّه حينما نشكّ في صحّه عقد الأب الفاسق، ينبغى للأصل الجارى حينئذٍ إثبات صحّه البيع، أمّا البراءه الشرعيّه من شرطيّه عداله الأب فهي ليست بنفسها مثبتة للصّحّه، وإنّما هي من لوازمها العقليّه، ولا يعدّ من مصاديق ترتّب الحكم على الموضوع، بل من مصاديق ترتّب اللّازم

ص: ٢٧

١-٢. راجع دروس في مسائل علم الأصول ٤/٢٥٨ لشيخنا الأستاذ قدس سره .

٢-٣. الآراء الفقهيّه ٥/١١٢.

٣-٤. راجع في هذا المجال منتقى الأصول ٤/٤٠٧ و ٤٠٦ من تقريرات السيّد الروحاني قدس سره .

العقلى على الملزوم العقلى، وقد ثبت عدم اعتباره»(١).

وبعبارة أخرى: على فرض جريان أصل البراءة فى المقام لا يثبت أنّ الولاية ثابتة لهما على نحو الإطلاق إلاّ بنحو الأصل المثبت واللازم العقلى الذى لم يقل أحدٌ باعتباره فى الأصول العملية.

وبالجملة: لا يمكن أن يكون مراد الشيخ الأعظم قدس سره من الأصل العملى فى المقام هو أصالة البراءة.

ب: الاستصحاب

أن يكون مراده قدس سره من الأصل العملى هو استصحاب عدم اشتراط العدالة فى ولايتهما ويمكن تقريره بوجهين:

الوجه الأول: الاستصحاب النعتى

الاستصحاب النعتى الذى كان بمفاد ليس الناقصه فى عدم اشتراط ولايتهما بالعدالة فى الشريعة المقدسه.

ويرد عليه: إنّ هذا الاستصحاب يتوقف على وجود الموضوع المتصف بالعدم فى زمان سابق لكى يستصحب ذاك عدم الواقع وصفا للموضوع، فيناقش فيه بأنّ الولاية متى ثبتت لهما فى الشريعة المقدسه من دون اشتراط العدالة فيها حتى يُستصحب ويُقال: إنّهما كما كانت ولم يشترط العدالة فيها فعلاً.

وبعبارة أوضح: ليس لنا العلم بالحاله السابقه وهى إثبات الولاية من دون العدالة فى الزمان السابق فى الشريعة حتى نستصحبها الآن.

الوجه الثانى: استصحاب عدم الأزلى

جريان الاستصحاب فى عدم الأزلى بمفاد ليس التامه أو استصحاب عدم المحمولى بتقريب: أنّه قبل نزول الشريعة المقدسه لم تكن هناك ولاية مقيده بالعداله، فتكون الولاية مسبوقة بعدم إتصافها بالعداله أزلاً، فالآن وبعد تنزيل الشريعة يُستصحب

ص: ٢٨

ذاك العدم الأزلى قبلها ويُحكم بعدم اعتبار العدالة في ولايتهما.

وبعبارة أخرى: إنّ ولاية الأب والجدّ وهكذا اشتراطها بالعدالة كانتا غير موجودتان في الشريعة المقدسه، ثمّ علمنا بوجود الولاية وثبوتها وشككنا في تحقّق اشتراط العدالة معها فالأصل عدم تحقّق اشتراط العدالة مع الولاية.

ويرد عليه: أوّلاً: الاستدلال لا بدّ بأن يتم على جميع المباني ونعلم بأنّ استصحاب العدم الأزلى محلّ خلاف بين أعلام الطائفة فبعضهم يثبتونه وبعضهم ينفيه، والشيخ الأعظم (١) من النافين فلا يمكن أن يكون مراده هذا استصحاب العدم الأزلى، وتبعه المحقّقون النائيني (٢) والبروجردى (٣) والخميني (٤).

ونحن من المثبتين مع المحقّق الخراساني (٥) والسيد الحكيم (٦) والخوئي (٧) - قدس الله أسرارهم - .

وثانياً: على فرض جريان استصحاب العدم الأزلى في نفي اشتراط الولاية بالعدالة لا يثبت إطلاقها وأنّ الولاية لهما ثابتة على نحو الإطلاق إلّا - بنحو الأصل المثبت لأبّ صحه وولاية الأب والجدّ الفاسقين يعدّ لازماً عقلياً لاستصحاب عدم اشتراط ولايتهما بالعدالة، ومن المعلوم عدم حججه لوازم الأصول العملية والأصل المثبت.

وثالثاً: وجود المعارض بالنسبة إلى هذا الاستصحاب، وبين استصحاب عدم ولاية الأب والجدّ الفاسقين أزلاً، فيثبت الأوّل الولاية وينفيها الثاني فبالمعارضه يسقط الاستصحابان.

ص: ٢٩

١-١ . فرائد الاصول ٣/٢١٠ وما بعدها.

٢-٢ . أجود التقريرات ٢/٣٢٨؛ فرائد الاصول ٢/٥٣٠ و ٤/٤٤٥.

٣-٣ . نهاية الاصول ٣٣٥.

٤-٤ . تهذيب الأصول ١/٤٩١؛ رساله الاستصحاب /١٦٠ المطبوعه ضمن الرسائل له قدس سره .

٥-٥ . كفايه الاصول /٢٢٣ طبعه آل بيت عليهم السلام .

٦-٦ . مستمسك العروه الوثقى ١/١١٣ الطبعه الثانيه بالغرّي الشريف.

٧-٧ . مصباح الاصول ٣/١٦٠؛ المحاضرات ٤/٣٦٠.

ورابعاً: استصحاب عدم اشتراط الولاية بالعدالة أزلاً معارض باستصحاب عدم لحاظ اطلاق ولايتهما، لأنهما - التقييد والاطلاق -  
أمران متضادان يحتاج كل منهما من لحاظه واستصحاب عدم أحدهما معارض باستصحاب عدم الآخر فيتعارضان.

فهذا استصحاب العدم الأزلي يبتلى بالمعارض من طريقتين ووجهين فلا يجرى في المقام.

ولذا قال السيد الخوئي: «لا أصل لهذا الأصل»<sup>(١)</sup>.

الأصل يقتضى عدم ولاية الأب والجدّ الفاسقين

أقول<sup>(٢)</sup>: ولكن يمكن تقرير الأصل بمايلي إذا تصل النوبه إلى جريان الأصل يقتضى عدم ولاية الأب والجدّ الفاسقين، لأن  
المراد به إما الأصل اللفظي أو الأصل العملي.

وأما الأصل اللفظي: فيمكن أن يستدل له بتوقيع المروى بسند معتبر وفيه: فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه.<sup>(٣)</sup>

وهذه الفقرة من التوقيع الشريف بإطلاقها تدل على ممنوعيه التصرف في أموال الغير بلا فرق بين الصغار والكبار وبلا فرق بين  
الحرمة التكليفية والوضعية، والقدر المتيقن من رفع هذه الممنوعيه هو تصرف الأب والجدّ العادلين وأما الفاسقان عند الشك في  
جواز تصرفهما فيبيان في اطلاق الحرمة والممنوعيه. فالأصل اللفظي يقتضى اشتراط الولاية منهما بالعدالة.

وأما الأصل العملي: فينقسم على قسمين:

أ: الأصل العملي الحكمي: وهو في المقام استصحاب بقاء أموال طرفي المعاملة على ما هو عليها قبلها، وعدم تحقق النقل  
والانتقال وبقاء ملكيه الصغير على أمواله بعد تصرف الأب والجدّ الفاسقين.

ص: ٣٠

١-١ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٣٩.

٢-٢ . هذه مقاله مأخوذه من الاستاذ المحقق - مدظله - في العقد النضيد ٤/١٧٣ و ١٧٤.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

ب: الأصل العملى الموضوعى وهو بناءً على جريانه يجرى نوعين:

١- استصحاب عدم الجعل: أى عدم جعل الولاية للأب والجدّ الفاسقين، لأنّ الولاية الشرعيه تنحلّ بعدد الأولياء والنسبه إلى عدولهم فلا شكّ فى ثبوتها والنسبه إلى

فساقهم مقتضى استصحاب عدم الجعل عدمها.

ولكن المحقّق النائنى (١) يمنع عن جريان استصحاب عدم الجعل لكونه مثبتاً ولكن نحن نقول بجريانه، فالحكم بجريان هذا الاستصحاب مبنائى.

٢- استصحاب عدم المجعول: لأنّ الولاية من الأمور الحادّته المسبوقة بالعدم وبعد ثبوتها شرعاً نشكّ فى أنّها مجعوله للأب والجدّ الفاسقين أم لا؟ فنستصحب عدم تحقّق مجعوليّه للولاية لهما بوصفهما فاسقين.

### الدليل الرابع: سيره العقلاء

#### إشاره

لم يذكرها الشيخ الأعظم وهى العمده فى المقام كما هى كذلك فى أصل ثبوت ولايتهما، وأنّ العقلاء لا يفرّقون فى ثبوت الولاية للأب والجدّ بين كونهما فاسقين أو عادلين.

كما اعترف بذلك الشيخ الأردكانى المتوفى عام ١٣٧٥ش إذ قال: «إنّ مقتضى السيره وارتكاز العقلاء أيضاً عدم اعتبار العداله حيث أنّهما يقتضيان ثبوت الولاية لهما حتّى مع فسقهما، نعم الأقوى عدم ثبوتها مع كفرهما إذا كان المولى عليه مسلماً...» (٢).

نعم، يمكن أن يقال: بأنّهم يقدّمون الأب على الجدّ ومع فقدهما يروّن الجدّ الأمّى هو الولى أو بنته أى أمّ الصغير، وسوف نبحت لاحقاً عن هذه السيره العقلايه فانظر.

فذلكه القول فى عدم اعتبار العداله فى ولاية الأب والجدّ

الدليل الثانى وهو والإطلاقات الوارده فى الأبواب التسعه من الروايات لو لم تُقابل بالمعارض والدليل الرابع - وقد مرّ آنفاً من سيره العقلاء - يدلّان على عدم اشتراط

ص: ٣١

١- ١. فوائد الاصول ٢/٥٣٣ و ٥٣٦.

٢- ٢. غنيه الطالب ٣/١٧٣، طبعه بيروت عام ١٤٠٣، مؤسسه الوفاء. بتصحيح الشيخ غلامرضا مولانا البروجردى.

ولا يتهما بالعدالة والحمد لله العدل.

### ادعاء تقييد المطلقات والسيره العقلانيه

قد ادعى تقييد الدليلين بالمقيّد العقلي والشرعي ولذا تردد العلامة في وصايا القواعد (١) وذهب ولده الفخر إلى اشتراط العدالة في وصايا الإيضاح (٢) وقبلهما ابن حمزه (٣) ذهب إلى اشتراطها أيضا.

### وأما المقيّد العقلي

فقال الفخر: «والأصح عندي أنه لا- ولا-يه له [أى للأب] مادام فاسقا لأنها ولايه على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أمينا يقبل إقراراته وإخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه، فإن عاد عادت ولايته» (٤).

فالدليل العقلي: هو استحاله أن يجعل الحكيم الفاسق على الولايه، لأنّ الفاسق لا يكون أمينا.

أقول: هذه الكبرى تامه ولا- يمكنى المناقشه فيها إلا- أنها ليس لها صغرى فى المقام، لأنّ الأب أو الجدّ مهما كانا فاسقين وفاجرين ولكن عواطفهما بالنسبه إلى أولادهما تمنعان من إساءه تصرفهما فى أموالهم.

فحينئذ تشريع الولايه لهما مع لحاظ هذه العواطف الكامنه فى نفسيهما لايتنافى مع حكمه الحكيم على الإطلاق.

وأشار إلى ما حررته المحقق الثانى فى مقاله هذا: «والفرق بينه وبين الأ-جنبى قائم لأنّ شفقتة المركوزه فى الجبله تمنعه من تضييع مصلحه أولاده» (٥).

ص: ٣٢

١-٣ . قواعد الأحكام ٢/٥٦٤.

٢-٤ . إيضاح الفوائد ٢/٦٢٨.

٣-١ . الوسيله ٣٧٣/ فى أحكام الوصيه.

٤-٢ . إيضاح الفوائد ٢/٦٢٨.

٥-٣ . جامع المقاصد ١١/٢٧٦.



وبعبارة أخرى: لا مانع من جعل الولاية للأب والجدّ الفاسقين «إذا رأى الحكيم في ولاية الأب مصلحة ولأجلها جعل له الولاية والسلطنة، وهذه المصلحة هي رأفة الأب على ولده وإن كان في أعلى مراتب الفسق، إذ سائر الناس ليسوا بأرأف به من أبيه وجدّه ولو كانوا في أعلى مراتب العدالة، وهذه الرأفة هي التي توجب حفظ مال الصبي.

وبالجملة: أنّ المصلحة النوعية وهي الشفقة على الولد بمقتضى طبيعته البشرية توجب جعل الولاية لهما، وعلى تقدير كونهما متلفين لأموال الولد فللحاكم عزلهما كما هو واضح»(١).

ثمّ: قد يُتصور حالات ثلاثٌ للأب أو الجدّ الفاسقين بالنسبة إلى تصرفاته في مال

الطفل الصغير في محضر الحاكم الشرع الجامع لشرائط الإفتاء المبسوط يده في التصرف والحكم.

أ: يثبت لحاكم الشرع سوء تصرف الأب والجدّ الفاسقين في أموال الصغير فعلى الحاكم منهما عن التصرف في الأموال وحجزهما عنها.

ب: لم يثبت له سوء تصرفاتهما فحينئذ لا شك في ثبوت الولاية ونفوذ تصرفاتهما. وعند الشك في تصريفاتهما وحينئذ تجرى أصالة الصحة فيها ويُستفاد منها نفوذها وتاميتها.

ج: تصرفاتهما محلّ ريب وشك للحاكم بحيث لا يمكن جريان أصالة الصحة مع وجود هذا الارتباب فعلى الحاكم أن يجتهد في استظهار حالهما فإن ظهر فسقهما حجرهما، وإن ثبت استقامتهما أقامهما على ولايتهما، وفي فرض بقاء الريب يجعل عليهما ناظرا أمينا حتّى يُشرف على تصرفاتهما.

وقد يظهر بعض ما ذكرناه من مقاله المحقق الثاني حيث يقول: «ومن حيث أنّ الفاسق لا يركن إليه وليس أهلاً للاستئمان. وربما لم توجد الشفقة المانعة عن تضييع مصلحة الطفل في بعض الأفراد، فإن الناس متفاوتون، وأسباب الفسق

ص: ٣٣

والذى يقتضيه النظر أن ولايته ثابتة بمقتضى النص والإجماع، واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه. والمحذور مندفع بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية عزله ومنعه من التصرف فى ماله واثبات اليد عليه، وإن ظهر خلافه فولايته ثابتة. وإن لم يعلم حاله استعلم بالاجتهاد، وتتبع سلوكه وشواهد أحواله»(١).

## وأما الدليل الشرعى

فقد مرّ من الفخر قوله: «مع نص القرآن على خلافه»(٢). ولكنّه قدس سره لم يذكر آيه من القرآن الكريم فى كلامه.

وقال المحقق الثانى: «إنّ الوصيه تتضمن الركون قطعاً والفاسق ظالم فلا يجوز الركون إليه لقوله تعالى: «وَلَا تَزْكُونا إِلَيّ الَّذِينَ ظَلَمُوا»(٣). (٤)

وقال الشيخ الأعظم: «وفى دلالة الآيه [الركون] نظر»(٥). ولكنّه لم يشر إلى وجه النظر فيها.

ولكن مناسبة الحكم والموضوع تقتضى أن مراد الفخر من القرآن هو آيه التّبأ(٦) لا آيه الركون، وعلى أى حال نبحت عن الآيتين فى المقام.

## أ: وأما آيه الركون

### إشاره

فهى قوله تعالى: «وَلَا تَزْكُونا إِلَيّ الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمْ النَّارُ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أولياءٍ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ»(٧).

ص: ٣٤

١-١ . جامع المقاصد ١١/٢٧٦.

٢-٢ . إيضاح الفوائد ٢/٦٢٨.

٣-٣ . سورة هود ١١٣/.

٤-٤ . جامع المقاصد ١١/٢٧٥.

٥-١ . المكاسب ٣/٥٣٦.

٦-٢ . سورة الحجرات ٦/.

٧-٣ . سورة هود ١١٣/.

بتقريب: أَنَّ كُلَّ فَاسِقٍ ظَالِمٍ بِالضَّرُورَةِ وَالْأَيَّةِ الشَّرِيفَةِ تَنْهَى عَنِ الرُّكُونِ إِلَيْهِ وَبِالتَّالِيِ تَسْلِيمِ مَالِ الصَّغِيرِ إِلَى الْفَاسِقِ يَعَدُّ رُكُونًا إِلَى الظَّالِمِ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ فِي الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ.

وبعبارة أُخرى: «تسليم المال إليه [إلى الأب الفاسق] والمعاملة معه بعنوان أنه ولي الطفل ركون إليه وهو منهى عنه» (١).

وبتقريب آخر: الآية الشريفة تنهى عن الركون إلى الظالم وإعطاء الولايه للفاسق الذي يعدّ ظالماً لا يجتمع مع هذا النهى لعدم معقوليه النهى عن الركون إليهم ثم إعطاء الولايه لهم، «وهذا مسافه الخلف بين القول والعمل».

وبعبارة أُخرى: «جعل الولايه للظالم ركون إليه والركون إليه محرّم فإذا كان محرّماً فهو قبيح ولا يعقل صدور القبيح من الحكيم جلّ وعلا» (٢).

وأنت ترى بأنّ الاستدلال بالآيه الشريفة متوقف على الأمرين:

الأول: الفاسق ظالمٌ والمراد بالظلم في الآية الشريفة مطلق الفسق.

الثاني: جعل الولايه للفاسق الذي يعدّ ظالماً نوع من الركون إليه وهو منهى عنه.

وكلا الأمرين قابل للمناقشه، نبحت أولاً- من أجوبه الأعلام حول الاستدلال بآيه الركون وردودها ثم نبحت بعد ذلك من الجواب المختار حوله.

## وأما أجوبه الأعلام

### إشاره

#### ١- فمقاله المحقق الخراساني

قال رحمه الله: «يمكن أن يقال: إنّ ولاية الأب والجدّ الفاسقين ليست من باب الركون إلى الظالم، بل لما عرفت من أنه من قبيل تسليط المالك على ملكه، فإنّ الطفل وماله مالاً لأبيه، فافهم» (٣).

لأنّ الخراساني يعتقد أنّ: «للوالد مرتبه من الاختصاص ونحو من الاضافه إلى مال

ص: ٣٥

١- ٤. حاشيه المكاسب ٢/٣٧١ للمحقق الأصفهاني.

٢- ٥. كتاب البيع ٢/٥٩٩ للسيد الخميني رحمه الله.



الولد ونفسه يقتضى جواز أكله من ماله بقدر الحاجة أو مطلقاً...»(١).

وعلى مبناه قدس سره هذه الولاية خارجة عن مدلول آية الركون تخصصاً.

ولكن يمكن أن يناقش في مبناه من أن الولد وماله ليس ملكاً للوالد فلا يكون تسليطه على مال الصغير من قبيل تسليط المالك على ملكه فلا يخرج عن مدلول آية الركون تخصصاً.

وإذا ثبت عدم الملكيه تثبت الولاية وهى ركون إلى الظالم.

## ٢- إجابة المحقق الهمداني قدس سره

قال: «وأما آية الركون، فالنظر في دلالتها ظاهر، لأن الركون إلى الظالم أمّا مجرد الميل إليه، فلا ربط له بالمقام. وأما الاعتماد وتفويض الأمر إليه، وجعله أميناً، فهذا تكليفٌ تحريميٌّ متعلقٌ بالعباد، ولا يدلّ على أن الشارع لا يجعل الأمر بيد الفاسق، بل يدلّ على عدم جواز إيكال المكلفين الأمر بيده، فيدلّ على عدم جواز نصب الحاكم قتيماً ظالماً، لا أن الشارع لا ينصب الفاسق.

اللهم إلا أن يقال، إننا نعلم من التّهي كونه مشتملاً على مفسده، فلا يصدر من الله تعالى.

وفيه: أن في النّصب قد يكون مصلحه راجحة - كما في ما نحن فيه - واضراراً بعض في بعض المقامات غير مقتضٍ لحرمان الأيتام كلياً عن الإنتفاعات، كما لا يخفى»(٢).

وتبعه السيّد الحكيم رحمه الله وقال: «مع أن الآيه لا تشمل فعل الشارع، فإنّ النهي والأمر لا يشمل الناهي والأمر، والاشتراك في المفسده غير ظاهر، لإمكان الاختلاف ولو لوجود المزاحم كما هو ظاهر، وقبول الأخبار والإقرار وإن كان من فعل المكلف لكنّه أمر آخر

خارج عن مفهوم الولاية بلحاظ نفوذ التصرف وترتب الأثر عليه»(٣).

وتبعهما السيّد الخميني وذهب إلى أن قياس فعل البارى بأفعال المكلفين يكون

ص: ٣٦

١-٢. حاشية المكاسب / ٩١.

٢-٣. حاشية المكاسب / ٢٧٨ للحاج آقا رضا الهمداني.

٣-١. نهج الفقاهه / ٤٨٤.

وتبعهم شيخنا الاستاذ قدس سره حيث يذكر هذه الإجابة ولم يرد عليها، قال: «قد يورد على الاستدلال بالآيه بوجه آخر، وهو أنّ الكلام فى المقام فى الولاية الشرعيه للأب والجدّ الفاسقين بالإضافه إلى مال الطفل، وهذه الولاية على تقدير ثبوتها لهما ركون من الشارع إليهما لا من العباد ليدخل فى المنهى عنه فى الآيه.

لا يقال: إذا كان الركون إلى الفاسق من العباد قبيحا وذا مفسده يكون من الشارع أيضا كذلك، خصوصا بملاحظه قوله سبحانه: «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» (٢).

فإنّه يقال: لا منافاه بين قبح فعل من العباد وعدم قبحه من الله سبحانه، ألا ترى قتل العباد وإتلاف أموالهم أمر قبيح ومحرم، مع أنّ الله سبحانه يتوفى الأنفس حين موتها، وينزل البلاء من الزلازل والطوفان على قوم ويدمرهم على بكره أبيهم... إلى غير ذلك.

وقوله سبحانه: «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» (٣) خطاب موجّه إلى العباد ولا يعم الله سبحانه» (٤).

أقول: يمكن أن يناقش فى هذه الإجابة بأنّ ظاهر آيه الركون دال على أنّ الركون إلى الظالم يؤدى إلى غضب الربّ وهو ممّا يستحق فاعله النار بدلاله «فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» ولا يعقل أن ينهى الله تعالى عن عمل ويعدّ فاعله النار، ثمّ يعمل الله تعالى بهذا الفعل و «إذا لم يرض بركون العباد إلى الظالم فهو تعالى أولى بعدم الركون إليه» (٥). أعنى أنّ النهى عن الركون إلى الظالم لازمه العقلى عدم ركون الأمر إليه.

نعم، قياس فعله تعالى بفعالنا مع الفارق لأنّ «أفعاله تعالى موافقه لصلاح النظام الكلى التكوينيّ، لا النظام التشريعيّ المحدود، كما أنّ جعله التشريعيّ لا بدّ وأن يوافق

١-٢. كتاب البيع ٢/٦٠٠.

٢-٣. سوره الصف ٢/.

٣-٤. سوره الصف ٢/.

٤-٥. إرشاد الطالب ٤/١٨٠.

٥-٦. حاشيه المكاسب / ٩٠ للخراسانى.

صلاح نظام التشريع العام، وهما ممّا لا تحيط به العقول المحدوده»(١).

«وبتعبير آخر: أنه قد يستقل العقل بقبح فعل مطلقاً أو بخصوص الحكيم، كالظلم وإغراء الناس بالجهل ومثله لا يصدر عن الله سبحانه، وقد لا يستقل، كما فى بعض الأفعال التى منع الشرع العباد عنها، وفى مثله لا طريق لنا إلى إحراز المفسده فيما إذا صدر عن الشارع»(٢).

فيحئنذ يبعد «الاستدلال بآيه «وَلَا تَزُكُّوا»(٣) من باب «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ»(٤) على أنّ الله تعالى أيضاً لا يركن إلى الظالم»(٥).

وجه البعد كما مرّ من الاستاذ رحمه الله عدم المنافاه بين قبح فعل العباد وعدم قبحه من الله تعالى، وعدم قياس فعله تعالى مع أفعالنا، والخطاب موجّه إلى العباد ولا يعم الله تعالى.

فهذه الإجابة يمكن أن نأخذ بها فى الاستدلال بآيه الركون.

ولعلّ أوّل من تعرّض لهذه الإجابة هو الفقيه المامقانى حيث يقول: «وجه النظر: إنّ الكلام إنّما هو فى أنه هل جعل الشارع للفاسق منهما ولايه أم لا؟- وليس الكلام فى أنه يجوز للمولّى عليه أن يفوض أمره إلى الأب والجدّ الفاسقين حتّى يتوجه إليه النهى، والآيه إنّما تفيد النهى عن الركون إلى الظالم وهو حكم تكليفى لا يصح توجيهه إلى الصغير»(٦).

أقول: لا بأس بقبول هذه الإجابة.

ص: ٣٨

١-٧. كتاب البيع ٢/٦٠٠.

٢-١. إرشاد الطالب ٤/١٨٠.

٣-٢. سورة هود ١١٣/.

٤-٣. سورة الصف ٢/.

٥-٤. حاشيه المكاسب ٢/٣٦٤ للمحقّق الإيروانى.

٦-٥. غايه الآمال ٦/٣٠١.

قال: «فإن نفوذ تصرفات الأب الفاسق عقدا وإيقاعا في مال ابنه ليس ركونا إلى الظالم وإلا كانت معامله مع الفاسق بالبيع والشراء ركونا إليه وكانت فاسده»(١).

وتبعه المحقق الإصفهاني وقال: «أولاً: أن اتخاذ الفاسق أمينا بالتوكيل أو بالتوديع أو بالوصاية ليس ركونا إلى الظالم، ولذا لا شبهه في الأولين والثالث مختلف فيه.

وثانيا: أن المعاملة مع الولي الفاسق ليس من اتخاذه أمينا، بل من حيث إنه أمين من قبله تعالى يعامل معه، بل يجب تسليم المال إليه، والمعاملة مع الظالم ليس ركونا إليه واعتمادا عليه»(٢).

وقال السيد الحكيم: «... كما يظهر من ملاحظته موارد الاستيمان المالكي من الوكيل والودعي وعامل المضاربه وغيرهم من الأمناء»(٣).

واعترض عليهم الاستاذ المحقق - مدظله - ب- «أن الركون من مادّه ركن كما في قوله تعالى: «أوى إلى ركن شديد»(٤)، ومفهومه لغه هو الاعتماد والسكون والميل، وأما الولاية فتعني تفويض الأمر إلى الولي وجعله صاحبا للاختيار والسلطنه والقدرة على التصرف فيما يشاء، وهذه الأمور تعدّ من أظهر مصاديق الركون»(٥).

ويمكن أن يناقش عليه - مدظله - بأننا لم نجعل الولاية للولي الفاسق بل جعلها الله تعالى وبعد جعل الولاية له نحن ندخل في المعاملة معه والمعاملة مع الفاسق ليست ركونا إليه، لاسيما إذا كان نقدا أو نسيئة بحيث نأخذ منه الشيء ونؤدى ثمنه في ما بعد، فما ذكره - مدظله - غير تام.

ص: ٣٩

١-٦. حاشية المكاسب ٢/٣٦٣ للإيرواني.

٢-١. حاشية المكاسب ٢/٣٧١ للأصفهاني.

٣-٢. نهج الفقاهه ٤٨٤/.

٤-٣. سورة هود ٨٠/.

٥-٤. العقد النضيد ٤/١٨١.



هل تساوت النسبه بينهما؟ ذهب المحقق الإصفهاني إلى أنّ النسبه بينهما عام وخاص مطلق وقال: «إنّ الظالم أخص من الفاسق عرفاً، ولا يلتفت إلى أنّ الفاسق ظالم لنفسه فتدبر» (١).

وتبعه السيّد الخميني رحمه الله وقال: «مضافاً إلى أنّ الظالم - عرفاً - هو الذي ظلم غيره، والفاسق ليس ظالماً عرفاً» (٢).

وفي العقد النضيد نسب إلى بعض الأعلام ب- «إنّ النسبه بينهما عموم من وجه، فقد يكون الرجل ظالماً ولكنه ليس بفاسق، حيث يجتنب المحرمات (٣)، وقد يكون فاسقاً

غير ظالم، وقد يجتمع فيه الفسق والظلم، وبالتالي فالدليل أعمّ من المدعى» (٤).

واعترض عليه وقال: «وفيه: بالرغم من أنّ إطلاق صفه الظالم في العرف يختصّ بمن يظلم غيره ولا يشمل من يظلم نفسه، إلاّ أنّه لا- اعتبار به، للإطلاقات الكثيره من الآيات والأخبار الشامله لمن ظلم نفسه، كقوله تعالى: «سُبْحَانَكَ إِنِّي كُنْتُ مِنَ الظَّالِمِينَ» (٥) الحاكبه عن لسان يونس عليه السلام، مع أنّه لم يكن ظالماً إلاّ على نفسه، وكذلك الحال في بقيه الآيات التي اطلقت فيها صفه الظالم على مَنْ ظلم نفسه، كقوله تعالى: «رَبِّ إِنِّي ظَلَمْتُ نَفْسِي» (٦) وقوله تعالى: «ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ» (٧)، وبالتالي فصفه الظالم المستعمله في القرآن، عنوان عامّ يشمل الظالم نفسه وغيره، وكلّ فاسق لا شكّ أنّه يعدّ

ص: ٤٠

١- ٥. حاشيه المكاسب ٢/٣٧١ وثالثاً.

٢- ٦. كتاب البيع ٢/٦٠٢.

٣- ٧. وفي المصدر: «عن سائر المحرمات» وما ضبطناه الأولى.

٤- ١. العقد النضيد ٤/١٨٠.

٥- ٢. سوره الأنبياء ٨٧/.

٦- ٣. سوره النمل ٤٤/.

٧- ٤. سوره آل عمران ١١٧/.

أقول: لم يرد اعتراض الاستاذ المحقق - مدظله - عندي كما سأذكره لك فانتظر.

## ٥- جواب السيد الخوئي

قال: «المراد [من الآية الشريفة] عدم الركون إلى الظالم فيما يرجع إلى أمور الدين والآخرة دون غيره، مثلاً إذا أخبر الظالم عن حرمه شيء أو نبؤه أحد فلا يمكن الركون إلى قوله لاستلزامه النار في الآخرة لعدم مطابقه قوله الواقع، وأمّا توكيل الظالم في بيع ماله أو أمر آخر فهو ليس ركونا إليه على نحو يوجب مسّ النار كما في الآية المباركة، وتوكيل الظالم ليس من المحرّمات الشرعية قطعاً، مضافاً إلى أنّ جعله ولياً ليس ركونا إلى الظالم بعد ما صار أميناً بالولاية»(٢).

وتبعه في العقد النضيد(٣).

أقول: تخصيص الركون بالأمر الديني والأخروي بقرينه(٤) ما ورد في الآية الشريفة من قوله تعالى: «فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» ليس بوجهٍ وَجِهِ؛ لأنّ في فعل كثير من الذنوب والآثام وعد الله العقاب والنار، والايعاد بها لا يوجب تخصيصها بالأمر الأخروي والديني.

## ٦- جواب المختار

قد مرّ في بحث معونه الظالمين(٥) الاستدلال بهذه الآية الشريفة وكلمات اللغويين حول معنى الركون قلتُ هناك: «الركون في اللغة: الميل والسكون والاعتماد والإطمئنان، ومن الواضح أنّ الركون يحصل غالباً إلى أرباب الحكم والقدره والسلطه والثروه بحيث يمكن أن يعتمد عليهم عند أعين الناس الذين يعلمون ظاهراً من الدنيا وهم عن الآخرة

ص: ٤١

١- ٥. العقد النضيد ٤/١٨٠.

٢- ٦. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٤٠، ونحوها في محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٠.

٣- ٧. العقد النضيد ٤/١٨٢.

٤- ٨. كما ذكره في المحاضرات ٣/١٠.

٥- ١. الآراء الفقيهيه ٣/١١٣.

غافلون»(١).

والآمن أذيعفُ أَنَّهُ: يمكن أن يكون المراد من «الَّذِينَ ظَلَمُوا» ولاه الجور وأثمه(٢) فيخرج الفاسق الظالم لنفسه بل يخرج الظالم لغيره ما لم يدخل فيهم.

والشاهد على ما ذكرنا: أن الركون إليهم يُعدّ من الكبائر الذي وعد الله عليه النار.

والشاهد الآخر على ما ذكرناه لم يلزم تخصيص الأكثر المستهجن إذا يشمل الظالم كل فاسق.

والشاهد الثالث ما ورد من الروايات(٣) في ذيلها نحو خبر سهل بن زياد(٤) ومرسله العياشي(٥) فراجعهما.

وعلى ما ذكرنا حتى لو قلنا بأن كل فاسق ظالم وبأن ولايه الأب والجَدَّ الفاسقين تَدْخُلُ في عنوان الركون لم يتم الاستدلال بالآية الشريفة لإثبات العدالة في ولايتهما والحمد لله.

## ب: وأما آية النبأ

### إشاره

فهى قوله تعالى: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ»(٦).

وهذه الآية بمناسبه الحكم والموضوع هى المراده فى استدلال الفخر بالنص القرآنى كما مرّ.

بتقريب: إنّ هناك ملازمه بين جعل الولاية وبين حجيه إخبار الولي الفاسق بالنسبه إلى المولى عليه وأمواله، والآيه الشريفة تنفى حجيه خبر الفاسق، وبالتالي لابد من اعتبار

ص: ٤٢

١- ٢. الآراء الفقهيّه ٣/١١٤.

٢- ٣. كما يراه السيد الخمينى دعوى ممكنه ظاهره فراجع مقاله فى كتاب البيع ٢/٦٠٠.

٣- ٤. راجع فى هذا المجال: البرهان فى تفسير القرآن ٣/١٣٧ طبعه مؤسسه بعثت.

٤- ٥. الكافي ٩/٦٢٨، ح ١٢ (٥/١٠٨).

٥- ٦. تفسير العياشى ٢/٣٢٤، ح ٧٢.

٦- ٧. سوره الحجرات ٦/.

العدالة فى ولايه الأب والجدّ. ولكن هناك إجابات عن الاستدلال بهذه الآيه الشريفه أذكر لك بعضها:

## ١- إجابة المحقق الخراسانى

يستفاد من مقاله حول آيه الركون(١) جوابٌ بالنسبه إلى آيه النبأ أيضا وإلا لم يصرح هو بجواب حول الاستدلال بآيه النبأ وهو: الأخبار الداله على «أنت ومالك لا بيك» يدلّ على أنّ أموال الولد ملك للإب، وآيه النبأ تنفى ثبوت ولايه الفاسق على أموال الغير ولكن لا تنفى ولايته على أمواله المتعلّقه به ومنها أموال أولاده الصغار فالآيه لا تدلّ على نفى ولايه الأب والجدّ الفاسقين.

وتبعه المحقق الإصفهاني فى آخر كلامه حيث يقول: «... بملاحظه أنّه وماله لأبيه فهو كالولاية والسلطنه على نفسه وماله عادلاً كان أو فاسقا فتدبر»(٢).

ويرد عليه: ما اوردناه عليه هناك من عدم تماميه هذا المبني.(٣)

## ٢- جواب المحقق الأصفهاني

قال قدس سره: «إنّ عدم قبول قول الفاسق من حيث هو غير مُنافٍ لقبول إقراراته وإخباراته من حيث ولايته ووكالته ونحوهما حيث إنّ من ملك شيئا ملك الإقرار به ونحوه، خصوصا بعد الاتفاق على ولايه الفاسق أبا كان أو جدّا على تزويج الصغير والصغيره...»(٤).

وتبعه الاستاذ المحقق - مدظله - وذهب إلى أنّ مدلول قاعده «من ملك شيئا ملك الإقرار به» يفيد حجيه خبر الولي الفاسق فتكون القاعده مخصّصه لإطلاق آيه النبأ ومتقدمه عليها»(٥).

ص: ٤٣

١-١ . حاشيه المكاسب / ٩٠.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٣٧٢.

٣-٣ . راجع هذا المجلد صفحه ٣٦.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٣٧١.

٥-٥ . العقد النضيد ٤/١٨٥.

واعترض السيد الخميني على هذا الجواب بأن آية النبا «كافله لحكم فعلي، له إطلاق - على فرض الدلالة - فتعارض دليل اعتبار قول الأولياء.

كما أنّ «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» لو كان مفاد روايه أو معقد إجماع - يكشف عن الحكم على هذا العنوان - لكان مفاده معارضا للآيه الكريمه بالعموم من وجه فلا بدّ من الأخذ بها ورفض إطلاق الروايه أو معقد الإجماع»(١).

وأجاب الاستاذ المحقق - مدّ ظله - عن هذا الاعتراض بقوله: «إنّ النسبه بين مدلولي القاعده والآيه هي العموم من وجه، فالقاعده تفيد حجّيه إقرار المالك فيما ملكه، سواءً كان عادلاً أو فاسقاً، والآيه تنفي حجّيه إقرار الفاسق مطلقاً سواءً ملك أم لم يملك، وتعارضان في مورد الاجتماع، وبالرغم من معارضة القاعده للكتاب، لكنّها مقدّمه عليه لخصوصيّته تستلزم تقدّمها وهي أنّ المعارضه لو استلّزمت لغويه أحد العنوانين المتعارضين، أصبح العنوان المذكور نصّاً وما يقابله ظاهراً، والقاعده تقتضى تقديم النصّ على الظاهر، وما نحن فيه يعدّ مصداقاً للخصوصيّته المذكوره، لأنّه لو حصرنا موضوع قاعده «من ملك» بالعدل سقط عنوان «من ملك» عن التأثير، وأصبح لغواً وانحصر الأثر بخصوص خبر العدل ممّا يستلزم سقوط القاعده، وهذه الخصوصيّته هي التي تقلب الموازين، وتجعل المعارض نصّاً وما يقابله ظاهراً، فيقدّم عليه بمقتضى قاعده تقديم النصّ على الظاهر، وفيما نحن فيه تتقدّم القاعده على الآيه الشريفه وتخصّصها»(٢).

أقول: قال الشيخ الأعظم بالنسبه إلى قاعده «من ملك»: «ولكن الإنصاف أنّ القضيّه المذكوره في الجمله إجماعيه بمعنى أنّه ما من أحد من الأصحاب ممّن وصل إلينا كلامهم إلّا وقد عمل بهذه القضيّه في بعض الموارد بحيث نعلم أنّ لامستند له سواها، فإنّ من ذكرنا خلافهم إنّما خالفوا في بعض موارد القاعده ولكنهم عملوا بها في مورد آخر»(٣).

وبناءً على مقاله الشيخ الأعظم لا بدّ من الأخذ بجواب الاستاذ المحقق - مدّ ظله -

ص: ٤٤

١-١ . كتاب البيع ٢/٦٠٣.

٢-٢ . العقد النضيد ٤/١٨٥ و ١٨٦.

٣-٣ . الطهاره ٢/٤٥٠؛ رسائل فقيهه / ١٩٤.

عن اعتراض السيّد الخميني رحمهم الله لأنّ النسبه بين إطلاق آيه النبأ وإطلاق أدله ولايه الأب والجّد عموم من وجه ومحل الاجتماع ولايه الأب والجّد الفاسقين ويمكن القول

بترجيح أدله الولايه - لما ذكره الاستاذ مدظله - لأنّه لو قلنا بترجيح إطلاق الآيه لم يبق تحت أدله الولايه إلاّ الفرد النادر ولكن لو قلنا بترجيح إطلاق أدله الولايه يبق تحت إطلاق الآيه الكثير لأنّ نبأ الفاسق غير الولي كثير ولكن الأب والجّد العادليّن أقلّ من القليل.

### ٣- إجابة المحقّق السيّد الخوئي

قال: «إنّما تدلّ [آيه النبأ] على عدم قبول إخبار الفاسق عن الغير فيما يترتب عليه الآثار بلحاظ قوله تعالى «فَتُضَيِّبُحُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ» (١) وأمّا إذا أخبر عن شؤون نفسه من دون أن يترتب عليه أثر على الغير كما إذا قال: إنّ ثوبي ملك فلان أو نجس أفلا يجوز قبوله بدعوى أنه فاسق، فإنه لا بدّ من قبوله بما أنّه ذو اليد لا بما أنّه فاسق، وفي المقام أيضا نقبل إخبارات الأب الفاسق بما أنه ولي لا بما أنه فاسق. وبعبارة أخرى: الآيه المباركه بقرينه ذيلها إنّما تدلّ على عدم اعتبار خبر الفاسق بصفه أنّه فاسق لا على نحو الاطلاق كعنوان أنّه مالك أو ذو يد أو وليّ، فكما نقبل إقرار الفاسق بما أنّه مالك للمال فكذا نقبل إخباره عن أموال الطفل بما أنّه وليّه بعد ثبوت ولايته، فالاستدلال بهذه الآيه ممّا لا مورد له» (٢).

أقول: يمكن أن تُناقش هذه الإجابة أوّلاً: إنّما تتم الإجابة لو اعتبرنا ذيل آيه النبأ علّه للحكم وأمّا إذا اعتبرناه حكمه كما هو الصحيح، والشاهد عليه شأن نزولها في قضيه بنى المصطلق والوليد.

وثانياً: ثمّ على فرض تماميه مقاله السيّد الخوئي رحمه الله وكون الإصابه والندامه علّه للحكم يمكن في بعض الموارد - على نحو الموجهه الجزئيه - ترتبها في ما إذا أخبر

ص: ٤٥

١- ١. هود / ١١٣.

٢- ٢. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٤٠ و ١٤١.

الفاسق عن شؤون نفسه أو بما أنه مالك أو ذو يدٍ أو وليٌّ فيأتى حكم عدم اعتبار قول الفاسق حينئذ ومثاله واضح نحو: إخباره بشراء أرض أو نكاح بنت يريد هما المخبر إليه.

#### ٤- الجواب المختار

لا يمكن تخصيص أدله الولاية بآيه النبأ لوجوه:

أولاً: على فرض تعارض إطلاقى أدله الولاية وآيه النبأ وتقديم جانب إطلاق الآيه الشريفه يثبت اعتبار الوثاقه فى الولى دون العداله وبينهما برزخ لا يبغيان.

وثانياً: آيه النبأ لا تنفى ولاية مطلق الفاسق بل تقيدها على فرض إصابه قوم بجهاله ثم حصول الندامه عليها وفى أى مورد لم تكن هذه الإصابه والندامه فلا بأس بإعمال ولاية الولى الفاسق فالدليل أخص من المدعى.

وثالثاً: أدله الولاية تثبت الولاية للأب والجدّ الفاسقين وآيه النبأ تسقط حجه خبر الولى الفاسق قبل التبين فمورد الأءطلاقين مُخْتَلَفَانِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِاعْتِبَارِ ولاية الأب الفاسق وعدم قبول إخباراته قبل التبين.

فلا يمكن الأخذ بإطلاق آيه النبأ وتقييد أدله الولاية بها.

والحاصل: الدليل الشرعى لتخصيص أدله الولاية من القرآن الكريم لم يثبت ولم يتم الاستدلال بآيتى الركون والنبأ فولايه الأب والجدّ لم تقيّد بالعداله والحمدلله.

#### المسأله الثانيه: هل تشترط المصلحه أو عدم المفسده فى جواز تصرفاتهما

#### إشاره

قال الشيخ الأعظم: «وهل تشترط فى تصرفهما المصلحه أو يكفى عدم المفسده أم لا يعتبر شىء؟ وجوه» (١).

#### الوجوه والأقوال فى المسأله

#### إشاره

ذهب العلامه فى القواعد إلى اشتراط المصلحه فى تصرفات الولى وقال: «وإنما يصح بيع من له الولاية مع المصلحه للمولى عليه» (٢).

---

١-١ . المكاسب ٣/٥٣٦.

٢-٢ . القواعد ٢/٢١.



وقال في التذكرة: «الضابط في تصرف المتولّي لأموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطه، وكون التصرف على وجه النظر والمصلحه، فللولى أن يتجر بمال اليتيم، ويضارب به ويدفعه إلى مَنْ يضارب له به، ويجعل له نصيباً من الربح، ويستحب له ذلك، سواء كان الولي أباً أو جدّاً له أو وصيّاً أو حاكماً أو أميناً حاكماً، وبه قال على عليه السلام وعمر وعائشه والضحاك. (١)»

ولا نعلم فهي خلافاً إلا ما روى عن الحسن البصرى كراهه ذلك؛ لأنّ خزنه أحفظ وأبعد له من التلف. (٢)»

والأصح ما ذكرناه (٣)».

وقال السيّد العاملى بعد نقل كلامه: «وظاهره أنّه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين وأنّه لا فرق في ذلك بين الأب والجدّ والوصى والحاكم وأمينه» (٤)».

وقال أستاذه جدى الشيخ جعفر فى شرح كلام العلامة فى القواعد: «بحسب الدنيا مع تعلق الغرض بها والآخره كذلك، وظاهرهم الإجماع على ذلك وفى العقل والنقل من الكتاب والسنة ما يدلّ على ذلك» (٥)».

وقال السيّد العاملى فى ذيل عبارته قواعد العلامة أيضاً: «هذا الحكم إجماعى على الظاهر وقد نسبته المصنف [العلامة] إلى الأصحاب... وأقرّه على ذلك القطب والشهيد» (٦)».

أقول: مراده من كلام العلامة ما مرّ منه فى تذكرة الفقهاء (٧) أنّها ومراده من تقرير القطب والشهيد، هذه العبارة فى الحاشية النجارية للشهيد على القواعد: «قطب الدين

ص: ٤٧

١-٣. المغنى ٤/٣١٧؛ الشرح الكبير ٤/٥٦٤.

٢-٤. المغنى ٤/٣١٧؛ الشرح الكبير ٤/٥٦٤.

٣-١. تذكرة الفقهاء ١٤/٢٤٥، مسأله ٤٤٣.

٤-٢. مفتاح الكرامه ١٦/٩٠.

٥-٣. شرح القواعد ٢/١٤٥.

٦-٤. مفتاح الكرامه ١٢/٦٨١.

٧-٥. تذكرة الفقهاء ١٤/٢٤٥.

البويهى - نقلًا عنه - : لو باع الولي بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزله الإيتلاف، لأننا قائلون بجواز إقراض ماله وهو يستلزم جواز إيتلافه؟ وتوقف زاعما أنه لا يقدر على مخالفه الأصحاب»(١).

ولكن قال فى الجواهر: «وإن كان فيه ما فيه، خصوصاً بالنسبة إلى الأبوين فإنّ النصوص واضحة الدلالة فى جواز الاقتراض لهما والمعاملة وتقويم الجارية... ونحو ذلك من غير اعتبارها، ولذلك اكتفى الأستاذ فى شرحه فيهما بعدم المفسده بل قال: «وكذا مطلق الاولياء فى الاقتراض مع الملاءه»(٢). (٣).

أقول: ذهب جماعة من الأصحاب إلى اشتراط المصلحه فى تصرفات الولي نحو: شيخ الطائفه(٤) وابن إدريس(٥) والمحقق(٦) والعلامة(٧) والشهيد(٨) والمحقق الثانى(٩).

والشهيد الثانى(١٠) والأردبيلى(١١) والسيد العاملى(١٢) والفاضل المراغى(١٣). وهذا هو القول الأول فى المقام.

ص: ٤٨

- ١-٦ . الحاشيه النجاريه ٢٢٤/ و ٢٢٥.
- ٢-٧ . شرح القواعد ٢/١٤٦.
- ٣-٨ . الجواهر ٢٣/٥٣٣ (٢٢/٣٣٢).
- ٤-٩ . المبسوط ٢/٢٠٠.
- ٥-١٠ . السرائر ١/٤٤١.
- ٦-١١ . شرائع الإسلام ٢/٧٨ و ٧٩.
- ٧-١٢ . قواعد الأحكام ٢/٢١؛ تذكره الفقهاء ١٤/٢٤٥.
- ٨-١٣ . الدروس ٣/٣١٨.
- ٩-١٤ . جامع المقاصد ٤/٨٧.
- ١٠-١ . المسالك ٣/١٦٦ و ٤/٣٥.
- ١١-٢ . مجمع الفائده والبرهان ٤/١٤.
- ١٢-٣ . مفتاح الكرامه ١٦/٩٠، ١٥/٣٤٣ و ١٢/٦٨١.
- ١٣-٤ . العناوين ٢/٥٥٩.

واحتمل الشهيد عدم اشتراط المصلحه فى قواعدہ (١) بَيَدَ أَنَّهُ لَمْ يَخْتَرَهُ وَلَكِنْ نُسِبَ (٢) إِلَيْهِ عَدَمَ اشْتِرَاطِهَا فِى الْوَلِىِّ الْإِجْبَارِىِّ - وهو الأب والجدّ - . واختاره جدى الشيخ جعفر وقال: «وأما فيهما - أى الأب والجدّ - فالشرط عدم المفسده (٣) وكذا مطلق الأولياء فى الاقتراض مع الملاءة والاقتصار على ما ذكره الفقهاء وتنزيل الروايات أوفق فى النظر وأسلم من الخطر» (٤).

فاختار الشيخ جعفر اشتراط عدم وجود المفسده فى تصرفات مطلق الولى ولكن احتاط فى آخر كلامه بوجود المصلحه.

وتبعه ولده الشيخ حسن وقال: «ويجب فى ولاية الحاكم مراعاة المصلحه والغبطه؛ اقتصارا على مورد اليقين، بخلاف ولاية الأب والجدّ، فيكفى فيهما عدم المفسده» (٥).

وتبعهما المحقق القمى (٦) وصاحب الجواهر (٧) والشيخ الأعظم (٨). فهذا هو القول الثانى فى المقام.

وهاهنا وجه ثالث - لم أجد قائلًا به - وهو عدم اشتراط ولايتهما بالشرطين - وجود المصلحه أو عدم وجود المفسده - ولهما الولاية المطلقة على مال الصغير، لأنّ

ص: ٤٩

١-٥ . القواعد والفوائد ١/٣٥٢، قاعده ١٣٣.

٢-٦ . العناوين ٢/٥٦٠.

٣-٧ . واختار فى كشف الغطاء ١/٢١٠ اشتراط عدم المفسده فى ولايتهما فقط وقال: «ولولاية الإجمار - كولاية الأب والجدّ - ما ليس لغيرها فلا يعتبر فيها سوى عدم الفساد...».

٤-٨ . شرح القواعد ٢/١٤٦.

٥-٩ . أنوار الفقاهه ٨/٥٨، نقل عنه فى هدى الطالب ١/١٠١.

٦-١٠ . جامع الشتات ١/١٩٢ و ١٩٣ من الطبعة الحجرية.

٧-١١ . الجواهر ٢٣/٥٣٣ (٢٢/٣٣٢) و ٢٩/٦٢٧ (٢٨/٢٩٧).

٨-١٢ . المكاسب ٣/٥٤٠.

المال مالهما التنزيلي - كما عليه المحقق الخراساني (١) في ما مر (٢) - وكما قيل بها في تصرف المولى في مال مملوكه لسلطنته عليه. فهذا الأخير وجه وليس بقول.

هذا كله في الوجوه والأقوال في المسألة.

## ١ - أدله اشتراط ولايه الولى بوجود المصلحة

### أ. الكتاب

### إشارة

قوله تعالى: «لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (٣).

بتقريب: نهى الله سبحانه في الآيه الشريفه عن التصرف في مال اليتيم إلا على وجه يكون التصرف أحسن بحال اليتيم، والتصرف الأحسن لا يتم إلا بوجود المصلحة فيه. فالآيه الشريفه تدل على اشتراط المصلحة في التصرف في مال اليتيم مطلقا - أى بلا فرق بين الجد وغيره - .

ولذا قال صاحب الحقائق: «وفيها [أى فى الآيه] إشاره إلى ما صرح به الأصحاب من اشتراط المصلحة والغبطه لليتيم فى التصرف فى ماله» (٤).

ويقتر الشيخ جعفر (٥) بدلاله الآيه الشريفه كما مر كلامه (٦).

وقال الشيخ الأعظم: «فإن إطلاقه يشمل الجد ويتم فى الأب بعدم الفصل» (٧).

أقول: والوجه فى تماميه الاستدلال فى الأب بعدم الفصل، لعدم صدق اليتيم مع وجود الأب فى لغه العرب لأنهم يرون أن «اليتيم انقطاع الصبى عن أبيه قبل بلوغه» (٨).

ص: ٥٠

١-١ . حاشيه المكاسب / ٩٠ و ٩١ .

٢-٢ . راجع هذا المجلد صفحه ٣٥ .

٣-٣ . سورة الأنعام / ١٥٢؛ سورة الإسراء / ٣٤ .

٤-٤ . الحقائق ١٨/٤٢٢ .

٥-٥ . شرح القواعد ٢/١٤٥ .

٦-٦ . راجع هذا المجلد صفحه ٤٧ .

٧-٧ . المكاسب ٣/٥٣٨.

٨-٨ . المفردات / ٥٥٠ للراغب؛ ولسان العرب ١٢/٦٤٥ لابن منصور.

ويمكن أن يناقش في الاستدلال بهذه الآيه الشريفه لاشتراط المصلحه بأن

«القرب» يحتمل معانٍ أربعه وكذلك لفظ «أحسن» أيضا يُحتمَلُ فيه معانٍ أربَعَه:

### وأما معانى القرب

فالأوّل: مطلق التقليل والتحريك حتى من مكان إلى آخر فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد.

الثانى: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيدا عنه ومجنباً، فالمعنى: فتجنبوا عنه ولا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثالث: ما يعدّ تصرفاً عرفاً - كالاقتراض والبيع والإجاره وما أشبه ذلك - فلا يدلّ على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه إلا بتفويض المناطق.

الرابع: مطلق الأمر الاختيارى المتعلّق بمال اليتيم، أعم من الفعل والترك والمعنى: لاتختاروا فى مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء فى الفرض المذكور لأنّ إبقاءه قرباً له بما ليس أحسن»(١). هذه هى محتملات القرب عند الشيخ الأعظم واختار(٢) هو الاحتمال الثالث.

توضيح معانى «القرب» فى كلام الشيخ الأعظم والمناقشه فيها

«الاحتمال الأوّل: أن يكون المراد من «القرب» مطلق النقل والانتقالات، فإذن الآيه تمنع عن مطلق النقل والانتقالات المتصوّره فى الأموال، سواءً الاعتباريّه منها أو الخارجيه كالأكل، وعليه فلو قصد أحد أن يتقرب إلى هذه الأموال - اعتباراً أو خارجياً - لا بدّ له أن يتصرّف فيها باللتى هى أحسن، لكن لا مانع فيما إذا قصد الاحتفاظ بهذه الأموال وعدم التصرف فيها، وإن كان التصرف يعدّ الأحسن والأولى بالنسبه للمال.

وبعبارة أخرى: أنّ الآيه الشريفه لا تُلزم الولي بالتصرّف، وإنّما يلزمه بالتصرّف الأحسن فيما لو قصد التصرف.

ص: ٥١

١-١ . المكاسب ٣/٥٧٤ و ٥٧٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٧٥.

الاحتمال الثاني: ما يستفاد من ظاهر الآيه من أنّ متعلّق النهى فيها هو وضع اليد، فيكون المراد من «القرب» الاستيلاء على المال ووضع اليد عليه، فالآيه تدلّ على أنّه ينبغي أن يكون الاستيلاء بأحسن ما يكون. وأمّا الأحكام التي تترتب على وضع اليد فإنّ الآيه لم تتعرّض لها.

الاحتمال الثالث: أن يكون المراد من «القرب» وجوب أن يكون ما يقوم به الولي

في ما يتعلّق بهذه الأموال من التقلّبات الخارجيه أو مجرد الاستيلاء، بل مطلق المعاملات الاعتباريه الواقعه على هذه الأموال.

الاحتمال الرابع: أن يكون المراد من «القرب» وجوب أن يكون ما يقوم به الولي في ما يتعلّق بهذه الأموال من التقلّبات سواءً الوجوديه منها أو العدميه، وسواءً كانت فعلاً أو تركاً بالتى هي أحسن.

والفارق بين هذا الاحتمال وما سبقه، سببه دائره الاحتمال الأخير، بحيث يشمل حتّى الأمور العدميه، خلافاً لسائر الاحتمالات، ولذلك فلو كان ترك التصرف هو الأحسن، لزمه ذلك كما هو الحال فيما لو كان التصرف أحسن.

هذا، وقد اختار الشيخ الاحتمال الثالث دون غيره من الاحتمالات، فينبغي أن نبحت عن السبب في اختياره المذكور من خلال ملاحظه الاحتمالات الأربعة، وموافقها مع القواعد العامه:

أمّا الاحتمال الرابع: فهو بعيدٌ عن مفهوم «القرب»، لأنّه أمرٌ وجوديٌّ ولا- مجال لتطبيق الأمر الوجودي على الأمر العدمي عقلاً وعرفاً، فالآيه تنهى عن التقرب إلى مال اليتيم، ومجرد ترك التصرف وعدم التقرب لا يعدّان تقرباً إليه.

أمّا الاحتمال الثاني: فهو أيضاً ساقط لاتّفاق جميع الفقهاء على التمسك بهذه الآيه والاستدلال بها على عدم جواز التصرف في مال اليتيم الذي لا وليّ له، فإذا انحصرت دلالة الآيه بخصوص وضع اليد، دون التعرّض لحكم التصرفات اللاحقه على الوضع، لبطل الاستشهاد بها على بطلان التصرف إلاّ بالتى هي أحسن.

أمّا الاحتمال الأوّل: فهو أيضاً باطلٌ.

وبالتالى فغاياه ما يمكن أن يُقال فى توجيه اختيار الشيخ، هو أن متعلق النهى فى الآيه تارة ذات مطلقه وأخرى ذات متعونه بعنوان، وعلى الثانى يجب ملاحظه الخصوصيه المأخوذه فى تعلق النهى، فإن الآيه تنهى عن القرب، ومتعلق متعلق الحكم هو المال المعدود من العناوين الاعتباريه، ولذلك يقتضى أن يختص النهى بالتصرفات الاعتباريه دون غيرها»(١).

ولكن يمكن أن يناقش عليه ب- «أن النهى إذا توجه إلى العناوين الاعتباريه يوجب

توسعه النهى لا تضييقه، دون ما إذا توجه إلى العناوين والجهات الذاتيه التى توجب الاختصاص والتضييق، كانهى المتوجه إلى ذات مال كالثوب، فإن النهى عن التقرب إلى الثوب يعنى النهى عن خصوص لبسه، أمّا النهى المتوجه إلى العناوين الاعتباريه معمم وشامل لجميع التصرفات، ولذلك نجد أن الفقهاء حكموا فى قوله عليه السلام: «لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلا بطيبه نفسه» بشموله لعموم التصرفات، سواء الخارجيه منها أو الاعتباريه، لأن المال عنوان ويوجب تعميم الحكم الوارد عليه، وبالتالي فينبغى أن يكون اختيارنا من بين الاحتمالات هو الاحتمال الأول دون الثالث، لأن الظاهر من النهى عن التقرب النهى عن العنوان الذى يوجب تعميم الحكم إلى التصرفات الاعتباريه والخارجيه»(٢).

### وأما معانى لفظ «الأحسن»

فقال الشيخ الأعظم: «فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، ويحتمل أ يراد به الحسن. وعلى الأول، فيحتمل التصرف الأحسن من تركه - كما يظهر من بعض - ويحتمل أن يراد به ظاهره وهو الأحسن مطلقا من تركه ومن غيره من التصرفات. وعلى الثانى، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحه، ويحتمل أن يراد به ما لا مفسده فيه، على ما قيل: من أن أحد معانى الحسن ما لا حرج فى فعله»(٣).

ص: ٥٣

١- ١ . العقد النضيد ٤/٢٩٧-٢٩٩).

٢- ١ . العقد النضيد ٤/٢٩٩.

٣- ٢ . المكاسب ٣/٥٧٥.



ثم اختار (١) قدس سره من بين الاحتمالات الاحتمال الثاني وهو التفضيل المطلق.

توضيح معاني «الأحسن» في كلام الشيخ الأعظم والمناقشه فيها

الاحتمال الأول: إرادته معنى التفضيل من دلالة الهيئه عليه بحيث يكون التصرف أحسن من تركه نحو: أن يكون بيع مال اليتيم أحسن من تركه. كما عليه الأردبيلي (٢) وصاحب الجواهر (٣).

الاحتمال الثاني: إرادته معنى التفضيل بحيث يكون التصرف أحسن من تركه ومن غيره من التصرفات كما يظهر اختياره من الفاضل النراقي (٤).

الاحتمال الثالث: إرادته معنى الحسن بحيث يكون التصرف فيه مصلحه لليتيم وإن كان هناك ما هو أصلح منه، كما إذا باع الولي مال اليتيم بثمن رابح مع إمكان بيعه بثمنٍ أزيد منه.

الاحتمال الرابع: إرادته معنى الحسن بحيث يكون التصرف لأمفسده فيه لمال اليتيم، وحمل كلمه الأحسن على معنى الحسن وهو على معنى عدم وجود المفسده كما يظهر هذا المعنى من بعض العامه على ما نقل الشهيد الثاني عنهم من قولهم: «... أو أنّ ما نهى الشارع عنه فهو قبيح، وإن لم ينع عنه فهو حسن، سواء أمر به كالواجب والمندوب، أم لا كالمباح» (٥).

أقول: إرادته معنى «الأحسن» منسلخا عن التفضيل وهو «الحسن»، وإن وردت في كلام النحاه: أنّ اسم التفضيل قد يأتي عاريا من معنى التفضيل فيتضمن معنى اسم الفاعل نحو قوله تعالى: «رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِكُمْ» (٦) أو معنى الصفه المُشَبَّهه نحو قوله تعالى:

ص: ٥٤

١-٣. المكاسب ٣/٥٧٥.

٢-٤. زبده البيان /٣٩٤.

٣-٥. الجواهر ٢٦/٣١٧ (٢٥/١٦١).

٤-٦. عوائد الأيام /٥٦١.

٥-١. تمهيد القواعد /٤١ القاعدة، نقله الإسنى في التمهيد /٦٢.

٦-٢. سوره الإسراء /٥٤.

«وَهُوَ الَّذِي يَبْدِئُ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ وَهُوَ أَهْوَنُ عَلَيْهِ» (١) كما قاله نجم الأئمة الرضى: «... واعلم أنه يجوز استعمال أفعال... مجردا عن معنى التفضيل مؤولاً- بِاسْمِ الْفَاعِلِ وَالصَّفَةِ الْمَشْبَهَةِ قِيَاسًا عِنْدَ الْمَبْرَدِ وَسَمَاعًا عِنْدَ غَيْرِهِ وَهُوَ الْأَصَحُّ... وتقول: الأحسن والأفضل بمعنى الحَسَنِ وَالْفَاضِلِ» (٢).

لكنه إسقاط لِلْهَيْئَةِ ودلالاتها من دون وجه فلا يمكن الأخذ بالاحتمالين الأخيرين. مضافا إلى المناقشه فى حمل كلمه «الأحسن» على معنى عدم وجود المفسده فى الاحتمال الأخير.

وأما الاحتمال الثانى الذى اختاره الشيخ الأعظم فلم يلتزم الفقهاء بلزوم أن يكون التصرف أحسن من جميع الأمور ولم يفتوا بذلك. (٣)

فيبقى لنا الاحتمال الأول من الأخذ بدلاله هَيْئَةً أفعال بحيث يكون التصرف أحسن من تركه فقط لا أحسن من تركه ومن جميع التصرفات غيره.

**ما هو مدلول نهى «لا تقربوا»؟**

**إشارة**

لابد من البحث حول مدلول النهى الوارد فى الآيه الشريفه فى المقامين:

**المقام الأول: ما تَقْتَضِيهِ الْآيَةُ الشَّرِيفَةُ**

هل النهى فيها تكليفيٌّ مَحْضٌ أو إرشادٌ إلى بطلان التصرفات فيكون وَضْعِيًّا مَحْضًا أو كلاهما؟

يظهر من الشيخ الأعظم (٤) أنه إرشادى ووضعى ويدل على بطلان التصرفات الاعتبارية إذا لم تكن على وجه الأحسن.

ويرد عليه: أوولاً: التصرفات التى يمكن أن تتعلق بمال الصغير اثنان:

الأول: التصرفات الخارجيه كوضع اليد عليه أو أكله أو شربه ونحوها.

ص: ٥٥

١-٣ . سورة الروم / ٢٧.

٢-٤ . شرح الكافية ٣/٤٥٩.

٣-٥ . كما يظهر من الاستاذ المحقق فى العقد النضيد ٤/٣٠٠.

٤-١ . المكاسب ٣/٥٧٥، قوله: «... فلا يدل على تحريم ابقائه...».

الثاني: التصرفات الاعتبارية كالبيع والإجاره ونحوهما.

والدليل على انحصار تعلق النهي بالقسم الثاني مفقود.

وثانيا: مجرد التصرفات الاعتبارية لا تكون محرّمة للقطع بأن مجرد التصرف التسبيبي في مال اليتيم لا يعدّ من المحرمات الشرعية نحو البيع الفضولي ما لم يتعقب بالقبض والإقباض.

وذهب المحقّق السيّد الخوئي إلى أنّ النهي الوارد في الآية الشريفه تكليفي محض، قال قدس سره: «بل معنى القرب هو الإتيان إلى الشيء خارجا والاستيلاء [عليه] فتارةً ينسب إلى الأفعال كقوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ» (١) والأخرى إلى الأعيان كقوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ» (٢) فالمعنى هنا والله العالم أنّه لا يجوز الاستيلاء على مال اليتيم وتملكه إلا بوجه يكون حسنا ومصالحه وعليه فيكون النهي متمحّضا للتكليفي لعدم ارتباط الآية بالمعاملات بوجه ليكون النهي إرشادا إلى الفساد كما ذكرنا مرارا من كون النهي في باب المعاملات إرشاد إلى الفساد.

وبالجملة: إنّ الآية خارجة عن المعاملات وليست لها تماس بها لكي يباحث في فسادها وعدمها، بل هي مسوقة للنهي عن أكل ماله والاستيلاء عليه فهي نظير «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

ثمّ إنّه لا يفرق في ذلك بين كون الاستيلاء حدثا أو بقاءً فلو كان مال زيد الصغير وديعه عند عمرو فإلى سنه أحرزه، ثمّ استولى عليه وتملكه وتصرف فيه تصرف الملاك فتشمله الآية أيضا إذا النهي منحلّ إلى نواهي عديده على نحو العموم الاستغراقي (٣).

ويرد عليه: أوّلاً: لا يدلّ دليل على تخصيص النهي بالتكليفي المحض، وتخصيص كلمه «القرب» بخصوص أكل مال اليتيم أيضا كذلك.

ص: ٥٦

١-٢. سورة الأنعام / ١٥١.

٢-٣. سورة الأنعام / ١٥٢.

٣-١. مصباح الفقاهه ٥/٧٧ و ٧٨.

وثانيا: الآيه الشريفه وردت فى كتاب اللّٰه مَرَّتَيْنِ: فى سورتي الأنعام (١) والإسراء (٢) وفيهما كانت مغياہ ب- «حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ» (٣)، ولا- معنى للأخذ بهذه الغياہ إذا كان النهى تكليفيًا مَحْضًا فيصير معنى الآيه لا يجوز أكل مال اليتيم قبل بلوغه وأما بعده فيجوز لأنّ الحرمة مغياہ به. ومن المعلوم عدم تماميه هذا المعنى.

ولكن الصحيح عندنا أنّ النهى الوارد فى الآيه الشريفه تعبيرٌ كنائى يشمل التصرفات الخارجيه والاعتباريه معا فيدلّ على النهى التكليفى المولوى بالنسبه إلى الأول وعلى النهى الإرشادى الوضعى بالنسبه إلى الثانى ولايدلّ دليل على اختصاصه بأحدهما، فالنهى تكليفى ووضعى معا.

## المقام الثانى: موانع ظهور الآيه الشريفه من حيث الاقتضاء الدلالى

### إشاره

إلى هنا فى المقام الأوّل من البحث ثبتت تماميه اقتضاء الآيه الشريفه للدلاله على نهى الأولياء من التصرفات الخارجيه والاعتباريه المتعلقه بأموال الأيتام إلّا بالتى هى أحسن أى مراعاة المصلحه فيها.

ثمّ يقع البحث فى المقام الثانى حول موانع ظهور هذا الاقتضاء الدلالى فى الآيه الشريفه فقد يقال: بوجود مانع يمنع عن هذا الظهور وهو المانع:

### المانع

### إشاره

النهى الوارد فى الآيه الشريفه لا بدّ أن يحمل على النهى المولوى التكليفى فقط لوجهين:

### الأوّل:

الأصل الأوّل فى النواهى هى الحرمة التكليفيه والمولويه على جميع

المبانى فى مدلول صيغته النهى.

### الثانى:

قرائن عديده تدلّ على أنّ النهى الوارد فى الآيه الشريفه تكليفى ومولوى محض:

---

١-٢ . سورة الأنعام / ١٥٢.

٢-٣ . سورة الإسراء / ٣٤.

٣-٤ . سورة الإسراء / ٣٤.

منها: السياق الوارد قبلها، لأنها وقعت بعد قوله تعالى: «قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ...»(١).

ومنها: النواهي الواردة قبلها كلها تكليفيه مَحْضَةً نحو قوله تعالى: «أَلَّا تَشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا... وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ... وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ... وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ...»(٢).

وفى مقابله هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ، وجه آخر على حمل النهي على الوضع والإرشاد دون التكليف والمولويه، وهو:

الوجه الآخر: استدلال الفقهاء بهذه الآية الشريفة على بطلان المعاملات على أموال اليتامى من دون مراعاة مصلحتهم ممّا يقتضى حمله على الحرمة الوضعيه فقط.

وبالجملة: إذا أخذنا المعنى الأول من معاني القرب - كما أخذنا - فَإِنَّ النَّهْيَ الْوَارِدَ فِي الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ يَدُلُّ عَلَى مَطْلَقِ التَّصَرُّفَاتِ الْخَارِجِيَةِ وَالْإِعْتِبَارِيَةِ، ولكن نعلم بأنّ التصرفات الخارجيه لا يمكن تعلق النهي الوضعي بها وكذلك التصرفات الاعتباريه لا يمكن تعلق النهي التكليفي بها، فلا يمكن الاستدلال بالنهي الوارد في الآية الشريفة أصلاً ولا يتحقّق الظهور.

### إجابة المحقق الاصفهاني

قال قدس سره: «ولا مناص عن هذا المحذور إلاّ بالالتزام بأحد أمرين: إمّا حمل النهي على الحرمة المولويه في جميع التصرفات؛ باراده التصرفات المعاملية المستتبعه للقبض والإقباض، لا بما هي عقود وتصرفات تسيبيه فقط.

وإمّا حمل النهي في الملزوم على المولويه في غير المعاملات، وعلى الإرشاديه فيها، ولا مانع من حمل النهي عن العام بداعي المولويه في بعض أفرادها؛ وبداعي الإرشاديه في بعض أفرادها الآخر كما حقّق في محله»(٣).

ص: ٥٨

١-١ . سورة الأنعام / ١٥١.

٢-٢ . سورة الأنعام / ١٥١.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٤٢٣.

بيان مراده: «لا- شكَّ أنّ المجعول لو كان واحدا غير قابل للانحلال، فلا مجال لاتّصافه بالمولويّه والوضعيّه، دون ما إذا كان واحدا قابلاً للانحلال والتعدّد، والنهي المجعول في الآيه الشريفه مندرج في القسم الأخير فهو صورته واحدٌ ولكنّه متعدّدٌ لبأ، وبالتالي لا مانع من دلالته على الحرمة التكليفية بالنسبه إلى التصرفات الخارجيه، وعلى الحرمة الوضعيه في التصرفات الاعتباريه، وبذلك يندفع الإشكال»(١).

وبعبارة أخرى: يجوز استعمال لفظ واحد له معنى واحد في الإرشاد والتكليف معا بدواعي متفاوتة وأغراض متباينه نحو قوله تعالى: «أَحِلَّ لِلَّهِ الْبَيْعُ وَحَرَّمَ الرِّبَا»(٢) حيث أن تحليل البيع يدلّ على أنّ الشارع الأقدس لا- يسدّ طريق البيع وأنّه منفتحٌ في التكليف والوضع، وكذلك تحريم الربا يدلّ على أنّه سدّ طريقه وأنّه مسدودٌ في التكليف والوضع وهذا هو الجواب المختار عندنا.

وأما في ما نحن بصيّدده: «فإنّ الشارع قد استعمل هيئته «لا- تَقْرُبُوا» في معنى واحد وهي النسبه الزجرية، لكن بما أنّها قابله للانحلال بحسب الدواعي المختلفه، لذلك تتعدّد بتعدّد الدواعي، فتدلّ على الحرمة التكليفية في التصرفات الخارجيه، وعلى الحكم الوضعي والإرشاد إلى الفساد في التصرفات الاعتباريه، وبذلك يندفع ما قيل من عدم إمكان اجتماع الحكمين المتباينين في متعلّق النهي»(٣).

### جواب الاستاذ المحقق - مدظله -

«إنّ من الواضح أنّ إطلاق عنوان التصرف على التصرفات الاعتباريه التي لا- تستتبعها القبض والإقباض، يعدّ إطلاقاً مسامحياً اعتبارياً، بمعنى أنّ إنشاء البيع أو الصلح وغيرهما من التصرفات الاعتباريه لا- يعدّ تصرفاً حقيقياً عرفياً، إلا بعد ترتب الآثار الخارجيه من النقل والانتقال عليها ومع عدم ترتبهما لا مجال لإطلاق التصرف عليها إلا مسامحه، والآيه الشريفه تنهى عن جميع أشكال التقرب إلى مال اليتيم، بحيث تعم جميع

ص: ٥٩

١-١ . العقد النضيد ٤/٣٠٧.

٢-٢ . سورة البقره ٢٧٥/.

٣-٣ . العقد النضيد ٤/٣٠٩.

التصرفات الخارجيه المتعقبه بالقبض والإقباض، وبالتالي فالآيه مولويه وبعيده عن أن تكون إرشاديه.

نعم، اتفقت كلمه الأصحاب - ومنهم المحقق الأصفهاني(١) - على أنّ النهى

المولوى إذا تعلق بالتصرف المستتبع للقبض والإقباض فإنه يفيد حرمتها وفسادهما، إذا النهى المتعلق بآثار البيع يعدّ كاشفاً قطعياً عن فساد البيع، وقد أثبتنا ذلك خلال البحث عن قوله صلى الله عليه وآله: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه»(٢) من أنّ الشارع إذا حرّم شيئاً فإنّ مدلوله المطابقى هى الحرمة التكليفيه، ولكن من خلال مدلوله الإلزامى - الذى يعدّ حكماً وضعياً - يربط إلى فساد أيضاً، فيكون وزانه وزان قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٣) من أنّ الأمر بالوفاء حكم تكليفى وليس إرشاداً إلى اللزوم، لكن هذا الحكم التكليفي يستتبعه حكم وضعى وهو الحكم بالصحة، وكذلك الأمر فى المقام، فإنّ النهى التكليفي المتعلق بالتصرف المستتبع للقبض والإقباض يلازمه حكم وضعى دالّ على الفساد.

وخلصه الكلام: ثبت أنّ النهى المذكور فى الآيه الشريفه مولوى وليس إرشادى وإن يستتبعه(٤).

### المناقشه فى جواب الاستاذ - مدطله -

ويمكن أن يرد عليه: أوّلاً: التصرف الاعتبارى حتّى إذا لم يستتبعه القبض والإقباض يعدّ تصرفاً عرفياً حقيقياً، مثلاً: إذا اشترا شيئاً ودفع ثمنه وجعله عند البائع وديعه هل يعدّ هذا تصرفاً عند العرف أم لا؟ ومن الواضح أنّه تصرف فتكوّن التصرفات الاعتباريه من مصاديق التصرف عرفاً وحقيقه.

نعم، إذا أجرى صيغه المعامله أو وقّعها ولم يدفع الثمن ولم يأخذ المثلن يعدّ باطلاً عند الفقهاء لأنّه بيع الكالى بالكالى.

ص: ٦٠

١-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٤٢٣، كما مرّ عبارته قدس سره .

٢-١ . تأتى مصادرها.

٣-٢ . سورة المائده ١/.

٤-٣ . العقد النضيد ٤/٣١١.



لا يقال: الآن وفي العصر الحاضر كل البيوع المهمه تكون هكذا وَقَعُوا السند المعاملى وبعد مدّه يأخذ العين وبعد مدّه أخرى يعطى الثمن كما فى المعاملات الدارجه بين الدول أو المعاملات على شبكات الإنترنت أو المعاملات المهمه ذات الأبعاد المُتَعَدِّدَة والمتكثره.

لأننا نقول: الاجماع قائم عند الفقهاء بأن بيع الكالى بالكالى

باطل، فلا بد أن نجعل هذا السند المعاملى المُوقَّع مقدمه للمعامله وخريطه لها وإِيعَادُ بها من الجانبين، وأن البيع

والمعامله يتحقق بعد وصول أحد المالىين إلى الطرف الآخر بلا فرق بين الثمن أو المثلث فحينئذ يلزم البيع والمعامله والعقد، وللتفصيل محل آخر.

وثانيا: يمكن أن نأخذ بالشق الثانى فى مقاله المحقق الأصفهاني الماضيه حيث قال: «... وإمّا حمل النهى فى الملزوم على المولويه فى غير المعاملات وعلى الإرشاديه فيها...» (١). وهذا هو مختارنا كما مرّ (٢) فى ذيل عنوان «إجابته المحقق الأصفهاني» أنفا.

وثالثا: قد مرّ منا فى أوّل الكتاب (٣) بأنّ النبوى المشهور: «إنّ الله إذا حرّم شيئا حرّم ثمنه» روايه عاميه مع ورود كلمه «أكل» فى أكثر رواياتهم (٤) وأنّ عمومها متروك عند الفريقين لأنّ كثيرا من الأشياء يحرم أكله ولا يحرم بيعه، فلا ينتج من هذه الروايه العاميه قاعده كليّه فى المعاملات.

ورابعا: وأمّا قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٥) فَيَدُلُّ بِإِطْلَاقِهِ عَلَى وَجوب الوفاء بالعقود والعهود الاجتماعيه والاقتصاديه ومنها: المعاملات والبيوع والتجارات، ولا يمكن القول بوجوب الوفاء بها إلا بعد صحتها وتاميتها، فالآيه الشريفه يُسْتَفَادُ منها شيان: ١- صحه المعاملات والبيوع والتجارات والعقود والعهود. ٢- وجوب الالتزام

ص: ٦١

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٤٢٣.

٢-٢ . راجع هذا المجلد صفحه ٥٨.

٣-٣ . راجع الآراء الفقيهيه ١/٣٤.

٤-٤ . كما فى سنن أبى داود ٢/٢٥١؛ مسند أحمد ١/٢٤٧ و ٢٩٣؛ و سنن البيهقى ٦/١٣.

٥-٥ . سوره المائده ١/.

ولزوم الوفاء والإيفاء بها كما مرّ في أوّل الكتاب. (١)

وبالجمله: لا يمكن الالتزام بهذا الجواب المأخوذ من الشق الأول من مقاله المحقّق الاصفهاني. (٢)

### ما المراد من الموصول في الآية الشريفه؟

اختلفوا في أنّ المراد «بالتى» أى شىء؟ وفيها ثلاثه احتمالات:

١- أنّ المراد بها «التيه» فيكون معنى الآية الشريفه: لا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتيه الحسنه. والباء فيها زائده.

٢- أنّ المراد بها «الكيفيه» فيصير معنى الآية الشريفه: لا تقربوا مال اليتيم إلاّ

بالكيفيه الحسنه فيكون المراد بها أحسن الوجوه المتصوره، وهو مختار الاستاذ المحقّق (٣) - مدظله - .

٣- أنّ المراد بها «الطريقه» فيفيد معنى الآية الشريفه: «لا- تقربوا مال اليتيم إلاّ- بالطريقه التى هى أحسن. والباء تكون للسببيه. وليس هو وصفا للقرب كما توهم وإلاّ كان الصحيح أن يقال «إلاّ بالذى هو أحسن» (٤) وهذا مختار السيّد الخوئي. (٥)

وقال: «وذكر بعض المفسرين أنّ المراد به النيه وبعضهم أنّ المراد به الكيفيه أى كيفيه القرب. ولا- شاهد على شىء منهما. والظاهر فى النظر أنّ المراد به الطرق، أى لا تقربوا إلاّ بالطرق الشرعيه دون غيرها» (٦).

ويمكن أن يناقش الاحتمال الأوّل وهو النيه بمايلى:

أوّلاً: زياده حَرْفِ «الباء» خلاف الأصل الأوّلى.

ص: ٦٢

١-٦ . راجع الآراء الفقهيّه ١/١٤.

٢-٧ . حاشيه المكاسب ٢/٤٢٣.

٣-١ . العقد النضيد ٤/٣١٢.

٤-٢ . مصباح الفقاهه ٥/٧٨.

٥-٣ . مصباح الفقاهه ٥/٧٨.

٦-٤ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/٦٣.

وثانيا: لا يفيد صرف النية الحسنه بل لابد أن تكون التصرفات على طبق المصالح الواقعيه لليتيم ولا تصححها النيه الحسنه إذا لم تطابق المصالح الواقعيه فى الخارج.

ويمكن أن يناقش الاحتمال الثانى وهو الكيفيه:

أولاً: الحكم بلزوم مراعاة الكيفيه الحسنه فى جميع التصرفات الواقعه على أموال الأيتام يقتضى لازماً فاسداً، لا يمكن الالتزام به من فقيهه، وهو الامتناع عن التصرف فى ما لو تساوت المصالح، ولم يقدر الولي عن تحصيل الكيفيه الأحسن منها.

وثانيا: اختصاص جواز التصرف تكليفاً ووضعاً بأحسن الكيفيات وحصره بها، يوجب العسر والحرج للولي بحيث لا يجوز له أى تصرف حتى يُحرزَ أنه أحسن التصرفات فلا بد له من إيقاف تصرفاته حتى يُحرزَ أنه أحسن، وإحرازه فى غايه الصعوبه بل على شرف الاستحاله الخارجيه - لا العقليه - فلا يمكن الأخذ بهذا الاحتمال أيضاً.

فيبقى لنا الاحتمال الثالث وهو الطريقه الشرعيه كما هو مختار المحقق السيد الخوئى رحمه الله .

وإذا كان المراد بالموصول هو الطريقه الشرعيه فالآيه الشريفه لاستفاد منها

مراعاة المصلحه فى التصرفات الوارده على أموال اليتامى، بل هى فى مقام بيان عدم جواز التقرب إليها إلا بالطريقه الشرعيه التى هى أحسن وأما الطريقه الشرعيه ما هى؟ فهى ساكته بالنسبه إليها فلا بد من مراجعه غيرها من الأدله فى تعيينها.

نعم، يمكن الاستدلال فى اعتبار المصلحه فى تصرفات الولي بقوله تعالى: «يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِضْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» (١).

لاسيما بقرينه الروايات الوارده فى ذيلها اللآتى سوف يأتى بعضها فى ما بعد.

ولكن مع ذلك كله، ظهور الآيه الشريفه فى اعتبار المصلحه فى تصرفات الأولياء فى أموال الأيتام ممّا لا يكاد يخفى لاسيما بقرينه الروايات الوارده فى ذيلها ولآئها إذا

ص: ٦٣

عُرِضَتْ عَلَى أَهْلِ اللِّسَانِ الْعَرَبِيِّ السَّابِرِينَ لِمَقَاصِدِ اللُّغَةِ يَقْبَلُونَ دَلَالَتَهَا عَلَى اعْتِبَارِ الْمَصْلَحَةِ بِلَا رَيْبٍ وَكَذَلِكَ الْعَرَفُ، وَالْعَرَفُ بِيَابِكُ.

## الإشكالات على دلالة الآيه الشريفة على اعتبار المصلحة في تصرفات الأب والجدّ

### إشاره

وهنّ خمسّه:

### الإشكال الأوّل

وهو إشكال عام يجرى بالنسبه إلى غير الأب والجدّ أيضا بتقريب: ظاهر الآيه الشريفة يفيد لزوم مراعاة الأحسن والأصلح بالنسبه إلى التصرفات في أموال الأيتام ولكنه كما مرّ لا يمكن الأخذ بالتى هي أحسن على الإطلاق وبمعناه الحقيقى بضروره الفقه فينحصر أنّ المراد من الأحسن هو التصرف الحَسَنَ ويندرج فيه ما لا مفسده فيه.

ويجاب عنه: أوّلاً: بضروره الفقه نرفع اليد عن مراعاة الأحسن الحقيقى وعلى الإطلاق ولكن لماذا نرفع اليد عن مراعاة الأحسن الإضافى والمقدور والممكن عند التصرف في أموال الأيتام!؟

وثانيا: على فرض أنّ المراد بالأحسن يعنى الحسن وعلى فرض أنّ نرفع اليد عن معنى التفضيل ولكن بأى دليل دخل فى المعنى الحسن ما ليس فيه المفسده؟ لأنّ الحسن والمصلحة معناه المنفعه ولكن، عدم المفسده يفرض ما تساوى طرفاه بالنسبه إلى النفع والضرر وهما شيئان مختلفان.

لا يقال: «قيام القرينه القرآنيه على أنّه ليس المراد من هذه الصيغه حقيقتها، بل المراد منها الأحسن فى مقابل الفاقد للحسن، كما فى قوله تعالى فى سورة الإسراء: «وَزِنُوا بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا» (١) حيث استعملت صيغه أفعال التفضيل فى مقابل ما ليس فيه الحسن، إذ لا يعقل أن يشتمل غير القسطاس المستقيم على الحُسن، وبالتالي فالمستعمل فى الآيه أفعال التفضيل وهو ما وصف به سبحانه القسطاس المستقيم، لكن أراد من الأحسن الحَسَنَ، وهكذا الأمر فى المقام، فبالرغم من

ص: ٦٤

وَصَفِ (١) التَّقَرُّبِ اللَّائِزِ إِلَى مَالِ الْيَتِيمِ بِالْأَحْسَنِ، لَكِنْ يُرَادُ مِنْهُ الْحَسَنُ وَليسَ الْأَحْسَنُ، وَنظَائِرُ هَذِهِ الْإِطْلَاقَاتِ كَثِيرَةٌ فِي الْآيَاتِ الْقُرْآنِيَّةِ حَيْثُ تَطْلُقُ صَيِّغُهُ أَفْعَلَ التَّفْضِيلِ وَيُرَادُ مِنْهَا دُونُهُ، كَمَا فِي قَوْلِهِ: «ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَعْرُوفِ الْحَسَنِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (٢)، وَكَثْرَةُ الِاسْتِعْمَالِ تَفِيدُ اسْتِقْرَارَ ظُهُورِ الْأَحْسَنِ فِي الْحَسَنِ فِي مَا نَحْنُ فِيهِ، وَلَا أَقَلَّ أَنَّهَا تَكُونُ سَبِيحًا لِإِجْمَالِ الْمُرَادِ فِي مَا زَادَ عَلَى اشْتِرَاطِ أَصْلِ الْمَصْلُوحِ، وَمَقْتَضَى الدَّلِيلِ لَزُومِ الْاِقْتِصَارِ عَلَى الْمُتَيَقِّنِ وَهُوَ أَصْلُ الْمَصْلُوحِ. وَهَكَذَا ثَبَتَ مِنْ خِلَالِ الْقَرِينَةِ الدَّاخِلِيَّةِ وَالخَارِجِيَّةِ أَنَّ الْأَحْسَنَ الْمَذْكُورَةَ فِي الْآيَةِ لَا تَدُلُّ عَلَى مَعْنَى زَائِدَةٍ عَلَى أَصْلِ الْمَصْلُوحِ» (٣).

لَأَنَّ نَقُولَ: فِي كُلِّ مَوْجِدٍ قَامَتِ الْقَرِينَةُ عَلَى عَدَمِ إِمْكَانِ الْأَخْذِ بِالمَعْنَى الْحَقِيقِيَّةِ لِصَيِّغِهِ أَفْعَلَ التَّفْضِيلِ نَرْفَعُ الْيَدَ عَنْهُ وَلَكِنْ فِي مَوْجِدِ عَدَمِ قِيَامِ الْقَرِينَةِ فَلَا، وَحَتَّى بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْآيَتَيْنِ يُمْكِنُ الْأَخْذُ بِمَعْنَاهِ الْحَقِيقِيَّةِ لِأَنَّ الْوِزْنَ بِالْقِسْطِ خَيْرٌ مِنْ تَرْكِ التَّوْزِينِ وَالْوِزْنَ بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ خَيْرٌ مِنَ الْوِزْنَ بِالْقِسْطِ غَيْرِ الْمُسْتَقِيمِ فَيَكُونُ الْوِزْنَ بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ أَحْسَنَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ جِدَالٌ مُخَالَفِي الْمَذْهَبِ لَهَا أَفْرَادٌ مُتَعَدِدَةٌ وَمَصَادِقٌ مُتَكَثِرَةٌ لِأَنَّهَا لَا يَبْدُ أَنْ يَكُونَ بِنَحْوِ الْأَحْسَنِ وَعَلَى أَنْتَقِنَ الِاسْتِدْلَالَ وَأَفْضَلَ الْبَيَانَ وَأَجْمَلَ الشَّكْلَ، وَكَذَلِكَ التَّصَرُّفَاتُ فِي مَالِ الْأَيْتَامِ لَهَا صُورٌ مُخْتَلِفَةٌ لِأَنَّهَا لَا يَبْدُ أَنْ يَخْتَارَ الْوَالِيُّ أَحْسَنَهَا وَأَصْلَحَهَا وَأَنْفَعَهَا لَهُ، نَعْمَ بِضُرُورِهِ الْفَقْهُ نَرْفَعُ الْيَدَ عَنِ الْأَحْسَنِ الْحَقِيقِيَّةِ

والمطلق كما مرّ.

## الإشكال الثاني

لو سلّمنا دلالة الآية الشريفة على رعايه الأحسن والأصلح ولكنّها مخصّصه

ص: ٦٥

١- ٢. في المصدر: توصيف، والتوصيف خطأ فاحشٌ شائعٌ وإنّ ورد في كلام الأعظم.

٢- ٣. سورة النحل/ ١٢٥.

٣- ٤. العقد النضيد ٢٠٢/٤ و ٢٠٣.

بإطلاقات الروايات (١) الواردة حول ولاية الجدّ الداله على عدم اشتراطها بالمصلحة بل كفايه عدم المفسده فيها، قال الشيخ الأعظم: «وأما الآيه الشريفه فلو سلم دلالتها، فهي مخصّيه بما دلّ على ولاية الجدّ وسلطنته، الظاهره في أنّ له أن يتصرّف في مال طفله بما ليس فيه مفسده له» (٢).

وبعبارة أخرى: اطلاق هذه الروايات يقيد اطلاق الآيه الشريفه بالنسبه إلى تصرفات الجدّ فقط.

ويجاب عنه: لا بدّ في تصرفات الجدّ أيضا من ملاحظه المصلحة وهي مشروطه بها ولا تكفي فيها عدم المفسده حتّى بالنسبه إلى ولايته على بُضع اليتيمه، فما يُستفيد من إطلاق الروايات غير تام لأنّ الروايات المشار إليها راجعه إلى أولويه الجدّ على الأب لا عدم اعتبار المصلحة في تصرفات الجدّ.

وعلى فرض تماميه ما يُستفاد من إطلاقها وكفايه عدم المفسده فهو معارض مع اطلاق الآيه الشريفه فيقدم إطلاق الآيه عليها بالحكومته على مبنى السيد الخوئي (٣) قدس سره وتلميذه الاستاذ المحقق (٤) - مدظله - .

وعلى فرض التعارض: يتعارضان ويتساقطان فيرجع إلى العام الذي فوقهما وهو قوله عليه السلام: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» (٥). والمتيقن الذي يخرج من هذا العموم هو التصرفات المقرونه بالمصلحة وأما غيرها فهي باقيه على عدم الحلّيه.

ص: ٦٦

---

١ - ١ . مرّت الاشاره إلى محلّها في الدليل الثاني من أدله ولايه الأب والجدّ راجع صفحه ١٧ من هذا المجلد وهكذا راجع صحيحه محمّد بن مسلم في وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٩، ح ١؛ وموثقه عبيد بن زراره، ح ٢؛ وخبره، ح ٥ [٢٠/٢٩٠] وخبر علي بن جعفر أو معتبرته عندنا، ح ٨ [٢٠/٢٩١].

٢ - ٢ . المكاسب ٣/٥٤١.

٣ - ٣ . محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٩؛ التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٤٩.

٤ - ٤ . العقد النضيد ٤/٢٠٥.

٥ - ٥ . وسائل الشيعة ١٧/٢٤٨، ح ١.

وعلى فرض فقدان العام الفوق يُرجع إلى الأصل العملى وهو عدم جعل الولاية فى ما إذا كان التصرف فاقدا للمصلحة. أو أصله عدم نفوذ التصرف الفاقدا للمصلحة أو أنّ الأصل الأوّلى فى المعاملات هو الفساد، وفى التصرف فى مال الغير هو الحرمة.

### الإشكال الثالث

لابدّ فى اعتبار المصلحة فى تصرفات الجدّ فقط، دون الأب لاستناده إلى عدم القول بالفصل وهو قاصر عن اعتبار المصلحة فى تصرفات الأب، لوجود القول بالفصل، قال الشيخ الأعظم: «مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص، وجب الاقتصار عليه فى حكم الجدّ، دون الأب. ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعه؛ فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما فى الاقتراض مع عدم اليسر»<sup>(١)</sup>.

أقول: مراده من «بعض متأخري المتأخرين» هو المحقّق الثانى صاحب جامع المقاصد حيث ذهب إلى جواز اقتراض الأب من مال ولده والإئْتجار به وعدم ضمانه وإن كان مُعسّراً، دون غيره حتّى الجدّ، لأنّه فى ذيل قول العلامة فى القواعد: «ولو ضمن [الولى] وأتجر لنفسه وكان مليئاً ملك الربح واستحب له الزكاه»<sup>(٢)</sup>، قال: «يستثنى من ذلك الأب وإن كان معسراً»<sup>(٣)</sup>.

ويكفى فى دفع الإجماع المركب وجود القول بالفصل بين تصرف الأب والجدّ، فلا يتم اعتبار المصلحة فى تصرفات الأب خاصة.

ويجاب عنه: أوّلاً: بأنّه ليس فى خصوص تصرفات الأب دليل لى نستكشف منه الحكم، بل مجموعه من الأدله تدلّ على ولايه الأولياء وعمدتها الإجماع وضروره الفقه، وهما دليلان ليّان يجب الاقتصار على القدر المتيقن وهو فى موارد وجود المصلحة والمنفعه فى التصرفات. بل قد مرّ أنّ شأن الولاية ومورد هافرض وجود المصلحة.

ص: ٦٧

١-١ . المكاسب ٣/٥٤١ و ٥٤٢.

٢-٢ . قواعد الأحكام ١/٣٢٩.

٣-٣ . جامع المقاصد ٣/٥.

وثانيا: إذا تمت دلالة الآيه الشريفه وظهورها على اعتبار المصلحه فى تصرفات الولي، فلا يتردد أحد فى شمول هذا المدلول بالنسبه إلى الأب أيضا، وإن كان اللفظ قاصرا عن أدائها.

وثالثا: الإجماع المركب هو على خلاف قول المحقق الثانى لأنّ القائلين باعتبار المصلحه مطلقا يرون الأب والجّد داخلين فى أدله اعتبار المصلحه، والقائلين بعدم اعتبارها فى حقّهما يرونهما معا خارجين من أدله اعتبار المصلحه وأنها مخصصه بهما، ولا يفرّق أحد بين الأب والجّد فتفصيل المحقق الثانى لا وجه له.

ورابعا: على فرض تعارض الأدله فى الأب وتساقطها يكون المرجع الأصول الفظيه والعملية الماضيه فى الجواب عن الإشكال الثانى وهو المنع عن التصرف من دون المصلحه والمنفعه.

### الإشكال الرابع

وهو ادعاء انصراف الآيه الشريفه عن الأب والجّد وأنّ المخاطب فيها غيرهما، فهى تدلّ على اشتراط التصرفات بمراعاة المصالح فى ولايه غيرهما.

ويجاب عنه بأنّ: «دَعَوَى الْإِنصِرَافِ عَنْهَا مَمْنُوعَةٌ، وَعَهْدُهُ إِثْبَاتُهَا عَلَى مَدْعِيهَا، لِأَنَّ الْإِنصِرَافَ مَتَقَوِّمٌ بِقِيَامِ السَّبَبِ الدَّالِّ عَلَيْهِ وَهُوَ مَفْقُودٌ فِي الْمَقَامِ، بَلْ إِنَّ إِطْلَاقَ الْخُطَابِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: «لَا تَقْرَبُوا» يَشْمَلُ كُلَّ مَخَاطَبٍ يَصْلَحُ أَنْ يَكُونَ مَخَاطَبًا لَهُ، وَمَعَ عَدَمِ وَجُودِ الْقَرِينَةِ الصَّارِفَةِ، يَكُونُ الْخُطَابُ شَامِلًا لِلأَبِ وَالجِدِّ فَضْلًا عَنْ غَيْرِهِمَا، كَمَا هُوَ الْحَالُ فِي غَيْرِهَا مِنَ الْآيَاتِ النَّاهِيَةِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: «وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجِيَّ» (١) وَأَضْرَابِهَا» (٢).

### الإشكال الخامس

«إنّ هناك شكوكا حول صدق عنوان اليتيم على من فقد أباه دون جدّه، وبالتالي يكون الجّد أجنبيًا عن خطاب الآيه الشريفه، وتشمل الأغيار عداهما.

ص: ٦٨

١- ١ . سورة الإسراء ٣٢/.

٢- ٢ . العقد النضيد ٢٠١/٤.



وفيه: أنّ الحاكم في معرفه المراد من هذه الخطابات هو العُزْفُ، ثمّ أهل اللُغَه، وقد اتّفقت كلمتهم في تفسير اليتيم بمن هو فاقدٌ لأبيه، سواءً كان له جدٌّ حتى أم لم يكن، فيشمل خطاب الآيه الجدّ وغيره، هذا وقد ذهب بعض الأعلام إلى صدق اليتيم على من فقد أمّه دون أبيه، وهذه الدعوى لو ثبتت استلزم اندراج الأب والجدّ كليهما في من توجه إليهم الخطاب من دون الحاجه إلى الاستعانه بدليل عدم الفصل، ولكنّها دعوى ممنوعه، لأنّ الثابت أنّ الفارق بين الإنسان والحيوان في اليتيم وعدمه، هو فقد الأب في الأوّل والأُمّ في الثاني»(١).

### فذلكه القول في دلاله الآيه الشريفه

آيه «لا تَقْرَبُوا» تدلّ على اعتبار مراعاة المصلحه في تصرفات الأولياء بلا فرق بين التصرفات الاعتباريه والتصرفات الخارجيه وبلا فرق بين الأب والجدّ وغيرهما، نعم بضروره الفقه لا تدلّ على مراعاة الأصلح والأنفع كما مرّ، وأما دلالتها على مراعاة الأصلح والأنفع النسبي والغالبى والممكن فلا ينكر، والله العالم.

وهذا تمام الكلام حول الآيه الشريفه ودلالتها على اعتبار المصلحه والحمد لله.

### ب: السنه

### اشاره

تدلّ على اعتبار المصلحه بعض الروايات:

منها: معتبره عبدالله بن يحيى الكاهلى قال: قيل لأبى عبدالله عليه السلام: إنّنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعه خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم، وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم، فماترى في ذلك؟ فقال: إن كان في دخولكم عليهم منفعه لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا، وقال عليه السلام: «بَلِ الْأَنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ»(٢) فأنتم لا يخفى عليكم وقد قال الله - عزّ وجلّ - «وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ»(٣). (٤)

ص: ٦٩

١- ٣. العقد النضيد ٤/٢٠٣ و ٢٠٤.

٢- ١. سوره القيامه / ١٤.

٣- ٢. سوره البقره / ٢٢٠.

٤- ٣. وسائل الشيعه ١٧/٢٤٨، ح ١، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به.

بتقريب: إنَّ المعْتَبَره باعتبار منطوق فقره «إن كان في دخولكم عليهم منفعه لهم فلا بأس» يدلّ على اعتبار المصلحه في تصرفات الولي.

## التنافي المزعوم

وقد زعم بعض معاصري (١) الشيخ الأعظم وجود التنافي بين صدرها وذيلها فلا يمكن الأخذ بها.

وأما التنافي: فالمعْتَبَره «تتضمن قضيتين شرطيتين الأولى قوله: «إن كان في دخولهم عليهم منفعه لهم فلا بأس»، والثانيه قوله: «وإن كان فيه ضرر فلا»، وهما متضمّتان لمنطوقين ومفهومين، أما منطوقهما فلا تنافي بينهما ولا تضادّ، إنّما التنافي بين

المفهومين لأنّ التصرف في مال اليتيم على ثلاثه أنحاء: ما فيه المنفعه، وما فيه المضرّه، وما ليس فيه المنفعه والمضرّه، ويتحقّق تعارض المفهومين في القسم الثالث من التصرف، حيث يُفِيدُ مفهوم القضيه الشرطيه الأولى أنّ ما لا منفعه فيه ففيه بأس، والقضيه الثانيه تفيد أنّه إذا لم يكن التصرف ضروريًا فلا بأس به، وهكذا يتعارضان ولا مجال للجمع الدلالي بينهما، لأنّ الأولى تنفي الجواز والثانيه تثبت، فيتساقطان بتعارضهما وينبغي الرجوع إلى أصل آخر، وهي ليست البراءه بل عموم قوله عليه السلام «(٢). فلا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير بأذنه (٣)، فتكون النتيجة هي الحرمة في محل الاجتماع، ووجود التنافي بين الصدور الذيل ثابت، فالأخذ بالمعْتَبَره والحكم بدلالاتها على وجود المصلحه في تصرفات الولي مشكل.

ولكن ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ المراد بالجمله الأولى ليس شيئًا غير الضرر بقريته مورد المعْتَبَره وما جاء في الجمله الثانيه هو تفسير للجمله الأولى وبالتالي فلا

ص: ٧٠

١- ٤. قال الإشكوري في بُغِيهِ الطالب ٢/١٠٧: «المُورِد هو صاحب الجواهر»، أقول: لم أجده في الجواهر كما صرح به المحقّق المروج في هدى الطالب ٦/٢٦٣.

٢- ١. العقد النضيد ٤/٣١٤.

٣- ٢. وسائل الشيعه ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، التوقيع المروي بسند صحيح.

منافاه بين صدرها وذيلها وقال: «بناءً على أنّ المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرّفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا- تنافى بين الصدر والذيل على ما زعمه بعض المعاصرين: من أنّ الصدر دالّ على إناطه الجواز بالنفع، والذيل دالّ على إناطه الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع ولا- مضرّ. وهذا منه مبنّى على أنّ المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضه ما يتصرّف من مال اليتيم بما يتوصّل إليهم من ماله، كأن يشرب ماءً فيعطى فلساً بإزائه، وهكذا... وأنت خير بأنّه لا ظهور للروايه حتّى يحصل التنافى»(١).

ويرد عليه: أنّ التنافى بين الجملتين موجود لأنّ الجملة الأولى تدل على أنّ مناط الجواز هي المنفعة والجملة الثانية تدلّ على أن مناط عدم الجواز هو الضرر ففي فرض التساوى إمّا أنّ تجريباً فتتفايان وإمّا لا تجريان فلا يستفاد حكم الصورة التساوى من المعبره ولعلّ عدم الجريان أظهر.

### جواب الميرزا النائيني عن التنافى

لم يرض النائيني بجواب الشيخ الأ-عظم وذهب إلى أنّ المراد بالمنفعة في الصدر هي المنفعة المتعارفه فيكون لمفهومها وفي مقابلها صورتان: الصورة الأولى: وجود الضرر، والصورة الثانية: فرض التساوى وعدم المنفعة والضرر معاً، فصرح في الذيل بالصورة الأولى فقط، وقال: «لو لم يكن الدخول صلاحاً لهم سواء كان ضرورياً أو لا - ففيه البأس، وذكر أحد فردى المفهوم لخصوصيه موجه لذكره في الشرطيه الثانيه لا يوجب أن تكون الشرطيه الأولى ساكنة عمّا لم يكن فيه صلاح وفساد، لأنّ ظاهر الشرط في الثانى أنّ المدار على الأوّل، فهو تابع للأوّل، مع أنّه لو كان كذلك فمقتضى الأصل - وهو عدم ولايه أحدٍ على مال غيره - هو اعتبار الصلاح فلا تعارض بين الصّدْر والذيل»(٢).

ص: ٧١

١- ٣. المكاسب ٣/٥٧٧ و ٥٧٨.

٢- ١. منيه الطالب ٢/٢٤٤ و ٢٤٣.

مراده: الصورة الثانيه وهى أنّ فرض التساوى فى المعاملات نادر ولم تذكرها المعبره لندرتهها ولكن إطلاق الصدر يشملها ويحكم عليها بالحرمة ولكن ليس للذيل إطلاق حتى يشملها.

### إجابة السيد الخوئى عن التنافى

قال: «أن الروايه أجنبيّه عما نحن فيه؛ لأنها وارده فى التصرفات الخارجيه، أى حكم الاستيلاء على مال اليتيم تكليفاً، وهو خارج عن محلّ الكلام. ومن الظاهر أنه لو اعتبر فى التصرف فى مال اليتيم رجوع نفع مصطلح إلى اليتيم لم يقدم أحد على التصرف فى مالهم ولا على الدخول عليهم ولا على الجلوس فى بساطهم وهكذا، فلا يمكن حفظ كيان اليتيم»<sup>(١)</sup>.

قد يقال: «بل المراد من الضرر فى الذيل أن لا يوصل إلى الأيتام ما يوازى المصروف من مالهم لأنّ مورد السؤال هو خدمه خادمهم للوارد فى مدّه قصيره وأكل شىء من طعامهم وأمثال ذلك من الأشياء التى لا تقع بإزائها الثمن عادة فلو دخل عليهم واستفاد منهم هذه الأشياء اليسيره وأوصل بإزاء ذلك خيراً إليهم فقد نفعهم يكون دخوله عليهم من القرب والتصرف بما هو أحسن وإلا- يكون دخوله ضرراً عليهم وعليه فلا- تنافى بين الصدر والذيل حتى يحتاج إلى التوجيه الذى ارتكبه [الشيخ الأعظم]»<sup>(٢)</sup>.

أقول: بهذه الإجابات ينفى التنافى المدعى والحمد لله.

ومنها: خبر على بن المغيره قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: إن لى ابنه أخ يتيمة فربما أهدى لها الشىء فأكل منه ثم أطمعها بعد ذلك الشىء من مالى فأقول: يا رب هذا بذا فقال عليه السلام: لا بأس.<sup>(٣)</sup>

والروايه ضعيفه سنداً لأنّ ذبيان بن حكيم الأودى أو الأزدى، وعلى بن المغيره مجهولان مهملان ليس لهما توثيق.

ص: ٧٢

١- ٢. محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/٦٧.

٢- ٣. محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/٦٧. تعليقه آيه الله الشهيد الشيخ الأحمدي على المحاضرات.

٣- ١. وسائل الشيعه ١٧/٢٤٩، ح ٢.

قد يقال: ترك الاستفصال في الرواية بين مساواة المال المدفوع إليها مع المأكل أو قلته أو كثرته والحكم في الجميع ب- «لا بأس» يدل على عدم اعتبار المصلحة والمنفعة لليتيم.

وفيه: الرواية ليس لها إطلاق، لأن العلاقة العاطفية بين العم و بنت الأخ اليتيمه تقتضى كون المال المدفوع إليها أكثر من المأكل بكثير عادة، فالرواية لا تشمل حكم التساوى والقله.

ولكن العمده فيها ما ذكره السيد الخوئي في المعتبره من أنها وردت في مورد خاص وهو الأكل والشرب والتصرف الخارجى والحكم التكليفى فقط.

ومنها: موثقه أو صحيحه ابن مسكان عن أبى عبدالله عليه السلام قال: لما نزلت «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا» (١) أخرج كل من كان عنده يتيم، وسألوا رسول الله صلى الله عليه وآله في إخراجهم فأنزل الله: «وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» (٢). (٣)

بتقريب: أن الآيه الثانيه تدل على مراعاة الإصلاح فى أموال اليتامى دون الأصلىح أو الأ-حسن الواقعيين، فتدل على مراعاة المصلحة فى أموالهم بالتصرفات الخارجيه والاعتباريه.

والشاهد على ما ذكرنا مرسله عبدالله بن الحجاج عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال: قلت له: يكون لليتيم عندى الشىء وهو فى حجرى أنفق عليه منه، وربما أصيب مما

يكون له من الطعام، وما يكون منى إليه أكثر، قال: لا بأس بذلك. (٤)

وهذه المرسله تدل على مراعاة المصلحة فى أموالهم لأن السائل يقول: «وما

ص: ٧٣

١-٢. سورة النساء ١٠/.

٢-٣. سورة البقره ٢٢٠/.

٣-٤. وسائل الشيعه ١٧/٢٥٥، ح ٥، الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

٤-١. وسائل الشيعه ١٧/٢٥٥، ح ٤.

يكون منى إليه أكثر».

ونحوها مرسله على عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن قول الله في اليتامى: «وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ» (١) قال: يكون لهم التمر واللبن، ويكون لك مثله على قدر ما يكفيك ويكفيهم، ولا يخفى على الله المفسد من المصلح. (٢)

ومنها: صحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله - عز وجل - : «فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» (٣) قال: المعروف هو القوت، وإنما عنى الوصى أو القيم فى أموالهم وما يصلحهم. (٤)

ومنها: صحيحه أبى الصباح الكنانى عن أبى عبدالله عليه السلام فى قول الله - عز وجل - : «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» (٥) فقال: ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشه فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً... الحديث. (٦)

ومنها: صحيحه ابن رئاب قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى وبينه قرابه مات وترك أولادا صغاراً، وترك ممالكك غلماناً وجوارى ولم يوص، فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ وماترى فى بيعهم؟ قال: فقال: إن كان لهم ولئى يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم، قلت: فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم. (٧)

ص: ٧٤

١-٢ . سورة البقره / ٢٢٠.

٢-٣ . وسائل الشيعة ١٧/٢٥٥، ح ٣.

٣-٤ . سورة النساء / ٦.

٤-٥ . وسائل الشيعة ١٧/٢٥٠، ح ١، الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به.

٥-٦ . سورة النساء / ٦.

٦-٧ . وسائل الشيعة ١٧/٢٥١، ح ٣.

٧-٨ . وسائل الشيعة ١٧/٣٦١، ح ١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

بتقريب: أنها تنص في اعتبار المصلحة بفقرتي: «الناظر فيما يصلحهم» المكرره،

وعنوان الولي القيم عام يشمل كل من يتولّى أمور الأيتام من الجدّ أو غيرهم.

### ج: الإجماع

المصرح به في كلام العلّامه في التذكره(١) والشهيد في الحاشيه النجاريه(٢) حاكيا عن قطب الدين البويهى، والشيخ جعفر في شرح القواعد(٣) والسيد العاملى في مفتاح الكرامه(٤) بالنسبه إلى اعتبار المصلحة في تصرفات الولي. بل في كلام ابن ادريس: «هذا الذى تقتضيه أصول المذهب»(٥).

وفيه: قد مرّ(٦) فى بحث الوجوه والأقوال فى المسأله قولٌ بعدم اشتراط المصلحه وكفايه عدم وجود المفسده فى تصرفات الولي وذكرُ القائلين به. فليس فى البين إجماع.

نعم، يمكن أن يقال: بأنّ قدماء الأصحاب قائلون باعتبار المصلحة فى تصرفات الولي كما صرح به الفاضل الأصفهاني فى شرحه على الروضه: «أنّ المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء»(٧).

وثانيا: هذا الإجماع - على فرض تماميته ولم يتم - مدركيّ أو لأقل من احتمال كونه مدركيّا فلا يغنى ولا يضمن من جوع.

### د: العقل

العقل حاكم ومستقل بأنّ جعل الولاية للأيتام ليس إلّا لأجل حفظ منافع الصغار وحقوقهم وأموالهم، فلا بدّ أن يقتيد به الحكم الشرعى بجعل الولاية.

ص: ٧٥

١-١ . تذكره الفقهاء ١٤/٢٤٥.

٢-٢ . الحاشيه النجاريه / ٢٢٥.

٣-٣ . شرح القواعد ٢/١٤٥.

٤-٤ . مفتاح الكرامه ١٢/٦٨١؛ و ١٦/٩٠.

٥-٥ . السرائر ١/٤٤١.

٦-٦ . هذا المجلد صفحه ٤٨.

٧-٧ . المناهج السويه فى شرح الروضه البهيه / مخطوطه، نقل عنه فى المكاسب ٣/٥٤٠.

ومضافاً إلى أنّ سيره العقلاء قائمه على مراعاة مصالحهم ومنافعهم ولم يَنْهَ الشارعُ المقدس عنه فلا بدّ أن يكون معتبراً عنده.

بل يمكن أن يقال: في جميع أنواع الولايات يكون مقتضى جعلها مراعاة مصلحة المولى عليه وهذه الاقتضاء قضيه ارتكازيه ثابتة عند العقلاء وعليه سيرتهم، لأنّهم «حين ما يجتمعون وينتخبون من بينهم مَنْ يكون حاكماً وسلطاناً على مجموعه من

الناس، وإنّما يفعلون ذلك لأجل أن يكون الحاكم المنصوب راعياً لمصالح عامه الناس لا مصلحة نفسه أو فئه معينه وبالتالي فطبيعه الولاية بنفسها تقتضى رعايه مصلحة المولى عليه»(١).

ولعل إلى ما ذكرنا أشار شيخ الطائفة في قوله: «من يلى أمر الصغير والمجنون خمسه: الأب والجَدّ ووصي الأب أو الجَدّ والإمام أو من يأمره الإمام.

فأمّا الأب والجَدّ فإن تصرّفهما مخالف لتصرّف غيرهما فيكون لكلّ واحد منهما أن يشتري لنفسه من ابنه الصغير من نفسه فيكون موجبا قابلاً قابضاً مقبضاً، ويجوز تصرّفهما مع الأجنب، ولا يجوز لغيرهما إلّا مع الأجنب فأما في حقّ نفسه فلا يجوز.

فإذا ثبت ذلك فكلّ هؤلاء الخمسه لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط، والحظّ للصغير المولى عليه لأنّهم إنّما نصبوا لذلك فإذا تصرّف على وجه لا حظّ له فيه كان باطلاً لأنّه خالف ما نصب له»(٢).

وبالجملة: الأدله الشرعيه بالنسبه إلى جعل الولاية حتّى لو كان لها إطلاق - ولم يكن - تقييد بحكم العقل المستقل والسيره العقلانيه وإرتكازاتهم بمراعاة المصلحة للمولى عليه وعدم نفوذ الولاية من دونها، والحمد لله الذي خلق العقل وجعله حجه باطنه وأفضل شيء عبّد به.

ص: ٧٦

١- ١. العقد النضيد ١٩٩/٤.

٢- ٢. المبسوط ٢٠٠/٢.



الأولى: المراد من الجد

هل المراد من الجدّ الذي له الولايه هو خصوص الجدّ الأدنى - أي أبؤ الأب - أم هو مطلق الجدّ وإن علا فيشمل أبا الجدّ وجَدّ الجدّ؟

تنظر صاحب الجواهر في إطلاق الجدّ وقال: «وكيف كان ففي تعدّي الحكم إلى أب الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا- مع الأب نظر» (١).

وتبعه المحقق الأصفهاني ويرى اختصاص الجدّ بالأدنى وقال: «... مع قطع النظر عن انصراف الجدّ إلى الأدنى لا ظهور لجمله منها (من الروايات) في غير الجدّ الأدنى... فإنّ ظاهر هذه الأخبار كون موردها الجدّ الأدنى. نعم بعضها الآخر بعنوان الأب والجدّ،

لكنه يمكن دعوى الانصراف وعدم الإطلاق للأعلى بملاحظه الأخبار الأولى فتدبر» (٢).

ولكن الشيخ الأعظم يرى أنّ المراد بالجدّ عام فيشمل أبا الجدّ وجدّ الجدّ وهكذا وإن علا قال: «ثم لا خلاف ظاهرا - كما ادّعى - في أنّ الجدّ وإن علا يشارك الأب في الحكم، ويدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص وماله - الذي منه مال ابنه - لأبيه، وما دلّ على أنّ الولد ووالده لجدّه» (٣).

وتبعه السيّد الخوئي وقال: «والظاهر ثبوتها (أي الولايه) له (أي للجد الأعلى) لأنّ بعض الأخبار وإن كانت مختصه بالجدّ الأدنى إلا أنّ بعضها مطلقه يعمّ الجدود ولا وجه لدعوى انصرافها من الجدّ إلى الجدّ الأدنى» (٤).

لتنقيح البحث لابدّ من مراجعه روايات الباب وهنّ على طائفتين:

الطائفة الأولى: ما يختص بالجدّ الأدنى

منها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: إذا زوّج الرجل ابنه ابنه فهو

ص: ٧٧

١- ٣. الجواهر ٢٧/٢٠٢ (٢٦/١٠٢).

٢- ١. حاشيه المكاسب ٢/٣٧٦.

٣- ٢. المكاسب ٣/٥٤٢.

٤- ٣. محاضرات في الفقه الجعفري ٣/٢٢؛ ونحوها في التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٥١.

جائز على ابنه، ولابنه أيضا أن يزوجه، فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فقال: الجد أولى بنكاحها. (١)

ومنها: موثقه الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنَّ الجدَّ إذا زوّج ابنه ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدُّ مرضياً جاز، قلنا: فإن هوى أبو الجارية هوى، وهوى الجدّ هوى وهما سواء في العدل والرضى، قال: أحبّ إليّ أن ترضى بقول الجدّ. (٢)

ومنها: معتبره عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا زوّج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه، قال: ولابنه أيضا أن يزوجه، فإن هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فالجدّ أولى بنكاحها، الحديث. (٣)

الطائفة الثانية: مطلقات أو معلّلات

فتشمل الجدّ وإن علا بإطلاقها أو بالتعليل الوارد فيها:

منها: موثقه عبيد بن زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن

يزوجه من رجل ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب زوجه قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ. (٤)

وإطلاقها تشمل الجدّ الأدنى والأعلى. اللهم إلا أن يقال: «إنَّ السؤال لم يكن» (٥) مطلقاً منذ البدايه لينعقد الجواب مطلقاً، بل كان مقيداً بالأدنى ويتبعه الجواب.

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ الجواب يكون مطلقاً ولو لم يكن السؤال كذلك والقاعده تقتضى لزوم الأخذ بإطلاق الجواب.

ومنها: صحيحه هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا زوّج

ص: ٧٨

١-٤. وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٩، ح ١، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

٢-٥. وسائل الشيعة ٢٠/٢٩٠، ح ٤.

٣-٦. وسائل الشيعة ٢٠/٢٩١، ح ٧.

٤-١. وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٩، ح ٢.

٥-٢. العقد النضيد ٤/٢١١.

الأب والجدّ كان التزويج للأوّل، فإن كانا جميعاً في حال واحده فالجدّ أولى. (١)

إطلاقها ظاهر.

ومنها: خبر علي بن جعفر - عند القوم - وحسنه عندنا عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوّج أحدهما وهوى أبوه الآخر، أيهما أحقّ أن ينكح؟ قال: الذي هوى الجدّ (أحقّ بالجارية) لأنها وأباها للجدّ. (٢)

ليست الرواية مطلقة ولكنها معلّلة، والتعليل الوارد فيها يشمل الجدّ وهو قوله عليه السلام: «لأنها وأباها للجدّ».

وسندها صحيح لـإبيّ بن جعفر العريضي رواها في كتابه ولصاحب الوسائل سند صحيح إلى كتاب علي بن جعفر فهذا السند تكون صحيحه.

وبالجملة: إطلاق بعض الروايات وتعليل بعضها الآخر يدلّان على أنّ المراد بالجدّ مطلق ويشمل الجدّ وإن علا، نعم آية أولى الأرحام وهي قوله تعالى: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» (٣) أجنيبه عن الدلالة لأنها وارده في المواريث والفرائض.

والحاصل: نحن مع الشيخ الأعظم والسيد الخوئي وشيخنا الاستاذ (٤) رحمه الله والاستاذ

المحقّق (٥) - مدّله - بأنّ المراد من الجدّ مطلق الجدّ وإن علا، والله العالم.

### الثانيه: هل ولاية الجدّ - في تزويج حفيده - مختصه بحال حياه الأب؟

أو أنّها ثابتة مطلقاً - في حال حياه الأب ومماته -؟ قولان: الثاني - وهو ثبوت

ص: ٧٩

١-٣. وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٩، ح ٣.

٢-٤. وسائل الشيعة ٢٠/٢٩١، ح ٨.

٣-٥. سورة الأنفال/ ٧٥.

٤-٦. إرشاد الطالب ٤/١٩٢.

٥-١. العقد النضيد ٤/٢١٢.

ولايته مطلقا - هو المشهور. بين المتأخرين، ونسب الأول إلى المشهور بين القدماء (١). كما هو مختار الصدوق (٢) والشيخ (٣) وأبناء الجنيد (٤) والبراج (٥) وزهره (٦) وأبي الصلاح (٧) وسألار (٨). ومال إليه من المتأخرين الفاضل الأصفهاني (٩).

مستند القول الأول وهو اختصاص ولايه الجدّ بحياه الأب

ليس إلاّ. ما مرّ من قوله عليه السلام في موثقه الفضل بن عبد الملك: «إنّ الجدّ إذا زوج ابنه ابنه وكان أبوها حيا وكان الجدّ مرضيا جاز» (١٠).

بتقريبين: الأول: مفهوم الشرط: المأخوذ في كلام الإمام عليه السلام شرطان: ١- حياه الأب، ٢- كون الجدّ مرضيا، فإذا كانا مَوْجُودَيْنِ معا تثبت الولاية للجدّ، وإذا فقد أحدهما - حياه الأب أو كون الجدّ غير مرضى في اعتقاده وأفعاله أى غير عادل - فولايته تنتفى بمفهوم القضية الشرطيه.

وهذا التقريب ورد في كلام صاحب الجواهر حيث يقول: «أنّها [أى دلالتها] من مفهوم الشرط - لإرادته بيان الجواز في هذا الحال فضلا عن حال موت الأب، ردّا على من اعتبر موت الأب في ثبوت ولايه الجدّ من العامه» (١١).

ويرد عليه: بأنّ ما ورد في الموثقه من قبيل مفهوم الوصف لا مفهوم الشرط - كما

ص: ٨٠

١-٢. كما في حاشيه المكاسب ٢/٣٧٧ للمحقّق الاصفهاني.

٢-٣. الهدايه ٢٦٠/.

٣-٤. النهايه ٢/٣١١ و ٣١٢.

٤-٥. راجع المختلف ٧/١٠٠.

٥-٦. المهذب ٢/١٩٥.

٦-٧. غنيه النزوع ٣٤٢/.

٧-٨. الكافي في الفقه ٢٩٢/.

٨-٩. المراسم ١٤٨/.

٩-١٠. كشف اللثام ٧/٥٩ و ٦٠.

١٠-١١. وسائل الشيعه ٢٠/٢٩٠، ح ٤.

١١-١٢. الجواهر ٣٠/٣٠٤ (٢٩/١٧١).

عليه بعض ويراه المحقق الأصفهاني (١) هو الحق - فلا يتم هذا التقريب «لأن الشرطية هنا لتحقيق الموضوع لا لتعليق الحكم» (٢). مضافا إلى إعراض المشهور عن اعتبار العدالة في ولاية الأب والجَدِّ.

الثاني: مفهوم الوصف: الوارد في قوله عليه السلام: «وكان أبوها حيا» مفهوم هذا الوصف يدل على انتفاء ولاية الجد إذا لم يكن أبوها حيا.

ويرد عليه: ما أورده المحقق الأصفهاني بقوله: «أن الوصف إنما يكون له مفهوم إذا لم يكن لإيراده في الكلام فائده وهي هنا دفع توهم ولاية الجد بعد فقد الأب كما عن بعض العامة» (٣) (٤).

ولذا قال السيد الخوئي: «ليس لهذه الجملة مفهوم، لأن العامه على الظاهر متفقون على عدم ثبوت الولاية للجد مع وجود الأب - للآيه الشريفه - ومن المحتمل أن الإمام عليه السلام أراد من هذا القيد الإشاره إلى ذلك، أى ثبوت الولاية للجد ولو مع وجود الأب، فالمراد حتى إذا كان حيا. وهذا وإن كان تأويلاً للروايه، إلا أنه قريب جدا بعد اتفاق العامه على ما ذكرناه، فليس للقضيّه مفهوم من هذه الجهه» (٥).

وأما سند الروايه: فسَيَأْتِي الإشكال في السند من قبيل جعفر بن سماعه وأنه هِلَّ هَيَّو جعفر بن محمّد بن سماعه الذي وثقه النجاشي (٦) وصرّح بوقفه أو غيره؟

ص: ٨١

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٣٧٧.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٢/٣٧٧.

٣-٣ . العامه متفقون على عدم ثبوت الولاية للجد مع وجود الأب - على الظاهر - كما ورد في الحاوي الكبير ٩/٩١؛ ومغني المحتاج ٣/١٤٩؛ الأم ٥/١٣؛ المجموع ١٦/١٤٧ و ١٥٤؛ المغني ٧/٣٤٦، والفقّه على المذاهب الأربعة ٢/٣٥٤؛ و ٤/٢٦.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٣٧٧.

٥-٥ . محاضرات في الفقّه الجعفري ٣/٢٤.

٦-٦ . رجال النجاشي ١١٧/، رقم ٣٠٥.

ذهب ابن داود(١) إلى أنّ جعفر بن سماعه غير حفيد سماعه وضعّفه وتبعه المامقاني(٢)، ولكن المجلسي مع أنّه يرى وحدتهما في وجيزته(٣) اختار ضعف سند

الرواية في مرآه العقول(٤) مدعيًا أنّ في رجاله بعض الواقفيه.

وذهب إلى اتحادهما العلّامة في خلاصته(٥) حيث لم يعنون غير جعفر بن محمّد بن سماعه، والقهبائي في مجمع الرجال(٦)، والشيخ عبدالنبي الجزائري في حاوي الأقوال(٧)، والتفرشي في نقد الرجال(٨) الميرزا الاسترآبادي في منهج المقال(٩) وأبوعلی الحائري في منتهى المقال(١٠) والسيد الخوئي في معجم رجال الحديث(١١).

ونحن مع الاتحاد لأنّ الانتساب إلى الجِدِّ شائعٌ وفساد مذهب الرواي لم يضّرّ باعتبار الروايه إذا كان ثقّه وَصَدُوقًا في مقالته فتم سند الروايه عندنا وهي موثقه الإسناد كما مرّ.

وبالجملة: سند الروايه تامٌّ ولكن دلالتها لم تتم فلا يتم القول بأنّ ولايه الجِدِّ مختصه بحال حياه الأب واللّه العالم.

ص: ٨٢

١-٧. رجال ابن داود / ٣٨٥.

٢-٨. تنقيح المقال ١٥٦/١٥، رقم ٣٨٨١.

٣-٩. الوجيزه في الرجال / ٤٤، رقم ٣٦٥، قال: جعفر بن سماعه ثقّه غير امامي هو ابن محمّد بن سماعه، وقيل: ضعيف غيره.

٤-١. مرآه العقول ٢٠/١٣٣.

٥-٢. ترتيب خلاصه الأقوال / ١٢٤، رقم ٢٢.

٦-٣. مجمع الرجال ٢/٢٨.

٧-٤. حاوي الأقوال / ١٩٩، رقم ١٠٥١.

٨-٥. نقد الرجال / ٦٩، رقم ٣٢ (١/٣٤٤)، رقم (٩٦٩).

٩-٦. منهج المقال ٣/٢٠١، رقم ١٠٤٩: قال: «والحقّ أنّه جعفر بن محمّد بن سماعه...».

١٠-٧. منتهى المقال ٢/٢٤٧، رقم ٥٥٣.

١١-٨. معجم رجال الحديث ٢/٣٧٧.

ولكن مع ذلك كله قال في العقد النضيد: «... لا سبيل للاطمئنان إلى اتحاد جعفر ابن سماعه مع جعفر بن محمد بن سماعه، بل الدليل على خلافه، ولو سلمنا اتحادهما فإن ذلك غير مفيد في المقام، ولا ينفعنا في الاعتماد على هذه الروايه لاعتقادنا بعدم حجيتها، وإن نلتزم بوثاقه جعفر بن محمد، وذلك لإعراض مشهور الفقهاء عن العمل بها - خلافا لما ادّعه العلامة في التذكرة من الإجماع على العمل بها، بل إنّ مضمونها تخالف فتوى المشهور من جهتين: اشتراط العدالة في الجدّ، واشتراط ولايته بحياه الأيب، وبالتالي فمن يلتزم بسقوط الروايه بإعراض المشهور عنها - كما هو الحقّ الذي نلتزم به - عليه أن يحكم بسقوط هذه الروايه عن الحجية» (١).

أقول: الأستاذ المحقق - مدظله - متحد معنا في نتیجه الاستدلال دون طريقه

ولكن يرد عليه: أوّلاً: الاطمئنان حاصل لنا في اتحاد جعفر بن سماعه وجعفر بن محمد بن سماعه لما مرّ من أنّ الانتساب إلى الجدّ شائع.

وثانياً: إعراض الأصحاب ثابت بالنسبه إلى فقره الثانيه وهي قوله عليه السلام: «وكان الجدّ مرضياً» الداله على اعتبار العدالة في ولايه الجدّ. وأيّاً بالنسبه إلى فقره الأولى وهيقوله عليه السلام: «وكان أبوها حياً» كيف يثبت اعراض الأصحاب مع ذهاب مشهور القدماء إليه كما مرّ وميل كاشف اللثام إليه.

وثالثاً: ردّ العلامة اعراض الأصحاب عن الروايه حيث ادعى الإجماع على العمل بها كما نقله الاستاذ المحقق - مدظله - ومع ادعاء هذا الاجماع كيف يثبت إعراض الأصحاب عنها.

ص: ٨٣

وأما مستند القول الثانى: وهو ثبوت ولايه الجدّ مطلقاً - أى بلا فرق بين حال حياه الأب ومماته فهو - :

أ- الإطلاقات

الماضيه فى ولايه الجدّ الوارده فى تزويج حفيدته الشامله لحالتى حياه الأب ومماته.

ولذا قال صاحب الجواهر: «مضافاً إلى إطلاقه (إطلاق موثق عبيد(1)) جواز تزويج كلّ منهما عليها»(2).

ب: التعليل

الوارد فى صحيحه على بن جعفر: «لأنها وأباها للجدّ(3)»، يقتضى ثبوت الولايه للجدّ مطلقاً فى حال حياه أبيها ومماته.

ج: أقوائيه

ولايه الجدّ من ولايه الأب كما صرح بها بعض الروايات الماضيه «ولذا يقدم الجدّ على الأب مع المزاحمه، فيبعد جدّاً اشتراط ولايته ببقاء حياه الأب فتدبر»(4).

وقال صاحب الجواهر بعد موثق عبيد(5): «الدالّ على قوّه ولايه الجدّ من ولايه

الأب فلا يؤثر فيها موت الأضعف كالعكس، بل هو أولى...»(6).

د: استصحاب

ولايه الجدّ فى حال حياه الأب بعد مماته ولذا قال فى الجواهر: «وللاستصحاب

ص: ٨٤

١-١ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٨٩، ح ٢.

٢-٢ . الجواهر ٣٠/٣٠٥ (٢٩/١٧٢).

٣-٣ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٩١، ح ٨.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٣٧٧ للمحقّق الأصفهانى.

٥-٥ . وسائل الشيعه ٢٠/٢٨٩، ح ٢.

٦-١ . الجواهر ٣٠/٣٠٥ (٢٩/١٧٢).



فى بعض الأفراد»(١).

وقد ناقشه الاستاذ المحقق(٢) - مدظله - بأن جريان الاستصحاب مشروط باتحاد قضيتى المتيقنه والمشكوكه وفى ما نحن فيه نشك فى اتحادهما فى الموضوع لاحتمال أن تكون حياه الأب قيدا أو شرطا لولايه الجدّ. وهى مفقوده فى القضيّه المشكوكه.

### الثالثه: مع فقدان الأب هل تختص الولايه بالجدّ أم يُشاركه أبوه وجدّه؟

قال السيد المجاهد: «وهل الأجداد فى مرتبه واحده، فكّلهم اولياء بالاستقلال أو لا؟ بل الأقرب إلى الأب يمنع الأبعد، صرّح بالثانى فى جامع المقاصد(٣) والمسالك(٤) والكفايه. ويظهر الأوّل من إطلاق الشرائع والنافع والتبصره والإرشاد والتحرير والقواعد والتذكرو والدروس واللمعه وكنز العرفان والروضه والرياض»(٥).

وقال الشيخ الأعظم: «لو فقد الأب وبقى الجدّ، فهل أبوه أو جدّه يقوم مقامه فى المشاركه أو يخصّ هو بالولايه؟ قولان»(٦).

أقول: مرادهم من هذا الفرع التنبيه على أنّ ولايه الأجداد هل هى ثابتة لجميع طبقاتهم وإن علوا فى عرض واحد، أم هى طوليه فلا تثبت لأبى الجدّ إلا بعد فقد الجدّ ولا تثبت لجدّ الجدّ إلا بعد فقد أبى الجدّ وهكذا لا تثبت للأعلى إلا بعد فقد الأدنى؟ فيه قولان، قد مرّ القائلون بهما فى كلام السيد المجاهد.

دليل طوليه ولايه الأجداد

قوله تعالى: «أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ»(٧)

ص: ٨٥

١-٢. الجواهر ٣٠/٣٠٤ (٢٩/١٧١).

٢-٣. كما فى العقد النضيد ٤/٢٢٣.

٣-٤. جامع المقاصد ٥/١٨٧.

٤-٥. المسالك ٧/١٧١.

٥-٦. المناهل ١٠٥/.

٦-٧. المكاسب ٣/٥٤٢.

٧-٨. سوره الأنفال ٧٥؛ سوره الأحزاب ٦/.

بتقريب: الآيه الشريفه بالنسبه إلى الولايه كالميراث تدلّ على وجود الطبقات والترتيب، فمادام الجدّ كان حيّا لم تثبت ولايه بالنسبه إلى أبي الجدّ، لأنّه - الجدّ - كان أولى وأقرب بالمولى عليه من أبي الجدّ. فَوَلايَهُ أَبِي الجدّ متوقفه على فقد الجدّ وهكذا فقد الأدنى حتّى تصل النوبه إلى الأعلى، لأنّ الآيه الشريفه جعلت الأولويه بالنسبه إلى أولى الأرحام ومنها أولويه الولايه.

بعباره أُخرى: الآيه الشريفه تثبت وجود الولايه الطويله بحسب طبقات الولاه كما تثبت الميراث بحسب طبقات الإرث. ومع وجود الجدّ الأدنى لم تصل النوبه إلى الجدّ الأعلى فى الولايه وأنّ الأقرب يمنع ولايه الأبعد بالنسبه إلى المولى عليه.

ويرد عليه: أوّلاً: الآيه الشريفه مختصه بباب الإرث، وعلى فرض عدم اختصاصها يمكن الاستدلال بها فى مسأله تغسيل الميت وتجهيزه كما فعله صاحب الجواهر(1).

وأما دلالتها على باب الولايات فلا تتم، وعلى فرض جريانها فى الولايات تثبت بها ولايه أولى الأرحام حصراً وتنفى بها ولايه الأجنب دون استفاده الطويله أو العرضيه منها، فتدبر.

وثانياً: على فرض تماميه دلالتها على طويله ولايه أولى الأرحام يستلزم تخصيص الأكثر المستهجن، لأنّ الولايه فى طبقات الأثر منحصره بالأب والجدّ الأبى فقط، وهذه يستلزم خروج كثير من الأفراد والطبقات بحيث يصير التخصيص مستهجنًا.

وثالثاً: على فرض تماميه دلالتها يلزم عدم ثبوت الولايه للجدّ فى حياه الأب - كما عليه العامه - مع أنّه قد مرّ ثبوتها فى حياته ومماته ومن هذا التخصيص يظهر أنّ أدله الولايه حاكمه على هذه الدلاله.

وبالجملة: هذه الآيه الشريفه أجنبيه من الدلاله على مَنْ له الولايه وثبوتها وطوليتها أو عرضيتها وطبقاتها وترتيبها، واللّه سبحانه هو العالم.

ص: ٨٦

فظهر مما ذكرنا عدم وجود الطولية بالنسبه إلى ولاية الأب والجدّ بحيث ولاية الأب تكون مقدمه على ولاية الجدّ بل أنّهما في عرض واحد فلا يتم ما ذكره العلامة رحمه الله في وصايا التذكرة من قوله: «ولاية الأب مقدمه على ولاية الجدّ» (١).

#### الرابعه: المراد من الأب والجدّ النسبيين

«إنّ الظاهر اختصاص الولايه بالأب والجدّ النسبيين دون الرضاعيين، لأنّهما - على فرض صدق الأب والجدّ عليهما حقيقةً - تنصرف الأدله عنهما، ولم نقف على تعرض أحدٍ للحقوق الرضاعيين بالنسبيين. ودليل تنزيل الرضاع منزله النسب ناظر إلى الأوصاف والأحكام الظاهره. وعلى فرض الشكّ في شمول دليل الولايه لهما فمقتضى الأصل عدمها.

وأما ولاية الأب والجدّ على مَنْ وُلِدَ منهما بالزنا، فالظاهر ثبوتها لهما، لصدق الأب والجدّ عليهما حقيقةً بالنسبه إلى هذا الولد. وهذه المعاني الحقيقيه العرفيه موضوعات للأحكام الشرعيه.

وأولى بثبوت الولايه للأب والجدّ ما إذا كان تولد الولد منهما على الوجه المحرّم غير الزنا، كالتولد من وطى محرّم بالعرض كالوطى في حال الحيض والإحرام والصوم، أو من تلقيح ماء أجنبي في جوف المرأه [على القول بحرمته] فإنّ الولد في جميع هذه الصور لصاحب الماء، ومقتضى موضوعيه المعاني العرفيه للأحكام الشرعيه ثبوت الولايه وغيرها من الأحكام الشرعيه للأب والجدّ إلا ما خرج كالإرث، فإنّ الزنا مانع عنه» (٢).

ص: ٨٧

١- ٢. تذكرة الفقهاء ٢٢/٢٢ (٢/٥١٠ من الطبعة الحجرية).

٢- ١. هدى الطالب ٦/١٢٤.

إشاره

قبل الإيغال (١) في البحث لابّد من التذكير بأُمُور:

الأول: البحث العلمي المحض لا السياسي

نبحث عن ولاية الفقيه بحثا كئنا علميًا فقهيًا بحثا ولا نبحث عنه بحثا مصداقيا سياسيا اجتماعيا. فلايّد من لحاظ هذا الأمر في طيّ البحث.

الثاني: تاريخ هذا البحث بالاجمال

تَزَجُّعُ أَصَالِهِ هَذَا الْبَحْثُ إِلَى أَكْثَرِ مِنْ أَلْفِ سَنَةٍ حَيْثُ ذَهَبَ الشَّيْخُ الْمَفِيدُ رَحِمَهُ اللهُ الْمَتَوَفَّى سَنَةَ ٤١٣ إِلَى أَنَّ إِقَامَةَ الْحُدُودِ مَحْوَلٌ إِلَى «سُلْطَانِ الْإِسْلَامِ الْمَنْصُوبِ مِنْ قَبْلِ اللهِ - تَعَالَى - وَهُمْ أَيْمَةُ الْهُدَى مِنْ آلِ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَمَنْ نَصَبُوهُ لِذَلِكَ مِنَ الْأَمْرَاءِ وَالْحُكَّامِ وَقَدْ فَوَّضُوا النَّظَرَ فِيهِ إِلَى فُقَهَاءِ شِيعَتِهِمْ» (٢).

وتبعه تلميذه شيخ الطائفة الطوسي (٣) والحلبي (٤) وسالار (٥) والعلامة (٦) والشهيد (٧)

ص: ٨٨

١-١ . كلّ داخلٍ في شيء دخولٍ مستعجلٍ فقد أوغَل فيه. [ترتيب جمهره اللغه ٣/٦٠٢].

٢-٢ . المقنعه / ٨١٠.

٣-٣ . النهايه / ٣٠٠.

٤-٤ . الكافي في الفقه / ١٧٢ و ٤٢٣.

٥-٥ . المراسم / ٢٦٣.

٦-٦ . القواعد / ١/٥٢٥.

٧-٧ . الدروس / ٢/٤٧.

وحاصل كلام الفقهاء فى هذه المصادر وغيرها ترسيم حكومه شرعيه، الحاكم فيها هو الإمام المعصوم عليه السلام ومع الابتلاء بغيبته - عجل الله تعالى فرجه وظهوره - الفقيه هو الذى يقوم مقامه فى بعض الأمور لا كلها نحو إقامه الحدود وأخذ الحقوق والإفتاء للناس والقضاء بينهم وسد الثغور وتبليغ الشريعة والدفاع عنها وإقامتها وحفظ بيضه الإسلام وحفظ المذهب الحق الإمامى الإلهى عشرين وغيرها.

وهذه الحكومه الشرعيه عندهم غير الحكومه التى أقامها الظلمة الغالبون على الحكم والسلطه فى كل عصر ومصر.

ففى كل عصر عندهم حكومتان وحاكمان، الحكومه الظاهريه الظالمه المتغلبه على الحكم وحاكمها أمير أو ملك أو رئيس، والحكومه الواقعيه الشرعيه العادله وحاكمها فى عصر الظهور الإمام المعصوم عليه السلام وفى عصر غيبته عليه السلام الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء.

نعم، فى عصر الظهور إذا تصدى للحكومه الظاهريه غير الإمام عليه السلام فهو غاصب لحقه وحكومته تكون غاصبه ظالمه باطله غير مشروع.

وأما فى عصر الغيبه فالحكومه الشرعيه الواقعيه للفقيه وأما الحكومه المتصديه المتغلبه على الأمر فلا تكون غاصبه ظالمه غير مشروع إذا أستجاز فى تصرفاته من فقيه عصره كما فعله الصفويون وأستجازوا من فقهاء عصرهم وشيوخ إسلامهم نحو الكركى وبهاء الدين محمد العاملى والشيخ محمد باقر المجلسى والسبزوارى قدس سرهم وغيرهم.

أو فتحلى شاه القاجارى حيث أستجاز فى حرب الروس من فقيه عصره جدى الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله وأما إذا تصدى للأمر من دون الاستجازه فتصرفاته باطله غير مشروع، وأما كونها عادله أو ظالمه، مفيده بحال الناس أو مضره بحياتهم فهى مشروطه بأعمالها الواقعيه وكيفيه مواجهتها معهم ومنافعهم ومعيشتهم وحرياتهم.

فَرُبَّ حُكُومَةٍ مَّجَازِهِ مِنَ الْفَقِيهِ تَكُونُ عَوَائِدُهَا وَمَنَافِعُهَا لِلنَّاسِ كَثِيرَةٌ نَحْوَ حُكُومِهِ بَعْضُ مَلُوكِ الصَّفَوِيَّةِ وَرَبَّمَا عَلَى عَكْسِهَا نَحْوَ حُكُومِهِ بَعْضُ مَلُوكِ الْقَاجَارِيَّةِ الْجَبَانِيِّينَ كَمَا فِي حَرْبِ الرُّوسِ وَالْإِتِّفَاقِ مَعَهُمْ بِاتِّفَاقِيَّتِي كَلْسْتَانِ وَتَرْكْمَنِ چَايِ.

وَرُبَّ حُكُومَةٍ غَيْرِ مَجَازِهِ مِنَ الْفَقِيهِ تَخْدُمُ رَعِيَّتَهَا وَشُعُوبَهَا نَحْوَ حُكُومَةِ آلِ بُوِيَّةِ وَالصَّفَارِيِّينَ وَالزُّنْدِيِّينَ.

وَرُبَّ حُكُومَةٍ غَيْرِ مَجَازِهِ مِنَ الْفَقِيهِ لَمْ تَخْدَمْ شُعُوبَهَا بَلْ أَخَذَتْ مِنْهُمْ حَرِّيَّاتِهِمْ وَسَلَّطَتْ عَلَيْهِمْ وَحَبَسَتْهُمْ وَأَخَذَتْ أَمْوَالَهُمْ وَسَعَتْ فِي تَخْرِيبِ الْبِلَادِ وَظَلَمِ الْعِبَادِ وَلَيْسَتْ هَمَّهُمْ إِلَّا كَوْنُهُمْ عَلَى السَّلْطَةِ وَالْحُكْمِ وَالْقَدْرَةِ كَأَكْثَرِ سُلَاسِلِ الْمُلُوكِ وَالْحُكَّامِ.

وبالجملة: يتصوّر الفقهاء في عصر الغيبة حُكُومَتَيْنِ فِي عَرْضِ وَاحِدٍ: الْحُكُومَةُ الشَّرْعِيَّةُ وَحَاكِمُهَا الْفَقِيهُ الْعَادِلُ وَالْحُكُومَةُ الْمَتَغَلْبَةُ الْمَسْلُطَةُ وَحَاكِمُهَا عَلَى أَىِّ حَالٍ ظَالِمٌ وَجَائِرٌ، وَهُوَ إِمَّا مَأْذُونٌ مِنَ الْحُكُومَةِ الشَّرْعِيَّةِ أَوْ غَيْرَ مَأْذُونٍ، وَهَذَا الْإِسْتِيزَانُ يَحْصُلُ لَهُ جَوَازُ تَصَرُّفَاتِهِ فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ وَفِي الْبِلَادِ وَالْعِبَادِ جَوَازًا شَرْعِيًّا دِينِيًّا. وَلَكِنْ لَا يَصِيرُهُ عَادِلًا مُرَاعِيًّا لِحُقُوقِ النَّاسِ وَسَاعِيًّا لِحِفْظِ الْبِلَادِ وَالْعِبَادِ وَمَنَافِعِهِمْ بَلْ هَذَا الْأَمْرُ الْأَخِيرُ مَنْوُطٌ بِأَعْمَالِ الْحَاكِمِ وَكَيْفِيَّةِ حُكْمِهِ وَسِيرَتِهِ الْعَمَلِيَّةِ مَعَ رِعَايَاهُ وَشَعْبِهِ.

ينظر الفقهاء إلى الحكومة الشرعية على هذا النحو حتّى بَرَّخَ نَجْمُ السَّيِّدِ الْإِمَامِ الْخَمِينِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَرَأَى بِأَنَّ الْحُكُومَةَ الشَّرْعِيَّةَ فِي عَصْرِ الْغَيْبَةِ تَمَكَّنَتْ مِنْ أَنْ تَقُومَ بَدَلًا مِنَ الْحُكُومَةِ الْمَتَغَلْبَةِ عَلَى الْحُكْمِ وَجَازًا لِلْفَقِيهِ أَنْ يَجْلِسَ عَلَى كُرْسِيِّ الْحُكُومَةِ الظَّاهِرِيَّةِ وَأَنْ يَتَصَدَّى لِلْحُكْمِ بِنَفْسِهِ وَيُبَدِّلَهَا بِهَا، وَيُطَبِّقَ الْحُكُومَةَ الشَّرْعِيَّةَ عَلَى الْحُكُومَةِ الظَّاهِرِيَّةِ.

وهذا التطبيق بين الحكومتين من إبداعاته وتأسيساته وَلِكُونِهِ هُوَ مُؤَسَّسُ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، وَالْفَقَهَاءُ قَبْلَهُ يَرُونُ الْفَارِقَ بَيْنَهُمَا (١).

فَوَقَعَتْ هُنَا مِغَالَطَةٌ وَاضِحَةٌ وَهِيَ أَنَّ وِلَايَةَ الْفَقِيهِ بِمَعْنَى الْحُكُومَةِ الشَّرْعِيَّةِ يَقُولُ بِهَا

ص: ٩٠

---

١- ١. راجع في هذا المجال إلى أول بحث ولاية الفقيه في كتابه البيع ٢/٦٧: ضروره الحكومة الإسلامية.

الفقهاء على مدى قرون، ولكن تطبيقها على الحكومه الظاهريه وجعلها نظريه للحكم فهو من إبداعات الإمام الخميني رحمه الله .

وأما وضوحها: فالمخالفون لهذا التطبيق والنظريه السياسيه فى الحكم ينكرون أصل ولاية الفقيه حال كون ثبوتها فى الجملة من ضروريات الفقه الشيعي، والموافقون له يأتون بأقوال الفقهاء على مدى القرون والأعصار تأييدا للتطبيق والنظريه السياسيه، ويغفلون من أنّ هذه النظريه السياسيه والتطبيق هو من أبتكار أفكاره ومن تأسيساته فى عالم الحكم والسياسيه.

نعم، يَصِحُّ أن يقال: بأنّ هذه الفكره والنظريه لها أصول وَجُدُورٌ على مدى قرون وأعصار وأما إنكار إبداعها وتأسيسها مِنْ قِبَلِ السَّيِّدِ الإِمامِ الخمينيِّ رحمه الله فَظُلْمٌ لَهُ وَلاَءُ فُكَّارِهِ

وآرائه وأنظاره العلميه والفقيهيه والسياسيه وإنكار لضرورى قَبْلَهُ العالَم بأسره وهو أنّ هذه النظريه السياسيه سَجِلَتْ باسم السَّيِّدِ الخميني رحمه الله وأنه أسس حكومه فى إيران العزيزه بعد الثوره الإسلاميه على أساس هذه النظريه وهى الجُمهوريه الإسلاميه وتصدّى لقيادتها عشر سنين وإلى آخر حياته المباركه - قدس الله سره - .

ظهر ممّا ذكرنا في تاريخ هذا البحث، أنّا نبحت عن ولايه الفقيه بحثا علميًا فقهيًا كما بحثها الفقهاء العظام مدى القرون والأعصار، ولا- نبحت عنها بأنّها نظريه للحكم في عالم السياسة التي أسسها الإمام الخميني رحمه الله، وبين الباحثين موضوعا وحكما وأدله ونظريه وتطبيقا فروق واضحة لا ينكرها إلا المكابر.

فالبحت الفقهي يأتي بالتفصيل إن شاء الله تعالى، والبحث السياسي خارج عن موضوع كتابنا الفقهي فلا نتعرض له، وله محل آخر وبحوث أخر ولّه علماء آخرون وأدله أخرى ومناقشات أخرى ومميزات أخرى، ومباحثه باعتقادي أكثر أن تكون إلهية سماوية تكون شعبيّة أرضيّة، وأكثر من أن تكون نظريّة تكون عمليّة وأكثر أن تلاحظ فيها حقوق الرعيه والشعب. وأكثر أن تلاحظ فيها رؤى لابد أن تلاحظ فيها حقوق الالاد والعباد لأنّ الحكومه من شئون الحكمة العمليه لا النظرية، والعلة المحدثه لها حفظ البلاد والعباد ومنتافع فوائده ومنتافع الالاد والعباد لأنّ الحكومه من فهي تكون العلة المبقية لها مع تذكّار مقاله أميرالمؤمنين عليه السلام بأن: «مَنْ ظَلَمَ عِبَادَ اللَّهِ كَانَ اللَّهُ مَخْضِعَهُ دُونَ عِبَادِهِ... وليس شيءٌ أدعى إلى تغيير نعمه الله وتجيل نقيته من إقامه على ظلم فإنّ الله سميع دعوة المضطهدين وهو للظالمين بالمرصاد»(١).

وأختم هذه الشقشقه بكتاب الله تعالى حيث يقول عز من قائل: «أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَسَالَتْ أَوْدِيَهُ بِقَدَرِهَا فَاحْتَمَلَ السَّيْلُ زَبَدًا رَابِيًا وَمِمَّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِي النَّارِ ابْتِغَاءَ حُلِيِّهِ أَوْ مَتَاعٍ زَبَدٌ مِثْلَهُ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ»(٢).

ص: ٩٢

١-١ . نهج البلاغه، الكتاب ٥٣. وهو عهدته إلى الأشتر النخعي المروي بسند صحيح كما مرّ. وقد شرحه جماعة من الأعلام، منهم: العالم القانوني الشهير الأستاذ توفيق الفكيكي البغدادي وعنوان شرحه «الراعي والرعيه» وقدم له في طبعته الأولى العلامة السيد هبه الدين الحسيني الشهرستاني قدس سره .

٢-٢ . سورة الرعد /١٧.



قد مرّ في أول هذا المجلد معنى الولاية في اللغة (١) والإصطلاح (٢) فلا بدّ حينئذ من بيان أنّ المراد بالفقيه من هو؟ حتّى يتبين مصطلح «ولاية الفقيه».

فلذا أقول: الفقه في اللغة هو إدراك الشيء والعلم به وكلّ علمٍ بشيءٍ فهو فقه أو العلم في الدين.

قال الخليل: الفِئَةُ: العِلْمُ في الدِّينِ. يُقَالُ: فَعَهُ الرَّجُلُ يَفْقَهُ فِقْهًا فَهُوَ فَقِيهٌ.

وَفَقِيهٌ يَفْقَهُ فِقْهًا إِذَا فَهِمَ. وَأَفْقَهُتُهُ: بَيَّنْتُ لَهُ. وَالتَّفَقُّهُ: تَعَلَّمَ الْفِقْهَ (٣).

وقال ابن فارس: «فقه: الفاء والقاف والهاء أصلٌ واحدٌ صحيح، يدلُّ على إدراكِ الشيء والعلم به. تقول: فقهتُ الحديثَ أفقَّهُه. وكلُّ عِلْمٍ بشيءٍ فهو فقه. يقولون: لا يفقه ولا ينقه. ثمّ اختصّ بذلك علمُ الشريعة (٤)، ف قيل لكلِّ عالمٍ بالحلال والحرام: فقيه. وأفقهتُك الشيء، إذا بيّنته لك» (٥).

وقال الزمخشري: «ف ق ه: أفقه عنى ما أقول لك، وقال أعرابي لعيسى بن عمر: شهدت عليك بالفقه أى بالفهم والفظنه، وفى الحديث «من أراد الله به خيرا فقهه فى الدين» وفقهت فلانا كذا وأفقهته إياه: فهّمته ففقهه وتفقهه» (٦).

وقال الفيومى: «الفِئَةُ: فَهِمَ الشَّيْءَ قَالَ ابْنُ فَارِسٍ وَكُلُّ عِلْمٍ لَشَيْءٍ فَهُوَ فَقْهٌ وَ (الْفِقْهُ)

ص: ٩٣

١-١ . راجع هذا المجلد صفحه ٩.

٢-٢ . راجع هذا المجلد صفحه ١٤.

٣-٣ . كتاب العين ٧٥١/.

٤-٤ . قالوا: وإنما اختصّ به لشرفه وفى ذلك يقول الشاعر القديم من (الوافر): إذا ما اعتزّ ذو علمٍ بعلمٍ فعلمُ الفقه أولى باعتزازٍ فكَم طيبٌ يُفوحٌ ولا- كَمسيكٍ وكم طيرٍ يطيرٌ ولا- كَبازٍ ومن دَرّه السيد بحر العلوم: وإنّ علمَ الفقه فى العلوم كَالقَمَرِ السَّاطِعِ فى النُّجُومِ

٥-٥ . معجم مقاييس اللغة ٤/٤٤٢.

٦-٦ . أساس البلاغه ٣٤٦/.

عَلَى لِسَانِ حَمَلِهِ الشَّرْعَ عِلْمٌ خَاصٌّ. وَ (فَقَّهَ فَقَّهَا) مِنْ بَابِ تَعَبٍ إِذَا عَلِمَ وَ (فَقَّهَهُ) بِالضَّمِّ مِثْلُهُ وَقِيلَ بِالضَّمِّ إِذَا صَارَ الْفَقْهُ لَهُ سَجِيَّةً قَالَ أَبُو زَيْدٍ رَجُلٌ (فَقَّهَهُ) بِضَمِّ الْقَافِ وَكَثِيرَهَا وَامْرَأَةٌ (فَقَّهَتْهُ) بِالضَّمِّ وَيَتَعَدَّى بِالْأَلْفِ فَيُقَالُ (أَفَقَّهْتُكَ) الشَّيْءَ وَهُوَ (يَتَفَقَّهُهُ) فِي الْعِلْمِ مِثْلُ (يَتَعَلَّمُ) (١).

ولكن الفقه في الاصطلاح «هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية» (٢) أو «العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية» (٣) أو «اسم للعلم بالمسائل التي لا يكون ثبوتها عن صاحب الشريعة من الضروريات عند الأمة، سواء كان ثبوتها عنه ضروريًا عند ذلك العالم أو لا» (٤) أو العلم التفصيلي بالأحكام الشرعية من الأدلة الأربعة: الكتاب، السنة، الاجماع، العقل. هذا هو تعريف الفقه في مصطلح الفقهاء.

ولكن ثبوت الحقيقة الشرعية بالنسبة إلى مصطلح الفقه «غير معلوم حتى يتعين حمل اطلاق الكتاب والأخبار عليه، بل واستعماله في خصوص المعنى المصطلح غير معلوم أيضا، نعم قد يستظهر إطلاقه عليه من بعض الروايات. ثم إنه بعد انتشار علم الفقه وتدوينه في الكتب في عصر الصادقين (٥) عليهما السلام لا يبعد القول بحصول النقل في الجملة» (٦).

وعلى ما ذكرنا لا يمكن حمل لغة الفقه في القرآن الكريم والروايات النبوية والعلوية على المصطلح الفقهي، نعم بعد عصر الصادقين عليه السلام وتدوين علم الفقه لا يبعد ادعاء النقل في معنى الفقه من معانيه اللغوية إلى مصطلح الفقهاء.

ص: ٩٤

١-٧. المصباح المنير ٤٧٩.

٢-١. التعريفات ١٣٨/ للسيد الشريف الجرجاني.

٣-٢. معالم الدين ٢٦/ طبعه جماعه المدرسين بقم.

٤-٣. هدايه المسترشدين ١/٦٧.

٥-٤. الصادقان هما الإمامان المعصومان محمد بن علي الباقر ونجله جعفر بن محمد الصادق عليهما السلام. وقد جاء هذا التعبير من باب (التغليب).

٦-٥. هدايه المسترشدين ١/٥٤.

والفقيه: هو العالم بعلم الفقه اجتهادا في جميع سَبْعِهِ وخمسين بابا من الأبواب الفقهيه بحيث يكونُ عنده الاجتهاد الفعلي في الجميع أو لأقل في معظمها.

فلا يطلق على العالم بالفقه تقليدا أو على المتجزى الذي يقدر على استنباط بعض المسائل السهله أو على المجتهد المطلق الذي ليس عنده استنباط فِعْلِيٌّ في جميع الأبواب الفقهيه أو معظمها وأُمّهاتها.

كما لا يطلق على من عنده العلم التفصيلي الاجتهادي بالفِقْهِ الأكبر وهو العقائد الحَقَّه لمذهب الإماميه الاثني عشرية - أي علم الكلام - أو غيرها من العلوم الإسلاميه في شتى أنواعها ومختلف أقسامها من الأدبيه والتاريخيه والكلاميه والفلسفنيه والعرفانيه

وأجلها شأنا وهي التفسيريه. وإن كانت الأخيره تحتاج إلى جميع العلوم الإسلاميه ولذا عبرنا عنها بأجل العلوم الإسلاميه.

وإن كان الفقيه يحتاج إلى جميع هذه العلوم ولكن على قدر احتياجه لا على نحو التخصيص في الجميع بحيث يطلق عليه عناوين الأديب والمورخ والمتكلم والفيلسوف والعارف والمفسر.

نعم، الفقيه لا بد أن يكون مجتهدا مطلقا في علمي الرجال والأصول - أي أصول الفقه - لأنهما من المقدمات القريبه للإجتihad فإذا كان في العلمين مقلدا يكون في فقهه أيضا مقلدا وليس بمجتهد حقيقه، والتفصيل يطلب من بحث الاجتهاد والتقليد في علمي الفقه وأصوله.

والحاصل: الفقيه: هو الذي عنده الآراء الاجتهاديه من الأدله التفصيليه في جميع أبواب الفقه أو معظمها.

وبعبارة أخرى: المجتهد المطلق الذي عنده آرائه في معظم الأبواب الفقهيه.

ولذا فسّر الشيخ الأعظم قدس سره: «الحاكم والمراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى»(1).

ص: ٩٥

قد مرّ في أوّل هذا المجلد (١) ذاتيه ولايه الله تعالى وأنّ الولاية الذاتيه منحصره بذاته سبحانه وقد جعلها الله لنبئه الخاتم صلى الله عليه وآله وأوصيائه الأئمه المعصومين عليهم السلام ويمكن استفادتها من الأدله الأربعة:

أ: الكتاب

يدلّ على ولايه رسول الله عليه السلام قوله تعالى: «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (٢). وقوله تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا» (٣). وقوله تعالى: «فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (٤). بناءً على رجوع الضمير في «أمره» إلى رسول الله صلى الله عليه وآله كما قال الطوسي (٥) والطبرسي واللفظ للثاني: «حذّرهم سبحانه وتعالى عن مخالفة نبيه صلى الله عليه وآله» (٦).

وفي روايه فرات الكوفي عن أبيجعفر عليه السلام قال: نزلت في رسول الله صلى الله عليه وآله وجرى مثلها من النسب في الأوصياء في طاعتهم (٧) فتدلّ على ولايتهم أيضا.

وقوله تعالى: «فَلا- وَرَبِّكَ لا- يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا- يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا» (٨).

ويدلّ على ولايته صلى الله عليه وآله وولايه أوصيائه المعصومين عليهم السلام قوله تعالى: «يا أَيُّهَا

ص: ٩٦

١-١ . راجع هذا المجلد صفحه ١٥.

٢-٢ . سوره الأحزاب / ٦.

٣-٣ . سوره الأحزاب / ٣٦.

٤-٤ . سوره النور / ٦٣.

٥-٥ . التبيان ٧/٤٦٦.

٦-٦ . مجمع البيان ٧/٢٤٩.

٧-٧ . تفسير فرات الكوفي ٢٨٩/، ح ٣٩٢.

٨-٨ . سوره النساء / ٦٥.

الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ  
وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا» (١).

والآية من مختصاتهم عليهم السلام كما ورد في الروايات (٢).

وقوله تعالى: «إِنَّمَا وَثِقْتُكُمْ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ» (٣).

ولأجل الروايات الواردة في ذيلها راجع العوالم (٤).

وقوله تعالى: «أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلَى مَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَآتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا» (٥).

بضميمه ما ورد من الروايات (٦) في ذيل الآية الشريفه.

وقوله تعالى: «وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا» (٧).

بضميمه ما ورد من الروايات (٨) وتطبيق حبل الله على أمير المؤمنين عليه السلام .

وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا  
يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ» (٩).

ص: ٩٧

١- ٩ . سورة النساء / ٥٩.

٢- ١٠ . العوالم ١٥/٢/٥٧٣؛ غايه المرام ١/٣٥٠.

٣- ١ . سورة المائدة / ٥٥.

٤- ٢ . العوالم ١٥/٢/٤١٣.

٥- ٣ . سورة النساء / ٥٤.

٦- ٤ . راجع غايه المرام ١/٣٥٦ والبرهان في تفسير القرآن ٢/٩٢ ونورالثقلين ٢/٧٥ وأجودالبيان في تفسير القرآن ٥/ ذيل الآية  
الشريفه للمؤلف.

٧- ٥ . سورة آل عمران / ١٠٣.

٨- ٦ . راجع غايه المرام ١/٣٢٤ والعوالم القسم الثاني ١٥/١٢٧ وأجودالبيان في تفسير القرآن ٤/٤٠ للمؤلف.

٩- ٧ . سورة المائدة / ٦٧.

بضميمه خطبه الغدير (١) ونزول:

قوله تعالى: «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا» (٢).

وقوله تعالى: «إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا» (٣).

بضميمه الروايات. (٤)

وقوله تعالى: «فَمَنْ حَاجَّكَ فِيهِ مِنْ بَعِيدٍ مَا جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ فَقُلْ تَعَالَوْا نَدْعُ أَبْنَاءَنَا وَأَبْنَاءَكُمْ وَنِسَاءَنَا وَنِسَاءَكُمْ وَأَنْفُسَنَا وَأَنْفُسَكُمْ ثُمَّ نَبْتَهِلْ فَنَجْعَلْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَى الْكَاذِبِينَ» (٥).

بضميمه الروايات. (٤)

قوله تعالى: «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَاللَّهُ رَءُوفٌ بِالْعِبَادِ» (٧).

بضميمه ما ورد في ذيلها من الروايات. (٨)

وقوله تعالى: «مِنَ الْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ صَدَقُوا مَا عَاهَدُوا اللَّهَ عَلَيْهِ فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَى

ص: ٩٨

١-٨. راجع الغدير ١/ (٩-١١).

٢-٩. سورة المائدة ٣/.

٣-١٠. سورة الأحزاب ٣٣/.

٤-١١. العوالم ١٥/٢/٣١٦؛ غايه المرام ١/٣٦٣.

٥-١. سورة آل عمران ٦١/ ولدلالاتها ورد مناقشات الآلوسى راجع تفسيري أجودالبيان في تفسير القرآن ٣/٣٤٦.

٦-٢. العوالم ١٥/٢/٢٨٩؛ غايه المرام ١/٣٨٠.

٧-٣. سورة البقره ٢٠٧/.

٨-٤. تفسير الثعلبي ٢/١٢٦؛ المستدرک على الصحيحين ٣/١٣٢؛ أسد الغابه ٤/٢٥؛ خصائص الوحي المبين ٩٢ لابن بطريق؛

والعوالم ١٥/٢/٢٠٦؛ غايه المرام ١/٤٣١؛ وتفسيري أجودالبيان في تفسير القرآن ٢/ ذيل الآيه الشريفه.

نَحْبَهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْتَظِرُ وَمَا بَدَّلُوا تَبْدِيلًا»(١).

لدلالاتها راجع كتابي: «ولايت و امامت»(٢).

وقوله تعالى: «قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى»(٣).

بضميمه الروايات(٤) ومقاله العلامة الحلي رحمه الله: «ووجوب الموده يستلزم وجوب الطاعة»(٥).

وقوله تعالى: «وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مَشَكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا \* إِنَّمَا نُطْعِمُكُمْ لِوَجْهِ اللَّهِ لَا نُرِيدُ مِنْكُمْ جَزَاءً وَلَا شُكْرًا»(٦).

ولدلالاتها راجع الروايات(٧) و كتاب «زين الفتى فى تفسير سوره هل أتى»(٨).

وقوله تعالى: «فَتَلَقَى آدَمَ مِنْ رَبِّهِ كَلِمَاتٍ فَتَابَ عَلَيْهِ إِنَّهُ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ»(٩).

بضميمه الروايات(١٠) ومقاله الفضل بن روزبهان الأصفهاني السني المتعصب حيث يقول: «ونعلم أنّ التوسل بأصحاب العباء من أعظم الوسائل وأقرب الذرائع»(١١).

وقوله تعالى: «وَيَقُولُ الَّذِينَ كَفَرُوا لَسْتَ مُرْسَلًا قُلْ كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ وَمَنْ عِنْدَهُ عِلْمُ الْكِتَابِ»(١٢).

ص: ٩٩

١- ٥. سوره الأحزاب / ٢٣.

٢- ٦. ولايت و امامت / ٩٧ باللغه الفارسيه، المطبوع عام ١٣٧٠ش بقم المقدسه.

٣- ٧. سوره الشورى / ٢٣.

٤- ٨. راجع العوالم ١٥/٢/٥٢٩؛ غايه المرام ١/٣٩٢.

٥- ٩. نهج الحق / ١٧٥.

٦- ١٠. سوره الانسان ٨-٩.

٧- ١١. العوالم ١٥/٢/٣٨١.

٨- ١٢. للحافظ العاصمى.

٩- ١. سوره البقره / ٣٧.

١٠- ٢. غايه المرام ٢/٨.

١١- ٣. نقله عنه فى دلائل الصدق ٢/١٣٦ من الطبعه القديمه؛ ٤/٤١٢ من طبعه آل البيت.

١٢- ٤. سوره الرعد / ٤٣.

ودلالاتها المذكورة في كتابي: «ولاية و امامت» (١).

وقوله تعالى: «وَقَفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْوُؤُونَ» (٢).

بضميمة الروايات (٣) ومقاله ابن حجر (٤) في ذيلها: «أى عن ولاية على عليه السلام وأهل البيت» (٥).

وقوله تعالى: «إِنَّمَا أَنْتَ مُنذِرٌ وَلِكُلِّ قَوْمٍ هَادٍ» (٦).

بضميمة ما ورد من العامه (٧) في ذيلها.

وقوله تعالى: «وَإِذِ ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ فَأَتَمَّهُنَّ قَالَ إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا قَالَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي قَالَ لَا- يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (٨).

وقوله تعالى: «فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (٩).

وقوله تعالى: «وَإِنَّكَ لَتَدْعُوهُمْ إِلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ» (١٠).

لدلالاتها راجع إلى كتابي (١١).

ص: ١٠٠

١- ٥. ولاية و امامت / ١١٦.

٢- ٦. سورة الصافات / ٢٤.

٣- ٧. العوالم / ١٥/٢/٤٧٢.

٤- ٨. الهَيِّتِيَّ (بالتاء لا بالتاء) وهو غير ابن حَجْر العسقلاني و كلاهما من فقهاء الشافعيه.

٥- ٩. الصواعق المحرقة / ٨٩.

٦- ١٠. سورة الرعد / ٧.

٧- ١١. راجع تفسير الطبرى ١٣/٧٢؛ مستدرک الصحيحين ٣/١٢٩؛ كنز العمال ١/٢٥١ و ٦/١٥٧؛ الدر المنثور ٤/٤٥؛ التفسير الكبير

١٩/١٤ للفخر الرازى؛ تاريخ مدينه دمشق، ترجمه الإمام على بن أبيالطالب ٢/٤١٦ و ٤١٧؛ نور الأبصار / ٩٠؛ كفايه الطالب / ٢٣٢؛

شواهد التنزيل ١/٢٩٤ و ٢٩٦؛ نظم درر السمطين / ٩٠؛ والعوالم ١٥/٢/٧٧.

٨- ١٢. سورة البقره / ١٢٤.

٩- ١٣. سورتى النحل / ٤٣ و الأنبياء / ٧.

١٠- ١. سورة المؤمنون / ٧٣.

١١- ٢. سه مقاله در اصل امامت / ٤٢.



وقوله تعالى: «أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمْ مَنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يُهْدَىٰ فَمَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ» (١).

كما عدّ في تفسير القمى (٢) مصداق «أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ...» محمّد وآل محمّد من بعده.

وفي الكافى (٣) أنّهم الأنبياء والأئمة علمهم فوق علم أهل زمانهم.

وفي تفسير العياشى (٤) إنه على عليه السلام .

وفي تفسير القمى (٥) «أَمْ مَنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يُهْدَىٰ» من خالف أهل بيته [أى أهل بيت النبى صلى الله عليه وآله] من بعده.

وقوله تعالى: «وَلَمَّا ضُرِبَ ابْنُ مَرْيَمَ مَثَلًا إِذَا قَوْمُكَ مِنْهُ يَصِدُّونَ» (٦).

نقل الحافظان الأصفهانيان أبو نعيم (٧) وابن مردويه (٨) عن أمير المؤمنين عليه السلام: فى نزلت هذه الآية. وراجع أيضا كتابى غايه المرام (٩) والعوالم (١٠).

نختم الآيات الكريمه الوارده فى شأن ولايه المعصومين عليهم السلام بهذا البيان: «روى أحمد بن حنبل عن ابن عباس أنّه قال: ما فى القرآن آيه فيها «الَّذِينَ آمَنُوا» إِلَّا وَعَلَىٰ رَأْسِهَا وَقَائِدُهَا وَشَرِيفُهَا وَأَمِيرُهَا. وقد عاتب الله أصحاب محمّد صلى الله عليه وآله فى القرآن، وما ذُكِرَ

ص: ١٠١

١-٣. سوره يونس / ٣٥.

٢-٤. تفسير القمى ١/٣١٢.

٣-٥. الكافى ١/٥٠٠، ح ١ (١/٢٠٢)، ح ١.

٤-٦. تفسير العياشى ٢/٢٧٧، ح ١٨.

٥-٧. تفسير القمى ١/٣١٢.

٦-٨. سوره الزخرف / ٥٧.

٧-٩. نزول القرآن فى على عليه السلام / مخطوط و نقل عنه ابن بطريق فى خصائص الوحى المبين / ١٦٩، ح ١٢٥ و ١٢٦.

٨-١٠. ما نزل من القرآن فى على عليه السلام / ٣١٩.

٩-١١. غايه المرام ٢/٤١ طبع مؤسسه البعثه.

١٠-١٢. عوالم العلوم، القسم الثانى من ١٥/١٦١ فى أكثر من خمسة عشر صفحه.

وفى تفسير العياشى عن أبى الجارود، قال: سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: نَزَلَ الْقُرْآنُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَرْبَاعٍ: رُبْعٌ فِينَا، وَرُبْعٌ فِي عَدُوِّنَا، وَرُبْعٌ فِي فَرَائِضٍ وَأَحْكَامٍ، وَرُبْعٌ سُنَنٌ وَأَمْثَالٌ، وَلَنَا كِرَائِمُ الْقُرْآنِ. (٣)

## ب: السنه الشريفه

### إشاره

ذكر الشيخ الأعظم خَمْسَ رواياتٍ فى المقام:

١- صحیحه ایوب بن عطیه الحذاء قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، ومن ترك مالا فللوارث، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فالى وعلّى. (٤)

٢- الحديث المتواتر بين الفريقين فى يوم الغدير ومجمله قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

«الحمد لله، [نحمده]، ونستعينه، ونؤمن به، ونتوكل عليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، الذى لا هادى لمن أضلّ، ولا مضلّ لمن هدى، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأنّ محمداً عبده ورسوله.

أما بعد: أيها الناس قد نبأنى اللطيف الخبير: أنه لم يُعمّر نبياً إلا مثل نصفِ عمر الذى قبله. وإنّى أوشك أن أدعى فأُجيب، وإنّى مسؤول، وأنتم مسؤولون، فماذا أنتم قائلون؟».

قالوا: نشهد أنّك قد بلغتَ ونصحتَ وجهدتَ، فجزاك الله خيراً.

ص: ١٠٢

١- ١٣ . فضائل الصحابه ٢/٦٥٤، ح ١١١٤؛ وأنظر ترجمه الإمام علّيّ عليه السلام لابن عساكر ٢/٤٣٠، ٩٣٨ وحكاه عنه فى الصواعق المحرقة ٧٦؛ ومختصر كنز العمال فى هامش مسند أحمد ٥/٣١، ٣٨؛ وتاريخ الخلفاء ١٧١؛ ومناقب الإمام أمير المؤمنين لابن سليمان ١/١٤٦، ح ٨١ بتفاوت؛ وينايع المؤدّه ١/٣٧٧؛ والمناقب للخوارزمى ٢٦٦، ح ٢٤٩؛ وحليه الأولياء ١/٦٤؛ وشواهد التنزيل ١/٤٩ ذيل ح ٥٠؛ وحكى فى نهج الحق ٢٠٩ عن مسند أحمد.

٢- ١٤ . كشف الغطاء ١/٨٢.

٣- ١ . تفسير العياشى ١/٨٤، ح ١.

٤- ٢ . وسائل الشيعة ٢٦/٢٥١، ح ١٤، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريه والإمامه.

قال: «أستم تشهدون أن لا إله إلا الله، وأن محمدا عبده ورسوله، وأن جنته حق وناره حق، وأن الموت حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من فى القبور؟».

قالوا: بلى نشهد بذلك. قال: ألهتم شهد، ثم قال: أيها الناس ألا تسمعون؟ قالوا: نعم.

قال: «فإني فرط (١) على الحوض، وأنتم واردون على الحوض، وإن عرضه ما بين صنعاء (٢) وبُصرى (٣)، فيه أقداح عدد النجوم من فضة، فانظروا كيف تخلفوني فى الثقلين».

فنادى منادٍ: وما الثقلان يا رسول الله؟

قال: «الثقل الأ-كبر كتاب الله طرف بيد الله - عزوجل - وطرف بأيديكم، فتمسكوا به لا تضلوا، والآخر الأصغر عترتى، وإن اللطيف الخبير نبأنى أنهما لن يتفرقا حتى يردا على الحوض، فسألت ذلك لهما ربى، فلال تقدموهما فتهلكوا، ولا تقصروا عنهما فتهلكوا».

ثم أخذ بيد على فرفعها حتى روى بياض آباطهما وعرفه القوم أجمعون، فقال: «أيها الناس من أولى الناس بالمؤمنين من أنفسهم؟».

قالوا: الله ورسوله أعلم.

قال: «إن الله مولاي، وأنا مولى المؤمنين، وأنا أولى بهم من أنفسهم فمن كنت مولاه فعلى مولاه، يقولها ثلاث مرات - وفى لفظ أحمد إمام الحنابلة: أربع مرات - ثم قال: ألهتم وال من والاه، وعاد من عاداه، وأحب من أحبه، وأبغض من أبغضه وانصير من نصره، واخذل من خذله، وأدر الحق معه حيث دار، ألا فليبلغ الشاهد الغائب».

ثم لم يتفرقا حتى نزل أمين وحى الله بقوله: «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي» الآية.

فقال رسول الله صلى الله عليه و آله : «الله أكبر على إكمال الدين، وإتمام النعمة، ورضا الرب برسالتى، والولاية لعلى من بعدى».

ص: ١٠٣

١-٣. الفرط: المتقدم قومه إلى الماء، ويستوى فيه الواحد والجمع.

٢-٤. صنعاء: عاصمه اليمن اليوم.

٣-٥. بصرى: قصبه كوره حوران من أعمال دمشق.

ثُمَّ طَفِقَ الْقَوْمُ يَهْنُتُونَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ - صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ - وَمَمَّنْ هُنَا - فِي مُقَدِّمِ الصَّحَابَةِ - الشَّيْخَانِ: أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ كُلُّهُمَا يَقُولُ: بَخٍ لَكَ يَا ابْنَ أَبِي طَالِبٍ أَصْبَحْتَ وَأَمْسَيْتَ مَوْلَايَ وَمَوْلَى كُلِّ مُؤْمِنٍ وَمُؤْمِنَةٍ.

وقال ابن عباس: وجبت - والله - في أعناق القوم.

فقال حسان: ائذن لي يا رسول الله أن أقول في عليّ أبياتا تسمعهنّ.

فقال: «قُلْ عَلِيٌّ بَرَكَةُ اللَّهِ».

فقام حسان، فقال: يا معشر مشيخه قريش أتبعها قولي بشهادة من رسول الله في الولاية ماضيه، ثم قال:

يُنَادِيهِمْ يَوْمَ الْغَدِيرِ نَبِيُّهُمْ بِخُمْ فَأَسْمِعْ بِالرَّسُولِ مُنَادِيًا<sup>(١)</sup>

وقال السيّد هاشم البحراني رحمه الله بعد أن نقل حديث الغدير من التاسع والثمانين من مصادر العامه: «خبر غدير خُمّ قد بلغ حدّ التواتر من طريق العامه والخاصه، حتّى إنّ محمّد بن جرير الطبري صاحب (التاريخ) أخرج خبر غدير خُمّ وطرقه من خمسه وسبعين طريقا، وأفرد له كتابا سماه (كتاب الولاية)<sup>(٢)</sup> وهذا الرجل عامي المذهب.

وذكر أبو العباس أحمد بن محمد بن سعيد بن عقده [الحافظ الكوفي الزيدي مذهباً] خبر يوم الغدير، وأفرد له كتابا، وطرقه من مائه وخمسه طرق. وهذا قد تجاوز حدّ التواتر، فلا يوجد خبر قطّ<sup>(٣)</sup> نقل من طرق بقدر هذه الطرق، فيجب أن يكون أصلاً متبعا وطريقا مهيئا، والدليل على ما ذكرناه - لم يوجد خبر له طرق كخبر غدير خُمّ - ما حكاها

ص: ١٠٤

١-١ . الغدير ١/ (٣٤-٣٦) من الطبعة الحديثه.

١-٢ . ذكره ياقوت في معجم الأدباء ١٨/ (٨٠-٨٤)؛ والحافظ الذهبي في تذكره الحفاظ ١٣/٢؛ وابن بطريق في العمده ١١١/؛ والشيخ الطوسي في الفهرست ١٥٠/، رقم ٦٤٠؛ وابن حجر في تهذيب التهذيب ٣٣٩/٧؛ وابن طاؤس في الطرائف ١٤٢/١؛ وابن شهر آشوب في معالم العلماء ١٠٦/، رقم ٧١٥؛ وغيرها، راجع أهل البيت في المكتبة العربيّه ٦٦١/.

٢-٣ . كذا ورد في كلام السيّد البحراني والصواب: فلا- يوجد خبر أيدا؛ لأنّ (قطّ) إنما تأتي مع نفي الماضي لا مع الفعل المضارع.

السيد العلامة علي بن موسى بن طائوس، ومحمد بن علي بن شهر آشوب، ذكرا عن شهر آشوب، قال: سمعت أبا المعالي الجويني [الفقيه الشافعي] يتعجب ويقول: شاهدت مجلدا ببغداد في يدي صخاف فيه روايات غدير خم، مكتوبا عليه: المجلد الثامن والعشرون من طرق قوله: «من كنت مولاه فعلي مولاه» ويتلوه في المجلد التاسع والعشرين... (١).

### حكاية لطيفة:

ذكر ابن أبي الحديد في شرح نهج البلاغه قال: حدثني يحيى بن سعيد بن علي الحنبلي المعروف بابن عاليه من ساكني قطفنا (٢) بالجانب الغربي من بغداد وأحد الشهود المعدلين بها، قال: كنت حاضرا عند الفخر إسماعيل ابن علي الحنبلي الفقيه المعروف بغلام ابن المنى، وكان الفخر إسماعيل هذا مقدّم الحنابلة ببغداد في الفقه والخلاف، ويشغل بشيء في علم المنطق، وكان حلو العبارة، وقد رأيتُه أنا وحضرتُ

عنده، وسمعتُ كلامه، وتوفّي سنة عشر وستّمائه.

قال ابن عاليه: ونحن عنده نتحدث إذ دخل شخص من الحنابلة، قد كان له دين على بعض أهل الكوفة، فأنحدر إليه يطالبه به، واتفق أن حضرت زياره يوم الغدير والحنبلي المذكور في الكوفة، وهذه الزيارة هي اليوم الثامن عشر من ذي الحجة، ويجتمع بمشهد أمير المؤمنين عليه السلام من الخلائق جموع عظيمة تتجاوز حد الإحصاء.

قال ابن عاليه: فجعل الشيخ الفخر يسأل ذلك الشخص: [ما فعلت]؟ ما رأيت؟ هل وصل مالك إليك؟ هل بقي لك منه بقيه عند غريمك؟ وذلك الشخص يجاوبه حتى قال [له]: يا سيدي، لو شاهدت يوم الزيارة يوم الغدير وما يجري عند قبر علي بن أبي طالب من الفضائح والأقوال الشنيعة وسب الصحابة جهارا بأصوات مرتفعه من غير مراقبه ولا خيفه؟

ص: ١٠٥

١-٣. الصراط المستقيم ١/١٢.

٢-٤. قطفنا: إحدى محال الجانب الغربي من بغداد، بينها وبين دجلة أقل من ميل وهي مجاوره لمقبره الشيخ معروف الكرخي ولها ذكر في كتاب «اثبات الوصيه» للمسعودي في أن أمير المؤمنين عليا عليه السلام مرّ بها عند حربته للخوارج.

فقال إسماعيل: أى ذنبٍ لهم، والله ما جرّأهم على ذلك، ولا فتح لهم هذا الباب إلا صاحب هذا القبر. فقال ذلك الشخص: ومن هو صاحب القبر؟ قال: عليّ ابن أبيطالِب. قال: يا سيّدى، هو الذى سنّ لهم ذلك وعلمهم إياه وطرقهم إليه؟ قال: نعم - والله - قال: يا سيّدى، فإن كان مُحِقّاً فما لنا نتولّى فلانا وفلاناً؟ وإن كان مُبْطِلاً فما لنا نتولّاه، يتبغى أن نبرأ [إما] منه أو منهما.

قال ابن عاليه: فقام إسماعيل مُسرِعاً فلبس نعليه، وقال: لعن الله إسماعيلَ الفاعل بن الفاعل (١)، إن كان يعرف جواب هذه المسأله، ودخل دارَ حرَمه، وقمنا نحن وانصرَفنا (٢) (٣).

٣- مقبوله عمر بن حنظله. (٤)

٤- معتبره أبى خديجه سالم بن مكرم. (٥)

٥- التوقيع المروى بسند حسن. (٦)

ووجه تمسّكه بهذه الثلاثه الأخيره (٧) هو البرهان الإئى لإثبات ولايتهم عليهم السلام لأنّ

فاقد الشىء لا يكون معطياً له بداهةً وحيث أنّهم جعلوا الحكومه والولايه للفقيه فهم أولى بها ومصدرها ولذا قال الشيخ الأعظم: «حيث علل فيها حكومه الفقيه وتسّلطه على الناس بأنّى قد جعلته كذلك وأنه حجتى عليكم» (٨).

ص: ١٠٦

١-١. (بن الفاعل) ليس فى المصدر.

٢-٢. شرح نهج البلاغه لابن أبى الحديد ٩/٣٠٧.

٣-٣. غايه المرام ١/ (١٦٥-١٦٣).

٤-٤. وسائل الشيعه ٢٧/١٣٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

٥-٥. وسائل الشيعه ٢٧/١٣٩، ح ٦.

٦-٦. وسائل الشيعه ٢٧/١٤٠، ح ٩.

٧-٧. ويأتى البحث حولها مفصلاً فانتظر.

٨-١. المكاسب ٣/٥٤٧.

وأضفت إلى ما ذكره:

٦- الحديث المتواتر بين الأمة الإسلامية المسمى بالثقلين (١) وهو ما رواه مسلم في صحيحه بسنده عن «يزيد بن حيان قال: انطلقت أنا وحصين بن سبره وعمر بن مسلم إلى زيد بن أرقم فلما جلسنا إليه قال له حصين: لقد لقيت يزيد خيرا كثيرا رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسمعت حديثه وغزوت معه وصليت خلفه لقد لقيت يزيد خيرا كثيرا، حدثنا يزيد ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وآله، قال: يا بن أخي والله لقد كبرت سنّي وقدم عهدي ونسيت بعض الذي كنت أعي من رسول الله صلى الله عليه وآله فما حدثتكم فاقبلوا وما لا فلا تكلفوني.

ثم قال: قام رسول الله صلى الله عليه وآله يوما فينا خطيبا بماء يدعى حُما بين مكة والمدينه فحمد الله واثني عليه ووعظ وذكر، ثم قال: أميا بعد ألا- أيها الناس فانما أنا بشر يوشك أن يأتي رسول ربي فأجيب وأنا تارك فيكم ثقلين أولهما كتاب الله فيه الهدى والنور فخذوا بكتاب الله واستمسكوا به فحث على كتاب الله ورغب فيه، ثم قال: وأهل بيتي اذكركم الله في أهل بيتي اذكركم الله في أهل بيتي اذكركم الله في أهل بيتي، فقال له حصين: ومن أهل بيته يزيد؟ أليس نسائه من أهل بيته؟ قال: نسائه من أهل بيته ولكن أهل بيته من حرم الصدقه بعده، قال: ومن هم؟ قال: هم آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس، قال: كل هؤلاء حرم الصدقه؟ قال: نعم» (٢).

والترمذي في صحيحه بسنده «عن جابر بن عبد الله قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله في حجته يوم عرفه وهو على ناقته القصوى يخطب فسمعتة يقول: يا أيها الناس اني قد تركت فيكم ما إن أخذتم به لن تضلوا كتاب الله وعترتي أهل بيتي» (٣).

### قال آيه الله الحاج آقا حسين الطباطبائي البروجردي قدس سره في شأن حديث

الثقلين: «الحديث المعروف بحديث الثقلين المجمع عليه بين الفريقين فإنه قد رواه عن

ص: ١٠٧

١- ٢. الثقل محركه: متاع المسافر وحسبه والجمع أثقال وكل شيءٍ خطير نفيس مصون، له قدر ووزن ثقل عند العرب. تاج العروس ١٤/٨٥.

٢- ٣. صحيح مسلم ٢/٣٢٥، طبع مصر سنة ١٣٢٧، ١٥/١٧٩ شرح الإمام النووي.

٣- ٤. صحيح الترمذي ٢/٣٠٨.

النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أُرْبَعٌ وَثَلَاثُونَ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالصَّحَابِيَّاتِ وَأَخْرَجَهُ مِضَافًا إِلَى عُلَمَاءِ الْإِمَامِيَّةِ وَمُحَدِّثِيهِمْ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَانِينَ وَالْمَاءِ مِنْ أَكْبَرِ أَهْلِ السِّيَرَةِ وَمَشَاهِيرِ عُلَمَائِهِمْ وَمُحَدِّثِيهِمْ فِي جَوَامِعِهِمْ وَصَحَابِهِمْ وَسَنَنِهِمْ بِأَسَانِيدٍ صَحِيحَةٍ» (١). ثُمَّ بَحِثْ عَنْ مِصَادِرِهِ فِي كِتَابِ الْعَامَةِ وَعَنْ دَلَالَتِهِ عَلَى وَجُوبِ التَّمَسُّكِ بِالْكِتَابِ وَالْعِتْرَةِ الطَّاهِرَةِ فِي قَرِيبٍ مِنْ تِسْعِينَ صَفْحَةً فَرَاغَ جَامِعُ أَحَادِيثِ الشِّيْعَةِ (٢).

وَقَالَ فِي وَجْهِ تَسْمِيَةِ الْكِتَابِ وَالْعِتْرَةِ بِالثَّقَلَيْنِ: «وَمَا قِيلَ فِي وَجْهِ تَسْمِيَةِ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالْعِتْرَةِ الطَّيِّبَةِ بِالثَّقَلَيْنِ أَوْ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ أُمُورٌ:

الأول: كَوْنُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْكِتَابِ وَالْعِتْرَةِ مَعْدِنًا لِلْعُلُومِ الْعَلِيَّةِ وَالْحَقَائِقِ الدِّيْنِيَّةِ وَمَنْبَعًا لِلْأَسْرَارِ النَّفِيْسَةِ وَالْأَحْكَامِ الْإِلَهِيَّةِ.

والثَّانِي: ثِقَالُهُ التَّمَسُّكُ بِهِمَا وَالْعَمَلُ بِمَا يَتَلَقَّى عَنْهُمَا وَرِعَايَةُ حَقُوقِهِمَا عَلَى النَّاسِ لِأَنَّهُمَا يَأْمُرَانِ بِالْعِبَادِيَّةِ وَالْإِخْلَاصِ لِلَّهِ تَعَالَى وَمُخَالَفَةِ الْهَوَى وَالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَيَنْهَيَانِ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَعَنْ مِتَابَعَةِ النَّفْسِ وَالشَّيْطَانِ وَعَنِ الظُّلْمِ وَالْعُدْوَانِ وَمَعْلُومٌ أَنَّ تَبَاعَةَ الْحَقِّ وَالْإِخْلَاصَ وَمُخَالَفَةَ الْهَوَى وَتَرْكَ الْفَحْشَاءِ أَثْقَلَ الْأَشْيَاءِ وَأَمْرًا.

الثَّالِثُ وَالرَّابِعُ: ثِقَالَتُهُمَا عَلَى نَفُوسِ كَارِهِيهِمَا وَثِقَلُ عَمَلٍ مَنْ تَمَسَّكَ بِهِمَا.

الخَامِسُ: عُلُوُّ قَدْرِهِمَا وَوَعِظُ شَأْنِهِمَا كَمَا صَرَّحَ بِهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَعَاظِمِ.

السادس: عِمَارَةُ الدِّينِ بِهِمَا كَمَا تَعْمُرُ الدُّنْيَا بِالْإِنْسِ وَالْجِنِّ.

السَّابِعُ: كَوْنُ كُلِّ مِنْهُمَا مِصُونًا عَنِ الْخَطَأِ وَالْخِطَلِ وَعَنِ السَّيِّئِ وَالزَّلَلِ وَطَهَارَتُهُمَا عَنِ الدَّنَسِ وَالرَّجْسِ وَعَنِ الْبَاطِلِ وَالْكَذِبِ وَيُؤَيِّدُهُ بَعْضُ فِقَرَاتِ الْحَدِيثِ وَيُنَاسِبُهُ الْمَعْنَى اللَّغُويَّةُ لِأَنَّ الثَّقَلَ فِي اللَّغَةِ كَمَا تَقَدَّمَ الشَّيْءُ النَّفِيْسُ الْمِصُونُ.

الثَّامِنُ: بَقَاءُ الْكِتَابِ وَالْعِتْرَةِ لِلتَّمَسُّكِ وَالْإِهْتِدَاءِ فِي كُلِّ زَمَنِ إِلَى قِيَامِ السَّاعَةِ وَصُونُهُمَا عَنِ الضَّيَاعِ وَالزَّوَالِ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ كَمَا هُوَ شَأْنُ كُلِّ مِصُونٍ

ص: ١٠٨

١-١ . جامع أحاديث الشيعة ١/٤٦.

٢-٢ . جامع أحاديث الشيعة ١/١٣٢-٤٦).



ثقيل ولازم كل نفيس خطير فإن الذكر نزله الله وهو له حافظ وجعل أهل الذكر قرينه وهو لهم ناصر.

التاسع: اعتماد النبي صلى الله عليه وآله وركونه إليهما في بقاء آثاره فإن دينه باق ببقائهما لأن

الكتاب معجزته الباقية والعترة معادن أسرارهِ العليّة فيكونان ثقله وناصريه»(١).

٧- حديث إنذار العشيره: المروى فى ذيل قوله تعالى: «وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ»(٢)، قال الطبرى فى تاريخه المسمى ب- «تاريخ الأمم والملوك» بسنده «عن عبدالله بن عباس عن علي بن أبيطالب عليه السلام قال: لما نزلت هذه الآية «وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ» على رسول الله صلى الله عليه وآله دعانى رسول الله صلى الله عليه وآله ، فقال لى يا على، إن الله أمرنى أن أنذر عشيرتى الأقربين، فَضَمْتُ بِذَلِكَ دَرْعًا، وَعَلِمْتُ أَنِّى مَتَى أَنْادِهِمْ بِهَذَا الْأَمْرِ، أَرَّ مِنْهُمْ مَا أَكْرَهَ، فَصَيَّمْتُ حَتَّى جَاءَنى جَبْرَائِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَقَالَ: يَا مُحَمَّدُ، إِنَّكَ إِنْ لَمْ تَفْعَلْ مَا أَمَرْتُ بِهِ، يُعَذِّبُكَ رَبُّكَ. فَاصْنَعْ لَنَا صَاعًا مِنْ طَعَامٍ وَاجْعَلْ عَلَيْهِ رِجْلًا شَاهِدًا لِأَنَّنا عَسِيًّا مِنْ لَبْنٍ، ثُمَّ اجْمَعْ بَنى عَبْدِالمَطْلَبِ حَتَّى أَكَلْتَهُمْ وَأَبْلَغْتَهُمْ مَا أَمَرْتُ بِهِ، فَفَعَلْتُ مَا أَمَرَنى بِهِ، ثُمَّ دَعَوْتُهُمْ وَهُوَ يَوْمَئِذٍ أَرْبَعُونَ رَجُلًا، يَزِيدُونَ رَجُلًا أَوْ يَنْقُصُونَ رَجُلًا، فِيهِمْ أَعْمَامُهُ: أَبُوطالب، وحمزه، والعباس، وأبولهَب.

فَلَمَّا اجْتَمَعُوا إِلَيْهِ دَعَا بِالطَّعَامِ الَّذى صَنَعْتُ لَهُمْ، فَجِئْتُ بِهِ. فَلَمَّا وَضَعْتُهُ تَنَاوَلَ رَسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بَضْعَةً مِنَ اللَّحْمِ، فَشَقَّهَا بِأَسْنَانِهِ، ثُمَّ أَلْقَاهَا فى نِوَاحِى الصَّحْفَةِ. ثُمَّ قَالَ: كُلُوا بِسْمِ اللَّهِ، فَأَكَلُوا حَتَّى مَالَهُمْ بِشَىْءٍ مِنْ حَاجِهِ، وَأَيْمُ اللَّهِ الَّذى نَفْسُ عَلِىٍّ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ الرَّجُلُ الواحدُ مِنْهُمْ لِيَأْكُلْ مَا قَدَّمْتُهُ لَجَمِيعِهِمْ. ثُمَّ قَالَ: اسْقِ القَوْمَ يَا عَلِىُّ، فَجِئْتُهُمْ بِذَلِكَ العَسِّ فَشَرِبُوا مِنْهُ حَتَّى رَوَوْا جَمِيعًا، وَأَيْمُ اللَّهِ إِنْ كَانَ الرَّجُلُ مِنْهُمْ لِيَشْرَبَ مِثْلَهُ.

فَلَمَّا أَرَادَ رَسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنْ يَكَلِّمَهُمْ؛ بَدَرَهُ أَبُولهَبُ إِلَى الكَلَامِ، فَقَالَ: لَشَدَّ مَا سَحَرَكُمُ صَاحِبِكُمْ! فَتَفَرَّقَ القَوْمُ وَلَمْ يَتَكَلَّمْ رَسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَ مِنَ العَدْوَى: يَا عَلِىُّ، إِنَّ هَذَا الرَّجُلَ قَدْ

ص: ١٠٩

١-١ . جامع أحاديث الشيعة ١/ (٧٩-٨٥) وراجع تعليلاً تسميتهما بالثقلين كتاب الصواعق المحرقة لابن حجر الهيتمى المكي (ت ٩٧٤هـ أو ٩٧٣هـ).

٢-٢ . سورة الشعراء / ٢١٤.

سَبَقْنِي إِلَى مَا سَمِعْتَ مِنَ الْقَوْلِ، فَتَفَرَّقَ الْقَوْمُ قَبْلَ أَنْ أَكَلَمَهُمْ، فَعَدَ لَنَا الْيَوْمَ إِلَى مِثْلِ مَا صَنَعْتَ بِالْأَمْسِ، فَأَكَلُوا حَتَّى مَالَهُمْ بِشَىءٍ مِنْ حَاجِهِ. ثُمَّ قَالَ: اسْقِهِمْ، فَجِئْتُهُمْ بِذَلِكَ الْعَسِّ فَشَرِبُوا مِنْهُ جَمِيعًا حَتَّى رَوَوْا.

ثُمَّ تَكَلَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فَقَالَ: يَا بَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ، إِنِّي وَاللَّهِ مَا أَعْلَمُ أَنَّ شَأِيًا فِي الْعَرَبِ جَاءَ قَوْمَهُ بِأَفْضَلِ مِمَّا جِئْتُمْ بِهِ. إِنِّي جِئْتُكُمْ بِخَيْرِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَقَدْ أَمَرَنِي اللَّهُ أَنْ أَدْعُوَكُمْ إِلَيْهِ، فَأَيُّكُمْ يُؤَاذِرُنِي عَلَى هَذَا الْأَمْرِ عَلَى أَنْ يَكُونَ أَخِي وَوَصِيِّي وَخَلِيفَتِي فِيكُمْ؟

فَأَحْجَمَ الْقَوْمُ عَنْهَا جَمِيعًا، وَقَلَّتْ أَنَا - وَإِنِّي لِأَخِيذُتُهُمْ سَيِّئًا، وَأَرْمَضِيَهُمْ عَيْنًا، وَأَعْظَمُهُمْ بَطْنًا، وَأَحْمَشُهُمْ سَاقًا - قَلَّتْ: أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَكُونُ وَزِيرُكَ عَلَيْهِ. فَأَعَادَ الْقَوْلَ، فَأَمْسَكُوا، وَأَعِيدْتُ مَا قُلْتُ. فَأَخَذَ بِرَقَبَتِي، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ: هَذَا أَخِي وَوَصِيِّي وَخَلِيفَتِي فِيكُمْ، فَاسْمَعُوا لَهُ وَأَطِيعُوا. فَقَامَ الْقَوْمُ يَضْحَكُونَ وَيَقُولُونَ لِأَبِيطَالِبٍ: قَدْ أَمَرَكَ أَنْ تَسْمَعَ لَابْنِكَ وَتُطِيعَ» (١).

هذه الرواية مروية في مختلف كتب العامه نحو مسند أحمد (٢) وفضائل الصحابه (٣) له أيضا وتفسير الطبري (٤) وتفسير الثعلبي (٥) وكنز العمال للمتقى الهندي (٦) وشرح نهج البلاغه لابن أبي الحديد (٧). وأنه نقل عن أبي جعفر الإسكافي المتوفى سنة ٢٤٠ من مشايخ المعتزله البغداديين قال في هذه الرواية: «قد روى في الخبر الصحيح» (٨).

وقد بحث في دلاله هذه الرواية أعلام الإماميه - أعلى الله كلمتهم - في كتبهم نحو:

ص: ١١٠

١-١. تاريخ الطبري ٢/٢١٦ و ٢١٧.

٢-٢. مسند أحمد ١/١١١.

٣-٣. فضائل الصحابه ٢/٦٥٠، ح ١١٠٨.

٤-٤. تفسير الطبري ١٩/٧٤ (١٩/١٤٠ من الطبعة الحديثه).

٥-٥. الكشف والبيان ٧/١٨٢.

٦-٦. كنز العمال ٦/٣٩٧.

٧-٧. شرح نهج البلاغه ١٣/٢١٠.

٨-٨. شرح نهج البلاغه ١٣/٢٤٤.

أصحاب دلائل الصدق (١) والغدير (٢) والمراجعات (٣) وفضائل الخمسة (٤).

٨- حديث المنزلة: المروى في الصحيحين وغيرهما من مصادر العامه، ففي صحيح البخارى بسنده عن إبراهيم بن سعد عن أبيه قال: قال النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام: أما ترضى أن تكون منى بمنزله هارون من موسى. (٥)

وفي البخارى أيضا بسنده عن مُضَيْعَ بن سعد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله خرج إلى تبوك واستخلف عليا عليه السلام فقال: أتخلفنى فى الصبيان والنساء؟ قال: ألا ترضى أن تكون منى بمنزله هارون من موسى إلا أنه ليس نبي بعدى. (٦)

وفي صحيح مسلم بإسناده عن سعيد بن المسيب، عن عامر بن سعد بن أبيوقاص، عن أبيه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله لعلي: أنت منى بمنزله هارون من موسى إلا أنه لا نبي بعدى.

قال سعيد: فأحبت أن أشافه بها سعدا، فلقيت سعدا فحدثته ما حدثنى به عامر، فقال: أنا سمعته، فقلت: أنت؟ فوضع إصبعه على أذنيه وقال: نعم، وإلا فاستكتنا. (٧)

ومسلم بإسناده عن شعبه، عن الحكم، عن مُضَعَبِ بن سعد بن أبيوقاص، عن سعد [بن] أبيوقاص، قال: خلف رسول الله صلى الله عليه وآله و آله علي بن أبيطالب فى غزاه تبوك؛ فقال: يا رسول الله، تخلفنى فى النساء والصبيان! فقال: أما ترضى أن تكون منى بمنزله هارون من موسى غير أنه لا نبي بعدى؟ (٨)

ص: ١١١

١- ٩. دلائل الصدق ٢/٣٥٩ [٦/٦٢٣] من الطبعة الحديثه].

٢- ١٠. الغدير ١/(٢٨٩-٢٧٨)، [٣/(٣٩٣-٤٠٨)] من الطبعة الحديثه].

٣- ١١. المراجعات /٣٠٣.

٤- ١٢. فضائل الخمسة ١/(٣٨٤-٣٨٠).

٥- ١٣. صحيح البخارى ٤/٢٠٨ (٥/٨٩)، ح ٢٠٢.

٦- ١٤. صحيح البخارى ٥/١٢٩ (٦/١٨)، ح ٤٠٨.

٧- ١. صحيح مسلم ٤/١٨٧٠، ح ٣٠.

٨- ٢. صحيح مسلم ٤/١٨٧٠، ح ٣١.

ذكر السيد البحراني ماه حديث من مصادر العامه بالنسبه إلى حديث المنزله فراجع كتابه غايه المرام (١).

قال معلّم الأئمّه الشيخ المفيد في دلاله هذا الحديث: «فتضمّن هذا القول من رسول الله صلى الله عليه وآله نصّه عليه بالإمامه، وإبانته عن الكافه بالخلافه، ودلّ به على فضل لم يشركه فيه سواه، وأوجب له به عليه السلام جميع منازل هارون من موسى، إلا ما خصّه العرف من الأخوه واستثناه هو عليه السلام من النبوه.

ألا ترى أنّه - عليه وآله السلام - جعل له كافه منازل هارون من موسى، إلا المستثنى منها لفظاً أو عقلاً. وقد علم كل من تأمل معاني القرآن، وتصفح الروايات والأخبار، أنّ هارون عليه السلام كان أخا موسى لأبيه وأمه وشريكه في أمره، ووزيره على نبوته وتبليغه رسالات ربه، وأنّ الله تعالى شدّد به أزره، وأنّه كان خليفته على قومه، وكان له من الإمامه عليهم وفرض الطاعه كإمامته وفرض طاعته، وأنّه كان أحبّ قومه إليه وأفضلهم لديه.

قال الله - عزوجل - حاكيا عن موسى عليه السلام: «قال ربّ أشرخ لي صيدري \* ويسر لي أمري \* وأخلل عقده من لساني \* يفقهوا قولي \* واجعل لي وزيراً من أهلي \* هارون أخي \* أشدّد به أزري \* وأشركه في أمري» (٢) فأجاب الله تعالى مسأله وأعطاه سؤلّه في

ذلك وأمّيته، حيث يقول: «وقال موسى لأخيه هارون اخلفني في قومي وأصلح ولا تتبع سبيل المفسدين» (٣).

فلما جعل النبي صلى الله عليه وآله علياً عليه السلام منه بمنزله هارون من موسى، أوجب له بذلك جميع ما عدّناه، إلا ما خصّه العرف من الأخوه واستثناه من النبوه لفظاً.

وهذه فضيله لم يشرك فيها أحد من الخلق أمير المؤمنين عليه السلام ولا ساواه في معناها ولا قاربه فيها على حال، ولو علم الله تعالى أنّ بنيه عليه السلام في هذه الغزاه حاجه إلى الحرب

ص: ١١٢

١-٣. غايه المرام (١/٢٢٢-١٧٥).

٢-٤. سوره طه / ٢٥-٣٢.

٣-١. سوره الأعراف / ١٤٢.

والأءنصار، لما أذن له فى تخليف أمير المؤمنين عليه السلام عنه حسب ما قدمناه، بل علم أن المصلحة فى استخلافه، وأن إقامته فى دار هجرته مقامه أفضل الأءعمال، فذكر الخلق والدين بما قضاه فى ذلك وأمضاه، على ما بيناه وشرحناه» (١).

٩- تبليغ سورة البراءة: تواترت الروايات بين الفريقين بإرجاع أبيبكر من تبليغها وإرسال أمير المؤمنين على عليه السلام بها والواقعه حدثت عام التاسع من الهجره النبويه وهى على ما فى مصادر العامه (٢): «إن النبي صلى الله عليه وآله بعث أبا بكر ببراءة إلى أهل مكة: لا يحج العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ولا يدخل الجنة إلا نفس مسلمه ومن كان بينه وبين رسول الله مدّه فأجله إلى مدّته والله برىء من المشركين ورسوله، قال: فسار بها ثلاثاً، ثم قال لعليّ: الحقّه، فردّ عليّ أبا بكر وبلغها أنت، قال: ففعل فلما قدم على النبي أبا بكر بكى وقال: يا رسول الله أحدثت فىّ شىء؟ قال: لا ولكن أمرت أن لا يبلغها إلا أنا أو رجل مني» (٣).

وقد ذكر نصوص الروايات العاميات السيد هاشم البحرانى فى غايه المرام (٤).

والعلامة الأمينى قدس سره بعد أن عدّ أكثر من سبعين شخصاً من العامه فى القرون المتماديه روهها قال وفى الاستدلال بها: «وفى القصة إيعاز إلى أن من لا يستصلحه

الوحى المبين لتبليغ عدّه آيات من الكتاب كيف يأتمنه على التعليم بالدين كله، وتبليغ الأحكام والمصالح كلها» (٥).

بل كيف يأتمنه على إمامه الأئمّه والخلافه بعد الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وبدلاً منه!!

ص: ١١٣

١- ٢. الارشاد ١/ (١٥٨-١٥٦).

٢- ٣. مسند أحمد ١/١٥٠ و ١٥١؛ فضائل الصحابه ٢/٥٦٢، ح ٩٤٦ و ٢/٦٤٠، ح ١٠٨٨؛ صحيح البخارى ١/١٦٥، ح ٣٥ و ٦/١٢٤، ح ١٧٧؛ تفسير الطبرى ١٠/٧٦ من الطبعة الحديثه (١٠/٤٦)؛ والمناقب ١٦٥/ للخوارزمى.

٣- ٤. ولايت و امامت ١٧٦/ للمؤلف.

٤- ٥. غايه المرام ٢/ (٩٢-٨٥).

٥- ١. الغدير ٧/ (٣٣٨-٣٥٠) ١/ [٤٧٦-٤٩٥] من الطبعة الحديثه.

«فَمَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ»(١).

١٠- حديث الرأيه: فى واقعه الخبير عام السابع الهجرى فى فتح إحدى قلاع المسماه ب- «القموص» أو «الناعم» حيث أرسل النبى صلى الله عليه وآله أبابكر فى اليوم الأول مع الجيش المسلمين فرجع من دون فتح ثم فى اليوم الثانى أرسل صلى الله عليه وآله عمر فرجع من دون ظفر وفى اليوم الثالث أرسل صلى الله عليه وآله أحدًا من الأنصار فرجع هكذا ثم قال محمد بن عمر الواقدى المتوفى سنة ٢٠٧ فى كتابه المغازى ما نصه: «... فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: لأعطينَّ الرأيه غدا رجلاً يحبُّ اللهُ ورسولَهُ يفتح الله على يديه، ليس بفَرَّارٍ، أبشر يا محمَّد بن مسلمه غدا إن شاء الله يقتل أختك وتولى عاديه اليهود فلما أصبح أرسل إلى على بن أبيطالب عليه السلام وهو أرمد فقال: ما أبصر سهلاً ولا جبلاً. قال: فذهب إليه، فقال: افتح عينيك. ففتحهما، فتفل فيهما. قال على عليه السلام: مارمدت حتى الساعة. ثم دفع إليه اللواء ودعا له ومن معه من أصحابه بالنصر فكان أول من خرج إليهم الحارث أخو مرحب فى عاديته فانكشف المسلمون وثبت على عليه السلام فاضطربا ضربات فقتله على عليه السلام ورجع أصحاب الحارث إلى الحصن فدخلوه واغلقوه عليهم فرجع المسلمون إلى موضعهم وخرج مرحب وهو يقول:

قد علمت خبير أنى مَرَحَبٌ شاكى السِّلَاحِ بَطَلٌ مُجَرَّبٌ

أضرب أحياناً وحيناً أضرب

فحمل على عليه السلام فقطره على الباب وفتح الباب وكان للحصن بابان»(٢).

وقد نقل البخارى الحديث فى مواضع متعددة من صحيحه(٣) منها: بسنده «عن سلمه بن الأكوع، قال: كان على عليه السلام [قد] تخلف عن النبى صلى الله عليه وآله فى خبير، وكان به رَمَدٌ،

ص: ١١٤

١-٢. سورة يونس / ٣٥.

٢-٣. المغازى ٢/٦٥٤.

٣-٤. فراجع صحيح البخارى ٤/١٣٣، ح ١٧٨ و ٥/٨٧، ح ١٩٧ و ٥/٢٧٩، ح ٢٣٠ و ٢٣١ (٤/٢٠).

فقال: أنا أتخلف عن رسول الله صلى الله عليه وآله ! فخرج عليّ فلحق بالنبيّ صلى الله عليه وآله ، فلمّا كان مساء الليله التي فتحها [الله] في صباحها، قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لأعطين الرايه - أو ليأخذن الرايه - غدا رجلاً يحبّه الله ورسوله - أو قال: يحبّ الله ورسوله - يفتح الله عليه، فإذا نحن بعلي بن أبيطالب وما نرجوه، فقال: هذا عليّ بن أبيطالب، فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وآله ففتح الله عليه»(١).

وأما دلالتة: هل يصلح للإمامه العظمى والخلافه الكبرى بدلاً من الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله من يحبّ الله ورسوله، ويحبّه الله ورسوله ويفتح الله على يديه وليس بفزار أو من فرّ من العدو ورجع خائباً مكسوراً مأبوساً من دون فتح ولا ظفر؟! فالعقل حاكم وحكمه واضح.

«تلك عشره كامله» من السنه الشريفه وهذا غيظ من فيض وقطره من بحارها الوارده في شأن مولانا ومقتدانا وسيدنا ووصي نبينا وخليفته من دون فصل بعده صلى الله عليه وآله أسدالله وأسد رسوله أمير المؤمنين علي بن أبيطالب عليه السلام ولتفصيلها فراجع إلى الكتب المفصله في هذا الباب والحمد لله علي «أول النعم»(٢).

### ج: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «وأما الإجماع فغير خفي»(٣).

أقول: الإجماع من المسلمين بطوائفهم المتعدده وعقائدهم المختلفه وآراءهم المتشبهه ثابت علي ولايه رسول الله صلى الله عليه وآله وأنه أولى من المؤمنين بأنفسهم.

والإجماع من الطائفه المحقّه الشيعه الإماميه الإثني عشرية ثابت علي ولايه أمير المؤمنين علي بن أبيطالب وأحد عشر من أولاده المعصومين عليهم السلام .

ص: ١١٥

١-١ . صحيح البخارى ٥/٨٨، ح ١٩٨ (٤/١٢).

٢-٢ . ورد في صحيحه الفضيل عن أبيعبدالله عليه السلام قال: من وجد برد حنينا في كبده فليحمد الله علي أول النعم، قال: قلت: جعلت فداك، ما أول النعم؟ قال: طيب الولاده. [وسائل الشيعه ٩/٥٤٧، ح ١٠].

٣-٣ . المكاسب ٣/٥٤٨.

والإجماع من الفرق الشيعية المتعدده ثابت على ولايه أمير المؤمنين عليّ عليه السلام وإن اختلفوا في مابعدده عليه السلام كالزبيديه والإسماعيليه والقطحيه والواقفه وغيرهم.

وكذا الأمر بالنسبه إلى تفضيل أمير المؤمنين عليه السلام على غيره من أصحاب رسول

اللّه صلى الله عليه وآله وافقنا - الشيعة بالمعنى العام - جماعه من العامه الذاهبين إلى مذهب الاعتزال في عقيدتهم كما نقل عنهم ابن أبي الحديد المعتزلى في أول شرحه على نهج البلاغه واختاره حيث يقول: «وقال البغداديون قاطبه؛ قدماءهم ومتأخروهم، كأبيسهل بشر بن المعتمر، وأبيموسى عيسى بن صبيح، وأبي عبد الله جعفر بن مبشر، وأبي جعفر الإسكافى، وأبي الحسين الخياط، وأبي القاسم عبد الله بن محمود البلخى وتلامذته: إن علينا عليه السلام أفضل من أبي بكر.

وإلى هذا المذهب ذهب من البصريين أبو عليّ محمد بن عبد الوهاب الجبائى أخيرا، وكان من قبل من المتوقفين، كان يميل إلى التفضيل ولا يصرح به، وإذا صنف ذهب إلى الوقف فى مصنفاته. وقال فى كثير من تصانيفه: إن صحّ خبر الطائر فعلى أفضل.

ثم إن قاضى القضاة (1) رحمه الله ذكر فى شرح «المقالات» لأبي القاسم البلخى أن أبا عليّ رحمه الله ما مات حتى قال بتفضيل عليّ عليه السلام؛ وقال: إنّه نقل ذلك عنه سمعا، ولم يوجد فى شيء من مصنفاته. وقال أيضا: إن أبا عليّ رحمه الله يوم مات استندى ابنه أباهشم إليه، - وكان قد ضعّف عن رفع الصوت - فألقى إليه أشياء، من جملتها القول بتفضيل عليّ عليه السلام.

وممن ذهب من البصريين إلى تفضيله عليه السلام الشيخ أبو عبد الله الحسين بن عليّ البصرى - رضى الله عنه -، كان متحققا بتفضيله، ومبالغا فى ذلك، وصنف فيه كتابا مفردا.

وممن ذهب من البصريين قاضى القضاة أبو الحسن عبد الجبار بن أحمد رحمه الله ذكر ابن متّويه عنه فى كتاب الكفايه فى علم الكلام أنه كان من المتوقفين بين عليّ عليه السلام وأبى بكر، ثم قطع على تفضيل عليّ عليه السلام بكامل المنزله.

ومن البصريين الذاهبين إلى تفضيله عليه السلام أبو محمد الحسن بن متّويه صاحب

ص: ١١٤

١-١. هو أحمد بن عبد الجبار الهمداني المعتزلى.



«التذكرة» نصّ في كتاب «الكفاية» على تفضيله عليه السلام على أبيبكر؛ واحتجّ لذلك، وأطال في الاحتجاج.

فهذان المذهبان كما عرفت.

وذهب كثير من الشيوخ رحمهم الله إلى التوقف فيهما؛ وهو قول أبيحذيفة واصل بن عطاء، وأبيالهيذيل محمّد بن الهذيل العلاف؛ من المتقدمين. وهما - وإن ذهبا إلى التوقف بينه عليه السلام وبين أبيبكر وعمر - قاطعان على تفضيله على عثمان... .

وأما نحن فنذهب إلى ما يذهب إليه شيوخنا البغداديون؛ من تفضيله عليه السلام. وقد ذكرنا في كتبنا الكلامية ما معنى الأفضل؛ وهل المراد به الأكثر ثوابا أو الأجمع لمزايا الفضل والخلال الحميدة، وبيننا أنه عليه السلام أفضل على التفسيرين معا<sup>(١)</sup>.

وفي هذا المجال عليك بمراجعته رساله تفضيل بنيهاشم ورساله تفضيل علي عليه السلام كلاهما بقلم أبيعثمان عمرو بن بحر الجاحظ المعروف المتوفى سنة ٢٥٥ق - وكان عثمانيا مروانيا -<sup>(٢)</sup>، وهما مبدؤوران في أول كتاب كشف الغمّة في معرفه الأئمة<sup>(٣)</sup> لعلي بن عيسى الإربلي المتوفى سنة ٦٩٢، وقال الجاحظ في رساله الثانيه: «... فثبت بما ذكرناه من إجماع الفريقين ودلاله الكتاب والسنة أنّ عليّا أفضل<sup>(٤)</sup>... وبقي أمير المؤمنين على ابن أبيطالب - صلوات الله عليه - فيكون أحقّ بالإمامه لما أجمعت عليه الأئمة ولدلاله الكتاب والسنة عليه»<sup>(٥)</sup>.

ثمّ لا ينقضى تعجّبي عن اعتراض المحقّق المروّج رحمه الله على الاستدلال بالإجماع - بعد اعتراضه بأنّه من الضروريات - في المقام حيث يقول: «لكن لا مسرح للاستدلال

ص: ١١٧

١-١. شرح نهج البلاغه ١/ (٩-٧).

٢-٢. علي ما قاله الإربلي في كشف الغمه ١/٨٥.

٣-٣. كشف الغمه ١/ (٨٥-٦٦)، طبع المجمع العالمي لأهل البيت عليهم السلام عام ١٤٢٦.

٤-٤. كشف الغمه ١/٨٢.

٥-٥. كشف الغمه ١/٨٥.

بالإجماع هنا، لعدم كونه دليلاً مستقلاً حينئذ»(١).

## د: العقل القطعي

### إشاره

قسّم الشيخ الأعظم الدليل العقلي إلى قسمين:

### ١- الدليل العقلي المستقل

(٢)

قال: «فالمستقل منه [أى من الدليل العقلي] حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفه أنهم أولياء النعم»(٣).

مراده قدس سره: إنهم عليهم السلام وسائط للفيض الإلهي فهم أولياء النعم والعقل مستقل بوجوب

شكر المنعم، ولا يتم هذا الشكر إلا بإطاعتهم والتسليم لهم وقبول ولايتهم عليهم السلام.

ويرد عليه: أولاً: ما يترتب على ترك حُكْم العقل المستقل بلزوم شكر المنعم ومخالفته هو الذم أو قطع الإحسان من المحسن والمنعم وكلاهما أجنيان عن العقاب، وما هو المهم هنا من إثبات لزوم متابعتهم ونفوذ تصرفاتهم.

وثانياً: وجوب شكر المنعم لا- يثبت وجوب معرفه المنعم، لأنّ شكره لا- يتوقف على معرفته. فمع عدم معرفتهم كيف يمكن الحكم بلزوم متابعه المجهول ونفوذ تصرفاته.

نعم، يُمكن إثبات وجوب معرفه المنعم باحتمال العقاب وظنّ الضرر على فرض تركها، ودفع الضرر المحتمل الذى يمكن أى يكون عقاباً لازماً عقلاً ويترتب على مخالفته الضرر بمعنى العقاب، ولكن هذا البيان لا يجرى فى وجوب الطاعه ولزوم المتابعه ونفوذ التصرفات، لأنّ مع الشك فى هذه الأمور تجرى قاعده قبح العقاب بلا بيان. فلا يتم هذا الاستدلال.

اللهم إلا أن يقال: شكر المنعم يعنى الخضوع التام للمنعم فى جميع الأمور فلا بأس

ص: ١١٨

١- ٦. هدى الطالب ١٣٥/٦.

٢- ٧. الدليل العقلي المستقل: هو الدليل الذى صغراه وكبراه ومفادهما من العقل ولا يحتاج إلى ضمّ مقدمه خارجيه، بل هو [العقل] يتكفّل لإثبات النتيجة بنفسه كحكم العقل بوجود التحسين والتقيح العقليين.

٣- ٨. المكاسب ٥٤٨/٣.

بشموله فى وجوب الطاعه ولزوم المتابعه ونفوذ التصرفات، ولكن دون إثبات وجوب هذا الشكر خَرَطُ للقتاد.

## ٢- الدليل العقلى غير المستقل

(١)

قال الشيخ الأعظم: «والغير المستقلّ حكمه بأنّ الأبوه إذا اقتضت وجوب طاعه الأب على الإبن فى الجملة، كانت الإمامه مقتضيه لوجوب طاعه الإمام على الرعيه بطريق أولى؛ لأنّ الحقّ هنا أعظم بمراتب، فتأمل» (٢).

مراده قدس سره: حكم العقل الذى يتوقف على مقدمه شرعيه - وهى ولايه الأب ووجوب طاعته شرعا - ، بالأولويه بعد ثبوت هذه المقدمه الشرعيه بحكم العقل بالأولويه القطعيه بولايه الإمام المعصوم عليه السلام ولزوم طاعته.

قال المحقّق الاصفهانى: «إنّ الأبوه ليست إلّا حيثيه مقدميه الأب إعدادا لتكوين الولد، فإذا كانت مقتضيه لوجوب إطاعته فى أوامره الشخصيه شرعا كانت المقدميه فى مجارى الفيض ووسائله التكوين أقوى، فتجب إطاعتهم عليهم السلام بنحو أولى.

وهذا التقريب أولى ممّا ذكره قدس سره من كون حقّ الإمام عليه السلام على الرعيه أعظم، فإنّ حيثيه الإمامه والرعيه حيثيه التربيه الروحانيه باخراجهم من ظلمه الجهل إلى نور العلم، فهو ملاك آخر غير ملاك الأبوه والمقدميه للتكوين» (٣).

ويرد عليه: أوّلًا: لم تتم المقدمه الشرعيه وهى ولايه الأب ووجوب طاعته، بل تمت حرمه إيذاء الوالدين الذى ينتهى إلى عقوقهما كما عليه شيخنا الاستاذ رحمه الله (٤).

وثانيا: على فرض وجوب إطاعه الوالد فمن المعلوم أنّ إطاعته فى جميع المراتب ليست واجبه مثلاً إذا أمره بتمليك أمواله له لا يجب ذلك على الولد قطعاً «فكيف يمكن

ص: ١١٩

١- ١. الدليل العقلى غير المستقل: هو الدليل الذى فى ترتب النتيجة عليه نحتاج إلى ضمّ مقدمه خارجيه غير الأحكام العقليه نحو مباحث الاستلزامات العقليه.

٢- ٢. المكاسب ٣/٥٤٨.

٣- ١. حاشيه المكاسب ٢/٣٨٣ للمحقّق الاصفهانى.

٤- ٢. إرشاد الطالب ٤/٢٠٢.

التعدى منه إلى وجوب إطاعه الأئمة عليهم السلام مطلقاً، إذ لم يثبت وجوب الإطاعه فى حق الأب مطلقاً وفى جميع المراتب حتى يمكن التعدى منه إلى وجوبها فى الأئمة عليهم السلام مطلقاً»(١).

وثالثاً: «المناطق فى وجوب إطاعه الأب غير معلوم، وليس المدرك فى وجوب إطاعته عبارته عن كونه موجبا لحياء الولد حتى نتعدى منه إلى وجوب إطاعه الأئمة عليهم السلام وإلا للزم وجوب إطاعه من أنقذ أحداً من الغرق أو المرض لأنه أوجب حياته ومع ذلك لا يجب عليه إطاعته بوجه، ويحتمل أن يكون المناطق هو تربيته الولد فعلاً وهى مفقوده فى الأئمة عليهم السلام».

ورابعاً: قال المحقق الاصفهاني فى نقده مقالته: «فاقتضاء حق لوجوب الإطاعه لا يلازم اقتضاء حق آخر لوجوب الإطاعه شرعاً بالمساواه فضلاً عن الأولويه، وإذا لو حظ حيشه التربيته؛ وأن تربيته الروح أعظم من تربيته الجسم، فلازمه وجوب إطاعه كل متعلم لمعلمه شرعاً مع أنه ليس كذلك فتدبر»(٢).

فلا يتم استدلال الشيخ الأعظم بالعقل القطعى ولعله قدس سره أمرنا بالتأمل فيه.

ولكن يمكن الاستدلال بحكم العقل القطعى غير المستقل بمايلى:

الخلافة عن الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله والإمامه العظمى والولاية الكبرى مقام رفيع لا يمكن عقلاً أن تصل إلى كل عامى جاهل بالأحكام الشرعيه بحيث يكون كل الناس أفته

منه حتى المخدرات فى البيوت، ويحكم بغير ما أنزل الله فى فدك وغير فدك ويميت السنه ويحىي البدعه وقال بالنسبه إلى بدعه: «نعم البدعه هذه»(٣)، ومن ليس له الفضائل من التقوى والعلم والجهاد والإيمان، ولم تصل إلى الكافر الفاسق الغادر الكذاب، مع فرض وجود فرد يُنسب إليه كل الفضائل وهو مولانا ومقتدانا وإمامنا أمير المؤمنين على بن أبيطالب - عليه صلوات المصلين - والعقل حاكم بالحكم القطعى بينهم فى ما أقوله.

ص: ١٢٠

١-٣. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٦٠.

٢-٤. حاشيه المكاسب ٢/٣٨٣.

٣-١. كما فى صحيح البخارى ٣/٥٨ بالنسبه إلى صلاه التراويح، موطأ مالك ١/١١٤، ح ٣.

والشاهد على أنه ربّ الفضائل وتنسب إليه عليه السلام مقاله ابن أبي الحديد المعتزلي في أوّل شرحه على نهج البلاغه حيث يقول: «وما أقول في رجل أقرّ له اعداؤه وخصومه بالفضل، ولم يمكنهم جحد مناقبه، ولا كتمان فضائله، فقد علمت أنه استولى بنو أمية على سلطان الإسلام في شرق الأرض وغربها، واجتهدوا بكلّ حيله في إطفاء نوره، والتحريض عليه، ووضع المعايب والمثالب له، ولعنوه على جميع المنابر، وتوعّدوا مادّحيه، بل حبسوه وقتلوه، ومنعوا من روايه حديث يتضمّن له فضيله، أو يرفع له ذكرا، حتّى حظروا أن يسمّى أحد باسمه؛ فما زاده ذلك إلّا رفعه وسيموا؛ وكان كالمسك كلما ستر انتشر عرّفه، وكلّما كُتِم تَصَوَّع نَشْرُه؛ وكالشمس لا تُسْتَرُّ بالراح، وكضوء النهار إن حُجِبَتْ عنه عين واحدة، أدركته عيون كثيره!

وما أقول في رجل تُعزَى إليه كلُّ فضيله، وتنتهى إليه كلُّ فقهه، وتتجاذبه كلُّ طائفه، فهو رئيس الفضائل وينبوعها، وأبو عُذرِها، وسابق مضمارها، ومجلّى حليتها، كلُّ مَنْ بزغ فيها بعده فمنه أخذ، وله اقتفى، وعلى مثاله احتدى.

وقد عرفت أن أشرف العلوم هو العلم الإلهي، لأنّ شرف العلم بشرف المعلوم، ومعلومه أشرف الموجودات، فكان هو أشرف العلوم. ومن كلامه عليه السلام اقتبس، وعنه نُقِلَ، وإليه انتهى؛ ومنه ابتداء، فإنّ المعتزله (١) - الذين هم أهل التوحيد والعدل، وأرباب النظر، ومنهم تعلّم الناس هذا الفن - تلامذته وأصحابه؛ لأنّ كبيرهم واصل بن عطاء تلميذ أبيه هاشم عبد الله بن محمد بن الحنفية (٢)، وأبو هاشم تلميذ أبيه، وأبوه تلميذ عليه السلام. وأما الأشعريه فإنّهم ينتمون إلى أبي الحسن علي بن [إسماعيل بن] أبيبشر الأشعري، وهو

تلميذ أبي عليّ الجبائي، وأبو عليّ أحد مشايخ المعتزله؛ فالأشعريه ينتهون بأخزّه إلى أستاذ المعتزله ومعلمهم، وهو علي بن أبيطالب عليه السلام.

وأما الإماميه والزيديه فانتماؤهم إليه ظاهر.

ص: ١٢١

١-٢. أنظر أمالي المرتضى ١/١٤٨ وما بعدها؛ في كلام المؤلف عن سند المعتزله إلى عليّ عليه السلام.

٢-٣. هو إمام الكيسانيه؛ وعنه انتقلت البيعه إلى بني العباس. (تنقيح المقال ٢/٢١٢ من الطبعة الحجرية).

ومن العلوم: علم الفقه؛ وهو عليه السلام أصله وأساسه، وكلّ فقيه في الإسلام فهو عيال عليه، ومستفيد من فقهه؛ أما أصحابُ أبيحنيفه كأبيوسف ومحمّد وغيرهما، فأخذوا عن أبيحنيفه، وأما الشافعيّ فقرأ على محمّد بن الحسن، فيرجع فقهه أيضا إلى أبيحنيفه، وأما أحمد بن حنبل، فقرأ على الشافعي فيرجع فقهه أيضا إلى أبيحنيفه؛ وأبوحنيفه قرأ على جعفر بن محمّد عليه السلام، وقرأ جعفر على أبيه عليه السلام، وينتهي الأمر إلى عليّ عليه السلام. وأما مالك بن أنس، فقرأ على ربيعه الرأي، وقرأ ربيعه على عكرمه، وقرأ عكرمه على عبدالله بن عباس، وقرأ عبدالله بن عباس على عليّ بن أبيطالب؛ وإن شئت رددت إليه فقه الشافعيّ بقرائه على مالك كان لك ذلك؛ فهؤلاء الفقهاء الأربعة.

وأما فقه الشيعة: فرجوعه إليه ظاهر...

ومن العلوم: علم تفسير القرآن، وعنه أُخِذَ، ومنه فُرِعَ. وإذا رجعت إلى كتب التفسير علمت صحه ذلك؛ لأنّ أكثره عنه وعن عبدالله بن عباس، وقد علم الناس حال ابن عباس في ملازمته له، وانقطاعه إليه، وأنّه تلميذه وخريجه. وقيل له: أين علمك من علم ابن عمك؟ فقال: كُنِيبه قطره من المطر إلى البحر المحيط.

ومن العلوم: علم الطريقه والحقيقه، وأحوال التصوّف؛ وقد عرفت أن أرباب هذا الفنّ في جميع بلاد الإسلام؛ إليه ينتهون، وعنده يقفون؛ وقد صرّح بذلك الشُّبليّ، والجُنيد، وسيرى (١)، وأبويزيد السِّيطاميّ، وأبومحفوظ معروف الكرخيّ؛ وغيرهم. ويكفيك دلاله على ذلك الخِزقه (٢) التي هي شعارهم إلى اليوم، وكونهم يُسندونها بإسناد متصل إليه عليه السلام.

ص: ١٢٢

١-١. هو سرى بن المُعَلِّس السَّقَطِيّ؛ خال الجنيد وأستاذه، وصاحب معروف الكرخيّ؛ وأوّل من تكلم ببغداد في لسان التوحيد وحقائق الأحوال. مات سنه ٢٥١ [وقبره قائم إلى اليوم في المقبره الشُّونيزيه المعروفه بمقبره الجُنيد في الجانب الغربيّ من بغداد]. (طبقات الصوفيه للسلمى ٤٨).

٢-٢. فصل السهروردي في الباب الثاني عشر من كتابه عوارف المعارف (٤/١٩١ وما بعدها - على هامش الإحياء) الكلام في شرح خرفه المشايخ الصوفيه ولبسها. [ومن مأثور قول العلامة المُفَسِّر الشهير أبي الثناء السيّد محمود الألوسيّ البغداديّ الشافعيّ ثمّ الحنفيّ (ت ١٢٧٠هـ) قوله في «غرائب الاغتراب»: «فَلَبِسْتُ الخِزْقَه وَإِنْ كَانَ فِي سَنَدِهَا خُرُوقٌ»].

ومن العلوم: علم النحو والعرييه؛ وقد علم الناس كفه أنه هو الذى ابتدعه وأنشأه، وأملى على أبيالأسود الدؤلّى جوامعه وأصوله، من جملتها: الكلام كله ثلاثه أشياء: اسم وفعل وحرف. ومن جملتها: تقسيم الكلمه إلى معرفه ونكره، وتقسيم وجوه الإعراب إلى الرفع والنصب والجر والجزم(١)، وهذا يكاد يلحق بالمعجزات؛ لأن القوه البشريه لا تفي بهذا الحصر، ولا تنهض بهذا الاستنباط.

وإن رجعت إلى الخصائص الخُلقية والفضائل النفسانيه والدينيه وجدته ابن جلاها وطلّاع ثناياها(٢).

وأما الشجاعه: فإنه أنسى الناس فيها ذكر مَنْ كان قبله، ومحا اسم من يأتي بعده، ومقاماته في الحرب مشهوره يُضرب بها الأمثال إلى يوم القيامه؛ وهو الشجاع الذى ما فرّ قط، ولا ارتاع من كتّيبه، ولا بارز أحداً إلا قتله؛ ولا ضرب ضربه قط فاحتاجت الأولى إلى ثانيه؛ وفي الحديث: «كَأَنْتَ ضَرَبَاتِهِ وَتَرَاهُ»؛ ولما دعا معاويه إلى المبارزه ليستريح الناس من الحرب بقتل أحدهما، قال له عمرو: لقد أنصفك، فقال معاويه: ما غششتى منذ نصحتنى إلا اليوم! أأمرنى بمبارزه أبيالحسن وأنت تعلم أنه الشجاع المطرق! أراك طمعت فى إماره الشام بعدى! وكانت العرب تفتخر بوقوفها فى الحرب فى مقابله، فأما قتلاه فافتخار رهطهم بأنه عليه السلام قتلهم أظهر وأكثر، قالت أخت عمرو ابن عبدودّ ترثيه:

ص: ١٢٣

١-١ . معجم الأدباء ١٤/ (٤٢-٥٠).

٢-٢ . اقتباس من قول سحيم بن وثيل الرياحى: أنا ابنُ جلا وطلّاعِ الثنايا متى أضع العِمَامَةَ تَعْرِفُونِي وابن جلا، أى الواضح الأمر؛ وطلّاع الثنايا: كناية عن السمو إلى معالى الأمور، والثنايا فى الأصل: جمع ثنيه؛ وهى الطريق فى الجبل. وانظر اللسان ١٨/١٦٥.

لو كان قاتل عمر وغير قاتله بكيته أبدا ما دُمت في الأبد (١)

لكن قاتله من لا نظير له وكان يدعى أبوه بيضة البلد (٢)

وانتبه يوما معاويه، فرأى عبدالله بن الزبير جالسا تحت رجله على سريره، فقعد،

فقال له عبدالله يداعبه: يا أمير المؤمنين، لو شئت أن أفتك بك لفعت، فقال: لقد شجعت بعدنا يا أبا بكر، قال: وما الذى تنكره من شجاعتى وقد وقفت فى الصف إزاء على بن أبي طالب! قال: لا- جرم! إنه قتلك وأياك يسرى يديه، وبقيت اليمنى فارغاً، يطلب من يقتله بها.

وجمله الأمر أن كل شجاع فى الدنيا إليه ينتهى، وباسمه ينادى فى مشارق الأرض ومغاربها.

وأما القوه والأيد (٣): فبه يضرب المثل فيهما؛ قال ابن قتيبة فى «المعارف» (٤): ما صارح أحدا قط إلا صرعه. وهو الذى قلع باب خيبر، واجتمع عليه غضبه من الناس ليقلبوه فلم يقلبوه؛ وهو الذى اقتلع هبل من أعلى الكعبة، وكان عظيماً جداً، وألقاه (٥) إلى الأرض. وهو الذى اقتلع الصخره العظيمه فى أيام خلافته عليه السلام بيده بعد عجز الجيش كله عنها، وأنبط (٦) الماء من تحتها.

وأما السخاء والجود: فحاله فيه ظاهره؛ وكان يصوم ويطوى ويؤثر بزاده؛ وفيه

ص: ١٢٤

١-٣. من أبيات ذكرها صاحب اللسان ٨/٣٩٥؛ وروايته: لو كان قاتل عمرو غير قاتله بكيته ما أقام الروح فى جسدي لكن قاتله من لا يعاب به وكان يدعى قديماً بيضة البلد

٢-٤. بيضة البلد، يريد أبطالب؛ أى أنه فرد ليس مثله فى الشرف كالبيضة التى هى تريكة وحدها، ليس معها غيرها؛ كذا فسر فى اللسان.

٣-١. معناه: القوه أيضا.

٤-٢. المعارف / ٩٠.

٥-٣. فى نسخه: «فألقاه».

٦-٤. فى نسخه: «فأنبط».



أنزل: «وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا \* إِنَّمَا نُطْعِمُكُمْ لِوَجْهِ اللَّهِ لَا نُرِيدُ مِنْكُمْ جَزَاءً وَلَا شُكْرًا» (١). وروى المفسرون أنه لم يكن يملك إلا أربعة دراهم؛ فتصدق بدرهم ليلاً، وبدرهم نهاراً، وبدرهم سرّاً، وبدرهم علانية؛ فأنزل فيه: «الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ سِرًّا وَعَلَانِيَةً» (٢).

وروى عنه أنه كان يسقى بيده لنخل قوم من يهود المدينة، حتى مجلت (٣) يده، ويتصدق بالأجره، ويشدُّ على بطنه حجراً.

وقال الشعبى وقد ذكره عليه السلام: كان أسخى الناس؛ كان على الخلق الذى يحبه الله: السخاء والجود، ما قال: «لا» لسائل قط.

وقال عدوه ومُبغضه الذى يجتهد فى وَضْمِهِ معاوية بن أبيسفيان لِمَحْفَن (٤) بن أبيمخنف الضبى لما قال له: جئتك من عند أبخل الناس، فقال: ويحك! كيف تقول إنه أبخل الناس، لو ملك بيتا من تَبْرٍ وبيتا من تَبْنٍ، لأنفد تَبْرَهُ قبل تَبْنِهِ.

وهو الذى كان يكتسب بيوت الأموال ويصلى فيها، وهو الذى قال: يا صفراء، ويا بيضاء، غزى غيرى. وهو الذى لم يخلف ميراثاً، وكانت الدنيا كلها بيده إلا ما كان من الشام.

وأما الحلم والصفح: فكان أحلم الناس عن ذنب، وأصفحهم عن مسيء؛ وقد ظهر صحه ما قلناه يومَ الجمل؛ حيث ظفر بمزوان بن الحكم - وكان أعدى الناس له، وأشدهم بغضاً - فصفح عنه.

وكان عبدالله بن الزبير يشتمه على رؤس الأَشْهَاد، وخطب يوم البصره فقال: قد

ص: ١٢٥

١-٥. سورة الإنسان ٩/ و ١٠.

٢-٦. سورة البقره ٢٧٤/.

٣-٧. مجلت يده، أى ثخن جلده وتعجز وظهر فيه ما يشبه البثر من العمل بالأشياء الصلبة الخشنه؛ ومنه حديث فاطمه، أنها شكت إلى علىّ مجل يديها من الطحن. النهايه لابن الأثير ٤/٨٠.

٤-١. كذا ضبطه الذهبى بالقلم فى المشتبه ٤٦٤/.

أَتَاكُمْ الْوَعْدَ (١) اللَّيْمِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِيطَالِبٍ - وَكَانَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: مَا زَالَ الزَّبِيرُ رَجُلًا مِّنَّا أَهْلَ الْبَيْتِ حَتَّى شَبَّ عَبْدُ اللَّهِ - فَظَفِرَ بِهِ يَوْمَ الْجَمَلِ، فَأَخَذَهُ أُسَيْرًا، فَصَفَحَ عَنْهُ، وَقَالَ: اذْهَبْ فَلَا أَرِيَنَّكَ؛ لَمْ يَزِدْهُ عَلَيٌّ ذَلِكَ.

وَظَفِرَ بِسَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ بَعْدَ وَقْعِهِ الْجَمَلِ بِمَكَّةَ، وَكَانَ لَهُ عَدُوًّا، فَأَعْرَضَ عَنْهُ وَلَمْ يَقُلْ لَهُ شَيْئًا.

وَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا كَانَ مِنْ عَائِشَةَ فِي أَمْرِهِ، فَلَمَّا ظَفِرَ بِهَا أَكْرَمَهَا، وَبَعَثَ مَعَهَا إِلَى الْمَدِينَةِ عَشْرِينَ امْرَأَةً مِنْ نِسَاءِ عَبْدِ الْقَيْسِ عَمَمَهْنَ بِالْعَمَائِمِ، وَقَلَمْدَهْنَ بِالسِّيُوفِ، فَلَمَّا كَانَتْ بِبَعْضِ الطَّرِيقِ ذَكَرَتْهُ بِمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُذْكَرَ بِهِ، وَتَأَفَّفَتْ وَقَالَتْ: هَتَكَ سَتْرِي بِرَجَالِهِ وَجِنْدِهِ الَّذِينَ وَكَلَهُمْ بِي، فَلَمَّا وَصَلَتْ الْمَدِينَةَ أَلْقَى النِّسَاءَ عَمَائِمَهْنَ، وَقَلَنَ لَهَا: إِنَّمَا نَحْنُ نِسْوَةٌ.

وَحَارِبُهُ أَهْلَ الْبَصْرَةِ، وَضَرَبُوا وَجْهَهُ وَوَجْوهَ أَوْلَادِهِ بِالسِّيُوفِ، وَشْتَمَوْهُ وَلَعَنُوهُ، فَلَمَّا ظَفِرَ بِهِمْ رَفَعَ السَّيْفَ عَنْهُمْ، وَنَادَى مَنَادِيَهُ فِي أَقْطَارِ الْعَسْكَرِ: أَلَا لَا يَتَّبِعُ (٢) مُوَلٌّ، وَلَا يَجْهَزُ عَلَيَّ جَرِيحٌ، وَلَا يُقْتَلُ مُسْتَأْسِرٌ، وَمَنْ أَلْقَى سِلَاحَهُ فَهُوَ آمِنٌ، وَمَنْ تَحَيَّزَ إِلَى عَسْكَرِ الْإِمَامِ فَهُوَ آمِنٌ. وَلَمْ يَأْخُذْ أَثْقَالَهُمْ، وَلَا سَبَى ذُرَارِيَهُمْ، وَلَا غَنِمَ شَيْئًا مِنْ أَمْوَالِهِمْ، وَلَوْ شَاءَ أَنْ يَفْعَلَ كُلَّ ذَلِكَ لَفَعَلَ، وَلَكِنَّهُ أَبِي إِلَّا الصَّفْحَ وَالْعَفْوَ وَتَقْيِيلَ سَنَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ يَوْمَ فَتْحِ

مَكَّةَ، فَإِنَّهُ عَفَا وَالْأَحْقَادَ لَمْ تَبْرُدْ، وَالْإِسَاءَةَ لَمْ تُنْسَسْ.

وَلَمَّا مَلَكَ عَسْكَرُ مَعَاوِيَةَ عَلَيْهِ الْمَاءَ، وَأَحَاطُوا بِشَرِيْعَةِ الْفِرَاتِ، وَقَالَتْ رُؤَسَاءُ الشَّامِ لَهُ: اقْتُلْهُمْ بِالْعَطَشِ كَمَا قَتَلُوا عُثْمَانَ عَطْشًا، سَأَلَهُمْ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَأَصْحَابُهُ أَنْ يَشْرَعُوا (٣) لَهُمْ شَرْبَ الْمَاءِ، فَقَالُوا: لَا وَاللَّهِ، وَلَا قَطْرَهُ حَتَّى تَمُوتَ ظَمًا كَمَا مَاتَ ابْنُ عَفَانَ؛ فَلَمَّا رَأَى عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ الْمَوْتُ لَا مَحَالَهَ تَقَدَّمَ بِأَصْحَابِهِ، وَحَمَلَ عَلَى عَسَاكِرِ مَعَاوِيَةَ حَمَلَاتٍ كَثِيفَةً، حَتَّى أَزَالَهُمْ عَنْ مَرَاكِزِهِمْ بَعْدَ قَتْلِ ذَرِيْعٍ، سَقَطَتْ مِنْهُ الرُّؤْسُ وَالْأَيْدِي، وَمَلَكَوْا عَلَيْهِمُ الْمَاءَ، وَصَارَ أَصْحَابُ مَعَاوِيَةَ فِي الْفَلَاهِ، وَلَا مَاءَ لَهُمْ، فَقَالَ لَهُ أَصْحَابُهُ وَشِيعَتُهُ: امْنَعْهُمْ الْمَاءَ

ص: ١٢٤

١-٢. في نسخة: «الوغب»؛ وهما بمعنى.

٢-٣. في نسخة: «ألا يتبع مول».

٣-١. كذا في نسخة، وفي نسخة: «يسوغوا».

يا أمير المؤمنين، كما منعوك، ولا تسقيهم منه قطره، واقتلهم بسيوف العطش، وخذهم قبضا بالأيدي فلا حاجه لك إلى الحرب، فقال: لا والله لا أكافئهم بمثل فعلهم، أفسيحوا لهم عن بعض الشريعة، ففي حدّ السيف ما يغني عن ذلك. فهذه إن نسيتّها إلى الحلم والصفح فناهيك بها جمالاً وحسناً، وإن نسبتّها إلى الدين والورع فأخلق بمثلها أن تصدر عن مثله عليه السلام!

وأما الجهاد في سبيل الله: فمعلوم عند صديقه وعدوّه أنّه سيّد المجاهدين، وهل الجهاد لأحد من الناس إلا له! وقد عرفت أنّ أعظم غزاه غزاه رسول الله صلى الله عليه وآله وأشدّها نكايه في المشركين بدر الكبرى؛ قتل فيها سبعون من المشركين، قتل عليّ نصفهم، وقتل المسلمون والملائكة النصف الآخر. وإذا رجعت إلى مغازي محمّد بن عمر الواقدي وتاريخ الأشراف ليحيى بن جابر البلاذري وغيرها علمت صحه ذلك، دُع من قتله في غيرها كأحد والخندق وغيرها؛ وهذا الفصل لا معنى للإطناب فيه؛ لأنّه من المعلومات الضرورية، كالعلم بوجود مكّه ومصر ونحوهما.

وأما الفصاحة: فهو عليه السلام إمام الفصحاء، وسيّد البلغاء؛ وفي (١) كلامه قيل: دون كلام الخالق، وفوق كلام المخلوقين. ومنه تعلّم الناس الخطابه والكتابه، قال عبد الحميد بن يحيى: حفظت سبعين خطبه من خطب الأصلح، ففاضت ثم فاضت. وقال ابن نباته (٢): حفظت من الخطابه كنزاً لا يزيد الإنفاق إلاّ سعه وكثره، حفظت مائه فصل من مواعظ عليّ بن أبي طالب.

ولما قال مخفّن بن أبيمخفّن لمعاويه: جئتك من عند أعيا الناس، قال له: ويحك! كيف يكون أعيا الناس! فوالله ما سنّ الفصاحه لقريش غيره....

وأما سجاحه الأخلاق، وبشّر الوجه، وطلاقه المحيّا، والتبسّم: فهو المضروب به المثل فيه حتّى عابه بذلك أعداؤه؛ قال عمرو بن العاص لأهل الشام: إنه ذو دُعبه شديده. وقال

ص: ١٢٧

١-٢. في نسخه: «وعن كلامه».

٢-٣. هو عبدالرحيم بن محمّد بن محمّد بن إسماعيل الفارقي الجذامي.

علّي عليه السلام في ذاك: عجبا لابن النابغه! يزعم لأهل الشام أن فيّ دعا به، وأنى امرؤ تلعبه، وأعافس وأمارس (١) وعمر بن العاص إنما أخذها عن عمر بن الخطاب لقوله له لما عزم على استخلافه: لله أبوك لو لا دُعابه فيك! إلا أن عمر اقتصر عليها، وعمر زاد فيها وسمّجها.

قال صعصعه بن صوحان وغيره من شيعته وأصحابه: كان فينا كأحدنا، لين جانب، وشده تواضع، وسهولة قياد، وكنا نهابه مهابه الأسير المربوط للسيّاف الواقف على رأسه.

وقال معاوية لقيس بن سعد: رحم الله أباحسن؛ فلقد كان هشا بشا، ذا فكاكه، قال قيس: نعم، كان رسول الله صلى الله عليه وآله يمزح ويتسم إلى أصحابه، وأراك تُسرّ حسوا في ارتغاء (٢)، وتعييه بذلك! أما والله لقد كان مع تلك الفكاهه والطلاقه أهيب من ذي لبدتين قد مسه الطوى، تلك هيبه التقوى، وليس كما يهابك طغام أهل الشام!

وقد بقي هذا الخلق متوارثا متناقلا في محبته وأوليائه إلى الآن، كما بقي الجفاء والخشونه والوعوره في الجانب الآخر، ومن له أدنى معرفه بأخلاق الناس وعوائدهم يعرف ذلك.

وأما الزهد في الدنيا: فهو سيد الزهاد، وبدل الأبدال، واليه تشد الرحال، وعنده تُففض الأحلاس؛ ما شبع من طعام قط. وكان أحسن الناس مأكلا وملبسا؛ قال عبدالله ابن أيرافع: دخلت إليه يوم عيد، فقدم جرابا مختوما، فوجدنا فيه خبز شعير يابس مرضوضا، فقدم فأكل، فقلت: يا أمير المؤمنين، فكيف تختمه؟ قال: خفت هذين الولدين أن يلتاه بسمن أوزيت.

وكان ثوبه مرقوعا بجلد تاره، وليف أخرى، ونعلاه من ليف. وكان يلبس

ص: ١٢٨

---

١-١. التلعبه؛ بفتح التاء وكسرها: الكثير اللعب والمرح. والمعافسه: الملاعبه أيضا. والممارسه: ملاعبه النساء. والخير أوردته ابن الأثير في النهاية ١/١١٧ و ٣/٥٩ و ١١٠، و ٤/٥٩ و ٨٩.

٢-٢. في المثل: «هو يسر حسوا في ارتغاء»؛ يضرب لمن يظهر أمرا وهو يريد غيره. (السان العرب ١٩/٤٦).

الكرباس (١) الغليظ، فإذا وجود كمه طويلاً. بشفره؛ ولم يخطه، فكان لا يزال متساقطاً على ذراعيه حتى يبقى سدى لا لحمه له. وكان يأتدّم إذا ائتمد بخلّ أو بملح؛ فإن ترقى عن ذلك فبعض نبات الأرض، فإن ارتفع عن ذلك فبقليل من ألبان الإبل؛ ولا يأكل اللحم إلا قليلاً ويقول: لا- تجعلوا بطونكم مقابر الحيوان. وكان مع ذلك أشدّ الناس قوّة وأعظمهم أيداً، لا ينقض (٢) الجوع قوّته، ولا- يُخون (٣) الإقلال مُنته. وهو الذى طلق الدنيا وكانت الأموال تُجيبى إليه من جميع بلاد الإسلام إلا من الشام، فكان يفرّقها ويمزّقها، ثم يقول:

هذا جنائى وخياره فيه إذ كلّ جانٍ يده إلى فيه (٤)

وأمرًا العبادة: فكان أعبد الناس وأكثرهم صلاه وصوما؛ ومنه تعلم الناس صلاه الليل، وملازمه الأوراد وقيام النافله؛ وما ظنّك برجل يبلغ من محافظته على ورده أن يُبسّط له نطع بين الصفين ليله الهرير، فيصلّى عليه ورده، والسهم تقع بين يديه وتمرّ على صماخيه يمينا وشمالاً، فلا- يرتاع لذلك، ولا- يقوم حتى يفرغ من وظيفته! وما ظنّك برجل كانت جبهته كثفنه البعير لطول سجوده.

وأنت إذا تأملت دعواته ومناجاته، ووقفت على ما فيها من تعظيم الله سبحانه وإجلاله، وما يتضمّنه من الخضوع لهيبته، والخشوع لعزّته والاستخاء له، عرفت ما ينطوى عليه من الإخلاص، وفهمت من أى قلب خرجت، وعلى أى لسان جرت!

وقيل لعلى بن الحسين عليه السلام - وكان الغاية فى العبادة: أين عبادتك من عباده خدك؟ قال: عبادتى عند عباده جدّى كعباده جدّى عند عباده رسول الله صلى الله عليه وآله .

ص: ١٢٩

١-١ . الكرباس بالكسر: ثوب من القطن الأبيض، معرب.

٢-٢ . فى نسخه: «ينقص».

٣-٣ . يخون: ينقص؛ وفى نسخه: «يخور».

٤-٤ . البيت أنشده عمرو بن عدّى حينما كان غلاماً، وكان يخرج مع الخدم يجتنون الملك (جذيمه الأبرش) الكمأه؛ فكانوا إذا وجدوا كمأه خياراً أكلوها وأتوا بالباقي إلى الملك؛ وكان عمرو لا يأكل منه، ويأتى به كما هو، وينشد البيت. وانظر: القاموس ٣/٢٥٩-٢٦٠؛ وحديث على ورد مفصلاً فى حليه الأولياء ١/٨١.

وأما قراءته القرآن واشتغاله به: فهو المنظور إليه في هذا الباب؛ اتفق الكلّ على أنّه كان يحفظ القرآن على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ، ولم يكن غيره يحفظه، ثمّ هو أوّل مَنْ جَمَعَهُ؛ نقلوا كلّهم أنّه تأخّر عن بيعه أبيبكر؛ فأهل الحديث لا يقولون ما تقوله الشيعة من أنّه تأخّر مخالفه للبيعة؛ بل يقولون: تشاغل بجمع القرآن؛ فهذا يدلّ على أنّه أوّل مَنْ جمع

القرآن؛ لأنّه لو كان مجموعاً في حياة رسول الله صلى الله عليه وآله لما احتاج إلى أن يتشاغل (١) بجمعه بعد وفاته صلى الله عليه وآله . وإذا رجعت إلى كتب القراءات وجدت أئمة القراء كلّهم يرجعون إليه؛ كأبيعمرو بن العلاء وعاصم بن أبيالنّجود وغيرهما؛ لأنّهم يرجعون إلى أبيعبدالرحمن السُّلَمِيِّ القارئ، وأبو عبدالرحمن كان تلميذه، وعنه أخذ القرآن؛ فقد صار هذا الفن من الفنون التي تنتهي إليه أيضاً، مثل كثير مما سبق.

وأما الرأى والتدبير: فكان من أسيد الناس رأياً، وأصحّهم تدبيراً؛ وهو الذى أشار على عمر بن الخطاب لما عزم على أن يتوجّه بنفسه إلى حرب الروم والفرس بما أشار. وهو الذى أشار على عثمان بأمر كان صلاحه فيها، ولو قبلها لم يحدث عليه ما حدث. وإنّما قال أعداؤه: لا رأى له؛ لأنّه كان متقيداً بالشريعة لا يرى خلافاً، ولا يعمل بما يقتضى الدّين تحريمه. وقد قال عليه السلام: لو لا الدين والتقى لكنّ أدهى العرب. وغيره من الخلفاء كان يعمل بمقتضى ما يستصلحه ويستوقفه؛ سواء أ كان مطابقاً للشرع أم لم يكن. ولا ريب أنّ مَنْ يعمل بما يؤدى إليه اجتهاده، ولا يقف مع ضوابط وقيود يمتنع لأجلها ممّا يرى الصّلاح فيه، تكون أحواله الدنيوية إلى الانتظام أقرب، ومَنْ كان بخلاف ذلك تكون أحواله الدنيوية إلى الانتثار أقرب.

وأما السياسة: فإنّه كان شديد السياسة، خشيةً في ذات الله، لم يراقب ابن عمّه في عمل كان ولاه إياه، ولا راقب أخاه عقياً في كلام جبهه به. وأحرق قوماً بالنار، ونقض دار مصلّ بن هُبَيْرَة ودار جرير بن عبدالله البجليّ، وقطع جماعةً وصلب آخرين.

ومن جملة سياسته في حروبه أيام خلافته بالجمل وصبّين والنهروان، وفي أقلّ

ص: ١٣٠

القليل منها مقنع، فإنَّ كلَّ سائس في الدنيا لم يبلغ وبطشه وانتقامه مبلغ العشر ممَّا فعل عليه السلام في هذه الحروب بيده وأعوانه.

فهذه هي خصائص البشر ومزاياهم قد أوضحنا أنَّه فيها الإمام المتَّبِع فعله، والرئيس المقتفَى أثره.

وما أقول في رجلٍ تحبّه أهل الدِّمّه على تكذيبهم بالنبوّه، وتعظّمه الفلاسفه على معاندتهم لأهل المله، وتصوّر ملوك الفرنج والروم صورته في بيوت عباداتها، حاملاً سيفه، مشمرا لحربه، وتصوّر ملوك الترك والدَّيْلَم صورته على أسيافها! كان على

سيفِ عَضُد الدوله بن يُؤَيّه وسيف أبيه ركن الدوله صورته، وكان على سيف إلب أرسلان وابنه ملكشاه صورته؛ كأنهم يتفاءلون به النصر والظفر.

وما أقول في رجلٍ أحبَّ كلَّ واحدٍ أن يتكثّر به، وودَّ كلَّ أحدٍ أن يتجمل ويتحسن بالانتساب إليه؛ حتّى الفتوّه التي أحسن ما قيل في حدّها: ألاّ تستحسن من نفسك ما تستقبحه من غيرك، فإنَّ أربابها نسبوا أنفسهم إليه، وصنّفوا في ذلك كتبا، وجعلوا لذلك إسنادا أنهؤه إليه، وقصروه عليه، وسَمَّوه سيّد الفتّيان، وعضدوا مذهبهم إليه بالبيت المشهور المرويّ، أنه سيّج من السماء يوم أحد:

لا سيفَ إلاّ ذوالفقار ولا فتى إلاّ عليّ

وما أقول في رجلٍ أبوه أبوطالب سيّد البطحاء، وشيخ قريش، ورئيس مكه، قالوا: قلّ أن يسودّ فقير، وساد أبوطالب وهو فقير لا مال له، وكانت قريش تسميه الشيخ.

وفي حديث عفيف الكنديّ، لما رأى (١) النبيّ صلى الله عليه وآله يصلّي في مبدأ الدعوه، ومعه غلام وامرأه، قال: فقلت للعباس: أيّ شيء هذا؟ قال: هذا ابن أخي، يزعم أنّه رسولٌ من الله إلى النَّاس، ولم يتبعه على قوله إلاّ هذا الغلام - وهو ابن أخي أيضا - وهذه الامرأه، وهي زوجته. قال: فقلت: ما الذي تقولونه أنتم؟ قال: ننتظر ما يفعل الشيخ - يعني أباطالب. وأبوطالب هو الذي كَفَّل رسولَ الله صلى الله عليه وآله صغيرا، وحماه وحاطه كبيرا، ومنعه من مشركي

ص: ١٣١

قريش، ولقي لأجله عنتا عظيما، وقاسى بلاء شديدا، وصبر على نصره والقيام بأمره. وجاء في الخبر أنه لما توفي أبوطالب أوحى إليه عليه السلام وقيل له: اخرج منها، فقد مات ناصرك.

وله مع شرف هذه الأبوة أنّ ابن عمه محمّد سيّد الأولين والآخرين، وأخاه جعفر ذوالجناحين، الذي قال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «أشبهت خلقي وخلقى» فمر يحجل فرحا. وزوجته سيّده نساء العالمين، وابنيه سيّدا شباب أهل الجنة؛ فأبأه آباء رسول الله، وأمّهاته أمّهات رسول الله، وهو مسوط بلحمه ودمه، لم يفارقه منذ خلق الله آدم، إلى أن مات عبدالمطلب بين الأخوين عبد الله وأبيطالب، وأمّهما واحده، فكان منهما سيّدا للناس؛ هذا الأوّل وهذا التالى، وهذا المنذر وهذا الهادى!

وما أقول فى رجل سبق الناس إلى الهدى، وآمن بالله وعبده، وكلّ من فى الأرض

يعبد الحجر، ويوجد الخالق؛ لم يسقه أحد إلى التوحيد إلاّ السابق إلى كلّ خير، محمّد صلى الله عليه وآله .

ذهب أكثر أهل الحديث إلى أنّه عليه السلام أوّل الناس اتبعا لرسول الله صلى الله عليه وآله إيمانا به، ولم يخالف فى ذلك إلاّ الأقلون. وقد قال هو عليه السلام: أنا الصديق الأكبر، وأنا الفاروق الأوّل، أسلمت قبل إسلام الناس، وصليت قبل صلاتهم. ومن وقف على كتب أصحاب الحديث تحقّق ذلك وعلمه واضحا. واليه ذهب الواقدى، وابن جرير الطبرى، وهو القول الذى رجّحه ونصره صاحب كتاب «الاستيعاب»<sup>(١)</sup>.

ولأننا إنما نذكر فى مقدمه هذا الكتاب جملة من فضائله عنّت بالعرض لا بالقصد؛ وجب أن نخصر ونقتصر، فلو أردنا شرح مناقبه وخصائصه لاحتجنا إلى كتاب مفرد

ص: ١٣٢



يماثل حَجْم هذا بل يزيد عليه، وبالله التوفيق (١)» (٢).

أقول: وهذا غيظ من فيض واعتراف من عالم سني معتزلي مُنْصِفٍ بالنسبه إلى أمير المؤمنين عليه السلام، فيه كفايه «إِنَّ فِي ذَلِكَ لَذِكْرَى لِمَنْ كَانَ لَهُ قَلْبٌ أَوْ أَلْقَى السَّمْعَ وَهُوَ شَهِيدٌ» (٣).

وأختم هذا المقال بما رواه أبو القاسم علي بن محمد بن علي الخزاز القمي الرازي من أعلام القرن الرابع قال: «أخبرنا القاضي أبو الفرج المعافى بن زكريا البغدادي (٤)، قال:

حدَّثنا أبو سلمان أحمد بن أبي هراسه، قال: حدَّثنا إبراهيم بن إسحاق النهاوندي، عن عبدالله بن حماد الأنصاري، قال: حدَّثنا إسماعيل بن أبي أويس، عن أبيه، عن عبد الحميد الأعرج، عن عطاء، قال: دخلنا على عبدالله بن عباس وهو عليل بالطائف، في العلة التي

ص: ١٣٣

١- ٢. وانظر ترجمته وأخباره أيضا في: أسد الغابه ٤/ (١٦-٤٠)؛ والاستيعاب ٢/ (٢٥٦-٢٧٤)؛ والإصابة ٤/ (٢٦٩-٢٧١)؛ وإنباه الرواه ١/ (١٠-١٢)؛ وتاريخ الإسلام للذهبي ٢/ (١٩١-٢٠٧)؛ وتاريخ بغداد ١/ (١٣٣-١٣٨)؛ وتاريخ أبي الفدا ١/ (١٨١-١٨٢)؛ وتاريخ الطبري ٦/ (٨٨-٩١)؛ وتاريخ ابن كثير ٧/ (٣٣٢-٣٦١) و ٨/ (١-١٣)؛ وتذكرة الحفاظ ١/ (١٠-١٣)؛ وتهذيب الأسماء واللغات ١/ (٣٤٤-٣٤٩)؛ وتهذيب التهذيب ٧/ (٣٣٤-٣٣٩)؛ وحليه الأولياء ١/ (٦١-٨٧)؛ والرياض النضرة ٢/ (١٥٣-٢٤٩)؛ وشذرات الذهب ١/ (٤٩-٥١)؛ وصفه الصفوه ١/ (١١٩-١٤٤)؛ وطبقات ابن سعد ٦/ (٦-٦)؛ وطبقات القراء لابن الجزري ١/ (٥٤٦-٥٤٧)؛ ومروج الذهب ٢/ (٤٥-٥٠)؛ والمعارف ٨٨/ (٨٨-٩٢)؛ ومعجم الأدباء ١٤/ (٤١-٥٠)؛ ومعجم الشعراء ١/ (٢٧٩-٢٨٠)؛ ومقاتل الطالبين ١/ (٢٤-٤٥)؛ والنجوم الزهره ١/ (١١٩-١٢٠).

٢- ٣. شرح نهج البلاغه ١/ (٣٠-١٦).

٣- ٤. سورة ق ٣٧/.

٤- ٥. المعافى بن زكريا المعروف بابن طراز، عامي المذهب ترجم له الخطيب وابن خلكان والذهبي، وذكروا أنه كان فقيها مأمونا في روايته. وقال الخطيب: أعلم الناس في وقته بالفقه. يروى عن البغوى والمحاملى. أنظر: تاريخ بغداد ١٣/ ٢٣٠؛ وفيات الأعيان ٥/ ٢٢١؛ سير أعلام النبلاء ١٦/ ٥٤٤.

توفى فيها، ونحن زهاء ثلاثين رجلاً من شيوخ الطائف وقد ضعف، فسلمنا عليه وجلسنا.

فقال لى: يا عطاء، مَنْ القوم؟ قلت: يا سيدي هم شيوخ هذا البلد، منهم: عبدالله بن سلمه بن حضرمي الطائفي وعمار بن أبي الأجلح، وثابت بن مالك، فمازلت أعدد له واحداً بعد واحد، ثم تقدّموا إليه فقالوا: يا بن عمّ رسول الله، إنك رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله، وسمعت منه ما سمعت، فأخبرنا عن اختلاف هذه الأمة، فقوم قد قدّموا عليا على غيره، وقوم جعلوه بعد ثلاثه.

قال: فتنفس ابن عباس وقال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: علي مع الحقّ، والحقّ مع علي، وهو الإمام والخليفة من بعدى، فمن تمسّك به فاز ونجى، ومن تخلف عنه ضلّ وغوى، يلي تكفيني وغسلي ويقضى ديني، وأبو سبطيني الحسن والحسين، ومن صلب الحسين تخرج الأئمة التسعة، ومنا مهدي هذه الأمة.

فقال له عبدالله بن سلمه الحضرمي: يا بن عمّ رسول الله فهلاً كنت تعرّفنا قبل هذا؟ فقال: قد والله أدّيت ما سمعت، ونصحت لكم، ولكن لا تحبون الناصحين.

ثم قال: اتقوا الله عباد الله، تقية من اعتبر تمهيدا، واتقى في وجل، وكمش (1) في مهل، ورغب في طلب، ورهب في هرب، واعملوا لا آخرتكم قبل حلول آجالكم، وتمسّكوا بالعروة الوثقى من عتره نبيكم، فإنّي سمعته صلى الله عليه وآله يقول: من تمسّك بعترتي من بعدى كان من الفائزين.

ثم بكى بكاء شديداً، فقال له القوم: أتبكي ومكانك من رسول الله صلى الله عليه وآله مكانك؟ فقال لى: يا عطاء، إنّما أبكى لخصلتين: هول المطلع، وفراق الأحبه.

ثم تفرّق القوم عنه، فقال لى: يا عطاء، خذيدي واحملني إلى صحن الدار،

(فأخذناه بيده أنا وسعيد، وحملناه إلى صحن الدار)، ثم رفع يديه إلى السماء وقال: اللهم إنّي أتقرّب إليك بمحمّد وآل محمّد، اللهم إنّي أتقرّب إليك بولايه الشيخ على بن أبي

ص: ١٣٤

١-١. وكمش: شمّر وجدّ، ويقال: رجل كمش، أى عزوم ماض سريع فى أمره. انظر: النهايه فى غريب الحديث ٤/٢٠٠؛ لسان العرب ٦/٣٤٣.

طالب. فما زال يكرّرها حتّى وقع إلى الأرض، فصبرنا عليه ساعه، ثمّ أقمناه فإذا هو ميّت رحمه الله» (١).

وإذا ثبتت الولاية في حقّ أمير المؤمنين عليه السلام فهي ثابتة في شأن رسول الله صلى الله عليه وآله بالطريق الأولوية وفي شأن أولاده المعصومين عليهم السلام بالقياس المساواه في الإماميه، والحمد لله ربّ العالمين.

وبما ذكرنا ظهر ثبوت الولاية لهم عليهم السلام بالدليل العقلي القطعي فلا يتم ما ذكره السيّد الخوئي قدس سره من: «أنّ الولاية بهذا المعنى إنّما ثبتت بالآيات والأخبار لا بالوجهين العقلين أبدا» (٢).

اللهم إلّا أن يكون مراده قدس سره عدم تماميه دليلى الشيخ الأعظم كما مرّ منّا أيضا. والحمد لله على الولاية.

ص: ١٣٥

---

١-١ . كفايه الأثر في النصوص على الأئمة الاثني عشر / ٧٥، ح ٥.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٦٠.

تنقسم ولايتهم عليهم السلام على أقسام متعددة منها:

### ١- الولاية التكوينية

وهي الولاية على عالم الكون والتكوين والوجود والموجودات بحيث إرادتهم وأوامرهم تنفذ في عالم الوجود، وعالم الكون مسخرٌ لهم ومشيتهم تجرى في عالم الوجود وطاعتهم واجبه على الموجودات في عالم التكوين ولكن كل ذلك بحول من الله وقوته وبإذنه وإرادته ومشيته تبارك وتعالى. لا على نحو الاستقلال بحيث أنهم بأنفسهم وبالاستقلال من الله تعالى يفعلون هذه الأمور، بل يفعلون بترخيص وإذن وإرادة وحول وقوه من الله تبارك وتعالى ويستمدون في جميع آياتهم من الربّ الجليل.

فهم عليهم السلام أمراء الوجود والكون، جعلهم الله تعالى وأعطاهم هذه الإمارة، ولكن ليس لهم بالاستقلال شيء.

ومن هذا التعريف يظهر ضعف مقالات بعض ممن عاصرناه من تعريفها ب- «السلطة على عالم الوجود»<sup>(١)</sup>، لأنّ هذه السلطة نتيجة الولاية التكوينية لا تعريفها.

ومن إثبات هذه الولاية «لبعض الأولياء الكرام أيضا مرتبة من الولاية التكوينية»<sup>(٢)</sup> «إذ... وكرامات الأولياء نحو تصرف منهم في عالم التكوين»<sup>(٣)</sup>.

الولاية التكوينية وإن كانت مقوله بالتشكيك، لكنّها لا تثبت لغير المعصومين عليهم السلام وما صدر من بعض على نحو: السحر والشعوذة وتسخير القوي المرثية أو غير المرثية مثل الجن والشياطين أو تأثير بعض الأذكار والأدعية أو النوم المغناطيسي أو الهيبتونيزم أو التلّ باتى أو الحس السادس وأمثال ذلك فليست من الولاية التكوينية بشيء.

ص: ١٣٦

١-١. كما في كتاب: الحاكمية في الإسلام / ١٦٢/ لشيخنا آية الله السيّد محمّد مهدي الموسوي الخليّالي - مدظله - .

٢-٢. دراسات في ولاية الفقيه وفقه الدولة الاسلاميه ١/٧٤.

٣-٣. دراسات في ولاية الفقيه وفقه الدولة الاسلاميه ١/٧٥.

وعلى أى حالٍ فكلّ تصرفٍ فى عالم التكوين ليس من الولايه التكوينيّه بحيث تطلق على آخذ الكتاب من الرّف وكاتب القرباس بالقلم (١) وأنها ليست بـ - «ثابته (٢) لكلّ

أحد من الناس بل لكلّ موجود من الموجودات... وما يُحكى عن بعض العارفين... من الكرامات والأُمور الغريبه يشير إلى مرتبتهم الخاصه فى هذا القسم من الولايه (٣)، فلا تتم هذه مقاله عندنا، لأنها ثابتة للمعصومين عليهم السلام فقط.

ووافقنا على أنّها مختصه بهم عليهم السلام لكونهم مظاهر أسمائه تعالى، بعض مشايخنا - مدظله - حيث يقول: «وهذه المرتبه من الولايه مختصه بهم وكانت من مقتضيات ذواتهم النوريه ونفوسهم القدسيه التى لا يبلغ إلى دون مرتبتها مبلغ ولذلك ليست قابله للإعطاء إلى غيرهم...» (٤).

تنبيه

الولايه التكوينيّه فى حقّ الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وأوصيائه المعصومين عليهم السلام ثابتة بالإجماع والبتّ والقطع ولكن لن ينسب إليهم خلق العالم وربوبيته وتقسيم الأرزاق بين الخلائق والإحياء والإماتة، لأنّ الخالق والربّ والرازق والمحيى والمميت هو الله تعالى وإنّهم عليهم السلام قد نفوا هذه الأمور عن ساحتهم فقال الرضا عليه السلام فى دعائه: «اللهمّ إنى أبرأ إليك من الحول والقوّه، فلا حول ولا قوّه إلاّ بك.

اللهمّ إنى أبرأ إليك من الذين ادّعوا لنا ما ليس لنا بحقّ.

اللهمّ إنى أبرأ إليك من الذين قالوا فىنا ما لم نقله فى أنفسنا.

اللهمّ لك الخلق ومنك الرزق، و «إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ» (٥).

ص: ١٣٧

١-٤ . فقه الولايه والحكومه الاسلاميه ١/٢٥.

٢-٥ . وفى المصدر: ثابت.

٣-١ . فقه الولايه والحكومه الاسلاميه ١/٣٩ و ٤٠.

٤-٢ . ولايه الأولياء / ٦٥ و ٦٦، تأليف شيخنا آيه الله الشيخ الميرزا محمّد تقى المجلسى الإصفهانى - مدظله - .

٥-٣ . سوره الفاتحه / ٥.

اللَّهُمَّ أَنْتَ خَالِقُنَا وَخَالِقُ آبَائِنَا الْأَوَّلِينَ وَآبَائِنَا الْآخِرِينَ.

اللَّهُمَّ لَا تَلِيْقَ الرَّبُوبِيَّةَ إِلَّا بِكَ، وَلَا تَصْلِحِ الْإِلَهِيَّةَ إِلَّا لَكَ، فَالْعَنِ النَّصَارَى الَّذِينَ صَغَرُوا عِظَمَتَكَ، وَالْعَنِ الْمُضَاهَيْتِينَ لِقَوْلِهِمْ مِنْ بَرِيَّتِكَ.

اللَّهُمَّ إِنَّا عَيْدُكَ وَأَبْنَاءُ عَيْدِكَ، لَا نَمْلِكُ لِأَنْفُسِنَا نَفْعًا وَلَا ضَرًّا وَلَا مَوْتًا وَلَا حَيَاةً وَلَا نَشُورًا.

اللَّهُمَّ مَنْ زَعَمَ أَنَّ أَرْبَابَ فَحْنٍ إِلَيْكَ مِنْهُ بَرَاءً، وَمَنْ زَعَمَ أَنَّ إِلَيْنَا الْخَلْقَ وَعَلَيْنَا

الرِّزْقَ فَحْنٍ مِنْهُ بَرَاءً كِبْرَاءَهُ عَيْسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ مِنَ النَّصَارَى.

اللَّهُمَّ إِنَّا لَمْ نَدْعُهُمْ إِلَى مَا يَزْعُمُونَ، فَلَا تَوَاخِذْنَا بِمَا يَقُولُونَ وَاعْفِرْ لَنَا مَا يَدْعُونَ.

وَلَا تَذَرِ عَلَى الْأَرْضِ مِنْهُمْ دِيَارًا «إِنَّكَ إِنْ تَذَرْتَهُمْ يُضِلُّوا عِبَادَكَ وَلَا يَلِدُوا إِلَّا فَاِجْرًا كَفَّارًا» (١).

وَرُوي عَنْ زُرَّارِهِ أَنَّهُ قَالَ: قُلْتُ لِلصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّ رَجُلًا مِنْ وَلَدِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَبَأٍ يَقُولُ بِالتَّفْوِيضِ.

قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «وَمَا التَّفْوِيضُ؟».

قُلْتُ: يَقُولُ: إِنَّ - عَزَّوَجَلَّ - خَلَقَ مُحَمَّدًا وَعَلِيًّا - صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمَا - ثُمَّ فَوَّضَ إِلَيْهِمَا، فَخَلَقَا وَرَزَقَا، وَأَحْيَا وَأَمَاتَا.

فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «كَذَبَ عَدُوُّ اللَّهِ، إِذَا انصرفت، إِلَيْهِ فَاقْرَأْ عَلَيْهِ الْآيَةَ الَّتِي فِي سُورَةِ الرَّعْدِ «أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ» (٢). فَانصرفت إِلَى الرَّجُلِ فَأَخْبَرْتَهُ فَكَأَنَّمَا أَلْقَمْتَهُ حَجْرًا، أَوْ قَالَ: فَكَأَنَّمَا خَرَسَ» (٣).

وَعَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ فِي حَدِيثٍ: وَمَنْ قَالَ إِنَّ اللَّهَ فَوَّضَ أَمْرَ الْخَلْقِ وَالرِّزْقِ إِلَيَّ

ص: ١٣٨

١-١ . سورة نوح / ٢٧.

٢-٢ . سورة الرعد / ١٦.

٣-٣ . الاعتقادات / (٣٢٣-٣٢٠) للشيخ الصدوق رحمه الله .

حججه فقد قال بالتفويض... والقائل بالتفويض مشرك، الحديث.(١)

وروى الراوندى بإسناده عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا ترفعونى فوق حقى فإن الله تعالى إتخذى عبدا قبل أن يتخذنى نبيا.(٢)

وفى صحيحه أبى الصلت عبد السلام بن صالح الهروى قال: جئت إلى باب الدار التى حبس فيها الرضا عليه السلام بسرخس وقد قيد عليه السلام، فاستاذنت عليه السجن، فقال: لا سبيل لك إليه عليه السلام؛ قلت: ولم؟ قال: لأنه ربما صلى فى يومه وليلته ألف ركعه وإنما يفتل من صلوته ساعه فى صدر النهار وقبل الزوال وعند اصفرار الشمس فهو فى هذه الاوقات قاعد فى مصلاه ويناجى ربه، قال: فقلت له: فاطلب لى منه فى هذه الاوقات إذنا عليه،

فاستاذن لى، فدخلت عليه وهو قاعد فى مصلاه متفكرا؛ قال أبو الصلت: فقلت له: يا بن رسول الله صلى الله عليه وآله ما شىء يحكيه عنكم الناس؟ قال: وما هو؟ قلت: يقولون إنكم تدعون إن الناس لكم عبيد، فقال: اللهم فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة أنت شاهد بانى لم أقل ذلك قط ولا سمعت أحدا من آبائى عليهم السلام قاله قط وأنت العالم بما لنا من المظالم عند الأمة وأن هذه منها، ثم أقبل علىّ، فقال لى: يا عبد السلام إذا كان الناس كلهم عبيدنا على ما حكوه عنا فممن نبيعهم؟ قلت: يا بن رسول الله صدقت، ثم قال: يا عبد السلام أمنكر أنت لما أوجب الله تعالى لنا من الولاية كما ينكره غيرك؟ قلت: معاذ الله، بل أنا مقرّ بولايتكم.(٣)

وفى خبر الحسن بن الجهم عن الرضا عليه السلام فى حديث:.... فمن ادعى للأنبياء ربوبيه وادعى للأئمة ربوبيه أو نبوه أو لغير الأئمة إمامه فنحن منه براء فى الدنيا والآخرة، الحديث.(٤)

وفى صحيحه محمد بن أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاء رجل إلى

ص: ١٣٩

١-٤. عيون أخبار الرضا عليه السلام ١/١٢٤، ح ١٧.

٢-٥. نوادر الراوندى / ١٢٥، ح ١٤٣ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٢٥/٢٦٥، ح ٥.

٣-١. عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢/١٨٣، ح ٦.

٤-٢. عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢/٢٠١، ح ١.

رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: السلام عليك يا ربّي، فقال: مالك لعنك الله! ربي وربك الله، أما والله لكنت ما علمت لجباناً في الحرب لئما في السلم. (١)

وفي حسنه سدير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن قوما يزعمون أنكم آلهة يتلون علينا بذلك قرآنا: «يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعمّلوا صالحاً إنني بما تعملون عليّم» (٢)، قال: يا سدير سمعي وبصري وشعري وبشري ولحمي ودمي من هؤلاء براء، براء الله منهم ورسوله، ما هؤلاء على ديني ودين آبائي، والله لا يجمعني وإياهم يوم القيمة إلا وهو عليهم ساخط، قال: قلت: فما أنتم جعلت فداك؟ قال: خزان علم الله وتراجمه وحى الله ونحن قوم معصومون أمر الله بطاعتنا ونهى عن معصيتنا نحن الحجّة البالغة على من دون السماء وفوق الأرض.

قال الحسين بن اشكيب: وسمعت من أبي طالب عن سدير إن شاء الله. (٣)

وفي خبر خالد الجوان قال: كنت أنا والمفضل بن عمرو ناس من أصحابنا بالمدينة، وقد تكلمنا في الربوبيّة، قال، فقلنا: مرّوا إلى باب أبي عبد الله عليه السلام حتى نسأله، قال، فقمنا بالباب، قال، فخرج إلينا وهو يقول: «بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ \* لَا يَسْبِقُونَهُ بِالْقَوْلِ وَهُمْ بِأَمْرِهِ يَعْمَلُونَ» (٤).

قال الكشي: إسحق وعبد الله و خالد من أهل الارتفاع (٥). (٦)

وفي خبر صالح بن سهل قال: كنت أقول في أبي عبد الله عليه السلام بالربوبيّة، فدخلت عليه فلما نظر إليّ قال: يا صالح أنا والله عبيد مخلوقون لنا رب نعبده وإن لم نعبده عدّ بنا. (٧)

ص: ١٤٠

١-٣. اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشي / ٢٩٩، ح ٥٣٤.

٢-٤. سورة المؤمنين / ٥١.

٣-٥. اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشي / ٣٠٦، ح ٥٥١.

٤-١. سورة الأنبياء / ٢٦ و ٢٧.

٥-٢. الارتفاع: الغلّ أو قريب منه.

٦-٣. اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشي / ٣٢٦، ح ٥٩١.

٧-٤. اختيار معرفة الرجال معروف برجال الكشي / ٣٤١، ح ٦٣٢.



وقد ذكر العلامة المجلسي رحمه الله أكثر من تسعين روايه عنهم عليهم السلام في باب نفى الغلو في النبي والأئمه - صلوات الله عليه وعليهم - فراجع بحار أنواره(١).

وأما ما ورد «في نهج البلاغه من قول أمير المؤمنين عليه السلام: فإننا صنائع ربنا والناس بعد صنائع لنا(٢)، فلا يراد به الخلقه، بل الهدايه والتربيه، ولذا ذكر الناس فقط لا جميع الخلق ومنه قولهم: المرأه صنيعه الرجل أي مراته(٣).

وقد يقال: بأنّ الله تعالى يخلق ويرزق ويحيى ويميت «مقارنا لإرادتهم ودعائهم وسؤالهم من الله تبارك وتعالى وذلك لكرامتهم عند الله وزيادة قربهم منه وإظهار فضلهم ورفع مقامهم بين عباده لكي يصدقوهم وينقادوا لهم ويهتدوا بهداهم ويقتدوا بهم كما قد ذكره أهل المعرفه فهذا ليس بشرك بلا ارتياب(٤).

ولكن العلامة المجلسي قدس سره ينفي هذه المقالاه كما يأتي.

ولذا قال العلامة المجلسي قدس سره في آخر باب نفى الغلو: «وأما التفويض فيطلق على معان...: أحدهما أن يقال: إنهم يفعلون جميع ذلك بقدرتهم وإرادتهم وهم الفاعلون حقيقه، وهذا كفر صريح دلّت على استحالتة الأدله العقلية والنقلية، ولا يستريب عاقل

في كفر من قال به.

وثانيهما: أنّ الله تعالى يفعل ذلك مقارنا لإرادتهم كشق القمر وإحياء الموتى وقلب العصا حيه وغير ذلك من المعجزات، فإنّ جميع ذلك إنّما تحصل بقدرته تعالى مقارنا لإرادتهم لظهور صدقهم، فلا يأبى العقل عن أن يكون الله تعالى خلقهم وأكملهم وألهمهم ما يصلح في نظام العالم، ثم خلق كلّ شيء مقارنا لإرادتهم ومشيتهم.

وهذا وإن كان العقل لا يعارضه كفاحا لكن الأخبار السالفه تمنع من القول به فيما عدا المعجزات ظاهرا بل صراحا، مع أنّ القول به قول بما لا يعلم إذ لم يرد ذلك في

ص: ١٤١

١- ٥. بحار الأنوار ٢٥/ (٣٥٠-٢٦١) [١١/ (٢١٨-١٦٨)].

٢- ٦. نهج البلاغه، الكتاب ٢٨.

٣- ٧. دراسات في ولايه الفقيه ١/ ١٧٦.

٤- ٨. ولايه الأولياء ٦٩/.

وما ورد من الأخبار الدالّه على ذلك كخطبه البيان وأمّثالها فلم يوجد إلّا فى كتب الغلاه وأشباههم، مع أنّه يحتمل أن يكون المراد كونهم علّه غائيه لإيجاد جميع المكوّنات، وأنّه تعالى جعلهم مطاعين فى الأرضين والسموات، ويطيعهم بإذن الله تعالى كلّ شيء حتّى الجمادات، وأنهم إذا شاؤا أمرا لا يردّ الله مشيتهم، ولكنهم لا يشاؤون إلّا أن يشاء الله.

وأما ما ورد من الأخبار فى نزول الملائكه والزوح لكلّ أمر إليهم وأنّه لا ينزل ملك من السماء لأمر إلّا بدأبهم فليس ذلك لمداخليتهم فى ذلك، ولا الاستشاره بهم، بل له الخلق والأمر تعالى شأنه، وليس ذلك إلّا لتشريفهم وإكرامهم وإظهار رفعه مقامهم»(١).

وقد ذكر السيّد الخوئى فى معانى التفويض: «ثالثها: تفويض أمر الخلق وما يتبعه من الشؤون إلى بعض عباده»(٢). ثمّ قال فى شأنه: «وأما الثالث: فهو أيضا مخالف لضروره العقل والدين فإنّه تعالى هو الخالق والرازق، وأنّ له السلطنه التامه والغناء المطلق وأنّ جميع مخلوقاته تحت سلطنته وقدرته، لا يستقلّ أحد منهم فى فعله، والآيات القرآنيه فى حصر الخلق والرزق وغيرهما من شؤون المخلوقات فى كونها لله تعالى وحده كثير لا حاجه إلى ذكرها فى المقام»(٣).

أدلتها:

وأما من الكتاب فعده من الآيات نحو قوله تعالى نقلاً عن عيسى بن مريم عليهما السلام :

«أَنى أَخْلَقُ لَكُمْ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ فَأَنْفُخُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِ اللَّهِ وَأُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَالْأَبْرَصَ وَأُحْيِي الْمَوْتى بِإِذْنِ اللَّهِ»(٤).

وما قاله تعالى فى شأن سليمان النبى عليه السلام : «فَسَخَّرْنَا لَهُ الرِّيحَ تَجْرى بِأَمْرِهِ رُخَاءً

ص: ١٤٢

١-١ . بحار الأنوار ٢٥/٣٤٧ و ٣٤٨.

٢-٢ . رساله الأمر بين الأمرين /٧٦، المطبوعه فى المجلّد التاسع والأربعين من موسوعه الإمام الخوئى قدس سره .

٣-٣ . رساله الأمر بين الأمرين /٧٧.

٤-١ . سوره آل عمران /٤٩.

حَيْثُ أَصَابَ»(١).

وقوله تعالى: «يَا نَارُ كُونِي بَرْدًا وَسَلَامًا عَلَيَّ إِبْرَاهِيمَ»(٢).

وقوله تعالى: «وَآتَيْنَا ثَمُودَ النَّاقَةَ»(٣).

وقوله تعالى في شأن داود النبي عليه السلام: «وَأَلْنَا لَهُ الْحَدِيدَ»(٤).

وقوله تعالى: «قَالَ أَلْقِهَا يَا مُوسَى \* فَأَلْقَاهَا فَإِذَا هِيَ حَيَّةٌ تَسْعَى \* قَالَ خُذْهَا وَلَا تَخَفْ سَنُعِيدُهَا سِيرَتَهَا الْأُولَى»(٥).

وقوله تعالى خطاباً لإبراهيم عليه السلام: «فَخُذْ أَرْبَعَةً مِنَ الطَّيْرِ فَصِرْ بِهِمْ وَرُحْنًا إِلَيْكَ ثُمَّ اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءًا ثُمَّ ادْعُهُنَّ يَأْتِينَكَ سَعْيًا وَاعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»(٦).

وقوله تعالى حكاية عن موسى عليه السلام: «فَأَلْقَى عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعْبَانٌ مُبِينٌ \* وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذَا هِيَ بَيْضَاءُ لِلنَّاظِرِينَ»(٧).

وقوله تعالى: «وَكُلَّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ»(٨).

بضميمه ما ورد في ذيله من حديث الصدوق بسنده عن أبيالجارود عن أبيجعفر عليه السلام عن أبيه، عن جدّه صلى الله عليه و آله قال: لَمَّا أَنْزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «وَكُلَّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ»(٩) قام أبو بكر وعمر من مجلسهما فقالا: يا رسول الله هو التوراه؟ قال: لا، قالا: فهو الإنجيل؟ قال: لا، قالا: فهو القرآن؟ قال: لا. قال: فأقبل

ص: ١٤٣

١-٢ . سورة ص / ٣٦.

٢-٣ . سورة الأنبياء / ٦٩.

٣-٤ . سورة الاسراء / ٥٩.

٤-٥ . سورة سبأ / ١٠.

٥-٦ . سورة طه / (٢١-١٩).

٦-٧ . سورة البقره / ٢٦٠.

٧-٨ . سورة الأعراف / ١٠٧ و ١٠٨.

٨-٩ . سورة يس / ١٢.

٩-١٠ . سورة يس / ١٢.

أمير المؤمنين عليّ عليه السلام فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : هو هذا، إنه الإمام الذي أحصى الله تبارك

وتعالى فيه علم كل شيء. (١).

وقوله تعالى: «وَلَوْ أَنَّ قُرْآنًا سُيِّرَتْ بِهِ الْجِبَالُ أَوْ قُطِّعَتْ بِهِ الْأَرْضُ أَوْ كُتِبَتْ بِهِ الْأَمْثَالُ» (٢).

بضميمه ما ورد في ذيله من روايه الكليني بسنده عن أبي الحسن الأول عليه السلام ، قال: قلت له: جُعِلَتْ فِدَاكَ، أخبرني عن النبي صلى الله عليه وآله ورث النبيين كلهم؟ قال: «نعم».

قلت: من لَدُنْ آدَمَ حَتَّى انْتَهَى إِلَى نَفْسِهِ؟ قال: «مَا بَعَثَ اللَّهُ نَبِيًّا إِلَّا وَمُحَمَّدٌ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَعْلَمُ مِنْهُ».

قال: قلت: إن عيسى بن مريم كان يُحيي الموتى بإذن الله ، قال: «صَدَقْتَ»، وسليمان بن داود كان يفهم منطوق الطير، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله يُقدِّر على هذه المنازل؟

قال: فقال: «إن سليمان بن داود قال للهدد حين فقده وشك في أمره: «فَقَالَ مَا لِي لَا أَرَى الْهُدُودَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ» (٣) حين فقده، فغضب عليه، فقال: «لَأَعَذِّبَنَّ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَذْذَبَنَّه أَوْ لَأُتِيَّتِي بِسُلْطَانٍ مُبِينٍ» (٤) وإنما غضب لأنه كان يدله على الماء، فهذا - وهو طائر - قد أعطى ما لم يعط سليمان، وقد كانت الريح والنمل والإنس والجن والشياطين المردة له طائعين، ولم يكن يعرف الماء تحت الهواء، وكان الطير يعرفه، وإن الله يقول في كتابه: «وَلَوْ أَنَّ قُرْآنًا سُيِّرَتْ بِهِ الْجِبَالُ أَوْ قُطِّعَتْ بِهِ الْأَرْضُ أَوْ كُتِبَتْ بِهِ الْأَمْثَالُ» (٥). وقد ورثنا نحن هذا القرآن الذي فيه ما تسيّر به الجبال، وتقطع به البلدان، وتُحيا به الموتى، ونحن نعرف الماء تحت الهواء، وإن في كتاب الله آيات ما يراؤ بها أمر إلا أن يأذن الله به مع ما قد يأذن الله مما كتبه الماضون، جعله الله لنا في أم الكتاب؛ إن الله -

ص: ١٤٤

١-١ . معاني الأخبار / ٩٥، ح ١.

٢-٢ . سورة الرعد / ٣١.

٣-٣ . سورة النمل / ٢٠.

٤-٤ . سورة النمل / ٢١.

٥-٥ . سورة الرعد / ٣١.

يقول: «وَمَا مِنْ غَائِبَةٍ فِي السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ» (١) ثم قال: «ثُمَّ أَوْرَثْنَا الْكِتَابَ الَّذِينَ اصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا» (٢) فنحن الذين اصطفانا الله - عزوجل - ، وأورثنا هذا الذي فيه تبيان كل شيء» (٣).

«تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ» من الآيات الشريفة تدل على الولاية التكوينية في شأن الأنبياء السلف وإذا ثبتت في حقهم ثبتت بالطريق الأولى في شأن محمد وآل محمد عليهم السلام .

وأما من السنه فكثير من الروايات تدل على ولايتهم التكوينية:

منها: صحيحه عبدالصمد بن بشير عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال: كان مع عيسى بن مريم عليه السلام ستّة أحرف، وكان مع آدم عليه السلام خسمه وعشرون حرفاً، وكان مع نوح ثمانيه، وجمع ذلك كله لرسول الله صلى الله عليه وآله إن اسم الله ثلاثة وسبعون حرفاً، وحجبه عنه واحداً. (٤)

ومنها: صحيحه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال: كان سليمان عنده اسم الله الأكبر الذي إذا سئل به أعطى، وإذا دعي به أجاب، ولو كان اليوم لاحتاج إلينا. (٥)

ومنها: صحيحه أبي بصير قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام أو أبيع جعفر عليه السلام فقلت: أنتم ورثة رسول الله صلى الله عليه وآله و آلّه؟ قال: نعم.

قلت: فرسول الله صلى الله عليه وآله و آلّه وارث الأنبياء، علم كل ما علموا؟ فقال لي: نعم، فقلت: أنتم تقدرون على أن تحيوا الموتى، وتبرئوا الأكمه والأبرص؟

فقال لي: نعم، بإذن الله، ثم قال: ادن مني يا أبا محمد، فمسح [يده] على عيني ووجهي فأبصرت الشمس والسماء والأرض والبيوت وكل شيء في الدار.

قال: [فقال:] أتحب أن تكون هكذا ولك ما للناس، وعليك ما عليهم يوم القيامة، أو تعود كما كنت ولك الجنة خالصاً؟ قلت: أعود كما كنت.

ص: ١٤٥

١-٦ . سورة النمل / ٧٥.

٢-٧ . سورة فاطر / ٣٢.

٣-٨ . الكافي ١/٥٦٠، ح ٧ (١/٢٢٦).

٤-١ . بصائر الدرجات ١/٣٧٥، ح ٤، تحقيق مؤسسه الإمام المهدي «عج»، قم.

٥-٢ . بصائر الدرجات ١/٣٧٨، ح ٢.

قال: فمسح على عيني، فعدت كما كنت.

قال عليّ [بن الحكم]: فحدّثت به ابن أبي عمير، فقال: أشهد أنّ هذا حقّ كما أنّ النهار حقّ. (١)

ومنها: صحّحه عبد الله بن المغيرة قال: مرّ العبد الصالح عليه السلام بامرأه بمنى وهي تبكي، وصبيانها حولها يبكون، وقد ماتت بقره لها، فدنا منها، ثمّ قال لها: ما يبكيك يا أمه الله؟

قالت: يا عبدالله، إنّ لي صبيانا أيتاما وكانت لي بقره، معيشتي ومعيشه صبياني

كان منها، فقد ماتت وبقيت منقطعه بي وبولدي ولا- حيله لنا، فقال لها: يا أمه الله، هل لك أن أحييها لك؟ قال: فألهمت أن قالت نعم يا عبدالله، قال: فتنحى ناحيه فصلّى ركعتين، ثمّ رفع يديه وحرك شفتيه، ثمّ قام فمرّ بالبقره فنخسها نخسا، أو ضربها برجله فاستوت على الأرض قائمه، فلمّا نظرت المرأه إلى البقره قد قامت، صاحت: عيسى بن مريم وربّ الكعبه، قال: فخالط الناس وصار بينهم ومضى بينهم - صلوات الله عليه وعلى آبائه الطاهرين - (٢)

ومنها: صحّحه أبي حمزه الثمالي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تبقى الأرض بغير إمام؟

قال: لو بقيت الأرض بغير إمام لساخت. (٣)

ونحوها في الكافي بسند صحيح. (٤)

ومنها: صحّحه علي بن جعفر: عن أبي الحسن موسى عليه السلام، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إنّ الله - عزّ وجلّ - خلقنا فأحسن خلقنا، وصوّرنا فأحسن صوّرنا، وجعلنا خزائنه في سمائه وأرضه، ولنا نطق الشجره، وعبادتنا عبداً لله - عزّ وجلّ - ، ولولانا ما

ص: ١٤٦

١-٣ . بصائر الدرجات ١/٤٨٠، ح ١.

٢-١ . بصائر الدرجات ١/٤٨٦، ح ٢.

٢-٣ . بصائر الدرجات ٢/٨٦٩، ح ٢.

٣-٤ . الكافي ١/٤٣٧، ح ١٠ (١/١٧٩).

ومنها: معتبره المفضل بن عمر: عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «ما جاء به عليٌّ آخذ به، وما نهى عنه أنتهى عنه، جرى له من الفضل مثل ما جرى لمحمّدٍ صلى الله عليه وآله، ولمحمّدٍ صلى الله عليه وآله فضل على جميع من خلق الله - عزّ وجلّ -، المتعقّب عليه في شيء من أحكامه كالمتعقّب على الله وعلى رسوله، والزادُ عليه في صغيره أو كبيره على حدّ الشّركِ بالله؛ كان أمير المؤمنين عليه السلام باب الله الذي لا يُؤتى إلا منه، وسيله الذي من سلكه غيره هلك، وكذلك يجرى لأئمة الهدى واحدا بعد واحد، جعلهم الله أركان الأرض أن تميد بأهلها، وحجّته البالغه على من فوق الأرض ومن تحت الثرى.

وكان أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - كثيرا ما يقول: أنا قسيم الله بين الجنّة والنار، وأنا الفاروق الأكبر، وأنا صاحب العصا والميسم، ولقد أقرت لي جميع الملائكة

والرّوح والرّسل بمثل ما أقرّوا به لمحمّدٍ صلى الله عليه وآله، ولقد حُمِلت على مثل حَمُولَتِهِ وهي حمولة الرّبِّ، وإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله يدعى فيكسى وأدعى فأكسى، ويسنّ تنطق وأسنّ تنطق، فأنطق على حدّ منطقته، ولقد أُعْطيتُ خصالا ما سبقني إليها أحد قبلي: علّمت المنايا والبلايا والأنساب وفصل الخطاب، فلم يفتني ما سبقني، ولم يعزّب عني ما غاب عني، أبشّر يا ذن الله، وأودّي عنه، كل ذلك من الله، مكّنتني فيه بعلمه. (٢)

ومنها: صحيحه بريد العجلي: عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله تبارك وتعالى: «فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَآتَيْنَاهُمْ مُلْكَاً عَظِيماً» قال: «جعل منهم الرّسل والأنبياء والأئمة، فكيف يُقرّون في آل إبراهيم عليه السلام، ويُنكرونها في آل محمّد؟!».

قال: قلت: «وَآتَيْنَاهُمْ مُلْكَاً عَظِيماً؟» قال: «الملك العظيم أن جعل فيهم أئمة من أطاعهم أطاع الله؛ ومن عصاهم عصي الله؛ فهو الملّك العظيم». (٣)

ومنها: صحيحه محمّد بن مسلم: عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله - عزّ وجلّ -: «إِنَّ

١-٤. الكافي ١/٤٧٦، ح ٦ (١/١٩٣).

٢-١. الكافي ١/٤٨٢، ح ١ (١/١٩٦).

٣-٢. الكافي ١/٥١١، ح ٥ (١/٢٠٦).

فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ» (١) قال: هم الأئمة عليهم السلام؛ قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اتَّقُوا فراسه المؤمن فإنه ينظر بنور الله - عز وجل - في قول الله تعالى: «إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ». (٢)

ومنها: صحيحه ضُرَيْسِ الكُنَاسِي قال: كُنْتُ عند أبي عبد الله عليه السلام وعند أبي بصير، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «إِنَّ داودَ وَرَثَ عِلْمِ الأنبياءِ، وَإِنَّ سليمانَ وَرَثَ داودَ، وَإِنَّ مُحَمَّدًا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَرَثَ سليمانَ، وَإِنَّا وَرَثُنا مُحَمَّدًا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، وَإِنَّ عندنا صحف إبراهيم وألواح موسى».

فقال أبو بصير: إِنَّ هذا لهو العلم.

فقال: «يا أبا محمد، ليس هذا هو العلم، إِنما العِلْمُ ما يَحْدُثُ بالليلِ والنهارِ يوماً بيومٍ، وساعهٌ بساعهٍ». (٣)

«تِلْكَ عَشْرَةٌ كامِلَةٌ» من الروايات الصحيحة فإن شئت أكثر فراجع بصائر الدرجات لمحمد بن حسن الصفار وكتاب الحجج في كافي الكليني - أعلى الله مقامهما - .

وأما الإجماع: على ولايتهم عليهم السلام التكوينية فقد مرَّ (٤) منَّا في التنبيه الماضي أنه ثابت عند الشيعة الإمامية بلا إشكال.

وأما الدليل العقلي: على ولايتهم التكوينية أيضاً فنابت لأنهم عليهم السلام وسائط فيض الواجب وحلقه الوصل بين القديم والحادث وبهم فتح الله وبهم يختم وبهم يُنزل الغيث وبهم يُمسك السماء أن تقع على الأرض إلا بإذنه وبهم يُنفس الهَمُّ ويكشف الضرَّ وعندهم ما نزلت به رُسُلُهُ وهبطت به ملائكته، وهذا مجمل الكلام في الولاية التكوينية والتفصيل يطلب من علم الكلام والله العالم.

ص: ١٤٨

١-٣. سورة الحجر / ٧٥.

٢-٤. الكافي ١/٥٤١، ح ٣ (١/٢١٨).

٣-٥. الكافي ١/٥٥٩، ح ٤ (١/٢٢٥).

٤-١. راجع هذا المجلد صفحته ١٣٧.



وهي عبارة أخرى عن السلطه التشريعيه بمعنى أن أمر الدين فَوْض من جانب الشارع الأقدس إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وأوصيائه المعصومين عليهم السلام بعده فى بعض الموارد لا كلها على نحو الموجهه الجزئيه كما يأتى أمثلتها، يدل عليها:

أ: من الكتاب

قوله تعالى: «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ» (١).

وقوله - عز وجل - : «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (٢).

وقوله - عز وجل - : «مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ» (٣).

وقوله تعالى لسليمان بن داود: «هَذَا عَطَاؤُنَا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ» (٤).

وقوله تعالى: «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (٥).

وقوله - عز وجل - : «إِنَّمَا وَثَّيْتُكُمْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ» (٦).

ص: ١٤٩

١-١ . سورة النساء / ١٠٥.

٢-٢ . سورة الحشر / ٧.

٣-٣ . سورة النساء / ٨٠.

٤-٤ . سورة ص / ٣٩.

٥-٥ . سورة الأحزاب / ٦.

٦-٦ . سورة المائدة / ٥٥.

ب: ومن السنه

عدّه من الروايات المعتمده.

منها: صحيحه أبياسامه، عن أبيجعفر عليه السلام قال: إنّ الله خلق محمّدا صلى الله عليه وآله عبدا فأدّبه حتّى إذا بلغ أربعين سنه أوحى إليه، وفوض إليه الأشياء فقال:

«وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (١). (٢).

ومنها: موثقه زراره، أنّه سمع أبا عبد الله وأبا جعفر عليهما السلام يقولان:

إنّ الله فوض إلى نبيّه صلى الله عليه وآله أمر خلقه لينظر كيف طاعتهم، ثمّ تلا هذه الآية:

«وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (٣).

ومنها: معتمده حمران قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن أشياء من الصلاه والديات والفرائض وأشياء من أشباه هذا، فقال: إنّ الله فوض إلى نبيّه صلى الله عليه وآله (٤).

ومنها: صحيحه زراره، عن أبيجعفر عليه السلام قال: وضع رسول الله صلى الله عليه وآله ديه العين وديه النفس و[ديه] الأنف، وحرّم النبيذ وكلّ مسكر.

فقال له رجل: فوضع هذا رسول صلى الله عليه وآله من غير أن يكون جاء فيه شيء؟

قال: نعم، ليعلم من يطع الرسول ممّن يعصيه (٥).

ومنها: صحيحه أبياسحاق النحوى - وهو ثعلبه بن ميمون - قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنّ الله أدّب نبيّه على محبّته، فقال:

«إِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ» ثمّ فوض إليه، فقال: «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا» وقال: «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ».

ص: ١٥٠

١- ١. سورة الحشر ٧/.

٢- ٢. بصائر الدرجات ٢/٦٨٥، ح ١.

٣- ٣. بصائر الدرجات ٢/٦٨٦، ح ٢.

٤- ٤. بصائر الدرجات ٢/٦٨٨، ح ٨.



ثم قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله فوض إلى علي بن أبي طالب عليه السلام وائتمنه. (١)

ومنها: صحيحه فضيل بن يسار قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لبعض أصحاب قيس الماصر: «إن الله - عز وجل - أذب نبيه، فأحسن أدبه، فلم يأكمل له الأدب، قال: «إنك لعلى خلق عظيم»، ثم فوض إليه أمر الدين والأمة ليسوس عباده، فقال - عز وجل -: «وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا»، وإن رسول الله صلى الله عليه وآله كان مسددا مؤفقا، مؤيدا بروح القدس، لا يزل ولا يخطئ في شيء مما يسوس به الخلق، فتأدب بأداب الله.

ثم إن الله - عز وجل - فرض الصلاة ركعتين ركعتين عشر ركعات، فأضاف رسول

الله صلى الله عليه وآله إلى الركعتين ركعتين، وإلى المغرب ركعة، فصارت عديلا الفريضة، لا يجوز تركه إلا في السفر، وأفرد الركعة في المغرب فتركها قائمه في السفر والحضر، فأجاز الله له ذلك كله، فصارت الفريضة سبع عشره ركعة.

ثم سن رسول الله صلى الله عليه وآله التوافل أربعاً وثلاثين ركعة مثلي الفريضة، فأجاز الله - عز وجل - له ذلك، والفريضة والتافلة إحدى وخمسون ركعة، منها ركعتان بعد العتمه جالسا تعدان بركعة مكان الوتر.

وفرض الله في السنة صوم شهر رمضان. وسن رسول الله صلى الله عليه وآله صوم شعبان وثلاثة أيام في كل شهر مثلي الفريضة، فأجاز الله - عز وجل - له ذلك.

وحرم الله - عز وجل - الخمر بعينها، وحرم رسول الله صلى الله عليه وآله المسكر من كل شراب، فأجاز الله له ذلك.

وعاف رسول الله صلى الله عليه وآله أشياء وكترها، لم ينهاها عنه نهى حرام، إنما نهى عنها نهى إغافه وكراهه، ثم رخص فيها، فصار الأخذ برخصه واجبا على العباد كوجوب ما يأخذون بنهيه وعزائمه، ولم يرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وآله فيما نهاهم عنه نهى حرام، ولا فيما أمر به أمر فرض لازم، فكثير المسكر من الأشربة نهاهم عنه نهى حرام، لم يرخص

ص: ١٥١

فيه لأحد، ولم يُرخص رسول الله صلى الله عليه وآله لأحدٍ تقصير الزكعتين اللتين ضمَّهما إلى ما فرض الله - عزوجل - ، بل ألزمهم ذلك إلزاماً واجباً، لم يُرخص لأحدٍ في شيءٍ من ذلك إلا للمسافر، وليس لأحدٍ أن يُرخص ما لم يُرخصه رسول الله صلى الله عليه وآله ، فوافق أمر رسول الله صلى الله عليه وآله أمر الله عليه وآله - عزوجل - ، ونهيه نهى الله - عزوجل - ، ووجب على العباد التسليم له كالتسليم لله تبارك وتعالى. (١)

ومنها: معتبره إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال: «إنَّ الله - تبارك وتعالى - أدب نبيَّه صلى الله عليه وآله ، فلما انتهى به إلى ما أراد، قال له: «إِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ»، ففوض إليه دينه، فقال: «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» وَإِنَّ اللَّهَ - عزوجل - فرض الفرائض، ولم يقسم للجدِّ شيئاً، وإنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله أطعمه السدس، فأجاز الله - جلَّ ذكره - له ذلك؛ وذلك قول الله - عزوجل - : «هَذَا عَطَاؤُنَا فَامْتُنُّنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ» (٢). (٣)

ومنها: معتبره عبد الله بن سنان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام : «لَا وَاللَّهِ ، مَا فَوَّضَ اللَّهُ إِلَى أَحَدٍ مِنْ خَلْقِهِ إِلَّا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَإِلَى الْأَئِمَّةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ ، قَالَ اللَّهُ - عزوجل - : «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ» (٤)، وهي جارية في الأوصياء عليهم السلام .» (٥)

و من طريق العامه ما رواه الترمذى فى سننه فى فضائل على بن أبيطالب عليه السلام من أن جيشا رجع إلى المدينه وكان يرأسهم الإمام على بن أبيطالب عليه السلام وقد كان معهم أسرى وأعجبت واحده منهم الإمام عليه السلام فأخذها لنفسه وواقعها وقد ساء ذلك عند الجماعه، والظاهر أنهم هم الثلاثة، وبنوا على أن يخبروا النبي صلى الله عليه وآله ، فلما وصل الجيش إلى المدينه - وكانت العاده أن يزوروا النبي صلى الله عليه وآله بلامه حربهم ثم يرجعوا إلى دورهم وينزعوا

ص: ١٥٢

١-١ . الكافي ١/٦٦٢، ح ٤ (١/٢٦٦).

٢-٢ . سوره ص ٣٩/.

٣-٣ . الكافي ١/٦٦٥، ح ٦ (١/٢٦٧).

٤-١ . سوره النساء ١٠٥/.

٥-٢ . الكافي ١/٦٦٦، ح ٨ (١/٢٦٨).

لامتهم - وقد حضر واحد منهم النبي صلى الله عليه وآله وهو لابس لامته وأخبر النبي صلى الله عليه وآله بالحال فسكت النبي صلى الله عليه وآله ثم جاءه الثاني وأخبره بالخبر وسكت النبي صلى الله عليه وآله أيضا حتى جاءه ثالثهم فأخبره بالحال وعند ذلك غضب صلى الله عليه وآله وقال: ماذا تريدون من علي بن أبيطالب، أفلست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا نعم، وقال: وهو يعني علي بن أبيطالب خليفتي وقائم مقامي من بعدى. (١)

ومن طريقهم ما رواه أبوالمؤيد موفق بن أحمد الخوارزمي الحنفي، بإسناده عن جابر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن الله تعالى لما خلق السماوات والأرض دعاهن فأجبنه، فعرض عليهن نبوتى وولايه على بن أبيطالب فقبلتاها، ثم خلق الخلق وفوض إلينا أمر الدين، فالسعيد من سعد بنا، والشقي من شقى بنا، نحن المحللون لحلاله والمحرّمون لحرامه. (٢)

والروايات فى هذا المجال كثيرة فإن شئت راجع بصائر الدرجات ٢/٦٨٥ باب التفويض إلى رسول الله صلى الله عليه وآله و ٢/٦٩٣ باب فى أن ما فوض إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقد فوض إلى الأئمة عليهم السلام، والكافى ١/٦٦٠ (١/٢٦٥) باب التفويض إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وإلى الأئمة فى أمر الدين، وبحار الأنوار ٢٥/٣٢٨ (١١/٢٠٥) فصل فى بيان التفويض ومعانيه.

وقال العلامة المجلسى فى آخره: «الثانى: [من معانى التفويض] التفويض فى أمر الدين، وهذا أيضا يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون الله تعالى فوض إلى النبى والأئمة عليهم السلام عموما أن يحلوا ماشاؤا ويحرّموا ماشاؤا من غير وحى وإلهام أو يغيروا ما أوحى إليهم بأرائهم وهذا باطل لا يقول به عاقل، فإن النبى صلى الله عليه وآله كان ينتظر الوحى أيا ما كثيره لجواب سائل ولا يجيبه من عنده، وقد قال تعالى: «وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ \* إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ» (٣).

وثانيهما: أنه تعالى لما أكمل نبيه صلى الله عليه وآله بحيث لم يكن يختار من الأمور شيئا إلا ما

ص: ١٥٣

١-٣. سنن الترمذى ٥/٦٣٢، ح ٣٧١٢ ونقل عنه فى التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٦١.

٢-٤. المناقب ٨٠/ للخوارزمى ونقل عنه فى غايه المرام ٢/١٣٧.

٣-١. سورة النجم ٣/ و ٤.

يوافق الحق والصواب ولا- يحل بباله ما يخالف مشيئته تعالى في كل باب فَوْض إليه تعيين بعض الأمور كالزيادة في الصلاة وتعيين النوافل في الصلاة والصوم وطعمه الجدد وغير ذلك مما مضى وسيأتى إظهارا لشرفه وكرامته عنده، ولم يكن أصل التعيين إلا بالوحي، ولم يكن الاختيار إلا بالهام، ثم كان يؤكد ما اختاره صلى الله عليه وآله بالوحي، ولا فساد في ذلك عقلاً وقد دلت النصوص المستفيضة عليه مما تقدم في هذا الباب وفي أبواب فضائل نبينا صلى الله عليه وآله من المجلد السادس.

ولعل الصدوق رحمه الله أيضا إنما نفى المعنى الأول حيث قال في الفقيه: «وقد فَوْض الله - عز وجل - إلى نبيه صلى الله عليه وآله أمر دينه ولم يفوض إليه تعدى حدوده»<sup>(١)</sup>. وأيضا هو رحمه الله قد روى كثيرا من أخبار التفويض في كتبه ولم يتعرض لتأويلها<sup>(٢)</sup>.

ومن مصاديق هذه الولاية التشريعية ما فعله أمير المؤمنين عليه السلام من وضع الزكاة في أيام خلافته الظاهرية على الخيل والبراذين لاحتياج دولته إلى الأموال كما مر في آخر مباحث المكاسب المحرمة<sup>(٣)</sup>.

ومن مصاديقها ما ورد في صحيحه على بن مهزيار قال: كتب إليه أبو جعفر عليه السلام - وقرأت أنا كتابه إليه في طريق مكة - قال: إن الذي أوجبت في سنتي هذه، وهذه سنة عشرين ومائتين، فقط لمعنى من المعاني، أكره تفسير المعنى كله خوفا من الانتشار، وسأفسر لك بعضه إن شاء الله، إن موالي - أسأل الله صلاحهم - أو بعضهم قصروا فيما يجب

عليهم، فعلمت ذلك فأحببت أن أطهرهم وأزكيهم بما فعلت في عامي هذا من أمر الخمس (في عامي هذا)، قال الله تعالى: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صِدْقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصِلْ عَلَيْهِمْ إِنَّ صِدْقَكَ سَيَكُنْ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ \* أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ وَأَنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَابُ الرَّحِيمُ \* وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيَسْئَلُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ

ص: ١٥٤

١- ٢. الفقيه ١/٤١ ذيل ح ٨٢، باب صفه وضوء رسول الله صلى الله عليه وآله .

٢- ٣. بحار الأنوار ٢٥/٣٤٨ (١١/٢١٧).

٣- ٤. راجع الآراء الفقيهيه ٣/٤٧٦.

تَعْمَلُونَ» (١) ولم أوجب ذلك عليهم في كل عام، ولا أوجب عليهم إلا الزكاه التي فرضها الله عليهم، وإنما أوجب عليهم الخمس في سنتي هذه في الذهب والفضة التي قد حال عليهما الحول، ولم أوجب ذلك عليهم في متاع ولا آنيه ولا دواب ولا خدم ولا ربح ربحه في تجاره ولا ضيعه إلا ضيعه سافسّر لك أمرها، تخفيفاً منّي عن موالى، ومنّا منّي عليهم لما يغتال السلطان من أموالهم ولما ينوبهم في ذاتهم، فأما الغنائم والفوائد فهي واجبه عليهم في كل عام، الحديث (٢).

وأما تفسير الولاية التشريعية ب- «كون الأئمة عليهم السلام نافذى التصرف في الأموال والآءنفس شرعاً، فهي أيضاً ثابتة بلا ريب لقوله تعالى «النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم» (٣) وقوله تعالى: «إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ» وقوله صلى الله عليه وآله في يوم الغدير: «ألست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا بلى. قال: من كنت مولاه فهذا على مولاه» وغير ذلك مما دل على ثبوت الولاية لهم في الأموال والأنفس، فلإمام عليه السلام أن يبيع دار زيد أو يطلق زوجته أو يزوجه من أحد وهكذا من دون اعتبار رضا المالك أو الزوج» (٤).

ف عجيبٌ كما مرّ تعريفها ثم أعقبه هذا القائل بقوله: «لا يقال: إنهم بناءً على ذلك يتمكنون من التصرف في أعراض المسلمين.

فإنه يقال: إن تصرفاتهم إنما تنفذ فيما إذا كانت بالأسباب المقرّره شرعاً لا غيرها نظير تصرف نفس المالك في ملكه، مثلاً لهم أن يبيعوا دار أحد أو يطلقوا زوجته ثم بعد انقضاء عدتها يزوجه الأمام عليه السلام من نفسه مثلاً، لا أنهم يتصرفون في زوجه الغير من دون طلاق أو زواج، فتعالوا عن ذلك علواً كبيراً» (٥).

ص: ١٥٥

١-١ . سورة التوبه / ١٠٥-١٠٣.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٩/٥٠١، ح ٥، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

٣-٣ . سورة الأحزاب / ٦.

٤-٤ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٦٠؛ ونحوها في محاضرات في الفقه الجعفري ٣/٢٩.

٥-٥ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٦١ و ١٦٢؛ ونحوها في محاضرات في الفقه الجعفري ٣/٣٠.



وهي عبارة عن وجوب طاعتهم عليهم السلام في ما يرجع إلى تبليغ الأحكام الشرعية وبيان المقررات الإلهية.

هذه الولاية ثابتة في حقهم عليهم السلام بلا- إشكال ولا- تحتاج إلى اقامه البرهان وتكون من القضايا التي قياساتها معها لأن وجوب إطاعتهم عليهم السلام في ما يرجع إلى أحكام الدين من لوازم النبوه والإمامه ولولاه لما كان معنى لنبوه النبي أو إمامه الولي عليهما السلام .

وبعبارة أخرى: «وجوب إطاعتهم فيما يرجع إلى تبليغ الأحكام، فهو من لوازم التصديق بنبوتهم أو إمامتهم، إذ بعد التصديق بالنبوه أو الإمامه، يكون ما أخبر به بما أنه نبيٌّ أو إمام إخباراً عن الله سبحانه، وإطاعته جلّ شأنه واجبه، فالقول بعدم وجوب إطاعتهم في ذلك مساوق لإنكار نبوتهم وإمامتهم. وهذا ظاهر غير محتاج إلى البحث والاستدلال»<sup>(١)</sup>.

ثمّ فليعلم أنّ التبليغ له جانبان: «أحدهما: علاقه التبليغ بالنبي نفسه (المبلّغ) كوظيفه إلهيه كبرى يجب عليه القيام بها، وذلك بإيصال الأحكام إلى الناس، وهذا هو حقّ طبيعي لا يحتاج إلى جعل منصب على نحو الابتداء والاستقلال مضافاً إلى مقام النبوه التي هي بمعنى رابطة الوحي.

والجانب الآخر هو علاقه التبليغ بالناس بمَعْنَى أن على الناس أن يقبلوا بكلام

ص: ١٥٦

النبي، وهذا الجانب هو ولاية التبليغ التي يعتبر الناس كلام المبلِّغ بمقتضاها حجه»(١).

قد أُشير إلى جعل كلا الجانبين في قوله تعالى: «آتَانِي الْكِتَابَ وَجَعَلَنِي نَبِيًّا»(٢).

وقوله تعالى: «إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا»(٣).

وقد أُشير إلى جعل الجانب الأول في قوله تعالى: «وَمَا عَلَيَّ الرِّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ»(٤).

وقوله - عز وجل - : «فَإِنْ أَعْرَضُوا فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا إِنَّ عَلَيْكَ إِلَّا الْبَلَاغُ»(٥)

ص: ١٥٧

---

١- ٢ . الحاكمية في الإسلام / ١٨٦.

٢- ٣ . سورة مريم / ٣٠.

٣- ١ . سورة البقره / ١٢٤.

٤- ٢ . سورة النور / ٥٤.

٥- ٣ . سورة الشورى / ٤٨.

الرسول صلى الله عليه و آله أو الإمام عليه السلام إذا أسس حكومه وقبل رياستها وصدارتها، فأوامره الحكوميه مطاعه ويجب على الناس إطاعته فى هذه الأوامر لأنهم ساسه العباد والحكام على البلاد، وكذلك إذا لم يتصدى للحكومه ولكن صدر منه عليه السلام أوامر شخصيه فلا بد للناس من إطاعته عليه السلام فى هذه الأوامر تكريما لمقام قياده والزعامه.

والدليل عليه من الكتاب: قوله تعالى «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (١).

بتقريب: ظهور عطف إطاعه الرسول صلى الله عليه و آله على إطاعه الله سبحانه يوجب التغير بينهما مضافا إلى تكرار فعل الأمر قبلهما، يثبت أنّ إطاعه الرسول فى الآيه الشريفه لم يقصد منها إطاعه الرسول بما أنّه رسول من الله تعالى وإلا يدخل إطاعته فى إطاعه الله، فيصير إطاعه الرسول صلى الله عليه و آله فى أوامر الحكوميه أو الشخصيه واجبا ولذا عطف على الرسول، اولى الأمر وهم أوصياؤه المعصومون عليهم السلام كما مرّ.

وقوله تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ» (٢).

بتقريب: أنّ أوامر الرسول صلى الله عليه و آله داخله فى قضائه وعطف قضاء الله تعالى على

ص: ١٥٨

١-١ . سورة النساء / ٥٩.

٢-٢ . سورة الأحزاب / ٣٦.

الرسول صلى الله عليه وآله ، يظهر في مغايرتهما، وقد نهى الله سبحانه عن الاختيار بعد قضاءهما وأمرهما، فكأن المؤمن يكون مسلوب الاختيار بعد أمرهما، والمراد بأمر الرسول صلى الله عليه وآله هنا أوامره الحكوميه أو الشخصييه لعين ما مرّ في الآيه السابقه.

وقوله تعالى: «إِنِّي لَكُمْ رَسُولٌ أَمِينٌ \* فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا» (١).

وقوله تعالى: «وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ» (٢).

وقوله تعالى: «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا» (٣).

والدليل عليه من السنه: عدّه من الروايات الصحاح

منها: ما ورد في الزياره الجامعه (٤) عن الإمام الهادي عليه السلام : من أطاعتكم فقد أطاع الله ومن عصاكم فقد عصى الله. (٥)

ومنها: صحيحه زراره عن أبيجعفر عليه السلام قال: ذرؤه الأمر وسنّامه ومفتاحه وباب الأشياء ورضا الرّحمن - تبارك وتعالى - الطّاعه للإمام بعد معرفته. ثم قال: إنّ الله - تبارك وتعالى - يقول: «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا». (٦)

ومنها: صحيحه أبيالصباح الكناني قال: قال أبو عبد الله عليه السلام : نحن قوم فرض الله - عزّوجلّ - طاعتنا، لنا الأنفال، ولنا صفو المال، ونحن الرّاسخون في العلم، ونحن

ص: ١٥٩

١-٣ . سورة الشعراء / ١٢٥ و ١٢٦ .

٢-١ . سورة النساء / ٦٤ .

٣-٢ . سورة النساء / ٨٠ .

٤-٣ . قد ذهبنا إلى اعتبار سندها في ما انتشر منّا على موقعنا الإلكتروني [alnajafi.ir](http://alnajafi.ir)

٥-٤ . الفقيه ٢/٦٠٩، ح ٣٢١٣ .

٦-٥ . الكافي ١/٤٥٥، ح ١ (١/١٨٥) .

المحسودون الذين قال الله: «أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلَى مَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» (١). (٢).

ومنها: صحيحه الحسين بن أبي العلاء قال: ذكرت لأبي عبد الله عليه السلام قولنا في الأوصياء: إن طاعتهم مفترضة، قال: فقال: نعم، هم الذين قال الله - عز وجل - : «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (٣) وهم الذين قال الله - عز وجل - : «إِنَّمَا وَثِقْتُكُمْ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَالَّذِينَ آمَنُوا» (٤). (٥).

ومنها: صحيحه معمر بن خلاد قال: سألت رجلاً فارسياً أبا الحسن عليه السلام، فقال: طاعتك مفترضة؟ فقال: نعم. قال: مثل طاعه علي بن أبي طالب عليه السلام؟ فقال: نعم. (٦).

ومنها: خبر محمد بن زيد الطبري قال: كنت قائماً على رأس الرضا عليه السلام بخراسان - وعنده عدّة من بني هاشم وفيهم إسحاق بن موسى بن عيسى العباسي - فقال: يا إسحاق، بلغني أنّ الناس يقولون إنّنا نزع من أنّ الناس عبيد لنا، لا وقرابتى من رسول الله صلى الله عليه وآله ما قلته قط، ولا سمعته من أحد من آبائي قاله، ولا بلغني عن أحد من آبائي قاله، ولكنني أقول: الناس عبيد لنا في الطاعة، موال لنا في الدين، فليبلغ الشاهد الغائب. (٧).

في هذا المجال راجع باب فرض طاعه الأئمة عليهم السلام في الكافي ١/٤٥٥ (١/١٨٥).

ص: ١٦٠

١-٦ . سورة النساء / ٥٤.

٢-٧ . الكافي ١/٤٥٧، ح ٦ (١/١٨٦).

٣-٨ . سورة النساء / ٥٩.

٤-٩ . سورة المائدة / ٥٥.

٥-١٠ . الكافي ١/٤٥٨، ح ٧ (١/١٨٧).

٦-١ . الكافي ١/٤٥٨، ح ٨ (١/١٨٧).

٧-٢ . الكافي ١/٤٥٩، ح ١٠ (١/١٨٧).

بمعنى نفوذ تصرفات الرسول صلى الله عليه وآله وأوصيائه المعصومين عليهم السلام فى الأنفس والأموال شرعاً من دون اعتبار رضا الشخص أو المالك، مثلاً: يجوز للإمام عليه السلام أن يزوّج بنت زيد لعمره من دون إذن زيد أو يطلق زوجته أو يبيع داره ونحوه.

أذكر لك نموذجاً آخر: «إذا رغبت امرأه فى أن تزوج نفسها برجل، ورأى النبى أن تتزوج برجل آخر لمصلحه علمها، وزوّجها بمن يراه، قُدّم فعله ورأيه. ورُجِحَ حقّه حتّى إنّه إذا تمّ العقدان فى وقتٍ واحدٍ، صحّ عقد الرسول وتزويجه، وبطلَ عقدها وتزويجها نفسها للرجل الآخر»<sup>(١)</sup>.

ويدلّ على ثبوت هذه الولايه من الكتاب:

قوله تعالى: «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ»<sup>(٢)</sup>.

وقوله تعالى: «إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ»<sup>(٣)</sup>.

ومن السنه: قوله صلى الله عليه وآله فى خبر متواتر يوم الغدير: ألسنّ أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى، قال: من كنت مولاه فهذا على مولاه.<sup>(٤)</sup>

ص: ١٤١

١-١ . الحاكميه فى الإسلام / ٢٣٠.

٢-٢ . سوره الأحزاب / ٦.

٣-٣ . سوره المائده / ٥٥.

٤-٤ . مرّت مصادرّه.

وخير سفيان بن عُيَيْنَةَ الْهَلَالِيُّ مَوْلَاهُمْ (من العامّة): عن أبي عبد الله عليه السلام: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: أَنَا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ، وَعَلَيَّ أَوْلَى بِهِ مِنْ بَعْدِي، الْحَدِيثُ (١).

وصحيحه أيوب بن عطية الحِذَاء قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، ومن ترك مالا فللوارث، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فالئى وعلى (٢).

وما ورد من الروايات من أن الأئمة عليهم السلام بمنزلة نفس النبي صلى الله عليه وآله في جميع الشؤون إلا النبوه.

ثم فليعلم بأن هذه الولاية من المعصوم عليه السلام مقيدة بالطرق المشروعة ووجود المصلحه وعدم وجود الإضرار على نفس الغير (٣).

«لا يقال: إنهم بناءً على ذلك يتمكّنون من التصرف في أعراض المسلمين.

فإنه يقال: إن تصرفاتهم إنما تنفذ فيما إذا كانت بالأسباب المقرّره شرعاً لا بغيرها نظير تصرف نفس المالك في ملكه، مثلاً لهم أن يبيعوا دار أحد أو يطلقوا زوجته ثم بعد انقضاء عدّتها يزوجه الإمام عليه السلام من نفسه مثلاً، لا أنهم يتصرفون في زوجه الغير من دون طلاق أو زواج، فتعالوا عن ذلك علواً كبيراً... نعم، سيره الأئمة عليهم السلام لم تجر على التصرف في أموال المسلمين أو أنفسهم، بل كانوا يشترطون شيئاً من مالكة بإجازته ولا يتصرفون في أموالهم بدون إذنهم، إلا أن ذلك يحتمل أن يكون من باب التقيه أو لأجل ما يروونه من المصالح، وكيف كان فهي لا تدلّ على عدم ولايتهم كما هو ظاهر، هذا كله في الولاية بمعنى نفوذ تصرفاتهم في الأموال والأنفس» (٤).

ص: ١٦٢

١-٥. الكافي ٢/٣٤٦، ح ٦ (١/٤٠٦).

٢-١. وسائل الشيعة ٢٥١/٢٦، ح ١٤، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريه والإمامه.

٣-٢. لأجل تفصيل هذه القيود راجع الحاكميه في الإسلام / ٢٣٠ و ٢٣١.

٤-٣. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٦١ و ١٦٢.

ولاية القضاء: هي السلطة القضائية وولاية الحكم الشرعي قال الشهيد في تعريفها: «ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الإمام عليه السلام» (١).

والقضاء: هو «ولاية الحكم شرعا لمن له أهليه الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينين من البرية بإثبات الحقوق استيفائها وللمستحق كما في المسالك» (٢) والتنقيح (٣) وكشف اللثام (٤) وغيرها (٥)» (٦).

قال في الجواهر: «وبالجملة: هي من مناصب محمّد صلى الله عليه وآله وأهل بيته عليهم السلام الذين هم ولاه الأمر والمستنبطون» (٧). وقال: «... ومن ذلك كله ظهر لك: أنّ القضاء الذي هو من توابع النبوه والإمامه والرئاسه العامه في الدين والدنيا غير محتاج ثبوته إلى دليل...» (٨).

وولاية إجراء الحدود: هي «السلطة على إجراء الحدود الشرعية والتعزيرات بمعنى معاقبه المجرمين والعصاه بعد محاكمتهم وثبوت تخلفهم وجرمهم» (٩).

ثمّ هاتان الولايتان أولاً- وبالذات تختصان بالمعصومين عليهم السلام وثانياً وبالعرضِ فوّضت من قبليهم إلى الفقهاء الذين لهم شرائط الإفتاء كما مرّ في بحوثنا في فقه القضاء مفصلاً.

والدليل عليهما بعد ما مرّ من كلام صاحب الجواهر حيث قال: «غير محتاج ثبوته

ص: ١٦٣

١-١ . الدروس ٢/٦٥.

٢-٢ . المسالك ١٣/٣٢٥.

٣-٣ . التنقيح الرائع ٤/٢٣٠.

٤-٤ . كشف اللثام ١٠/٥.

٥-٥ . كإيضاح الفوائد ٤/٢٩٣ والمهذب البارع ٤/٤٥١.

٦-٦ . الجواهر ٤١/٧ (٤٠/٨).

٧-٧ . الجواهر ٤١/٨ (٤٠/٩).

٨-٨ . الجواهر ٤١/١١ (٤٠/١١).

٩-٩ . الحاكيه في الإسلام ٢٠٣.



إلى دليل»: من الكتاب عدّه من لآيات نحو:

وقوله تعالى: «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ» (١).

وقوله تعالى: «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ» (٢).

وقوله تعالى: «وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» (٣).

وقوله تعالى: «فَلَا - وَرَبِّكَ لَا - يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا» (٤).

وقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (٥).

وقوله تعالى: «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ» (٦).

وقوله تعالى: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» (٧).

وقوله تعالى: «السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ» (٨).

وقوله تعالى: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ

ص: ١٦٤

١- ١٠ . سورة النساء / ١٠٥.

٢- ١١ . سورة ص / ٢٦.

٣- ١ . سورة المائدة / ٤٢.

٤- ٢ . سورة النساء / ٦٥.

٥- ٣ . سورة النساء / ٥٨.

٦- ٤ . سورة النساء / ٥٩.

٧- ٥ . سورة المائدة / ٣٣.

٨- ٦ . سورة المائدة / ٣٨.

بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ» (١).

وقوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُدْحِجِينَ يَأْتُوا بَارِزَةً شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (٢).

ومن السنه: عده من الروايات:

منها: صحيحه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: اتقوا الحكومه، فإنَّ الحكومه إنما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين لنبى، أو وصى نبى. (٣)

ومنها: موثقه إسحاق بن عمار أو معتبرته عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح! قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبى أو وصى نبى، أو شقى. (٤)

ومنها: معتبره أبيخديجه قال: بعثنى أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا، فقال: قل لهم، إياكم إذا وقعت بينكم خصومه، أو تدارى فى شىء من الأخذ والعطاء، أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً، قد عرف حلالنا وحرامنا، فإننى قد جعلته عليكم قاضيا، وإياكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر. (٥)

ومنها: مقبوله عمر بن حنظله عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا، ونظر فى حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكما، فإننى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما استخفَّ بحكم الله، وعلينا ردى، والراد علينا الراد على الله، وهو على حدِّ الشرك بالله. الحديث. (٦)

ص: ١٦٥

١-٧. سورة النور / ٢.

٢-٨. سورة النور / ٤.

٣-٩. وسائل الشيعه ٢٧/١٧، ح ٣، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى.

٤-١. وسائل الشيعه ٢٧/١٧، ح ٢.

٥-٢. وسائل الشيعه ٢٧/١٣٩، ح ٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

٦-٣. وسائل الشيعه ٢٧/١٣٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

ومنها: موثقه حفص بن غياث، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام من يقيم الحدود؟ السلطان؟ أو القاضي؟ فقال: إقامة الحدود إلى من إليه الحكم. (١)

ومنها: صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل جنى إلى أَعْفُو عنه؟ أو أَرْفَعُه إلى السلطان؟ قال: هو حَقَّكَ إن عفوت عنه فحسن، وإن رفعتَه إلى الإمام فأنما طلبت حَقَّكَ، وكيف لك بالإمام. (٢)

ومنها: موثقه سماعة بن مهران، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من أخذ سارقا فعفا عنه فذلك له، فإذا رفع إلى الإمام قطعه، فإن قال العدى سرق له: أنا أهبه له لم يدعه إلى الإمام حتى يقطعه إذا رفعه إليه، وإنما الهبه قبل أن يرفع الإمام، وذلك قول الله - عزَّ وجلَّ - «وَالْحَافِظُونَ لِحُدُودِ اللَّهِ» (٣) فإذا انتهى الحد إلى الإمام، فليس لأحد أن يتركه. (٤)

ومنها: صحيحه الفضيل، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أقرَّ على نفسه عند

الإمام بحق من حدود الله مرَّه واحده، حرًا كان أو عبداً، أو حرَّه كانت أو أمه، فعلى الإمام أن يقيم الحدَّ عليه للذى أقرَّ به على نفسه كائنا من كان إلا الزانى المحصن، فإنه لا يجرمه حتى يشهد عليه أربعة شهداء، فإذا شهدوا ضربه الحدَّ مائه جلده، ثم يجرمه، قال: وقال أبو عبد الله عليه السلام: ومن أقرَّ على نفسه عند الإمام بحق حدٍّ من حدود الله فى حقوق المسلمين فليس على الإمام أن يقيم عليه الحدَّ الذى أقرَّ به عنده حتى يحضر صاحب الحقَّ أو وليه فيطالبه بحقه.

قال: فقال له بعض أصحابنا: يا أبا عبد الله فما هذه الحدود التى إذا أقرَّ بها عند الإمام مرَّه واحده على نفسه أقيم عليه الحدَّ فيها؟

فقال: إذا أقرَّ على نفسه عند الإمام بسرقة قطعه، فهذا من حقوق الله، وإذا أقرَّ على نفسه أنه شرب خمرا حدَّه، فهذا من حقوق الله، وإذا أقرَّ على نفسه بالزنا وهو غير محصن

ص: ١٦٦

١-٤. وسائل الشيعة ٢٨/٤٩، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الحدود.

٢-٥. وسائل الشيعة ٢٨/٣٨، ح ١، الباب ١٧ من أبواب مقدمات الحدود.

٣-٦. سورة التوبة ١١٢.

٤-٧. وسائل الشيعة ٢٨/٣٩، ح ٣.

فهذا من حقوق الله، قال: وأما حقوق المسلمين فإذا أقرَّ على نفسه عند الإمام بفرية لم يحده حتى يحصر صاحب الفرية أو وليه، وإذا أقرَّ بقتل رجل لم يقتله حتى يحضر أولياء المقتول، فيطالبوا بدم صاحبهم. (١)

ومنها: صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: مَنْ شَهِرَ السِّلَاحَ فِي مِصْرَ مِنَ الْأَمْصَارِ فَعَقَرَ اقْتَصَصَ مِنْهُ وَنَفَى مِنْ تِلْكَ الْبَلَدِ، وَ مِنْ شَهْرِ السِّلَاحِ فِي مِصْرَ مِنَ الْأَمْصَارِ وَضَرَبَ وَعَقَرَ وَأَخَذَ الْمَالَ وَلَمْ يُقْتَلْ فَهُوَ مُحَارَبٌ، فَجَزَاؤُهُ جِزَاءُ الْمُحَارَبِ، وَأَمْرُهُ إِلَى الْإِمَامِ إِنْ شَاءَ قَتَلَهُ وَصَلَبَهُ، وَإِنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَرِجْلَهُ، قَالَ: وَإِنْ ضَرَبَ وَقَتَلَ وَأَخَذَ الْمَالَ فَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ الْيَمْنَى بِالسَّرْقَةِ ثُمَّ يَدْفَعُهُ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ فَيَتَّبِعُونَهُ بِالْمَالِ ثُمَّ يَقْتُلُونَهُ.

قال: فقال له أبو عبيده: رأيت إن عفا عنه أولياء المقتول؟ قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: إن عفوا عنه كان على الإمام أن يقتله لأنه قد حارب وقتل وسرق.

قال: فقال أبو عبيده: رأيت إن أراد أولياء المقتول أن يأخذوا منه الدية ويدعونه، ألهم ذلك؟ قال: لا، عليه القتل. (٢)

ومنها: صحيحه جميل بن دراج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله - عز وجل - : «إِنَّمَا جِزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ» (٣) إلى آخر الآية، أي شيء عليه من هذه الحدود التي سمي الله - عز وجل - ؟ قال: ذلك إلى الإمام إن شاء قطع وإن شاء نفى، وإن شاء صلب، وإن شاء قتل، قلت: النفي إلى أين؟ قال: من مصر إلى مصر آخر، وقال: إن علينا عليه السلام نفى رجلين من الكوفة إلى البصرة. (٤)

ص: ١٦٧

١-١ . وسائل الشيعة ٢٨/٥٦، ح ١، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٨/٣٠٧، ح ١، الباب ١ من أبواب حد المحارب.

٣-١ . سورة المائدة ٣٣/.

٤-٢ . وسائل الشيعة ٢٨/٣٠٨، ح ٣.

قال الشيخ الأعظم قدس سره : «الولاية تتصوّر على وجهين:

الأول: استقلال الولي بالتصرّف مع قطع النظر عن كون تصرّف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوطٍ به، ومرجع هذا إلى كون نظره سبباً في جواز تصرّفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرّف، وكون تصرّف الغير منوطاً بإذنه وإن لم يكن هو مستقلاً بالتصرّف، ومرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرّف غيره. وبين موارد الوجهين عموم من وجه.

ثمّ إذنه المعتبر في تصرّف الغير:

إمّا أن يكون على وجه الاستنابه، كوكيل الحاكم.

وإمّا أن يكون على وجه التفويض والتولية، كمتولّي الأوقات من قبل الحاكم.

وإمّا أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره في الصلاه على ميّت لا وليّ له» (١).

ثمّ قال بعد ورقه: «وأما بالمعنى الثاني - أعنى اشتراط تصرّف الغير بإذنه - فهو وإن كان مخالفاً للأصل، إلاّ أنّه قد ورد أخبار خاصّه بوجوب الرجوع إليهم، وعدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبه إلى المصالح المطلوبه للشارع الغير المأخوذه على شخص معيّن من الرعيه، كالحدود والتعزيرات، والتصرّف في أموال القاصرين، وإلزام الناس

ص: ١٦٨

بالخروج عن الحقوق، ونحو ذلك.

ويكفى في ذلك ما دلّ على أنّهم أولو الأمر وولايته؛ فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من يجب الرجوع إليه في الأمور العامّة التي لم تحمل في الشرع على شخص

خاصّ (١).

أقول: ولاية الإذن والنظاره هي لزوم الاستيذان منهم عليهم السلام وجريان الأعمال والأُمور تحت نظارتهم العاليه وإشرافهم التّام، والوجه في ذلك هو التحفظ على النظام والإبقاء على الملهّ والشريعة ورياستها، نحو: ما مرّ من الشيخ الأعظم قدس سره أمثال صرف أو تصرف بعض الأموال العامه أو المشتركات أو بيت المال والحقوق الشرعيه أو الأموال الخاصه أو حتّى بعض الواجبات الكفائيّه.

والأموال العامه مثل التصرف في الأنفال.

والمشتركات كالماء والنار والكلاء.

وبيت المال والحقوق الشرعيه نحو التصرف في سهم الإمام عليه السلام من الخمس أو المجهول المالك من الأموال ونحوها.

والأموال الخاصه مثل تقاض الدائن من أموال المدين، أو بيع مال الغائب أو الممتنع وإنفاقه على مَنْ يجب نفقته عليه.

والواجبات الكفائيّه: نحو بعض مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وكتجهيز الميت الذي لا وليّ خاص له ومثل الصلاه عليه.

مضافاً ما ذكرنا يمكن التمثيل لمصاديق هذه الولاية في الأبواب الفقهيّه بما يلي:

١- وجوب دفع ما بقى من الزكاه في يد ابن السبيل - بعد وصوله إلى بلده - إلى الفقيه.

٢- وجوب دفع الزكاه ابتداءً أو بعد الطلب إليه.

٣- تخيره بين أخذ خمس أرض الذمي.

ص: ١٦٩

- ٤- ولايته على مال الإمام عليه السلام وميراث مَنْ لا وارث له.
- ٥- توقّف إخراج الوَدَعَى الحقوق على إذنه.
- ٦- ولايته على إجراء الحدود على إشكال يسند إلى ابني زُهْرَةَ وإدريس.
- ٧- أداء دين الممتنع من ماله.
- ٨- توقّف حلف الغريم على إذنه.
- ٩- القبض فى الوقف على الجهات العامه.
- ١٠- نظارته لذلك.
- ١١- توقّف التَّقَاصُّ من مال الغائب على إذنه.
- ١٢- ومن الحاضر فى وجه كما قيل.
- ١٣- بيع الوقف حيث يجوز ولا ولى له.
- ١٤- قبض الثمن إذا امتنع البائع.
- ١٥- وقبضه من قبل كلّ ممتنع عن قبول القبض وقبض حقه.
- ١٦- الدين المأبوس عنه صاحبه.
- ١٧- وبيع الرهن المتسارع إليه الفساد بإذنه.
- ١٨- وتوليه إجاره الرهن لو امتنعا.
- ١٩- وتعيين عدل يقبض الرهن لو لم يرضيا.
- ٢٠- وتعيين ما يباع به الرهن مع تعدّدالنقد.
- ٢١- باب الحجر على المفلس.
- ٢٢- أو السفية فى قول.
- ٢٣- وولايته على الذى حدث جنونه أو سفهه بعد بلوغه مع وجود أبيه أو جدّه أو الوصى عنهما على المشهور.

٢٤- وقبض وديعه الغائب لو احتج إلى الأخذ.

٢٥- إجباره الوصيين على الاجتماع أو الاستبدال بهما.

٢٦- ضمّ المُعين إلى الوصي العاجز.

ص: ١٧٠



٢٧- عزل الخائن على القول بعدم انزاله بنفسه.

٢٨- إقامة الوصي فيمن لا وصي له.

٢٩- أو مات وصيه.

٣٠- أو كان وانزل.

٣١- وفي تزويج المجنون.

٣٢- والسفيه البالغه.

٣٣- فرض المهر لمفوضه البضع.

٣٤- وضرب أجل العنين.

٣٥- وبعث الحكمين من أهل الزوجين.

٣٦- وإجبار الممتنع على أداء النفقه.

٣٧- طلاق زوجه المفقود.

٣٨- وإجبار المظاهر على أحد الأمرين.

٣٩- وإجبار المولى كذلك.

٤٠- واحتياج إنفاق الملتقط على اللقيط إلى إذنه.

وغير ذلك مما يطّلع عليه المتتبع، وقد جمع الموارد الفاضل المراغى قدس سره في عناوينه (١).

أدلتها

١- تدل عليها الإطلاقات الواردة في لزوم طاعه الأئمة (٢) عليهم السلام وأنهم ولاه الأمر (٣) وأنهم أهل الذكر الذين أمر الله الخلق بسؤالهم. (٤)

قد مرّ بعضها في الأبحاث السابقة فلا نعيدها.

١-١ . العناوين ٢/٥٦٢.

٢-٢ . الكافي ١/٤٥٥ (١/١٨٥) باب فرض طاعة الأئمة عليهم السلام .

٣-٣ . الكافي ١/٥٠٩ (١/٢٠٥) باب أنّ الأئمة ولاة الأمر و... .

٤-٤ . الكافي ١/٥٢٢ (١/٢١٠) باب أنّ أهل الذكر الذين أمر الله الخلق بسؤالهم هم الأئمة عليهم السلام .

٢- الأدله الماضيه آنفا فى ذيل عنوان ولايه القضاء وإجراء الحدود تدلّ على أنّ لهم ولايه الإذن والنظاره فى المصالح العامه.

٣- معتبره طلحه بن زيد عن أبيعبدالله عليه السلام قال: إذا حضر الإمام الجنازه فهو أحقّ الناس بالصلاه عليها. (١)

وعن على عليه السلام أنه قال: إذا حضر السلطان الجنازه فهو أحقّ بالصلاه عليها من وليها. (٢)

ونحوها فى الجعفریات (٣).

٤- مرسله القاضى نعمان المصرى عن على عليه السلام: لا يصلح الحكم ولا الحدود ولا الجمعه إلا بإمام. (٤)

وروى نحوها فى الجعفریات (٥).

اعتراض السيد الخوئى على الشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم (٦) إلى أنّ اشتراط إجازتهم فى صحه التصرفات على خلاف الأصل، وهو يقتضى عدم الاشتراط.

واعترض السيد الخوئى قدس سره عليه وقال: «ولا يخفى أنّ مقتضى الأصل يختلف باختلاف الموارد، فمقتضاه فى بعض الموارد عدم الاشتراط وفى بعضها الآخر هو الاشتراط وتوضيحه: أنه إن كان هناك إطلاق يقتضى صحه ذلك التصرف على نحو الإطلاق من دون حاجه إلى إجازة الأئمه عليهم السلام كما فى صلاه الميت فإنه دلّ الدليل على صحتها ووجوبها على المسلمين ولم يقـيـدها بإجازة الإمام عليه السلام لأنّ الدليل إنّما دلّ على

ص: ١٧٢

١- ٥. وسائل الشيعه ٣/١١٤، ح ٣، الباب ٢٣ من أبواب صلاه الجنازه.

٢- ٦. دعائم الإسلام ١/٢٣٥ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٢/٢٧٩، ح ٥.

٣- ٧. الجعفریات / ٢٠٩ و ٢١٠ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ٢/٢٧٩، ح ٢ و ٣.

٤- ٨. دعائم الإسلام ١/١٨٢.

٥- ١. الجعفریات / ٢٢.

٦- ٢. المكاسب ٣/٤٥٨.

أنَّ السُّلْطَانَ أَوْلَىٰ بِالصَّلَاةِ مِنْ غَيْرِهِ وَأَمَّا أَنَّهَا مَقْبُولَةٌ بِإِجَازَتِهِ فَلَا، فَفِي مِثْلِهِ نَتَمَسَّكُ بِذَلِكَ الدَّلِيلِ فِي رَفْعِ قَيْدِيهِ إِجَازَةَ الإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ .

كَمَا أَنَّهُ إِنْ كَانَ لِدَلِيلِ ذَلِكَ التَّصَرُّفِ دَلَالَةٌ يَقْتَضِي عَدَمَ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ بِدُونِ إِجَازَةِ الإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَمَا فِي التَّصَرُّفِ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ أَوْ فِي أَنْفُسِهِمُ بِالْقَصَاصِ وَالتَّعْزِيرِ وَنَحْوِهِمَا، فَإِنَّ الثَّابِتَ مِنْ ذَلِكَ جَوَازَهُمَا مَعَ إِجَازَةِ الإِمَامِ، وَأَمَّا بِدُونِهَا فإِطْلَاقُ مَا دَلَّ عَلَى حُرْمَةِ الإِيذَاءِ وَعَدَمِ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ مِنْ دُونِ رِضَاهُمْ يَقْتَضِي حُرْمَتَهُمَا فَتَمَسَّكُ بِذَلِكَ الدَّلِيلِ .

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ دَلِيلٌ عَلَى أَحَدِهِمَا وَوَصَلَتْ النُّبُوَّةُ إِلَى الْأَصْلِ الْعَمَلِيِّ فَإِنْ كَانَ الشُّكُّ رَاجِعًا إِلَى تَقْيِيدِ وَجُوبِ التَّصَرُّفِ أَوْ الْعَمَلِ بِإِجَازَةِ الإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَصَلَاةِ الْجُمُعَةِ مِثْلًا حَيْثُ عَلِمْنَا بِصِحَّتِهَا وَوَجُوبِهَا مَعَ إِجَازَةِ الإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَشُكُّنَا فِي وَجُوبِهَا بِدُونِ إِذْنِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَهُوَ شُكٌّ فِي التَّكْلِيفِ نَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْبِرَاءَةِ وَبِهَا نَتَبَيَّنُ عَدَمَ الْوَجُوبِ بِإِذْنِ الإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَمَرْجِعُهُ إِلَى اشْتِرَاطِ الْوَجُوبِ بِالْإِذْنِ وَالْإِجَازَةِ .

وَإِنْ كَانَ الشُّكُّ رَاجِعًا إِلَى تَقْيِيدِ صِحَّةِ الْعَمَلِ بِالْإِجَازَةِ بَعْدَ الْفِرَاقِ عَنْ ثُبُوتِ أَصْلِ الْوَجُوبِ فَنَرْجِعُ فِي التَّقْيِيدِ إِلَى الْبِرَاءَةِ وَنَرْفَعُهُ بِهَا، وَمَرْجِعُ ذَلِكَ إِلَى أَنَّ الْعَمَلَ صَحِيحٌ مِنْ دُونِ حَاجَتِهِ إِلَى إِجَازَةِ الإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «(١)» .

ص: ١٧٣

وهي ولاية الحكومه بمعنى حقّ الزعامه السياسه والاجتماعيه وقياده الدوله الاسلاميه بانضمام القياده الدينيه المعنويه الروحيه والمرجعيه الدينيه ونتيجتها حجيه أقواله وأفعاله.

بعبارة أخرى: إنّ هاهنا ولايتين: الأولى: ولاية الحكومه والزعامه والرياسه وهي القياده السياسيه ورئاسه البلاد وتسمّى ولاية الأمر.

والثانيه: القياده والمرجعيه الدينيه والروحيه.

فإذا جُمعتا في شخص واحد يسمّى إماما وتسمّى ولاءه ولاية الإمامه.

فهاهنا أشخاص ثلاث وولايات ثلاثه:

١- ولي الأمر وهو القائد السياسى ورئيس البلاد وولايته ولاية الأمر.

٢- المرجع الدينى والقائد الروحى والمعنوى وولايته ولاية الدينيه والمعنويه.

٣- الإمام وهو الذى جمع بين القياده السياسيه والمرجعيه الدينيه وولايته ولاية الإمامه.

فالإمام هو القائد الدينى والروحى والمعنوى والسياسى وولايته أعمُّ من ولاية الأمر والولاية الدينيه وقد جمع بين الولايتين فى ولايته التى تسمّى بولاية الإمامه.

فالنسبه بين ولاء الإمامه وولايتى الأمر والدينيه عام وخاص مطلق.

والنسبه بين ولاية الأمر والولاية الدينيه عام وخاص من وجه، إذ قد يكون الشخص رئيسا للبلاد والقائد السياسى وليس له القياده والمرجعيه الدينيه وقد يكون

عكسه يعنى أنه قائد روحى ومرجع دينى وليس له القيادة السياسيه ورياسه البلاد. فانسبه بينهما عموم من وجه.

وقد تجمع المرجعيه الدينيه والقياده السياسيه فى شخص واحد فهو الإمام وتُسَمَّى ولايته ولاية الإمامه.

وولاية الإمامه من مناصب الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وأوصيائه المعصومين الإثنى عشر عليهم السلام .

والشاهد على ما ذكرنا تعريف الإمامه فى كتب متكلمى الأصحاب بأنّها رياسه عامه فى أمور الدين والدنيا، بالأول أشاروا إلى المرجعيه الدينيه وبالثانى إلى القيادة السياسيه أذكر لك تعريفين:

قال مِيثم (١) بن على البحرانى المتوفى عام ٦٩٩هـ . ق فى كتابه قواعد المرام فى علم الكلام فى تعريف الإمامه: «هى رئاسه عامه فى أمور الدين والدنيا بالأصالة» (٢).

وقال العلامة الحلى المتوفى عام ٧٢٦هـ: «الإمامه: رياسه عامه فى أمور الدين والدنيا لشخص من الأشخاص» (٣).

الدليل على ولاية الإمامه

قد مرّت فى البحوث السالفه ما يدلّ على هذه الولاية من الآيات والروايات فلا نعيدها.

وأُتبه هنا على أنّ آيه الله الحاج آقا حسين البروجردى رحمه الله المتوفى سنة ١٣٨٠ق قد أثبت فى مقدمه كتاب جامع أحاديث الشيعة (٤) المرجعيه الدينيه لأئمه أهل البيت عليهم السلام على جميع الفرق الإسلاميه وعلى كافه المسلمين، فراجع ما حرره هناك واستظهر أمورا

ص: ١٧٥

---

١-١ . ذَكَرَ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ فِي عِلْمِ الرِّجَالِ: أَنَّ كُلَّ مِيثَمٍ بِكَسْرِ المِثْمِ إِلَّا مِيثَمَ بِنِّ عَلِيِّ البَحْرَانِيِّ هَذَا فَهُوَ بَفَتْحِهَا.

٢-٢ . قواعد المرام فى علم الكلام / ١٧٤.

٣-٣ . منهاج الصلاح فى اختصار المصباح / ٥٢٨.

٤-٤ . جامع أحاديث الشيعة ١/ (٢٥-٤٥).

«الأول: أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لم يترك الأئمة بعده سدى مهمله بلا إمام هادٍ وبيان شافٍ بل عيّن لهم أئمة هداة دعاه ساداه قاده حفاظا وبيّن لهم المعارف الإلهية والفرائض الدّينية والسّنين والآداب والحلال والحرام والآثار وجميع ما يحتاج إليه الناس إلى يوم القيامة حتّى ارش الخدش ولم يأذن صلى الله عليه وآله لأحد أن يحكم أو يفتى بالرّأى والنّظر والقياس

لعدم كون موضوع من الموضوعات أو أمر من الأمور خاليا عن الحكم الثّابت له من قبل الله الحكيم العليم بل أملى صلى الله عليه وآله جميع الشّرائع والأحكام على الإمام على بن أبيطالب عليه السلام وأمره بكتابتة وحفظه وردّه إلى الأئمة من ولده عليهم السلام فكتبه عليه السلام بخطّه وادّاه إلى أهله.

والثّاني: أنّه صلى الله عليه وآله أملى هذا العلم على عليّ بن أبيطالب عليه السلام فقط ولم يطلّع عليه في عصره صلى الله عليه وآله غيره أحد، وأوصى إليه أن يكون هذا الكتاب بعده عند الأئمة الأحد عشر فيجب على الأئمة كلّهم أن يأخذوا علم الحلال والحرام وجميع ما يحتاجون إليه في أمر دينهم بعد رسول الله صلى الله عليه وآله من عليّ بن أبيطالب والأئمة من ولده عليهم السلام فإنّهم موضع سرّ النّبى صلى الله عليه وآله وخرّان علمه وحفّاظ دينه.

والثّالث: إنّ الكتاب كان موجودا عند الأئمة عليهم السلام وأراه الإمامان أبو جعفر محمّد بن عليّ بن الحسين بن عليّ بن أبيطالب وابنه أبو عبد الله جعفر ابن محمّد الصادق عليهم السلام جماعه من أصحابهما الإماميّة وغيرهم من الجمهور لحصول الاطمينان أو الاحتجاج على ما كانا يتفرّدان به من الفتاوى عن سائر الفقهاء ويقسمان بالله أنّه إملاء رسول الله صلى الله عليه وآله وخطّ على بن أبيطالب عليه السلام .

والرّابع: كون الكتاب معروفا عند الخاصّه والعامّه في عهد الإمامين عليهما السلام لأنّهما كثيرا ما يقولان في جواب استفتات الجمهور كغياث بن إبراهيم وطلحه بن زيد والسّيكونى وسفيان بن عيينه والحكم بن عتيبه ويحيى بن سعيد وأمّثالهم: إنّ في كتاب عليّ عليه السلام كذا، وكذا في جواب مسائل الأصحاب كزراره ومحمّد بن مسلم وعبدالله بن سنان وأبي حمزة وابن بكير وعنسه بن بجاد العابد ونظائرهم.

والخامس: إنّ ما عند الأئمة عليهم السلام من علم الحلال والحرام والشّرائع والأحكام نزل

به جبرئيل عليه السلام واخذوه من رسول الله صلى الله عليه وآله فتحرم على الأئمة مخالفتهم في الحكم والفتوى اعتمادا على الزأى والقياس والاجتهاد ويجب عليهم الأخذ بأحاديثهم وفتاويهم ورد ما يرُد عن مخالفتهم لأن ما عندهم أوثق ممّا عند غيرهم، ومعلوم أنّ ما ورد في كون أحاديث الأئمة الأثنى عشر وعلومهم عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله من طرق العامة والخاصة قد تجاوزت حدّ التواتر بل لا يسعها المجلد الضخم ولسنا بصدد استقصائها في هذا الكتاب وإنما نذكر أيضا بعضها في المقام للتنبية والتذكار وإلا فإثباته لا يحتاج إلى الذكر والبيان»(١).

وقد ثبتت في البحوث السالفة خلافتهم عليهم السلام بعد رسول الله صلى الله عليه وآله بلا فصل وهذه ليست إلا القيادة السياسية والزعامه الدينويه.

وحيث ثبت كلا القيادتين والزعامتين والرياستين والمرجعيتين فقد ثبتت ولايه الإمامه والحمد لله.

ص: ١٧٧



للفقيه الجامع للشرائط عدّه مناصب:

### ١- الإفتاء

يجوز للفقيه الإفتاء في ما يحتاج إليه العامي في عمله جوازا تكليفيا ووضعيا بمعنى نفوذه على مقلّديه ومن يجب عليه الرجوع إليه، لأنّ الجواز التكليفي لا يشترط فيه الشرائط. بل الإفتاء عليه واجب ولو بالاحتياط.

والمراد بالعامي هو من لم يبلغ رتبة الاجتهاد وإن كان له حظٌّ من العلم.

ومورد الإفتاء: المسائل الفرعية وهي القضايا المتكفله للأحكام الخمسه التكليفية التي تتعلق بأفعال المكلفين أو الأحكام الوضعيه المجموعه لموضوعاتها.

وهكذا مورد الإفتاء: الموضوعات المستنبطه، الشرعيه منها كالصلاه والصوم والكرّ والسفر والرضاع، والعرفيه كالغناء والآنيه حيث يرجع فيها إلى الفقيه من جهه سعتها وضيقتها بالإضافة إلى الحكم المترتب عليها.

والمفتي والمستفتي والإفتاء كانوا موجودين من عصر الأئمه عليهم السلام وهم يقررونّها بل يرشدونها كما يظهر من كلمات الأصحاب قدس سرهم :

قال الشريف المرتضى رحمه الله : «أنّه لا خلاف بين الأئمه قديما وحديثا في وجوب رجوع العامي إلى المفتي، وأنّه يلزمه قبول قوله، لأنّه غير متمكّن من العلم بأحكام الحوادث، ومن خالف في ذلك كان خارقا للإجماع»(١).

وقال الشيخ الطوسي رحمه الله : «أنتى وجدتُ عامه الطائفه من عهد أميرالمؤمنين عليه السلام إلى زماننا هذا يرجعون إلى علمائها، ويستفتونهم في الأحكام والعبادات، ويفتونهم العلماء فيها، ويسوّغون لهم العمل بما يفتونهم به، وما سمعنا أحدا منهم قال لمستفتي: لا يجوز لك الاستفتاء ولا العمل به، بل ينبغي أن تنظر كما نظرت وتعلم كما علمت، ولا أنكر عليه العمل بما يفتونهم، وقد كان منهم الخلق العظيم عاصروا الأئمه عليهم السلام، ولم يُحكك عن واحد

مِنَ الْأَيْمَةِ التَّكْيِيرَ عَلَى أَحَدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ وَلَا يُجَابِ الْقَوْلَ بِخِلَافِهِ، بَلْ كَانُوا يُصَوِّبُونَهُمْ فِي ذَلِكَ، فَمَنْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ كَانَ مُخَالَفًا لِمَا هُوَ الْمَعْلُومُ خِلَافَهُ»(١).

وقال المحقق الحلبي رحمه الله: «اتفاق علماء الأعصار على الإذن للعوام في العمل بفتوى العلماء من غير تناكر، وقد ثبت أنّ إجماع أهل كلِّ عصرٍ حججه»(٢).

وقال العلامة: «الحق أنّه يجوز للعامي أن يقلد في فروع الشرع خلافا لمعتزله بغداد وجوزه الجبائي في مسائل الاجتهاد دون غيرها.

لنا: قوله تعالى: «فَلَوْ لَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ» أوجب التعليم على بعض الفرقه فجاز لغيرهم التقليد، ولأن الحادثه إذا نزلت بالعامي فإن لم يكن مكلفاً فيها بشيء فهو باطل بالإجماع، وإن كان مكلفاً بالاستدلال، فإن كان بالبرائه الأصليه فهو باطل بالإجماع، وإن كان بغيرها فإن لزمه ذلك حين استكمل عقله فهو باطل بالإجماع، وإن كان حين حدوث الحادثه لزم تكليف ما لا يطاق»(٣).

وقال الشهيد: «يجب التفقه... ووجوبه كفايه... وعليه أكثر الإماميه، وخالف فيه بعض قدمائهم(٤) وفقهاء حلب(٥) - رحمه الله عليهم - فوجبوا على العوام الاستدلال، واكتفوا فيه: بمعرفه الاجماع الحاصل من مناقشه العلماء عند الحاجه إلى الوقائع، أو النصوص الظاهره، أو أن الأصل في المنافع الإباحه وفي المضار الحرمة، مع فقد نص قاطع في متنه ودلالته والنصوص محصوره.

ويدفعه: إجماع السلف والخلف على الاستفتاء من غير تكبير ولا تعرض لدليل بوجه من الوجوه، وما ذكره لا يخرج عن التقليد عند التحقيق، وخصوصا عند من اعتبر

ص: ١٧٩

١-٢. عدّه الأصول ٢/٧٣٠.

٢-١. معارج الأصول / ١٩٧.

٢-٣. تهذيب الوصول إلى علم الأصول / ٢٩١.

٣-٤. كالسيد المرتضى في جوابات المسائل الرسيه الأولى، راجع الرسائل الشريف المرتضى ٢/٣٢٠.

٤-٥. كابين زهره الحلبي في الغنيه ٢/٤١٤.

حجيه خبر الواحد، فان في البحث عنه عرضاً عريضاً»(١).

ولذا قال الشيخ الأعظم بعد ذكر أدله جواز التقليد: «ولكن العمده من هذه الأدله: الإجماع والسنة»(٢).

ولكن قال هنا: «ولا إشكال ولا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه إلا ممن لا

يرى جواز التقليد للعامي»(٣).

والمستثنى في كلامه هم القائلون بحرمه التقليد من فقهاء حلب والمحدثين.

فمن الأول ابن زهره قال: «فصل: لا يجوز للمستفتى تقليد المفتى، لأنّ التقليد قبيح، ولأنّ الطائفة مجتمعه على أنه لا يجوز العمل إلا بعلم.

وليس لأحد أن يقول: قيام الدليل - وهو إجماع الطائفة على وجوب رجوع العامي إلى المفتى، والعمل بقوله مع جواز الخطأ عليه - يؤمّنه من الاقدام على قبيح، ويقتضى إسناد عمله إلى علم.

لأنّنا لا نسلم إجماعها على العمل بقوله مع جواز الخطأ عليه، وهو موضع الخلاف، بل إنّما أمرنا بارجوع العامي إلى المفتى فقط، فأما ليعمل بقوله تقليدا فلا.

فإن قيل: فما الفائدة في رجوعه إليه إذا لم يجز له العمل بقوله؟

قلنا: الفائدة في ذلك أن يصير له بفتياه وفتيا غيره من علماء الإماميه سبيلاً إلى العلم بإجماعهم، فيعمل بالحكم على يقين»(٤).

ومن الثاني الشيخ الحر العاملي قال بعد نقل روايه الاحتجاج في مذمّه تقليد اليهود علمائهم والفرق بين تقليدهم وتقليد عوام الشيعة للفقهاء: «التقليد المرخص فيه هنا إنّما هو قبول الروايه لا قبول الرأي والاجتهاد والظن وهذا واضح وذلك لا خلاف

ص: ١٨٠

١-٥. ذكرى الشيعة ١/٤١.

٢-٦. رساله الاجتهاد والتقليد ٤٨.

٣-١. المكاسب ٣/٥٤٥.

٤-٢. غنيه النزوع ٢/٤١٤.

فيه...»(١).

واستفاد في كتابه الآخر من الآيات الناهية عن العمل بغير العلم: «... عدم جواز التقليد مطلقاً، وليس له أيضاً مخصّص صريح يعتدُّ به...»(٢).

أقول: أنت ترى في نقل كلمات فقهاء حلب والمحدثين أنّهم لا ينكرون منصب الإفتاء للفقهاء بل هم ينكرون تقليد العامي له بوجوه غير مرضى والفرق بينهما واضح فحينئذ لا يتم استثناء الشيخ الأعظم قدس سره لأنّ من لا يرى جواز تقليد العامي للفقهاء، يقرّ منصب الإفتاء للفقهاء ولكن يرى أنّ عمل العامي على فتياه منوط بالعلم عند فقهاء حلب وبذكر مستند الرواية عند المحدثين وسبحان من لا يسهو.

والتفصيل يطلب من بحث الاجتهاد والتقليد في أول الفقه وآخر الأصول والحمد لله الأول والآخر.

## ٢- القضاء

قد مرّ(٣) تعريف ولاية القضاء وأقول في تعريف القضاء: «هو فصل الخصومه بين المتخاصمين والحكم بثبوت دعوى المدعى أو بعدم حقّ له على المدعى عليه»(٤).

ولكن يمكن أن يقال بأنّ فصل الخصومه وإنهائها هو من ثمرات القضاء ويكون من آثار الحكومه لا نفسها.

ولذا يمكن أن يقال في تعريف القضاء: «هو إنشاء الحكم الجزئي لحصول الموضوع أو المتعلق لكلية المجعول في الشريعة بمفاد القضيه الحقيقيه، أو الحكم بعدم الحصول فيما إذا وقعت الخصومه والمنازعه في حصول أحدهما بين شخصين أو أشخاص، أو تعيين الحكم في واقعه خارجيّ بتطبيق الكبرى المقرره في الشرع على تلك

ص: ١٨١

١-٣. وسائل الشيعه ٢٧/١٣٢ ذيل ح ٢٠ من الباب ١٠ من أبواب صفات القاضي.

٢-٤. الفوائد الطوسيه /٣٢٤، الفائده ٧٥.

٣-١. راجع هذا المجلد صفحه ١٦٣.

٤-٢. مباني تكمله المنهاج ١/٥، المجلد ٤١ من موسوعه الإمام الخوئي قدس سره .

الواقع فيما إذا وقعت المخاصمه في حكم تلك الواقعه، إمّا لجهل المتخاصمين بتلك الكبرى الكليه المجعوله: في الشرع أو اختلافهم في تلك الكبرى.

وقد يطلق الحكم على ما ذكر وعلى مطلق الحكم بحصول الموضوع فيما إذا وقعت الشبهه فيه بين الناس من غير مخاصمه كالحكم برؤيه الهلال، كما يطلق أيضا على تعيين الوظيفه الفعلية على الناس في مورد أو موارد لرعايه المصلحه العامه الموجه له، ويعتبر عن هذا القسم بالحكم الابتدائي<sup>(١)</sup>.

والفرق بين القضاء والإفتاء: «أنّ الفتوى: عبارته عن بيان الأحكام الكئيه من دون نظر إلى تطبيقها على مواردها، وهي - أي الفتوى - لا تكون حجّه إلّا على من يجب عليه تقليد المفتي بها، والعبره في التطبيق إنّما هي بنظره دون نظر المفتي.

وأما القضاء: فهو الحكم بالقضايا الشخصيه التي هي مورد الترافع والتشاجر، فيحكم القاضي بأنّ المال الفلاني لزيد، أو أنّ المرأه الفلانيه زوجه فلان، وما شاكل ذلك، وهو نافذ على كلّ أحد حتّى إذا كان أحد المتخاصمين أو كلاهما مجتهدا.

نعم، قد يكون منشأ الترافع الاختلاف في الفتوى، كما إذا تنازع الورثه في الأراضى، فادّعت الزوجه ذات الولد الإرث منها، وادّعى الباقي حرمانها فتحا كما لدى القاضي، فإنّ حكمه يكون نافذا عليهما وإن كان مخالفا لفتوى من يرجع إليه المحكوم عليه<sup>(٢)</sup>.

ثمّ فليعلم أنّ القضاء منصب وولايه قد جعلها الله للرسول صلى الله عليه وآله والأئمه عليهم السلام كما مرّ<sup>(٣)</sup> وجعلها الأئمه عليهم السلام للفقهاء العدول من الشيعة الإماميه وتدلّ على هذا الجعل عدّه من الروايات:

منها: معتبره أبى خديجه سالم بن مكرم الجمّال قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمّد الصادق عليه السلام: إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل

ص: ١٨٢

١-٣. تنقيح مباني الأحكام، القضاء والشهادات ٦/ لشيخنا الاستاذ آيه الله التبريزى قدس سره .

٢-١. مباني تكمله المنهاج ١/٥، المجلد ٤١ من موسوعه الإمام الخوئى قدس سره .

٣-٢. راجع هذا المجلد صفحه ١٦٣.

منكم، يعلم شيئاً من قضايانا، فاجعلوه بينكم، فإنني قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه. (١)

ومنها: معتبره أخرى له قال: بعثني أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا، فقال: قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم خصومه، أو تدارى في شيء من الأخذ والعطاء، أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً، قد عرف حلالنا وحرامنا، فإنني قد جعلته عليكم قاضياً، وإياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر. (٢)

ومنها: مقبولة عمر بن حنظله عن أبي عبد الله عليه السلام... قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا، ونظر في حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً، فإنني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما استخفَّ بحكم الله، وعلينا ردٌّ، والرادُّ علينا الرادُّ على الله، وهو على حدِّ الشرك بالله. الحديث. (٣)

ومنها: ما ورد في العهد الأشتر النخعي بسند معتبر عن أمير المؤمنين عليه السلام: ... واختر للحكم بين الناس أفضل رعتيك في نفسك ممن لا تضيق به الأمور، والعهد. (٤)

ومنها: التوقيع المروى بسند حسن عن صاحب الزمان «عج»: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنهم حجتي عليكم، وأنا حجّة الله، وأما محمد بن

عثمان العمري - رضی الله عنه - ، وعن أبيه من قبل، فإنه ثقني، وكتابه كتابي. (٥)

والقدر المتيقن من الحوادث الواقعة هي الحكومه والقضاء، والتفصيل يطلب من بحوثنا في كتاب القضاء.

### ٣- الولاية

#### إشاره

وهي ولاية التصرف في الأموال والأنفس وهي «المقصود بالتفصيل هنا» (٦) في

ص: ١٨٣

١-٣. وسائل الشيعة ٢٧/١٣، ح ٥، الباب ١ من أبواب صفات القاضي.

٢-٤. وسائل الشيعة ٢٧/١٣٩، ح ٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي.

٣-٥. وسائل الشيعة ٢٧/١٣٦، ح ١.

٤-٦. وسائل الشيعة ٢٧/٢٢٣، ح ٩، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي.

٥-١. وسائل الشيعة ٢٧/١٤٠، ح ٩.

٦-٢. المكاسب ٣/٥٤٦.

وهي في الجملة ممّا لا ينكر ويعدّ من المسلمات والضروريات في الفقه: قال المحقّق الثاني: «اتفق أصحابنا على أنّ الفقيه العادل الإمامي الجامع لشرائط الفتوى - المعبر عنه بالمجتهد في الأحكام الشرعيه - نائب من قبل أئمه الهدى عليهم السلام في حال الغيبه في جميع ما للنيابه فيه مدخل، وربّما استثنى الأصحاب القتل والحدود»<sup>(١)</sup>.

قال صاحب الجواهر: «ولكن ظاهر الأصحاب - عملاً - وفتوى في سائر الأبواب - عمومها [أي عموم ولاية الحاكم] بل لعله من المسلمات أو الضروريات عندهم، بل صرح غير واحد منهم...»<sup>(٢)</sup>.

وقال: «وبشوت النيباه لهم في كثير من المواضع على وجه يظهر منه عدم الفرق بين مناصب الإمام أجمع، بل يمكن دعوى المفروغيه منه بين الأصحاب، فإنّ كتبهم مملوءه بالرجوع إلى الحاكم - المراد به نائب الغيبه - ... وبأنّ الضروره قاضيه بذلك في قبض الحقوق العامه والولايات ونحوها، بعد تشديدهم في النهي عن الرجوع إلى قضاه الجور وعلماهم وحكامهم، وبعد علمهم بكثره شيعتهم في جميع الأطراف وطول الزمان.

وبغير ذلك ممّا يظهر بأدنى تأمل في النصوص وملاحظتهم حال الشيعه - وخصوصا علمائهم - في زمن الغيبه، وكفى بالتوقيع الذي جاء للمفيد من الناحيه المقدسه وما اشتمل عليه من التبجيل والتعظيم، بل لو لا عموم الولايه لبقى كثير من الأمور المتعلقه بشيعتهم معطله.

فمن الغريب: وسوسه بعض الناس في ذلك، بل كأنه ما ذاق من طعم الفقه شيئا، ولا فهم من لحن قولهم ورموزهم أمرا، ولا تأمّل المراد من قولهم: «إني جعلته عليكم حاكما وقاضيا وحجّه وخليفه» ونحو ذلك، ممّا يظهر منه: إرادته نظم زمان الغيبه لشيعتهم في كثير

ص: ١٨٤

١- ٣. رساله في صلاه الجمعه، المطبوعه في ضمن المجلد الرابع من آثار المحقّق الكركي / ١٧؛ ونقل عنه في الجواهر ٢٢/٦٧٦ (٢١/٣٩٦).

٢- ٤. الجواهر ١٦/٥٥٧ (١٦/١٧٨)، كتاب الخمس.

من الأمور الراجعة إليهم؛ ولذا جزم فيما سمعته من المراسم (١) بتفويضهم عليهم السلام لهم في ذلك.

نعم، لم يأذنوا لهم في زمن الغيبة ببعض الأمور التي يعلمون عدم حاجتهم إليها؛ كجهاد الدعوه المحتاج إلى سلطان وجيوش وأمرء ونحو ذلك مما يعلمون قصور اليد فيها عن ذلك ونحوه، وإلا لظهرت دوله الحق كما أوما إليه الصادق عليه السلام بقوله: «لو أنّ لى عدد هذه الشويهاات - وكانت أربعين - لخرجت» (٢).

وبالجملة: فالمسألة من الواضحات التي لا تحتاج إلى أدله (٣).

### مراتب ولاية الفقيه

مراتبها تتصوّر على الثلاث:

الأولى: كون الفقيه ولياً في ما يُحرز من الدليل الشرعى لآبديّه وجوده في الخارج أو مطلق محبوبيته ومطلوبيته، سواء كان راجعاً إلى الشخص كحفظ مال الصغير والسفيه والغائب، أو إلى النوع كالأموال التي يقطع برضا الشارع لها أو لآبديتها من بناء المدارس والمساجد والقناطر والمستشفيات وفتح الطرق العامه وأمثالها إذا كانت مورد حاجه الناس.

وهذه المرتبه هي القدر المتيقن من ولاية الفقيه ولم يناقش فيه أحد.

الثانية: كون الفقيه نائباً عن الإمام عليه السلام، فله ما للإمام عليه السلام من ولاية الأمر والتدخل في السياسات الراجعة إلى النظام والبلدان ولو لم يقطع برضا الشارع له ومطلوبيته أو لم يصل إلى حدّ اللزوم والآبديّه.

وهذه المرتبه محلّ نقاش وإيراد واعتراض.

الثالثة: كون الفقيه ولياً على الناس بما يكون الإمام عليه السلام والرسول صلى الله عليه وآله في ولايتهم

ص: ١٨٥

١-١. المراسم / ٢٦١.

٢-٢. روى الكليني نحوها في روضه الكافي ٨/٢٦ ح ٥.

٣-٣. الجواهر ٢٢/ (٦٧٨-٦٧٦) [٢١/٣٩٦ و ٣٩٧].



على الأموال والأنفس كما مرَّ (١) في أقسام ولايتهم، وبمعنى أوليئته بالمؤمنين من أنفسهم. وهذه المرتبه «غير ثابتة للفقهاء مسلماً من جهة انحصار الأدله الواردة في الأولويه بالنسبه إلى خصوص النبي صلى الله عليه وآله وعترة الطاهره من الأئمه الإثني عشر عليهم السلام» (٢).

نعم، «نُسب ذلك إلى بعض فقهاءنا» (٣) نحو: الشيخ محسن خَنَفَر النجفي (٤) قدس سره المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ. ق من معاصري صاحب الجواهر وبينهما مداعبه يذكرها السيّد الخوئي وقال: «وقد حكى عن بعض معاصري صاحب الجواهر أنّه كان بانياً على ولايه الفقيه على نحو ولايه الإمام وهي الولايه العامه، وقد اعترض عليه صاحب الجواهر في مجلس فقال: زوجتك طالق فأجابه المعاصر بأنى لو كنت أعتقد اجتهادك لا-جتنت عن زوجتي إلا- أنّ اجتهادك محل كلام عندي، وكان له مقام علمي شامخ» (٥).

وكما يحكيها آيه الله الشيخ على آل كاشف الغطاء قدس سره المتوفى سنة ١٤١١ ق هكذا: «فقد نقل لى بعض الأفاضل الثقاه أنه وقع النزاع فى الولايه العامه بين المرحوم المحقق صاحب الجواهر، وبين المرحوم المحقق الشيخ محسن خنفر المذكور، فى ثبوت الولايه العامه للمجتهد، وقد أخذ الشيخ محسن خنفر يقيم الأدله عليها فالتفت الشيخ محمّد حسن رحمه الله وقال: إن كان الأمر كما يزعم الشيخ محسن فزوجته طالق، فأجابه المرحوم الشيخ محسن الإشكال فى الصغرى» (٦).

ص: ١٨٦

- ١-١ . راجع هذا المجلد صفحه ١٦١.
- ٢-٢ . كتاب القضاء ٤٦/ لآيه الله المرحوم السيّد عبدالله الشيرازى قدس سره المتوفى عام ١٤٠٥ ق.
- ٣-٣ . محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/٣٢.
- ٤-٤ . أنت تجد ترجمته فى تكمله أمل الآمل ٤/٢٩٩، رقم ١٨٠٤ والكرام البرره ٣/٢٩٧، رقم ٤٤٥؛ وأعيان الشيعة ٩/٤٧؛ وتكملة نجوم السماء ١/١٠٨؛ الطليعه من شعراء الشيعة ٢/١٧٣، رقم ٢٤١؛ معارف الرجال ٢/١٧٥، رقم ٢٩٥؛ الفوائد الرضويه ٣٧٤؛ ماضى النجف وحاضرها ٢/٢٥٩؛ مصفى المقال ٣٨٨؛ معجم رجال الفكر والأدب فى النجف ٢/٥٣٠؛ معجم المؤلفين ٨/١٨٣؛ مكارم الآثار ٦/١٩٨٥، رقم ١٢١٦.
- ٥-٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٦٤.
- ٦-٦ . النور الساطع فى الفقه النافع ١/٣٨٦.

ونحو السيّد عبدالحسين الموسوي اللارى المتوفى سنة ١٣٤٢هـ . ق حيث يقول: «وعلى ذلك لم يبقَ إجمالٌ ولا إشكالٌ في أنّ السلطنة المطلقة الثابتة للأئمة عليهم السلام من قبيل النبيّ صلى الله عليه وآله بتنصيبه على خلافتهم عنه ثابتة للفقهاء من قبيل الأئمة عليهم السلام بتنصيبهم على خلافتهم أيضاً إلا فيما كان من خصائص الأئمة عليهم السلام ؛ فإنّها خارجة عن إطلاق خلافة

الفقهاء عنهم، كما أنّ خصائص النبيّ صلى الله عليه وآله أيضاً خارجة عن إطلاق خلافة الأئمة عنه»(١).

والحاصل: المرتبة الأولى ثابتة من دون المناقشة والمرتبة الثالثة غير ثابتة لم يقل بها إلا الشاذ فيقع الكلام في أدله المرتبة الثانية وهي نيابة الفقهاء عن الإمام المعصوم عليه السلام .

وهذا أوان الشروع في بحث أدله ولاية الفقهاء فنقول:

ص: ١٨٧

---

١-١ . رساله في ولاية الفقهاء /١٧، المطبوعه في ضمن رسائل سيّد لارى، المجلد الثالث.

قبل الورود فى البحث لابد من تقديم: مقدمات:

### المقدمه الاولى: إن الأحكام الثابته للإمام عليه السلام على ثلاثة أقسام:

«تاره: تكون من خواص الإمام عليه السلام بحيث يتكفل دليلها لزوم قيام الإمام عليه السلام بها بنفسه، فلا يجوز له فيه الاستتابه حتى فى حال حضوره.

وأخرى: تكون من خواص زمان الحضور بحيث يؤخذ فى موضوعها حضور الإمام عليه السلام .

وثالثه: لا تكون كذلك بل يعتبر فيها إذن الإمام عليه السلام .

فدليل النيايه لو تم، فهو إنما يتكفل ثبوت النحو الثالث من الأحكام للفقيه، دون النحوين الأولين إذ الأول لا يقبل النيايه حتى فى حياه أو حضور الإمام عليه السلام فلا يشرع لغيره. والثانى مقيد بحال الحضور، فهو غير مشروع فى زمن الغيبه أصلاً.

فدليل النيايه إنما يتكفل ثبوت نيايه الفقيه فى العمل المشروع الذى يقبل النيايه دون غيره فتدبر»(١).

### المقدمه الثانيه: ما هو ضابط الموارد التى يعتبر فيها إذن الإمام؟

من المعلوم أنّ عمل الإمام عليه السلام لا يكون ضابطاً «لأنه كما يحتمل أن يكون لأجل

ص: ١٨٩

توقف صحه التصرف على إذنه كذلك يحتمل أن يكون لأجل امامته ونفوذ تصرفه المطلق حتى في الموارد التي يعلم بعدم نفوذ تصرف الفقيه فيها، كموارد النحو الأول.

وأقرب ما يمكن ان يُدعى في تحديد الضابط هو: كونه كل ما كان من الأمور العامه التي يرجع فيها إلى الرئيس عرفا بحيث تكون عن وظائفه وكلمته فيها هي النافذه، كحفظ أموال اليتيم وأموال المجانين ونحو ذلك.

فيقع الكلام في أن إذن الفقيه وتصرفه نافذ في هذه الموارد أولا؟ وهذا الضابط وإن لم يرفع اللبس في بعض الموارد لكنّه أقرب ما يكون أن يقال في الضابط»(١).

### المقدمه الثالثه: اشتراط ولاية الفقيه بمشروعيه الفعل في حدّ نفسه

المقدمه الثالثه: اشتراط ولاية الفقيه بمشروعيه الفعل في حدّ نفسه ووجود المصلحه وعدم وجود الإضرار على نفس الغير كما أخذناها في ولاية النبي صلى الله عليه وآله وأوصيائه المعصومين عليهم السلام على الأموال والأنفس.(٢)

وبعبارة أخرى: «إنّ موضوع البحث ما كان الفعل سائغا ومشروعا في نفسه، غايه الأمر أن يكون مشروعا بإذن الفقيه بمقتضى الدليل، وأما الفعل الذي يكون في نفسه محرما وغير مشروع وأنما تحتمل مشروعيته بالإذن، فدليل الولاية لا يتكفل مشروعيته.

وبعبارة [ثالثه]: أنّ دليل الولاية لو تم فإنما يدلّ على نفوذ إذن الفقيه فيما هو مشروع في نفسه ومع قطع النظر عن الإذن، كالطلاق والتصدق بمجهول المالک، دون ما لم يكن مشروعا في نفسه وأنما يحتمل مشروعيته بالإذن»(٣).

كما صرح بهذه المقدمه الأخيره المحقق الاصفهاني قدس سره.(٤)

ص: ١٨٩

١-١. المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس / ٢٩٣.

٢-٢. بحث الولاية على الأموال والأنفس من أقسام ولاية الرسول صلى الله عليه وآله والأئمة المعصومين عليهم السلام راجع صفحه ١٦١ من هذا المجلد.

٣-٣. المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس / ٢٩٤.

٤-٤. راجع حاشيته على المكاسب ٢/٣٨٧.

يمكن أن يستدل للنيابه بعده من الروايات:

١/١- منها: خبر أبي البختری

١/١- منها: خبر أبي البختری عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن العلماء ورثة الأنبياء، وذاك أن الأنبياء لم يورثوا درهما ولا ديناراً، وإنما أورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها، فقد أخذ حظاً وافراً، فانظروا علمكم هذا عمّن تأخذونه؟ فإنّ فينا - أهل البيت - في كلّ خلفٍ عدولاً ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين وتأويل الجاهلين. (١)

ونحوها: صحيحه عبد الله بن ميمون القداح عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من سلك طريقاً يطلب فيه علماً، سلك الله به طريقاً إلى الجنّة، وإنّ الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، وإنّه ليستغفر لطالب العلم من في السّماء ومن في الأرض حتّى الحوت في البحر، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النّجوم ليله البدر، وإنّ العلماء ورثة الأنبياء؛ إنّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً، ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه، أخذ بحظّ وافر. (٢)

بتقريب: أنّ الوارث يثبت له جميع ما كان ثابتاً لمورثه ومنها: الولاية.

أو ينتقل ما للمورث من الأشياء إلى الورثه ومن ذلك الولاية المطلقة فهي تنتقل إلى الوارث وهم الفقهاء.

ص: ١٩٠

١- ١. الكافي ١/٧٦، ح ٢ (١/٣٢)، ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٧/٧٨، ح ٢، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي.

٢- ٢. الكافي ١/٨٢، ح ١ (١/٣٤)؛ الفقيه ٤/٣٨٤، ح ٥٨٣٤.

وقال السيد الخميني رحمه الله في تقريب الاستدلال: «ثم إن مقتضى كون الفقهاء ورثة الأنبياء - ومنهم رسول الله صلى الله عليه وآله، وسائر المرسلين الذين لهم الولاية العامة على الخلق - انتقال كل ما كان لهم إليهم، إلا ما ثبت أنه غير ممكن الانتقال، ولا شبهه في أن الولاية

قابلة للانتقال، كالسلطنة التي كانت عند أهل الجور موروثه خلفا عن سلف.

وقد مرّ: أنه ليس المراد بالولاية هي الولاية الكليّة الإلهيّة، التي دارت على لسان العرفاء، وبعض أهل الفلسفة، بل المراد هي الولاية الجعليّة الاعتباريّة، كالسلطنة العرفيّة وسائر المناصب العقلانيّة، كالخلافه التي جعلها الله تعالى لداود عليه السلام، وفرع عليها الحكم بالحقّ بين الناس، وكنصب رسول الله صلى الله عليه وآله عليا عليه السلام بأمر الله تعالى خليفه ووليا على الأئمة.

ومن الضروريّ أنّ هذه أمر قابل للانتقال والتوريث، ويشهد له ما في نهج البلاغه: «أرى تراثي نهبا».

فعليه تكون الولاية - أي كونه «أولى بالمؤمنين من أنفسهم» فيما يرجع إلى الحكومه والأماره - منتقلة إلى الفقهاء»(1).

الروايه الأولى ضعيفه الإسناد بَوْهَبِ بْنِ وَهَبِ أَبِيالْبَخْتَرِيِّ كما اعترف بها السيد الخميني(2) قدس سره .

ولكن الثانيه صحيحه الإسناد كما مرّت.

ويرد عليه: أولاً: ما ينتقل إلى الوارث من المورث هو تركته من الأموال وأما الصفات النفسانيه كالعلم والتقوى والشجاعه والعداله فلا تنتقل، وكذا الولاية المجمعوله في حقّ أحد بعد موته لا تنتقل إلى الورثه، أفلا ترى إذا مات الرسول صلى الله عليه وآله أو الإمام لا ينتقل مقام النبوه أو الإمامه إلى ورثته الخاصه على نحو العموم.

وثانيا: وذيل خبر أبيالْبَخْتَرِيِّ قرينه على أنّ الوراثه هي في العلم خاصه وأحاديثهم ونشر أحكامهم وحفظها وتبليغها، كما صرح فيه: «الأنبياء لم يورثوا درهما

ص: ١٩١

١-١ . كتاب البيع ٢/٦٤٦.

٢-٢ . كتاب البيع ٢/٦٤٦.

ولا دينارا وإنما اورثوا أحاديث من أحاديثهم...».

وثالثا: يمكن أن يكون المراد من العلماء هم الأئمة عليهم السلام خاصة بقريته ذيل الرواية: «فإنّ فينا أهل البيت في كلّ خلفٍ عدولاً...»، وكما ورد في صحيحه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: يغدو النَّاسُ على ثلاثة أصنافٍ: عالمٍ، ومتعلِّمٍ، وغُثَاءٍ، فنحن العلماء، وشيعتنا المتعلِّمون، وسائر النَّاسِ غُثَاءٌ. (١)

ورابعا: ما ورد في الرواية: «فمن أخذ بشيء منها فقد أخذ حظًا وافرا فانظروا علمكم هذا عمّن تأخذونه؟» ليس أمرا متوجها إلى العلماء (٢) بل يكون أمرا متوجها إلى المتعلِّمين من الأئمة في عصر الظهور. وإلاّ العالم إذا كان عالما يعلم من أين يأخذ علمه وإلاّ لم يكن عالما.

وخامسا: ذيل خبر أبيالبختری وبدايه صحيحه القدّاح يدلّان على أنّهما واردتان في بيان فضل العلماء ومقاماتهم، ومناسبه الحكم والموضوع تؤيد هذه الدلالة.

ص: ١٩٢

---

١-٣. الكافي ١/٨٢، ح ٤ (١/٣٤)، ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٧/٦٨، ح ١٨، الباب ٧ من أبواب صفات القاضي.

٢-١. كما في كتاب البيع ٢/٦٤٧.

٢/١- ومنها: معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الْفُقَهَاءُ أَمَنَاءُ الرَّسُولِ مَا لَمْ يَدْخُلُوا فِي الدُّنْيَا، قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا دُخُولُهُمْ فِي الدُّنْيَا؟ قَالَ: اتَّبَعَ السُّلْطَانَ، فَإِذَا فَعَلُوا ذَلِكَ، فَأَخَذَرُوهُمْ عَلَى دِينِكُمْ. (١)

رواها السيد فضل الله الراوندي في نوادره (٢) بسند وصفه النوري (٣) بالمعتبر.

بتقريب: أَنَّ الْمُعْتَبَرَةَ تُفِيدُ أَنَّ الْفُقَهَاءَ أَمَنَاءٌ لِرَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ «فِي جَمِيعِ الشُّؤُونِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِرِسَالَتِهِ، وَأَوْضَحَهَا زَعَامَةُ الْأُمَّةِ، وَبَسَطَ الْعَدَالَةَ الْاجْتِمَاعِيَّةَ، وَمَا لَهَا مِنَ الْمَقَدَّمَاتِ وَالْأَسْبَابِ وَاللُّوَاظِمِ.

فَأَمِينُ الرَّسُولِ أَمِينٌ فِي جَمِيعِ شُؤُونِهِ، وَلَيْسَ شَأْنُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ ذِكْرَ الْأَحْكَامِ فَقَطْ، حَتَّى يَكُونَ الْفَقِيهَ أَمِينًا فِيهِ، بَلِ الْمَهْمُ إِجْرَاءُ الْأَحْكَامِ، وَالْأَمَانَةُ فِيهَا أَنْ يَجْرِيهَا عَلَى مَا هِيَ عَلَيْهِ» (٤).

ويرد عليه: أَوْلًا: ظَاهِرُ الْمُعْتَبَرَةِ أَنَّ الْفُقَهَاءَ أَمَنَاءٌ لِرَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ فِي تَبْلِيغِ أَحْكَامِهِمْ، لِأَنَّهَا مُسْتَوْدَعَةٌ عِنْدَهُمْ لِيُوصِلُوهَا إِلَى الْجَهَالِ لِأَنَّ الرَّسُولَ كَانُوا أَمَنَاءَ عَلَى وَحْيِ اللَّهِ تَعَالَى وَأَحْكَامِهِ، مِنْ دُونِ النَّظَرِ إِلَى جَعْلِ الْوَلَايَةِ.

ثانيًا: المراد بالأمين يعني الذي لا يخون في الوديعة المجمعولة عنده من الأحكام أو غيرها، أما ثبوت الولاية له فهو خارج عن مدلول اللفظ.

ثالثًا: الولاية لم تكن من أظهر خواص المشابهة بين الرسل والفقهاء حتى يثبت بها ظهور لكلمة «الأمانة» وبعد اثبات الظهور ثبتت ولايتهم.

ورابعًا: بعد عدم إثبات الظهور لكلمة «الأمانة»، تصير مجمله فلا تفيد في إثبات الولاية.

ص: ١٩٣

١-١ . الكافي ١/١١٤، ح ٥، (١/٤٦).

٢-٢ . النوادر ١/١٥٦، ح ٢٢٦.

٣-٣ . مستدرک الوسائل ١٧/٣٢٠، ح ٢٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي.

٤-٤ . كتاب البيع ٢/٦٣٤.



وخامسا: «ربما يمكن دعوى ظهوره في بيان مرتبه فضلهم»<sup>(١)</sup> فلا تثبت بها الولايه.

ص: ١٩٤

---

١-٥ . كتاب القضاء / ٤٨ آيه الله السيد عبدالله الشيرازى قدس سره .

٣/١- ومنها: مرسله ابن أبيشعبه الحرّاني عن سيّد الشهداء عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال في حديث: مجارى الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله، الأمناء على حلاله وحرامه. (١)

بتقريب: أنّ هذا الكلام «صادر لضرب دستور كلّى للعلماء قاطبه في كلّ عصر ومصر؛ للحثّ على القيام بالأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر في مقابل الظلمه، وتعيرهم على تركهما؛ طمعا في الظلمه، أو خوفا منهم» (٢).

أقول: هذا التقريب لم يتم، لأنّ كل من وجب عليه القيام في مقابل الظلمه للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا تثبت له الولاية، لأنّ وجوب القيام شيء وثبوت الولاية شيء آخر. فلذا لا بدّ من بيان تقريب آخر وهو:

بتقريب آخر: ظاهر المرسله «التشريع، أي فلتكن مجارى الأمور والأحكام بيد العلماء.

وبتعبير آخر: الأحكام غير الأمور، وكون الثاني عطفًا تفسيريًا للأوّل خلاف الظاهر، فيكون مقتضى الحديث أنّ الولاية وحق التصدي للأمور والأحكام بيد العلماء» (٣).

ويرد عليه: أوّلًا: الروايه مرسله.

وثانيًا: المراد بالعالم بالله ليس إلّا- خُصُوص الأئمه المعصومين عليهم السلام كما يراه المحقّق الخراساني وقال: «هو خصوص الأئمه، كما يشهدُ به سائر فقراته التي سيقّت في مقام توييخ الناس على تفرّقهم عنهم عليهم السلام، حيث انه صار سببا لغصب الخلافه وزوالها عن أيدي من كانت مجارى الأمور بأيديهم» (٤).

وكما قال أيضا في كتاب قضائه: «إنّ الظاهر إرادته الأئمه عليهم السلام من العلماء سيّما بعد

ص: ١٩٥

١- ١. تحف العقول / ٢٣٨.

٢- ٢. كتاب البيع / ٢/٤٥١.

٣- ٣. إرشاد الطالب / ٤/٢١٣.

٤- ٤. حاشيه المكاسب / ٩٤.

ملاحظه قول أبي عبد الله عليه السلام في خبر يونس: «يغدو الناس على ثلاثة أصناف عالم ومتعلم وغياء، فنحن العلماء وشيعتنا المتعلمون وسائر الناس غياء» (١) فتأمل. ويشهد لما ذكرنا

ما قيل من أن سائر فقرات الروايه إنما سيقت في مقام توييخ الناس على تفرقهم عنهم عليهم السلام حيث إنه صار سببا لنصب الخلافة وزوالها عن أيدي من كانت مجارى الأمور بأيديهم، وهذا الخبر مروى مرسلأ في تحف العقول ولم يحضرنى الآن فراجع (٢).

وقال ثالثه في تقرير بحوثه في القضاء: «إن هذه الصفه إنما هي للأئمه عليهم السلام كما يؤيده تفسيره في بعض الأخبار: «نحن العلماء» (٣) وكما أطلق في بعضها أيضا على الفقيه «المتعلم» (٤) (٥)... ثم على فرض ثبوت الولاية المطلقة بمثل قوله: «مجارى الأمور بيد العلماء» للفقيه، فلا يلزم منه تخصيص الأكثر كى يوهن دليله لأجله كما توهم، إذ ولاية الأئمه عليهم السلام إنما هي في غير ما يكون من قبيل الأحكام والمسببات الشرعيه، كالملكيه والزوجيه بأن يجوز له التصرف بلا- إذن ممن له الولاية. وولايتهم على الناس في ما لهم الاختيار فيه - من الأفعال العاديه والمتعارفه - وإن كانت ثابتة ولكنه لا يثبت للفقيه لا للتخصيص بل وللتخصيص، وقصور أدلته عن شمول مثل ذلك فإن مثل قوله: «مجارى الأمور بيد العلماء» لا يدل على وجوب امتثال الفقيه في أوامره العاديه كما كان في الأئمه عليهم السلام كذلك. وأدل دليل على ولاية الفقيه هو هذا كما لا يخفى. وحينئذ لا يلزم تخصيص الأكثر فيها كما لا يخفى لو أخرج بعد ذلك عنها شيء» (٦).

ص: ١٩٧

- ١- ٥. وسائل الشيعه ٢٧/١٨، ح ٥، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى.
- ٢- ١. كتاب القضاء ٣١/ للمحقق الآخوند الخراسانى قدس سره .
- ٣- ٢. بصائر الدرجات ٩-٨؛ وسائل الشيعه ١٨/٤٦ من الطبعة الإسلاميه.
- ٤- ٣. الكافي ١/ (٣٣-٣٢)؛ عوالى الثالى ١/٣٥٨، ٢/٢٤١؛ وسائل الشيعه ١٨/٤٦.
- ٥- ٤. تقريرات السيد القوچانى لدروس فقه الآخوند الخراسانى، كتاب القضاء، ٢٣٢/، المطبوعه فى ضمن مجموعته الرسائل الفقهيه لآيه الله السيد محمدحسن آقا النجفى القوچانى قدس سره ، طهران، ١٣٨٦.
- ٥- ٥. تقريرات السيد القوچانى لدروس فقه الآخوند الخراسانى، كتاب القضاء، ٢٣٣/.

وقال المحقق الأصفهاني: «وسياقها يدل على أنها في خصوص الأئمة عليهم السلام، والظاهر أنه كذلك، فإن المذكور فيها هم العلماء بالله لا العلماء بأحكام الله، ولعل المراد أنهم عليهم السلام بسبب وساطتهم للفيوضات التكوينية التشريعية تكون مجارى الأمور كلها حقيقه بيدهم عليهم السلام لا- جعلاً، فهي دليل الولاية الباطنيه لهم كولايته تعالى؛ لا الولاية الظاهرية التي هي من المناصب المجعولة» (١).

أقول: كلامه الأوّل من اختصاص العلماء بالله بالأئمة عليهم السلام متين أمّا أنّ المرسله

تختص بالولاية الباطنيه محلّ منع وإشكال سيّما بعد مرور جميعها وأنّ سيّد الشهداء عليه السلام ذكرها في مقابله يزيد ومعاويه سلطنتهما ولم يعتقد أحد حتّى من العامه العمياء أنّ لهما الولاية الباطنيه، فالمرسله لو دلّت على الولاية تثبت الولاية الظاهرية والسلطنه والحكومه والخلافه على الناس وهو المجعول في يوم الغدير لأمير المؤمنين عليّ عليه السلام.

وثالثاً: «الظاهر أنّ «مجارى» جمع مجرى اسم مكان، لا مصدر ميميّ، يعنى محالّ جريان الأمور والأحكام، والمراد منها: المصالح والمفاسد والمدارك الناشئه والجاريه منها الأحكام جريان الماء من المنبع، ومن المعلوم أنّها بيدهم عليهم السلام بمعنى أنّها لا يعرفها غيرهم أصلاً، نعم لو كانت العبارة أنّ الأمور بيد العلماء، أو مجارى الأمور بيد العلماء، لكان ظاهراً في العموم، وليست كذلك» (٢).

ورابعاً: «لو كان المراد من الحديث ما ذكر لكان الحديث: الأمور والأحكام بيد العلماء؛ إذ لا حاجة إلى إضافه المجارى؛ ليجتاج في معناها إلى التكلف، بل ظاهر الحديث بملاحظه ما قبله وبعده بأن أمور الله ومناصبه التي وقعت بأيدي غير أهلها مجاريها بيد العلماء. بمعنى أنهم لو أظهروا الحق ولم يتفرقوا عنه ولم يختلفوا في السنه بعد البيئه لكانت جاريه في مجراها، وكان المتصدى لها أهلها المقرر لها في السنه» (٣).

وخامساً: على فرض أنّ المراد بالعالم بالله هو الفقيه ذيل الحديث «الأمناء على

ص: ١٩٧

١-٦. حاشيه المكاسب ٢/٣٨٨.

٢-١. هدايه الطالب ٣/٢٥٢.

٣-٢. إرشاد الطالب ٤/٢١٣.

حلاله وحرامه» يختص دائره أمانته بتبيين الحلال والحرام وإظهار الأحكام الشرعيه.

وسادسا: ويمكن يرد هذا الاستدلال «من جهه عدم كونه عليه السلام فى مقام بيان المجارى... بل يدل على سلوك المجارى المعينه لرتق أمور الناس وفتقها بيد العلماء، لا أن تعيين المجرى أيضا بيدهم.

فحينئذ كل ما ثبت من الشرع أو العرف كونه مجرى لرفع حوائج الناس، فسلوكه بيد العلماء. والمفروض أنه لم يثبت من الشرع ولا من العرف كون الأولويه على الأنفس من المجارى: أما بحسب الشرع فلاختصاص الأدله بغيرهم، وأما بحسب العرف فهو أيضا كذلك مع احتمال كونها من خصائصهم»(١).

أقول: والعجب من آيه الله السيد عبدالله الشيرازى قدس سره حيث أخرج(٢) من بحث

ولاية الفقيه ولايته على الأموال والأنفس بالقطع واليقين ثم يستشكل على المرسله بخروج الولاية على الأموال والأنفس منها، مع أن المستدل بها هنا يستفاد لثبوت المرتبه الثانيه من ولاية الفقيه التى مرت(٣) أن البحث يقع فيها وسبحان من لا يشهؤ.

ص: ١٩٨

---

١-٣. كتاب القضاء /٤٨ لآيه الله السيد عبدالله الشيرازى قدس سره .

٢-٤. راجع كتاب القضاء /٤٦.

٣-١. راجع هذا المجلد صفحه ١٨٥.

(١)

وقوله صلى الله عليه وآله: منزله الفقيه في هذا الوقت كمنزله الأنبياء في بني إسرائيل. (٢)

وعن أبيهريه عن رسول الله صلى الله عليه وآله في حديث: ... فإني أفتخر يوم القيامة بعلماء أمتي فأقول علماء أمتي كسائر الأنبياء قبلي، الحديث. (٣)

بتقريب: تشبيه العلماء بالأنبياء عموماً وبأنبياء بني إسرائيل خصوصاً يدلّ على أنّ له منصب الولاية العامه كما كانت لموسى - على نبينا وآله وعليه السلام - وكثير من الأنبياء نحو داود وسليمان عليهم السلام على بني إسرائيل.

وبعبارة أخرى: الروايات تدلّ على «أنّ أمر الأمة بيد العلماء كما أنّ أمر الأمم السالفه كان بيد الأنبياء فلهم التصدي للمصالح النوعيه الدينيه والدنيويه وليسوا كسائر أفراد الأمة الذين لم تثبت فيهم تلك الفضيله وإن لم يثبت بذلك لهم كلّ ما ثبت للنبي صلى الله عليه وآله والأئمه عليهم السلام من وجوب اطاعه وسائر شئون رساله كالولاية على الأموال والأنفس كيف وهم الأفضلون والمفضلون على سائر الناس بعد النبي والأئمه كما ورد في الآثار الوارده في شأنهم» (٤).

ويرد عليه: أولاً: الروايات كلّها مرسلات وبعضها عاميات.

وثانياً: قال المحقق الخراساني: «أما المنزله، فالمتيقن منها أنّها في تبليغ الأحكام بين الأنام، مع عدم ثبوت الولاية المطلقه لأنبياء بني إسرائيل، فتأمل» (٥).

وقال أيضاً في كتاب قضائه: «لأنّ المتيقن فيه أنّ التنزيل إنّما هو في تبليغ الأحكام بين الأنام لا في جميع وظائفهم وأمور الراجعه إليهم، مع أنّ الولاية المطلقه

ص: ١٩٩

١-١ . عوالي اللآلي ٤/٧٧.

٢-٢ . الفقه الرضوي ٢٣٨.

٣-٣ . جامع الأخبار ١١١.

٤-٤ . ولاية الأولياء ٧٧.

٥-٥ . حاشيه المكاسب ٩٤.

لجميع أنبياء بني إسرائيل غير ثابتة»(١).

وقال ثالثه في تقرير بحوثه في القضاء: «فالمراد منه الأئمة عليهم السلام كما فسّر بقوله: «نحن العلماء». ولو سلم فلا يدل على ذلك أن التشبيه إنما هو من جهة التبليغ وتبيين الأحكام، ولأنه الخصيصه الواضح للأنبياء، فهو وجه الشبه لا غير. وأما أفضليتهم

فلافضليته الشريعه أو لمشقتهم في تحصيله بخلاف الأنبياء فتأمل»(٢).

وثالثا: «إن كونهم كأنبياء بني إسرائيل ليس دليلاً على اثبات الولاية العامه لهم إلا بتخيل عموم التشبيه ولكنه مدفوع بأن المتيقن من التنزيل فيها أنه بلحاظ تبليغ الأحكام بين الأنام كما يناسبه جدا التشبيه بأنبياء بني إسرائيل لا بنفس النبي صلى الله عليه وآله إذ لم يثبت لهم الولاية المطلقة حتى على التصرف في الأموال والأنفس، فلعلّ وظيفتهم كانت مجرد تبليغ الأحكام إلى الأنام أو الحكم بينهم وإجراء الحدود والسياسات فلا يجدى التشبيه مع هذا الاحتمال في إثبات المطلوب»(٣).

ورابعا: بفرض ثبوت الولاية «للأنبياء بني إسرائيل لم يعلم كونهم بماهم الأنبياء ولاه على الناس، بل الظاهر المستفاد من الرجوع إلى سيرتهم عدم تصدى أكثرهم إلا لتبليغ أحكام موسى - على نبينا وآله وعليه السلام - نعم، كان بعضهم ملوكا وواليا وسلطانا كداود وسليمان متصديا لوظائف الولاة لكن لا بماهم أنبياء بل بما هم ملوك»(٤).

وخامسا: يمكن أن يكون «وجه الشبه هو الفضيله والزلفى عند الله تعالى لا فى الشئون والمناصب الدنيويه والتصرف فى الأموال والأنفس»(٥).

وسادسا: هذه المرسلات يمكن أن تكون فى «بيان فضيله العلماء ومقامهم عند

ص: ٢٠٠

١-٦. كتاب القضاء / ٣١.

٢-١. تقريرات السيد القوجانى لدروس فقه الآخوند الخراسانى، كتاب القضاء، ٢٣٣، المطبوعه فى ضمن مجموعته الرسائل الفقهيه لآيه الله السيد محمّدحسن آقا النجفى القوجانى قدس سره .

٣-٢. ولاية الأولياء / ٧٦.

٤-٣. ولاية الألياء / ٧٦.

٥-٤. ولاية الأولياء / ٧٦.

اللّه لا تشريع الولاية الثابتة للأنبياء والعلماء، مع أنّ ثبوت الولاية - كما تقدم - لكل واحد من أنبياء بني إسرائيل غير ظاهر» (١).

وبعبارة جامعته: قال السيّد الخوئي في الروايتين الأولىين: «التزليل والتشبيه لا بدّ و (٢) أن يكون في أظهر الآثار والخواص وأظهرها في أنبياء بني إسرائيل أمران:

أحدهما وجوب إطاعتهم في الأحكام ولزوم قبول قولهم في تبليغها، وإثما شبههم بأنبياء بني إسرائيل من أجل أنّ أنبياءهم كانوا مختلفين في النبوة فبعضهم كان نبي بلده وآخر كان نبي محلته أو قريته وثالث كان نبي أقربائه بل كان نبي داره، وكانت إطاعتهم

لازمه في تبليغ الأحكام والعلماء أيضا مختلفون فبعضهم عالم بلده وآخر عالم محلته أو قريته وهكذا، فتجب إطاعتهم في تبليغ الأحكام بمقتضى هذا الحديث.

وثانيهما: رفعه محلهم وعظمه منزلتهم عند الله وكأنه أراد في الحديث بيان أنّ علماء أمتي لا يقصرون في عظمه المنزلة عن أنبياء بني إسرائيل إذا عملوا بعلمهم والسرّ في ذلك أنّ تلميذ مدرسه تاره يكون أرقى منزله من معلّم بالمدرسه النازله كبعض تلامذه المدرسه الثانويه بالإضافه إلى معلّم المدرسه الابتدائيه أو تلامذه المدرسه العاليه في الطبّ بالإضافه إلى دكتور المحلّ وهكذا من جهه عظمه المدرسه وأهميتها، والمدرسه المحمّديه صلى الله عليه وآله كذلك بالإضافه إلى أنبياء بني إسرائيل الذين كانوا مدرّسين لأمتهم معالم الإسلام، فيكون تلامذه تلك المدرسه العاليه أشرف مقاما وأعظم منزله من معلّم بني إسرائيل إذا عملوا بوظائفهم فإنّ نيابه الإمام عليه السلام من أهم المقامات ولا أقل من تساويهم معهم في الشرف هذا كلّ مع أنّ ثبوت الولاية بهذا المعنى في أنبياء بني إسرائيل أوّل الكلام فكيف بمن يقوم مقامهم وينزل منزلتهم. فالحديث لا دلالة له على الولاية المطلقة بوجه بل إنّما ورد في بيان فضيلتهم وعلوّ مقامه ولعله ظاهر» (٣).

ص: ٢٠١

١-٥. إرشاد الطالب ٤/٢١٣.

٢-٦. كذا في المصدر والصواب «لا بدّ أنّ يكون» بحذف الواو؛ إذ لا موضع لها.

٣-١. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٦٧.



٥/١ - ومنها: مرسله الكراجكى المتوفى سنة ٤٤٩ هـ . ق عن الصادق جعفر بن محمد عليهما السلام أنه قال: الملوك حكام الناس والعلماء حكام على الملوك. (١)

ورواها الآمدى فى غرره مرسلأ عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: العلماء حكام (٢) على الناس. (٣)

بتقريب: أن «وجه الاستدلال إنا بأن الملوك حكام عرفيه وأن العلماء حكام، حقيقته، من قبل الشارع.

فيجب على الحكام العرفيه، متابعه الحكام الحقيقته وهذا معنى ولاية الحكام الحقيقته على الناس وبأن معنى حكومه السلاطين، كون حكومتهم، يقتضى حكومه العلماء، بمعنى أنهم مجرون لأحكام العلماء، فإذا كانوا فى سبيل حكومه العلماء، فهم حاكمون على الناس، فى إجراء أحكام العلماء، فعلى كل حال يثبت ولاية العلماء» (٤).

وبعبارة أخرى: إن «حكومه الملوك والسلاطين على الناس هى الزعامه لهم والد خاله فى أمورهم العامه من باب السلطنه والولايه كما ورد «أن السلطان ولي من لا ولي له» (٥) فكذلك العلماء لهم الزعامه والولايه على جميع الناس حتى على أمرائهم فيجب عليهم الإطاعه لأمر علمائهم والتبعيه لأفعالهم والسماع لرأيهم والوقوف على حكمهم وفى الحقيقه الأمراء والحكام بمنزله القوى المجريه لأمر العلماء وحكم الفقهاء فعليهم أن ينفذوا حكمهم ويجروا أمرهم فالأمر أمرهم والحكم حكمهم والمتبع هو رأيهم والملوك والأمراء كالأيدى لهم لإنجاح مقاصدهم وكالعامل والرعيه الساعين تحت

ص: ٢٠٢

١-١ . كتر الفوائد ٢/٣٣ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧/٣١٦، ح ١٧.

٢-٢ . قال النورى: وفى نسخه: حكماء. ويرى السيد الخمينى خطأ هذه النسخه راجع كتاب البيع ٢/٦٥١.

٣-٣ . غرر الحكم ١/٢٠، ح ٥٥٩ ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٧/٣٢١، ح ٣٣.

٤-٤ . الدلاله إلى من له الولايه ٥٨/ لشيخنا آيه الله الشيخ الحاج آقا على الصافى الكلپايگانى قدس سره .

٥-٥ . تأتى مصادرها والبحث حولها فانتظر.

رايتهم»(١).

ويرد عليه: أولاً: أَنَّ الرَّوَّايَيْنِ مُرْسَلَتَانِ.

وثانياً: إثبات حكومه الملوک على الناس ينفي إطلاق حكومه العلماء كما لا يخفى وَإِذَا لَمْ يَذْكَرِ السَّيِّدُ الْخَمِينِيُّ رَحْمَهُ اللَّهِ مُرْسَلَةَ الْكِرَاجِكِيِّ.

وثالثاً: «غايه ما يستفاد من الروايه [الکراجکيه] هو حکومه العلماء عليهم، من باب أنه لا بدّ من رجوع السّلاطين إليهم، في فهم الأحكام أو في القضاء وأمّا حكومتهم عليهم، بأنهم أولى من السّلاطين، فيما تحت يدهم، بحيث أنه كان للعلماء، منعهم وإعطائهم، حتّى فيما يبيح لهم، فغير معلوم»(٢).

ص: ٢٠٣

---

١-٦ . ولاية الاولياء / ٧٧.

٢-١ . الدلاله إلى من له الولاية / ٥٩.

٦/١ - ومنها: مرسله الرضى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِالْأَنْبِيَاءِ أَعْلَمُهُمْ بِمَا جَاؤُوا بِهِ، ثُمَّ تَلَا عَلَيْهِ السَّلَامُ : «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ وَهَذَا النَّبِيُّ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ» (١). (٢)

بتقريب: إذا ثبتت أولوية العلماء بالأنبياء عليهم السلام لأنهم أعلم الناس بما جاؤوا به ثبتت ولايتهم، لأنها - الولاية - لا تنتقل إلى أناس كانوا بعيدين عن الأنبياء ولم تكن بينهم وبين الأنبياء صلة.

ويرد عليه: أولاً: أن الرواية مرسله.

وثانياً: «لا دلالة في كون أولى الناس بالأنبياء أعلمهم على الولاية، مع أن الظاهر إن المراد، أولى الناس بالخلافه منهم، ولذا خصصه بأعلم الناس ولا في إطلاق الخلافه عليهم، ولا في جعلهم حاكماً، ولا قاضياً، لعدم إطلاق في الخلافه، ولعلها في تبليغ الأحكام التي هي من شؤون الرسالة» (٣).

وثالثاً: «إن الأظهر من الأعلمية: الأعلمية المطلقة وبالقياس إلى جميع من عداه ولو في خصوص عصره، لا الأعلمية في الجملة ولو بالنسبة إلى شخص واحد، فيختص بأوصيائهم؛ إذ ليس في العلماء من يكون أعلم من جميع أهل زمانه؛ ضروره وجود الإمام في كل عصر، فيكون المراد من أولوية الأعلم بالأنبياء؛ أولويته بالخلافه منهم» (٤).

وبعبارة أخرى: «أن الظاهر منه ردع المخالفين في مسأله الخلافه. ولو سلم، فلا إشكال في أن أعلم الناس - فعلاً - هو ولي الله الأعظم الحجة ابن الحسن - عجل الله فرجه الشريف -» (٥).

وبعبارة ثالثة: هذا التعبير [الأولوية] «لا يخلو من إجمال في المراد بالأولوية مع

ص: ٢٠٤

١-١ . سورة آل عمران / ٦٨.

٢-٢ . نهج البلاغه، الحكمة ٩٦.

٣-٣ . حاشية المكاسب / ٩٤، للمحقق الخراساني.

٤-٤ . هداية الطالب ٣/٢٥٤.

٥-٥ . كتاب القضاء / ٤٨ لآية الله السيد عبد الله الشيرازي قدس سره .

أنّ موضوعه الأعلّم المطلق لا مطلق العام وحينئذ يمكن أن يكون المراد أولى الناس بالخلافه منهم ولذا خصّصه بأعلم الناس كما لا يخفى»(١).

ورابعا: «إنّ أولويه العلماء بالأنبياء إنّما هي بكونهم أقرب إليهم يوم القيامة من

حيث المنزله والمقام وهي لا تقتضى الولايه على التصرف فى الأموال والأنفس أبدا»(٢).

وخامسا: على فرض اقتضاءها الولايه لا يثبت بالألويه إطلاق الولايه كما لا يخفى.

وسادسا: يمكن أن يكون «معنى أولويه العلماء بالأنبياء أولويتهم فى الأسرار وإعانه الأنبياء فى إجراء مقاصدهم وإنفاذ القوانين التى بعثوا لأجلها وذلك أجنبى عن مسئله ولايه التصرف فى الأموال والأنفس مضافا إلى أنّ الأولويه والأجدريه والأليقيه أعم من إعطاء المنصب فعلاً- بمعنى أنّه لو بنى على إعطاء المنصب لأحدٍ فهم أولى بالإعطاء من غيرهم مع أنّ أعلم الناس كلّاً بما جاءوا به هم الأئمه والأوصياء فلا يشمل كلّ عالمٍ بشيءٍ ممّا جاءوا به»(٣).

وسابعا: «أنّ الاستدلال بذلك موقوف على كون الكبرى لذلك: أنّ كلّ مَنْ كان كذلك فله كلّ ما كان للأنبياء، وهو ممنوع؛ إذ غايه ما يستفاد منه أنّ كلّ مَنْ كان كذلك فهو أفضل من غيره، فيكون من جمله ما دلّ على فضيله العالم»(٤).

وثامنا: رواها ورام فى مجموعته(٥): إنّ أولى الناس بالأنبياء أعملهم الخ، بتقديم الميم على اللام لا- أعلمهم، وقال العلامة المجلسى بعد نقل الروايه من نهج البلاغه: «بيان: فى بعض النسخ أعملهم وهو أظهر»(٦)، وقال أيضا: «فى أكثر النسخ أعلمهم والأصوب

ص: ٢٠٥

١-٦ . ولايه الاولياء ٧٨.

٢-١ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٦٨.

٣-٢ . ولايه الاولياء ٧٧.

٤-٣ . هدايه الطالب ٣/٢٥٤.

٥-٤ . تنبيه الخواطر ونزّهه النواظر ٣٢.

٦-٥ . بحار الأنوار ١/١٨٣، ذيل ح ٧٩.

أعملهم كما يدلّ عليه التتمه...»(١) ومع ثبوت هذه النسخه تكوّن الروايه أجنيبه عن محل الكلام بالمّرّه كما تتبّه عليه المحقّق الشهيد(٢) رحمه الله .

ص: ٢٠٦

---

١-٦ . بحار الأنوار ١٨٩/٦٨، ذيل ح ٥٥.

٢-٧ . هدايه الطالب ٢٥٤/٣.

قال: اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرّات، قيل له: ومن خلفائك؟ قال: الذين يأتون من بعدى ويروون أحاديثي وسنتي فيعلمونها الناس من بعدى. (١)

وعن معاني الأخبار (٢) بسند رابع.

وعن الأمالي (٣) بسند خامس وفي آخره: «ثم يعلمونها أمتي».

ورواها في الفقيه (٤) مرسلًا آخره: «يروون حديثي وسنتي».

بتقريب: قال السيّد الخميني: «فهى روايه معتمده لكثره طرقها... وكيف كان: معنى خلايفه رسول الله صلى الله عليه وآله أمر معهود من أوّل الإسلام، ليس فيه إبهام، والخلايفه لو لم تكن ظاهره فى الولايات والحكومته، فلا أقلّ من أنّها القدر المتيقّن منها، وقوله صلى الله عليه وآله «الذين يأتون من بعدى» معرّف للخلفاء، لا محدّد لمعناها، وهو واضح.

مع أنّ الخلايفه لنقل الروايه والسّنّه لا- معنى لها؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لم يكن راويا لرواياته، حتّى يكون الخليفه قائما مقامه فى ذلك.

فيظهر من الروايه أنّ للعلماء جميع ما له صلى الله عليه وآله ، إلا أن يدلّ دليل على إخراجهِ فيتبع (٥).

وبعبارة أخرى: «فإنّ الظاهر من الذين يروون حديثي وسنتي هو من كان راويا للسنة الواقعيه وأهلاً للإرشاد والتعليم بتبينها وتبليغها أعنى الفقهاء لا- مطلق الراوى وإن لم يكن مبيّنا للسنة الواقعيه كأبيهريره وعائشه ولا- أهلاً للإرشاد والتعليم بل يكون كمجرد ضبط الصوت، لما فى ذيل الروايه من قوله «فيعلمونها الناس»، فتدلّ الروايه حينئذ على أنّ مَنْ كان شأنه الروايه والتعليم والإرشاد وهو الفقيه العالم بالسنة هو الخليفه

ص: ٢٠٧

١-١ . عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢/٣٧، ح ٩٤.

٢-٢ . معاني الأخبار /٣٧٤، ح ١.

٣-٣ . أمالي الصدوق، المجلس الرابع والثلاثون ح ٤/٢٤٧، رقم ٢٦٦.

٤-٤ . الفقيه ٤/٤٢٠، ح ٥٩١٩.

٥-٥ . كتاب البيع ٢/٦٢٨.

للسول، وحيث أنّ الخليفة يطلق عرفاً على مَنْ يقوم مقام ذي الخليفة فيقتضى إطلاقها كونه قائماً مقامه في جميع ماله من المناصب إلا ما خرج بالدليل»(١).

ويرد عليه: أولاً: أنّ «هذه الرواية وإن كانت على نقل «العيون» و «معاني

الأخبار» مسنده، إلا أنّ في سندها ضعف؛ لأنّ سند العيون هو إسناد إسباغ الوضوء وسند «معاني الأخبار» فيه عيسى بن عبد الله العلوي عن أبيه، مع أنه لم يعلم أنّ يعقوبى هو داود بن علي الهاشمي والمنقولات في المستدرک(٢) مرسلات.

ودعوى أنّ هذه الرواية لكثرة طرقها لا- تخرج عن بعض المراسيل التي يعمل بها الأصحاب كمراسيل ابن أبي عمير، لا- يمكن المساعدة عليها أولاً فإن المراسيل لا- يعمل بها حتّى مراسيل ابن أبي عمير، وثانياً على تقدير العمل بمراسيل ابن أبي عمير فهو لشهادة الشيخ وغيره بأنه لا يرسل إلا عن ثقته»(٣).

وثانياً: قال المحقّق الخراساني: «لا- مجال للتمسّك بإطلاق الخليفة عليهم، إذ المتيقّن منه بل الظاهر كونهم خليفة في تبليغ الأحكام وانتشارها بين الأنام. ويؤيّد ذلك تفسير النبيّ صلى الله عليه وآله خلفاء المؤمنين ترخّم عليهم ثلاثاً بعد السؤال عنهم بالذين يروون حديثه وليعلمون الناس الأحكام من بعده»(٤).

وثالثاً: «الخلافه قد بيّن في نفس الحديث وهو نقل السنه»(٥).

ورابعاً: «يحتمل قريباً أن يكون المراد من «الخلفاء» الأئمة المعصومين عليهم السلام فإنّهم خلفاء الرسول صلى الله عليه وآله وأما الفقهاء فهم خلفاء خلفائه، كما يشهد لذلك قوله صلى الله عليه وآله «يأتون

ص: ٢٠٨

١-٦ . ولاية الأولياء / ٧٨.

٢-١ . المستدرک ١٧/٢٨٧، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٠؛ و ١٧/٣٠٠، ح ٤٨؛ و ١٧/٣٠١، ح ٥٢؛ والمجموع الرائق للسيد هبه الله - نقلاً عن «الأربعين» لقطب الراوندى - ١٧٨/.

٣-٢ . ارشاد الطالب ٤/٢٠٧.

٤-٣ . كتاب القضاء / ٣٢.

٥-٤ . محاضرات في الفقه الجعفري ٣/٣٦.

وخامسا: «إنَّ النبي صلى الله عليه وآله وإن كان له منصب الزعامه الدينيه، بمعنى بيان أحكام الشرع، ومنصب الزعامه الدينويه، بمعنى كونه زعيما للمسلمين بالمعنى المتقدم إلا أنَّ هذه الزوايه وأمثالها ناظره إلى الخلافه، أى مرتبه من الزعامه الدينيه، بمعنى نشر الأحكام وإبلاغها للناس، ويشهد لذلك ما فى ذيلها من قوله: «يرون أحاديثي وستتى ويعلمونها للناس من بعدى»، وأجر التعليم.

ودعوى كون ذلك من بابِ المُعَرِّفِ للولّى، حيث إنَّ المعروف والمتيقن من معنى

الخلافه هى الزعامه الدينويه لا يمكن المساعده عليها، فإنّه قد عطف فى بعض النقل على الأمه أصحابه، ومن الظاهر أنه لم يكن لأصحابه ولايه على المؤمنين بالمعنى المزبور؛ ليكون العلماء من غيرهم خلفاء بالمعنى المزبور»(٢).

وسادسا: «ولكنَّ الإنصاف أنه لا يبعد القول بالفرق بين قوله صلى الله عليه وآله فى مقام الدعاء: «اللهم ارحم خلفائى» وقوله فى مقام تعيين الخليفه «هذا خليفتى» فإنَّ الأوّل فى مقام الإنشاء والدعاء لخلفائه دون تعيين الخليفه، وهذا بخلاف الثانى فإنّه فى مقام الإخبار عمّن هو خليفته فيمكن الأخذ بإطلاقه والقول بأنّه خليفته فى جميع الجهات دون الأوّل إذ الخلافه، مقول بالتشكيك فالخليفه فى جميع ما يرجع إلى الشخص له مرتبه من الخلافه، والخليفه فى بعض الجهات له مرتبه أخرى، والإضافه تفيد العموم فى حقّ كلّ مَنْ هو خليفته فى جهه أو فى جهات.

وقوله: «الذين يأتون من بعدى ويروون حديثى». يشمل الأئمه الذين هم خلفائه فى كلّ الجهات والعلماء والرواه الذين لا يعلم حدّ خلافتهم فعلاً خلافتهم مختصه بنشر الأحكام وإبلاغها كما يناسبه لفظ «يروون حديثى» أو هو مع فصل الخصومات، ولا دلالة لهذه العبارة على تعيين مرتبه الخلافه.

ص: ٢٠٩

١- ٥. محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/٣٦.

٢- ١. ارشاد الطالب ٤/٢٠٧.



ولو فرض كون الأوّل كالثاني في الإطلاق في نفسه، ولم نقل بأنّ ظاهره الاستخلاف في روايه الحديث والسنة ولكن لا ريب في احتفائه بما يصلح للقرينيه أعنى قوله بعد ذلك: «الذين يأتون بعدي ويروون حديثي وسنتي». وهي تمنع عن انعقاد الظهور الإطلاقي في الخلافه لجميع الجهات حيث يحتمل جدا أنّهم خليفته فيما هو من أظهر خواص الرساله من تبليغ الأحكام وبيانها للناس.

هذا مع أنّه لو أُريد من الروايه أنّ مطلق الراوي للحديث والسنة كان خليفته بقول مطلق في جميع الجهات لكان منافيا لمادّ على حصر خلفائه في اثنتي عشر. اللهم إلا ان يقال بالخروج عن إطلاقها في بعض الجهات بالنسبه إلى غيرهم، وتبقى داله مثل تلك الأدله على الخلافه في جميع الجهات بالإضافة إليهم، وبالجملة فالروايه لا تخلو من إجمال وشبهه فيشكل الاستدلال بها على الولايه العامه للفقيه فتدبر»(١).

ص: ٢١٠

١-٢. ولايه الأولياء / ٧٩.

قَالَ: سَجِعْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: «إِذَا مَاتَ الْمُؤْمِنُ، بَكَتْ عَلَيْهِ الْمَلَائِكَةُ وَبَقِيَ الْأَرْضُ، الَّتِي كَانَ يَعْبُدُ اللَّهَ عَلَيْهَا، وَأَبْوَابُ السَّمَاءِ، الَّتِي كَانَ يُضِيءُ بِهَا بِأَعْمَالِهِ، وَتُلَمَّ فِي الْأَسْطِطَامِ تَلْمَهُ لَا يَشُدُّهَا شَيْءٌ؛ لِإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ الْفُقَهَاءَ حُصُونُ الْأَسْطِطَامِ كَحِصْنِ سُورِ الْمَدِينَةِ لَهَا. (١)

رواها الصدوق (٢) بسنده الصحيح عن علي بن رئاب عن موسى بن جعفر عليه السلام ولكن من دون كلمة «الفقهاء»، ولكن مع ضم قاعده أن الأصل عدم الزيادة، تثبت كلمة «الفقهاء» وصحح السند. فلا نحتاج في الاعتماد على سندها إلى مقاله السيد الخميني (٣).

بتقريب: «إن في الإسلام نظاما وحكومته بجميع شؤونها، لا يبقى شك في أن الفقيه لا يكون حصنا للإسلام - كسور البلد له - إلا بأن يكون حافظا لجميع الشؤون؛ من بسط العدالة، وإجراء الحدود، وسد الثغور، وأخذ الأخاريح والضرائب، وصرفها في مصالح المسلمين، ونصب الولاة في الأصقاع، وإلا فصرف الأحكام ليس بإسلام.

بل يمكن أن يقال: الإسلام هو الحكومه بشؤونها، والأحكام قوانين الإسلام، وهي شأن من شؤونها، بل الأحكام مطلوبات، بالعرض، وأمور آليته لإجرائها وبسط العدالة.

فكون الفقيه حصنا للإسلام كحصن سور المدينة لها، لا - معنى له إلا - كونه واليا، له نحو ما لرسول الله وللائمه - صلوات الله عليهم أجمعين - من الولاية على جميع الأمور السلطانية.

وعن أمير المؤمنين عليه السلام: «الجنود بإذن الله حصون الرعيه...» إلى أن قال: «وليس تقوم الرعيه إلا بهم» (٤).

فكما لا تقوم الرعيه إلا بالجنود، فكذلك لا يقوم الإسلام إلا بالفقهاء الذين هم حصون الإسلام، وقيام الإسلام هو إجراء جميع أحكامه، ولا يمكن إلا بالوالي الذي هو

ص: ٢١١

١-١ . الكافي ١/٩١، ح ٣ (١/٣٨).

٢-٢ . علل الشرائع ٤٦٢/، ح ٢.

٣-٣ . كتاب البيع ٢/٦٣١.

٤-٤ . نهج البلاغه عبده ٦٠٦.

ويرد عليه: أولاً: التعبير بـ «حصون» وارد في معتبره إسماعيل بن جابر عن

أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الْعُلَمَاءُ أَمَنَاءُ، وَالْأَعْتِقَاءُ حُصُونٌ، وَالْأَعْوَصِيَاءُ سَادَةٌ»(٢).

وفى روايته الأخرى: «الْعُلَمَاءُ مَنَارٌ، وَالْأَعْتِقَاءُ حُصُونٌ، وَالْأَعْوَصِيَاءُ سَادَةٌ»(٣).

فما يقول المستدل بالنسبة إلى الأتقياء أثبت لهم الولاية؟!!

وثانيا: «كون الفقهاء حصونا للإسلام فمقتضاه كونهم رادعين عن التحريف والتأويل في أحكام الشرع، فإن الإسلام في نفسه عبارة عن الأحكام والقوانين المجعولة من الشرع، والرياسة العامة وثبوت الولاية كولاية الرسول صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام لا يستفاد منها بوجه كما لا يخفى»(٤).

وثالثا: الرواية «لا- تشمل الولاية لأنّ المستفاد منها أنّ حفظ الإسلام والمسلمين بسبب إجراء الأحكام الشرعية بينهم وإنفاذ القوانين التي بعث الأنبياء لأجلها بيد الفقهاء كما أنّ سور البلده يدفع عن أهلها غوايل الأعداء والطغاه ويمنع عنهم هجوم الخصوم والعصاه والحصن بكسر الحاء والسور حايط المدينة والإضافه بيانه والمقصود أنّ الفقهاء حصون الإسلام كما أنّ سور المدينة حصن لها»(٥).

ورابعا: لو فرض تمّ ما ذكره المستدل وقيلنا أنّ «الإسلام هو الحكومه بشؤونها..و الأحكام مطلوبات بالعرض وأمور آليه لإجرائها وبسط العدالة... فكون الفقيه حصنا... لا معنى له إلاّ كونه واليا» ولكن من أين استفاد رحمه الله أنّ للفقيه «ما لرسول الله والأئمة - صلوات الله عليهم أجمعين - من الولاية».

وخامسا: إنّ هاهنا ثلاث كلمات «الفقهاء حصون الإسلام» فمن أين يُستفاد إطلاق ولاية الفقيه من هذه الكلمات الثلاثة؟!!

ص: ٢١٢

١- ٥ . كتاب البيع ٢/٤٣٢.

٢- ١ . الكافي ١/٧٨، ح ٥ (١/٣٣).

٣- ٢ . الكافي ١/٧٨، ح ٦ (١/٣٣).

٤- ٣ . إرشاد الطالب ٤/٢٠٩.

٥- ٤ . الإرشاد إلى ولاية الفقيه ٤٢/.

قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرجع أمره إلى قاضي الكوفة فصير عبدالحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثه صغاراً ومتاعاً وجوارى، فباع عبدالحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهن فروج.

قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا، ولا يوصى إلى أحد، ويخلف جوارى فيقيم القاضي رجلاً منهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منهن فيضعف قلبه لأنهن فروج، فماترى في ذلك؟ قال: فقال: إذا كان القيم به مثلك، ومثل عبدالحميد فلا بأس. (١)

بتقريب: أن الصحيحه «صريحه في ثبوت الولاية لأمثال ابن بزيع وعبدالحميد، وجواز التصرف له في أموال الصغار ونظائره. والمراد من المثل، ليس المثلية في الإسلام والإيمان وإن كان ظاهراً، بل المقصود أنه لو كان المتصدى لأموال الصغار مثل عبدالحميد في الجهد المقتضيه لثبوت الولاية له، وهو المقام العلمى والفقهى، وكونه راوياً وعالماً بأموال الصغار والأحكام وعادلاً فلا بأس فيه. فهى إما ظاهره فى ولاية الفقيه والحاكم للشرع، أو هو القدر المتيقن من المثل والمضمون.

ودعوى أن الروايه إنما تدل على إذن الإمام لمحمد بن إسماعيل وعبدالحميد فى ذلك التصرف ونحوه، وهو لا يستلزم ولاية غيرهما من العلماء والفقهاء، وجواز التصدى لهم، إذا لم يكونوا مأذونين من قبله، مدفوعه؛ إذ الظاهر من الروايه والمتبادر منها، أن الإمام عليه السلام فى مقام بيان الحكم الواقعى المجعول لأمثالهما كما يشعر بذلك قول الرواي «فما ترى فى ذلك»؛ لوضوح أن السؤال إنما وقع عن الحكم الشرعى، والرأى الثابت فى نفس الأمر، وقوله عليه السلام: «فلا بأس» جواب عنه، وراجع إليه أيضاً، لا أنه أجاز فعله، وأمضى ما مضى، وأذن فيما سياتى.

والحاصل: أن المستفاد من الروايه، أن دخاله أمثال عبدالحميد وابن بزيع - من العلماء فى أمور الصغار - مما لا يحتاج إلى إذن القاضي وتعيينه ونصبه. بل جواز ذلك،

ص: ٢١٣

وثبوت الولاية لهم أمر شرعى وحكم الهى.

ثم إنّه بناءً على ظهور الروايه فى ولايه العالم الفقيه فقط - كما هو غير بعِيد - يقيد به إطلاق ما يدلّ من النصوص على جواز التصرف والتصدي لكل شخص من

المؤمنين (١)، أو يحمله على صورته عدم التمكن من الوصول إلى الفقيه، وإن كان دعوى الإطلاق غير خاليه من الإشكال (٢).

وبعبارة أخرى: «وجه الاستدلال بهذه الروايه هو تصحيح الإمام عليه السلام وامضائه عمل محمّد بن إسماعيل بن بزيع وعبد الحميد، ووجه تصحيحه عليه السلام إمّا من باب كونهما فقيهين أو كونهما عدلين وعلى كلّ حال يستفاد من الروايه ولايه الفقيه فى الجملة، إمّا بالمنطوق من باب كونهما فقيهين أو بالأولويه بناء على كونهما عدلين، لأنّه بعد ثبوت الولاية لعدول المؤمنين من هذه الروايه تثبت للفقيه بطريق الأولى، لأنّ ولايه العدول من المؤمنين تكون فى طول ولايه الفقيه.

إن قلت: حيث يكون زمان حضور امام عليه السلام والأمر إليه عليه السلام، أرجع أمر الصغار فى مورد السؤال به وبعبء الحميد، فهذا جعل ولايه خاصه لهما فى زمان حضوره عليه السلام، وهذا غير مربوط بما نحن فيه.

قلت: هذا مناف لقوله عليه السلام «إذا كان القيم به مثلك أو مثل عبد الحميد» الظاهر فى جعل الولاية لهما ولغيرهما، إمّا من باب كونهم فقهاء أو عدول (٣).

أقول: الروايه من حيث السند تامه ولكن من حيث الدلاله يمكن حملها على ولايه عدول المؤمنين لأنّ عبد الحميد هو ابن سالم العطار، «روى عن أبى الحسن

ص: ٢١٤

١- ١. راجع: الكافى ٧/٦٦ باب من مات على غير وصيه وله وارث صغير فيباع عليه والتهذيب ٩/٢٣٢ باب الزيارات، ح ٢٠؛ وسائل الشيعه ١٩/٤٢١، كتاب الوصايا باب ٨٨. ح ١ و ٢ و ٣.

٢- ٢. الهدايه إلى من له الولاية ٨٠٥/ و ٨٠٦، المطبوعه فى ضمن رسائل فى ولايه الفقيه.

٣- ٣. الدلاله إلى من له الولاية ٦٦/.

موسى عليه السلام وكان ثقه من أصحابنا الكوفيين»<sup>(١)</sup> ولكن لا تثبت له الفقاها لاسيما مع أنه لا ينقل عنه المشايخ الثلاثة فى الكتب الأربعة حتى روايه واحده فكيف يمكننا الحكم بأنه فقيه؟!

وتمكن المناقشه فى هذا البيان بأن أباجعفر الثانى - وهو الجواد - عليه السلام قال: «إذا كان القيم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس». وتمثيل عبد الحميد بابن بزيع الذى وصفه النجاشى ب- «كثير العمل» و «كان من رجال أبي الحسن موسى عليه السلام وأدرك أباجعفر الثانى عليه السلام» و «كان على بن النعمان وصى بكتبه له» و «سمع من منصور بن يونس وحماد

بن عيسى ويونس بن عبد الرحمن وهذه الطبقة كلها» و «ثقه ثقه عين» وفى حسنه الحسين بن خالد الصيرفى قال: كنا عند الرضا عليه السلام ونحن جماعه، فذكر محمد بن إسماعيل بن بزيع فقال: وددت أن فيكم مثله.<sup>(٢)</sup>

وحيث ظهر لك فقاهاه ابن بزيع فتمثيل عبد الحميد بن سالم يُعلّمنا بأنه أيضا فقيه. فتستفاد ولايه الفقيه من الصحيحه بلا إشكال. نعم، موردها فى القيموميه على مال الإيتام، وقد مرّ منّا<sup>(٣)</sup> فى أول البحث عدم النقاش فيها وأما التعدى منها إلى الصوره الثانیه من صور ولايه الفقيه التى يكون البحث فيها محلّ تأمل بل منع.

ويأتى<sup>(٤)</sup> بعض الاعتراضات على دلالتها وجوابها ومدى ما يستفاد منها فى بحث ولايه عدول المؤمنين فانتظر.

ص: ٢١٥

١-٤ . كذا ذكره النجاشى /٣٣٩، رقم ٩٠٦ فى ترجمه ابنه محمد بن عبد الحميد.

٢-١ . رجال النجاشى /٣٣٠، رقم ٨٩٣.

٣-٢ . راجع هذا المجلد صفحه ١٨٥.

٤-٣ . راجع هذا المجلد صفحه ٣٤٧.

قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيه وترك أولادا ذكرا وغلما صغارا، وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم.

وعن الرجل يموت بغير وصيه وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفه أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع، وقام عدل فى ذلك. (١)

بتقريب: أنّ هذه الصحيحه «وإن كانت هى تدلّ على صحّ تصرّفات العادل وقيامه، بأمر الصغار مطلقا لكن بناءً على ظهور ما تقدّم من ابن بزيع فى اختصاص الجواز والقيام بالفقيه، يقتيد به إطلاقها، أو تحمل على صورته فقد الفقيه، أو عدم التمكن من الوصول إليه، إذا قلنا: أنّ اختصاص الولاية بالفقيه من باب القدر المتيقن من الروايه، لا لظهورها فيه» (٢).

وبعبارة أخرى: «حاصل وجه استدلال الروايه على ولاية الفقيه، أنّ هذه الروايه وإن وردت، فى ولاية عدول المؤمنين، لكن بعد تقييد إطلاقها، بالروايه السابقه، يعنى روايه محمّد بن إسماعيل بن بزيع، الداله على ولاية الفقيه، تكون نتيجة التوايتين، ولاية الفقيه، ثم مع عدم الوصول به، تصل التوبه بولاية العدول» (٣).

وبعبارة ثالثة: «المراد من العادل المذكور فيها، ليس مطلق العادل ولو لم يكن عالما فقيها، ومن المحتمل قريبا أن يكون المراد منه هو العالم الفقيه المتولّى لأمر الصغار فى سائر الموارد، بقريته سؤال الراوى وقوله: «فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفه» فيشعر أنّ فرض السؤال ومورده توليه الذى كان هو من أهل الرأى والقضاوه، إلّا أنّه لم يستعمله الخليفه. وبتعبير آخر لم يكن رسميًا وقانونيًا منصوبا من قبل السلطان

ص: ٢١٦

١-١ . وسائل الشيعه ١٧/٣٦٢، ح ١.

٢-٢ . الهدايه إلى من له الولاية ٨٠٧.

٣-٣ . الدلاله إلى من له الولاية ٦٧.

أقول: ويرد عليها: أولاً: عدم إمكان التَّعدّي من القيوميه على أموال الأيتام

- وهى الصوره الأولى من صور ولاية الفقيه - إلى الصوره الثانيه التى تكونُ هى محلّ النفي والإثبات.

وثانيا: هذه الصحيحه تدلّ على اعتبار ولاية عدول المؤمنين كما يأتى فى بحثها(٢) فانتظر.

ص: ٢١٧

---

١-٤ . الهدايه إلى من له الولايه /٨٠٧.

٢-١ . راجع هذا المجلد صفحه ٣٦١.



قال: بعثى أبوعبدالله عليه السلام إلى أصحابنا، فقال: قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم خصومه، أو تدارى فى شىء من الأخذ والعطاء، أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً، قد عرف حلالنا وحرامنا، فإننى قد جعلته عليكم قاضياً، وإياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر. (١)

ومنها: معتبرته الأخرى قال: قال أبوعبدالله عليه السلام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام: إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم، يعلم شيئاً من قضايانا، فاجعلوه بينكم، فإننى قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه. (٢)

بتقريب: نهى الإمام عليه السلام الشيعه عن مراجعه قضاءه الجور المنصوبين من قبل الظلمه وأمرهم بمراجعته الفقهاء العظام، وجعل عليه السلام الفقيه قاضياً بينهم، ومن المعلوم أنّ قضاءه الجور مضافاً إلى تصديهم لفصل الخصومات والدعاوى يشتغلون ببعض أمور العامه نحو: جعل القيم للقصّر والعيب والتصرف فى أموالهم وأخذ الحق من المماطل وحبسه وبيع ماله والحكم بثبوت الهلال وجعل المتولى للأوقاف العامه أو الخاصه التى ليس لها متولٍ خاص أو كان وانقرض وإجراء الحدود الشرعيه ونحوها، فى جميع هذه الموارد الإمام عليه السلام جعل الفقيه بديلاً عن قضاءه الجور وهذا يعنى ولايته.

ويرد عليه: نعم، هاتان المعتبرتان تدلان على ثبوت منصب القضاء ولذا قال المحقق النائنى: «فاختصاصهما بالقضاء واضح» (٣) بمعناها العام للفقيه، وليس فيها بحث، لأنّ هذه الموارد كلّها يدخل فى الصوره الأولى من تقسيم صور ولايه الفقيه التى لا كلام فيها، وإنّما الكلام فى الصوره الثانيه، والمعتبرتان أجنبيتان عنها ولم تقدرتا ثبوتها، والله العالم.

ولذا قال خالنا الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «ولايه الحاكم عامه لكل ما للإمام عليه السلام ولايه فيه؛ لقوله عليه السلام: «حجّتى عليكم» وقوله عليه السلام: «فاجعلوه

ص: ٢١٨

- ١-١ . وسائل الشيعه ٢٧/١٣٩، ح ٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.
- ٢-٢ . وسائل الشيعه ٢٧/١٣، ح ٥، الباب ١ من أبواب صفات القاضى.
- ٣-٣ . منيه الطالب ٢/٢٣٥.

حاكما» حيث فهم الفقهاء منه أنه بعمنى الولي المتصرف، لا- مجرد أنه يحكم فى القضاء، ولأنّ الضروره قاضيه بمثل هذا المنصب، ولأنّ النائب فى القضاء الذى هو أعظم كيف لا ينوب فيما هو أقل، ويتولى المنصب الخاص لجميع ذلك فالعام مثله، ولما ورد فى جملة

من الأخبار من الإذن فى ولايه الأيتام لجملة من أصحابهم.(١)

وكذا الحاكم الشرعى وكيل عن صاحب عليه السلام فيما يعود إليه من أنفاله وأمواله، وقبضه قبضه؛ لمكان الضروره والإجماع وظواهر أخبار النيابة والولاية، ولعموم «ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ»(٢).

بل لو فقد الحاكم الشرعى قامت عدول المؤمنين مقامه فى الولايات وفيما يرجع إلى الحاكم وفيما يختص بالإمام عليه السلام؛ لمكان الضروره ولعموم أدله الإحسان وعموم «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ»(٣).

بل قد يقال: إنه مع الاضطرار ينوب العدل العارف بالحكم الشرعى عن الإمام فى الحكم والفصل بين المتنازعين؛ لمكان الضروره القاضيه بلزوم قطع الخصومات ورفع المنازعات.

وبالجملة، فرواهه أبى خديجه: «فاجعلوه قاضيا فإننى قد جعلته قاضيا» يفهم منها التسريه إلى كل ما يدخل تحت نصب القاضى ذلك اليوم، والمعلوم ذلك اليوم أنّ من نصب قاضيا رجعت إليه جميع الأمور العامه فيما نصب فيه من البلدان، بل ربما يدعى أنّ مجرد غيبه الإمام عليه السلام وارتفاع سلطنته قاض بمقتضى اللطف بتولى جميع ما يعود إلى العالم بأحكامه، وإلا لزم الهرج والمرج وتعطيل الحقوق وضياع الأموال وتشّتت الأمور العامه، وكما قضت الضروره بالأخذ بالظنّ بعد انسداد باب العلم وقضت بجواز الاجتهاد والتقليد قضت بتفويض الأمور إلى العالم بالأحكام الشرعيه الفرعيه.

ص: ٢١٩

١-١ . راجع وسائل الشيعه ١٧/٣٦٣، ح ٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢-٢ . سوره التوبه ٩١/.

٣-٣ . سوره التوبه ٧١/.

نعم، ما دام موجودا لا يرجع إلى غيره؛ اقصارا في الضروره على قدرها»(١).

وقال شيخنا في الروايه في إرشاده: «فغايه ما تدلّ عليه المشهوره أنّ الشارع نصب الفقيه قاضيا بحيث ينفذ حكمه في المرافعات وبه يتحقق الفصل في الخصومات ويتم أمر المرافعات وبعض الأمور الأخر مثل ما ذكر، ولا دلالة لها على الولاية بالمعنى الذى هو محل الكلام بمعنى أنّ مجرد إعطاء منصب القضاء للفقيه في مورد فصل الخصومه لا يقتضى ولاية التصرف في الأمور العامه فضلاً عن أن يكون له الولاية المطلقه

بالتصرف في النفوس والأموال»(٢).

ص: ٢٢٠

---

١-٤ . أنوار الفقاهه ٩/٢٧٥ و ٢٧٦.

٢-١ . الإرشاد إلى ولاية الفقيه / ٥٥.

(١)

وقد وصفها الشيخ الأعظم ب-: «قد اشتهر في الألسن وتداول في بعض الكتب (٢)» (٣).

واستفاد صاحب الجواهر (٤) منها عموم ولاية الحاكم.

وقيدها السيد الخميني (٥) بالسلطان العادل.

بتقريب: أنّ السلطان العادل وهو الفقيه «وليٌّ مَنْ مِنْ شأنه أن يكون له وليٌّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصغير الذى مات أبوه، والمجنون بعد البلوغ، والغائب، والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذى لا- وليٍّ له، وقاطبه المسلمين إذا كان لهم ملك، كالمفتوح عنوه، والموقوف عليهم فى الأوقات العامّة، ونحو ذلك.

لكن استفاد منه ما لم يمكن استفاد من التوقيع [الآتى]، وهو الإذن فى فعل كلّ مصلحة لهم، فتثبت به مشروعيتّه ما لم يثبت مشروعيتّه بالتوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شىء لا تعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر «الولّى» يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا: من أنّ المراد ب- «من لا وليٍّ له» مَنْ مِنْ شأنه أن يكون له وليٌّ، يراد به كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا- بمعنى: أنّه ينبغي أن يكون عليه وليٌّ، له عليه ولاية الإيجاب، بحيث يكون تصرّفه ماضيا عليه.

والحاصل: أنّ الوليّا المنفّى هو الوليُّ للشخص لا عليه، فيكون المراد بالوليِّ

ص: ٢٢١

١- ١. مسند أحمد ١/٢٥٠؛ سنن الترمذى ٢/٢٨١، ح ١١٠٨؛ سنن الدارمى ٢/١٣٧؛ سنن ابن ماجه ١/٦٠٥، ح ١٨٧٩؛ سنن أبيداود

٢/٢٢٩، ح ٢٠٨٣؛ السنن الكبرى للبيهقى ٧/١٠٦ و ١٢٤ و ١٣٨؛ كتر العمال ١٦/٣٠٩، ح ٤٤٦٤٣ و ٤٤٦٤٤؛ مجمع الزوائد ٤/٢٨٥.

٢- ٢. كما فى المسالك ٧/١٤٧؛ وعوائد الأيام ٥٦٣؛ والجواهر ٣٠/٣٣٦ (٢٩/١٨٨).

٣- ٣. المكاسب ٣/٥٥٨.

٤- ٤. الجواهر ٣٠/٣٣٦ (٢٩/١٨٨).

٥- ٥. كتاب البيع ٢/٦٥٣.

المثبت، ذلك أيضا، فمحصّله: إنّ الله جعل الوليّ الذي يحتاج إليه الشخص وينبغي أن يكون له، هو السلطان، فافهم»(١).

ويرد عليه: أوّلاً: إنّ الروايه عاميه، وقال صاحب الحدائق: «وهذا الخبر لم نقف

عليه في أخبارنا، والظاهر أنّه عاميٌّ، ومع تسليمه فالحكم مختص بالإمام، إذ المتبادر من السلطان هو إمام الأصل كما لا يخفى»(٢).

وقد يقال في شأنها: «وفيه: أنّه لم يعرف له سند ولم يوجد في روايات أصحابنا بل قيل أنّها من مجعولات العامه لوجوب طاعه السلطان مع أنّ في دلالتها على المطلوب ما لا يخفى»(٣).

وثانيا: قال الشيخ الأعظم: «وهذا أيضا - بعد الانجبار سندا أو مضمونا(٤) - يحتاج إلى أدلّه عموم النيايه، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه(٥)، وأنّه لا يخلو عن وهن في دلالتّه، مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحقّقين في باب الخمس بعد الاعتراف بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام،(٦) ويظهر من المحقّق الثاني أيضا - في رسالته الموسومه ب- «قاطع اللجاج»(٧) في مسأله جواز أخذ الفقيه أجره أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر - الشكّ(٨) في عموم

ص: ٢٢٢

١-٦. المكاسب ٣/٥٥٩ و ٥٦٠.

٢-١. الحدائق ٢٣/٢٣٩.

٣-٢. ولاية الاولياء ٨٩/.

٤-٣. قال الشهيدى قدس سره: منشأ التريدي هو الشكّ في أنّ المتداول في الألسنه متن الروايه ونقلت باللفظ، أو مضمونها ونقلت بالمعنى (هدايه الطالب ٣/٢٦٥).

٥-٤. راجع المكاسب ٣/٥٥١-٥٥٣).

٦-٥. حاشيه الروضه ٣٢٠/، ذيل عباره: أو إلى نوابّه وهم الفقهاء.

٧-٦. كذا في النسخ، والمعروف تسميتها ب- «قاطع اللجاج».

٨-٧. كذا في بعض النسخ، وفي سائر النسخ: للشكّ.

النيابة (١)، وهو في محله» (٢).

وثالثاً: لا تدلّ «على مرجعية السلطان في الأمور العامّة، فإنّه لو لم نقل بما قيل: من ورودها بالنسبة إلى الميّت الذي لا وليّ له، بل قلنا بولايته على كلّ من لا وليّ له حتّى الموقوف عليهم في الأوقات العامّة فضلاً عن مثل الصبيّ والمجنون والغائب، إلّا أنّه حيث إنّ ظاهرها ولايه السلطان على من يحتاج إلى الوليّ فتخصّص بالأمور الحسينيّة، فلا تدلّ على ولايته على إقامة الجمعة، وإجراء الحدود، وأخذ الزكاه جبراً، ونظم البلاد، وما يرجع إلى الأمور العامّة» (٣).

ورابعاً: «الظاهر من السلطان هو الإمام عليه السلام دون الفقيه بدعوى أنّ «اللام» فيه عوض عن المضاف إليه وهو الله تعالى، فيختصّ به عليه السلام، فيحتاج إسراء الحكم إلى الفقيه إلى عموم النيابة لا مطلق من تسلّط على الناس ولو بخصوص الحقّ؛ كي يعمّ الفقيه بنفسه لو كان تسلّط عليهم، فتدبر» (٤).

ص: ٢٢٣

١- ٨. قاطعه اللجاج في تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقّق الكركي) ١/٢٥٧.

٢- ٩. المكاسب ٣/٥٥٨ و ٥٥٩.

٣- ١٠. منيه الطالب ٢/٢٣٦.

٤- ١. هدايه الطالب ٣/٢٦٥.

قال: سألت محمّد بن عثمان العمرى أن يوصل لى كتابا، قد سألت فيه عن مسائل أشكلت علىّ، فورد التوقيع بخطّ مولانا صاحب الزمان عليه السلام: أمّا ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك - إلى أن قال - : وأمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا، فإنهم حجّتي عليكم، وأنا حجّج الله، وأمّا محمّد بن عثمان العمرى - رضى الله عنه - ، وعن أبيه من قبل، فإنّه ثقتى، وكتابه كتابى. (١)

قد وصفه الشيخ محمّد طه نجف المتوفى سنة ١٣٢٣ بأنه مقطوع به أو كالمقطوع. (٢)

قال صاحب الجواهر: «ضروره كون المراد منه: أنّهم حجّتي عليكم فى جميع ما أنا فيه حجّج الله عليكم إلا ما خرج» (٣).

قال الشيخ الأعظم فى تقريب الاستدلال به: «فإن المراد ب- «الحوادث» ظاهرا: مطلق الأمور التى لا بدّ من الرجوع فيها عرفا أو عقلا أو شرعا إلى الرئيس، مثل النظر فى أموال القاصرين لغيبه أو موت أو صغر أو سفّه.

وأما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعيّة، فبعيد من وجوه:

منها: إنّ الظاهر إيّكال (٤) نفس الحادثه إليه ليباشر أمرها مباشرة أو استتابه، لا الرجوع فى حكمها إليه.

ومنها: التعليل بكونهم «حجّتي عليكم وأنا حجّج الله»؛ فإنّه إنّما يناسب الأمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر، فكان هذا منصب ولأه الإمام عليه السلام من قبل نفسه، لا أنّه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبه الإمام عليه السلام، وإلا كان المناسب أن يقول: «إنّهم حجّج الله عليكم» كما وصفهم فى مقام آخر ب- «أنّهم أمناء الله على الحلال والحرام».

ومنها: أنّ وجوب الرجوع فى المسائل الشرعيّة إلى العلماء - الذى هو من

ص: ٢٢٤

١-١. وسائل الشيعه ٢٧/١٤٠، ح ٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.

٢-٢. كما نقل عنه آيه الله الشيخ على كاشف الغطاء فى كتابه: النور الساطع فى الفقه النافع ١/٣٧١.

٣-٣. الجواهر ٤١/٢٢ (٤٠/١٨).

٤-٤. وفى المصدر: وكول.

بديهيّات الإسلام من السلف إلى الخلف - ممّا لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتّى يكتبه فى عداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامّة إلى رأى أحدٍ ونظره؛ فإنّه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وكّله فى غيبته إلى شخص أو

أشخاص من ثقافته فى ذلك الزمان.

والحاصل: إنّ الظاهر أنّ لفظ «الحوادث» ليس مختصّاً بما اشتبه حكمه ولا بالمنازعات.

ثمّ إنّ النسبه بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهره فى إذن الشارع فى كلّ معروف لكلّ أحد، مثل قوله عليه السلام: «كلّ معروف صدقه»، وقوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقه» - وأمثال ذلك - وإن كانت عموماً من وجه، إلاّ أنّ الظاهر حكمه هذا التوقيع عليها وكونها بمنزله المفسّر الدالّ على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه فى الأمور العامّة التى يفهم عرفاً دخولها تحت «الحوادث الواقعه»، وتحت عنوان «الأمر» فى قوله: «أولى الأئمّر»<sup>(١)</sup>.

وعلى تسليم التنزّل عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصاله عدم مشروعيه ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولى الأمر.

هذا، لكن المسأله لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم به مشهورياً<sup>(٢)</sup>.

وقال المحقّق الاصفهاني فى تقريره: «أنّ عموم الحوادث لكونها جمعاً محلي باللام يقتضى أنّ يكون الفقيه مرجعاً فى كل حادثه يرجع فيها الرعيه إلى رئيسهم، سواء تعلق بالسياسات أو بالشرعيات، دون خصوص الشبهات الحكيمه والمسائل الشرعيه بإرادته الفروع المتجدده من الحوادث الواقعه، واستشهد المنصف قدس سره للعموم بوجوه:

أحدها: أنّ الظاهر الرجوع فى نفس تلك الحوادث إلى الفقيه لا فى حكمها، فيرجع فى بيع مال اليتيم إليه لا فى حكمه وهكذا.

ص: ٢٢٥

١-١ . الوارد فى قوله تعالى، «أَطِيعُوا اللَّهَ»، سورة النساء / ٥٩.

٢-٢ . المكاسب ٣/ (٥٥٧-٥٥٥).



وثانيها: أن مقتضى إضافه حججه الفقيه إلى نفسه المقدسه أنه منصوب بالنيابه من قبله، فهو نائب عن الإمام فيما هو وظيفته عليه السلام من التصرفات، لا- فيما يتعلق بحكم الله تعالى فإنه حجه من الله تعالى على حكمه، كما وصف في مقام آخر بأنهم أمناء الله على حاله وحرامه.

وثالثها: أن الرجوع في حكم الحوادث الواقعه إلى العالم به أمر يعد من بديهيات الاسلام، ولم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب حتى يكتبه في عداد المسائل التي أشكلت عليه<sup>(١)</sup>.

وقال السيد الخميني رحمه الله في تقريبه: «وأما دلالاته: فتاره من ناحيه قوله عليه السلام: «أما الحوادث الواقعه...» إلى آخره.

وتقريبها: أن الظاهر أنه ليس المراد بها أحكامها، بل نفس الحوادث، مضافا إلى أن الرجوع في الأحكام إلى الفقهاء من أصحابهم عليهم السلام، كان في عصر الغيبه من الواضحات عند الشيعة، فيبعد السؤال عنه.

والمظنون أن السؤال كان بهذا العنوان، فأراد السائل الاستفسار عن تكليفه أو تكليف الأمة في الحوادث الواقعه لهم، ومن البعيد أن يعدد السائل عدده حوادث في السؤال، ويجب عليه السلام: بأن الحوادث كذا، مشيرا إلى ما ذكره.

وكيف كان: لا إشكال في أنه يظهر منه أن بعض الحوادث التي لا تكون من قبيل بيان الأحكام، يكون المرجع فيها الفقهاء.

وأخرى من ناحيه التعليل: «بأنهم حجتي عليكم، وأنا حجه الله».

وتقريبها: بأن كون المعصوم حجه الله، ليس معناه أنه مبيّن الأحكام فقط؛ فإن زواره ومحبيد بن مسلم وأشباههما أيضا أقوالهم حجه، وليس لأحد ردّهم وترك العمل برواياتهم، وهذا واضح.

بل المراد بكونه وكون آبائه الطاهرين عليهم السلام حجج الله على العباد، أن الله تعالى

ص: ٢٢٦

يحتج بوجودهم وسيرتهم وأعمالهم وأقوالهم، على العباد في جميع شؤونهم، ومنها العدل في جميع شؤون الحكومه.

فأمير المؤمنين عليه السلام حجبه على الأمراء وخلفاء الجور، وقطع الله تعالى بسيرته عذرهم في التعدى عن الحدود، والتجاوز والتفريط في بيت مال المسلمين، والتخلف عن الأحكام، فهو حجبه على العباد بجميع شؤونه.

وكذا سائر الحجج، ولا سيما ولي الأمر الذى يبسط العدل فى العباد، ويملا الأرض قسطا وعدلاً، ويحكم فيهم بحكومه عادله إلهيه.

وأنهم حجج الله على العباد أيضاً؛ بمعنى أنه لو رجعوا إلى غيرهم فى الأمور الشرعيه والأحكام الإلهيه - من تدبير أمور المسلمين، وتمشيه سياستهم، وما يتعلق بالحكومه الإسلاميه - لا عذر لهم فى ذلك مع وجودهم.

نعم، لو غلبت سلاطين الجور، وسلبت قدره عنهم عليهم السلام، لكان عذرا عقليا مع كونهم أولياء الأمور من قبل الله تعالى.

فهم حجج الله على العباد، والفقهاء حجج الإمام عليه السلام، فكل ما له لهم؛ بواسطة جعلهم حجبه على العباد، ولا إشكال فى دلالة لو لا ضعفه.

مضافا إلى أن الواضح من مذهب الشيعة، أن كون الإمام حجبه الله تعالى، عباره أخرى عن منصبه الإلهي، وولايته على الأمة بجميع شؤون الولاية، لا كونه مرجعا فى الأحكام فقط، وعليه فيستفاد من قوله عليه السلام: «فإنهم حجتي عليكم، وأنا حجبه الله» أن المراد أن ما هو لى من قبل الله تعالى، لهم من قبلى.

ومعلوم أن هذا يرجع إلى جعلي إلهي له عليه السلام، وجعلي من قبلي للفقهاء، فلا بد للإخراج من هذه الكليه من دليل مخرج فيتبع (١).

ويرى آيه الله الشيخ على كاشف الغطاء الفقهاء ولاه الأمر فى هذا العصر (٢) وقال:

ص: ٢٢٧

١-١ . كتاب البيع ٢/ (٦٣٧-٦٣٥).

٢-٢ . النور الساطع فى الفقه النافع ١/٣٥٦.

«أنَّ الحجَّه يجب اتباعها فيكون العالم واجب الإتياع، وهذا يقتضى أن تكون له الولاية، وحذف المتعلق يقتضى العموم لكلِّ ما كانت للإمام عليه السلام الولاية عليه.

وقد أورد على الاستدلال به بأن الحجَّه معناها ما يحتج به على النَّاس حتَّى لا يبقى عذر لهم في التخصير في امتثال التكليف بدعوى عدم العلم بها والإطلاع عليها، وأين ذلك من الولاية. ولكن الإنصاف أن إطلاق الحجَّه على الشخص ظاهر فيما ذكرناه، لا فيما ذكره المورد. نعم، لو أطلقت الحجَّه على القول كان ظاهرها ما ذكره»(١).

وقال الشهيد السيّد محمّد باقر الصدر: «النيابة العامه للمجتهد المطلق العادل الكفوء عن الإمام وفقا لقول امام العصر عليه السلام «واما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها إلى رواه أحاديثنا فإنَّهم حجتي عليكم وأنا حججه الله» فإنَّ هذا النص يدلُّ على أنَّهم المرجع في كل الحوادث الواقعيه بالقدر الذى يتصل بضممان تطبيق الشريعه على الحياه لأن الرجوع إليهم بما هم رواه أحاديثهم وحمله الشريعه يعطيهم الولاية بمعنى القيمومه على تطبيق الشريعه وحقَّ الاشراف الكامل من هذه الزاويه»(٢).

واعترض المحقِّق الخراسانى على تقريب الشيخ الأ-عظم بقوله: «ولا- في إرجاع الحوادث الواقعه إليهم، في التوقيع الشريف، لاحتمال معهوديه الحوادث، وإشاره إلى خصوص ما ذكره في السؤال، وقوه أن يكون المراد، إرجاع حكم الحوادث الواقعه، والفروع المتجدده التى ليس منها بخصوصها أثر فى الأخبار، ولا لجعلهم حججه من قبله، فإنَّ الحجَّيه من قبله غير مستلزم للولاية المطلقة، لعدم ملازمه عقلاَّ ولا- عرفا بين الحجَّيه والولاية، وإنَّ عِلْمَ ولاية حججه الله - عجل الله فرجه -، كما عرفت، فتأمل جيِّدا»(٣).

وقال أيضا فى كتاب قضائه: «و «أما الحوادث الواقعه...» ظاهر فى العهد والمعهود غير معلوم، فيحتمل أن يكون السؤال عن الأحكام التى تصير محلَّ الحاجه والابتلاء فتكون الحوادث كناية عنها، أو كان المراد الرجوع فى أحكام الحوادث الواقعه إليهم لو

ص: ٢٢٨

١-٣. النور الساطع فى الفقه النافع ١/٣٧١.

٢-٤. يقود الحياه ٢٤/ (١٦/ من الطبعة الأولى).

٣-١. حاشيه المكاسب ٩٤.

كان المسؤول عنه غيرها. ولا دلالة للتعليل على ذلك بعد احتمال أن يكون المراد أنهم الحجّة من قبله في تبليغ الأحكام كي لا يكون للناس عليه الحجّة كما أنه حجّة الله على كافّة الخلق فتكون لله الحجّة البالغة»(١).

وقال ثالثه في تقرير أبحاثه في القضاء: «فلاستدلال عليها بصدده - حيث إنه أرجع إلى الرواه في نفس الحوادث - مشكل، لظهور أنّ الإرجاع إنّما هو في حكمها الشرعي المستنبط عن الكليات الملقاه إليه من الأئمة وكذا ذيله، فإنّ الحجّة يقال على وجه التبليغ. فالعلماء حجج الأئمة من حيث تبليغهم الأحكام. فبهم يحتجّون الأئمة على الناس كما أنّ الله يحتجّ على الناس بوجود الإمام من حيث تبليغه أحكامه. فحيث الاحتجاج هو لحيثه التبليغ»(٢).

وتبعه المحقّق الشهيدى وقال: «وكيف كان، فقد مرّ الإشكال في دلالة على المطلب بأنّه من المحتمل قويّا أن يكون اللّام في «الحوادث» للعهد على الحوادث التي سأل إسحاق عن حكمها، إفادته للعموم تتبع إرادته العموم منه في السؤال، وهي غير معلومه؛ إذ ليست عبارته السؤال بأيدينا، فلعلّها مختصّه ببعض الحوادث بأن كان السؤال

عن حوادث مخصوصه قد تعرّض لها في السؤال.

وبالجملة: يحتمل أن يكون المراد هو الأمر بتعلّم الأحكام من الفقيه، كما يؤيّدّه - بل يدلّ عليه - أنّه المنساق إلى الأذهان من عنوان الحديث برواه الحديث وختمه بأنّهم حجّتى عليكم وأنا حجّة الله تعالى؛ إذ الظاهر من ذلك أنّ قيامهم مقامه - عليه السلام وروحي له الفداء - إنّما هو في الحجّيه وتوسّطهم بينه عليه السلام وبين من انقطع عن درك فيض حضوره عليه السلام، كما أنّه عليه السلام واسطه بينهم وبين الله تعالى، ومن الظاهر أنّ توسّطه عليه السلام بين الله وبينهم إنّما هو في بيان الأحكام ونشر الحلال والحرام، فليكن توسّطهم بينه عليه السلام وبين

ص: ٢٢٩

١-٢. كتاب القضاء / ٣٢.

٢-٣. تقارير السيد القوچانى لدروس فقه الآخوند الخراسانى، كتاب القضاء، ٢٣٢، المطبوعه في ضمن مجموعته الرسائل الفقهيّه لآيه الله السيّد محمّدحسن آقا النجفي القوچانى قدس سره، تهران، ١٣٨٦.

الناس أيضا في ذلك.

قوله: «منها: إنّ الظاهر»(١).

أقول: فيه: إنه إنما يتم لو كان التعبير بقوله: فارجعوها، من باب الإفعال لا بما في المتن من المجرد، فإنّ الظاهر منه الرجوع في حكمها كما لا يخفى، فتأمل.

قوله: «ومنها: أنّ وجوب الرجوع»(٢).

أقول: فيه: إنّ إسحاق بن يعقوب لم يذكر في كتب الرجال بوثاقه ولا فقه ولا جلاله، فلا بعد في خفاء ما ذكر عليه كما خفى عليه حرمة الفقاع إلى زمان الغيبة، وكذلك خفى عليه قتل سيّد الشهداء عليه السلام وأنّ بنى أمّيه - لعنهم الله - قد قتلوه حقيقة لا أنّه شبه لهم، حيث إنّه سأل الحجّة عليه السلام عن ذلك كما يعلم من جوابه عليه السلام في التوقيع»(٣).

ولكن المحقّق الأصفهاني ردّ تقريب الشيخ الأعمش بقوله: «والجواب: أنّ الجمع المحلّي باللام إنّما يفيد العموم حيث لا عهد، ولم يعلم أنّ المسؤل عنه أى شىء عبّر عنه بالحوادث الواقعة فكيف يؤخذ فيها بالعموم، ويحتمل إرادته الفروع المتجدده، كما يحتمل إرادته الحوادث التي هي علائم الظهور، وأنّها ما هي؛ فارجع إلى ما ورد في الأخبار على لسان رواه الأخبار.

وأما الشواهد فالأوّل منها مدفوع: بأنّ اللازم سكوت الخبر عن الرجوع إلى الرواه في المسائل الشرعيه، لأنّه رجوع إليهم في حكم الوقائع لا في نفسها، مع أنّ الخبر من الأدله التي يستدل بها على حجيه الخبر وحجيه الفتوى؛ فلا بدّ من الحمل على معنى جامع

فيستقط عن الشهاده بعد الخدشه في العموم.

والثاني منها مدفوع: بأنّ النّبي والإمام عليهما السلام يبلغان عن الله تعالى، فهما حجّتان لله تعالى على عباده على حكمه تعالى، والراوى - بما هو روا - لا يخبر إلّا عن الإمام عليه السلام؛ فهو حجّه له عليه السلام على من سمعه من الراوى، فهذه المناسبه أضاف حجّيته إلى الله تعالى؛

ص: ٢٣٠

١-١ . المكاسب ٣/٥٥٥.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٥٦.

٣-٣ . هدايه الطالب ٣/٢٦١.

وحجبه الرواه إلى نفسه المقدسه، مضافا إلى أنّ مفاد الحجبه صحه الاحتجاج بالشخص أو بالشىء فى مقام المؤاخذه على مخالفه ما قامت عليه الحجبه، فىناسب قيام الدليل على حكم شرعى سواء كان الحجبه إخبار الراوى أو رأى المجتهد ونظره.

وأما مطلق النظر كنظر الفقيه فى بيع مال اليتيم فلا معنى لاتصافه بالحجبه، فإنّ البيع الواقع عن مصلحه بنظره صحيح نافذ؛ لا أنّه حجبه له أو لغيره على أحدٍ، فما فى طى كلامه قدس سره - من أنّه ىناسب الأمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر - وإن كان صحيحا فى الجملة؛ إلاّ أنّه لا دخل له بكلّ رأى ونظرٍ كما لا يخفى على أهل النظر فتبصّر.

والثالث منها مدفوع: بوقوع مثل ذلك عن من هو أجلّ من إسحاق بن يعقوب بمراتب، فهذا أحمد بن إسحاق المعدود من الوكلاء والسفراء والأيواب فقد سأل أبا الحسن الهادى عليه السلام وقال: «مَنْ أَعَامَلَ وَعَمَّنْ أَخَذَ وَقَوْلُ مَنْ أَقْبَلَ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الْعَمْرَى تَقْتَى فَمَا أَدَى إِلَيْكَ عَنِّي فَعَنَى يُوَدَّى، وَمَا قَالَ لَكَ عَنِّي فَعَنَى يَقُولُ؛ فَاسْمَعْ لَهُ وَأَطِعْ؛ فَإِنَّهُ الثَّقَةُ الْمَأْمُونُ» (١).

وبالجملة: بمثل هذا ونحوه صار وجوب الرجوع إلى الرواه الثقات من بديهيات الإسلام، وحيث وقع السؤال من إسحاق بن يعقوب فى زمان الغيبه كليّه، فلذا أجاب بالرجوع إلى رواه الأحاديث دون شخص خاص من الثقات فتدبر» (٢).

وقد لخص المحقق السيّد الخوئى تقريب الشيخ الأعظم واستشكل عليه بقوله: «وقد ادعى المصنّف [الشيخ الأعظم] ظهور «الحوادث» فى مطلق الأمور التى لا بدّ فيها من الرجوع إلى الرئيس شرعا أو عرفا، فلا بدّ فى جميعها من الرجوع إلى الفقيه والاستيذان منه، وليس المراد بالرجوع إليه فيها بيان حكمها.

وأقام على ذلك شواهد ثلاثه:

أحدها: إرجاع نفس الحادثه إلى رواه الأحاديث كما هو ظاهر الروايه، لا حكمها.

ص: ٢٣١

١- ١. وسائل الشيعه ٢٧/١٣٨، ح ٤، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، معتبره أحمد بن إسحاق.

٢- ٢. حاشيه المكاسب ٢/٣٨٩ و ٣٩٠.

ثانيها: التعليل بقوله قدس سره «فإنهم حجتي عليكم» إذ لو كان المراد بالرجوع إليهم الرجوع إليهم في بيان المسائل الشرعيه الواجب عليهم من الله سبحانه، لكان الأنسب التعليل بكونهم حجج الله سبحانه، لأنه يجب عليهم من الله سبحانه، فالتعليل يناسب الولاية التي تكون منصوبه للإمام عليه السلام من الله، والإمام عليه السلام يجعلها لمن ينصبه واليا، فيكون واليا من قبل الإمام لا من الله تعالى، كما في الولاية المنصوبين في زمان حضورهم عليهم السلام .

ثالثها: أنّ الرجوع إلى الفقهاء لمعرفة الأحكام الشرعيه - الذي كان أمرا بديهيًا في الإسلام - لم يكن يشكل على مثل «إسحاق بن يعقوب» حتى يعدّه في عداد ما أشكلت عليه من المسائل، فلا بدّ وأن يكون المراد السؤال عمّن يرجع إليه في الأمور العامّة ويعتبر إذنه فيها، فإنّه يمكن أن يكون مجهولاً عنده، لاحتمال أن يكله عليه السلام إلى شخص خاص.

وفي جميعها نظر:

أمّا الوجه الأوّل، ففيه: أن ظاهر الرجوع في الحادثه الرجوع في حكمها، فلو كانت العبارة هكذا «فارجعوا إلى رواه حديثنا» لكان ظاهرا فيما ذكره، إلاّ أنّه ليس كذلك، وإنّما أمر بالرجوع في الحادثه إليهم، فهو نظير أن يقال: «ارجع في الأمر الكذائي إلى فلان» أي شاوره فيه، لا أن يتصرّف فيه.

وأمّا الوجه الثاني، ففيه: أنّ التعليل تامّ ولو كان المراد الرجوع إليهم في الفتوى؛ وذلك لأنّ الفقيه وإن كان ينقل الحكم الإلهي، إلاّ أنّه ينقله بواسطة الإمام عليه السلام، فصحّ أن يقال: إنّ حجة الإمام، بمعنى أنّه عليه السلام يحتجّ بأقواله على العوام يوم القيامة، كما ورد في بعض الأخبار: «أنّ النبي يوم القيامة يسأل عن تبليغ الأحكام، والنبي صلى الله عليه وآله يسأل الإمام عليه السلام، والإمام يسأل الفقهاء، فإذا أثبتوا أنّهم بلغوا تمتّ به الحجّه على العوام».

وأمّا الوجه الثالث، ففيه: أنّ المعهود في زمان الحضور - كما هو معلوم - الرجوع إلى الإمام عليه السلام فيما يقع من الحوادث بلا واسطه أو معها، وفي عصر الغيبه الصغرى كان الرجوع إلى النّوّاب، فلا يبعد أن يشكل على بعض الأكابر من يرجع إليه في الحوادث الواقعة التي تحدث جديدا ولم يبيّن حكمها من الكتاب والسنة، مثل الولد الذي جعلت نطفته في الرحم بالتقليح، فبمن يلحق الولد؟ ومثل ما لو صلّى أحد في بلد ثمّ سافر بالطائر إلى بلد

آخر ووصل إليه قبل دخول وقت تلك الصلاة، فهل يجب عليه التكرار أم لا؟ فَمَنْ المَرَجِعُ في هذه الحوادث؟ فيشكل عليه ذلك، فيسأل الإمام»(١).

وردَّ المحقِّق الأردكاني مقاله الشيخ الأعظم بقوله: «والمصنف رحمه الله [الشيخ الأعظم] أفاد في تقريب دلالة التوقيع على اثبات ولايه الفقيه على الوجه الثاني وجوها أربعة لا تخلو عن مناقشه:

الأول: وهو ظهور الحوادث فيما يلزم الرجوع فيه من الوقائع إلى الإمام عليه السلام حضوره من دون فرق بين الأحكام وغيرها من إجراء الحدود والنظر في أموال السفهاء والمجانين والصغار والغائبين إلى غير ذلك من الأمور التي يقوم بها الإمام عليه السلام .

وفيه: إنَّ السؤال غير معلوم، فيحتمل أن يكون المراد بالحوادث الوقائع المخصوصه المتضمن لها السؤال، والجمع المحلِّي باللام وإن كان مفيدا للعموم حيث لا عهد إلا أنه مع احتمال العهد ممنوع.

الثاني: وهو أنَّ التعليل بقوله عليه السلام «فإنَّهم حجتى عليكم وأنا حجه الله عليهم» يدلُّ على أنَّ ما كان لهم من قبل الله تعالى ويقبل التفويض فهو لرواه الأحاديث الذين هم الفقهاء.

وفيه: أنَّ الحجَّه لغه وعرفا يطلق على ما يحتج به كما يقال القطع حجه، ونحوه الظن فإطلاق الحججه عليهم أنما هو بملاحظه كونهم وسائط في إيصال الأحكام إلى العباد فيحتج بهم عليهم.

وقد ورد «إنَّ الله يسأل يوم القيامة عن العبد هلأ عملت؟ فيجيب: ما علمت، فيقال هلأ تعلمت؟»(٢) فلا يستفاد من التوقيع أزيد من كون وظيفتهم تبليغ الأحكام.

لكن قد يقال أنَّ لفظ الحججه وإن كان بحسب اللغة والعرف يطلق على المعنى المذكور، إلا أنَّ دعوى استعماله في لسان المتشرِّعه في المعنى المخصوص قريبه كما في

ص: ٢٣٣

١- ١ . محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ (٤٠-٣٨).

١- ٢ . ورد نحوها في معتبره مسعده بن زياد المرويه في أمالي الطوسي، المجلس الأوّل ح ١٠/٩.



لفظ الإمام، فإنه لغيره عبارة عمّن يقتدى به، إلا إنه إذا اطلق بلا قرينه يحمل على غير هذا المعنى، وهو ولي العصر عليه السلام عند الشيعة وعند العامه على واحد من الأئمه الأربعة، فلفظ الحجج عند استعماله بلا قرينه يطلق على الحجج الخاصه، فيستفاد من التوقيع تفويض المنصب إلى الرواه ويشهد لذلك قوله عليه السلام وأنا حجج الله عليهم.

نعم، إنما الإشكال في مقدار الأمر المفوض من أنه هل هو جميع المناصب الثابتة له القابله للتفويض أو بعضها والقدر المتيقن منها هو الإفتاء والقضاوه.

الثالث: إن الإمام عليه السلام أرجع نفس الحوادث إلى رواه الأحاديث، فهي ظاهره في الأمور العامه لا أحكامها، حتى يدعى ظهورها في تبليغها.

وفيه: أن التقدير لازم على كل حال، إذ لا معنى لإيكال نفس الحادثه إليهم، لأنه تحصيل للحاصل، فالمراد إما ارجاع حكمها إليهم أو ارجاع الشأن اللازم فيها فلا منافاه بين إرادته الحوادث المجهوله الحكم من الحوادث وبين وكول نفسها إليهم.

الرابع: إن مثل إسحاق بن يعقوب لا يخفى عليه وجوب الرجوع في المسائل الشرعيه إلى الفقهاء، لأنه من البديهيّات في الإسلام بخلاف الرجوع إليهم في الأمور العامه، إذا يحتمل أن يكون الإمام قد جعله لشخص خاص أو اشخاص من ثقافته في ذلك الزمان فيريد معرفته فوق الإمام - روى له الفداء - بأن المراجع في هذه الأمور الرواه.

وفيه: أولاً: أن جلاله قدر مثل إسحاق غير مناف لسؤاله عن ذلك، لوقوع مثله عن جماعه منهم على بن المسيّب الهمداني وعبدالعزیز بن المهتدي، فإنهما سألا الرضا عليه السلام عمّن ياخذ معالم دينهما؟ قال الأول منهما: «شقتي بعيده ولست أصل إليك في كل وقت فعمن آخذ معالم ديني؟ فقال عليه السلام من زكريا بن آدم القمي» (١) وقال الثاني: «إنني لا ألقاك في كل وقت فعمن آخذ معالم ديني فقال عليه السلام خذ عن يونس بن عبدالرحمن» (٢) بل صدر ذلك عن أحمد بن إسحاق مع أنه أجل من إسحاق بن يعقوب بمراتب إذ هو معدود من

ص: ٢٣٤

١-١ . رجال الكشي /٣٦٦؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٧/١٤٦، ح ٢٧ ضعيفه.

٢-٢ . رجال الكشي /٣٠٦؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٧/١٤٨، ح ٣٤ حسنه.

السفراء والوكلاء فقد سئل أبا الحسن الهادي عليه السلام قال: مَنْ أَعَامَلَ وَعَمَّنْ آخَذَ وَقَوْلٌ مِنْ أَقْبَلٍ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الْعَمْرِيُّ ثَقْتِي فَمَا آدَى إِلَيْكَ عَنِّي يُؤَدِّي، وَمَا قَالَ لَكَ فَعَنِي يَقُولُ فَاسْمَعْ لَهُ وَاطِعْ فَإِنَّهُ الثَّقَةُ الْمَأْمُونُ»(١).

وثانيا: إنّه لم يعلم أنّ يكون سؤاله عن تعيين تكليف المسلمين في الغيبة الكبرى حتّى يقال أنّ الجواب ظاهر في عموم الوقايح، بل يحتمل سؤاله عن حال المسلمين في الغيبة الصغرى لكونه بتوسط محمّد بن عثمان العمري الذي كان سفيرا من قبله، كما يظهر لك بالرجوع إلى ذيل التوقيع، قال عليه السلام: «وَأَمَّا مُحَمَّدُ بْنُ عَثْمَانَ الْعَمْرِيَّ فَرَضَى اللَّهُ عَنْهُ وَعَنْ أَبِيهِ مِنْ قَبْلِ فَإِنَّهُ ثَقْتِي وَكُتَابَهُ كِتَابِي»(٢)، فلعل إسحاق بن يعقوب كان سؤاله عن المرجع

في المسائل المتجدّده في ذلك العصر، لا عن المرجع في الأمور العامه»(٣).

وناقش السيّد الروحاني رحمه الله في دلاله التوقيع بقوله: «وقد نوقش في دلاله هذه الروايه على ولايه الفقيه بأن قوله عليه السلام: «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ»، وَإِنْ كَانَ جَمْعًا مَحَلِّيًّا بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ لَكِنْ دَلَالَتُهُ عَلَى الْعُمُومِ أَمَّا هِيَ بِالْإِطْلَاقِ وَعَدَمِ الْقَرِينَةِ، وَسِيَاقُ الْحَدِيثِ ظَاهِرٌ فِي أَنَّهُ جَوَابٌ عَنْ سُؤَالٍ مَوْضُوعِهِ الْحَوَادِثُ وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْمَسْئُولَ عَنْهُ حَوَادِثٌ خَاصَةٌ مَعِينَهُ شَخْصِيَّةٌ خَارِجِيَّةٌ أَوْ أَنَّهُ مُطْلَقُ الْحَوَادِثِ الَّتِي قَدْ تَقَعُ، وَهُوَ إِنَّمَا يَفِيدُ لَوْ كَانَ السُّؤَالُ عَنِ الثَّانِي وَلَكِنَّهُ لَا- يَعْلَمُ، فَلَا- يَدُلُّ الْأَمْرُ بِالْإِرْجَاعِ إِلَى الْفَقِيهِ فِي الْحَوَادِثِ عَلَى الرَّجُوعِ إِلَيْهِ فِي مُطْلَقِ الْحَوَادِثِ، إِذْ مِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْحَوَادِثِ فِي الشَّرْطِ الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ مَوْجُودِ السُّؤَالِ وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا مُطْلَقُ الْحَوَادِثِ. فَلَا إِطْلَاقَ لِلْكَلَامِ فَتَدْبِر.

وأما ما ذكره من القرائن على دلاله الحديث، فهو قابل للمناقشه.

أما ظهور التعبير ب- «فيها» في الإرجاع في نفس الحوادث لا في أحكامها، فهو غير مسلم لأنّ الظاهر من الرجوع في القضية إلى شخص هو الرجوع فيها لحلّ الإشكال فيها، فقد تكون جهه الإشكال هي الحكم وقد تكون غيره كالتصرف ونفوذ ونحوه. فقوله عليه السلام:

ص: ٢٣٥

١-٣. الكافي ١/٣٢٩؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٧/١٣٨، ح ٤ صحيحه.

٢-٤. وسائل الشيعة ٢٧/١٤٠، ح ٩.

٣-١. غنية الطالب ٣/(١٩٠-١٨٧).

«ارجعوا فيها» لا يظهر في عدم الرجوع في الحكم وإنما الرجوع في نفس الأمر، إذ الرجوع في المسألة المشكوك حكمها يقال عنه رجوع في المسألة، نعم لو عبر بإرجاعها إلى الرواه لا الرجوع فيها، لثم ما ذكر كما لا يخفى. فلاحظ.

ويؤيد ما ذكرنا استدلال الأعلام بالروايه على حجيه قول الفقيه في مقام الفتوى، فإنه لا يتلاءم مع ما ذكره الشيخ قدس سره من عدم كون المنظور جهه بيان الحكم أصلاً.

وأما التعليل بأنهم حجتى وأنا حجه الله، فظهوره فيما ذكر ممنوع، إذ يمكن أن يكون النظر إلى مقام بيان الحكم الشرعى حيث أنه موكول إلى الإمام عليه السلام ولذلك كان حجه الله علينا، وقد جعل الإمام عليه السلام الواسطه لتبليغ الأحكام الفقهاء، فهم حججه على الناس وبالنسبه إلى الله - عزوجل - حيث أنه يكون بذلك معذوراً.

بل التعليل المذكور ظاهر فى كون النظر إلى مقام حجيه رأيه فى الحكم الشرعى، وذلك لأن معنى الحجيه المنجزيه والمعدريه، أو ما يلازمهما. ومن المعلوم أن المنجزيه والمعدريه إنما تتصور فى الحكم الشرعى، أما فى صحه التصرفات ونفوذها فلا معنى لكون رأى الفقيه منجزاً، إذ لا- موضوع يقبل التنجيز والتعذير، لأنهما بلحاظ العقاب والمؤاخذة وذلك إنما يثبت فى مورد الحكم. فلاحظ.

وأما ظهور صحه الرجوع إلى الفقيه فى المسائل الشرعيه بحيث يكون من البديهيّات، فهو لا يفيده شيئاً فيما إدعاه، وذلك لأن ظهوره وبداهته إنما كان بواسطه مثل هذه النصوص والروايات بحيث لو لاهها لكان ممّا يقبل التشكيك ولم تعلم بداهته فى تلك العصور وإن ثبت الآن.

وجلاله قدره لا تمنع من سؤاله كيف وقد سأل من هو أجل قدراً منه عن وثاقه العمرى وابنه وجواز أخذ معالم الدين عنهما.

مضافاً إلى أن إسحاق بن يعقوب مجهول الحال كما قيل.

والعجب من الشيخ قدس سره أنه يدعى بداهه جواز الرجوع إلى الفقهاء فى المسائل الشرعيه مع أنه يناقش فى مبحث التقليد فى أدله جواز التقليد كلها بحيث تصل النوبه إلى تحكيم دليل الانسداد وإعماله.

هذا كله مضافا إلى ضعف الرواية سنداً.

ثم إن الشيخ قدس سره بعد أن استدلل بهذا الحديث ذكر أنه قد يدعى معارضه هذا الحديث ومثل هذا العموم بما جاء من العمومات الظاهرة في إذن الشارع في كل معروفٍ مثل: «كل معروف صدقه» و: «عون الضعيف من أفضل الصدقه»، فإنها ظاهره في الإذن والترغيب في عمل المعروف.

والنسبه بينهما العموم من وجه، لأنهما يجتمعان في حفظ مال اليتيم فإنه معروف وعون الضعيف، كما أنه مما يحتاج إلى الإذن بمقتضى الأدله الاوليه. ويفترقان في مثل الحدود، فإنها غير معروف ومثل إعطاء الفقير درهما فإنها لا تتوقف على إذن الإمام عليه السلام.

ومع كون النسبه بينهما هي العموم من وجه يحصل التعارض بينهما في مورد الاجتماع، إذ العمومات داله على عدم جواز العمل بدون إذن الفقيه. وهذه الأدله تدل على جوازه لأنه معروف، ومقتضى القواعد هو التساقط. فلا دليل حينئذ على لزوم الرجوع إلى الفقيه فيها.

ولكن التحقيق أن العمومات الداله على وجوب الرجوع إلى الفقيه لو تمت لكانت وارده على هذه الأدله، لأن أدله الجواز قد أخذ في موضوعها عنوان المعروف، فإذا دل الدليل على أن حفظ مال اليتيم لا يجوز إلا بإذن الفقيه كان حفظه بغير إذنه محرماً وهو

يقتضى أن لا يكون معروفاً، إذ الحرام ليس بمعروف، فهذه العمومات تكون رافعه لموضوع هذه الأدله تعديداً وهو معنى الورود.

وهكذا بالنسبه إلى دليل عون الضعيف، فإنه مع دلالة الدليل على عدم جواز التصرف في مال اليتيم أو المجنون إلا بإذن الفقيه وعدم نفوذ التصرفات لا يكون المتعامل بماله والإتجار عوضاً له لعدم نفوذ المعاملات والتصرفات، وقد عبر الشيخ عليه السلام عن ذلك بالحكومه ولكن الصحيح التعبير بالورود.

هذا، مع انه لو تمت المعارضه والتساقط فاللازم الرجوع إلى الأصل، وقد عرفت

أنه في المعاملات يقتضى لزوم الرجوع إلى الفقيه لأصاله عدم ترتب الأثر بدون إذنه»(١).

وقام شيخنا المجلسي بعد ذكر نقوده على الشيخ الأعظم في دفع المناقشات بقوله: «هذا وقد يناقش في هذه الوجوه بما لا يخفى أمّا الأول: فلأنّ السؤال غير معلوم فلعلّ المراد من الحوادث هي الحوادث المعهودة بين الإمام عليه السلام والسائل وعلى فرض عمومها فالمتيقن منها هي الأمور التي تقع مورد الابتلاء من الموضوعات الكلية التي لم يكن حكمها معلوما من الكتاب والسنة.

وأما الثاني: فلأنّ أدنى المناسبه بين نفس الحوادث وحكمها كاف للسؤال عن حكمها فيكون الفقيه هو المرجع في الأحكام لا في نفس الحوادث.

وأما الثالث: فلأنّ الحجج يناسب المبلغيه في الأحكام والرساله على الأنام أيضا كما في قوله عز من قائل: «قُلْ فَلِلَّهِ الْحُجَّةُ الْبَالِغَةُ»(٢) وقوله: «تِلْكَ حُجَّتُنَا آتَيْنَاهَا إِبْرَاهِيمَ»(٣) ونحو ذلك ممّا ورد بمعنى البرهان الذي يحتج به على الطرف، وبهذا المعنى أيضا ورد قوله عليه السلام: «أَنَّ الْأَرْضَ لَا تَخْلُو مِنْ حِجَّةٍ» لأنّ به يتم الحجج و «يَهْلِكُ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيْنِهِ وَيَحْيَى مَنْ حَيَّ عَنْ بَيْنِهِ»(٤)، ولذا وصفهم برواه الأحاديث الذين شأنهم التبليغ.

وبالجملة: فالحجج لا تكون إلا في تبليغ أمر فيختص مدلولها في المقام بتبليغ الأحكام الشرعيه ولا يشمل التصرفات الشخصية في الأموال والأنفس، أو تصدى المصالح العامه من الحكومه وفصل الخصومه أو إجراء الحدود، فإنّ كلّ ذلك أجنبي عن

مفهوم الحجج التي هي من الاحتجاج، فان الله تعالى يحتج على العباد ببعث الأنبياء والأنبياء بنصب الخلفاء، والخلفاء باستنابه الفقهاء في تبليغ الأوامر والنواهي، والتصرفات ليس من محل الاحتجاج، فالتوقيع الشريف أجنبي عن المدعى، ولا يصلح للاستدلال به على نيابه الفقيه في الأمور المزبوره ويختص مدلوله بالفتوى.

ص: ٢٣٨

١-١ . المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس / (٣٠٥-٣٠٢).

٢-٢ . سورة الأنعام / ١٤٤.

٣-٣ . سورة الأنعام / ٨٣.

٤-٤ . سورة الأنفال / ٤٢.

وأما الرابع: فكون إسحاق من أجلاء العلماء لا ينافي سؤاله من أمر جلي ولذا يسئل مثل زراره ومحمد بن مسلم من الإمام ما لا يخفى على أحد هذا مع أن سؤاله لا يكون ظاهرا في تكليف المسلمين في الغيبة الكبرى حتى يكون الجواب ظاهرا في عموم الوقائع بل يسئل عن حالهم في الغيبة الصغرى، فإن العمري الذي بتوسطه سئل إسحاق عن حكم الوقائع عن الإمام عليه السلام هو محمد بن عثمان العمري كما يظهر من قوله في ذيل الخبر، «وأما محمد بن عثمان العمري فرضى الله عنه وعن أبيه من قبل فإنه ثقتي وكتابه كتابي» وهو كان سفيرا من قبله عليه السلام فلهذا يسئل بتوسطه عن المرجع في الفروع المتجددة في ذاك العصر لاعن المرجع في الأمور العامة.

أقول: ويمكن دفع النقاش عن ذلك بأنه وإن يمكن كون اللام في الحوادث للعهد وكون المراد بها هي الحوادث المعهودة، ولكن الظاهر أن المعهود هو مدخول اللام وهي الحوادث لا غيرها، وظاهر الرجوع فيها إلى رواه الحديث هو إيكال (1) نفس الحادثه إليهم لا الرجوع في حكمها إذ لو كان المراد هو الرجوع فيه لتعين التعبير بقوله فارجعوا في حكمها إلى رواه الحديث لا التعبير بقوله فارجعوا فيها إليهم، اللهم إلا أن يقال أنه لا منافاه بين التعبير به واراذه الرجوع في الحكم.

وجه عدم المنافاه أنه لا بد من ارتكاب التقدير على كل حال إذ الحادثه الواقعه لا معنى لإيكال نفسها إلى الغير لأنه تحصيل الحاصل فالمراد إما إيكال حكمها أو إيكال الشأن اللازم فيها إليه وتعين الثاني غير ظاهر.

وبالجملة: فالتوقيع الشريف لا يخلو من إجمال في المراد وأن الرجوع إليه هل هو في حكم الحوادث ليدل على حجيه الفتوى أو حسمها ليدل على نفوذ القضاء أو رفع إشكالها وإجمالها أو إصلاحها ليشمل غيرهما.

هذا وقد يقال: إن كيفية السؤال وإن كانت غير مذكوره إلا أنها تظهر من الجواب

وتعلم منه إذ المراد من الحوادث ليس كل ما يحدث ويقع في الخارج كالأكل والشرب

ص: ٢٣٩

١-١ . وفي المصدر: وكول.

والنوم ونحوها بل الأمور التي تقع في المجتمع الإنساني وتحتاج إلى مصلحٍ ومتصدٍ لها ومُقَدِّمٍ فيها كالقتل والسرقة وغيرهما من الأعمال المنافية لنظم الاجتماع وأمنه التي تحتاج الرعيه فيها إلى مرجع وزعيم ومصلح ومقتدر فتعم الروايه لإيكال مطلق الشأن اللازم فيها إليه.

ولكن الانصاف هو إجمال التوقيع واحتمال كون المراد من الحوادث المسئول عنها هي الموضوعات الحادثة والأُمور المستحدثة المجهول حكمها والرجوع فيها إلى رواه الأحاديث لمعرفة حكمها كما قد يؤيده التعليل بقوله «فإنهم حجتى عليكم وأنا حجه الله» بالتقريب المتقدم فلاحظ.

ولا ينافي ذلك ما يقال: من أن الرجوع إلى العلماء في معرفه الأحكام من البديهيّات التي لا تخفى على مثل إسحاق فكيف يمكن أن يكتبه في مسائل أشكلت عليه.

إذ فيه مضافا إلى ما سبق أنه يكفي في السؤال احتمال الإرجاع إلى صنف خاص من العلماء، ولذا صدر السؤال عن ذلك من جماعه كعبدالعزیز بن المهتدي سألت الرضا عليه السلام فقلت: إنى لا ألقاك في كل وقت فعمن أخذ ديني فقال عليه السلام: خذ من عن يونس بن عبدالرحمن(١)، وكعلى بن المسيب الهمداني حيث قال الرضا عليه السلام: شقتى بعيدة ولسن أصل إليك في كل وقت فعمن أخذ ديني قال عليه السلام: من زكريا بن آدم القمي(٢) ونحوهما غيرهما.

كما لا ينافي ذلك أيضا التعليل بقوله عليه السلام: فإنهم حجتى عليكم، فإنه يناسب الأمور الراجعة إليه عليه السلام التي هي من منصبه، ولو كان المراد الرجوع في الحكم كان المناسب التعبير بقوله عليه السلام فإنهم حجه الله تعالى.

وجه عدم المنافاه أنه يكفي مصححا للتعبير المذكور كونه واسطه في الارجاع

ص: ٢٤٠

١-١ . وسائل الشيعة ٢٧/١٤٨، ح ٣٤، حسنه.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٧/١٤٦، ح ٢٧، ضعيفه.

المذكور، بل التعبير بالحجه يناسب التكليف جدا، إذ الحجه ما يكون قاطعا للعدر ومصححا للعقاب، وذلك إنَّما يكون في التكليف فإنَّه المستتبع له كما لا يخفى، فالتعليل من هذه الجبهه على الخلاف أدل وحينئذ فلا يبقى مجال للركون إلى التوقيع الرفيع في

إثبات الولاية في الأمور العامه للفقيه فضلاً عن صلاحيته لإثبات الولاية العامه فلاحظ وتدبر»(١).

وبما ذكرنا من مناقشات الأعلام لم يتم الاستدلال بالتوقيع الشريف في المقام.

ص: ٢٤١

---

١-١ . ولاية الاولياء / (٨٣-٨٠).



قال: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دَيْنٍ أَوْ مِيرَاثٍ، فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَإِلَى الْقُضَاةِ، أَيَحِلُّ ذَلِكَ؟

قال: «مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ، فَإِنَّمَا تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاغُوتِ، وَمَا يَحْكُمُ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سِيحَتَنَا وَإِنْ كَانَ حَقًّا ثَابِتًا لَهُ؛ لِأَنَّه أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاغُوتِ، وَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُكْفَرَ بِهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» (١).

قُلْتُ: فَكَيْفَ يَصْنَعَانِ؟

قال: «يُنْظَرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا، وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا، وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيَرِضُوا بِهِ حُكْمًا؛ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا، فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ، فَإِنَّمَا اسْتَحْفَ بِحُكْمِ اللَّهِ وَعَلَيْنَا رَدُّ، وَالرَّادُّ عَلَيْنَا الرَّادُّ عَلَى اللَّهِ وَهُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ».

قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ كُلُّ رَجُلٍ اخْتَارَ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِنَا، فَرَضِيَا أَنْ يَكُونَا النَّاطِرَيْنِ فِي حَقِّهِمَا، وَاخْتَلَفَا فِيمَا حَكَمَا، وَكِلَاهُمَا اخْتَلَفَ فِي حَدِيثِكُمْ؟

قال: «الْحُكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَعْدَلُهُمَا وَأَفْقَهُهُمَا وَأَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَأَوْرَعُهُمَا، وَلَا يُلْتَفِتُ إِلَى مَا يَحْكُمُ بِهِ الْآخَرُ».

قال: قُلْتُ: فَإِنَّهُمَا عَدْلَانِ مَرْضِيَانِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا، لَا يُفْضَلُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ؟

قال: فَقَالَ: «يُنْظَرُ إِلَى مَا كَانَ مِنْ رِوَايَتِهِمْ عَنَّا فِي ذَلِكَ الَّذِي حَكَمَ بِهِ الْمُجْمَعُ عَلَيْهِ مِنْ أَصْحَابِكَ، فَيُؤْخَذُ بِهِ مِنْ حُكْمِنَا، وَيُتْرَكُ الشَّاذُّ الَّذِي لَيْسَ بِمَشْهُورٍ عِنْدَ أَصْحَابِكَ؛ فَإِنَّ الْمُجْمَعُ عَلَيْهِ لَا رَيْبَ فِيهِ. وَإِنَّمَا الْأُمُورُ ثَلَاثَةٌ: أَمْرٌ بَيْنَ رُشْدِهِ فَيَتَّبَعُ، وَأَمْرٌ بَيْنَ غَيْبِهِ فَيُجْتَنَّبُ، وَأَمْرٌ مُشْكِلٌ يُرَدُّ عَلَيْهِ إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ؛ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: حَلَالٌ بَيْنَ، وَحَرَامٌ بَيْنَ، وَشُبُهَاتٌ بَيْنَ ذَلِكَ، فَمَنْ تَرَكَ الشُّبُهَاتِ نَجَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ، وَمَنْ أَخَذَ بِالشُّبُهَاتِ ارْتَكَبَ الْمُحَرَّمَاتِ، وَهَلَكَ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ».

قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الْخَبْرَانِ عَنْكُمْ مَشْهُورَيْنِ قَدْ رَوَاهُمَا الثَّقَاتُ عَنْكُمْ؟

قال: «يُنْظَرُ، فَمَا وَافَقَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَخَالَفَ الْعَامَّةَ، فَيُؤْخَذُ بِهِ، وَيُتْرَكُ مَا

خَالَفَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَوَافَقَ الْعَامَّةَ.

قُلْتُ: جُعِلَتْ فِدَاكَ، أَرَأَيْتَ، إِنْ كَانَ الْفَقِيهَانِ عَرَفَا حُكْمَهُ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَوَجَدْنَا أَحَدَ الْخَبْرَيْنِ مُوَافِقًا لِلْعَامَّةِ، وَالْآخَرَ مُخَالَفًا لَهُمْ، بِأَيِّ الْخَبْرَيْنِ يُؤْخَذُ؟

قَالَ: «مَا خَالَفَ الْعَامَّةَ، فَفِيهِ الرَّشَادُ».

فَقُلْتُ: جُعِلَتْ فِدَاكَ، فَإِنْ وَافَقَهُمَا الْخَبْرَانِ جَمِيعًا؟

قَالَ: «يُنْظَرُ إِلَى مَا هُمْ إِلَيْهِ أَمِيلُ حُكْمُهُمْ وَقُضَائِهِمْ، فَيُتْرَكُ، وَيُؤْخَذُ بِالْآخَرِ».

قُلْتُ: فَإِنْ وَافَقَ حُكْمُهُمُ الْخَبْرَيْنِ جَمِيعًا؟

قَالَ: «إِذَا كَانَ ذَلِكَ، فَأَرْجُهُ حَتَّى تَلْقَى إِمَامَكَ؛ فَإِنَّ الْوُقُوفَ عِنْدَ الشُّبُهَاتِ خَيْرٌ مِنَ الْإِقْتِحَامِ فِي الْهَلَكَاتِ» (١).

الرواية من حيث السند لو لم تكن معتبرة فلا أقل من أن تكون مقبولة فالسند لا بأس به.

ويراها صاحب الجواهر (٢) نصب نائب الغيبة وقال: «ويمكن بناء ذلك - بل لعله الظاهر - على إرادته النصب العام في كل شيء على وجه يكون له ما للإمام عليه السلام كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «فإني جعلته حاكما» أي وليا متصرفا في القضاء وغيره من الولايات ونحوها» (٣).

قال الشيخ الأعظم قدس سره: «أما وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكورة، فيدل عليه مضافا إلى ما يستفاد من جعله حاكما، كما في مقبولة ابن حنظله، الظاهره في كونه كسائر الحكام المنصوبه في زمان النبي صلى الله عليه وآله والصحابه في إلزام الناس بإرجاع الأمور

ص: ٢٤٣

١ - ١. الكافي ١/١٦٧، ح ١٠ (١/٦٨)؛ ونقل عنه في وسائل الشيعه ٢٧/١٣٦، ح ١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي؛ و  
٢٧/١٠٦، ح ١، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي؛ كما ذكرها في وسائل الشيعه ٢٧/١٣، ح ٤، الباب ١ من أبواب صفات  
القاضي؛ ووسائل الشيعه ١/٣٤، ح ١٢، الباب ٢ من أبواب مقدمات العبادات.

٢ - ٢. الجواهر ٤١/٢٠ (٤٠/١٧).

٣ - ٣. الجواهر ٤١/٢١ (٤٠/١٨).

المذكوره إليه، والانتهاه فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب الرجوع في الأمور العامه المطلوبه للسلطان إليه»(١).

وقال المحقق العراقي في مسأله عدم جواز تفويض القضاء إلى المقلد: «... نعم، بعد الفراغ عن إثبات قابليه المحل بيقى الكلام في صلاحية الفقيه لمثل هذا التفويض. وعليه فيمكن أيضا منعه، لأنه بعد ما لم يكن من الأمور الحسينيه التي علم من الشارع مطلوبته وجوده موقوف على ثبوت الولاية العامه وأن ما للإمام لهم. وهو أيضا في غايه الإشكال،

لأن عمده ما يصلح لإثباته هو عموم «وأما الحوادث الواقعه» وعموم «مجارى الأمور بيد العلماء بالله» وإلا فعمومات الوراثه والخلافه وأمثال ذلك يمكن حملها على مقام تبليغ الأحكام وبيان الحلال والحرام.

ولا يخفى أن الأول منهما منزل على أمور معهوده في المسؤول المشكوك كون المورد منها، خصوصا مع توصيف الحادثه بالواقعه، فإنه لا بد من حمله على وقوعه حقيقه أو ما لا بد من وقوعه. وعلى التقديرين ليس ما نحن فيه من مصاديقه، لعدم إحراز مطلوبته وقوع التفويض من الشارع كما هو ظاهر. وأما الأخير فهو من حيث «المجارى» وإن كان عاما ولكن الكلام في شمول «العلماء بالله» لغير الإمام عليه السلام.

نعم، بناء على العموم لا بأس باستفاده مرجعيه الفقيه في الأمور العامه النوعيه. كما أنه ربما يستكشف ذلك من صرف الإمام من التحاكم إليهم وإرجاعهم إلى فقهاء الشيعه، إذ من مثله ربما يستفاد كون الفقيه حاكما في قبال حكامهم وأن له من الشأن ما لهم من الولاية على الأمور النوعيه السياسيه التي كانوا مرجعا فيها، بل والولاية على الحكم في رؤيه الهلال والتصرف في أموال الغيب والقصر وحبس الغريم، بل وإحضار المدعى عليه في مجلس القضاء وإلزامه بالجواب وأمثاله، نظرا إلى أن هذه كلها من شؤونهم»(٢).

وقال في توضيح تقريب العراقي، تلميذه آيه الله السيد عبدالله الشيرازي رحمهما الله: «نعم،

ص: ٢٤٤

١-٤. المكاسب ٣/٥٥٤.

٢-١. كتاب القضاء ١٢/ و ١٣ للمحقق العراقي.

قد يقرّر وجه التمسك لا- من جهة إطلاق لفظ «الحاكم» كما هو ظاهر كلام شيخنا الأنصارى قدس سره ، بل من جهة فحوى الروايه، وقد ذهب إليه شيخنا الشيخ العراقي قدس سره فى نفوذ حكمه، وتبعه بعض الأعظم من تلامذته، بحيث عمّا نفوذه من هذه الجبهه حتّى فى حكمه فى ثبوت الهلال. وبيان الفحوى: هو أنّ الناس لما جعلوا بينهم قضاءً وحكاماً يرجعون إليهم فى مطلق أمورهم من القضاوه وغيرها من الأمور المذكوره، والإمام عليه السلام فى هذه الروايه لم يردعهم عن أصل هذا المطلب وكبراه وأنه لا بدّ أن يكون بين الناس من يتكفل لهذه الأمور، وإنّما ردعهم من جهة تعيين المصداق، وخطأهم بالنسبه إلى من يجعلونه مصداقاً للكبرى المذكوره وما هو المرتكز فى الأذهان. هذا غايه البيان لوجه الدلاله، وإلى هذا التقرير ذهب المحقّق العراقي قدس سره .

ولا يرد عليه: أنه ليس من المعلوم كون هذه الأمور من شؤون القضاء فى ذلك

العصر، حتّى يكون الردع عن الرجوع إليهم إثباتها للفقيه بعد تعيين المصداق، بل كان فى تلك الأزمنه قضاءه وولاه وكانت لكلّ منهم وظائف.

لوضوح أن المنهى عنه ليس هو الرجوع إلى خصوص القاضى - على فرض عدم كون شأن القاضى التصرف فى غير القضاء - بل النهى عن الرجوع إلى الحاكم بمعناه الأعم، حيث أنّ المرافعات أيضاً كانت ترجع إلى الخلفاء، بل الصريح فى صدر الروايه، المراجعته إلى السلطان أو القاضى»(1).

فقال المحقّق النائينى رحمه الله فى دلالته: «نعم، لا بأس بالتمسك بمقبوله عمر بن حنظله، فإنّ صدرها ظاهر فى ذلك، حيث إنّ السائل جعل القاضى مقابلاً للسلطان، والإمام عليه السلام قرّره على ذلك، فقال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا تنازعا فى دينٍ أو ميراثٍ فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاء، أيحلّ ذلك؟ ... إلى آخره.

بل يدلّ عليه ذيلها أيضاً، حيث قال عليه السلام: «ينظر إلى من كان منكم قد روى حديثنا، ونظر فى حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً، فإنّى قد جعلته عليكم

ص: ٢٤٥

حاكما» فَإِنَّ الْحُكُومَةَ ظَاهِرُهُ فِي الْوِلَايَةِ الْعَامَّةِ، فَإِنَّ الْحَاكِمَ هُوَ الْعَدِيَّ يَحْكُمُ بَيْنَ النَّاسِ بِالسِّيفِ وَالسُّوْطِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ شَأْنَ الْقَاضِي»(١).

وقال السيد الخميني رحمه الله: «وأما الدلالة؛ فلأجل تمسك الإمام عليه السلام بالآية الشريفة، فلا بد من النظر إليها، ومقدار دلالتها، حتى يتبين الحال.

قال تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوْءَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»(٢).

لا شبهه في شمول الحكم للقضاء الذي هو شأن القاضي، والحكم من الولاة والامراء، وفي «المجمع»: أمر الله الولاة والحكام أن يحكموا بالعدل والنصفه.

ونظيره قوله تعالى: «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»(٣).

ثم قال تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ

مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...»(٤).

كما لا شبهه أيضا(٥) في أن مطلق المنازعات داخله فيه - سواء كانت في الاختلاف في ثبوت شيء ولا- ثبوته، أو التنازع الحاصل في سلب حق معلوم من شخص أو أشخاص، أو التنازع الحاصل بين طائفتين المنجرتين إلى قتل وغيره - التي كان المرجع بحسب النوع فيها هو الوالي لا- القاضي، ولا- سيما بما لحظه ذكره عقيب وجوب إطاعة الرسول وأولى الأمر؛ إطاعتها بما هي إطاعتها، هي الائتمار بأوامرهم المربوطة بالوالي.

وليس المراد بها إطاعتها في الأحكام الإلهية؛ ضروره أن إطاعه الأوامر الإلهية

ص: ٢٤٦

١-٢. منيه الطالب ٢/٢٣٦.

٢-٣. سورة النساء /٥٨.

٣-٤. سورة ص /٢٦.

٤-١. سورة النساء /٥٩.

٥-٢. (كما) وافيّه ومُغْنِيهِ عَنِ ذِكْرِ (أَيْضًا) لِأَنَّهَا فِي مَعْنَاهَا فَذِكْرُ (أَيْضًا) بَعْدَ (كَمَا) حَشْوٌ وَلَا عِبْرَةَ بِالْخَطِّ الشَّائِعِ.

إطاعه لله، لا إطاعه لهما، فلو صَلَّى قاصدا إطاعه رسول الله صلى الله عليه وآله، أو الإمام عليه السلام، بطلت صلاته.

نعم، إطاعه أوامرهم السلطانية إطاعه لله أيضا؛ لأمره تعالى بإطاعتهم.

ثم قال تعالى: «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ...» (١) إلى آخره.

وهذه الآيه أيضا مفادها أعم من التحاكم إلى القضاء وإلى الولاة، لو لم نقل: بأن «الطاغوت» عبارته عن خصوص السلاطين والأمرء؛ لأن الطغيان والمبالغة فيه مناسب لهم لا للقضاء، ولو اطلق على القضاء يكون لضرب من التأويل، أو بتبع السلاطين الذين هم الأصل في الطغيان، ويظهر من المقبوله التعميم بالنسبه إليهما.

ثم إن قوله: «منازعه في دين أو ميراث»، لا شبهه في شموله للمنازعات التي تقع بين الناس فيما يرجع فيه إلى القضاء، كدعوى أن فلانا مديون مع إنكاره، ودعوى أنه وارث ونحو ذلك، وفيما يرجع فيه إلى الولاة والأمرء، كالتنازع الحاصل بينهما لأجل عدم أداء دينه، أو إرثه بعد معلوميته.

وهذا النحو من المنازعات مرجعها الأمرء، فإذا قتل ظالم شخصا من طائفه، ووقع النزاع بين الطائفتين، لا مرجع لرفعه إلا الولاة.

ومعلوم أن قوله: «في دين أو ميراث» من باب المثال، والمقصود استفادته التكليف

في مطلق المنازعات، والاستفسار عن المرجع فيها، ولهذا أكد الكلام لرفع الإبهام بقوله: «فتحاكما إلى السلطان، أو إلى القضاء»، ومن الواضح عدم تدخل الخلفاء في ذلك العصر - بل مطلقا - في المرافعات التي ترجع إلى القضاء، وكذلك العكس.

فقوله عليه السلام: «من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت» انطباقه على الولاة أوضح، بل لولا القرائن لكان الظاهر منه خصوص الولاة.

وكيف كان: لا إشكال في دخول الطغاه من الولاة فيه، ولا سيما مع مناسبات

ص: ٢٤٧

الحكم والموضوع، ومع استشهاده بالآيه التي هي ظاهره فيهم في نفسها.

بل لولا- ذلك يمكن أيضا أن يقال بالتعميم؛ للمناسبات المغروسة في الأذهان، فيكون قوله بعد ذلك: «فكيف يصنعان؟» استفسارا عن المرجع في البابين، واختصاصه بأحدهما - ولا سيما بالقضاء - في غايه البعد، لو لم نقل: بأنه مقطوع الخلاف.

وقوله عليه السلام: «فليرضوا به حكما» تعيين للحاكم في التنازع، فليس لصاحب الحق الرجوع إلى ولاه الجور، ولا إلى القضاء.

ولو تَوَهَّم من قوله عليه السلام: «فليرضوا» اختصاصه بمورد تعيين الحكم، فلا شبهه في عدم إرادته خصوصه، بل ذكر من باب المثال، وإلا فالرجوع إلى القضاء - الذي هو المراد جزما - لا يعتبر فيه الرضا من الطرفين.

فاتضح من جميع ذلك: أنه يستفاد من قوله عليه السلام: «فإني قد جعلته حاكما» أنه عليه السلام قد جعل الفقيه حاكما فيما هو من شؤون القضاء، وما هو من شؤون الولاية.

فالفقيه ولي الأمر في البابين، وحاكم في القسمين، ولا سيما مع عدوله عليه السلام عن قوله: «قاضيا» إلى قوله: «حاكما» فإن الأوامر أحكام، فأوامر الله ونواهيه أحكام الله تعالى.

بل لا يبعد أن يكون القضاء أعم من قضاء القاضى، وأمر الوالى وحكمه، قال تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ» (١) وكيف كان لا ينبغي الإشكال في التعميم» (٢).

ثم تعرض لحلّ الشبهتين وقال: «قد تنقدح شبهه في بعض الأذهان: بأنّ عبد الله عليه السلام في أيام إمامته، إذا نصب للإماره أو القضاء شخصا أو أشخاصا، كان أمده إلى زمان إمامته،

وبعد وفاته وانتقال الإمامه إلى مَنْ بعده يبطل النصب وينزل الولاية والقضاء.

وفيها ما لا يخفى؛ فإنه مع الغض عن أنّ مقتضى المذهب أنّ الإمام إمام حيا وميتا

ص: ٢٤٨

١-١ . سورة الأحزاب / ٣٦.

٢-٢ . كتاب البيع / ٢ (٦٤٢-٦٣٩)

وقائما وقاعدا، أنّ النصب لمنصب - سواء كان نصب الولاية، أو القضاء، أو نصب المتولّي للوقف، أو القيم على السفهاء والصغار - لا يبطل بموت الناصب.

فمن الضروريّ في طريقه العقلاء، أنّه مع تغيير السلطان أو هيئه الدوله ونحوهما، لا ينزل الولاية والقضاء وغيرهم من المنصوبين من قبلهم، ولا يحتاجون إلى نصب جديد.

نعم، للرئيس الجديد عزل من نصبه السابق وتغييره، ومع عدمه تبقى المناصب على حالها.

وفى المقام: لا يعقل هدم الأئمه اللاحقين عليهم السلام نصب الإمام أبي عبد الله عليه السلام؛ لأنّه يرجع إمّا إلى نصب غير الفقهاء العدول، وإرجاع الأمر إليهم، فمع صلاحية الفقهاء العدول - كما يكشف عنها نصب أبي عبد الله عليه السلام إياهم - لا يعقل ترجيح غيرهم المرجوح بالنسبه إليهم عليهم، ولو كان عدلاً إمامياً.

وقد تقدّم: أنّه كالضروريّ لزوم كون الوالى عالماً بالقوانين، والجاهل لا يصلح لهذا المنصب، ولا لمنصب القضاء.

أو إلى إرجاعهم إلى ولاية الجور وقضاته، وهو ظاهر الفساد، كإهمال لهذا الأمر الضروريّ الذى تحتاج إليه الأمم، ولا يعقل بقاء عيشهم إلاّ بذلك، فمن نصبه الإمام عليه السلام منصوب إلى زمان ظهور وليّ الأمر عليه السلام.

مضافاً إلى أنّ من الضروريّ فى الفقه أنّ نصبه باق، ولا زال تمسّك الفقهاء بمقبوله عمر بن حنظله لإثبات منصب القضاء للفقهاء، كما أنّ من فهم منها الأعمّ استدلال بها لذلك، وهذا واضح.

وهنا شبهه أخرى، وهى أنّ الإمام عليه السلام وإن كان خليفه رسول الله صلى الله عليه وآله وولّى الأمر، وله نصب الولاية والقضاء، لكن لم تكن يده مبسوطه، بل كان فى سيطره خلفاء الجور، فلا أثر لجعل منصب الولاية لأشخاص لا يمكن لهم القيام بأمرها، وأمّا نصب القضاء فله أثر فى الجملة.

وفىها: أنّه مع وجود أثر فى الجملة فى جعل الولاية أيضاً كما لا يخفى - فإنّ جعل



المرجع للشيعة يوجب رجوعهم إليه ولو سراً في كثير من الأمور، كما نشاهد بالضرورة -

أن لهذا الجعل سراً سياسياً عميقاً، وهو طرح حكومه عادلته إلهيته، وتهيته بعض أسبابها، حتى لا يتحير المفكرون لو وفقهم الله لتشكيل حكومه إلهية.

بل هو زائدا على الطرح بعثهم إلى ذلك، كما هو واضح.

ولقد تصدى بعض المفكرين ل طرح حكومه وتخطيطها في السجن؛ برجاء تحققها في الآتي، ووفق بعضهم لذلك حتى في عصرنا. (١)

فالرسول صلى الله عليه وآله عيّن خلفاء بخصوصهم، وهو الأئمة الأطهار - صلوات الله عليهم - ، وفي نصبهم وتعيينهم مصالح، منها: تحقق أمه عظيمه بلغت في الحال - بحمد الله - عددا كثيرا جدا.

بل الغالب في العظماء من الأنبياء وغيرهم الشروع في الطرح أو العمل من الصفر تقريبا، فهذا رسول الله صلى الله عليه وآله ، قد قام بالرسالة ولم يؤمن به في أول تبليغه إلا طفل صغير السن عظيم الشأن، وامرأه جليله.

ولكن قام بأعباء الرسالة ونشر الدعوه عن عزم راسخ، وإرادته قويه، وقوه قدسيه، غير آيس من حصول مقصده، وجاهد وتحمل المشاق طيله حياته، حتى بلغ الأمر إلى أن نشر الإسلام في العالم، وبلغت عدّه المسلمين - في الحال - قريبه من سبعمائه مليوناً، وستزيد إن شاء الله «والله غالب على أمره».

وأبو عبد الله عليه السلام قد أسّيس بهذا الجعل أساساً قويماً للأئمة وللمذهب؛ بحيث لو نشر هذا الطرح والتأسيس في مجتمع التشيع، وأبلغه الفقهاء والمفكرون إلى الناس - ولا سيما إلى المجامع العلميه وذوى الأفكار الراقية - لصار ذلك موجبا لانتباه الأئمة والتفاتهم إليه، وخصوصاً طبقه الشبان، فلعله يصير موجبا لقيام شخص أو أشخاص بتأسيس حكومه إسلاميه عادله، تقطع أيادي الأجانب من بلاد المسلمين.

واللازم على العلماء الأعلام والمبليغين أيدهم الله تعالى أن يقوموا بهذا الأمر

ص: ٢٥٠

١-١. قد مثل في مجلس بحثه بجواهر لعل نهرو في الهند وأحمد سوكارنو في الأندونزيا.

الحيوي، ويزيلوا اليأس من قلوبهم وقلوب الطلاب والمحصيلين وسائر الناس، فإنه مبدأ الخمود والقعود عن الوصول إلى الحق» (١).

وقال الفقيه السيد الكلبي يگانی قدس سره: «يستفاد منها أنّ المرجع في القضايا الواقعة بين المسلمين - ممّا لا يخلو منه زمان ولا مكان ويتلى به الرعيه وأكثر الإمه - هو العالم

بأحكامه تعالى والناظر في حلاله وحرامه، وأنّ التمرد عن أمره والتخلف عن رأيه، وعدم الاعتناء بشأنه كالشرك بالله والردّ عليه. فالعالم هو الذي ينفذ في تلك القضايا أمره ويتبع رأيه ونظره» (٢).

وقال آيه الله السيد محمدمهدى الموسوي الخليلي - مدظله - في تقريب الاستدلال: «على أيّ حال لقد اعتبر أكثر الفقهاء هذا الحديث خاصّاً بباب القضاء، ولا يستفاد منه إلّا ولاية القضاء؛ لأن السؤال والجواب الواردين في ذلك الحديث راجعان إلى القاضى المخالف والموافق الذي قال الإمام عليه السلام في مورده: «ينظران من كان منكم» (أى من الشيعة) أى انتخبوا قاضياً شيعياً.

المقبوله والولاية على شؤون القضاء: للقضاء المنصوبين من جانب الحكومات الإسلاميه في الأزمنه الغابره والحاضره نوعان من الصلاحيات والاختيارات (الولايات) التي هي لائقه بمقام القاضى وشأنه، مثل ولاية نصب القيم على الأطفال الصغار، وعلى المجانين، والولاية على حفظ أموالهم، ورعايتها وأمثال ذلك، فهل يمكن إثبات هذا المقدار من الولايات لقاضى الشيعة (الفقيه الجامع للشرائط) بواسطه هذا الحديث أو لا؟

لقد حصّر بعض العلماء مفاد هذا الحديث بولاية القضاء، ونفّوا أى نوع آخر من الولايات الجزئيه المذكوره من مفهوم هذا الحديث.

ولكنّ التفكيك بين ولاية القضاء، والولاية على شؤونها وإن كان ممكناً، ولكن حيث إنّ نصب قضاة الشيعة كان بهدف الاستغناء عن قضاة العامه، فإن الإنصاف يقضى

ص: ٢٥١

١-٢. كتاب البيع (٢/٦٤٥-٦٤٢).

٢-١. الهدايه إلى من له الولاية ٨٠٢، المطبوعه في ضمن رسائل في ولاية الفقيه.

بأن يكون قضاء الشيعة يتمتعون بجميع الولايات المذكوره، حتى يتحقق الاستغناء الكامل وإلا بقي الشيعة حيارى فى الموارد المذكوره لا يعلمون إلى من يرجعون ليعين - مثلاً - قيمٌ لاءيتامهم، وهذه الولاية وإن أمكن إثباتها عن طريق ولاية الحسبه أيضا ولكن يجب الاعتراف والقبول بدلاله المقبوله، بالدلاله الالتزاميه أيضا.

المقبوله والولاية على التصرف فى الأمور الاجتماعيه: هل يدل الحديث المذكور على ولاية القضاء وشؤونها؟ وهل يدل أيضا على ولاية التصرف فى الأمور الاجتماعيه أو السياسيه والتنفيذيه أم لا؟

إن شمول المقبوله بالنسبه إلى الموارد المذكوره يرتبط بثبوت الإطلاق فى ذلك

الحديث والذى يمكن بيانه كما يأتى:

أ: مصطلح المنازعه الذى ورد فى السؤال المذكور يعم المنازعه فى الحق والباطل بلحاظ الشبهه الحكميه، أو الشبهه الموضوعيه، والنزاع فى استنقاذ الحق القطعى المعلوم، بل ويشمل أيضا النزاعات، والاختلافات الواقعه فى آراء المجتمع ووجهات نظرهم التى هى أيضا نوع من أنواع النزاع، حيث إنَّ الأموال بحاجه إلى الفتوى، والثانى بحاجه إلى القضاء، والثالث بحاجه إلى السلطه التنفيذيه، والرابع بحاجه إلى الحكومه، يعنى ولاية الأمر، على أن الصور الثلاث برمتها يمكن تصوُّرها فى مورد السؤال عن «الدين» و «الميراث»؛ لأنَّه ربما يكون النزاع والتخاصم فى أصل وارثيه أحد أو مدينيه وعدم معرفه الحكم الشرعى فى هذه الحاله تاره؛ وربما يكون من جهه الاختلاف فى الأداء وعدم الأداء للدين، أو تسلم الميراث وعدم تسلمه تاره أخرى؛ كما أنه يمكن أن يكون النزاع والتخاصم بسبب تسديد الدين الثابت أو الميراث القطعى والذى لا يحتاج استيفاؤه إلى الفتوى والقضاء لعدم وجود اختلاف فى أصل ثبوت الحق، بل المقام بحاجه إلى وجود قوه تنفيذيه وسلطه مجريه تأخذ الحق من الغاصب وتُسلمه إلى صاحبه الحقيقى.

ويمكن أن نعتبر أن يكون فرض «التحاكم إلى السلطان وإلى القضاء» فى الحديث إشاره إلى كلا النوعين من النزاع (أى النزاع فى الحق والباطل، والنزاع فى أخذ الحق المعلوم) وعدم أخذه؛ لأنَّ السُّلطان يتمتع بسلطه تنفيذيه، والقاضى لا يملك إلا السلطه القضائيه،

وجعل هذين أحدهما فى مقابل الآخر فى السؤال المطروح فى الحديث الحاضر دليل على التنوع فى النزاعات التى يجب الرجوع فيها إليهم، ومن المعلوم أن وجود السلطة التنفيذية بدون الحكومه غير ممكن، والسلطة الحاكمه يحق لها التدخل فى الأمور الاجتماعيه.

ب: الدليل الآخر على التعميم عبارته عن كون لفظه الحاكم فى قوله عليه السلام: «فإنى قد جعلته عليكم حاكماً» تعم القاضى والوالى، يعنى أن الحاكم هو الذى يمتلك منصبى القضاء والتنفيذ؛ لأن منصب القاضى كان منفصلاً عن منصب والى فى الحكومات الإسلاميه الماضيه، إذ كان القاضى يمتلك السلطة القضائيه، والوالى يمتلك السلطة التنفيذيه، وقد أعطى الإمام عليه السلام هذين المنصبين كليهما إلى الفقيه تحت عنوان «الحاكم» وعلى هذا تكون بين الحاكم وكل من والى والقاضى نسبه العموم المطلق؛ والحاكم - فى تعبير الحديث - يشمل سمه القضاء وولايه الأمر والقيام بحفظ النظام، والأعمال التنفيذيه أيضاً.

والشاهد على هذا التعميم المذكور فى السؤال المطروح فى الحديث حول الرجوع والتحاكم إلى السلطان والقاضى.

سؤال: أليس هذا التعميم لغواً لأن فقهاء الشيعة كانوا يفقدون فى عصر صدور هذا الحديث الشريف كل سلطة تنفيذيه فى ظل الحكومات التى كانوا يعاصرونها، ولم يكن فى إمكانهم أن يفعلوا ما أشار إليه الحديث؛ لأن السلطات التنفيذيه كانت برمتها فى قبضه القوى والأطراف المخالفه لأهل البيت عليهم السلام؟

الجواب: إن الأحكام الشرعيه تُشرع دائماً فى قالب وصوره القوانين الكليه العامه، ولا يُلاحظ فيها زمن خاص، فيفترض فيها أن تأخذ مجراها إلى التطبيق العملى كلما سنحت الفرص، وواتت الظروف، وعلى هذا الأساس لا مانع من أن يكون الإمام عليه السلام قد فوض سمه الحكومه إلى الفقهاء وإن لم يمكن ممارسه هذه الحكومه فى فتره خاصه من الزمن ولكنها تتحقق فى الظروف المؤاتى.

ولكن المشكله هى فى تعميم لفظه المنازعه - فى الحديث المذكور - بالنسبه

لموارد سلب الحق القطعيّ يعنى أن صدق المنازعه خاص بموارد الاختلاف فى الحق والباطل.

أما فى مورد الامتناع عن أداء الحق القطعى ورد الغضب الحقيقى فلا يصدق عليه عنوان النزاع والتحاكم بل يصدق فقط فى ما إذا كان هناك تظلم وتَشكُّ من الظالم؛ لأن المفروض هنا عدم وجود مُدَّع ومنكر، بل امتناع عن أداء الدّين أو الميراث القطعى، ولا يحضر فى المقام الظالم والمظلوم عند الحاكم بعنوان التحاكم (أى طرح النزاع والمطالبه بإجراء العداله) ليقال فتحاكما إلى السلطان (وإلى القاضى)، بل هنا غاصبٌ يجب أن يُستحضر ويُجلب ويؤخذ منه الحق، ويعطى إلى صاحبه.

وعلى هذا الأساس فإنّ مورد السؤال فى هذا الحديث هو خصوص الاختلاف فى الحقّ والباطل من جهة الحكم الشرعى الكلى، أو التشخيص الجزئى، وربما مارس السلطان القضاء أحيانا كما كان أمير المؤمنين عليه السلام نفسه يتولى القضاء ويمارسه مع الاحتفاظ بسمه ولايه الأمر والحاكميه على البلاد الإسلاميه، وكذلك كان صغار الولاة أيضا.

ولكن مع كلّ هذا يجب أن نقبل بتعميم لفظ «الحاكم» لغير موارد الخصومه مثل

إصدار الأوامر فى القضايا الاجتماعيه والتنفيذيه والزام المتخلفين، وحكم الحاكم فى قضيه الهلال وجميع الموضوعات غير القضائيه كذلك؛ لأن لفظه «الحكم» ليست خاصه بموارد الخصومات، ولهذا السبب تُطلق كلمه الحكم على الأوامر والنواهي الشرعيه إلزاميه وغير إلزاميه، ويُعبّر عنها بـ «الأحكام الخمسه»، وكذا تُستعمل كلمه «الحكم» فى آيات القرآن الكريم، فيما هو أعم من موارد الخصومه مثل قوله تعالى: «فأحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عمّا جاءك من الحق» (١).

والحكم فى هذه الآيه هو الأعم من الأمر والقضاء. وكذا فى قوله تعالى: «إنّ الله

ص: ٢٥٤

يَحْكُمُ ما يُرِيدُ»(١). ولهذا السبب يشمل حكم الحاكم الموضوعات غير القضائيه مثل الحكم بثبوت الهلال، أيضا وإن كان هناك كلام في حجتيه.

والحاصل أن مورد السؤال في المقبوله وإن كان خصوص الموارد القضائيه ولكن جواب الإمام عليه السلام أعم، ولهذا يمكن اعتبار مفاد المقبوله أعم من ولايه القضاء وولايه الحكم والحكومه. «فإني قد جعلته عليكم حاكما»(٢).

هذا غايه ما يمكن أن يقال في تقريب الاستدلال بالمقبوله.

ولكن جماعه من الأصحاب لم يقبلوا هذا التقريب واختصوا المقبوله بباب القضاء ورفع الخصومات والمنازعات وناقشوا في التقاريب:

فمنهم: المولى صالح المازندراني (م ١٠٨١) قال: «الحاكم وهو القاضى»(٣).

ومنهم: المولى رفيع الدين محمّد بن حيدر النائيني رحمه الله الشهير بالميرزا رفيعا (م ١٠٨٢) قال: «قوله عليه السلام: «فإني قد جعلته عليكم حاكما» أى قد صيرته حاكما عليكم، أو قد وصفته بكونه حاكما عليكم، وحكمت بذلك، وسميته بالحاكم.

يقال: جعل فلان زيدا أعلم الناس: إذا وصفه بذلك وحكم به. ومنه قوله تعالى: «وَجَعَلُوا الْمَلَائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبَادُ الرَّحْمَنِ إِناثا»(٤) أى وصفوهم بذلك، وحكموا بكونهم إناثا.

وعلى الأول يكون حكومه المجتهد بنصبه عليه السلام لها، فلا يثبت له حكومه بدون النصب ما لم يدل دليل آخر.

وعلى الثانى يكون المجتهد متصفا بالحكومه، ويكون قوله عليه السلام مبينا لاتصافه بها.

والثانى أولى؛ لوجوه:

منها: أنه لم يكونوا عليهم السلام فى تلك الأعصار ينصبون الحكام.

ص: ٢٥٥

١-٢. سوره المائده /١.

٢-٣. الحاكميه فى الإسلام / (٦١٤-٦٠٩).

٣-٤. شرح اصول الكافى ١/٣٣٧.

٤-٥. سوره الزخرف /١٩.

ومنها: أنهم لو نصبوا لأعلموا الناس بنصب الفقيه للحكومة ابتداءً ولكان هذا من المعلوم عند الإمامية، ولو كان لنقل، وإذ لم ينقل علم أنه لم يكن.

ومنها: أنه لم يُعهد نصب غير المعين.

ومنها: أن الضرورة ما سه بحكومة الفقيه: أما عند الغيبة، فظاهر، وأما مع ظهور الحجّة، فلعدم إمكان رجوع الكلّ في كلّ الأحكام إلى الحجّة لا بوسط وحكومته بمعنى كونه جازر الحكم بعد ما تحاكما إليه نافذ الحكم حينئذٍ، وظهور الحجّة وغيبته سواء في ذلك، ويكون حكمه أخرى لشخصٍ بخصوصه بنصب الحجّة عند ظهوره وتمكّنه.

ولو حمل على الأوّل فيما أن يُحمل على نصبه عليه السلام للفقيه في عصره وفي الأعصار بعده، أو على نصبه في عصره.

وعلى الأوّل فيكون الفقيه منصوباً ما لم ينزل بعزله، أو بعزل من يقوم مقامه.

وعلى الثاني ينقضى أيام نصبه بانقضاء أيامه عليه السلام حيث يكون الحكم لغيره بعده.

ويحتمل الحكم بنصبه بعده ما لم ينزل؛ لاتحاد طريقتهم عليهم السلام واستحسان اللاحق ما حسنه السابق منهم، وكون المتأخر خليفة للمتقدم؛ فما لم يظهر منه خلاف ما جاء من المتقدم حكم بإبقائه له.

والظاهر من الحاکم القاضي - وهو الذي يحكم في الوقائع الخاصّة ويُنفذ الحكم كالحكم - لا المفتى، وهو المبيّن للحكم الشرعي عموماً»(١).

ومنها: العلامة المجلسي رحمه الله قال: «قوله عليه السلام «فإني قد جعلته عليكم حاكماً»، أُستدلّ به على أنه نائب للإمام في كلّ أمر إلا ما أخرج الدليل ولا يخلو من إشكال، بل الظاهر أنه رخص له في الحكم فيما رفع إليه، لا أنه يمكنه جبر الناس على الترافع إليه أيضاً، نعم يجب على الناس الترافع إليه والرضا بحكمه»(٢).

ومنها: صاحب الحدائق قال: «غايه ما تدلّ [المقبوله] عليه الترافع إليه في

ص: ٢٥٦

١- ١. الحاشية على اصول الكافي (٢٢٦-٢٢٤) ونقل عنه المجلسي في مرآة العقول ١/٢٢٣ تحت عنوان: «قال بعض الأفاضل»، وقال في آخره: «ولا يخفى متانته ويمكن المناقشة في كثير منها».

٢- ٢. بحار الأنوار ٢/٢٢٢ (١/٣٤٩)؛ مرآة العقول ١/٢٢٣.

الحكم والفتوى، وأنه منصوب من قبلهم عليهم السلام لذلك لا بالنسبه إلى الولاية على مال يتيم أو نكاح بالغ غير رشيد، أو من تجدد له الجنون أو السفه بعد البلوغ أو نحو ذلك، فإنه لا أثر لشيء من ذلك في الأخبار وإنما ذلك في كلامهم»(١).

ومنهم: الفاضل المراعى قال فى شأن مقبوله ابن حنظله وروايه أبيخديجه الماضيه: «وهذه الأخبار أيضا لا تقتضى الولاية إلا فى الفتوى والقضاء، ولا تدلّ على كونه وليا مطلقا له التصرف كيف شاء، نعم تدلّان على اعتبار حكمهم وفتواهم كما استدلّ بهما الأصحاب، مع ما فيهما من البحث والإشكال»(٢).

ومنهم: المحقّق الخراسانى رحمه الله قال: «ظهور كونهم حاكما وقاضيا فى خصوص رفع الخصومه كما يشهد ملاحظه المقبوله والمشهوره»(٣).

ومنهم: قال المحقّق الأيروانى: «المقبوله والمشهوره صريحتان فى الحكومه فلا وجه للتمسك بها على عموم النيابة»(٤).

ومنهم: المحقّق الاصفهانى فى تقريب الاستدلال بالمقبوله وأنها لا تعمّ السياسات وحفظ البلاد والعباد ونظامها قال: «إما بتقريب: أنّ المراد بالحاكم ما هو المتعارف من نصب السلطان للحاكم الذين يتصدون الأمور العامه المتعلقة بالرعيه، وإما بأنّ يراد منه القاضى نظرا إلى كونه مورد السؤال، والتحاكم هو الترافع إلى القاضى، وقوله عليه السلام: «إذا حكم بحكمتنا» أى قضى إلى غير ذلك من الشواهد، لا- الحاكم بمعنى الوالى والرئيس، إلا- أنّ جملة من الامور المحتاج إليها - من حفظ مال الغائب والقاصرين وتولى أمورهم بنصب القيم لهم - من لوازم المنصب قاضيا؛ وإنّ كان أجنبيا عن حيثه القضاء، كما هو المرسوم فى الحكومات الإسلاميه من كون التصدى لأمثال هذه الامور

ص: ٢٥٧

١-١ . الحدائق ٢٣٩/٢٣.

٢-٢ . العناوين ٥٧٠/٢.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٩٤/ و ٧٠.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٣٧٤/٢.



من شؤون القاضى، فجعله قاضيا - كما ورد التعبير به فى روايه أُخرى(١) - يستلزم الولاية على هذه اللوازم.

نعم هذا المعنى أخص من الحاكم بالمعنى الأوّل، فإنّ الحاكم بالمعنى الأوّل مرجع جميع الامور المهمه المرتبطه بحفظ البلاد والعباد وتديبر شؤونهم، بخلاف المعنى الثانى فإنّه أجنبى عن جمله من تلك الامور كما يظهر بالمراجعه إلى شؤون القضاء، فإنّها لا تتجاوز دائره الشرعيات ولا تعم السياسات»(٢).

ومنهم: المحقّق الشهيدى قال: «ويتجه الخدشه فى الاستدلال بهما [المقبوله والمشهوره] على ولاية الفقيه بأنّ المتيقّن من أمثالهما بعد ملاحظه صدرها نصبه عليه السلام الفقيه لخصوص القضاء وقطع التخاصم؛ اللهم إلا أن يدعى أنّ جميع أنحاء الولايات داخله فى مفهوم الحاكم القاضى، فأعطاء منصب القضاوه للفقيه فى مورد فصل الخصوصمات يوجب إعطاء جميع أنحاء الولاية له، إلا أنّه مشكل جدا سيّما فى لفظ القاضى؛ لأنّه [القضاء] - على ما حقّقناه فى جامع الدلالات فى القضاء والشهادات - ليس كما يظهر من القوم من كونه من المشترك اللفظى، بل هو موضوع لمعنى جامع لشتات جميع ما قيل بوضعه له من المعانى، وهو إنهاء الأمر وإبصاله إلى غايته، وأنّ إطلاقه على من له ولاية فصل الخصومه إنّما هو بلحاظ إنّهائه الخصومه وختمه، وأنّ تعريفه فى كلمات جماعه بالولاية الشرعيه على الحكم وعلى المصالح العامه ممّا لا داعى إليه، بل ينافيه قولهم بوجوب القضاء كفايه أو عينا على اختلاف الحالات؛ لأنّ الولاية ليست من قبيل الأفعال، فلا يتّصف بالوجوب وغيره من الأحكام.

وكذلك الكلام فى لفظ «الحاكم» فإنّه من الحكم، وهو - كما بيّناه فى كتابنا المذكور - عباره عن إخراج متعلّقه عن التردّد والاحتمال، ومن الواضح أنّ هذين المفهومين لم يؤخذ فيهما نحو من أنحاء الولاية فضلاً عن جميعها، فتدبر جيّدا.

ص: ٢٥٨

١-٥. وسائل الشيعه، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، ح ١.

٢-١. حاشيه المكاسب ٢/٣٨٧ و ٣٨٨.

أو يدعى أنّ الولايه وإن لم تدخل في مفهومها إلا أنّ بعض الولايات - كولاية الحكم في غير مورد التخاصم كما في الهلال، والولاية على القَصِير والأوقاف - من شؤون القاضى ومن له الحكم في الخصومات، ويكشف عن ذلك ثبوت هذه الولايات لقضاء الجور يزعمهم الفاسد وتصديهم له، وأنها من شؤون القضاء عندهم، كما لعله يفصح عن ذلك خبر محمد بن إسماعيل: «قد مات رجل من أصحابنا ولم يوص، فرغ أمره إلى قاضى الكوفة، فصير عبد الحميد القيم بماله...»<sup>(١)</sup>، الخبر، حيث إنه يدل على أنّ نصب

القيم على مال اليتيم شغل القاضى، فإذا نصب الإمام الفقيه قاضيا يثبت له جميع شؤون القضاء التى منها ما ذكر، وكون مورد أدله النصب هو التنازع لا ينافى ذلك؛ إذ مجرد ذلك لا يوجب رفع اليد عن ظهور جعله قاضيا فى ذلك.

ويؤيدّه أنّ الإمام عليه السلام فى مقام ردع الشيعة عن التحاكم إليهم وجعل راوى أحاديثهم والعارف بأحكامهم قاضيا فى مقابلهم، وقضيه المقابله أن يكون مثل القاضى المنسوب من قبل سلطان الجور فى جميع ماله من الشؤون والوظائف، مع أنّ الحكمه فى النصب إنّما هو رفع احتياج الشيعة إلى قضاء الجور، ولا يحصل ذلك إلا بما ذكر.

والحاصل: أنّ كلّ ما كان من شؤون قضاء الجور، فهو ثابت للفقيه فى زمان الغيبه، والظاهر أنّ الولايات الثلاث المذكوره وظيفه قاضى الجور كما هو المشاهد فى عصرنا فتكون للفقيه أيضا، وأما سائر الولايات والمناصب، فالمرجع فى تعيين أنّها من وظائف قضاتهم حتى يكون لقضاتنا أيضا أم لا، هو الرجوع إليهم وتتبع السير والتواريخ.

ويمكن الخدشه فى هذه الدعوى بأنّها وإن كانت من شؤون القاضى عند العامه بلا كلام فيه، إلا أن الكلام فى وجه ذلك.

فإن كان من جهه دخولها فى مفهومه، ففيه: أنّ مرجعه إلى الدعوى الأولى وقد مرّ الكلام فيه.

وإن كان من جهه كونها من لوازم مفهوم القضاء وإنهاء أمر الخصومه عقلاً أو عادة،

ص: ٢٥٩

ففيه: منع واضح للقطع بعدم الملازمه بينهما كذلك.

وإن كان من جهه جعل الجاعل وإعطائه هذه الولايات لمن جعل له ولاية القضاء، ففيه: أنه أمر ممكن إلا أنه لا بد في الحكم بوقوعه في الشرع من دليل يدل عليه، وهو متنفذ؛ ضروره أن دليل نصب القاضي لا يدل إلا على إعطاء منصب القضاء، وقد مرّ أنه لا ملازمه بينه وبين سائر المناصب والولايات كى يدل عليه بالالتزام، ومجرد ثبوت شؤون آخر لمن له القضاوه بواسطه جعل سلاطينهم لا يوجب ثبوتها لقاضى الإمام عليه السلام بواسطه جعله، والمقابله بين الأمرين إنما تقتضى المساواه بينهما فيما كانت المقابله فيه لا مطلقاً، وهو فى المقام فى أحد المتقابلين أعنى قاضى الجور جهه القضاوه خاصه لا هى بتمام شؤونها، ولا أقل من الشك، وهو كافٍ.

ومن هنا ظهر الحال فى مسأله الحكمه؛ فإنها رفع الاحتياج إليهم فى جهه القضاء فقط؛ لعدم احتياجهم إليهم فى سائر الجهات مثل الولايات الثلاث المتقدم ذكرها؛ لثبوتها لكل واحد من عدول المؤمنين.

فقد تحصيل من جميع ما ذكرنا هنا وفى الحواشى المتقدمه أنه لا دليل على ولاية الفقيه على الوجه الأول (١) فى شىء إلا القضاء، فتدبر (٢).

ومنهم: آيه الله السيد محسن الحكيم رحمه الله قال: «وأما الحاكم فى المقبوله فالظاهر منه من له وظيفه الحكم، أما بمعنى الحكم بين الناس فيختص بفصل الخصومه، أو مطلقاً فيشمل الفتوى كما يناسبه العدول عن التعبير بالحكم إلى التعبير بالحاكم، حيث قال عليه السلام: «فليرضوا به حكماً، فإنى قد جعلته عليكم حاكماً»، مضافاً إلى ما يأتى مثله فى المشهوره، وليس له ظهور بمعنى السلطان أو الأمير كى يكون له ولاية التصرف فى الأمور العامه، فضلاً عن أن يكون بمعنى من له الولاية المطلقه بالتصرف فى النفوس والأموال.

ودعوى أن إطلاق الحكم الذى جعل من وظائفه يقتضى ذلك، فإن قولنا: زيد له

ص: ٢٤٠

١-١. «أعنى استقلاله فى التصرف» المكاسب ٣/٥٥١.

٢-٢. هدايه الطالب ٣/٢٥٧-٢٥٥.

الحكم، مثل قولنا: زيد له الأمر، ظاهر في نفوذ جميع تصرفاته التشريعية والتكوينية، مدفوعه بأن ذلك المعنى ياباه قوله عليه السلام: «إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه - الخ»، فإنه ظاهر في الحكم المتعلق بفعل المكلف، فلاحظ»<sup>(١)</sup>.

ومنهم: المحقق الشيخ أبو الحسن الشعراني قال في تعليقاته على الوافي: «الظاهر من جعل رجل حاكماً تفويض جميع مناصب القاضى لا مناصب الإمام إليه إلا أن مورده التراضى والتحكيم وكما يحتمل تقييد اطلاق الحكومه بالتراضى كذلك يمكن حمل قيد التراضى على الغالب، إذ لما لم يكن الفقهاء في عصر الأئمة متمكنين من اجبار المدعى عليه وإنفاذ الحكم قهراً عليه لم يذكر في الحديث إلا مورد التراضى.

ومثل هذا لا يدل على تقييد المطلق أعني «قد جعلته حاكماً» مثل ما ورد أن الاستطاعه هي الزاد والراحله والتقييد بالراحله وهى الدّابه لا- يوجب تقييد اطلاق من استطاع إليه سبيلاً فتحصل الاستطاعه بغير الدّابه أيضاً فقوله «قد جعلته عليكم حاكماً» مطلق يشمل جميع وظائف القضاء ولا يقيد بالمورد المذكور فى الروايه نعم هذه دلالة

ضعيفه وتم هنا بالاجماع ودليل العقل. إذ لا- يستقيم أمر الناس زمان الغيبه إلا- بقاض ينفذ حكمه ولو مع عدم تراضى المتحاكمين فلا بدّ إما أن يترك الترافع مطلقاً. ويترك الصغار والمجانين والسفهاء بلا قيم ويهمل أمورهم وإما أن يرجع فيها إلى العلماء العدول أو إلى العوام الفساق فهذا هو دليل ولايه الفقيه ويجعل ماسوى ذلك من الأحاديث به تام الدلالة»<sup>(٢)</sup>.

ومنهم: آيه الله السيد عبدالله الشيرازى قال فى نقد تقريب استاذه العراقى: «هذا ولكن الإنصاف أنه لا يتم هذا الاستدلال، وإتّما عين الإمام عليه السلام فى هذه الروايه مرجعاً للقضاوه فقط، وإن كان شأن الحاكم والقاضى فى السابق مطلق التصرفات، حيث أن الروايه من جهه المراجعه إليهم فى سائر الأمور والردع والإمضاء ساكته.

ص: ٢٤١

١-٣. نهج الفقاهه / ٤٩٤.

٢-١. الوافى ١/٢٨٧.

لا يقال: إذا لم يثبت منه عليه السلام ردع عن المعنى المرتكز في الأذهان، وكون الشخص المذكور مما لا بدّ من وجوده، فيكفي ذلك - أي عدم الردع - في إثبات المطلب.

فإنه يقال: لو كان إرتكاز هذا المطلب مسلّمًا في الأذهان فبمقدمات عدم الردع يتم المطلب ولا يرتبط بالرواية أصلاً، مع أنه لا يلزم من تعيين الحاكم بمعنى القاضى وعدم دلالة على ثبوت مطلق الشؤون الثابتة للقاضى أو للحاكم بالمعنى الأعم للفقهاء. ردع عما كان مرتكزا عند الناس، ومنهم الراوى مع معرفته بالإمام عليه السلام وأنه بنفسه الشريفه يكون حقه السلطنة العامه، وأنّ الأمور لا بدّ أن ترجع إليه كمراجعه الناس إلى السلطان الجائر.

نعم، لو كان الإرتكاز المذكور مسلّمًا وكان المفروض زمان عدم حضور الأمام عليه السلام، كان عدم الردع عنه دليلاً على المطلب، ولكن المفروض خلافه. فلم لا يمكن أن تكون هذه الأمور مما لا بدّ أن ترجع إلى ذاته المقدّسه عليه السلام كما كان مرتكزا في الأذهان عموماً وخصوصاً في نفس الراوى؟ وإنّما هو عليه السلام عيّن أشخاصاً بين الناس لخصوص القضاء، كما أنّ حال سلاطين الجور كان كذلك. ولعمري هذه الطريقة أشدّ ارتكازاً عمّا إدعاه شيخنا العراقي قدس سره وأقرب إلى عدم الردع بعد كون أصحاب الأئمة عليهم السلام متلبّسين بطريقه المخالفين وخلفائهم، وكونهم عارفين بشؤون الأئمة» (1).

ومنهم: الفقيه الشريعتمدارى قال: «وأما استدلاله؛ بمقبوله عمر بن حنظله، فيرد

أنّ القرينتين المنقولتين عن الشيخ رحمه الله غير تامّتين من جهة المورد، ومن جهة استعمال كلمه الحكومه. أمّا عدم مناسبتها فلانّ المستفاد من صدرها وذيلها أنّها في مقام نصب القاضى والحاكم في مورد الإختلاف، والتّنازع في دين أو ميراث؛ وفي هذا المورد صرّح الإمام عليه السلام أنّه لا يجوز التّرافع إلى الطّاغوت وسلطان الجور، بل يجب الرّجوع إلى قاضى الشّيعة، حيث قال عليه السلام: «فليرضوا به حكماً، وأنّى قد جعلته عليكم حاكماً».

فبناء عليه الاستظهار من كلمه الحاكم المعنى الأعمّ من دون ملاحظه قرائن

ص: ٢٦٢

المقام، ومناسبه المورد. ومن دون ملاحظه الرّبط العلى بين هاتين الجملتين - جمله: «فليرضوا به حكما»، و جمله: «أنى قد جعلته عليكم حاكما» - لا يصحّ خصوصا بملاحظه ما ورد في باب القضاء من أنّ الحكومه استعملت في هذا الباب في معنى القضاء، فلم يعلم كون المراد من الحاكم المعنى المصطلح اليوم من كون معناه صاحب الاختيار، حتى أنّه لم يعلم أنّ المراد من الحكم في قوله تعالى: «يا داؤد إنا جعلناك خليفه في الأَرْضِ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (١) المعنى الاعمّ من القضاء، بل يمكن أن يكون راجعا إلى قضاء داود في مورد الاختلاف والتنازع» (٢)... «بالجمله؛ صدر الروايه وذيلها، يُستفاد منه أنّ المراد، نصبُ القاضى ونصبُ الحاكم في مورد الاختلاف.

وبعبارهِ أُخرى هاتين الجملتين كان بينهما رُبطٌ علىّ وهكذا الجملتان: جمله: «فليرضوا به حكما» و جمله: «وَأنى قد جعلته حاكما»؛ فالرّبط بينهما، رُبطٌ علىّ وأنّ طريق إجراء مورد الاختلاف، الحكمُ اللّهُي المَلَكُوتِيّ، يعطينا أنّ موردَ التّنظر، إنّما هو مسألة القضاء لا- الأعمّ منها؛ فالاستظهار من كلمه الحاكم بالمعنى الاعمّ من دون قرائن المقام ومن دون الرّابطه العليّه وشأن نزولِ القضيّه، لا يصحّ خصوصا بملاحظه ما ورد في باب القضاء من أنّ الحاكم، استعمل في هذا الباب بمعنى القضاء فلم يعلم كون المراد من الحاكم بالمعنى المصطلح اليوم من كون معناه، صاحب الاختيار حتى أنّه لم يعلم أنّ المراد من قوله تعالى: «يا داؤد إنا جعلناك خليفه في الأَرْضِ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»، راجعه إلى قضاء داود عليه السلام الّذى هو خليفه في موارد الاختلاف لا المعنى الاعمّ من القضاء فدعوى الشيخ رحمه الله ظهور المعنى لكلمه الحاكم، أنّما المعنى العجمي لا في مورد استعمال العرب والأئمه عليهم السلام» (٣).

ومنهم: المحقّق السيّد الخوئي قال في نقد تقريب استاذه النائيني: «وفيه: أنّ المرسوم في تلك الأزمنه هو جعل الوالى والقاضى دون الحاكم والقاضى، لأنّ الحاكم

ص: ٢٦٣

١- ١. سوره ص ٢٦/.

٢- ٢. تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/٧٠.

٣- ٣. تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/٩١.

مرادف للقاضى كما هو ظاهر وإنما المغاير له الوالى وهو عبارة عمّن يتولّى الأمور، ولم يقل إنى جعلته عليكم واليا وإلا لّتمت الدلاله على المدعى بأوضح وجه، ومن الغريب أنه قدس سره أيد مدّعاها بما ورد في صدر الحديث من التقابل بين السلطان و القاضى وهو يدلّ على تغاير الحاكم والقاضى. ولا يخفى ما فيه بعد ما ذكرناه من أنّ الحاكم بمعنى القاضى ويقابله الوالى والسلطان، ويشهد لما ذكرناه أمران:

الأول: قوله عليه السلام بعد تلك الجملة: «فإذا حكم بحكمننا» فإنّه لا يراد منه إلاّ القضاء.

الثانى: أنّ الحديث إنّما ورد فى المرافعه والمناسب لها هو القضاء دون الولاية كما لا يخفى<sup>(١)</sup>.

ومنهم: آيه الله الاستاذ المنتظرى قدس سره قال فى نقد تقريب استاذه الإمام الخمينى رحمه الله: «ولكن مع ذلك كلّه يمكن أن يناقش فى الاستدلال بالمقبوله على نصب الفقيه واليا بوجوه:

الأول: ما ذكرناه فى الفصل السابق من الإشكال فى النصب العامّ ثبوتا بشقوقه الخمسه، فراجع. وإذا فرض عدم الإمكان ثبوتا لم تصل النوبه إلى مقام الإثبات. ولو فرض وجود ظاهر يدلّ عليه وجب تأويله بأن يحمل على بيان الصلاحيه لا الفعلية، وإنّما تتحقّق الفعلية بالرضا والانتخاب ولذا قال: «فليرضوا به حكما». وأنّما أمر بذلك ردعا عن انتخاب الجائر أو انتخاب غير من ذكره من الفقيه الواجد للشرائط، فتأمل.

الثانى: أنّ الولاية بالنصب كانت ثابتة عندنا للإمام الصادق عليه السلام بنفسه، وبعده أيضا للأئمه من ولده، فما معنى نصب الفقهاء ولاه بالفعل مع وجوده وظهوره؟ ولو قيل بعدم السلطه له بالفعل، قلنا إنّ الفقيه المنسوب من قبله أيضا كذلك.

والسائل سأل عن المرجع للمحاكمات فى عصر الإمام الصادق عليه السلام، فلا مجال لاءنّ يُقال إنّ النصب منه عليه السلام كان لعصر الغيبه فإن السؤال على هذا يبقى بلا جواب ويصير المقام من قبيل استثناء المورد وهو قبيح.

ص: ٢٦٤

نعم، يعقل نصب القاضى للمخاصمات الواقعه بين الشيعة لعصر الإمام الصادق عليه السلام

أيضا بعد عدم جواز الرجوع إلى قضاة الجور.

ومورد السؤال أيضا التخاصم، كما إن مورد نزول الآيه المستشهد بها أيضا كان هو النزاع والتخاصم، كما مرّ.

والمجوعول فى خبر أبيخديجه بنقله أيضا هو منصب القضاء.

والمرجع للأُمور الحسينيه وولاية الغيب والقصير والممتنع أيضا كان هم القضاء، كما هو المتعارف فى عصرنا أيضا. وقد ذكر الماوردى [الشافعيّ] وأبويعلى [الحنبلّي] أن نظر القاضى يشتمل على عشره أحكام أحدها فصل الخصومات، فراجع.

وذكر السلطان فى المقبوله ومشهوره أبيخديجه أيضا كان من جهه أن المرجع للقضاء فى الأمور المهمه المعنى بها كان هو شخص السلطان، مضافا إلى أن التنفيذ والإجراء أيضا كان بقدرته وقوته، ولولاه لم يتمكّن القضاء من تنفيذ أحكامهم.

اللهم إلا أن يجاب عن هذا الإشكال بأنه ليس المقصود الاستدلال بالمقبوله لجعل الولاية الكبرى للفقيه، بل الإمارة والعمل من قبل الإمام المعصوم، كما فى العمّال المنصوبين من قبل الخلفاء. نظير مالك الأشر من قبل أمير المؤمنين عليه السلام .

فَيَصِحُّ نَصْبُ الْفُقَهَاءِ لِذَلِكَ فِي عَصْرِ الْحُضُورِ وَعَصْرِ الْغَيْبِ مَعَ غَايَةِ الْأَمْرِ كَوْنِ تَصَرُّفَاتِهِمْ فِي زَمَنِ عَدَمِ بَسْطِ الْيَدِ مَحْدُودِهِ، فَتَأْمَلُ.

الثالث: إنّ الظاهر أنّ الإمام الصادق عليه السلام لم يكن بصدد الثورة ضد السلطه الحاكمه فى عصره لكى ينصب واليا فى قبالتها، لعدم مساعده الظروف على ذلك. بل كان بصدد رفع مشكله الشيعة فى عصره فى باب المخاصمات. كيف؟ ولم يعهد تدخّله عليه السلام بنفسه فى المسائل الولاية المرتبطه بالولاه مع كونه حقّا له عندنا، فكيف ينصب لذلك الفقهاء فى عصره؟

وكون النصب لعصر الغيبه دون عصره مساوق للإعراض عن جواب السؤال ولاستثناء المورد وهو قبيح، كما مرّ.

اللهم إلا أن يقال: إنّ القضاء كما مرّ ليس منجازا عن الولاية الكبرى، بل هو من



شؤون الوالى. فالإمام عليه السلام جعل الولاية الكبرى للفقير لعصره ولما بعده غاية الأمر أنّ هذا جعل بالنسبة إلى عصره كان منشأ للأثر بالنسبة إلى خصوص القضاء والأمور الحسينية فقط، ولعلّه فى الأعصار المتأخره يفيد بالنسبة إلى جميع الآثار كما تراه فى عصرنا حيث تهباً الجوّ لإقامه دوله إسلاميه فى إيران.

ويكفى فى الابتلاء بموضوع، الابتلاء ببعض شؤونه.

ويؤيد ذلك أنّه عليه السلام بعد ما أرجع المتخاصمين إلى من وجد الصفات المذكوره وأمر برضاها به حكماً قال: «فإنى قد جعلته عليكم حاكماً». إذ الظاهر من هذا التعبير أنّ الذليل بمنزله التعليل لما سبقه، وقد مرّ أنّ لفظه «عليكم» قرينه على إرادته الولاية وإلا كان الأنسب أن يقول: «بينكم». فيكون المراد: «إنى جعلت الفقيه واليا عليكم»، فهو بوجهه ولايته المشروعه يصحّ منه القضاء فيجب أن يرضوا به حكماً.

وإنما قال ذلك مع أنّ قضاء الوالى وقضائه نافذ ولا يشترط فيه رضا الطرفين، لأنّ الوالى المتسلّط وقضائه تكون لحكمهم ضمانه إجرائيه وأما الوالى الذى نصبه الإمام الصادق عليه السلام فهو نظير نفس الإمام لم تكن ضمانه إجرائيه لحكمه إلا إيمان الشخص ورضاه، ولأجل ذلك أيضاً عبّر بلفظ «الحكم»، الظاهر فى قاضى التحكيم المنتخب برضا الطرفين.

وبالجمله، فالذليل كبرى كليه ذكرت علّه للحكم، فيجب الأخذ بعمومها.

الرابع: أنّ الحكومه ومشتقاتها قد غلب استعمالها فى الكتاب والسنة فى خصوص القضاء، كقوله تعالى: «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (١)، وقوله: «وَتَدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْأَعْيُنِ» (٢).

وفى حديث ابن فضال نقلاً عن خطّ أبي الحسن الثانى عليه السلام فى تفسير الآيه: «الحكام: القضاء» (٣).

ص: ٢٦٦

١-١ . سورة النساء / ٥٨.

٢-٢ . سورة البقره / ١٨٨.

٣-٣ . وسائل الشيعه ١٨/٥، ح ٩، الباب ١ من أبواب صفات القاضى (٢٧/١٥، ح ٩) موثقه.

وقد مرّ في خبر سليمان بن خالد عن الإمام الصادق عليه السلام: «أتقوا الحكومه، فإنّ الحكومه إنّما للإمام العالم بالقضاء»<sup>(١)</sup>. وقد مرّ أوائل هذا الفصل في تفسير الآيات الثلاث بعض كلمات أهل اللغة وموارد الاستعمال للحكم والحاكم والحكام، فراجع.

بل يمكن أن يقال: إن إطلاق الحاكم والحكام على الوالى والولاه كقوله عليه السلام: «فصاروا ملوكا حكاما، وأئمه أعلاما»<sup>(٢)</sup>، وقوله: «وجعلوهم حكاما على رقاب

النّاس»<sup>(٣)</sup>، قوله عليه السلام: «الملوك حكام على النّاس، والعلماء حكام على الملوك»<sup>(٤)</sup>،<sup>(٥)</sup> ونحو ذلك من موارد الاستعمال أيضا كان بملاحظه أنّ القضاء وفصل الخصومات كان من أهمّ شؤون الولاة. والقضاء أيضا إنّما كانوا يتصدّون لذلك بنصبهم وبالنيابة عنهم.

وبالجملة، ليس إطلاق الحاكم على الوالى بالاشتراك اللفظي، أو بأن ينخلع اللفظ عن معنى القضاء ويستعمل فى الوالى مجازا. بل من جهه أنّ الوالى قاض حقيقه وأنّ القضاء من أهمّ شؤونه ولا تتمّ الولاية إلاّ به.

فيكون قوله: «حاكما» فى المقبوله مساوقا لقوله: «قاضيا» فى خبر أبيخديجه بنقله.

والتعليل كان بملاحظه أنّ القضاء لم يكن إلاّ لنبىّ أو وصى نبىّ كما فى خبر سليمان بن خالد وغيره، ولا يكون مشروعاً إلاّ بإجازة الوصىّ ونصبه. ومورد السؤال أيضا المنازعات. فالإمام الصادق عليه السلام أرجع المتنازعين من الشيعة إلى الفقيه وأمر بوجوب الرضا به حكما من جهه أنّه عليه السلام بولايته المطلقة الثابتة عندنا جعله قاضيا، فصار قضاؤه بذلك مشروعاً فلم يجز التخلف عنه. وقد مرّ آنفا وجه الأمر بالرضا والتعبير

ص: ٢٦٧

- 
- ١-٤. وسائل الشيعة ١٨/٧، ح ٣، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، (٢٧/١٧)، ح ٣ صحاحه.
  - ٢-٥. نهج البلاغه، فيض ٨٠٢/؛ عبده ٢/١٧٧؛ لح ٢٩٦، الخطبه ١٩٢.
  - ٣-١. نهج البلاغه، فيض ٦٦٦/؛ عبده ٢/٢١٥، لح ٣٢٦، الخطبه ٢١٠.
  - ٤-٢. أخذ هذا المعنى بعضُ الشّعراء فقالَ من (الكامل): إِنَّ الْأَكْبَرَ يَحْكُمُونَ عَلَى الْوَرَى وَعَلَى الْأَعْيَانِ كَابِرٍ يَحْكُمُ الْعُلَمَاءُ
  - ٥-٣. بحار الأنوار ١/١٨٣، كتاب العلم، الباب ١ من أبواب العلم وآدابه، الحديث ٩٢.

بالحكم.

وليس ذكر السلطان في المقبوله وخبر أبيخديجه دليلاً على إرادته الأعم من القضاء بعد كون السؤال عن تكليف المتنازعين.

وإنما ذكر السلطان من جهة أن الرجوع إلى القاضى المنصوب من قبل السلطان نحو رجوع إلى السلطان، ولأنه ربّما كان السلطان بنفسه يتصدّى للقضاء فى الأمور المهمّة.

والتنازع سواء كان لادعاء طرف وإنكار آخر أو كان لاستنكاف أحد عن أداء دينه بعد معلوميته كان مرجعه القضاء، وكذلك جميع الأمور الحسينيه كما هو المتعارف فى أعصارنا أيضاً. كما قد يشهد بذلك خبر إسماعيل بن سعد عن الرضا عليه السلام: «وعن الرجل يصحب الرجل فى سفر فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصيه كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار وكبار، أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه إلى ولده الأكبر أو إلى القاضى، وإن كان

فى بلده ليس فيها قاض كيف يصنع؟» (١).

إذ يظهر بذلك أنّ مرجع أمر الصغار كان هو القاضى. وقد مرّ الإشاره إلى كلام الماوردى وأبيعلّى وأنهما جعلاً تكليف القاضى أوسع من فصل الخصومات.

وعلى هذا فما ذكره الأستاذ الإمام - مدّله - فى بيان المقبوله من تقسيم التنازع إلى قسمين وإرادته استفاده جعل الولايه الكبرى من هذا الطريق قابل للخدشه جدّاً، فتأمل.

وقد تحصيل ممّا ذكرناه بطوله أنّ المقبوله، وكذا خبر أبيخديجه بنقله كليهما فى مقام نصب القاضى للشيعة الإماميه لرفع مشاكلهم فى الأمور التى كانت ترتبط بالقضاء بعد ما حرّم عليهم الرجوع إلى قضاءه الجور. فلا يصح الاستدلال بهما لإثبات الولايه المطلقه بالنصب.

فإن قلت: التعبير بالطاغوت والاستشهاد بالآيه الشريفه لا يناسبان إرادته خصوص القضاء.

ص: ٢٤٨

١-١. وسائل الشيعة ١٣/٤٧٥، ح ٣، الباب ٨٨ من أحكام الوصايا (١٩/٤٢٢) صحيحه.

قلت: الرجوع إلى قضاء الجور والاعتناء بهم وبحكمهم كان في الحقيقة رجوعاً إلى السلاطين. فإنّ القضاء كانوا من أذنبهم ومنصوبين من قبلهم، وقوتهم كانت بقوتهم. ألا ترى أنّ من رجع إلى أحد العمّال في دوله واعتنى به بما أنّه عامل هذه الدوله يصدّق عليه أنّه اعتنى بهذه الدوله وأمضى مشروعيتها. ومورد نزول الآيه أيضا كان هو القضاء، كما مرّ.

فإنّ قلت: استعمال حرف الاستعلاء في قوله: «عليكم» يناسب الولاية المطلقة، لما مرّ من أنّ المناسب للقضاء أن يقال: «بينكم».

قلت: ليس استعمال حرف الاستعلاء في القضاء غلطاً، إذ في القضاء أيضا يوجد نحو استيلاء واستعلاء. فإنّ القاضى المنصوب من قبل السلطان له علوٌ وقدره بقدر من نصبه. والقاضى المنصوب من قبل الإمام الصادق عليه السلام أيضا له نحو قدره معنويه لوجوب العمل بحكمه والتسليم له، فيصحّ استعمال حرف الاستعلاء على أى تقدير.

الخامس: إنّ الظاهر كون المخاطب في «منكم» و «عليكم» خصوص الشيعة الإمامية الاثني عشرية، كما يشهد بذلك كلمه: «أصحابنا» في كلام السائل. والشيعة في

عصر الإمام الصادق عليه السلام كانوا قليلين جدّاً مسهلّكين بين سائر المسلمين، فلم يمكن تحقّق دوله وحكومته لهم. فيعلم بذلك أنّ الإمام عليه السلام لم يكن بصدد نصب الوالى، بل كان غرضه رفع مشكله الشيعة في منازعاتهم فأرجعهم إلى تعيين قاضى التحكيم بأن يختاروا رجلاً منهم ويرضوا به حكماً. ولو كان بصدد نصب الوالى لكان المناسب نصبه على جميع الأمّة لا على الشيعة فقط.

اللهم إلا أن يقال، كما مرّ في كلام الأستاذ - مدظله - : إنّ نظر الإمام الصادق عليه السلام لم يكن مقصوراً على عصره فقط، بل كان بصدد طرح حكومه عادله وإلاهيه وبيان شرائطها ومواصفاتها حتّى لا يتخيّر المفكّرون لو وفّقهم الله - تعالى - لإقامه دوله حقّه ولوفى الأعصار الآتية. ويكفى في صحه هذا الجعل بنحو يشمل عصره أيضا ترتّب بعض الآثار في عصره، أعنى الأمور المرتبطه بالقضاء من القضاء والأمور الحسينية ونحوها، فتدبّر.

السادس: سلّمنا أنّ الحكم بمشتقاته بحسب الوضع والمفهوم يعمّ القضاء وغيره

مما يشتمل على البتّ والفصل ولكن لما كانت المقبوله سؤالاً وجواباً متعرضه لمسأله المنازعه فى الأموال والقضاء فيها، فالقضاء هو القدر المتيقن من الكلام، ولا دليل على إرادته الأعمّ.

والتمسك بالإطلاق إنّما يجرى فى الموضوعات لافى المحمولات.

فلو قيل: «النار حاره» بلا ذكر قيد نحكم بكون الموضوع طبيعه النار بإطلاقها فتشمل جميع الأفراد، ولا نحكم بكون المحمول جميع مراتب الحراره وأفرادها. ولو قال المولى: «أكرم عالماً» نجرى فيه مقدّمات الحكمه فنقول: كان المولى فى مقام البيان وجعل الموضوع لحكمه طبيعه العالم فيثبت الإطلاق، ونتيجته كفايه أى عالم كان.

وأما إذا قال: «زيد عالم» فلا يجرى الإطلاق فى المحمول، ولا نحكم بكونه عالماً بكل ما يحتمل كونه عالماً به.

فكذلك إذا قال: «الفقيه حاكم أو خليفتى أو حجتى أو وارثى أو أمينى أو نحو ذلك» لا يثبت به إلا الحاكيمه أو الخلافه أو نحوهما بالإجمال بلا عموم وشمول.

نعم، لو لم يوجد فى البين قدر متيقّن وكان المولى فى مقام بيان الوظيفه والتكليف حكمنا بالإطلاق وإلا صار الجعل لغواً. وأما مع وجود القدر المتيقّن فلا لغويّه ولا إطلاق. هذا.

ولكن يمكن أن يقال: إنّنا لا نرى فرقا بين الموضوعات وبين المحمولات. إذ لو كان

المولى فى مقام الإهمال والإجمال فلا إطلاق أصلاً. وإن كان فى مقام البيان فإن لم يوجد قدر متيقّن ثبت الإطلاق فى كليهما. وإن وجد القدر المتيقّن فى البين فإن قلنا بأن وجوده مضرّ بالإطلاق لافى الموضوع ولافى المحمول، وإن لم يكن مضرّاً به ثبت الإطلاق فى كليهما. فافرق بينهما بلا وجه.

والحقّ أنّه لو كانت هنا قرينه لفظيه متّصله أو لبيّه بحيث كانت كاللفظيه المتّصله منعت هذه من انعقاد الإطلاق قهراً.

وأما صرف وجود القدر المتيقّن بعد أعمال الدقه فلا يصلح مانعاً من انعقاد الإطلاق ولا حجّه لرفع اليد منه من غير فرق بين الموضوع وغيره.

فلو قال المولى: «جئنى برجل راكبا» وكان فى مقام البيان من كلّ جهه فكما تجرى مقدّمات الحكمه فى الرجل ويثبت فيه الإطلاق ونتيجته التخيير والعموم البدلى بالنسبه إلى كلّ رجل فكذلك تجرى من المجيء به وفى الركوب أيضا، فلا يتعيّن نحو خاصّ من المجيء أو الركوب بل يتخيّر المكلف بين أنواع كلّ منهما.

ولو قال: «أكرم عالما» فكما تجرى مقدّمات الحكمه فى الموضوع ونتيجته كفايه أى عالم كان فكذلك تجرى فى متعلّق الحكم أعنى الإكرام ونتيجته كفايه أى نوع من الإكرام.

وفى مقام الإنشاء قد يجعل المتعلّق للحكم محمولاً فى القضية فيقال مثلاً: «زيد مكرم» ويراد وجوب إكرامه فلو كان فى مقام البيان يثبت الإطلاق فى المحمول بلا إشكال.

نعم، الإطلاق ربّما ينتج العموم الاستغراقى وربّما ينتج العموم البدلى، وهذا بحسب اختلاف الموارد، كما لا يخفى.

هذا مضافا إلى أنّ قوله: «جعلته عليكم حاكما» يصير مفاده أنّ «حاكميّه الفقيه مجعوله» فتصير الحاكميّه موضوعا للجعل، اللهم إلاّ أن يقال هذا خلط بين الموضوع المصطلح فى علم الأصول والموضوع المصطلح فى علم النحو، والحاكميّه بحسب المفاد محمول على الفقيه وإن جعلت فى القضية موضوعا.

وقد تلخّص ممّا ذكرناه هنا أنّ الحكم بالإطلاق مع تحقّق مقدّماته لا يفرق فيه بين الموضوع وبين غيره، وأنّ كون القضاء هو القدر المتيقّن من لفظ الحاكم فى المقبوله لا- يوجب حمله على خصوص القضاء، وكون المورد خصوص المنازعه أيضا لا يوجب

الاختصاص فإنّ المورد لا يخصّص بعد كون الجواب عامّا. فالإشكال السادس مدفوع وباطل من أساسه.

السابع: أنّ لفظ الحكم فى المقبوله ظاهر فى قاضى التحكيم، أى المحكّم من قبل المتخاصمين، فيكون المراد بالحاكم أيضا ذلك لتتلاءم الجملتان.

وعلى هذا فليس فى المقبوله نصب لا للوالى ولا للقاضى. وليس لفظ: «الجعل»

هنا بمعنى الإنشاء والإيجاد، بل بمعنى القول والتعريف. فيصير محصل كلام الإمام عليه السلام أنى أقول لكم وأرشدكم أن الرجل الكذائى صالح لأن تختاروه وترضوا به حكما بينكم.

قال فى لسان العرب فى معانى الجعل:

«جعل الطين خزفا والقبيح حسنا: صيره إياه. وجعل البصره بغداد: ظنها إياه... وقوله: «وَجَعَلُوا الْمَلَائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبَادُ الرَّحْمَنِ إِنِائًا»(١)، قال الزخراج: الجعل ههنا بمعنى القول والحكم على الشىء. كما تقول: قد جعلت زيدا أعلم الناس، أى قد وصفته بذلك وحكمت به»(٢).

أقول: يظهر من الأخبار المستفيضه أن القضاء لا يجوز ولا ينفذ إلا من النبى أو الوصى، ففى خبر إسحاق بن عمار، عن أبيعبدالله عليه السلام قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «يا شريح، قد جلست مجلسا لا يجلسه (ما جلسه خ. ل) إلا نبى أو وصى نبى أو شقى»(٣). وفى خبر سليمان بن خالد عنه عليه السلام، قال: «اتقوا الحكومه، فإن الحكومه إنما هى للإمام العالم بالقضاء، العادل فى المسلمين لنبى (كتبى خ. ل) أو وصى نبى»(٤).

وعلى هذا فلاحد أن يقول إن الإمام الصادق عليه السلام قد صار بصدد نصب الفقيه قاضيا ليصح وينفذ قضاؤه، وفى الحقيقة يصير وصيا للوصى، وأوصى للمتخاصمين من الشيعة أن يختاروه ويرضوا به حكما فى قبال قضاءه الجور. وقد مر أن اعتبار الرضا لعله يكون من جهه أنه ليس لقضاء هذا القاضى لعدم سلطته ضمانه إجرائيه سوى رضا الطرفين وإيمانهما، وبهذه الملاحظه أيضا عبّر عنه بالحكم. فيصير مفاد كلام الإمام عليه السلام أنه يحرم عليكم الرجوع إلى قضاءه الجور، ويجب عليكم تحكيم رجل منكم وجد الصفات

المذكوره، ويجب الرضا بقضائه لأنى جعلته قاضيا أو واليا فصار قضاؤه مشروعا نافذا بذلك.

ص: ٢٧٢

١-١ . سورة الزخرف ١٩/.

٢-٢ . لسان العرب ١١/١١١.

٣-٣ . وسائل الشيعة ١٨/٧، ح ٢، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، (٢٧/١٧) موثقه.

٤-٤ . وسائل الشيعة ١٨/٧، ح ٣، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، (٢٧/١٧) صحيحه.

وبالجمله، الظاهر من الجمله تحقّق النصب، كما هو الظاهر من مشهوره أبيخديجه أيضا. وجعل الجعل في الحديث بمعنى القول خلاف الظاهر جدًا. وما ذكرناه في الفصل السابق من الخدشه ثبوتاً في نصب الوالى بنحو العموم لا يجرى في نصب القاضى، فإنّ عمل القاضى محدود فيمكن تعدد القضاة بتعدّد الفقهاء، وكلّ منهم يعمل بتكليفه في ظرف خاصّ ومنطقه محدوده، وهذا بخلاف الولاية بالمفهوم الواسع الشامل لجميع أعمال الولاية.

والحاصل أنّه لا يترتب كثير إشكال على جعل الإمام الصادق عليه السلام جميع الفقهاء في عصره والأعصار المتأخره قضاة ينفذ قضاؤهم.

وأما جعل الجميع ولاية نافذى الكلمه في جميع ما يرجع إلى الولاية من الأمور فهو الذى يوجب الاختلاف والهّج والمزج (١)، كما مرّ.

وقد طال الكلام في البحث في المقبوله، وتحصل لك إمكان الخدشه في الاستدلال بها لنصب الفقهاء ولاية بالفعل (٢).

ومنهم: قال المحقّق الأردكاني ردّاً على النائيني: «وفيه: أنّ الحاكم في لسان العرب والروايات يطلق على القاضى، وقد ورد في تفسير آيه «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» (٣) أنّ الحكم هو القاضى وفي تفسير قوله «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ» (٤) الحكام القضاة على ما في المكاتبه (٥)، فالمراد من الحاكم في المقبوله من له وظيفه الحكم بين الناس فيختص بالقضاء وفصل الخصومه» (٦).

ص: ٢٧٣

١-١ . بسكون الرّاء فيهما لا يفتّحها كما شاع خطأً.

٢-٢ . دراسات في ولاية الفقيه ١/ (٤٤٥-٤٤٥).

٣-٣ . سورة النساء / ٣٥.

٤-٤ . سورة البقره / ١٨٨.

٥-٥ . وسائل الشيعه ٢٧/١٥، ح ٩ موثقه ابن فضال.

٦-٦ . غنيه الطالب ٣/١٩٠.



ومنهم: آيه الله السيّد محمد الروحاني رحمه الله قال في تقريب الشيخ الأعظم ونقده: «وقد قرب الشيخ قدس سره دلالتها على المدعى بأحد الوجهين:

الأوّل: أن الظاهر من جعله حاكما وقاضيا إسناد ما كان يسند للقضاء في ذلك الحين والوقت له، وقد كان القاضي في ذلك الوقت يتولى الامور العامه ويعهد إليه بها. فيثبت للفقيه ذلك لأنّ الظاهر أن نصبه قاضيا على غرار قضاء ذلك العصر.

الثاني: أن الظاهر عرفا من نصب الإمام عليه السلام الحاكم إسناد الامور العامه له وجعل السلطنه له دون غيره، فتكون الحكومه والسلطنه للفقيه بمقتضى الحديث.

والانصاف أن يقال: أنّ الحاكم يطلق ويراد منه:

تاره: من له السلطنه والنفوذ والولاية، بحيث يكون له نصب القاضي ونحوه.

واخرى: يراد منه القاضي ومن له الحكومه في الخصومات وفصلها.

ولا يخفى أنّ المراد من لفظ الحاكم في الحديث ليس هو المعنى الأوّل، إذ هو لا يتناسب مع عصور الأئمه وعدم ولايتهم ونفوذ جعلهم الولي على الناس، مع أنه عليه السلام في مقام جعل الفقيه حاكما لترتب أثر عملي عليه وليس هو في مقام بيان رتبه الفقيه لا أكثر، فيستبعد اراده الوالي والسلطان من لفظ الحاكم لعدم ترتب أي أثر عملي على ذلك، كما لا يخفى.

مضافا إلى ظهور ترتب الحكم المذكور على كل من يجمع الشرائط المذكوره وهو لا يتناسب مع اراده السلطان، إذ مقتضى السلطنه والولاية التفرد بها ووحدانيه القائم بشؤونها لا تعدده.

وعليه، فيتعين كون المراد المعنى الثاني وهو القاضي. ومعه لا تكون الروايه داله على المدعى.

فإنّ ما ذكر من ظهور جعل القاضي ترتيب أحكام القاضي الثابته له عرفا، انما يمكن أن يدعى لو كان الإمام عليه السلام قد عين شخصا معينا للقضاء وأرسله إلى بلد خاص ولم يبين وظيفته، فإنّه يمكن أن يقال بأنّ وظيفته ما هو وظيفه القاضي عرفا.

وأما فيما نحن فيه، فلا يتم ما ذكر، إذ الظاهر من مورد الروايه وانه للمتخصصين

المختلفين في اختيار الحاكم وجعل الإمام عليه السلام الحاكم هو الفقيه، كون الفقيه حاكماً ونافذ القول في مقام فصل الخصومات دون غيرها من الآثار، إذ لم تكن جهة القضاء وآثارها ملحوظة بنحو الكليه والموضوعيه. وإنما الملحوظ جعل الفقيه هو الخاصم للنزاع.

وبعبارة أخرى: جعل الفقيه حاكماً بلحاظ قضيه شخصيه، وليس هم حكم ابتدائي لشخص معين أو لكل فقيه كى يدعى ما ذكر من ظهور ترتب جميع آثار القاضى عرفاً عليه ومنها الولايه على الامور العامه.

وبالجملة: فالروايه غير داله على المدعى، مضافاً إلى ضعف سندها بعمر بن حنظله واعتماد المشهور عليها غير جابر، فتدبر»(١).  
ومنهم: شيخنا الاستاذ قدس سره قال: «فإنه لا يستفاد منه إلا ثبوت منصب القضاء والحكم للفقيه»(٢).

ومنهم: الاستاذ المحقق - مدظله - قال في شأن المقبوله: «فإن دعوى كونها في مقام جعل الولايه والحكومه مطلقاً ممنوعه، بل هى وارده فى جعل الحكومه فى المنازعات الحاصله فى قضايا الدين والميراث، فغايه ما تفيدها المقبوله الولايه فى إصدار الحكم ليس إلا، والشاهد على ذلك وحده اللسان بين هذه المقبوله والروايه المشهوره التى تقول: «فإنى قد جعلته عليكم قاضياً»(٣).

ومنهم: آيه الله السيد يوسف المدنى رحمه الله قال: «فالظاهر من لفظ الحاكم فيها من له وظيفه الحكم، إمّا بمعنى الحكم بين الناس فيختص باب القضاء أو مطلقاً فيشمل الفتوى أيضاً كما يناسبه على ما تعرض له بعض الأعلام العدول عن التعبير بالحكم إلى التعبير بالحاكم حيث قال عليه السلام «فليرضوا به حكماً فأنتى قد جعلته عليكم حاكماً» إلى ما يأتى مثله فى المشهوره الآتية وليس له ظهور بمعنى السلطان أو الأمير كى يكون له ولايه التصرف فى الأمور العامه فضلاً عن أن يكون بمعنى من له الولايه المطلقه بالتصرف فى

ص: ٢٧٥

١-١. المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخمس / (٣٠٠-٢٩٨).

٢-٢. إرشاد الطالب ٢١٢/٤.

٣-٣. العقد النضيد ٢٨٦/٤.

هذا مع أنها وردت في الشبهات الحكميه دون الموضوعيّه لأنّ كلا منهما قد اعتمد في حكمه على روايه من رواياتهم كما هو المصرح به في متنها والحال أنّ البحث في المقام في الثاني دون الأوّل فالروايه على تقدير تماميتها من جميع الجهات دلالةً وسندا أجنبيه عن محل الكلام.

والحاصل إنّ الروايه لا تدلّ إلاّ على ثبوت الولاية لفقهاء الشيعة في المواضع الثلاثه القضاء والفتوى والحكوميه في الجملة فليس لها الدلالة على الولاية بالمعنى المبحوث عنه في المقام»(١).

ومنهم: آيه الله السيّد على السيستاني - مدظله - قال: «ونحن نقول: لو كان الطاغوت كما قيل عبارته عن السلاطين والأمرء، يمكن أن يكون لما ذهبوا إليه من أن المراد من الحاكم هو السلطنه وجهه، ولكن الطاغوت ليس عبارته عن السلاطين والأمرء، فإنّ العرب في الجاهليه لم يكن لهم نظام قضائي، وكانوا يتحاكمون إلى شيخ العشيره والقبيله إذا حدث نزاع في العشيره، وكانوا يتحاكمون إلى الكهنه والأصنام بنحو الإستقسام بالأزلام وأمثال ذلك إذا كان النزاع بين عشيره وعشيرته، أضف إلى ذلك أنّ الآيه المباركه مدتيه باتفاق المفسرين، وسبب نزول الآيه المباركه هو أنّ بعض المنافقين أرادوا رفع النزاع مع بعض اليهود على نحو التحاكم في الجاهليه فنزلت الآيه الشريفه، ومن الواضح أنّ الكاهن وغيره من الذين كان يُرجع إليهم في المنازعات ولم تكن لهم القوه التنفيذيه، وفي مفردات الراغب: «والطاغوت عبارته عن كل مُتعدّد، وكل معبود من دون الله - الى أن يقول - «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَّحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ» فعبارة عن كل متعدّد، ولما تقدم سُمّي الساحر والكاهن والمارد من الجن والصارف عن طريق الخير طاغوتاً»(٢). وقال الطبرسي: «إنّ المراد بالطاغوت في الآيه كعب بن أشرف، وقيل غيره - الى أن

ص: ٢٧٦

١-٤. الإرشاد إلى ولاية الفقيه ٥٠ و ٥١.

٢-١. مفردات الراغب، ماده (طغى).

يقول - : وروى أصحابنا عن السيدين الباقر والصادق عليهما السلام أنّ المعنى به كل من يتحاكم إليه ممن يحكم بغير الحق<sup>(١)</sup>.

فليس الطاغوت عبارته عن السلاطين والأمراء كما قيل؛ إذ لم يكن في زمن النبي صلى الله عليه وآله في جزيره العرب سلطان وأمير حتى يقال بأنه القدر المتيقن من الطاغوت، بل القدر المتيقن منه من يحكم بالجور أو ما ينسب إليه الحكم كالأصنام، مضافا إلى أنه لم يكن للطاغوت قوه تنفيذيه.

وذكر البعض تمهيدا لمعرفة الروايه أنّ السلطان غير القضاء، والتحاكم في تلك الأزمنه كان على نحوين تحاكم إلى السلطان وتحاكم إلى القضاء، والتحاكم إلى السلطان كان في المظالم الواضحه وفي موارد وضوح الحق، والتحاكم إلى القضاء كان في الأمور المختلف فيها، واستنتج من ذلك أنّ وظيفه الولاة ووظيفه القضاء مجعوله للفقيه، حيث قال: كما لا شبهه أيضا في أن مطلق المنازعات داخله فيه - سواء كانت في الاختلاف في

ثبوت شيء ولا- ثبوته، أو التنازع الحاصل في سلب حق معلوم من شخص أو أشخاص، أو التنازع الحاصل بين طائفتين المنجز إلى قتل وغيره - الذي كان المرجع بحسب النوع فيها هو الوالى لا القاضى. (٢)

وهذا الذى ذكره أيضا غير تام، لأنّ السلطان كان يُطلق على الوالى ورئيس الشرطه والمحافظ ونفس الخليفه، وذكر السلطان فى قبال القاضى فى الروايه لأحد أمرين، إمّا من جهه اتّحاد الوالى والقاضى فى بعض البلدان، كما فى كتاب نظام الحكم، فىكون الوالى مجمع العنواين فىصح التعبير بأنّه يتحاكم إلى السلطان أو إلى القضاء، وإما من جهه ديوان المظالم الذى شكّله بعض الأمويين وكان هو المرجع فى المنازعات التى بين الأمراء أو بين بعض الرعايا مع الأمراء أو القضاء، وكان يتصدى لهذا القضاء نفس الخليفه، وفى قباله القضاء بين الرعايا إذا حدثت بينهم منازعه.

ص: ٢٧٧

١-٢ . مجمع البيان، تفسير الآيه ٦٠ من سوره النساء.

٢-١ . كتاب البيع للسيد الخمينى قدس سره ٢/٦٣٩.

إذا فإنَّ ما ذُكر من أنَّ السلطان في قبيل القضاة: «فتحاكمنا إلى السلطان أو إلى القضاة» دليل على أن ما للسلطان وللقضاة للفقهاء أيضاً، وأنَّ التحاكم إلى السلطان كان في مظالم الواضحة، والتحاكم إلى القضاة كان في صورته عدم وضوح الحق.

ويمكن الجواب عنه بما يلي:

إنَّ المستدل لم يُقِمَّ شاهداً على ما يدّعيه من التحاكم إلى السلطان فيما إذا كان الحق واضحاً، والتحاكم إلى القضاة فيما إذا لم يكن الحق واضحاً، بل يمكن القول بأنَّه لا شاهد له من التاريخ والروايات، بل غير موافق مع الشواهد، إذ ذُكر في باب القضاة بأنَّ المدعى عليه قد يُقرَّ وقد يُنكر، ففي صورته الإقرار يكون الحق واضحاً ولكن مع ذلك فهو داخلٌ في التحاكم، وكذا بُحث في القضاة بأنَّه هل يعمل القاضي بعلمه أو لا؟ فعلى القول بجواز عمل القاضي بعلمه يكون الحق واضحاً، ومع ذلك فهو داخل في القضاة، نعم قد شكَّك ديوان المظالم في عهد عبدالملك بن مروان وكانت رئاسه الديوان مع الخليفة، ثم من بعده عمر بن عبدالعزيز، ثم في زمن العباسيين كان ديوان المظالم دائراً، وقد ذُكر جمعٌ شرح هذا الديوان، منهم: جرجي زيدان، وقبله [أبوبكر<sup>(١)</sup>] ابن العربي في كتابه آيات الأحكام، وملخص ما يقوله ابن العربي: هو أنَّ التنازع إما يكون بين الضعيفين فيقوى القاضي أحدهما على الآخر، وإما إذا كان التنازع بين قوى وضعيف أو بين قويين

- والمراد من القوه أن يكون أحد المتنازعين أو كليهما ذا منصب حكومي أو من أقرباء السلطان - فيما أنَّ سلطه القاضي كانت بين الرعايا ولم تكن لها سعة، لم يكن القاضي متمكناً من فصل الخصومه إذا كان النزاع بين قويين أو قوي وضعيف، فلذا شكَّك ديوان المظالم ورئاسه هذا الديوان كانت للخليفة، وفي صدر الإسلام كانت رئاسه جميع الأمور للنبي صلى الله عليه وآله، وهكذا بعض خلفائه، ثم بعد ذلك لكثرة المشاغل وسعة دائره البلاد الاسلاميه، حوّل القضاء إلى شخص والخلافه إلى شخص آخر وهكذا، وهذا هو الحال في سائر البلدان، فقد يكون البلد يقتضى تعيين شخصين: أحدهما للولاية، والآخر للقضاء، وقد لا

ص: ٢٧٨

١-٢. أبوبكر هذا هو غير محيىالدين ابن عربى الصوفى الشهير صاحب «الفتوحات المكيه».

يكون البلد مقتضيا لتعيين أكثر من واحد، فيعين شخصاً واحداً للقضاء والولاية، والترديد في الرواية ناظر إلى هذه الحيثية، والمراد بالسلطان في الرواية، من له السلطة لا نفس الخليفة، كما في روايه «أئمة مؤمن قدام مؤمن في خصومه إلى قاض، أو سلطان جائر ففضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الإثم»<sup>(١)</sup> والمراد بالسلطان هو الوالى، والشاهد على ذلك صحيحه عبدالله بن سنان «عن أبيعبدالله عليه السلام : إذا تقدّمت مع خصم إلى وال، أو إلى قاض فكن عن يمينه»<sup>(٢)</sup>.

والخلاصه فإنّ الوالى قد يكون قاضيا فيما إذا لم يكن هناك قاضٍ مُعيّن أو لقله الأشغال. وكيفما كان، لم يكن ديوان المظالم من جهه المظالم الواضحه كما قيل، وعلى فرض التسليم لا يكون مرجع قوله عليه السلام «فأئى قد جعلته حاكما»<sup>(٣)</sup> إلا إلى فصل الخصومه، وأما إداره شؤون المملكه بالتصرف فى الأمور العامه، فهو أمر لا يُستفاد من الروايه، إذ ليس معنى جعل البديل فى حيثيه فصل الخصومه، كونه بديلاً عنه فى سائر الشؤون أيضا.

ثمّ قال المستدل: «فانضح من جميع ذلك أنّه يُستفاد من قوله عليه السلام «فأئى قد جعلته حاكما» أنّه عليه السلام قد جعل الفقيه حاكما فيما هو من شؤون القضاء وما هو من شؤون الولاية، فالفقيه ولى الأمر فى البابين، وحاكم فى القسمين، سيّما مع عدوله عليه السلام عن قوله: «قاضيا» إلى قوله: «حاكما»، فإنّ الأوامر أحكام وأوامر الله ونواهيه أحكام الله تعالى، بل لا يبعد أن يكون القضاء أعمّ من القضاء...»<sup>(٤)</sup>، فترى أنّه يدعى بأنّ عدول الإمام من قاضٍ إلى حاكم

شاهد على نصب الفقيه واليا وقاضيا، والحال أنّ الحاكم لم يأت بمعنى الوالى، ونحن تتبعنا كثيرا فى ذلك ولم نر فى كلمات المتقدمين أن يذكر الحاكم بمعنى الوالى

، نعم ذكر ذلك فى ألسنه متأخرى المتأخرين، والحاكم فى اللغه هو القاضى وقد يطلق على من ينفذ حكم القاضى، وكما قلنا فإنّ الحاكم لم يُستعمل فى كتب اللغه وغيرها بمعنى الوالى

ص: ٢٧٩

١-١ . الكافي ٧/٤١١.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٧/٢١٨.

٣-٣ . تقدم تخريجها.

٤-٤ . كتاب البيع للسيد الخميني قدس سره ٢/٤٧٩.

والسلطان، وكانوا يعبرون عن الوالى بالعامل، فلذا نرى فى نهج البلاغه وغيره من الكتب، يقال: «ومن كتاب له عليه السلام إلى عامله أو إلى عماله»<sup>(١)</sup>، أو يعبر بالوالى، ولم يُعبر فى الكتب عن الوالى بالحاكم، نعم فى كتاب المنجد وفى دائره المعارف الإسلاميه ذكر بهذا المعنى: «حكم يحكم حكما وحكومته فى البلاد: تولّى إداره شؤونها فهو حاكم»، وهذا المعنى معنّى مستحدث ومن مصطلحات المتأخرين<sup>(٢)</sup>، ولعل هذا مأخوذ من العثمانيين أو الإيرانيين حيث كانوا يطلقون الحكومه على من يتولّى إداره شؤون البلاد، فيقال: الحكومه العثمانيه، ونحن كما أشرنا، تتبعنا كثيرا فى الآيات والروايات وكتب العامه والخاصه لنرى أنّ الحاكم هل استعمل بمعنى الوالى والسلطان أو لا؟ ولم نر فى كلمات المتقدمين استعمال هذا اللفظ بهذا المعنى، فليس فى الروايه عدول حتى يقال: لا سيّما مع عدوله عليه السلام . مضافا إلى صدر الروايه وذيلها لا تدل إلا على جعله قاضيا، حيث إنّ موضوع السؤال عن المنازعه فى دّين أو ميراث، وبعد ما نهى الإمام عليه السلام من مراجعه السلطان أو القضاء، يسأل الراوى: كيف يصنعان، فأمر الإمام عليه السلام أن ينظرا أو انظر إلى من روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرماننا وعرّف أحكامنا فليرضوا به حكما، ولا ريب فى أنّ الحكم بمعنى القاضى: «فإنّى قد جعلته عليكم حاكما»<sup>(٣)</sup>.

ومنهم: آيه الله الشيخ محمّد تقى المجلسى الإصفهانى - مدظله - قال: «... ولكن الإنصاف أنّ المقبوله ليست ظاهره فى المُدعى لإطلاق الحاكم على القاضى فى غير واحد من الأخبار كما يظهر عن الوسائل فى كتاب القضاء وكفى فى ذلك تفسير الآيه المباركه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ»<sup>(٤)</sup> بما فى المكاتبه،

ص: ٢٨٠

١- ١. انظر: نهج البلاغه ٣/١٨، كتاب ١٨.

٢- ٢. ومن الواضح مثل كتاب «المنجد» وكتاب «المعجم الوسيط» من المعجمات المتأخره لا يُحتجّ بها على لغّه العرب الأصيل.  
[المؤلف]

٣- ٣. الاجتهاد والتقليد والاحتياط / (١١٠-١٠٥)، تقرير بحوث آيه الله السيستانى - دام ظلّه - بقلم العلامة الحجه السيّد محمّد على الربانى - دامت بركاتّه - .

٤- ٤. سوره البقره ١٨٨.

فإنه عليه السلام كتب بخطه «الحكام القضاء»<sup>(١)</sup>، بل قيل أنّ معنى لفظ الحاكم هو القاضى ومجرد كون المتعارف فى ذلك الزمان ارجاع الأمور العامه إلى نظر الحاكم لا يقتضى ظهور لفظ الحاكم فى ذلك، ولا قرينه على أنّ المراد جعله حاكما يرجع إليه فى تلك الأمور كحكام ذلك العصر، فالمتيقن حينئذ هو الرجوع إلى الفقيه فى الفتوى وفصل الخصومه ولو بتوابعه، ومن جملتها التصدى للأمور الحسينيه.

اللهم إلاّ- أن يقال بقيام قوله عليه السلام : «فإنى قد جعلته عليكم حاكما» فى مقام العله لما قبله وحيث أضاف جعل الحكومه له إلى نفسه الشريف يظهر منه أنّه جعل له ما كان لنفسه الشريف من الحكومه فيثبت به ذلك له مطلقا إلاّ ما خرج بالدليل فلاحظ وتدبر»<sup>(٢)</sup>.

ومنهم: آيه الله السيد محمّد سعيد الحكيم - مدظله - قال: «لكنّه يشكل بأنّ الحكام المنصوبين من قبل النبى صلى الله عليه وآله ومن قام مقامه الذين يرجع إليهم فى الأمور العامه ليس إلاّ- ولاه الأقطار والأمصار، ولا قرينه على حمل الحاكم فى المقبوله عليهم بعد أن كان من موارد استعماله الشايعه هو القاضى فى الخصومه التى هى مورد الحديث، حتّى أنه قد يظهر من بعض اللغوين اختصاصه به، ولو لأنّه المنصرف منه.

ولا- سيّما بعد عدم شيوع التعبير فى تلك العصور عن الولاة فى الأقطار والبلدان بالحكام، بل بالولاة والعمال. وعدم تعارف توليهم للقضاء بين الناس وفصل خصوماتهم، لأنّ المهم فيهم الكفاءه الإداريه، دون الفقه والقضاء، بل الشايح نصبهم أو نصب السلطان والخليفه قضاء يختصون بهذه المهمه.

مضافا إلى معتبر أبيخديجه: «بعثنى أبو عبدالله عليه السلام إلى أصحابنا، وقال: قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم خصومه أو تدارى فى شىء من الأخذ والعطاء أن تتحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق. اجعلوا بينكم رجلاً ممن قد عرف حلالنا وحرامنا، فإنى قد جعلته عليكم قاضيا. وإياكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر»<sup>(٣)</sup>، ونحوه معتبره

ص: ٢٨١

١-١ . وسائل الشيعه ٢٧/١٥، ح ٩ موثقه ابن فضال.

٢-٢ . ولايه الاولياء / ٨٤ و ٨٥.

٣-٣ . وسائل الشيعه ٢٧/١٣٩، ح ٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى.



فإن جعل القاضى وإن لم ينافِ جعل الحاكم بمعنى الوالى، إلا أن التعليل بهما معا لوجوب الترافع لا يخلو عن حزازه، لأن العله أحدهما. بل من القريب جدا تأخر حديث أبيخديجه عن حديث عمر بن حنظله، ومن البعيد جدا مع سبق سعه الجعل الاقتصار على بيان الجعل الضيق.

ومن هنا يقرب كون معتبرى أبيخديجه قرينه على أن المراد بالحاكم فى حديث ابن حنظله هو القاضى دون الوالى لو فرض تردد الحاكم فيه بين المعنيين.

وبذلك يظهر أنه لا- مجال لحمل الحاكم فى الحديث على الوالى بقرينه العدول عن التعبير بالحكم للتعبير بالحاكم. إذ هو فرع ثبوت المعنى المذكور للحاكم، وحسن إرادته فى المقام، وعدم القرينه الصارفه عنه، والجميع لا يخلو عن إشكال أو منع، كما يظهر مما سبق.

على أن العدول قد يكون لئنه بيانيه، وتجنبنا للتكرار. أو لأجل التعديه ب- «على» الظاهره فى نحو من القهر والسيطره للحاكم فى مقام القضاء وفصل الخصومه وبنحو يستتبع وجوب القبول والطاعه.

بل من القريب الاختلاف بينهما بنحو من الاعتبار، فإطلاق الحكم على القاضى بلحاظ الرجوع إليه للنظر فى الخصومه والحكم فيها. وإطلاق الحاكم عليه بلحاظ أن له الحكم والفصل فيها، وإن لم يتيسر لنا العثور فى اللغه على أصل للفرق المذكور.

ومثله دعوى: أن حمل الحاكم على القاضى فى المقبوله لا- يناسب سوق الجملة لتعليل الأمر بتحكيمه، لظهوره فى التعليل بالكبرى التى هى الأعم من الحكم المعلل، المناسب لكون الحاكم أوسع سلطنه من الحكم.

لاندفاعها بأنه يكفى فى كبرويه التعليل كونه مشيرا إلى كبرى نفوذ جعلهم عليهم السلام، فكأنه قال: فليرضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما، وكل ما جعلته يجب العمل

عليه، نظير قول القائل: إذا أردت التصرف في أموالى فراجع ولدى الأكبر، لأنى قد وكلته.

وفائده ذلك إما التنبيه على أن منصب القضاء مختص بهم عليهم السلام بالأصل وتابع لهم، وأن ثبوته للفقهاء بتوسط جعله من قبلهم له، وليس ثابتاً له بالأصل، كالإفتاء، أو للتنبيه على أن إرجاعه عليه السلام فى القضاء للفقهاء لا ينافى ما تضمنته النصوص (1) من اختصاص

المنصب بهم عليهم السلام، لأن المنسوب من قبلهم عليهم السلام بمنزلتهم.

هذا ويظهر من بعض الأعظم قدس سره أن المراد بالحاكم فى المقبوله ليس هو القاضى، ولا الولاة المنصوبين من قبل السلطان، ليجرى ما سبق، بل السلطان نفسه، لأن الحاكم هو الذى يحكم بين الناس بالسيف والسوط، وليس ذلك شأن القاضى، ولأن السائل قد جعل القاضى مقابلاً للسلطان، فقال: «فتحكما إلى السلطان أو إلى القضاء». وعلى ذلك يكون المجعول هو السلطنة العامه الثابته للنبي صلى الله عليه وآله والإمام، وما يناسبها من الولاة العامه على القضاء وغيره من شؤون السلطنة والحكم.

وأما ما ذكره سيدنا المصنف قدس سره [السيد محسن الحكيم] من أن هذا المعنى يأباه قوله عليه السلام: «إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه...» لظهوره فى الحكم المتعلق بفعل المكلف. ففيه: أن السلطان بالمعنى المذكور حيث كان له القضاء ففرض أدائه لوظيفته فيه لا ينافى جعل السلطنة بنحو العموم له.

فالعمده فى دفع ما ذكره بعض الأعظم قدس سره أنه بعد إطلاق الحاكم على القاضى لغه - كما سبق - فاللازم الاقتصار عليه، ولو لأنه المتيقن من المجعول ليناسب المورد. ولا سيما بلحاظ معتبرى أبيضديجه المتقدمين، وعدم شيوع إطلاق الحاكم بالمعنى المذكور، بل يعبر عنه بالخليفه والوالى والسلطان، كما عبر عنه فى السؤال.

بل لم يتضح صحه إطلاقه عرفاً على من له السلطنة والحكم، وإنما يطلق على من له الحكم فعلاً، لأنه يملك السيف والسوط، ومن الظاهر عدم إرادته ذلك، لأنه أمر تكوينى تابع لعلته الخارجيه، وليس أمراً اعتبارياً قابلاً للجعل.

ص: ٢٨٣

---

١-١ . وسائل الشيعه ٢٧/١٧، ح ٢ و ٣، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى.

ومثله ما قد يدعى من أن المراد بالحاكم مطلق من له الحكم، مع عدم اختصاص الحكم بالقضاء في فصل الخصومات، بل يطلق عليه وعلى الأحكام الشرعية التكليفية والوضعية والسلطنة عليهم، والحكم المراد بقول الله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ» (١)، وقوله سبحانه: «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ» (٢)، وقوله عزّ من قائل: «مَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُؤْتِيَهُ اللَّهُ الْكِتَابَ وَالْحُكْمَ وَالنُّبُوَّةَ ثُمَّ يَقُولَ لِلنَّاسِ كُونُوا عِبَادًا لِي مِنْ دُونِ اللَّهِ» (٣)... إلى غير ذلك.

وكانه إلى هذا يرجع ما ذكره التراقي في محكى عوائد الأيام. قال: «ليس المراد بالحكم خصوص ما يكون بعد الترافع، لأعميته لغه وعرفا. وعدم ثبوت الحقيقة الشرعية فيه».

لكنه يشكل بأن المعنى المذكور بهذه السعه لو فرض رجوعه لقدر جامع واحد ليس من شأنه أن يجعل لأحد اعتبارا، بل بعض أفراده ثابت للإنسان بلا- حاجه للجعل، كالحكم في القضايا التكوينية والتشريعية بحق، كقيام زيد وجلس عمرو وحرمة الميتة ووجوب الصلاة، وبعضها ثابت له شرعا بالأصل، كالحكم والإدارة لشؤون عائلته ومماليكه وأمواله ونحوها، وبعضها ثابت له شرعا بتوسط جعل غير الإمام عليه السلام، كالحكم في أمر الأوقاف التي يجعله الواقف وليا عليها، والأيتام الذين يوصى بهم إليه أبوهم، وبعضه مما يمتنع جعله له، كالحكم بالأحكام الشرعية التكليفية والوضعية تشريعا، وسائر موارد الإدارة والحكم بغير الحق، وبعضها قابل للجعل من قبل الإمام عليه السلام، كمناصب القضاء، والولاية الخاصة، والعامه التي تبتنى عليها السلطنة العامه.

ومن الظاهر أن المراد في المقام هو خصوص ما يقبل الجعل من الإمام عليه السلام، وهو مردد بدوا بين المناصب الثلاثة المذكوره، وحيث لا جامع عرفي بينها تعين الاقتصار على أحدها، والمتعين الأول، لأنه المتيقن أو الظاهر من أجل ما سبق.

ص: ٢٨٤

١-١ . سورة المائدة /١.

٢-٢ . سورة الأنعام /٥٧.

٣-٣ . سورة آل عمران /٧٩.

هذا مضافا إلى أن المقبوله لو كانت بصدد بيان الولاية العامه للفقيه، لزم ثبوتها للفقهاء في عهد ظهور الأئمه عليهم السلام وما ألحق به وهو عهد الغيبه الصغرى، ولو كان البناء على ذلك لظهر العمل عليه في هذه المده الطويله التي تقارب مائتى عام ولو بصوره محدده لا تنافى التقيه، أو تنافيا تسامحا، كما تسامح كثير من الشيعة في أمر التقيه غفله أو بمقتضى اندفاعاتهم العاطفيه، ولكثر السؤال عن فروع ذلك، لوضوح أنه بطبعه يقتضى التسابق والتشاح وظهور المشاكل بنحو أكثر بكثير من اقتصار ثبوت ولايه القضاء لهم، لأن التصدى للقضاء إنما يكون بعد الترافع من قبل الخصمين ورضاهما بشخص القاضى، بخلاف أعمال الولاية، فإنه لا يتوقف على شىء، بل للولى المبادره لذلك. وذلك وحده كاف في الكشف عن عدم إرادته جعل الولاية في المقبوله»<sup>(١)</sup>.

ومنهم: آيه الله الشيخ ناصر مكارم الشيرازى - مدظله - قال: «... والانصاف ان

قوله «بينهما منازعه في دين أو ميراث» وقوله «من تحاكم إليهم في حق أو باطل» وقوله «ما يحكم له فانما يأخذه سحتا» وكذا الاستدلال بالآيه الشريفه (بما عرفت من شأن نزولها) وما ورد في ذيلها من اختلافهما في الحكم الذى هو كالصریح في الاختلاف في القضاء لا الولاية، فهذه قرائنٌ حَمْسَه (٢) قويه ظاهره في ان المراد من الحكم فيها هو القضاء، وأظهر منها ما ورد في ذيل الروايه من أعمال المرجحات بين مأخذ الحكمين الذى بمعنى المستند للفتوى أو القضاء فإنه لا معنى لكون الحكم فيه بمعنى الولاية، فهذه شواهد قويه على كونها بصدد بيان منصب القضاء والفتوى لا غير.

وعلى كلِّ حالٍ، الانصاف أنّ ملاحظه صدر الروايه وذيلها تنادى بأعلى صوتها على أنّها بصدد بيان تعيين القضاء العدول.

نعم يمكن أن يكون الذيل ناظرا إلى مرجع الفتوى أو القضاء في الشبهات الحكميه، فإنّ مراجعته القضاء لا يختص بالشبهات الموضوعيه، لاسيما مع ما عرفت من

ص: ٢٨٥

١-١. مصباح المنهاج، كتاب التجاره، ٢/(٤٢٤-٤٢٠).

١-٢. كما فى المصدر، والصحيح: حَمْسٌ.

أن المتعارف في تلك الأزمنة وحده القاضى والمفتى في كثير من الأحيان، ولذا استدل بها جمع كثير على قبول منصب القضاء الفقهاء»(١).

أقول: فظهر ممّا ذكره الأعلام اختصاصها بالقضاء، نعم يمكن التعدى إلى تصرفات القضاء العامه في تلك العصور بقرينه المقابله واختتم البحث حول الروايات بمقالات:

صاحب الحدائق حيث يقول: «إني لم أقف بعد التبع للأخبار على شىء من هذه العمومات والإطلاقات [المتّصّ منه لثبوت ولايه الحاكم] لا فى النكاح ولا فى المال، وإن كان ذلك مشهوراً فى كلامهم ومسلماً بينهم ومتداولاً على رؤوس أعلامهم... وبالجملة فإنّ عدّ الحاكم الشرعى فى جملة الأولياء كما ذكروا وإن كان مسلماً بينهم ومتّفقا عليه عندهم، إلّا أنّه خالٍ عن الدليل من الأخبار، نعم يمكن تخصيص ذلك بالإمام عليه السلام من حيث الولاية العامّة، وأنّه أولى بالناس من أنفسهم»(٢).

والشيخ الأعظم قدس سره حيث يقول: «وبالجملة: إقامه الدليل على وجوب طاعه الفقيه كالإمام عليه السلام - إلا ما خرج بالدليل - دونه خرط القتاد!»(٣).

والمحقّق الآخوند الخراسانى يقول فى كتاب قضائه: «وبالجملة: لا مجال للتأمّل فى عدم دلالة هذه الأخبار على الولاية المطلقه للفقيه والله العالم»(٤).

ولذا قال المحقّقان النائينى(٥) والأصفهانى(٦) بالنسبه إلى دليل هذا البحث: «فيه

ص: ٢٨٦

١-٢. أنوار الفقاهه، كتاب البيع، ١/٤٩٨.

٢-٣. الحدائق ٢٣/٢٣٨ و ٢٣٩.

٣-٤. المكاسب ٣/٥٥٣.

٤-١. كتاب القضاء ٣٢.

٥-٢. قاله المحقّق النائينى فى رسالته المخطوطه: «وسيله النجاه فى صلاه الجمعة» ونقل عنه آيه الله السيّد على السيستانى فى تقرير أبحاثه فى الإجتهد والتقليد والاحتياط ١٢٢/ بقلم العلامة الحجه السيّد محمّد على الربانى.

٦-٣. المصدر الأخير.

تزلزل عظيم».

ولذا قال الاستاذ المحقق - مدظله - : «وخلاصه الكلام: ثبت أنه ليس لنا نص واضح وصريح يمكن من خلاله إثبات ولاية الفقيه، كما مرّ تفصيل ذلك في البحث عن ولاية الفقيه، حيث أثبتنا أنّ جميع النصوص المستشهد بها إمّا ساقطة من جهة السند، أو من جهة الدلالة، أو كليهما.

ولو سلّمنا دلالتها على ولاية الفقيه، فهي غير مفيدة لإثبات ما يدّعيه من استدلال بها على الولاية المطلقة للفقيه، لعلمنا بأنّ هذه الولاية المجعولة إنّما هي لأجل تمشيهِ الأمور التي لا يرضى الشارع بتعطيلها وتركها، كراية أموال اليتامى والصغار، وإداره الموقوفات، والأموال العامّة وغيرها من الأمور الحسيّة المناطه إدارتها بالفقهاء الثقات العدول، وبالتالي فإنّ حكمه جعل الولاية وأساسها محفوفه بما يفيد أنّ الغرض منه عدم تعطيل الأمور المشهوره بالأمور الحسيّة، فإنّ ذات الغرض المحفوف بجعل هذه الولاية، يقتضى إقامته والتصدي له، فلا إطلاق فيها حتّى يجعل فيها الشارع أسباب التسابق والتنافس»<sup>(١)</sup>.

ص: ٢٨٧

قال المحقق النائینی ما نصه بالفارسیه: «دویم: آن که از جمله قطعیات مذهب ما طائفه امامیه این است که در این عصر غیبت - علی مغیبه السلام -، آن چه از ولایات نوعیه را که عدم رضاء شارع مقدس به اهمال آن حتی - در این زمینه - معلوم باشد وظائف حسبیه نامیده و نیابت فقهاء عصر غیبت را در آن قدر متیقن و ثابت دانستیم حتی با عدم ثبوت نیابت عامه در جمیع مناصب، و چون عدم رضاء شارع مقدس به اختلال نظام و ذهاب بیضه اسلام بلکه اهمیت وظائف راجعه به حفظ و نظم ممالک اسلامیة از تمام امور و حسبیه از اوضح قطعیات است، لهذا ثبوت نیابت فقهاء و نواب عام عصر غیبت در اقامه وظائف مذکوره از قطعیات مذهب خواهد بود» (۱).

وهذا تعریب مقالته: «من مسلّمات مذهبنا نحن الإمامیه أن الولايات النوعیه التي يُعَلَم عدم رضا الشارع المقدس بإهمالها حتی فی هذا الصعيد فی عصر الغیبه - علی مغیبه السلام - تسمى: الحسبیه، و نیابه فقهاء عصر الغیبه فیها هو القدر المتیقن والثابت عندنا حتی مع عدم ثبوت نیابه العامه فی جمیع المناصب، و حیث إنّ عدم رضاء الشارع المقدس باختلال النظام، و ذهاب بیضه الإسلام بل أهمیه الوظائف راجعه إلى حفظ نظام البلاد الإسلامیه من تمام الأمور الحسبیه من أوضح القطعیات لذلك یكون ثبوت نیابه الفقهاء، والنواب العامین فی عصر الغیبه فی إقامه الوظائف المذكوره من ضروریات

ص: ۲۸۸

وقال المحقق الاصفهاني: «ربّما يُستدلّ لعموم ولاية الفقيه بالمعنى الثانى بوجه عقلى، ومحصله: أنّ ما ثبت للإمام عليه السلام من حيث رياسته الكبرى - وهى الامور التى يرجع

فيها المرئوسون من كلّ ملّه ونحله إلى رئيسهم إتفاقا للنظام - فهى ثابتة للفقيه، إذ فرض هذا الموضوع فرض نصب الرئيس؛ لثلا يلزم الخلف من إيكال أمره إلى آحاد الناس، فيدور الأمر فى الرئيس المنصوب بين أنّ يكون هو الفقيه أو شخص خاص آخر، والأخير باطل قطعاً فتعين الأول.

وفيه: أنّ الامور التى يرجع فيها إلى الفقيه ليست دائماً أمورا سياسيه يحتاج إلى الرئيس؛ كبيع مال اليتيم وحفظ مال الغائب ونحوه، لوضوح قيام العدل مقام الفقيه عند تعذّره مع عدم لزوم المحذور، بل ربّما يكون ولاية الفقيه فى بعض هذه الامور مرتبه على ولاية غيره، كولايته على الصغير المرتبه على ولاية الأب والجدّ ونحوها.

مضافا إلى أنّ بعض تلك الأمور التى لا بدّ فيها من الرئيس، فإيكال أمرها إليه من حيث إنّ نظره مكمل لنقص غيره، ومثل هذا الأمر يتوقف على نظر من كان له بصيره تامه به فوق أنظار العامه، والفقيه بما هو فقيه أهل النظر فى مرحله الاستنباط دون الامور المتعلقة بتنظيم البلاد وحفظ الثغور وتسيير شؤون الدفاع والجهاد وأمثال ذلك، فلا معنى لإيكال هذه الأمور إلى الفقيه بما هو فقيه، وإنّما فوّض أمرها إلى الإمام عليه السلام لأنّه عندنا أعلم الناس بجميع السياسات والأحكام، فلا يقاس بغيره ممّن ليس كذلك، فالإنصاف أنّ هذا الوجه أيضا غير تام فى إثبات هذا المرام»(٢).

وقال المحقق آية الله البروجردى رحمه الله: «إنّ إثبات ولاية الفقيه وبيان الضابطه الكليه لما يكون من شؤون الفقيه ومن حدود ولايته يتوقف على تقديم أمور:

الأول: إنّ فى الاجتماع أمورا لا تكون من وظائف الأفراد ولا ترتبط بهم، بل

١- ٢. الحاكميه فى الإسلام / ٥٤٩.

٢- ١. حاشيه المكاسب ٢/٣٩٠.



تكون من الأمور العامّة الاجتماعيه التي يتوقف عليها حفظ نظام الاجتماع، مثل القضاء وولاية العيّب والقصر وبيان مصرف اللقطه والمجهول المالك وحفظ الانتظامات الداخليه وسدّ الثغور والأمر بالجهاد والدفاع عند هجوم الأعداء ونحو ذلك ممّا يرتبط بسياسه المدن. فليست هذه الأمور ممّا يتصداها كلّ أحد، بل تكون من وظائف قيّم الاجتماع ومن يده أزمه الأمور الاجتماعيه وعليه أعباء الرياسه والخلافه.

الثانى: لا- يبقى شك لمن تتبع قوانين الإسلام وضوابطه فى أنّه دين سياسى اجتماعى، وليست أحكامه مقصوره على العباديات المحضه المشروعه لتكميل الأفراد

وتأمين سعاده الآخره، بل يكون أكثر أحكامه مربوطه بسياسه المدن وتنظيم الاجتماع وتأمين سعاده هذه النشأه، أو جامعه للحسينيين ومرتبطة بالنشأتين، وذلك كأحكام المعاملات والسياسات من الحدود والقصاص والديات والأحكام القضائيه المشروعه لفصل الخصومات والأحكام الكثيره الوارده لتأمين الماليات التي يتوقف عليها حفظ دوله الإسلام كالأخماس والزكوات ونحوهما. ولأجل ذلك اتفق الخاصه والعامه على أنّه يلزم فى محيط الإسلام وجود سائس وزعيم يدبّر أمور المسلمين، بل هو من ضروريات الإسلام وإن اختلفوا فى شرائطه وخصوصياته وأن تعيينه من قبل رسول الله صلى الله عليه وآله أو بالانتخاب العمومى.

الثالث: لا يخفى أنّ سياسه المدن وتأمين الجهات الاجتماعيه فى دين الإسلام لم تكن منحازه عن الجهات الروحانيه والشؤون المرتبطه بتبليغ الأحكام وإرشاد المسلمين، بل كانت السياسه فيه من الصدر الأوّل مختلطه بالديانه ومن شؤونها، فكان رسول الله صلى الله عليه وآله بنفسه يدبّر أمور المسلمين ويسوسهم ويرجع إليه فصل الخصومات وينصب الحكّام للولايات ويطلب منهم الأخماس والزكوات ونحوهما من الماليات، وهكذا كان سيره الخلفاء بعده من الراشدين وغيرهم، حتّى أمير المؤمنين عليه السلام، فإنّه بعد ما تصدى للخلافه الظاهريه كان يقوم بأمر المسلمين وينصب الحكّام والقضاه للولايات. وكانوا فى بادئ الأمر يعملون بوظائف السياسه فى مراكز الإرشاد والهدايه كالمساجد، فكان إمام المسجد بنفسه أميراً لهم، وبعد ذلك أيضا كانوا يبنون المسجد الجامع قرب دار

الإماره، وكان الخلفاء والأمراء بأنفسهم يقيمون الجمعات والأعياد بل ويدبرون أمر الحج أيضا، حيث إنّ العبادات الثلاث مع كونها عبادات قد احتوت على فوائد سياسيه لا يوجد نظيرها في غيرها، كما لا يخفى على من تدبر. وهذا النحو من الخلط بين الجهات الروحيه والفوائد السياسيه من خصائص دين الإسلام وامتيازاته.

الرابع: قد تلخص مما ذكرناه:

١- أنّ لنا حوائج اجتماعيه تكون من وظائف سائس الاجتماع وقائده.

٢- وأنّ الديانه المقدسه الإسلاميه أيضا لم يهمل هذه الأمور بل اهتم بها أشدّ الاهتمام وشرّعت بلحاظها أحكاما كثيره وفوّضت إجرائها إلى سائس المسلمين.

٣- وأنّ سائس المسلمين في الصدر الأول لم يكن إلاّ نفس النبي صلى الله عليه و آله ثمّ الخلفاء بعده.

وحينئذ فنقول: إنّهُ لَمَّا كان من معتقداتنا معاشر الشيعة الإماميه أن خلافة رسول الله صلى الله عليه و آله وزعامه المسلمين من حقوق الأئمه الاثني عشر - عليهم صلوات الله - وأنّ رسول الله صلى الله عليه و آله لم يهمل أمر الخلافة بل عيّن لها من بعده عليّا عليه السلام ثمّ انتقلت منه إلى أولاده، عتره رسول الله صلى الله عليه و آله ، وكان تقمّص الباقيين وتصديهم لها غصبا لحقوقهم، فلا محاله كان المرجع الحق لتلك الأمور الاجتماعيه التي يتلى بها جميع المسلمين هو الأئمه الاثنا عشر عليهم السلام وكانت من وظائفهم الخاصه مع قدره عليها.

فهذا أمر يعتقده جميع الشيعة الإماميه، ولا محاله كان مركزا في أذهان أصحاب الأئمه عليهم السلام أيضا. فكان أمثال زواره ومحّمّد بن مسلم من فقهاء أصحاب الأئمه وملازميهم لا يرون المرجع لهذه الأمور والمتصدى لها عن حق إلاّ الأئمه أو من نصبوهم لها، ولذلك كانوا يراجعون إليهم فيما يتفق لهم مهما أمكن كما يعلم ذلك بمراجعته أحوالهم.

إذا عرفت هذه المقدمات فنقول: إنّهُ لَمَّا كانت هذه الأمور والحوائج الاجتماعيه مما يتلى بها الجميع مدّه عمرهم غالبا ولم يكن الشيعة في عصر الأئمه متمكنين من الرجوع إليهم عليهم السلام في جميع الحالات - كما يشهد بذلك مضافا إلى تفرقهم في البلدان عدم كون الأئمه مبسوطى اليد بحيث يُرجع إليهم في كلّ وقت لأئىّ حاجه اتفقت - فلا محاله

يحصل لنا القطع بأن أمثال زراره ومحمد بن مسلم وغيرهما من خواص الأئمة سألوهم عمّن يرجع إليه في مثل تلك الأمور إذا لم يتمكنوا منهم عليهم السلام، ولا سيما مع علمهم عليهم السلام بعدم تمكن أغلب الشيعة من الرجوع إليهم بل عدم تمكن الجميع في عصر غيبتهم التي كانوا يخبرون عنها غالبا ويهيئون شيعتهم لها. وهل لأحد أن يحتمل أنهم عليهم السلام نهوا شيعتهم عن الرجوع إلى الطواغيت وقضاه الجور ومع ذلك أهملوا لهم هذه الأمور ولم يعينوا من يرجع إليه الشيعة في فصل الخصومات والتصرف في أموال العُيب والقَصْر والدفاع عن حوزة الإسلام ونحو ذلك من الأمور المهمة التي لا يرضى الشارع بإهمالها؟

وكيف كان فنحن نقطع بأن أصحاب الأئمة عليهم السلام سألوهم عمّن يرجع إليه الشيعة في تلك الأمور مع عدم التمكن منهم عليهم السلام وأن الأئمة عليهم السلام أيضا أجابوهم بذلك ونصبوا للشيعة مع عدم التمكن منهم عليهم السلام أشخاصا يتمكنون منهم إذا احتاجوا، غايه الأمر سقوط تلك الأسئلة والأجوبة من الجوامع التي بأيدينا ولم يصل إلينا إلا ما رواه عمر بن حنظله وأبو خديجه.

وإذا ثبت بهذا البيان النصب من قبلهم عليهم السلام وأنهم لم يهملوا هذه الأمور المهمة التي

لا يرضى الشارع بإهمالها - ولا سيما مع إحاطتهم بحوائج شيعتهم في عصر الغيبة - فلا محاله يتعين الفقيه لذلك، إذ لم يقل أحد بنصب غيره. فالأمر يدور بين عدم النصب وبين نصب الفقيه العادل، وإذا ثبت بطلان الأوّل بما ذكرناه صار نصب الفقيه مقطوعا به، وبصير مقبولة ابن حنظله أيضا من شواهد ذلك.

وإن شئت ترتب ذلك على النظم القياسي فصورته هكذا: إما أنه لم ينصب الأئمة عليهم السلام أحدا لهذه الأمور العامّة البلوى وإما أن نصبوا الفقيه لها، لكن الأوّل باطل فثبت الثاني. فهذا قياس استثنائي مؤلف من قضيه منفصله حقيقه وحمله دلت على رفع المقدم، فينتج وضع التالي، وهو المطلوب.

وبما ذكرناه يظهر أن مراده عليه السلام بقوله في المقبولة: «حاكما» هو الذي يرجع إليه في جميع الأمور العامّة الاجتماعيه التي لا تكون من وظائف الأفراد ولا يرضى الشارع أيضا بإهمالها - ولو في عصر الغيبة وعدم التمكن من الأئمة عليهم السلام - ومنها القضاء وفصل

الخصومات. ولم يرد به خصوص القاضى، ولو سلم فنقول: إن الميراثى من بعض الأخبار أنه كان شغل القضاء ملازما عرفا لتصدى سائر الأمور العامه البلوى كما فى خبر إسماعيل ابن سعد عن الرضا عليه السلام: «وعن الرجل يموت بغير وصيه وله ورثه صغار وكبار، أيجلّ شراء خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك؟»<sup>(١)</sup>.

وبالجملة كون الفقيه العادل منصوبا من قبل الأئمة عليهم السلام لمثل تلك الأمور العامه المهمه التى يتولى بها العامه ممّا لا إشكال فيه إجمالاً بعد ما بيناه، ولا نحتاج فى إثباته إلى مقبوله ابن حنظله، غايه الأمر كونها أيضا من الشواهد، فتدبر<sup>(٢)</sup>.

وقال آيه الله السيد محمود الطالقانى رحمه الله فى تعاليقه على كتاب «تنبيه الأئمّه وتنزيه المله» للمحقّق النائينى: «٢- ما شيعه معتقدىم كه مجتهد جامع الشرايط از امام عليه السلام نيابت دارد، قدر مسلم اين نيابت در امور حسيه است (مانند ولايت بر صغار و مجانين و تصرف در اموال بى صاحب و اوقاف مجهول التوليه و صرف آن در موارد خود و از اين قبيل) و چون حفظ نظم و حقوق عمومى از اكمل و اوضح موارد امور حسيه است پس نيابت علماء در اين موارد مسلم و وجوب اقامه اين وظائف حتمى است»<sup>(٣)</sup>.

وقال المحقق الخمينى رحمه الله: «ثم إنّ الأمور الحسيه - وهى التى علم بعدم رضا الشارع الأقدس بإهمالها - إن علم أنّ لها متصدّيا خاصّا أو عامّا فلا كلام.

وإن ثبت أنّها كانت منوطه بنظر الإمام عليه السلام، فهى ثابتة للفقيه بأدله الولايه.

ومع الغض عنها، لو احتمل أنّ إجراءها لابد وأن يكون بنظر شخص كالفقيه العادل، أو الشخص العادل، أو الثقة، فاللازم الأخذ بالمتيقّن، وهو الفقيه العادل الثقة، وإن تردّد بين المتباينين لابد وأن تجرى بنظرهما.

ولا يخفى: أنّ حفظ الاسلام، وسدّ ثغور المسلمين، وحفظ شبّانهم من الانحراف عن الإسلام، ومنع التبليغ المضادّ للإسلام ونحوها، من أوضاع الحسيّات، ولا يمكن

ص: ٢٩٣

١-١. راجع التهذيب ٩/٢٣٩، ح ٢٠، كتاب الوصايا، باب الزيادات.

٢-٢. البدر الزاهر / (٧٩-٧٣).

٣-٣. حكومت از نظر اسلام، ذيل صفحه ٥١.

الوصول إليها إلا بتشكيل حكومه عادله إسلاميه.

فمع الغض عن أدله الولايه، لا شك في أنّ الفقهاء العدول هم القدر المتيقن، فلا بدّ من دخاله نظرهم، ولزوم كون الحكومه بإذنهم، ومع فقدهم أو عجزهم عن القيام بها، يجب ذلك على المسلمين العدول، ولا بدّ من استئذانهم الفقيه لو كان.

ثمّ إنّ ما ذكرنا: من أنّ الحكومه للفقهاء العدول، قد ينقح في الأذهان الإشكال فيه: بأنّهم عاجزون عن تمشيهِ الأمور السياسيّه والعسكريّه وغيرها.

لكن لا وقع لذلك بعد ما نرى أنّ التدبير والإداره في كلّ دوله بتشريك مساعى عدد كبير من المتخصّصين وأرباب البصيره، والسلاطين ورؤساء الجمهوريّات من العهود البعيده إلى زماننا - إلاّ ما شدّ منهم - لم يكونوا عالمين بفنون السياسه والقياده للجيش، بل الأمور جرت على أيدي المتخصّصين في كلّ فنّ.

لكن لو كان من يترأس الحكومه شخصاً عادلاً، فلا محاله ينتخب الوزراء والعَمَـال العدول، أو صحيحى العمل، فيقلّ الظلم والفساد والتعدى في بيت مال المسلمين، وفي أعراضهم ونفوسهم.

كما أنّه في زمان ولايه أمير المؤمنين عليه السلام لم يجرّ جميع الأمور بيده الشريفه، بل كان له ولاه وقضاه ورؤساء للجيش ونحوهم، والآن ترى أنّ تمشيهِ الأمور السياسيّه أو العسكريّه وتنظيم البلاد وحفظ الثغور كلّ موكوله إلى شخص أو أشخاص ذوى الصلاحيه بنظرهم<sup>(١)</sup>.

وقال في دروسه ما نصه بالفارسيه: «ولايت فقيه از موضوعاتى است كه تصور آنها موجب تصديق مى شود و چندان به برهان احتياج ندارد. به اين معنى كه هر كس عقايد واحكام اسلام را حتّى اجمالاً دريافته باشد چون به ولايت فقيه برسد و آن را به تصور آورد بى درنگ تصديق خواهد كرد و آن را ضرورى و بديهى خواهد شناخت. اين كه امروز به ولايت فقيه چندان توجهى نمى شود و احتياج به استدلال پيدا کرده، علتش

ص: ٢٩٤

اوضاع اجتماعى مسلمانان عموماً و حوزه هاى علميه خصوصاً مى باشد. اوضاع اجتماعى ما مسلمانان و وضع حوزه هاى علميه ريشه تاريخى دارد كه به آن اشاره مى كنم...» (۱).

وقال الفقيه الكلبيكاني رحمه الله : «وبالجمله لا يبعد استفاده الولايه للفقيه الجامع للشرائط فيما يرتبط بالأمر العامه، وحفظ المجتمع والأمة، وسياسه الرعيه والملة؛ لوضوح أنّ الاجتماع ونظمه لا ينتظم إلاّ بسلسله من القوانين المجعوله لهم والجاريه فيهم والحاكمه عليهم، حتّى أوقف كلّ من الناس على حدّ محدود وحقّ مربوط، ولا يتعدّى بعض على بعض، ولا يأكل القوى الضعيف، ويقام الاعوجاج، ويرتفع اللجاج، كما فى المروى عن العلل عن الرضا عليه السلام [ما مضمونه أنّه] قال: «كيف يمكن إحاله الجهال والفساق وتخليه سبيلهم إلى ما هو المقرّر لهم فى الشرع من حرمه ووجوب ولا يكون فيه أمر آخر مربوط بالرئاسه والسياسه؟!» (۲).

فعلى هذا، تاره يقال: يؤخذ بإطلاق الأدله العامه - مثل: العلماء ورثه الأنبياء أو أمناء الله وخلفاء الرسول - ويحكم بأنّ كلّ ما كان للنبي والأئمّه عليهم السلام من المناصب فهو ثابت للفقهاء إلاّ ما أخرج الدليل، كوجوب الإطاعه فى الأمور المتعلقه بشخصهم، والجهاد للدعوه إلى الإسلام، وصلاه الجمععه على ما يظهر من روايات المسأله. فكلّ مورد قام الدليل على اعتبار الإذن الخاصّ من الإمام فيه، أو أنّه ممّا لا يجوز الإقدام عليه لغير الإمام، تقتصر عليه ونأخذ به.

فعليه خروج فردٍ من الولايه يحتاج إلى دليل خاصّ، ولولاه يكفى الدليل العامّ فى ثبوتها لهم.

وأخرى يقال: إنّ استفاده الولايه المطلقه للفقهاء، وأنّ لهم ما كانت للأئمّه إلاّ ما

أخرجه الدليل، وإن كان لا يصحّ من الأدله العامه، إلاّ أنّه يصحّ التمسك بها والاستدلال

ص: ۲۹۵

۱-۱ . حکومت اسلامى ۶/.

۲-۲ . راجع: علل الشرائع / ۲۵۳.

عليها لإثبات الولايه لهم فى الأمور العامه المتعلقه لحفظ الرعيه، ونظم أمرهم، وصونهم عن التجاوز، وإيقافهم على حدّ محدود، ومنعهم عن طلب ما لا يستحقّون، وعونهم على أخذ ما يستحقّون، كما نفينا البعد عنه فيما تقدّم.

فعليه يحكم بثبوت الولايه للفقيه، فيما يرتبط بسياسه الاجتماع وإداره المجتمع، إلا ما أخرجه الدليل مثل الجهاد للدعوه إلى الإسلام؛ لاختصاصه بالنبي والإمام أو المأذون الخاصّ منه عليه السلام .

وأما الجهاد للدفاع عن الإسلام وحوزه المسلمين، إذا خيف عليه من تهاجم الكفّار وحمله الأشرار، فلفقيه أيضا أن يحكم بنفر عدّه وتخلّف قوم، أو يحكم بكيفيّة مخصوصه وطرق خاصّه من الدفاع»(١).

وقال المحقّق الروحاني فى تقريب الإسيّد لآلال ونقده: «وقد يستدل على الفقيه بوجه عقلى: بيانه: أنه من المعلوم وجود أمور لا بدّ من ان تناط بشخص معين واحد يكون هو المدير لشؤونها والنافذ القول فيها، للزوم اختلال النظام بدون ذلك، كأمر الحدود والتعزيرات وحفظ أموال اليتامى والمجانين ونحو ذلك، فيتعين اناطتها بالفقيه وتوقفها على إذنه، إذ المقام يكون من قبيل دوران الأمر بين التعيين والتخير. فإنّه إمّا أن تكون واقعا منوطه بخصوص الفقيه أو بكل أحد، إمّا اناطتها بغير الفقيه بخصوصه فهو معلوم العدم. وعليه فبدون الرجوع إلى الفقيه يشك فى مشروعيتها وجوازها، فلا بدّ من الرجوع إليه.

وهذا الاستدلال ممنوع، أوّلاً: بانه أخص من المدعى، إذ هناك من الامور التى لا يعلم بلزوم اناطتها لشخص واحد لعدم اختلال النظام بدون الاناطه، كالصلاه على الميت أو التصدق بمجهول المالك ونحوهما، فلو تم الدليل المذكور فهو لا يشمل مثل هذه الصور لعدم تماميه ملاكه فيها.

وثانيا: بانه لا يقتضى الرجوع إلى الفقيه ولا يعنيه، لان الملاك فى الرجوع إلى

ص: ٢٩٦

شخص معين هو لزوم اختلال النظام بدونه. فالرجوع إلى شخصٍ لحفظ النظام.

وذلك يقتضى لزوم الرجوع إلى شخص عارف في المصالح العقلانيه ومطلع على

جهات التصرفات وخصوصياتها وعادل في دينه لكي لا يخرج عن الحدود الشرعيه سواء كان هذا فقيها مجتهدا أو ليس بفقيه بل كان مقلدا.

ولا يلزم الرجوع إلى الفقيه، لحصول حفظ النظام بغيره بل لو سلم تعيين الفقيه فلا بد من اشتماله على جهه المعرفه وحسن التدبير والتصرف، دون مطلق الفقيه. إذ من الفقهاء من لا يعرف اداره شؤون نفسه فضلاً عن شؤون غيره، فإنّ العلم بالفقه أجنبي عن الإدراك العرفي والمعرفه الاجتماعيه.

وبالجملة، فمادام لزوم الرجوع إلى شخص بجهه حفظ النظام فالمدار على العارف والعالم في الامور العرفيه لا الفقيه، إذ لا ملازمه بين الفقه والمعرفه الاجتماعيه، فلا يحفظ النظام بولايه مطلق الفقيه»(1).

وقال شيخنا الاستاذ قدس سره: «إن قلت: كيف يصح القول بأن النبي صلى الله عليه وآله والأئمه عليهم السلام لم يتعرضوا للزعامة في زمان الغيبه وأن يتركوا المؤمنين حيارى، مع أنّ الدين الإسلامي متكفل لأحكام غير العبادات والمعاملات من السياسات التي يكون الغرض منها تنظيم الأمور الاجتماعيه للمسلمين، وبسط العدالة الإسلاميه في بقاع الأرض؟

فإنه يقال: عدم استفاده الولايه العامه للفقهاء من الروايات المتقدمه لا يوجب ذلك، حيث يمكن أن يكون عدم التعرض للوظيفه في ذلك الزمان لعدم حاجه الناس في عصرهم عليهم السلام إلى بيانه، وأنه كان أنسب لرعايه التقيه التي كانوا يعيشون حالها وإيكال الأمر وتشخيص الوظيفه إلى فقهاء، زمان الغيبه، حيث يتمكنون ببركه القواعد الشرعيه والخطابات العامه على كيفيه تنظيم الأمور الاجتماعيه وتعيين الوظيفه فيها.

وعلى ذلك فينبغي الكلام في موضعين:

الأول: ما إذا تصدى أمر المسلمين من ليس أهلاً له، كما في غالب بلاد المسلمين

ص: ٢٩٧



الثانى: ما إذا أراد التصدى لأُمر المسلمين من يكون صالحاً للتصدي لتنظيم أمورهم ورعايه مصالحهم.

وأما الموضوع الأول، فما لا ينبغي الريب فيه أن الشارع لا يرضى بتصدي الظالم الفاسق لأُمر المسلمين، لا سيما إذا كان ذلك الظالم آله بيد الكفار فى تضعيف الإسلام

وأهل الإيمان، وترويح الفسق والفجور ليلحق المسلمين ولو تدريجاً بركب الكفار فى رسومهم وعاداتهم، وهدم ما أتعب النبى صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام والصالحين والشهداء من المسلمين فى تشييد أركان الدين وتطبيق أحكامه على نظم بلادهم.

والحاصل: نهى الشارع عن الركون إلى الظالم والأمر بالاعتصام بحبل الله والأمر بالكفر بالطاغوت وأولياء الشيطان والأخذ بولايه الله سبحانه ورسوله وتمكين الناس من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وغير ذلك، شاهد صدق بأن على المسلمين قطع أيدي الظلمة عن المؤمنين وبلادهم مع التمكن منه، حيث إنه لو أمكن ذلك بالمقدمات الغير المحرمه فى نفسها فهو. وأما إذا توقف ذلك على ارتكاب محرم فى نفسه فلا بد من ملاحظه الأهميه بين المتراحمين، ولا ريب فى أن الظالم المزبور إذا كان بصدد هدم الحوزه الإسلاميه وإذلال المؤمنين وترويح الكفر وتسليط الكفار على المسلمين وبلادهم، يكون على المسلمين أخذ القدره من يده وإيكالها إلى الصالح، فإنه أهم ولو مع توقفه على بعض المحرمات بعنوانه الأولى، حتى القتال مع العلم بالظفر والاطمينان بأخذ القدره من يده، كل ذلك تحفظاً على الحوزه الإسلاميه ودفاعاً عن المسلمين وأعراضهم وبلادهم من دنس الكفر والضلال والفساد. هذا كله بحسب الكبرى.

وأما بحسب الصغرى فإن أحرز فقيه حال الظالم وأنه بصدد إذلال المسلمين وتسليط الكفار عليهم وعلى بلادهم والصدمة على أعراضهم وأموالهم وحكم بحكم على طبق إحرازه، فننفيذ حكمه وإن كان مبني على نفوذ الحكم الابتدائى للفقيه العادل، إلا أنه إذا اعتقد الناس به وحصل لهم الجزم بصحة إحرازه ولو مع القرائن يثبت الحكم المتقدم.

ولا يخفى أن ما ورد فى بعض الأخبار من الأمر بلزوم البيت والصبر إلى خروج

السفياني وغيره من المعاملات لخروج القائم - عجل الله تعالى فرجه الشريف - لا ينافي ما ذكرنا، فإن المراد من تلك الروايات أمر الناس بعدم الاستجابة لمن يدعو من أهل بيت النبي صلى الله عليه وآله والخلافه لنفسه، وأن الأئمة عليهم السلام لا يتصدون لأمر الخلافه والوصايه للنبي صلى الله عليه وآله إلى ذلك الزمان، ومن يدعو الناس إلى الخروج إنما يريد الخروج لنفسه لا للإمام عليه السلام، وأن لخروجه وقتا محدودا لا بد من انتظاره. وأما قضية الدفاع عن الحوزه الإسلاميه في زمان الغيبه والتصدى للأمور العامه للمسلمين تحفظا على أعراضهم وأموالهم، وتمكين الناس من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإسقاط الفسقه والفجره عن القدره وإيكالها على من هو صالح للتصدى لها حسبه من غير أن يدعى المتصدى الوصايه والخلافه لنفسه، فليس فيها نظر إلى ذلك، فلاحظها.

ويزيد وضوحا كون تلك الروايات غير ناظره إلى صورته الهجوم على الحوزه الإسلاميه معتبره يونس عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «قلت له: جعلت فداك، إن رجلاً من مواليك بلغه أنّ رجلاً يعطى سيفاً وقوساً في سبيل الله فأتاه فأخذهما منه، ثمّ لقيه أصحابه فأخبروه أنّ السبيل مع هؤلاء لا يجوز وأمره بردهما؟ فقال: فليفعل. قال: قد طلب الرجل فلم يجده وقيل له: قد قضى الرجل، قال فليربط ولا يقاتل، قلت: مثل قزوين والديلم وعسقلان وما أشبه هذه الثغور، فقال: نعم. قال: فإن جاء العدو إلى الموضع الذي هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضه الإسلام. قال له: يجاهد؟ قال: لا، إلا أن يخاف على دار المسلمين. فقال: أرايتك لو أنّ الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغ لهم أن يمنعوهم، قال: يربط ولا يقاتل، وإن خاف على بيضه الإسلام والمسلمين قاتل فيكون قتاله لنفسه وليس للسلطان. قال: قلت: فإن جاء العدو إلى الموضع الذي هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضه الإسلام لا عن هؤلاء؛ لأن في دروس الإسلام دروس دين محمد صلى الله عليه وآله» (1) وظاهرها - كما ترى - عدم البأس بالقتال مع من يكون

ص: ٢٩٩

١- ١. الكافي ٩/٣٩٣، ح ٢ (٥/٢١)؛ وسائل الشيعه ١٥/٣٠، ح ٢، الباب ٦ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.

استيلاؤه على المسلمين وبلاده موجبا لضعف الإسلام وانهدام معالمه، بلا فرق بين زمان الحضور والغيبه كما لا يخفى.

الموضع الثانى: فنقول: لا- ينبغى الريب فى أنّ تهيئه الأمن من المؤمنين بحيث تكون بلادهم على أمن من كيد الأشرار والكفار من أهم مصالحهم، والمعلوم وجوب المحافظه عليها وإنّ ذلك مطلوب للشارع، فإن تصدى شخص صالح لذلك بحيث يعلم برضا الشارع بتصديده، كما إذا كان فقيها عادلاً بصيراً أو شخصاً صالحاً كذلك مأذوناً من الفقيه العادل، فلا يجوز للغير تضعيفه والتصدى لإسقاطه عن قدره، حيث إنّ تضعيفه إضراراً للمؤمنين ونقض للغرض المطلوب للشارع، بل يجب على الآخرين مساعدته وتمكينه فى تحصيل مهمته، ومن المساعدة عليه التبرع فى الجيش الذى يمهد له لحفظ الثغور والدخول فى القوى التى أوكل إليهم حفظ الأمن الداخلى المأخوذ على عاتق الناس حسبه. ويشبه المقام ما إذا وضع فقيه عادل يده على مال اليتيم أو على مال الوقف الذى لا متولى له، فإنه لا يجوز للغير ممانعته وتهيئه المقدمه لوضع يده عليها، غايه الأمر أنّ

وجه عدم الجواز فى الثانى حرمة التصرف فى تلك الأموال وفى الأول؛ لكونه تضعيفاً لحوزه المسلمين، وإخلاقاً لأمر انتظام بلادهم وأمنهم كما لا يخفى.

ثمّ إنه إذا توقف تأمين نظام البلاد على تحصيل المال كالزكاه، حيث يجوز صرفها على تحصيل الأمن ونظام البلاد، وجب إيصالها إليه مع احتياجه ومطالبته بها، بل لو طالب المال تبرعاً فى صورته احتياجه وجب على الناس الاستجابة، كلّ ذلك تمكيناً للمتصدى من المال اللازم لتهيئه أمن البلاد وتأمين الحوائج العامه التى تصدى لتأمينها، كما أنّ للمتصدى تحصيل المال بإخراج المعادن من الأراضى المباحه ووضع اليد على الغابات ونحوها. وتكون كلّ هذه الأموال ملكاً للحكومه الاسلاميه، نظير ملك المال للعناوين ولا تدخل فى ملك شخص المتصدى، غايه الأمر يكون للمتصدى الولايه فى التصرف فى تلك الأموال؛ ليصرفها فى الموارد التى يتوقف عليها نظام البلاد وتأمين حوائج أهلها.

ولا يبعد(١) أيضا أن يقال بوجوب إطاعه المتصدى المزبور في الأمور الراجعة إلى الجهات التي أشرنا إليها، أخذا بقوله سبحانه: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ»(٢) وما ورد في تفسيره من أن المراد بأولى الأمر الأئمة عليهم السلام لا ينافي ذلك، حيث إن ذلك لنفى ولايه ولاه الجور، وأنهم عليهم السلام هم أولو الأمر لا المشار إليهم.

ولا يخفى أن كل تصرف لا يخرج عن حدود التحفظ على حوزة الإسلام والمسلمين نافذ للتصدى لأمر المسلمين، فيما إذا كان مقتضى الأدلة الأولية جوازه، كهيئته مراكز الثقافة لنشر العلوم وبسط الرفاه الاجتماعى، وأن كل تصرف يكون مقتضى

الأدلة عدم جوازه، كالتصرف فى بعض أموال آحاد الناس وأخذه قهرا عليهم وأمثال ذلك، فلا يدخل فى ولايه المتصدى حتى فيما إذا اعتقد المتصدى أو وكلائه جوازه لبعض الوجوه، إلا- فيما أشرنا إليه سابقا، كما يجوز لسائر الفقهاء التصدى لبعض الأمور الحسينية، فيما إذا لم يكن التصدى لها مزاحمة وتضعيفا لمركز المتصدى للزعامة، كنصب القيم لليتيم والتصدى لتجهيز ميت لا ولي له ونحو ذلك، والله سبحانه هم العالم»(٣).

وقال بعض الاساتيد رحمه الله: «إن النظام والحكومة أمر ضرورى للبشر، وأن حياتهم فى

ص: ٣٠١

١-١. قد عدل عن هذا الرأى شيخنا الاستاذ قدس سره فى أجوبه استفتائاته وذهب إلى اختصاص الآيه بالأئمة المعصومين عليهم السلام وقال: «إن الأمر الوارد فى اتباع الفقهاء والعلماء والأخذ بحديث الثقات من الرواه أمر إرشادى لحجبه قولهم كما قرّر فى علم الأصول، فلا بد من تقييده عقلا- بصوره عدم العلم بمخالفته للواقع، فإن جعل شىء طريقا للواقع إنما هو فى فرض احتمال مطابقته للواقع. وأما الأمر المذكور فى الآيه فهو أمر مولوى نفسى، وحيث إنه لا يعقل إطلاق الأمر وشموله لصوره أمر النبى وأولى الأمر عليهم السلام بما فيه مخالفه لأمر الله تعالى، فلا محاله يكون مقتضى الإطلاق فى الأمر بإطاعه النبى صلى الله عليه وآله وأولى الأمر هو عصمه الشخص المطاع مطلقا، فيكون المراد بأولى الأمر المعصومين عليهم السلام. ويؤكد قرن الأمر بطاعتهم بالأمر بطاعه الله ورسوله، والله الهادى إلى سواء السبيل» [الأنوار الإلهيه فى المسائل العقائديه ١٠١/١].

٢-٢. سورة النساء / ٥٩.

٣-١. إرشاد الطالب ٤/ (٢٢٠-٢١٥).

جميع مراحلها وأدوارها حتى في العصور الحجرية وفي الغابات لم تخل من قانون وحكومه ما، فإنّ الإنسان مدنى بالطبع ولا تتم حياته ومعيشته إلاّ في ظلّ الاجتماع والتعاون والمبادلات، وله شهوات وغرائز وميول مختلفه من حبّ الذات والمال والجاه والحرية المطلقة في جميع ما يريد ويهواه، ولا محاله يقع التضاحم والصراع والتضارب بين الأفكار والأهواء فلا بدّ له من قوانين ومقررات، ومن قوه وقدره نافذه محدده منفذه للمقررات حافظه للنظام ومانعه من التعدى والتكالب وحافظه للشعور والأطراف. ولا نعنى بالحكومه والولاية إلاّ هذه. بل الحيوانات أيضا تحتاج إلى نحو من هذا النظم والقدره، كما نشاهد ذلك في أنواع النمل والنحل ونحوهما.

ولو فرض محالاً- أو نادرا تحقّق الرشد الأخلاقي والثقافه الكامله في جميع أفراد البشر والتناصف والإيثار بينهم، فالاحتياج إلى نظام يدبر أمورهم الاجتماعيه يؤمّن حاجاتهم من جلب الأرزاق وتأمين الأمور الصحيه والتعليم والتربيه والمواصلات والمخبرات وإيجاد الطرق والشوارع وسائر المؤسسات الرفاهيه وجبايه الضرائب لتأمينها ممّا لا يقبل الإنكار. ولا يختص هذا بمصر دون مصر أو عصر دون عصر أو ظرف دون ظرف.

فما عن أبي بكر الأصب من عدم الاحتياج إلى الحكومه إذا تناصفت الأممه ولم تتظالم، وما عن ماركس من عدم الاحتياج إليها بعد تحقّق الكمون المترقى للبشر وارتفاع الاختلاف الطبقي بينهم واضح الفساد....

وكيف كان فالإمامه بالمعنى الأعم ضروره للبشر في جميع الأعصار، وبقاء الأممه ببقاء الإمامه. فلا يجوز للشارع الحكيم اللطيف بالأمه الإسلاميه إهمال هذه المهمه وعدم

تعيين وظيفه المسلمين بالنسبه إلى أصلها وشرائطها وحدودها حتى بالنسبه إلى عصر الغيبه، لعدم تفاوت الأزمنه في ذلك....

فإذا فرض أن الإسلام لم يهمل [حتى] مثل أرش الخدش والجلده ونصف الجلده فكيف يهمل ما فيه نظام أمر الأممه بعد النبي صلى الله عليه وآله أو في عصر الغيبه؟

إنّ قيم قريه صغيره إذا أراد أن يسافر سفرا موقّتا فهو بطبعه ووجدانه يعين مرجعا

للأمور يرجع إليه في غيابه، فهل كان النبي صلى الله عليه وآله وهو عقل الكل أقل التفاتاً وحرصاً على حفظ الإسلام الذي صرف فيه طاقاته وطاقات المسلمين مدى عمره الشريف؟! ...

وبالجملة، الحكومه والإمامه وحفظ النظام ضروره للبشر في جميع الأعصار. فلا يُظنّ بالشارع الحكيم إهمالها وعدم التعرض لها ولحدودها وشروطها. وما ذكرناه إلى هنا يكفي لإثبات المطلوب، فليجعل الأخبار والأدله الآتية مؤيدات أو مؤكدات فلا يضرنا ضعف بعضها من جهة السند، فتدبر<sup>(١)</sup>.

وقال آية الله الحاج آقا على الصافي الكلبايكاني قدس سره: «وأما حكم العقل، فهو أن يقال، بعد ما يكون كل من الناس، بحسب غرائزهم الحيوانيه، مايلًا إلى الشهوات، وانجاح آمالهم وإن كان هذا في حقوق الغير والتجاوز في حدود الآخرين، مضافا إلى أن مدنيّتهم، تقتضى نظاما رابطا بين أفرادهم، حتى يصيروا متحدًا في هذا النظام ولولا رادع في ما بينهم، يردعهم عما ليس حقهم وحفظهم في حدودهم، وإلاّ انجز أمرهم إلى السفال والزوال فلا بدّ من سائس وقيم بينهم، مع قانون، يعملون على طبق هذا القانون، مع هذا القيم لأنّ صرف القانون، لا يكفي لحفظ نظامهم، مع ما هم عليه، من الأهواء والسلطه على نوعهم:

فإذا كان هذا حكم العقل، نقول بأنّ هذا السائس لابدّ من أن يكون، من قبل الله تعالى، كما بين في مقام لزوم بعث الرسل والإمام أو من قبل النبي أو من قبل الإمام وهو الفقيه؛

ويدل عليه ما تلونا عليك، من الأخبار الداله على ولايه الفقيه، فما حكم به العقل حكم به الشرع أيضا؛

مضافا إلى أنّه لو لم يكن نص على ولايه الفقيه، لابدّ بعد حكم العقل، بما قلنا من

لزوم وجود السائس والقيّم من أنّ المتيقن، هو الفقيه، لأنّه العارف بموازين الاسلاميه وسير العباد، إلى سلوك مسلك الدين، لا غير الفقيه وهذا دليل مستقل على ولايه

ص: ٣٠٣

وقال الفيلسوف الكبير العلامة الشيخ محمد تقي الجعفری رحمه الله فی شرحه علی نهج البلاغه ما نصه بالفارسیه: «حکومت و سیستم مدیریت جامعه در هر شکل عالی هم که باشد ناشی از مشاهدات و فعالیت ها و تجارب معمولی طبیعی است و هیچ گونه جنبه فوق طبیعی ندارد و حتی نیازی به دریافت ها و تفکرات عقلانی والا ندارد، باید مورد تجدید نظر قرار بگیرد، زیرا موجودیت انسان یک حقیقت طبیعی محض نیست، بلکه دارای طبیعت ربانی نیز می باشد که بشر با قطع نظر از آن، محکوم به زیستن در تاریخ طبیعی حیوانی دارای ابعاد متنوع تر می باشد. از اینجا است که می توان گفت: آن گروه از زمامداران و حکام جوامع که با امکان شکوفا ساختن هر دو بعد طبیعی و ربانی مردم، آنان را تنها با بعد طبیعی محض اداره کرده اند، قطعاً مرتکب خطا شده اند. خلاصه اینکه ما حتماً باید در ماهیت و طبیعت بشر، «آنچنان که هست» هر دو بعد موجودیت او را در نظر بگیریم و استعداد و طبیعت الهی را از قلمرو «آنچنان که هست» حذف نکنیم و این گناه نابخشودنی را که بشر را در همان طبیعت حیوانی او خلاصه می کند، مرتکب نشویم.

اینکه به افلاطون نسبت داده شده است: مُتٌ بِالْأَرَادَةِ تَحْيِي بِالطَّبِيعَةِ (غرایز حیوانی خود را با اراده مهار کن تا با طبیعت حقیقی [ربانی] جان خود، جاودان بمانی.) اشاره به همین حقیقت است که طبیعت الهی و فوق طبیعی آدمی نیز، طبیعت یا ماهیت اصلی او محسوب می گردد.

از مجموع مطالب فوق به یک نتیجه بسیار بااهمیت می رسیم و این است که آن سخن جاودانی امیرالمؤمنین علیه السلام که می فرماید: لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ أَمِيرٍ بَرٍّ أَوْ فَاجِرٍ (برای مردم زمامداری لازم است خواه نیکوکار و خواه بدکار) [خطبه ۴۰] نباید چنین تفسیر شود که حکومت صالح و ناصالح برای مدیریت حیات اجتماعی مردم به طور مطلق

ص: ۳۰۴

مساوی است، بلکه عقلای جامعه همان گونه که دین الهی دستور می دهد باید نهایت

تلاش را برای به وجود آوردن حکومت صالحان انجام بدهند و این یک تکلیف قطعی و جهانی و عقل عملی و دینی است که گمان نمی رود حتی یک فرد خردمند که از ماهیت و ارزش های حیات انسان ها، و هدف اصلی آن مطلع باشد، آن را انکار کند یا نادیده بگیرد.

البته در صورتی که دسترسی به حکومت صالحان امکان پذیر نباشد، و با هیچ سعی و تلاشی امکان چنان حکومتی وجود نداشته باشد، به مقتضای اصل اساسی ضرورت ادامه حیات فردی و اجتماعی حاکم غیر صالح نیز به جهت اضطرار، ضرورت پیدا می کند و اگر عدم صلاحیت حاکم در حدی باشد که زندگی انسان های جامعه به جهت احساس اهانت و ذلت شدید به پوچی برسد، در این صورت، قیام برای نصب حاکم صالح و براندازی ناصالح، تکلیف به تلاش و کوشش شدیدتر می گردد. این حکم بدیهی عقل نظری و عقل عملی است» (۱). (۲)

ص: ۳۰۵

---

۱- ۱. ترجمه و تفسیر نهج البلاغه ۲۵/۱۸۰ و ۱۸۱.

۲- ۲. قد تمّ تصحیح هذه الاوراق على يد مؤلفها في الحرم الرضوى - سلام الله على صاحبه - في الليلة الجمعة السادس من شهر ذى القعدة الحرام سنة ۱۴۳۶ والحمد لله على كل النعمه.



### ٣- إثبات ولاية الفقيه بأنّ الحكومه جوهره الإسلام

الحكومه والسلطه والقدرة وحفظ النظام الإجتماعى للبشر من ذاتيات الإسلام وأركانه وأجزائه الرئيسه ونسيجه الثانى وجوهرته الواقعى. وقال الإمام الخمينى رحمه الله: «من نظر إجمالاً إلى أحكام الإسلام، وبسطها فى جميع شؤون المجتمع؛ من العباديات التى هى وظائف بين العباد وخالقهم، كالصلاه والحجّ، وإن كانت فيهما أيضاً جهات اجتماعيه وسياسيه مربوطه بالحياه والمعيشه الدنيويه، وقد غفل عنها المسلمون، ولا سيما مثل ما فى الاجتماع فى الحجّ فى مهبط الوحى ومركز ظهور الإسلام.

ومع الأسف، قد أغفلوا بركات هذا الاجتماع الذى سهّل تحقّقه لهم الشارع الأقدس بوجه لا يتحقّق لسائر الدول والملل إلاّ مع جهاد عظيم، ومصارف خطيره.

ولو كان لهم رشد سياسى واجتماعى، أمكن لهم حلّ الكثير من المسائل المبتلى بها؛ بتبادل الأفكار، والتفاهم والتفكير فى حاجاتهم السياسيه والاجتماعيه.

وَمَنْ [سَبَرَ] القوانينَ الاقتصاديهَ والحقوقيهَ والاجتماعيهَ والسياسيهَ، لرأى أنّ الإسلام ليس عبارته عن الأحكام العباديه والأخلاقيه فحسب، كما زعم كثير من شبّان المسلمين بل وشيوخهم؛ وذلك للتبليغات المشؤومه المسمومه المستمره من الأجانب وعمّالهم فى بلاد المسلمين طيله التاريخ؛ لأجل إسقاط الإسلام والمنتسبين إليه عن أعين الشبّان وطلّاب العلوم الحديثه، وإيجاد الافتراق والتباغض بين المسلمين قديمهم وحديثهم.

وقد وقفوا فى ذلك إلى حدّ لا يتيسّر لنا رفع هذه المزعمه والتهمه بسهولة، وفى أوقات غير طويله.

فعلى المسلمين - وفى طليعتهم الروحانيون وطلّاب العلوم الدينيه - القيام بوجه تبليغات أعداء الإسلام بأيّه وسيله ممكنه، حتّى يظهر أنّ الإسلام قام لتأسيس حكومه

عادله، فيها قوانين مربوطه بالماليات وبيت المال، وأخذها من جميع الطبقات على نهج عادل.

وقوانين مربوطه بالجزائيات قصاصا وحدًا وديه؛ بوجه لو عمل بها لقلت

الجنايات لو لم تنقطع، وانقطعت بذلك المفسد المترتب عليها، كالتى تترتب على استعمال المسكرات من الجنايات والفواحش إلى ما شاء الله تعالى (١)، وما تترتب على الفواحش «ما ظهر منها وما بطن».

وقوانين مربوطه بالقضاء والحقوق على نهج عادل وسهل، من غير إتلاف الوقت والمال، كما هو المشاهد فى المحاكم الفعلية.

وقوانين مربوطه بالجهد والدفاع والمعاهدات بين دولة الإسلام وغيرها.

فالإسلام أسس حكومه لا على نهج الاستبداد المحكم فيه رأى الفرد وميوله النفسانيه فى المجتمع، ولا على نهج المشروطه أو الجمهوريه المؤسسه على القوانين البشريه، التى تفرض تحكيم آراء جماعه من البشر على المجتمع.

بل حكومه تستوحى وتستمد فى جميع مجالاتها من القانون الإلهي، وليس لأحد من الولاة الاستبداد برأيه، بل جميع ما يجرى فى الحكومه وشؤونها ولوازمها لابد وأن يكون على طبق القانون الإلهي، حتى الإطاعه لولاة الأمر.

نعم، للوالى أن يعمل فى الموضوعات على طبق الصلاح للمسلمين، أو لأهل حوزته، وليس ذلك استبدادا بالرأى، بل هو على طبق الصلاح، فرأيه تبع للصلاح كعمله.

وبعد ما عرفت ذلك نقول: إن الأحكام الإلهية - سواء الأحكام مربوطه بالماليات، أو السياسيات، أو الحقوق - لم تنسخ، بل تبقى إلى يوم القيامة، ونفس بقاء تلك الأحكام يقضى بضروره حكومه وولايه، تضمن حفظ سياده القانون الإلهي، وتكفل بإجرائه، ولا يمكن إجراء أحكام الله إلا بها؛ لئلا يلزم الهرج والمرج.

ص: ٣٠٧

---

١- ١. ليس هذا التعبير مناسباً هنا فإن الله تعالى لا يشاء استعمال المسكرات ونحوها من المحظورات فلا بد من تبديله ب- «ما هُنَالِكَ مِنَ الْآفَاتِ الْمُبِيرَةِ أَى الْمَهْلِكَةِ». [المؤلف]

مع أنّ حفظ النظام من الواجبات الأكيدة، واختلال أمور المسلمين من الأمور المبعوضة، ولا يقام بذا، ولا يسدّ هذا إلاّ بوال وحكومه.

مضافاً إلى أنّ حفظ ثغور المسلمين من المهاجم، وبلادهم من غلبه المعتدين، واجب عقلاً وشرعاً، ولا يمكن ذلك إلاّ بتشكيل الحكومه، وكلّ ذلك من أوضح ما يحتاج إليه المسلمون، ولا يعقل ترك ذلك من الحكيم الصانع.

فما هو دليل الإمامه، بعينه دليل على لزوم الحكومه بعد غيبه وليّ الأمر - عجل الله تعالى فرجه الشريف - ، ولا سيّما مع هذه السنين المتماديه، ولعلّها تطول - والعياذ بالله -

إلى آلاف من السنين، والعلم عنده تعالى.

فهل يعقل من حكمه البارى الحكيم إهمال الأُمّه الإسلاميه، وعدم تعيين تكليف لهم، أو يرضى الحكيم بالهرج والمرج واختلال النظام، ولا يأتى بشرع قاطع للعدر؛ لئلا تكون للناس عليه حجّه؟!!

وما ذكرناه وإن كان من واضحات العقل؛ فإنّ لزوم الحكومه - لبسط العداله، والتعليم والتربيه، وحفظ النظم، ورفع الظلم، وسدّ الثغور، والمنع عن تجاوز الأجنب - من أوضح أحكام العقول، من غير فرق بين عصر وعصر، أو مصر ومصر، ومع ذلك فقد دلّ عليه الدليل الشرعى أيضاً<sup>(١)</sup>.

وقال الفقيه الشريعتمدارى رحمه الله: «توضيح ذلك يقتضى ذكر مقدّمه مفيده لانزومه، وهى أنّ موقف مسأله الحكومه من الإسلام ماذا؟ هل تكون جزء من جوهر الإسلام، ومن أركانه وأجزائه، أو شىء خارج عنه؟

فتارة يتوهم أنّ الإسلام مجموع سلسله من النّصائح الخلقيه التى يكون العمل بها أمراً اختيارياً، أو لازماً على حدّ لزوم التخلّق بالآداب الحسنه فيكون الإسلام بمنزله ما نقل من الحكماء وفلاسفه الهند من المطالب الحكميّه، وبمنزله الأمثال التى تذكر بلسان الحيوانات وغيرها للتذكير والتنبيه.

ص: ٣٠٨

ولازم هذا التَّوَهُّم أَنَّهُ لَيْسَ فِي جَوَاهِرِ الْإِسْلَامِ قَوَانِينٌ بِهَا تَقْدَرُ عَلَى إِرَادَةِ الْمَجْتَمَعِ الْإِسْلَامِيِّ، بَلِ الْإِسْلَامُ كُلُّهُ نَصَائِحٌ فَنَحْوُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ: الْمَجْتَمَعُ الْإِسْلَامِيُّ كَيْفَ يَنْبَغِي أَنْ يَدَارَ؟ وَوُضِيفَهُ الدَّوْلَةُ وَالْحُكُومَةُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى النَّاسِ، وَكَذَلِكَ وَضِيفَهُ الرَّعَايَا فِي مَقَابِلِ الدَّوْلَةِ وَالْحُكُومَةِ مَاذَا؟... لَمْ يَكُنْ فِي قَوَانِينِ الْإِسْلَامِ مَوْرَدًا لِلتَّوَجُّهِ فَعَلِي هَذَا النَّوْعِ مِنَ التَّفْكِيرِ مَسْأَلَةُ الْحُكُومَةِ مِثْلَ الْأُمُورِ الْعَادِيَةِ كَالْأَكْلِ وَالشَّرْبِ، وَالصَّنْعِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْأُمُورِ الْعَادِيَةِ اللَّازِمَةِ لِلْمَجْتَمَعِ غَيْرِ دَاخِلِهِ فِي تَعَالِيمِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهَا الْإِسْلَامُ.

وَرَبَّمَا يَذْكَرُ تَأْيِيدًا لِمَا يَتَوَهُّمُ سِيرَهُ عَيْسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي عَصْرِهِ، وَعَدَمَ تَدَخُّلِهِ فِي الْحُكُومَةِ، بَلِ وَصِيَّتَهُ لِأُمَّتِهِ بِتَرْكِ التَّدَخُّلِ، حَيْثُ كَانَ نَظَرُهُ الْأَعْلَى وَمَقْصُودُهُ الْغَاثِي النَّصْحَ، تَحْرِيزُ أُمَّتِهِ وَأَتْبَاعِهِ نَحْوَ عَالَمِ الْمَعْنَى وَالْمَلَكُوتِ؛ وَلِذَا نَقَلَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ مِنْ جَمَلِهِ نَصَائِحَهُ هَذِهِ الْعِبَارَةَ: «أَعْطُوا مَا لِقَيْصِرٍ لِقَيْصِرٍ وَمَا لِلَّهِ لِلَّهِ».

وَتَارَهُ أُخْرَى قَدْ يَتَوَهُّمُ أَنَّ الْحُكُومَةَ الْإِسْلَامِيَّةَ فِي صَدْرِ الْإِسْلَامِ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ حَدِثَتْ مَصَادِفَهُ مِنْ دُونَ أَنْ تَدْخُلَ فِي جَوْهَرِ الْإِسْلَامِ كَمَا كَتَبَ أَحَدُ كُتَّابِ أَهْلِ السِّيْنَةِ قَبْلَ أَرْبَعِينَ سَنَةً تَحْتَ عُنْوَانٍ: «هَلِ النَّبِيُّ كَانَ مُلْكًا؟» وَاخْتَارَ فِي مَطَاوِي كَلِمَاتِهِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لَمْ يَكُنْ مُلْكًا، وَتَشْكِيلُ حُكُومَتِهِ كَانَ أَمْرًا اتِّفَاقِيًّا، وَلَمْ تَكُنْ الْحُكُومَةُ جُزْءًا مِنْ قَوَانِينِ الْإِسْلَامِ.

وَلَا يَخْفَى عَلَيْكَ أَنَّ هَذَا الْكِتَابَ - وَإِنْ كَانَ مَقْصُودُهُ تَنْزِيهِ الْإِسْلَامِ عَمَّا ارْتَكَبَهُ الْأُمُويُّونَ وَالْعَبَّاسِيُّونَ مِنْ أُمُورٍ تَنَافَى الْإِسْلَامَ مُسْتَدَلًّا عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ الْإِسْلَامَ دِينَ مُنْفَصِلٍ عَنِ الدَّوْلَةِ، وَلَيْسَ مِنْ قَوَاعِدِهِ إِنْشَاءُ حُكُومَةٍ إِسْلَامِيَّةٍ - إِلَّا أَنَّهُ قَدْ جَافَى الْحَقِيقَةَ فِي هَذَا الْقَوْلِ وَخَالَفَ آرَاءَ جَمِيعِ عُلَمَاءِ الْمُسْلِمِينَ، وَلِذَلِكَ اعْتَرَضُوا عَلَيْهِ وَحَاكَمُوهُ، وَطَرَدُوهُ، وَنَشَرُوا كِتَابًا فِي الرَّدِّ عَلَيْهِ، وَوَهَنَ نَظَرُهُ الضَّعِيفُ.

وَأَنْتَ بِأَدْنَى نَظَرٍ فِي هَذِهِ التَّوَضِيحَاتِ تَعْرِفُ أَنَّ هَذِهِ الْأَوْهَامَ مَبْتَنِيَّةً عَلَى جَعْلِ مَسْأَلَةِ الْحُكُومَةِ مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَتْرُوكَةِ الْمَغْفُولِ عَنْهَا، وَالْحَالُ أَنَّ الْإِسْلَامَ حُكُومَةٌ حَقَّةٌ، وَدَوْلَةٌ إِلهِيَّةٌ، وَأَنَّهَا كَانَتْ مِنْ شُؤْنِ النَّبِيِّ وَالرَّسَالَةِ، وَأَنَّ إِمَامَهُ أُنْمِتْنَا الْمَعِينَةَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَالْمَغْصُوبَةَ مِنْ طَرَفِ النَّاسِ لَيْسَتْ إِلَّا بِمَعْنَى حَقِّ الْحُكُومَةِ الْحَقَّةِ الْحَقِيقِيَّةِ، أَوْ الْحُكُومَةِ

داخله فيها قطعاً، بل ذلك من أصول مذهبنا. فكيف تجعل مورداً للبحث الفقهي الفرعي، ويستدلّ عليها بما لا يدلّ عليها تمام الدّلاله؟

نشأه الحكومه الإسلاميه:

ونحن في هذا الصدد يلزم علينا أن نحدّد نشأه الحكومه الإسلاميه وموقعها التاريخي.

إنّ سيره النبي الأكرم صلى الله عليه وآله تنقسم إلى مرحلتين:

الأولى في مكّه: ويمكن اعتبار هذه المرحله بعيده عن تكوين الدوله الإسلاميه، إنّما هي بدايه عامه. فالظروف التي سايرت الرسول صلى الله عليه وآله وهو في مكّه لم تساعد على وضع اللبّات الأولى لحياه حكومه الإسلام، فقد كان مشغولاً في التخطيط لزرع الدعوه في النفوس، وجمع المسلمين حوله، وكشف أهميه الإسلام، ولم يكن الناس على استعداد لتفهم ما يدعو إليه الرسول، لهذا ولأوّل وهله وقفت قريش وأتباعها معارضة ومحاربه له ولدعوته، حتّى اضطرّ أن يشير على عدد من أتباعه أن يهاجروا إلى الحبشه سلامه لأنفسهم من غدر المعارضين، وإلى آخر ما يحدثنا التاريخ من المآسى والأحداث الداميه

التي توجّهت إلى المسلمين في هذه المرحله.

الثانيه في المدينه: ويمكن اعتبار هذه المرحله هي الانطلاقه الواضحه لتكوين الدوله الإسلاميه، فقد حصل تحوّل خطير في سياسه النبي صلى الله عليه وآله، وذلك بعد أن اطّمان في المدينه إلى وجود المقومات الايجابيه للقيام بهذه المهمه السماويه، وأن أصحابه والصّفوه الطّاهره من المهاجرين والأنصار بعيده عن خطر قريش وظلمها، وسعه من العمل.

وبدأ الرسول يشرع القوانين التي تكفل سلامه الفرد على ضوء الآيات النّازله من الله سبحانه، ولو ألقينا نظره على الآيات الكريمه التي نزلت في المرحله الأولى في مكّه لرأيناها تتضمّن - جميعها - النّصح والموعظه، والحثّ على التّحلي بالأخلاق، وبعض الجوانب العقائديه، حتّى قيل إنّ الآيات التي نزلت في مكّه وتخصّ الزكاه والصّلاه لم يقصد بها المعنى المصطلح. في حين أنّ ما نزل من الآيات في المدينه نرى فيها التّشريع والتّقنين لتنظيم أمور المسلمين، وسياسه المجتمع، وعلاقاته بأفراده والآخرين، وكذلك

ص: ٣١٠

العلاقات الداخليه والخارجيه، والنظام المالى، وطبيعه الحكومه التى يجب أن تحكم وهكذا.

ولو حاولنا ضرب الامثله القرآنيه فى كثير من الجوانب، والتى عالجهها الإسلام لضاق بنا المجال، ولم تكن مُعالجَه الإسلام لجانب من الجوانب محددا لوقت من الاوقات، أو زمان من الازمنه إنما هو فى واقعه قانون فيه قابليته الإستمرار والإدامه إلى أى عصرٍ وآنٍ وأستغرب جدّا مِنْ تَوَهُّم بعض اللذين لا يرون فى الإسلام قابليته استمراريه الحكم فيه اعتقادا منهم أنّ قوانينه صالحه لظرف معين، وخاصه فى صدر الإسلام، وبينون رأيهم هذا على أساس الجانب المالى فى الإسلام؛ فإنّ الحكومه الإسلاميه والتى لا بدّ أن تسير التطور العلمى لا يمكن أن تقيم قواعدها على منبع مالى كلّ إعتماده على الزكاه وأمثاله فى حين أنّ مستلزمات تأسيس الحكومه تقتضى منبعا ماليا واسعا.

غير أنّنا نؤكد - وَنَحْنُ فى صدد الردّ - لأمثال هؤلاء الداهيين بعيدا عن تفهّم حقيقه الإسلام أنّ الإسلام فى حياته الماديه، وتسيير دقّه حكومته لم يعتمد على هذا الجانب الضئيل من الموارد المائيه، فهناك جوانب أخرى تكفل للإسلام الإستمرار المالى عند تشكيل حكومته، وديمومتها إذ للحاكم الشرعى - سواء كان النبى صلى الله عليه وآله، أو من بعده الأئمه عليهم السلام أو من يتولّى السلطه الشرعيه من بعدهم - أن يلزموا الأُمّه بأداء الأموال الكافيه لسدّ حاجه ومتطلّبات الحكومه الإسلاميه.

إنّ الحكومه الإسلاميه التى نبحت عنها، وهى حكومه الرسول الأعظم والأئمه [الطاهرين] الكرام تختلف كلّ اختلاف عن الحكومات التى سبقت الإسلام، أو التى جاءت بعد ظهوره والتى تعتمد التشريعات الوضعيه؛ ذلك لأنّ الحكومه الإسلاميه هى من تخطيط الله سبحانه، وهو خالق الكون والانسان، وهو أعرف من غيره بمصلحه البشر. فعند ما يضع القوانين للإنسانيه - التى يختار لهم حتما الصالح لبقائها - لا بدّ أن تتوفر فيها كلّ المقومات الكافيه لحفظ البشريه.

أمّا القوانين الوضعيه، فهى تعتمد الحسّ والتجربه، وهذه القوانين المبنيه على هذين الأساسين تتعرّض دائما للتغيير والتحرير، ولم تتمكّن من إعطاء الصوره الكامله

للحكم كما يتجلى ذلك في الحكومات الرأسماليه، والشيوعيه، والديمقراطيه، والاستبداديه المطلقه وأمثال ذلك. فأننا نرى أن قوانينها دائما معرّضه للتحوير والتصحيح والتبديل، في حين أن القرآن - ذلك الدستور الخالد - لم يتغيّر، ولم يتبدّل رغم مرور هذه الحقبه الطويله من الأعوام، وأنه يملك القابليه الكافيه للحكم بموجه.

ويؤسفنا أن الظروف القاسيه التي صاحبت (1) مسيره الإسلام قد أوقفت جري الحكومه الإسلاميه من الاستمرار نتيجه الانحرافات، والإتجاهات التي تعرّض لها في طول هذه القرون.

وبالجملة: من الواضحات التاريخيه أن هجره النبي صلى الله عليه وآله، ومن تبعه من المسلمين من مكّه إلى المدينه ليست أمرا عاديا، بأن عاش صلى الله عليه وآله مدّه في مكّه، ثم هاجر وسافر إلى المدينه وأقام فيها من دون هدف إسلامي خاص، بل هي مبدأ تحوّل خطير في الإسلام، ومشخصه للدورتين والمرحلتين المُمْتَازَتَيْن: المرحله الأولى في مكّه، والمرحله الثانيه في المدينه.

النظر الدقيق في التواريخ المعتمره الإسلاميه يعطينا أن كلّ واحده منهما تمتاز عن الأخرى بمميزات، ومشخصات.

فمنها: أنه في الزمن الذي عاش فيه النبي صلى الله عليه وآله في مكّه لم تكن قد تكوّنت الحكومه الحقه بالمعنى الصحيح لها بعد، وكان المسلمون فيها متفرّقين ومتشكّكين ومستضعفين، بحيث كانوا تارّة محصورين في شِعْبٍ أبيضاب خوفي من الكفار والمشركين، وتارّة

مهاجرين إلى الحبشه خوفي، أو معدّيين بأنواع العذاب الذي ذُكِرَتْ تَفَاصِيْلُهُ في التواريخ المعتمره الموجوده.

أمّا بعد هجره النبي صلى الله عليه وآله، ومن تبعه من المسلمين إلى المدينه المنوره فقد حصل مبدأ تحوّل كبير في العالم الإسلاميّ، وتكوّنت الحكومه الحقه، وحدثت قدره وتحوّل للإسلام من جهات مختلفه. وقد ترتبت عليها آثارٌ إسلاميه متعدده كما يظهر لمن تأمل

ص: ٣١٢

فى الآيات القرآنيّه أدنى تأمّل، حيث أنّ الآيات النّازله فى مكّه تفرّق عن الآيات النّازله فى المدينه المنوره من جهاتٍ شتى، ونحن نتعرّض هنا لبعضها إجمالاً حذراً عن الإطاله.

منها: أنّ الآيات النّازله فى مكّه أكثرها تتضمّن ما يكون مناسباً لحال النّبىّ وأتباعه، فهى تتضمّن العقائد والخلقيّات، والمواعظ والنّصائح، وذمّ المنكرين والمخالفين، وقلّما تتضمّن شيئاً من التّشريع، بل قيل إنّ آيات الزّكاه والصّلاه التى نزلت فى مكّه لم يقصد منها الصّلاه والزّكاه - بالمعنى التّشريعىّ المصطلح - بخلاف الآيات التى نزلت فى المدينه المنوره فإنّ أكثرها يتضمّن تشريعاً وتقنيناً.

والدّليل على ذلك سورتا البقره والنّساء - وهما مدينتان - وأكثر آيات التّشريع موجوده فيهما؛ وما ذلك إلاّ لأنّ الوضع كان قد تغيّر وتبدّل من الضّعف إلى القوّه، وأصبحوا مهّيّين لتأسيس حكومه لهم، واقتضت تشريع أحكام وتأسيس أساس بها تجرى الحكومه الإسلاميه والدّوله الحقه.

والشّاهد على أنّ الحكومه الإسلاميه تكوّنت وحدثت بعد الهجره إلى المدينه وجود كلّ خواصّ الحكومه ومقوماتها فى المسلمين فى المدينه كتشريع القوانين لتنظيم أمور المسلمين فيما بينهم، وتقنين قوانين للعلاقات الخارجيه مع الدّول والملل وضرائب يقوم بها أساس الحكومه وقوامها.

أمّا من جملة القوانين التى وضعت لإيجاد النّظم والصّلاح فى البلاد الإسلاميه فيما بينهم، فهو ما وُضِعَ لحفظ أموال المسلمين من السّرقيه والإتلاف وغيرهما من طرق التّطاول والتّعدى إلى أموال المسلمين - وهو قانون قطع أيدى السّارق والسّارقه - كما يدلّ عليه قوله تعالى: «السّارقُ والسّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (١).

ومنها: ما وضع من القوانين لحفظ الأعراض والتّعفّف فى النّساء المسلمات ومنع

نفوذ الفساد فى المجتمع الإسلامى بشيوع الزّنا ونشره كما يدلّ على قوله تعالى: «الزّانيُّه

ص: ٣١٣



وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» (١) وكذلك شرع الإسلام قوانين لأجل حفظ دماء الناس مثل قانون القصاص مثل قوله تعالى: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ» (٢) وقانون الحدود والتعزيرات لحفظ حرمة القانون الإسلامي وسد باب ارتكاب الذنب والفساد في البلاد الإسلاميّة قهراً، وكذلك لأجل حفظ الامن والسّلم والثبات في البلاد المختلفه الإسلاميّه وضع هذا القانون: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَعُوا مِنَ الْأَرْضِ...» (٣). وبهذا الكلام الموجز أنت تعلم أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كان له سلطه لتنفيذ العقوبات الشرعيّه من نفي، أو صلب، أو قتل، أو قطع يد، أو جلد في صورته الإخلال بالقانون الإسلاميّ الرّاجع إلى صلاح الشّعب الإسلاميّ، وكلّ ذلك من مظاهر الحكومه الإسلاميّه.

ومما ذكرنا ظهر لك أنّ القول بأنّ حكومه النبيّ صلى الله عليه وآله كانت مصادفه، وأمرا اتّفاقيا ولم تكن الحكومه موجوده في جوهر الإسلام، ولم تكن شواهد على أنّ الإسلام حكومه، غير تامّ؛ لأنّ تلك الموارد التي نقلنا قليلاً منها أوضح شاهد على ما ادّعيناه، وردّ على هذا القول.

وأما القوانين الإسلاميّه التي شرّعت لتنظيم العلاقات الخارجيه مع الدّول، والملل الأجنبيّه فهي أيضا كثيره؛ وكلّها حادثه بعد اجتماع المسلمين في المدينه وتوفّر القدره لهم على انشاء الحكومه الإسلاميّه، والكتاب الكريم يشير إلى ذلك، ومنها الإشاره إلى معاهده كانت بين المسلمين والكفار اقتضتها مصلحه المسلمين، ونزلت البراءه منها ومنهم لنقضهم العهد الذي كان بينهم.

وذلك في قوله تعالى في سوره البراءه: «بَرَاءَةٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ»، وكذلك المعاهده مع أهل الكتاب، كما ورد في التّاريخ المعبر

ص: ٣١٤

١-١ . سوره النور / ٢.

٢-٢ . سوره البقره / ١٧٤.

٣-٣ . سوره المائده / ٣٣.

أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَاهَدَ أَهْلَ الْكِتَابِ لِأَوَّلِ عَهْدِهِ بِالْمَدِينَةِ، وَكَانَتْ تَلْكَ الْمَعَاهِدَةُ أَوَّلَ حَجْرٍ فِي بِنَاءِ الدَّوْلَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ، وَأَوَّلَ عِلَاقِهِ سِيَاسِيَّةٍ تَقَرَّرَ حَرِيَّةُ التَّدِينِ فِي الْعِبَادَةِ وَالْعُقَاةِ،

وَتَحَافِظَ عَلَى الْأَمْنِ وَالسَّلَامِ.

ومنها: تشريع قانون الجهاد في الإسلام مع الكفار بشروطه المقررة في محلها.

والقول بأن غزوات الإسلام، وجهاد المسلمين كان كل ذلك دفاعيًا صحيحًا، إلا أنه لا ينفي وجود قانون إسلامي خاص بالحرب. ومعلوم أن الجهاد وغيره يستلزم وجود قدره في المسلمين، ووجود مجتمع كامل لهم، وكل ذلك من مظاهر الحكومه الإسلاميه»(١).

وقال بعض أساتذتنا رحمه الله: «قد عرفت ضروره الحكومه وحفظ النظام الاجتماعى للبشر، وأن الهرج والمرج الاجتماعى مما يدرك ضرره وقبحه كل عاقل من أى أمه أو مله كان.

والمراجع للكتاب والسنة وفقه مذاهب الإسلام من الشيعة والسنة يظهر له بالبداهه أن دين الاسلام الذى جاء به النبى الأكرم صلى الله عليه وآله لم تنحصر أحكامه فى أمور عباديه ومراسيم وآداب فرديه فقط، بل هو جامع لجميع ما يحتاج إليه الانسان فى مراحل حياته الفرديه والعائليه والاجتماعيه من المعارف والأخلاق والعبادات والمعاملات والسياسات والاقتصاد والعلاقات الداخليه والخارجيه. فهو بنفسه نظام كامل يجمع الاقتصاد والسياسه أيضا.

والتتبع فى أخبار الفريقين وفتاواهم فى الأبواب المختلفه لفقهِ الإسلام يرشدنا إلى كون الحكومه وتنفيذ المقررات أيضا داخله فى نسج الاسلام ونظامه. فالاسلام بذاته دين ودوله، وعباده واقتصاد وسياسه.

فترى النبى الأكرم صلى الله عليه وآله بعد هجرته إلى المدينه باشر بتأسيس أول دوله اسلاميه عادله، وقد مهّد لها مقدماتها من أخذ البيعه من القبائل والوفود وعقد ميثاق الأخوه بين

ص: ٣١٥

المهاجرين والأنصار والمعاهده بينهم وبين يهود المدينة. وأقام مسجدا جعله مركزا لتجميع المسلمين وموضعا لصلواتهم ولنشاطاتهم الاجتماعيه والسياسيه.

وراسل الملوك والأمراء فى البلاد وكتب إليهم يدعوهم إلى الإسلام والدخول تحت ظلّ حكومته.

ولم يقنع ببيان الأحكام وإقامه الصلوات والتبليغ والارشاد فقط. بل كان ينفذ

حدود الإسلام وأحكامه ويبعث العمّال والولاه ويطلب بالضرائب والماليات ويجهّز الجيوش ويقا تل المشركين والمناوئين، إلى غير ذلك من شؤون الحكومه، فهذه كانت سيرته فى حياته. وقد كان الحكم الذى قام به صلى الله عليه و آله فى عصره مع قصر مدته حكما فريدا لم تعرف البشرية إلى الآن له شيئا فى سهولته وسذاجته وما وجد فيه الناس من عدل وحرّيه ومساواه وايتار، وقد أذعنَ بذلك المؤرخون من غير المسلمين أيضا.

وبعد وفاته صلى الله عليه و آله لم يشكّ أحد من المسلمين فى الاحتياج إلى الحكومه، بل أجمعوا على وجوبها وضرورتها. وإتّما وقع الخلاف بين الفريقين فى أنّه صلى الله عليه و آله هل نصب اميرالمؤمنين عليه السلام واليا أو إنّه أهمل أمر الخلافه وفوضه إلى المسلمين. فالشيعه الاماميه تعتقد أنّ النبى صلى الله عليه و آله قد عين اميرالمؤمنين عليه السلام فى غدیر خمّ وفى غيره من المواقع ونصبه لتصدّى الولاية بعد وفاته. والسنة يقولون بانعقاد الامامه بعده صلى الله عليه و آله بالشورى وانتخاب أهل الحلّ والعقد. وكيف كان فرسول الله صلى الله عليه و آله مضافا إلى نبوته ورسالته كان بنصّ القرآن الكريم أولى بالمؤمنين من أنفسهم وكان له الولاية عليهم، وكذلك الأئمّه الاثنا عشر عندنا كان لهم حق الولاية. والبحث بحث كلامى يطلب من محله.

وتمتاز الحكومه الاسلاميه عن الحكومه الديموقراطيه الغربيه الدارجه بوجه:

منها: ان الحاكم فى الحكومه الاسلاميه يجب أن يكون أعلمّ الناس وأعدلهم وأتقاهم وأقواهم بالأمر وأبصرهم بمواقع الأمور. وفى عصر النبى صلى الله عليه و آله كان هو بنفسه أولى بالمؤمنين من أنفسهم وكانت له الولاية عليهم من قبل الله - تعالى - . وبعده كانت الولاية عندنا حقا للأئمّه الاثنى عشر، وفى عصر الغيبه للفقيه العادل العالم بزمانه البصير بالأمور والحوادث الرؤوف الحافظ لحقوق الناس حتّى الأقليات غير المسلمه، فلا يجوز للأئمّه

انتخاب غيره.

ومنها: ان الحكومه الاسلاميه بشعبها الثلاث من التشريع والقضاء والتنفيذ تتقيد بموازين الاسلام وقوانينه العادله النازله من قبل الله - تعالى - العالم بمصالح خلقه، فلا يجوز التخلف عنها. فالحاكم فى الحقيقه هو الله - تعالى - والوالى منقذ لأحكامه. وقد يعبر عن هذه الحكومه بالحكومه التثوقراطيه بمعنى حكومه القانون الإلهى على المجتمع.

وأما فى النظام الديموقراطى الانتخابى الدارج فملاك الانتخاب فيه رضا الناخبين، والهدف منه تحقيق أهوائهم ومشتياتهم كيف ما كانت، فلا يتقيد الناخب ولا المنتخب لا بمقررات شرعيه ولا بمصالح عقليه وفضائل أخلاقيه»(١).

وقال آيه الله الشيخ محمد إسحاق الفياض - دام ظله - : «الحكومه الإسلاميه الشرعيه هى الحكومه القائمه على أساس مبدأ الحاكميه لله وحده لا شريك له، والسلطه الحاكمه فيها تتمثل فى ولى أمر المسلمين وهو منصوب من قبل الله تعالى فى زمن الحضور والغيبه معا.

أما فى زمن الحضور فإنه منصوب بالتخصيص بالاسم والشخص والصفات.

وأما فى زمن الغيبه فإنه منصوب بالتخصيص بالصفات فقط كصفه الفقاهاه التى هى متمثله بالفقه الجامع للشرائط منها الأعلميّه.

ثم أن ثبوت الولايه والزعامه الدينيه للنبي الأكرم صلى الله عليه وآله والأئمه الأطهار عليهم السلام واضح ولا كلام ولا إشكال فيه لأنّ القدر المتيقن من قوله تعالى فى الآيه المباركه: «وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» هو الأئمه الأطهار عليهم السلام هذا مضافا إلى الروايات الداله على ذلك.

وإنما الكلام والإشكال فى ثبوت الولايه والزعامه الدينيه للفقيه الجامع للشرائط ولا يمكن إثبات هذه الولايه بالنص لأن الروايات التى استدل بها على ثبوت الولايه للفقيه بأجمعها ضعيفه من ناحيه السند فلا يمكن الاعتماد عليها ومن هنا فالمشهور بين الفقهاء عدم ثبوت الولايه للفقيه هذا.

ص: ٣١٧

ولكن الصحيح ثبوت هذه الولاية له وهو لا يحتاج إلى دليل خارجي لأن امتداد الشريعة المقدسه وخلودها يتطلب امتداد الولاية والزعامه الدينيه المتمثله فى زمن الحضور برسالة الرسول الأكرم صلى الله عليه وآله وبعده بإمامه الأئمه الأطهار عليهم السلام ، وفى زمن الغيبه بفقاهه الفقيه الجامع للشرائط منها الأعلميّه إذ لا يمكن افتراض امتداد الشريعة وخلودها بدون افتراض امتداد الولاية والزعامه الدينيه، ضروره أن الشريعة فى كل عصر بحاجه إلى التطبيق والتنفيذ وإجراء الحدود والحفاظ على الحقوق والاهتمام بمبدأ العداله والتوازن بين طبقات الأمم، فإذن بطبيعته الحال ما هو ثابت للنبي الأكرم صلى الله عليه وآله والأئمه الأطهار عليهم السلام فى زمن الحضور فى الدين الإسلامى فهو ثابت للفقيه الجامع للشرائط فى عصر الغيبه فإذا فرضنا أنّ الفقيه كان مبسوط اليد ولم تكن هناك عوائق وموانع عن تشكيل الدوله الإسلاميه على أساس مبدأ حاكميه الدين فيجب عليه أن يقوم بتشكيل الدوله كذلك ومن الواضح أن تشكيل الدوله الإسلاميه بتمام أركانها ومكوناتها لا يمكن

بدون ثبوت الولاية والصلاحيه الواسعه للفقيه فى سنّ القانون والتشريع حسب متطلبات الظروف وحاجه الوقت ومصالح الناس العامه فى حدود منطقه الفراغ لأنّ ترك الإسلام هذه المنطقه بدون تشريع لزومى بعنوان أولى يدلّ على أنّه تعالى جعل صلاحيه التشريع فى هذه المنطقه لولى الأمر بعنوان ثانوى حسب متطلبات الوقت وحاجه البلد فى كل عصر كما سوف نشير إليه.

الى هنا قد وصلنا إلى هذه النتيجة وهى أن ثبوت الولاية والزعامه الدينيه للفقيه الجامع للشرائط لا تحتاج إلى أى دليل خاص خارجي لأنه مقتضى القاعده حيث أن امتداد الشريعة وخلودها يقتضى امتداد الولاية والزعامه الدينيه عليها.

ومما ذكرناه فقد ظهر الفرق بين السلطه الحاكمه فى الحكومه الشرعيه حيث هى متعينه من قبل الله تعالى فى زمن الحضور والغيبه معا وبين السلطه الحاكمه فى الحكومات غير الشرعيه حيث هى متعينه بالانتخابات الحره أو بالقوه والانقلاب.

ثمّ إن للسلطه الحاكمه فى الحكومه الشرعيه صلاحيه واسعه فى تنفيذ الدستور الإلهي من جهه، والتشريع وسنّ القانون فى أجهزه الدوله كافه: الاقتصاديه والتعليميه

والاجتماعيه والحقوقيه والإداريه وجهاز الأمن والمخابرات والشرطه والجيش وغيرها حسب الظروف ومتطلبات حاجه الوقت ومصالح البلد العامه فى حدود منطقه الفراغ من جهه أخرى، والهدف من وراء كل ذلك هو تحقيق مبدأ العداله الاجتماعيه والتوازن بين طبقات الأمه والاستقرار والأمن هذا من جانب.

ومن جانب آخر إن الفرق بين الحكومه الشرعيه والحكومه غير الشرعيه إنما هو على أساس مذهب الشيعة الإماميه لأن الحكومه على ضوء هذا المذهب إنما تكون شرعيه إذا كانت قائمه على أساس مبدأ حاكميه الدين بأن يكون تعيين السلطه الحاكمه من قبل الله عزّ وجلّ سواء أكان فى زمن الحضور أم فى زمن الغيبه، إذ كما أن ولايه الرسول الأكرم صلى الله عليه وآله والأئمه الأطهار عليهم السلام تكون من قبل الله تعالى كذلك ولايه الفقيه الجامع للشرائط فى زمن الغيبه.

فالنتيجه إن الولايه والخلافه على أساس مذهب الشيعة الإماميه مجعوله من قبل الله عزّ وجلّ سواء أكانت فى زمن الحضور أم فى زمن الغيبه وأقياً على أساس مذهب أهل السنه فالمجوعول من قبل الله تعالى إنما هو ولايه الرسول الأكرم صلى الله عليه وآله فحسب وأما خلافه الخلفاء وولايتهم فإنما هي ثابتة عندهم بالإجماع وآراء الناس لا بنص من الله تعالى.

وعلى هذا فكل حاكم فى البلاد الإسلاميه إذا ثبتت حكومته على الناس بالانتخابات الحره النزيهه يعنى بآراء الناس فهو ولى أمر المسلمين وحكمه نافذ وحكومته حكومه إسلاميه شرعيه عند أهل السنه هذا هو الفرق بين مذهب الشيعة الإثنى عشرية ومذهب أهل السنه.

ثم إن الحكومه الإسلاميه القائمه على أساس مبدأ الدين قد شكلت فى عصر النبى الأكرم صلى الله عليه وآله بيده المباركه وبكافه أجهزتها وقد ظهرت فى الساحة ونجحت فى هذا التطبيق، أى تطبيق الحكومه الإسلاميه على الساحة نجاحاً باهراً رغم قصر عمرها»(١).

ص: ٣١٩

---

١- ١. الأنموذج فى منهج الحكومه الاسلاميه / (٩-١٥)؛ المسائل المستحدثه، الحكومه الاسلاميه / (٧-١٠).

أحسن مقال فيها ما أبدعه الشهيد آية الله السيد محمد باقر الصدر رحمه الله (١٣٥٣-١٤٠٠ق) تحت عنوان «منطقه الفراغ» وطرحها أولاً في التشريع الاقتصادي في كتابه «اقتصادنا» ثم عممها للسلطة التشريعية في الحكومه الإسلاميه المؤسسه على نظريه ولايه الفقيه.

قال قدس سره في كتابه «اقتصادنا»: «وحيث جئنا على ذكر منطقه الفراغ في التشريع الإقتصادي، يجب أن نعطي هذا الفراغ أهميه كبيره خلال عمليه اكتشاف المذهب الإقتصادي، لأنه يمثل جانبا من المذهب الإقتصادي في الإسلام. فإن المذهب الإقتصادي في الإسلام يشتمل على جانبين: أحدهما: قد ملئ من قبل الإسلام بصوره منجزه، لا تقبل التغيير والتبديل. والآخر: يشكّل منطقه الفراغ في المذهب قد ترك الإسلام مهمه ملئها إلى الدوله أو (ولي الأمر) يملؤها وفقا لمتطلبات الأهداف العامه للاقتصاد الإسلامى، ومقتضياتها في كل زمان.

ونحن حين نقول: «منطقه فراغ»، فإنما نعنى ذلك بالنسبه إلى الشريعه الإسلاميه ونصوصها التشريعيه، لا- بالنسبه إلى الواقع التطبيقي للإسلام، الذى عاشته الأمه في عهد النبوه. فإنّ النبي الأعظم صلى الله عليه وآله قد ملأ ذلك الفراغ بما كانت تتطلبه أهداف الشريعه في المجال الإقتصادي، على ضوء الظروف التى كان المجتمع الإسلامى يعيشها، غير أنه صلى الله عليه وآله حين قام بعمليه ملء هذا الفراغ لم يملأه بوصفه نبياً مبلغاً للشريعه الإلهيه، الثابته في كل مكان وزمان، ليكون هذا الملء الخاص من سيره النبي لذلك الفراغ... معبرا عن صيغ

تشريعيه ثابتة، وإنما ملاءة بوصفه ولي الأمر، المكلف من قبل الشريعة بملء منطقه الفراغ وفقا للظرف.

ونريد أن نخلص من هذا إلى النتائج الآتية:

أولاً: أن تقويم المذهب الاقتصادي في الإسلام لا يمكن أن يتم بدون إدراج منطقه الفراغ ضمن البحث، وتقدير إمكانات هذا الفراغ، ومدى ما يمكن أن نساهم عمليه ملئه مع المنطقه التي ملئت من قبل الشريعة ابتداءً... في تحقيق أهداف الاقتصاد الإسلامي.

وأما إذا أهملنا منطقه الفراغ ودورها الخطير، فإن معنى ذلك تجزيه إمكانات الاقتصاد الإسلامي، والنظر إلى العناصر الساكنه فيه دون العناصر الحركيه.

وثانياً: أن نوعيه التشريعات التي ملأ النبي صلى الله عليه وآله بها منطقه الفراغ من المذهب، بوصفه ولي الأمر... ليست أحكاماً دائميه بطبيعتها، لأنها لم تصدر من النبي بوصفه مبلغاً للأحكام العامه الثابته، بل باعتباره حاكماً وولياً للمسلمين. فهي إذن لا تعتبر جزءاً ثابتاً من المذهب الاقتصادي في الإسلام، ولكنها تلقى ضوءاً إلى حد كبير على عمليه ملء الفراغ التي يجب أن تمارس في كل حين وفقاً للظروف، وتيسر فهم الأهداف الأساسية التي توخاها النبي صلى الله عليه وآله في سياسته الاقتصاديه، الأمر الذي يساعد على ملء منطقه الفراغ دائماً في ضوء تلك الأهداف.

وثالثاً: إن المذهب الاقتصادي في الإسلام، يرتبط على هذا الأساس ارتباطاً كاملاً بنظام الحكم في مجال التطبيق، فما لو يوجد حاكم أو جهاز حاكم يتمتع بنفس ما كان الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله يتمتع به من الصلاحيات، بوصفه حاكماً لا بوصفه نبياً لا يتاح ملء منطقه الفراغ في المذهب الاقتصادي بما تفرضه الأهداف الاقتصادي كاملاً، بنحو نقطف ثماره ونحقق أهدافه.

ومن الواضح أن هذا الكتاب ما دام يبحث في المذهب الاقتصادي، فليس من وظيفته أن يتكلم عن نظام الحكم في الإسلام، ونوعيه الشخص أو الجهاز الذي يصح أن يخلف الرسول شرعاً في ولايته وصلاحياته، بوصفه حاكماً، ولا عن الشروط التي يجب أن تتوفر في ذلك الفرد أو الجهاز... فإن ذلك كله خارج عن الصدد. ولهذا سوف نفترض



فى بحوث الكتاب حاكما شرعيا؁ يسمح له الإسلام بمباشرة صلاحيات النبى كحاكم؁ ونستخدم هذا الافتراض فى سبيل تسهيل الحديث عن المذهب الاقتصادى ومنطقه الفراغ فيه؁ وتصوير ما يمكن أن يحققه من أهداف ويقدمه من ثمار.

وأما لماذا تركت فى المذهب الاقتصادى الإسلامى منطقته فراغ؁ لم تملأ من قبل الشريعة ابتداءً بأحكام ثابتة؟؁ وما هى الفكرة التى تبرر وجود هذه المنطقه فى المذهب؁ وترك أمر ملئها إلى الحاكم؟؁ وبالتالي ما هى حدود منطقته الفراغ على ضوء الأدله فى الفقه

الإسلامى؟ كل ذلك سوف نجيب عليه فى البحوث المقبله إن شاء الله تعالى»(١).

ثم قال فى أواخر كتابه: «والفكره الأساسيه لمنطقه الفراغ هذه؁ تقوم على أساس: أن الإسلام لا يقدم مبادئه التشريعيه للحياه الاقتصاديه بوصفها علاجا موقوتا؁ أو تنظيما مرحليا؁ يجتازه التاريخ بعد فتره من الزمن إلى شكل آخر من أشكال التنظيم. وإنما يقدمها باعتبارها الصوره النظرية الصالحه لجميع العصور. فكان لابد لإعطاء الصوره هذا العموم والاستيعاب؁ أن ينعكس تطور العصور فيها؁ ضمن عنصر متحرك؁ يمد الصوره بالقدرة على التكليف وفقا لظروف مختلفه.

ولكى نستوعب تفصيلات هذه الفكره يجب أن نحدد الجانب المتطور من حياه الانسان الاقتصاديه؁ ومدى تأثيره على الصوره التشريعيه التى تنظم تلك الحياه.

فهناك فى الحياه الاقتصاديه علاقات الانسان بالطبيعه؁ أو الثروه التى تتمثل فى أساليب انتاجه لها؁ وسيطرته عليها وعلاقات الانسان بأخيه الانسان؁ التى تنعكس فى الحقوق والامتيازات التى يحصل عليها هذا أو ذلك.

والفارق بين هذين النوعين من العلاقات: أنّ الإنسان يمارس النوع الأول من العلاقات؁ سواء كان يعيش ضمن جماعه أم كان منفصلاً عنها؁ فهو يشترك على أى حال مع الطبيعه فى علاقات معينه؁ يحددها مستوى خبرته ومعرفته؁ فيصطاد الطير؁ ويزرع الأرض؁ ويستخرج الفحم؁ ويغزل الصوف بالأساليب التى يجيدها. فهذه العلاقات

ص: ٣٢٢

بطبيعتها لا يتوقف قيامها بين الطبيعه والانسان على وجوده ضمن جماعه. وإنما أثر الجماعه على هذه العلاقات، أنها تؤدي إلى تجميع خبرات وتجارب متعدده، وتنميه الرصيد البشرى لمعرفة الطبيعه، وتوسعه حاجات الانسان ورغباته تبعاً لذلك.

وأما علاقات الانسان بالانسان، التي تحددها الحقوق والامتيازات والواجبات، فهي بطبيعتها تتوقف على وجود الانسان ضمن الجماعه. فما لم يكن الانسان كذلك، لا- يقدم على جعل حقوق له وواجبات عليه. فحق الانسان فى الأرض التي أحيها، وحرمانه من الكسب بدون عمل عن طريق الربا، والزامه بإشباع حاجات الآخرين من ماء العين التي استنبطها، إذا كان زائداً على حاجته... كل هذه العلاقات لا معنى لها إلا فى ظل جماعه.

والإسلام - كما نتصوره - يميز بين هذين النوعين من العلاقات. فهو يرى أن علاقات الانسان بالطبيعه أو الشروه، تتطور عبر الزمن، تبعاً للمشاكل المتجدده التي يواجهها الانسان باستمرار وتتابع، خلال ممارسته للطبيعه، والحلول المتنوعه التي يتغلب بها على تلك المشاكل. وكلما تطورت علاقاته بالطبيعه ازداد سيطر عليها، وقوه فى وسائله وأساليبه.

وأما علاقات الانسان بأخيه، فهي ليست متطوره بطبيعتها، لأنها تعالج مشاكل ثابتة جوهرياً، مهما اختلف اطارها ومظهرها. فكل جماعه تسيطر خلال علاقاتها بالطبيعه على ثروه، تواجه مشكله توزيعها، وتحديد حقوق الأفراد والجماعه فيها، سواء كان الانتاج لدى الجماعه على مستوى البخار والكهرباء، أم على مستوى الطاحونه اليدويه.

ولأجل ذلك يرى الإسلام: أن الصوره التشريعيه التي ينظم بها تلك العلاقات، وفقاً لتصوراته للعداله... قابله للبقاء والثبات من الناحيه النظرية لأنها تعالج مشاكل ثابتة. فالمبدأ التشريعي القائل - مثلاً - : إن الحق الخاص فى المصادر الطبيعيه يقوم على أساس العمل. يعالج مشكله عامه يستوى فيها عصر المحراث البسيط وعصر الآله المعقده، لأن طريقه توزيع المصادر الطبيعيه على الأفراد، مسأله قائمه فى كلا العصرين.

والإسلام فى هذا يخالف الماركسيه، التى تعتقد أن علاقات الانسان بأخيه، تتطور تبعاً لتطور علاقاته بالطبيعه، وتربط شكل التوزيع بطريقه الانتاج، وترفض امكان بحث مشاكل الجماعه، إلا فى إطار علاقاتها بالطبيعه، كما مرّ بنا عرضه ونقده فى بحوث الكتاب الأول من اقتصادنا.

ومن الطبيعى - على هذا الأساس - أن يقدم الإسلام مبادئه النظرية والتشريعية، بوصفها قادره على تنظيم علاقات الانسان بالانسان فى عصور مختلفه.

ولكن هذا لا يعنى جواز إهمال الجانب المتطور، وهو علاقات الانسان بالطبيعه واخراج تأثير هذا الجانب من الحساب فان تطور قدره الانسان على الطبيعه، ونمو سيطرته على ثرواتها، يطور وينمى باستمرار خطر الانسان على الجماعه، ويضع فى خدمته باستمرار امكانيات جديده للتوسع، ولتهديد الصوره المتبناه للعداله الاجتماعيه.

فالمبدأ التشريعى القائل مثلاً: ان من عمل فى أرض، وأنفق عليها جهداً حتى أحياءها، فهو أحق بها من غيره... يعتبر فى نظر الإسلام عادلاً، لأن من الظلم أن يساوى

بين العامل الذى أنفق على الأرض جهده، وغيره ممن لم يعمل فيها شيئاً. ولكن هذا المبدأ بتطور قدره الانسان على الطبيعه ونموها، يصبح من الممكن استغلاله. ففى عصر كان يقوم احياء الأرض فيه على الأساليب القديمه، لم يكن يتاح للفرد أن يباشر عمليات احياء إلا فى مساحات صغيره. وأما بعد أن تنو قدره الانسان، وتتوفر لديه وسائل السيطرة على الطبيعه، فيصبح بإمكان أفراد قلائل ممن تواتيهم الفرصه، أن يحيوا مساحه هائله من الأرض، باستخدام الآلات الضخمه ويسيروا عليها، الأمر الذى يزعزع العداله الاجتماعيه ومصالح الجماعه. فكان لابد للصوره التشريعيه من منطقه فراغ، يمكن ملؤها حسب الظروف. فيسمح بالاحياء سماحاً عاماً فى العصر الأول ويمنع الأفراد فى العصر الثانى - منعا تكليفياً - عن ممارسه الاحياء، إلا فى حدود تناسب مع أهداف الاقتصاد الإسلامى وتصوراته عن العداله.

وعلى هذا الأساس وضع الإسلام منطقه الفراغ فى الصوره التشريعيه التى نظم بها الحياه الاقتصاديه، لتعكس العنصر المتحرك وتواكب تطور العلاقات بين الانسان

والطبيعه، وتدرأ الأخطار التي قد تنجم عن هذا التطور المتنامي على مر الزمن.

منطقه الفراغ ليست نقصاً: ولا تدل منطق الفراغ على نقص في الصورة التشريعيه، أو إهمال من الشريعه لبعض الوقائع والأحداث. بل تعبر عن استيعاب الصورة، وقدره الشريعه على مواكبه العصور المختلفه، لأن الشريعه لم تترك منطق الفراغ بالشكل الذي يعنى نقصاً أو اهمالاً، وإنما حددت للمنطقه أحكامها بمنح صفه تشريعيه ثانويه، حسب الظروف. فاحياء الفرد للأرض مثلاً عمليه مباحه تشريعيًا بطبيعتها، ولولى الأمر حق المنع عن ممارستها، وفقاً لمقتضيات الظروف.

الدليل التشريعي: والدليل على إعطاء وليالأمر صلاحيات كهذه، لملء منطق الفراغ، هو النص القرآني الكريم: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ».

وحدود منطق الفراغ التي تتسع لها صلاحيات أولى الأمر، تضم في ضوء هذا النص الكريم كل فعل مباح تشريعيًا بطبيعته فأى نشاط وعمل لم يرد نص تشريعي يدل على حرمة أو وجوبه... يسمح لولى الأمر باعطائه صفه ثانويه، بالمنع عنه أو الأمر به. فإذا منع الإمام عن فعل مباح بطبيعته، أصبح حراماً، وإذا أمر به، أصبح واجباً. وأما الأفعال التي ثبت تشريعيًا تحريمها بشكل عام، كالربا مثلاً، فليس من حق ولى الأمر، الأمر بها. كما أن

الفعل الذى حكمت الشريعه بوجوبه، كانفاق الزوج على زوجته، لا يمكن لولى الأمر المنع عنه، لأن طاعه أولى الأمر مفروضه فى الحدود التى لا- تتعارض مع طاعه الله وأحكامه العامه. فألوان النشاط المباحه بطبيعتها فى الحياه الاقتصاديه هى التى تشكّل منطق الفراغ»(١).

وقال فى كتابه الآخر: «إنّ الشريعه الإسلاميه هى مصدر التشريع بمعنى أنها هى المصدر الذى يستمد منه الدستور وتشرع على ضوءه القوانين فى الجمهوريه الإسلاميه وذلك على النحو التالى:

ص: ٣٢٥

أولاً: إن أحكام الشريعة الثابتة بوضوح فقهي مطلق تعتبر بقدر صلتها بالحياه الاجتماعيه جزءاً ثابتاً في الدستور سواء نص عليه صريحاً في وثيقه الدستور أو لا.

ثانياً: إن أى موقف للشريعة يحتوى على أكثر من اجتهاد يعتبر نطاق البدائل المتعدده من الاجتهاد المشروع دستورياً ويظل اختيار البديل المعين من هذه البدائل موكولاً إلى السلطه التشريعيه التي تمارسها الامه على ضوء المصلحه العامه.

ثالثاً: فى حالات عدم وجود موقف حاسم للشريعة من تحريم أو ايجاب يكون للسلطه التشريعيه التي تمثل الامه أن تسنّ من القوانين ما تراه صالحاً على أن لا يتعارض مع الدستور وتسمى مجالات هذه القوانين بمنطقه الفراغ وتشمل هذه المنطقه كل الحالات التي تركت الشريعة فيها للمكلف اختيار اتخاذ الموقف فإنّ من حقّ السلطه التشريعيه أن تفرض عليه موقفاً معيناً وفقاً لما تقدره من المصالح العامه على أن لا يتعارض مع الدستور»(١).

وتبعه آيه الله الشيخ محمد إسحاق الفياض - مدظله - وقال: «إنّ من مميزات الدين الإسلامى كشرعيه عامه للبشر ولجميع الأزمنه والأمكنه، ومنهج خالد يواكب العلم والتطور نحو الأفضل، هو أن ترك في هذه الشريعة منطقاً فراغاً، وهى الرقع الخاليه من النصوص التشريعيه فى الكتاب والسنة، وهى منطق المباحات الأصلية وهى عنصر ثالث فى الإسلام وهو العنصر المتحرك غير الثابت فى الشريعة المقدسه وذلك لعدة عوامل:

العامل الأول: إن الشريعة الإسلاميه شريعته خالده أبعده متكامله تحل مشاكل الإنسان فى كل عصر وقرن طول التاريخ وإلى الأبد مهما تطور.

العامل الثانى: إن الحكومه الإسلاميه التي شكلت فى عصر النبى الأكرم وبعده المباركه صلى الله عليه و آله حكومه بسيطه بكافه أجهزتها وأركانها ومن الواضح أن تلك الحكومه لا تغنى فى الوقت الحاضر لأن الحكومه فى هذا الوقت قد تطورت وتوسعت بكل مكوناتها وأجهزتها وأنظمتها من النظام الاقتصادى والتعليمى والاجتماعى والإدارى والأمنى

ص: ٣٢٦

والمخابراتى والجيش والشرطه وهكذا.

العامل الثالث: أنه لا يمكن وضع نظام ثابت للحكومته كنظام العبادات طول التاريخ وفى كل عصر وإلى الأبد، ضروره أن نظام الحكومه يتغير بتغير الزمان ويتطور بتطور الحياه العامه بكافه جوانبها ولا يمكن تطبيق نظام الحكومه فى عصر النبى الأكرم صلى الله عليه وآله على الحكومه فى العصر الحالى المتطوره بكافه كياناتها وتشكيلاتها وأجهزتها.

العامل الرابع: إن الله تعالى جعل ولايه الأمر للأئمه الأطهار عليهم السلام بعد النبى الأكرم صلى الله عليه وآله وفى زمن الغيبه للفقيه الجامع للشرائط منها الأعلميّه ومن الطبيعى أن ولى الأمر مسؤول ومكلف من قبل الله تعالى بتشكيل الحكومه على أساس مبدأ حاكميه الدين إذا كانت الظروف ملائمه والعوائق والموانع غير موجوده.

العامل الخامس: أنه لا يسمع لولى الأمر أن يتصرف فى الأحكام الشرعيه الإلزاميه المجمعوله فى الشريعه المقدسه كالمنع عن فعل الواجب والأمر بفعل الحرام مثلاً وهكذا.

وهذه العوامل جميعاً تتطلب من الشارع ترك منطق فراغ فى الشريعه المقدسه وإعطاء صلاحيه واسعه لولى الأمر فيها للتشريع بعنوان ثانوى فى حدود هذه المنطقه ووضع دستور ونظام فيها للحكومته الإسلاميه بكافه مكوناتها وشرائحها وأركانها حسب متطلبات الظروف وحاجه الوقت فى كل عصر لملء الفراغ.

ومن هنا يظهر أن منطق الفراغ ليست نقصاً فى التشريع الإسلامى ولا إهمال فيه بل هى تعبر عن ضروره استيعاب الشريعه لكل العصور المختلفه فى طول التاريخ وقدرتها على الاستيعاب.

والخلاصه أنه لا يمكن تشريع نظام ثابت للحكومته فى هذه المنطقه فلهذا أوكل الشارع أمر التشريع وجعل النظام والقانون فى حدود المنطقه إلى ولى الأمر بعنوان ثانوى حسب متطلبات الظروف والحاجه فى كل وقت لملء الفراغ فيه.

وأما نظام المحاسبه فى الإسلام فهو وظيفه السلطه الحاكمه فى الحكومه

أما فى عصر الحضور فحىث أن السلطه الحاكمه المتمثله فى النبى الأكرم صلى الله عليه و آله وبعده بالأئمه الأطهار عليهم السلام فلا يحتمل أن يقوم النبى الأكرم صلى الله عليه و آله بوضع خطه اقتصاديه أو تعليميه أو إداريه أو أمنيه أو غير ذلك عفويا بدون دراسه هذه الخطه بكافه جوانبها الايجابيه والسلبيه والظروف المحيطه بها ومفرداتها وجمع المعلومات حولها وإلا فقد خالف وظيفته الإلهيه وهذا غير محتمل فى حق النبى الأكرم صلى الله عليه و آله هذا إضافه إلى أنه معصوم ولا يحتمل الخطأ فى حقه.

وأما فى زمن الغيبه فهى متمثله فى الفقيه الجامع للشرائط: كالأعلميه والعداله والأمانه والإخلاص والصرامه فى تنفيذ الأحكام الإلهيه وتحقيق مبدأ العداله والتوازن بين طبقات الأمه بدون مجامله أى جهه مهما كانت واستعمال صلاحيته للتشريع بصفه ثانويه فى حدود منطقه الفراغ حسب حاجه الوقت وظروف البلد.

وعلى هذا فإذا فرضنا أن الفقيه المذكور قادر على تشكيل الحكومه الإسلاميه كما إذا كانت الظروف مناسبه والعوائق غير موجوده لا- من الداخل ولا- من الخارج وجب عليه شرعا القيام أولاً- بإنشاء مجلس الشورى المؤلف من العلماء البارزين والمفكرين والخبراء والأمناء المخلصين من كافه أنحاء البلد ثم المشاوره معهم بموضوعيه حول تشكيل الحكومه من الأفراد ذوى الخبره والكفاءه واللباقه والإيمان والإخلاص، لأنها الميزان والمعيار فى الحكومه الإسلاميه الشرعيه.

وأما المعايير الأخرى فلا قيمه لها من منظور الإسلام كالتوائفيه والحزبيه وغيرهما من الخصوصيات، بينما تؤخذ هذه المعايير بعين الاعتبار فى الحكومات غير الشرعيه، وبذلك تختلف الحكومه الشرعيه عن غيرها.

وعليه فإذا قامت السلطه الحاكمه بوضع خطه اقتصاديه، وتعليميه، وإداريه، وأمنيه أو بإنشاء مشروع فلا بدّ أولاً من دراسه هذه الخطه أو المشروع بواسطه المفكرين والعلماء والمثقفين وأهل الإيمان والإخلاص والخبره بالموضوع دراسه مفصله بكافه مفرداتها وجوانبها وظروفها ومستقبلها ومدى نجاحها وبعد تكميل الدراسه والاطمئنان

بنجاحها تقوم بوضع الخطه أو إنشاء المشروع.

ولا يجوز لها وضع خطه أو مشروع عفويا لأنه قد يؤدي إلى إتلاف الأموال من

بيت مال المسلمين، وهذه جريمه لا تغتفر، ولا يمكن لولى الأمر أن يقدم على مثل هذا العمل لأن عدالته وأمانته ووثاقته تمنع عن ذلك، فإذن فرض وضع الخطه أو المشروع عفويا خلف فرض أنه عادل وأمين وثقه من جهه ومأمور شرعا بالدراسه حولها من جهه أخرى.

ومن هنا يظهر أن نظام المحاسبه يسرى فى تمام مكونات الحكومه وشرائحها لأن وضع مكوناتها لابد أن يكون بعد دراسته بجميع جهاته وجوانبه وظروفه هذا من ناحيه.

ومن ناحيه أخرى أن نظام المحاسبه فى الإسلام لا يمكن أن يكون نظاما ثابتا بل هو متغير بتغير الحكومات ومتطور بتطورها سعه ودقه، وعصرا بعد عصر طول التاريخ، ولهذا يكون أمره بيد السلطه الحاكمه فى كل عصر.

ثم أن وضع نظام أجهزه الحكومه ككل من النظام الإدارى والتعليمى والأمنى وغيرها يكون فى حدود منطقه الفراغ لأن صلاحيه السلطه الحاكمه للتشريع ووضع الدستور إنما هو فى حدود هذه المنطقه لا مطلقا، وهذا المنطقه منطقه واسعه تكفى للتشريع حسب ما تتطلب حاجه الوقت لملء الفراغ فيه.

وبكلمه أخرى إن السلطه الحاكمه فى الحكومه الإسلاميه فى عصر الغيبه لابد أن تكون واجده للصفات التاليه:

الأولى: أن تكون عالمه وفقهيه بالأحكام الفقيهيه الإسلاميه بكافه مسائلها وأن تكون أعلم من غيرها فى هذه الأحكام.

الثانيه: أن تكون عادله أمينه.

الثالثه: أن تكون صارمه وقويه فى تنفيذ الأحكام الإلهيه لتحقيق العداله والتوازن بين طبقات المجتمع وحفظ الحقوق بدون ملاحظه أى جهه خارجيه مهما كانت.

فإذا كان الفقيه واحدا لهذه الصفات فالولاية ثابتة له من قبل الله تعالى وأنه مأمور بتشكيل الدوله الإسلاميه على أساس مبدأ حاكميه الدين إذا لم تكن هناك عوائق وموانع



من تشكيلها هذا من ناحيه.

ومن ناحيه أخرى إن للسلطه الحاكمه حق التدخل فى جميع شؤون الدوله ومكوناتها وشرائحها بغرض الحفاظ على التوازن ومبدأ العداله بين جميع طبقات الأمه التى أهتم الإسلام بها بل لها حق التدخل فى القطاعات الخاصه أيضا فيما إذا أرادت تلك القطاعات السيطرة على ثروات البلد بحيث توجب تززع العداله والتوازن بين طبقات

الأمه وحينئذ فعلى السلطه الحاكمه أن تمنعها إلا فى حدود لا تضر بمبدأ العداله والتوازن.

مثلاً إذا فرضنا إن لدى شخص أماكنه السيطرة على مساحات كبيره من الأرض باستخدام الآلات الحديثه لأحيائها وحيث أن هذه العمليه قد تضر بالعداله الاجتماعيه وتزعزعها فللسلطه الحاكمه أن تمنعه عن ممارستها بعنوان ثانوى إلا فى حدود تناسب مع أهداف الإسلام النبيله.

وقد تقدم إن تشكيل الدوله لابد أن يكون بواسطه مجلس الشورى المؤلف من العلماء والمفكرين والخبراء والأمناء والمخلصين فإنهم كانوا يقومون بانتخاب أعضاء الدوله من الأفراد الكفوئين والمفكرين من ذوى اللياقه والخبره والإيمان والإخلاص بعد دراسه سوابقهم بشكل موضوعى دقيق وجمع المعلومات حولهم ودراسه أوضاعهم واستقامتهم وقوه إرادتهم وعدم تأثير الجهات الخارجيه فيهم كالتائفه والحزبيه ونحوهما.

ومن هنا تكون مثل هذه الحكومه الإسلاميه بالشروط التى ذكرناها حكومه نزيهه بتمام شرائحها ومكوناتها وبعيده عن الاختلاس والفساد والإدارى والمالى والأخلاقى والتساهل والتسامح فى العمل وأداء الوظيفه.

ولهذا وذاك تدفع مثل هذه الحكومه الإسلاميه البلد إلى التطور والازدهار والتقدم والأمن والاستقرار بينما إذا لم تكن الحكومه نزيهه بكل مكوناتها وشرائحها تدفع البلد إلى التخلف وعدم الاستقرار.

إلى هنا قد وصلنا إلى هذه النتيجة وهى إن الحكومه الإسلاميه لو طبقت بجميع شرائحها لكانت حكومه نزيهه بتمام مكوناتها وشرائحها وأعضائها وبعيده عن تأثير أى

جبهه خارجيه فيها بينما الحكومات غير الشرعيه لا يؤتمن معها على عدم تدخل الجهات الخارجيه وتأثيرها عليها.

وهنا يتضح أن اتهام الحكومه الإسلاميه بأنها دكتاتوريه ناشئ من الجهل والتعصب والعناد وعدم المعرفه بالنظام الإسلامى وتخييل إن السلطه الحاكمه مطلق العنان تفعل ما تشاء وتترك ما تشاء، وقد مرّ إن السلطه الحاكمه مأموره من قبل الله تعالى بالتحاور والتشاور مع أهل الحل والعقد من العلماء والمفكرين والخبراء والأمناء والصلحاء فى كل صغيره وكبيره.

وبعد دراسته موسعه وشامله حول السيره الذاتيه لكل عضو من أعضاء الحكومه

بشكل دقيق وموضوعى على طبق معايير خاصه كالنزاهه والكفاءه واللباقه ينتخب إذا كانت المعايير منطبقه عليه هذا إضافة إلى أن المعتبر فى السلطه الحاكمه العدالة والأمانه والوثاقه وهى تمنع عن إطلاق عنانها وأن تفعل ما تشاء»(1).

وقال آيه الله السيّد على الأكبر الحائرى - مدظله - وهو أحد تلاميذ الشهيد الصدر رحمه الله - فى توضيح كلام استاذة فى تحديد منطقه الفراغ: «وأمّا القسم الثانى: من الضوابط العامه لملء منطقه الفراغ، وهى الضوابط الراجعه إلى تحديد مساحه منطقه الفراغ التى فوض فيها حق التشريع والتقنين إلى ولى الأمر، فىمكن تحديد تلك المساحه بثلاثه مجالات:

المجال الأوّل: مجال تشخيص الموضوعات الدخيله فى الأحكام الثابته التى شرعها الإسلام بصوره مباشره فإن كثيرا من الأحكام التى شرعها الإسلام بصوره مباشره قد أناطها بموضوعات خارجيه قابله للتشكيك والإبهام فى بعض الحالات فعلى وليالأمر - حينئذٍ - أو السلطه التشريعيه التى أشرنا إليها أن يعلن التشخيص الميدانى المناسب لتلك الموضوعات حتّى يتضح حال تلك الأحكام سلبا وإيجابا.

ص: ٣٣١

---

١-١ . الأنموذج فى منهج الحكومه الإسلاميه / (٢٩-٤١)؛ المسائل المستحدثه الحكومه الإسلاميه / (٣٠-٢٣).

فمثلاً: من جمله الأحكام الثابتة في الإسلام حرمة ممارسه الآلات المعده للقمار فإنها تحرم ممارستها حتى بغير رهن مادامت معدة للقمار، كما هو المشهور، فلو أن آله معينه كانت صالحه للقمار وغير القمار فحينئذ تاره يتغلب عليها القمار بصورة واضحة معروفة فتشملها الحرمة المذكوره، لأنها من الآلات المعده للقمار، وتاره أخرى يتغلب غير القمار بصورة واضحة معروفة أيضا فلا تشملها الحرمة المذكوره - أى لا- تحرم ممارستها بغير رهن - لأنها ليست معدة للقمار، وتاره ثالثه لا تكون القضييه واضحه معروفة، فيقع الشك في أنها من الآلات المعده للقمار أو ليست، كذلك، ففي هذه الحاله يكون من حق ولى الأمر أن يعلن تشخيصه لهذا الموضوع ويحكم بذلك.

كما أن من الأحكام الثابتة أن الأصوات والألحان المعده لمجالس اللهو واللعب تكون محرمة، فإذا وقع الشك في لحن من الألحان أنه من الألحان المعده لذلك أو لا كان من حق ولى الأمر أن يشخص هذا الموضوع ولو بالفحص عن طريق أهل الخبره ويحكم على طبق ما يتوصل إليه من تشخيص.

ومن الأمثله المعروفة لتشخيص الموضوع من قبل ولى الأمر مسأله الهلال في الشهور القمرية؛ فإن هناك أحكاما ثابتة منوطه بالشهور القمرية وهى متوقفه على ظهور الهلال فإذا ثبت ظهور الهلال لولى الأمر كان من حقه أن يحكم بذلك.

وبصوره عامه الأحكام الشرعيه الثابتة يجب استنباطها بصورة كليه من خلال مصادر التشريع الإسلامى، وقد يتوصل الفقيه من خلال ذلك إلى حكم كلى منوط بموضوع معين بحيث يدور الحكم سلبا وإيجابا مدار ذلك الموضوع ويبقى الحكم حينئذ تحت رحمه تشخيص الموضوع ولا يمكن حل الموقف عند الشك في الموضوع بالرجوع إلى مصادر التشريع، لأنها إنما تعين الحكم الكلى على فرض تحقق الموضوع، نعم قد يأتى الحكم الظاهرى عند الشك في الموضوع ولكن ولى الأمر إذا شخص الموضوع وارتفع عنه الشك كان من حقه الحكم على طبق ذلك ووجب على الناس إطاعته فيه.

المجال الثانى: مجال تشخيص الأهم عند التراجع بين الأحكام الإليه الثابتة، كما

إذا وقع التزاحم بين الجهاد الواجب أو دفع العدو الغاشم وبين الانتهاء عن بعض المحرمات كاجتياز الأرض المغصوبه أو إتلاف مالا يرضى به صاحبه، بل قد يتوقف دفع العدو على قتل بعض الأبرياء فيقع التزاحم بين امتثال وجوب دفع العدو وامتثال حرمه قتل الأبرياء، بمعنى أن ضيق القدره وقله الإمكانيات العمليه قد يؤدي إلى التنافى والتضاد بين امتثال حكمين من الأحكام الإلهيه الثابته، ففي مثل ذلك يكون من حق ولى الأمر أن يحكم على طبق ما يشخصه من أهميه أحد الحكمين على الآخر ويجب على الأمة إطاعته فيه، وليست هذه إطاعه للمخلوق فى معصيه الخالق لأن الأحكام الشرعيه إذا تزاومت فى مقام الامتثال تقدم الأهم على ما يقل عنه أهميه، ولا يحق لولى الأمر أن يحكم إلا على طبق ما يعتقد من الأهميه.

المجال الثالث: مجال المصالح الطارئه فى دائره المباحات، فإن التصرفات التى لم يرد فيها تكليف الزامى ثابت من قبل الشريعه الإسلاميه لا- نفيا ولا إثباتا قد تحدث فيه مصالح وملاكات طارئه وفق الظروف والملابسات التى تمر بالأمة الإسلاميه، بحيث تستدعى الالتزام بسلوك معين، ففي مثل ذلك يحق لولى الأمر أن يحكم بالالتزام بذلك السلوك حفظا لتلك المصالح والملاكات، والأمثله على ذلك كثيره يمكن أن نذكر منها المصالح الاقتصاديه الطارئه التى تستدعى به فى بعض الظروف وضع الضرائب الماليه فى

دائره أوسع مما أمر به الإسلام من الزكوات والأخماس الواجبه، وكذلك المصالح التى تستدعى فى بعض الظروف تحديد الأشعار، وكذلك المصالح التى تستدعى وضع الضوابط الخاصه للمرور إلى غير ذلك من المصالح العامه التى تستدعى وضع جمله من القوانين والأحكام وفق الظروف والملابسات التى تمر بالأمة الإسلاميه أو بالشعب الذى يحكمه الإسلام، فإن من شأن ولى الأمر أو السلطه التشريعيه المفوضه من قبله أن يشخص أمثال هذه المصالح ويصدر الأحكام اللازمه على طبقها، ويجب على الأمة أن تسمع له وتطيع. وهذا أيضا لا يستلزم إطاعه المخلوق فى معصيه الخالق، فإن إعطاءه كميه من المال بعنوان الضريبه مثلاً، والالتزام بسعر معين أو بنسبه معينه من الربح فى المعاملات، والالتزام بضوابط معينه فى المرور... إلى غير ذلك كلها من الأمور المباحه

بطبيعتها وليست فيها معصيه للخالق تبارك وتعالى، فإذا أمر بها ولى الأمر أصبحت واجبه على الناس بسبب وجوب طاعه ولى الأمر فى غير معصيه للخالق تبارك وتعالى.

هذه هى المجالات الثلاثة التى يمكن أن نحدد بها مساحه منطقه الفراغ التى فوض الحكم فيها إلى ولى الأمر، وقد يستدل من الناحيه الفقهييه على شمول منطقه الفراغ لكل هذه المجالات الثلاثة بإطلاق أدله وجوب طاعه ولى الأمر وإطلاق أدله نيابه الفقيهه العادل عن ولى الأمر فى عصر الغيبه، فإن إطلاق هذه الأدله يدل على وجوب طاعه ولى الأمر أو نائبه فى كل ما يحكم به فى جميع الأمور وفى جميع المجالات، وقد خرج عن ذلك ما يستلزم معصيه الله تبارك وتعالى وبقيت فى إطلاقها هذه المجالات الثلاثة التى ذكرناها لعدم استلزامها لمعصيه الله تبارك وتعالى.

ضوابط ما يملأ به الفراغ

وأما القسم الثالث: من الضوابط العامه لملء منطقه الفراغ، وهى الضوابط الراجعه إلى ما يملأ به الفراغ من القوانين والتشريعات من قبل ولى الأمر، فإن الشريعه الإسلاميه بعد أن حددت مجالات الفراغ وفوضت أمر التشريع والتقنين فيها إلى ولى الأمر لم تدع أمر ملء هذا الفراغ تحت رحمه الرغبات الشخصيه الخاصه لولى الأمر لكى يملأه كيفما يشاء وبأى نحو يريد بل لابد لولى الأمر أن يراعى أمرين أساسيين.

الأمر الأول: ملاحظه مصالح الأمه فى جميع القوانين والتشريعات التى يضعها لملء منطقه الفراغ حسب الظروف المرحليه التى تمر بها الأمه فإذا كان أمامه عدّه خيارات لحل مشكله من المشاكل الاقتصاديه أو السياسيه أو غيرها التى تمر بالأمه

الإسلاميه، بمعنى أن هذه المشكله يمكن حلها باختيار واحده من صيغ قانونيه متعدده، فلا بد لولى الأمر أن يختار جهد الإمكان أفضل تلك القضيه، ولا يحق له أن يختار الصيغه القانونيه الأنسب لمصالحه الخاصه ولا الصيغه القانونيه الأنسب لمصالح طبقه خاصه أو قطاع معين من قطاعات الأمه دون غيرها فإن مثل ذلك خيانه بالأمه ولا يجوز ارتكابها لولى الأمر بالضروره.

والأمر لثانى: ملاحظه تلك المصالح من وجهه نظرا لإسلام وبحسب الموازين الإسلاميه

العامه لا من وجهه النظر المادى البحث مثلاً أو من وجهات النظر الأخرى التى لا تنسجم فى روحها مع الإسلام ولأجل توضيح ذلك نكتفى بمثالين:

المثال الأوّل: إننا لا حظنا المصالح الاقتصاديه العامه من وجهه النظر المادى البحث فقد يؤدى ذلك إلى ضروره منع العمال فى جميع المعامل والمصانع من ممارسه الفرائض الدينيه من الصوم والصلاه وحفظ الحجاب للنساء العاملات إلى غير ذلك، لأن الصوم يؤدى إلى ضعف العامل عن عمله، والمدّه التى تستغرقه إقامه الصلاه فى المعامل والمصانع ستقتص من ساعات العمل اليومى للعمال، كما أن الحجاب الإسلامى للنساء العاملات قد يلكئ من مستوى السرعه للتقدم الكمى والكيفى فى نطاق أعمالهن، وهذه الأمور بمجموعها ستؤثر تأثيراً بالغاً جداً على مستوى الإنتاج فى المعامل والمصانع ومن ثمّ ستؤثر على المصالح الاقتصاديه العامه فى الوطن الإسلامى، وهذا يعنى وقوع التزاحم بين امثال تلك الفرائض الدينيه لهؤلاء العمال وبين المصالح الاقتصاديه الكبيره التى ستضيع بسبب إقامه تلك الفرائض، وبحسب هذه النزعه الفكرية قد ينتهى الأمر إلى ترجيح تلك المصالح...»(١).

ولكن قال عمى الأكبر آيه الله الشهيد الحاج آقا نورالله النجفى الأصفهانى قدس سره (١٢٧٨-١٣٤٦ق) المستشهد قبل ولاده الشهيد الصدر رحمه الله بِسَبِّعِ سِنِينَ مَا نَصَهُ بِالْفَارْسِيَةِ: «مطالب بر دو قسم است: يك امرى كه خداوند در آن امر فرموده؛ مثل حكم ميراث و زنا و لواط و شراب و خمس و زكات و ساير واجبات و محرمات و احكام و در اين قبيل احكام احدى را حق سؤال و جواب و نفى و اثبات و تغيير و تبديل و چون و چرا نيست. و بايد تمام مسلمانان اطاعت آن را بنمايند.

و يك امرى است كه حكم و قانون معينى در كتاب و سنت نوشته نشده، مثل حوادث اتفاقيه و امور عامه عاديه و خصوصيات نظم و انتظام بلاد و عباد و حفظ ثغور

ص: ٣٣٥

واستحکام وانتظام امر معیشت مسلمانان و امنیت طرق و شوارع و رواج کسب و تجارت و فلاحت و مصادیق احکام و امثال اینها که به مقتضای آیه شریفه «وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ» خداوند عالم این امور را به مشورت ارجاع فرموده که مسلمانان مشورت و مصلحت بینی کنند؛ و هر قسم صلاح دانند رفتار نمایند»(۱).

وفى الختام لابد لي أن أتتبه على أن حکم مزاحمه فقيه لقيه آخر سوف يأتي(۲) الكلامُ عَلَيْهِ فى فروع بحث ولايه عدول المؤمنين فانتظر.

ص: ۳۳۶

---

۱-۱. مکالمات مقيم و مسافر / ۶۴ و ۶۵.

۲-۲. راجع هذا المجلد صفحه ۳۷۳.

الأُمور المطلوبُ وجودها في المجتمع بحيث لا يرضى الشارع بتركها وإهمالها وفوتها، وَعِنْدَ فقدان الفقيه - لا سمح الله له - أو تعذّر الوصول إليه، فهل يجوز لعدول المؤمنين القيام بتحمّل أعباء هذه الأُمور بالتصدى لها أو الإشراف عليها أو التنظيم بها أو التطبيق فيها؟ أو لا يجوز.

ومن الواضح أنّ الجواز يأتي في موارد عدم اشتراط العمل بإذن الإمام عليه السلام أو الفقيه وإلّا عدم الجواز واضح لأن مقتضى الأصل عدم جواز التصرف فيه ونشك في مشروعيه أصل العمل والأصل عدم مشروعيته.

قال الشهيد: «يجوز للآحاد مع تعذّر الحكام توليه آحاد التصرفات الحكّميّة على الأصحّ، كدفع ضروره اليتيم، لعموم: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى» (٢)، وقوله عليه السلام: «والله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» (٣)، وقوله صلى الله عليه وآله: «كلّ معروف صدقه» (٤).

ص: ٣٣٧

١-١ . جعلت عنوان البحث كما عليه المشهور ومتابعه لهم كما يظهر للقارىء الكريم من مطاوى الكلام.

٢-٢ . سورة المائدة ٢.

٣-٣ . المستدرک ١٢/٤٢٩، ح ١٠، الباب ٣٤ من أبواب فعل المعروف؛ وراجع: وسائل الشيعة ١٦/٣٧١، ح ٢، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، صحيحه ذريح. وفيه: عون المؤمن ما كان المؤمن عون أخيه.

٤-٤ . وسائل الشيعة ١٦/٢٨٦، ح ٥، الباب الأول من أبواب فعل المعروف، حسنه عبدالله بن ميمون القداح.



وهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها في أربابها، وكذا بقيه وظائف الحكام غير ما يتعلّق بالدعاوى؟ فيه وجهان: وجه الجواز ما ذكرنا، ولأنّه لو مُنِع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال، وهي مطلوبه لله تعالى.

وقال بعض متأخري العامه (١): لا شك أنّ القيام بهذه المصالح أهمّ من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمه يأكلونها بغير حقّها ويصرفونها إلى غير مستحقّها.

فإن تُوِّعَ إمامٌ يصرف ذلك في وجهه، حفظ المتمكّن تلك الأموال إلى حين تمكّنه من صرفها إليه، وإن يئس من ذلك - كما في هذا الزمان - تعيّن صرفه على الفور في مصارفه؛ لما في إبقائه من التغيرير وحرمان مستحقّيه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه. ولو ظفر بأموال مغصوبه حفظها لأربابها حتّى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدّق بها عنهم، وعند العامه تصرف في المصالح العامه (٢).

وعلّق عليه الشيخ الأعظم بقوله: «والظاهر أنّ قوله: «فإن تُوِّع... إلى آخره» من كلام الشهيد قدس سره، ولقد أجاد فيما أفاد إلاّ أنّه قدس سره لم يبيّن وجه عدم الجواز، ولعلّ وجهه: أنّ مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما في قطع الدعاوى وإقامه الحدود، وكما في التجاره بمال الصغير الذي له أب وجدّ؛ فإنّ كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاصّ.

نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقلّ العقل بحسنه مطلقاً - كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسده التصرف في مال الغير بغير إذنه - صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضروره، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديّه لكلّ أحدٍ إلاّ أنّه خرج ما لو تُمكّن من الحاكم، حيث دلّت الأدلّه على وجوب إرجاع الأمور إليه، وهذا كتجهيز الميت، وإلاّ فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض في تقييد ما دلّ على عدم ولايه أحد على مال أحد أو نفسه، ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه

ص: ٣٣٨

١-٥. وهو الشيخ عزالدين بن عبدالسلام.

٢-١. القواعد والفوائد ١/٤٠٦، القاعده ١٤٨.

معروفا ومصالحه، ولا يفهم من أدله المعروف ولايه للفضولى على المعقود عليه؛ لأنّ المعروف هو التصرف فى المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدله المعروف.

وبالجملة، تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقلى، أو عموم شرعى، أو خصوص فى مورد جزئى، فافهم»(١).

### المسألة خلافية

يظهر من صاحب المفتاح خلاف الأصحاب قدس سرهم فى المقام حيث يقول: «...»

ويستفاد من بعض الأخبار(٢) ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصى وللمؤمنين مع فقدته. وفى الحدائق(٣) نسبتته إلى الأصحاب. وفى مجمع البرهان(٤): الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه وأمانته بعد تعذر ذلك كله... - إلى أن قال - : ولم نجد خلافا إلاّ من ابن إدريس(٥) فإنّه قال: لا يجوز لمن ليس بفقيه تولّى ذلك بحال، وقد يظهر ذلك من المفيد(٦) والتقى(٧) حيث لم يذكر إلاّ السلطان والفقيه»(٨).

وكما صرح بوجود القول بالخلاف الفاضل المراعى رحمه الله حيث يقول: «إذا تعذر الأولياء أو فقدت حتّى الحاكم فهل الولاية للعدول مطلقا، أو ليس لهم مطلقا، أو فيما لا يمكن التأخير فيه لهم ولايه دون غيره؟ ... وجوه بل أقوال...»(٩).

ص: ٣٣٩

١-٢. المكاسب ٣/٥٦٣ و ٥٦٤.

٢-١. راجع: وسائل الشيعه ١٩/٤٢١، الباب ٨٨ من أبواب الوصايا.

٣-٢. الحدائق ٢٠/٣٧٨.

٤-٣. مجمع الفائده والبرهان ٩/٢٣٢ و ٢٣٣.

٥-٤. السرائر ٣/١٩٤.

٦-٥. المقنعه ٦٧٥/.

٧-٦. الكافى فى الفقه ٣٦٦/.

٨-٧. مفتاح الكرامه ١٦/٨٢ و ٨٣.

٩-٨. العناوين ٢/٥٨٠.

أقول: فالمسألة محلّ خلاف بين الأصحاب وإن كان المشهور تلقّيه بالقبول، ومحلّ انكار عند مشهور العامه لأنهم لا يرون اختصاص الولاية بالعدول بل عندهم الفاسق الغالب المتغلب للأمر يكون ولياً للأمر.

### تأسيس الأصل في المسألة

قبل إيراد الأدلّة لابدّ من تأسيس الأصل الأوّلي في المقام فأقول: الأصل الأوّلي - كما مرّ في أوّل بحث الولايات (١) - عدم ثبوت ولاية انسانٍ على إنسانٍ آخر وأنه لا ولاية لأحدٍ على غيره إلا بقيام دليل يثبت ذلك.

وبعدّه الأصل اللفظي: أيضاً يدلّ على نفى ولاية عدول المؤمنين وغيرها لأنّ قوله عليه السلام في موثقه سماعه: ... فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه. (٢)

يدلّ على ممنوعه جميع التصرفات الانتقاليه منها أو غيرها في مال المسلم إلا من خلال الإذن ونفى التصرف بالولاية.

وقوله - عجل الله تعالى فرجه الشريف - في التوقيع المروى بسند صحيح: ... فلا- يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه. (٣)

يدلّ على نفى ولاية التصرف في الأموال مطلقاً والداد عموم منطوقه.

وأما الأصل العملي: بالنسبه إلى الولاية: فلا شك في الولاية أنّها مجعوله شرعاً وتكون من الأحكام الوضعيه ولا يمكن ترتب الآثار عليها إلا بعد إحراز جعلها، فحينئذ بمجرد قيام الشك في الجعل تجرى أصاله عدم الجعل.

كما أنّه كذلك بالنسبه إلى المجعول، لأنّ الولاية تكون من الأمور الحادثه وكانت مسبوقة بالعدم، وبعد ثبوت الشريعة وجعلها نشك في أنّها مجعوله على النطاق الواسع بحيث تشمل ولاية عدول المؤمنين أم لا؟ والأصل عدم مجعوليتها على النطاق الواسع فلا تشمل ولاية عدول المؤمنين.

ص: ٣٤٠

١-٩. راجع هذا المجلد صفحہ ١٤.

٢-١٠. وسائل الشيعه ٥/١٢٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي.

٣-١. وسائل الشيعه ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

كما أنّ هذين الأصلين - عدم الجعل وعدم المجعول - ينفيان نفوذ التصرفات المبتّية على هذه الولاية.

مضافاً إلى أنّ استصحاب بقاء ملكية المالك السابق - قبل التصرف الولاى - يجعل التصرف الولاى لغير المالك باطلاً وذلك عند الشك فى صحة تصرفاته ونفوذها.

هذا كلّ فى الأصل الأوّلى واللفظى والعملى فى المقام.

ويؤيدها السيره العلقلاىة: القائم على نفى ولايه انسان على آخر وعلى حرّيه كلّ انسان واستقلاله عن غيره فى نفسه وماله وعمله ونشاطه.

### الأمر التى تعرض عليها الولاية على أقسام:

#### الأوّل: ما يستقلّ العقل بحسنه مطلقاً

- كحفظ اليتيم من الهلاك - أو يفهم من دليه جواز تصدّيه لكلّ أحد - كتجهيز الميت - وأنّه مطلوب وقوعه من كلّ شخص. وهذا القسم الأوّل: هو الأمر التى يجوز لعدول المؤمنين التّصدّى لها والقيام بها بما يتناسب من متطلّباتها فى الأعصار والأمصار من دون أى نقاش.

#### الثانى: الأمر التى تختص بأشخاص معيّنين ممّن لهم صفات خاصه

الثانى: الأمر التى تختص بأشخاص معيّنين ممّن لهم صفات خاصه فيجوز لهم التصدى لها كالإفتاء والقضاء والولاية على الأمور العامه كما مرّ ذلك فى مناصب الفقيه (١).

بالتفصيل.

ولا شك بإختصاص هذه الأمور بالفقيه الذى له صفات معيّنه ومؤهلات خاصه ولا يجوز لغيره من عدول المؤمنين وغيرهم التّصدّى لهذه الأئمور ولذا أخرجّه الشهيد قدس سره من دائره ولايتهم بقوله: «غير ما يتعلّق بالدعاوى» (٢) وألحقه الشيخ الأعظم رحمه الله بها: «وإقامه الحدود» (٣).

ويلحق بهما منصب الإفتاء والولاية على الأمور العامه والأمر التى تكون

ص: ٣٤١

٢-١ . القواعد والفوائد ٤٠٦/١.

٣-٢ . المكاسب ٥٦٣/٣.

مشروطه بإذن الفقيه نحو مصرف سهم الإمام عليه السلام من الخمس.

### الثالث: الأمور التي نشك في تَوْقُفِهَا وَاشْتِرَاطِهَا عَلَى إِذْنِ الْفَقِيهِ

الثالث: الأمور التي نشك في تَوْقُفِهَا وَاشْتِرَاطِهَا عَلَى إِذْنِ الْفَقِيهِ فهل يجوز لعدول المؤمنين التصدّي لها أم لا؟ وهي الأمور التي نشك في مدخله إذن الفقيه فيها تكليفاً أو في صحتها ونفوذها وضعاً. فلا بدّ من البحث حول حكمها تكليفاً ووضعاً.

أمّا الحكم الوضعي: فالأصل عند الشك في نفوذ التصرف وصحته هو عدم نفوذ التصرف وعدم صحته وعدم تحقّق آثاره من الملكيه أو الزوجيه ونحوهما.

بعبارة أخرى: الأصل يقتضي فساد التصرفات عند الشك في نفوذها في هذه الأمور التي نشك في مدخله إذن الفقيه فيها. فمثلاً لو جمع عدول المؤمنين الأخماس وَدَفَعُوها إِلَى أَصْحَابِهَا نَشَكَ فِي مَلِكِيهِ الْهَاشِمِيِّ وَغَيْرِهِ مِنَ الْآخِذِينَ لَهَا وَالْأَصْلُ عَدَمُ تَحَقُّقِ الْمَلِكِيهِ لَهُمْ مَعَ عَدَمِ إِذْنِ الْفَقِيهِ.

وأمّا الحكم التكليفي: فهل يجوز لعدول المؤمنين التصدّي للأموال التي يحتمل مدخله إذن الفقيه في مشروعيتها وصحتها أم لا؟

إِذَا وَصِيَّتْ النُّوبَةُ إِلَى الْأَصْلِ الْعَمَلِيِّ، فَالشُّبْهُهُ تَكُونُ حَكْمِيَّةً نَشَكَ فِي حَرَمِهِ تَصَرُّفَاتِ عَدُولِ الْمُؤْمِنِينَ وَعَدَمِهَا؟ وَأَصْلُ الْبِرَاءَةِ تَقْتَضِي جَوَازَهَا وَعَدَمُ تَوْقُفِهَا عَلَى إِذْنِ الْفَقِيهِ، هَذَا كُلُّهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الشُّكِّ فِي الْوَجُوبِ.

وأمّا بالنسبة إلى الشك في الواجب: بمعنى اشتراط الواجب بإذن الفقيه وعدمه فالأصل العملي أيضاً يقتضي البراءة عن الاشتراط.

هذا كلّهُ بالنسبة إلى جريان الأصول العمليه في حكمي الوضعي والتكليفي.

وأمّا مقتضى الأدلة اللفظيه على أيّ شيءٍ يقرّر ويثبت أيّ شيءٍ فلا بدّ من ملاحظتها ومدى دلالتها فلذا ندخل في بحث أدله ولايه عدول المؤمنين بإذن الله تعالى فنقول:

### أدله ولايه عدول المؤمنين

#### إشارة

قد تمسكوا لإثباتها بالأدلة الأربعة:

فقد استدلوا بآيات منه:

**منها: قوله تعالى: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى**

**منها: قوله تعالى: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (١).**

بتقريب: أن حفظ اليتيم من الهلاك ودفع ضرورته ورفع احتياجاته إغانه على البرّ فهو مندوب شرعا وخطاب الآيه الشريفه لعامه المكلفين ولا يختص بالفقيه. فجاوز تصدى المؤمنين لأنواع البرّ يستفاد من الآيه الشريفه.

وبعبارة أخرى: بُنِيَتْ الآيه لزوم التعاون بين الناس وتكون في بيان جهه هذا التعاون بحيث يكون في البرّ والتقوى، لا-الإثم والعدوان، ولزوم هذا التعاون في الجهه الخاصه يتأكد في المجامع الدينيه وبالنسبه إلى المؤمنين لاسيما العدول منهم، وهذا التعاون الخاص يكون مبدأً لولايتهم.

ويرد عليه: أولاً: قد مرّ أنّ «التعاون عباره عن اجتماع أشخاص لإيجاد أمر من المعصيه أو الطاعه كهدم مسجد أو بنائه، ولذا ينسب الفعل إلى الجميع لا إلى الشخص الواحد» (٢) وإذا كان معنى التعاون هذا فأى ربط له بولاية عدول المؤمنين!؟

وثانياً: مجرد الأئمّ بالتعاون على البرّ والتقوى لا يدلّ على ثبوت الولاية للعاملين بها وإلا يلزم أن يكون كلّ من أحسن وبرّ إلى غيره ولياً عليه والتالى باطل فالمقدم مثله.

وثالثاً: البر الوارد في الآيه الشريفه هو ما بُنِيَتْ برّيته عرّفها أو شرعا أو عقلاً، ثمّ إذا احتملنا في تصرف إذن الفقيه، فالتمسك بالآيه الشريفه لاثبات برّيته تمسكّ بالعامّ في الشبهه المصادقيه له. لأنّ مع جريان هذا تكوّن برّيه هذا التصرف مشكوكا فيها فلا يحكم العرف أو الشرع أو العقل ببرّيته، فالتمسك بالآيه الشريفه يكون تمسكا بالدليل في الشبهه

الموضوعيه لذاك الدليل.

ص: ٣٤٣

١- ١. سورة المائده / ٢.

٢- ٢. الآراء الفقيهيه ١/٢٠٠.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ آية التعاون أجنيه عن ولايه عدول المؤمنين وإثباتها.

**ومنها: قوله تعالى «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ»**

(١).

بتقريب: أنّ الآية أثبتت وجود الولاية للمؤمنين والمؤمنات على بعض آخر من هاتين الطائفتين ومن جملتها ولاية عدول المؤمنين أو أنّها فيهم تتأكد وتتقوى. لأنّ الآية تبين وجود ولاية عامه بين المؤمنين ولم تعينهم فتشمل جميعهم فتكون بالنسبة إلى عدولهم آكد وأقوى.

ويرد عليه: أولاً: الولاية الثابتة في الآية الشريفه المذكوره في ذيلها وهي ولاية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لأنّ الله تعالى يقول بعده: «يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» (٢).

وثانيا: يرد عليه ما أوردته آنفا في الاستدلال بالآية السابقه (ثالثا) من التمسك بالعام في الشبهه المصادقيه له.

**ومنها: قوله تعالى: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ»**

ومنها: قوله تعالى: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» (٣).

بتقريب: الأمور التي لا يرضى الشارع بتركها وإهمالها وفوتها تدخل في «الخير» الوارد في الآية الشريفه بلا إشكال، ونص الآية يدل على وجود طائفه من المؤمنين «يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ» ويتصدون إلى هذه الأمور، وليس هذا إلا ثبوت الولاية لعدول المؤمنين.

ويرد عليه: أولاً: دخول الأمور التي نشك في توقّفها واشتراطها على إذن الفقيه في عنوان «الخير» الوارد في الآية الشريفه محلّ نقاش واضح.

وثانيا: الولاية الثابتة في الآية المذكوره في ذيلها وهي ولاية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كما قال الله تعالى «وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ». كما مرّ

ص: ٣٤٤

١-١ . سورة التوبه / ٧١.

٢-٢ . سورة التوبه / ٧١.

٣-٣ . سورة آل عمران / ١٠٤.



فى ذيل الآيه السابقه.

وثالثا: مجرد الدعوه إلى الخير لا يوجب للداعى الولايه على المدعوىين وإلا

ثبت الولايه لكل واعظ على متعظه ولكل متكلم على مخاطبه إذا دعاه إلى الخير، والتالى باطل فالمقدم مثله، كما مرّ فى ذيل الآيه الأولى.

ورابعا: من مّتمّات الإيرادات أنّ جماعه من المّخّيرين حملوا قوله تعالى: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ» على معنى التجريد مع إرادته المجموع على حدّ قول القائل: لِيَكُنْ لِي مِنْكَ صَدِيقٌ مُّخْلِصٌ. وَمَنْ لَهُ إِشْمَامٌ وَاسْتِنَاسٌ بِمَغْزَى بِلَاغِهِ الذِّكْرَ الْحَكِيمِ وَمَلَا حُنَّ كَلَامِ الْعَرَبِ لَا يُنْكَرُ هَذَا الْوَجْهَ الْوَجِيهَ.

**ومنها: قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»**

(١).

بتقريب: «إنّ ظاهر الاستثناء كون القرب إذا كان حسنا جائزا وهنا كذلك، وليس الخطاب للحكام خاصة بل ظاهره العموم، وإذا ثبت ذلك فى مال اليتيم ثبت فى غيره بالألويّه وبعدم القول بالفصل» (٢).

وبتوضيح: الآيه الشريفه تخاطب الجميع - لا الفقهاء خاصة - فى عدم التصرف والتداول فى أموال اليتامى إلا إذا كان ذلك التصرف والتداول حسنا ومفيدا بالنسبه إلى اليتيم فإذا كان حسنا يكون جائزا، وإذا ثبت الجواز لكل أحد أن يتصدى لأموال اليتامى إذا كان تصرفه وتصديه نافعا لليتيم، ثبت الجواز فى بقيه التصرفات بالألويّه القطعيه وبعدم القول بالفصل.

وبتقريب آخر: التصدى لأموال اليتامى وإداره أموالهم واجب بحكم العقل والشرع، والآيه نهت أن يكون هذا التصدى بنحو غير حسن و غير نافع، فإذا كان حسنا ونافعا لكان جائزا، وهذا الجواز لا يختص بتصدى لاءموال اليتامى بل يعمّ الأمور الاجتماعيه الأخر لاتحاد المناط بل اولويه بعضها بالنسبه إلى أموال اليتامى كإجراء

ص: ٣٤٥

١-١ . سورتا الأنعام /١٥٢، والإسراء /٣٤.

٢-٢ . العناوين ٢/٥٨٠.

الحدود ودفع الظلم والظالم وتنظيم معاش الناس ومعادهم وحفظ النظام... (١).

ويرد عليه: أولاً: قد مرّ (٢) في ولاية الأب والجَدِّ بحوث مفصله حول الآيه الشريفه والكلمات الوارده فيها فلا نعيدها وَقَدْ قلنا هناك إِنَّ الآيه «تدلّ على اعتبار

مراعاة المصلحه في تصرفات الأولياء بلا فرق بين التصرفات الاعتباريه والتصرفات الخارجيه وبلا فرق بين الأب والجَدِّ وغيرهما، نعم بضروره الفقه لا تدلّ على مراعاة الأصلح والأنفع كما مرّ، وأما دلالتها على مراعاة الأصلح والأنفع النسبي والغالبى والممكن فلا ينكر، والله العالم» (٣).

وثانيا: الآيه الشَّرِيفَه لم تثبت الولايه لأحدٍ بل تقول التصرف الولائى لابدّ في ذاته أن يُراعى فِيهِ مصلحه المولى عليه وإلا كان باطلاً، وأما من هو المولى ومن يجوز له هذا التصرف فهو خارج عن مدلول الآيه الشَّرِيفَه فلا تثبت بها الولايه لعدول المؤمنين ولا غيرهم.

وثالثا: التعدى من أموال اليتامى إلى كلِّ صغير وكبير كإجراء الحدود وتنظيم معاش الناس وحفظ النظام الذى نعلم أنّها كلّها مَوْكُؤَلَه إلى الفقيه ولا بدّ من الاستيدان منه حتّى بالنسبه إلى أموال اليتامى، مشكل جدّاً، فمن أين يدعى فيها «الاولويه القطعيه» أو «بعدم القول بالفصل» أو «اتحاد المناط»، ودون اثبات هذه الدعوى خرط للقتاد.

**ومنها: قوله تعالى: «يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ**

ومنها: قوله تعالى: «يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» (٤).

بتقريب: أنّ السؤال فى الآيه الشريفه هو التصرفات بالنسبه إلى اليتيم وأمواله وأجاز الله تعالى التصرفات الأءصلاحِيَه والمخالطه الحسنه ولم يقيدهما بأحدٍ دون أحد،

ص: ٣٤٦

١-٣. راجع: تحقيق فى القواعد الفقيهيه /٧٩٤، تأليف صديقى المكرّم آيه الله السيّد على الفرعى - دامت بركاته - ، سبط

شيخنا آيه الله الشيخ محمّد على الأراكى قدس سره .

٢-٤. راجع هذا المجلد صفحه ٥٠.

٣-١. راجع هذا المجلد صفحه ٦٩.

٤-٢. سوره البقره /٢٢٠.

فيجوزهما لكلِّ أحدٍ، فإذا كان الأمر هكذا بالنسبة إلى الأيتام وأموالهم فيمكن القول بالجواز في غيرها من التصرفات بالألوية القطعية أو بعدم القول بالفصل أو اتحاد المناط.

ويرد عليه أولاً: الآية الشريفة تثبت مراعاة المصلحة في التصرفات الولائية في اليتامى وأما من يجوز له هذه التصرفات ومن يكون ولياً فهو خارج عن مدلولها.

وثانياً: التعدى من اليتامى إلى غيرهم من مصالح العباد والبلاد، دون إثباته خَرَطُ الْقَتَادِ كما مرّ.

والحاصل: استفادته ولايته عدول المؤمنين من الآيات الشريفة في غايه الإشكال والاستدلال بها لم يتم، هذا كله في استفادته الحكم من كتاب الله العزيز الغفار، والله العالم.

## ٢- السنه

### أ: الروايات الخاصه

#### اشاره

استدلوا بعدّه من الروايات وهل يستفاد منها «اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولّى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعبرون بعدول المؤمنين، وهو مقتضى الأصل، ويمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضاً» (١).

#### منها: صحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع

#### اشاره

قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرجع أمره إلى قاضي الكوفه فصير عبدالحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثه صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبدالحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهنّ إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهنّ فروج.

قال: فذكرت ذلك لأبيجعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا، ولا يوصى إلى أحد، ويخلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا فيبيعهنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنهنّ فروج، فما ترى في ذلك؟ قال: فقال: إذا كان القيم به مثلك، ومثل عبدالحميد فلا بأس. (٢)

١-١ . المكاسب ٣/٥٦٤.

٢-٢ . وسائل الشيعة ١٧/٣٦٣، ح ٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله في ذيلها: «بناء على أنّ المراد من المماثلة: إمّا المماثلة في التشيع، أو في الوثاقه وملاحظه مصلحه اليتيم وإن لم يكن شيعيًا، أو في الفقاهه - بأن يكون من نواب الإمام عليه السلام عموماً في القضاء بين المسلمين - أو في العدالة.

والاحتمال الثالث منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعدّره. وهذا بخلاف الاحتمالات الأخرى؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف وإن تعدّروا غيرهم، فتعيّن أحدها الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفه الأصل بالأخصّ منها، وهو العدل»(١).

### اعتراضات على مقاله الشيخ الأعظم

#### الأول: اعترض المحقق النائيني على الشيخ الأعظم

بقوله: «ويمكن أن يورد عليه:

أمّا أولاً: فبأنّ ما أفاده في وجه بُعد الاحتمال الرابع أعنى إرادته المماثلة في الفقاهه

بأنّه يلزم ثبوت البأس في عدم تصدى الفقيه مع أنّ المورد ممّا لا بدّ أن يؤتى به ولو من غير الفقيه، منقوض بالنسبه إلى إرادته الاحتمال الثالث أيضاً بل وعلى الاحتمال الثاني، فإنّ المفروض أنّه مع عدم العادل والموثّق تكون الواقعة ممّا لا بدّ من القيام به ولو من الفاسق.

وأمّا الثاني: فبأنّه يمكن أن يكون المفروض في مورد الروايه صورته التمكن من الرجوع إلى الفقيه وأنّ البأس كان في تصدى غيره لأجل التمكن من تصديده، فالإنصاف أنّ الروايه مجمله لا تصلح لاستنباط اعتبار العدالة منها»(٢).

وتبعه في الاعتراض تلميذه السيّد الخوئي وقال: «ويتوجه عليه أولاً: أنّ العلم الخارجى بعدم إرادته الإطلاق من الكلام لا يرخّص رفع اليد عن ظهور اللفظ في الإطلاق، بل لا بدّ من التحفّظ على الظهور وتقييد الإطلاق بالعلم الوجداني بالتقييد، وأمّا رفع اليد عن أصل الظهور وحمل اللفظ على خلاف الظاهر فهو ممّا لا مجوّز له على ما فصلنا

ص: ٣٤٨

١-٣. المكاسب ٣/٥٦٥.

٢-١. المكاسب والبيع ٢/٣٤٠.

الكلام فيه عند التكلّم فى مبحث العام والخاص وقلنا إنّ أصله الظهور إنّما تجرى فى تعيين المراد لا - بعد العلم بالمراد - فى أنّه كيف يراد.

وثانيا: أنّ هذه المناقشه تجرى فى الاحتمال الرابع أيضا للعلم بأنّ القيمومه ثابتة للفاسق عند تعذّر الوصول إلى العادل مع أنّ مفهوم الصحيحه ثبوت البأس عند عدم العداله على نحو الإطلاق، فالعلم الوجدانى على الخلاف موجود فى هذا الاحتمال أيضا، هذا.

والصحيح أن يقال: بأنّ الاحتمال الأول أيضا ساقط عن الاعتبار أعنى المماثله فى التشيع، لأنّ الظاهر من الروايه أنّ السؤال إنّما هو عن الميت من الشيعة والعاده جاريه على نصب واحد ممّن يوافق الميت فى المذهب من أقران الميت وأصحابه قيما على أمواله وأطفاله، فإنّ من البعيد غير المتعارف أن ينصب سنّى قيما على أولاد الشيعة المتوفّى، إذن فالمماثله فى الطريقه والتشيع كانت مفروغا عنها فى الروايه، ومعها لا بدّ فى الخروج عن أصله عدم جواز التصرف فى أموال الغير من أن نعتبر جميع المحتملات الباقية فى المماثله كالوثاقه والعداله والفقاهه وغيرها ممّا نحتمل فى معنى المماثله اقتصارا على القدر المتيقّن فى الخروج عن مقضى الأصل حتّى مثل المكان والبلد والعمر فيما إذا احتملنا دخل هذه الأمور، والوجه فى ذلك أنّ الظاهر من الروايه هو التمكن من استئذان الإمام عليه السلام فى التصرفات وكان العصر عصر الحضور، كما أنّ المبيع كان متاعا لا

يخشى عليه من الضياع والتلف على تقدير تأخير بيعه إلى زمان تحصيل الإذن من الإمام عليه السلام .

ومن الظاهر أنّه مع التمكن من الإمام عليه السلام وحضوره ليس لغيره الولايه فى أمثال مورد السؤال، ومعها إذا جعل الولايه لواحد كما فى قوله عليه السلام «إذا كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس» فهو حكم على خلاف القاعده يقتصر فيه على المقدار المتيقّن كما ذكرناه، فإنّه عليه السلام قد جعل بذلك الولايه لغيره مع التمكن مع الوصول إليه على طبق القضيّه الحقيقيه ولو لأجل التساهل والارفاق، فلا مناص من الاكتفاء فى الخروج عمّا تقتضيه

أقول: يمكن أن ندافع عن الشيخ الأعظم بأن مبناه بناءً على ما صرح به من قوله: «هذا، والذي ينبغي أن يقال: إنك قد عرفت أن ولايه غير الحاكم لا تثبت إلا في مقام يكون عموم عقلي أو نقلي يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه، فما ورد فيه نص خاص على ولايه أتبع ذلك النص عموماً أو خصوصاً فقد يشمل الفاسق وقد لا يشمل»(٢).

توضيح مبناه: أن الولاية لم تثبت لأحد من المؤمنين إلا بعد ورود عموم عقلي أو نقلي أو يكون هناك نص خاص يدل عليها، النصوص العامه تقتضى عدم اعتبار العدالة ولكن لنصوص الخاصه تقتضى اعتبارها، وما حكم الشيخ الأعظم ذيل هذه الصحيحه باشرط العدالة هو ما يقتضيه هذا الدليل الذى يدخل فى النصوص الخاصه فلا يتم الاعتراض عليه. والله العالم.

### الثانى: ما ذكره المحقق الاصفهانى

بقوله: «والتحقيق: أن اطلاق المفهوم تابع لإطلاق المنطوق، ومن الواضح أنه لا معنى لإطلاق المنطوق هنا، بيانه: إن المراد إذا كانت المماثلة فى الفقاهه فمعناها إن كان القيم مثلك ومثل عبدالحميد فقيها فلا بأس، ومن البين أن نفوذ تصرف كل فقيه غير منوط بوجود فقيه آخر ولا بعده قطعاً، لا أنه أمر يحتمل دخله حتى يقوم المتكلم بصدد نفى دخله وجوداً وعدمه ليتحقق اطلاق كلامى منه، بحيث يكون حجه على نفى دخله من قبله، وهكذا الأمر من سائر الاحتمالات فتدبر جيداً»(٣).

مراده: «أن القواعد الأصوليه تقتضى تبعيه المفهوم للمنطوق، لأن دلالة المفهوم دلالة التزاميه ودلاله المنطوق مطابقه، والالتزاميه تابعه للمطابقه فى العموم والخصوص، فإذا استحال فرض الإطلاق فى المنطوق استحال انعقاده فى المفهوم أيضاً،

ص: ٣٥٠

١-١. التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٧٨ و ١٧٩.

٢-٢. المكاسب ٣/٥٦٧.

٣-٣. حاشيه المكاسب ٢/٤٠٥ و ٤٠٦.

وفيما نحن فيه بما أنه لا إطلاق في المنطوق كذلك لا إطلاق في المفهوم بالضرورة، وذلك بحكم البرهان المذكور، ومع انتفاء الإطلاق في المفهوم يسقط دعوى الشيخ، من أن: «الاحتمال الثالث منافي لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه»<sup>(١)</sup>، لما ثبت من أن صحه تصرف كل فقيه غير مقيد بتصرف غيره من الفقهاء وجوداً، وأيضا من جهة عدم لم يكن تصرف كل فقيه مشروطا بعدم تصرف فقيه غيره، وبالتالي فمع عدم احتمال التقييد يبطل الإطلاق في المنطوق، لتوقف ثبوت الإطلاق على احتمال المدخلية، حيث نردّه من خلال الإطلاق، ومع علمنا بأن تصرف الفقيه في الأمور الحسيه جائز مطلقا غير مقيد بوجود فقيه آخر وعدمه، فإذا انتفى احتمال التقييد ينتفى بتبعه الإطلاق، ومع بطلان الإطلاق في المنطوق يبطل دعوى الإطلاق في المفهوم بتبعه أيضا»<sup>(٢)</sup>.

وفيه: «أن دعوى المحقق الأصفهاني من أن: «نفوذ تصرف كل فقيه غير منوط بوجود فقيه آخر ولا بعده قطعا»<sup>(٣)</sup> تامه لا نقاش فيها، لكن القطع بذلك لا يحصل لنا إلا بعد ملاحظه الأدله الشرعيه، واليقين الحاصل بعد ملاحظتها لا يعد مانعا عن انعقاد الاحتمال المذكور، ليمنع عن انعقاد اللاحق، لأنه قبل المراجعه إليها نحتمل احتمالا وجدائيا بأن الولاية الثابته للفقيه إنما هي ولاية مجموعيه لا استغراقيه - كما هو الحال في الوصيه إلى الأوصياء المتعددين، مع اشتراط اشتراك مجموعهم في الإشراف على التنفيذ بمعنى أن الولاية الثابته لهم تكون بنحو العام المجموعى، حيث يستلزم اجتماعهم وأتفاقهم على التصرف، فلا تكون تصرفاتهم المنفردة نافذه، ومثل هذا الاحتمال الوجدانى لا دافع له إلا من خلال إطلاق الدليل، مما يعنى لزوم انعقاد الإطلاق في الدلاله المنطوقيه أولاً، لكى يقتضى ثانيا على رفع الاحتمال المذكور، فإذا ثبت الإطلاق في المنطوق ثبت الإطلاق في المفهوم بتبعه، ويثبت بتبعه صحه ما التزم به الشيخ وبطلان

ص: ٣٥١

١-١. المكاسب ٣/٥٦٥.

٢-٢. العقد النضيد ٤/٢٤٣ و ٢٤٤.

٣-٣. حاشيه المكاسب ٢/٤٠٦.



### الثالث: ما ذكره المحقق الإصفهاني أيضا

بقوله: «ثم إن احتمال المماثلة في فقاهه مدفوع بأن عبد الحميد الذي يحتمل إرادته من هذا الخبر؛ إما عبد الحميد بن سالم العطار الكوفي أو عبد الحميد بن سعد البجلي الكوفي.

والأول: وإن كان موثقا في كلام جمع إلا أنه ليس صاحب أصل أو كتاب ليستفاد فقاهته من كونه صاحب كتاب في الروايات، نعم أسند ذلك<sup>(٢)</sup> إلى محمد ابنه.

والثاني: وإن كان صاحب كتاب ويروى عنه صفوان كما في ترجمته<sup>(٣)</sup>، إلا أنه لم يوثق صريحا في كتب الرجال إلا من حيث روايه صفوان عنه، وهو ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، أو من حيث هذه الرواية حيث جعل قرينا لمثل محمد بن إسماعيل بن بزيع الذي هو من الفقهاء من مشايخ الفضل بن شاذان.

وكلاهما محل تأمل<sup>(٤)</sup>، لما في الأول من المناقشه في إثبات العدالة به في فنه.

ولما في الثاني من احتمال كونه مماثلا له في كونه إماميا أو أمينا فقط، مع أنه من المحتمل أن يكون هو ابن سالم الثقة فتأمل.

وعلى أي حال فإمرا ثقة ولا فقاهه؛ وإما فقيه ولا توثيق، بل الظاهر كما في غالب نسخ التهذيب أنه ابن سالم لوجوده فيها وهو ليس بصاحب كتاب ليستظهر منه كونه فقيها والله العالم.

نعم بناء على أنهما واحد كما قيل، وأنه نسب تاره إلى أبيه وأخرى إلى جده، لوصيف<sup>(٥)</sup> كليهما بأنه مولى بجليته كوفي وكليهما بالعطار فهو فقيه موثق والله أعلم<sup>(٦)</sup>.

ص: ٣٥٢

١-١. العقد النضيد ٢٤٤/٤.

٢-٢. رجال النجاشي ٣٣٩/، رقم ٩٠٧. وفيها وثق والده، وكلامه محل كلام هل التوثيق للولد أو الوالد؟ فراجع.

٣-٣. رجال النجاشي ٢٤٦/، رقم ٦٤٦.

٤-٤. في المصدر: التأمل.

٥-٥. في المصدر: لتوصيف.

٦-٦. حاشية المكاسب ٢/٤٠٦.

وفيه: أولاً: روايه عبدالحميد بن سالم العطار عن الإمام أبيالحسن موسى عليه السلام ووثاقته استُفِيدَتْ من النجاشي (١) وفقاهته استُفِيدَتْ من تمثيله بمحمد بن إسماعيل بن

بزيع والتمثيل لا- يكون إلا- في أظهر الأشياء وأعرفها كما مرّ منّا في بحث ولاية الفقيه (٢). والرجل لا يكون عندنا إلا ابن سالم العطار والله العالم.

وثانيا: نعم، قول النجاشي: «له كتاب النوادر» (٣) يرجع إلى ابنه محمد بن عبدالحميد، كما إن قوله «وكان ثقة من أصحابنا الكوفيين» (٤) يرجع إلى والده عبدالحميد ابن سالم لإيئنه لو كان الابن المراد من التوثيق لا يحتاج إلى ذكر «وكان ثقة» بل يمكن أن يقول بدله «ثقة» من دُونَ «كان» كما هو دأب النجاشي.

وثالثا: عبدالحميد بن سعد بجليّ كوفيّ له كتاب كما ذكره النجاشي (٥)، ولكن إثبات أنّ له كتاب لا- يُثْبِتُ فِقَاهَتَهُ خِلافا لِمَا ذكره المحقّق الأصفهاني رحمه الله لأنّ الكتاب لو كان في التاريخ أو المواعظ أو الفضائل أو الثواب والعقاب أو العقائد أو السّير كيف يمكن إثبات فقاهاه مؤلّفه به؟! «له كتاب» (٦) عنوان عام والفقاهاه عنوان خاص وَلَا يُثْبِتُ الْأَعْمُ الْأَخْصَ.

ورابعا: على ما مرّ منّا في بحوثنا في علم الرجال (٧): كلّ من ذكره النجاشي قدس سره في فهرسته ولم يتعرض لمذهبه فهو شيعيّ إماميّ اثناعشريّ وكلّ من ذكره ولم يقدح فيه فهو مستور وممدوح ومعتبر ومحلّ اعتماد لأنّ مبناه ذكر مصنفى الإماميه، وهو حريص فى كل ما ورد فى قدحهم، فإذا لم يذكر أحدا بقدح فلم يصل قدحه إليه فهو معتبر لعدم ورود

ص: ٣٥٣

١-٧. رجال النجاشي / ٣٣٩، رقم ٩٠٦.

٢-١. راجع هذا المجلد صفحه ٢١٥.

٣-٢. رجال النجاشي / ٣٣٩، رقم ٩٠٦.

٤-٣. رجال النجاشي / ٣٣٩، رقم ٩٠٦.

٥-٤. رجال النجاشي / ٢٤٦، رقم ٦٤٨.

٦-٥. رجال النجاشي / ٢٤٦، رقم ٦٤٨.

٧-٦. راجع تقارير هذه البحوث بقلم المحقّق الخبير الشيخ جوياء جهانبخش - دامت بركاتاه - .

وعلى هذا المبني - الذى لستُ أنا أوّل مَنْ قال به - ، بل أنا تابع لجماعه من مشايخ هذا الفن فى ذلك، ثبوت اعتبار ومدح وحُسن ووثاقه عبدالحميد بن سعد واضح.

وخامسا: لم تتمّ هذه المقالة: «فإمّا ثقّه ولا- فقاهاه وأمّا فقيهه ولا توثيق»<sup>(١)</sup> لأنّه لو كان عبدالحميد بن سالم فهو فقيه ثقّه وهو المختار، ولو كان عبدالحميد بن سعد فهو مؤلّف

ممدوح معتبر فلم يثبت فقاهته ولكن يثبت توثيقه كما مرّ.

وسادسا: لم يثبت أنّهما واحد، بل ظاهر النجاشى أنّهما اثنان لأنّهما لو كانا واحدا لا بدّ للنجاشى عند ذكر محمّد بن عبدالحميد أن يقول: وقد مرّ والده أو عند ذكر الوالد أن يقول: وقد يأتى ولده محمّد ولم يذكرهما، فظاهر عنوانهما متعددا، واحدا منهما - وهو عبدالحميد بن سعد - مستقلاً وثانيهما - وهو عبدالحميد بن سالم - تبعاً لولده محمّد تعددهما، ووَصِفُ الأخير بالعتّار والأوّل بالبجليّ، من دون تكرار الوَصْفِ فيهما أيضا شاهد على تعددهما فلا يتمّ «أنّهما واحد كما قيل»<sup>(٢)</sup> ولم يتصف «كلاهما بأنّه مولى بجليّ كوفى وكلاهما بالعتّار»<sup>(٣)</sup> والاشتراك بينهما يثبت أنّهما كوفيان فقط.

#### الرابع: ما ذكره المحقّق الخمينى رحمه الله

بقوله: «ولكن استفادة عموم الحكم موقوفه على إحراز كونه بصدد الإجازة مطلقا، أو فى مقام بيان الحكم الكلى الشرعى، وهما محلّ اشكال فى المورد لأنّ ظهور كلام الإمام عليه السلام فى بيان الحكم الشرعى أنّما يكون فى غير ما كانت الإجازة فيه بيده، كما لا يخفى على المتأمل، وعموم الإجازة أيضا غير محرز.

وعلى فرضه، فبقاؤها بعد رحلته عليه السلام محلّ كلام؛ لأنّ الإجازة غير جعل المنصب، فلا بدّ فى بقائها من دليل»<sup>(٤)</sup>.

وبيان آخر: «أنّ الاستدلال بهذه الرواية يتمّ فيما لو كان الإمام عليه السلام فى مقام بيان

١-٧. حاشية المكاسب ٢/٤٠٦.

٢-١. حاشية المكاسب ٢/٤٠٦.

٣-٢. حاشية المكاسب ٢/٤٠٦.

٤-٣. كتاب البيع ٢/٦٧٥.

الحكم الواقعي، دون الإذن والتوكيل المَعْدُودَيْنِ من شؤون الإمام عليه السلام، بمعنى أن الإمام إذا كان يقصد بيان الحكم الواقعي، وأنه عند فقد الفقيه فإنّ لعدول المؤمنين ولايه التصرف في المصالح العامة، صحّ الاستدلال بالرواية على اشتراط العدالة. وأما لو كان يقصد أن يأذن لمثل عبدالحميد وابن بزيح بالتصرف في أموال اليتامى والقاصرين، كما هو شأن الإمام، فلا مجال للاستدلال بها لخروجها عن دائره البحث، والرواية من صنف الأخير، فلا مجال للاستدلال بها في المقام، واستنتاج اعتبار العدالة في المتصرف منها»(1).

ويرد عليه: أولاً: الأصل في ما يصدر من الأئمة عليهم السلام هو بيان الحكم الشرعي الواقعي لأنهم عليهم السلام مبيّنون للأحكام الشرعية ولهم الولاية التشريعية كما مرّت في أوّل

بحث ولاية الفقيه(2)، لا إعمال ولايتهم العامة، والحمل على الأخير يحتاج إلى قرينه وبيان.

وثانياً: على فَرَضِ قبول هذه المقالة: «ظهور كلام الإمام عليه السلام في بيان الحكم الشرعي إنّما يكون في غير ما كانت الإجازة بيده»(3) وغير موارد إعمال ولايته العامة، ليست المورد من موارد الإجازة بل يكون من موارد النصب وإعطاء المقام وجعل الولاية لأحد بل نصب الفقيه منصب القيموميه على الأيتام، ونعلم أن إعطاء المنصب توسط الإمام عليه السلام ونصب المقام وجعل الولاية لأحد باق بعد وفاه الأمام عليه السلام ولذا يظهر عدم تماميه هذه المقالة: «وعلى فرضه [أي فرض عموم الإجازة] بقاؤها بعد رحلته عليه السلام محلّ كلام لأنّ الإجازة غير جعل المنصب فلا بدّ في بقائها من دليل»(4).

لأنّ المورد جعل المنصب لا الإجازة.

وثالثاً: قوله عليه السلام: «إذا كان القيم به مثلك ومثل عبدالحميد فلا بأس»(5). قرينه

ص: ٣٥٥

١-٤. العقد النضيد ٢٤٠/٤.

٢-١. راجع هذا المجلد صفحته ١٤٩.

٣-٢. كتاب البيع ٦٧٥/٢.

٤-٣. كتاب البيع ٦٧٥/٢.

٥-٤. وسائل الشيعة ١٧/٣٦٣، ح ٢.

قطعيه على أنّ الإمام عليه السلام يقصد به بيان الحكم الشرعي الواقعي لا إعمال ولايته عليه السلام ، ولا أقل تكون مقالته عليه السلام قرينه قطعيه على أنه في مقام إعمال الولاية جعل منصب القيوميه للأيتام للفقهاء العظام حيث نفى البأس عن أمثالهما لا أشخاصهما.

وهذه المقالة أيضا قرينه قطعيه على أنها ليست على نحو الإجازة حتى نبحت في عموميتها.

ورابعا: لو تنزّلنا أولاً وقبلنا عدم دلالة الصحيحه على الحكم الشرعي الواقعي وتنزّلنا ثانياً وقبلنا أنها لم تدل على جعل المنصب في إعمال ولايه العامه للإمام، وقلنا بأنّها إجازة صدرت من الإمام عليه السلام فلا يمكن نفى عموميتها لأنّها صدرت على محور المثاليه وفلا يمكن اختصاصها بأشخاص معينين من ابني بزيع وسالم، بل يفيد عموم الإجازة لأمثالهما من الفقهاء العظام فلا يتم «وعموم الإجازة غير محرز»(1).

وخامسا: لو فرض صدور هذه الإجازة الخاصه - على ما قاله المُعْتَرِض - في غره

شهر ذيالقعده الحرام سنة ٢٢٠هـ الذي استشهد الإمام أبو جعفر الثاني جواد الأئمه عليه السلام في آخر يوم منه، هل يحتمل المعترض المحقق إعادتها بعد شهر في بدايه إمامه أبي الحسن الهادي عليه السلام؟!، وهل فهم ابنا بزيع وسالم من كلام الإمام الجواد عليه السلام لزوم تجديدها في زمن الإمام الآتي؟!.

وهذه القرائن كلّها تنفي تطرّق هذا الاحتمال - أي صدورهما على نحو الإجازة الخاصه - والله سبحانه هو العالم.

والحاصل: صحيحه ابن بزيع تدلّ على ولايه الفقيه بالنسبه إلى أموال الايتام وقيموميتهم، لأنّ المماثله المذكوره فيها هي الفقيه كما مرّ بيان ذلك.

نعم، الفقيه لا بدّ أن يكون عادلاً حتى ثبتت الولاية في حقه، وإذا كان عادلاً لا بدّ أن يكون مؤثّقاً كما لا بدّ أن يكون شيعياً.

ص: ٣٥٦

وأما تطرُّق احتمال المماثلة في التشيع فَهوَ مُتَّفَعٌ بما مرَّ (١) من السيّد الخوئي (٢) في الاعتراض الأوّل فراجع، هذا تمام الكلام حول صحّحه ابن بزيع وقد عرفت عدم دلالتها على ولايه عدول المؤمنين والحمد لله ربّ العالمين.

ومنها: صحّحه على بن رئاب قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى وبينه قرابه مات وترك أولادا صغاراً، وترك مماليك غلماناً وجواري ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتّخذها أم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال: إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتّخذها أم ولد؟ فقال: لا- بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم. (٣)

في سند الكليني سهل بن زياد ولكن سندی الصدوق والشيخ بالروايه صحیحان.

حملها الشيخ الأعمش على «كفايه الأمانه وملا حظّه مصلحه اليتيم فيكون مفسّراً للاحتمال الثاني في وجه المماثله» (٤) في الصحّحه الماضيه أي المماثله في الوثاقه.

ويرد عليه: إنّ الصحّحه «بعد اعتبار القيم والفراغ عن قيموميته تتحدّث عن لزوم

مراعاته المصلحه» (٥) وكلامنا في ولايه عدول المؤمنين وجواز تصديهم للقيموميه وبينهما بؤن بعيد.

ولذا قال المحقّق النائيني بعد نقل هذه الصحّحه: «والانصاف عدم امكان استفاده شيء منها أيضاً، وذلك لأنّها مسوقه لبيان تصحيح فعل القيم لا في مقام بيان من يصلح للقيام بأمرهم وما يعتبر فيه، فلعل القيم المذكور في مورد الروايه كان فقيهاً أو نائباً أو مأذوناً مع اجتماع ما يعتبر فيه من الشرائط فلا يستفاد منها اعتبار عداله المتصدى أو

ص: ٣٥٧

١-١ . راجع هذا المجلد صفحہ ٣٤٩.

٢-٢ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٧٩.

٣-٣ . وسائل الشيعه ١٧/٣٦١، ح ١٧ الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٤-٤ . المكاسب ٣/٦٥٦.

٥-١ . العقد النضيد ٤/٢٥٠.

وتبعه المحقق السيد الخوئي رحمه الله وقال: «ولا يخفى أنّ الرواية ليست بصدد بيان الأوصاف المعتبره في القِيم وغير ناظره إليها، وإنما هي في مقام بيان جواز الشراء فيما إذا باع عليهم القِيم الناظر إلى أفعالهم، أما أنّ أَى وصف يعتبر في القِيم فهي غير ناظره إليه فلا يمكن الأخذ بإطلاقها. على أنّ هذه الرواية مطلقة من حيث عدم اعتبار تعذر الوصول إلى الإمام فضلاً عن الفقيه، بل حكم بجواز توليه آحاد المسلمين على نحو الإطلاق سواء كان ذلك في زمان الإمام وأمكن الوصول إلى محضره أم كان في زمان آخر تمكّن من الوصول إلى الفقيه أو لم يتمكّن، وعليه فتكون هذه الرواية أجنبيه عمّا نحن بصددده، إذ الكلام في ولاية المؤمنين أو غيرهم في غير زمان التمكّن من الإمام أو الفقيه، وأمّا جعل الولاية على نحو الإطلاق فيمكن أن يشترط فيها شيء آخر أو يحذف عنها بعض الشروط، وكيف كان فالمقام غير ما دلّت عليه الرواية كما هو ظاهر»(٢).

ومنها: موثقه سماعه قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيه، وله خدم ومماليك وعُقْدٌ(٣)، كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كلّ فلا بأس.(٤)

قد يقال: «تقريب الاستدلال بمثل هذه الرواية واضح، وهو أنه حتّى مع عدم الإذن السابق من الحاكم أو المجتهد لخصوص هذا الرجل الثقه مثلاً لا بأس بقيامه بأمر الميّت

وورثته، بل يمكن أن يستفاد منها لزوم قيامه لا مجرد جوازه، وذلك لأنّ الإمام لم يُعيّن في جواب المسألة طريقاً آخر، وحيث إنّه لا يصحّ الإهمال فلذا يترجّح بل يتعيّن أن يتصدّى له الثقه، وهذا يكون بمعنى ولاية العدل أو ما يقربه.

ولا يخفى أنّ الرواية لم تقيد الرجل المتصدى له بالعدالة، بل قيدته بالوثاقه التي

ص: ٣٥٨

١-٢. المكاسب والبيع ٢/٣٤٠.

٢-٣. التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٨٠.

٣-٤. العُقْد: جمع عُقْدِه وهي الضيّعه والمكان الكثير الشجر [الصحاح ٢/٥١٠].

٤-٥. وسائل الشيعه ١٩/٤٢٢، ح ٢، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

هي أدون منها اصطلاحاً. نعم، لا يبعد أن يقال: إنها في لسان الروايات متحده معها ظاهراً»(١).

حملها الشيخ الأعظم «على أن المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفاً وإن لم يكن فيه ملكه العدالة»(٢).

وتبعه المحقق الاصفهاني وقال: «وإن كانت العدالة في نفسها أخص من الوثاقه»(٣).

ولكن المحقق النائيني شكك في المراد من الوثاقه وقال: «ولا ينبغي الارتباب في دلالتها على كفايه الوثاقه في القيم بأمر الصغير، لكن الشأن في المراد من الوثاقه، إذ لم يعلم أن المراد منها هل هو العدالة، فإنها قد تطلق ويراد بها العدالة، أو أن المراد بها هو المعنى الأعم من العدالة وكيف كان فلو أريد منها الأعم لوجب تقييدها بصحيحه إسماعيل بن سعد المرويه عن الرضا عليه السلام»(٤).

والمحقق السيد الخوئي حمل الوثاقه في الموثقه على مرتبه فوق العدالة لا دونها وقال: «... لأن الثقة أخص من العدالة ومعناها من يؤمن به في جميع أفعاله وأخلاقه ودينه، ومنه ثقة الإسلام لقب الكليني قدس سره وأما إطلاق الثقة في اصطلاح الرجاليين على من لا يكذب في الحديث فقط وإن كان فاسقاً في حد نفسه أو كان كافراً مثلاً فهو اصطلاح خاص للرجاليين وإنما اصطلاحوا بذلك لأنه مشغلتهم حيث إن شغلهم التفتيش عن صدق الرواه وكذبهم في الخبر، وأما الثقة على نحو الإطلاق كما وقع في الحديث فهي عباره عمين يؤمن به في جميع الأمور على نحو الإطلاق وهو أرقى من العدالة وأخص منها كما لا يخفى»(٥).

ص: ٣٥٩

١-١ . تحقيق في القواعد الفقيهيه ٧٩٥/ للعلامة الحجه الآيه السيد على الفرحي - دام ظله - .

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٦٧.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٤٠٨.

٤-٤ . المكاسب والبيع ٢/٣٤٠ و ٣٤١.

٥-٥ . التنقيح في شرح المكاسب ٢/١٨٠ و ١٨١.



والفرق بين المحققين النائينى والخنوى: النائينى يرى الوثاقه أعمًا من العداله والخنوى أخصًا منها.

وتابع شيخنا الاستاذ استاذة السيد الخوى فى معنى الوثاقه ولم يرض بما دون العداله وقال: «فلا ظهور للثقه فيها فيمن يطمئن بفعله عرفا ولو كان فاسقا، بل لا يبعد ظهورها فى العدل ولا أقل من الحمل عليه جمعا بينها [أى بين موثقه سماعه] وبين صحيحه إسماعيل بن سعد»(١).

وخالفهم الاستاذ المحقق - مدظله - وقال: «ومن المعلوم أنّ المراد هى الأمانه المانع والرادعه عن الخيانه [فى الأموال] لا الوثاقه المعتمده فى القول والأخبار وبمدلول هذه الروايه نرفع الاجمال عن مدلول صحيحه ابن بزيع...»(٢).

أقول: القاعده تقتضى حمل الثقه على معناه اللغوى إلا إذا قامت قرينه على خلافه، ومعنى الثقه هو الذى يُعتمدُ عليه وَيُطمأنُ إليه فى القول أو العمل، سواءً كان عادلاً- أم فاسقا فعليه يكون معنى الوثاقه أعمّ من العداله، والوثاقه فى الأمور الماليه هى الأمانه وقدره إداره الأموال، فحينئذ بهذه الموثقه يمكن تقييد المطلقات من الروايات أو المجملات.

مضافا إلى أنّ ما ذكره الأعلام الثلاثة يوجب إجمال الروايات الوارده فى حجيه أخبار الثقات وتردها بين العداله والوثاقه، هذا أوّلاً.

وثانيا: أنّهم ذهبوا فى علم الأصول إلى أنّ النسبه بين العداله والوثاقه هى العموم والخصوص من وجه، لأنّ الرجل قد يكون عادلاً غير ثقه فى إخباره لكثرة سهوه وخطئه وقد يكون موثقا لأنه لم يكذب ولكنّه فاسق فى أفعاله. وإذا وصلوا إلى الفقه ذهبوا إلى أنّ النسبه بينهما هى العموم والخصوص المطلقان وأنّ الوثاقه أخص من العداله أو أعمّ منها.

وأما الإشكال الأصلى: فى هذه الموثقه فهو ورودها فى قسمه الميراث، ونحن

ص: ٣٦٠

١- ١. ارشاد الطالب ٢٤٠/٤.

٢- ٢. العقد النضيد ٢٥١/٤.

نريد أن نثبت ولاية عدول المؤمنين بها في مطلق التصرفات في الأمور الحسيه مع فقدان الفقيه، والقاعده تقتضى لزوم الاقتصار على مورد النص وعدم تعميمها إلى غيرها، فلا يثبت بها المدعى. (١)

ويمكن أن يجاب عنه: رجل ثقه إذا قام بقسمه أموال الميت بين أولاده الصغار والكبار، يأخذ الكبار سَهْمَهُمْ وَيَنْصِرِفُونَ إلى أعمالهم ومعيشتهم ويبقى الصغار وَسَهْمَهُمْ وحفظهم وإداره أموالهم فلا بد للرجل الثقه القاسم أن يحفظ الصغار وأموالهم حتى يكبروا، وهذا هو معنى ولاية عدول المؤمنين أو ثقاتهم.

والأصحاب - قدس الله أسرارهم - استفادوا من الموثقه ما اسْتَفَدْنَا ولذا جاءوا بها في ضمن أدله ولاية عدول المؤمنين، والله العالم.

ومنها: صحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيه وترك أولادا ذكرا وغلما صغارا، وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم.

وعن الرجل يموت بغير وصيه وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفه أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع، وقام عدل فى ذلك. (٢)

حملها الشيخ الأعظم «على اشتراط تحقّق عنوان العداله» (٣). كما هو الظاهر منها.

وتبعه المحقّق النائنى وقال: «المستفاد منها اعتبار العداله فى المتصدى ويكون شارحا لما أجمل فى الأخبار السابقه ويصير المتحصل من المجموع اعتبار العداله وأنه مع وجود العدل لا يجوز التصدى من غيره ولا يصح منه التصدى» (٤).

ص: ٣٦١

١-٣. كما فى العقد النضيد ٢٥٣/٤.

٢-١. وسائل الشيعه ١٧/٣٦٢، ح ١، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣-٢. المكاسب ٣/٥٦٧.

٤-٣. المكاسب والبيع ٢/٣٤١.

وقبل المحقق الاصفهاني دلالتها على «عداله المتولى لأمر اليتيم»<sup>(١)</sup>.

وتبعهم المحقق السيد الخوئي وقال: «وهذه الروايه أيضا تدلّ على اشتراط العداله فى القيم»<sup>(٢)</sup>.

وقال المحقق الخميني قال: «ثم إنّ فى قوله عليه السلام: «إذا كان الأكبر من ولده معه» إلى آخره، احتمالين:

أحدهما: رجوع ضمير (معه) إلى القاضى الذى تراضوا به، ويكون المراد أنّ القاضى المذكور إذا باع بمحضر عدل لا بأس به، فتدلّ على لزوم نظاره العدل فى البيع، وأمّا جواز استقلاله بذلك فلا.

إلا أن يقال: إنّ القاضى الجائر لا دخاله لفعله فى الصّحّه، فهى ناشئه من نظر العدل محضاً، فتدلّ الروايه التزاماً على الصّحّه لو أوقعه بنفسه، وله وجه لو دلّت على أنّ العدل رضى بذلك، وهو محلّ تأمل.

وثانيهما: رجوع الضمير إلى المشتري، ويكون المراد إلغاء عمل القاضى، توقّف الصّحّه فى قسمه الأكبر على رضاهم، وفى قسمه الصغير على قيام العدل فى البيع؛ أى يكون البيع برضا الكبير والعدل، فتدلّ على أنّ فعل العدل نافذ فى حصّه الصغير، فتتمّ الدلاله، وهذا أوفق بمناسبه الحكم والموضوع»<sup>(٣)</sup>.

وقال الاستاذ المحقق - مدظله - : «وهذه الروايه تامه الدلاله والإسناد وصريحه على اعتبار العداله فى الولي المتصرّف وهى بعيدة عن المناقشه»<sup>(٤)</sup>.

أقول: المناقشه فى دلاله هذه الصحيحه على اعتبار العداله مكابره واضحه. والظاهر رجوع الضمير «معه» إلى القاضى الذى تراضوا به ولم يستعمله الخليفه وهو لا يخلو إما أن يكون عادلاً أو فاسقاً، فإذا كان القاضى عادلاً يصدق عليه «وقام عدل فى

ص: ٣٦٢

١-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٤٠٥.

٢-٥ . التنقيح فى شرح المكاسب ٢/١٨١.

٣-١ . كتاب البيع ٢/٦٧٨.

٤-٢ . العقد النضيد ٤/٢٥٣.

ذلك» ولا يحتاج إلى حضور عدلٍ أو لزوم نظارته في البيع.

وإذا كان القاضي فاسقاً ينفذ حكمه في حقّ الكبار لأنهم قد تراضوا به وأما بالنسبة إلى الصغار ف«قام عدل في ذلك» حتى يتم البيع بالنسبة إلى حصّتهم. فتدلّ الصحيحه على ولايه عدول المؤمنين.

وأما رجوع الضمير إلى القاضي الجائر أو المشتري فبعيد جدّاً لعدم سؤالٍ عن الأوّل وعدم ذكره صريحاً عن الثاني فتأمل.

الجمع بين الروايات الأربعة وحصيله الكلام فيها:

قد عرفت إجمال صحيحه ابن بزيع عند الشيخ الأعظم ومن تبعه بين أربع احتمالات أو أقل، ولكنّه يرفع اليد عن إجمالها بصحيحه ابن رثاب من اعتبار الوثاقه وكفايه الأمانة وملاحظه مصلحه اليتيم ولكن القوم لا يرضون برفع إجمالها بها.

فيبقى في البين موثقه سماعه الداله على اعتبار الوثاقه وصحيحه ابن سعد الداله على اعتبار العدالة، فذهب إلى اعتبار كلّ منهما فريق، كما ذهب ثالث إلى اعتبار «كل واحد منهما أي كفايه العدالة أو الوثاقه في جواز التصدي للأموال الحسيّه»<sup>(١)</sup>.

وأقول: صحيحه ابن بزيع تختص بولايه الفقيه؛ لأنّ المماثله الموجوده بين ابني بزيع وسالم هي الفقاهه، فلم تكن مجمله عندي.

وأما صحيحه ابن رثاب فلا تدلّ إلا على لزوم مراعاة المصلحه في أموال المولّى عليه بعد اعتبار القيم والفراغ عن قيوميته، فلم تدلّ على ما نحن بصددده كما مرّ.

فتبقى في المقام موثقه سماعه وصحيحه ابن سعد الدالتان على اعتبار الوثاقه والعداله، وبناءً على أنّ الوثاقه تكون أعمّ من العدالة، والعداله أخصّ منها - كما عليه الشيخ الأعظم والمحقّق الاصفهاني - ، وفي الموثقه اكتفى بذكر الوثاقه فهي كافيّه في المقام واضافه العدالة إلى جنبها تكون على نحو الاستحباب والاولويه، وقد مرّ أنّ المراد بالوثاقه هنا الانضباط المالي والأمانه الماليه وقدره اداره الأموال لا سيّما إذا كانت كثيره

ص: ٣٦٣

١-١ . كما ذهب إلى الأخير الاستاذ المحقق - مدظله - في العقد النضيد ٢٥٥/٤.

وتأييدها قرينه الحكم والموضوع وعدم وجود العلل الخفيه في المعاملات.

فبما ذكرنا من الروايات تَبَيَّنَتْ ولايه ثقات المؤمنين فضلاً عن عدولهم. هذا على القول بأن الوثاقه أعم من العداله.

وأما على القول بأن الوثاقه أخص من العداله - كما عليه المحقق السيد الخوئي - فلا يجوز التصدي للأُمور الحسيه إلا لمن يكون تاليا للمعصوم عليه السلام في عصمته، وهذا يعنى تعطيل هذه الأُمور وحيث نعلم بعدم رضا الشارع بتعطيلها فلا بد من حمل الوثاقه في الموثقه على العداله الوارده في الصحيحه حتى يجوز تصدى عدول المؤمنين لثلاثاً تَعَطَّلَ هذه الأُمور التي لا يرضى الشارع بتركها.

وأما على القول بأن النسبه بين العِدَالَه والوثاقه هي العموم والخصوص من وجه كما هو الصحيح - وعليه الاستاذ المحقق (١) مدظله - فلا بد من حمل كلمه العداله في الصحيحه على الوثاقه في المعتبره بِالْقَرِيْنَتَيْنِ الماضيتين - وهما الحكم والموضوع، وعدم وجود العلل والمصالح الخفيه في المعاملات - ونتيجتها ثبوت ولايه ثقات المؤمنين - لا عدولهم - في المقام. والله العالم.

وبما ذكرنا من الجمع لا- نحتاج إلى التفاصيل الوارده في وجوه الجمع بين الموثقه والصحيحه في كلام المحقق الخميني (٢) رحمه الله .

هذا كله في الروايات الخاصه الوارده في المقام:

## ب: الروايات العامه

### اشاره

قد استدلوا بعده من الروايات التي بعمومها تشمل ولايه ثقات المؤمنين أو عدولهم:

### منها: صحيحه ذريح

قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما مؤمن نفس عن مؤمن كربه، وهو معسر، يسر الله له حوائجه في الدنيا والآخرة، ومن ستر على مؤمن عوره

ص: ٣٦٤

١-٢. راجع العقد النضيد ٤/٢٥٢.

٢-١. راجع كتاب البيع ٢/٦٨٢ وما بعدها.

يخافها ستر الله عليه سبعين عوره من عورات الدنيا والآخرة، قال: والله في عون المؤمن ما كان المؤمن في عون أخيه، فانتفعوا بالعظه، وارغبوا في الخير. (١)

### ومنها: حسنه ابن القداح

عن أبي عبد الله عليه السلام، عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كل معروف صدقه، والعدل على الخير كفاعله، والله يحب إغاثه اللهفان. (٢)

### ومنها: معتبره السكوني

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: عونك الضعيف من أفضل الصدقه. (٣)

### ومنها: مرسله القطب الراوندي

عن النبي صلى الله عليه وآله قال: إن الله في عون العبد، مادام العبد في عون أخيه. (٤)

بتقريبين: ١- قبول حفظ اليتيم وقيموميته والتحفظ على أمواله من أفضل أفعال المعروفه وأهمها، فيكون مشروعاً ومطلوباً شرعاً ويدخل في عموم الصدقه واستجابها في قوله صلى الله عليه وآله: كل معروف صدقه. (٥)

أقول: في مدلول قوله صلى الله عليه وآله: كل معروف صدقه قولان: الأول: المعروف في كلام رسول الله صلى الله عليه وآله عنوان مشير إلى الأمور التي تكون مشروعيتها ومعروفيتها وارده وثابته في الشريعة المقدسه.

وفيه: لا يمكن القول بأن المعروف عنوان مشير إلى ما بُتت شرعيته من قبل، لأن ما يفيد في التقريب استفادته مشروعيه المعروف بحمل الصدقه عليه، ولو كانت مشروعيه المعروف ثابتة ومعلومه من قبل ثم يحمل عليه عنوان الصدقه والمشروعيه فهذا دور واضح أو فقل: فما فائده حمل الصدقه على المعروف الذي نعلم مشروعيته؟!

الثاني: المراد بالمعروف في الروايه ما هو معروف عُرفاً وعند العقلاء ومجتمعهم.

ص: ٣٦٥

١-٢. وسائل الشيعه ١٦/٣٧١، ح ٢، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف.

٢-٣. وسائل الشيعه ١٦/٢٨٦، ح ٥، الباب ١ من أبواب فعل المعروف.

٣-٤. وسائل الشيعه ١٥/١٤١، ح ٢، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو.

٤-٥. مستدرک الوسائل ١٢/٤٢٩، ح ١٠، الباب ٣٤ من أبواب فعل المعروف.

٥-٦ . وسائل الشيعة ١٦/٢٨٦، ح ٥، الباب ١ من أبواب فعل المعروف.

وفيه: لم تتمَّ عُرْفِيَهُ المعروف إلا في مورد نعلم بعدم اشتراط فعل المعروف بإذن أحد.

وأما إذا كان مشروطا بإذن أحد أو تحتمل مشروطيته فلا يراه العرف والعقلاء معروفا. أو لأقل من أن نشك في معرفيته وبعد الشك فيها، التمسك بقوله صلى الله عليه وآله: كل معروف صدقه، في هذه الموارد تمسك بالعام في الشبهه المصادقيه له أو تمسك بالدليل لإثبات موضوعه وهو باطل.

وبالجملة: لا يمكن إثبات ولايه ثقات المؤمنين بقوله صلى الله عليه وآله: كل معروف صدقه.

٢- الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقه» (١) وما ورد فيه كلمه «العون»: أمر العون يدور بين الوجود والعدم، وحيث يصدق عنوان العون عرفا على مَنْ قام بقيومومه الأيتام وحفظ أموالهم فيثبت به ولايه ثقات المؤمنين.

لا يقال: لسان هذه الروايات يَكُونُ لسان الترغيب والتشويق على القيام بالعمل لكسب الثواب والتقرب إلى الله تعالى، وليس لسانه جواز صدور فعل العون من كلِّ فاعل يقوم به، وفي كلِّ أمرٍ لو احتملنا صدوره من فرد معين أو أفراد معينين.

بعبارة أخرى: الروايات تدلُّ على استحباب عون المؤمن أو الضعيف من دون أن يستفاد من إطلاقها توسعه عنوان العون، ليتمكن التمسك بإطلاقها وإثبات جواز مطلق التصرفات وإن احتملنا اشتراطها على إذن أحدٍ أو توقّف صحتها كذلك.

لأننا نقول: ونجاب بالحلِّ: مفاد هذه الروايات مشروعيه واستحباب كلِّ عون، لأنَّ الشارع قد وصف كلِّ فعلٍ يعدُّعونا للضعيف أو للمؤمنين بالصدقه وبالملازمه تكشف مشروعيه كلِّ ما يعدُّ من مصاديق العون، ومنها: حفظ أموال الأيتام وقيموميتهم.

وبالنقض: لو كان الأمر كما قال فلا يمكن التمسك بإطلاق قوله تعالى: «أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ» (٢) أو «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٣) أو «تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ» (٤) على لزوم الوفاء بمطلق

ص: ٣٦٦

١-١. وسائل الشيعه ١٥/١٤١، ح ٢.

١-٢. سورة المائده ١/.

٢-٣. سورة البقره ٢٧٥/.

٣-٤. سورة النساء ٢٩/.



العقود أو نفوذ جميع البيوع أو صحه جميع التجارات التي وقعت عن تراض، بل تجرى الآيات الثلاث بالنسبه إلى العقد الصحيح بحسب القواعد الشرعيه أو البيع كذلك أو «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» هكذا. فحينئذ لا يمكن التمسك بإطلاقها عند الشك في صحه العقود أو البيوع أو التجارات، ولكنهم تَمَسَّكُوا بهذه الاطلاقات من دون نكير وَاسْتَنْتَجَوْا صحه هذه الأمور.

ولكن مع ذلك كله يمكن أن يقال: «بالرغم من تماميه الطريقه التي أثبتنا من خلالها الإطلاق، لكنّها غير جاريه في المقام لسبب معيّن يختصّ بها روايه العون، وهو أنّ المحمول في هذه القضيه عنوان الصدقه الذي يحمل في طياته غايه القرب إليه سبحانه، ولولاها لعدّ الفعل الصادر في سبيل إعانه الضعيف هبة لا صدقه، ولهذه العله فإنّه إذا لاحظنا مقتضيات الحكم والموضوع، نجد أنّ موضوع هذه الروايه ليس مطلق عون الضعيف، بل العون القابل لأن يوصف بالصدقه المقربه، فإنّ مثلها تكون مشروعه من خلال حثّ الشارع عليها، وبالتالي فإنّ ظهور هذه الروايه مقّيده منذ البدايه وفاقده للإطلاق، ولا يصحّ التمسك بها لإثبات مشروعيّه مطلق ما يقوم به العدل، وإن احتمل مدخلية الإذن في صحته ومشروعيته.

ولو سلّمنا إطلاقها البيدويّ من خلال الدلاله الالتزاميه الكاشفه عن مشروعيّه كلّ ما يعدّ عوناً، إلّا أنّه فاقد الاعتبار لاحتراف الموضوع بما يحتمل الصارفيه»(١).

### ٣- الإجماع

الإجماع الذي يظهر من كلمات الأصحاب واستدل به الفاضل المراغي رحمه الله وقال في ذكر عداد أدله ولايه عدول المؤمنين ما نصه: «الخامس: ظهور إجماع الأصحاب على الجواز من دون نكير كما يظهر بالتبع»(٢).

ص: ٣٦٧

١-٤ . العقد النضيد ٢٣٤/٤.

٢-٥ . العناوين ٥٨١/٢.

أقول: قد عرفت سابقا في عنوان «المسأله خلافية» (١) خلاف ابن إدريس صريحا

في المقام وإمكان استفاده الخلاف من إطلاق كلمات المفيد والتقى، فالإجماع لم يتحقق، نعم الشهره الفتوائيه والعملية موجودتان بين الأصحاب ولكنهما غير الإجماع، هذا أولاً.

وثانيا: الإجماع على فرض تحققه يكون مدركيا أو لأقل من احتمال مدركيته فلا يفيد في المقام شيئا.

#### ٤- العقل

بتقريب: أن العقل حاكم بعدم رضا الشارع الأقدس بتعطيل بعض الأمور الذي يسمونها بالأمر الحسيه، وإذا لم يكن في البين الإمام أو الفقيه فتصل النوبه إلى ثقات المؤمنين وعدولهم بل تصل النوبه من باب الضروره إلى فساقهم - إن يقدرّون على إقامتها - ولا- تصل النوبه إلى الكفار في فرض فقد الجميع ولو في غير الأمور الولاثيه في الأخير، لأنّ الله تعالى يقول: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (٢).

هذا التقريب مرضيٌ عندي وأما ما ذهب إليه بعض ممن عاصرناه في تقريب دليل العقل بقوله: «أنه لا ريب في أنه يلزم لكل جماعه أن يكون لهم وليٌ يُعَبَّر عنه بعناوين مختلفه، كالحاكم أو المدبّر أو الرئيس أو المرجع أو... فإن كان فيها رجل ذولياقه ممتازه، وهو الواجد لجميع الشروط اللازمه للولايه إلى درجه عاليه، ومنها العداله والعلم والتدبير وحسن العمل والكفايه و... فلا كلام في أحقيته ولزوم اتّباعه، وأما مع فقده كما هو مورد البحث هنا فتصل النوبه طبعاً إلى الذين لا يكون فيهم من هو بدرجه تلك اللياقه الممتازه، ففي هذه الصوره يُحكم طبعاً بولايه الأصلحين فالأصلحين منهم، وهم الواجدون للسياسه والعداله مثلاً بالنسبه إلى الفاقدين لهما، أي يُحكم بحقّ ولايه عدول المؤمنين ومع فقدهم يحكم من باب الضروره بولايه فساقهم، وذاك الأمر الواضح عقلاً لا يختص بالمجامع الايمانيه، بل يعم المجامع غير الايمانيه أيضاً، غايه الأمر أنه لا يصطلح فيهم

ص: ٣٦٨

١-٦. راجع هذا المجلد صفحه ٣٣٩.

٢-١. سورة النساء ١٤١.

عنوان العدالة والعدل، بل يصطلح فيهم نظيره كالأمين أو الصالح أو... ولكنك خبير بأنه لا يتفاوت أصل المسألة عقلاً بالنظر إلى هذه الاصطلاحات، فإن أصل المسألة - الذى يعتمد عليه جميع العقلاء والملل باقتضاء فطرتهم ووجدانهم - هو أنهم يلاحظون ويقدمون الأصلح فالأصلح أو الأليق فالأليق أو الأنسب فالأنسب أو... ولا ريب فى أن جميعهم يقولون بأن الأصلح أو الأليق أو الأنسب عبارته عن أهل الصدق والوفاء والأمانة وما

بمعنى هذه وإن لم تُسمَّ عندهم بالعدالة.

هذا كله إن لم يُنتخب واحد من الأفضلين أو الأصلحين وإلا - فمن الواضح أنه يصير بالانتخاب أولى من غيره عملاً فمسألة عدول المؤمنين بالصورة الشورائيه مثلاً تختص بموارد عدم انحصار الأمر فى واحد منهم أو عدم انتخابه لجهه من الجهات وإلا فهو المرجع فى ما انحصر فيه أو انتخب له، وإن شئت قلت: فهو نائب عن الحاكم الأصلي عملاً وإن لم يكن نائباً عنه رسمياً. هذا كله مقتضى دليل العقل»(١).

فغير تام عندى بوجوه لا أطيل الكلام بذكرها لوضوح بعضها.

**ثم ها هنا فروع:**

**الفرع الأول: مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبه إلى نفسه**

لو شك فى الفاسق أنه هل يكون مأذونا شرعا فى تولى الأمور الحسيه أم لا؟ فهل يجوز له التصدى والمباشرة لهذه الأمور أم لا؟ فهذه صورته المسألة عند القوم، وعندنا لا بد من تبديل الفاسق بغير الثقة.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «فالظاهر جوازه - ثم ذكر أدله الجواز وقال - : ولو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلّى فاسق على ميت لا ولي له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه وشك فى صحته، ولو شك فى حدوث الفعل منه وأخبر به ففى قبوله إشكال»(٢).

ص: ٣٦٩

١- ١. تحقيق فى القواعد الفقيهيه / ٧٩٠ و ٧٩١.

٢- ٢. المكاسب ٣/٥٦٨.

أقول: الظاهر عدم جوازه خلافاً للشيخ الأعظم لعدم تماميه الأدله التي تمسك بها - وقد عرفت عدم تماميتها في ما قبل (١) حول مفاد معتبره عبدالله بن يحيى الكاهلي (٢) وعدم دلالتها على مقاله الشيخ الأعظم فلا نعيد - .

وأما تمثيل تصرفات الفاسق أو غير الثقة بالصلاه على ميت لا ولي له يكون مع الفارق، لأن الصلاه على الميت واجب كفائي على جميع المكلفين - لا عدولهم أو ثقاتهم - والفاسق منهم فيجوز له الصلاه على الميت، وتسقط بفعل بعضهم - والفاسق منهم - لو صدرت منه صحيحه فإن أحرزت صحه فعل الفاسق بالعلم أو الاطمئنان أو

بأماره شرعيه نحو: أصاله الصحه في فعل المسلم تسقط عن الآخرين. نعم، لو شك في أصل إقامه الصلاه بتوسط الفاسق وهو أخبر بإقامتها ففي قبول قوله إشكال نشأ من جريان آيه النبأ (٣) بالنسبه إلى إخباره ولزوم التبين فيه.

وأما الأمور الحسينيه أولاً وبالذات بعد الإمام عليه السلام فهي واجبه على الفقيه ثم في فرض عدمه - لا سمح الله - أو عدم تصديه أو عدم إمكان الاستيدان منه هي واجبه على عدول المؤمنين أو ثقاتهم - على خلاف مر - والفاسق أو غير الثقة ليس من الطائفتين فلا- يجب عليه التصدي بل لا- يجوز له بل يحرم عليه هذه التصرفات لا سيما إذا كانت في النفوس أو الأعراض أو الأموال العامه أو الخاصه، والله العالم.

### الفرع الثاني: حكم فعل الفاسق إن كان متعلقاً بفعل غيره

لو تصدّى الفاسق أو غير الثقة في أمور الأيتام وغيرها، فهل يحكم في تصرفاته بالصحه ويجوز الشراء منه أو عقد النكاح على اليتيمه بإذنه أو غيرهما من آثار نفوذ تصرفاته؟

قال الشيخ الأعظم: «... فلا يجوز الشراء منه وإن ادعى كون البيع مصلحه بل يجب

ص: ٣٧٠

١-٣. راجع هذا المجلد صفحه ٦٩.

٢-٤. وسائل الشيعه ١٧/٢٤٨، ح ١، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به.

٣-١. سوره الحجرات ٦/.

أخذ المال من يده (١)... ولا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح كما في مثال الصلاه المتقدم... وأما الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرف الصحيح، وإنما حمل على موضوع هو «إصلاح المال ومراعاة الحال» والشك في أصل تحقق ذلك، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاه مع الشك فيها» (٢).

بعبارة أخرى: تصرفات الفاسق لم تُحمل على التصرف الصحيح حتى تجرى أصاله الصحه فيها، لأن التصرف الصحيح هو «اصلاح المال ومراعاة الحال ومصالح الأيتام»، والشك يكون في أصل تحقق ووجود هذا التصرف الصحيح فلا يقبل قول الفاسق فيه لما مر من عدم اعتبار إخباره.

ثم قال: «وإن شئت قلت: إن شراء مال اليتيم لا بد أن يكون مصلحه له، ولا يحرز ذلك بأصاله صحه البيع من البائع، كما لو شك المشتري في بلوغ البائع، فتأمل» (٣).

وقال المحقق الإيرواني في شرح مقال الشيخ الأعظم: «هذا وجه آخر لعدم جريان أصاله الصحه غير الوجه الأول وإن كان ظاهر العبارة أنه عينه، وحاصل هذا الوجه هو أن أصاله الصحه في الإيجاب لا تثبت إلا صحه الإيجاب صحه تأهليه، ولا يحرز بها تحقق المصلحه، والفرض أن القابل أيضا متصرف في مال الغير بقبوله، فلا بد له من إحراز أن تصرفه واقع على وجه أحسن، وما لم يحرز لا أثر لقبوله في الحكم بحصول النقل، وصحه الإيجاب إنما تفيد ترتيب الأثر عليه عند تعقبه بالقبول الصادر على وجه أحسن والفرض في المقام الشك فيه، وهذا كذلك في كل مقام اشترك الشرط» (٤).

وقال الإيرواني في وجه تأمل الشيخ الأعظم في آخر كلامه: «لعله يشير إلى فساد ما أفاده أولاً وجها لعدم جريان أصاله الصحه، وإلا فما أفاده أخيرا بعد قوله: «وإن شئت قلت الذي» قد عرفت أنه وجه مستقل بما لا تأمل فيه، إلا أن يكون جواز القبول من

ص: ٣٧١

١-٢ . المكاسب ٣/٥٦٨.

٢-٣ . المكاسب ٣/٥٦٩.

٣-٤ . المكاسب ٣/٥٦٩.

٤-١ . حاشية المكاسب ٢/٣٨٧.

المشتري موضوعه صحّه الإيجاب من البائع، فإذا صحّ الإيجاب بحكم أصاله الصحّه جاز تعقيبه بالقبول نظير الصلاه على الميت، لكنّ ذلك مجرّد فرض لا واقع له» (١).

وقال المحقّق المروّج في وجه تأمله: «لعله إشارة إلى الفرق بين ما نحن فيه - وهو الشراء من الفاسق - وبين الشك في بلوغ البائع. ومحصل الفرق بينهما: أنّ مجرى أصاله الصحه هو العمل الذي يشكّ في أنّ عامله هل أتى به ناقصا بمعنى أنّه ترك شيئا نسيانا من أجزائه وشرائطه أم أتى به تامًا؟ فالشك يكون في أمر إختياري له من الفعل والترك.

وأما إذا كان المشكوك فيه أمرا غير إختياري كالبلوغ، فلا تجرى فيه أصاله الصحه.

وعليه فلا- يجرى أصل الصحه في الشك في البلوغ، بل يجرى فيه إستصحاب عدم البلوغ. ويجرى فيما نحن فيه، وهو البيع مع مراعاة إصلاح مال اليتيم، فإنّه أمر إختياري للبائع، فتجرى فيه أصاله الصحه.

ويحتمل أن يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى ما قيل: من جريان أصل الصحه في البلوغ وغيره، كما إختاره المصنف قدس سره في الاصول (٢) (٣).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «نعم، لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق؛ لأنّ مال اليتيم الذي يجب إصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنّه الثمن أو المثل، وأصاله صحّه معامله من الطرفين يحكم بالأوّل، فتدبر» (٤).

يعنى: لا- يجوز لشخصٍ ثالثٍ - أى غير المتبايعين - الزام البائع الفاسق على فسخ معامله مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق واسترداد المبيع من المشتري، لأنّه لا يعلم مال اليتيم الذي يلزم على الكلّ حفظه هل الثمن أو المثل وأصاله الصحه من الطرفين

ص: ٣٧٢

١- ٢. حاشية المكاسب ٢/٣٨٨.

٢- ٣. راجع فرائد الاصول ٣/٣٦٠.

٣- ٤. هدى الطالب ٦/٢٢٩.

٤- ١. المكاسب ٣/٥٦٩.

- البائع الفاسق والمشتري - يحكم بأنه الثمن.

ثم أمر بالتدبر حتى يحصل الفرق بين هذه الصورة الأخرى والصورة السابقة حيث تجرى أصالة الصحة فيها ولا- تجرى في السابقة، «وحاصل الفرق بينهما هو: أن إصلاح مال اليتيم شرط في صحة كل من الإيجاب والقبول ابتداءً، إذ كل منهما يتصرف في مال اليتيم بإعطاء البائع وأخذ المشتري، ولذا لو وقعت المبايعه بين شخصين، وشكَّ شخصٌ ثالث في صحتها فله إجراء أصالة الصحة في فعلهما، بخلاف ما نحن فيه، لعدم وقوع قبولٍ بعد حتى يجرى فيه أصل الصحة. وجريانه في الإيجاب لا يجدى، لأن أثره الصحة التأهليه أى الصالحة لإنضمام القبول الصحيح إليه، لا الصحة الفعلية»(١).

قال المحقق الإيروانى: «إجراء أصالة الصحة هنا دونه في المسألة السابقة كاشف عن أن عمده الوجه في عدم الجريان هناك هو الوجه الذى ذكره أخيراً دون ما ذكره أولاً، وإلا لاشترك هذا معه في عدم الجريان لاشترائك الوجه الأول»(٢).

ثم اعترض على مقاله الشيخ الأعظم: «لا يعلم أنه الثمن أو المثلن»(٣) بقوله: «بل يعلم أنه المثلن على تقدير عدم جريان أصالة الصحة لاستصحاب عدم انتقال المثلن من ملكه وعدم انتقال المثلن إلى ملكه، ويعلم أنه الثمن على تقدير جريان أصالة الصحة»(٤).

### الفرع الثالث: هل يجوز مزاحمه فقيه لفقير آخر فى الأمور الحسبية؟

أشاره

تقديم امور:

أشاره

قبل الورود فى البحث لابد من تقديم أمور:

الأول: عنوان البحث: «مزاحمه فقيه لفقير آخر»

يتم فى قيام فقيه فى مزاحمه فقيه آخر بحيث ثبتت فقاھتھما وإلا- مع عدم ثبوت فقاھه أحدهما أو الشك فى مقامه الفقھى فلا نزاع فى بطلان مزاحمه الذى لم يثبت فقاھته أو المشكوك فقاھته.

الثانى: البحث هنا حول تزاحم فقيھين ثبتت فقاھتھما

الثانى: البحث هنا حول تزاحم فقيھين ثبتت فقاھتھما وتصرّفا بحسب الموازين

- ١-٢ . هدى الطالب ٢٣٠/٦ و ٢٣١.
- ٢-٣ . حاشيه المكاسب ٢/٣٨٨.
- ٣-٤ . المكاسب ٣/٥٦٩.
- ٤-٥ . حاشيه المكاسب ٢/٣٨٨.



الشرعيه وإلا- فإن كان قد تصرّف أحدهما بما يخالف الموازين الشرعيه فيجوز مزاحمته بل معارضته لأنه خالف الموازين الشرعيه. لكن هذه المزاحمه بل المعارضه تتم في ما خالف الموازين الشرعيه وأما النزاعات التي تعود إلى المباحث الأصوليه والآراء الرجاليه والاستنباطات الفقهيه فلا يجوز مزاحمه فقيه يرى المسأله من هذه الأنظار والخلافات، لأنها ترجع إلى الاستنباط والاجتهاد والآراء فيه مختلفه والأنظار فيه متفاوتة، فلا بدّ من لحاظ هذه النكته المهمه.

### الثالث: المزاحمه عرفيه ويتوقف صدقها على الصدق العرفي

الثالث: المزاحمه عرفيه ويتوقف صدقها على الصدق العرفي، لأنها من العناوين التي يُدركُها العرف والعقل والعُقلاء، وهي أي المزاحمه: عبارته عن دخول الثاني في ما دخل فيه الأوّل مع وحده المورد، فإذا قام فقيه بقيومه أيتام وأموالهم فدخل الآخر في بعض الأموال بعد قيام الأوّل، يعدّد دخوله مزاحمه للأوّل فلا يجوز.

### الرابع: لا بدّ في هذا البحث من عدم التخليط بين مفاد أدله مزاحمه الفقيهيين

الرابع: لا بدّ في هذا البحث من عدم التخليط بين مفاد أدله مزاحمه الفقيهيين بالعنوان الأوّل أي حكم تزاحم بذاته ومدى دلاله أدلته.

وبين حكم التزاحم بالعنوان الثانوي من ترتب نقض الغرض أو اختلال النظام أو ايجاد شبهه تكالب الفقهاء على جيفه الدنيا وخطامها ممّا قد يؤدي إلى تضعيف إيمان عامّة الناس ونحوها.

فلا بدّ من عدم تخليط البحثين في المقام كما ربّما يظهر من الشيخ الأعظم (1) حيث أضاف إلى أدله عدم جواز المزاحمه لزوم اختلال النظام.

### الخامس: هل الفقيهان كالوكيلين المستقلين في أمر

الخامس: هل الفقيهان كالوكيلين المستقلين في أمر نحو بيع الدار فقط دون مقدماته من المقاوله وغيرها، بحيث ما لم يتحقّق البيع لا مانع من إقدام الآخر، أو أنّهما كالوكيلين عن شخص واحد بحيث يكون إلزامهما كإلزامه ودخولهما في الأمر كدخوله

فكما لا يجوز مخالفه الموكل، لا يجوز تزاحمهما حتّى بالنسبه إلى المقدمات؟!!

ولذا قال الشيخ الأعظم: «وربما يتوهم: كونهم حينئذٍ كالوكلاء المتعدّدين، في أنّ

ص: ٣٧٤

بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرفٍ مغايرٍ لما بنى عليه الأول.

ويندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التصرف لا في مقدماته، فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذوناً في تصرفٍ مغايرٍ وإن بنى عليه الأول ودخل فيه، أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه ودخولهم في الأمر كدخوله، وفرضنا أيضاً عدم دلاله دليل وكالتهم على الإذن في مخالفه نفس الموكل، والتعدى عمّا بنى هو عليه مباشرة أو استنباه، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زياده ولا نقيصه.

والوهم إنّما نشأ من ملاحظه التوكيلات المتعارفه للوكلاء المتعددين المتعلّقه بنفس ذى المقدمه، فتأمل»(١).

لابدّ من ملاحظه الأدله، ومدى دلالتها حتّى يظهر الحال.

وحينئذ نبدأ بالبحث عنها بما يقتضى العنوان الأولى ويقع الكلام في المقامين:

### **المقام الأول: ما يقتضيه الأدله العنوان الأولى في مقام الثبوت**

#### **إشاره**

قد يقال: بعدم جواز المزاحمه في مقام الثبوت بما يلي من الأدله:

#### **أ: ما ذكره الشيخ الأعظم**

من أنّ دخول الفقيه في أمرٍ يكون كدخول الإمام عليه السلام «فدخول الثانى فيه وبنائه على تصرف آخر مزاحمه له فهو كمزاحمه الإمام عليه السلام، فأدله النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمه الإمام عليه السلام»(٢).

ويمكن أن يناقش فيه: ليست مزاحمتها كمزاحمه الإمام عليه السلام إلاّ- إنّه من الإمام لا- مع الإمام وعليه، «وعموم أدله النيابة يقتضى كون كلّ منهما نائباً عنه عليه السلام»(٣).

بعبارة أخرى: المزاحمه بين الفقيهين النائبين، لم تصل إلى مزاحمه الإمام عليه السلام بل تكون في مرتبه ما دون الإمام عليه السلام وهى النيابة، لا في مرتبه الإمام عليه السلام وهى الإمامه

ص: ٣٧٥

١-١ . المكاسب ٣/٥٧٢.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٧١.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٩٨/ للمحقّق الخراسانى قدس سره .

والولاية العظمى، فلا تعد مزاحمتها مزاحمة الإمام عليه السلام على ما فرضها الشيخ الأعظم رحمه الله .

ولذا قال المحقق الاصفهاني رحمه الله : «بأنّ مزاحمة الإمام عليه السلام غير جائزه لغير الإمام بداهه، وأمّا إذا كانت مزاحمة الفقيه مزاحمة الإمام عليه السلام لفرض النيابة، فمزاحمة الفقيه مثله كمزاحمة الإمام للإمام، وعدم جوازها أول الكلام، فالمانع ثبوتها غير معلوم فتدبر»(١).

مراده: «لم يثبت عدم جواز مزاحمة الإمام للإمام على فرض تحققه أنّه بعد تحقّق المزاحمة بينهما لا- دليل على لزوم رفع اليد بالنسبة إلى الثاني وصرف الارادة عن التصرف على الثاني لرفع التضادّ الواقع بينهما من اجتماع الارادتين في مرتبه واحده وزمان واحد، فكذلك بالنسبة إلى الأولى. ولم يؤخذ في معنى المواخذة ورود التصرف والارادة على تصرف وإرادته سابقتين، حتّى يقال: بأنّ عنوان المزاحمة لم يتحقّق من الأوّل حتّى يحرم عليه فيجب رفعه، بل لا بدّ أن يكون طرفاه في رتبه واحده»(٢).

أقول: لا بدّ من ملاحظه الأدله وما يُجعل بواسطتها من الأحكام الوضعيه المجموعه حتّى نعلم أنّ مزاحمة فقيه للفقيه آخر هل هي مزاحمة الإمام عليه السلام أم لا؟

والمجموع بالأدله ما هي؟

١- الولاية: ومن المعلوم أن جعل الولاية لأحدٍ وإعطاءه منصب الولاية لا يجعله كالإمام عليه السلام بحيث المزاحمة معه تكون مزاحمة الإمام عليه السلام ، للفرق الواضح بين صاحب الولاية ونائبه فحينئذ تتم مقاله المحقّقين.

٢- الحكومه: بأنّ يجعله الإمام عليه السلام حاكما، فحينئذ مزاحمته تُكوّن مزاحمة الحاكم لا الإمام عليه السلام ، فتمت مقالتهما.

٣- الحجية: بأنّ يجعله الإمام عليه السلام حجّه على الناس، فكذلك مزاحمة ومعارضه الحجيتين لا- يمسّ الإمام عليه السلام وصحت مقالتهما.

ص: ٣٧٦

١- ١. حاشية المكاسب ٢/٤١٧.

٢- ٢. كتاب القضاء ٦٢/ لآيه الله السيّد عبدالله الشيرازي رحمه الله .

٤- الهوهويه: بأن يجعله الإمام عليه السلام وجوده التنزيلي، ففي هذه الصورة مزاحمه الفقيه تكون مزاحمه الإمام عليه السلام لأنه وجوده التنزيلي فلا تتم مقالتهما. والذي يسهل الخطب إننا نفقد دليلاً يدل على الهوهويه وأن الفقيه يكون وجوداً تنزلياً للإمام عليه السلام .

ولو سلمنا أن الفقيه يعدّ وجوداً تنزلياً للإمام عليه السلام ، فإنه لا دليل على عدم جواز مزاحمه مثل هذا الوجود المنزّل، بل إنّما الثابت بالأدلة عدم جواز مزاحمه ما سوى

الإمام عليه السلام مع الإمام عليه السلام .(١)

فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقاله الشيخ الأعظم في المقام وأنّ مزاحمه الفقيه لَيْسَتْ كمزاحمه الإمام عليه السلام .

### ب: المزاحمه غير معقوله ثبوتاً

بتقريب: أنّ المزاحمه تعدّ من خصوصيات الوجود وأمّا متعلّقات الأوامر والأحكام فَلَيْسَتْ إلاّ الطبايع التي لا تزاحم بينها، ومن المعلوم أنّ طبيعه لا تزاحم الفرد، والوجود الخارجي مسقط للأمر فقط، لا أنّه متعلّق له بل يستحيل أن يكون ما هو مسقط للأمر متعلّقاً له.

وبالجملة: ما هو متعلّق للأمر - وهو الطبيعه - يستحيل فيه التزاحم وما فيه التزاحم - وهو الوجود الخارجي - لم يكن متعلّقاً للأمر، وبالتالي المزاحمه غير معقوله ثبوتاً لأنّ متعلّق الولاية هي الطبيعه - طبيعه الفقيه - ولا- تزاحم بين الطبايع، وما تقع فيه المزاحمه هو الوجود - الفقيه خارجاً - الذي لا يتعلّق به الولاية، فالمزاحمه لا تتصور ثبوتاً وبتبعه يسقط ما قيل عن مزاحمه فقيه لفقيه آخر رأساً.

ويرد عليه: أوّلاً: الأوامر والطلبات توابع لأغراض المولى والأغراض المترتبة على الطبايع والماهيات لا تخلو من قسمين:

الأوّل: الأغراض إمّا مترتبة على الطبايع والماهيات من حيث هي ومن حيث أنّها الماهيه - من دون أيّ شيءٍ آخر - فلا يمكن الالتزام به على كلا القولين وهما أصالتاً

ص: ٣٧٧

الماهيه والوجود، وأما على الأول - أصاله الماهيه - فإِنَّ الغرض يترتب على الماهيه المجعوله، لا غيرها والماهيه المجعوله أى الماهيه بعد تعلق الجعل بها فتصير موجوده. وأما بناءً على الثانى - أصاله الوجود - والأمر أوضح لاستحاله ترتب الأثر والغرض على الماهيه لأنها من حيث هى ليست إلا هى وإنما يترتب الغرض على وجودها فقد ثبت أن الغرض تابع للوجود.

فحينئذ الالتزام بتعلق الأغراض بالماهيات المحضه والطبائع الخالصه دون الوجودات الخارجيه يستلزم لازماً باطلاً وهو تخلف الطلب عن الغرض.

وثانياً: بعد وقوع المزاحمه بين الأفراد والوجودات الخارجيه، وبعد ثبوتها بين

الوجودين الخارجيين تسرى منهما إلى الحكم الثابت عليهما، والمزاحمه بين الفردين تصير منشأ التنافى فى مقام الامتثال بين الحكمين وبالتالي التراحم تسرى إلى الأحكام والطبائع فى مقام الامتثال بتبع تراحم الأفراد، فالمزاحمه تصير موجوده.

وثالثاً: الأوامر تتعلق بالطبائع لا الأفراد ولكن مع ذلك يمكن فرض المزاحمه لأن «الأمرين المتعلقين بالصلاه والإزاله مثلاً، فإنه لا يخلو حالهما:

أمّا أن الإزاله قابله للقسمه إلى الإزاله المقارنه مع آخر وقت الصلاه، والإزاله التى لم تكن متقارنه معه، وأمّا أنها غير قابله للقسمه.

والأخير باطل بالضروره، وبالتالي يثبت الأول... فبحكم البرهان الصلاه المقارنه للإزاله وغيرها ونفس الإزاله قابلتان للتقارن مع آخر الوقت وعدمه، وبناءً عليه فإن الغرض الذى كان موجبا لصدور الأمر لا يخلو حاله: إمّا أن تكون موسعه أو مضيقه ولا ثالث، وبتبعهما يتوسع الطلب ويتضيق، حيث أن الأمر الذى يأمر بإزاله النجاسه من المسجد، لا شك أنه يلاحظ مضايقه بعض أفراد الإزاله مع الصلاه وعدمها، فيطلبها تارةً مضيقه وأخرى موسعه، فإذا اعتبر الصلاه أهمّ منها أمر بها مضيقه، وإلا كان طلبه موسعا، وطلب الطبيعه... يعنى تراحم الطلبين فى مقام الامتثال»(١).

ص: ٣٧٨

«ورابعاً: يبدو... خلط بين باب تعلق الأوامر والأحكام التكليفية، وبين باب الحكومه والولاية والقيومه والقضاء، إذ أن المتعلق في الباب الأول هي الطبائع مطلقاً، سواءً اعتبرنا المتعلق الطبيعه بذاتها أم الطبيعه المنسوبه إلى الخارج، وأما المتعلق في باب الحكومه والولاية، فهي الوجودات بذاتها دون الطبائع والماهيات»(1).

### ج: لا يعقل تصور مزاحمه الفقهاء ثبوتاً

بتقريب: التزاحم لا يخلو عن اثنين لا ثالث لهما:

الأول: التزاحم في الوجود: كتزاحم اجتماع الصلاه مع إزاله النجاسه، ومن المعلوم دخول الفقيه اللاحق في ما قام به الفقيه السابق لا يعدّ مزاحمه له في الوجود لأنهما لا يتمانعان في الوجود.

الثاني: التزاحم في التأثير: كتزاحم العلتين على معلول واحد.

وهذا القسم من المزاحمه يُتَصَوَّرُ في المقدمات المعده والسببيه وكلاتهما

مفقودتان في المقام، وأمّا الأول فقيام الفقيه اللاحق بإيجاد المقدمات المعده لا- يزاحم قيام السابق بها، لإمكان ايجادهما المقدمات المعده.

وأما الثاني فكذلك لوقاما بإيجاد المقدمات السببيه كما لو أنشا البيع فلا تزاحم بينهما لتقديم تأثير انشاء السابق وبطلان اللاحق بانتفاء موضوعه، ومع تقارن صدورهما يتساقطان.

وبالجملة: لا يعقل تصور مزاحمه الفقهاء لا في المبدأ ولا في المنتهى في مقام الثبوت.

ويرد عليه: المراد من المزاحمه هنا ليست العقليه منها لِيَصِحَّ ما يُقَرَّرُ، بل المراد منها المزاحمه العرفيه وهي متحققه في جميع ما يقوم به الفقيه اللاحق من المقدمات ما عدا الأخيره منها، «فدخول الفقيه اللاحق في سؤم الفقيه السابق وما قام به من مقدمات

ص: ٣٧٩

البيع أو الإجاره وغيرهما، يعدّ مزاحمه له في بيعه وسؤمه»(١).

### د: لا يمكن شموليه أدله ولايه الفقيه فرض التزام

هذا الدليل يقرّر بوجهين:

«التقريب الأول: أنّ مزاحمتها تتحقّق بعد مرحله جعل الولايه لهما، بإطلاق دليل الجعل لا يشمل الانقسامات المتأخّره عن جعل الولايه، فكما التزمنا في باب التعبدى والتوصلى بأنّ إقامه الصلاه بقصد الأمر يكون في الرتب المتأخّره عن تعلق الأمر، ولذلك لا مجال لإطلاق الأمر بالصلاه لكى تشمل الصلاه بقصد الأمر، كذلك الحال في المقام، فإنّ المزاحمه من الفقيه تتحقّق بعد جعل الولايه له، وإطلاق الأدله المثبتة لولايه الفقيه قاصره عن شمول مثل هذه الخصوصيه التى نشأت متأخّره عنها.

ويُجاب عنه أولاً: بأنّ دعوى إطلاق دليل الجعل لا يشمل الانقسامات المتأخّره عن الحكم، ليست قاعده ثابتة ومتّفقه عليها، بل هى مبنائيه، حيث نخالفه فيها، ونعتقد بإمكان شمول إطلاق الأدله للانقسامات المتأخّره عن الحكم، إمّا بدلالاتها الذاتيه أو من خلال متمم الجعل، وقد بحثنا عن ذلك فى مباحث الأصول بالتفصيل.

وثانياً: وهو ما سيأتى لاحقاً من خلال الإجابة عن التقريب الثانى»(٢).

التقريب الثانى: استحاله ما يلزم من وجوده عدمه تعدّد من الواضحات وهى

تجرى فى المقام لأنّ مزاحمه الفقيه الثانى ناشئه من حق الولايه المجعوله له، وهذا الحق المجعول له يوجب انعدام حق الولايه المجعوله للفقيه الأول وما يلزم وجوده عدمه مستحيل.

ويرد عليه: الاستحاله تامه إذا كانت التصرفات المؤديه إلى المزاحمه تكون من الانقسامات الثانويه للحكم والخصوصيات المترتبه عليه نحو اتيان الأمور به بقصد الأمر أو انقسام المكلف إلى العالم بالحكم والجاهل به.

ص: ٣٨٠

١-١ . العقد النضيد ٤/٢٧٩.

٢-٢ . العقد النضيد ٤/٢٨٠ مع تغيير مختصر.

وأما إذا كانت من الانقسامات الأوليه والخصوصيات المتقدمه للحكم فلا تتم الاستحاله، لأن البحث يجرى فى أن أدله ولايه الفقيه هل تجعل وسيعا بحيث تشمل صور التزاحم أو تجعل ضيقا بحيث لا تشمل صورته من الابتداء، وهذا يعد من الانقسامات الأوليه والخصوصيات المتقدمه على الحكم.

وبالجملة: فظهر مما ذكرنا فى نقد الأدله الأربعة بالنسبه إلى استحاله المزاحمه فى مقام الثبوت، عدم مانع ثبوتى فى مزاحمه فقيهه لفقيه آخر، فحينئذ تصل النوبه إلى مقام الإثبات فنقول.

## المقام الثانى: ما تقتضيه الأدله العنوان الأولى فى مقام الإثبات

### أ: الأدله الأوليه غير مطلقه؟

قد يناقش فى دلالة الأدله الأوليه على جواز المزاحمه لعدم وجود الإطلاق فيها، لأن مع وجود الإطلاق فيها وثبوتها يستلزم ولايه الفقيه على نفسه وعلى غيره من الفقهاء وهى ممنوعه إذ الشارع جعل الولايه للفقيه على غير الفقيه لا للفقيه على نفسه وعلى غيره من الفقهاء.

بتقريب: إثبات الأدله الشرعيه للحكم حيثى وليس بمطلق، مثلاً أن قوله تعالى «أُحِلَّتْ لَكُمْ بِهِمَهُ الْأَنْعَامُ»<sup>(١)</sup> يثبت حليه البهيمه من حيث أنها بهيمه فهى مطلقه من هذه الحثيه فقط، ولا إطلاق فيها من جميع الجهات والحثيات لتشمل حليه البهيمه حتى المغصوبه منها.

ومثلها أدله ولايه الفقيه تنحصر دلالتها على حيثيتها وحدودها ولا إطلاق فيها حتى تشمل الحثيات الأخر نحو: إثبات ولايه فقيه على فقيه آخر مثله، فحينئذ إذا

تصرف فقيه فى ما هو شأنه وله الولايه عليه، لا يحق للفقيه الآخر مزاحمه الفقيه السابق فى تصرفاته لعدم إثبات الولايه اللاحق على السابق.

ويرد عليه: بالنقض والحل:

ص: ٣٨١



وأما النقض: فيما ورد في أبواب الوقف والوكاله والوصايه والقيوميه أن ينصب الواقف أو الموكل أو الموصى أو الذى يجعل القيم على أطفاله شخصا خاصا أو أشخاصا على نحو الاستقلال أو أشخاصا على نحو الإنضمام، وقد اتفق الفقهاء قديما وحديثا على صحه هذا النصب فى هذه الأبواب، فإذا صح هذا النصب فى هذه الأبواب، فيمكن أن يكون نصب الفقيه على الولاية مثل النصب فى هذه الأبواب على نحو الاستقلال، فمادام الموضوع موجود يجوز لكل فقيه على نحو الاستقلال إعمال ولايته عليه.

وأما الحل: فَبِكَوْنِ الْوَالِيَةِ الْمَجْعُولَةِ لِلْفَقِيهِ تَارَهُ مَحْدُودَهُ وَمُضَيِّقَهُ بَعْدَ تَصَرُّفِ فَقِيهِ آخَرَ، وَأُخْرَى مَطْلَقَهُ وَمَوْسِعِهِ بِحَيْثُ تَشْمَلُ مَوَارِدَ التَّرَاحُمِ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ، وَعَلَى أَىِّ حَالٍ: الْوَالِيَةُ الْمَجْعُولَةُ لَهُ وَوَالِيَّةُ وَسُلْطَنُهُ عَلَى الْأَمْوَالِ وَالْأُمُورِ إِمَّا بِالتَّضْيِيقِ أَوْ بِالتَّوَسُّعِ، لَا الْوَالِيَةَ وَالسُّلْطَنَةَ عَلَى نَفْسِ الْفَقِيهِ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْفُقَهَاءِ.

وقد خلط فى الاستدلال بين اطلاق عنوان الولاية وتخصيصه للمؤرد - أى المال أو الأمر - مع إطلاقها وتخصيصه للوارد - أى الفقيه نفسه أو الفقيه الآخر، وبين الوارد - وهو الذى يتصدى للأمر فى إعمال ولايته - والمورد - وهو المال أو الأمر الذى يُعْمَلُ الفقيه ولايته فيه - بون بعيد.

### **ب: لم تثبت الأدلة الأولى جواز المزاحمه**

بتقريب: الأدلة الواردة فى نيابه الفقيه عن النبى صلى الله عليه وآله والأئمه المعصومين عليهم السلام تقتضى انتقال الصلاحيات الممنوحة لهم عليهم السلام بلا فرق بين أن يكون المزاحم فقيها أو غيره، وبمقتضى إطلاق أدله النيابة ينتقل هذا الحكم - أى عدم جواز المزاحمه - إلى نائهم وهو الفقيه، فلا يجوز لأحد - سواء كان فقيها أو غيره - مزاحمه الفقيه المتولى والمتصدى للأمر.

ويرد عليه: أوْلاً: قد عرفت المناقشات حول أدله النيابة فى بحث ولاية الفقيه فلا نعيدها.

وثانيا: على فرض ثبوت النيابة، لم يدل دليل على أنّ النائب كالمنوب عنه نفسه، وأنّ كل ما للمنوب عنه ينتقل إلى نائبه، مع إنّنا نعلم بخروج كثير من مقامات المنوب عنه

وولاياتهم عن هذه النيابة، ولا يشاركونهم الفقيه إلا في موارد معدوده، فلا إطلاق في أدله النيابة.

وثالثا: على فرض ثبوت إطلاق أدله النيابة، خروج كثير من الولايات والمقامات يوجب تخصيص الأكثر المستهجن، ولو لم يصل إلى حد الاستهجان يصل إلى حد يوجب الاجمال في القانون العام، لأنّ بلوغ التخصيص إلى حدّ النصف أو الأكثر تنافى مع قانونية القانون وعمومه وشموله ويؤدى إلى إجماله.

### ج: مسلك الشارع في جعل الولايات

مسلك الشارع وطريقته في جعل الأحكام الشرعية مبنيّة ملاحظه الفوائد اللازمه والضرورات الحيويّه ولا يريد العسر بالناس وأن يجعل عليهم تكاليفا شاقه، وأن يضع عنهم الأغلال بل قال الله تعالى: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (١) وقال تعالى: «الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنزِلَ مَعَهُ أُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» (٢) وقال رسول الله صلى الله عليه وآله في حديث: لم يُرْسَلْنِي اللَّهُ تَعَالَى بِالرَّهْبَانِيَّةِ وَلَكِنْ بَعَثَنِي بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ أَصُومٌ وَأُصَلِّيٌّ وَأُمْسٌ أَهْلِي، الحديث. (٣)

ومن جملة الأحكام الشرعية «الولايات الشرعية الممنوحة للأفراد، فإنّها بمقتضى قوله تعالى: «تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فُسَادًا» (٤) محدوده بمقدار الضروره الرافعه لمشاكل عامه الناس، فإذا لا حظنا الأخبار التي تنهى

ص: ٣٨٣

١-١ . سورة البقره / ١٨٥.

٢-٢ . سورة الأعراف / ١٥٧.

٣-٣ . الكافي ١١/١٣٠، ح ١ (٥/٤٩٤) خبر ابن القداح.

٤-٤ . سورة القصص / ٨٣.

التّياس عن السعي لحصول الرئاسات العامّة كقوله عليه السلام : «ملعون من ترأس»<sup>(١)</sup> وأضرابه، نستكشف منها أنّ مقاصد الشريعة بعيدة كلّ البعد عن جعل مثل هذه المناصب، وبالتالي فإذا نصب الشارع ولياً وحاكماً، فإنّ ذلك ليس إلّا لأجل الضرورة التي ينبغي أن تتقدّر

بقدرها، والضروره الحاصله في المقام هي مراعاة أمر المولّي عليه، وتمشيّه أمورّه والحفاظ على أمواله من الضياع، ومثل هذه المقاصد الهامّة لا تجتمع من إطلاق الولاية ليشمل غيره ليتّهي الأمر إلى التزاحم والتنازع، وعليه فإنّ أدلّه الولاية - مع ملاحظه القرائن المستنبطه من روح الشريعة وأحكامها ومقاصدها - المثبتة لولاية الأمور الحسينيه، غير وافيّه بجواز المزاحمه، ولذلك فإنّ الحكم بجواز المزاحمه متوقّف على قيام دليل آخر، إذ إنّ أدلّه الولاية بنفسها غير متكفّله وغير مقتضيه له<sup>(٢)</sup>.

### د: الأمور الحسينيه

قد مرّ<sup>(٣)</sup> إثبات ولاية الفقيه بالأمر الحسينيه والمراد بها «الأمر الضروريّه التي لا نشكّ أنّ الشارع لا يرضى بتركها وإهمالها، حيث نعلم علم اليقين بأنّ الشارع كما أنّه يهتمّ اهتماماً خاصّاً بالمصالح العامّه ولا يرضى بفوتها، ممّا يؤدّي عادةً إلى حدوث الهرج والتعدّي على الأبرياء والضعفاء وإراقه الدماء وما إلى ذلك، كذلك يهتمّ بنفس الدرجه بالمصالح الخاصّه، ولزوم مراعاتها وحفظها عن الضياع والتعدّي، ومن المعلوم أنّ ذلك لا يتمّ إلّا من خلال وليّ منصوب يتكفّل رعايه الأمور المذكوره، وليس هذا الوليّ سوى الفقيه الجامع للشروط المعروفه، وقد ذكرنا في مبحث ولاية الفقيه أنّ هذه الولاية تكون للفقيه المطلق - أي القادر على استنباط الأحكام الشرعيّه في مطلق الأبواب الفقهيّه علماً والمستنبط لأكثرها عملاً، وإن لم يكن قد استنبط جميعها بالفعل - والناظر في الأخبار، والعارف بالحلال والحرام على نحو الجمع المضاف. ولا يخفى أنّ دليل الضروره يعدّ من أهمّ الأدلّه على إثبات كبرى موضوع الولاية، ولكنّها دليل لثبي وليس بلفظي، بالتالي لا

ص: ٣٨٤

١- ٥. الكافي ٣/٧٢٨، ح ٤ (٢/٢٩٨).

٢- ١. العقد النضيد ٤/٢٨٧ و ٢٨٨.

٣- ٢. راجع هذا المجلد صفحته ٢٨٨.

مجال للمتمسك بإطلاقها، بل ينبغي الاقتصار فيها على المتيقن، وهو كون الولاية مجعوله لكل فقيه تصدى وحصل به الاستغناء، وأما جواز مزاحمته فليس الدليل وافيا بذلك، وبالتالي فالأصل عدم جوازها»(١).

## هـ: الإجماع

قد مرّ (٢) بيان مراتب ولاية الفقيه وأنّ الأولى منها إجماعه ولم يناقش فيها أحد،

والثانية محل نقاش وإيراد، والثالثة غير ثابتة لم يقل بها إلا الشاذ، والمرتبة الأولى هي ما يحرز من الدليل الشرعي لا بديه وجوده في الخارج أو مطلق محبوبيته ومطلوبيته.

ومن الواضح أنّ صور التزاحم خارجه عن هذه المرتبة مضافا إلى أنّ الإجماع هنا محتمل المدركية وأنه دليل لئبي يجب الاقتصار على القدر المتيقن منه، فلا يشمل موارد المزاحمه أبدا.

والحاصل إلى هنا: عدم وجود الدليل في مقام الإثبات على جواز مزاحمه فقيه لفقير آخر قد تصدى المسؤوليه وقام بها بحسب ما تقتضيه مصلحة المولى عليه.

فذلكه القول في المقام:

«لاشك أنّ الالتزام بإطلاق دليل جعل الولاية - كما التزم به المحقق الإيرواني (٣) - يقتضى الحكم بجواز المزاحمه، كما أنه لا شك أنّ الالتزام بعدم إطلاق أدله الجعل يقتضى الحكم بعدم جواز المزاحمه والتصرفات على أقسام:

تارة: يتحد الفقيهان في تصرفهما زمانا، كما لو باعا أموال الصغير أو أنشأ نكاحها في زمان واحد.

وأخرى: لم يتحدا زمانا في التصرف، بل يكون أحدهما سابقا والآخر لاحقا.

وتنقسم الصوره الأولى إلى:

تارة: يتحدان في طرف المعامله، بأن باع الأول لزيد وكذلك فعل الثاني.

ص: ٣٨٥

١-٣. العقد النضيد ٢٨٨/٤ و ٢٨٩.

٢-٤. راجع هذا المجلد صفحه ١٨٥.

٣-١. حاشيه المكاسب ٢/٣٨٩.

وأخرى: يختلفان بأن باع الأول لزيد وباع الثاني لعمرو.

ومن المعلوم، القاعده العامه فى العقود الصادره منهما دفعه واحده هى البطلان، حيث لا مجال للحكم بصحتهما لوضوح بطلانه، كما لا مجال للحكم بصحة أحدهما معينا لأنه ترجيح بلا مرجح، كما لا مجال للحكم بصحة أحدهما مرددا لأن المردد لا يكون موردا للأثر، وبالتالي يكون شمول أدله الولاية لهذه الصوره قطعى العدم.

إلا أن يقال: إن المورد يعدّ من موارد شمول أدله القرعه، لأن المفروض ثبوت الولاية لهما، وصحة تصرف كل واحد منهما بمقتضى ولايته، والقرعه فى هذه الحاله تحل المشكله وتعين التصرف الصحيح، وهذا هو المستفاد من كلام الشهيد رحمه الله فى «القواعد والفوائد»<sup>(١)</sup>.

ويرد عليه: الحكم المذكور مبنى على الالتزام بشمول أدله القرعه للذى ليس له واقع معين، وأمّا مع الالتزام باختصاص أدله القرعه بالموارد التى لها واقع معين غير مردد، فلا مجال لجريان القرعه فى المقام.

ومما ذكرنا ثبت أنه إذا اتخذ مورد التصرف والمعامله من حيث الجهه [أى المشتري] والتمن والمثمن، كما لو باع الفقيه الأول لزيد وباع الثانى أيضا له أو لو كيله دون اختلاف فى الثمن والمثمن، فإن القاعده تقتضى البطلان، لأنه برغم وحده الثمن إلا أن المعامله متعدده ومختلفه لتعدد الموجب والقابل واختلافهما، ومقتضى الأصل عند الشك فى شمول الدليل وعدمه هو عدم الشمول.

نعم، يمكن تصحيح هذه المعامله فيما لو اعتبرنا المجمعول بأدله الولاية هو عنوان الفقيه لا شخصه، وبالتالي تكون المعامله صادره ممن له عنوان الفقيه - سواء المتصرف الأول أو الثانى - مع اتحاد الثمن والمثمن والمشتري، فتشملها أدله الصحة برغم تفاوت الفقيهين فى الخصوصيات الفردية.

وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا المجمعول بأدله الولاية ليس عنوان الفقيه بل وجوداتها

ص: ٣٨٦

الخارجيّه من زيد وعمرو وبكر الموصوفين بالفقاهه - كما هو الحقّ - فحينئذٍ يعدّ الموضوع هو المصداق الخارجى، وبالتالي لا يمكن تصحيح المعامله الصادره منهما.

لا- يقال: إنّ الملا-ك في جعل الولاية هو صدور العمل عن فقيه نصبه الشارع وليا على الصغير رعايه له ولأمواله، وبالتالي لا خصوصيه لشخص الفقيه، فلا- اعتبار لكون الفقيه المتصرّف زيد أو عمرو إنّما المهمّ صدوره من فقيه له الولاية المذكوره، وهكذا يمكن تصحيح المعامله الحاصله.

لأنّ نقول: بعض الأحكام لا- يمكن تعلّقها بعناوينها كالمرجعيه والولاية والحكومه والقضاء، لأنّ موضوعها هي الوجودات الخارجيه، حيث يعدّ الفقيه والحاكم هو المرجع في الحوادث الواقعه خارجا.

وبالتالى فبحسب الأدلّه الأوّليه نذهب إلى بطلان المزاحمه، وعدم إمكان تصحيح عملهما وتوجيههما إلاّ أن يثبت عموم دليل القرعه»(1).

### ما يقتضيه الأصل العمليّ في مسأله تراحم الفقيهن

#### اشاره

لو فرض أنّ التّوْبَه وَصَلَتْ إلى الأءْضَلِ العملى في المقام فما هو الأصل؟

بلا فرق بين التصرف في الأموال المتعلّقه بالإمام عليه السلام المعروفه اليوم بسهم الإمام عليه السلام أو غيرها، لأنّ الكلّ يرجع اليوم إلى الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء. يمكن تصوير الأصل في الصورتين:

### الصوره الأولى: إذا قام فقيهٌ بإعمال ولايته في خلال مقدمات عمله من

الصوره الأولى: إذا قام فقيهٌ بإعمال ولايته في خلال مقدمات عمله من تصرفاته عارضه في العمل غيره الذى كان حين بدايه إعمال ولايته في مقدمات العمل غير معدود من الفقهاء ثم بعد ما كان الفقيه الأوّل مشغولاً بالمقدمات صار فقيهاً وبنى على مزاحمه الأوّل، فما هو الأصل العملى في هذه الصوره؟

قد يقال: الولاية ثابتة للفقيه الأوّل، والثانى ليس له الولاية حين لم يكن فقيهاً، والآن صار فقيهاً فنشكك في ثبوت الولاية له والأصل بقاء عدم ولايته أى استصحاب عدم

ص: ٣٨٧

ويرد عليه: استصحاب عدم الولاية للفقهاء الثاني غير جارٍ في المقام والوجه في ذلك أنّ الولاية من الأحكام الشرعية المجعولة وموضوعها وجودا وعدما يدور مدار الفقاهة، فالفقاهة بالنسبة إلى الولاية ليست من حالات الموضوع بل هي من مقوماته، فحينئذ إذا لم يكن فقيها لم يكن وليا قطعاً ولكن بعد بلوغه مرتبة الفقاهة يحصل له الولاية، ولا يمكن استصحاب عدم ثبوت ولايته حين لم يكن فقيها لأنّ الفقاهة من مقومات الولاية لا من حالاتها فلا يجرى استصحاب عدم ولايته الثاني.

### الصورة الثانية: إذا تصرف الفقيه الأوّل في ما يجوز له إعمال الولاية فيه

الصورة الثانية: إذا تصرف الفقيه الأوّل في ما يجوز له إعمال الولاية فيه ثمّ أراد الفقيه الثاني الثابت فقاهته من بدايه إعمال ولاية الأوّل أن يزاحمه في تصرفاته فما هو مقتضى الأصل العملي؟

إذا لم تكن الأدلة اللفظية في المقام يكون الشك في أن الولاية المجعولة للفقهاء تكون مجعولة على نحو التوسعة والإطلاق بحيث تشمل صور التزاحم أو مجعولة على نحو التضييق والمحدوية والتقييد فحينئذ لا تشمل صور التزاحم فترجع أدلة الولاية إلى إثبات الفرد الطويل أو الفرد القصير، وعلى هذا أركان الاستصحاب بالنسبة إلى الأفراد غير جارية لأنّ الفرد القصير لا يشمل صور التزاحم والفرد الطويل يشملها، وأما كلّى الولاية وطبيعتها فهي مُتَيَقَّنَةُ الوجود إمّا في ضمن الفرد الطويل أو القصير، وبعد الشك في بقائها عند التزاحم نستصحب كلّى الولاية، وبها ثبتت الولاية في صور التزاحم وهذا هو

القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي الذي يذهب إلى جريانه الشيخ الأعظم (١) والمحققون: الخراساني (٢) والنائيني (٣) والعراقي (٤) والخوئي (٥) والأستاذ المحقق (٦) -

ص: ٣٨٨

١-١ . فرائد الاصول ٣/١٩١.

٢-٢ . كفايه الاصول ٤٠٦، طبعه مؤسسه آل البيت عليهم السلام .

٣-٣ . فوائده الاصول ٤/٤١٣.

٤-٤ . نهايه الأفكار، القسم الأوّل ٤/١٢٢.

٥-٥ . مصباح الاصول ٣/١٠٥.

٦-٦ . العقد النضيد ٤/٢٩٤.

مدخله - وإلى عدمه السيد الروحاني (١) قدس سره تبعاً للقمي (٢). والجريان هو مختارنا في أبحاثنا الأصولية فراجعها إن شئت.

لا يقال: لا مجال لجريان الاستصحاب الكلي، لأن الأثر ليس لكلي عنوان الولاية، بل الولاية هي حكم شرعي جعلت للمصاديق الخارجيه من الموصوفين بالفقاهه وهي دائره بين مقطوع الزوال - إذا جعلت مضيقه ومقيدته لخروج صور التراحم - ومشكوك الحدوث - إذا جعلت موسَّعه ومطلقه لإدخول صور التراحم حينئذ - فلا مجال لجريان الاستصحاب؛ لأن الولاية الحكميه المجموعه التي لها الأثر لا تتم فيها أركان الاستصحاب وما تتم فيه أركان الاستصحاب وهي كلي عنوان الولاية ليس له أثر مجعول.

لأننا نقول: الولاية لها الأثر في جواز التصرف في الأموال وغيرها، وأما سعه دليلها أو ضيقه لا تأثير لهما في جواز التصرف وإن كان لهما الأثر في جهات أُخر نحو جواز المزاحمه وعدمها.

فحينئذ يمكن استصحاب كلي الولاية ويتبعه ثبوتها في صور المزاحمه بمثل جريان استصحاب كلي الحدث بالرغم التردد في خصوصياته من الصغر والكبر، فتكون النتيجة عدم جواز الدخول في الصلاه ومس الكتاب لأنهما من آثار كلي الحدث وإن كان لكل واحد منهما آثار يختص به.

وبالجملة: يمكن أن يقال: في تحقيق حكم الأصل في مسأله الولاية في صور المزاحمه، أن الاحتمالات أربعه:

الأول: المزاحمه بالنسبه إلى الولاية كالحدث بالنسبه إلى الطهاره، فتكون المزاحمه رافعه أو مسقطه للولاية بمعنى أن المزاحمه ترفع الولاية الثابته، فحينئذ أركان الاستصحاب تامه لرجوع الشك إلى ثبوت الرفع أو المسقط والأصل عدمه، فنستصحب

ص: ٣٨٩

١-٧. منتقى الاصول ٦/١٧٢.

٢-٨. القوانين ٢/٦٩.



ثبوت الولاية عند الشك في وجود المزاحمه وجوازها.

الثانى: الولاية مجعوله شرعا وعدم المزاحمه تكون قيذا لهذا المجعول الشرعى، ففى هذا الاحتمال مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية، للشك فى ثبوت ولاية اللاحق بعد تصدى السابق والأصل عدمها.

الثالث: الولاية ثابتة وغير مقيدة وإنما القيد يعود إلى التصرف الذى يكون موردا للولاية فيكون عدم المزاحمه قيذا لمورد الولاية لا لنفسها، فيجوز التصرف ولاية بشرط أن لا يكون قد سبقه فقيه آخر بالتصرف فى موردها.

فيعود الشك فى هذه الحالة إلى المحدود دون الحدّ حيث نشكّ فى أنّ المولّى عليه محدود بعدم تصرّف فقيه آخر أو عدمه.

ففى هذا الاحتمال مقتضى الأصل عدم الولاية، لعود الشك إلى جعل الولاية وعدمه والأصل عدمه.

الرابع: إذا كان الفقيه مترددا بين أحد الاحتمالات الثلاثة السابقة، فحينئذ يتردّد الشاك فى الحكم من جهة جريان الأصل تارة وعدم جريانها أخرى، وبالتالي لا مجال لإحراز ثبوت الولاية للفقيه اللاحق حينئذ.

وهذا تمام الكلام فى بحث مزاحمه فقيه لفقيه آخر والله العالم.

**الفرع الرابع: هل يجوز مزاحمه ثقه أو عدل لثقه أو عدل آخر فى الأمور الحسينيه؟**

**إشارة**

إذا قام عدلٌ أو ثقه من المؤمنين بالتصرف مثلاً فى أموال الأيتام، فهل يجوز لعدل أو ثقه آخر مزاحمته فى هذا التصرف مادام الموضوع كان باقياً؟

وأما بعد تحقّق التصرف من الأول من وقوع بيع أو إجاره أو نحوهما، فلا شك من أنّ موضوع المزاحمه يكون منتفياً فلا يتحقّق المزاحمه فى الخارج.

وقبل الشروع فى البحث لابدّ من ملاحظه مقاله الشيخ الأعظم فى المقام:

مقاله الشيخ الأعظم قدس سره

قال: «ثمّ إنّه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف

الوجوبى أو الندبى، لا على وجه النيباه من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر ومزاحمته بالبيع ونحوه.

ولو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحه فى استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقد. وأما لو أراد بيعه من شخص وعرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحه وإن كان فى يد الأول.

وبالجمله، فالظاهر أنّ حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب والجدّ من حيث جواز التصرف لكلّ منهما ما لم يتصرف الآخر»(١).

«وحاصل كلامه: أنّ حكم ولاية العدول وجواز تصرفهم تكليفى على وجه الوجوب أو الاستحباب، دون أن تكون لهم نيابه أو وكاله عن الإمام أو نائبه، ولذلك فما دام يعدّ موضوع التصرف باقياً، جاز لغيره من العدول أن يتدخل ويتصرف بما يراه مصلحه للصغير، فللثانى فسخ المعامله الخياريه - سواءً كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع كخيار الحيوان وخيار المجلس، أو مجعولاً كخيار الشرط - والقيام بإنشاء عقد آخر أصلح وأنفع للصغير من المعامله الأولى.

ويقول أخيراً: إنّ الولاية الثابته لعدول المؤمنين إنّما تكون فى حدّ الولاية الثابته للأب والجدّ، فكما أنّ للجدّ أن يتصرف فى أموال حفيده بعد تصرف الأب وقبل زوال الموضوع، كذلك الحال فى عدول المؤمنين.

... [و] ليس هناك تهافت بين ما قاله فى صدر كلامه ومختاره فى الذيل، فقوله أولاً إنّّه لا ولاية لعدول المؤمنين، بل الثابت لهم مجرد التكليف، لا يناقض قوله أخيراً عندما يقول بأنّ ولايتهم بمنزله ولاية الأب والجدّ، لأنّه لا يقصد بذلك إثبات الولاية لهم،

ص: ٣٩١

بل مجرد تحديد صلاحياتهم وتقليصها في حدود صلاحيات الأب والجد»(١).

المناقشه في مقاله الشيخ الأعظم

ويرد عليه: «أولاً: لا شك في صحه دعواه من أن تصرفات عدول المؤمنين لا تستمد شرعيتها من نيابته عن الإمام عليه السلام، إذ لا يعدّ العدل نائباً عنه عليه السلام، وهذا ممّا لا نقاش

فيه، أمّا بالنسبه إلى الفقيه فإنّ للنقاش في أنّ تصرفاته مبيته على النيابة عنهم عليهم السلام أو الولاية مجال واسع، أمّا في عدول المؤمنين، حيث أنّ أمر العدل مردّد بين الولاية والتكليف، وقد مرّ كلام الشيخ الدال على التزامه بالثاني دون الأول، وهو ممنوع، لأنّ موارد التصرف على ثلاثة أقسام:

تارة: يكون مورد التصرف لا-قابليته فيه لجعل الولاية له، كجواز الأكل والشرب، فبرغم جواز التصرف له فيهما، لكن لا مجال لجعل الولاية له بالنسبه إليهما.

وأخرى: يكون مورد التصرف فيه القابليته لأنّ يجعل له الولاية فيه كتجهيز الميت، فإنّه برغم ثبوت هذا التكليف يمكن جعل الولاية فيه، كما جاء في قوله عليه السلام: [«يصلّى على الجنازه أولى الناس بها أو يأمر من يحب»(٢) أو قوله عليه السلام بالنسبه إلى قضاء الصلاه والصيام: «يقضى عنه أولى الناس بميراثه»(٣)]، حيث أثبت الولاية للورثه بحسب طبقاتهم.

وثالثه: مورد التصرف لا يمكن أن يكون التكليف فيه مجرداً عن الولاية، كما في التصرفات الوضعيه التي هي موضوع الصحه والفساد، حيث لا يعقل فيها ثبوت جواز التصرف دون الولاية، لأنّه «لا يبيع إلا في ما يملك»(٤)، فلا بدّ أن يكون للبائع الولاية على

ص: ٣٩٢

١- ٢. العقد النضيد ٢٥٦/٤.

٢- ١. وسائل الشيعه ٣/١١٤، ح ١، الباب ٢٣ من أبواب صلاه الجنازه، صحيحه ابن أبي عمير عن بعض أصحابه.

٣- ٢. وسائل الشيعه ١٠/٣٣٠، ح ٥، الباب ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان، صحيحه حفص ابن البختري.

٤- ٣. قد مرّ مصادره في الآراء الفقهيّه ٥/٢٦٨ و ٢٦٩ فراجع.

البيع حتى يتحقق الصحه والنفوذ.

وتصرفات عدول المؤمنين مندرجه فى القسم الأ-خير، حيث لا- يعقل ثبوت التكليف دون ثبوت الولاية، وبالتالي فما التزم به الشيخ من ثبوت التكليف مجردا عن الولاية ممنوع.

وثانيا: أن مقتضى صدور البيع ممن ليس بمالك، هو صيروره العقد فضوليا، ولا سبيل للخروج عنه إلا بانتساب البيع إلى البائع بلام النسبه، ومثل هذه اللام تفيد الولاية أيضا.

وثالثا: فضلا عما ذكرنا، فإن النصوص الخاصه أيضا داله على اندفاع دعوى الشيخ

من عدم ثبوت الولاية، ومنها: [موثقه سماعه (١)] وصحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري (٢) الماضيتان وتدلان على ثبوت الولاية للثقه أو العدل كما مر (٣).

بالجمله: علمق الشيخ جواز المزاحمه مع الولى وعدمه على العنوان الثابت فى حقّ الولى من التكليف والولاية، فقال بجواز المزاحمه لو كان الثابت مجرد التكليف، وعدم جوازها إذا كان المعجول النيابة والولاية، وقد ثبت مما ذكرناه اندفاع مبنى الشيخ، وأنّ الثابت ليس إلا الولاية، لأنّ تصرف الولى معدود فى التصرفات الوضعيه المستلزمه لثبوت الولاية (٤). واندفاع ما بنى عليه كما يظهر لك مما سياتى فانتظر.

نبحث عن هذا الفرع فى المقامين:

### المقام الأول: ما تقتضيه الأدله العامه

ومنها: الروايات الداله على حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه نحو:

موثقه سماعه عن أبيعبدالله عليه السلام فى حديث أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من كانت عنده

ص: ٣٩٣

١-١ . وسائل الشيعه ١٩/٤٢٢، ح ٢، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

٢-٢ . وسائل الشيعه ١٧/٣٦٢، ح ١، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣-٣ . راجع هذا المجلد صفحه ٣٥٨.

٤-٤ . العقد النضيد ٤/ (٢٥٧-٢٥٩) مع تصرفات واصلاحات منا.

أمانه فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه. (١)

ومثلها صحيحه أبيأسامه زيد الشحام (٢)

والتوقيع الشريف المروى بسند صحيح عن الناحية المقدسه وفيه: وأما ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارته، و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتسابا للأجر و تقرّبا إليكم؟ فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلك في مالنا؟! من فعل شيئا من ذلك لغير أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم عليه و من أكل من مالنا شيئا فإنما يأكل في بطنه نارا و سيصلى سعيرا. (٣)

هذه الروايات «تمنع الناس منعاً باتاً عن مطلق التصرفات في أموال الآخرين،

حتى أموال الصغار الذين قد يستلزم عدم تصرّفهم فيها فقدانها وتلفها، نعم دلّت النصوص الخاصه والضروره الشرعيه بعدم رضا الشارع بتلف هذه الأموال، وأنه ينبغي لهم التصرف فيها، تلافياً لفقدانها وتلفها، ومع الغض عن هذه الضروره، فإنّ عموم الدليل وعدم وجود مخيّر لفظي مشتمل على الإطلاق، يقتضى تعميم حكم القاعده المذكوره، وعدم جواز رفع اليد عن حكمها إلا بقدر الضروره، والمتيقن منه جواز تصرّف العدل فيما إذا لم تكن يد العادل الآخر مسبوقة إلى المال والتصرّف فيه، ومع سبق يد غيره إليه يشكّ في جوازه، ومجرّد الشكّ فيه يقتضى بطلانه، لاندرج المشكوك في عمومات المنع، حيث إنّ دليل المخصّص لبيّ مردّد بين الأقلّ والأكثر، ويجب الاقتصار في مخالفته على المتيقن، وهو جواز التصرف فيما لم تسبق إليه يد عادل آخر.

وبالنتيجه: تعدّ مزاحمه العادل الثاني للأوّل بعد تصرّفه ممنوعه وباطله بمقتضى

ص: ٣٩٤

١-٥. وسائل الشيعه ٥/١٢٠، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى؛ ونقلت عنه في الآراء الفقهيّه ٤/١١٦.

٢-٦. وسائل الشيعه ٢٩/١٠، ح ٣، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس.

٣-٧. وسائل الشيعه ٩/٥٤٠، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال؛ ونقلتها في الآراء الفقهيّه ٤/١١٧ مع ذكر مصادرها فراجع.

هذا كله بحسب القواعد العامه، ولكن يظهر من المحقق المؤسس الحائري قدس سره عدم جواز التمسك بالقواعد العامه هنا بل لابد من جريان استصحاب حكم الخاص يعنى جواز تصرفات العدل الثانى بعد تصرف العدل الأول.

مقاله المؤسس الحائري قدس سره ونقده

قال ردًا على الشيخ الأعظم: «بأنه لا فرق بين الوجوه الثلاثه [من أنّ المجعول مجرد الحكم التكليفى أو الولاية أو النيابة] من جهه هذه الثمره سواء كان المدرك للولاية هو القدر المتيقن أم الأدله اللفظيه، أمّا على الأول فلائن القدر المتيقن من الخروج عن خلاف الأصل الأولى من عدم جواز التصرف فى أنفس الغير وأمواله وأعراضه صوره عدم تصدى فرد آخر من العنوان، فيخرج الباقي عن القدر المتيقن، ولا فرق بين الحكم والولاية والنيابه وهذا واضح.

وأما على الثانى، فيدور الأمر مدار استفاده العموم الأزمانى من الدليل، فإنّ الدليل الأمر برجوع العوام مثلاً فى الوقائع الحادثه إلى الحكم إن كان ناظرًا إلى زمان دخول فقيه آخر أيضا نظير ما يقال فى التخيير الاستمرارى فى دليل التخيير بين الخبرين كان للقيه الآخر مزاحمه الأول، وللعوام المراجعين أن يرفعوا اليد عن الأول ومراجعته الثانى كما فى

الخبرين، وكذلك الدليل الدال على ولايه هذا الجنس أو نيابته إن استفيد منه العموم الأزمانى وأنّ الولاية أو النيابة محفوظه حتى بعد تصدى فرد آخر مثله جاز المزاحمه، وليس مزاحمه نائب الإمام عليه السلام حينئذ إلا من نائبه ويأذنه عليه السلام .

هذا على تقدير الاستفاده، ولو لم يكن للدليل عموم أزمانى على جميع الوجوه الثلاثه فيكون الحال كما لو كان المدرك هو القدر المتيقن فهل يصح إثبات جواز تصرف الثانى بالاستصحاب أو لا؟ الحق الجواز، فيقال: إنّه كان قبل تصدى الأول جائز التصرف أو وليا والآن نشك فى بقاء ذلك، فالأصل بقاؤه.

ص: ٣٩٥

لا يقال: هذا مبني على القول بانصراف قوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» إلى المالك الذي من شأنه الإذن وطيب النفس، فلا يشمل الصغير، وأما لو قلنا بعمومه للصغير أيضا فلا بد حينئذ من التفصيل بين ما لو استفيد الحكم فالمرجع عند الشك عموم هذا الخبر أو الولاية فالمرجع الاستصحاب، والفرق أن استصحاب حكم الخاص مع وجود العموم الأزمانى كما هو الحال فى الخبر المذكور غير جائز، لأنه تمسك بالأصل فى قبال الدليل، والاستصحاب المنقح لموضوع العام مقدّم على العام، فلو استفيد الحكم كان تصرفا فى حكم قضيه لا يحل، ولو استفيد الولاية أو النيابة كان تصرفا فى موضوعها وتعميما لطيب نفسه إلى طيب نفس من يقوم مقامه بلسان التنزيل، والأول تخصيص والثانى تخصيص بلسان الحكومه، فلا جرم يختل حال الاستصحاب عليهما.

لأننا نقول: هذا العموم بالنسبه إلى الصغير غير ممكن العمل مطلقا؛ لأن العمل به إنما يحصل بإناطه جواز التصرف بطيب نفس الصغير وهذا المعنى غير متحقق فى حال الصغاره أبدا، وبعد ذلك لا يفرق الحال بين أن يكون جواز التصرف ثابتا لواحد أو اثنين، فلا يكون الثانى زياده تخصيص ولا الأول حفظ عموم»(1).

توضيح كلامه: «إن العدل الثانى كان له جواز التصرف تكليفا - على مبنى الشيخ - أو ولاية بالأصالة، وقبل أن يضع العدل السابق يده على مال الصغير وينوى التصرف فيه، وعند قيام السابق بالتصرف نشك فى بقاء جواز التصرف للأحق وعدمه، فإن الاستصحاب يثبت بقاء الجواز السابق للعدل الألاحق، هذا ومن جهة أخرى نشك أيضا أن الثانى هل زالت ولايته بوضع الأول يده على المال وعدمه، فإن الاستصحاب أيضا يثبت

بقاء ولايته وضعاً.

فإن قيل: بأنه لا مجال لجريان استصحاب حكم الخاص مطلقا، بل ينبغى التفصيل بين مذهب الشيخ القائل بالتكليف، وغيره القائل بثبوت الولاية أو النيابة، وأنه يجب على الأول التمسك بعموم قوله: «لا يحل لأحد أن يتصرف...» أما فى الثانى فيجرى فيه

ص: ٣٩٦

بيان ذلك: على مبنى الشيخ يكون التخصيص وارداً على قوله: «لا يحل لأحد أن يتصرف...» حيث تخصيص ممنوعيه التصرف مطلقاً بخصوص العدل المؤمن، فيشكك في سعة دائره المخصّص وضيقه بين الأقل والأكثر، ويكون المرجع حينئذٍ عموم «لا يحل...» الذى يبطل أثر الاستصحاب لأنه أصل والعموم دليل والقاعده تقتضى تقدّم الدليل على الأصل. وهذا بخلاف ما إذا التزمنا بثبوت الولايه فإنّ استصحاب بقاء الولايه يزيل عموم قوله: «لا يحل...» وبذلك يتقدّم الاستصحاب على الدليل، والسبب فى قدره الاستصحاب على إزاله موضوع الدليل، أنه من خلال الاستصحاب يثبت أنّ تصرف العدل اللاحق لم يعد تصرف الأجنبى ليشمله حكم المنع والحرمة، بل هو تصرف من له حق التصرف من المالك أو الوكيل أو الولى.

قلنا: برغم تماميه الكبرى المذكوره فى المقام، وأنه ينبغى على المسلك الأوّل التمسك بعموم المنع عند الشكّ فى جواز تصرف الثانى وعدمه، وعلى المسلك الثانى بالاستصحاب، لكن الصغرى غير تامه، لأنّ موضوع دليل «لا يحل» المالك المتصرف الذى من شأنه أن يأذن لغيره فى التصرف، فإذا كان قادراً على التصرف بنفسه، أو من خلال الإذن لغيره، ففى هذه الصوره لو قام غيره بالتصرف شمله عموم الدليل وعدّ تصرفه عدواتياً، وهذا بخلاف ما إذا كان المالك فاقداً لمثل هذه الشأنيه، وعاجزاً عن الإذن لغيره كما فيما نحن فيه، فإنّ الصغرى عاجزٌ عن ذلك، فحينئذٍ لا مجال لجريان عموم الدليل، بل يكون اقتضاء جريان الاستصحاب تاماً ومانعه مفقوداً، سواء التزمنا بمبنى الشيخ أو بمبنى غيره»<sup>(١)</sup>.

نقد كلامه: ولكن يرد عليه: «أولاً: إنّ الطفل برغم عجزه عن الإذن بالتصرف فعلاً لصغره، إلاّ أنّه قابل له مآلاً وحينما يكبر ويبلغ، وبالتالي فدعوى اختصاص عموم المنع

بمن هو قادرٌ على الإذن وعدمه، فلا يشمل الصغير وأضرابه ممنوعٌ، لما ثبت من إمكانه



الاستقبالي في الصغير، وكذلك في المجنون الأدواري حيث أنّ له ذلك بعد الإفاقه.

وثانيا: لو سلمنا عدم شمول قوله: «لا يحلّ» للصغير، ولكنّه بعمومه يعمّ الصغار وأوليائهم، فإذا كان الصغير فاقدا لشأنيّه الإذن، ينبغي على المتصرّف تحصيل الإذن من وليه، وعليه فإنّ إطلاق اشتراط جواز التصرف بالإذن، يقتضى ممنوعيّة التصرف إلا بعد إذن الولي، ومع فقد الولي فإنّ المرجع هو أصله جواز تصرف العدل من المؤمنين فيه، بشرط أن لا تكون يد عادل آخر مسبوقة عليه.

وثالثا: اختصاص مدلول قوله: «لا يحلّ» بخصوص العاقل البالغ دون غيره لفقده الشأنيّه، يستلزم ما لا يمكن حتّى للقائل الالتزام به، وزوال أصله حرمة التصرف في أموال الصغار، وانقلابه إلى أصله حليّه التصرف فيها، وهو باطل قطعاً، وعليه فبالأولويّه القطعيّه يثبت أنّ الأصل في التصرف في أموال الصغار هي الحرمة.

ورابعا: ولو سلمنا جميع ذلك واعتبرنا الدليل خاصاً بمن له شأنيّه الإذن فعلاً، فإنّ قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»<sup>(١)</sup> والأخبار المفسّره لها والوارده في ذيلها، جميعها تفيد أنّ الأصل حرمة الاتجار والتصرف في أموال اليتامى والصغار، والمتيقن الخارج منه هو قيام العدل من المؤمنين بالتصرف فيها، لصيانتها عن الضياع، بشرط أن لا يكون تصرفه مسبوقة بتصرف عدل آخر غيره»<sup>(٢)</sup>.

## المقام الثاني: ما تقتضيه النصوص الخاصّة

### إشاره

قبل الورود في البحث لابدّ من ذكر نكته وهي:

### تنبيه: في جواز التمسك بالإطلاق على فرض وجوده

«هل حيثيّه المسبوقيه والسابقيه تعدّان من الخصوصيّات الذاتيه المتعلّقه بشخص العادل المؤمن، بحيث يمكن تقسيم المؤمن إلى المسبوق والسابق - كما نقسم المؤمن إلى العالم وغير العالم - أم أنّهما حيثيتان راجعتان إلى الأفعال الصادره من المؤمن، فإنّ ثبت

ص: ٣٩٨

١- ١. سورة الأنعام/ ١٥٢.

٢- ٢. العقد النضيد ٤/ (٢٦٣-٢٦١).

الأوّل فإنّ للتمسّك بالإطلاق مجالاً وإلاّ فلا.

والمستفاد من كلمات جماعه من الفقهاء أنّها لا تعدّ من الحيثيات الذاتيه، وبالتالي

لا مجال للتمسّك بالإطلاق، ولكن هناك مجال لدفعه لإمكان تقسيمها كما هو الحال في الأب والجدّ، فهما وليان وتعدّ الصفه من حيثياتهما الذاتيه سواءً زاحم أحدهما الآخر أو لم يزاحم، وبالتالي فإنّ للتمسّك بالإطلاق فيهما مجال واسع، وكذلك الأمر في المقام فإنّ كلّ مؤمن عدل ولى سواءً زاحمه ولى آخر أم لم يزاحمه.

وبالجملة: فإنّ خصوصيه المزاحمه لها القابليه لصيرورتها من الحيثيات الذاتيه للعدل القابله للقسمه»(١).

وأما النصوص الخاصه فهي الروايات الآتية الماضيه:

١- صحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع (٢).

وقد عرفت أنّها تدل على ولايه الفقيه عندنا، لا ولايه عدول المؤمنين وثقاتهم، فهي خارجه عن المقام.

٢- صحيحه علي بن رثاب (٣).

وقد عرفت أنّها لا تدلّ إلاّ على لزوم مراعاة المصلحه في أموال المولّى عليه، بعد اعتبار القيموميه والفراغ عنها، فلا تدلّ على ولايه عدول المؤمنين وثقاتهم، فهي أيضا خارجه عن المقام.

٣- موثقه سماعه (٤).

قد عرفت دلالتها على ولايه ثقات المؤمنين فضلاً عن عدولهم، ولكن ليس لها إطلاق حتّى تشمل صورته المزاحمه، مضافاً إلى أنّ قوله عليه السلام: «إن قام رجلٌ ثقةً قاسمهم

ص: ٣٩٩

١-١ . العقد النضيد ٢٦٣/٤.

٢-٢ . وسائل الشيعه ١٧/٣٦٣، ح ٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣-٣ . وسائل الشيعه ١٧/٣٦١، ح ١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٤-٤ . وسائل الشيعه ١٩/٤٢٢، ح ٢، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

ذلك كله فلا بأس» (١)، يدل على قيام رجل واحد فقط هو المتصرف الأول فلا يدل على ولايه الثانى.

٤- صحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري. (٢)

قد عرفت دلالتها على ولايه عدول المؤمنين من دون مناقشه ولكن ليس لها إطلاق أيضا حتى تشمل صورته المزاحمه، مضافا إلى أن قوله عليه السلام: «وقام عدل في ذلك»،

يدل على قيام عدل واحد فقط كما مر في ذيل الموثقه.

فظهر ممّا ذكرنا لك عدم وجود الإطلاق فى النصوص الخاصه حتى تشمل صورته المزاحمه.

نقل مقال المحقق الإيروانى ونقده

يرى المحقق الإيروانى جواز المزاحمه متفرعا على ثبوت الولاية للعنوان العام يعنى: «عنوان المؤمن المنطبق على كل فرد ابتداء والمنطبق على كل فرد بعد تصدى بعضهم فبالملك الذى ينفذ تصرفات كل فرد ابتداء ينفذ تصرفات كل فرد بعد تصدى بعض وإثبات يده على المال ما لم يتحقق التصرف المؤثر فى حصول النقل المفوت لموضوع مال اليتيم الثابت عليه ولايه المؤمن» (٣).

ولكن يرد عليه: ما مرّ ممّا (٤) من أن متعلق الحكومه والولاية هى الوجودات بعدواتها دون الطبائع والماهيات والعناوين، فالولاية معموله لِمَنْ يَصِيدُ عَلَيْهِ الفقيه أو الثقة أو العدل فى الخارج بالحمل الشائع الصناعى، لا- عناوين الفقيه أو الثقة أو العدل وماهياتهم وطبائعهم فلا تتم مقاله الإيروانى قدس سره .

**تذكرة:**

«جواز مزاحمه ولّى آخر للولى الأول المتصرف والجامع لشروط الولاية، منافٍ

ص: ٤٠٠

١- ٥. وسائل الشيعه ١٩/٤٢٢، ح ٢، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

٢- ٦. وسائل الشيعه ١٧/٣٦٢، ح ١، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- ١. حاشيه المكاسب ٢/٣٨٨.

٤- ٢. راجع هذا المجلد صفحه ٣٧٨.

مع حكمته تعالى في تمشيه أمور الصغير، التي هي السبب في جعل الولاية، ومراعاةً لذلك نجد أنّ الشيخ الأعظم بعد استعراضه لأدلة الولاية التي استنتج منها عدم جواز المزاحمة، يقول أخيراً: «هذا كلّه مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكام سيّما في مثل هذا الزمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممّن يدعى الحكومه» (١) (٢).

ص: ٤٠١

---

١-٣. المكاسب ٣/٥٧٢.

٢-٤. العقد النضيد ٤/٢٦٦.

من شروط المتعاقدين إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم من المتعاقدين، نبحت عنه بالإجمال لا بالتفصيل لعدم وجود الموضوع لهذا الفرع في هذه الأزمنة ولعدم إندارس أحكام الله تعالى وعدم نسيانه وَنَبَّذِيْ بِنَقْلِ أَقْوَالِ الْفُقَهَاءِ الْعِظَامِ كَمَا هِيَ سَيَّرْتُنَا فِي بَدَايَةِ الْأَبْحَاثِ:

### نقل الأقوال

قال الشيخ في المبسوط: «ولا يجوز لكافر أن يشتري عبدا مسلما ولا يثبت ملكه عليه وفيه خلاف لقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»<sup>(١)</sup>... وإذا وكل مسلم كافرا في شراء عبد مسلم لا يصح شراؤه، ولا يجوز أن يكون وكيلًا للآية التي قد مناهها، وإذا قال كافر لمسلم: أعتق عبدك عن كفارتى فأعتقه صح ويدخل في ملكه ويخرج منه بالعتق. إذا كان العبد كافرا وإن كان مسلما لم يصح لأننا بينا أن الكافر لا يملك مسلما.

إذا اشترى الكافر أباه المسلم لا ينعق عليه لأننا قد بينا أنه لا يملك، وإذا لم يملك لا ينعق عليه، وفي الناس من قال: ينعق عليه وإن لم يصح ملك الأب لأنه لا يلحقه صغار لانعتاقه عقيب الملك.

وإذا استأجر كافر مسلما صححت إجارته سواء استأجره في عمل موصوف في ذمته أو استأجره يوما من حين العقد أو شهرا أو سنة للبناء أو للبيع أو [ل]غير ذلك لأنه لا مانع منه<sup>(٢)</sup>.

ص: ٤٠٢

١-١ . سورة النساء / ١٤١.

٢-٢ . المبسوط ٢/١٦٧ و ١٦٨.

وقال في الخلاف: «مسأله: إذا وكل مسلم كافرا في شراء عبد مسلم، لم يصح ذلك.

وللشافعي فيه قولان (١).

دليلنا: قوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (٢).

وهذا عام في جميع الأحكام.

مسأله: إذا قال كافر لمسلم: اعتق عبدك عن كفارتى، فأعتقه، لم يصح إذا كان مسلما، وإن كان كافرا يصح.

وقال الشافعي: يصح على كل حال، ويدخل في ملكه، ويخرج منه بالعتق (٣)، ولم يفصل.

دليلنا: أنا قد بينا أن الكافر لا يصح أن يملك المسلم، والعتق فرع على الملك، فإذا لم يصح ملكه لم يصح عتقه.

وإذا كان كافرا جاز أن يملكه، فيصح عتقه، فينتقل إليه بالملك ثم ينعق.

مسأله: إذا استأجر كافر مسلما العمل في الذمه، صح بلا خلاف.

وإذا استأجره مده من الزمان شهرا أو سنة ليعمل له عملا، صح أيضا عندنا.

واختلف أصحاب الشافعي، ففيهم من قال: فيه قولان كالشراء (٤).

ومنهم من قال: لا يصح قولاً واحداً (٥).

دليلنا: أنّ الأصل جواز ذلك، والمنع يحتاج إلى دليل (٦).

وقال المحقق في شرائط المتعاقدين: «وأن يكون المشتري مسلما، إذا ابتاع [عبدا] مسلما، وقيل: يجوز ولو كان كافرا ويُجبر على بيعه من مسلم والأول أشبه. ولو

ص: ٤٠٣

١-٣. المجموع ٩/٣٥٦؛ وفتح العزيز ٨/١١٠.

٢-٤. سورة النساء ١٤١/.

٣-١. المجموع ٩/٣٥٨؛ وفتح العزيز ٨/١٠٨.

٤-٢. المجموع ٩/٣٥٩؛ وفتح العزيز ٨/١٠٨.

٥-٣. المجموع ٩/٣٥٩.

٦-٤. الخلاف ٣/١٩٠.

ابتاع [الكافر] أباه المسلم هل يَصِحُّ؟ فيه تردُّدٌ، والأشبهُ الجواز لانتفاء السبيل بالعق» (١).

قال العلامة في التذكرة: «لا يشترط إسلام العاقد إلا إسلام المشتري في شراء العبد المسلم، فلا ينعقد شراء الكافر للمسلم، عند أكثر علمائنا (٢) - وبه قال أحمد ومالك في إحدى الروايتين وأصح قول الشافعي (٣) - لأنَّ الاسترقاق سبيل فينتفى؛ لقوله تعالى:

«وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (٤).

ولأنه ذلٌّ، فلا يثبت للكافر على المسلم، كالنكاح. ولأنه يُمنع من استدامه ملكه فيمنع من ابتدائه، كالنكاح.

وقال أبو حنيفة والشافعي في أضعف القولين، ومالك في الرواية الأخرى، وبعض (٥) علمائنا: يصح ويُجبر على بيعه؛ لأنه يملكه بالإرث، ويبقى عليه - لو أسلم - في يديه، فصَحَّ شراؤه. (٦)

والفرق: أن الإرث والاستدامه أقوى من الابتداء؛ لثبوته بهما للمُحرم في الصيد مع منعه من ابتدائه، ولا يلزم من ثبوت الأقوى ثبوت الأدون مع أننا نقطع الاستدامه عليه

ص: ٤٠٤

١- ٥. الشرائع ٢/١٠.

٢- ٦. منهم الشيخ الطوسي في المبسوط ٢/١٦٧؛ وابن زهره في الغنيه ٢/١٠؛ والمحقق في شرائع الإسلام ٢/١٦.

٣- ٧. المغنى ٤/٣٣٢؛ الشرح الكبير ٤/٤٧؛ الكافي في فقه الإمام أحمد ٢/١٣؛ أحكام القرآن لابن العربي ١/٥١٠؛ الجامع لأحكام القرآن ٥/٤٢١؛ الوجيز ١/١٣٣؛ العزيز شرح الوجيز ٤/١٧؛ الوسيط ٣/١٣؛ حليه العلماء ٤/١١٨؛ المهذب للشيرازي ١/٢٧٤؛ المجموع ٩/٣٥٥ و ٣٥٩-٣٦٠؛ روضه الطالبين ٣/١١؛ الحاوي الكبير ٥/٣٨١؛ التفسير الكبير ١١/٨٣.

٤- ١. سوره النساء ١٤١.

٥- ٢. انظر: شرائع الإسلام ٢/١٦.

٦- ٣. المغنى ٤/٣٣٢؛ الشرح الكبير ٤/٤٧؛ الوجيز ١/١٣٣؛ العزيز شرح الوجيز ٤/١٧؛ الوسيط ٣/١٣؛ حليه العلماء ٤/١١٨؛ الحاوي الكبير ٥/٣٨١-٣٨٢؛ المهذب للشيرازي ١/٢٧٤؛ المجموع ٩/٣٥٥ و ٣٥٩-٣٦٠؛ روضه الطالبين ٣/١١؛ الجامع لأحكام القرآن ٥/٤٢١.

بمنعه منها وإجباره على ازلتها»(١).

وقال في المختلف: «مسألة: لا يجوز أن يشتري الكافر عبدا مسلما، فإن اشتراه كان باطلاً وقيل: يجوز ويجبر على بيعه من مسلم(٢)، واختار الشيخ الأوّل(٣)، وهو الحق.

لنا: قوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»(٤) ودخوله في ملكه أعظم السبيل.

احتج الآخرون بأن للكافر أهليه التملك، والعبد المسلم يصح تملكه وقد وجد العقد فتثبت صحه البيع. والسبيل ينتفى بإجباره على بيعه، كما لو أسلم الكافر تحت يد الكافر.

والجواب: لا يكفي المقتضى مع وجود المانع في ثوبت الحكم، والمانع هنا موجود

وهو اثبات السبيل للكافر على المسلم.

مسألة: لو اشترى الكافر أباه المسلم قال الشيخ في المبسوط: لا يصح البيع ولا ينعق عليه؛ لما تقدّم من أنّ فيه اثبات السبيل على المسلم(٥)، وتبعه ابن البرّاج(٦).

والأقرب عندى الجواز، وهو اختيار والدى رحمه الله والسبيل منتف بالعتق؛ لأنه في العقد لا سبيل له عليه، وفي الآن الثانى ينعق عليه فينتفى السبيل(٧).

أقول: اختار العلامة الجواز فى مسألة شراء الكافر أباه المسلم، واحتمل الصحه فى "مسألة شراء الكافر المسلم فى نهايته حيث يقول: «لا يشترط إسلام العاقد، فيصح بيع الكافر وشراؤه، لأنه عقد صادق ملكا فاقضى أثره، إلا أن يشتري مسلما أو مصحفا،

ص: ٤٠٥

١-٤ . تذكرة الفقهاء ١٩/١٠١.

٢-٥ . شرائع الإسلام، ١٠/٢.

٣-٦ . المبسوط ١٦٧/٢.

٤-٧ . سورة النساء ١٤١/١.

٥-١ . المبسوط ١٦٨/٢.

٦-٢ . جواهر الفقه ٦٠/٦٠، مسألة ٢٢٢.

٧-٣ . مختلف الشيعة ٥٨/٥ و ٥٩.



فيشترط اسلام المشتري، لأنَّ الرقَّ ذلَّ فلا- يجوز اثباته للكافر على المسلم، كما لا ينكح الكافر المسلمه، ولقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (١) والتملك أعظم السبيل.

فعلى هذا لو عقد كان باطلاً- ولم يثمر الملك. ويحتمل الصحة، لأنَّه طريق من طرق التملك، فيملك به الكافر رقبه المسلم كالإرث. وكذا البحث فيما لو وهب منه عبد مسلم فقبل، أو أوصى له به» (٢).

أقول: فظهر ممَّا ذكرنا عدم تماميه اعتبار الإجماع على البطلان الوارد في الغنيه (٣)، نعم، البطلان هو المشهور بين أصحابنا - قدس الله أسرارهم - كما أسنده الفاضل المقداد في كنز العرفان (٤) إلى الفقهاء، والأردبيلي في زبده البيان (٥) إلى أصحابنا، وصاحب الجواهر إلى «المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً» (٦).

وممَّا ذكرنا يَظْهَرُ وجه التأمل في كلام الجدِّ الفقيه الشيخ جعفر حيث يقول: «والحجه في أصل الحكم الإجماع المحصل من تتبع الأقوال - ولا يُخَلَّ به نسبه الخلاف

إلى مَنْ لا يُعرف (٧)، ولا ذكر الاحتمال من بعضهم (٨) - ثمَّ الإجماع المنقول (٩) المؤيد

ص: ٤٠٦

١- ٤. سوره النساء / ١٤١.

٢- ٥. نهايه الإحكام ٢/٤٥٦.

٣- ٦. غنيه النزوع / ٢١٠.

٤- ٧. كنز العرفان ٢/٤٤.

٥- ٨. زبده البيان / ٤٣٩.

٦- ٩. الجواهر ٢٣/٥٣٦ (٢٢/٣٣٤).

٧- ١. فقد قال الشيخ الطوسي في المبسوط ٢/١٦٧: «وفيه خلاف». وقال المحقق الحلِّي في شرائع الإسلام ٢/١٦: «وقيل: يجوز

ولو كان كافراً ويُجبر على بيعه من مسلم». ومثله ذكر العلامة في مختلف الشيعه ٥/٥٩.

٨- ٢. وهو العلامة في نهايه الإحكام ٢/٤٥٦

٩- ٣. في المبسوط ٢/٢٧؛ غنيه النزوع، قسم الفروع / ٢١٠.

بالشهره المستفيضه محصله ومنقوله (١)» (٢).

وأختتم بحث نقل الأقوال بمقاله الفقيه المتتبع السيد العاملى حيث يقول: «اشترط إسلام المشتري إذا اشترى مسلماً وبطلان شراء الكافر له خيره» (٣) والخلاف (٤) والمبسوط (٥) والشرائع (٦) والتذكرة (٧) ونهايه الأحكام (٨) والمختلف (٩) والتحرير (١٠) والإرشاد (١١) وشرحه لولده (١٢) و «الدروس (١٣) والميسيه والروضه (١٤) والمسالك (١٥) والكفايه (١٦) والمفاتيح (١٧)» وهو ظاهر «مجمع البرهان (١٨)» أو صريحه وظاهر

ص: ٤٠٧

- ١- ٤. فى مجمع الفائده والبرهان ٨/١٦١.
- ٢- ٥. شرح القواعد ٢/٤٦.
- ٣- ٦. الخلاف: فى البيع ٣/١٨٨، مسأله ٣١٥.
- ٤- ٧. المبسوط: فى البيوع ٢/١٦٧.
- ٥- ٨. غنيه النزوع: فى البيع /٢١٠.
- ٦- ٩. شرائع الإسلام: فى عقد البيع وشروطه ٢/١٠.
- ٧- ١٠. تذكرة الفقهاء: فى المتعاقدين ١٠/١٩.
- ٨- ١١. نهايه الأحكام، فى العاقد ٢/٤٥٦.
- ٩- ١٢. مختلف الشيعه: فى عقد البيع وشروطه ٥/٥٨.
- ١٠- ١٣. تحرير الأحكام: فى المتعاقدين ٢/٢٧٨.
- ١١- ١٤. إرشاد الأذهان: فى أركان التجاره ١/٣٦٠.
- ١٢- ١٥. شرح الإرشاد للنيلى: فى البيع /٤٥، س ١٨ (من كتب مكتبه المرعشى برقم ٢٤٧٤).
- ١٣- ١٦. الدروس الشرعيه: فى البيع ٣/١٩٩.
- ١٤- ١٧. الروضه البهيه: فى المتعاقدين ٣/٢٤٣.
- ١٥- ١٨. مسالك الأفهام: فى شروط المتعاقدين ٣/١٦٦.
- ١٦- ١٩. كفايه الأحكام: فى عقد البيع وشروطه /٨٩، س ٣٧.
- ١٧- ٢٠. مفاتيح الشرائع: فى البيع ٣/٤٩.
- ١٨- ٢١. مجمع الفائده والبرهان: فى المتعاقدين ٨/١٦١.

«الإيضاح (١) وجامع المقاصد (٢) وحواشي الشهيد (٣) وغيرها (٤). وفي «الغنية» الإجماع

عليه (٥). وفي «التذكرة» أنه مذهب الأكثر (٦). وفي «مجمع البرهان» أنه المشهور (٧). وفي «المبسوط» أن فيه خلافا (٨). وفي «المختلف» قيل: إنه يجوز ويجبر على بيعه من مسلم (٩). ونحوه ما في «الشرائع (١٠) والتذكرة». وفي الأخير نسبته إلى أبي حنيفة (١١). واحتمله في «نهاية الأحكام» قال: كما لو ورثه. ومثله لو وهب له فقبل أو أوصى له به (١٢) (١٣).

## أدله المشهور على البطلان

### أ: آية نفي السبيل

وهي قوله تعالى: «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (١٤).

وفي الجواهر: «الذي هو معظم عمده دليل الأصحاب على ذلك (أي البطلان)» (١٥).

ص: ٤٠٨

١- ٢٢. إيضاح الفوائد: في المتعاقدين ١/٤١٣.

٢- ٢٣. جامع المقاصد: في المتعاقدين ٤/٦٢.

٣- ٢٤. الحاشية النجارية ٢٢٠/.

٤- ٢٥. كالحقائق الناضرة: في المتعاقدين ١٨/٤٢٢ و ٤٢٦.

٥- ١. غنية النزوع، في البيع ٢١٠/.

٦- ٢. تذكرة الفقهاء: في المتعاقدين ١٠/١٩.

٧- ٣. مجمع الفائده والبرهان: في المتعاقدين ٨/١٦١.

٨- ٤. المبسوط: في البيوع ٢/١٦٧.

٩- ٥. مختلف الشيعة: في عقد البيع وشروطه ٥/٥٩.

١٠- ٦. شرائع الإسلام: في عقد البيع وشروطه ٢/١٦.

١١- ٧. تذكرة الفقهاء: في شرائط المتعاقدين ١٠/١٩.

١٢- ٨. نهاية الأحكام: في شرائط العاقد ٢/٤٥٦.

١٣- ٩. مفتاح الكرامه ١٢/٥٦٢-٥٦٠).

١٤- ١٠. سوره النساء ١٤١/.

١٥- ١١. الجواهر ٢٣/٥٣٧ (٢٢/٣٣٥).

بتقريب: تملك الكافر للمسلم استرقاق له والاسترقاق سبيل للكافر على المؤمن وهو منفى بالآيه الشريفه.

واعترض عليه الشيخ الأعظم قدس سره بما نصه: «وأما الآيه: فباب الخدشه فيها واسع:

تارة: من جهه دلالتها فى نفسها ولو بقرينه سياقها الآبى عن التخصيص، فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص، أو بقرينه ما قبلها(١) الداله على إرادته أن نفى

الجعل فى الآخره.

وأخرى(٢): من حيث تفسيرها فى بعض الأخبار بنفى الحجّه للكفار على المؤمنين، وهو ما روى فى العيون، عن أبيالحسن عليه السلام، ردّا على من زعم أن المراد بها نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العاديه(٣) تسلط الكفار على المؤمنين، حتى أنكروا - لهذا المعنى الفاسد الذى لا يتوهمه ذو مسكه - أن الحسين بن على عليه السلام لم يقتل، بل شبه لهم ورُفع كعيسى - على نبينا وآله وعليه السلام - .

وتعميم الحجّه(٤) على معنى يشمل الملكيه، وتعميم السبيل على وجه يشمل الاحتجاج والاستيلاء(٥)، لا يخلو عن تكلف.

وثالثه: من حيث تعارض عموم الآيه مع عموم ما دلّ على صحّه البيع(٦)، ووجوب الوفاء بالعقود(٧)، وحلّ أكل المال بالتجاره(٨)، وتسلط الناس على أموالهم(٩)، وحكومته

ص: ٤٠٩

١- ١٢ . وهو قوله تعالى: «يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»، سوره النساء / ١٤١.

٢- ١ . كما فى الحدائق ١٨/٤٢٤ و ٤٢٥.

٣- ٢ . عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢/٢٠٣، الباب ٤٦، ح ٥، خبر أبيالصلت الهروى؛ ونقل عنه فى بحار الأنوار ٤٤/٢٧١، ح ٤.

٤- ٣ . كما فى العناوين ٢/٣٥٨ للفاضل المراغى، وذكر التعميمين.

٥- ٤ . كما فى الجواهر ١٣/٥٣٩ (٢٢/٣٣٦).

٦- ٥ . مثل «أحلّ الله البيع»، سوره البقره / ٢٧٥.

٧- ٦ . سوره المائده / ١.

٨- ٧ . سوره النساء / ٢٩.

٩- ٨ . راجع عوالى اللالى ١/٢٢٢، ح ٩٩.

الآية عليها غير معلومه.

وإيحاء سياق الآية عن التخصيص مع وجوب الالتزام به في طرف الاستداه، وفي كثير من الفروع في الابتداء(1)، يقرب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكيه، بأن يراد من السبيل السلطنه، فيحكم بتحقيق الملك وعدم تحقق السلطنه، بل يكون محجورا عليه مجبورا على بيعه.

وهذا وإن اقتضى التقييد في إطلاق ما دلّ على استقلال الناس في أموالهم وعدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظه وقوع مثله كثيرا في موارد الحجر على المالك أهون من

ارتكاب التخصيص في الآية المسوقه لبيان أنّ الجعل شيءٌ لم يكن ولن يكون، وأنّ نفي الجعل ناشٍ عن احترام المؤمن الذي لا يقيّد بحال دون حال(2).

تنبيه: قاعده نفي السبيل

من الأمور التي تُستفاد من الآية الشريفه قاعده تُسمّى عند الفقهاء بقاعده نفي السبيل والمراد بها نفي السبيل للكافر على المسلم ولها فروع كثيره وتعدّ من مبطلات العقود وإن لم تنحصر فيها - أي في المبطلات - ومن جمله فروعها: «عدم ثبوت الولايه للكافر، حيث ترجع الولايه على مسلم والتحكّم عليه، فلا عبره بإذنه في أحكام الأموات، لأنّه لا ولايه له، ولا أولويّه له في الميراث.

وعدم ثبوت حقّ له في ذمّه المسلم من جانب الله تعالى - من زكاه أو خمس أو كفاره أو نحو ذلك من الحقوق - ما لم يصدر سبب الضمان من نفس المكلف من استدانه أو وصيته أو وقف أو نحو ذلك؛ وهذا سرّ اشتراط الإسلام في المستحقين.

وعدم اشتراط صحّ نذر الولد ونحوه من العهد واليمين على إذن الوالد الكافر في وجهه؛ وكذا كلّ من يشترط إذنه في عباده - كالزواج ونحوه - وفي المائيات مسأله أخرى.

ص: ٤١٠

١- ٩. قال المامقاني قدس سره: «الظاهر أنّه أشار بذلك إلى الملك القهري كالإرث، ومن غير القهري مثل بيعه على من ينعق عليه، ومثل ما لو قال الكافر للمسلم: اعتق عبدك عني، ومثل ما لو اشترط عند بيعه على الكافر عتقه». غايه الآمال / ٤٢٣ (٦/٣٥٥).

٢- ١. المكاسب ٣/ (٥٨٦-٥٨٤).

وعدم لزوم إطاعه الكافر في مقامات لو كان مسلماً لوجب.

وعدم نفوذ قضاء الكافر وإن جمع سائر الشرائط.

وعدم جواز تولّيه للوقف المتعلّق بالمسلمين.

وعدم جواز تملكه للمسلم بشراء أو صلح وهبه وإسداق، أو نحو ذلك من دفع عوض دين أو ضمان. وبعبارة أخرى: كلّ سبب اختياريّ ناقل للملك إلى الكافر، فإنّه غير صحيح. كما أنّه لو ملك بسبب قهريّ - كالإرث لو قلنا به - أو كان المملوك كافراً عند كافر فأسلم المملوك يُباع على مالكة قهراً ولا يقترّ يده عليه.

وعدم جواز إعاره المسلم للكافر ورهنه عنده ولا إيداعه له في وجه مبنّى على أنّ الاستنابة في الحفظ سبيل.

وعدم جواز حواله الكافر على المسلم في وجه وإن ضعف.

وعدم ولايته على صغير أو مجنون أو سفیه في نكاح أو مال.

وعدم جواز استئجاره للمسلم في عينه وإن جاز في ذمّته.

وعدم جواز إجاره العبد المسلم له.

وعدم جواز وكالته على مسلم لكافر أو مسلم.

وعدم جواز وكالته في بيع عبد مسلم مرهون أو غيره.

وعدم ثبوت شفعه له إذا كان المشتري مسلماً وإن كان البائع كافراً.

وعدم جواز وصايته على مال مسلم أو مولّى عليه محكوم بإسلامه ولو بالاشتراك.

وعدم جواز نكاحه للمسلم ابتداءً وكذا استدامةً، فإنّ بإسلامها يبطل النكاح لو لم يسلم الزوج في العده.

وعدم العبرة بالتقاطه إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه بأحد الطرق المذكورة في محلّها.

وفي عدّ عدم استحقاقه الإرث مع الوارث المسلم وعدم جواز القصاص من المسلم بالكافر من هذا الباب إشكال.

وغير ذلك من المواضع التي لم نذكرها يتتبع عليها المتدرب في الفن بمعونه ما ذكرناه»(١).

أدله قاعده نفى السبيل

يمكن استفاده حكم هذه القاعده من الأمور التاليه:

«أحدها: الإجماع المحصل القطعي الحاصل من تتبع كلمه الأصحاب في المقامات التي ذكرناها في الباب، فإنهم متسالمون على عدم وجود السبيل للكافر على المسلم ويرسلونه إرسال المسلمات من دون نكير، وهذا كاشف عن رضا الشرع بذلك وحكمه به.

وثانيها: الإجماعات المنقوله حد الاستفاضه، بل التواتر من الأصحاب - كما لا يخفى على المتتبع - المؤيده بالشهره العظيمه البالغه حد الضروره.

وثالثها: الاعتبار العقلي، فإن شرف الإسلام قاض بأن لا يكون صاحبه مقهورا تحت يد الكافر ما لم ينشأ السبب من نفسه، فإنه حينئذ أسقط احترام نفسه. وهذا وإن لم يكن في حد ذاته دليلاً، لكنه مؤيد قوي مستند إلى فحوى ما ورد في الشرع.

ورابعها: ما دل من الأدله الخاصه في بعض الموارد، كباب النكاح، فإن النصوص قضت بعدم جواز تزويج المؤمنه للكافر.

وغير ذلك ممّا دلّ على اشتراط الإسلام في الولي على المسلم، فإنّ الاستفادة منها: أنّ العله في ذلك كله عدم رضا الشارع بتسلط الكافر على المسلم فيتسرّى إلى سائر المقامات بتنقيح المناط، أو بالعله المنصوصه الاستفادة من كلام الشرع وإن كان من حيثيه تعليق الحكم على الوصف. وأظنّ ورود التعليل صريحاً في روايات النكاح، فينبغي الرجوع إليها.

وخامسها: الخبر المشهور في ألسنه الفقهاء المتلقّى بالقبول بحيث يغني عن ملاحظه سنده، وهو قوله صلى الله عليه وآله :  
«الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه» فإنه من الكلمات الجاريه

ص: ٤١٢

مجرى القاعده، ك- «لا ضرر ولا ضرار» ونحوه، فلا وجه للبحث فى سنده، وإنما الكلام فى الدلاله.

فإن قلنا: إن دلالته على نفي السبيل مما يكشف عنها فهم الفقهاء - لأنهم يستدلون به فى هذه المقامات من دون نكير، وهو من أعظم القرائن على معرفه المراد - فلا بحث، إذ مقتضاه كون المراد من الخبر: عدم تسلط الكافر على المسلم»(١).

### ب: قياس الابتداء على الاستداه

بتقريب: أن الكافر يُمنع من استداه ملكه على العبد المسلم، لأنه لو ملكه قهرا يارث أو أسلم فى ملكه يبيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح.

بعبارة أخرى: المستفاد من منع الشارع عن استداه ملكيه الكافر على العبد المسلم، «عدم رضاه بأصل وجوده حدوثا وبقاءً، من غير مدخلية لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزاله النجاسه عن المسجد؛ فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال»(٢).

واعترض عليه الشيخ الأعظم بما نصه: «إن هذا إنما يقتضى كون عدم الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء، ومن المعلوم: أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليفٍ بعدم إبقائه وإخراجه عن ملكه، وليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه شرعا عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا

الوجه، فلا يدل على عدم إمضائه لدخوله فى ملكه ليثبت بذلك الفساد.

والحاصل: إن دلاله النهى عن الإدخال فى الملك، تابعه لدلاله النهى عن الإبقاء، فى الدلاله على إمضاء الشارع لآثار المنهى عنه وعدمه، والمفروض انتفاء الدلاله فى المتبوع»(٣)، وهو الإبقاء.

فحينئذ: يحرم بيع العبد المسلم من الكافر ولكن لا يبطل كحرمه المتبوع وهو

ص: ٤١٣

١-١ . العناوين ٢/٣٥٢.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٨٣.

٣-١ . المكاسب ٣/٥٨٣.



الإبقاء وعدم زوال ملكه بمجرد إسلام العبد.

وإن كانَ للمناقشه في الحرمة التكليفية أيضا مجالٌ واسعٌ كما لا يخفى على أهله.

### ج: التمسك بالنص

مرسله حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمّي قد أسلم، فقال: اذهبوا فيبعوه من المسلمين، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده. (١)

بتقريب: فتوى المشهور على طبقها يجبر ضعف سندها في الإرسال وأما دلالتها تخصيص البيع بالمسلمين في مقام البيان يدلّ على فساد البيع من المشتري الكافر وإلا لم يكن وجه للتقييد بالمسلمين، وهذا التقييد يدلّ على المنع من بيعه من الكافر لفساده وعدم ترتب الملكيه عليه. (٢)

واعترض عليه الشيخ الأعظم بما نصه: «إنّ التخصيص بالمسلمين إنّما هو من جهة أنّ الداعى على الأمر بالبيع هي إزاله ملك الكافر والنهي عن إبقائه عنده، وهي لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحه به، بل لأنّ الغرض من الأمر لا يحصل إلاّ به، فافهم» (٣).

وأمره بالتفهم إشاره إلى: «أنّه لا وجه لاستفاده الإختصاص بالمسلمين إلاّ التشبث بمفهوم الوصف حتّى يدلّ على عدم صحه بيعه بغير المسلمين، ويصحّ الاستدلال به على اعتبار الإسلام في من ينتقل إليه العبد المسلم.

أو إشاره إلى: أنّ الأمر بإزاله الملك مستلزم لبطلان البيع، بصيرورته سفهيا. فالنهي وإن كان تكليفيا، لكنّه يوجب الفساد.

إلاّ أن يقال: إنّ المراد بالسفاهه ما يكون سفاهه عرفا مع الغض عن حكم الشارع، لأنّ السفاهه من الألفاظ التي يرجع فيها إلى العرف، فلا بدّ أن تكون المعامله سفهيه مع

ص: ٤١٤

١- ٢. وسائل الشيعه ١٧/٣٨٠، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- ٣. كما في هدى الطالب ٦/٢٩٦.

٣- ٤. المكاسب ٣/٥٨٣ و ٥٨٤.

الغض عن حكم الشارع بوجوب الإزالة»(١).

## د: النبؤى المُرسَلُ

عن النبى صلى الله عليه و آله أنه قال: الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه.(٢)

بتقريب: ينجر إرساله بعمل المشهور على طبقه واستدلال الفقهاء فى موارد متعددة به:

منها: لو دبر الكافر عبده فأسلم العبد فإنه يباع عليه العبد سواء رجع السيد عن تدبيره أم لا.

واستدل الشيخ عليه بعد الإجماع والأخبار وقال: «وأىضا قوله عليه السلام: الإسلام يعلو ولا يعلى عليه. ولو لم يبع عليه وكان لمولاه عليه طاعه، لكان قد علاه وهو كافر، وذلك ينافى الخبر»(٣).

ووافقه العلامة(٤) والشهيدان(٥).

ومنها: عدم إرث الكافر من المسلم.

واستدل الشيخ(٦) فى هذا الفرع بالنبؤى وتبعه الشهيد الثانى(٧).

ومنها: عدم ولاية الكافر على المسلمه فى النكاح سواء كان أبا أو جدًا.(٨)

ومنها: عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته.(٩)

ص: ٤١٥

١- ١. هدى الطالب ٦/٢٩٧.

٢- ٢. وسائل الشيعة ٢٦/١٤، ح ١١، الباب ١١ من أبواب موانع الإرث، و ٢٦/١٢٥، ح ٢، الباب ١٥ من أبواب ميراث الأبوين والأولاد.

٣- ٣. الخلاف ٦/٤١٨.

٤- ٤. مختلف الشيعة ٨/٩١.

٥- ٥. الدروس ٢/٢٣٠؛ المسالك ١٠/٣٨٦.

٦- ٦. الخلاف ٦/٤١٨.

٧- ٧. المسالك ١٣/٢٠.

٨- ٨. راجع: جامع المقاصد ١٢/١٠٧؛ والمسالك ٧/١٦٧؛ والجواهر ٣٠/٣٧١ (٢٩/٢٠٦).

٩- ٩. راجع: المبسوط ٢/٤٦؛ وتذكره الفقهاء ٩/٣٤٤؛ ومختلف الشيعة ٤/٤٤٤؛ وجامع المقاصد ٣/٤٦٣؛ والجواهر ٢٢/٤٩٢ (٢١/٢٨٤).

«ومن المعلوم أنّ ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه»<sup>(١)</sup> من هذه الفروع التي

مرّت.

وقد بسط الكلام الفاضل المراعى حول النبوى ووجوه الاستدلال به فى عناوينه<sup>(٢)</sup> فراجعها إن شئت.

ولكن يرد عليه: صدق العلو على الملكيه الوحيده، والمحجوره عن التصرف والخاليه عن السلطنه والسلطه، والفاقده للولايه والأمر والنهى محلُّ تأمّلٍ ومناقشهٍ ومنعٍ واضحٍ.

وقال المحقّق الإصفهاني رحمه الله فى توضيح الاستدلال بالنبوى ونقده ما نصه: «إنّ نفس المالكه مولويه وسياده، وهو علو حقيقه، وليس العلو كالسبيل فإنّه بنفسه يتعدى ب- «على»، وحيث إنّ كانت القضيه مسوقه لنفى كل ما كان مصداقا للعلو من المجعولات الشرعيه - كالملكيه والزوجيه والسلطنه - فالخبر متكفّل لعدم حصول الملك بالبيع من الكافر، لكنه يجب تخصيصه بموارد ثبوت الملكيه بالارث وبعدم الزوال بعد اسلام المملوك ونحوهما، ولا يعم ما نقل فى المتن من عدم جواز اعلاء الكافر بنائه على دار المسلم، لأنّ الاعلاء الخارجى ليس من مصاديق العلو القابل للنفى شرعا، وجوازه وإن كان قابلاً للنفى إلاّ أنّه ليس مصداقا للعلو، والسلطنه على اعلاء بنائه سلطنه على فعله لا سلطنه على المسلم ليكون مصداقا للعلو، على المسلم.

وإنّ كانت القضيه مسوقه للحكم بعدم العلو على المسلم فيساق الحكم بعدم التملك شرعا، وبازالته مع ثبوته؛ وبعدم جواز التصرف المساوق لنفى السلطنه عليه، وإذا عممناه لكل علو تكوينى أو تشريعى فيعم عدم جواز اعلاء بنائه، فلا يرد عليه ما كان يرد على الأوّل من الشقين، وعليه فلا يكون دليلاً على عدم نفوذ البيع، لا من حيث تعلق النهى بعنوان الاعلاء لا بعنوان المعامله، بل من حيث إنّ الحرمة المولايه لا تقتضى فساد

ص: ٤١٦

١- ١٠. المكاسب ٣/٥٨٢.

٢- ١. العناوين ٢/(٣٥٦-٣٥٣).

المعامله، وإن تعلق النهى بعنوانها، ولا يخفى أن الفقرة الأولى وهو قوله عليه السلام (الإسلام يعلو) قابله للمعنيين، فعلى الأول يراد منها ثبوت ما هو مصداق للعلو من المجعولات الشرعية للمسلم بأسبابه وليس للكافر ذلك، وعلى الثانى يراد منها جواز علو المسلم على الكافر، سواء كان بتملكه أو ببناء داره أعلى من داره»(١).

وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

## ل: الإجماع

المُدعى فى غنيه النزوع(٢) لابن زهره.

وقد عرفت الخلاف فى المسأله فى أول البحث: «نقل الأقوال»(٣) فلا نعيده.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «لكن الإنصاف: أنه لو اغمض النظر عن دعوى الإجماع... لم يكن ما ذكره من الأدلة خاليا عن الإشكال فى الدلاله»(٤).

## ه: هذه المعامله سفهيه

لا- شبهه فى لزوم ازاله ملك الكافر، والإقدام على التملك الذى يجب إزالته وعدم السلطنه بوجه على التصرف، تعدّ معامله سفهيه، فتفسد المعامله بوجه سفهيتها.

ويرد عليه: أن الدواعى العقلانيه غير منحصره فى بقاء العين على ملكه أو فى التصرف فيه، بل يمكن فرض الاشتراء بأقل من ثمن المثل وبيع عليه بثمان المثل ونحو ذلك من الدواعى العقلانيه فتخرج المعامله السفهيه.

## و: الشراء هنا غرريه

الشراء وإن كان نافذا من حيث نفسه إلا أنه بملاحظه عدم تمكينه من تسلّم المال وأخذه يُفسد، لأنه غير مقدور التسليم إلى الكافر.

ويرد عليه: نعم، عدم قدره على أخذ المال يوجب غرريه الشراء، ولكن الغرر

ص: ٤١٧

١-٢. حاشيه المكاسب ٢/٤٤٥ و ٤٤٦.

٢-١. الغنيه / ٢١٠.

٣-٢. راجع هذا المجلد صفحه ٤٠٢.

٤-٣. المكاسب ٣/٥٨٢.

هنا منتف للعلم بأنَّ العبد المسلم يُباع على الكافر ويدفع إليه ثمنه، وحيث أنَّ الثمن يدفع إلى الكافر، فهذا المقدار من قدره على أخذ المال وتسلمه تُدفع الغريره، مضافا إلى إمكان تسليمه لو كيله المسلم حتى باع عليه ويدفع إليه ثمنه.

### ي: لزوم إعزاز المسلم وتعظيمه

استدلّ في العناوين (١) والجواهر (٢) بلزوم إعزاز المسلم ووجوب تعظيمه وحرمة اهانتة على بطلان البيع.

ويرد عليه: أنّها لا تقتضى إلاّ حرمة البيع، ومن المعلوم أنّ حرمة لا تلازم فساده وبطلانه. (٣)

### أدله الصحه

### اشاره

تدلّ على الصحه العمومات والإطلاقات الوارده في صحه البيوع والتجارات والعقود نحو قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٤) قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٥) وقوله تعالى: «إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٦) وقوله صلى الله عليه وآله: النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ (٧).

شراء الكافر العبد المسلم ببيع وعقد وتجاره، والكافر مسلط على ماله في شرائه فيحكم بصحته الشراء.

وذكر الشيخ الأعظم في أدله الصّحّه استصحابها فقال: «مضافا إلى استصحاب الصحّه في بعض المقامات يقتضى الصحّه، كما إذا كان الكافر مسبوqa بالإسلام - بناءً على

ص: ٤١٨

١-٤ . العناوين ٢/٣٥٦.

٢-٥ . الجواهر ٢٣/٥٣٧ (٢٢/٣٣٤).

٣-١ . الأدله الثلاثه الأخيره ونقودها مذكوره في حاشيه المكاسب ٢/٤٤٦ و ٤٤٧ للمحقّق الاصفهاني قدس سره .

٤-٢ . سوره البقره /٢٧٥.

٥-٣ . سوره المائده /١.

٦-٤ . سوره النساء /٢٩.

٧-٥ . عوالي اللآلى ١/٤٥٧، ح ١٩٨، ونقل عنه في بحار الأنوار ٢/٢٧٢، ح ٧ (١/٣٥٨).

شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام - أو كان العبد مسبقاً بالكفر، فيثبت في غيره بعدم الفصل، ولا يعارضه أصاله الفساد في غير هذه الموارد؛ لأن استصحاب الصحه مقدم عليها، فتأمل»(١).

وأمره بالتأمل لعله إشاره إلى منع حكومه استصحاب أصاله الصحه على أصاله الفساد - لثلاث تلزم لغويه جعل أصاله الصحه أو لأن أصاله الصحه أصل موضوعي وأصاله الفساد أصل حكمي، والأصل الموضوعي مقدم على الأصل الحكمي - .

وجه منع الحكومه: عدم تسبب أحد الشكين عن الآخر.

أو لعله اشاره إلى عدم جريان استصحاب الصحه ووجهه تبدل الموضوع بين الكفر والإسلام. فإذا زال الإسلام فلا وجه لاستصحاب الصحه لتبدل الموضوع من المسلم إلى الكافر.

ولكن الظاهر تماميه حكومه اصاله الصحه على أصاله الفساد بما مرّ.

والحاصل: يمكن القول بصحه شراء الكافر العبد المسلم لعدم تماميه أدله البطلان وجريان أدله الصحه في حقه والله سبحانه هو العالم.

وقال الشيخ الأعظم: «ثم إن الظاهر أنه لا فرق بين البيع وأنواع التمليكات كالهبة والوصية»(٢). والصلح والهديه والإصداق والإقرار ونحوها. فإذا جاز الشراء فقد جاز جميعها والله العالم.

**ثم هاهنا فروع لا بد من البحث حولها**

**اشاره**

ثم بعد بناء المشهور على حزمه انتقال العبد المسلم إلى الكافر، هاهنا فروع لا بد من البحث حولها:

**١- تملك منافع المسلم للكافر**

هل يجوز تملك منافع المسلم حرّاً كان أم عبداً إلى الكافر بأن يؤجر الحرّ المسلم نفسه من الكافر أو يؤجر المولى عبده المسلم من الكافر أم لا؟

ص: ٤١٩

١- ٦ . المكاسب ٣/٥٨٦.

٢- ١ . المكاسب ٣/٥٨٦.

قال السيّد العاملی قدس سره : «مقتضى العبارة [فى متاجر القواعد(1)] فى الاستئجار المنع مطلقا سواء كانت فى الذمّه أو على عين كما هو خيريه «الإيضاح(2)» والدروس(3)» وهو قضيه إطلاق عبارة إجاره الكتاب(4) و «جامع المقاصد(5)». وفى «حواشى الكتاب» للشهيد(6) و «جامع المقاصد(7)» والمسالك(8) والروضه(9)» أنّها إن كانت على عمل فى الذمّه يجوز لانتفاء السبيل، وإن كانت على العين لم يجز، وقد اتفق كلامه فى «التذكرة(10)» والتحرير(11) ونهايه الأحكام(12)» فيما إذا كانت على عمل فى الذمّه فجوّزه فيها، واستشكل فى «التحرير» فيما إذا كانت على عين، وظهره فى «التذكرة» الجواز فى ذلك،

وقرّبه فى «نهايه الأحكام» ثمّ احتمل البطلان، وقال فيها(13) وفى «التذكرة(14)»: وعلى

ص: ٤٢٠

- ١- ٢. قواعد الأحكام: فى المتاجر ٢/١٧.
- ٢- ٣. إيضاح الفوائد: فى شروط المتعاقدين ١/٤١٣.
- ٣- ٤. الدروس الشرعيه: فى شرائط المتعاقدين ٣/١٩٩.
- ٤- ٥. قواعد الأحكام: فى الإجاره ٢/٢٨٦.
- ٥- ٦. جامع المقاصد: فى الإجاره ٧/١٢٢.
- ٦- ٧. لم نعثر عليه فى حواشى الشهيد الموجوده لدينا.
- ٧- ٨. جامع المقاصد: فى شروط المتعاقدين ٤/٦٣.
- ٨- ٩. مسالك الأفهام: فى شروط المتعاقدين ٣/١٦٧.
- ٩- ١٠. الروضه البهيه: فى عقد البيع ٣/٢٤٥.
- ١٠- ١١. تذكرة الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ١٠/٢١.
- ١١- ١٢. تحرير الأحكام، فى عقد البيع ٢/٢٧٩.
- ١٢- ١٣. نهايه الأحكام: فى شروط العاقد ٢/٤٥٧.
- ١٣- ١. نهايه الأحكام: فى شروط العاقد ٢/٤٥٨.
- ١٤- ٢. ظاهر العبارة أنّ الوجهين ممّا احتملها العلّامه نفسه فى التذكرة، ولكنّ المذى فيها هو نسبتها إلى الشافعى، قال رحمه الله: فإن قلنا بالصّحّه فهل يؤمر بأن يؤجر من مسلم؟ للشافعى وجهان، انتهى. راجع التذكرة: ١٠/٢١.

احتمال الصحه فهل يؤمر بإجارته من مسلم؟ قال في «التذكره» فيه (١) وجهان، وقرب العدم في «نهايه الأحكام».

وفي «الخلاف (٢)» نفى الخلاف - وظاهره بين المسلمين - عن صحه استئجار الكافر للمسلم على عمل موصوف في الذمه، وظاهره الإجماع منّا على ما إذا كان على عين، قال: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذمه صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدّه من الزمان شهراً أو سنهً ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا.

ويؤيّد ما ورد في الأخبار (٣) من أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان يؤجر نفسه الشريفه من اليهود ليسقى لهم النخل كلّ دلو بتمره، وكفاك ما ورد من الأخبار (٤) في قصه نزول سوره هل أتى الداله على غزل فاطمه عليها السلام الصوف لليهود بأصواع من الشعير، وحمله ذلك على ما إذا كانت في الذمه كما في «جامع المقاصد (٥)» في الخبر الأوّل بعيد جدّاً إلا أن يحمل ذلك على المعاطاه، لأنّه لا لزوم.

وظاهر العبارات أنّه لا فرق في المسلم بين الحرّ والعبد لمكان الإطلاق كما هو صريح «التذكره (٦)» ونهايه الأحكام (٧)» فيما إذا كانت على عين. وفي «الدروس (٨)» بعد أن منع إجاره العبد المسلم للكافر مطلقاً قال: وجوزها الفاضل، والظاهر أنّه أراد إجاره الحرّ المسلم، ويلوح منه الفرق بين إجاره الحرّ والعبد، فليتأمل (٩).

ص: ٤٢١

- ١-٣. كذا في المطبوعه من المفتاح ولكن في تذكره الفقهاء ١٠/٢١: «للشافعي وجهان».
- ٢-٤. الخلاف: في البيع ٣/١٩٠، مسأله ٣١٩.
- ٣-٥. بحار الأنوار: ٣٨/٣٠٦، ح ٦، و ٤١/٣٩، ح ١٧.
- ٤-٦. أمالي الصدوق: المجلس الرابع والأربعون، ح ١٣، ٣٢٩/، رقم ٣٩٠.
- ٥-٧. جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٦٣.
- ٦-٨. تذكره الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٠/٢١.
- ٧-٩. نهايه الأحكام: في شروط العاقد ٢/٤٥٧.
- ٨-١٠. الدروس الشرعيه: في شرائط المتعاقدين ٣/١٩٩.
- ٩-١١. مفتاح الكرامه ١٢/٥٧٢ و ٥٧٣.



أقول: يظهر من المتتبع الفقيه العاملي أنّ الأقوال في المسألة أربعة:

أ: الجواز مطلقاً كما مرّ من الخلاف والتذكّره، وهو مقربٌ نهايه الإحكام.

ب: الجواز مع وقوع الإجاره على الذّمه دون العين كما مرّ من الشهيدين والمحقّق الثاني في متاجر جامع المقاصد.

ج: الجواز إذا كان الأجير حرّاً دون العبد كما يلوح من الشهيد في الدروس.

د: المنع مطلقاً كما مرّ من القواعد والإيضاح والدروس وإجاره جامع المقاصد.

أظهرها عند الشيخ الأعظم الثاني (ب) وقال ما نصه: «أظهرها الثاني، فإنّه كالدين ليس ذلك سيلاً، فيجوز.

ولا- فرق بين الحرّ والعبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكّره وحواشي الشهيد وجامع المقاصد، بل ظاهر المحكّي عن الخلاف: نفى الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذّمه صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدّه من الزمان شهراً أو سنه ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا، انتهى.

وآدعى في الإيضاح: أنّه لم ينقل من الأئمّه فرق بين الدين وبين الثابت في الذّمه بالاستئجار.

خلافاً للقواعد وظاهر الايضاح، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سيلاً.

وظاهر الدروس: التفصيل بين العبد والحرّ، فيجوز في الثاني دون الأول، حيث ذكر بعد أن منع إجاره العبد المسلم الكافر مطلقاً، قال: «وجوّزها الفاضل، والظاهر أنّه أراد إجاره الحرّ المسلم»<sup>(١)</sup>، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل في التذكّره: جواز إجاره العبد المسلم مطلقاً ولو كانت على العين.

نعم، يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك الذي ملك منفعته، بخلاف الحرّ؛ فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه ولا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجاره الحرّ

ص: ٤٢٢

تمليك الانتفاع لا المنفعة، فتأمل» (١).

أقول: ولكن أظهرها عندى الأول (أ) وهو الجواز مطلقا لعدم تماميه التفصيل بين العبد والحُرّ، والعين والذمّه، وقد مرّت صحه بيع العبد المسلم من الكافر فلا بأس بإجارته وإجاره الحرّ له لعدم صدق السبيل واللّه العالم.

## ٢- رهن العبد المسلم عند الكافر

هل يجوز جعل العبد المسلم عند الكافر وثيقه للدين أم لا؟

قال الفقيه المتتبع السيّد العاملي: «وأما الارتهان فظاهر العبارة [في متاجر القواعد] أيضا المنع مطلقا كما هو خيره «الإيضاح (٢) والتذكرة (٣)» في كتاب الرهن و «المختلف (٤)» فيه، وظاهر «نهاية الأحكام (٥)» الجواز مطلقا. وفي «التذكرة (٦)» فيه وجهان للشافعي. وفي «الكتاب (٧)» في كتاب الرهن و «الدروس (٨)» والإيضاح (٩)» فيه و «جامع المقاصد (١٠)» والمسالك (١١)» أنّه يجوز إذا لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعه عند مسلم، لأنّ استحقاق أخذ العين لا يعدّ سبيلاً. وهو خيره «المبسوط (١٢)». وقال الشهيد في

ص: ٤٢٣

١-٢) المكاسب ٣/٥٨٧ و ٥٨٨.

٢-١. إيضاح الفوائد: في شروط المتعاقدين ١/٤١٣.

٣-٢. تذكرة الفقهاء: في الرهن ١٣/١٤٦.

٤-٣. مختلف الشيعة: في الرهن ٥/٤٢٢.

٥-٤. نهاية الأحكام: في شروط العاقد ٢/٤٥٨.

٦-٥. تذكرة الفقهاء: في الرهن ١٣/١٤٦.

٧-٦. قواعد الأحكام: في الرهن ٢/١١٠.

٨-٧. الدروس الشرعية: في الرهن ٣/٣٩٠.

٩-٨. إيضاح الفوائد: في الرهن ٢/١١.

١٠-٩. جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٦٣.

١١-١٠. مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٧.

١٢-١١. المبسوط: في الرهن ٢/٢٣٢.

«حواشيه(١)»: المراد بالارتهان المصاحب للدوام والقبض، قلت: هو أحد وجهي الشافعي(٢)، ولم يرجح شيئاً في التحرير(٣)»(٤).

أقول: يظهر من كلامه قدس سره أنّ الأقوال في الارتهان أربعة:

أ: الجواز مطلقاً وهو ظاهر العلامة في نهايه الأحكام.

ب: التردد وهو ظاهر العلامة في متاجر التذكرة ورهن التحرير.

ج: التفصيل بين صورته عدم وضع العبد تحت يد الكافر فيجوز - كما إذا وضعه عند مسلم -، وصورته وضعه تحت يد الكافر فلا يجوز. وهو مختار كتاب الرهن في كتب:

المبسوط والقواعد والإيضاح والدروس ومتاجر جامع المقاصد والمسالك.

د: المنع مطلقاً وهو مختار العلامة في متاجر القواعد ورهن التذكرة وولده في متاجر الإيضاح.

قال الشيخ الأعظم: «أقواها الثالث [ج، التفصيل] لأن استحقاق الكافر لكون المسلم في يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه»(٥).

أقول: المختار هو القول الأول أي الجواز مطلقاً، لأن جعل العبد المسلم عند الكافر وهو ممنوع من التصرف فيه - لأن المرتهن ممنوع من التصرف - لا يعد سبيلاً لعدم وجود سلطنته على العبد المسلم حينئذٍ وصرف القبض ومصاحبته دائماً لا يعد سبيلاً.

فيظهر ممّا ذكرنا أنّه ليس للراهن أن يصدر إجازة تصرف الكافر المرتهن فيه، لأنها تعدى إلى سلطنته الكافر عليه المنفيه بقاعده نفى السبيل والله العالم.

### ٣- إعاره العبد المسلم إلى الكافر والإيداع عنده

هل يجوز أن يعير المسلم عبده المسلم إلى الكافر بحيث يستفيد الكافر في معاشه

ص: ٤٢٤

١- ١٢. لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجوده لدينا.

٢- ١٣. المجموع ٩/٣٥٩.

٣- ١٤. تحرير الأحكام، في الرهن ٢/٤٧٣.

٤- ١٥. مفتاح الكرامه ١٢/٥٧٤.

٥- ١. المكاسب ٣/٥٨٩.

وحياته من العبد المسلم؟ وهل يجوز إيداع العبد المسلم عند الكافر أم لا؟

قال السيد العاملى فى ذيل قول العلامه فى متاجر القواعد: «الأقرب جواز الإيداع له والإعارة عنده»<sup>(١)</sup>: «وفى نهايه الأحكام<sup>(٢)</sup> والتذكرة<sup>(٣)</sup> تجوز إعارته وإبداعه، إذ ليس ملك رقبه ولا منفعه ولا حق لازم، ونحو ذلك ما فى «الإيضاح<sup>(٤)</sup>». وفى «حواشى الشهيد<sup>(٥)</sup>» الإعارة والإيداع أقوى منعا يعنى من الارتهان، فليتأمل. وفى عاربه «الكتاب [القواعد<sup>(٦)</sup>]» تحرم إعارة العبد المسلم من الكافر. وفى «المسالك<sup>(٧)</sup>» فى إيداعه له وجهان أجودهما الصّحّ، وفى إعارته له قولان أجودهما المنع. وفى «جامع المقاصد» لو ان المسلم جاريه أو صبيّا فالذى ينبغى عدم جواز إيداعه إيّاه بالاستقلال إذ لا يؤمن عليه»<sup>(٨)</sup>.

أقول: يظهر من كلامه قدس سره الأقوال فى المسألتين:

أ: الجواز فيهما وهو مختار العلامه فى متاجر القواعد والتذكرة ونهايه الأحكام.

ب: حرمة الإعارة، وهو اختيار العلامه فى عاربه القواعد.

ج: جواز الإيداع وحرمة الإعارة وهو الظاهر من ثانى المحققين والشهيدى فى جامع المقاصد والمسالك. وفى الأوّل ذهب إلى عدم جواز إيداع الجارية والصبي إلى الكافر.

ص: ٤٢٥

١- ٢. القواعد ٢/١٧.

٢- ٣. نهايه الأحكام: فى شروط المتعاقدين ٢/٤٥٨.

٣- ٤. تذكرة الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ١٠/٢٢.

٤- ٥. صريح عباره الإيضاح الحكم بعدم الجواز مطلقا قال فيه: والأقوى عندى عدم الجواز فى المسألتين، راجع إيضاح الفوائد: فى شروط المتعاقدين ١/٤١٤.

٥- ٦. لم نعثر عليه فى حواشى الشهيد الموجوده لدينا.

٦- ٧. قواعد الأحكام: فى العاربه ٢/١٩٣.

٧- ٨. مسالك الأفهام: فى شروط المتعاقدين ٣/١٦٧.

٨- ١. مفتاح الكرامه ١٢/٥٧٧.

د: المنع فيهما وهو مختار الفخر في الإيضاح والشهيد في حواشيه.

والشيخ الأعظم (١) استحسّن الحرمة في العارِية وتنظّر فيها في الوديعه، لوجود السبيل والعلو في الاعاره وعدمهما في الوديعه. فهو مع القول الثالث [ج] ونحن مع القول الأوّل [أ] وهو الجواز فيهما لعدم صدق السبيل والعلو فيهما كما مرّ في بحث تمليك منافع المسلم للكافر. واللّه العالم.

#### ٤- وقف الكافر عبده المسلم على أهل الكفر

##### إشاره

هل يجوز هذا الوقف أم لا؟

قال الشيخ الأعظم: «ومّمّا ذكرنا يظهر عدم صحه وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملّته» (٢).

أقول: لأنّ هذا الوقف سبيل وعلو تنفيهما الشريعة المقدسه، وكذلك تظهر صحه وقفه على أهل ملّه الإسلام. واللّه العالم.

##### المراد من الكافر

مَنْ هو المراد من الكافر في ألسنتهم هنا؟

الكافر هنا يقابل المسلم فلا بدّ من التعريف بالإسلام والمسلم حتّى يظهر مقابلهما الكفر والكافر.

##### ما هو الإسلام؟

الإسلام هو الإقرار بالشهادتين، الشهاده على التوحيد والشهاده على الرساله،

يدخل فيه جميع الفرق من العامه والخاصه بطوائفهما ومختلف مذاهبهما.

فمن أقرّ بهما فهو مسلم يحقن به الدم والمال وتجرى عليه المناكح والمواريث والطهاره وحليه ذبيحته.

ومّمّا ذكرنا يظهُر دخول جميع طوائف أهل الخلاف من العامه العمياء وغيرهم من

ص: ٤٢٦

١- ٢. المكاسب ٣/٥٨٩.

٢- ٣. المكاسب ٣/٥٩٠.

الْمُعْتَقِدِينَ بِالْمَذَاهِبِ الْفَاسِدَةِ فِيهِ مَا دَامَ لَمْ يَنْكُرُوا ضَرُورِيَّاتِ الْإِسْلَامِ أَوْ مَعَ عَدَمِ الْإِلْتِمَامِ بِلُؤَازِمِ الْإِنْكَارِ.

وفى مقابله الكفر وهو إنكار إحدى الشهادتين من التوحيد والرسالة، على سبيل منع الخلو، فمن أنكر وحده الله تعالى أو أنكر نبوه خاتم الأنبياء والمرسلين نبينا محمد صلى الله عليه وآله فهو كافر، ولو كان كتابيا من اليهود والنصارى والمجوس، وإن كان للكتابين أحكام يختصون بها من سائر الكفار نحو، الجزية وجواز نكاح نسائهم مؤقتا، ودائما - على قول - وطهارتهم - على قول - .

يلحق بالكفار، الخوارج - القديم، والحديث وهم التكفيريون والانتحاريون والإرهابيون والدواعش - والنواصب والغلاة من المنتحلين للشريعة الإسلامية، وكذا المرتدون عنها.

ويلحق بهم الصوفية (١) بشرطين: ١- انكار ضروري من ضروريات الديانة الإسلامية بشروطها. ٢- وتحليل المحرّمات الضرورية من الشريعة المقدسه وهذان الشرطان لا يختصان بالصوفيه وكل من يفعلهما خرج من رقبه الإسلام.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ تماميه مقاله الشيخ الأعظم من أنّ المراد بالكافر «كُلٌّ مَنْ حَكَمَ بِنَجَاسَتِهِ...» (٢). مبنيه على القول المشهور من نجاسه أهل الكتاب.

## الفرق بين الإسلام والإيمان

الإيمان يطلق على معنيين:

١- العقد القلبي على الشهادتين اللتين يقتر بهما على لسانه والاعتقاد بهما والعمل على طبقهما والالتزام العملي بلوازمهما ويبدل عليه قوله تعالى: «قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْأَيْمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ وَإِنْ تُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَا

يَلِتْكُمْ مِنْ أَعْمَالِكُمْ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ \* إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ

ص: ٤٢٧

١ - ١ . كما يظهر من جدى العلامة التقى صاحب هدايه المسترشدين فى كتاب فتواه المطبوع المسمى ب- «رساله صلاتيه» ١٥٠/.

٢ - ٢ . المكاسب ٥٩٠/٣.

ثُمَّ لَمْ يَزْتَابُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَوْلِيكَ هُمْ الصَّادِقُونَ» (١).

فالإيمان بعد الإسلام وفضل الإيمان على الإسلام ظاهر ويلزم السبق إلى الإيمان وأنه مبثوث على الجوارح والأعضاء من البدن وله درجات ودعائم وأقسام وحقيقته والثواب عليه وتنقضه أمور وتثبتة أمور أخرى، يدل على كلها الروايات الواردة (٢) حول الإيمان أذكر لك بعض من صحاحها:

منها: موثقه سَمَاعَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَخْبِرْنِي عَنِ الْأَيْمَانِ وَالْإِسْلَامِ وَالْأَيْمَانِ أَهْمَا مُخْتَلِفَانِ؟

فَقَالَ: إِنَّ الْأَيْمَانَ يُشَارِكُ الْأَيْسْلَامَ، وَالْإَيْسْلَامَ لَا يُشَارِكُ الْأَيْمَانَ.

فَقُلْتُ: فَصِفْصَمَا لِي.

فَقَالَ: الْأَيْسْلَامُ شَهَادَةٌ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَالتَّضْيِيدُ بِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، بِهِ حُقِنَتِ الدَّمَاءُ، وَعَلَيْهِ جَزَتْ الْمَنَاكِحُ وَالْمَوَارِيثُ، وَعَلَى ظَاهِرِهِ جَمَاعَةُ النَّاسِ، وَالْأَيْمَانُ الْهُدَى وَمَا يُثَبَّتُ فِي الْقُلُوبِ مِنْ صِفَةِ الْأَيْسْلَامِ وَمَا ظَهَرَ مِنَ الْعَمَلِ بِهِ، وَالْأَيْمَانُ أَرْفَعُ مِنَ الْأَيْسْلَامِ بِدَرَجَةٍ؛ إِنَّ الْأَيْمَانَ يُشَارِكُ الْأَيْسْلَامَ فِي الظَّاهِرِ، وَالْأَيْسْلَامَ لَا يُشَارِكُ الْأَيْمَانَ فِي الْبَاطِنِ، وَإِنْ اجْتَمَعَا فِي الْقَوْلِ وَالصَّفَةِ. (٣)

ومنها: معتبره حمران بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: الْأَيْمَانُ مَا اسْتَقَرَّ فِي الْقَلْبِ، وَأَفْضَى بِهِ إِلَى اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ -، وَصِدْقُهُ الْعَمَلُ بِالطَّاعَةِ لِلَّهِ وَالتَّسْلِيمِ لِأَمْرِهِ؛ وَالْأَيْسْلَامُ مَا ظَهَرَ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ، وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ جَمَاعَةُ النَّاسِ مِنَ الْفِرْقِ كُلِّهَا، وَبِهِ حُقِنَتِ الدَّمَاءُ، وَعَلَيْهِ جَزَتْ الْمَوَارِيثُ، وَجَازَ النَّكَّاحُ، وَاجْتَمَعُوا عَلَى الصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ، فَخَرَجُوا بِذَلِكَ مِنَ الْكُفْرِ، وَأَضِيَفُوا إِلَى الْأَيْمَانِ، وَالْأَيْسْلَامِ لَا يُشَارِكُ الْأَيْمَانَ، وَالْأَيْمَانُ يُشَارِكُ الْأَيْسْلَامَ، وَهُمَا فِي الْقَوْلِ وَالْفِعْلِ يَجْتَمِعَانِ، كَمَا صَارَتِ الْكَعْبَةُ فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَسْجِدُ لَيْسَ فِي الْكَعْبَةِ، وَكَذَلِكَ الْأَيْمَانُ يُشَارِكُ الْأَيْسْلَامَ، وَالْإِسْلَامَ لَا يُشَارِكُ

ص: ٤٢٨

١- ١. سورة الحجرات / ١٤ و ١٥.

٢- ٢. لأجل العثور عليها راجع كتابي موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام (١/٤٩٢/٥٠٩).

٣- ٣. الكافي ٣/٧٢، ح ١ (٢/٢٥).

الْأَيْمَانِ؛ وَقَدْ قَالَ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - : «قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُوْءْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْأَيْمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ» (١) فَقَوْلُ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - أَصْدَقُ الْقَوْلِ.

قُلْتُ: فَهَلْ لِلْمُؤْمِنِ فَضْلٌ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْفَضَائِلِ وَالْأَحْكَامِ وَالْحُدُودِ وَغَيْرِ ذَلِكَ؟

فَقَالَ: لَا، هُمَا يَجْرِيَانِ فِي ذَلِكَ مَجْرَى وَاحِدٍ، وَلَكِنْ لِلْمُؤْمِنِ فَضْلٌ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي أَعْمَالِهَا وَمَا يَتَقَرَّبَانِ بِهِ إِلَى اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - .

قلت: أَلَيْسَ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - يَقُولُ «مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَثْمَالِهَا» (٢) وَرَعَمَتْ أَنَّهُمْ مُجْتَمِعُونَ عَلَى الصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ مَعَ الْمُؤْمِنِ؟

قَالَ: أَلَيْسَ قَدْ قَالَ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - : «فِيضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً» (٣)؟ فَالْمُؤْمِنُونَ هُمُ الَّذِينَ يُضَاعِفُ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - لَهُمْ حَسَنَاتِهِمْ: لِكُلِّ حَسَنَةٍ سَبْعِينَ ضِعْفًا، فَهَذَا فَضْلُ الْمُؤْمِنِ، وَيَزِيدُهُ اللَّهُ فِي حَسَنَاتِهِ عَلَى قَدْرِ صِحِّهِ إِيْمَانِهِ أَضْعَافًا كَثِيرَةً، وَيَفْعَلُ اللَّهُ بِالْمُؤْمِنِينَ مَا يَشَاءُ مِنَ الْخَيْرِ.

قُلْتُ: أَرَأَيْتَ مَنْ دَخَلَ فِي الْأَيْسَلَامِ هُوَ دَاحِلًا فِي الْأَيْمَانِ؟

فَقَالَ: لَا، وَلَكِنَّهُ قَدْ أَضْيَفَ إِلَى الْأَيْمَانِ، وَخَرَجَ مِنَ الْكُفْرِ وَسَاضْرِبُ لَكَ مَثَلًا تَعْقَلُ بِهِ فَضْلَ الْأَيْمَانِ عَلَى الْأَيْسَلَامِ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَبْصَرْتَ رَجُلًا فِي الْمَسْجِدِ، أَكُنْتَ تَشْهَدُ أَنَّكَ رَأَيْتَهُ فِي الْكَعْبَةِ؟ قُلْتُ: لَا يَجُوزُ لِي ذَلِكَ.

قَالَ: فَلَوْ أَبْصَرْتَ رَجُلًا فِي الْكَعْبَةِ، أَكُنْتَ شَهِدًا أَنَّهُ قَدْ دَخَلَ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ؟ قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: وَكَيْفَ ذَلِكَ؟! قُلْتُ: إِنَّهُ لَا يَصِلُ إِلَى دُخُولِ الْكَعْبَةِ حَتَّى يَدْخُلَ الْمَسْجِدَ، فَقَالَ: قَدْ أَصَبْتَ وَأَحْسَنْتَ ثُمَّ قَالَ: كَذَلِكَ الْأَيْمَانُ وَالْأَيْسَلَامُ. (٤)

ومنها: صحِيحه أَيَالصَّبَاحِ الْكِنَانِيَّ عَنِ أَبِيجَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، قَالَ: قِيلَ

ص: ٤٢٩

١-٤ . سورة الحجرات / ١٤.

٢-١ . سورة الأنعام / ١٦٠.

٣-٢ . سورة البقرة / ٢٤٥.

٤-٣ . الكافي ٣/٧٤، ح ٥ (٢/٢٦).



لِأَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: مَنْ شَهِدَ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، كَمَا أَنْ مُمْئِنًا؟ قَالَ: فَأَيْنَ فَرَضَ اللَّهُ؟

قَالَ: وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: كَانَ عَلَيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: لَوْ كَانَ الْأَيْمَانُ كَلَامًا، لَمْ يَنْزِلْ فِيهِ صَوْمٌ وَلَا صَلَاةٌ وَلَا حَلَالٌ وَلَا حَرَامٌ.

قَالَ: وَقُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّ عِنْدَنَا قَوْمًا يَقُولُونَ: إِذَا شَهِدَ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنَّ

مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فَهُوَ مُؤْمِنٌ.

قَالَ: فَلِمَ يُضْرَبُونَ الضُّدَّ؟ وَلِمَ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ؟ وَمَا خَلَقَ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - خَلْقًا أَكْرَمَ عَلَى اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - مِنَ الْمُؤْمِنِينَ؛ لِأَنَّ الْمَلَائِكَةَ خُدَّامَ الْمُؤْمِنِينَ، وَأَنَّ جِوَارِ اللَّهِ لِلْمُؤْمِنِينَ، وَأَنَّ الْجَنَّةَ لِلْمُؤْمِنِينَ، وَأَنَّ الْحُورَ الْعِينِ لِلْمُؤْمِنِينَ. ثُمَّ قَالَ: فَمَا يَبَالُ مَنْ جَحَدَ الْفَرَائِضَ كَانَ كَافِرًا؟ (١)

ومنها: صحيحه جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأيمان، فقال: شهادته أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا رسول الله.

قَالَ: قُلْتُ: أَلَيْسَ هَذَا عَمَلٌ؟ قَالَ: بَلَى. قُلْتُ: فَالْعَمَلُ مِنَ الْأَيْمَانِ؟ قَالَ: لَا يَتَّبِعُ لَهُ الْأَيْمَانُ إِلَّا بِالْعَمَلِ، وَالْعَمَلُ مِنْهُ. (٢)

ومنها: معتبره السكوني عن أبي عبد الله، عن أبيه عليهما السلام، قال: «قال أمير المؤمنين - صيلمات الله عليه -: الأيمان له أركان أربعة: التوكل على الله، وتفويض الأمر إلى الله، والرضا بقضاء الله، والتسليم لأمر الله - عز وجل -». (٣)

٢- وقد يطلق على الإقرار بولايه وصي رسول الله وخليفته، مولاي ومولى الكونين أبي الحسنين أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام وأولاده الأئمة عشر المعصومين عليهم السلام وتدل عليه عدّه من الروايات (٤) أذكر لك بعضًا من صحاحها:

ص: ٤٣٠

١- ١. الكافي ٣/٨٩، ح ٢ (٢/٣٣).

٢- ٢. الكافي ٣/١٠٢، ح ٦ (٢/٣٨).

٣- ٣. الكافي ٣/١٢١، ح ٢ (٢/٤٧).

٤- ٤. لأجل العثور على بعض منها راجع كتابي موسوعه أحاديث أهل البيت عليهم السلام ١٢/ (٢٣٧-٢٢٦).

منها: صحيحه زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، قَالَ: بُنِيَ الْأَسْبَلَامُ عَلَى خَمْسَةِ أَشْيَاءَ: عَلَى الصَّلَاةِ، وَالزَّكَاةِ، وَالْحَجِّ، وَالصَّوْمِ، وَالْوَلَايَةِ.

قَالَ زُرَّارَةُ: فَقُلْتُ: وَأَيُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ أَفْضَلُ؟

فَقَالَ: الْوَلَايَةُ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّهَا مِفْتَاحُهُنَّ، وَالْوَالِي هُوَ الدَّلِيلُ عَلَيْهِنَّ.

قُلْتُ: ثُمَّ الَّذِي يَلِي ذَلِكَ فِي الْفَضْلِ؟

فَقَالَ: الصَّلَاةُ؛ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: الصَّلَاةُ عَمُودُ دِينِكُمْ.

قَالَ: قُلْتُ: ثُمَّ الَّذِي يَلِيهَا فِي الْفَضْلِ؟

قَالَ: الزَّكَاةُ؛ لِأَنَّهَا قَرْنُهَا بِهَا، وَبَدَأَ بِالصَّلَاةِ قَبْلَهَا، وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الزَّكَاةُ تُذْهِبُ الذُّنُوبَ.

قُلْتُ: وَالَّذِي يَلِيهَا فِي الْفَضْلِ؟

قَالَ: الْحَجُّ؛ قَالَ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - : «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ» (١)؛ وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: لِحَجَّهِ مَقْبُولَةٌ خَيْرٌ مِنْ عَشْرِينَ صَلَاةً نَافِلَةً، وَمَنْ طَافَ بِهَذَا الْبَيْتِ طَوَافًا أَحْصَى فِيهِ أُسْبُوعَهُ وَأَحْسَنَ رَكْعَتَيْهِ، غَفَرَ اللَّهُ لَهُ؛ وَقَالَ فِي عَرَفَةَ وَيَوْمَ الْمُزْدَلِفَةِ مَا قَالَ.

قُلْتُ: فَمَاذَا يَتَّبَعُهُ؟ قَالَ: الصَّوْمُ.

قُلْتُ: وَمَا بَالُ الصَّوْمِ صَارَ آخِرَ ذَلِكَ أَجْمَعِ؟

قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الصَّوْمُ جُنَّةٌ مِنَ النَّارِ.

قَالَ: ثُمَّ قَالَ: إِنَّ أَفْضَلَ الْأَشْيَاءِ مَا إِذَا فَاتَكَ لَمْ تَكُنْ مِنْهُ تَوْبُهُ دُونَ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ فَتَوَدِّدَهُ بِعَيْنِهِ، إِنَّ الصَّلَاةَ وَالزَّكَاةَ وَالْحَجَّ وَالْوَلَايَةَ لَيْسَ يَنْفَعُ شَيْءٌ مَكَانَهَا دُونَ أَدَائِهَا، وَإِنَّ الصَّوْمَ إِذَا فَاتَكَ أَوْ قَصُرَتْ أَوْ سَافَرْتَ فِيهِ، أَدَيْتَ مَكَانَهُ أَيَّامًا غَيْرَهَا، وَجَزَيْتَ ذَلِكَ الذَّنْبَ بِصَدَقَةٍ، وَلَا قِضَاءَ عَلَيْكَ، وَلَيْسَ مِنْ تِلْكَ الْأَعْرَبِ شَيْءٌ يُجْزِيكَ مَكَانَهُ غَيْرُهُ.

ص: ٤٣١

قَالَ: ثُمَّ قَالَ: ذِرْوَةُ الْأَمْرِ وَسَيْنَامُهُ وَمِفْتَاحُهُ وَبَابُ الْأَشْيَاءِ وَرِضَا الرَّحْمَنِ الطَّاعَةُ لِلْإِمَامِ بَعِيدَ مَعْرِفَتِهِ، إِنَّ اللَّهَ - عَزَّ وَجَلَّ - يَقُولُ: «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا» (١) أَمَّا لَوْ أَنَّ رَجُلًا قَامَ لَيْلَهُ وَصَامَ نَهَارَهُ وَتَصَدَّقَ بِجَمِيعِ مَالِهِ وَحَجَّ جَمِيعَ ذَهْرِهِ وَلَمْ يَعْرِفْ وَلا يَهُدِ وَلَيْلَى اللَّهَ فَيُؤَالِيَهُ وَيَكُونُ جَمِيعَ أَعْمَالِهِ بِدَلَالَتِهِ إِلَيْهِ، مَا كَانَ لَهُ عَلَى اللَّهِ حَقٌّ فِي ثَوَابِهِ، وَلا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْإِيمَانِ. ثُمَّ قَالَ: أَوْلِيكَ الْمُحْسِنُ مِنْهُمْ يُدْخِلُهُ اللَّهُ الْجَنَّةَ بِفَضْلِ رَحْمَتِهِ. (٢)

ومنها: صحيحه عجلان أبيصالح، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: أوقفني على حدود الأيمان.

فقال: شهادته أن لا إله إلا الله، وأن محمدا رسول الله، والأقرار بما جاء به من عند الله، وصلاة الخمس، وأداء الزكاة، وصوم شهر رمضان، وحج البيت، وولاية ولينا،

وعداوة عدونا، والدخول مع الصادقين. (٣)

ومنها: صحيحه الفضيل بن يسار: عن أبي جعفر عليه السلام، قال: بنى الأسيلا على خمس: على الصلاة، والزكاة، والحج، والصوم، والولاية؛ ولم يناد بشيء كما نودي بالولاية، فأخذ الناس بأربع وتركوا هذه يعنى الولاية. (٤)

ومنها: صحيحه عيسى بن السري أبياليسع، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: أخبرني بدعائم الأسيلا، التي لا يسع أحدا التفتير عن معرفه شيء منها، التي من قصر عن معرفه شيء منها فسد دينه ولم يقبل منه عمله، ومن عرفها وعمل بها صلح له دينه وقبل منه عمله، ولم يضق به مما هو فيه لجهل شيء من الأئمة؟

فقال: شهادته أن لا إله إلا الله، والأيمان بأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وآله، والأقرار بما جاء به من عند الله، وحق في الأموال الزكاة، والولاية التي أمر الله - عز وجل - بها ولاية آل

ص: ٤٣٢

١-٢. سورة النساء / ٨٠.

٢-٣. الكافي ٣/٥٤، ح ٥ (٢/١٨).

٣-١. الكافي ٣/٥٢، ح ٢ (٢/١٨).

٤-٢. الكافي ٣/٥٣، ح ٣ (٢/١٨).

قَالَ: فَقُلْتُ لَهُ: هَلْ فِي الْوَلَايَةِ شَيْءٌ فَضَّلَ يُعْرِفُ لِمَنْ أَخَذَ بِهِ؟

قَالَ: نَعَمْ؛ قَالَ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (١) وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ : مَنْ مَاتَ وَلَا يَعْرِفُ إِمَامَهُ، مَاتَ مِثَّةَ جَاهِلِيَّةٍ، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَكَانَ عَلَيْنَا عَلَيْهِ السَّلَامُ ، وَقَالَ الْأَخْرُونَ: كَانَ مُعَاوِيَةَ؛ ثُمَّ كَانَ الْحَسَنُ، ثُمَّ كَانَ الْحُسَيْنُ، وَقَالَ الْأَخْرُونَ: يَزِيدُ بْنُ مُعَاوِيَةَ وَحُسَيْنُ بْنُ عَلِيٍّ؛ وَلَا سَوَاءَ وَلَا سَوَاءَ.

قَالَ: ثُمَّ سَأَلْتَهُ، ثُمَّ قَالَ: أَزِيدُكَ؟ فَقَالَ لَهُ حَكَمُ الْأَعْمُورُ: نَعَمْ، جُعِلْتُ فِدَاكَ، قَالَ: ثُمَّ كَانَ عَلِيٌّ بْنُ الْحُسَيْنِ، ثُمَّ كَانَ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ أَيُّمَا جَعْفَرٍ، وَكَانَتِ الشِّيْعَةُ قَبِيلَ أَنْ يَكُونَ أَبُو جَعْفَرٍ وَهُمْ لَا يَعْرِفُونَ مَنَاسِكَ حَجَّهِمْ وَحَلَالَهُمْ وَحَرَامَهُمْ، حَتَّى كَانَ أَبُو جَعْفَرٍ، فَفَتَّحَ لَهُمْ، وَبَيَّنَّ لَهُمْ مَنَاسِكَ حَجَّهِمْ وَحَلَالَهُمْ وَحَرَامَهُمْ، حَتَّى صَارَ النَّاسُ يَخْتَاجُونَ إِلَيْهِمْ مِنْ بَعْدِ مَا كَانُوا يَخْتَاجُونَ إِلَى النَّاسِ، وَهَكَذَا يَكُونُ الْأَمْرُ، وَالْأَرْضُ لَا تَكُونُ إِلَّا بِإِمَامٍ، وَمَنْ مَاتَ لَا يَعْرِفُ إِمَامَهُ، مَاتَ مِثَّةَ جَاهِلِيَّةٍ، وَأَخْوَجُ مَا تَكُونُ إِلَى مَا أَنْتَ عَلَيْهِ إِذَا بَلَغَتْ نَفْسُكَ هَذِهِ - وَأَهْوَى بِيَدِهِ إِلَى حَلْقِهِ - وَانْقَطَعَتْ عَنْكَ الدُّنْيَا تَقُولُ: لَقَدْ كُنْتُ عَلَى أَمْرٍ حَسَنٍ (٢).

ومنها: صحيحه أخرى له قال: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: حَدَّثَنِي عَمَّا بَيَّنَّتْ عَلَيْهِ دَعَائِمُ الْأَيْسَلَامِ إِذَا أَنَا أَخَذْتُ بِهَا زَكَا عَمَلِي، وَلَمْ يَضُرَّنِي جَهْلُ مَا جَهَلْتُ بَعْدَهُ.

فَقَالَ: شَهَادَةُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، وَالْأَمْرُ بِمَا جَاءَ بِهِ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ، وَحَقُّ فِي الْأَمْوَالِ مِنَ الزَّكَاةِ، وَالْوَلَايَةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ بِهَا وَوَلَايَةُ آلِ مُحَمَّدٍ؛ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: مَنْ مَاتَ وَلَا يَعْرِفُ إِمَامَهُ، مَاتَ مِثَّةَ جَاهِلِيَّةٍ؛ قَالَ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - : «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (٣) فَكَانَ عَلِيٌّ، ثُمَّ صَارَ مِنْ بَعْدِهِ الْحَسَنُ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ الْحُسَيْنُ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ عَلِيٌّ بْنُ الْحُسَيْنِ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ، ثُمَّ هَكَذَا يَكُونُ الْأَمْرُ؛ إِنَّ الْأَرْضَ لَا تَصْلُحُ إِلَّا بِإِمَامٍ، وَمَنْ مَاتَ لَا يَعْرِفُ إِمَامَهُ، مَاتَ مِثَّةَ

١-٣ . سورة النساء / ٥٩.

٢-٤ . الكافي ٣/٥٧، ح ٦ (٢/١٩).

٣-١ . سورة النساء / ٥٩.

جَاهِلِيَّةً، وَأُخْوَجُ مَا يَكُونُ أَحَدُكُمْ إِلَى مَعْرِفَتِهِ إِذَا بَلَغَتْ نَفْسُهُ هَاهُنَا - قَالَ: وَأَهْوَى بِيَدِهِ إِلَى صَدْرِهِ - يَقُولُ حِينَئِذٍ: لَقَدْ كُنْتُ عَلَى أَمْرٍ حَسَنٍ. (١)

أقول: فظهر ممّا ذكرنا أنّ النسبه بين الإسلام والإيمان بكليّ معنيين عموم وخصوص مطلق، فالإسلام عام والإيمان خاص وداخل فى الإسلام، وكلُّ مؤمنٍ مسلمٌ، ولكن ليس كلُّ مسلمٍ بمؤمن، بل بعض المسلمين يكونون مؤمنين وبعضهم غير مؤمنين على المعنيين من الإيمان.

ويمكن إرجاع الإيمان بالمعنى الثانى إلى الإيمان بالمعنى الأوّل لأنّ الاعتقاد بالولاية يكون من لوازم الاعتقاد بالنبوه، لأنّهما ممّا جاء به النبى صلى الله عليه وآله فلا بدّ من المؤمن بالنبى الاعتقاد بالولاية والعقد القلبيّ عليها والالتزام العملى بها فيدخل الإيمان بالمعنى الثانى إلى الإيمان بالمعنى الأوّل وهذا هو المختار والحمد لله الغفار.

قال فى الجواهر: «... ضروره كون الإيمان فى السابق مرادفا للإسلام، فإنّه بالمعنى الأخصّ اصطلاح جديد، نعم ربّما أطلق الإيمان فيها مقابل الإسلام باعتبار إرادته التصديق القلبيّ والتسالم الظاهرى مع النفاق باطنا ولكنّ المعروف مرادفته، وكذا لفظ الدين الذى هو عند الله الإسلام» (٢).

أقول: مراده قدس سره من السابق عند فقهاءنا الأقدمين ومراده من المعنى الأخص هو الإيمان بالمعنى الثانى - أى بالولاية - ثم اعترف بالفارق بين الإيمان بالمعنى الأوّل

والإسلام، ثم ذهب إلى أنّ المعروف ترادفهما - أى الإيمان بالمعنى الأوّل والإسلام - بل ترادفهما مع لفظ الدين.

«ثمّ أعلم أنّ المتكلمين قد اختلفوا فى حقيقه الايمان فقال بعضهم: أنّه مركب من التصديق باللسان والعقد بالقلب. والعمل بالجوارح.

وقال بعض آخر منهم: أنّه مركب من العقد القلبيّ والتصديق اللسانى.

ص: ٢٣٤

١- ٢. الكافى ٣/٦١، ح ٩ (٢/٢١).

٢- ٣. الجواهر ٣١/١٦٧ و ١٦٨ (٣٠/٩٦).

وقال آخرون: أنه أمر قلبى فقط. وشرط قبوله وترتب الآثار عليه الإقرار باللسان.

وقال بعضهم: أنه أمر بسيط ذو مراتب فى الشده والضعف وهو التصديق بالجنان فقط، والإقرار باللسان والعمل بالأركان كاشفان عنه وموجبان لترتب الآثار عليه. وهذا هو الذى رجحناه... إلى غير ذلك من الأقوال... .

والغرض من ذكرها هنا إجمالاً - أن الإيمان بأى معنى أخذ فللعمل مدخليه فيه. كما لا يخفى. ومدخليته فيه إمّا فى ماهيته وحقيقته. كما هو مقتضى القول الأول أو فى كماله أو فى ترتب الآثار عليه أو فى كاشفيتها عنه أو فى غيره كما هو مقتضى الأقوال الأخرى فمن ترك جميع ما أمر الله تعالى بإتيانه وأتى بجميع ما نهى الله عن إتيانه ففعله ذلك كاشف عن أنه لا إيمان له. ومن امتثل بعضاً وترك بعضاً آخر. وخلط عملاً صالحاً وآخر سيئاً ففعله ذلك كاشف عن ضعف إيمانه»(١).

### هل يلحق بالكفار أطفالهم؟

قال فى الجواهر: «والظاهر أن بحكم المسلم ولده وإن بلغ مجنوناً، كما أن بحكم الكافر ولده كذلك؛ للتبعيه، فلا يباع حينئذٍ ولد العبد المسلم للكافر ولا لولده، ويجبر على بيعه منهما بإسلام أبيه أو جدّه أو غيرهما ممن يتبعه فى الإسلام كالأم، من غير فرق بين كونهما حرّين أو عبيدين للمالك أو غيره.

لكن فى القواعد: «وهل يباع الطفل بإسلام أبيه الحرّ أو العبد لغير مالكة؟ إشكال، وإسلام الجدّ أقوى إشكالاً»(٢).

وكأنّه للإشكال فى التبعيه، خصوصاً فى الجدّ، وخصوصاً مع بقاء الأب على الكفر، فيبقى حينئذٍ ما دلّ على بقاء الملك بحاله.

ويضعف: بأنّ دليلها شامل لذلك، بل لعله من أظهر أفرادها.

بل لعلّ قوله: «كلّ مولود يولد على الفطره، وإنّما أبواه يهودانه وينصرانه

ص: ٤٣٥

١-١. الأربعين الهاشميه / ١٢٠ و ١٢١، للسّيده نصرت بيگم الأمين الأصفهانيه - رحمه الله عليها - .

٢-٢. قواعد الأحكام: المتاجر، فى المتعاقدين ٢/١٨.

ويمجّسانه» (١) كافٍ في ذلك، بناءً على إرادته التبعية في اليهودية من قوله: «يهودانه»؛ ضروره ظهوره حينئذٍ في أنّ الولد على الإسلام لو لا التبعية المقتضية للكفر، فمع انتفائها - بإسلام الأب مثلاً - يبقى عليه حينئذٍ.

فضلاً عمّا دلّ على التبعية به أيضاً من قوله تعالى: «و... أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ» (٢) وغيره كمرسل الصدوق: «قال عليّ عليه السلام: إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعى إلى الإسلام، فإن أبى قتل...» (٣) الحديث.

وقوّه الإشكال في الجدّد يدفعها: معلومته التبعية للأشرف المتحقّق فيه في الفرض، وإن كان هو أبعد من الأب رتبةً، كما هو واضح.

بل قد يقال: بإلحاق إسلام السابى بإسلام أحدهما، فيقهر على بيعه حينئذٍ لو ارتدّد؛ لما دلّ على التبعية في الإسلام به.

فظهر حينئذٍ من ذلك: التبعية في الإسلام والكفر فيمن عرفت، فيجرى عليه حكمهما.

نعم، لا يجرى حكم الإسلام في المعذور لفسحه النظر أو لبعده عن محلّ المعرفة، والله أعلم» (٤).

أجاب الشيخ الأعظم عن الإلحاق بقوله: «فيه إشكال» (٥).

مراده من الإشكال: «عدم صدق «الكافر» حقيقةً على أطفالهم، سواء أكان الكفر

ص: ٤٣٦

---

١-١. من لا يحضره الفقيه: الفرائض، باب ميراث أهل الملل ٤/٣٣٤، ح ٥٧١٩؛ وسائل الشيعة ٢٦/١٤، ح ١١، باب ١ من أبواب موانع الإرث؛ الجامع الصغير (للسيوطي) ١/٤٧٤، ح ٣٠٦٣؛ كنز العمّال ١/٦٦، ح ٢٤٦؛ شرح صحيح مسلم ١١/٥٢؛ سنن البيهقي ٦/٢٠٥.

٢-٢. سورة الطور ٢١/.

٣-٣. من لا يحضره الفقيه، ٣/١٥٢، ح ٣٥٥٦، القضايا والأحكام، باب الارتداد؛ وسائل الشيعة ٢٨/٣٢٩، ح ٧، باب ٣ من كتاب الحدود والتعزيرات.

٤-٤. الجواهر ٢٣/(٥٤٩-٥٤٧) [٢٢/٣٤١ و ٣٤٢].

٥-٥. المكاسب ٣/٥٩٠.

وصفا وجوديًا مضادًا للإيمان، أم عدميًا.

أمّا على الأوّل فواضح. وأمّا على الثانى فلأنّ الكفر بمعنى عدم الإسلام، ومن المعلوم أنّ التقابل بين الإسلام والكفر تقابل العدم والملكه، لا تقابل السلب والإيجاب.

وعدمُ الملكه منتفٍ في أطفال الكفار، فلا يلحق الأطفال بالبالغين»(١).

لا يقال: إنّ المراد من الكافر أعمّ من الحقيقي والحكمى فيلحق الأطفال بآبائهم، لأنّ هذه الأعميه مقتضى حكمه مادّ على أنّ أطفالهم بمنزله آبائهم في الأحكام والآثار.

لأنّنا نقول: «هذه الحكومه غير ظاهره، لتوقفها على عموم دليل تنزيل الأطفال منزله البالغين. ولم نعثر - الى الآن - على هذا الدليل. والمتيقن هو ثبوت بعض الأحكام للأطفال كالتجاسه، والتبعيه في السبى»(٢).

فحينئذ لو شك في شمول أدله منع شراء الكافر العبد المسلم فمقتضى عمومات صحه البيع وتجاره عن تراض واطلاق الوفاء بالعقد، صحه انتقال العبد المسلم إلى طفل الكافر «لمرجعيه العام في المخصص المجل المفهومى الدائر بين الأقل والأكثر وللاقتصار في التخصيص على القدر المتيقن وهو الكافر البالغ»(٣). كما عليه المحقق المروج قدس سره .

ولكن يرد عليه: الأطفال يلحقون بالآباء عند كل قوم فيحكم بكفر أطفال الكفار، فيجرى في حقّ الأطفال آيه نفى السبيل ونبوى علو الإسلام بالأولويه القطعيه على فرض جريانها في فرعا كما عليه المشهور. فلا يجوز شراء العبد المسلم لطفل الكافر على مبنى المشهور والله العالم.

## حكم شراء العبد المسلم للمخالف

### إشارة

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «لا بأس ببيع المسلم من المخالف ولو كان جاريه، إلا إذا

ص: ٤٣٧

١-١ . هدى الطالب ٦/٣٢٧.

٢-٢ . هدى الطالب ٦/٣٢٧.

٣-٣ . هدى الطالب ٦/٣٢٧.



قلنا بحرمة تزويج المؤمنه من المخالف؛ لأخبار دلت على ذلك، فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنه، لكن الأقوى عدم التحريم»(١).

حكم بعدم البأس لأن المخالف محكوم بالإسلام لا الكفر، فيجوز له شراء العبد المسلم ولو كان المبيع جاريه مؤمنه شيعيه.

ثم استثناهما على القول بحرمة تزويج المؤمنه من المخالف كما حُكي غير واحد(٢).

الشهره على الحرمة، ولكنها(٣) لم تثبت، كما تنظر(٤) فيها صاحب الجواهر وقال: «... ومنه يعلم: عدم قائل صريح معتد به من القدماء بعدم جواز نكاح المؤمنه غير المؤمن ولو من الفرق الإماميه كالواقفي ونحوه مما جرى عليه حكم الإسلام في هذا الحال»(٥).

وتابع الشيخ الأعظم في استثنائه جدى الشيخ جعفرًا حيث يقول: «لا يبعد اشتراط الإيمان في حق الإمام لظاهر بعض الأخبار»(٦).

وقال صاحب الجواهر فى شرح كلام استاذة: «ولعله أشار بذلك ما فى النكاح من عدم تزويج المخالف المؤمنه مخافه على دينها فلا يكون كفوا لها، ولكنه - كما ترى - لا يصلح بمجرد ذلك للخروج عن مقتضى العمومات جنسا ونوعا، وإن كان الاحتياط مع إمكانه لا ينبغي تركه، هذا»(٧).

ولكن تبع صاحب المفتاح استاذة الشيخ جعفرًا وقال: «يبقى الكلام فى المخالف إذا اشترى جاريه مؤمنه أو عبدا صغيرا محكوما بإيمانه ونحو ذلك ممن يمكن حمله له

ص: ٤٣٨

١-٤ . المكاسب ٣/٥٩٢.

٢-٥ . كالفيض الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ٢/٢٥٣، مفتاح ٧١١، وسيد الرياض فى كتابه ١١/٢٨٣.

٣-١ . أى الشهره.

٤-٢ . الجواهر ٣١/١٦٥ (٣٠/٩٥).

٥-٣ . الجواهر ٣١/١٦٧ (٣٠/٩٦).

٦-٤ . شرح القواعد ٢/٤٨.

٧-٥ . الجواهر ٢٣/٥٤٢ (٢٢/٣٣٨).

على مذهبه فهل يصح هذا البيع؟ احتمالان، والأصح عدم الصحه كما صرح به الشهيد على ما هو في البالى، والعله (١) المنصوصه فى عدم تزويج المؤمنه من المخالف تدل على ذلك، إلى غير ذلك مما يمكن أن يستدل به على ذلك» (٢).

### مستند حُرْمَةِ تَزْوِيجِ الْمُؤْمِنَةِ مِنَ الْمُخَالَفِ

عدّه من الروايات:

منها: صحيحه الفضيل بن يسار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب؟ فقال: لا، والله ما يحلّ، قال فضيل: ثم سألته مرّه أخرى فقلت: جعلت فداك، ما تقول فى نكاحهم؟ قال: والمرأه عارفه؟ قلت: عارفه، قال: إنّ العارفه لا- توضع إلا- عند عارف. (٣)

النفى يدل على الحرمة الوضعيه أعنى الفساد.

ومنها: معتبره بل صحيحه (٤) زراره بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تزوّجوا فى الشكاك ولا تزوّجواهم، فإنّ المرأه تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه. (٥)

أخذاً بتعليل الوارد فى ذيلها.

ومنها: صحيحه على بن مهزيار قال: كتب على بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام فى أمر بناته وأنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وأنتك لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر فى ذلك رحمك الله، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه، إلاّ تفعلوه تكن فتنه فى الأرض وفساد كبير. (٦)

يحمل الدين على الأيمان بالولاية.

ص: ٤٣٩

١-٦. وسائل الشيعة ٢٠/٥٥٥، ح ٢، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر، و ٢٠/٧٦، الباب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح.

٢-٧. مفتاح الكرامه ١٢/٥٧١.

٣-٨. وسائل الشيعة ٢٠/٥٥٠، ح ٥، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٤-١. لأنّ سند الصدوق إلى الروايه صحيح.

٥-٢. وسائل الشيعة ٢٠/٥٥٥، ح ٢، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٦-٣. وسائل الشيعة ٢٠/٧٦، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح.

أقول: وأنت ترى بأنّ النفي يُحمل على الاستحباب أو الأفضليه والتعليل ليس إلّا- الحكمه وهى لا تعمّم ولا تخصّص والدين يحمل على الإسلام لا الإيمان بالمعنى الثانى فلا تتم الأدله الحرمة.

بل عموماتُ باب النكاح وإطلاقته تُدلّ على تزويج المؤمنه بالمسلم نحو صحيحه محمّد بن مسلم عن أبيجعفر عليه السلام قال: سألته عن الإيمان؟ فقال: الإيمان ما كان فى القلب، والإسلام ما كان عليه التناكح والمواريث وتحقن به الدماء، الحديث(١).

وصحيحه العلاء بن رزين أنه سأل أباجعفر عليه السلام عن جمهور الناس؟ فقال: هم اليوم أهل هدنه، تردّ ضالتهم، تؤدّى أمانتهم، وتحقن دماؤهم، وتجوز مناكحتهم وموارثتهم فى هذه الحال(٢).

وصحيحه عمر بن أبان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المستضعفين؟ فقال: هم أهل الولاية، فقلت: أى ولاية؟ فقال: أما أنّها ليست بالولاية فى الدين، ولكنّها الولاية فى المناكحه والمواريث والمخالطه، وهم ليسوا بالمؤمنين ولا الكفار، منهم المرجون لأمر الله - عزّ وجلّ - (٣).

فالمختار جواز إنكاحها من المسلم كما عليه صاحب الجواهر وقال: «... كون المدار على الإسلام فى النكاح وأنّ جميع فرقه التى لم يثبت لها الكفر - بنصب أو غلوّ أو نحو ذلك - ملّه واحده يشتركون فى التناكح بينهم والتوارث وغيرهما من الأحكام والحدود والله العالم»(٤).

## مستثنيات جواز تملك الكافر للعبد المسلم

### إشاره

بناءً على عدم الجواز حكموا بإخراج صورتين منه:

ص: ٤٤٠

١-٤ . وسائل الشيعه ٢٠/٥٥٩، ح ١٣، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٢-٥ . وسائل الشيعه ٢٠/٥٦١، ح ١، الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٣-٦ . وسائل الشيعه ٢٠/٥٧٧، ح ٥، الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر.

٤-١ . الجواهر ٣١/١٧٧ (٣٠/١٠٢).

إشاره

ويظهر هذا الشراء فى ثلاث فروع:

أ: شراء الكافر من يعتق عليه قهرا واقعا

قال السيد العاملى رحمه الله : «وأما لو اشترى الكافر أباه المسلم أو من يعتق عليه ففى المبسوط(١) أنه لا يصح البيع ولا يعتق، لأنه لا يملكه. وهو قضيه كلامه فى الخلاف فى مسأله(٢) ما إذا قال له: أعتق عبدك عن كفارتى، وفى بعض نسخ المختلف(٣) نسبه ذلك إلى ابن حمزه، وفى بعضها إلى ابن البراج، ولعل هذه هى الصحيحه فقد نقله غيره(٤) عن ابن البراج، ولم ينقل ذلك عن ابن حمزه ولا- وجدته فى الوسيله. وبه قال بعض العامه مستندا إلى أن ما منع من شرائه لم يباح له شراؤه وإن زال ملكه كالصيد للمحرم(٥). والفرق أن المحرم لو ملكه لثبت عليه بخلاف المتنازع فيه.

وفى المقنعه(٦) والنهائيه(٧) والسرائر(٨) والشرائع(٩) والتذكره(١٠) والإرشاد(١١)

ص: ٤٤١

١- ٢. المبسوط: فيما يصح بيعه وما لا يصح ٢/١٦٨.

٢- ٣. الخلاف: فى البيع ٣/١٩٠، مسأله ٣١٨.

٣- ٤. لم نجد هذه النسخه من المختلف التى أشار إليها الشارح، والنسخ التى عندنا تصرّح بالنسبه المذكوره إلى ابن البراج كما نقلها عنه فى غايه المرام، والحدائق عن المختلف، راجع المختلف: ٥/٥٩، والطبعه القديمه ٣٤٩/؛ وغايه المرام ٢/١٩؛ والحدائق ١٨/٤٢٦.

٤- ٥. نقله الصيمرى فى غايه المرام: فى عقد البيع ٢/١٩.

٥- ٦. المغنى لابن قدامه ٤/٣٠٦.

٦- ٧. المقنعه: فى ابتياع الحيوان ٥٩٩.

٧- ٨. النهائيه: فى باب ابتياع الحيوان وأحكامه ٤٠٨.

٨- ٩. السرائر: فى ابتياع الحيوان وأحكامه ٢/٣٤٢-٣٤٣.

٩- ١٠. شرائع الإسلام: فى شروط المتعاقدين ٢/١٦.

١٠- ١١. تذكره الفقهاء: فى شروط المتعاقدين ١٠/٢٠.

١١- ١٢. إرشاد الأذهان: فى بيع الحيوان ١/٣٦٥.

وشرحه لفخر الإسلام (١) والمختلف (٢) ونهايه الإحكام (٣) واللمعه (٤) والدروس (٥) وجامع المقاصد (٦) والمسالك (٧) والروضه (٨) والميسيه والمفاتيح (٩) وغيرها (١٠) أنه يملك مَن ينعق عليه، فإذا اشتراه انعتق عليه في الحال، وقد نقله في المختلف (١١) عن والده. وفي السرائر (١٢) أنه مجمع عليه. وفي الحدائق (١٣) أنه مشهور. وفي التحرير (١٤) أن في البطلان إشكالاً. وفي النهايه (١٥) أنه لا- فرق في ذلك بين كونهنّ أو كونهم من رضاع أو نسب، وفي المقنعه (١٦) والسرائر (١٧) إنما هو إذا كنّ أو كانوا من النسب دون الرضاع» (١٨).

وقال الجواهر: «ف- (لو ابتاع الكافر أباه المسلم، هل يصحّ؟ فيه تردّد) بل وخلاف:

ص: ٤٤٢

- ١-١ . شرح الإرشاد للنيلي: في شروط المتعاقدين / ٤٥، س ٢٠ (من كتب مكتبه المرعشي برقم ٢٤٧٤).
- ١-٢ . مختلف الشيعه: في عقد البيع وشرائطه ٥/٥٩.
- ٣-٣ . نهايه الإحكام: في شرائط العاقد ٢/٤٥٧.
- ٤-٤ . اللمعه الدمشقيه: في عقد البيع / ١١١ وفي بيع اليحوان / ١١٧.
- ٥-٥ . الدروس الشرعيه: في شرائط المتعاقدين ٣/١٩٩.
- ٦-٦ . جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٦٢.
- ٧-٧ . مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٧.
- ٨-٨ . الروضه البهيه: في عقد البيع ٣/٢٤٤.
- ٩-٩ . مفاتيح الشرائع: في اشتراط الإسلام في المشتري ٣/٥٠.
- ١٠-١٠ . كالحدائق الناضره: في شرائط المتعاقدين ١٨/٤٢٦.
- ١١-١١ . مختلف الشيعه: في عقد البيع وشرائطه ٥/٥٩.
- ١٢-١٢ . السرائر: في ابتياع الحيوان وأحكامه ٢/٣٤٣.
- ١٣-١٣ . الحدائق الناظره: في شرائط المتعاقدين ١٨/٤٢٦.
- ١٤-١٤ . تحرير الأحكام: في عقد البيع ٢/٢٧٩.
- ١٥-١٥ . النهايه: في ابتياع الحيوان وأحكامه ٤٠٩/.
- ١٦-١٦ . المقنعه: في ابتياع الحيوان وأحكامه ٥٩٩/.
- ١٧-١٧ . السرائر: في ابتياع الحيوان وأحكامه ٢/(٣٤٢-٣٤٣).
- ١٨-١٨ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٦٧ و ٥٦٨.

فغن المبسوط (١) وابن البراج (٢): لا يصح، بل هو مقتضى المحكى عن الخلاف فيما

لو قال الكافر للمسلم: «أعتق عبدك المسلم عن كفارتى» (٣)، كما أنه أحد وجهى الشافعيه (٤).

(والأشبه) عند المصنّف ومحكى المقنعه (٥) والنهائه (٦) والسرائر (٧) وكافه المتأخرين (٨): (الجواز؛ لانتفاء السبيل بالعتق) بل عن السرائر: أنه مجمع عليه.

وهو الحجّه بعد العموم جنسا ونوعا، السالم عن معارضه الآيه (٩) بعد أن كان الحكم الانعتاق قهرا، وإن قلنا باستلزامه الملك الضمنى الذى هو مقارن للعتق زمانا متقدّم عليه ذاتا كتقدّم العله على المعلول؛ لعدم اندراجه فى السبيل المنفى (١٠).

ومن ذلك يعرف حينئذ: عموم الحكم لكل من يعتق عليه قهرا، من غير فرق بين الأب وغيره ولو كانوا من رضاع، بناءً على كونهم كالنسب فى ذلك» (١١).

وقال الشيخ الأعظم: «والوجه فى الأوّل [هذا الفرع] واضح، وفاقا للمحكى عن

ص: ٤٤٣

١- ١٩ . المبسوط: البيوع، ما يصحّ بيعه وما لا يصحّ ٢/١١٢.

٢- ٢٠ . جواهر الفقه: ٦٠/، مسأله ٢٢٢.

٣- ١ . الخلاف: البيوع ٣/١٩٠، مسأله ٣١٨.

٤- ٢ . الشرح الكبير ٤/٤١؛ العزيز (شرح الوجيز): ٤/١٧؛ الوجيز ١/١٣٣؛ الوسيط ٣/١٤.

٥- ٣ . المقنعه: التجاره، ابتياع الحيوان ٥٩٩/.

٦- ٤ . النهائه: العتق، من يصحّ ملكه ٣/٥.

٧- ٥ . السرائر: المتاجر، ابتياع الحيوان ٢/٣٤٣.

٨- ٦ . كالعلاّمه فى المختلف: المتاجر، عقد البيع وشرائطه ٥/٥٩؛ والشهيد الأوّل فى المتعاقدين ٤/٦٢؛ والشهيد الثانى فى

المسالك: التجاره، شروط المتعاقدين ٣/١٦٧.

٩- ٧ . سوره النساء ١٤١/.

١٠- ٨ . سوره النساء ١٤١/.

١١- ٩ . جواهر الكلام ٢٣/٥٤٥ و ٥٤٦ (٢٢/٣٤٠).

المقنعه (١) والنهائه (٢) والسرائر - مدعى عليه الإجماع (٣) - والمتأخرين كافه (٤)؛ فإن مجرد الملكيه الغير المستقره لا يعد سبباً، بل لم يعتبر الملكيه إلا مقدمه للانعقاد.

خلافاً للمحكى عن المبسوط (٥) والقاضى (٦)، فمنعاه؛ لأن الكافر لا يملك حتى ينعق؛ لأن التملك بمجرد سبيل، والسياده علو. إلا أن الإنصاف: أن السلطنه غير متحققه فى الخارج، ومجرد الإقدام على شرائه لينعق، منه من الكافر على المسلم، لكنّها غير منفيّه (٧).

أقول: لم تتحقق السلطنه للكافر على المسلم فى شرائه من ينعق عليه كالأبائ والأولاد؛ لأنّ انعتاقهم عليه قهرى واقعى ليس باختيار الذى اشتراهم فلا- يصدق العلو أيضا لأنّ «المراد بالسبيل المنفى ما يترتب على الملك المستقرّ للسلطنه إمّا للرقيه أو المنفعه واستحقاق الانتفاع ونحو ذلك، لا مطلق ما يترتب على الملك فى الجملة، وإلا لامتنع إرث الكافر للعبد المسلم من كافر آخر، والثانى باطل اتفاقاً، فيتعين المعنى الأول» (٨).

وأما المنه فهى أيضا غير متحققه، لأنّ انعتاقهم حكم شرعى وليس باختيار المشتري لهم مضافا إلى أنّها غير منفيّه فى الأدله الشرعيه كما اعترف بالأخير الشيخ الأعظم فى آخر كلامه المنقول.

ص: ٤٤٤

١- ١٠. فى المصدر: الفقيه ولكن الصحيح ما ضبطناه. وانظر: المقنعه / ٥٩٩.

٢- ١١. النهائه / ٤٠٨ و ٥٤٠.

٣- ١٢. السرائر ٢/٣٤٣ و ٣/٧.

٤- ١٣. كما مرّ.

٥- ١٤. المبسوط ٢/١٦٨، وحكاه عنه وعن القاضى، العلامه فى المختلف ٥/٥٩.

٦- ١٥. جواهر الفقه ٦٠/، مسأله ٢٢٢.

٧- ١. المكاسب ٣/٥٩٣.

٨- ٢. مفتاح الكرامه ١٢/٥٧٠.

## ب: شراء الكافر من يعتق عليه ظاهراً

كما إذا أقر الكافر بحريته عبد مسلم ثم اشتراه يملكه ويعتق عليه ظاهراً أخذاً بإقراره حرته.

قال السيد العاملي: «وقال جماعة منهم المصنف (١) [العلامة] في جملة من كتبه: إن في حكمه كل شراء يستعقب العتق، ومثله في التذكرة (٢) بما إذا اعترف الكافر بحريته عبد مسلم ثم اشتراه، وفي جامع المقاصد (٣) بما إذا اعترف الكافر بأن عبد زيد حر ثم اشتراه. وأطلق في المسالك (٤) فمثله بما إذا أقر بحريته عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه بمجرد الشراء، ومثله في نهايه الأحكام (٥) بما لو قال الكافر لمسلم: أعتق عبدك المسلم عني بعوض أو بغير عوض فأجابه إليه، وبما لو أقر بحريته عبد مسلم ثم اشتراه، قال:

فالأولى من هاتين أولى بالصحة من الأخرى، لأن الملك فيها ضمنى والعتق في الثانية وإن حكم به فهو ظاهر غير محقق. ولم يفرق في التذكرة (٦) والمسالك (٧) بين الصورتين على تقدير جواز ضمنى (٨).

وقال في الجواهر: «بل في التذكرة (٩) وغيرها (١٠): تسريه الحكم إلى كل شراء

ص: ٤٤٥

١-٣. تذكرة الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٠/٢١؛ نهايه الأحكام: في البيع في شروط العاقد ٢/٤٥٧.

٢-٤. تذكرة الفقهاء: في شروط المتعاقدين ١٠/٢١.

٣-٥. جامع المقاصد: في شروط المتعاقدين ٤/٦٣.

٤-٦. مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٧.

٥-٧. نهايه الأحكام: في شروط العاقد ٢/٤٥٧.

٦-١. تذكرة الفقهاء في البيع ١٠/٢١.

٧-٢. مسالك الأفهام: في شروط المتعاقدين ٣/١٦٧.

٨-٣. مفتاح الكرامه ١٢/٥٦٨ و ٥٦٩.

٩-٤. تذكرة الفقهاء: البيع في المتعاقدين ١٠/٢١.

١٠-٥. كنهايه الأحكام: البيع في العاقد ٢/٤٥٧؛ ومعالم الدين (لابن القطان): البيع في العاقد ١/٣٤١؛ والشهيد الثاني في

المسالك: التجاره، شروط المتعاقدين ٣/١٦٧.



يستعقب العتق، كما لو قال لمسلم: «أعتق عبدك المسلم عني» أو «اشتر من أقرّ بحرّيته».

وهو كذلك بناءً على أنّ المدرك للحكم المزبور ما عرفت»(١).

لكن خالفهم الشيخ الأعظم واستشكل في صحه هذا الشراء وقال: «وأما الثاني [هذا الفرع] فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصدق والكذب؛ لثبوت الخلل: إمّا فى المبيع لكونه حرّاً، أو فى المشتري لكونه كافراً، فلا يتصوّر صورته صحيحه لشراء من أقرّ بانعتاقه»(٢).

أقول: مراده قدس سره: العلم الإجمالى بفساد هذا الشراء موجود، لآئنه على تقدير صدق المشتري يكون الخلل موجوداً فى المبيع لكونه حرّاً ويبيع الحرّ فاسد، وعلى تقدير كذب المشتري الخلل موجود فى المشتري لكونه كافراً والكافر لا يشتري العبد المسلم، فلا يمكن الحكم بصحة هذا الشراء بعد وجود هذا العلم الإجمالى.

ثم قال: «إلا أن نمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى فتأمل»(٣).

أقول: يمكن المنع عن اعتبار هذا العلم الإجمالى بوجهين:

الأول: ما ذهب إليه صاحب الحقائق(٤) من عدم التنجيز فى العلم الإجمالى إذا كان الخطاب الوارد فيه مردداً «بين خطابين، كما إذا علم أنّ هذا المائع إمّا خمر وإمّا خلٌّ مملوك للغير، فيعلم حينئذٍ بخرابٍ مردّدٍ بين «إجتنب عن الخمر، ولا تغصب» فهذا العلم الإجمالى غير منجز على مذهبه، وإمّا المنجز عنده هو العلم التفصيلى بخرابٍ ومتعلقه، وتردّد مورده بين شيئين. كما إذا علم بنجاسه أحد الإنائين، فإنّ العلم بخرابٍ «وجوب الاجتناب عن النجس» تفصيلى، وموضوعه مردّد بين إنائين. فالإجمال يكون فى مورد الخطاب لا فى نفسه ولا فى متعلقه.

والمقام نظير القسم الأول: إذ الخطاب فيه مردّد بين خطابين، وهما: «لا يجوز شراءً

ص: ٤٤٦

١- ٦. الجواهر ٢٣/٥٤٧ (٢٢/٣٤١).

٢- ٧. المكاسب ٣/٥٩٣.

٣- ٨. المكاسب ٣/٥٩٤.

٤- ٩. الحقائق ١/٥١٧.

الحُرِّ، ولا يجوز تملك الكافر العبد المسلم» ومثل هذا العلم الإجمالي لا أثر له» (١).

الثانى: ما ذهب إليه المحقق الاصفهاني (٢) بتوضيح: «لا- علم بفساد البيع على كل تقدير، بل على تقدير خاص، وهو تقدير الحرية واقعا، لأنه على هذا الفرض لا يصلح للملكية.

وأما على تقدير كذب الإقرار ورقية المبيع، فهو صالح للملكية بدون مانع، إذ المانع - وهو السبيل - مفقود، حيث إن الملكية الواقعية المحكوم عليها ظاهرا بعدمها للمقر ليست سبيلاً له على المسلم، فلا- مانع من بيعه، فيصح بيعه من البائع، لحججه يده على الملكية ظاهرا، وعدم قبح إقرار المقر بالحرية في ذلك، لكونه إقرارا في مال الغير ظاهرا على ما تقتضيه اليد، ويصح الشراء أيضا من المشتري، لعدم مانع وهو السبيل، فيخرج الثمن من كيسه واقعا وظاهرا، ويدخل في ملكه المبيع واقعا لا ظاهرا، لأنه مقتضى إقراره الذى أثره عدم صيرورته مالكا للمقر به ظاهرا» (٣).

وأمر الشيخ الأعظم بالتأمل لعله ردّ على الوجه الأول من عدم الفرق فى تنجيز العلم الاجمالي بين العلم التفصيلي بالخطاب وتردد موضوعه بين شيئين، وبين تردد الخطاب بين خطابين، كما تعرض له الشيخ الأ-عظم قدس سره فى الشبهه المحصوره فى فرائده (٤).

أقول: إشكال الشيخ الأعظم غيّر تامّ نأخذ بظاهر إقرار الكافر ونحكم ببيعه وانعتاقه عليه، كما اعترف به جمع من الأصحاب نحو: العلامة والكركي والشهيد الثانى وصاحب الجواهر والمحققين النائيني (٥) والإصفهاني - قدس الله أسرارهم - .

بل قال النائيني رحمه الله: «بل ولو أقر العبد فى المقام بالعبودية، فإنّ اقرار العبد لا يترتب عليه أثر بالنسبه إلى الكافر المقر له بالحرية، فالكافر المقر مأخوذ بإقراره سواء أقرّ العبد

ص: ٤٤٧

١- ١. هدى الطالب ٦/٣٣٩.

٢- ٢. حاشيه المكاسب ٢/٤٦٦.

٣- ٣. هدى الطالب ٦/٣٣٩ و ٣٤٠.

٤- ٤. فرائد الاصول ٢/٢٠٩.

٥- ٥. المكاسب والبيع ٢/٣٥٣، وقد مرّت المصادر فلا نعيدها.

بخلافه أم لا، فلا يترتب على بيعه إلا استنقاذه»(١).

### ج: إذا قال كافر لمسلم: اعتق عبدك عنى بكذا فاعتقه

ذهب الشيخ في المبسوط(٢) والخلاف(٣) أنه: إذا قال كافرٌ لمُسلمٍ: اعتق عبدك عن كفارتى فاعتقه صحَّ إن كان العبد كافراً، وإن كان مسلماً لم يصحَّ لأنه لا يملك مسلماً.

ولكن العلامة ذهب إلى الصحة في ما إذا كان العبد مسلماً في نهايته(٤) واستوجه عدمها في التحرير(٥) وتعرض لوجود الخلاف في المسألة في التذكرة(٦).

والشاهد الثاني ألحقها بالأقوى وعلله بأنه «شراءٌ ضمنى»(٧).

واختار صاحب الجواهر(٨) الصحة كما مرَّ(٩) وتبعه الشيخ الأعظم لأنه استشكل في قول الشيخ في المبسوط في الفرع الأول [ أ ] ويراها الإنصاف(١٠).

وتبعهما المحقق النائيني(١١).

أقول: وأنا تابع لهم من الحكم بالصحة لما مرَّ من أن دخول العبد المسلم آناً ما في ملك الكافر وعتقه عليه لا يُعدّ سيلاً ولا علواً المنفيين فيحكم بصحته.

### تنبيه:

إذا عرفت ما تلوتُ عليك في الفروع الثلاثة ظهر لك أن الملكيه في الفرع الأول

ص: ٤٤٨

١-١ . المكاسب والبيع ٢/٣٥٣.

٢-٢ . المبسوط ٢/١٦٨.

٣-٣ . الخلاف ٣/١٩٠، مسأله ٣١٨.

٤-٤ . نهايه الإحكام ٢/٤٥٧.

٥-٥ . تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٢٧٩.

٦-٦ . تذكرة الفقهاء ١٠/٢١.

٧-٧ . المسالك ٣/١٦٧.

٨-٨ . الجواهر ٢٣/٥٤٧ (٢٢/٣٤١).

٩-٩ . فى الفرع السابق «ب».

١٠-١٠ . راجع المكاسب ٣/٥٩٣.



والثالث استطراقية - أى طريق إلى الحرية - وفى الفرع الثانى استنفاذيه - أى استنفاذ من العبودية - ولا- دليل على حرمتها،  
والدليل على الحرمة - لو تمّ ولم يتم - إنما على ٩

الملكية الاستقرارية - أى استقرار ملك الكافر على العبد المسلم - . كما عليه المحقق النائنى (١) قدس سره .

ونُقل عن الحاشية النجارية للشهيد «أنّ السبيل المنفى بالآية الشريفه قد فسّر بثلاثة تفاسير بمجرّد الملك وبالمملك القارّ (٢)  
وبقابليته، فعلى الأوّل يمتنع شراء مَنْ ينعق عليه، وعلى الثانى والثالث يصحّ، ومشروط العتق يبطل على الأوّل والثانى، ويصحّ على  
الثالث، انتهى» (٣).

وقال الشيخ الأعظم: «والحاصل: أنّ «السبيل» فيه ثلاثة احتمالات - كما عن حواشى الشهيد - :

مجرّد الملك، ويترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورته الإقرار بالحرية.

والملك المستقرّ ولو بالقابليته، كمشروط العتق، ويترتب عليه استثناء ما عدا صورته اشتراط العتق.

والمستقرّ فعلاً، ويترتب عليه استثناء الجميع.

وخير الأمور أوسطها» (٤).

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا لك أنّ المنفى بالسبيل والسلطنة والعلو هو الملكية القارّة التى عبّر عنها الشيخ الأعظم بالمستقرّ فعلاً  
والنائنى بالملكية الاستقرارية وعندى بالملكية الاستقرارية التامة بحيث ليس لمالكها إجبار بالبيع ونحوه. فما ذكره الشيخ الأعظم  
فى المقام من حمله على الملكية القارّة المستقرّة ولو بقابليتها لم يتم عندى.

ص: ٤٤٩

١-١ . راجع المكاسب والبيع ٢/٣٥٢ وما بعده.

٢-٢ . القار يعنى مجمع الأجزاء فى الوجود، والموجود القار غير سيال نحو: المكان، فى مقابل الموجود غير قار الوجود نحو  
الحركة والزمان. [المؤلف]

٣-٣ . الحاشية النجارية ٢٢٠/ ونقل عنه فى مفتاح الكرامه ١٢/٥٧٠.

٤-٤ . المكاسب ٣/٥٩٤.

فحينئذ لا يتم استثناء الصورة الأولى في فروعه الثلاثة، نعم يصح استثناء الصورة الثانية الآتية آنفاً.

٢- لو اشترط البائع عتقه على الكافر

لو اشترط البائع عتق العبد المسلم على الكافر المشتري فهل يحكم بصحة هذا البيع المشروط أم لا؟

قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامه: «وفي نهايه الإحكام (١) أنه لو اشترى عبدا مسلما بشرط العتق فهو كما لو اشتراه مطلقا، لأنّ العتق لا يحصل عقيب الشراء، ثمّ احتمال مساواته لشراء القريب. وقد ألحق في الدروس (٢) والروضه (٣) بالقريب ما إذا شرط عليه - يعنى على الكافر - عتقه، فما في المبسوط (٤) - من أنّه إذا شرط عليه عتقه فإنّ أعتقه فقد وفى بالشرط، وإن لم يعتقه قيل فيه شيان: أحدهما يجبر عليه لأنّ عتقه استحقّق بالشرط، والثاني أنّه لا يجبر عليه لكن يجعل البائع بالخيار - فليس ممّا نحن فيه، إذ كلام الشيخ فيما إذا كان المشروط عليه مسلما، والكلام يأتي فيه في محلّه بعون الله سبحانه ولطفه» (٥).

وقال في الجواهر بعد ما نقلت عنه في الفرع [ب] ما نصه: «بل الظاهر كون الحكم كذلك في مشروط العتق على وجه يحصل بمجرد القبول، بناءً على صحّة اشتراط نحو ذلك.

بل ربّما ظهر من الشهيدين: إلحاق مشروطه (٦)؛ على معنى: أن يعتقه بعد العقد، فإن

ص: ٤٥٠

١-١ . نهايه الإحكام ٢/٤٥٧.

٢-٢ . الدروس الشرعيه ٣/١٩٩.

٣-٣ . الروضه البهيه ٣/٢٤٤.

٤-٤ . المبسوط ٢/١٥١.

٥-٥ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٦٩ و ٥٧٠.

٦-٦ . الدروس الشرعيه: البيع / درس ٢٣٩، ٣/١٩٩؛ الروضه البهيه: المتاجر / الفصل الثاني ٣/٢٤٤.

وفى وإلا أُجبر على قول، أو فسخ البائع العقد على القول الآخر.

لكن فى محكّي نهايه الإحكام أنّه « كما اشتراه مطلقاً؛ لأنّ العتق لم يحصل عقيب الشراء»<sup>(١)</sup>.

وفيه: أنّ ذلك لا ينافى نفى السبيل الظاهر فى السلطنة عليه كغيره من الأملاك، كما لا ينافى استدامه الملك بل والملك بالارث، بعد أن كان الحكم فيه الجبر على بيعه أو عتقه والتفريق بينه وبينه»<sup>(٢)</sup>.

وقال الشيخ الأعظم: «ومنها [أى من موارد استثناء عدم جواز تملك الكافر للبعد المسلم]: ما لو اشترط البائع عتقه، فإنّ الجواز هنا محكّي عن الدروس والروضه، وفيه

نظر؛ فإنّ ملكيته قبل الإعتاق سبيل وعلوّ، بل التحقيق: أنّه لا فرق بين هذا، وبين إجباره على بيعه، فى عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك»<sup>(٣)</sup>.

وتابع المحقّق النائينى الشيخ الأ-عظم وقال: «ما لو اشترط البائع على المشتري عتقه، والحكم فيه هو المنع، وذلك لان الاشتراط عليه لا يفيد أمراً أزيد من إجباره على البيع، والمفروض هو تحقق هذا الإجبار عليه من طرف الشارع، كما يستفاد من قوله عليه السلام: «لا تقروه عنده وبيعه من المسلمين»<sup>(٤)</sup>.

وإذا لم يكن الإجبار الشرعى كافياً فى صحه تملكه فالإجبار الجائى من قبل الشرط أيضاً كذلك مع أنّه ربّما لا يجبر باجبار فيلزم بقائه تحت سلطنته والحاصل أنّ المانع عن بيعه من الكافر فى هذه الصوره وهو سلطنته عليه موجود، بخلاف الصور المتقدمه فإنّه لا سلطنته من الكافر عليه فى شىء من تلك الصور الثلاث كما اوضحناه»<sup>(٥)</sup>.

وقال المحقّق الاصفهانى: «بيانه: أنّ المشروط تاره هو الانعتاق بنحو شرط

ص: ٤٥١

١-٧. نهايه الإحكام: البيع / فى العاقد ٢/٤٥٧.

٢-٨. الجواهر ٢٣/٥٤٧ (٢٢/٣٤١).

٣-١. المكاسب ٣/٥٩٤.

٤-٢. وسائل الشيعه ١٧/٣٨٠، ح ١، مرسله حماد بن عيسى.

٥-٣. المكاسب والبيع ٢/٣٥٣ و ٣٥٤.

النتيجة، وأخرى هو الاعتاق بنحو شرط الفعل، فإن كان بنحو شرط النتيجة فحاله حال ما تقدم من تعقب الملكية بالاعتاق قهراً؛ فليست الملكية سبيلاً - ولو اقتضاءً، ولا مانع من مثل هذا الشرط بعد كون المشروط أمراً سائغاً مشروعاً، غاية الأمر أنه يحصل بنفس الشرط؛ وهو سبب له شرعاً، والمراد حصول الاعتاق بعد حصول الملكية.

وهل يمكن الاعتاق بلا حصول الملك نظير ما قدمناه في شراء من ينعق على المشتري شرعاً؟ لا يبعد ذلك، غاية الأمر أنه في ما تقدم بحكم الشارع؛ وهنا بتسبب من الشارط، فإذا باع بشرط الاعتاق فقد قطع إضافه العبد عن نفسه بازاء الثمن وشرط عدم تعلق المبيع بالمشتري، فأوجد المقتضى للملكية مع المانع عنها، نظير البيع المقتضى لحق الخيار مقروناً بشرط عدمه، لا بشرط سقوطه في ظرف ثبوته، وليس ذلك شرطاً منافياً لحقيقه العقد، إذ على هذا المبنى لا يتقوم البيع بحصول الملك كى يكون شرط عدمه منافياً لحقيقته، بل مقتضى له فلا يكون مقتضاه فعلياً إلا - مع قبول المحل وعدم المانع شرعاً أو تسبيهاً، وحيث إن الملكية إعتبار وضعى فهو قابل للتسبب إليه نفيًا وإثباتًا كما في سائر الموارد فتدبر جيداً.

وإن كان بنحو شرط الفعل فهو مشكل، إذ لا يقتضى الشرط إلا إلزام الكافر الشارط بالعتق، فلو كفى مجرد الإلزام بفك الملك في صحه التمليك والتملك لكفى الاجبار على البيع من المسلم في صحه البيع من الكافر، غاية الأمر أنه إلزام بإزاله ملك الكافر ابتداءً في الثانى، وإمضاءً في الأول، وعلى أى حال هو إزاله ملك مستقر لا أن أمد الملك آنى.

نعم بينهما فرق؛ وهو أن الملك - فى البيع المحكوم عليه شرعاً بالازاله - ملك مقتضى للسلطنه على التصرفات عرفاً؛ فهو سبيل بالاقتضاء، ولا يجدى الالتزام بإزالته فى عدم كونه سبيلاً، بخلاف البيع المشروط فيه بالعتق فإن الملك فيه عرفاً غير مقتضى للسلطنه على التصرفات، بل مع قطع النظر عن الشرع أيضاً ليس له السلطنه على التصرفات، فمثله ليس سبيلاً عرفاً دون الأول.

لكنه غير فارق؛ لأن الشرط يوجب عدم فعلية السلطنه التى هى من مقتضيات الملك، لا أنه يوجب عدم اقتضائه مع بقائه إلى أن يتحقق الوفاء بالشرط، فهو سبيل



بالاقتضاء مقرون بالمانع عن فعله مقتضاه، لا عن أصل اقتضائه فتدبر»(١).

أقول: الحقّ مع الشهيدين وصاحب الجواهر رحمه الله في صحة هذا البيع لأنّ المشروط إذا كان على نحو شرط النتيجة فلا إشكال في صحته وإذا كان على نحو شرط الفعل أيضا يصح هذا البيع، لأنّ الوفاء بالشرط لازم على الكافر فإن وفي واعتق العبد فقد وقع التفريق بينهما ولا سبيل، وإن لم يف فللبائع خيار الفسخ إن شاء فسخ البيع ووقع التفريق ولا سبيل، وإن شاء لم يفسح البيع والكافر أجبر على بيع العبد المسلم ووقع التفريق ولا سبيل حينئذ.

وعلى أيّ حال لم يستقر ملك الكافر على العبد المسلم والدليل على الحرمة - لو تمّ ولم يتم - إنّما يدلّ على الملكيه الاستقراريه التامه.

فظهر ممّا ذكرنا صرف الوفاء بالشرط وهو العتق أو ردّ المبيع في فرض الفسخ أو الإيجاب على البيع لم يصدق عليه السلطنه أو السبيل أو العلو خلافا للشيخ الأعظم والنائبي.

نعم، عدم تفريق الشيخ الأعظم(٢) بين هذا الفرع وبين إجباره على بيعه تام ولكن حكمه «في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك»(٣) غير تام، بل يحكم بانتفاء السبيل فيهما كما مرّ والله العالم.

## حكم التملك القهري

### اشاره

قبل الورود في البحث لابدّ من تعريف الملكيه القهريه وهي التي لا يتعلّق سببها بالاختيار كالإرث وفي مقابلها الملكيه الاختياريه وهي التي يتعلّق سببها بالاختيار كالبيع. وأمّا حصول الملك في الثانيه بعد تماميه السبب فهو قهريّ دائما.

ولكن قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم اختيارا، أمّا التملك القهري فيجوز ابتداء، كما لو ورثه الكافر من كافر أجبر على البيع،

ص: ٤٥٣

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٤٦٧ و ٤٦٨.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٩٤.

٣-٣ . المكاسب ٣/٥٩٤.

فمات قبله، فإنّه لا ينعق عليه ولا على الكافر الميّت؛ لأصالة بقاء رقيته، بعد تعارض دليل نفى السبيل وعموم أدلّه الإرث.

لكن لا يثبت بهذا الأصل تملك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلّه؛ ضروره أنّه إذا نفى إرث الكافر بآيه نفى السبيل، كان الميّت بالنسبه إلى هذا المال ممّن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام.

وبهذا التقرير يندفع ما يقال: إنّ إرث الإمام عليه السلام منافٍ لعموم أدلّه ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنّه إذا كان مقتضى نفى السبيل عدم إرث الكافر، يتحقّق نفى الوارث الذي هو مورد إرث الإمام عليه السلام، فإنّ الممنوع من الإرث كغير الوارث.

فالعمده في المسألة: ظهور الاتفاق المدعى صريحا في جامع المقاصد (١) (٢).

واعترض عليه المحقّق النائيني وقال: «إنّ الإرث عبارته عن انتقال مال المورث إلى وارثه بتبدل المالك بقيام الوارث مقام مورثه في كونه طرفا للإضافه إلى المال بلا تبديل في المال ولا في الإضافه التي بينه وبين المالك، كما أنّ البيع عبارته عن تبديل المال بمال آخر بلا- تبديل في طرف المالك ولا- في إضافته إلى المال، بل الإضافه والمالك باقيا على حالهما، وإنّما التبديل في المال، فالإرث والبيع متعاكسان من هذه الجهه لكون المتبدل في البيع هو المال، وفي الإرث هو المالك، وعلى هذا إذا كان الكافر مالكا لعبد كافر فأسلم العبد ثم مات مولاه يقوم وارثه مقامه في كونه طرفا لإضافته إلى العبد بعد

إسلامه، فكما أنّ المورث بعد إسلام العبد مالك له لكنّه يجبر على بيعه فكذا وارثه يصير قائما مقامه في كونه مالكا له مجبورا على بيعه وليس حاله إلّا كحال المورث، وهذا خارج عن مورد الخبر (٣) إذ هو يدلّ على المنع عن انتقال المال إلى الكافر، وفي الإرث ليس الانتقال في المال وإنّما وقع التبديل في المالك فلا يمكن أن يتمسك في المنع عنه

ص: ٤٥٤

١-١. جامع المقاصد ٤/٦٣.

٢-٢. المكاسب ٣/٥٩٥.

٣-١. وسائل الشيعه ١٧/٣٨٠، ح ١، مرسله حماد بن عيسى.

بالخبر المذكور، وعلى هذا فلا يبقى مجال للحكم بانعتاق العبد ولا بانتقاله إلى الإمام أصلاً، وما ذكرناه شيء موافق مع الاعتبار، ويمكن تطبيق الحكم عليه بعد أن لم يكن في المسئلة دليل بالخصوص كما هو الشأن في أكثر أبواب المعاملات، هذا.

ولكن [الشيخ الأعظم] قدس سره لم يسلك هذا المسلك، بل سلك مسلكاً آخر، حيث أنه جعل الدليل على المنع عن البيع عبارته عن نفى السبيل ثم عارضه بعموم أدله الإرث ثم رجع إلى الاستصحاب بعد تعارض الدليلين، وحيث أن القدر المتيقن السابق هو رقيه العبد لا ملك الوارث فإنه لا حاله سابقه له، أجرى الأصل في بقاء رقيه العبد، ولما كان الثابت به بقائه على رقه وأنه لا ينعق بموت المورث لا انتقاله إلى الوارث، قال بانتقاله إلى الإمام لكونه مقتضى الجمع بين الأدلة أعني أدله الإرث وأدله منع تملك الكافر للمسلم، هذا محصل ما سلكه.

وفيه: ما لا يخفى أما أولاً: فلما في جعله الدليل على المنع من البيع عبارته عن الآيه المباركه مع أنه لا دلالة فيها على المنع، وهو قدس سره أيضاً اعترف بعدم دلالتها كما تقدم.

وأما ثانياً: فلما في جعله المعارضه بين دليل المنع وبين أدله الإرث فإنه لو سلم دلالة أدله المنع على المنع من التوارث أيضاً لكانت أدله المنع حاكمه على عمومات أدله الإرث، وقد تقدم أن المناقشه والتشكيك في حكمه الآيه الشريفه على العمومات في غير محلّه، وأن ضابط الحكومه منطبق على المقام.

وأما ثالثاً: فلما في حكمه بالانتقال إلى الإمام نظراً إلى جريان أصله بقاء رقيه العبد، وذلك لأن بقاء رقيه الثابت بالأصل لا يثبت انتقاله إلى الإمام إلا بعد اثبات مقدمه، وهي أنه يكفي في الحكم بالانتقال إلى الطبقة اللاحقه مجرد عدم احراز وجود الطبقة السابقه ولا يحتاج إلى احراز عدمها أو ما بحكم عدمها من الممنوعيه عن الإرث، وإلا فمع الحاجة إلى احراز عدم الطبقة المتقدمه لا يمكن الحكم بالانتقال إلى الإمام بعد

تعارض الدليلين فإنه لم يحرز بعد تعارضهما ممنوعيه الكافر من الإرث، غايه الأمر يكون عدم إرثه من باب عدم احراز وارثيته لا من باب احراز العدم، فالمهم حينئذ تنقيح تلك المقدمه ولتنقيحها مقام آخر، وان كان الحق فيها هو الاكتفاء بعدم احراز الطبقة

السابقه ولا يحتاج فيه إلى احراز عدمها»(١).

قال السيد العاملي: «قد صرح الشهيدان(٢) بأنه إنَّما يمنع من دخول العبد المسلم في ملك الكافر اختياراً أمَّا غيره كالإرث وإسلام عبد الكافر فإنَّه يجبر على بيعه بثمن المثل على الفور إن وجد راغب، وإلَّا حيل بينه وبينه إلى أن يوجد الراغب، ونفقته عليه وكسبه له، وهو قضيه كلام جماعه(٣) في الأوَّل بل في جامع المقاصد(٤) الإجماع عليه، وصریح كثيرين في الثاني - أعنى إسلام عبد الكافر - »(٥).

وقال في الجواهر: «نعم، قد صرح الشهيدان(٦) وغيرهما(٧): باختصاص ذلك فيه، أمَّا دخوله بالإرث من كافر، أو بقاؤه على الملك - كما لو أسلم وهو في يده - فلا:

للأصل في الثاني، وقوّه دليل الإرث في الأوَّل، مضافاً إلى ما عن جامع المقاصد: من الإجماع عليه في الأوَّل(٨)، وظاهر نفى الخلاف فيه في الثاني عن التذكرة(٩).

ولكن يجبر على بيعه من الراغب، ومع عدمه يحال بينه وبينه إلى أن يوجد؛ لعموم نفى السبيل - الذي لا منافاه بين تخصيصه بالابتداء، ووجوب إزالته عنه لعدم التمليك بسبب من الأسباب الاختيارية - ولفحوى خبر حمّاد المزبور... ولغير ذلك ممَّا يقتضى الحكم المذكور.

ص: ٤٥٦

- 
- ١-١. المكاسب والبيع ٢/٣٥٦-٣٥٤.
  - ٢-٢. الدروس ٣/١٩٩؛ ومسالك الأفهام ٣/١٦٧.
  - ٣-٣. منهم المحقّق الكرکی في جامع المقاصد ٤/٦٢-٦٣؛ والبحراني في الحدائق الناضره ١٨/٤٢٦؛ والعلامة في تذكرة الفقهاء ١٠/٢٢.
  - ٤-٤. جامع المقاصد ٤/٦٣.
  - ٥-٥. مفتاح الكرامه ١٢/٥٦٦.
  - ٦-٦. الدروس ٣/١١٩، درس ٢٣٩؛ الروضه البهيه ٣/٢٤٥؛ مسالك الأفهام ٣/١٦٧.
  - ٧-٧. كابن القطن في معالم الدين ١/٣٤١.
  - ٨-٨. جامع المقاصد ٤/٦٣.
  - ٩-٩. عبارته التذکره: «ولأنَّه يمنع من استدامه ملكه فيمنع من ابتدائه» قال العاملي: «فكأنَّه لا خلاف في الاستدامه». انظر تذکره الفقهاء ١٠/١٩؛ ومفتاح الكرامه ١٢/٥٦٢.

وإن كان كسبه له في هذه المدّة - أي إلى أن يباع - لكونه مملوكا له فيها ونفقته

عليه.

وربّما احتمال: عدم الملك له أيضا فيها، وإنّما له تعلّق بأخذ ثمنه خاصّه. لكنّه كما ترى، هذا» (١).

### فرع: هل يلحق بالإرث كل ملك قهريّ؟

أو لا يلحق أو يفرّق بين ما كان سببه اختياريا وغيره؟

قال الشيخ الأعظم: «وجوه خيرها: أوسطها ثمّ أخيرها» (٢).

وجه الخيرية ومثال السببين والمختار في عدم الإلحاق يظهر من كلام المحقّق النائيني حيث يقول: «مثال ما كان الملك القهري بسبب غير اختياري هو الوقف بناءً على أن يكون الوقف الخاص كالملك، فإنّه ينتقل إلى الطبقة المتأخره بلا اختيار منهم ومثال ما كان بسبب اختياري كالخيار، والحكم فيهما هو عدم الإلحاق بالإرث مطلقا سواء كان بالسبب الاختياري أو بالسبب الغير الاختياري.

أمّا الأول فلما سيأتى عند عنوان المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره لحكم الخيار.

وأما الثاني فلعدم مجيئ ما قلنا في الإرث في الوقف وتوضيح ذلك: أنّ الوجه في الحكم بالتوارث على ما عرفت هو عدم التفاوت بين ملك الوارث وملك مورثه، بل ملكه هو بعينه ملك مورثه، وإنّما يقوم الوارث مقام مورثه في كونه طرفا لتلك الملكيه، فالوارث يصير طرفا لتلك الملكيه على ما هي عليه من الوصف أعنى لزوم الجبر على المالك بالبيع واخراج الملك عن تحت سلطنته، وهذا الملاك يجرى في الوقف، فإنّه إذا وقف العبد الكافر على طبقات الكفار بطننا بعد بطن فأسلم العبد الموقوف فلا يخلو إمّا أن يسلم عند وجود الطبقة التي كانت موقوفا عليها في حال كفر العبد وإمّا أن يسلم مقارنا مع زوال تلك الطبقة وانتقال العبد إلى الطبقة اللاحقه بحيث يقع اسلام العبد وانتقاله إلى الطبقة اللاحقه

ص: ٤٥٧

١-١ . الجواهر ٢٣/٥٤٠ و ٥٤١ (٢٢/٣٣٧).

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٩٦.

فى ظرف واحد وعلى كلا التقديرين فلا ينتقل إلى الطبقة اللاحقه أما على الأول فلأن إسلامه يوجب فساد وقفه لأن بقاء وقفه موجب لسلطنه الكافر الموقوف عليه، وإذا بطل وقفه يباع بثمن يصح تسلط الكافر عليه فيجعل وقفا على هذه الطبقة وعلى من بعدها من الطبقات فلا يبقى العبد بعد إسلامه وفقا على الطبقة الموجوده حال إسلامه حتى ينتقل عند زوالهم إلى الطبقة اللاحقه، واما على الثاني فالأمر أوضح، لأنه إذا حكم ببطلان الوقف

على الأول وإخراج عين العبد عن ملك الطبقة الموجوده مع أنه كان على ملكهم قبل إسلامه فعدم دخوله إلى ملك الطبقة اللاحقه إذا كان إسلامه مقارنا لاضمحلال الطبقة السابقه يكون بطريق أولى»(١).

### لا يقتر العبد المسلم على ملك الكافر

قال الشيخ الأعظم: «لا إشكال ولا خلاف فى أنه لا يقتر المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه؛ لقوله عليه السلام فى عبده كافر أسلم: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا إليه ثمنه ولا تقزوه عنده»(٢).

ومنه يعلم: أنه لو لم يبعه باعه الحاكم، ويحتمل أن يكون ولايه البيع للحاكم مطلقا؛ لكون المالك غير قابل للسلطنه على هذا المال - غايه الأمر أنه دلّ النصّ والفتوى على تملكه له - ولذا ذكر فيهما: أنه يباع عليه(٣)، بل صرح فخرالدين قدس سره فى الإيضاح بزوال ملك السيد عنه، ويبقى له حقّ استيفاء الثمن منه(٤). وهو مخالف لظاهر النصّ والفتوى، كما عرفت(٥).

أقول: وأما الاحتمال المذكور فى كلامه قدس سره بالنسبه إلى ولايه الحاكم للبيع مطلقا

ص: ٤٥٨

١-١ . المكاسب والبيع ٢/٣٥٦ و ٣٥٧.

٢-٢ . وسائل الشيعه ١٧/٣٨٠، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع.

٣-٣ . أنظر: الشرائع ٢/١٠؛ والقواعد ٢/١٧؛ والمختلف ٥/٥٩؛ والدروس ٣/١٩٩؛ والروضه البهيه ٣/٢٤٥ وغيرها.

٤-٤ . إيضاح الفوائد ١/٤١٤.

٥-٥ . المكاسب ٣/٥٩٦.

فمراده فى مقابل عدم امتناع الكافر من بيع العبد المسلم، حيث ذهب العلامة إلى تصدى الحاكم للبيع فى فرض الامتناع وقال: «ولو امتنع الكافر من البيع حيث يُؤمر باع الحاكم بثمان المثل...»(١).

ويقول فى التذكرة: «لو امتنع الكافر من إزالة الملك حيث يُؤمر، باعهُ الحاكم بثمان المثل، ويكون الثمن للكافر، فإن لم يجد راغباً، صبر مع الحيلولة. ولو مات الكافر، أمر وارثه بما يؤمر مؤرثه»(٢).

ولذا قال السيد العاملى: «إذا عرف هذا فلو امتنع من بيعه باعه عليه الحاكم قهراً،

فلو لم يوجد راغب حيل بينهما بمسلم حتى يوجد الراغب ونفقته عليه وكسبه له إلى حين خروجه عن ملكه كما فى نهايه الأحكام(٣) والدروس(٤) ونحوه ما فى التذكرة(٥) وجامع المقاصد(٦)»(٧).

ولكن المحقق النائنى قوى هذا الاحتمال وقال ما نصه: «وهذا الاحتمال قوى جداً وذلك لأن بيعه نحو استيلاء عليه وهو منفى بعموم الآيه المباركه، ومع الغض عنه يكون مقتضى الخبر المتقدم عدم ولايه الكافر على بيعه، حيث قال عليه السلام: اذهبوا فبيعوه من المسلمين، ولم يقل الزموه بالبيع»(٨).

وقد ناقشه المحقق الاصفهانى رحمه الله بقوله: «ينبغى التكلم فى أنه للمالك أن يباشر بيع عبده من المسلم أو لا؟ ولا مانع منه إلا كون سلطنته على بيعه من مسلم سيلاً على

ص: ٤٥٩

١-٦ . القواعد ٢/١٨.

٢-٧ . التذكرة الفقهاء ١٠/٢٣.

٣-١ . نهايه الأحكام ٢/٤٥٩.

٤-٢ . الدروس ٣/١٩٩.

٥-٣ . تذكرة الفقهاء ١٠/٢٣.

٦-٤ . جامع المقاصد ٤/٦٦.

٧-٥ . مفتاح الكرامه ١٢/٥٧٩.

٨-٦ . المكاسب والبيع ٢/٣٥٧.

المسلم فيكون منفيًا، وأن الرواية تكفلت لأمر المسلمين بالبيع عليه، فيعلم منها أنه لا سلطنه له على البيع.

ويندفع الأول: بأن السلطنة على بيعه من مسلم سلطنه على إزاله سبيل الكافر على المسلم، فكيف يكون هو بنفسه سيلاً؟! مع أن السبيل المنفى هو ما يكون على المسلم ويدخل به الضرر عليه ويكون به الظفر للكافر على المسلم، وهذا كله منتفٍ في السلطنة على بيعه من مسلم، فلا معارض لدليل السلطنة في هذا المقدار من السلطنة الثابتة للمالك بالدليل، مع أن السلطنة المنفيه هو كون أمر التصرف في العبد بيده؛ بحيث له أن يفعل وله أن لا يفعل، وهنا ليس كذلك؛ بل هو كسائر المكلفين مأمور بإزاله ملكه عنه، فهو مقهور في هذا التصرف لا مختار فتدبر.

ويندفع الثاني: بأن أمر المسلمين بالبيع على الكافر محمول على العاده؛ من عدم اقدامه على بيع عبده وعدم اعتناؤه من حيث إنه كافر بهذا الحكم الثابت في شريعته الإسلام، وحيث يصح منه البيع فإذا لم يقدم على أداء هذا الواجب يجبره الحاكم من باب الأمر بالمعروف، فإذا لم يبيع أو لم يمكن إجباره فهل يتعين للحاكم ثم لعدول المؤمنين أو

محض تكليف لا يُشترطُ بشيء؟

ظاهر النص حيث إنه عليه السلام أمر المسلمين بقوله عليه السلام: إذهبوا فبيعوه من المسلمين؛ وادفعوا ثمنه إلى صاحبه؛ ولا تقروه عنده، أنه مجرد تكليف بالبيع كالتكليف بأداء ثمنه وكالتكليف بعدم اقراره عنده، لا أنه إذن منه عليه السلام بما هو ولي الأمر، وأنه تصرف من باب الولاية لا أنه بيان للحكم [الولائي (1)]، فإنه خلاف الظاهر، نعم مقتضى الأصل تعيين الحاكم ثم العدول (2).

### ثبوت الخيار للمالك الكافر وعدمه

قال العلامة في القواعد: «ولو أسلم عبد الذمّي طولب ببيعه أو عتقه، ويملك الثمن

ص: ٤٦٠

١-١ . الزيادة منّا.

٢-٢ . الحاشية المكاسب ٢/٤٧١ و ٤٧٢.



والكسب المتجدد قبل بيعه أو عتقه، فلو باعه من مسلم بثوبٍ ووجد في الثمن عيباً جاز له ردّ الثمن. وهل يستردّ العبد أو قيمه؟ فيه نظر؛ ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، ومن كون الردّ بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث، فعلى الأول يستردّ قيمه كالهالك، وعلى الثاني يجبره الحاكم على بيعه ثانياً. وكذا البحث لو وجد المشتري به عيباً، وبأى وجه أزال الملك: من البيع والعتق والهبة حصل الغرض»(١).

ولكن ذهب الشهيد إلى عدم ثبوت الخيار للمالك الكافر ولا-المشتري إذا يوجب رجوع العبد المسلم إلى الكافر وقال في الحاشية النجارية: «ولا يثبت له خيار المجلس ولا الشرط، بل للمشتري»(٢).

ولكن خالف نفسه في الدروس وقال: «ويجوز فيه أحكام العقد من الخيار والردّ بالعيب فيه أو في ثمنه المعين فيقهر على بيعه ثانياً»(٣).

واختار المحقق الثاني ثبوت الخيار للمالك الكافر وقال في شرح قول العلامة في القواعد: «فلو باعه من مسلم بثوب ووجد في الثوب عيباً، جاز له رد الثمن»، «أى: للكافر، لأن إزماءه بالرّضا بالعيب تخسير، وقد يعلم من هذا ثبوت أحكام الخيار اللاحق للعقد بأنواعه، كما تبّه عليه في الدروس(٤)، وهو الوجه، لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون

المبيع عبداً مسلماً لكافر، لانتفاء المتقضى، لأن نفي السبيل لو اقتضى ذلك بمجرد لاقتضى خروجه عن الملك بالإسلام.

فعلى هذا لو كان البيع معاطاه فهي على حكمها، ولو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها، نعم لا يبعد أن يقال: للحاكم إزماءه باسقاط نحو خيار المجلس، أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع، إذا لم يلزم منه تخسير المال.

قوله: «وهل يسترد العبد أو قيمه؟ فيه نظر، ينشأ من كون الاسترداد تملكاً

ص: ٤٤١

١-٣. القواعد ٢/١٧ و ١٨.

٢-٤. الحاشية النجارية ٢٢٠/.

٣-٥. الدروس ٣/١٩٩.

٤-٦. الدروس ٣/١٩٩.

للمسلم اختياراً».

ليس هذا الوجه بشيء، لأن الثمن المعين إذا ردّه انفسخ العقد، فيعود العبد إلى الكافر، لامتناع بقاء ملك بغير مالك، وامتناع كون الثمن والمبيع معا ملكا للمشتري، وهذا قهري، فأين التملك الاختياري الذي ادّعى؟ والثاني أصح، فيجبره الحاكم على بيعه ثانياً.

قوله: «وبأى وجه أزال الملك، من البيع والعتق والهبة حصل الغرض».

ومثله الصلح، لكن ينبغي تقييد الهبة باللازمه<sup>(١)</sup>.

ويظهر من الشيخ الأعمش عدم ثبوت الخيار للكافر ولا عليه قال: «وكيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر أنه لا خيار له ولا عليه، وفاقاً للمحكى عن الحواشي في خيار المجلس والشرط؛ لأنه إحداث ملك فينتفى؛ لعموم نفي السبيل؛ لتقدمه على أدله الخيار كما يقدم على أدله البيع».

ويمكن أن يبتنى على أن الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد<sup>(٢)</sup>؟ فإن قلنا بالأول، ثبت الخيار؛ لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع وأمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكية الحاصلة غير السابقة، فإن الشارع لم يمضها. لكن هذا المبني ليس بشيء؛ لوجوب الاقتصار في تخصيص نفي السبيل على

المتيقن.

نعم، يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيباً.

ويشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر؛ من جهة قوه أدله نفي الضرر، فلا يعد

ص: ٤٦٢

١-١ . جامع المقاصد ٤/٦٥ و ٦٦.

٢-٢ . ثم إن هذه القاعده وما يتفرع عليها من فروع - كالفسخ بالخيار - نقلها الشهيد قدس سره في القواعد، ولم يظهر منه ترجيح أحد الاحتمالين، فقال: «طريان الراجع للشئ هل هو مبطل له، أو بيان لنهايته؟ ... وقد يعبر عنها بأن الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل؟ أو كالذي لم يعد، فإن القائل بأنها كالذي لم يزل يجعل العود بيانا لاستمرار الحكم الأول، والقائل بأنها كالذي لم يعد يقول برفع الحكم الأول بالزوال، فلا يرجع حكمه بالعود». [القواعد والفوائد ١/٢٦٨، القاعده ٨٥].

الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص.

ويظهر ممّا ذكرنا، حكم الرجوع في العقد الجائر، كالهبة<sup>(١)</sup>.

ثمّ تنظر في ما ذكره المحقق الثاني بقوله: «لأنّ نفى السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي [القهرى كالإرث] وخروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ، واستلزام البيع للخيارات ليس عقليا، بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحّة العقد الذي خصّ بنفى السبيل، فهذا أولى بالتخصيص به، مع أنّه على تقدير مقاومه يرجع إلى أصله الملك وعدم زواله بالفسخ والرجوع، فتأمل.

وأما ما ذكره أخيرا بقوله: «لا يبعد» ففيه: أنّ إزماءه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ والرجوع<sup>(٢)</sup>.

ثمّ تأمّل في ما ذكره العلامة في القواعد وأحال وجه تأمله بما ذكره في نقد المحقق الثاني واستثنى: «إلا أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّة الخيار، ونفى السبيل: ثبوت الخيار والحكم بالقيمه، فيكون نفى السبيل مانعا شرعيا من استرداد المثلث [وهو العبد المسلم هنا]، كنفق المبيع في زمن الخيار، وكالتلف الذي هو مانع عقليّ.

وهو [أى الجمع بين أدلّة الخيار ونفى السبيل] حسنٌ إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله؛ ولذا حكموا بسقوط الخيار [أى خيار المجلس مطلقا] في من ينعق على المشتري<sup>(٣)</sup>، فتأمل<sup>(٤)</sup>»<sup>(٥)</sup>.

ص: ٤٤٣

١-١ . المكاسب ٣/٥٩٧.

٢-٢ . المكاسب ٣/٥٩٨.

٣-٣ . راجع: تذكره الفقهاء ١١/١٠؛ جامع المقاصد ٤/٢٨٧؛ حاشية الارشاد ٣٨٨/، المطبوعه في ضمن المجلد التاسع من حياه المحقق الكركي وآثاره؛ غايه المرام ٢/٤٣؛ المسالك ٣/٢١٢؛ مجمع الفائده والبرهان ٨/٣٨٩ و ٣٩٠؛ مفتاح الكرامه ١٤/١٥٧؛ والجواهر ٢٤/٣١ (٢٣/١٨)؛ ونسب في الحقائق ١٩/١٦ سقوط خيار المشتري إلى المشهور.

٤-٤ . لعلّه إشاره إلى أنّ دليل خيار المجلس قاصر عن شموله لهذا المورد لأنّ بمجرد حصول الملكيه بالبيع ينعق العبد على المشتري فلا تبقى الملكيه إلى زمن الافتراق حتّى يجرى الخيار. [المؤلف].

٥-٥ . المكاسب ٣/٥٩٩.

وقال المحقق النائيني: «وكيف كان فالكلام يقع تاره فيما إذا تولاه المالك بنفسه، وأخرى فيما يتولاه الحاكم.

أمّا الأوّل: فقد اختلف في ثبوت الخيار مطلقاً في بيع المالك إياه أو عدم ثبوته مطلقاً، أو التفصيل بين الخيارات الثابتة بجعل الشارع كخيار المجلس أو بجعل المتعاملين كخيار الشرط وبين الخيارات الثابتة بدليل نفى الضرر كخيار الغبن، بالقول بانتفاء الأوّل وثبوت الثاني لو كان الضرر على المسلم دون الكافر، والقول بالتفصيل بين البناء على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد، فيقال بثبوت الخيار على الأوّل وعدم ثبوته على الثاني، على أقوال واحتمالات اردئها الأخير، وذلك لأنّ مسئله أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد مع أنّها لا أساس لها في موردها غير منطبقه على المقام.

وتوضيح ذلك أنّ مورد هذا الكلام إنّما هو فيما إذا باع البائع مثلاً شيئاً ببيع خيارى ثمّ قبل أن يقع منه الفسخ باع المشتري الذى اشتراه منه بالبيع الخيارى من ثالث فزال عن ملك المشتري فما دام أنّها لم يعد إلى ملك المشتري ليس للبائع الرجوع إلى العين، بل لو اختار الفسخ فلا بدّ أن يرجع إلى المشتري ببدله من المثل أو قيمه، وإذا عاد عن ملك الثالث إلى ملك المشتري فيقال بانتفاء رجوع البائع إلى العين بعد العود إلى المشتري على أنّ الزائل العائد كأنه لم يزل فيصح رجوعه إليه، أو كأنه لم يعد فلا يصح، فقيل بالأوّل وقيل بالثانى وفصل ثالث بين ما إذا كان عوده بفسخ العقد الواقع بينهما فيكون كأنه يزل فإنّ المشتري حينئذٍ يملكه بالملك السابق وبين ما إذا كان بعقد جديد فيكون كأنه لم يعد لأنّ تلك الملكيه جديده حدثت بالعقد الجديد وكيف كان فمورد هذا الكلام لا بدّ أن يكون نظير هذا المثال وما نحن فيه أجنبي عنه، إذ ليس فى المقام عود حتّى نقول أنّه كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد، بل الكلام فى أصل صحه العود وأنّ الزائل عن ملك الكافر بالبيع هل يصح أن يعود إليه أو لا، وليس عود حتّى نقول أنّه

كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد.

وأما الخيارات الناشئة عن الضرر فاعلم أنّ فيها مسلكين:

أحدهما: أنّ دليل نفي الضرر بنفسه موجب لثبوت الخيار.

وثانيهما: أنّ المنشأ للخيار هو تخلف الشرط الضمنى وأنّ دليل نفي الضرر يقتضى ثبوت الخيار بواسطة تخلفه.

وحيث أنّ المسلكين متفاوتان فى الحكم فينبغى أن نتكلم على كلّ مسلكٍ على حده فنقول:

أما على المسلك الأول: فإما أن يكون الضرر على الكافر البائع أو على المشتري المسلم، فقد يقال بالتفصيل بينهما بالخيار للثانى دون الأول، أما عدم الخيار للأول فلأنّ الضرر ينشأ من سوء اختيار الكافر للكفر، ودليل نفي الضرر لا ينفى ما كان من الضرر بالاختيار، وأما ثبوت الخيار إذا كان الضرر على المشتري المسلم فلأن دليل نفي السبيل وإن كان حاكما على أدله الأحكام، لكن لا- حكومه له على دليل نفي الضرر لكونه أيضا مثل دليل نفي السبيل فى حكومته على أدله الأحكام، فيكونان فى درجه واحده، نظير أدله نفي الحرج مع دليل نفي الضرر حيث لا حكومه لأحدهما على الآخر فلا يقدم دليل نفي السبيل على دليل نفي الضرر وإن كان يقدم على الدليل المثبت لخيار المجلس ونحوه ممّا كان ثابتا بأصل الشرع أو بجعل المتعاملين بل يقدم دليل نفي الضرر عليه لقوته، هذا محصل هذا التفصيل.

ولا يخفى ما فيه أيضا: لأنّ قوه دليل نفي الضرر توجب تقديمه على دليل نفي السبيل لو كان دليل نفيه قابلاً للتخصيص، وأما مع عدم قبوله له كما تقدم فيجب تخصيص دليل نفي الضرر به لقابليته للتخصيص، بل وقوع التخصيص عليه بدرجة قيل باحتياجه إلى الجابر لو أريد العمل به، وهذا القول وإن كان فاسدا لما حققناه فى محلّه من أنّ ما توهم خروجه عن عمومه ليس بالتخصيص بل إنّما هو بالتخصيص، لكن أصل إمكان إيراد

التخصيص عليه ووروده في الجملة مّا لا- يقبل المنع، وعليه فيجب تخصيص دليل نفي الضرر بدليل نفي السبيل فتحصل ممّا ذكرناه سقوط التفصيل بين الخيارات الأصلية وبين الخيارات الناشئة عن عموم نفي الضرر بتوهم سقوط الأوّل لأجل حكمه دليل نفي السبيل على الأدلة المثبتة للخيارات الأصلية وثبوت الثاني لعدم حكمه دليل نفي السبيل على عموم دليل نفي الضرر وتقدم دليل نفي الضرر على دليل نفي السبيل لقوه دليله.

ومنه يظهر سقوط التفصيل بين الخيار الناشئ من ضرر المشتري المسلم وبين

الخيار الناشئ من ضرر البائع الكافر بثبوت الخيار في الأوّل لأجل قاعده نفي الضرر وعدم ثبوته في الثاني بالمنع عن شمول القاعده له لكون الكافر باختياره الكفر مقدما على الضرر.

ووجه سقوطه: هو عدم عموم القاعده للضرر المترتب على المشتري المسلم بعد تخصيصها بدليل نفي السبيل فيكون الضرران أعنى ما يترتب على المشتري وما يترتب على البائع سواء في خروجهما عن عموم قاعده الضرر، ومع الغض عن ذلك فلا وجه لهذا التفصيل إذ الخارج عن القاعده هو ما كان الإقدام على نفس الضرر كالإقدام على المعامله الغبنيه مع العلم بالغبن لا الإقدام على شيء آخر يترتب عليه الضرر كالإقدام على الكفر في المقام، فالإقدام على الكفر ليس اقدا ما على الضرر مثل الإقدام على المعامله الغبنيه مع العلم بالغبن كما لا يخفى.

فهذه التفاصيل الثلاثه أعنى التفاصيل بين الخيار الأصلي والخيار الضرري، والتفصيل في الخيار الضرري بين ضرر المسلم وضرر الكافر، وابتناء المسئله على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد كلّها ساقطه.

بقي من الوجوه المحتمله ثلاثه وجوه:

الأوّل: احتمال سقوط جميع الخيارات مطلقا سواء كان الخيار أصليا أم جعليا أم ناشئا من دليل نفي الضرر.

الثاني: احتمال ثبوت الجميع مطلقا فيكون بيع الكافر كبيع المسلم فيما له من

الأحكام، وهذا هو المنقول عن جامع المقاصد.

الثالث: سقوط الخيارات بالنسبة إلى العين فلا يجوز للكافر استرداد العين بالفسخ مطلقا سواء كان العقد لازما أو كان جائزا، كان الخيار في العقد اللازم أصليا أو جعليا أو ناشئا من دليل نفى الضرر، ويجوز له الرجوع إليه بالقيمة هذا.

وأقوى الاحتمالات هو الأول وذلك لأنه قد تبين فيما تقدّم أنّ الدليل على فساد بيع المسلم من الكافر حسبما حررناه كان هو الخبر المتقدم (١) بالتقريب الذي عرفت من كون النهى فى قوله عليه السلام : لا تقزوه، راجعا إلى مرحله المسبب (٢)، وبعد الغاء خصوصيه حاله

البقاء التى هى مورد الخبر يستفاد مبغوضيه المعنى المسببى بقاءً وحدوثاً، والنهى الراجع إلى مرحله المسبب حدوثاً يدل على الفساد فيدل على فساد البيع من الكافر، ولا فرق فى مبغوضيه المسبب بين أسبابه، فلا فرق حينئذ بين البيع والصلح وغيرهما فكلماً كان سببا لذلك المسبب المنهى عنه يكون النهى عنه كاشفا عن عدم تأثير السبب ولو كان إيقاعا لا عقدا، فالفسخ فاسد لكونه إنشاء حلّ العقد ومن الإيقاعات ويكون سببا للملكيه، وإذا كانت الملكيه المسببه عنه منهيها عنها كان النهى عنها كاشفا عن فساد سببها فالفسخ فاسد غير مؤثر فى ارتجاع الملكيه ومع عدم تأثيره لا يكون الخيار ثابتا إذ معنى الخيار هو ملك الفسخ ومع عدم تأثير الفسخ فلا ملك عليه، فجميع الخيارات ساقطه بدليل واحد وهو الدليل الدال على مبغوضيه ملكيه الكافر للعبد المسلم.

وبهذا الدليل تسقط التفاصيل المتقدمه أيضا حتى التفصيل بين العين والبدل، وتوضيحه: إنّ مورد الرجوع إلى المثل أو القيمة بعد تعذر ردّ العين إنّما هو فيما إذا كان الرجوع إلى العين جائزا بسبب الفسخ وكان تسليم العين متعذرا بواسطة التلف أو ما بحكمه فإنّه حينئذ ينتقل إلى البدل من القيمة أو المثل سواء قلنا بأنّ الفسخ عبارته عن حلّ العقد الموجب لرجوع العين إلى ما انتقل عنه أو قلنا أنّه ارتجاع للعين المستلزم لحلّ

ص: ٤٦٧

١-١. وسائل الشيعه ١٧/٣٨٠، ح ١.

٢-٢. وهى تبادل الاضافتين المتحقق باعتبار الطرفين وانشائهما ويكون أمرا باقيا فى عالم الاعتبار ما لم يتعقبه الفسخ من ذى الخيار أو الإقاله كما مرّت فى الآراء الفقهيّه ١/١١.

العقد، غايه الأمر أنه بناءً على الأول يكون انتهاء الأمر إلى البديل في رتبه ثالثه حيث لا بدّ أولاً من حل العقد لكي يترتب عليه رجوع العين إلى ما انتقل عنه وبعد الارتجاع إليه وكونها متعذّره ينتقل إلى البديل، وعلى الثاني في رتبه ثانيه حيث أنه بعد ارتجاع العين بالفسخ ينتقل إلى البديل، وعلى كلّ تقديرٍ لا بدّ من الرجوع إلى العين أولاً حتّى ينتهي بعد تعذّر تسليمه إلى البديل والمفروض في المقام امتناع الرجوع إلى العين لما استفيد من الدليل بالتقريب المتقدم، فلا موقع للرجوع إلى البديل.

وبعبارة أوضح: الرجوع إلى البديل إنّما يكون عند امتناع تسليم العين بعد الفراغ عن الرجوع إليه الذي هو في ظرف إمكان الرجوع إليه، والممتنع في المقام هو الرجوع إلى العين ومع امتناع الرجوع إليه فلا تنتهي النوبه إلى بدلها الذي كان بعد الفراغ عن الرجوع إليها، وهذا ظاهرٌ جداً، فالتحقيق هو سقوط جميع الخيارات مطلقاً، ولو كانت من الخيارات الضرريه وأنّ التفاصيل المتقدمه كلّها ممنوعه.

هذا على ما سلكه المصنّف [الشيخ الأعظم] قدس سره من جعل الخيار في بعض

المقامات مثل خيار الغبن ناشئاً من نفى الضرر، وأمّا على ما هو المختار عندنا من كون المنشأ في أمثال هذه المقامات هو تخلف الشرط الضمني وأنّ دليل نفى للضرر بنفسه لا- يكون متكفلاً لإثبات الخيار في الغبن وإنّ كان يصح الاستدلال به بعد جعل الملاك هو تخلف الشرط، فالأمر في بطلان التفصيل أوضح ضروره أنّه لا يبقى حينئذٍ خيار ناشئ عن دليل نفى الضرر فيصير من الخيارات الأصلية التي لا- اشكال في حكمه دليل نفى السبيل على أدلتها كسائر الأدله التي هي محكومها بدليل نفيه من غير إشكال كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام بالنسبه إلى الفسخ، ومنه يظهر عدم جواز الردّ بسبب العيب أيضاً، نعم لا بأس بالأرّش حيث أنّه لا مانع منه بعد سقوط الردّ.

هذا كلّه فيما إذا كان الكافر هو بنفسه متولّياً للبيع، وأمّا إذا كان المتولى هو الحاكم كما قلنا أنّه وظيفه له على ما استفاد من قوله عليه السلام: [فبيعوه \(1\)](#)، فلا خيار أيضاً فإنّ مقتضى

ص: ٤٤٨



الخيار هو ارتجاع العين إلى من انتقل إليه بعد الأخذ بالخيار، والمفروض عدم إمكان رجوع العين إلى الكافر، ولا يعقل القول بصحة الفسخ والالتزام بعدم رجوع العوضين إلى من انتقلا عنه بل برجعهما إلى ثالث أجنبي لكونه خارجا عن حقيقته الفسخ الذى هو حلُّ العقد، فكما أنّ مقتضى العقد هو خروج المال عمّن انتقال عنه كذلك يكون مقتضى الفسخ دخوله فى ملكه وعوده إليه بالملكيه السابقه بعد جعل العقد كأن لم يكن بسبب الفسخ»(١).

أقول: لو تمت أدله حُرْمَه بيع العبد المسلم للكافر وفسادها، وتمّ احتمال تولّى الحاكم لبيع العبد المسلم، تمت مقاله المحقّق النائيني قدس سره ومع المناقشه فيهما كما عرفت وأنهما لم يتما، فيكون المختار جريان الخيارات فى البيع المذكور بأقسامها كما عليه العلامه والشهيد فى الدروس والمحقّق الثانى والله العالم.

ص: ٤٦٩

مسأله: حكم نقل المصحف إلى الكافر

قد بحثنا عن هذه المسأله فى المسأله الأولى: بيع المصحف من خاتمه المكاسب المحرّمه (١)، فى الفرع الرابع من الفروع التى الحقتّها بالبحث وقد ناقشنا أدله حرمة هذا البيع وفسادها والفروع الملحقة بها فلا نعيدها فإن شئت فراجع «هذا كتابنا ينطق عليكم بالحق» (٢) والله العالم.

إلى هنا تم الكلام فى شرائط المتعاقدين وبه تمّ الجزء الرابع من قسم البيع من كتابنا الآراء الفقيهيه فى يوم الخميس غرّه شهر ربيع الآخر ١٤٣٦ على يد مؤلّفه العبد هادى النجفى ببلده إصفهان صانها الله تعالى عن طوارق الحدّثان وسائر بلاد المسلمين.

والحمد لله أولاً- وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى الله على سيّدنا محمّد وآله الأئمه الهداه الطيبين الطاهرين المعصومين لا سيّما خاتمهم الإمام المنتظر الحجه الثانيعشر المهدي الموعود - عجل الله تعالى فرجه الشريف - وجعلنا من خدامه والمستشهادين بين يديه. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين. (٣)

ص: ٤٧٠

---

١- ١. راجع: الآراء الفقيهيه قسم المكاسب المحرّمه (٢٩٢-٢٨٣).

٢- ٢. سوره الجاثيه /٢٩.

٣- ٣. وقد تمّ تصحيح هذه الاوراق على يد مؤلّفها فى صبيحه يوم الخميس عيد الأضحى ١٤٣٦ ببلده اصفهان والحمد لله أولاً وآخراً.

سرشناسه : نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور : الآراء الفقهیه: قسم البیع / تالیف هادی النجفی.

مشخصات نشر : تهران: شب افروز، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری : ۴۴۸ ص.: نمونه.

شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۶۰۲-۹۲۹۰۲-۸-۴

وضعیت فهرست نویسی : فیا

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه: به صورت زیرنویس.

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

موضوع : معاملات (فقه)

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/ن۳۶۳۳ ۱۳۹۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۵۵۵۳۷۸

ص: ۱



## تقريف الحكيم المتأله المرجع الديني آيه الله العظمى المرحوم السيد عز الدين

الحسيني الزنجاني قدس سره (١٣٤٠-١٤٣٤) بخطه الشريف في شهر رجب المرجب ١٤٣١

ص: ٣

چه مبارک سحری بود [و] چه فرخنده شبی آن شب قدر که این تازه براتم دادند

برحسب سیره آباء و اجداد بحمدالله روزهای جمعه تا این جانب به خاطر دارم مجالس ذکر مولانا اباعبدالله الحسین \_ ارواحنا وارواح العالمین لتراب مرقد الفداء \_ در حسینیه منزل شخصی برقرار است. برکات و افاضات این عمل نورانی پیوسته ساطع و لامع است به گونه ای که برای معاندی هم جای انکار باقی نمی ماند.

از آن جمله در جمعه گذشته مجلس به قدوم میمنت لزوم عالم بزرگوار آیه الله آقای حاج شیخ هادی نجفی \_ دامت برکاته \_ مزین شد و روح و طراوت خاصی به مجلس، بالخصوص به این بنده به هیچ ارزنده بخشید. لاسیما خود حامل آثار علمی خود در مکاسب محرمه در سه

جلد هدیه فرمودند.

بحمدالله آثار تحقیق از محابرات آشکار بود. بسیار خوشوقت و ان شاء الله مورد استفاده قرار خواهد گرفت. از حسن تصادف این جانب هم با رفقای حوزه مشغول مباحثه و تدریس این قسمت هستم.

در خاتمه این بهترین عمل را به عالم فرهیخته اصفهان تبریک تقدیم نموده و مزید توفیقات معظم له از قادر متعال و ائمه اطهار \_ صلوات الله عليهم \_ خواستارم. به راستی ملتمس دعا هستم.

این جانب هم توفیق مسافرت به اصفهان فقط به قصد زیارت قبر مجلسی \_ سلام الله علیه \_ در چندین سال قبل در زمان حیات رجل الرجال و واحد الآحاد آقای ارباب قدس سره داشته و از محضر شریفشان استفاده بردم. آن بزرگمرد در احیاء نماز جمعه تأکید داشتند و این جانب را به مناسبت اقامت نماز جمعه در زنجان مورد تشویق قرار دادند.

اللهم اعل درجات علماءنا الماضین وأحینا حیاتهم وأمتنا علی سیرتهم وطریقهم.

مشهد مقدس \_ محمد عزالدین الحسینی الزنجانی

ص: ۵

باسمه تعالى

يا سحرا مباركه ويا ليله رائعه / ليله القدر التي أعطيتُ فيها رخصه النجاه من النار

إنّ مجالس عزاء مولانا أبي عبدالله الحسين \_ أرواحنا وأرواح العالمين لتراب مرقده الفداء \_ كانت ولا تزال منعقدة في حسنيه بيتي الخاص كل جمعه حسب سيره آبائي واجدادى على ما فى بالى، ولم تنفك تسطع بركات هذا العمل النوراني وتلمع آثارها الخير حيث لا يبقى مجالاً للإنكار ولو للمكابرين.

منها أن مجلس هذا العبد قد أشرق وساده رُوح وريحان بورود العالم الجليل آيه الله الحاج الشيخ هادى النجفى \_ دامت بركاته \_ فى الجمعه الماضيه، خاصه أن سماحته جاء ومعه ثلاثه مجلدات من كتابه القيم المكاسب المحرمه أهداها إلى.

والحمد لله هو كتاب مفعم بالتحقيق والإبداع. لقد سررت وأسستفيد منه إن شاء الله. ومن المصادفه الطيبه أننى منشغل بمذاكره الموضوع وتدريسه مع بعض زملائى من علماء الدين.

وختاماً أهنى العالم الجليل الجهبذ بهذا العمل الرائع، وأسأل المولى القدير والأئمه الأطهار \_ صلوات الله عليهم \_ له مزيداً من التوفيق، وأطلب جداً منه الدعاء.

وأما أنا، فأسعدنى التوفيق بأن أسافر إلى إصفهان لأجل الزياره مضجع المجلسى \_ سلام الله عليه \_ قبل عدّه سنوات فى أيام حياه رجل الرجال وواحد الآحاد سماحه السيد أرباب قدس سره، واستفدت من مجلسه العلمى. كان سماحته يشدد على إقامه صلاه الجمعه وقدّر جهودى فى إقامتها بزنجان.

اللهم اعل درجات علماءنا الماضين وأحينا حياتهم وأمتنا على سيرتهم وطريقهم.

مشهد المقدسه \_ محمد عز الدين الحسينى الزنجانى

ص: ٦



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تاريخ إنهاء المجلد الثامن من كتاب «الآراء الفقهية» لسماحه الفقيه المدقق النحرير المجتهد المحقق الكبير آية الله الشيخ هادي آل أبي المجد النجفي - دام ظلّه الوارف -

الآية النجفي فيض عطائه الـ فكري متّصل بعير نفاذ

فمزمم التحقيق كم قد خط من كتب فرائد دونت بسداد

لم يعرّها حشو ولم يعلق بها عاب يثير حفاظ النقاد

بمذاب تير دبحت صفحاتها الـ عزّ النفائس لا بسيل مداد

(ورث) الفقهه (كابرا عن كابر مؤصولة الإسناد بالإسناد) (١)

ص: ٧

---

١- (٢) ما بين الأقواس تضمين مع تصرف يسير وهو لاء حد الشعراء من أهل القرن الرابع الهجري على ما أحفظ في مدح الوزير العالم الأديب صاحب إسماعيل بن عبّاد - رحمه الله تعالى - . وقد استبدلت بقوله: (ورث الوزاره): ورث الفقهه. لإقتضاء المقام ذلك.

وَقَفَا (أَبَا الْمَعْجِدِ الرَّضَا) بِنُبُوغِهِ وَاعْتِنَامِ (١) نَهْجِ أَعْظَمِ الْأَعْجَادِ

فَعَدَا لَهُ مِيرَاتُهُمْ فِي عَصْرِنَا (فَرَضًا وَرَدًّا) وَهُوَ أَوْفَرُ زَادٍ

وَكَفَاهُ بـ (الآراء) مِنْ فَخْرٍ بِهِ خُلِدَ اسْمُهُ السَّامِي مَدَى الْأَبَادِ

فَلَقَدْ أَقَامَ بِهِ عَلَى اسْتِنْبَاطِهِ الـ وَافِي شَوَاهِدَ جَمَّةِ الْأَعْدَادِ

وَبـ (ثَامِنِ الْأَعْجَاءِ) أُنْتَحَفَ مَعَشَرَ الـ فُقَهَاءِ أَعْلَامِ الْهُدَى الْأَعْوَتَادِ

أَنْعِمَ بِهِ سَفْرًا تَأَلَّقَ بِأَلْبِهَا فَمَحَا الدُّجَنَةَ بِالسَّنَا الْوَقَادِ

وَبِمُنْتَهَى الْقِسْطِ (٢) قُلْتُ مُؤَرِّخًا: «قَدْ ضَاءَ (٣) بـ (الآراء) فِقْهُ الْهَادِي»

(٦٠)(١٠٤)(٨٠٢)(٢٦٣)(١٥٨)(٥١)

سنه ١٤٣٨هـ

الْأَقْلَ عَبْدُ السَّتَارِ عَفَا عَنْهُ الْمَلِيكَ الْغَفَّارَ، وَعَنْ وَالِدَيْهِ

النَّجْفِ الْأَشْرَفِ \_ الْمَدْرَسَةِ الْمَهْدِيَّةِ الْعِلْمِيَّةِ الدِّيَّةِ

ص: ٨

١- (٣) أى اختار.

٢- (٤) فى عبارته (وبمنتهى القسطاس) توريته بإضافه قيمه السنين وهى ستون إلى مادته التاريخ وبها يتيم المقصود.

٣- (٥) يُقال: ضاء، وأضاء، كلاهما صحيح.

## فصل شرائط العوضين

اشاره

ص: ٩



يظهر من العلامه اعتبارها في البيع حيث يقول: «لا- يجوز بيع ما لا منفعه فيه لأنه ليس مالاً، فلا يؤخذ في مقابله المال، كالحبه والحبتين من الحنطه، ولا- نظر إلى ظهور الانتفاع إذا انضم إليها أمثالها، ولا إلى أنها قد توضع في الفخ (١) أو تُبذر. ولا فرق بين زمان الرخص والغلاء. ومع هذا فلا يجوز أخذ حبه من صُبره الغير، فإن أخذت، وجب الرد، فإن تلفت، فلا ضمان؛ لأنه لا مائيه لها.

وهذا كله للشافعي أيضاً، وفي وجه آخر له: جواز بيعها وثبوت مثلها في الذمه. وليس بجيد» (٢).

وتبعه الشيخ الأعظم وذهب إلى اعتبار المائيه في كل من العوضين وقال: «يشترط في كل منهما كونه متمولاً لأن البيع لغه مبادله مالٍ بمال (٣)... (٤) والأولى أن يقال: «إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفاً، فلا- إشكال ولا- خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين؛ إذ لا- بيع إلا- في ملك. وما لم يتحقق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابله. وما لم يتحقق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عموماً صحه البيع والتجاره،

ص: ١١

١- (٦) الفخ: المصيده. الصحاح ١/٤٢٨.

٢- (٧) تذكره الفقهاء ١٠/٣٥، مسأله ١٤.

٣- (٨) كما في المصباح المنير ٦٩/٦٩.

٤- (٩) المكاسب ٩/٤.

وخصوص قوله عليه السلام في المروى عن تحف العقول: «وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه... إلى آخر الروايه»(١)، وقد تقدمت في أول الكتاب(٢)«(٣).

يرد عليه: «أولاً: أنه لا دليل على اعتبارها [أى اعتبار المالىه العرفيه]، سوى المصباح الذى هو على فرض اعتباره ليس إلا من قبيل شرح الاسم، فإذا تعلق الغرض الشخصى بشيء \_ كالعقرب والخنفساء أو كتابه والده أو صورته \_ لا مانع من شرائه.

وثانياً: لو سلمنا اعتبار المالىه فيه، فغايتته أن لا يرتب على معاوضه غير الأموال الأحكام الخاصه للبيع ولا تعمها أدلته الخاصه، إلا أنه لا يمنع شمول ما ورد فى صحه مطلق العقود، كقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فتكون معاوضه صحيحه ولو لم يكن بيعاً؛ ولذا ذكرنا فى بعض تنبيهات المعاطاه: أنه إذا بدّل أحد عباة ته بقاء غيره يصح وإن لم يكن بيعاً ولم يصدق البائع ولا المشتري على كل منهما، بل لو سئل كل منهما وقيل له: إنك بعت مالك؟ أجاب بأننى لم أبع ولكن عاوضت مالى، ومع ذلك فهى معاوضه.

[وثالثاً]: أن ما ذكره فى فرض الشك فى المالىه العرفيه، من أنه إذا أحرز كون أكل المال فى مقابله أكلاً للمال بالباطل كان فاسداً، خلفاً ومناقضه؛ إذ مع الشك فى المالىه لا معنى للعلم بكون أكل المال فى مقابله أكلاً له بالباطل، بل الشك فى ذلك مستلزم للشك فيه. هذا بناءً على أن يحمل الأكل بالباطل على ما حمّله عليه [الشيخ الأعظم]، وأمّا على المختار فهو أجنبى عمّا نحن فيه رأساً.

[ورابعاً]: أن ما ذكره من الرجوع إلى عمومات صحه البيع والتجاره إذا لم يحرز كونه من أكل المال بالباطل، يكون من قبيل التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه، إذ المفروض الشك فى مالىه المبيع، فتكون الشبهه مصداقيه.

[وخامساً]: وأمّا الرجوع إلى روايه تحف العقول حيث جوّز بيع كل ما فيه وجه من وجوه

ص: ١٢

١- (١٠) تحف العقول / ٣٣٣.

٢- (١١) المكاسب ١/٥.

٣- (١٢) المكاسب ٤/١٠.

الصالح، فهو فاسد بعد ما عرفت (١) من فسادها سندا ودلاله (٢).

ما هي المالیه؟

قال المحقق النائيني: «ويعتبر في مالیه الشيء أمور:

الأول: أن يكون له أحد الأمرين من المنفعه أو الخاصيه على سبيل منع الخلو، والمراد بالمنفعه هو قابليه الانتفاع به مع بقاء عينه كسكنى الدار وركوب الدابه، وبالخاصيه ما يترتب عليه من المنافع المتوقف ترتبه على ذهاب عينه مثل الاشباع المترتب على الخبز الموقوف على ذهاب عينه بأكله، وهذان الأمران على سبيل منع الخلو مقومان لمالیه المال فمالا منفعه فيه ولا خاصيه له أصلاً فلامال.

الثاني: أن يكون مما يصح اقتنائه لأجل ما يترتب عليه من المنفعه أو الخاصيه عقلاً بأن كان مما يقتنيه العقلاء لذلك بحسب عاداتهم سواء كان استعماله لأجل خاصيته مثلاً- شايها غير مختص ببعض الأحوال كالحنطه التي تفتنى لأجل الاقتيات، أو كان نادرا مختصا ببعض الأحوال لمكان تعلق غرض العقلاء باقتنائها، فما لا يصح اقتنائه لأجل ما يترتب عليه من المنافع والأغراض فلا- يكون مالا وإن كان له أحد الأمرين من المنفعه والخاصيه، لكن لمكان شيوع وجوده مثل الرمل والأحجار في مواضعها لا يقدم العقلاء على اقتنائه بل يعد اقتنائه عملاً سفهيا عندهم.

الثالث: أن يكون مما يبذل العقلاء بإزائه المال، فلو لم يبذل بإزائه المال لم يكن مالا كالماء في جنب الأنهار حيث أنه مع ماله من المنفعه والخاصيه لا يكون عندهم مالا لمكان عدم إقدامهم ببذل المال بإزائه، وهذه الأمور المذكوره دخيله في التمول عرفا.

الرابع: أن لا تكون تلك المنفعه أو الخاصيه المقومان لمالیه الشيء مصبا وموردا للنهي الشرعي بأن تعلق النهي بنفس تلك المنفعه أو الخاصيه، لصيروره الشخص بسبب حرمة هذه المنفعه أو الخاصيه عليه محروما عن ذلك الشيء شرعا، فيكون وجود المنفعه

ص: ١٣

١- (١٣) راجع الآراء الفقيهيه ١/ (٢٠-١٦).

٢- (١٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٠٣ و ١٠٤.

والخاصيه كالعدم، إذ ما لا يجوز الانتفاع به فيما يترتب عليه يكون كما لا ينتفع به أصلاً، فمثل الخمر ونحوه (١) لا يكون مالاً لأجل المنع عن ترتب ما هو الملاك في ماله المال عليه شرعاً» (٢).

وقال الإيرواني في تعريفها: «ثم إن تعريف المال بأنه ما يبذل بإزائه المال في غايه الفساد، فإنه من أخذ المعرف في التعريف، والظاهر أنه لا إشكال في اعتبار أمرين في تحقق مفهومه، أحدهما حاجه الناس إليه في أمور دنياهم، أو عقابهم، والثاني عدم إمكان الوصول إليه بلا إعمال عمل» (٣).

وقال الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ بعد المناقشه في التعريفين: «ولعل أسلم التعاريف \_ وإن لا يخلو عن المناقشه باعتبار شموله للمناصب الاعتبارية التي يتنافس عليها العقلاء، لكنّها غير معدوده من الأموال \_ اعتبار المائيه شيئاً يتنافس عليه العقلاء، وليس المراد من العقلاء الإنسان الذي يمتلك عقلاً يعبد به الرحمن، بل مَنْ له عقل المعاش، ويسعى لكسب ما ينتفع به، وبالتالي يعدّ الكنز الذي لا مالك له مالاً، كما يعدّ الخمر والخنزير أيضاً مالاً \_ لولا الحكومه الشرعيه بإلغاء المائيه عنهما \_ لتنافس العقلاء عليهما» (٤).

أقول: تعريف المال ويتبعه الماله واضح عند العرف لا غبار عليه وكلّ هذه التعاريف تردّ عليها مناقشات لأنها لا تكون إلا شرحاً للاسم لإبعادنا عن المعنى العرفي الواضح فلا نحتاج إلى النقض والابرام فيها وإلا لعل أردء التعاريف هي الأخيره منها. والله العالم.

الدليل على اعتبار الماله في البيوع

الأول: قول الفيومي في المصباح المنير: «الأصل في البيع مُبَادَلُهُ مَالٍ بِمَالٍ لِقَوْلِهِمْ

ص: ١٤

١- (١٥) كذا وَرَدَ فِي الْأَصْلِ، وَالصَّوَابُ «وَنَحْوُهَا»؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ مُؤَنَّثَةٌ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ بِإِخْلَافٍ.

٢- (١٦) الْمَكَاسِبُ وَالْبَيْعُ ٢/٣٦٤ وَ ٣٦٥.

٣- (١٧) حَاشِيَةُ الْمَكَاسِبِ ٢/٤١٤.

٤- (١٨) الْعَقْدُ النَّضِيدُ ٤/٣٣٨.



بيِعَ رابِحٌ وبيِعَ خاسِرٌ وذلك حقيقة في وصف الأعيان لكنه أُطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التمليك والتملك» (١).

ويرد عليه: أولاً: قد مرَّ أنّ هذا التعريف لا يكون إلا شرحاً للاِسْمِ بل لا يكون حتى شرح الاسم.

وثانياً: اعترف الفيومي بأنَّ هذا الإطلاق مجازيٌّ.

وثالثاً: لا اعتبار بقول اللغوي في التحديدات الشرعية كما بحثنا عنه في مباحثنا الأصولية.

الثاني: قوله صلى الله عليه وآله: لا بيع إلا في ما يملك (٢)، يدلُّ على أنَّ المبيع يجب أن يكون مالاً حتى يدخل في الملك.

ويرد عليه: أولاً: الرواية عامية.

وثانياً: الرواية تدلُّ على اعتبار الملكيه لا الماليه فلا تطابق بين الدليل والمدعى.

وثالثاً: أنَّ النسبه بين الملك والمال عموم وخصوص من وجه ولا يصح الاستدلال بأحدهما على إثبات الآخر.

ورابعاً: الماليه مفهوم عرفي والروايه نصّ شرعي ولا يحدد المفهوم العرفي بالنص الشرعي.

الثالث: المبيع إذا لم يكن مالاً - يكون أكل المال في مقابله أكلاً - له بالباطل، نهى عنه قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» (٣).

يرد عليه: المراد «بالباطل» في الآيه الشريفه الأسباب الباطله و«الباء» للسببيه فلا يتم الاستدلال لأنها غير ناظره إلى المبيع وشروطه.

ص: ١٥

١- (١٩) المصباح المنير / ٦٩.

٢- (٢٠) سنن الترمذي ٣/٤٨٦، ح ١١٨١؛ مسند أحمد ٢/٢٠٧؛ السنن الكبرى ٧/٣١٨؛ سنن الدارقطني ٤/١٤، ح ٤٢؛ المصنّف ٦/٤١٧، ح ١١٤٥٦ لعبد الرزاق؛ كنز العمال ٩/٦٤١، ح ٢٧٧٧٩؛ مستدرک الحاكم ٢/١٧.

٣- (٢١) سورة النساء / ٢٩.

وقد يقال: «أساس المائيه وملاك اعتبارها عقلاييه وليست بشخصييه، بمعنى أنّ الشئ يعدّ مالاً فيما إذا اعتبره العرف والعقلاء مالاً، ولذلك لا يمكن وصف مال معتبر عند شخص تعلق به غرضه \_ لكن يستهين به العرف والعقلاء \_ أنه مالٌ لفقده ملاك المائيه، فالثوب البالي الذي قد يعتز به الشخص لكونه ثوب أبيه ويذكره به، ولا يتنازل عنه في مقابل أموال الدنيا، لا يعدّ مالاً لعدم كونه موصوفاً بالمائيه العرفيه، وأمّا الفقهاء فقد علّقوا وصف المائيه بما يعتبره العرف والعقلاء مالاً وإن كان منشؤه شخصياً، فالمدار في تحقّق المائيه هي الثابته عند العرف والعقلاء وإن كانت ناشئه من غرض شخصي، فالحشرات برغم خستها وحقارتها العرفيه، وعدم تقابلها بالمال، إلاّ أنّها قد توصف بالمائيه بالنسبه إلى العالم بالحشرات الذي يتعلق غرضه بها، ويبدل الأموال الطائله لتحصيلها وتصنيفها وتحيطها وما إلى ذلك، فإنّ هذه الرغبه المعقوله والمحترمه عند العقلاء تجعلها مالاً، برغم أنّ المعامله الواقعه عليها معامله على ما لا يبذل بإزاءه مالٌ عقلاءً وعرفاً.

أمّا اعتبار المائيه في العوضين، فقد ادّعى الشيخ [الأعظم] صراحهً لزوم مائيه العوضين و[قال: «إنّ ما تحقّق أنّه ليس بمالٍ عرفاً فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين» (1)] وقد أقام أدلّه عديده على ذلك، لكن ثبت ممنوعيتها واندفاعها، وبذلك يسقط أصل الدعوى، وبالتالي فيصحّ معامله حبّه حنطه واحده بحبّه شعير واحده، بمثل ما تصحّ معامله منّ من الحنطه بمنّ من الشعير، نعم المعامله الأولى غير عقلاييه، لا يقدم عليها العقلاء دون الثانيه، إلاّ أنّ عدم معقوليتها لا يخرجها عن عنوان البيع والمعامله لصدق مفهوم البيع عليها. وهكذا ثبت عدم تقيّد مفهوم البيع لغه وعرفاً بالمائيه.

أمّا بالنسبه إلى الأدلّه الشرعيه: فقد نُوقش في تقييدها بالمائيه وعدمه على قولين:

قيل: إنّ الأدلّه مطلقه غير مقيده بالمائيه وعدمها، وهو مختار المحقّق السيّد الخوئي، حيث التزم بأنّ الأدلّه الشرعيه مطلقه تشمل جميع المعاملات والعقود عدا ما يصدر من السفيه، وأنّ الممنوع بيع السفيه دون البيع السفهي الصادر من العاقل.

ص: ١٦

وقيل: إنَّ الأدلَّة الشرعيَّة وموضوعاتها مقيدة بالعقلانيَّة، بمعنى أنَّ إطلاقات أدلَّة الحِلِّ ولزوم الوفاء مقيدة بالمعاملات الصادره من العقلاء، وهو الصحيح لأنَّ الأدلَّة الشرعيَّة الواردة في باب المعاملات تندرج في الأحكام الإيضائيَّة المنصرفه إلى ارتكازات العقلاء، وإنَّ يحتمل أن تكون أوسع وأشمل ممَّا عند العقلاء، لكنَّ المتيقن منها ما هو المرتكز عندهم، ومن المعلوم أنَّ المرتكز عند العقلاء تصحيح البيوع الصادره من العقلاء على وجه معقول، لا مطلق ما يتعامل به وإن كان غير معقول.

وبالجمله أوَّلاً: إنَّ إطلاق الأدلَّة الشرعيَّة الواردة في باب المعاملات مقيدة ومضيقة ذاتا بما عدا المعاملات السفهية.

وثانياً: اعتبار الأدلَّة الإيضائيَّة أدلَّة تأسيسية دالَّة على حكم الشارع بصحِّه أمر غير عقلاني، بعيداً عن روح الشريعة ومقاصدها، ويتوقَّف ثبوتها على مؤونه زائده.

ومقتضى الدليلين المذكورين انصراف إطلاق آية الحِلِّ واللزوم عن البيع السفهية، واختصاصهما بالبيوع العرفية العقلانيَّة، واندفاع ما قيل من إطلاقها ولا أقلَّ من الشكِّ في شمولهما للمبيع الفاقد للماليَّة، فيكون المرجع أصاله الفساد.

وخلصه الكلام: هي أنَّه قد ثبتَ ممَّا ذكرنا أنَّ النتائج المترتبة على المسالك المختلفة كما يلي:

١- بناءً على مسلك المشهور - وهو مسلك الشيخ [الأعظم] - القائل باعتبار لزوم تحقُّق الماليه في مفهوم البيع، ثبت انتفاء مفهوم البيع عند إحراز عدم الماليه.

٢- بناءً على مسلك المحقِّق السيد الخوئي، فإنَّ مفهوم البيع غير متقوم بالماليه، وبالتالي يكون اقتضاء شمول الأدلَّة لمطلق البيوع حتَّى الفاقده للماليه تاماً ومانعه مفقوداً.

٣- وأمَّا بناءً على المسلك المختار - بعد ثبوت بطلان المسلكين السابقين - فإنَّ مفهوم البيع عرفاً غير متقوم بالماليه، لكنَّه مقيد بها شرعاً، وبالتالي فإنَّ مبادله ما لا ماليه

فيه بيعٌ لكنّها غير صحيحه شرعاً»(١).

أقول: بعد قبول عدم اعتبار دليل المالىه، وأنّ الممنوع هو بيع السفیه دون البيع السفهى، وأنّ أدله المعاملات إمضائیه وليست بتأسیسیه، ووجود إطلاق أدله صحه البيع وغيره من المعاملات فلا بدّ لنا من الذهاب إلى ما ذهب إليه المحقّق السید الخوئى رحمه الله من صحه البيع مع فقد المالىه فى العوضین، ولا أدرى من أين استفاد الأستاذ المحقّق \_ مدظله \_ أنّ «مفهوم البيع عرفاً غير متقوم بالمالىه لكنّه مقید بها شرعاً»؟ ومن أين جاء هذا التقييد الشرعى بعد قبول الأمور السالفه؟! والله العالم.

ص: ١٨

---

١- (٢٣) العقد النضید ٤/ (٣٤٧-٣٤٥).

قال المحقق في شرائط المبيع: «الأول: أن يكون مملوكاً» (١).

وقال صاحب الجواهر في ذيله: «بلاخلاف (٢) بل الإجماع (٣) بقسميه عليه والنصوص (٤) واضحة الدلالة عليه، بل في المرسل: لا بيع إلا في ملك (٥)» (٤).

وقال العلامة في القواعد في شرائط العوضين: «وصلاحيته للتملك» (٧).

وقد حمل السيد العاملي مقاله العلامة على اعتبار المالىه حيث يقول في تعيين مراده: «يريد أنه يشترط في المبيع كونه مما جرت العاده بتملكه بعقد معاوضه لينتفع به منفعه معتبره في نظر العقل سائغه في نظر الشارع، فإن ما لا منفعه فيه لا يعدّ مالاً وكان أخذ المال في مقابلته حراماً قريباً من أكل المال بالباطل.

ولخلو الشيء عن المنفعه سببان: القله والخسّيه. قالقه كالجبه والحبتين من الحنطه والزيبه الواحده، لأن ذلك لا يعدّ مالاً ولا يبذل في مقابلته المال، ولا ينظر إلى

ص: ١٩

١- (٢٤) الشرائع ٢/١٠.

٢- (٢٥) كما في الحدائق ١٨/٤٣٢.

٣- (٢٦) كما في مجمع الفائده والبرهان ٨/١٦٧.

٤- (٢٧) راجع وسائل الشيعه ١٧/٣٣٣، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٥- (٢٨) مرّت مصادرّه.

٦- (٢٩) الجواهر ٢٣/٥٥١ (٢٢/٣٤٣).

٧- (٣٠) القواعد ٢/٢١.

ظهور الانتفاع به إذا ضمَّ هذا الدر إلى أمثاله وإلى ما يفرض من وضع الحَبِّه في فم الفخ. ولا فرق بين زمان الرخص والغلاء. ولا يستلزم ذلك جواز أخذ الحَبِّه والحَبَّتَيْن من صبره الغير، لأننا إنَّما نفينا تملكه بعقد معاوضه ولم ننف ملكيته مطلقا، بل هو مال مملوك يقبل النقل بالهبه ونحوها وإذا تلف ضمنه بمثله على الأصح كما ستعلم.

وأما ما لا منفعه فيه لخسسته فكالحشار»(١).

ثم قال في آخر كلامه: «... بل الإجماع على الملكيه ممَّا لا ريب فيه»(٢).

وهكذا حمل الفاضل المامقاني عبارته المحقَّق الماضيه وقال: «وليس مراده [أى المحقَّق] بذلك [بكلامه الماضى] أن يكون البائع مالكا له حتَّى يكون مقتضاه عدم صحه بيع الفضولى، بل مراده به الاحتراز عما ليس بمملوك من جهه عدم قابليته للملك...»(٣).

أقول: لو تمَّ حمل الفَقِيهَيْنِ كَلامِ الفاضلَيْنِ دَلَّ على الشرط السابق \_ أى المالىه \_ وإلَّا \_ على هذا الشرط \_ أى الملكيه \_ وظاهرهما الأخير.

ثم فليعلم: أن الملك على قسمين: ١\_ الشخصى كملكه كلِّ أحد لأمواله الخاصه. ٢\_ النوعى.

والملك النوعى إمَّا يكون قابلاً \_ لأن يصير ملكا شخصيا كالخمس والزكاه حيث أنَّهما ملكان للنوع والطبيع ولكنهما يصيران ملكا لمن يقبضهما.

وإمَّا يكون غير قابل لأن يصير ملكا شخصيا ثمَّ إنَّ هذا الأخير مَنَافِعُهُ قد تكون ملكا شخصيا بالفعل كالوقف الخاص حيث أنه ليس ملكا لشخص مخصوص لكونه ملكا للطبقات كلها ولكن آحاد كل طبقه يصيرون مالكين لمنافعه ملكا خاصا.

وقد تكون منافعه ملكا شخصيا بالقوه كالوقف العام فإنَّ منافعه ليست لأشخاص معينه لكنَّها قابله للملك الخاص.

وقد لا تكون منافعه قابله للملك الشخصى الخاص كالأراضى المفتوحه عنوه

ص: ٢٠

١- (٣١) مفتاح الكرامه ١٣/٨.

٢- (٣٢) مفتاح الكرامه ١٣/١٠.

٣- (٣٣) غايه الآمال ٧/٧.

فأنها ملك لعامة المسلمين فلا بد من أن يصرف منافعها في ما يعود نفعه إلى عموم المسلمين. (١)

الشيخ الأعظم (٢) كغيره من الفقهاء ذهب إلى اعتبار الملكيه في البيع فلا بد من البحث حول دليل اعتبارها وعلى أي حالٍ تفرع الشيخ الأعظم الملكيه على الماليه لوجه له، لأنهما أمران متغايران بينهما عموم من وجه كما مرّ.

### دليل اعتبار الملكيه ونقده

الملكيه أمر اعتباري ليست بذاتها وحقيقتها داخله في مفهوم البيع ولا علاقته لها بصحته وفساده كما يدلّ على عدم الدخل بيع السلف وبيع الكلّي في الذمه.

وأما التمسك بدخالتها في البيع بالنبوي: لا يبيع إلا في ملك، فغير تام لتطرق الاحتمالات الثلاثة في مدلولها وهي:

١\_ احتمال أن يكون دالاً على اعتبار ما يملك في البيع، بمعنى أنه لا مجال لبيع ما ليس فيه قابليه الملكيه، فيكون مدلول الخبر لا تبع ما ليس يملك، فيدلّ على نفي البيع عن مثل الخمر والخنزير.

٢\_ احتمال أن يكون مدلوله لا تبع ما ليس تملك، أي لا تبع ما لا تملكه، ممّا يدلّ على اعتبار الملكيه في المبيع.

٣\_ احتمال أن يدلّ على اشتراط ملك البيع لا- في متعلقه، وتكون النتيجة انتفاء البيع عند انتفاء ملك البيع، ولذلك لا بد أن يكون البائع إما مالكا أو وليا أو وكيلاً (٣).

وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال مع أن «ظاهره اعتبار ملك البيع، فليس خروج مثل بيع الوكيل أو الولي بالتخصيص، فالروايه ناظره إلى المنع عن بيع الإنسان مال غيره ممّا ليست له سلطنه عليه ليشتريه ويسلمه إلى المشتري. وعليه فلا مانع من بيع ما تعلق

ص: ٢١

١- (٣٤) التقسيم مأخوذ من المحقق النائيني في المكاسب والبيع ٢/٣٦٦.

٢- (٣٥) المكاسب ٤/١١، قوله: «ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكيه في العوضين...».

٣- (٣٦) العقد النضيد ٤/٣٤٩.

به الحقّ \_ كحقّ التحجير\_ ولا في جعله ثمنًا»(١).

وبالجملة: «اعتبار الملكيه لم يدلّ عليه دليل بأن يكون الثمن والمثمن مملوكين قبل البيع ولذا يصحّ بيع الكلّي في الذمّه مع أنّه لا يكون ملكا له، نعم يعتبر أن يكون البائع مالكا للبيع بمعنى أن يكون أمر البيع بيده وتحت سلطته وإن لم يكن المبيع ملكا كما في بيع الكلّي في الذمّه فإنّه يملك بيع ما في ذمّته»(٢).

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنهم احتزوا باعتبار الملكيه في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس: كالماء، والكلاء، والسموك والوحوش قبل اصطيادها؛ لكون هذه كلّها غير مملوكه بالفعل»(٣).

أقول: إن كان مراد الشيخ الأعظم من الملكيه هي الملكيه في المبيع فلا يكون مانعا من بيع المباحات الأصليه لأنّ ما «يشترك فيه الناس \_ كالماء والكلاء والأسماك والوحوش قبل اصطيادها \_ فإن لم يكن منع عن بيعها ولو من جهه العجز عن التسليم، فلا مانع من بيعها، فيبيع السمك في البحر ثمّ يصيده ويسلّمه إلى المشتري»(٤).

وإن كان مراده قدس سره من الملكيه هي ملكيه البيع وسلطنه البائع عليه \_ على خلاف ظاهر الشيخ الأعظم \_ «صحّ الاحتراز به عن بيع المباحات الأصليه إذ نسبه البائع والمشتري إليها على حدّ سواء ولا يكون للبائع خصوصيّة بحيث يكون أمر بيعها بيده دون المشتري.

ولا وجه للاحتراز عنها باعتبار المائيه في العوضين كما عن المحقّق(٥) بدعوى أنّها ليست مالا عرفا كما هو واضح.

ص: ٢٢

١- (٣٧) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٠٥.

٢- (٣٨) تعليق العلامة الآيه الشيخ على أصغر الأحمدي الشاهرودي قدس سره المستشهد في الانتفاضه العراقيه في زمن النظام صدام البائد، على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٠٤.

٣- (٣٩) المكاسب ٤/١١.

٤- (٤٠) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٠٥.

٥- (٤١) الشرائع ٢/١٠.



كما إنه ليس الوجه في الاحتراز عنها اعتبار أن لا يكون البيع سفهياً إذ فيه أولاً: أن بيع السفه باطل لا البيع السفه، وثانياً: إذا كان البائع قادراً على أخذ المباحات وتسليمها فتكون ثمره هذا البيع إلزامه بأخذها وتسليمها»(١). والله العالم.

ثم قال الشيخ الأعظم: «واحترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنه»(٢). ثم تعرض لأحكام الأراضي ونحن تابعون له في الترتيب فنقول:

ص: ٢٣

---

١- (٤٢) تعليق العلامة الآيه الشيخ على أصغر الأحمدي الشاهرودي قدس سره على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٠٤.

٢- (٤٣) المكاسب ٤/١١.

قال الشهيد: «جمع الأرض على الأراضى غلط (١)» (٢).

قال السيد العاملي: «في الصحاح (٣) والقاموس (٤) إنه جمع على غير القياس. وقال في المصباح: قال أبو زيد: سمعت العرب تقول في جمع الأرض الأراضى والأرؤوض مثال فُلوس، وجمع فَعِيل فَعَالِي فِي أَرْض وَأَرْضِي وَأَهْلِي وَأَهَالِي وَلَيْلِي وَلِيَالِي عَلَى غَيْر قِياس» (٥) (٦).

أقول: الأرض إمّا موات أو عامره وكل منهما إمّا أن تكون كذلك بالأصله أو عرض لها ذلك، فهي أربعة أقسام على الحصر العقلي:

١\_ الموات بالأصله: فلا إشكال ولاخلاف بيننا في كونها من الأنفال وكونها

ص: ٢٤

١- (٤٤) ومن الملحوظ أنّ الأرض لم يذكر لها جمع في القرآن الكريم بخلاف السماء إذ تكرر جمعها على (سماوات) حتّى إنّ في حاله بيان مُساوَفِهِ الأَرْضِ لِلسَّمَاءِ فِي عِدَدِ الطَّبَقَاتِ قَالَ تَعَالَى: «وَمِنَ الْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ» [سوره الطلاق ١٢/] والقول بمنع جمع أرضٍ على (أراضٍ) تحجّيرٌ لواسعٍ وهو من جنائيات الاستقراء الناقص لكلام العرب العربا وسماعا وقياسا ولللبسط مقامٌ غير هذا.

٢- (٤٥) الحاشيه النجاريه /٣٤٣؛ ونقل عنه في مفتاح الكرامه ١٩/١١.

٣- (٤٦) الصحاح ٣/١٠٦٤ مادّه «أرض».

٤- (٤٧) القاموس المحيط ٢/٣٢٣ مادّه «أرض».

٥- (٤٨) المصباح المنير ١/١٢ مادّه «أرض».

٦- (٤٩) مفتاح الكرامه ١٩/١١.

للإمام عليه السلام .

٢\_ العامره بالأصالة: وهي مشترك في الحكم مع سابقتها.

٣\_ الموات بالعرض: قد مرّ حكمها في المسألة الثالثة: ما يأخذه الجائر من الخراج والمقاسمه والزكاه، في خاتمه المكاسب المحرمه(١) فلا نعيد.

٤\_ العامره بالعرض: يأتي حكمها.

فلا بدّ من البحث حول أحكام هذه الثلاثه الباقيه:

## ١\_ الأرض الموات بالأصالة

### اشاره

قال العلامة في تعريف الموات: «الموات هي الأرض الخراب الدارسه التي باد أهلها واندرس رسمها.

وتُسمّى ميتة ومواتا وموتانا بفتح الميم وسكون الواو: هو عمى القلب، يقال: رجل مؤتات القلب إذا كان أعمى القلب لا يفهم شيئاً»(٢).

وهي من الأنفال وللإمام عليه السلام وسواء كانت في بلاد الإسلام أو الكفر يَدُلُّ عليه مضافا إلى عدم الخلاف في المسألة بين الأصحاب كما يَدُلُّ على أنّها للإمام عليه السلام ظاهر المبسوط(٣) والتذكرة(٤) والتنقيح(٥) والكفايه(٦)، ودعوى الإجماع عليه في الخلاف(٧) والغنيه(٨) وجامع المقاصد(٩) والمسالك(١٠)، طوائف من النصوص:

ص: ٢٥

١- (٥٠) راجع الآراء الفقيهيه ٣/ (٤٧٣-٤٥٣).

٢- (٥١) تذكرة الفقهاء ١٩/٣٥١.

٣- (٥٢) المبسوط ٣/٢٧٠.

٤- (٥٣) تذكرة الفقهاء ١٩/٣٥٨.

٥- (٥٤) التنقيح الرائع ٤/٩٨.

٦- (٥٥) كفايه الأحكام ٢/٥٤٤.

٧- (٥٦) الخلاف ٣/٥٢٥ و ٥٢٦، مسأله ١.

٨- (٥٧) غنيه النزوع ٢٩٣/٢٩٣.

٩- (٥٨) جامع المقاصد ٧/٩.



## الطائفة الأولى: النصوص الدالة على أنها من الأنفال

منها: صحيحه حفص بن الـبُخترى، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا-ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم وكلّ أرض خربه، وبطون الأوديّه، فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء. (١)

قدر المتيقن من الأرض الخربه هي الموات بالأصالة وقد مرّ تفسير الموات بالأرض الخراب في كلام العلامة قدس سره .

ومنها: موثقه محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سمعه يقول: إنّ الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه دم، أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض خربه، أو بطون أوديّه، فهذا كلّ من الفىء والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحبّ. (٢)

ومنها: موثقه سماعة بن مهران قال: سألته عن الأنفال؟ فقال: كلّ أرض خربه أو شىء يكون للملوك فهو خالص للإمام وليس للناس فيها سهم، قال: ومنها البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب. (٣)

ومنها: موثقه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما يقول الله: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ» (٤)؟ وهى كلّ أرض جلا أهلها من غير أن يحمل عليها بخيل ولا رجال ولا ركاب فهى نفل لله وللرسول. (٥)

«كل أرض جلا أهلها» إذا كانت من الأنفال، الأرض التي كانت مواتا بالأصل

ص: ٢٦

١- (٦٠) وسائل الشيعة ٩/٥٢٣، ح ١، الباب ١ من أبواب الأنفال.

٢- (٦١) وسائل الشيعة ٩/٥٢٦، ح ١٠.

٣- (٦٢) وسائل الشيعة ٩/٥٢٦، ح ٨.

٤- (٦٣) الأنفال ١/.

٥- (٦٤) وسائل الشيعة ٩/٥٢٦، ح ٩.

وليس لها أهل بالطريق الأولى تكون من الأنفال.

ومنها: موثقه إسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هي القرى التي قد خربت وانجلى أهلها فهي لله وللرسول، وما كان للملوك فهو للإمام، وما كان من الأرض الخربه لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وكل أرض لا رب لها، والمعادن منها، ومن مات وليس له مولى فماله من الأنفال. (١)

وغيرها من الروايات التي ادعى صاحب الجواهر (٢) امكان دعوى تواترها ويراها الشيخ الأعظم «مستفيضه بل قيل: إنها متواتره» (٣) ولا يبعد بلوغ مجموعها حدّ التواتر الإجمالى. (٤)

### الطائفة الثانية: النصوص الداله على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام

صحيحه أبى سيار مسمع بن عبد الملك فى حديث قال:

قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنى كنت وليت الغوص فأصبت أربعمائه ألف درهم، وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم، وكرهت أن أحبسها عنك وأعرض لها وهى حَقِّكَ الذى جعل الله تعالى لك فى أموالنا، فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلا الخمس؟! يا أبا سيار، الأرض كلها لنا، فما أخرج الله منها من شىء فهو لنا، قال: قلت له: أنا أحمل إليك المال كله؟ فقال لى: يا أبا سيار، قد طيناه لك وحللناك منه فضمَّ إليك مالك، وكل ما كان فى أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون، ومحلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيهم طسق ما كان فى أيدي سواهم، فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغره. (٥)

ومنها: خبر أبى خالد الكابلى، عن أبى جعفر عليه السلام، قال: وجدنا فى كتاب على عليه السلام:

ص: ٢٧

١- (٦٥) وسائل الشيعة ٩/٥٣١، ح ٢٠.

٢- (٦٦) الجواهر ٣٩/١١ (٣٨/١٠).

٣- (٦٧) المكاسب ٤/١٣.

٤- (٦٨) كما قاله آيه الله الشيخ محمد إسحاق الفياض \_ مدظله \_ فى كتابه: «الأراضى» ٢٣/.

٥- (٦٩) وسائل الشيعة ٩/٥٤٨، ح ١٢، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

«إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»<sup>(١)</sup>. أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض، ونحن المتّقون، والأرض كلّها لنا، فمن أحبب أرضاً من المسلمين فليعمرها، وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخرّبها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها، فهو أحقّ به من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها حتّى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسّيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها، إلا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم.<sup>(٢)</sup>

دلاله فقره «الأرض كلّها لنا» في الروايتين على ملكية الإمام لمطلق الأراضي ومنها الموات تامه ولكن سند الروايه الأخيره ضعيف بما مرّ منّا<sup>(٣)</sup> ولذا عبر عنها العلامة<sup>(٤)</sup> بالصحيح عن أبي خالد الكابلي عن الباقر عليه السلام .

ودلاله هذه الطائفة على أنّ الأرض الموات بالأصالة للإمام عليه السلام إنّما هي بالعموم.<sup>(٥)</sup>

### الطائفة الثالثه: النوبان العاميان

#### إشاره

المذكوران في تذكره الفقهاء<sup>(٦)</sup> وهما غير مرويين من طرقنا:

أحدهما: ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: موتان الأرض لله ولرسوله ثمّ هي لكم منّي.<sup>(٧)</sup>

ص: ٢٨

١- (٧٠) الأعراف / ١٢٨.

٢- (٧١) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤، ح ٢، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات.

٣- (٧٢) راجع الآراء الفقهيّه ٣/٤٧١ و ٤٧٢.

٤- (٧٣) تذكره الفقهاء ١٩/٣٥٣.

٥- (٧٤) كما في الأراضي / ٢٧.

٦- (٧٥) تذكره الفقهاء ١٩/٣٥٢.

٧- (٧٦) المسند للشافعي / ٣٨٢؛ ومعرفة السنن والآثار ٤/ (٥٢٢-٥٢١)، ح ٣٧٣٧؛ وسنن البيهقي ٦/١٤٣؛ وتأويل مختلف الحديث / ١٨٤؛ وجواهر العقود ١/٢٤٠؛ والتلخيص الحبير ٣/٦٢، ح ١٢٩٣، أورده الجويني في نهايه المطلب ٨/٢٨١؛ ونحوها في عوالي اللآلي ٣/٤٨٠، ح ١ ونقل عنه في المستدرک ١٧/١١١، ح ١.

وثانيهما: عن سمره بن جندب أن النبي صلى الله عليه وآله قال: عادى الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى أيها المسلمون. (١)

قال العلامة: «يريد بذلك ديار عاد وشمود» (٢).

### مناقشه المحقق الإصفهاني في دلاله الروايات

قال قدس سره: «إن الموات بالأصالة للإمام عليه السلام، ومن الواضح للمتأمل المراجع إلى الأخبار أنها وإن كانت مستفيضه أو متواتره، إلا أن كون الأنفال كتيه له عليه السلام كذلك، لا أن النصوص في خصوص الموات مستفيضه، فإن بعض النصوص (٣) تضمن كون الأرض الخربه للإمام عليه السلام، وبعضها (٤) تضمن كون الأرض الخربه التي باد أهلها له عليه السلام، وبعضها (٥) تضمن كون الأرض التي لا رب لها للإمام عليه السلام، وبعضها (٦) تشمل على أن الأرض الميتة التي لا رب لها له عليه السلام، أما الأرض الخربه مطلقه كانت أو مقيده فموردها المسبوقه بالعماره لا الموات بالأصالة، وأما الأرض التي لا رب لها فمطلقها ومقيدها مسوقه لمالكه عليه السلام لما لا مالك له، من باب الغلبه، فلا يكون دليلاً على أن الموات بالأصالة \_ بما هي موات \_

ص: ٢٩

- ١- (٧٧) التلخيص الحبير ٣/٦٢، ح ١٢٩٣؛ المغنى لابن قدامه ٦/١٥٠؛ الشرح الكبير ٦/١٥٠؛ نهايه المطلب ٨/٢٨٣؛ والعزير في شرح الوجيز ٦/٢٠٦ للرافعي؛ عوالي اللآلي ٣/٤٨١، ح ٥ ونقل عنه في المستدرک ١٧/١١٢، ح ٥.
- ٢- (٧٨) تذکره الفقهاء ١٩/٣٥٢.
- ٣- (٧٩) وسائل الشيعه ٩/٥٢٣، باب ١ من أبواب الأنفال، ح ١ صحيحه حفص بن البختری، وح ٨ موثقه سماعه وح ١٠ موثقه محمّد بن مسلم.
- ٤- (٨٠) وسائل الشيعه ٩/٥٢٧، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح ٩ موثقه زراره وح ١١ خبر الحلبي.
- ٥- (٨١) وسائل الشيعه ٩/٥٣٣، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح ٢٨ مرسله أبيبصير.
- ٦- (٨٢) وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، باب ١ من أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، ح ٤ مرسله حماد الطويله.



للإمام عليه السلام ، والنبيان المذكوران في المتن(١) غير مرويين من طرفنا، نعم في بعض روايات الكافي «والموات كلّها للإمام عليه السلام»(٢)، والمسألة وإن كانت اتفقيه إلا أنّ الغرض أنّ النصوص بها ليست مستفيضه ولا متواتره.

وأما ما ورد من أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام فيعم الموات فلا بدّ من حمله على الملك بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكا حقيقيا لا اعتباريا تترتب عليه الآثار، وذلك الملك الحقيقي يعمّ الأملاك والملاك كما قدمناه في مبحث الولاية»(٣).

وقال في بحث الولايات: «فإنّ الممكنات كما أنّها مملوكة له تعالى حقيقه بإحاطته الوجوديه على جميع الموجودات بأفضل أنحاء الإحاطه الحقيقيه كذلك النبيّ صلى الله عليه وآله والأئمه عليهم السلام ، بملاحظه كونهم من وسائط فيض الوجود لهم الجاعليه والإحاطه بذلك الوجه، بمعنى فاعل ما به الوجود لا- ما منه الوجود، فأنّه مختص بواجب الوجود، ولا بأس بأن تكون الأملاك وملاكها مملوكة لهم بهذا الوجه، وإن لم تكن هي مملوكة لهم بالملك الإعتباري الذي هو موضوع الأحكام الشرعيه»(٤).

توضيح مقاله المحقق الإصفهاني وترتيبها كما يلي: هذه المسألة «- وهي كون الأرض الموات بالأصالة للإمام عليه السلام - وان كانت اتفقيه إلا- أنّه لا يمكن إتمامها بالنصوص الواردة في المقام - وهي الطوائف المتقدمه - حيث قد ناقش في تلك الطوائف بأجمعها.

أمّا الطائفة الأولى وهي التي تصنّف إلى مجموعتين:

إحداهما: جاءت بهذا النص: «الأرض الخربه التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب للإمام عليه السلام».

والأخرى: جاءت بنص آخر: «كلّ أرض لا رب لها».

فقد ناقش قدس سره في كلتا المجموعتين.

ص: ٣٠

١- (٨٣) المكاسب ٤/١٣.

٢- (٨٤) التهذيب ٤/١٢٦، ح ٥، وولم نجد الروايه في الكافي.

٣- (٨٥) حاشيه المكاسب ٣/١٥ و ١٦.

٤- (٨٦) حاشيه المكاسب ٢/٣٨١.

أمّا المجموعه الاولى فقد قال: فيها كما عرفت بأنّ الأرض الخربه لا تشمل الموات بالأصالة، وتختص بالأرض الخربه المسبوقه بالعماره.

وأمّا المجموعه الثانيه فقد قال: فيها بأنّها مُسوّقه لبيان ملكيه الأرض للإمام عليه السلام بما هي لا ربّ لها، لا بما هي موات بالأصالة فلا تدلّ على ملكيتها من هذه الحيثيه.

وأمّا الطائفه الثانيه: فقد ذكر قدس سره أنّها وإن كانت نعم الموات بالأصالة، إلّا أنّه لا بدّ من حملها على الملك بمعنى آخر، فيكون كملكه تعالى ملكا حقيقيا، لا اعتباريا يترتب عليه الآثار، وذلك الملك الحقيقي يعم الأملاك، والملاك<sup>(١)</sup>. أو أصل حلّيته التصرف في الأرض الموات.<sup>(٢)</sup>

وأمّا الطائفه الثالثه: وهى النبويان العاميان فقد ذكر أنّهما غير مرويين من طرفنا، و«صريح فى التملك عن رضاه صلى الله عليه و آله غايه الأمر لا بدّ من أن يقيّد بأدله الإحياء وأنّ الموات لهم بإحيائها»<sup>(٣)</sup>.

### الجواب عن مناقشه المحقق الإصفهاني

يجاب عن مناقشته من أنّ «الأرض الخربه مطلقه أو مقيده فموردها المسبوقه بالعماره لا الموات بالأصالة»<sup>(٤)</sup> عدم تماميه هذا الانصراف المدعى بأنّ المنصرف من الأرض الخربه هو المسبوقه بالعماره فلا تشمل الموات بالأصالة فيردّه:

أولاً: ما ورد فى كلمات اللغويين من أنّ الخراب ضد العمران أو نقيضه فالنسبه بين العنوانين التضاد أو التناقض ولا ثالث لهما، ولا محاله الأراضى تنقسم إلى القسمين: أ: الخربه، ب: المعموره ولا ثالث.

فالتقسيم ثنائى وتكون الأرض الموات داخلاً فى الخربه.

وإليك نص بعض كلماتهم:

ص: ٣١

١- (٨٧) الأراضى / ٢٨.

٢- (٨٨) كما يظهر منه قدس سره فى حاشيه المكاسب ٣/١٧.

٣- (٨٩) حاشيته على المكاسب ٣/١٧.

٤- (٩٠) حاشيه المكاسب ٣/١٦.

قال الخليل بن أحمد: «وَعَمَرَ النَّاسُ الْأَرْضَ يَعْمرُونَها عِمارةً، ونهى عامره معموره ومنها العُمران. واستعمر(١) الله الناسَ لِيَعْمُرُوها. والله أَعَمَرَ الدُّنيا عَمَرانا فجعلها تعمر ثم يُخَرِّبُها»(٢).

وقال أحمد بن فارس: «عمر: العين والميم والراء أصلان صيحان، أحدهما يدلُّ على بقاء وامتداد زمان، والآخر على شىء يعلو، من صوتٍ أو غيره... ومن الباب عماره الأرض، يقال عَمَرَ النَّاسُ الْأَرْضَ عِمارةً، وهم يَعْمرُونَها، وهى عامره معمورة. وقولهم: عامره، محمولٌ على عَمَرَتِ الْأَرْضُ، والمعموره من عُمِرَت. والاسم والمصدر العُمران. واستعمر الله تعالى الناسَ فى الأرض ليعمروها. والباب كُلُّهُ يؤول إلى هذا»(٣).

وقال الراغب الإصفهاني: «العمارة نقيضُ الخراب، يقال: عَمَرَ أَرْضَهُ يَعْمرُها عِمارةً...»(٤).

وقال الجوهري: «الموت ضد الحياة... والموات بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضا الأرض التى لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد... وقال الفراء: المواتان من الأرض التى لم تحى بعد. وفى الحديث: موتان الأرض لله ولرسوله فمن أحيى منها شيئا فهو له»(٥).

وقال ابن الأثير: «الموات: الأرض التى لم تزرع ولم تعمر ولا- جرى عليها ملك أحد وإحيائها مباشرة عمارتها وتأثير شىء فيها...»(٦).

ص: ٣٢

١- (٩١) ف\_ (لله) هو (المُشَيِّعُ) لكن أسيئ استعمال هذه الكلمة القرآنية المقدسه فى ما يسمّى ب\_ (القاموس السياسى) فأصبحت تطلق على الغزاه الطغاه (المحتلين) مصاصى دماء الشعوب ومبتزى خيرات أوطانها ومهدمى أرضها.

٢- (٩٢) ترتيب كتاب العين / ٦٨١.

٣- (٩٣) معجم مقاييس اللغة ٤/١٤٠ و ١٤١.

٤- (٩٤) المفردات / ٣٥٩.

٥- (٩٥) صحاح اللغة ١/٢٦٦ و ٢٦٧.

٦- (٩٦) النهايه ٤/٣٧٠.

وقال الطريحي: «والموات بالضم وبالفتح يقال لما لا روح فيه ويطلق على الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها إماماً لعطالتها أو لاستيجامها أو لبعدها عنها» (١).

وقال أيضاً: «دار خربه بكسر الراء وهي التي باد أهلها، والخراب ضد العماره» (٢).

وثانياً: «لا موجب لدعوى مثل هذا الانصراف، ضروره أنّ المنصرف منها عرفاً ليس هذا المعنى، بل المنصرف منها عند العرف حسب ما هو المرتكز في أذهانهم هو المعنى الذي يكون في مقابل المعنى المنصرف من الأرض العامره عرفاً بتقابل التضاد كالمعنى المتفاهم من الأرض الميتة في مقابل المعنى المتفاهم من الأرض المحياه، فكما أنّ الأرض العامره تشمل العامره طبيعياً، والعامره بشرياً، كذلك الأرض الخربه تشمل الخربه بالأصالة، والخربه بالعرض.

فالنتيجه أنه لا- منشأ لهذا الاختصاص ولا- يوجب لتلك الدعوى، وأنّ الأرض الخربه كالأرض الميتة، فكما انها تشمل الميتة بالأصالة والميتة بالعرض، فكذلك الأرض الخربه» (٣).

وثالثاً يجب عن مناقشته في المجموعه الأولى من الطائفة الأولى: إن كان الانصراف المدعى «يقوم على أساس أنّ مورد رواياتها خصوص ما إذا كانت مسبوقه بالعمران دون الأعم منها ومن الموات بالأصالة، فيردّه:

أ: أنّ الأمر ليس كذلك، فإنّ الروايات التي تتضمن الأرض الخربه تصنّف إلى ثلاثة أصناف:

الأول: جاء بهذا النص: كلُّ أرض خربه للإمام عليه السلام. (٤).

الثاني: جاء بنص آخر: ما كان من الأرض بخربه لم يوجف عليها بخيل ولا

ص: ٣٣

١- (٩٧) مجمع البحرين / ١٤٤.

٢- (٩٨) مجمع البحرين / ١٠٨.

٣- (٩٩) الأراضى / ١٦.

٤- (١٠٠) وسائل الشيعة ٩/٥٢٣، ح ١ و ٨ و ١٠ وكلّها معتبرات.

الثالث: جاء بنص ثالث: كلُّ أرض خربه باد أهلها.(٢)

وبعد ذلك نقول:

أمّا الصنف الأوّل: فلا يكون فيه مادّل على أنّ مورده خصوص الأرض الخربه التي كانت مسبوقه بالعماره.

وإن شئت قلت: أنّه ليس هنا قرينه لا من الخارج ولا من الداخل على أنّ مورده الأرض الخربه المسبوقه بالعماره، وعليه فمقتضى عمومه شموله لكلِّ أرض خربه، سواء أكانت خربه بالأصالة أم كانت بالعرض.

وأمّا الصنف الثاني: فأيضاً لا- دليل على أنّ مورده الأرض الخربه المسبوقه بالعماران فحسب، دون الأعم منها ومن الموات بالأصالة. وقد ذكرنا سابقاً أنّه يعم الأرض الخربه التي ليس لها أهل ومن الطبيعي أنّ الأرض الخربه التي كانت كذلك تشمل الخربه بالأصالة أيضاً.

نعم، الأرض الخربه التي يكون لها أهل لا تشملها نظراً إلى أنّ فرض الأصل لها خلف، حيث أنّه لا يمكن إلّا بقيام الفرد بإحيائها وعمارتها... لما أنّه لا- يمكن فرض تحقق العلاقه بين الفرد والأرض ابتداءً، سواء أكانت على مستوى الملك أم كانت على مستوى الحقّ إلّا- بقيامه باستثمارها وإحيائها، ثمّ بعد ذلك إذا عرض عليها الخراب فهل يوجب خروجها عن نطاق علاقته بها نهائياً أو لا؟! ففيه [ما مرّ (٣)].

واما الصنف الثالث: فهو وان كان مورده خصوص الأرض الخربه المسبوقه بالعماره بقرينه فرض وجود الأهل لها إلّا أنّ هذا الصنف ضعيف من ناحيه السند فلا يمكن الاعتماد عليه على أنّه لا يصلح أن يكون مقيداً لإطلاق الصنفين الأوّلين كما هو ظاهر.

ص: ٣٤

١- (١٠١) وسائل الشيعه ٩/٥٣١، ح ٢٠ موثقه إسحاق بن عمار.

٢- (١٠٢) وسائل الشيعه ٩/٥٣٣، ح ٢٨ مرسله أبي بصير.

٣- (١٠٣) راجع الأراء الفقهيّه ٣/٤٧٣ من «أنّها باقيه على ملك مالکها ولو طرا عليه الموات».

هذا اضافته إلى عدم الحاجة إليه، حيث أنه يكفي لإثبات ما هو المقصود في المقام الصنفان الأولان.

ب: على تقدير تسليم أنّ مورد الروايات الأرض الخربه المسبوقه بالإحياء إلا أنّ المتفاهم العرفى منها عدم خصوصيه للمورد، جزماً وأنه لا فرق بين المسبوقه بالإحياء وغير المسبوقه به»(١).

ورابعا: يجاب عن مناقشته في المجموعه الثانيه من الطائفه الأولى: «إنّ هذه الدعوى(٢) إن كانت تقوم على أساس أنّه لا إطلاق لها بالإضافه إلى الموات بالأصالة، وانما هي ناظره إلى ملكيه الأرض للإمام عليه السلام بما هي لا ربّ لها فعلاً من ناحيه إباده أهلها أو انجلائه أو ما شاكل ذلك.

فيرده: انه لا- شيهه في إطلاقها وعمومها لكلّ أرض لا- ربّ لها سواء أكان عدم رب لها بالذات كالموات بالأصالة أو العامره كذلك أو بواسطه أمر طارئ كالموات بالعرض أو العامره كذلك.

وإن كانت تقوم على أساس أنّها تدلّ على ملكيه الإمام عليه السلام بهذا العنوان أى بعنوان لا ربّ لها، ولا تدلّ عليها بعنوان آخر كالموات بالأصالة، فإذن لا دليل على أنّها ملك للإمام عليه السلام .

فيرده: أنّها وإن كانت تدلّ على ذلك، إلا أنّ هذا العنوان أى عنوان «ما لا رب لها» ليس فى مقابل عنوان الموات بالأصالة، بل هو ينطبق عليها انطبق العنوان على معنونه، والكلى على أفراده.

ومن الطبيعى أنّ كلّ ما ينطبق عليه عنوان «ما لا رب لها» فهو داخل فى نطاق ملكيه الإمام عليه السلام ، وقد عرفت أنه لا شبهه فى انطباق هذا العنوان على الموات بالأصالة.

ص: ٣٥

١- (١٠٤) الأراضى / ١٧ و ١٨.

٢- (١٠٥) «دعوى ان هذه النصوص التى جاءت بهذا العنوان «الأرض التى لا- رب لها» مسوقه لبيان مالكيه الإمام عليه السلام للأرض بما هي لا رب لها، لا بما هي موات بالأصالة، فحينئذ لا تدلّ على أنّ الموات بالأصالة بما هي موات ملك للإمام عليه السلام.» [الأراضى / ٢٥].

وإن شئت قلت: أنّ حيشه الموات بالأصالة للأرض لا يتباين حيشه ما لا رب لها بحيث لا يمكن التقائهما في أرض واحدة، ليقال أنّ ما دل على ملكيه الأرض من الحيشه الأولى لا يدلّ على ملكيتها من الحيشه الثانيه لعدم انطباقها على ما تنطبق عليه الأولى.

بل هما متداخلتان تداخل الأخص في الأعم، ومنطقتان في الخارج على أرض واحدة، فالأرض الموات بالأصالة تنطبق عليها حيشه ما لا رب لها، وهى داخله فى نطاق ملكيه الإمام عليه السلام .

ومن الطبيعى أنّه لا فرق فى دخولها فى نطاق ملكيته عليه السلام بين أن يكون من جهه حيشتها الخاصه وهى الموات بالأصالة، أو من جهه حيشتها العامه التى تنطبق عليها وعلى غيرها \_ وهى حيشه ما لا رب لها \_ (١).

وخامسا: يجاب عن مناقشته فى الطائفه الثانيه: أ: «لا موجب لحمل الملك فى هذه الطائفه من النصوص على الملك الحقيقى بالمعنى المذكور، لوضوح أن هذا الحمل بحاجه إلى عناية زائده، فلا يمكن الذهاب إليه من دون قرينه تشهد على ذلك.

وبكلمه أخرى: لا شبهه فى ظهور النصوص فى الملك الاعتبارى ولا يمكن رفع اليد عن هذا الظهور إلا عند توفر قرينه على الخلاف ولا قرينه فى المقام لا من الداخل، ولا من الخارج» (٢).

ب: «ولو أغمضنا النظر عن ظهور النصوص فى نفسها فى ملكيه الأرض للإمام عليه السلام بالملك الاعتباريه الشرعيه، إلا أنّ فى ذيلها قرائن تشهد على ذلك، وتؤكد أنّ ملكيه الإمام عليه السلام للأرض كلّها حكم شرعى، ومن جهه تلك القرائن لا مناص من الالتزام بذلك.

منها: فرض الطسق والإجره له عليه السلام فيها تفريع على ملكيته لها، وهذا شاهد قطعى على أنّ ملكيته عليه السلام لها حكم شرعى، لا تكوينى خارجى، ولا روحى محض.

ومنها: تحليله عليه السلام للأرض للشيعة، دون غيرهم تفريعا على ملكيته لها، فإنّه يدلّ

ص: ٣٦

١- (١٠٦) الأراضى / ٢٥ و ٢٦.

٢- (١٠٧) الأراضى / ٢٩.

على أنّ الملكيه هنا حكم شرعى لا غيره، نظرا إلى ظهور النصوص فى التحليل المالكى.

ومنها: فرض أنّ القائم (عج) إذا ظهر أخذ الأرض من أيدي غير الشيعة، وأخرَجَهُمْ (١) منها صِفْرًا (٢)، فإنه يدلّ بوضوح على أنّ ملكيتها للإمام عليه السلام حكم شرعى، لا- تكوينى، ولا معنوى، حيث أنّ شيئًا منهما لا يكون مانعا عن تملك غيره وتصرفه فيها، ولا يكون محرّمًا كما فرض فيها» (٣).

وأما مناقشته فى الطائفة الثالثه: فمتمينه جدّا حيث لا يمكن الاستدلال بالنبويين المذكورين لعدم ثبوتها عندنا.

## تنبيهات

### الأوّل: ما المراد من ملكيه الأنفال للإمام عليه السلام

«إنّ المراد من ملكيه الأنفال للإمام عليه السلام ملكيه منصب الإمامه وقد يعبر عنها بملكيه الدوله على أساس أنّ مرّد ملكيه منصب الإمامه إلى ملكيه الدوله، وليست ملكا خاصا للإمام عليه السلام كسائر أملاكه الخاصه فإنه \_ مضافا إلى بُعد ذلك فى نفسه \_ يدلّ عليه أمران:

الأوّل: نصوص الباب \_ بمناسبه الحكم والموضوع \_ فإنّها تصنف إلى مجموعتين:

إحدهما: جاءت بهذا اللسان «الأرض كلها لنا» كما فى صحيحه مسمع بن عبد الملك، وصحيحه الكابلى، فهذه المجموعه تدلّ \_ بمناسبه الحكم والموضوع \_ على أنّها ملك عام للمنصب يعنى \_ منصب الإمامه \_، لا أنّها ملك خاص للفرد.

والأخرى: جاءت بلسان: أنّ الأنفال للإمام صلى الله عليه وآله وسلم، وفى بعضها أنّها للرسول صلى الله عليه وآله ومن بعده للإمام عليه السلام فإنّها تدلّ بوضوح على أنّها ملك لمنصب الرساله والإمامه.

الثانى: أنّها لو كانت ملكا خاصا للإمام عليه السلام لكانت من جملة تركته عليه السلام بعده، وتقسّم ميراثا بين ورثته، مع أنّ الأمر ليس كذلك جزما. بل هى تنتقل من إمام إلى إمام

ص: ٣٧

١- (١٠٨) وفى المصدر: «ويخرجهم».

٢- (١٠٩) وفى المصدر: «صفه».

٣- (١١٠) الأراضى / ٣١.



آخر سواء أكان للإمام السابق وارث غيره أم لا.

فالتيجة: أنه لا شبهة في أنها ملك عام للمنصب، لا للشخص.

ثم ان هذه الملكية بطبيعته الحال تمتد بامتداد الإمامه، وتصرف منافعها في مصالح الدوله ونفقات الحكومه»(١).

### التنبيه الثاني: بماذا يتحقق إحياء الأرض الميتة؟

قد ورد في عدّه من الروايات أنّ عمليه الإحياء تُوجِبُ ملكيه الأرض فما هي هذه العمليّة؟

قال الشيخ: «وأما ما به يكون الإحياء فلم يرد الشرع ببيان ما يكون إحياء دون ما لا يكون غير أنّه إذا قال النبي \_ عليه وآله السلام \_: «من أحيا أرضاً فهي له»، ولم يوجد في اللّغه معنى ذلك، فالمرجع في ذلك إلى العرف والعادة، فما عرفه الناس إحياء في العاده كان إحياء، وملكت به الموات، كما أنّه لما قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، «وأنّه نهى عن بيع ما لم يقبض»، و«أنّ القطع يجب في قيمه المجنّ»، رجع في جميع ذلك إلى العاده.

فإذا ثبت ذلك فجملة ذلك على أنّ الأرض تحيي للدار والحظيره والزراعه فاحياؤها للدار فهي بأن يحوط عليها حائط ويسقف عليه، فإذا فعل ذلك فقد أحياها وملكها ملكاً مستقرّاً ولا فرق بين أن يبني الحائط بطين أو بآجر وجصّ أو خشب.

وأما إذا أخذها للحظيره فقدّر الإحياء أن يحوطها بحائط من آجر أو لبن أو طين وهو الرهص أو خشب وليس من شرط الحظيره أن يجعل لها سقف، وتعليق الأبواب في الدور والحظيره ليس من شرطه، وفيهم من قال هو شرط والأول أقرب.

وأما الإحياء للزراعه فهو أن يجمع حولها تراباً وهو الذي يسمى مرزاً وأن يرتّب لها الماء إمّا بساقيه فيحفرها ويسوق الماء فيها، أو بقناه يحفرها أو بئر أو عين يستنبطها ولاخلاف أنّ هذه الثلاثه شرط في الإحياء للزراعه وفي الناس من ألحق بها أن يزرعها ويحراثها، والصحيح أنّه ليس من شرطه، كما أنّ سكنى الدار ليس من شرط الإحياء.

ص: ٣٨

وأما إذا أحيها للغراس، فإنه يملكها إذا ثبت الغراس فيها ورتب الماء فيها فإذا فعل ذلك فقد أحيها فإذا أحيها وملكها فإنه يملك مرافقها التي لا صلاح للأرض إلا بها»(١).

وقال المحقق: «كيفية الإحياء: والمرجع فيه إلى العرف، لعدم التنصيص شرعا ولغاه».

وقد عرّف أنه إذا قصد سكنى أرض، فأحاط ولو بخشب أو قصب وسقف، ممّا يمكن سكناه، سمى إحياءً. وكذا لو قصد الحظيره، فاقصر على الحائط من دون السقف. وليس تعليق الباب شرطا.

ولو قصد الزّراعة، كفى في تملكها التحجير بمرز أو مسنّاه. وسوق الماء إليها بساقية أو ماشبهها. ولا يشترط حراثتها ولا زراعتها، لأن ذلك انتفاع كالسكنى.

ولو غرس أرضا فنبت فيها الغرس، وساق إليها الماء، تحقّق الإحياء. وكذا لو كانت مستأجماً(٢)، فعضد شجرها وأصلحها. وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة، وهياها للعماره، فإن العاده قاضيه بتسميه ذلك كله إحياءً، لأنه أخرجها بذلك إلى [حدّ] الانتفاع، الذي هو ضدّ الموات. ومن فقهاءنا الآن من يسمّى التحجير إحياءً، وهو بعيد»(٣).

قال العلامة: «وأما الإحياء فإنّ الشرع ورد به مطلقاً، ولم يعين له معنى يختصّ به، ومن عاده الشرع في مثل ذلك ردّ الناس إلى المعهود عندهم المتعارف بينهم، كالبض، فإنه ورد في الشرع مطلقاً ولم ينصّ له على معنى، فيرجع الفقهاء فيه إلى الاستعمال المتداول بين الناس، وكذا الحرز، ونظائره كثيره، وكذا الإحياء، وإنّما يظهر معناه بين الناس في عرفهم فينزل عليه، ويكون المراد به في نظر الشرع كلّ ما يُعدّ إحياءً في العرف، وذلك يختلف باختلاف ما يُقصد عمارته من الموات»(٤).

ص: ٣٩

١- (١١٢) المبسوط ٣/٢٧١ و ٢٧٢.

٢- (١١٣) هي الموضع الذي يكثر فيه القصب. وغالبا ما تكون مأسده؛ أي موضعا للأسود.

٣- (١١٤) الشرائع ٣/٢١٩ و ٢٢٠.

٤- (١١٥) تذكره الفقهاء ١٩/٣٥١.

وقال أيضا: «من عاده الشرع أنه إذا أطلق لفظا ولم ينص على مسمى عنده يخالف العرف فإنه يُنزل على معناه في العرف، كالقبض والحرز في السرقة والتفرّق، فإنّ الشرع ورد بذلك في قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يتفرّقا»<sup>(١)</sup> وأنّه نهى عن بيع ما لم يقبض<sup>(٢)</sup>، وأنّ القطع يجب على السارق من الحرز<sup>(٣)</sup>، ولم يبيّن كيفيته.

وإنّما يرجع إلى العرف؛ لأنّه عليه السلام لا يعلّق حكما إلّا على ما إليه طريق، فلمّا لم يبيّن دَلّ على أنّ طريقه العرف، وإلّا لزم تكليف ما لا يطاق؛ إذ لا طريق غيره.

وقد ورد الشرع بالإحياء ولم يبيّنه، فانصرف إطلاقه إلى المتعارف بين الناس، وذلك يختلف باختلاف المُحميا، فالأرض قد تُتخذ للسكنى والحظيره والمزرعه، وإحياء كلّ واحدٍ من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذي أريدت له، ويظهر بصُورٍ تشتمل على مسائل:

مسألة: إذا أراد السكنى في الملك [الذي] يقصد إحياءه، وإنّما يكون ذلك بصيرورته دارا، وإنّما يصير كذلك بأن يدار عليها حائط ويُسقّف بعضها؛ لأن السكنى لا يكون إلّا بذلك، والتحويط إمّا بالأجر أو اللبّن أو بمحض الطين أو ألواح الخشب أو

ص: ٤٠

١- (١١٦) مسند أحمد ٢/٧٤، ح ٤٥٥٢ و ٤/٤٠٣، ح ١٤٨٩٠ و ٥/٥٨٦، ح ١٩٣١٢ و ٥/٦٣٩، ح ١٩٦٢٩؛ صحيح البخارى ٣/٧٦ و ٧٧ و ٨٤ و ٨٥؛ صحيح مسلم ٣/١١٦٤، ح ١٥٣٢؛ سنن ابن ماجه ٢/٧٣٦، ح ٢١٨٢ و ٢١٨٣؛ سنن أبى داؤد ٣/٢٧٣-٢٧٤، ح ٣٤٥٧ و ٣٤٥٩؛ سنن الترمذى ٣/٥٤٧-٥٥٠، ح ١٢٤٥-١٢٤٧؛ سنن النسائى (المجتبى) ٧/٢٤٤-٢٤٥ و (٢٤٧-٢٤٩) و ٢٥١؛ السنن الكبرى (للسائى) ٤/٥، ح ٦٠٤٩-١؛ سنن الدارقطنى ٣/٦، ح ١٤؛ المستدرک (للحاكم) ٢/١٦؛ السنن الكبرى (للبيهقى) ٥/٢٧١-٢٦٩؛ المصنّف (لابن أبى شيبه) ٧/١٢٤-١٢٦، ح ٢٦٠٧-٢٦٠٩ و ٢٦١١ و ٧/١٢٧، ٢٦١٧.

٢- (١١٧) مسند أحمد ١/٣٥٥، ح ١٨٥٠؛ صحيح البخارى ٣/٨٩؛ السنن الكبرى (للسائى) ٤/٣٥-٣٦، ح ٦١٨٨-٢ و ٦١٩٢-٦؛ السنن الكبرى (للبيهقى) ٥/٣١٣؛ المعجم الكبير (للطبرنى) ١١-١١، ح ١٠٨٧١ و ١٠٨٧٢، و ١٢/١٠٨٧٤ و ١٠٨٧٥؛ المصنّف (لابن أبى شيبه) ٦/٣٦٨، ح ١٣٧٨.

٣- (١١٨) السنن الكبرى (للبيهقى) ٨/٢٦٣.

القصب بحسب العاده، ولا يجب تعميم السقف على الحيطان الدائره على البقعه، بل يكفى فيه ما يمكن السكنى معه، ولأن اسم الدار حينئذ يقع عليه.

هذا قول الشيخ (١) رحمه الله، وهو قول أكثر الشافعيه (٢).

وبعضهم لم يشترط التسقيف فى إحياء الدار. (٣)

وهو إحدى الروايتين عن أحمد، فإنه اكتفى بتحويط الجدار لا غير؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» (٤).

ولأن الحائط حاجز منيع، فكان إحياءً، كما لو جعلها حظيرة للغنم؛ لأن القصد لا اعتبار به، لأنه لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجصٍّ وآجرٍ وقتيمها بيوتاً فإنه يملكها، وهذا لا يعمل للغنم مثله، ولأنه لو بناها للغنم مَلَكها بمجرد الحائط، فإذا مَلَكها جاز له أن يبنها داراً من غير اشتراط تسقيف (٥)، ولا بأس بذلك.

واشترط أكثر الشافعيه فى إحياء الدار تعليق الباب؛ لأن العاده فى المنازل أن يكون لها أبواب، وما لا باب له لا يتخذ مسكناً. (٦)

ولم يذكره الشيخ رحمه الله ولا بعض الشافعيه؛ لأن نصب الباب للحفظ، والسكنى لا تتوقف عليه.

ص: ٤١

١- (١١٩) المبسوط ٣/٢٧١.

٢- (١٢٠) الحاوى الكبير ٧/٤٨٦؛ المهذب (للشيرازى) ١/٤٣١؛ نهايه المطلب ٨/٢٩٢؛ الوجيز ١/٢٤٤؛ الوسيط ٤/٢٢٥؛ حليه العلماء ٥/٤٩٨؛ التهذيب (للبغوى) ٧/٤٩٣؛ البيان ٧/٤١٥؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢٤٤؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٤.

٣- (١٢١) نهايه المطلب ٨/٢٩٥؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢٤٤؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٤.

٤- (١٢٢) المصنّف (لابن أبى شيبه) ٧/٧٦، ح ٢٤٣٢؛ مسند أحمد ٥/٦٣٨، ح ١٩٦٢٠ و ٥/٦٥٣، ح ١٩٧٢٦؛ سنن أبى داود ٣/١٧٩، ح ٣٠٧٧؛ المعجم الكبير (للطبرانى) ٧/٢٥٢، ح ٦٨٦٦ و ٦٨٦٧؛ السنن الكبرى (للبيهقى) ٦/١٤٨.

٥- (١٢٣) المغنى ٦/١٩٨-١٩٧؛ الشرح الكبير ٦/١٧٩-١٧٨.

٦- (١٢٤) المهذب (للشيرازى) ١/٤٣١؛ الوجيز ١/٢٤٤؛ حليه العلماء ٥/٤٩٨؛ البيان ٧/٤١٥؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢٤٤؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٤.

مسأله: لو أراد إحياء أرضٍ يتخذها زَرْيْبَةً للدوابِّ أو حظيرةً تجفُّ فيها الأثمار أو يجمع الحطب أو الحشيش، اشترط التحويطُ لا غير، ولا يشترط التسقيف هنا إجماعاً؛ قضاءً للعرف فيه، ولا يكفي نصب سَعْفٍ وأحجارٍ من غير بناءٍ؛ لأنَّ المتملِّك لا يقتصر عليه في العادة، وإنَّما يفعل مثله المجتاز المرتفق.

ولو حوِّط بالبناء في طرفٍ واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف، [ف] للشافعيه قولان، أحدهما: الاكتفاء، والثاني: عدمه. (١)

ولا يشترط التسقيف هنا إجماعاً.

وفي اشتراط تعليق الباب ما سبق من الخلاف.

مسأله: لو قصد الإحياء لاتخاذ الموات مزرعاً، اعتُبر في إحيائه أمور:

الأول: جمع التراب حواله لينفصل المُحيا عن غيره، ويُسمَّى المرز، وفي معناه نصب قصبٍ وحجرٍ وشوكٍ وشبهه، ولا حاجة إلى التحويط إجماعاً، فإنَّ معظم المزارع بارزه.

الثاني: تسوية الأرض بطمِّ الحُفَر التي فيها، وإزاله الارتفاع من المرتفع، وحرثتها، وتلين ترابها، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماءٍ يساق إليها فلا بدَّ منه لتتهيأ الأرض للزراعة.

الثالث: ترتيب مائها إمَّا بشقِّ ساقيه من نهرٍ أو حفرٍ بئرٍ أو قناهٍ وسقيها إن كانت عاداتها أنَّها لا تكتفي في زارعتها بماء السماء، وإن اكتفت به فلا حاجة إلى سقيٍ ولا ترتيب ماءٍ.

وإذا احتاجت في السقي إلى النهر، وجب تهيئته ماءٍ من عينٍ أو نهرٍ أو غيرهما.

فإذا هيَّأه، فإن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء فيه كفي، ولم يشترط إجراء الماء ولا سقي الأرض، وإن لم يحفر بعِدِّ، فللشافعيه وجهان. (٢)

وبالجملة، السقي نفسه غير محتاج إليه في تحقُّق الإحياء، إنَّما الحاجة إلى ترتيب

ص: ٤٢

١- (١٢٥) العزيز شرح الوجيز ٦/٢٤٤؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٤.

٢- (١٢٦) العزيز شرح الوجيز ٦/٢٤٥؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٤.

ماءٍ يمكن السقي منه.

وأراضى الجبال التى لا يمكن سَوْقُ الماء إليها ولا يصيبها إلا ماء السماء قال بعض الشافعيّ: لا مدخل للإحياء فيها، وبنى عليه أنا إذا وجدنا شيئاً من تلك الأراضى فى يد إنسانٍ لم يُحكَمْ بأنّه ملكه، ولا يجوز بيعه وإجارته.

والوجه: أنّها تُملك بالحراثة وجمع التراب على الحدود، وكثير من المزارع تستغنى عن سوق الماء [إليها] بالمطر.

وهل تشترط الزراعه لحصول الملك فى الزراعه؟ الوجه: العدم؛ فإنّ الزراعه استيفاء منفعه الأرض، واستيفاء المنفعه خارج عن حدّ الإحياء، كما أنّه لا يعتبر فى إحياء الدار أن يسكنها، وهو أحد وجهى الشافعيّ، والثانى: الاشتراط؛ لأنّ الدار والزريبه لا تصير محيآة إلا إذا حصل فيها عين مال المُحيى، وكذا المزرعه. (١)

مسأله: لو قصد الإحياء بزرع بستانٍ فلا بدّ من التحويط، ويرجع فيما به يحوِّط إلى العاده، فإن كانت عاده البلد بناء الجدار لزم البناء، وإن كانت عادتهم الحظيره بالقصب والشوك وربما تركوه أيضا كما فى البصره وقزوين، اعتُبرت عادتهم، وحيثُذِ يكفى جمع التراب حواليه، كالمزرعه.

والقول فى سَوْقِ الماء إليه على ما تقدّم فى المزرعه.

وهل يعتبر غرس الأشجار أم لا؟ من اعتبر الزرع فى المزرعه اعتبر [الغرس] فى البستان بطريق الأولى، ومن لم يعتبره اختلفوا فى الغرس على وجهين، ومُعظمهم اعتبره.

والفرق: أنّ اسم المزرعه يقع على البقع قبل الزراعه، واسم البستان لا يقع قبل الغراس، ولأنّ الزرع يسبقه تقيب الأرض وحرثها، فجاز أن يقام مقامه، والغرس لا يسبقه شىء يقام مقامه، ولأنّ الغرس يدوم، فألحق بأبنيه الدار، والزرع بخلافه. (٢)

والوجه: أنّه لا بدّ من أحد أمرين: إمّا الحائط أو الغرس ليتحقّق الاسم.

ص: ٤٣

١- (١٢٧) الوسيط ٤/٢٢٥؛ التهذيب (للبغوى) ٤/٤٩٤؛ البيان ٧/٤١٦؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢٤٥؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٥.

٢- (١٢٨) العزيز شرح الوجيز ٦/(٢٤٤-٢٤٥)؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٥.

وكذا الأرض إذا زُرعت بماءٍ سبق إليها فقد تمَّ الإحياء وإن لم يجمع التراب حولها.

تنبيه: لو كانت الأرض مستأجمةً فعُضد شجرها وأصلحها، أو كانت المياه غالبهً فقطعها عنها وهيأها للعماره، كان ذلك إحياءً عرفاً<sup>(١)</sup>.

قال صاحب الجواهر: «(و) لا خلاف بين الأصحاب في أنّ (المرجع فيه إلى العرف؛ لعدم التنصيص شرعاً) على كيفيته خاصه له حتى تقدّم عليه (و) لا (لغّه) لو قلنا بتقدّمها عليه، وما كان كذلك فلا إشكال في الرجوع فيه إلى العرف»<sup>(٢)</sup>.

والظاهر أنّ الإحياء «يتحقّق بخلق الفرد بجهوده وعمله في الأرض الشروط التي تتيح له فرصه الاستفادة منها وتجعلها قابله للانتفاع والانتاج، على أساس ان تلك الشروط لم تكن متوفره فيها قبل ممارسه الفرد بخلقها ولم تكن صالحه للانتفاع والانتاج منها. ثمّ إنّ خلق تلك الشروط أنّما هو بإزاله الصخور عن وجهها، وتوفير المياه فيها وإزاله ارتفاعها، وقطع ما فيها من الأشجار والحطب، وغير ذلك ممّا له دخل في صلاحيتها للاستفاده.

ومن الطبيعي أنّ هذه الفرصه لم تكن متاحه قبل إحيائها، وأنّما نتجت عن عمليه الإحياء: والعامل على أساس خلقه تلك الفرصه فيها بعمله وجهوده اكتسب حقا فيها، ومن أجل<sup>(٣)</sup> ذلك يكون أولى بها من غيره.

أو فقل: إنّ العامِل يملك الفرصه المزبوره بوصف كونها نتيجة عمله وجهوده: وليس لأحد أن يزاحمه في الاستفادة من تلك الفرصه.

وبعد ذلك: فهذه الأرض تصلح للانتفاع والانتاج بزرع، أو غرس أشجار، أو ما شاكل ذلك، ولا يعتبر في صدق إحيائها حراثتها، ولا زراعتها، وهكذا، فإنّ كلّ ذلك انتفاع بها بعد الإحياء.

نعم، إنّ ما ذكرناه أنّما هو إحياء للأرض بما هي.

ص: ٤٤

١- (١٢٩) تذكّره الفقهاء ١٩/٤٥٦-٤٥١).

٢- (١٣٠) الجواهر ٣٩/٩٥ (٣٨/٦٥).

٣- (١٣١) في المصدر: «ومن أجل».

واما إذا أراد الفرد إحياء الدار فيها أو الحظيره أو البستان أو نحو ذلك، فإنه بخلقه اتاحه الفرصه لبدأ العمل فى تلك الأشياء وان كان قد اكتسب حقا فى الأرض، وليس لإخر أن يزاحمه فى ذلك، إلا أن إحياء هذه الأشياء إنما هو بتحققها بمالها من العناوين الخاصه، فإحياء الدار لا يتحقق إلا بإحداث ما هو مقوم لها من الحيطان والسقف وغيرهما مما هو دخيل فى صدق عنوانها.

وعلى الجملة: فإحياء كل شىءٍ عبارته من إحداه ذلك الشىء فى الخارج بعنوانه، ومن الطبيعى أنه يختلف باختلاف أجزاءه الرئيسيه المقومه له»(١).

بقى هنا أمر؟

وهو هل الإحياء منوط بالقصد ويعتبر فى صدقه قصده أم لا؟

«ظاهر ما مرّ من المبسوط والشرائع والتذكرة وكذا المسالك(٢) أن صدق الإحياء يختلف بحسب ما يقصد من العماره، فالتحويط على أرض بقصد الحظيره إحياء لها وبقصد الدار تحجير ولا يصدق عليه الإحياء إلا بعد التسقيف ولو ببعضها.

ويظهر من بعض عدم دخل القصد فى ذلك وأنه يكتفى بأدنى العمارات فى صدق الإحياء مطلقا.

ويظهر من موضع من التذكرة أيضا اختيار ذلك.

قال: «لو قصد نوعا وفعل إحياء يملك به نوعا آخر، كما إذا حوّط بقعه بقصد السكنى، وهذا الإحياء إنما يتحقق فى تملك حظيره الغنم وشبهها هل يفيد الملك؟ الوجه عندى ذلك، فإنه ممّا يملك به الحظيره لو قصدها وهو أحد وجهى الشافعيه. والثانى أنه لا يملك به وإلا لزم الاكتفاء بأدنى العمارات أبدا، واستحاله التالى ممنوعه»(٣).

ويظهر من الجواهر كفايه القصد المتأخر بسبب العدول، قال: «كما يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط واتخاذها حظيره، فإنه يملكها بذلك لصدق الإحياء عليها

ص: ٤٥

١- (١٣٢) الأراضى ١٨٣/ و ١٨٤.

٢- (١٣٣) المسالك ١٢/٤٢٤.

٣- (١٣٤) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٥٧، مسأله ١١٩٨.



عرفا ولو باعتبار إخراجها عن التعطيل الأوّل وصيرورتها ذات منفعة تخرج بها عن اسم الموات» (١) (٢).

أقول: ولكن الظاهر «إنّ الأمور الخارجيه التكوينية ليس قوامها وافتراق بعضها عن بعض بالقصد، وإنّما يتقوم به ويمتاز بسببه الأمور الاعتبارية المحضة. والإحياء والعناوين الحاصله بسببه أمور خارجيه تكوينيه فلا تتقوم ولا تمتاز بالقصد.

ويؤيد ذلك أنه لو حوّط رجل أرضا فالعرف إما أن يحكم عليه بأنه إحياء أو لا يحكم، لا أنهم يحيلون الأمر إلى السؤال عن المحوّط وعن قصده وأنه هل قصد بالتحويط الحظيره أو الدار مثلاً. وعلى هذا فالملاك في صدق الإحياء تهتؤ الأرض فعلاً لأن ينتفع بها بواحد من الانتفاعات المتعارفه المترقبه، فتدبر» (٣).

### الثالث: الإحياء سبب لملكيه الأرض للمحيى

هل الإحياء سبب ملكيه الأرض لمحييها \_ كما هو المختار وقد تقدم منّا البحث في الكتاب (٤) \_ أو توجب صله المحيى بالأرض على مستوى الحقّ فحسب دون الملك (٥)، وتظهر ثمره القولين في الموات بالعرض إذا كانت لها سابقه الإحياء الإنسانى فعلى الأوّل \_ وهو المختار \_ بقاء رقبه الأرض على ملك مالکها المحيى أو ورثته، وعلى الثانى أحقيته المحيى منوّطة ببقاء إحيائه وإذا خربت الأرض وذهبت آثار إحياء المحيى فقد سقطت أحقيته ويجوز للغير إحيائها وأما على ملكيه رقبه الأرض فلا يجوز للغير التصرف فيها ولذا قلنا: «والحاصل ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكيه رقبه الأرض للمحيى \_ بلا فرق بين كونه مؤمناً أو مسلماً أو كتابياً أو مشركاً \_ ولا تخرج عن ملكه إلاّ

ص: ٤٦

١- (١٣٥) جواهر الكلام ٣٩/٩٧.

٢- (١٣٦) دراسات فى ولاية الفقيه ٤/١٨٣ و ١٨٤.

٣- (١٣٧) دراسات فى ولاية الفقيه ٤/١٨٥.

٤- (١٣٨) الآراء الفقيهيه ٣/٤٧٢.

٥- (١٣٩) كما اختاره آيه الله الشيخ محمد إسحاق الفياض \_ دام ظله \_ فى كتابه الأراضى ١٨٤/ وما قبلها.

بالإعراض أو الأسباب الناقله للملك، كما عليه المشهور من أصحابنا، ولا يجوز لأحد إحيائها أو التصرف فيها إلا بإذنه.

نعم، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحيائها ولكن لو علم المحيى أو حضر المالك يجب على المحيى ردّ رقبه الأرض والأجره له»(١).

## ٢\_ الأرض العامره بالأصالة

### إشاره

وهى الأراضى التى كانت عامره بالأصل أى لا مِنْ مُعَمَّرٍ فهى من الأنفال وتكون للإمام عليه السلام .

والوجه فيه عدم تحقق ما هو الملاك لتملك الشخص وهو الإحياء.

قال العلامة فى القواعد: «كل أرض لم يجر عليها ملك لمسلم فهى للإمام»(٢).

قال فى المفتاح: «كما طفحت بذلك عباراتهم بلاخلاف من أحد، وفى التذكرة(٣) الإجماع عليه. وهذا إذا كانت الأرض فى بلاد الإسلام كما فى التحرير(٤) وغيره(٥)، لأنّ أراضى بلاد الكفر إذا جرى عليها ملك الكافر فهى له، وإن كان بالإحياء ولا تكون للإمام عليه السلام بل تعتبر حالها باعتبار جريان أحكام المسلمين عليها من كونها عنوةً أو صلحا أو أسلموا عليها طوعا. ولا فرق فى هذه الأرض بين أن تكون مواتا وأن تكون قابله للانتفاع بغير إحياء»(٦).

ص: ٤٧

١- (١٤٠) الآراء الفقيهيه ٣/ (٤٧٣-٤٧٢).

٢- (١٤١) القواعد ٢/٢٦٧؛ ونحوها فى الشرائع ٣/٢١٧.

٣- (١٤٢) تذكرة الفقهاء: إحياء الموات فى أراضى بلاد الإسلام ٢/٤٠٠، س ٣٠، قال صاحب الآراء الفقيهيه: لم أجده فى التذكرة مع كثره تتبعى فيها. والله العالم.

٤- (١٤٣) تحرير الأحكام: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤/٤٨٣.

٥- (١٤٤) كإرشاد الأذهان: الجهاد فى الأرضين ٢/٣٤٨.

٦- (١٤٥) مفتاح الكرامه ١٩/٢٧ و ٢٨.

وقال في الجواهر: «بلاخلاف أجده فيه»<sup>(١)</sup>.

وتدلّ عليه عدّه من الروايات:

منها: موثقه إسحاق بن عمار الماضيه عن أبي عبدالله عليه السلام: ... وكلُّ أرضٍ لا ربَّ لها، الحديث<sup>(٢)</sup>.

ومنها: مرسله أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: لنا الأنفال، قلت: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن والآجام، وكلُّ أرضٍ لا ربَّ لها، وكلُّ أرضٍ باد أهلها فهو لنا<sup>(٣)</sup>.

قال الشيخ الأعظم: «ولا يخصّص<sup>(٤)</sup> عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال «كلُّ أرضٍ ميّته لا ربَّ لها»؛ بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز؛ لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأنّ الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتاً»<sup>(٥)</sup>.

### اعتراض النائيني على الشيخ الأعظم ونقده

واعترض عليه المحقّق النائيني بقوله: «والأولى ان يقال بالمنع عن التقييد من أصله وذلك لأنّ مورد حمل المطلق على المقيّد إنّما هو فيما إذا ثبت وحده المطلوب من الدليلين، وذلك عند ما إذا كان المطلوب هو صرف الوجود كما في «اعتق رقبه مؤمنه» إذا استفيد وحده المطلوب وأنّه ليس إلّا- صرف الوجود من العتق، وأمّا إذا كان المطلوب على نحو الطبيعه الساريه المقتضى للعموم فلا موقع معه للحمل كما في مثل «إكرام العالم» و «إكرم العالم العادل» حيث لا يحمل المطلق على المقيّد بل يؤخذ بكل منهما ويقال بمطلوبيه إكرام كل عالم من العدول وغير العدول، وما نحن فيه من هذا القبيل، إذ لا تنافى

ص: ٤٨

١- (١٤٦) الجواهر ٣٩/٢٣ (٣٨/١٩).

٢- (١٤٧) وسائل الشيعة ٩/٥٣١، ح ٢٠.

٣- (١٤٨) وسائل الشيعة ٩/٥٣٣، ح ٢٨.

٤- (١٤٩) الظاهر أنّ المخصّص جمع من الأصحاب ومنهم صاحب الجواهر في كتابي الخمس ١٦/٤٦٥ و ١٦/٤٦٨ (١٦/١١٨ و ١٢٠) وإحياء الموات ٣٩/١١ (٣٨/١١).

٥- (١٥٠) المكاسب ٤/١٦.

بين كون مطلق الأراضى التى لا- ربّ لها للإمام عليه السلام وبين كون الموات منها أيضا له عليه السلام ، وعلى تقدير التسليم فبالمنع عن كون دليل المقيّد واردا فى مقام بيان حكم الموات بالأصل، بل الظاهر بقريته التقيّد بقوله عليه السلام لاربّ لها أنّه فى مقام بيان حكم ما عرضه الموت وانه على قسمين، ماله مالك معلوم وما لا يعلم مالكة وأنّ حكم ما لا ربّ له أنّه للإمام عليه السلام ، وحينئذٍ ينبغى أن يقال: إنّ هذا القيد أعنى كونه ممّا لا ربّ لها وارد مورد الغالب لا أن التقيّد بالميتة وارد مورد الغالب إذ هو لبيان الموضوع حينئذٍ كما لا يخفى»(١).

ولكن يمكن مناقشه النائنى رحمه الله : أوّلاً: بالمناقشه «فى المثال الذى ذكره للقسم الثانى بـ «أكرم هاشميا» و «أكرم هاشميا عالما» حيث إنّهُ من قبيل صرف الوجود»(٢).

وثانيا: «إنّ عدم حمل المطلق على المقيّد فى القسم الثانى إنّما هو فى فرض عدم ثبوت المفهوم للقيّد بأن لا يكون احترازيّاً وإلّا فلو فرض ثبوت المفهوم فى الكلام فلا إشكال فى لزوم حمل المطلق على المقيّد، فلو ورد «لا تشرب الخمر» و «لا تشرب الخمر» إن كان من التمر» فلا بدّ من تقيّد إطلاق المطلق بواسطة المفهوم المستفاد من الشرط، فالصحيح فى الجواب ما أفاده الشيخ»(٣) الأعظم قدس سره .

وثالثاً: «إنّ الموضوع التام هو الأرض فقط، وأمّا الميتة فهى خارجه عن الموضوع وقيّد له مثل كلمه «لا- ربّ لها» فلاأرض قيدان»(٤).

### مناقشه المحقّق الإصفهانى للشيخ الأعظم

ناقش المحقّق الإصفهانى فى حمل الشيخ الأعظم مرسله حماد الطويله(٥) على

ص: ٤٩

١- (١٥١) المكاسب والبيع ٢/٣٦٧ و ٣٦٨.

٢- (١٥٢) تعليقه العلامة الآيه الشيخ عليأصغر الأحمدي الشاهرودى قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١١٦.

٣- (١٥٣) تعليقه العلامة الآيه الشيخ عليأصغر الأحمدي الشاهرودى قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١١٦.

٤- (١٥٤) المصدر ٣/١١٧.

٥- (١٥٥) وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، ح ٤.

الوصف الغالب بقوله: «إنَّ الظاهر من قولهم عليهم السلام «لا ربَّ لها» قبول الموضوع مع حفظ عنوانه، لأنَّ يكون له ربُّ وأنَّ لا يكون له ربُّ، ومن الواضح أنَّ الموات بالأصالة ليست كذلك، إذ لا- يمكن أن يكون لها مالك إلاَّ بإحيائها المخرج لها عن كونها مواتاً، بخلاف العامره بالأصالة، فإنَّها مع انحفاظ عنوانها يمكن أن يكون لها ربُّ بالحيازه، وأنَّ لا يكون لها ربُّ بعدم الحيازه.

وعليه فما وصف بأنَّها لا- ربَّ لها ينحصر في الأرض العامره وفي الميتة بالعرض، وحيثُ لا يمكن أن يكون الاعتبار في الميتة بالعرض بحيثه مَوْتَانِها، فإنَّ لا-زمه أن تكون العامره التي حازها الشخص فماتت ملكاً للإمام عليه السلام وإنَّ كان لها مالك فعلاً، بناءً على أنَّ النزاع المعروف في باب إحياء الموات مختص بما إذا ماتت بعد الإحياء لا بعد الحيازه، وأنَّ حالها حال سائر ما حازه الانسان من عدم خروجه عن ملكه إلاَّ بناقل شرعى.

ومنه يعلم أنَّ التوصيف بكونها(١) «لا ربَّ لها» في المرسله وفي الإطلاقات لا يقبل الحمل على الغلبه، ولا يصح تنزيل الإطلاقات على بيان مالكيه الإمام عليه السلام للموات بما هي موات، فتدبر جيداً(٢).

ويرد عليه: أوَّلاً: قوله قدس سره: «الظاهر من قولهم عليهم السلام «لا ربَّ لها» قبول الموضوع مع حفظ عنوانه، لأنَّ يكون له ربُّ وأنَّ لا يكون له ربُّ، ومن الواضح أنَّ الموات بالأصالة ليست كذلك، إذ لا يمكن أن يكون لها مالك إلاَّ بإحيائها المخرج لها عن كونها مواتاً(٣).

معارض لقوله قدس سره السابق: «وأما الأرض التي لا- ربَّ لها فمطلقها ومقيدها مسوقه لمالكيته عليه السلام لما لا مالك له وتوصيفها بالميتة... من باب الغلبه(٤). وبين المقالتين معارضه واضحه وسبحان من لا يسهو.

وثانيا: قد مرَّ أنَّ النسبه بين الخراب والعمَّران، أو الموات والعامره هي ثنائى ولا

ص: ٥٠

١- (١٥٦) الميتة.

٢- (١٥٧) حاشيه المكاسب ٣/٢٢.

٣- (١٥٨) حاشيه المكاسب ٣/٢٢.

٤- (١٥٩) حاشيه المكاسب ٣/١٦.

ثلاثي فيحنيذ قوله عليه السلام: «كل أرض لا رب لها» أعتم من الأرض الميتة بالأصالة والميته بالعرض والعامره عندنا وأما بناءً على مقاله المحقق الإصفهاني يختص بالأرض الميتة بالعرض والعامره فقط دون الأرض الميتة بالأصالة.

وثالثا: مناقشته غير مرتبطه بالاستدلال، لأننا نكون في مقام إثبات أن الأراضى العامره للأمام عليه السلام بقوله عليه السلام: «كل أرض لا رب لها»، ونقاشه على فرض صحته يخرج الموات بالأصالة وهي خارجه عن الاستدلال.

ورابعا: قوله عليه السلام: «كل أرض لا رب لها» قضيه حمله معدوله المحمول فلا تجتمع مع انتفاء موضوعها فلا بد من وجود الموضوع وهو «كل أرض» ثم حمل «لا رب لها» عليها، وهذا المحمول يصدق مع الأرض التي لها قابليه المربويه وعدمها، والموات بالأصالة ليست لها قابليه المربويه العامه فيصدق عليها حمل «لا رب لها»، والعامره بالأصالة لها قابليه المربويه العامه فيصدق عليها حمل «لا رب لها»، فحينئذ يكون موضوع «كل أرض» عنوانا عامًا يصدق على الموات بالأصالة وبالعرض والعامره بالأصالة، فلا يتم مقاله الإصفهاني من خروج الموات بالأصالة عن مورد الروايه.

وخامسا: القيود المذكوره في مرسله حماد الطويله (1) فاقدته للمفهوم بقربه سياقها «والشاهد على ذلك أنه قد ذكر في مرسله حماد قبل هذه الفقره المستشهد بها على التقييد قوله: «وكل أرض خربه قد باد أهلها» حيث أدرجت الأراضى الخربه في سياق الأنفال، ولا شك في أنها فاقدته للمفهوم، لأن مطلق الأراضى التي باد أهلها عنها تعدد ملكا للإمام، سواء كانت عامره أو خربه، لأن الإمام وارث من لا وارث له، فتمام الموضوع هو انقراض الأهل عن الأرض، ولا دخل لخرابها وعدمه في الموضوع، وبرغم ذلك نجد أن الأرض قد وصفت في المرسله بالخربه، ولذلك لا يمكن عد الأوصاف المذكوره في هذه المرسله \_ ومنها وصف الميتة \_ قيودا لتحديد الموضوع، بل الأوصاف المذكوره جميعها من باب الغلبه، لا من باب الدلاله على الانتفاء عند الانتفاء ليستفاد من مفهومها في المقام

ص: ٥١

عدم ملكيه الإمام للأراضي العامره. وبالتالي فما ذهب إليه الشيخ من حمل الأوصاف على الغلبه صحيح لكن بهذا التوجيه»(١).

### مناقشه الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ للشيخ الأعظم

ذهب الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ أولاً: إلى منع وصف قيد «ميته» في مرسله حماد الطويله في قوله عليه السلام: «كل أرض ميته لا رب لها»(٢)، غالباً بقرينه عامه وهي: «أن القيود المذكوره خلال الأحكام الإنشائية أو الإخباريه إنما هي قيود احترازيه، ولأجل تحديد الموضوع، وبيان المواصفات الضروريه واللازمه فيها، ولا يمكن عدّها أوصافاً غالبه، ولذلك تثبت لها المفهوم، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن الإمام عليه السلام من خلال قوله: «كل أرض ميته لا رب لها» يحدّد موضوع الأنفال ويقيّد هذه الأراضي بقيدين: كونها ميته ولا-رب لها، فإذن روايه حماد تحدّد ملكيه الإمام بالأرض المقـيّده بهذين القيدين، ومن خلال ذلك يعرف ثبوت المفهوم لها وأن الأرض العامره التي لا رب لها ليست ملكاً للإمام عليه السلام»(٣).

وثانياً: أن مرسله حماد الطويله «لا قدره لها ولا اقتضاء فيها على تقييد الأخبار المطلقه السابقه.

ودعوى: أن المرسله منجبره بعمل الأصحاب بمضمونها.

مدفوعه أولاً: بعدم ثبوت استناد الفقهاء إليها في مقام الفتوى، برغم أنها مذكوره في الكتب الفقهيّه الاستدلاليّه.

وثانياً: لو سلّمنا العمل بها، فإنّ مجرّد ذلك لا يحقّق عنوان الانجبار، لأنّ عمل الأصحاب بالأخبار لا يخلو:

[١] تارة: تكون فتوى الأصحاب مستنده إلى الروايه من باب الوثوق بصدورها.

[٢] وأخرى: تكون فتوى الأصحاب اعتماداً على الروايه من باب توثيق روايتها

ص: ٥٢

١- (١٦١) العقد النضيد ٤/٤٠٥.

٢- (١٦٢) وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، ح ٤.

٣- (١٦٣) العقد النضيد ٤/٤٠٤.

أما الأول: فلا اعتبار به لغير من اعتمد عليها واستند بها، بمعنى أنّ وثوق فقيه بروايه ما حجّه عنده لا عند غيره من الفقهاء، فإذا اطمان الصدوق أو الكليني بصدور روايه عن الإمام فإنّ وثوقه بذلك حجّه له لا لغيره.

أما الثانى: فهو مفيد فى المسانيد دون المراسيل، بمعنى أنّه إذا كانت الروايه مسنده وجعلنا وثاقه أحد روايتها، فحينئذٍ يعدّ عمل الأصحاب بها توثيقاً عملياً لروايتها وتكون حجّة للجميع، أما إذا كانت الروايه مُرْسَلَةً فإنّ عمل الأصحاب بها لا ينتهى إلى توثيق الرواه والروايه، وبالتالي فإنّ مطلق المرسلات غير قابله للانجبار بعمل الأصحاب. ومرسله حماد من هذا القبيل ولذلك لا مجال لتصحيحها وتوثيقها بعمل الأصحاب بها»(١).

ويمكن أن ندافع عن الشيخ الأعظم أولاً: القرينه قائمه على غالبيه وصف «ميتة» لـ «كل أرض» بمقاله الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ الماضيه آنفاً فى الايراد الخامس على مناقشه الإصفهاني.

وثانياً: «ثبوت المفهوم للقيّد إنّما هو من جهه أنّه لو لم يكن احترازياً دالاً على المفهوم لزم لغويته، ففى القيد الوارد مورد الغالب لمّا لم يلزم منه هذا المحذور لم يثبت المفهوم وإلاّ- فلا- فرق بينه وبين غيره من القيود، والأولى أنّ الوصف لا مفهوم له أصلاً لعدم لزوم اللغويه من ذكر القيد ولو لم يكن له مفهوم، فإنّ ذكره قد يكون من جهه كون المقيّد مورد السؤال أو من جهه عدم كون غيره مورد الابتلاء كما فى الروايه المزبوره حيث إنّ الأراضى التى هى مورد ابتلاء أهل العراق والحجاز ميتة فلا مفهوم للوصف أصلاً»(٢).

وثالثاً: مرسله حماد الطويله مُنْجَبَرٌ ضعف إسنادهما بعمل الأصحاب عندنا لإفتائهم على مضامينها مع وضوح إرسالها فهى تعدّ من المعتبرات عندهم \_ أعلى الله

١- (١٦٤) العقد النضيد ٤/٤٠٥ و ٤٠٦.

٢- (١٦٥) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٣٨.



كلمتهم ومقامهم \_ .

## والمختار في المقام:

أقول: لا- معارضه بين الدليلين المثبتين هنا وهما: «كُلُّ أرض لا ربَّ لها» (١) و «وكل أرض ميتة لا ربَّ لها» (٢) وإن كان الثاني أخصَّ من الأوَّل لعدم إحراز تكليف واحد في المقام، وغالبيه القيد في الثاني فلا تنافى بينهما. فثبت أنَّ الأراضى العامره بالأصالة معدوده من أملاك الإمام عليه السلام بالملكيه الاعتباريه والله العالم.

## فرع: هل تملك الأرض العامره بالأصالة بالحيازه؟

### اشاره

قال الشيخ الأعظم: «وهل تملك هذه بالحيازه؟ وجهان: من كونه مال الأمام، ومن عدم منافاته للتملك بالحيازه، كما يُملك الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل في عموم النبوي: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقَّ به» (٣)» (٤).

أقول: النبوى المذكور مرسلٌ لا يمكن الوثوق به ولا ينجبر ضعفه بعمل الأصحاب، هذا من جهه السند.

وأما الدلاله: ففيها أولاً: اعترضَ المحقق الخراسانى بقوله: «إنما سيق الإطلاق مساق أحقيه السابق، وعدم جواز مزاحمه اللاحق، لافى مساق جواز السبقه حتى كان عدم جواز سبق إلى أموال الناس بدليل خاص، فلا يجوز التمسك بإطلاقه فيما إذا شك في جوازه، كالأرض العامره التى هى تكون ملكا للإمام عليه السلام» (٥).

وأجاب عنه المحقق الإصفهاني بقوله: «أنه بالمطابقه يدل على الترخيص فى سبق إلى ما لم يسبقه إليه أحد، وبالتزام على أنه لا يجوز مزاحمته، حيث إنه مقتضى

ص: ٥٤

١- (١٦٦) وسائل الشيعه ٩/٥٣١، ح ٢٠.

٢- (١٦٧) وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، ح ٤.

٣- (١٦٨) عوالى اللالكى ٣/٤٨٠، ح ٤؛ ومستدرک الوسائل ١٧/١١٢، ح ٤، الباب الأوَّل من أبواب إحياء الموات.

٤- (١٦٩) المكاسب ٤/١٧.

٥- (١٧٠) حاشيه المكاسب ١٠٥/.

كونه أحق به ولا يجوز مزاحمه ذى الحق، فيكون كقوله عليه السلام «من أحبب أرضا ميتة فهو أحق بها، وهي له»<sup>(١)</sup> فإنه يتضمن الترخيص الشرعى فى الإحياء، وأنه سبب للأحقية أو الملكيه، فكذلك هنا يكون دليل السبق دالاً على سببه السبق للأحقية»<sup>(٢)</sup>.

وفىها ثانياً: «إنّ مجرد الأحقيه لا يقتضى الملكيه، وإنّ كانت لاتنافيها أيضاً، فالاستدلال للملك بالحيازه بمجرد الأحقيه هنا وفى المباحات غير وجهه، بل لا بدّ من إقامه دليل آخر على الملكيه»<sup>(٣)</sup>.

ويمكن أن يجاب عنه: «إنّ الارتكاز العرفى الناشئ من استقرار السيره العقلانيه الثابته من صدر الإسلام \_ بل قبله \_ على إحياء الأراضى التى لا-ربّ لها، وترتيب آثار الملك عليها كما هو بناء الدول أيضاً، والشارع لم يردعهم عن ذلك، بل أمضى طريقتهم.

وبالجملة: فالإرتكاز المزبور يمنع احتمال غير الملك من الأحقيه كالإباحه، بل المراد بها الأحقيه فى الملكيه»<sup>(٤)</sup>.

وفىها ثالثاً: «إنّ الموات التى هى مورد الإحياء ودليله مختصه بالإمام عليه السلام، فيكون «من أحبب» ترخيصاً شرعياً ومالكياً منه فى الإحياء المملك مثلاً.

وأما مورد دليل السبق فغير مختص بالأراضى ولا بخصوص الإمام عليه السلام، ليكون كدليل الإحياء فيلزمه جواز السبق إلى ملك كلّ أحد أيضاً، ومع استفاده تقيده بعدم كون المورد متعلقاً لحقّ الغير بالسبق أو غيره \_ ويدلّ بالفحوى على عدم كونه ملكاً للغير \_ فلا مجال للاستدلال به هنا، لأنه لا يعم ما هو ملك الغير إماماً كان أو غيره، وإلاّ لجاز السبق إلى سائر أموال الإمام عليه السلام، لو جعل هذا إذنا مالكياً فى السبق إلى ماله»<sup>(٥)</sup>.

ص: ٥٥

---

١- (١٧١) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٤ صحيحه محمد بن مسلم: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها وهى لهم».

٢- (١٧٢) حاشيه المكاسب ٣/٢٣.

٣- (١٧٣) حاشيه المكاسب ٣/٢٣.

٤- (١٧٤) هدى الطالب ٦/٤٣٤.

٥- (١٧٥) حاشيه المكاسب ٣/٢٣.

ويمكن أن يجاب عنه: «لا منشأ لاحتمال إرادته معنى عام يشمل غير الأراضى من سائر أموال الإمام عليه السلام فضلاً عن أموال غيره عليه السلام، وذلك للإتكاز المزبور، ولكون مورد الإحياء ملك الإمام بالإمامه، لا ملكه الشخصى الذى يرثه الوارث، ولا مال غيره. والسبق إلى مال الإمام عليه السلام لا ينطبق إلا على الموات من الأرض والمحياه ذاتا، وعلى ما فيها من الأشجار والنبات»(١).

وفيها رابعا: «الحديث يثبت للسابق الحق فيما سبق إليه دون المسبوق، ولا شك أن حق الإمام أسبق من حق المحيى، بمعنى أن ملكيه الإمام للأرض العامره أسبق من عمران المحيى، وبالتالي لا يبقى موضوع للحديث لكى يستدل به»(٢).

ويمكن أن يجاب عنه: النبى صلى الله عليه و آله الذى كان حقه مقدما على الإمام عليه السلام أجاز السبق والتصرف والملكيه عليها فلا تنافى بين ملكيه الإمام للأراضى العامره بالأصالة وجواز تملكها لمن سبق إليها.

وبالجملة: «لا ينبغى الإشكال فى دلالة النبوى على تملك الأرض العامره بالحيازه. لكن ضعف السند يمنعه عن الاعتبار»(٣).

مضافا إلى ورود روايات التحليل فى خصوص شيعتهم عليهم السلام كما فى صحيحه أبى سيار مسمع بن عبد الملك: كل ما كان فى أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون، الحديث.(٤)

وفى خبر يونس بن زبيان أو المعلّى بن خنيس: وما كان لنا فهو لشيعتنا، الحديث.(٥)

فبالنسبه إلى الشيعى الملكيه ثابتة بلا ريب. والله العالم.

ص: ٥٦

١- (١٧٦) هدى الطالب ٦/٤٣٤.

٢- (١٧٧) العقد النضيد ٤/٤٠٨.

٣- (١٧٨) هدى الطالب ٦/٤٣٥.

٤- (١٧٩) وسائل الشيعه ٩/٥٤٨، ح ١٢، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

٥- (١٨٠) وسائل الشيعه ٩/٥٥٠، ح ١٧.

نعم، يمكن أن يناقش في هذا الارتكاز العرفي بالنقاش في منشئه وهي السيره العقلانيه الثابته في عصر التشريع \_ بل قبله \_ على إحياء الأراضي التي لا رب لها، ومنها: الأراضي العامره بالأصاله، وإحيائها حيازتها، فالسيره العقلانيه قائمه على تملك الأراضي العامره بالأصاله بالحيازه.

وأما المناقشه في هذه السيره العقلانيه المدعاه

فلم تثبت سيره من العقلاء على تملك الأراضي العامره بالأصاله بالحيازه، «بل لا يبعد ثبوتها على خلفه، فإنّ العقلاء حسب فطرتهم الأوليه لا يعترفون بتلك الأسباب التي تكون مظهر من مظاهر القوه والتحكم على الآخرين، فإنّها أسباب ولّدتها الظروف الثانويه في المجتمعات التي لا تقوم على أساس العدل والقيم الإنسانيه، وإنّما تقوم على أساس مظاهر القوه واللا أخلاقيه. ومن الطبيعي أنّه لا قيمه لتلك الأسباب، لا لديهم، ولا لدى الإسلام نهائيًا.

أو فقل: إنّ الإسلام لم يعترف بحيازه الأرض والسيطره عليها على أساس القوه والتحكم على الآخرين في ميدان وجود المنافسه عليها من قبل هؤلاء، ولم يرها مصدرًا لوجود حقّ فيها.

نعم، إنّ كانت السيطره عليها على أساس إنفاق العمل وبذل الجهد فيها \_ لخلق الشروط والفرصه للإستفاده منها والانتفاع بها كما إذا كانت الأرض ميته أو لاستغلالها والانتفاع بها كما إذا كانت حيه \_ فالإسلام وإن كان قد اعترف بها إلا أنّ اعترافه بذلك في الأولى انما هو على اساس أنّها تحمل طابع الإحياء فيها. لا طابع الحيازه والسيطره. وفي الثانيه إنّما هو على أساس العمل والانتفاع بها. فالنتيجه أنّ مصدر الحقّ فيها لدى الإسلام إنّما هو العمل فلا قيمه للسيطره بدونه أصلاً.

وبكلمه أخرى: إنّنا قد اكتشفنا اعتراف الإسلام من خلال نصوصه التشريعيه، أو البناء من العقلاء بهذا الإطار العام وهو أنّ كلّ عامل في المصادر والثروات الطبيعيه يملك نتيجته عمله \_ على اختلاف نوع العمل، ونوع النتيجه \_ على ضوء الشرائط المبيّنه في محلّها. ومن هنا تختلف نتيجته عمل العمال في الأرض الميته عن نتيجته عمله في الأرض

الحَيَّة طبيعيا على أساس اختلاف نوع العمل فيهما.

وعلى اثر ذلك: تختلف علاقه العامل بالأرض الميتة عن علاقه العامل بالأرض الحَيَّة على أساس أنّ نتيجه عمله فى الأرض الميتة إنّما هى خلق الشروط فيها التى تتيح للفرد فرصه الاستفاده منها والانتفاع بها، حيث لم تكن تلك الشروط متوفره فيها قبل قيام العامل بإحيائها، وإنّما هى نتجت عن عمليه الإحياء، فالعامل على ضوء ذلك الإطار العام يملك تلك الشروط والفرصه فيها، وهذه الشروط إنّما تبرر علاقه العامل برقبه الأرض على مستوى الحق فحسب إذا كانت الرقبه داخله فى نطاق ملكيه غيره. وأمّا إذا لم تكن داخله فى ذلك وكانت من المباحات الأصلية فالشروط المزبوره إنّما تبرّر علاقه بها على مستوى الملك... .

وبما أنّ هذه العلاقه معلوله لهذه الشروط والفرصه فهى بطبيعه الحال ثابتة ما دامت الشروط فيها متوفره والفرصه متاحه سواء أكان العامل يمارس الانتفاع بها أم لم يمارس، وأمّا إذا زالت تلك الشروط والفرصه عنها فإن كانت العلاقه على مستوى الحق فقد انقطعت عنها نهائيا بمقتضى الارتكاز العرفى وإن كانت على مستوى الملك فهى باقيه ولم تزل بزوالها... .

وأمّا نتيجه عمله: فى الأرض الحَيَّة بطبيعتها \_ فيما أنّها لم تكن خلق الشروط والفرصه للانتفاع بها، لفرض أنّ تلك الشروط متوفره فيها ذاتا وبدون بذل جهد بشرى وأنّ العامل فيها لم يخلق صفه لها ذات قيمه اقتصاديه، وإنّما قام بالانتفاع بزرعها، وغرس أشجارها، أو ما شاكل ذلك \_ فهى بطبيعه الحال إنّما هى ما نجم عن عمله وجهده فيها وهو الزرع أو الشجر فى فرض الكلام فالعامل إنّما يملك ذلك على ضوء الإطار العام المزبور \_ كلُّ عاملٍ يملك نتيجه عمله \_ ولا يملك صفه فى الأرض ما دام أنّه لم يخلق فيها شيئاً.

ومن الطبيعى أنّ عمله الانتفاعى بها لا يبرر اختصاص العامل برقبه الأرض. نعم ما دام هو يمارس العمل فيها ويواصل فى زراعتها كان أحقّ من غيره بالانتفاع بها، وليس لغيره أن يزاحمه فيه، على أساس أنّه بالبناء القطعى من العقلاء قد اكتسب حقّ الأولويه فيها بقيامه باستغلال الأرض والانتفاع بها، فإنّ من حقّه فى هذا الحال الاحتفاظ بها ومنع

الآخر من مزاحمته وانتزاع الأرض منه، لأنّ الآخر ليس أولى من الذى ينتفع بها فعلاً.

ولا- يحصل على حق أوسع من ذلك بنكته أنّه معلول لانتفاعه بها، ولا يعقل أن تكون دائره المعلول أوسع من دائره العله، وعليه فلا- محاله يكون ثبوت هذا الحقّ له ما دام هو قائم بالانتفاع بها فعلاً وإلاّ فلا حقّ له. ومن هنا لو ترك الانتفاع بها لم يبق له حقّ فى الاحتفاظ بها، ويجوز عندئذ لآخرين يقوم باستغلالها واستثمارها.

وهذا هو الفارق بين الحقّ الحاصل للعامل فى الأرض الموات على أساس قيامه بعملية إحيائها، والحقّ الحاصل له فى الأرض الحية على أساس قيامه باستغلالها والانتفاع بها.

ومن هذا القبيل: استخدام الأرض لرعى الحيوانات، فإنّه وإن كان عملاً من أعمال الانتفاع بالمصادر الطبيعيه إلاّ أنّه لا يؤثر فى إيجاد حقّ فى الأرض على أساس أنّه لم يقم فيها بعملية ذات قيمة اقتصاديه كخلق الحياه فيها أو نحوها، وإنّما هو يقوم بعملية تربية حيوانات فيها فتكون نتيجته عمله فيها إنّما هى الثروه الحيوانيه فيملك العامل على ضوء الإطار العام المتقدم تلك الثروه الحيوانيه على أساس أنّها نجمت عن جهده وعمله.

نعم، يحصل العامل على أثر ذلك على حقّ الأولويه فيها ما دام يمارس عملاً هذا ويؤاخذ به، لا مطلقاً فلو ترك ذلك لم يبق له الحقّ فى الاحتفاظ بها، ويجوز لغيره ان يقوم بالانتفاع بها واستثمارها....

وأما ما ذكرناه بالإضافة إلى الأرض الحية بطبيعتها موافق للبناء القطعى من العقلاء الجارى على ذلك الثابت فى جميع الأعصار(١).

إلى هنا ظهر عدم تماميه دليلين من أدله تملك الأراضى العامره بالأصالة بالحيازه وهما:

١- حديث السبق الذى تمسك به الشيخ الأعظم وقد عرفت ضعف سنده ودلالته.

٢- السيره العقلايه المدّعاة على تملك الأراضى العامره بالأصالة بالحيازه وقد

ص: ٥٩

عرفت عدم تماميتها بالتفصيل الذى مرّ.

وقد استُدلَّ على تملكها بوجه أُخَرٍ نذكر بعضها فى مايلى:

٣\_ قوله تعالى: «وَالْأَرْضَ وَصَعَهَا لِلْأَنَامِ» (١)

بتقريب: أن الآيه الشريفه تدلّ على ملكيه الأرض للأنام، وإطلاق الأرض يشمل الأراضى العامره بالأصاله وإطلاق الأنام يشمل المحيز، فالمحيز يملك ما أحازه من الأراضى العامره بالأصاله.

وفيه: «أولاً: أن اللّام المذكوره فى الآيه الشريفه ليست بلام الملكيه بل هى لام الغايه، ووزانها وزان اللّام فى قوله تعالى: «سَيَخْرُ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ» (٢)، فلا دلاله فيها على الملكيه.

وثانيا: ولو سلّمنا دلالتها على الملكيه، فهى تشبها لمطلق الأنام، والبحث فى المقام عن الملكيه الشخصيه دون النوعيه» (٣).

٤\_ استدلال المحقق الإصفهاني رحمه الله

قال الإصفهاني قدس سره: «ويمكن أن يقال: إن كون الأرض عامره بالمعنى المتقدم لا ينافى الإحياء بغرس الشجر وحفر البئر وأشبه ذلك، فتملكها بعنوان الإحياء» (٤).

مراده: «أن ملكيه الأراضى العامره تكون بالإحياء أيضا بمثل ما هو الحال فى الأراضى الموات، فإنّ الآجام والغابات والوديات والأنهار بحاجه إلى الإحياء بإزاله الآجام وتسطيع الوديات وكرى الأنهار وشق الطرق فى الغابات، وما إلى ذلك ممّا يؤدى جميعها إلى إمكان الاستفاده منها فى الزرع وغيره، وبالتالي فإنّ المحيى يملكها عن طريق الإحياء، حيث يصدق عليه قوله عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها

ص: ٦٠

١- (١٨٢) سورة الرحمن ١٠/.

٢- (١٨٣) سورة لقمان ٢٠/.

٣- (١٨٤) العقد النضيد ٤٠٧/٤.

٤- (١٨٥) حاشيه المكاسب ٣/٢٤.

فهم أحقّ بها» (١) «(٢).

وفيه: «لا- مجال للجمع بين صفتي العماره والإحياء، بمعنى أنه لا- يصحّ وصف ما يقوم به الإنسان في تنميه الأراضي المحياه بالعماره، لأنّ الأخيره وصفٌ يُطلق بخصوص الأراضي الميتة المتوقّفه إحياءها على العمران، دون الأراضي العامره. والشاهد على ذلك أنّ كلمه «الإحياء» قد أُطلقت في الأخبار على خصوص أراضي الموات، أمّا الصفه التي يصحّ أن يتّصف بها الأعمال التي يقوم بها الإنسان في الأراضي العامره، هي دفع الموانع عن نمو الأراضي الناميه بالذات أو إيجاد ما يلزم إيجادها من الشرائط» (٣).

٥- معتبره السكوني

عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: مَنْ غرس شجرا، أو حفر واديا بدّيّا لم يسبقه إليه أحد، وأحيى أرضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله صلى الله عليه وآله (٤).

بتقريب: أنّ ظاهر هذه المعتبره جعل غرس الشجر وحفر البئر «في قبال الإحياء أنّهما يوجبان الملكيه بنفسهما، أو من حيث صدق الإحياء أيضا، لا- بمعناه المقابل له في الزوايه، لكنّه على أيّ حالٍ غير التملك بالحيازه، إذ لا يعتبر فيها شيء من الغرس والحفر ونحوهما، بل يكفي مجرد الاستيلاء عليه» (٥).

وبالجملة: إنّ القيامَ بالعملين المذكورين \_ الغرس والحفر \_ في الأراضي الموات أو العامره يكون في حكم الإحياء بالنسبه إلى الأراضي الموات فيكونان مملّكين.

فالغرس والحفر يكونان مملّكين في الأراضي العامره بالأصله.

وفيه: من الواضح في الفقه الإسلامي أنّ الغرس والزرع للغارس والزارع ولو كانا غاصبين فحينئذ «غرس الشجر يفيد ملكيه الغارس لها بالخصوص دون الأرض

ص: ٦١

١- (١٨٦) وسائل الشيعه ٢٥/٤١١، ح ٣، الباب ١ من أبواب إحياء الموات صحيحه محمّد بن مسلم.

٢- (١٨٧) العقد النضيد ٤/٤٠٩ مع اضافات واصلاحات.

٣- (١٨٨) العقد النضيد ٤/٤٠٩ مع اضافات واصلاحات.

٤- (١٨٩) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٣، ح ١، الباب ٢ من أبواب إحياء الموات.

٥- (١٩٠) حاشيه المكاسب ٣/٢٤.



ويمكن أن يقال: على منوالهما حفر البئر، فالبئر للحافر ولو كان الأرض لغيره وكثيرا ما نجد في الخارج ملكيه الأرض لأحدٍ والبئر الموجوده فيها للآخر.

فلا يكون مدلول هذه المعتبره ملكيه الأراضى العامره بالأصالة بل مدلولها ملكيه الغرس للغارس والبئر لحافرها. إلا أن يكون فى الأراضى الموات بالأصالة فيصدق عليهما الإحياء وتوجب الملكيه هذا أولاً.

وثانيا: على فرض تماميه الاستدلال، فإنَّ هَذَيْنِ الْعَمَلَيْنِ يكونان غير الحيازه، فلا تدلّ المعتبره على التملك بالحيازه كما مرّ من المحقق الإصفهاني فى آخر تقرّيبه.

٦\_ صحیحنا محمد بن مسلم

عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها.(٢)

وعن أبى جعفر عليه السلام قال: أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض، وعمروها فهم أحقّ بها، وهى لهم.(٣)

ونحوهما مرسله الصدوق قال: قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على خير، فخارجهم على أن يكون الأرض فى أيديهم يعملون فيها ويعمرونها، وما بأس لو اشترت منها شيئا، وأيما قوم أحيوا شيئا من الأرض، فعمروه فهم أحقّ به، وهو لهم.(٤)

بتقريب: إنّ الاستدلال يكون بلفظه «عمروها» فى سياق الأسباب المملّكه ومن المعلوم «أنّ عماره كلّ أرض بحسبها، فعمران أرض الموات يختلف عن عمران الأراضى العامره بالذات، فعمران الأخيره تكون بإزاله الآجام، وتجفيف مياهها وقلع الأشجار الزائده من الغابه، وشقّ الطرق فيها وما إلى ذلك من الطرق المؤدّيه إلى تنميه ثمرات

ص: ٦٢

١- (١٩١) العقد النضيد ٤/٤١٠.

٢- (١٩٢) وسائل الشيعه ٢٥/٤١١، ح ٣.

٣- (١٩٣) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٤.

٤- (١٩٤) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٧.

وَيُرَدُّ عَلَيْهِ: مَا مَرَّ مِنْ مَقَابِلِهِ الْعِمْرَانِ وَالْخَرَابِ وَأَنَّ «الْعِمَارَةَ قَسِيمٌ لِلْخَرَابِ، فَلَا يَصَحُّ إِطْلَاقُ صِفَةِ الْعِمْرَانِ عَلَى الْأَرْضِ الْعَامِرَةِ بِالذَّاتِ، وَمَجْرَدُ الشُّكِّ يَسْقُطُ الْاِسْتِدْلَالُ بِهَا فِي الْمَقَامِ»(٢).

٧\_ صحیحہ أخری لمحمد بن مسلم

قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ قال: ليس به بأس \_ الى أن قال: \_ وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، أو عملوه فهم أحقّ بها، وهي لهم.(٣)

بتقريب: أنّ عطف العمل على الأرض على عمليه الإحياء يعلمنا بأنه كالأحياء يكون من أسباب التملك فحينئذ «الأراضي العامرة المملوكة للإمام عليه السلام تملك من المسلم العامل عليها بشئى الأعمال»(٤).

ويرد عليه: أنه لا يمكن الأخذ بإطلاق هذه الصحيحه بأنّ مَنْ عمل في أرضٍ فهي له لا سيّما مع إطلاق العمل فحينئذ لا بدّ من حمل الإطلاقين \_ إطلاق مَنْ وإطلاق العمل \_ على المحيى وعمليه الإحياء فيصير «أو عملوه» عطفاً تفسيريّاً لقوله عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض»، ولذا أعرض الأصحاب عن إطلاق العمل ولم يقل أحد بأنّ كلّ مَنْ عمل في أرضٍ فهي له.

### فذلكه الكلام

الأراضي العامرة بالأصالة ملك للإمام عليه السلام وتعدّ من الثروات العامه فلا يجوز لأحدٍ تملكها لا بالحيازه ولا بالغرس ولا بالحفر ولا بعمّراتها وتنميتها والعمل فيها، نعم كلّ عامل يملك عمله فيها لا أكثر ورقبه أراضيها باقيه في ملك الإمام عليه السلام لاستفاده عامه

ص: ٦٣

١- (١٩٥) العقد النضيد ٤/٤١٠.

٢- (١٩٦) العقد النضيد ٤/٤١٠.

٣- (١٩٧) وسائل الشيعة ٢٥/٤١١، ح ١.

٤- (١٩٨) العقد النضيد ٤/٤١١.

الناس وعملهم فيها ونشاطاتهم عليها لاسيما بالنسبة إلى الشيعة كما مر (١) آنفا والله العالم.

### ٣\_ الأرض العامره بالعرض

#### إشاره

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «الثالث: ما عرض له الحياه بعد الموت: وهو ملك للمحيى، فيصير ملكا له بالشروط المذكوره فى باب الإحياء بإجماع الأئمه كما عن المهذب [البارع (٢)]، وإجماع المسلمين كما عن التنقيح (٣)، وعليه عامه فقهاء الأمصار كما عن التذكره (٤)» (٥).

أقول: إحياء الموات مستحبٌ مرغوبٌ فيه لأنّه من مصاديق السعى فى تحصيل الرزق المأمور به فى قوله تعالى: «فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ» (٦) ولقوله عزوجل: «هُوَ أَنشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِنَّكُمْ فِيهَا» (٧). ولقوله تعالى: «وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ» (٨) وقول عزّ من قائل: «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا» (٩).

قال العلامة: «تذنيب: الإحياء مستحبٌ؛ لما فيه من السعى فى تحصيل الرزق المأمور به فى قوله تعالى: «فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ» (١٠) ومن إخراج العاقل من حيز العطله المشتمله على تضييع المال إلى حيز العماره، وقد روى عن النبى صلى الله عليه وآله أنه

ص: ٦٤

١- (١٩٩) راجع صفحه ٥٦ من هذا المجلد.

٢- (٢٠٠) المهذب البارع ٤/٢٨٥.

٣- (٢٠١) التنقيح الرائع ٤/٩٨.

٤- (٢٠٢) تذكره الفقهاء ١٩/٣٥٤.

٥- (٢٠٣) المكاسب ٤/١٧.

٦- (٢٠٤) سوره الملك ١٥/.

٧- (٢٠٥) سوره هود ٦١/.

٨- (٢٠٦) سوره الرحمن ١٠/.

٩- (٢٠٧) سوره البقره ٢٩/.

١٠- (٢٠٨) سوره الملك ١٥/.

قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ، وَمَا أَكَلَهُ الْعَوَافِي (١) مِنْهَا فَهِيَ لَهُ صَدَقَةٌ» (٢) ولأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَخْلُقِ الْأَرْضَ عَبَثًا، بَلْ خَلَقَهَا وَالْأَعْيَانَ الْخَارِجَةَ مِنْهَا \_ كَالْمَعَادِنِ \_ وَالْمَنَافِعَ الْمَتَعَلِّقَةَ بِرِقْبَتِهَا لِمَنَافِعِ سَكَانِهَا» (٣).

أقول: «وفى خراج يحيى بن آدم القرشى بسنده عن جابر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من زرع زرعاً أو غرس غرساً فأكل منه إنسان أو سبع أو طائر فهو له صدقة» (٤).

وروى الترمذى بسنده عن أنس، عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان أو طير أو بهيمه إلا كانت له صدقة» (٥) (٦).

ويدلّ على جواز إحياء الموات وملكيه المحيى لها الأخبار المتواترة إجمالاً عند الفريقين:

منها: صحيحه الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» (٧).

ومنها: صحيحه زراره، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من أحيا مواتاً فهو له» (٨).

ص: ٦٥

- 
- ١- (٢٠٩) العوافى جمع العافيه، وهى كلّ طالب رزقٍ من إنسانٍ أو بهيمهٍ أو طائرٍ. النهايه \_ لابن الأثير \_ ٣/٢٦٧ «عفا».
  - ٢- (٢١٠) مسند أحمد ٤/٢٣٨، ح ١٣٨٥٩ و ٤/٢٧٥، ح ١٤٠٩١ و ٤/٣٢٦-٣٢٥، ح ١٤٤٢٥؛ السنن الكبرى (للبهقي) ٦/١٤٨ بتفاوتٍ يسير.
  - ٣- (٢١١) تذكره الفقهاء ١٩/٣٥٤.
  - ٤- (٢١٢) الخراج ٧٨.
  - ٥- (٢١٣) سنن الترمذى ٢/٤٢١، ح ١٤٠٠، أبواب الأحكام، الباب ٤٠ (باب ماجاء فى فضل الغرس).
  - ٦- (٢١٤) دراسات فى ولايه الفقيه ٤/١٤٩.
  - ٧- (٢١٥) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٥، الباب ١ من أبواب إحياء الموات.
  - ٨- (٢١٦) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٦.

ومنها: صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها. (١)

ومنها: صحيحته أخرى له قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، وعمروها فهم أحقّ بها، وهي لهم. (٢)

ومنها: صحيحه أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمة، فقال: لا بأس بأن يشتريها منهم، إذا عملوها وأحيوها، فهي لهم، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله حين ظهر على خيبر وفيها اليهود، خارجهم على (أن يترك) الأرض في أيديهم، يعملونها ويعمرونها. (٣)

ومنها: صحيحه عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سئل \_ وأنا حاضر \_ عن رجل أحيى أرضاً مواتاً، فكروا فيها نهراً، وبنى بيوتاً، وغرس نخلاً وشجراً، فقال: هي له، وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء، أو سيل وادٍ أو عين، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب (٤) نصف العشر. (٥)

ومنها: معتبره السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من غرس شجراً، أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد، وأحيى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله صلى الله عليه وآله. (٦)

ومنها: موثقه محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ فقال: ليس به بأس قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها فلا أرى بها بأساً لو أنك اشتريت

ص: ٦٦

١- (٢١٧) وسائل الشيعة ٢٥/٤١١، ح ٣.

٢- (٢١٨) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢، ح ٤.

٣- (٢١٩) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٦، ح ١، الباب ٤ من أبواب إحياء الموات.

٤- (٢٢٠) الغُرب كَفَلَس: الدلو العظيم الذي يتخذ من جلد الثور.

٥- (٢٢١) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢، ح ٨.

٦- (٢٢٢) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٣، ح ١، الباب ٢ من أبواب إحياء الموات.

منها شيئاً وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم. (١)

ورواها صاحب الوسائل مختصراً وبسند صحيح في كتاب إحياء الموات. (٢)

ومنها: صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها، ويجري أنهارها ويعمرها، ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: عليه الصدقة، الحديث. (٣)

ومنها: مرسله الصدوق قال: قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله على خيبر، فخارجهم على أن يكون الأرض في أيديهم يعملون فيها ويعمرونها، وما بأس لو اشتريت منها شيئاً، وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، فعمروه فهم أحقّ به، وهو لهم. (٤)

«تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ» من أحاديثنا، وإما من طرق العامه:

ففي مؤطأ مالك في كتاب الأفضيه، عن هشام بن عروه، عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق» (٥).

ورواه البيهقي بسنده عن مالك. (٦)

وروى البخارى في كتاب الوكاله عن عروه، عن عائشه، عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق». قال عروه قضى به عمر في خلافته. (٧)

ورواها أبو عبيد بسنده، عن عروه، عن عائشه، عنه صلى الله عليه وآله بلفظ «من أحيأ» ورواها البيهقي «من عمّر». (٨)

ص: ٦٧

١- (٢٢٣) وسائل الشيعة ١٥/١٥٦، ح ٢، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

٢- (٢٢٤) وسائل الشيعة ٢٥/٤١١، ح ١

٣- (٢٢٥) وسائل الشيعة ٢٥/٤١١، ح ٢.

٤- (٢٢٦) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢، ح ٧.

٥- (٢٢٧) مؤطأ مالك ٢/١٢١، القضاء في عماره الموات.

٦- (٢٢٨) سنن البيهقي ٦/١٤٣، كتاب إحياء الموات، باب من أحيأ أرضاً ميتة فهي له...

٧- (٢٢٩) صحيح البخارى ٢/٤٨، باب من أحيأ أرضاً مواتاً.

٨- (٢٣٠) الأموال ٣٦٣؛ سنن البيهقي ٦/١٤٢، إحياء الموات، باب من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد.

وروى أبو داود بسنده عن عروه، قال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وآله قضي أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله، ومن أحيا مواتا فهو أحق به. جاءنا بهذا عن النبي صلى الله عليه وآله الذين جاؤوا بالصلوات عنه. (١)

ورواه البيهقي أيضا. (٢)

وروى البيهقي بسنده، عن عروه، عن عائشه، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «العباد عباد الله والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من الموات الأرض شيئا فهو له (بعطيه رسول الله خ. ل) وليس لعرق ظالم حق. (٣)

وروى البيهقي أيضا بسنده، عن كثير بن عبد الله، عن أبيه، عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من أحيا مواتا من الأرض في غير حق مسلم فهو له، وليس لعرق ظالم حق». (٤)

وروى البيهقي أيضا بسنده، عن عروه بن الزبير، عن أبيه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من أحيا أرضا ميتة لم تكن لأحد قبله فهي له، وليس لعرق ظالم حق». (٥)

وروى أبو داود بسنده، عن سمره، عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «من أحاط حائطا على أرض فهي له». (٦)

ورواه أيضا في مستدرک الوسائل، عن عوالى اللآلى، عن سمره. (٧)

وروى البيهقي بسنده عن سمره، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من أحاط على شيء

ص: ٦٨

١- (٢٣١) سنن أبي داود ٢/١٥٨، كتاب الخراج والفيء والإماره، باب في إحياء الموات.

٢- (٢٣٢) سنن البيهقي ٦/١٤٢، كتاب إحياء أرضا ميتة ليست لأحد...

٣- (٢٣٣) سنن البيهقي ٦/١٤٢، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة فهي له...

٤- (٢٣٤) سنن البيهقي ٦/١٤٢، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد...

٥- (٢٣٥) سنن البيهقي ٦/١٤٢، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد...

٦- (٢٣٦) سنن أبي داود ٢/١٥٩، كتاب الخراج...، باب في إحياء الموات.

٧- (٢٣٧) مستدرک الوسائل ١٧/١١١، ح ٣، الباب ١ من كتاب إحياء الموات؛ عوالى اللآلى، ٣/٤٨٠، ح ٣.

فهو أحق به، وليس لعرق ظالم حق» (١).

البيهقي بسنده عن طاؤس، عن ابن عباس، قال: «إنّ عادىّ الأرض لله ولرسوله ولكم من بعد، فمن أحيا شيئا من موتان الأرض فهو أحق به» (٢).

وروى نحوه في المستدرک عن عوالى اللآلى (٣).

البيهقي بسنده عن طاؤس، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمن أحيا منها شيئا فهي له» (٤).

ورواه في المستدرک عن عوالى اللآلى (٥).

### قولان رئيسيان في المسأله

#### إشاره

وهما:

«القول الأوّل: المشهور من أنّ الإحياء كبقية الأسباب المملّكه \_ سواءً الإنشائية منها كالبيع والإجاره أو القهريّه كالإرث \_ يعدّ من أسباب حصول الملك، وقد ادّعوا عليه الإجماع، واعتبروا الإحياء مملّكا برغم بقاء ملكيه الإمام عليه السلام على الأرض.

القول الثاني: أنّ الإحياء لا يعدّ من الأسباب المملّكه، بل هي تفيد الأولويّه وحقّ الاختصاص بالأرض» (٦).

ص: ٦٩

١- (٢٣٨) سنن البيهقي ٦/١٤٢، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد...

٢- (٢٣٩) سنن البيهقي ٦/١٤٣، كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمّي ...

٣- (٢٤٠) مستدرک الوسائل ١٧/١١٢، ح ٥، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، عوالى اللآلى ١/٤٤، ح ٥٨.

٤- (٢٤١) سنن البيهقي ٦/١٤٣، كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمّي ...

٥- (٢٤٢) مستدرک الوسائل ١٧/١١١، ح ٢، الباب ١ من كتاب إحياء الموات؛ عوالى اللآلى ٣/٤٨٠، ح ١.

٦- (٢٤٣) العقد النضيد ٤/٣٦٣.



١\_ الإجماع

الوارد في مقالات العلامة (١) وابن فهد الحلبي (٢) والفاضل المقداد (٣) رحمهم الله كما مرّت (٤) في مقاله الشيخ الأعظم (٥) في أوّل البحث.

ويرد عليه: أوّلاً: الإجماع لم يتم مع وجود قول آخر في المسألة.

وثانياً: على فرض تماميته يكون مدركياً فلا بدّ من ملاحظه غيره من الأدله.

٢\_ استدلال العلامة قدس سره

حيث يقول: «ولأنّ الحاحه تدعوا إلى ذلك، وتشتدّ الضروره إليه؛ لأنّ الإنسان مدنيّ بالطبع، لا يمكنه أن يعيش كغيره من الحيوانات، بل لابدّ من مسكنٍ يأوى إليه هو وعياله، وموضع يختصّ به، فلو لم يشرع الإحياء لزم الحرج العظيم، وهو منفيّ إجماعاً» (٦).

ويردّ عليه: أنّ مدنيّته طبيعه الإنسان واحتياجه إلى المسكن والعمل والمزرع لا تقتضيان لزوم تحقّق الملكيه، لإمكان رفع الضروره بثبوت حقّ الاختصاص والأولويه فهذا الاستدلال، استدلال بالأعم على الأخص وهو لا يفيد.

٣\_ الحرج العظيم المنفي

الوارد في مقاله العلامة الماضيه آنفاً بتقريب: أنّ الملكيه إذا لم تحققت بالإحياء تستلزم الحرج العظيم المنفي في الشريعه المقدسه.

ويردّ عليه: أوّلاً: قد مرّ مرارا وتكرارا بأنّ دليل رفع الحرج من الأدله النافيه

ص: ٧٠

١- (٢٤٤) تذكرة الفقهاء ١٩/٣٥٤.

٢- (٢٤٥) المهذب البارع ٤/٢٨٥.

٣- (٢٤٦) التنقيح الرائع ٤/٩٨.

٤- (٢٤٧) راجع هذا المجلد صفحہ ٦٤.

٥- (٢٤٨) المكاسب ٤/١٧.

٦- (٢٤٩) تذكرة الفقهاء ١٩/٣٥٤.

للحكم ولا يمكن اثبات الحكم به.

وثانياً: على فرض اثبات الحكم به يمكن رفعه بثبوت الإباحة المطلقة لمن يقوم بعملية الإحياء، بحيث تبقى رقبه الأرض على ملك الإمام عليه السلام ولكن يبيح التصرف للمحيى كما مرّ نظيرها في الأرض العامره بالأصالة.

وثالثاً: وهكذا يمكن رفعه بثبوت حق الاختصاص والأولوية فلا يمكن إثبات الملكيه به.

٤\_ النصوص المتواتره إجمالاً بين الفريقين

التي مرّت عشرون منها آنفاً وظهورها على الملكيه مِمّا لا- ينكر وكذا ظهور «اللام» فيها وغيرها من الظهورات الوارده في النصوص كما مرّت بعضها في المجلد الثالث من المكاسب المحرمه. (١)

## أدله القول الثاني

### إشاره

«وقد نسب هذا القول إلى جماعه من الأصحاب: منهم شيخ الطائفه الشيخ الطوسي قدس سره في كتابه المبسوط (٢).

ومنهم المحقق في كتابه الشرائع (٣) في بحث الجهاد.

ومنهم الشهيد الثاني قدس سره في المسالك (٤)، بل حكى هذا القول فيه عن الأكثر.

ومنهم السيّد محمّد من آل بحر العلوم قدس سره في بلغته (٥) (٦).

وتبعهم المحققون الإصفهاني (٧) والخوئي (٨) والمنتظري (٩) والفياض (١٠) ورآه

ص: ٧١

١- (٢٥٠) الآراء الفقيهيه ٣/٤٦٧ وما بعدها.

٢- (٢٥١) المبسوط ٣/٣٧٠.

٣- (٢٥٢) الشرائع ٣/٢١٥ و ٢١٦.

٤- (٢٥٣) المسالك ١٢/٤٠١.

٥- (٢٥٤) بلغه الفقيه ١/٣٤٧.

٦- (٢٥٥) الأراضى ٩٨/ بترتيب وتخريج منّا.

٧- (٢٥٦) حاشيته على المكاسب ٣/٢٠.

٨- (٢٥٧) مصباح الفقاهه ٥/١٣١؛ التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٤٦.

٩- (٢٥٨) دراسات في ولايه الفقيه ٤/٢٠٥.

١٠- (٢٥٩) الأراضى ١١٣/.

الشهيد السيد محمدباقر الصدر(١) رأياً فقهيها يبدو أكثر انسجاماً مع نصوص الشريعة.

واستدلوا عليه بعدّه من الروايات تدلّ على «عدم خروج الأرض عن ملك صاحبها بالقيام بعملية الإحياء والعمارته، ودخولاً في ملك من يقوم بهذه العملية.

منها: صحيحه أبي سيار مسمع بن عبد الملك \_ في حديث \_ قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني كنت وليت الغوص فأصببت أربعمائه ألف درهم، وقد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم، وكرهت أن أحبسها عنك وأعرض لها وهي حقك الذي جعل الله تعالى لك في أموالنا، فقال: وما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلا الخمس؟! يا أبا سيار، الأرض كلها لنا، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا، قال: قلت له: أنا أحمل إليك المال كله؟ فقال لي: يا أبا سيار، قد طينناه لك وحللناك منه فضمّ إليك مالك، وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون، ومحلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيئهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغره.(٢)

«وقد استُفيد من هذه الصحيحه عدّه أمور:

الأول: استُفيد من إطلاق قوله: «الأرض كلها لنا...» أنّ أصل رقبه الأرض وما يتفرّع منها \_ قبل الإحياء وبعده \_ للإمام، ومقتضى الجمع بين هذا الخبر وأخبار الإحياء ثبوت الملكيه للإمام وحقّ التصرف للمُحيي.

الثاني: كما يستكشف من قوله: «فكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون» ثبوت الملكيه للإمام والحقّ للمحيي.

الثالث: كما يستكشف من قوله: «فيجريهم طسق ما كان في أيدي سواهم» أنّ

ص: ٧٢

١- (٢٦٠) اقتصادنا ٤١٦/ (طبعه أخرى ٤٦٣).

٢- (٢٦١) وسائل الشيعة ٩/٥٤٨، ح ١٢.

الإمام يسترجع أجره أرضه من المخالفين دون شيعته، حيث يعطف عليهم بإباحه أجرتها وطسقتها لهم.

الرابع: كما إنَّ قوله: «فإنَّ كسبهم من الأرض حرامٌ عليهم» دليلٌ على [عدم] ملكيتهم، لعدم إمكان اجتماع حرمة التصرف مع ملكية المحيي.

الخامس: كما إنَّ قوله: «فياخذ الأرض من أيديهم» دليلٌ على عدم مملكيه الإحياء، وإلا لما جاز سلب الملكية عن المالك وإخراجه من أرضه»(١).

وبعبارةٍ أخرى: «يستفاد منه كون الأرض مطلقاً ومنها الموات للإمام وأنها مباحة لشيعتهم ولكن لهم أخذ طسقتها بل استرداد أصلها منهم فيدلُّ على عدم انتقال الرقبة إليهم وبقاء علاقه الإمام بها»(٢).

منها: خبر أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال وجدنا في كتاب علي عليه السلام أنَّ الأرض لله يورثها من يشاء من عباده «وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»(٣)، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها، وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده، فعمرها وأحيها، فهو أحقُّ بها من الذي تركها، فليؤدَّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله ومنعها، إلا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنه يقاطعهم على ما في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم.(٤)

وهذه الرواية تتضمن عدة نقاط:

الأولى: أنَّ الأرض بتمامها داخله في نطاق ملكية الإمام عليه السلام، وقد تقدم أنَّ هذه الملكية حكم شرعي، لا أمر تكويني، ولا معنوي، وذكرنا أنه لا مناص من الالتزام بذلك.

الثانية: أنه قد قيد المحيي فيها بكونه من المسلمين، وسيأتي الكلام من هذه

ص: ٧٣

١- (٢٦٢) العقد النضيد ٤/٣٧٠.

٢- (٢٦٣) دراسات في ولاية الفقيه ٤/٢٠٣.

٣- (٢٦٤) سورة الأعراف ١٢٨.

٤- (٢٦٥) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤، ح ٢، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات.

الناحية فى ضمن الأبحاث الآتية.

الثالثة: أنّ الإمام عليه السلام قد فرض الخراج فى هذه الرواية على من يقوم بعملية الإحياء تفرّيعاً على ملكيته عليه السلام ومن الطبيعى أنّ هذه النقطة تنص على أنّ عملية الإحياء فى أرض الإمام عليه السلام لا- توجب تملك المحيى لرقبتها. وإّما هى توجب كونه أحقّ بالتصرّف بها من غيره، وإّلا فلا مقتضى لفرض الخراج عليه.

الرابعة: أنّ الحق الخاص الذى حصل للمحيى فى الأرض على أساس قيامه بإحيائها إنّما هو يرتبط بالأرض ما دامت حيّه، فإذا انقطعت الحياه عنها بتركها انقطع حقّه عنها نهائياً، فإذا قام غيره بإحيائها ثانيا حصل له الحقّ فيها على أساس ذلك. وهذه النقطة تدلّ بوضوح على أنّ رقبه الأرض قد ظلت فى ملك الإمام عليه السلام .

الخامسة: ان القائم من آل محمّد صلى الله عليه و آله إذا ظهر بالسيف أخذ الأرض التى فى أيدي غير الشيعة، وتترك الأرض التى فى أيديهم. وهذه نص فى بقاء علاقه الإمام عليه السلام بالأرض، وعدم انقطاع علاقه عنها بقيام غيره بإحيائها.

وبعبارة أخرى: يستفاد من هذه الرواية أمور:

«الأول: أن الأرضين كلها للإمام بما هو إمام، يعنى أن له الولاية عليها وتكون تحت اختياره.

الثانى: أن كل مسلم مجاز فى إحيائها وعمرانها.

الثالث: أنه يجب على من أحيا شيئاً منها أن يؤدّى خراجها إلى الإمام من أهل بيته، يعنى من له حق الإمامه لاكلّ من يدعيها ويتقمصها جوراً. ولازمه عدم تملك المحيى للرقبه وإن صار أحق بها من غيره.

الرابع: أن حق المحيى ثابت مادام يتوجه إليها وإلى إحيائها، فإن تركها بالكليه أو خربت وزالت آثار إحيائه زالت علاقه المحيى بها بالكليه وجاز لغيره إحيائها وأداء خراجها إلى الإمام.

الخامس: أن للقائم من آل محمّد عليه السلام الذى صار قادراً مبسوط اليد أن يأخذ الأرض ممن فيها، نعم لا يأخذها من شيعته ولعله لشفقته الخاصه بهم.

ومقتضى جميع ذلك بقاء علاقته بالإمام بالأرض في جميع المراحل، فيكون وزان الإمام في إذنه لإحياء الأرض وزان من حفر قناه وهياً ماء لمنطقه خاصه ثم نادى: من أحيا وعمر قسمه من هذه المنطقه صار أحق بها من غيره، فليس معنى ذلك إلا أنه أولى بالتصرف فيها وأنه يملك آثار إحيائه لا أنه يملك رقبه الأرض وتنقطع علاقته المالك عنها»(١).

ومنها: صحيحه عمر بن يزيد قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل، يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مما تركها أهلها، فعمرها وكرى أنهارها، وبنى فيها بيوتا، وغرس فيها نخلا شجراً؟ قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له. وعليه طسقتها يؤديها إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنه فإذا ظهر القائم عليه السلام فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»(٢).

«المستفاد من مضمون هذه الصحيحه أمران:

الأول: أن الأرض عاريه بيد المؤمنين زمن الغيبه وإنما عليهم دفع طسقتها، وأمياً إذا ظهر الإمام عليه السلام فعليهم أن يوطنوا أنفسهم على الاسترجاع منهم»(٣).

فحينئذٍ ذلُّها نص: في بقاء الأرض في نطاق ملكيه الإمام عليه السلام ولا تنقطع علاقته عليه السلام عنها نهائياً بقيام غيره بإحيائها.

«الثانى: استدلل من التزم بأن الإحياء من أسباب ملكيه الأرض الموات باللام الوارده في بعض الأخبار والظاهره في الملك، وما ورد في هذه الصحيحه من قوله: «من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له» يعدّ مفسراً للام المذكوره في تلك الأخبار، ونسبتهما نسبه العموم والخصوص المطلق، أى الحاكم والمحكوم والمفسر والمفسر دون التعارض، فتدلّ الأخيره على أن المؤمن يملك الأرض بالكيفيه المذكوره لا مطلقاً»(٤).

ص: ٧٥

١- (٢٦٦) دراسات في ولايه الفقيه ٤/٢٠١.

٢- (٢٦٧) وسائل الشيعه ٩/٥٤٩، ح ١٣، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

٣- (٢٦٨) العقد النضيد ٤/٣٧١.

٤- (٢٦٩) العقد النضيد ٤/٣٧١.

وبعبارة أخرى: «مفادها أنّ الأرض للإمام وأنّ للمؤمن إحياءها، ومع تصريحها بأنّها لمن أحيائها صرّح بأنّ عليه طسقتها وأنّ للقائم عليه السلام أن يأخذها منه. فيستفاد منها بقاء علاقة الإمام بها وعدم مالكيه المحيى لرقبتها، فيراد بكونها له أحقيته بها من غيره ومالكيته لآثار إحيائها، وبذلك يفسّر سائر الأخبار الحاكمة بأنّ من أحيأ أرضاً فهي له.

ولعل المقصود بالإمام في حال الهدنه مطلق من له حق الإمامه شرعاً لا خصوص المعصوم، كما يحتمل بعيداً أن يراد بالقائم فيها كلّ مَنْ له حق الإمامه إذا قام بالسيف. ولا يلزم توطين النفس على أخذ الأرض منه أخذها منه فعلاً بل يراد إيمانه بأنّ الأرض ليست له، فلا ينافى هذا روايه الكابلي الحاكمة بعدم أخذها من الشيعة، فتدبر» (١).

أقول: لا- نوافق مع بعض أساتذتنا قدس سره في كلامه الأخير: «لعلّ المقصود...» الخ ولعلّ أشار إلى ضعفه بالتدبر في آخر كلامه.

ومنها: صحيحه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربه، فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: «الصدقه، قلت: فان كان يعرف صاحبها، قال: فليؤدّ إليه حقّه» (٢).

فإنّ قوله عليه السلام: «فليؤدّ إليه حقّه» نص في أنّ علاقة صاحب الأرض لا تنقطع عن أرضه نهائياً بذلك. وإلا لم يبق حقّ له.

وبعد ذلك نقول. ان هذه المجموعه التي هي روايات أربّع بما انها نص في أنّ علاقته الإمام عليه السلام لا- تنقطع عن رقبه الأرض بقيام غيره بعملية إحيائها واستثمارها، فبطبيعته الحال تتقدم على المجموعه السابقه التي هي ظاهره في أنّ عملية الإحياء توجب تملك المحيى لرقبه الأرض، فإنّ النص يتقدم على الظاهر، بل لو لم تكن نصاً فلا- شبهه في أنّها أظهر من تلك المجموعه، والأظهر يتقدم لدى العرف على الظاهر، فلا معارضه بينهما.

ص: ٧٤

١- (٢٧٠) دراسات في ولاية الفقيه ٢٠٢/٤.

٢- (٢٧١) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٥، ح ٣.



وعليه فلا بدّ من رفع اليد عن ظهور تلك المجموعه، وحملها على أنّ العلاقه التي توجبها عمليه الاحياء للمحيى بالأرض إنّما هي على مستوى الحقّ فحسب، دون الملك، بقرينه هذه المجموعه»(١).

«وبالجمله، المستفاد من هذه الأخبار الصحيحه التي أفتى بمضمونها الشيخ(٢) وابن البراج(٣) وابن زهره(٤) في كتبهم المعده لنقل المسائل المأثوره عن الأئمه عليهم السلام : هو أن الأرض الموات للإمام وفاقا لسائر الأخبار الحاكمه بذلك، وأن للمسلمين إحياءها وأداء طسقتها إليه، وأن للقائم عليه السلام إذا قام أخذ الأرض منهم.

ومقتضى ذلك كله بقاء علاقه الإمام بها وأن المحيى لا يملك الرقبه بل يملك ما هو أثر فعله من آثار الإحياء ما بقيت ويكون هو أحقّ بها من غيره وأولى بالتصرف فيها. وأفتى في السرائر(٥) أيضا بمثل ما أفتوا به، فيكون هذا القول مشهورا بين قدماء أصحابنا»(٦).

### اشكالات ثلاثة على القول الثاني

الأول: صحيحه عبدالله بن سنان نصّ في القول الأوّل

صحيحه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال: سُئل \_ وأنا حاضر \_ عن رجل أحيى أرضا مواتا، فكري فيها نهرا، وبنى بيوتا، وغرس نخلاً وشجرا، فقال: هي له، وله أجر بيوتها، وعليه فيها العشر فيما سقت السماء، أو سيل وادٍ عين، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب نصف العشر.(٧)

ص: ٧٧

١- (٢٧٢) الأراضى / (٩٧-٩٥) مع إضافات وإصلاحات كثيره.

٢- (٢٧٣) المبسوط ٣/٣٧٠.

٣- (٢٧٤) المهذب ١/١٨٣.

٤- (٢٧٥) الغنيه / ٢٩٣.

٥- (٢٧٦) السرائر ١/٤٨١.

٦- (٢٧٧) دراسات في ولايه الفقيه ٤/٢٠٣.

٧- (٢٧٨) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٨، الباب ١ من أبواب إحياء الموات.

بتقريب: هذه الصحيحه «نص في أنّ صله الإمام عليه السلام بالأرض تنقطع عنها نهائيا بقيام غيره بإحيائها والسيطره عليها. وكذا نص في نفى الخراج بقريته الاقتصار فيها على ذكر الزكاه.

فإذن بطبيعته الحال تقع المعارضه بين هذه الصحيحه، والصحاح المتقدمه، باعتبار أنّ هذه الصحيحه نص في أنّ عمليه الإحياء توجب علاقه المحيي بالأرض على مستوى الملك، وانقطاع علاقه الإمام عليه السلام عنها نهائيا، وتلك الصحاح نص في أنّها لا توجب إلا علاقه المحيي بها على مستوى الحقّ، وبما أنّه لا مرجح لتلك الصحاح عليها، فلا يمكن الأخذ بها، وطرح صحيحه عبدالله بن سنان، فإذن لا محاله تسقطان معا، وبعد سقوطهما كذلك لا مانع من الرجوع إلى المجموعه الأولى من الروايات الظاهره في أنّ عمليه الإحياء توجب الملك، وذلك لأنّ المانع من الأخذ بظاهر تلك المجموعه انما هو الصحاح المزبوره، فإذا افترض سقوطها بالمعارضه لم تصلح للمانعيه عن الاخذ بظاهرها.

ونظير ذلك ما إذا كان في المسأله عام وخاص، وفرضنا أنّ الخاص قد سقط عن الاعتبار، إمّا من ناحيه ابتلائه بالمعارض: أو من ناحيه أخرى، فعندئذٍ لا مانع من الرجوع إلى العام»(1).

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ كبرى هذا الإشكال «وإن كانت في غايه الصحه والمتانته، ولا إشكال عند الأصحاب فيها، لا نظريًا، ولا عمليًا في أبواب الفقه إلا أنّ ما نحن فيه ليس من صغرى تلك الكبرى، وذلك لأنّ صحيحه عبدالله بن سنان لا تصلح أنّ تكون طرفا للمعارضه مع الصحاح المتقدمه، لوضوح أنّ الصحيحه ليست نصا في مدلولها، بل ولا أظهر من الروايات المتقدمه، ضروره أنّ قوله عليه السلام في الصحيحه: «هى له»، كقوله عليه السلام في تلك الروايات «فهى له» فإنّ التعبير فيهما على مستوى واحد، ومن المعلوم أنّ المتفاهم العرفى من مثل هذا التعبير ليس أزيد من الظهور في الاختصاص على مستوى الملك، كما أنّ دلالة الصحيحه على عدم وجوب الخراج لا تتعدى عن الظهور

ص: ٧٨

الإطلاقي الناشئ من السكوت في مقام البيان.

وإن شئت قلت: إنّ الصحيحه بما أنّها كانت في مقام البيان، ومع ذلك قد اقتضت على وجوب الزكاه، وسكتت عن وجوب الخراج، فيحصل لها ظهور عرفي في عدم وجوبه. ومن الواضح أنّ هذا الظهور ليس بأقوى من سائر الظهورات.

فالنتيجه في نهايه الشوط: إنّ ظهور هذه الصحيحه في سببهِ الإحياء للملك، ليس بأقوى من ظهور الروايات المتقدمه في ذلك فضلاً عن كونها نصاً، فلا فرق بينها، وبين تلك الروايات من هذه الناحية<sup>(١)</sup>.

الثاني: جواز بيع هذه الأراضي تنافى مع القول الثاني

بتقريب: «ترتب آثار الملك على الأرض المحيية، حيث اتفق الجميع على جواز بيعها بعد الإحياء، ممّا يتنافى مع القول بثبوت الحق، ويتأكد الإشكال بناءً على اعتبار الملكيه في المبيع.

يمكن الإجابة عنه: أولاً: بحسب المباني المختلفه:

أما على المبني المشهور: من الالتزام بثبوت الحق والحكم بصحة البيع، فالجواب عنه يكون بعين ما أُجيب عن ترتيب آثار الملك على المعاطاه، حيث التزمنا بأن مقتضى الجمع بين دليل «لا بيع إلا في ملك» واستصحاب عدم تحقق الملك من خلال البيع الفعلي، هو تحقق الملكيه أنا ما قبيل التصرفات المتوقفه على الملك، وكذلك الحال في المقام فإن مقتضى الجمع بين ما دلّ على أنّ الإحياء يثبت الحق، وقيام الضروره القطعيه والسيره الثابته على صحة التصرفات الصادره من المحيى على الأرض من البيع والإجاره وغيرهما، هو تحقق الملكيه أنا ما وقبل قيام المحيى بالتصرفات المتوقفه على الملك.

وأما على المبني الثاني<sup>(٢)</sup> المخالف للمشهور: القائل بأن البيع هو تبديل طرفي

ص: ٧٩

١- (٢٨٠) الأراضي ٩٩/ و ١٠٠.

٢- (٢٨١) وهو مختار المحققين: النائيني وتلميذه السيد الخوئي \_ رحمهما الله \_ .

الإضافه سواءً كانت الإضافه ملكاً أو حقاً، فإنّ الإشكال مندفع أيضاً لصحّه المبادله فى مطلق الإضافه وإن كانت حقاً.

وأما على مبنى المحقق الإصفهاني: القائل بأنّ حقيقه البيع هو: «جعل الشئء بإزاء شئء آخر» الشامل للملك والحق؛ لأنّ الشئء الآخر الواقع بإزاء الثمن قد تكون أرضاً وقد يكون حقاً، ويكون الإشكال أيضاً مندفعاً لأنّ متعلّق الشئء على هذا المبنى أعمّ من المملوك والحق»(١).

وثانياً: يجوز بيعها كما يجوز بيع الأراضى الخراجيه باعتبار ما أحدثها على الأرض من الزرع والغرس والحفر والبناء وغيرها من الإحداثيات التى تملكها المحيى عليها بلا اشكال عند الجميع والله العالم.

الثالث: ثبوت الخمس فى نفس الأرض المحياه يُنافى القول الثانى

عدّ السيّد الخوئى هذا الإشكال من الفروع المبتلى بها كثيراً وسَلَّمَ بِهِ وذهب فى تقرير بحثه بعدم ثبوت الخمس فيها وقال: «وقد سُئلنا عنه مراراً وهو ثبوت الخمس فى نفس الأرض الموات بعد الإحياء إذا كان الإحياء للتجاره دون مؤنه نفسه وعياله فإنه على ما ذكرناه لا- خمس فى نفس الأرض لعدم كونه ملكاً للمُحيى ليدخل تحت المنافع الحاصله يوماً فيوماً، بل يثبت الخمس فى منافعها بعد مضى الحول كما هو واضح»(٢).

ولكنّه تراجع عن هذا التَّسَلُّيم وذهب إلى الالتزام بثبوت الخمس فى نفس هذه الأراضى فى كتاب فتواه حيث يقول: «... وأما إذا كان تعميره بقصد التجاره بنفس البستان وجب الخمس فى ارتفاع قيمه الحاصل فى آخر السنه، وإن لم يبعه كما عرفت»(٣).

فهذا الاشكال لا يمكن الإجابه عنه إلاّ بالقول بعدم ثبوت الخمس فى نفس هذه الأراضى وفتوى الأصحاب على خلافه.

ص: ٨٠

١- (٢٨٢) العقد النضيد ٤/٣٧٣.

٢- (٢٨٣) مصباح الفقاهه ٥/١٣١.

٣- (٢٨٤) منهاج الصالحين ١/٣٣٣، مسأله ١٢١٥.

مستند القولين \_ القول بالملكيه والقول بالأحقيه والأولويه \_ طائفتان من الروايات كما مرّتا وهما فى بدايه الأمر متعارضتان فلا بدّ من الجمع بينهما لو أمكن وإلاّ إعمال قواعد الترجيح لو وُجد وإلاّ قواعد التعارض.

وأما الجمع: فممكن لوجود روايات شاهد الجمع بينهما وهى: موثقه أو صحيحه محمّد بن مسلم الماضيه وفى آخرها: ... وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهى لهم. (١)

فى هذه الموثقه أو الصحيحه فسّر الإمام عليه السلام أنّ المراد بالأحقيه فى إحياء الأرض هى الملكيه بقريته «اللام» الظاهره فى الملكيه. (٢)

ومثلها: معتبره محمّد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحقّ بها وهى لهم. (٣)

ونحوها مرسله الصدوق وفيها: ... وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض فعمروه فهم أحقّ به وهو لهم. (٤)

وقد كتبت فى الجزء الثالث: «ومن هنا ظهر معنى كلمه «الأحقيه» فى غيرها من الروايات الوارده فى شأن الإحياء أنّ المراد بها هى الملكيه:

ومنها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها. (٥)

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ المراد بأداء الحقّ الوارد فى صحيحه سليمان بن خالد هو ردّ رقبه الأرض للمحيى الأول ، لأنّ حقّه هو ملكيته للأرض، وإليك نصّها:

ص: ٨١

١- (٢٨٥) وسائل الشيعه ١٥/١٥٦، ح ٢، وسائل الشيعه ٢٥/٤١١، ح ١.

٢- (٢٨٦) كما مرّ منّا هذا الجمع فى هذا الكتاب: الآراء الفقهيّه ٣/٤٦٨.

٣- (٢٨٧) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٤.

٤- (٢٨٨) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٧.

٥- (٢٨٩) وسائل الشيعه ٢٥/٤١١ ح ٢.

صحيحه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربه فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: الصدقه، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقّه. (١)

وفي هذه الصحيحه يسأل السائل عن أرضٍ كان لها مالكٌ ولكنه ترك إحياءها فصار مواتا وأحيائها الثاني فماذا عليه؟ أجاب الإمام بأنّ عليه الصدقه - أي الزكاه فقط - إن كان لا يعرف صاحبها أو يعلم إعراضه عنها ولكنه إذا عرف صاحبها فليؤد إليه حقّه أي أرضه، لأنّه مالك لرقبه الأرض. هذا ما استفدته منها.

وكذا يُحمل الترك على الإعراض في الروايات الآتية بقريته أنّ المحيي يصير مالكا لرقبه الأرض.

نحو: صحيحه معاوية بن وهب قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربه بئره فاستخرجها وكرى أنهارها وعمّرّها فإنّ عليه فيها الصدقه، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها، ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله وللمن عمّرّها. (٢)

بل لا بدّ أن تُحمل في هذه الصحيحه كلمه «تركها» بـ «أعرض عنها»، وإلا لا يتم تطبيق الكبرى الموجوده في آخرها على المطلوب، وهو ملكيه المحيي الثاني على الأرض، وهي قوله عليه السلام: «فإنّ الأرض لله وللمن عمّرّها».

ولأنه لو لم يعرض المحيي الأوّل عن الأرض فالكبرى تنطبق عليه لا على الثاني، فلا بدّ من حمل كلمه «تركها» فيها على الإعراض حتّى تنطبق الكبرى على الثاني. والأمر هكذا في الصحيحه الآتية، فلا بدّ من حمل كلمه «تركها أهلها» في كلام السائل على إعراض أهلها، وإلا لم تنطبق الكبرى الوارده في كلام الإمام عليه السلام، وهي قوله: «مَنْ أَحْيَى أرضاً من المؤمنين فهي له» على المحيي الثاني، بل تنطبق على المحيي الأوّل، وهو

ص: ٨٢

١- (٢٩٠) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٥ ح ٣.

٢- (٢٩١) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٤ ح ١.

خلاف المطلوب. هذا ما ظهر لى عند التأمل.

ومنها: صحيحه عمر بن يزيد قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها وكرى أنهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلاً وشجراً؟ قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسّقها يؤدّيه إلى الإمام في حاله الهدنه، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه. (١)

يُحمل بقرينه ما ذكرنا «الترك» الوارد في كلام السائل على الإعراض، ولكن الوارد في جواب الإمام عليه السلام تقييد المحيى بالإيمان، ولا يمكن تقييد المطلقات به لأنهما مثبتان. والظاهر بعد قبول أنّ عملية الإحياء توجب الملكية لا بدّ من حمل الطسّق الوارد فيها على الزكاه، كما يظَهَرُ من صحيحتي سليمان بن خالد (٢) وعبد الله بن سنان (٣) الماضيتين.

ويمكن أن يبقى على ظاهره فيصير معنى كلمه «الطسّق» الأجره، لأنّ الأرض الموات من الأنفال، والأنفال كلّها للإمام عليه السلام، فيمكن له أن يأذن في عملية الإحياء ولكن مع جعل الطسّق، أى الأجره على المحيى، فله أن يجعل الطسّق والأجره. ولكن لم يعهد منهم هذا الجعل، ويمكن أن يجعله صاحب العصر (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره.

وأما التفصيل الوارد فيها بين زمان ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) وبين غيره فلا بأس به، أى للقائم (عج) أن يأخذ الأرض من المحيى أو له أن يجعل عليه الطسّق أو الأجره. كما يمكن دعوى أنّ المراد بالهدنه زمن حكمه غير الأئمه عليهم السلام، والمراد بزمن الظهور زمن حكومتهم، لأنّهم كلّهم هم القائمون بالحقّ.

ويمكن أن يقال: بأنّ الضمير المستتر في كلمه «تؤخذ» يرجع إلى الزكاه، فيصير المعنى: أنّ القائم — بالمعنيين — يأخذ الزكاه في زمن ظهوره أو اقتداره ولكن في غيرها من

ص: ٨٣

١- (٢٩٢) وسائل الشيعة ٩/٥٤٩ ح ١٣ .

٢- (٢٩٣) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٥ ح ٣ .

٣- (٢٩٤) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٢ ح ٨ .

الزمن على المالك أن يؤديها. هذا ما ظهر لنا بعد التأمل في الرواية.

ومنها: خبر أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام: «إِنَّ الْأَرْضَ لَللَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ» (١)، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها، فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيها فهو أحقّ بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها حتى يظهر القائم (عج) من أهل بيتي بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومنعها، إلا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنه يقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم. (٢)

عبرنا عن الرواية بالخبر لأنّ أبا خالد الكابلي اثنتان:

أحدهما: الكبير اسمه كنكر وقيل وردان، وقد ذكره الشيخ في أصحاب علي بن الحسين زين العابدين عليه السلام. (٣) وهذا الرجل ثقة بلا ريب عندنا.

ثانيهما: الصغير واسمه وردان ذكره الشيخ في أصحاب الباقر عليه السلام وقال: «وردان أبو خالد الكابلي الأصغر، روى عنه عليه السلام وعن أبي عبد الله عليه السلام، والكبير اسمه كنكر» (٤). وكذا ذكره في أصحاب الصادق عليه السلام وقال في شأنه: «وردان أبو خالد الكابلي الأصغر روى عنهما عليهما السلام والأكبر كنكر» (٥). وهذا الأصغر لم يرد توثيقه، ولذا استشكل في سند الرواية بأن أبا خالد الكابلي إمّا مشترك أو أنّ الراوى عن أبي جعفر عليه السلام هو الأصغر فقط \_ كما هو الصحيح \_ ولذا لا يمكن الحكم باعتبار سندها. بل هي ضعيفة الإسناد لعدم اعتبار أبي خالد الكابلي الأصغر الراوى عن أبي جعفر عليه السلام، ولذا تعجّب الشيخ الحر في حاشية

ص: ٨٤

- ١- (٢٩٥) سورة الأعراف / ١٢٨ .
- ٢- (٢٩٦) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤ ح ٢ .
- ٣- (٢٩٧) رجال الشيخ / ١٠٠ الرقم ٢ .
- ٤- (٢٩٨) رجال الشيخ / ١٣٩ الرقم ٥ .
- ٥- (٢٩٩) رجال الشيخ / ٣٢٨ الرقم ٢٦ .



وأما المذكور في رجال الشيخ في أصحاب الصادق عليه السلام بعنوان «كنكر أبو خالد القمط كوفى» (٢)، وكذلك عنوانه في الفهرست وقال: «أبو خالد القمط له كتاب وقال ابن عقده: اسمه كنكر» (٣). فهو غيرهما لأنهما كائليان وهذا الرجل كوفى بتصريح الشيخ، ويبعد اتحاد الأخير مع أبي خالد الكوفى المذكور في رجال الشيخ في أصحاب الرضا عليه السلام (٤) لبعده الزمان.

وأما دلالتها: فيمكن حملها على ما ذكرنا، بأن للإمام عليه السلام أن يجعل على الأراضى الأنفال الخراج أو الطشق أو الأجره، والمراد بجمله «وله ما أكل منها» أنه مالكها، ولكن لو تركها وأعرض عنها يجوز للغير إحيائها وتملكها مع أداء الخراج. ولا يمكن الحكم بتقييد مطلقات الإحياء بالمسلمين، لأنهما كما مرّ مثبتتان. والرواية تدلّ على أنّ القوائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) بعد ظهوره يأخذ الأرض من غير شيعته ويأخذ منهم الخراج.

ولا بأس بالأخذ بما فيها بالنسبه إلى ما بعد الظهور لو تمّ سندها. والأمر فيه سهل، لأنّ الإمام عليه السلام عالم بوظيفته وعلينا أن نطيعه. ويمكن اختلاف الحكم بين زمنى ما قبل الظهور وما بعده.

والحاصل: ما يظهر لنا من الروايات هو القول بملكه رقبه الأرض للمحبي \_ بلا فرق بين كونه مؤمنا أو مسلما أو كتابيا أو مشركا \_ ولا- تخرج عن ملكه إلا- بالإعراض أو الأسباب الناقله للملك، كما عليه المشهور من أصحابنا، ولا يجوز لأحد إحيائها أو التصرف فيها إلا بإذنه.

نعم، لو لم يكن للأرض مالك معلوم يجوز إحيائها ولكن لو علم المحبى أو حضر

١- (٣٠٠) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٥ .

٢- (٣٠١) رجال الشيخ / ٢٧٧ الرقم ٩ .

٣- (٣٠٢) الفهرست / ٥٢٢ الرقم ٨٣٠ .

٤- (٣٠٣) رجال الشيخ / ٣٩٦ الرقم ٢ .

المالك يجب على المحيي ردّ رقبه الأرض والأجره له.

ومن المعلوم أنّ النزاع يختص بأراضى الأنفال، وأمّا غَيْرُهَا من الأراضى فلا يختلف أحدٌ بأنّها باقية على ملك مالِكها ولو طرأ عليه الموات. ومن هنا يَظْهَرُ حكم الأراضى المفتوحة عَنْهُ لو طرأ عليها الخراب، فهى باقية على ملك المسلمين بلا خلاف عند الأصحاب (قدس الله أسرارهم). هذا ما أدى إليه نظرى القاصر بعد التتبع والتأمل فى الروايات، والله سبحانه هو العالم»(١).

وأما الترجيح: فيمكن ترجيح روايات الملكية بوجوه عديده:

منها: أنّ روايات الأحقيه قد أَعْرَضَ عنها الأصحاب وهم لا يعملون بها فتسقط عن الحجية والاعتبار.

ومنها: «إنّ سيره المسلمين عامه قد جرت عمليا من لدن زمان الأئمه عليهم السلام إلى زماننا هذا على عدم اعطاء الخراج والτσسق للإمام عليه السلام ومن الطبعى أنّ هذه السيره كما تكشف عن انقطاع صلّه الإمام عليه السلام عن الأرض نهائيا ودخولها فى ملك من يقوم بإحيائها. كذلك تكشف عن إعراض الأصحاب جميعا عن تلك الصحاح وعدم عملهم بها»(٢).

ومنها: أنّ الروايات التى تدلّ على تملك المحيي لرقبه الأرض بالإحياء روايات معروفه مشهوره بين الأصحاب، وهذا بخلاف الروايات التى تدلّ على عدم تملكه بعملية الإحياء، فإنّها بالإضافة إليها روايات شاذه، وحيث أنّ الشهره فى الروايه من إحدى مرجحات باب المعارضه، فتقدّم تلك الروايات المشهوره على هذه الروايات النادره»(٣).

ومنها: لو سلّم تماميه أسناد روايات الأحقيه ودلالاتها «فهى مخالفه لارتكاز المتشرعه على ثبوت الملك دون مجرد الحق»(٤).

وهذه المرجحات تكفي فى الأخذ بروايات الملكية حتّى لو لم يقبل الجمع الذى

ص: ٨٦

١- (٣٠٤) الآراء الفقهيّه ٣/ (٤٧٣-٤٦٩).

٢- (٣٠٥) الأراضى / ١٠٣.

٣- (٣٠٦) الأراضى / ١٠٧.

٤- (٣٠٧) العقد النضيد ٤/ ٣٨٦.

ذكرته.

وأما التعارض: فلو لم يقبل الجمع والترجيح تصل النوبه إلى معارضه الطائفتين فتسقطان وتصل النوبه إلى السيره العقلانيه الداله على ملكيه أراضى الموات لمحيتها \_ والارتكاز المتشرعه الماضيه ناشئه منها \_ ، لأنهم فى الأعصار والأمصار يعملون بها ويحكمون عليها ويمشون على طبقها.

وعلى فرض انكار هذه السيره العقلانيه، «يرجع إلى الأصل ومقتضى الاستصحاب أيضا بقاء الحق للمحبي الأول على ما هو الصحيح من جريان الاستصحاب عند الشك فى المقتضى بل حتى على مختار الشيخ لأنه من قبيل الشك فى الرفع وأنه بعد عروض الخراب يرتفع حق المحبي الأول أم لا، والشبهه فى المقام وإن كانت حكميه إلا أن أمثال المورد مّا كان الحكم بالأحقته ولو بعد عروض الخراب موردا لإمضاء العقلاء وليست من الأمور التأسيسيه فيجرى فيها الاستصحاب»(١).

والحاصل: مختارنا هو القول بالملكيه كما عليه المشهور والمعمول بها عند الأصحاب \_ قدس الله أسرارهم \_ ، والله العالم.

### تنبیه

قال الشيخ الأعظم: «لكن ببالى من المبسوط(٢) كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لا نفس الرقبه، فلا بدّ من الملاحظه»(٣).

أقول: قد بحثنا(٤) عن مقالات شيخ الطائفه الطوسى قدس سره فى التهذيب(٥)

ص: ٨٧

١- (٣٠٨) تعليقه آيه الله الشيخ على أصغر الأحمدي الشاهرودى قدس سره على كتاب محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٢٤.

٢- (٣٠٩) المبسوط ٢/٢٩.

٣- (٣١٠) المكاسب ٤/١٧.

٤- (٣١١) الآراء الفقهيّه ٣/٤٥٨-٤٥٥.

٥- (٣١٢) التهذيب ٤/١٤٦.

والاستبصار(١) والنهائية(٢) والمبسوط جهاده(٣) وإحيا مواته(٤) وقلنا:

«والحاصل، أنّ الشيخ قدس سره عدل عمّا ذكره في التهذيبيين والنهائية بما ذكره في المبسوط، وفيه ذهب إلى مالكيه أراضي الموات إذا كانت عملية الإحياء بإذن الإمام عليه السلام، وذهب أيضا أنّ طرو الموات على الأرض لا يوجب خروجها عن ملك مالكيها بل يبقى في ملكه وملك وراثته»(٥).

فلا نعيد البحث هنا فراجع ما حرّرتُه هناك والحمد لله المعيد.

### تذكير: ثمرات البحث بين القولين

أذكر لك بعض الثمرات المترتبة على القولين \_ الملك أو الأحقية \_ وهي:

١\_ «إمكان إسقاط الحقّ والتنازل عنه، بناءً على ثبوت الحقّ دون الملك، لأنّ الإضافة الحقيّة أمرٌ قابل للإسقاط والسقوط، دون الإضافة الملكيه غير القابله لهما.

٢\_ لو قلنا بثبوت الملك، فإنّه لا- مانع في تصحيح العقود الواقعة على الأرض من البيع والصلح والهبة والوقف وغيرها، أمّا مع الالتزام بالحقّ فإنّه لا مجال لتصحيح هذه المعاملات إلاّ بناءً على الملكيه آنا ما قبل البيع أو الصلح، وإثبات هذا النوع من الملكيه بحاجة إلى مؤونه زائده، وقد بحثنا عنها في المعاطاه.

٣\_ أنّه تصحّ المعاوضه على الحقّ بناءً على إمكان وقوع الحقّ عوضاً في المعاملات، دون ما إذا التزمنا بثبوت الملك.

وبعبارة أخرى: أنّ إضافه الحقّ إلى المحيى صالحه للمعاوضه عليها، دون الإضافه الملكيه المتوقّفه على تحقّق متعلّق الإضافه.

ص: ٨٨

١- (٣١٣) الاستبصار ٣/١٠٨.

٢- (٣١٤) النهائية / (٤٢٠-٤١٨)، و ٤٤٣.

٣- (٣١٥) المبسوط ٢/٢٩.

٤- (٣١٦) المبسوط ٣/٢٦٩ و ٢٧٠.

٥- (٣١٧) الآراء الفقيهيه ٣/٤٥٨.

٤\_ عدم تعلق الخمس بالأرض المحياه بناءً على الحقّ دون القول بالملك»(١).

### تكميل: بعض أحكام هذا القسم

قال الشيخ الأعظم: «ثمّ القسم الثالث، إمّا أن تكون العماره فيه من المسلمين، أو من الكفار.

فإن كان(٢) من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطروّ الخراب على أحد القولين.

وإن كان من الكفار، فكذلك إن كان في دار الإسلام وقلنا بعدم اعتبار الإسلام، وإن اعتبرنا الإسلام، كان باقيا على ملك الإمام عليه السلام . وإن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، وبالاغتنام، كسائر أموالهم»(٣).

### تتميمان:

### الأول: هل يعتبر كون المحيي مسلما؟

#### اشاره

فيه قولان:

#### ١\_ اعتبار اسلام المحيي

وهو ظاهر المحقّق لأنّه قال: «ملكه المحيي له إذا كان مسلما ولا يملكه الكافر»(٤).

وقال ابن اخته وتلميذه العلامة: «إذا أذن الإمام لشخصٍ في إحياء الأرض الموات، مَلَكها المُحْيِي إذا كان مسلما، ولا يملكها الكافر بالإحياء ولا بإذن الإمام في الإحياء، فإن أذن الإمام فأحيها، لم يملك عند علمائنا \_ وبه قال الشافعي(٥) \_ لما رواه العامّة في

ص: ٨٩

١- (٣١٨) العقد النضيد ٤/٣٨٧.

٢- (٣١٩) كذا، والمناسب: كانت.

٣- (٣٢٠) المكاسب ٤/١٨.

٤- (٣٢١) الشرائع ٣/٢١٥.

٥- (٣٢٢) الحاوي الكبير ٧/٤٧٦؛ المهذب \_ للشيرازي \_ ١/(٤٣١-٤٣٠)؛ نهايه المطلب ٨/٢٨٥؛ الوجيز ١/٢٤١؛ الوسيط ٤/٢١٨؛

حليه العلماء ٥/٤٩٧؛ التهذيب \_ للبخاري \_ ٤/٤٩٠؛ البيان ٧/٤١٣؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢٠٧؛ روضه الطالبين ٤/٣٤٤؛ الإشراف



قوله عليه السلام: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم متى أيها المسلمون»... وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد أنه لا فرق بين المسلم والذمي في التملك بالإحياء؛ لعموم قوله عليه السلام: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» ولأن الإحياء جهه من جهات التملك، فاشترك فيها المسلم والذمي، كسائر جهاته من الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد في دار الإسلام (١) (٢).

وتبعهما المحقق الثاني وقال: «وكذا يشترط كون المحيي مسلماً، فلو أحيأ الكافر لم يملك عند علمائنا وإن كان الإحياء بإذن الإمام عليه السلام» (٣٢٥).

ثم أضاف: «والحق: أن الإمام لو أذن له في الإحياء للتملك قطعنا بحصول الملك له، وإنما البحث في أن الإمام عليه السلام هل يفعل ذلك أم لا؟ نظراً إلى أن الكافر أهل له أم لا؟

والذي يُفهِم من الأخبار، وكلام الأصحاب العدم. وليس مرادهم أن الإمام عليه السلام يرخسه في التملك ثم لا- يملك قطعاً» (٣).

أقول: تابع المحقق الكركي الشهيد الأول في المقام في كتابه الدروس الشرعية (٤)

ص: ٩٠

١- (٣٢٣) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٢/٦٨٨، ح ١١٨٨؛ عيون المجالس ٢/١٨١٧، ح ١٢٨١؛ الذخيرة ٦/١٥٨؛ مختصر القدوري، ١٤٠/؛ روضه القضاء ٢/٥٤٤، ح ٣٢٣٠؛ الفقه النافع ٣/١٣٠٨، ح ١٠٦٤؛ الهداية - للمرغيناني - ٤/٩٩؛ الاختيار لتعليل المختار ٣/٩٥؛ المغنى والشرح الكبير ٦/ (١٦٨-١٦٧)؛ الحاوي الكبير ٥/٤٧٦؛ نهاية المطب ٨/٢٨٥؛ حليه العلماء ٥/٤٩٧؛ البيان ٧/٤١٣؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢٠٨.

٢- (٣٢٤) تذكره الفقهاء ٣٢٥. ١٩/٣٦٠) جامع المقاصد ٧/١٠.

٣- (٣٢٦) جامع المقاصد ٧/١٠.

٤- (٣٢٧) الدروس الشرعية ٣/٥٥.

كما يأتي آنفا. وتبعهما ثاني الشهيدين في الروضه (١) والمسالك (٢).

## أدله اعتبار إسلام المحيي

أ: الإجماع

المدعى فى كلام العلامة (٣) والكركى (٤).

«ويردّه: أولاً: أنّ الإجماع غير ثابت، فإنّ المحكى عن جماعه كثيره الخلاف فى المسأله: منهم شيخ الطائفه الشيخ الطوسى فى المبسوط (٥) والخلاف (٦)، وابن إدريس فى السرائر (٧) [ويحيى بن سعيد فى الجامع للشرائع (٨)]. وظاهر القاضى فى المهذب (٩) و[المحقق فى النافع (١٠)، والشهيد الثانى فى اللمعه (١١)].

وثانيا: انه لا- أثر لهذا الإجماع على تقدير تحققه، وذلك لأنّ الإجماع إنّما يكون حجه باعتبار كشفه عن قول المعصوم عليه السلام فى المسأله، والاجماع المدعى فيها لا تتوفر فيه هذه الصفه جزما، لاحتمال أن يكون أساسه [خبر أبى خالد] الكابلى المتقدمه، وصحيحه عمر بن يزيد التى مرّت سابقا بناء على أن يكون المراد من المؤمنين فيها الأعم من الطائفه الخاصه والعامه.

ص: ٩١

- ١- (٣٢٨) الروضه البهيه ٧/١٣٥.
- ٢- (٣٢٩) المسالك ١٢/٣٩٢.
- ٣- (٣٣٠) تذكره الفقهاء ١٩/٣٦٠.
- ٤- (٣٣١) جامع المقاصد ٧/١٠.
- ٥- (٣٣٢) المبسوط ٣/٢٧٠.
- ٦- (٣٣٣) الخلاف ٣/٥٢٧، مسأله ٤.
- ٧- (٣٣٤) السرائر ١/٤٨١.
- ٨- (٣٣٥) الجامع للشرائع ٣٧٥/.
- ٩- (٣٣٦) المهذب ٢/٢٩.
- ١٠- (٣٣٧) المختصر النافع ٢٥١/.
- ١١- (٣٣٨) اللمعه ٢٤١/.



وثالثاً: لا دليل على اعتبار الإجماع المنقول في نفسه»(١).

ولذا قال صاحب الجواهر: «وأما الإجماع المزبور فلم نتحققه بل لعلَّ المحققَّ خلافه»(٢).

ب: النبويّان الماضيان

عن سمره أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: «عادى الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى أيها المسلمون»(٣) يريد بذلك ديار عاد وثمود.(٤)

وروى أنّه عليه السلام قال: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى»(٥).

ويرد عليهما أولاً: أنّهما عاميتان ولذا ذهب صاحب الجواهر(٦) إلى عدم حججه ما رواه العلامة في التذكرة.

وثانياً: إثبات الشيء لا ينفي ما عداه، إذا دلّ الدليل على اثبات غيره، وثبتت العاميتان الملكيه للمسلمين ولا ينفيه عن غيرهم.

وثالثاً: ما ورد في تذكره الفقهاء(٧) لم نجده في كتب الحديث كما عن بعض مهرة أساتذتنا(٨) قدس سره .

ورابعاً: لعلَّ المخاطب في قوله صلى الله عليه وآله: «لكم» جميع الناس لا خصوص المسلمين.

وخامساً: اعترف ابن قدامه الحنبلي بعدم معرفه هذا الحديث [المذكور في تذكره

ص: ٩٢

١- (٣٣٩) الأراضى ١٢٩/ مع إضافات وإصلاحات.

٢- (٣٤٠) الجواهر ٣٩/١٦ (٣٨/١٤).

٣- (٣٤١) أورده الجوينى فى نهايه المطلب ٨/٢٨٣؛ والرافعى فى العزيز شرح الوجيز ٦/٢٠٦.

٤- (٣٤٢) تذكره الفقهاء ١٩/٣٥٢.

٥- (٣٤٣) أورده الجوينى فى نهايه المطلب ٨/٢٨١.

٦- (٣٤٤) الجواهر ٣٩/١٦ (٣٨/١٤).

٧- (٣٤٥) تذكره الفقهاء ١٩/٣٥٢ و ٣٦٠.

٨- (٣٤٦) دراسات فى ولايه الفقيه ٤/٢٢٢.

الفقهاء] في كتابه المغنى (١) وهم أبصر بأحاديثهم.

ج: خبر أبي خالد الكابلي (٢)

الذى مرّ سندا ودلاله وتفسيرا. حيث قيد المحيى بكونه من المسلمين والقيد لدى العرف ظاهر فى الاحتراز «فيدلّ على أن الحكم فيها لم يثبت للطبيعى الجامع بينه وبين غيره، وإلا لكان القيد لغوا، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ الإحياء لو كان سببا لعلاقه المحيى بالأرض مطلقا أى \_ ولو كان كافرا \_ لكان تقييده بكونه من المسلمين فى موردين من الروايه لغوا صرفا» (٣).

وبعبارة أخرى: «أنّ المفاهيم من قبيل ظهور الفعل لا ظهور اللفظ بما هو لفظ موضوع، حيث إنّ الفعل إذا صدر من الفاعل المختار العاقل يحمل عند العقلاء على كونه صادرا عنه باختياره بداعى الغايه العاديه المترقبه من هذا الفعل، ومن جمله الأفعال التلفظ بالألفاظ الموضوعه ومنها القيود. فيحمل التلفظ بالقيد من الوصف أو الشرط أو غيرهما بما أنه فعل اختيارى للألفظ على كونه صادرا عنه للغايه الطبيعىه المترقبه من القيد عندهم، والغايه المترقبه منه فى المحاورات هو الدخول فى موضوع الحكم وعدم كون ذات المقيد بدونه تمام الموضوع للحكم. نعم يمكن أن يسدّ مسدّ هذا القيد قيد آخر كما هو واضح. وكيف كان فإذا كان ظاهر الروايه التقييد بالإسلام حمل عليها الأخبار المطلقه قهرا، فتدبر» (٤).

أقول: إذا عرفت أنّ دلالة المفهوم هى دلالة فعلية ودلالة الإطلاق دلالة لفظية فحيثذ فى فرض تعارض الدلالة الفعلية والدلالة اللفظية تقدّم الدلالة اللفظية على الدلالة الفعلية.

نعم، الدلالة الفعلية تقيّد فى فرض عدم الدلالة اللفظية ولكن مع وجودها لا تقدر

ص: ٩٣

١- (٣٤٧) المغنى ٦/١٥٠.

٢- (٣٤٨) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤، ح ٢.

٣- (٣٤٩) الأراضى / ١٣٠.

٤- (٣٥٠) دراسات فى ولايه الفقيه ٤/٢٢١.

على تقييدها والتقدّم عليها ولعلّ إلى ما ذكرنا أشار الأستاذ قدس سره في أمره بالتدبّر في آخر كلامه رُفِعَ في الخلد مقامه.

ولذا ذهب صاحب الجواهر إلى أنّ الرواية «لا ينافى ما دلّ على الأعم»<sup>(١)</sup>.

د: صحيحه عمر بن يزيد<sup>(٢)</sup>

الماضيّه سندا ودلالة. والمؤمن الوارد فيها «إن أُريد به المعنى العام ساق المسلم<sup>(٣)</sup> وإلا كان قيّدا آخر أخص من المسلم»<sup>(٤)</sup> الذي لم يقل به أحد.

ولكن يرد عليها: ما أوردته على خبر أبي خالد الكابلي من تقديم الدلالة اللفظية على الدلالة الفعلية.

هـ: صحيحه أبي سيار مسمع بن عبد الملك<sup>(٥)</sup>

الماضيّه سندا دلالة وتفسيرا.

«بناءً على عموم الأرض فيها، وأما إذا حمل اللام على العهد وأريد بالأرض فيها خصوص ما لم يوجف عليها كأراضي البحرين فلا مجال للاستدلال بها في المقام»<sup>(٦)</sup>.

يرد عليها: ما مرّ من خبر أبي خالد الكابلي فلا نعيد.

## ٢\_ عدم اعتبار إسلام المحيي وهو القول بالتعميم

استحسنه المحقّق في الشرائع حيث يقول: «ولو قيل: يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسنا»<sup>(٧)</sup>.

وقال الشهيد في شرائط تملك الأرض بالإحياء: «وثانيها: أن يكون المحيي

ص: ٩٤

١- (٣٥١) جواهر الكلام ٣٩/١٦ (٣٨/١٤).

٢- (٣٥٢) وسائل الشيعة ٩/٥٤٩، ح ١٣.

٣- (٣٥٣) كما بناه آية الله الفياض \_ مدظله \_ في كتابه الأراضي ١٢٩/ ومّرّت عبارته آنفا.

٤- (٣٥٤) دراسات في ولاية الفقيه ٤/٢٢١.

٥- (٣٥٥) وسائل الشيعة ٩/٥٤٨، ح ١٢.

٦- (٣٥٦) دراسات في ولاية الفقيه ٤/٢٢١.

٧- (٣٥٧) الشرائع ٣/٢١٥.

مسلمًا، فلو أحيها الذمى بإذن الإمام ففى تملكه نظر، من توهم اختصاص ذلك بالمسلمين.

والنظر فى الحقيقة فى صحه إذن الإمام له فى الإحياء للتملك، إذ لو أذن لذلك لم يكن بد من القول بملكه، وإليه ذهب الشيخ نجم الدين رحمه الله (١).

وقال ثانى الشهيدين تبعًا لثانى المحققين (٢) \_ كما مرّ \_ : «وفى ملك الكافر مع الإذن قولان، ولا إشكال فيه لو حصل، إنما الإشكال فى جواز إذنه عليه السلام له، نظرًا إلى أنّ الكافر هل له أهليته ذلك أم لا؟» (٣).

ونحوه فى المسالك (٤).

واعترض صاحب الجواهر على الشهيد وتابعيه بقوله: «لا إشكال \_ بعد عصمه الإمام عليه السلام \_ فى حصول الملك له بالإذن له فى التملك؛ ضروره أنه لو لم يكن أهلاً لذلك لم يأذن له، إلا أنه يمكن تحصيل الإجماع \_ فضلًا عن النصوص \_ على عدم اعتبار الإذن بالإحياء من الإمام فى التملك، بل يكفى الإذن منه بالإحياء الذى هو سبب حصول الملك مع فرض وقوعه على الوجه المعتبر.

إنما الكلام فى اعتبار الإسلام \_ مع الإذن \_ وعدمه فهو على تقديره شرط آخر لترتب الملك على الإحياء، ولا مانع عقلاً ولا شرعاً فى عدم ترتب الملك على الإحياء للكافر وإن أذن فى الإحياء الإمام عليه السلام؛ إذ الإذن فى أصل إيجاد غير الإذن فى تملكه به، وما أدرى من أين أخذ ذلك الشهيد فى الدروس! حتى أنه أوقع غيره فى الوهم.

وقد سمعت دعوى الإجماع من الفاضل فى التذكرة على عدم ترتب الملك على إحياء الكافر وإن أذن له الإمام عليه السلام فيه، بل وفى أثناء كلام الكركى أيضاً.

وإن كان التحقيق خلافه؛ لظهور النصّ والفتوى فى كونه سبباً شرعياً لحصول

ص: ٩٥

١- (٣٥٨) الدروس ٣/٥٥.

٢- (٣٥٩) جامع المقاصد ٧/١٠.

٣- (٣٦٠) الروضه البهيه ٧/١٣٥.

٤- (٣٦١) المسالك ١٢/٣٩٢.

الملك مع حصول شرائطه \_ التي منها الإذن أيضا \_ سواء كان المحيي مسلما أو كافرا»(١).

## أدله عدم اعتبار إسلام المحيي

أ: الإطلاقات الواردة في روايات الإحياء

التي مرّت بكثرتها «مع كونها في مقام البيان، بل ورد بعضها بلفظ عام كقوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم: «أيما قوم أحيوا...»(٢) فيعمّ المسلم والكافر. والتقييد بالمسلمين أو المؤمنين في كلام أمير المؤمنين عليه السلام على ما في [خبر] الكابلي و [صحيحه] عمر بن يزيد لا يوجب التقييد في الأخبار الكثيره الصادره عن النبي صلى الله عليه وآله والصادقين عليهم السلام، إذ لا يحمل المطلق على المقيّد إلاّ مع إحراز وحده الحكم، وهذا إنّما يجرى في الأحكام الإلهيه العامه المستمره، وأما في الأحكام السلطانيه فيمكن تعددها واختلافها بحسب الموضوع عموما وخصوصا حسب اختلاف شرائط الزمان والمصالح المنظوره ونظر الإمام الآذن.

هذا مضافا إلى احتمال كون ذكر المسلمين أو المؤمنين لبيان عنايه خاصه بهما أو غلبه الابتلاء بهما للاختصاص الحكم بهما، ويكفي هذا لدفع محذور اللغويه في ذكرهما. وإثبات الحكم لموضوع خاص لا ينفي الحكم عما عداه، إذ يكون هذا من قبيل مفهوم اللقب وليس بحجه»(٣).

«اللهم إلاّ- أن يقال: إنّ ملكيه الكفار لرقبه الأراضي في البلاد الإسلاميه حيث يوجب ذلك سلطتهم بالتدريج على سياسه والاقتصاد والثقافه صار هذا سببا لمنع الشارع من حصولها.

وبعبارة أخرى المقتضى للملكيه وإن كان موجودا في كليهما ولكن ضرر سلطه الكفار على البلاد الإسلاميه وشؤون المسلمين مانع من اعتبار الملكيه لهم شرعا، والمتيقن منها على القول بها إنّما هو في المسلم وأما الكافر فيثبت له الجواز أو الأحقيه

ص: ٩٦

١- (٣٦٢) الجواهر ٣٩/١٤ (٣٨/١٢ و ١٣).

٢- (٣٦٣) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٤.

٣- (٣٦٤) دراسات في ولاية الفقيه ٤/٢٢٢ و ٢٢٣.

ب: النصوص الخاصة

منها: موثقه محمد بن مسلم(٢) أو صحيحته(٣).

ومنها: صحيحه أبي بصير(٤).

ومنها: مرسله الصدوق(٥)، الماضيات(٦).

وهذه النصوص تدلّ بوضوح على سببيه الإحياء لتملك الذمى الكافر.

فلا بدّ من القول بعدم اعتبار إسلام المحيى فكلّ مَنْ قام بإحياء أرضٍ ميته يملكها ولذا قال صاحب الجواهر: «فالمتمتجه الملك بالإحياء مطلقا ولو لحصول الإذن منهم عليهم السلام فى ذلك حال الحضور، ولعلّ المصلحة فيه إرادته تعمير الأراضى»(٧).

فحينئذ سببيه الإحياء للتملك تامه بالنسبه إلى جميع الناس مع اختلاف آرائهم وعقائدهم وأديانهم وبالنسبه إلى جميع أراضى الموات فى بلاد الإسلام أو الكفر ولذا قال صاحب الجواهر: «ولا فرق فيما ذكرنا بين الموات فى بلاد الإسلام وغيره؛ لإطلاق الأدلّه، خلافا لما يظهر من بعض. ولا بين الذمى وغيره من أقسام الكفار، وإن كان لنا تملك ما يحييه الحربى كباقى أمواله»(٨).

ص: ٩٧

١- (٣٦٥) دراسات فى ولاية الفقيه ٤/٢٢٣.

٢- (٣٦٦) وسائل الشيعه ١٥/١٥٦، ح ٢.

٣- (٣٦٧) وسائل الشيعه ٢٥/٤١١، ح ١.

٤- (٣٦٨) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٦، ح ١.

٥- (٣٦٩) وسائل الشيعه ٢٥/٤١٢، ح ٧.

٦- (٣٧٠) راجع صفحه ٦٧ من هذا المجلد.

٧- (٣٧١) الجواهر ٣٩/١٨ (٣٨/١٦).

٨- (٣٧٢) الجواهر ٣٩/٢٠ (٣٨/١٧).

قال المحقق: «يُشترط في التملك بالإحياء شروطٌ خمسة» (١):

### ١\_ ألا يكون على الأرض يدٌ لمسلمٍ

قال المحقق بعد ذكر هذا الشرط: «فإنَّ ذلك يَمْنَعُ من مباشره الإحياء لِغيرِ الْمُتَصَرِّفِ» (٢).

وقال العلامة: «الأول: أن لا يكون على الأرض يد مسلم؛ لأنَّ ذلك يمنع من إحياء الأرض لغير المتصرف، ولو اندرست العماره لم يجز إحيائها؛ لأنها ملكٌ لمعينٍ على خلافٍ تقدّم» (٣).

وقال المتتبع العاملي بعد نقل هذا الشرط من القواعد (٤): «كما في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد (٥) والمسالك (٦) والروضه (٧) وكذا الإرشاد (٨) واللمعه (٩) والكفايه (١٠) والمفاتيح (١١) مع جعل انتفائها شرطاً في التملك بالإحياء في الجميع عدا جامع المقاصد

ص: ٩٨

١- (٣٧٣) الشرائع ٣/٢١٦.

٢- (٣٧٤) الشرائع ٣/٢١٦.

٣- (٣٧٥) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٣١.

٤- (٣٧٦) القواعد ٢/٢٦٧.

٥- (٣٧٧) جامع المقاصد: في شروط التملك بالإحياء ٧/١٩. قال فيه: «لأنَّ ظاهر اليد يقتضى الملك، وهذا القدر كافٍ في منع الغير من الإحياء وإن لم يُعلم وجود سبب الملك، ولكن يشترط أن لا يُعلم أن إثبات اليد بغير سبب مملك ولا أولويه، فإن علم ذلك لم تكن تلك اليد معتبره، فيجب تقييد إطلاق العبارة».

٦- (٣٧٨) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤٠٦.

٧- (٣٧٩) الروضه البهيه: في شرائط التملك بالإحياء ٧/١٥٥.

٨- (٣٨٠) إرشاد الأذهان: في شروط التملك بالإحياء ١/٣٤٨.

٩- (٣٨١) اللمعه الدمشقيه: في شروط التملك بالإحياء ٢٤٢/٢٤٢.

١٠- (٣٨٢) كفايه الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء ٢/٥٥٠.

١١- (٣٨٣) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣/٢٨.

وقد عتبر عن هذا الشرط في التحرير (١) والدروس (٢) بأن لا يكون مملوكا لمسلم كما عرفت. ولم يذكر هذا الشرط بمعنييه فيما عدا ما ذكر، وفي حكم المسلم المسالم كما في الإرشاد (٣) والدروس (٤) والمسالك (٥) والمفاتيح (٦) والكفايه (٧) حيث قيل فيها: لمسلم أو مسالم وهو معنى قوله في الروضه (٨): يد محترمه (٩).

وقال صاحب الجواهر: «بلا خلاف أجده بين مَنْ تعرّض له» (١٠) ثم أضاف: «نعم، عن بعضهم ترك هذا الشرط؛ معللاً: بأن اليد إن لم ترجع إلى أحد هذه الأمور لا أثر لها.

وفيه: أن فائدتها تظهر مع اشتباه الحال، فإنّها محكوم باحترامها ما لم يعلم فسادها وإن لم يعرف خصوص الموجب لها» (١١) ثم زاد «نعم، ربّما أبدل «اليد» في الشرط المزبور بـ «الملك» كما وقع في بعض كتب الفاضل (١٢)، وكأنّه من اقتضاء اليد ذلك مع عدم العلم بالفساد، وربّما كان حينئذٍ لبناء الشرط المزبور على المسأله وجه.

ولكن فيه: أن الدليل \_ كما ستعرف \_ يقتضى عدم ترتّب الملك بإحياء ما كان في اليد المحترمه وإن لم يعلم الملك بها، بل كانت محتمله له وللحقّ.

ص: ٩٩

- 
- ١- (٣٨٤) تحرير الأحكام: في شروط التملك بالإحياء ٤/٤٨٥.
  - ٢- (٣٨٥) الدروس الشرعيه: في شرائط التملك الإحياء ٣/٥٦.
  - ٣- (٣٨٦) لم يذكر في الإرشاد إلاّ الأرض التي عليها يد المسلم من غير أن يشير إلى يد غير المسلم مطلقاً، فراجع الإرشاد: ١/٣٤٨.
  - ٤- (٣٨٧) الدروس الشرعيه: في شرائط التملك الإحياء ٣/٥٦.
  - ٥- (٣٨٨) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤٠٦.
  - ٦- (٣٨٩) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣/٢٨.
  - ٧- (٣٩٠) كفايه الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء ٢/٥٥٠.
  - ٨- (٣٩١) الروضه البهيه: في شرائط التملك بالإحياء ٧/١٥٥.
  - ٩- (٣٩٢) مفتاح الكرامه ١٩/٤٣.
  - ١٠- (٣٩٣) الجواهر ٣٩/٤٤ (٣٨/٣٣).
  - ١١- (٣٩٤) الجواهر ٣٩/٤٥ (٣٨/٣٣).
  - ١٢- (٣٩٥) نحو تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٤٨٥.



بل يمكن دعوى ذلك حتى مع العلم بعدم كونها مالكة ولكن محتمله للحقّية التي هي غير الملكيّة؛ لأصالة احترام اليد، وللشكّ في ترتّب الملك بالإحياء معه إن لم يكن ظاهر الأدلّة عدمه، خصوصا بعد ملاحظه الفتوى ومفهوم المرسل: «من أحيأ ميتة في غير حقّ مسلم فهي له» وإن لم يكن موجودا في طرفنا، ولكنّه منجبر بالعمل، فيمكن أخذه دليلاً مستقلاً، فضلاً عن حصول الشكّ به، مضافاً إلى فحوى ما تسمعه في التحجير والحمى ونحوهما وصدق الظلم ونحوه، والله العالم»(١).

أقول: ما ذكره في المستند الشرط الأوّل تام إلاّ إنجبار ضعف سند النبوى بعمل الأصحاب وأخذه دليلاً مستقلاً، لعدم استناد عملهم بالنبوى المذكور كما هو المعلوم والله العالم.

## ٢\_ أن لا يكون حريماً لعامراً

هكذا عنوانه المحقّق ومثّل له: «كالطريق والشرب وحريم البئر والعين والحائط»(٢).

ثمّ عيّن حريم كلّ واحد منهم بالتفصيل.

وقال العلامة: «الثانى: أن لا يكون حريماً للعامر، فإنّ حريم المعمور كنفس المعمور لا يُملك بالإحياء، كما لا يُملك المعمور؛ لأنّ مالك المعمور استحقّق باستحقاق المواضع التي هي من مرافقه، كالطريق، فإنّه لا يجوز لأحدٍ أخذ طريقٍ يسلك فيه المالك إلى عمارته؛ لما فيه من التضرّر المنفّى بالإجماع.

وكذا الشُّرب وحريم العين وما شابه ذلك من مسيل ماء العامر وطُرُقه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته وكلّ ما يتعلّق بمصالحه.

ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار أنّ كلّ ما يتعلّق بمصالح العامر ممّا تقدّم أو بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطُرُقها ومسيل مياهها لا يصحّ لأحدٍ

ص: ١٠٠

١- (٣٩٦) الجواهر ٣٩/٤٥ و ٤٦ (٣٨/٣٤).

٢- (٣٩٧) الشرائع ٣/٢١٦.

إحياؤه، ولا يملك بالإحياء.

وكذا حریم الآبار والأنهار والحائط والعيون وكل مملوك لا يجوز إحياء ما يتعلّق بمصالحه؛ لقوله عليه السلام: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقٍّ [مسلم] فَهِيَ لَهُ» (١) مفهومه أنّ ما يتعلّق به حقُّ مسلم لا يُملك بالإحياء، ولأنّنا لو جَوَزنا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله.

هذا ممّا لا خلاف فيه، إنّما الخلاف في أنّ الخلاف في أنّ مالك العامر هل يملك الحریم الذي له، أو يكون أولى وأحقّ به من غيره وليس بمالكٍ؟

فقال بعضهم: إنّهُ يملك كما يملك العامر \_ وهو أصحّ وجهي الشافعيّ (٢) \_ لأنّه مكان استحقه بالإحياء فملك (٣) كالمحيا، ولأنّ معنى الملك موجود [فيه] لأنّه يدخل مع المعمور في بيع المعمور، فإنّ مَنْ باع دارا دخل فيها الطريق وغيره من حقوقها، ولأنّه ليس لغيره إحياءه ولا الاعتراض فيها، ولأنّ الشفعة تثبت بالشركة في الطريق المشترك، وهو يدلّ على أنّه مملوك.

وقال بعضهم: إنّهُ غير مملوكٍ لمالك العامر؛ لأنّ الملك يحصل بالإحياء ولم يوجد فيها إحياء. (٤)

وليس بجيّدٍ؛ لمنع المقدّمين، فإنّ عرصه الدار تُملك ببناء الدار وإن لم يوجد في نفس العرصه إحياء، ولأنّ الإحياء تارةً يكون بجعله معمورا، وتارةً يكون بجعله تبعا للمعمور.

ص: ١٠١

١- (٣٩٨) صحيح البخارى ٣/ (١٣٩-١٤٠)؛ السنن الكبرى لليقهي ٦/١٤٢؛ المعجم الكبير للطبراني ١٧/ (١٣-١٤)، ح ٤؛ المغنى ٦/١٦٨؛ الشرح الكبير ٦/١٧٠.

٢- (٣٩٩) الحاوى الكبير ٧/٤٨٨؛ حليه العلماء ٥/٥٠٠؛ التهذيب (للغوى) ٤/٤٩٠؛ البيان ٧/٤١٠؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٢؛ روضه الطالبين ٤/٣٤٨؛ المغنى ٦/١٦٩؛ الشرح الكبير ٦/١٧٠.

٣- (٤٠٠) الظاهر: «فملكه».

٤- (٤٠١) البيان ٧/٤١٠؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٢؛ روضه الطالبين ٤/٣٤٨.

وعلى القول بأنه لا يكون مملوكا لمالك العامر ليس له بيع الحریم منفردا.

على الأول فكذلك أيضا، قاله أبو حنيفة وبعض الشافعية (١)، كما لو باع شرب الأرض وحده.

والأقرب: الجواز (٢).

وقال المتتبع العاملى بعد نقل هذا الاشتراط من القواعد «وقد عدّ عدمه شرطا فى التملك بالإحياء فى الشرائع والنافع (٣) والتذكرة والتحرير (٤) والإرشاد (٥) واللمعة (٦) والدروس (٧) وسائر ما تأخر (٨). وهو معنى ما فى المبسوط (٩) والمهذب (١٠) والجامع (١١) من أنه فى حكم العامر. وفى جامع المقاصد (١٢) الإجماع عليه. وفى المسالك (١٣) والمفاتيح (١٤) وكذا الرياض (١٥) والكفاية (١٦) لا خلاف فيه (١٧).

ص: ١٠٢

- ١- (٤٠٢) العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٢؛ روضه الطالبين ٤/٣٤٨.
- ٢- (٤٠٣) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٣٣-٤٣١.
- ٣- (٤٠٤) المختصر النافع: فى شروط التملك بالإحياء ٢٥١.
- ٤- (٤٠٥) تحرير الأحكام: فى شرائط التملك بالإحياء ٤/٤٨٥.
- ٥- (٤٠٦) إرشاد الأذهان: فى شروط التملك بالإحياء ١/٣٤٨.
- ٦- (٤٠٧) اللمعة الدمشقية: فى شروط التملك بالإحياء ٢٤٢.
- ٧- (٤٠٨) الدروس الشرعية: فى شروط التملك بالإحياء ٣/٥٨.
- ٨- (٤٠٩) كظاهر التنقيح ٤/٩٩؛ والمهذب البارع ٤/٢٨٣؛ وغايه المرام ٤/١٢٩.
- ٩- (٤١٠) المبسوط: فى أنّ حریم المحياه من الموات فى حكم المحياه ٣/٢٦٨.
- ١٠- (٤١١) المهذب: فى أنّ حریم المحياه فى حكم المحياه ٢/٢٨.
- ١١- (٤١٢) الجامع للشرائع: فى أنّ حریم المحياه فى حكم المحياه ٣٧٤.
- ١٢- (٤١٣) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام الأراضى ٧/٢١.
- ١٣- (٤١٤) مسالك الأفهام: فى شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤٠٦.
- ١٤- (٤١٥) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط بالإحياء ٣/٢٨.
- ١٥- (٤١٦) رياض المسائل: فى شروط التملك بالإحياء ١٢/٣٤٩.
- ١٦- (٤١٧) كفاية الأحكام: فى شرائط التملك بالإحياء ٢/٥٥١.
- ١٧- (٤١٨) مفتاح الكرامه ١٩/٤٤.

ويمكن أن يستند لهذا الشرط بحسنه إدريس بن زيد القمي صاحب الرضا عليه السلام عنه عليه السلام قال: سألته وقلت: جعلت فداك إن لنا ضياعا ولها حدود ولنا الدواب وفيها مراعى، وللرجل مَنّا غنم وإبل ويحتاج إلى تلك المراعى لإبله وغنمه، أيحلّ له أن يحمى المراعى لحاجته إليها؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه. (١)

والتعبير عنها بـ «صحيح إدريس بن زيد أو خبره» (٢) غير تام لأنّه حسنٌ، اللهم إلاّ- إذا كان المراد به إدريس بن زياد الثقفي فتكون الروايه صحيحه الإسناد. (٣)

ويخبر محمّد بن عبدالله قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة، وتكون لها حدود، تبلغ حدودها عشرين ميلاً (أو أقل أو أكثر) يأتيه الرجل فيقول: أعطني من مراعى ضيعتك، وأعطيك كذا وكذا درهما، فقال: إذا كانت الضيعة له فلا بأس. (٤)

والتعبير عنه بـ «صحيح أحمد بن عبدالله على الظاهر» (٥) غير تام لأنّه محمّد بن عبدالله بن عيسى الأشعري القمي وهو إمامي مجهولٌ.

اللهم إلاّ إذا كان المراد به محمّد بن عبدالله بن زراره لكثرت روايه البنظي عنه وهو ثقة فيكون الروايه صحيحه الإسناد. (٦)

وتقريب الاستدلال بهما هو مقاله صاحب الجواهر رحمه الله حيث يقول: «بل ربّما كان ظاهرهما الملكيه \_ بناءً على إرادته البيع ونحوه من الإعطاء فيهما \_ كما عن الشيخ (٧)

ص: ١٠٣

١- (٤١٩) وسائل الشيعة ١٧/٣٧١، ح ١، الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- (٤٢٠) الجواهر ٣٩/٤٨ (٣٨/٣٥).

٣- (٤٢١) كما نـبه عليه الأستاذ رحمه الله في دراسات في ولاية الفقيه ٤/١٦٨.

٤- (٤٢٢) وسائل الشيعة ٢٥/٤٢٢، ح ١، الباب ٩ من أبواب كتاب الإحياء.

٥- (٤٢٣) الجواهر ٣٩/٤٧ (٣٨/٣٥).

٦- (٤٢٤) كما نـبه عليه الأستاذ رحمه الله في دراسات في ولاية الفقيه ٤/١٦٨.

٧- (٤٢٥) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧٢.

وبنى البراج (١) وحمزه (٢) وإدريس (٣) وسعيد (٤) والفاضل (٥) وولده (٦) وغيرهم (٧)، بل فى المسالك: أنه الأشهر (٨).

مضافا إلى أنه مكان استحققه بالإحياء فملك كالمحيى، ولأن معنى الملك موجود فيه؛ لدخوله مع المعمور فى بيعه وليس لغيره إحيائه ولا- التصرف فيه بغير إذن المحيى، ولأن الشفعة ثبت فى الدار بالشركة فى الطريق المشترك المصرح فى النصوص المزبوره ببيعه معها، ولإمكان دعوى كونه محيا؛ باعتبار أن إحياء كل شىء بحسب حاله.

خلافًا لظاهر جماعه أو صريحهم: من عدم الملك، بل هى من الحقوق (٩)؛ لعدم الإحياء الذى يملك به مثلها.

وفيه: ما عرفت من منع عدم حصول الإحياء الذى لا يعتبر فيه مباشرته كل جزء جزء، فإن عرصه الدار تملك ببناء الدار دونها، ومنع توقف الملك على الإحياء، بل يكفى فيه التبعية للمحيا، وتظهر الثمره فى بيعها منفرده (١٠).

واستشكل بعض أساتذتنا قدس سره فى تقريب الاستدلال وقال: «ولكنه لا- يخلو من شوب إشكال، إذ من المحتمل أن يراد بالمراعى فيهما قسمه من نفس الأرض المحياه بلحاظ علوفتها لا المراعى الطبيعىه المجاوره لها بقريته قوله عليه السلام: «إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»، وبقريته تجوز البيع إن أريد به بيع نفس الرقبه.

ص: ١٠٤

- ١- (٤٢٦) المهذب: باب إحياء الموات ٢/٣٠.
- ٢- (٤٢٧) الوسيله: الزكاه / إحياء الموات ١٣٥.
- ٣- (٤٢٨) السرائر: المتأجر / بيع المياه والمراعى ٢/٣٨٢.
- ٤- (٤٢٩) الجامع للشرائع: البيع / بيع الماء ٢٧٥.
- ٥- (٤٣٠) تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات / أقسام الأراضى ٤/٤٨٩.
- ٦- (٤٣١) إيضاح الفوائد: إحياء الموات / فى الأراضى ٢/٢٣٣.
- ٧- (٤٣٢) كالسبزواري فى الكفايه: إحياء الموات / شرائط التملك ٢/٥٥١.
- ٨- (٤٣٣) مسالك الأفهام: إحياء الموات / فى الأراضين ١٢/٤٠٧.
- ٩- (٤٣٤) الروضه البهيته: كتاب إحياء الموات ٧/١٥٦.
- ١٠- (٤٣٥) الجواهر ٣٩/٤٨ و ٤٩ (٣٨/٣٥ و ٣٦).

وقد كان بيع المراعى ونقلها مورداً للشبهه إجمالاً بلحاظ ما ورد من شركه المسلمين فى الماء والنار والكأ، والنهى عن بيع فضل الكأ. ولذلك سألوا عن بيع حصائد الحنطه والشعير أعنى مابقى منهما بعد الحصاد أيضاً مع وضوح كونهما فى الأرض المملوكه كما فى خبر إسماعيل بن الفضل، فراجع. هذا»(١).

أقول: الاستدلال خالٍ عن شوب هذا الإشكال إذ لا- يحتمل «أن يراد بالمراعى فيها قسمه من نفس الأرض المحياه» لوضوح حكمها حيثنذ من جواز بيع الأرض المحياه ورجوع ضمير «فيها مراعى» إلى كلمه «حدود» كرجوع ضمير «لها حدود» إلى كلمه «ضياعا» وإلا- لا- يتم ذكر الضياع وحدودها ومراعى الموجوده فى حدودها أى حريمها وسأل إدريس بن زيد أو زياد \_ على الاحتمال الذى مرّ من الأستاذ قدس سره \_ أولاً من حمى تلك المراعى لحاجته إلى جميعها لكثره دوابه، وأجاب الإمام عليه السلام: «إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى» حريمها من المراعى وغيرها ف\_ «يصير ذلك إلى ما يحتاج إليه» فيرتفع احتياجه بتحميه الحريم الذى فيها المراعى، ثم سأل ثانياً عن بيع تلك المراعى المحميّه الموجوده فى حريم أرضه فأجاب الإمام عليه السلام: «إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس» ببيع مراعيها لأنها تدخل فى ملكه.

وكذا الكلام فى خبر محمّد بن عبدالله أو صحيحته بتقريب: أنّ المراعى المسئول عنها إذا كانت داخله فى الضيعه التى تكون للرجل فيصح بيعه بلا- ريب وإشكال فلا يحتاج إلى السؤال من الإمام عليه السلام لوضوح حكمها عند الجميع، نعم إذا كانت المراعى فى حدود الضيعه وتكون من حريمها \_ لا من نفس الضيعه \_ فيسأل حفيد عيسى الأشعري القمى أو زراره \_ على الاحتمال الذى مرّ من الأستاذ قدس سره \_ عن بيعها أو إجارتها وأجاب الإمام عليه السلام: «إذا كانت الضيعه له فلا بأس» ببيع أو إجاره مراعيها الموجوده فى حدودها التى تكون حريمها. لأنّ حريم كلّ ملك يتبعه فى الملكيه، هذا ما أفهمه من الروايتين فلا يتم الإشكال.

ص: ١٠٥

مضافا إلى ترتب الضرر على المالك إذا كان حريم ملكه لغيره والضرر منفي في الشريعة المقدسه بقاعده لا ضرر.

نعم، لا يمكن استفاده ملكيه حريم الأرض لمالك الأرض من الإجماع المدعى في التذكرة وجامع المقاصد وكذا «لا خلاف فيه» الموجود في المسالك والمفاتيح والكفايه والرياض، لوجود القول بعدم ملكيته له ولاحتمال مدركيه الإجماع والله العالم.

### ٣- «أن لا يُسميه الشرع مشعرا للعباده»

كعرفه ومنى والمشعر فإنّ الشرع دلّ على اختصاصها موطناً للعباده فالتعرض لِتَمَلُّكِهَا تفويتٌ لتلك المصلحه»(١).

قال العلامة: «الثالث: أن لا يكون مشعرا للعباده بوضع الشارع، كعرفه ومنى والمشعر؛ لأنّ الشارع وضعها موطناً للعباده، وفي تسويغ تملكها تفويت هذا الغرض، ومنافاه لهذه المصلحه.

وللشافعي قولان في أنّه هل تُملك أراضى عرفه بالإحياء كسائر البقاع، أم لا؟ لتعلق حقّ الوقوف بها، وعلى تقدير القول بالملك ففي بقاء حقّ الوقوف فيما ملكك وجهان، وعلى القول ببقائه فهل يبقى مع اتّساع الباقي، أم مع ضيقه عن الحجيج؟ وجهان.

وذكر [الغزالي] ثلاثه أوجه في المسأله، ثالثها: الفرق بين أن يضيق الموقف فيمنع، وبين أن لا يضيق فلا يُمْنَع.

والمنع المطلق أشبه عندهم بالمذهب؛ لأنّه كالمواضع التي تعلق بها حقّ المسلمين عموماً أو خصوصاً، كالمساجد والطُّرُق والرُّبُط في الطُّرُق والمواضع التي يصلّى فيها للعيد خارج الأمصار والبقاع الموقوفه على معيّن أو غير معيّن»(٢).

وقال سيّد المفتاح في شرح قول العلامة في القواعد: «(الرابع: أن يكون مشعرا للعباده كعرفه ومنى وجمع) عدم جواز إحياء هذه المواضع كلّها أو الكثير منها كأنّه من

ص: ١٠٦

١- (٤٣٧) الشرائع ٣/٢١٨.

٢- (٤٣٨) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٣٤ و ٤٣٥.

ضروريات الدين وإن لم يذكر ذلك أكثر المتقدمين.

قوله: (وإن كان يسيرا لا يمنع المتعبدين) كما في التحرير (١) والدروس (٢) والحواشي (٣) وجامع المقاصد (٤) والروضه (٥) وهو قضيه إطلاق الباقيين من المتأخرين. وفي المسالك (٦) والكفايه (٧) أنه المشهور. ووسمه تارةً أخرى في المسالك بأنه الأشهر (٨). ولا ترجيح في التذكرة (٩) والمفاتيح (١٠).

حجه الكتاب وما وافقه أن الشرع دلّ على اختصاصها موطنًا للعباده، فالتعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحه كما في الشرائع (١١) وغيرها (١٢). وهذا التوجيه يقضى بالمنع من إحياء الكثير منها الذي يؤدي إحياءه إلى الضيق على الناسكين ويحتاج إليه غالبًا، وأما ما عداه فلا يدلّ على المنع فيه أصلاً.

واستدلّ في الدروس بأنّ في المنع سدًا لباب مزاحمه الناسكين وأنّ حقوق الخلق كافه متعلقه به (١٣). ولا بأس به مع إضافه الاستناد إلى الأصل وأنّ المشعريه صادقه على المجموع المؤلّف من الأجزاء، والنهي عن الكلّ ليس من حيث كونه كلاً بل من حيث

ص: ١٠٧

١- (٤٣٩) تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات في أقسام الأراضى ٤/٤٨٥.

٢- (٤٤٠) الدروس الشرعيه: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٥٧.

٣- (٤٤١) لم نعثر عليه في الحاشيه النجاريه المنسوبه إلى الشهيد وأما سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.

٤- (٤٤٢) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام الأراضى ٧/٢٧.

٥- (٤٤٣) الروضه البهيه: في شرائط التملك بالإحياء ٧/١٥٦.

٦- (٤٤٤) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤١٧.

٧- (٤٤٥) كفايه الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء ٢/٥٥٧.

٨- (٤٤٦) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤١٧.

٩- (٤٤٧) تذكرة الفقهاء: في شرائط التملك بالإحياء ١٩/٤٣٥.

١٠- (٤٤٨) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣/٢٨.

١١- (٤٤٩) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٢١٨.

١٢- (٤٥٠) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام الأراضى ٧/٢٧.

١٣- (٤٥١) الدروس الشرعيه: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٥٧.



اشتماله على المعنى الشائع، وهو الاختصاص، وهو حاصل في كل جزء، وأن المتبادر من أخبار الباب ما عدا هذه الأماكن الشريفه»(١).

وقال صاحب الجواهر في شرح قول المحقق: (الثالث: أن لا- يسميه الشرع مشعرا للعباده كعرفه ومنى والمشعر) وغيرها من الأماكن المشرفه والمواضع المحترمه التي جعلها الله (تعالى شأنه) مناسك للعباده وشرفها كما شرف بعض الأزمنه الخاصه، فهي في الحقيقه ليست الموات - الذي هو بمعنى المعطل عن الانتفاع - فضلاً عن وضع يد سائر المسلمين عليها وتعلق حقوقهم بها.

بل هي أعظم من الوقف الذي يتعلق به حق الموقوف عليهم بجريان الصيغه من الواقف (فإن الشرع) الذي هو المالك الحقيقي قد (دلّ على اختصاصها موطناً للعباده) من دون إجراء صيغه، ومنها ما جعله الله مسجداً كمسجد الحرام ومسجد الكوفه ونحوهما من مرقد الأئمه عليهم السلام التي أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه.

(فالتعرض لتملكها) حينئذٍ منافٍ للجعل المزبور من ربّ العزه، بل فيه (تفويت لتلك المصلحه) من غير فرق بين جميع أجزائها في ذلك، وبين زياده سعتها لذلك وعدمه؛ ضروره أنّ الله (تعالى شأنه) جعل كل جزء جزءاً منها كذلك.

فمن الغريب ما وقع من المصنّف من قوله: (أما لو عمر فيها ما لا يضر ولا يؤدى إلى ضيقها عمّا يحتاج إليه المتعبّدون كالسير لم أمتع منه) بل كاد يكون كالمنافى للضرورى، بل فتح هذا الباب فيها يؤدى إلى إخراجها عن وضعها.

وأغرب منه: موافقه بعض من تأخّر عنه(٢) على ذلك؛ بتخيّل: أنّ المنع من جهه مزاحمه الناسكين، فمع فرض عدمها - كالسير - يتّجه الجواز حينئذٍ؛ لانتفاء العله المزبوره.

وفيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

ص: ١٠٨

١- (٤٥٢) مفتاح الكرامه ١٩/ (٧٣-٧١).

٢- (٤٥٣) كالشهيد الثانى فى المسالك: إحياء الموات / فى الأرضين ١٢/٤١٧؛ والسبزواري فى الكفايه: إحياء الموات / شرائط التملك ٢/٥٥٧.

وأعجب من ذلك: تفريعهم (١) على التقدير المزبور \_ الذى هو معلوم الفساد \_ أنه هل يجوز للناسك الوقوف بها مع عدم الإذن أو مع النهى، أو لا- يجوز مطلقاً أو مع وجود غيره من المكان بخلاف ما لو تضيّق؟! مع أنّ القول بالملك يأبى القول بالجواز مطلقاً، إلا أن يجعله مراعى بعدم الإضرار، فيتّجه التفصيل حينئذٍ.

إلا أنّ ذلك كلّهُ \_ كما ترى \_ لا ينبغى أن يسطر، والله العالم. (٢)

قال بعض أساتذتنا قدس سره معلقاً على كلام صاحب الجواهر رحمه الله: «إن كان المقصود تعمير قطعه من المشعر وتملكها بحيث يمنع غيره منها فالظاهر ورود إشكال صاحب الجواهر، وإن كان المقصود تعميرها ليستفاد منها فى مواقع الحرّ والبرد من دون أن يمنع غيره منها فالظاهر عدم الإشكال فيه» (٣).

أقول: من الواضح كلام صاحب الجواهر قدس سره ناظرٌ إلى الشقّ الأوّل فى كلام الأُستاذ رحمه الله لا الشقّ الثانى، فالاستاذ يوافق صاحب الجواهر فى مقالته.

ولكن اعترض آيه الله الشيخ محمّد إسحاق الفياض \_ مدظله \_ على صاحب الجواهر \_ رحمه الله \_ بقوله: «أنّه لا يقاس تلك الأماكن المشرفة بالوقف كالمسجد والمدرسه وما شاكل ذلك، فإنّ الوقوف حسب ما يوقفها أهلها فلا يجوز التصرف فيها بما ينافى جهه وقفها. وأيّاً هذه الأماكن المحترمه فليست بوقف شرعاً، ولذا لا- تترتب عليه أحكام الوقف، ومجرد أنّ الله تعالى جعلها مشعراً للعباده وموطناً لها فى وقت خاص من أيام السنه لا يوجب كونها وقفاً بالمعنى المعهود، وليس لنا دليل آخر يدل على أنّها وقف.

وعليه فلا مانع من التصرف فيها بما لا يوجب المزاحمه والضيق على المتعبدين، كما إذا كان فى غير اوقات النسك، فان كونها متعلقه لحقوق المسلمين معناه أنّه لا تجوز مزاحمتهم فى اوقات قيامهم بالنسك والأعمال فيها، وأما فى غير تلك الاوقات فلا

ص: ١٠٩

١- (٤٥٤) الروضه البهيّه: كتاب إحياء الموات ٧/١٥٧؛ مفتاح الكرامه: إحياء الموات / فى الأراضى ١٩/٧٣.

٢- (٤٥٥) جواهر الكلام ٣٩/٧٨-٧٦ (٣٨/٥٣).

٣- (٤٥٦) دراسات فى ولايه الفقيه ٤/١٧١.

مقتضى لعدم جوازه.

ومن هنا يظهر أنه لا- مانع من الزرع الفصلى فيها يعنى \_ فى غير فصل النسك والأعمال \_ على أساس أنه لا يوجب المزاحمه، بل لا مانع من تأسيس عمارات ويوت سكن فيها التى تؤجر فى تلك الاوقات من الناسكين والمتعبدين نظرا إلى أنها لم تكن مزاحمه لهم.

فالتتبعه فى نهايه الشوط: أن المقدار الثابت إنما هو عدم جواز التصرف فيها بما يوجب المزاحمه فى أوقات النسك والعبادات وأما إذا لم يكن مزاحما فلا دليل على عدم جوازه أصلاً، بل لا شبهه فى أنه يوجب علاقه المتصرف بها»(١).

أقول: الحق مع الذين يقولون باشتراط هذا الشرط لا «كأنه من ضروريات الدين»(٢) كما ذهب إليه سيد المفتاح أو القول بخلافه \_ كما أفتى به المحقق فى الشرائع(٣) \_ «كاد يكون كالمنافى للضرورى»(٤) كما قاله صاحب الجواهر، لأن المحقق ومن تبعه(٥) من الشهيد الثانى فى المسالك(٦) والسبزوارى فى الكفايه(٧) وآيه الله الفياض \_ مدظله \_ فى الأراضى(٨) لم يفتوا بخلاف ضرورى الدين كما هو الواضح.

وإن اعترف الشهيد الثانى رحمه الله فى الروضه(٩) بأنه قول نادر ووسمه المحقق الثانى(١٠) بأنه ضعيف وعدّه صاحب الجواهر من الغريب وموافقته من الأغرب والتفريع عليه من

ص: ١١٠

١- (٤٥٧) الأراضى /١٦٥.

٢- (٤٥٨) مفتاح الكرامه ١٩/٧٢.

٣- (٤٥٩) الشرائع ٣/٢١٨.

٤- (٤٦٠) الجواهر ٣٩/٧٧ (٣٨/٥٤).

٥- (٤٦١) نفى الشهيد الثانى والسبزوارى عنه الـ بعد.

٦- (٤٦٢) المسالك ١٢/٤١٧.

٧- (٤٦٣) الكفايه ٢/٥٥٧.

٨- (٤٦٤) الأراضى /١٦٥.

٩- (٤٦٥) الروضه البهيه ٧/١٥٧.

١٠- (٤٦٦) جامع المقاصد ٧/٢٧.

الأعجب وكلها ممّا لا ينبغي أن يسطر كما مرّ.

أدله القول المختار

[١] بل لما مرّ من صاحب الجواهر بأنّ مشاعر العباده «فى الحقيقه ليست من الموات \_ الذى هو بمعنى المعطل عن الانتفاع» (١) بل هى من الأراضى المحياه بالتشريف الإلهى حيث جعلها الله تعالى من الأماكن المشرفه والمواضع المحترمه ومشعرا للعباده.

مضافا إلى أنّ الحياه ليست منحصره بجريان الماء وإخراج النبات وإحداث البناء وتأسيس المعمل بل يمكن إحيا الأرض بحضور الزائر والمسافر والمُشاهد والناظر المسمى اليوم بـ «صنعه التوريسم» كما هو الأمر فى الآثار والأبنيه التاريخيه والمُشاهد النادره من الطبيعه كالأنهار والبحار والجبال والغابات.

وبالجملة: أحياء كل شىء بحسبه.

[٢] الشارع وهو المالك الحقيقى جعل هذه الأراضى موطنا للعباده وهذا الجعل الشرعى يكون أقوى من وقف المالك الإعتبارى، فكما لا يجوز تملك الأراضى الموقوفه، فلا يجوز تملك هذه المشاعر والمُشاهد بالإحياء.

[٣] تملك هذه المشاهد المشرفه والمشاعر العباده بالإحياء يوجب تفويت المصلحه المترتبه عليها وينافى مع الجعل الإلهى من دون فرق بين جميع أجزائها أو بعضها، وبين وسعتها للعباده أو ضيقها لأنّ جميع أجزائها جعلت مشعرا للعباده.

ومن هذه المشاعر: ما جعله الله مسجدا كالمسجد الحرام ومسجد الكوفه ومراقده الأئمه المعصومين عليهم السلام وما جعله المسلمون من مصلى البلد ومحلّ دفن الموتى ونحوها.

هذا تمام الكلام فى الشرط الثالث والله العالم.

#### ٤- «ألا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل»

ولو كان مواتا خاليا من تحجيرٍ، كما أقطع النبىّ صلى الله عليه وآله الدور (٢)، وأرضا

ص: ١١١

١- (٤٦٧) الجواهر ٣٩/٧٧ (٣٨/٥٣).

٢- (٤٦٨) المسالك ١٢/٤١٨: لعبدالله بن مسعود، وهى اسم موضع بالمدينه، بين ظهرائى عماره الأنصار؛ ويُقال: المعنى أنّه أقطعه تلك البقعه ليتخذها دورا.

بحضرموت (١)، وحُضِرَ فرس الزبير (٢) فإنه يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمه، فلا يصحّ دفع هذا الاختصاص بالإحياء» (٣) كما فى الشرائع.

وقال العلامة فى شرائط الإحياء من التذكرة: «أن لا يكون مُقْتَعاً من الإمام، فإنّ لإقطاع الإمام مدخلاً فى الموات، بل عندنا أنّه هو المالك للموات، فيجوز للأمام أن يُقَطَعَ غيره أرضاً من الموات خاليه من التحجير لمن يُحييها، ويصير المُقَطَع أولى.

ويفيد الإقطاع التخصيص والأحقّيه كالتحجير، ويمنع الغير من المزاحمه له، ولا يصحّ رفع هذا الاختصاص بالإحياء.

وقد أقطع صلى الله عليه وآله وائل بن حجر (٤) أرضاً بحضرموت. (٥)

وروى أنّ النبي صلى الله عليه وآله أقطع الدّور. (٦)

وأقطع الزبير حُضَرَ فرسه \_ يعنى عَدُوّه (٧) \_ ما جرى، فلتياً قام الفرس رمى بسوطه، فقال النبي صلى الله عليه وآله: «اقطعوا له مرمى سوطه» (٨).

وروى أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله دعا الأنصار ليقطع لهم بالبحرين، قالوا: يا رسول الله إن

ص: ١١٢

١- (٤٦٩) المسالك ١٢/٤١٨: لوائل بن حجر «بتصرف».

٢- (٤٧٠) الروضة ٧/١٥٩: بن العوام... وهو مقدار عدو ما جرى، فأجرى فرسه حتّى قام، أى عجز عن التقدّم، فرمى بسوطه طلباً لزياده على الحضر، فأعطاء من حيث وقع السوط....

٣- (٤٧١) الشرائع ٣/٢١٨.

٤- (٤٧٢) هو الحضرميّ الصحابى المعروف روى عنه ولداه علقمه وعبدالجبار.

٥- (٤٧٣) سنن أبى داؤد ٣/١٧٣، ح ٣٠٥٨؛ سنن الترمذى ٣/٦٦٥، ح ١٣٨١؛ المعجم الكبير \_ للطبرانى \_ ٢٢/١٣، ح ١٢؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ ٦/١٤٤.

٦- (٤٧٤) سنن أبى داؤد ٣/١٧٣، ح ٣٠٦٠؛ المعجم الكبير \_ للطبرانى \_ ١٠/٢٧٤، ح ١٠٥٣٤؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ ٦/١٤٥؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٦ و ٢١٩.

٧- (٤٧٥) بل عَدُوّ ذو وثب كما فى المعجم الوسيط ١٨١. أقول: بالفارسيه: دويدن با جهش را گویند كه در سواركارى بدان تاخت يا تازاندى اطلاق مى شود.

٨- (٤٧٦) سنن أبى داؤد ٣/١٧٨-١٧٧، ح ٣٠٧٢؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ ٦/١٤٤؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٩؛ المغنى ٦/١٨٢؛ الشرح الكبير ٦/١٨٩.

فعلت فاكتب لإخواننا من قريش بمثلها. (١)

وفائده الإقطاع مصير المُقَطَّع أحقُّ بإحيائه، كالمُتَحَجَّر.

وإذا طالت المدَّة ولم يحيه المُقَطَّع أو أحياه غيره، فعند الشافعيه يكون الحكم كما تقدّم في المتحجّر. (٢)

وقال مالك: إن أحياه عالما بالإقطاع كان ملكا للمُقَطَّع، وإن أحياه غير عالم بالإقطاع فالمُقَطَّع بالخيار بين أن يأخذه ويغرم للمُحْيى ما أنفق عليه في العماره، وبين أن يتركه على المُحْيى ويأخذ منه قيمه الموات قبل العماره. (٣)

وقال أبو حنيفة: إن أحياه قبل ثلاث سنين فهو للمُقَطَّع، وإن أحياه بعدها فللمُحْيى. (٤)

ولا ينبغي أن يُقطع الإمام إلا مَنْ يقدر على الإحياء ويقدر ما يقدر عليه. (٥)

وقال العلامة في أسباب الاختصاص من القواعد: «السادس: إقطاع الإمام، وهو متَّبَع في الموات، فلا يجوز إحياءه وإن كان مواتا خاليا من التحجير كما أقطع النبي صلى الله عليه وآله بلال بن الحارث العتيق (٦)، فلمَّا ولي عمر قال له: ما أقطعتَه لتحجبه فأقطعه النَّاس؛ وأقطع أرضا بحضرموت (٧)، وأقطع الزبير حُضْر فرسه فأجرى فرسه حتَّى قام فرمى بسوطه (٨)،

ص: ١١٣

- ١- (٤٧٧) صحيح البخارى ٣/١٥٠ و ٤/١١٩؛ مسند أحمد ٣/٦٤٧، ح ١٢٢٩٥؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ ٦/١٤٥ و ١٠/١٣١؛ المغنى ٦/١٨٢؛ الشرح الكبير ٦/١٨٩.
- ٢- (٤٧٨) العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٩؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٤.
- ٣- (٤٧٩) الحاوى الكبير ٧/٤٨٢؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٩.
- ٤- (٤٨٠) الحاوى الكبير ٧/٤٨٢؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٩.
- ٥- (٤٨١) تذكره الفقهاء ١٩/٤٤٠.
- ٦- (٤٨٢) سنن أبى داود ٣/١٧٣، ح ٣٠٦١ و ٣٠٦٢، باب فى قطاع الأرضين؛ وسنن البيهقى ٦/١٤٥؛ ومسند أحمد ١٠/٣٠٦؛ والعتيق: واد بظاهر المدينه.
- ٧- (٤٨٣) سنن أبى داود ٣/١٧٣، ح ٣٠٥٨؛ وسنن الترمذى ٣/٦٦٥، ح ١٣٨١.
- ٨- (٤٨٤) مستدرک الوسائل ١٧/١٢٢، ح ٤، باب ١٢ من أبواب كتاب إحياء الموات، نقلًا من عوالى اللآلى ١/١٦٤، ح ١٦٨؛ وسنن أبى داود ٣/١٧٧، ح ٣٠٧٢؛ وسنن البيهقى ٦/١٤٤.

وهو يفيد الاختصاص»(١).

وقال السيد العاملي في شرح عبارته القواعد: «العقيق وادٍ بظاهر المدينة. والحُضْر بالحاء المهملة المضمومه والضاد المعجمه وهو عدوه، وإنما رمى بسوطه طلباً للزيادة. وفي الحديث(٢) أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: أقطعوا الزبير من (عن \_ خ ل) سوطه. وقال في التذكرة(٣) قد أقطع النبي صلى الله عليه وآله وائل بن حجر أرضاً بحضرموت. وقال في القاموس حُضْر موت بضم الميم بلد يقال: هذا حضرموت(٤)، أى فتبنى الأول على الفتح وتعرب الثانى إعراب ما لا ينصرف، وإن شئت أضفت الأول إلى الثانى فقلت: هذا حضرموت، أعربت حضراً وخفضت موتاً، وهو وادٍ دون اليمن أرسل الله فيه سيلاً على أناس من أهل الفيل أفلتوا من طير أباييل فهلكوا، فسُمى حضرموت حين ماتوا فيه، وفيه بئر يقال لها بئر برهوت تردّها(٥) هأم الكفّار.

قوله: «وهو يفيد الاختصاص» كما هو صريح الوسيله(٦) والشرائع(٧) والتذكرة(٨) والتحرير(٩) والدروس(١٠) وجامع المقاصد(١١) والمسالك(١٢) والروضه(١٣) وهو قضيه كلام

ص: ١١٤

- ١- (٤٨٥) قواعد الأحكام ٢/٢٦٩.
- ٢- (٤٨٦) سنن أبي داود ٣/١٧٧، ح ٣٠٧٢.
- ٣- (٤٨٧) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٤٠؛ والروايه فى تلخيص الحبير ٣/٦٤، ح ١٣٠٠.
- ٤- (٤٨٨) القاموس المحيط ٢/١٠.
- ٥- (٤٨٩) معجم البلدان ٢/٢٧٠.
- ٦- (٤٩٠) الوسيله: إحياء الموات ١٣٤/.
- ٧- (٤٩١) شرائع الإسلام: فى شرائط التملك بالإحياء ٣/٢١٨.
- ٨- (٤٩٢) تذكرة الفقهاء: فى شرائط الإحياء ١٩/٤٤٠.
- ٩- (٤٩٣) تحرير الأحكام: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤/٤٩٠.
- ١٠- (٤٩٤) الدروس الشرعية: فى شرائط تملك الموات بالإحياء ٣/٦١.
- ١١- (٤٩٥) جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام الأراضى ٧/٢٩.
- ١٢- (٤٩٦) مسالك الأفهام: فى شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤١٨.
- ١٣- (٤٩٧) الروضه البهيه: فى شروط الإحياء ٧/١٥٩.

الباقيين. وقال فى المبسوط: صار أحقّ به بلا خلاف (١) أى بين المسلمين، ثم إن قام بعمارتها وإلا فكما سبق (٢) فى التحجير» (٣).

أقول: يأتى حكم التحجير إن شاء الله.

وقال صاحب الجواهر فى شرح عبارته الشرائع: «الشرط (الرابع: أن لا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل ولو كان مواتا خاليا من تحجير) الذى لا خلاف فى أنّ له ذلك كما عن المبسوط (٤)، بل ولا إشكال؛ ضروره كون الموات من ماله الذى هو مسلّط عليه، مع أنّه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

(كما أقطع النبىّ صلى الله عليه وآله) عبدالله بن مسعود (الدور) (٥) وهى اسم موضع بالمدينه بين ظهرانى عماره الأنصار، ويقال: المعنىّ أنّه أقطعه ذلك ليّخذها دورا. (٦)

(و) أقطع وائل بن حجر (أرضا بحضرموت) (٧).

(و) أقطع الزبير (حُضْر فرس) -ه أى عدّوه، بل قيل: إنّ (الزبير) أجرى فرسه حتّى قام الفرس رمى بسوطه طلبا للزياده، فقال صلى الله عليه وآله: (أعطوه من حيث بلغ السوط) (٨).

ص: ١١٥

- 
- ١- (٤٩٨) المبسوط: فى إحياء الموات ٣/٢٧٣.
  - ٢- (٤٩٩) تقدّم فى مفتاح الكرامه ١٩/٨٤.
  - ٣- (٥٠٠) مفتاح الكرامه ١٩/٨٨ و ٨٩.
  - ٤- (٥٠١) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧٤.
  - ٥- (٥٠٢) تلخيص الحبير ٣/٦٣، ح ١٢٩٩؛ مجمع الزوائد ٤/١٩٧؛ المعجم الأوسط (للطبرانى) ٥/١٦٣.
  - ٦- (٥٠٣) البدر المنير ٧/٦٥، ح ١١.
  - ٧- (٥٠٤) سنن أبى داود ٣/١٧٣، ح ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩؛ سنن الترمذى ٣/٦٦٥، ح ١٣٨١؛ تلخيص الحبير ٣/٦٤، ح ١٣٠٠؛ المعجم الكبير (للطبرانى) ١٢/٩، ح ٤؛ تاريخ المدينه (لابن شيبه) ٢/٥٨٠؛ فتوح البلدان ١/٨٨، رقم ٢٣١؛ إمتاع الأسماع ٩/٣٥٨.
  - ٨- (٥٠٥) مسند أحمد ٢/١٥٦؛ تلخيص الحبير ٣/٦٤، ح ١٣٠١؛ سنن أبى داود ٣/١٧٧، ح ٣٠٧٢؛ سنن البيهقى ٦/١٤٤؛ المعجم الأوسط (للطبرانى) ٤/٣٠٥؛ إمتاع الأسماع ٩/٣٦٢؛ المغنى (لابن قدامه) ٦/١٦٤؛ الشرح الكبير ٦/١٧٠.



وأقطع بلال بن الحارث العقيق.

(فإنّه) إن لم ينفد الملك فلا ريب بل لا خلاف (١) في أنّه (يفيد اختصاصا مانعا من المزاحمة، فلا يصحّ دفع هذا الاختصاص بالإحياء) بل عن المبسوط نفيه كذلك بين المسلمين. (٢)

وكذا ليس لأحد نقضه، وما عن عمر: من أنّه لَمَّا تَوَلَّى قال لبلال: «ما أقطعت العقيق لتحببه، فأقطعه النَّاسُ» لا حِجَّةَ فيه، وكم له من أخذ فدك ونحوها!

على أنّه يمكن ذلك كما تسمعه في التحجير إذا لم يحي المحجّر، كما صرّح به في جامع المقاصد (٣)، وإن كان ذكر المصنّف وغيره (٤) ذلك في التحجير دونه يشعر بالعدم، بل لو لا- ظهور الاتفاق عليه هناك لأمكن إشكاله بتعلّق الحقّ الذي يقتضى استصحابه عدم الزوال وإن عطّل.

وكأنّ ما ذكر من الاختصاص المزبور مبنيّ على عدم تملّك الموات بغير الإحياء، ولكن فيه منع واضح إن لم يكن إجماعا. وحينئذٍ فلا بدّ من تنزيل الإقطاع المزبور على وجه الاختصاص والأحقّيّة بالإحياء، وإلّا فلو فرض كونه على جهة التملّك جاز إن لم يكن إجماعا، وليس لأحد حينئذٍ الاعتراض عليه بتعطيله وأن تمادى الزمان، على إشكال؛ لاحتمال جواز إحياء الغير له بأجره على نحو ما سمعته في الأرض التي ملكت بالإحياء فأهمّلتها حتّى ماتت، هذا (٥).

ذهب آية الله الشيخ محمّد إسحاق الفياض \_ مدظله \_ إلى أنّ الأرض المقطوعه

ص: ١١٦

- ١- (٥٠٦) ينظر الوسيّله: الزكاه / إحياء الموات / ١٣٤؛ وتحرير الأحكام: إحياء الموات / أقسام الأراضي ٤/٤٩٠؛ والدروس الشرعيّة: إحياء الموات ٣/٦١، درس ٢١١؛ والروضه البهيّة: كتاب إحياء الموات ٧/١٥٩.
- ٢- (٥٠٧) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧٣.
- ٣- (٥٠٨) جامع المقاصد: إحياء الموات / في الأراضي ٧/٣١.
- ٤- (٥٠٩) كالعلامة في القواعد: إحياء الموات / في الأراضي ٢/٢٦٩.
- ٥- (٥١٠) الجواهر ٣٩/(٧٨-٨٠) [٣٨/٥٥ و ٥٤].

يملكها المُقَطَّع ولكن ليس للإقْطاع اليوم ثمره عمليه وقال: «إِنَّ عمليه الإحياء: \_ بوصف كونها سببا لصله المحيي برقبه الأرض على مستوى الملك أو الحق على الخلاف المتقدم \_ إنما هي فيما إذا لم تكن رقبه الأرض ممَّا أقطعه الإمام عليه السلام وإلا فلا أثر للاحياء أصلاً، فإنَّ الإمام عليه السلام إذا أعطى قطعه من الأرض الموات لشخص فهي تصيح ملكاً له، حيث أن للإمام عليه السلام ذلك من جهتين.

إحداهما: من جهه ولايته عليه السلام العامه.

وثانيتها: أن الأرض الموات بما أنَّها داخله في ملكه عليه السلام كما عرفت فله اختصاص فرد أو طائفه بقطعه منها على مستوى الحق أو الملك، فإنَّ كلَّ ذلك بيده عليه السلام وتحت اختياره. ومن الطبيعي أنَّه لا يجوز تصرف غيره فيها بعد هذا الاختصاص، لأنَّه تصرف في ملك غيره أو فيما له حق فيه.

وقد روى أنَّ النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أقطع \_ الدور \_ لعبدالله ابن مسعود \_ وهي اسم موضع بالمدينه \_ ، واقطع وائل بن حجر \_ أرضاً بحضرموت \_ ، واقطع الزبير \_ عدو فرسه \_ واقطع بلال بن الحارث \_ العقيق \_ .

وكيف كان فلا شبهه في أنَّ للنبي الأكرم صلى الله عليه وآله ذلك، وكذا للأئمه الأطهار عليه السلام ، وإنَّ ما أقطعه فهو خاص لمن قُطِعَ له، إلاَّ أنَّ الكلام إنما هو في إثبات ذلك صغورياً وهو لا يمكن، حيث لم يبق لنا دليل معتبر على ذلك، لا في الموارد المذكوره، ولا في غيرها.

فالتتيجه: أنَّ المسأله وإنَّ كانت ثابتة كبروياً إلاَّ أنَّه لا طريق لنا إلى إحراز صغرى لها في شيء من الموارد. وعليه فلا نتيجه عمليه لهذه المسأله خارجاً»(1).

وقال في آخر كتابه: «الإقْطاع وهو في المصطلح الفقهي عبارته عن إقطاع النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام قطعه أرض أو معدن لفرد أو أفراد، وعن الشيخ قدس سره في المبسوط تحديده بمنح الإمام عليه السلام حق العمل فيها لشخص أو اشخاص على أساس أن الإسلام لا يجوز العمل في المصادر والثروات الطبيعیه الخام بدون إذن الإمام عليه السلام أو الدوله إذنا

ص: ١١٧

خاصا أو عاما، فإذا سمح لفرد أو أفراد في استثمار تلك الثروات فهو في المصطلح الفقهي إقطاع.

فالتيجة أنّ الإقطاع بدوره أسلوب من أساليب الاستثمار والانتاج في الموارد الخام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للإمام عليه السلام إقطاع الفرد ما يزيد على قدر طاقته ويعجز عن استثماره.

وعلى هذا الأساس فالإسلام لم يعتبر الإقطاع سببا لتملك الفرد الثروة الطبيعية التي أقطعها النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام أيها، وإنما جعل للفرد المقطع حق الأولوية في استثمار تلك الثروة يعني \_ لا يجوز لغيره انتزاعها منه والعمل فيها بدلاً عنه \_ كما عن العلامة قدس سره في القواعد حيث قال: بأنّ الإقطاع يفيد الاختصاص، وعن الشيخ في المبسوط بان السلطان إذا أقطع رجلاً من الرعيه قطعته من الموات صار أحق بها من غيره بلا خلاف، وقد صرح بذلك المحقق في الشرائع أيضا هذا.

أقول: إنّ تفسير الإقطاع بهذا المعنى وان كان بمكان من الامكان على أساس أن للنبي الأكرم صلى الله عليه وآله ذلك، وكذا للإمام عليه السلام إلاّ أن إثباته بدليل معتبر مشكل جدا. حيث لم يرد في دليل معتبر أن النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام أقطع لفرد أو جماعه هذه الأرض أو ذلك المعدن.

نعم نُقل أنّ النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أقطع \_ عَبدَ اللَّهِ بنَ مَسْعُودٍ \_ الدور، وهي اسم موضع بالمدينه. وأقطع \_ وابل بن حجر \_ أرضا بحضرموت. واقطع \_ الزبير \_ حضر فرسه.

ولكن كل ذلك: لم يثبت بنص معتبر كما مرّ. هذا من ناحيه.

ومن ناحيه أخرى: أنه لا مانع من تفسير الإقطاع بمعنى منح النبي الأكرم صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام ملكيه هذه الأرض أو هذا المعدن لفرد أو جماعه إذا رأى فيه مصلحه. لما تقدم في ضمن البحوث السالفه من أنّ أمر الأراضي بيده عليه السلام حتّى الأراضي الخراجيه، وله أن يتصرف فيها بما يرى ولو كان ذلك التصرف منح ملكيتها لفرد، وعليه فلا وجه لتخصيص الإقطاع بالتفسير الأوّل.

وعلى الجملة: فلو ثبت الإقطاع في الشرع المقدس بدليل معتبر فلا وجه

لتخصيصه بالتفسير الأوّل، إذ هو كما ينسجم مع هذا التفسير ينسجم مع التفسير الثاني أيضا.

نعم يمتاز التفسير الأوّل عن التفسير الثاني في نقطه أُخرى، وهى أن الإقطاع بالتفسير الثاني خاص بالنبي الأكرم صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام وليس لأحد غيرهما ذلك وأما الإقطاع بالتفسير الأوّل فهو غير خاص بهما»(١).

أقول: بناءً على سَيِّعَه حدود اختيارات الولى الفقيه الجامع لشرائط الحكم، تكون المسأله ذات ثمره عمليه اللهم إلا- إذا قلنا باختصاصها بالنبي صلى الله عليه وآله وأوصيائه الخاصين عليهم السلام كما يلوح من المحقق فى الشرائع، فلا تشمل الفقيه حتى بناء على سَيِّعَه ولايته وهو الظاهر، والمختار أن الإقطاع يوجب تمليك المقطع للمقطع له والوجه فى ذلك لما ورد فى كلام العلامة رحمه الله: «أن سبب الملك عندنا تمليك الإمام له ولأنّ الموات قد بينا أنه للإمام خاصة»(٢).

ثم فليعلم بأن الإقطاع قسمان:

أ: إقطاع الموات للتمليك وقد مرّ.

ب: إقطاع إرفاق: «وهو أن يُقطعه موضعا يجلس فيه من الطريق الواسعه ورحاب الجوامع ومقاعد الأسواق.

ويجوز ذلك إذا لم يضرب بالماره والمصلين؛ لأن ذلك لمرافق المسلمين والجالس يرتفق بذلك ببيع وشراء وغير ذلك.

واختلفت الشافعيه فى أنه هل لإقطاع الإمام فيه مدخل؟ على وجهين:

أحدهما: أنه لا مدخل له فى هذا الارتفاق؛ لأنه ينتفع بها على صفتها من غير عملٍ، فأشبهت المعادن الظاهره، ولأنه لا مدخل للتملك فيه، ولا معنى للإقطاع، بخلاف الموات.

ص: ١١٩

١- (٥١٢) الأراضى ٤١٥ و ٤١٦.

٢- (٥١٣) تذكره الفقهاء ١٩/٤٣٥.

والثاني: أنّ له مدخلاً فيه؛ لأنّ للإمام نظراً واجتهاداً في أنّ الجلوس في المواضع هل هو مُضَرٌّ أم لا، ولهذا يزعج مَنْ جلس إذا رأى جلوسه مُضَرّاً، وإذا كان للاجتهاد فيه مدخل فكذا لإقطاعه. (١)

إذا عرفت هذا، فقد قال بعض الشافعيّين: إنّ للإمام أن يتملّك من الشوارع ما فضل عن حاجه الطروق (٢) (٣). والله العالم.

## ٥- «ألا يسبق إليه سابق بالتحجير»

فإنّ التحجير يفيد أولويّه، لا ملكاً للزّقه. وإن ملك به التصرف حتّى لو هَجَمَ عليه مَنْ يرومُ الإحياء، كان له منعه. ولو قاهرة فأحيائها لم يملك.

والتحجير: هو أن ينصب عليها المروز (٤)، أو يحوطها بحائط. ولو اقتصر على التحجير وأهمّل العماره، أجبره الإمام على أحد الأمرين، إمّا الإحياء وإمّا التخليه، بينها وبين غيره؛ ولو امتنع أخرجها السلطان من يده، لئلا يُعطلّها.

ولو بادَرَ إليها مَنْ أحيائها لم يصحّ، ما لم يرفع السلطان يده، أو يأذن في الإحياء (٥). كما في الشرائع وقال بعد صفحه: «ومن فقهائنا الآن من يسمّى التحجير إحياءً وهو بعيد» (٦).

أقول: هو شيخُ المحقّق، الفقيهُ الشيخُ نجيبُ الدينِ بنِ نما الحلّي رحمه الله كما صرح به الشهيد في الدروس وقال: «وعن الشيخ نجيب الدين بن نما أنّ التحجير إحياء».

ويمكن حمله على أرض ليس فيها استيجام ولا ماء غالب وتسقيها الغيوث غالباً

ص: ١٢٠

١- (٥١٤) العزيز شرح الوجيز ٦/٢٢٣؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٩.

٢- (٥١٥) العزيز شرح الوجيز ٦/٢٢٣؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٩.

٣- (٥١٦) تذكّره الفقهاء ١٩/٤٤٢.

٤- (٥١٧) المُرُوزُ: جمع المُرُوز، وهو الحدّ الترابيّ المميّز بين موضع وموضع وليس فيه ارتفاع وهو غير عربيّ؛ لذلك لم يُدكّر في كثيرٍ من معجمات لغة العرب القديمه.

٥- (٥١٨) الشرائع ٣/٢١٨.

٦- (٥١٩) الشرائع ٣/٢٢٠.

فإنّ ذلك قد يعدّ إحياء، وخصوصا عند من لا يشترط الحرث ولا الزرع والغرس؛ لأنّهما انتفاع وهو معلول الملك فلا يكون سببا له كالسكنى»(١).

ومستند الشيخ ابن نما قوله صلى الله عليه وآله : من أحاط حائطا على أرض فهي له.(٢)

والخبر عاميٌّ(٣) كما ترى.

لا-الإجماع الظاهر من المبسوط على أنّ الإقطاع مثل التحجير حكما أو موضوعا حيث قال الشيخ: «إذا أقطع السلطان رجلاً من الرعيه قطعه من الموات، صار أحقّ به من غيره باقطاع السلطان إيّاه بلا خلاف، وكذلك إذا تحجّر أرضا من الموات، والتحجير أن يؤثر فيها أثرا لم يبلغ به حدّ الاحياء، مثل أن ينصب فيها المروز أو يحوِّط عليها حائطا وما أشبه ذلك من آثار الاحياء، فإنّه يكون أحقّ بها من غيره، فإقطاع السلطان بمنزله التحجير»(٤).

والعجب من الفقيه العاملي(٥) حيث نسب إليه أنّه يقول: «أنّ الإحياء مثل التحجير»، وهو كما ترى، نعم، الإحياء مثل التحجير مفهومان عرفيان وليس لهما حدّ خاص لدى الشرع والمرجع في تحققهما العرف.

وقال العلامة في شرائط الإحياء: «الرابع: أن لا- يكون قد سبق إليه من حجّره، فإنّ التحجير عندنا لا يفيد الملك، بل الأولويّه والأحقّيّه، لا ملكا للرقبه وإن ملك به التصرف...»

إذا عرفت هذا، فقد قلنا: إنّ التحجير لا يفيد الملك؛ لأنّ سبب الملك عندنا تمليك

ص: ١٢١

- 
- ١- (٥٢٠) الدروس الشرعيه ٣/٥٦.
  - ٢- (٥٢١) عوالي اللآلي ٣/٤٨٠، ح ٣؛ ونقل عنه في مستدرک الوسائل ١٧/١١١، ح ٣.
  - ٣- (٥٢٢) مسند أحمد ٥/١٢ و ٢١؛ المصنّف (لابن أبي شيبه) ٥/٢٨٥، ح ١٢؛ كنز العمال ٣/٨٩٠، ح ٩٠٤٧؛ الجامع الصغير ٢/٥٥٢، ح ٨٣٠٧؛ سنن أبي داود ٣/١٧٩، ح ٣٠٧٧؛ سنن البيهقي ٦/١٤٨؛ مسند الطيالسي ١٢٢/١٢٢.
  - ٤- (٥٢٣) المبسوط ٣/٢٧٣.
  - ٥- (٥٢٤) راجع مفتاح الكرامه ١٩/٨٠.

الإمام له؛ لأن الموات قد بيّنّا أنّه للإمام خاصّة، وعند العامّة سبب الملك إنّما هو الإحياء ولم يوجد. (١)

وقال بعض الشافعيّين: إنّ التحجير يفيد التملك. (٢)

والمشهور: أنّه يفيد الأولويّة؛ لأنّ الإحياء إذا أفاد الملك وجب أن يفيد الشروع فيه الأحقّية، كالاستيلاء مع الشراء، وأيضا فليأمن من يقصد الإحياء بالشروع في العماره.

ولا ينبغي أن يزيد المحجّر على قدر كفايته ويضيق على الناس، ولا أن يحجّر ما لا يمكنه القيام بعمارته، فإن فعل ألزمه الحاكم بالعماره أو التخلّي عن الزيادة فيسلمها إلى من يقوم بعمارته.

وكذا لو ترك المحجّر الإحياء، ألزمه الحاكم بالعماره أو الترك؛ لما وجد في كتاب عليّ عليه السلام قال: «وإن تركها أو أخرجها فأخذها رجل من المسلمين بعدّه فعمرها وأحيها فهو أحقّ بها من الذي تركها» (٣).

وهو قول بعض الشافعيّين. (٤)

وقال آخرون: ليس لأحد أخذ الزيادة؛ لأنّ ذلك القدر غير متعيّن (٥).

وقال الفقيه المتتبع العاملي: «التحجير ممّا صرح فيه أنّ عدم التحجير شرط في التملك بالإحياء أو أنّه مانع منه أو سبب في الاختصاص المبسوط (٦) والمهدّب (٧) والوسيله (٨)

ص: ١٢٢

١- (٥٢٥) العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٧.

٢- (٥٢٦) العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٧؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٢.

٣- (٥٢٧) وسائل الشيعة ٢٥/٤١٤، ح ٢ خبر أبي خالد الكابلي.

٤- (٥٢٨) العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٧؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٢.

٥- (٥٢٩) العزيز شرح الوجيز ٦/٢١٧؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٢.

٦- (٥٣٠) المبسوط: في إحياء الموات التملك بالإحياء ٣/٢٧٣.

٧- (٥٣١) المهذّب: في إحياء الموات ٢/٣٢.

٨- (٥٣٢) الوسيله: في إحياء الموات ١٣٣/.

بمفهومها والغنيه (١) والسرائر (٢) وجامع الشرائع (٣) والشرائع (٤) والنافع (٥) والتذكرة (٦) والتحرير (٧) والإرشاد (٨) والتبصره (٩)

واللمعه (١٠) والحواشي (١١) وجامع المقاصد (١٢) والمسالك (١٣) والروضه (١٤) والكفايه (١٥) والمفاتيح (١٦) من دون خلاف ولا تأمل» (١٧)... «وليس له \_ أي التحجير \_ في أخبارنا ذكر، ولعلمهم أخذوه من فحوى ما دلّ على الأولويه في السبق إلى مكان من المسجد أو السوق، أو من الخبر النبويّ العاميّ الذي تداوله أصحابنا واستدلّوا به: مَنْ أحيأ ميتة في غير حقّ مسلم فهي له. (١٨) ولعله إليه استند ابن نما

ص: ١٢٣

- ١- (٥٣٣) غنيه النزوع: في إحياء الموات / ٢٩٣.
- ٢- (٥٣٤) السرائر: في شرائط التملك بالإحياء ١/٤٨٢.
- ٣- (٥٣٥) الجامع للشرائع: في إحياء الموات / ٣٧٥.
- ٤- (٥٣٦) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٢١٨.
- ٥- (٥٣٧) المختصر النافع: في إحياء الموات / ٢٥١.
- ٦- (٥٣٨) تذكرة الفقهاء: في شرائط التملك بالإحياء ١٩/٤٣٥.
- ٧- (٥٣٩) تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات في أقسام الأراضى ٤/٤٨٦.
- ٨- (٥٤٠) إرشاد الأذهان: الجهاد في حكم الأراضين ١/٣٤٨.
- ٩- (٥٤١) لم نجد في التبصره البحث عن الشروط المذكوره ولا- ذكرا لما يومئ إلى التحجير وما يتعلق به. نعم في قوله «ولا يجوز التصرف في ملك الغير بغير إذنه ولو فيما فيه صلاحه» نوع إيماء إلى ذلك على نحو العموم، فراجع التبصره ١٠٩/ وتأمل.
- ١٠- (٥٤٢) اللمعه الدمشقيه: في إحياء الموات / ٢٤٢.
- ١١- (٥٤٣) لم نعثر عليه في الحاشيه النجاريه المنسوبه إلى الشهيد وأما سائر حواشيه فلا يوجد لدينا.
- ١٢- (٥٤٤) جامع المقاصد: في إحياء الموات في أحكام الأراضى ٧/٢٨.
- ١٣- (٥٤٥) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤١٩.
- ١٤- (٥٤٦) الروضه البهيه: في شرائط التملك بالإحياء ٧/١٦٠.
- ١٥- (٥٤٧) كفايه الأحكام: في شرائط التملك بالإحياء ٢/٥٥٨.
- ١٦- (٥٤٨) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الإحياء ٣/٢٨.
- ١٧- (٥٤٩) مفتاح الكرامه ١٩/٧٤.
- ١٨- (٥٥٠) سنن البيهقي ٦/١٤٨.



فى أنه يفيد الملك كما يأتى، وقد قالوا كما ستسمع: إن التحجير أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط. وفى الرياض أن الظاهر اتفاقهم على أصل التحجير وأن جمعا منهم ادّعوا الإجماع عليه صريحا. (١) وقد نسب قبل ذلك دعواه إلى المسالك (٢) ونحن لم نجد التصريح بالإجماع لا من المسالك ولا غيرها إلا المفاتيح (٣). نعم هو محصل معلوم وظاهر التذكرة (٤) كما عرفت. وفى مجمع البرهان (٥) كأنه إجماعى (٦).

واستدل له صاحب الجواهر بقوله: «وكيف كان، فلم نجد فى شىء مما وصل إلينا من النصوص هذا اللفظ فضلاً عما ذكره فى تفسيره، وإنما الموجود فى خبر سمره بن جندب: «إنّ النبىّ صلى الله عليه وآله قال: من أحاط حائطا على أرض فهى له». ومقتضاه الملك به كما تسمعه من ابن نما، إلا أن يحمل على أرض يتحلّق إحياؤها بذلك، أو يراد من اللام \_ ولو بقريته الشهره أو الإجماع \_ الأحقّيه المزبوره لا الملك.

وربما يستفاد الأحقّيه به من صدق حيازه المباح به وإن كان لا يملك إلا بالإحياء، ومن أنه سبق إليه نحو السبق إلى الوقف والسوق والمسجد ونحوها، وفى حديث أبى داود المروى من طرق العامه \_ وفى الإسهاد (٧): أنه صحّحه الصابى \_ : «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له» (٨)، وفى بعض كتب الأصحاب روايه «فهو أحقّ به» (٩).

ص: ١٢٤

- ١- (٥٥١) رياض المسائل: فى شرائط التملك بالإحياء ١٤/١١٢.
- ٢- (٥٥٢) رياض المسائل: فى شرائط التملك بالإحياء ١٤/١١٢.
- ٣- (٥٥٣) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط فى الإحياء ٣/٢٨.
- ٤- (٥٥٤) تذكرة الفقهاء ١٩/٤٣٥.
- ٥- (٥٥٥) مجمع الفوائد والبرهان: فى شرائط التملك بالإحياء ٧/٤٩٢.
- ٦- (٥٥٦) مفتاح الكرامه ١٩/٧٥.
- ٧- (٥٥٧) الكتاب غير موجود لدينا.
- ٨- (٥٥٨) سنن أبى داود ٣/١٧٧، ح ٣٠٧١؛ تلخيص الحبير ٣/٦٣، ح ١٢٩٦؛ سنن البيهقى ٦/١٤٢.
- ٩- (٥٥٩) عوالى اللآلى: باب إحياء الموات ٣/٤٨٠، ح ٤؛ مستدرک الوسائل ١٧/١١١، ح ٤، باب ١ من كتاب إحياء الموات.

ولكن مع ذلك كله فالإنصاف أنّ العمده الإجماع المزبور، وإلاّ فما في التذكرة (١) والمسالك (٢) وبعض الشافعيّته (٣) \_ من الاستدلال عليه بأنّه «إذا أفاد الإحياء ملكاً فلا بدّ أن يفيد التحجير \_ الذي هو الشروع فيه \_ أولويّة نحو البيع والاستيلاء \_ كما ترى؛ ضروره عدم الملازمه، مع احتمال أنّ التحجير أعمّ من الشروع فيه وإن فسره به في القواعد (٤) والمسالك (٥) وغيرهما (٦)» (٧).

واستدلّ له آيه الله الفياض \_ مدظله \_ بقوله: «وإنّما الكلام في دليل ذلك».

الموجود في بعض كلمات الأصحاب أن عمده الدليل عليه الإجماع (٨) والتسالم (٩).

وعن العلامة في التذكرة (١٠)، والشهيد الثاني قدس سره في المسالك (١١) ان التحجير شروع في الإحياء، فإذا أفاد الإحياء الملك أفاد التحجير الذي هو شروع فيه الأولويه لا محاله.

وقد يستدل على ذلك بالروايه الداله على أن «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له» (١٢). وغير خفي: أنّ كلاً منها لا يصلح أن يكون دليلاً.

ص: ١٢٥

١- (٥٦٠) تذكره الفقهاء: إحياء الموات / في شرائطه ١٩/٤٣٦.

٢- (٥٦١) مسالك الأفهام: إحياء الموات / في الأرضين ١٢/٤١٩.

٣- (٥٦٢) معنى المحتاج ٢/٣٦٦.

٤- (٥٦٣) قواعد الأحكام: إحياء الموات / في الأراضي ٢/٢٦٩.

٥- (٥٦٤) تقدّم المصدر آنفاً.

٦- (٥٦٥) كالروضه البهيه: كتاب إحياء الموات ٧/١٦٠.

٧- (٥٦٦) الجواهر ٣٩/٨٢ و ٨٣ (٣٨/٥٧).

٨- (٥٦٧) كما في مفاتيح الشرائع ٣/٢٨ على أنّه يفيد الأولويه تبعاً للعلامة في تذكره الفقهاء ١٩/٤٣٥؛ وفي مجمع البرهان ٧/٤٩٢ كأنّه اجماعيّ.

٩- (٥٦٨) رياض المسائل ١٤/١١٢ (١٢/٣٥١).

١٠- (٥٦٩) تذكره الفقهاء ١٩/٤٣٦.

١١- (٥٧٠) المسالك ١٢/٤١٩.

١٢- (٥٧١) سنن أبي داود ٣/١٧٧، ح ٣٠٧١؛ تلخيص الحبير ٣/٦٣، ح ١٢٩٦؛ و سنن البيهقي ٦/١٤٢.

أمّا الإجماع: فهو غير متحقق لوجود المخالف في المسألة وعلى تقدير تسليم تحققه فهو إجماع منقول وقد حَقَّق في الأصول أنّه لا دليل على اعتباره.

وأما ما عن العلامة والشهيد الثاني من الملازمه بين كون الأحياء مفيدا للملك وكون التحجير مفيدا للأولويه فلا دليل عليه أصلاً إلا أن يكون نظرهما إلى أنّ بناء العقلاء قائم على ذلك وهو غير بعيد، كما سوف نشير إليه.

وأما الروايه فلم نعثر عليها من طرق الخاصه، وإنّما هي مرويه من طرق العامه، وعليه فلا أثر لها أصلاً. على أنّها لو ثبتت لكان حالها حال روايات الإحياء الظاهره في إفاده الملك، وهى مقطوع البطلان على أساس أن التحجير لدى الأصحاب لا يفيد الملك جزماً.

فالصحيح في المسألة أن يقال: إنّ الدليل على كون عمليه التحجير تمنح حقّ الأولويه لمن يقوم بها أنّما هو سيره العقلاء وحيث لم يرد ردع عنها من قبل الشرع فهى على أساس ذلك لا محاله تكشف عن إمضاء الشارع لها، فيكون دليلاً في المسألة.

ثمّ إنّ المتيقن: من تلك السيره أنّما هو فيما إذا أراد المحجر القيام بعملية الإحياء، وهذا يعنى \_ ان التحجير لدى العرف والعقلاء أنّما يمنح حقّ الأولويه للمحجرّ على أساس أنّه شروع في عمليه الاحياء وابتداء لها \_ .

واما إذا كان قاصداً به السيطرة على مساحه كبيره من الأرض والاستيلاء عليها \_ من دون أن يكون بصدد أحيائها واستثمارها والاستفاده من ثرواتها \_ فالظاهر بل المقطوع به أنه لا أثر لتحجيره هذا نهائياً، حيث لم يحرز جريان السيره من العقلاء على أنّه مفيد لحقّ الأولويه مطلقاً حتّى في هذا الفرض، بل لا يبعد دعوى قيام السيره منهم على عدم ترتيب أثر عليه على أساس أنّهم يرون أن ذلك يضّرّ بالعداله الاجتماعيه، ويوجب الضيق على الآخرين وتفويت حقوقهم.

ومن هنا يعتبر في كون عمليه التحجير مفيده لحقّ الأولويه تمكن المحجرّ من القيام بالإحياء والعماره وإلا لم تكن مفيده له، وأمّا إذا كان متمكناً من القيام به ثمّ زال عنه التمكن فإن كان موقتا لم يزل حقه عنها وإلا زال وجاز للآخر أن يقوم بأحيائها، كما

أن الأمر كذلك إذا امتنع من القيام بعمله الإحياء والاستثمار»(١).

## ٦- أن لا يكون قد حماه النبي صلى الله عليه وآله

قال الشيخ: «فأما الحمى... وهو أن يحمى قطعه من الأرض للمواشى ترعى فيها والناس فى ذلك على ثلاثه أضرب: النبى محمّد - عليه وآله أفضل الصلاة والسلام والبركات - والأئمة من بعده - عليهم أفضل الصلاة والسلام والتحيات - وآحاد المسلمين، فأما النبى صلى الله عليه وآله فكان له أن يحمى لنفسه ولعامة المسلمين لقوله عليهم السلام لا حمى إلا لله ولرسوله، وروى عنه عليه السلام أنه حمى النقيع - بالنون - وروى نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وآله حمى النقيع لخيلى المجاهدين ترعى فيه.

فأما آحاد المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لعامة المسلمين لقوله عليه السلام لا حمى إلا لله ولرسوله، وهذا خاص فى هذا الموضوع، وهذا لا خلاف فيهما.

وأما الأئمة الذين نذهب إلى إمامتهم المعصومون، فإن حموا كان لهم ذلك، لأن أفعالهم حجة ولا يجوز عليهم الخطأ والقيح، وفى المخالفين من قال ليس للإمام أن يحمى لنفسه شيئاً، وإن أراد أن يحميه للمسلمين ليس له ذلك، وفيهم من قال له أن يحمى للمسلمين.

فإذا ثبت ذلك فالكلام فى فصلين أحدهما بيان ما يحمى له، والثانى قد ما يحمى.

فأما الذى يحمى له فإنه يحمى للخيلى المعده لسبيل الله، ونعم الجزية، ونعم الصدقة والضوال.

وأما قدر ما يحمى فهو ما لا يعود بضرر على المسلمين، أو بضيق مراعيهم، لأن الإمام لا يفعل عندنا إلا ما هو من مصالح المسلمين.

فإذا ثبت هذا فإنه يحمى القدر الذى يفضل عنه ما فيه كفايه لمواشى المسلمين فأما ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحله، لأن فعله حجة يجب اتباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإن غيرته هو أو من

ص: ١٢٧

بعده من الأئمة أو أذن واحد منهم لغيره في إحياء ميت فأحياه فأنه يملكه فأما من يحييه بغير إذنه فإنه لا يملك به حسب ما قدّمناه»(١).

قال المحقق: «النبى صلى الله عليه وآله ، أن يحمى لنفسه ولغيره من المصالح(٢) كالحمى لنعم الصّيدقه. وكذا عندنا لإمام الأصل. وليس لغيرهما من المسلمين، أن يحمى [لنفسه]. فلو أحياه محى لم يملكه، مادام الحمى مستمرًا.

وما حماه النبى صلى الله عليه وآله ، أو الإمام [عليه السلام]، لمصلحه فزالت، جاز نقضه؛ وقيل: ما يحميه النبى صلى الله عليه وآله خاصة، لا يجوز نقضه لأنّ حماه كالنصّ»(٣).

وقال العلامة: «السادس: أن يحمى بقعه من الموات لمواشٍ بعينها، ويمنع سائر الناس من الرعى فيها.

والحمى قد كان لرسول الله صلى الله عليه وآله لخاص نفسه وللمسلمين؛ لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»(٤).

ولكنه عليه السلام لم يحمى لنفسه، وإنما حمى النقيع \_ بالنون \_ لإبل الصدقه ونعم الجزية وخيل المجاهدين فى سبيل الله.(٥)

وعندنا أنّ للإمام أن يحمى لنفسه ولإبل الصدقه ونعم الجزية وخيل المجاهدين

ص: ١٢٨

١- (٥٧٣) المبسوط ٣/٢٧٠ و ٢٧١.

٢- (٥٧٤) المسالك ١٢/٤٢٠: المراد بالحمى: أن يحمى بقعه من الموات لمواشٍ بعينها، ويمنع سائر الناس من الرعى فيها.

٣- (٥٧٥) الشرائع ٣/٢١٩.

٤- (٥٧٦) مسند أحمد ٤/٦٢٤، ح ١٥٩٩٠، و ٥/٢١، ح ١٦٢٢١؛ صحيح البخارى ٣/١٤٨؛ سنن أبى داود ٣/١٨٠، ح ٣٠٨٣؛ المعجم الأوسط \_ للطبرانى \_ ٥/١٣٣، ح ٤٦٦٩؛ المعجم الكبير \_ له أيضا \_ ٨/٩٧-٩٦، ح ٧٤٢٨-٧٤٢٦؛ سنن الدارقطنى ٤/٢٣٨، ح ١٢٢؛ المستدرک \_ للحاكم \_ ٢/٦١؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ ٦/١٤٦.

٥- (٥٧٧) الكافى ٥/٢٧٧، ح ٥؛ التهذيب ٧/٤١٤، ح ٦٢٥؛ الأموال \_ لأبى عبيد \_ ٣/٩؛ مسند أحمد ٢/٣٣٢، ح ٦٤٠٢؛ السنن الكبرى \_ للبيهقى \_ ٦/١٤٦؛ صحيح ابن حبان \_ برتيب ابن بلبان \_ ١٠/٥٣٨، ح ٤٦٨٣؛ الطبقات الكبرى \_ لابن سعد \_ ٥/١١.

على حدّ ما كان للنبيّ صلى الله عليه وآله ، وأما غيرهما من آحاد المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لغيرهم؛ لقوله عليه السلام : «لا حمى إلا لله ولرسوله».

وأما قصد به النبيّ صلى الله عليه وآله منع العامّة من الحمى، وذلك لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلدا مخصبا وافى بكلبٍ على جبلٍ إن كان به، أو على نشزٍ إن لم يكن به جبل، ثمّ استعوى الكلب ووقف له من كلّ ناحيه من يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحيه لنفسه، ويرعى مع العامّة فيما سواه، فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك (١)؛ لما فيه من التضييق على الناس.

وأما الأئمة عليهم السلام فقد قلنا: إنهم عندنا في ذلك بمرتبة النبيّ صلى الله عليه وآله .

ومنع الشافعي من تجويز الحمى لخاصّ نفسه، فإن حمى لنفسه لم يكن له ذلك. (٢)

وإن أراد أن يحمى للمسلمين فقولان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لقوله عليه السلام : «لا حمى إلا لله ولرسوله» ولأنّه لا يحمى لنفسه فلا يحمى لغيره، كالعامّة.

ونقول بموجب الحديث، فإنّ الإمام قائم مقام الرسول صلى الله عليه وآله ، والمقدّمه الأولى ممنوعه.

والثاني \_ وهو الصحيح عندنا وعندهم \_ : [الجواز (٣)] وبه قال مالك وأبو حنيفة؛ [لأنّ (٤)] عمر بن الخطاب حمى موضعا وولى عليه مولى له يقال له: هُنَى، فقال: يا هُنَى اضمم جناحك للناس، واتق دعوه المظلوم، فإنّ دعوه المظلوم مجابه، وأدخل ربّ

ص: ١٢٩

١- (٥٧٨) كما في الأم ٤/٤٧؛ ومختصر المزني ١٣١/؛ ونهايه المطلب ٨/٢٨٩؛ والعزيز شرح الوجيز ٦/٢٢٠؛ والمغني ٦/١٨٥؛ والشرح الكبير ٦/ (٢٠٣-٢٠٢).

٢- (٥٧٩) الحاوي الكبير ٧/٤٨٣؛ المهذب \_ الشيرازي \_ ١/٤٣٤؛ نهايه المطلب ٨/٢٨٨؛ الوجيز ١/٢٤٢؛ التهذيب \_ للبغوي \_ ٤/٤٩٢؛ البيان ٧/٤٢٧؛ العزيز شرح الوجيز ٦/٢٢٠؛ روضه الطالبين ٤/٣٥٧.

٣- (٥٨٠) ما بين المعقوفين أثبتناه من العزيز شرح الوجيز، وفاقا لما في بقيه المصادر.

٤- (٥٨١) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيه والحجريّه: «إنّ». والمثبت يقتضيه السياق.

الصَّرِيمَةَ وَرَبَّ الْغَنِيمَةِ (١)، إِيَّاكَ وَنَعَمَ ابْنَ عَفَّانَ وَنَعَمَ ابْنَ عَوْفٍ، فَإِنَّهُمَا إِنْ تَهْلَكَ مَاشِيَتُهُمَا يَرْجِعَا إِلَى نَخْلٍ، وَزَرْعٍ، وَإِنَّ رَبَّ الصَّرِيمَةَ وَالْغَنِيمَةَ إِنْ تَهْلَكَ مَاشِيَتُهُ يَأْتِنِي بَعِيَالَهُ فَيَقُولُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَارَكُهُمْ [أنا (٢)] لَا أَبَا لَكَ لَا أَبَا لَكَ (٣)، فَالْمَاءُ وَالْكَأُ أَهْوَنَ عَلَيَّ مِنَ الدِّينَارِ وَالدَّرْهَمِ، وَأَيْمَ اللَّهِ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ: إِنَّهَا لِبِلَادِنَا الَّتِي قَاتَلْنَا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَأَسْلَمْنَا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ، وَلَوْ لَا الْخَيْلَ الَّتِي أَحْمَلُ عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَمَا حَمَيْتُ مِنْ بِلَادِ الْإِسْلَامِ شَبْرًا. (٤)

وهو إجماع منهم، ولأنَّ ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام النبي صلى الله عليه وآله [وقد روى عن النبي صلى الله عليه وآله] «ما أطعم الله نبياً طعمه إلا جعلها طعمه لمن بعده» (٥) وأما الخبر فمخصوص (٧) (٨).

وقال السيد العاملي في شرح كلام العلامة في القواعد: «وفي حكم الإقطاع

ص: ١٣٠

- ١- (٥٨٢) الصَّرِيمَةَ تَصْغِيرَ الصَّرْمَةِ، وَهِيَ الْقَطِيعُ مِنَ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ، وَالْغَنِيمَةُ تَصْغِيرُ الْغَنَمِ، يَرِيدُ: أَدْخَلَ صَاحِبَ الْإِبِلِ الْقَلِيلَةَ وَالْغَنَمَ الْقَلِيلَةَ فِي الْحَمَى وَالْمَرْعَى. النَّهْيَةُ - لَابِنِ الْأَثِيرِ - ٣/٢٧ «صرم».
- ٢- (٥٨٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ أَثْبَتَاهُ مِنَ الْمَصْدَرِ.
- ٣- (٥٨٤) جَمَلُهُ «لَا أَبَا لَكَ» غَيْرُ مَكْرَرٍ فِي الْمَصَادِرِ.
- ٤- (٥٨٥) الْمَوْطَأُ ٢/١٠٠٣، ح ١؛ صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤/٨٧؛ السُّنَنِ الْكُبْرَى - لِلْبَيْهَقِيِّ - ٦/١٤٧؛ الْأُمُّ ٤/٤٦ و ٤٨؛ التَّهْذِيبُ - لِلْبَغْوِيِّ - ٤/٤٩٢؛ الْبَيَانُ ٧/٤٢٨؛ الْعَزِيزُ شَرْحُ الْوَجِيزِ ٦/٢٢٠.
- ٥- (٥٨٦) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفِينَ أَثْبَتَاهُ مِنَ الْمَغْنَى ٦/١٨٧؛ وَالشَّرْحُ الْكَبِيرُ ٦/٢٠٤.
- ٦- (٥٨٧) مَسْنَدُ أَحْمَدَ ١/٩، ح ١٥؛ سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٣/١٤٤، ح ٢٩٧٣.
- ٧- (٥٨٨) الْحَاوِي الْكَبِيرُ ٧/٤٨٣؛ الْمَهْدَّبُ - لِلشَّرَازِيِّ - ١/٤٣٤؛ نَهْيَةُ الْمَطْلَبِ ٨/٢٨٨؛ التَّهْذِيبُ - لِلْبَغْوِيِّ - ٤/٤٩٢؛ الْبَيَانُ ٧/٤٢٨-٤٢٧؛ الْعَزِيزُ شَرْحُ الْوَجِيزِ ٦/٢٢٠؛ رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ ٤/٣٥٧؛ الْمَغْنَى ٦/١٨٧-١٨٦؛ الشَّرْحُ الْكَبِيرُ ٦/٢٠٤-٢٠٣؛ الْإِشْرَافُ عَلَى نَكْتِ مَسَائِلِ الْخِلَافِ ٢/٦٦٨، ح ١١٨٩؛ عَيُونُ الْمَجَالِسِ ٤/١٨١٧، ح ١٢٨٢؛ رَوْضَةُ الْقُضَاةِ ٢/٥٥١، ح ٣٢٦٨ وَ ٣٢٦٩.
- ٨- (٥٨٩) تَذَكْرُهُ الْفُقَهَاءُ ١٩/٤٤٥-٤٤٢.

الجمي، وهو منع الإمام الناس عن رعي كلاً ما حماه في الأرض المباحه ليختص به دونهم) قد جعل في التذكرة (١) والتحرير (٢) والدروس (٣) عدم الجمي شرطاً في الإحياء المملّك. ومثله جعله في حكم الإقطاع. ومن ذكره مستقلاً وبين أحكامه أفاد كلامه ذلك. وقد عرّفه المصنّف بما سمعت وبمعناه ما في التذكرة (٤) هو أن يحمي بقعه من الموات لمواشٍ بعينها ويمنع سائر الناس من الرعي فيها، وكلاهما غير المعنى اللغوي والعرفي وإنما أراد بهما بيان المراد منه في كلام الفقهاء. والتعريف الموافق للغة والعرف ما في المبسوط قال: وهو أن يحمي قطعه من الأرض للمواشي ترعى فيها، وقد روى أصحابنا والعامّة عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنه قال: لا حمى إلا لله ولرسوله. (٥) والظاهر أنّ الخبر عامي، لأنّه ليس موجوداً في الجوامع العظام من كتبنا، ولكنهم أخذوه مسلماً. وفي التذكرة (٦) وغيرها (٧) أنّه صلى الله عليه وآله قصد منع العامّة من الجمي، وذلك لأنّ العزيز من العرب كان إذا انتجع بلداً مخصباً وافى بكلب على جبل أو على نَشْرٍ إن لم يكن به جبل، ثم استعوى الكلب، ووقف له من كلّ ناحيه مَنْ يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحيه لنفسه ويرعى مع العامّة فيما سواه، فهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك لما فيه من التضييق على الناس.

وقد تبه المصنّف بقوله (وهو منع الإمام) على خلاف الشافعي حيث منع على غير النبيّ صلى الله عليه وآله الجمي لنفسه، واختلف كلامه على قولين (٨) إذا حمى للمسلمين، لأنّ الأئمة

ص: ١٣١

- ١- (٥٩٠) تذكره الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ١٩/٤٤٢.
- ٢- (٥٩١) تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات في أقسام الأراضى ٤/٤٨٦.
- ٣- (٥٩٢) الدروس الشرعيه: في شرائط التملّك بالإحياء ٣/٥٧.
- ٤- (٥٩٣) تذكره الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ١٩/٤٤٢.
- ٥- (٥٩٤) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧٠.
- ٦- (٥٩٥) تذكره الفقهاء: في شروط التملّك بالإحياء ١٩/٤٤٣.
- ٧- (٥٩٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٤/٤٨٩؛ ومسالك الأفهام ١٢/٤٢١.
- ٨- (٥٩٧) الحاوى الكبير: في الحمى من إحياء الموات ٧/٤٨٣.



— صلوات الله عليهم — بمنزله النبي صلى الله عليه وآله عندنا، وهو من ضروريات مذهبنا.

ونحوه ما فى السرائر(١) وجامع الشرائع(٢) والسرائع(٣) والتحرير(٤) والدروس(٥) حيث قيل فيها: ولإمام الأصل ذلك عندنا. وكيف كان، فمشروعيه الحمى ثابتة بإجماع المسلمين، وستسمع إجماعهم على بعض الخصوصيات.

قوله: (كما حمى النبي صلى الله عليه وآله النقيع) كما ذكر ذلك الخاصه والعامه(٦)، وقد روى فى الكافى(٧) والتهذيب(٨) بسندٍ ضعيف بجماعه عن أبى الحسن عليه السلام قال: سألته عن بيع الكالأ والمرعى، فقال: لا بأس، قد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله النقيع لخليل المسلمين. وهذا الخبر يُستشَم منه رائحه التقيه، لأنَّ الجواب غير مطابق للسؤال. والنقيع — بالنون — موضع قريب من المدينه كان يستنقع فيه الماء، ومنه أول جمعه جُمعت فى الإسلام فى المدينه فى نقيع الخَفِطَمات بالمعجمتين. وفى الحواشى(٩): أنه بكسر النون.

قوله: (وللإمام أن يحمى لنفسه) لأنَّ الموات ملك له، ومين ملك أرضا فله حمايتها بلا- خلاف كما فى الخلاف(١٠) والغنيه(١١). وقد روى العامه النبي صلى الله عليه وآله قال: لا حمى إلا لله

ص: ١٣٢

- ١- (٥٩٨) السرائر: البيع فى أقسام النَّاس فى الحمى ٢/٣٨١.
- ٢- (٥٩٩) الجامع للسرائع: فى إحياء الموات ٣٧٥/.
- ٣- (٦٠٠) شرائع الإسلام: فى شرائط التملك بالإحياء ٣/٢١٩.
- ٤- (٦٠١) تحرير الأحكام الشرعيه: احياء الموات فى أقسام الأراضى ٤/(٤٨٩-٤٩٠).
- ٥- (٦٠٢) الدروس الشرعيه: فى شرائط تملك الموات بالاحياء ٣/٥٨.
- ٦- (٦٠٣) السنن الكبرى للبيهقى ٦/١٤٦.
- ٧- (٦٠٤) الكافى: فى بيع المراعى ٥/٢٧٧، ح ٥.
- ٨- (٦٠٥) تهذيب الأحكام: باب بيع الماء... ٧/١٤١، ح ١٠؛ ووسائل الشيعة ١٧/٣٣٧، ح ٣، باب ٩ من أبواب إحياء الموات.
- ٩- (٦٠٦) لم أجده فى الحاشيه التجارويه بل فيها ٣٤٧: «النقيع بفتح النون موضع يجتمع فيه الماء فيكثر الخصب».
- ١٠- (٦٠٧) الخلاف: إحياء الموات ٣/٥٢٨، مسأله ٦.
- ١١- (٦٠٨) غنيه النزوع: فى إحياء الموات ٢٩٣/ و ٢٩٤.

ولرسوله ولأئمة المسلمين. (١) وفي المبسوط أن للنبي صلى الله عليه وآله أن يحمى لنفسه ولعامة المسلمين بلا خلاف. (٢) وفي التذكرة: لكنه لم يحمى لنفسه، وإنما حمى النقيح لأبل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين. (٣) وغرض المصنف هنا بيان أن الإمام كالنبي صلى الله عليه وآله، وأن له وللنبي صلى الله عليه وآله أن يحمى لنفسه ولغيره. ومما ذكر فيه أنه له أن يحمى لنفسه المبسوط (٤) والغنية (٥) والسرائر (٦) والجامع للسرائر (٧) والسرائر (٨) والتحرير (٩) لكن في المبسوط والسرائر عند بيان ما يحمى له لم يذكر الحمى لنفسه وإنما ذكر الأربعة الآتية، ولم يذكره في الوسيلة (١٠) أصلاً، وظاهره الحصر في الأربعة، ولعله لأنه لم يفعله صلى الله عليه وآله وإلا فالمعصوم قوله وفعله حجة، على أنه مالك وللمالك أن يفعل في ملكه ما يشاء.

قوله: (ولنعم الصدقة الضوال) والخيل المعدّة لسبيل الله ونعم الجزية كما في المبسوط (١١) والوسيلة (١٢) والغنية (١٣) والسرائر (١٤)

ص: ١٣٣

- ١- (٦٠٩) لم نظفر على عبارته الحديث في كتب حديث العامة ولا الخاصّة إلا على قوله صلى الله عليه وآله: لا حمى إلا لله ولرسوله. نعم رواه الشيخ في الخلاف ٣/٥٢٨ وابن زهره في الغنية ٢٩٤.
- ٢- (٦١٠) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧٠.
- ٣- (٦١١) تذكره الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ١٩/٤٤٣.
- ٤- (٦١٢) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧٠.
- ٥- (٦١٣) غنية النزوع: في إحياء الموات ٢٩٣/ و ٢٩٤.
- ٦- (٦١٤) السرائر: البيع في أقسام الناس في الحمى ٢/٣٨١.
- ٧- (٦١٥) الجامع للسرائر: في إحياء الموات ٣٧٥.
- ٨- (٦١٦) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٢١٩.
- ٩- (٦١٧) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤/٤٩٠.
- ١٠- (٦١٨) الوسيلة: في إحياء الموات ١٣٤.
- ١١- (٦١٩) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧٠ و ٢٧١.
- ١٢- (٦٢٠) الوسيلة: في إحياء الموات ١٣٤.
- ١٣- (٦٢١) غنية النزوع: في إحياء الموات (٢٩٤-٢٩٣).
- ١٤- (٦٢٢) السرائر: في أحكام الحمى ٢/٣٨١.

وجامع الشرائع (١) والتذكرة (٢) وغيرها (٣)، وزاد في التذكرة مواشى الضعفاء.

قوله: (وليس لغيره ذلك) ليس لغير النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام \_ وهو المراد من العبارة \_ من آحاد الناس أن يحمى لنفسه ولعامة المسلمين بلا خلاف كما في المبسوط (٤) وإجماعا كما في التحرير (٥) ولا يجوز لغيرهما الحمى إجماعا كما في المسالك (٦) وهو كذلك، لأن عبارات من تعرض له قد طفت بذلك، وهو من العامة إجماع كما في التذكرة وإن خالف الشافعي في أحد قوليه، لأن عمر بن الخطاب قد حمى موضعا وولى عليه هتيا وأمره أن يدخل رب الصريمه ورب الغنيمه ونهاه أن يدخل فيه نعم ابن عفان وابن عوف (٧).

وهل لولاته في النواحي؟ فيه وجهان عند العامة، والوجه المنع إلا بإذنه كما في التذكرة (٨) ومنه يُعلم حال الفقهاء في زمن الغيبة.

ولم يذكر المصنّف قدر المحي، وقد قدر في المبسوط (٩) والوسيله (١٠) والسرائر (١١) وجامع الشرائع (١٢) والتذكرة (١٣).

ص: ١٣٤

- ١- (٦٢٣) الجامع للشرائع: في إحياء الموات ٣٧٥.
- ٢- (٦٢٤) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ١٩/٤٤٣.
- ٣- (٦٢٥) الخلاف: في الحمى وأحكامه ٤/٥٢٨، مسأله ٧.
- ٤- (٦٢٦) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧٠ و ٢٧١.
- ٥- (٦٢٧) تحرير الأحكام الشرعية: إحياء الموات في أقسام الأراضى ٤/٤٩٠.
- ٦- (٦٢٨) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤٢١.
- ٧- (٦٢٩) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ١٩/٤٤٤.
- ٨- (٦٣٠) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ١٩/٤٤٣.
- ٩- (٦٣١) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧٠ و ٢٧١.
- ١٠- (٦٣٢) الوسيله: في إحياء الموات ١٣٤.
- ١١- (٦٣٣) السرائر: البيع في أقسام الناس في الحمى ٢/٣٨١.
- ١٢- (٦٣٤) الجامع للشرائع: في إحياء الموات ٣٧٥.
- ١٣- (٦٣٥) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ١٩/٤٤٣.

والتحرير (١) بما لا يعود بضرر على المسلمين ولا يضيق مراعيهم. ولعل من ترك تركه لظهور أن المعصوم لا يحمي إلا الأقل الذي لا يبين ضرره على المسلمين.

قوله: (ولا يجوز نقض ما حماه الإمام ولا تغييره) أي اعتباراً من دون إذن منه ولا زوال مصلحه. وهو ممّا لا ريب فيه، وإنما الخلاف فيما إذا زالت المصلحه كما يأتي، لكنّه قال في المبسوط (٢) والخلاف (٣) فأما ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحله، لأن فعله حجّه يجب أتباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإن غيره هو أو من بعده من الأئمّه أو أذن واحد منهم لغيره في إحياء ميت فأحياء فإنه يملكه، ولعله إليه أشار المحقق في الشرائع بقوله: «وقيل ما يحمي النبي خاصة لا يجوز نقضه، لأن حماه كالنص» (٤)، انتهى. وعلى رده تبه في الدروس بقوله: ولا فرق بين ما حماه النبي صلى الله عليه وآله والإمام، لأن حماهما نص، إذ لا يحكم الإمام بالاجتهاد عندنا. (٥) والنقض هو الإبطال من رأس، والتغيير قد يكون للبعض، وقد يكون للكُلّ.

قوله: (ومن أحياء منه شيئاً لم يملكه مادام الحمى مستمرًا) كما هو صريح جماعه (٦) وقضيه كلام الباقرين (٧). وهو ممّا لا ريب فيه أيضا عندنا وعند العامّة.

وقوله: (فإن كان الحمى لمصلحه فزالت فالوجه جواز الإحياء) وجواز نقضه كما جزم به في الشرائع (٨) والتذكرة (٩) والتحرير (١٠)

ص: ١٣٥

- ١- (٦٣٦) تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات في أقسام الأراضى ٤/٤٩٠.
- ٢- (٦٣٧) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧١.
- ٣- (٦٣٨) الخلاف: في إحياء الموات ٣/٥٢٩، مسأله ٨.
- ٤- (٦٣٩) شرائع الإسلام: في شرائط التملك بالإحياء ٣/٢١٩.
- ٥- (٦٤٠) الدروس الشرعيه: في شرائط تملك الموات بالإحياء ٣/٥٨.
- ٦- (٦٤١) منهم المحقق في الشرائع ٣/٢١٩؛ والشهيد الثانى فى المسالك ١٢/٤٢١؛ والسرائر ٢/٣٨٢.
- ٧- (٦٤٢) كما فى الغنيه ٢٩٤/؛ والدروس ٣/٥٨؛ ومجمع الفائده والبرهان ٧/٥٠٠.
- ٨- (٦٤٣) شرائع الاسلام: فى شرائط التملك بالإحياء ٣/٢١٩.
- ٩- (٦٤٤) تذكرة الفقهاء: فى شروط التملك بالإحياء ١٩/٤٤٦.
- ١٠- (٦٤٥) تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات فى أقسام الأراضى ٤/٤٩٠.

والحواشي (١) والمسالك (٢). وفي ترجيح في الإيضاح (٣). وفي المسالك: أنه في حِمى الإمام موضع وفاق وفي حِمى النبي صلى الله عليه وآله وجهان: أحدهما أنه كذلك للاشتراك في المقتضى، والآخر المنع مطلقاً، لأنّ حماه إنّما كان لمصلحه مقطوعه فكان كالنص لا يجوز تغييره (٤)، انتهى. وقد سمعت ما في المبسوط من أنّ ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله خاصّه لا يجوز نقضه، وما في الشرائع من نسبه إلى القيل. وهذا لقول لم نجد لأحد من طائفتنا غير الشيخ في ظاهر المبسوط (٥) وإنّما هو قول للعامّة، قالوا: لأنّه نصّ فلا ينقض بحال، ومنهم من قال: إن بقيت الحاجه لم يغيّر، وإن زالت فوجهان: أحدهما وبه قال أبو حنيفة (٦) الجواز لزوال العله، وأظهرهما عند الشافعي (٧) العدم، لأنّ التغيير إنّما يكون بالاجتهاد، ونحن نقطع أنّ ما فعله مصلحه فلا يرفع القطع بالظنّ.

ويبقى الكلام في هذا الذي يجوز له الإحياء والنقض والتغيير، فقد فرض في الدروس (٨) وجامع المقاصد (٩) وظاهر التحرير (١٠) في غير الوالي من آحاد الناس، وقد فرضه في التذكرة (١١) في نفسه تارةً بمعنى أنّ الإمام ينقض ما حماه إذا زالت المصلحه وهو الذي ذكره في المسالك (١٢) أخيراً.

ص: ١٣٦

- ١- (٦٤٦) الحاشيه النجاريه / ٣٤٧.
- ٢- (٦٤٧) مسالك الأفهام: في شرائط تملك الموات بالإحياء ١٢/٤٢٢.
- ٣- (٦٤٨) إيضاح الفوائد: إحياء الموات في المنافع ٢/٢٣٥.
- ٤- (٦٤٩) مسالك الأفهام: في شرائط تملك الموات بالإحياء ١٢/٤٢٢.
- ٥- (٦٥٠) المبسوط: في إحياء الموات ٣/٢٧١.
- ٦- (٦٥١) كما في التذكرة ١٩/٤٤٦؛ وانظر روضه الطالبين ٤/٤٥٤.
- ٧- (٦٥٢) المجموع ١٥/٢٣٥.
- ٨- (٦٥٣) الدروس الشرعيه: في شرائط تملك الموات بالإحياء ٣/٥٨.
- ٩- (٦٥٤) جامع المقاصد: إحياء الموات في أحكام المنافع ٧/٣٣.
- ١٠- (٦٥٥) تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات في أقسام الأراضي ٤/٤٩٠.
- ١١- (٦٥٦) تذكرة الفقهاء: في شروط التملك بالإحياء ١٩/٤٤٦.
- ١٢- (٦٥٧) مسالك الأفهام: في شرائط التملك بالإحياء ١٢/٤٢١ و ٤٢٢.

وفى احتياج خروجه عن الحمى حيث يكون المحيى آحاد الناس إلى حكم الحاكم نظر من تبعته المسبب، لأنه شرع لمصلحه وعله خاصه، فإذا زالت العله زال المعلول فيرجع إلى أصله من الإباحه، ومن أن التغيير إنما يكون بالاجتهاد ولا يجوز تغيير ما فعله الإمام عليه السلام بالاجتهاد. وهو كما ترى يمنع ذلك على الحاكم أيضا، وأن المحمى لا يثبت بمجرد المصلحه بل بحكم الإمام، فلا يزول إلا به، لامتناع مناطيه الأحكام بالمصالح بل بالوصف، وهو كما ترى أيضا وأنه قد تعين لتلك الجبهه كالمسجد والمقبره، فلا يتغير إلا بالنص. ولا ترجيح فى الدروس (١) والإيضاح (٢). وربما قيل (٣): إنما يجوز الإحياء بإذن الإمام وإذا أذن زال الحمى فلا- حاصل لهذا الفرع. وأجيب بأنه نفرض أنه أذن عليه السلام مطلقا، فيكون شمول الإطلاق لهذا الفرد فرع زوال الحمى، وعدمه فرع عدمه.

وهل للإمام الثانى إزاله ما حماه السابق لمصلحه زائده مع بقاء مصلحه المحمى لها؟ وجهان: من أنها إنما تعينت لجبهه مستحقه، فهى كالمسجد ومن زوال الملك فى المسجد بخلاف الحمى، فإنه تابع للمصلحه، وقد يكون غيرها أصلح منها (٤).

وقال صاحب الجواهر فى شرح كلام المحقق فى الشرائع: «وللنبي صلى الله عليه وآله (الذى هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم (أن يحمى) بقعه من الأرض الموات (لنفسه ولغيره من المصالح كالحمى لنعم الصدقه) والجزيه والضوال ونحوها، قال فى محكى المبسوط: «للنبي صلى الله عليه وآله أن يحمى لنفسه ولعامة المسلمين بلا خلاف» (٥).

(وكذا عندنا لإمام الأصل) الذى هو بمنزله النبي صلى الله عليه وآله فى كل ما لم يثبت أنه من

ص: ١٣٧

١- (٦٥٨) الدروس الشرعيه: فى شرائط تملك الموات بالإحياء ٣/٥٨.

٢- (٦٥٩) إيضاح الفوائد: إحياء الموات فى المنافع ٢/٢٣٥.

٣- (٦٦٠) القائل والمجيب هو المحقق الكركى فى جامع المقاصد: إحياء الموات فى أحكام المنافع ٧/٣٣.

٤- (٦٦١) مفتاح الكرامه ١٩/١٠٢-٩٤).

٥- (٦٦٢) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧٠.

خواصّه، بلا خلاف (١) ولا إشكال؛ ضروره كون الموات لهم عليهم السلام، وفي النبويّ: «لا حمى إلا لله ولرسوله» (٢)، وزاد في آخر:

«ولأنّهم المسلمين» (٣).

والأصل فيه: أنّ الأعرّاء (٤) من العرب إذا انتجع أحد منهم بلدا مخصبا وأتى (٥) (٦) بكلب على جبل إن كان به، أو على نشز إن لم يكن به جبل، ثم استعوى الكلب، وأوقف من كلّ ناحيه من يسمع صوته بالعوى، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحيه لنفسه، ويرعى مع العامّة فيما سواه، فهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك لما فيه من التضيق على الناس (٧).

ولا ينافى ذلك ما وقع منه عليه السلام كما فى الخبر عن أبى الحسن عليه السلام: «سألته عن بيع الكلاّ والمرعى؟ فقال: لا بأس، قد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله النقيع (٨) لخيّل المسلمين» (٩)؛ فإنّه ليس حمى لنفسه.

ولذا قال فى التذكرة: «إنّ صلى الله عليه وآله لم يحم لنفسه، وإنّما حمى النقيع لإبل الصدقة ونعم

ص: ١٣٨

١- (٦٦٣) كما فى الخلاف: إحياء الموات ٣/٥٢٨، مسأله ٦.

٢- (٦٦٤) سنن أبى داود ٣/١٨٠، ح ٣٠٨٣؛ مسند أحمد ٤/٣٨؛ صحيح البخارى ٣/١٤٨؛ المستدرک (للحاكم) ٢/٦١؛ مجمع الزوائد ٤/١٥٨؛ مسند الحميدى ٢/٣٤٤؛ المصنّف (لابن أبى شيبة) ٥/٣٩١، ح ١؛ السنن الكبرى (للنسائي) ٣/٨، ح ٥٧٧٥؛ كنز العمال ٤/٣٨٣، ح ١١٠٢٤؛ الجامع الصغير ٢/٧٤٦، ح ٩٨٧٧.

٣- (٦٦٥) البحر الزخار ٥/٧٧؛ الخلاف: إحياء الموات ٣/٥٢٨، مسأله ٦.

٤- (٦٦٦) الأعرّاء: هم الذين كانت لهم العزّه والهيبة بين القبائل ولا يجسروا أحدّ على ما وقع فى حماهم، ومن مشاهيرهم كليب. وهو من رجال تغلب الأشداء وإليه يُنسب (حمى كليب).

٥- (٦٦٧) فى المصادر بدلها: وافى.

٦- (٦٦٨) كذا فى الأصل، والذى يقتضيه السياق: أتى بـكَلْبٍ، (بحذف الواو).

٧- (٦٦٩) تحرير الأحكام: إحياء الموات / أقسام الأراضى ٤/٤٨٩.

٨- (٦٧٠) النقيع: موضع قريب من المدينة. النهايه (لابن الأثير) ٥/١٠٨ (نقع).

٩- (٦٧١) الكافى ٥/٢٧٧، ح ٥، باب بيع المراعى؛ تهذيب الأحكام ٧/١٤١، ح ١٠، باب ١٠ بيع الماء؛ وسائل الشيعه ٢٥/٤٢٣، ح ٣، باب ٩ من كتاب إحياء الموات.

وبالجملة: ذلك وإن كان جائزا له ولكن لم يفعله لنفسه إيثارا للغير، وما وقع منه صلى الله عليه وآله إنما هو للمسلمين، ولعل ذكر المصنّف الإمام عليه السلام تنبيها على ما يحكى عن الشافعي: من اختصاص ذلك بالنبي(٢) صلى الله عليه وآله (و) فيه: أنّه لا دليل على أنّه من خواصّه، بل الخبر المزبور المروى فى طرقهم دالّ على خلافه.

نعم (ليس لغيرهما من المسلمين أن يحمى)(٣) بلا- خلاف كما عن المبسوط(٤)، بل إجماعا فى المسالك(٥) ومحكى التحرير(٦). وما وقع من عمر بن الخطّاب من أنّه قد حمى موضعا وولّى عليه رجلا،(٧) لا حجّه فيه، بل هو مخالف لما عرفت.

وما فى الخبر المزبور - الذى لا- مطابقه فيه بين الجواب والسؤال ظاهرا إلاّ على تكلف - محمول على ما إذا كان المرعى ملكا للحامى لأنّ الأرض أرضه، كما أومئ إليه فى بعض المعتمره، قال فيه: «إنّ لنا ضياعا ولها حدود وفيها مراعى، ولرجل منا غنم وإبل يحتاج إلى تلك المراعى لإبله وغنمه، أيحلّ له أن يحمى ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه. فقلت: الرجل يبيع المراعى؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس»(٨).

اللهمّ إلاّ أن يكون نائبا خاصّا عنهما فى ذلك، بل يقوى جوازه لنائب الغيبه أيضا إن

ص: ١٣٩

١- (٦٧٢) تذكره الفقهاء: إحياء الموات / فى شرائطه ١٩/٤٤٣.

٢- (٦٧٣) روضه الطالبين ٤/٤٥٣؛ الحاوى الكبير ٧/٤٨٣؛ المغنى (لابن قدامه) ٦/١٦٧؛ المجموع ١٥/٢٣٤ و ٢٣٦؛ مغنى المحتاج ٢/٣٦٩.

٣- (٦٧٤) فى نسخه الشرائع ٣/٢١٩ بعدها إضافه «لنفسه» مجعوله فى نسخه المسالك بين معقوفتين.

٤- (٦٧٥) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧٠.

٥- (٦٧٦) مسالك الأفهام: إحياء الموات / فى الأرضين ١٢/٤٢١.

٦- (٦٧٧) تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات / أقسام الأراضى ٤/٤٩٠.

٧- (٦٧٨) مختصر المزنى ١٣١؛ المسند (للشافعي) ٣٨١؛ سنن البيهقي ٦/١٤٦-١٤٧؛ كنز العمال ٣/٩٢١-٩٢٠، ح ٩١٧٠-٩١٦٨؛ نصب الرايه ٤/٢٧٠؛ تاريخ دمشق ٤٤/٣٤١.

٨- (٦٧٩) الكافي: المعيشه ٥/٢٧٦، ح ٢، باب بيع المراعى؛ تهذيب الأحكام: التجارات ٧/١٤١، ح ٨، باب ١٠ بيع الماء؛ وسائل الشيعه ١٧/٣٧١، ح ١.



لم نقل: إنّه من خواصّ الإمامه، أمّا غيره من سائر النَّاس فلا إشكال في عدم الجواز؛ لما عرفت، مضافاً إلى مفهوم الخبر المزبور وغيره ممّا دلّ على اعتبار كون الأرض أرضاً له في جواز الحمى، لا إذا كانت مباحه مندرجه فيما دلّ (١) على اشتراك النَّاس في النار والماء والكلاً.

وعلى كلّ حال (ف) لا خلاف أجده (٢) في أنّه (لو أحياء محيٍ لم يملكه ما دام الحمى مستمراً) إذ المراد بالحمى هو منع النَّاس عن التعرّض لبعض الأراضي التي لا تضيق على المسلمين برعى أو غيره لأجل كلئها، ولا ريب في اقتضاء ذلك عدم جواز الإحياء وعدم ترتّب الملك لو فعل؛ لعدم الإذن بل النهي، ولعلّه لذا تركه بعضهم في الشرائط، وإن كان من ذكره شرطاً قد لاحظ عدم تملكه بالإحياء، فيكون الجميع متفقين على الحكم المزبور.

بل لا يجوز نقض الحمى ولا تغييره لأحدٍ غيرهم عليهم السلام من دون إذن منهم مع فرض بقاء المصلحه.

(و) إنّما الكلام في أنّ (ما حماه النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام لمصلحه فرالت) هل يجوز نقضه؟ ففي المتن: (جاز نقضه) كما هو خيره الفاضل (٣) والشهيدين (٤) والكركي (٥)؛ للأصل وغيره.

(وقيل: ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله خاصّه لا يجوز نقضه؛ لأنّ حماه كالنصّ) الذي لا يجوز الاجتهاد في مقابله.

ص: ١٤٠

- 
- ١- (٦٨٠) انظر: وسائل الشيعه ٢٥/٤١٧، باب ٥ من كتاب إحياء الموات.
  - ٢- (٦٨١) يظهر الإجماع من مفتاح الكرامه: إحياء الموات / في الأراضي ١٩/١٠٠.
  - ٣- (٦٨٢) قواعد الأحكام: إحياء الموات / في الأراضي ٢/٢٧٠؛ تحرير الأحكام الشرعيه: إحياء الموات / أقسام الأراضي ٤/٤٩٠.
  - ٤- (٦٨٣) الشهيد الأول في الدروس: إحياء الموات / المقدمه ٣/٥٨؛ والشهيد الثاني في المسالك: إحياء الموات / في الأرضين ١٢/٤٢٢.
  - ٥- (٦٨٤) جامع المقاصد: إحياء الموات / في الأراضي ٧/٣٣.

ولعلّه أشار بذلك إلى ما فى محكّي المبسوط(١) والخلاف(٢): «فأمّا ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله فإنه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحلّه؛ لأنّ فعله حجّج يجب اتّباعه فيه، وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإنّ غيره هو أو من بعده من الأئمّه أو أذن أحد منهم لغيره فى إحياء ميّت فأحياءه فإنّه يملكه...» إلى آخره، وإلاّ فلم نجد له غيره.

نعم، هو قول للعامّة(٣) مبنيّ على مذهبهم فى الإمام، ولا ريب فى بطلانه عندنا؛ ضروره عدم الفرق بين حماهما بعد أن كانا معصومين ولا يحكمان بالاجتهاد.

وهل ينتقض بمجرد زوال المصلحه، أو لابدّ من التصريح بالنقض؟ وجهان أو قولان، أقواهما الأوّل؛ لأنّ أصل وقوعه مبنيّ على المصلحه فيكفى حينئذٍ زوالها فى زواله، بل لا يبعد جواز تغيير الإمام له لزياده المصلحه فى غيره فضلاً عن زوالها، والله العالم(٤).

وقال آية الله الفياض \_ مدظله \_ : «إنّ الإسلام لم يعترف بالحمى على أساس أنّه مصدر حقّ فى الثروات الطبيعیه، حيث أنّه عند العرب فى زمن الجاهليّه عباره عن الاستيلاء والسيطره على مساحات كبيره من الأرض بما فيها من الثروات بالقوه والتحكم على الآخرين بحيث يعتبر المسيطر نفسه مالكة لتلك المساحات الكبيره بما فيها من المصادر والثروات، وقد تقدم فى ضمن الأبحاث السالفه بشكل موسع أنّ الإسلام لم يعترف بأى حقّ فى تلك الثروات والمواد الخام إلاّ على أساس العمل وبذل الجهد فى سبيل الانتفاع بها والاستفاده منها، ولا قيمه للسيطره عليها نهائياً بدون انفاق عمل.

نعم لا شبهه فى ثبوت حق الحمى فى الإسلام للرسول صلى الله عليه وآله على أساس أن أمر الأراضى بيده صلى الله عليه وآله وله أن يتصرف فيها بما يرى فيجوز له صلى الله عليه وآله أن يحمى مساحه كبيره من

ص: ١٤١

١- (٦٨٥) المبسوط: كتاب إحياء الموات ٣/٢٧١.

٢- (٦٨٦) الخلاف: إحياء الموات ٣/٥٢٩، مسأله ٨ و ٩.

٣- (٦٨٧) المغنى (لابن قدامه) ٦/(١٦٩-١٦٨)؛ الشرح الكبير ٦/١٨٤؛ المجموع ١٥/٢٣٩.

٤- (٦٨٨) الجواهر ٣٩/(٩٥-٩٠) [٣٨/(٦٥-٦١)].

الأرض لمصالح عامه. كما روى أن رسول الله قد حمى النقيع لخييل المسلمين، وكذا لاشبهه في ثبوت هذا الحق للإمام عليه السلام بعده بعين الملاك المزبور، بل لا يبعد ثبوته لنائبه عليه السلام وهو الفقيه الجامع للشرائط في عصر الغيبة أيضا»(١).

أقول: ثبوت حق الحمى للفقيه في عصر الغيبة محلّ تأمل بل منع كما يظهر من العلامه في التذكرة(٢) وصرح به السيّد العاملی في المفتاح(٣) وخلافا لصاحب الجواهر(٤) وبعض أساتذتنا(٥) قدس سره وآيه الله الفياض(٦) \_ مدظله \_ .

ص: ١٤٢

- 
- ١- (٦٨٩) الأراضى ٤١٦/ و ٤١٧.
  - ٢- (٦٩٠) تذكره الفقهاء ١٩/٤٤٦.
  - ٣- (٦٩١) مفتاح الكرامه ١٩/٩٨.
  - ٤- (٦٩٢) الجواهر ٣٩/٩٣ (٣٨/٦٣).
  - ٥- (٦٩٣) دراسات في ولاية الفقيه ٤/١٧٤.
  - ٦- (٦٩٤) الأراضى ٤١٧.

إشاره

تعرض الشيخ الأعظم (١) قدس سره «لحكم الأراضى المفتوحة عنوه بمناسبه تعرضه لحكم الأراضين، فذكر مقدّمه ما حاصله: أنّ الأراضى التى تحت يد الكفّار \_ بناءً على المختار من ثبوت الحقّ لهم أيضا بالإحياء \_ يكون لهم إمّا ملكا أو حقّا على الخلاف، فإن بقوا على كفرهم كانت الأراضى كبقية أموالهم من النقود وغيرها (٢). كما أنّهم إذا أسلموا طوعا كانت الأراضى لهم كما تكون لغيرهم من المسلمين. وإذا انجلوا عنها بدون قهر إمّا خوفا أو لغيره أو ماتوا جميعا ولم يبق لهم وارث، كانت الأراضى من الأنفال ومن الأراضى التى لا-ربّ لها، فتكون للإمام عليه السلام . وإذا انجلوا عنها قهرا وغلبه صارت الأراضى خراجيه، ويعبّر عنها بـ «المفتوحة عنوه» وهى ملك للمسلمين بالمعنى المتقدم، أى تصرف منافعها فى مصالحهم.

وهناك قسم خامس يسمى بـ «الأراضى الصلحيه» تاره و«الخراجيه» أخرى، وهى التى يصلح الوالى عليها مع الكفّار، وهى تكون تابعه لكيفيه المصالحه وجعل الوالى، فإن صالحهم على أن تكون الأراضى ملكا لهم ويؤدّون الخراج كانت مملوكه لهم، وإن صالحهم على أن تكون الأراضى ملكا للمسلمين ويؤدّون الخراج فكذلك» (٣). ويأتى تفصيل ذلك فانتظر.

ص: ١٤٣

١- (٦٩٥) المكاسب ٤/١٨.

٢- (٦٩٦) ويزول ملكه بما يزول به ملك المسلم كما يزول بالاغتنام أيضا (الأحمدى).

٣- (٦٩٧) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٢٨.

قال الشيخ في التعريف بها وحكمها: «والضرب الآخر من الأرضين، ما أخذ عنوه بالسيف، [من الكفار] فإنها تكون للمسلمين بأجمعهم. وكان على الإمام أن يقبلها لمن يقوم بعمارته بما يراه من النصف أو الثلث أو الربع. وكان على المتقبل إخراج ما قد قبل به من حق الرقبة، وفيما يبقى في يده وخاصه العشر أو نصف العشر.

وهذا الضرب من الأرضين لا يصح التصرف فيه بالبيع والشري والتملك والوقف والصدقات. وللإمام أن ينقله من متقبل إلى غيره عند انقضاء مده ضمانه، وله التصرف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين. وهذه الأرضون للمسلمين قاطبه، وارتفاعها يقسم فيهم كلهم: المقاتله، وغيرهم. فإن المقاتله ليس لهم على جهه الخصوص إلا ما تحويه العسكر من الغنائم» (١).

أقول: قد مرّت عبارته الشيخ في جهاد المبسوط (٢) في الكتاب (٣) فلا نعيده.

وقال العلامة في جهاد التذكرة: «الأرض المأخوذه بالسيف عنوة يُقبلها الإمام لمن يقوم بعمارته بما يراه من النصف وغيره، وعلى المتقبل إخراج مال القبالة وحق الرقبة، وفيما يفضل في يده إذا كان نصابا العشر أو نصفه، فلا يصح التصرف في هذه الأرض بالبيع والشراء والوقف وغير ذلك.

وللإمام أن ينقله من متقبل إلى غيره إذا انقضت مده قبالة، وله التصرف فيه بما يراه من مصلحة المسلمين، وارتفاع هذه الأرض ينصرف إلى المسلمين بأجمعهم وفي مصالحهم؛ لقول الرضا عليه السلام: «وما أخذ بالسيف فذلك للإمام يُقبله بالذي يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر، قبل أرضها ونخلها، والناس يقولون: لا- تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله عليه وآله خيبر، وعليهم في حصصهم العشر

ص: ١٤٤

١- (٦٩٨) النهاية ١٩٤/ و ١٩٥.

٢- (٦٩٩) المبسوط ٢/٣٣ و ٣٤.

٣- (٧٠٠) الآراء الفقيهيه ٣/٤٤٠ و ٤٤١.

إذا عرفت هذا، فإنّ هذه الأرض للمسلمين قاطبه إن كانت محياةً وقت الفتح، لا يصحّ بيعها ولا هبتها ولا وقفها، بل يصرف الإمام حاصلها في المصالح، كسدّ الثغور ومعونه الغزاه وبناء القناطر وأرزاق القضاء والوُلاه وصاحب الديوان وغير ذلك من المصالح.

وأما الموات منها وقت الفتح فهي للإمام خاصّه، ولا يجوز لأحد إحياءه إلاّ بإذنه إن كان ظاهرًا. ولو تصرف فيها أحد من غير إذنه، كان عليه طسقتها، وحال الغيبه يملكها المتصرف من غير إذن؛ لأنّ عمر بن يزيد روى \_ في الصحيح \_ أنّه سمع رجلاً يسأل الصادق عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها وأكرى أنهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلاً وشجراً، قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: مَنْ أَحْيَى أَرْضاً مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَهِيَ لَهُ، وَعَلَيْهِ طَسَقُهَا يُؤَدِّيهِ إِلَى الْإِمَامِ فِي حَالِ الْهَدَنَةِ، فَإِذَا ظَهَرَ الْقَائِمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَلْيُؤَطَّنْ نَفْسَهُ عَلَى أَنْ تَتَّخِذَ مِنْهُ» (٣).

إذا عرفت هذا، فإذا زرع فيها أحد أو بنى أو غرس، صحّ له بيع ماله فيها من الآثار وحقّ الاختصاص بالتصرف، لا بيع الرقبه؛ لأنّها ملك المسلم قاطبه» (٤).

وقال في المنتهى: «الأرضون على أربعة أقسام:

أحدها: ما يُملك بالاستغنام ويؤخذ قهراً بالسيف، فإنّها تكون للمسلمين قاطبه ولا تختصّ بها المقاتله، بل يشاركهم غير المقاتله من المسلمين، وكما لا يختصّون بها، كذلك لا يفضلون، بل هي للمسلمين قاطبه. ذهب إليه علماؤنا أجمع وبه قال مالك (٥).

ص: ١٤٥

١- (٧٠١) في المصدر: «و» بدل «أو».

٢- (٧٠٢) التهذيب ٤/١١٩، ح ٣٤٢.

٣- (٧٠٣) التهذيب ٤/١٤٥، ح ٤٠٤.

٤- (٧٠٤) تذكره الفقهاء ٩/١٨٦ و ١٨٧.

٥- (٧٠٥) المدوّنه الكبرى ٢/(٢٧-٢٦)؛ بدايه المجتهد ١/٤٠١؛ المنتقى للبايجي ٣/٢٢٣؛ الكافي في فقه أهل المدينة ١٢٩؛ الأحكام السلطانيّه ٢/١٣٧؛ الحاوي الكبير ١٤/٢٦٠.

وقال الشافعي: إنها تقسم بين الغانمين، كسائر الأموال. (١) وبه قال أنس بن مالك، والزبير، وبلال. (٢)

وقال قوم: إن الإمام مخير بين القسمة والوقف على المسلمين. ورواه الجمهور عن عليّ عليه السلام، وعمر. وبه قال الثوري. (٣)

وقال أبو حنيفة: الإمام مخير بين ثلاثة: بين قسمتها ووقفها وأن يقر أهلها [عليها] (٤) ويضرب عليهم الخراج يصير حقاً على رقبه الأرض لا يسقط بالإسلام. (٥)...

مسألة: وهذه الأرض المأخوذة بالسيف عنوه يقبلها الإمام ممن يقوم بعمارته بما يراه من النصف أو الثلث، وعلى المتقبل إخراج مال القبالة وحق الرقبه، وفيما يفضل في يده إذا كان نصاباً، العشر أو نصف الشعر، وهذا الضرب من الأرضين لا يصح التصرف فيها بالبيع والشراء والوقف وغير ذلك، وللإمام أن ينقله من متقبل إلى غيره إذا انقضت مدته ضمانه وله التصرف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين، وارتفاع هذه الأرض ينصرف إلى المسلمين بأجمعهم وإلى مصالحهم، وليس للمقاتله خصوصاً، إلا ما يحويه العسكر (٦).

وقال سيد المفتاح: «الضرب الرابع: الأرض التي فتحت عنوة، وهذه للمسلمين قاطبة بإجماع علمائنا قاطبة، وقد نقل الإجماع على ذلك في الخلاف (٧) والتذكرة (٨)

ص: ١٤٦

- ١- (٧٠٦) الأُمّ ٤/١٨١؛ الحاوي الكبير ١٤/٢٦٠؛ حليه العلماء ٧/٦٧٧؛ الميزان الكبرى ٢/١٨٤؛ رحمه الأُمّه بهامش الميزان الكبرى ٢/١٨٣؛ الأحكام السلطانيه ٢/١٣٧.
- ٢- (٧٠٧) الشرح الكبير بهامش المغني ١٠/٥٣٢؛ الأموال لأبي عبيد ٦٩.
- ٣- (٧٠٨) حليه العلماء ٧/٦٧٨؛ الشرح الكبير بهامش المغني ١٠/٥٣٢.
- ٤- (٧٠٩) أثبتناها من بعض المصادر.
- ٥- (٧١٠) المبسوط للسرخسي ١٠/٣٧؛ بدائع الصنائع ٧/١١٨؛ الهدايه للمرغيناني ٢/١٤١؛ شرح فتح القدير ٥/(٢١٧-٢١٥)؛ تبيين الحقائق ٤/٩٦؛ مجمع الأنهر ١/٦٤٠؛ الحاوي الكبير ١٤/٢٦٠؛ حليه العلماء ٧/٦٧٨؛ العزيز شرح الوجيز ١١/٤٤٧.
- ٦- (٧١١) منتهى المطلب ١٤/(٢٥٦-٢٥٣).
- ٧- (٧١٢) الخلاف: في الزكاه ٥/٥٣٥، مسأله ٢٣.
- ٨- (٧١٣) تذكره الفقهاء: في إحياء الموات ١٩/٣٧٠.

والمنتهى(١)، كسواد العراق وبلاد خراسان والشام ومكّه المشرفه على ما عدّه المؤرّخون كما فى المسالك(٢) قلت: وقد عدّ ذلك من ذلك جماعه(٣) من فقهاءنا، وزادوا: هوازن(٤)، ووافقنا على ذلك جمهور العائمه كما ستعرف.

وقد اختلفوا فى مكّه زادها الله تعالى شرفا، وكونها مفتوحه عنوه هو الظاهر من المذهب كما قاله الشيخ فى المبسوط(٥) وجماعه(٦). وفى الخلاف(٧) الإجماع على ذلك.

وعن بعض(٨) كتب التواريخ المعتمده أنّ الحيره من أرض العراق \_ وهى بلده قرب الكوفه وأخرى قرب عان(٩) \_ فتحت صلحا، وأنّ نيسابور من بلاد خراسان فتحت صلحا، وقيل: عنوه، وبلغ منها، وهراة وقوشيح والتوابع فتحت صلحا وبعض عنوه.

وأما بلاد الشام ونواحيه فحكى أنّ حلب وحماه وطرابلس فتحت صلحا، وأنّ دمشق فتحت بالدخول من بعض غفله بعد أن كانوا طلبوا الصلح من غيره، وأنّ أهل أصفهان عقدوا أمانا، وأنّ آذربيجان فتحت صلحا، وأنّ أهل طبرستان صالحوا أهل الإسلام، والرى

ص: ١٤٧

- 
- ١- (٧١٤) منتهى المطلب: فى الجهاد ١٤/٢٥٣.
  - ٢- (٧١٥) مسالك الأفهام: فى أحكام الأرضين ٣/٥٤.
  - ٣- (٧١٦) كالشهيد الثانى فى حاشيه الإرشاد (غايه المراد) ١/٤٨٨؛ والشيخ فى المبسوط ٢/(٣٣-٣٤)؛ والعلامه فى التذكره ٩/١٨٤.
  - ٤- (٧١٧) قبيله من قيس وأرضهم قريبه من الطائف (منه قدس سره).
  - ٥- (٧١٨) المبسوط: فى الجهاد ٢/٣٣.
  - ٦- (٧١٩) منهم العلامه فى تذكره الفقهاء: فى الجهاد ٩/١٨٨.
  - ٧- (٧٢٠) الخلاف: فى السير ٥/٥٢٧، مسأله ١٣.
  - ٨- (٧٢١) الناقل \_ الذى نقل عنه الشارح هذه العبارة الطويله \_ على الظاهر هو البحرانى فى حدائقه: ١٨/(٣١٠-٣٠٩)، فراجع.
  - ٩- (٧٢٢) هى اليوم تابعه لمحافظة الأنبار، من محافظات العراق الغربيه.



فُتِحَ عنوةً، بل قيل (١): إِنَّ أَكْثَرَ بِلَادِ الْإِسْلَامِ فُتِحَتْ عَنْوَةً.

ويثبت كونها مفتوحة عنوه بنقل من يوثق بنقله واشتهاره بين المؤرخين. وقد جعل بعضهم (٢) من الأدلة ضرب الخراج من الحاكم وإن كان جائراً وأخذ المقاسمه من ارتفاعها عملاً بأن الأصل في تصرفات المسلمين الصحه، إذ الظاهر أن أخذ الخراج من ذلك البلد إذا كان مستمرًا في الأعصار لم يكن شيئاً حادثاً من بعض سلاطين الجور بل كان شيئاً مستمرًا من الصدر الأول من غير تكبير، إذ لو كان حادثاً لنقل في كتب التواريخ والأخبار. وفي نقل من نقل عمّن نقل من علمائنا وغيرهم بلاغ كما عرفت وستعرف.

وفي المبسوط (٣) أن هذه الأرض لا يصح التصرف فيها ببيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضه ولا تمليك ولا إجاره ولا إرث، ولا يصح أن تبني دوراً ومنازل ومساجد وسقايات ولا غير ذلك من أنواع التصرف، ومتى فعل شيء (شيئاً - خ ل) من ذلك كان التصرف باطلاً. وفي موضعين (٤) آخرين منه ذكر نحو ذلك. ومثل ذلك ما في النهايه (٥) والغنيه (٦) والشرائع (٧) في موضعين منها والنافع (٨) والتذكرة (٩) في موضع منها والكتاب (١٠) في الجهاد والإرشاد (١١) وموضع (وموضعين - خ ل) من التحرير (١٢).

ص: ١٤٨

- ١- (٧٢٣) القائل هو الشهيد الثاني في الروضه: في إحياء الموات ٧/١٣٦.
- ٢- (٧٢٤) كالسيد الطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام الأرضين ٨/١١٩ من طبعه آل البيت.
- ٣- (٧٢٥) المبسوط: في الجهاد ٢/٣٤.
- ٤- (٧٢٦) المبسوط: في الزكاه ١/٢٣٥، وأما الموضع الثاني فلم نعثر عليه فراجع لعلك تجده إن شاء الله.
- ٥- (٧٢٧) النهايه: في الزكاه في أحكام الأرضين / (١٩٤-١٩٥).
- ٦- (٧٢٨) غنيه النزوع: في الجهاد ٢٠٤.
- ٧- (٧٢٩) شرائع الإسلام: في أحكام الأرضين ١/٢٩٣، وفي إحياء الموات ٣/٢١٥.
- ٨- (٧٣٠) المختصر النافع: في الجهاد / ١١٤.
- ٩- (٧٣١) تذكرة الفقهاء: في الجهاد ٩/ (١٨٧-١٨٦).
- ١٠- (٧٣٢) قواعد الأحكام: في الجهاد ١/٤٩٣.
- ١١- (٧٣٣) إرشاد الأذهان: في الجهاد ١/٣٤٧.
- ١٢- (٧٣٤) تحرير الأحكام الشرعيه: في الجهاد ٢/١٧٠، وفي إحياء الموات ٤/٤٨٢.

والمنتهى (١) وهو ظاهر المراسم (٢) والوسيله (٣).

وفى موضع آخر من التذكرة (٤) والتحرير (٥) أنه يجوز بيعها تبعا لآثار التصرف، ونحوه ما فى السرائر (٦)

ص: ١٤٩

- ١- (٧٣٥) منتهى المطلب: فى الجهاد ١٤/٢٥٦.
- ٢- (٧٣٦) المراسم: فى ذكر حكم من أسلم ١٤٢/.
- ٣- (٧٣٧) الوسيله: فى أحكام الأرضين ١٣٢/، وفى الجهاد ٢٠٢/.
- ٤- (٧٣٨) تذكر الفقهاء: فى العوضين ١٠/٣٩.
- ٥- (٧٣٩) الموجود فى التحرير لا- يوافق المحكى عنه فى الشرح، فإنه قال: ولا- يصح بيع الأرض المفتوحة عنوة بل يجوز بيع آثاره فيها كالبناء والغراس وماء البئر لمن استنبطه، وماء النهر لمن حفره يجوز بيعه على كراهيه، انتهى. وهذه العبارة كما ترى صريحه فى عدم جواز بيع رقبه الأرض، فراجع تحرير الأحكام الشرعيه: فى عقد البيع ٢/٢٧٩.
- ٦- (٧٤٠) المذكور فى السرائر فى موضعين هو المنع من بيع الأرض المفتوحة عنوة والأرض المحياه، قال فى الجزء الأول فى كتاب الزكاه ٤٧٧/: وهذا الضرب من الأرض (أى المفتوحة عنوة) لا يصح التصرف فيه بالبيع والشراء والوقف والهبة وغير ذلك \_ أعنى نفس الرقبه \_ فإن قيل: نراكم تبيعون وتشترون وتقفون أرض العراق وقد أخذت عنوة؟! قلنا: إنما نبيع ونقف تصرفنا فيها وتحجيرنا وبناءنا فأمرنا نفس الأرض لا- يجوز ذلك منها، انتهى. وقال فى الجزء الثانى فى كتاب البيع ٣٧٥/ فى أحكام الأرض المحياه: قال (أى الشيخ): ومتى أراد المحيى لأرض من هذا الجنس الذى ذكرناه أن يبيع شيئاً منها لم يكن له أن يبيع رقبه الأرض وجاز له أن يبيع ما له من التصرف منها، انتهى. فأنت ترى أنه رحمه الله يصرح فى الموضعين بعدم جواز بيع الأرض، فراجع لعلك تجد عبارته له غير ذلك تدل على الجواز، فإن الكلام الثانى وإن كان محكياً عن الشيخ إلا أنه لم يعترض عليه ولم يرد الحكم المذكور فيه بل أزيد فيما يأتى من كلامه فإنه فى الجزء المذكور ٣٨٠/ \_ فى الأرض التى ورثها وعلم أنها لغير مورثه وبعد أن فصل فى المسأله وروى فيها أخباراً \_ قال: فسيله (أى الأرض المعلوم كونها لغير مورثه) سبيل اللقطه، فبعد التعريف المشروع يملك التصرف الذى ذكره فى الخبر دون رقبه الأرض إذا كانت فى الأرض المفتوحة عنوة، فهذا وجه تأويل هذا الحديث، انتهى. وكيف كان، فالموضع الذى نسبه الشارح إلى السرائر لم نعرفه.

والمختلف (١) والمنتهى (٢) وحواشى الكتاب (٣) واللمعه (٤) والروضه (٥) وقوّاه فى موضع من المسالك (٦) وفى آخر منه (٧) نسبه إلى جمع من المتأخرين وأنّ العمل عليه.

وفى موضع آخر من السرائر (٨) عند نقله كلام الشيخ: إنّما نبيع ونقف تصرّفنا فيها وتحجيرنا وبناءنا، فأما نفس الأرض فلا يجوز فيها ذلك. قال فى المختلف (٩) بعد نقل ذلك عنه: هذا يشعر بجواز البناء والتصرّف فيها. قلت: ويشعر بأنّ الأرض ليست جزءا من المبيع. وما فى السرائر هنا موافق لما فى الاستبصار (١٠) والتهذيب (١١) حيث جوّز فيهما

ص: ١٥٠

- ١- (٧٤١) مختلف الشيعة: فى الجهاد ٤/٤٢٩.
- ٢- (٧٤٢) منتهى المطلب: فى أحكام الأرضين ١٤/٢٦٢.
- ٣- (٧٤٣) لم نعثر عليه فى حواشى الشهيد الموجود لدينا، وحكاها عن بعض الحواشى المنسوبة للشهيد على القواعد فى جامع المقاصد ٧/١١.
- ٤- (٧٤٤) اللمعه الدمشقيه: فى شرائط المبيع ١١١/.
- ٥- (٧٤٥) الروضه البهيه: فى شرائط المبيع ٣/٢٤٧.
- ٦- (٧٤٦) مسالك الأفهام: فى شروط المبيع ٣/١٦٨ وفى الجهاد ٣/٥٦.
- ٧- (٧٤٧) مسالك الأفهام: فى شروط المبيع ٣/١٦٨ وفى الجهاد ٣/٥٦.
- ٨- (٧٤٨) السرائر: فى أحكام الأرضين ١/٤٧٨.
- ٩- (٧٤٩) مختلف الشيعة: فى أحكام الأرضين ٤/٤٢٩.
- ١٠- (٧٥٠) الاستبصار: فى باب حكم أرض الخراج ٣/١١٠، ذيل ح ٣٨٧.
- ١١- (٧٥١) لم نعثر فى التهذيب على كلام يوافق ما فى السرائر وغيره من عدم جواز بيع الأراضى المفتوحه عنوةً وشرائها، بل كلامه متهافت، ففى موضع من زيادات الخمس والأنفال قال: وأما أراضى الخراج وأراضى الأنفال والّتى قد انجلى عنها أهلها فإنّنا قد أبحنا التصرّف فيها ما دام الإمام عليه السلام مستترا، فإذا ظهر يرى هو فى ذلك رأيه، فنكون نحن فى تصرّفنا غير آثمين، انتهى، التهذيب ٤/(١٤٤-١٤٣). هذا الكلام أو لأقل مفهومه أنّ الجائز فى الأراضى الّتى انجلى عنها أهلها والمفتوحه عنوةً هو مجرّد التصرّف غير المنتهيه إلى الملك والتملك. وفى موضع آخر منه فى هذا المقام قال: وأما الأرضون الّتى تؤخذ عنوةً أو يصالح أهلها عليها فقد أبحنا شراءها وبيعها، لأنّ لنا فى ذلك قسما لأنّها أراضى المسلمين وهذا القسم أيضا يصحّ الشراء والبيع فيه على هذا الوجه، وأما الأنفال وما يجرى مجراها فليس يصحّ تملكها بالشراء والبيع وإنّما أبيح لنا التصرّف حسب، انتهى، الجزء المذكور ١٤٦. وهذا الكلام صريح فى جواز بيع تلك الأرض وشرائها. وفى موضع آخر من الجزء السابع باب أحكام الأرضين \_ بعد أن عقد لها بابا، أعقبه بالأخبار الّتى إذا قيس بعضها ببعض وجمع بينها يدلّ مجموعها على عدم جواز البيع، فما فى الشرح من نسبه جواز بيعها وشرائها إلى الشيخ فى التهذيب لا يمكن مساعدته عليه، فراجع وتأمل.

بيع ما له من التصرف دون رقبه الأرض، وحمل الحق في خبر أبي برده على ذلك أعنى ما له من التصرف. ولعل الخبر دليل المشهور بين المتأخرين وستمعه. وفي حواشي الشهيد (١) أنها إذا بيعت تبعا للآثار يجوز أن تكون مجهوله والأولى أنها جزء من المبيع فلا بد من العلم بها أيضا.

وقضيه ما في الدروس (٢) أنه يصح بيعها منفردة في زمن الغيبة. ونحوه ما في جامع المقاصد (٣). قال في الدروس: ولا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام عليه السلام سواء كان بالوقف أو بالبيع وغيرهما، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك. وأطلق في المبسوط أن التصرف فيها لا ينفذ. وقال ابن إدريس: إنما يباع ويوقف تجيرنا وبنائنا وتصرفنا لا نفس الأرض، انتهى ما في الدروس. وفيه تأمّل، لأنها ليست ملكا له والبيع والوقف موقوفان على الملك، بل قد قيل: إنه في حال الحضور يبعد حصول الإذن بذلك منه عليه السلام إلا أن تقضى المصلحة العامه بذلك كأن يحصل الاحتياج إلى ثمنها أو يجعل قطعه منها مسجدا. وعلى كل حال فقول الدروس ليس بذلك البعيد، إذ قد تكون المصلحة في ذلك مع

ص: ١٥١

---

١- (٧٥٢) حكاة عن بعض الحواشي المنسوبة إليه على القواعد في جامع المقاصد ٧/١١ ويظهر أيضا من الحاشية التجارية (٣٧/) المنسوبة إليه حيث قال: فلو استولى غيرنا من المخالفين عليها فالأصح أنه يملك لشبهه الاعتقاد كالمقاسمه ويملك الذمى الخمر والخنزير، فحينئذ لا يجوز انتزاع ما يأخذه المخالف من ذلك كله، انتهى موضع الحاجة، فراجع وتأمل.

٢- (٧٥٣) الدروس الشرعية: في الجهاد ٢/٤١.

٣- (٧٥٤) جامع المقاصد: في إحياء الموات ٧/١١.

غَيْبَتِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَوْ عَدَمِ انبِسَاطِ يَدِهِ، وَقَدْ يُؤَوَّلُ ذَلِكَ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي مَا لَهُ مِنَ الْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ. وَيَأْتِي تَنْقِيحُ الْكَلَامِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنَ السَّرَائِرِ (١) نَقَلًا عَنْ الشَّيْخِ أَنَّهُ إِذَا حَجَرَ أَرْضًا ثُمَّ بَاعَهَا لَمْ يَصَحَّ بَيْعُهَا، وَفِي النَّاسِ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ يَصَحُّ، وَهُوَ شَاذٌ، وَأَمَّا عِنْدَنَا فَلَا يَصَحُّ بَيْعُهُ، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رِقْبَةَ الْأَرْضِ بِالْإِحْيَاءِ وَإِنَّمَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِشَرَطِ أَنْ يُؤَدَّى إِلَى الْإِمَامِ مَا يَلْزِمُهُ عَلَيْهَا. وَكَأَنَّ قَوْلَهُ: «وَأَمَّا عِنْدَنَا» مِنْ كَلَامِ ابْنِ إِدْرِيسَ لَا مِنَ الشَّيْخِ، لِأَنَّ النُّسخَةَ الَّتِي حَضَرْتَنِي مِنَ السَّرَائِرِ غَيْرَ نَقِيهِ مِنَ الْغَلْطِ.

وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنَ الدَّرُوسِ لَا- يَجُوزُ بَيْعُ الْمَفْتُوحَةِ عَنْوَةً وَلَا بَيْعُ مَا بَهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ وَقَتِ الْفَتْحِ. نَعَمْ لَوْ جَدَّدَ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ جَازَ بَيْعُهُ، وَرَبَّمَا قِيلَ: بِبَيْعِهَا تَبَعًا لِآثَارِهِ. وَرَوَى أَبُو بَرِيدَةَ جَوَازَ بَيْعِ أَرْضِ الْخِرَاجِ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ وَالْخِرَاجِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَفِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ (٢) إِيمَاءٌ إِلَيْهِ، أَنْتَهَى (٣). قُلْتُ: قَدْ عَرَفْتُ وَسَتَعَرَفُ الْحَالُ فِي خَبَرِ أَبِي بَرْدَةَ وَوَلَيْسَ هُوَ أَبُو بَرِيدَةَ، وَأَمَّا رِوَايَةُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ الْهَاشِمِيِّ فَمَنْزَلُهُ عَلَى أَنَّهَا (٤) اشْتَرَى مِنْهُ آثَارَهُ كَمَا سَتَسْمَعُ.

وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنَ السَّرَائِرِ فَأَمَّا مَنْ قَالَ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ رِبَاعٍ مَكَّةَ وَلَا إِجَارَتَهَا فَصَحِيحٌ إِنْ أَرَادَ نَفْسَ الْأَرْضِ، لِأَنَّ مَكَّةَ أَخَذَتْ عَنْوَةً بِالسَّيْفِ، فَهِيَ لِجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ لِاتِّبَاعٍ وَلَا تَوْقِفٍ وَلَا تَسْتَأْجِرَ، فَأَمَّا التَّصَرُّفُ وَالتَّحْجِيرُ وَالْآثَارُ فَيَجُوزُ بَيْعُ ذَلِكَ وَإِجَارَتُهُ

ص: ١٥٢

- 
- ١- (٧٥٥) الموجود في السرائر المطبوع هو النقل عن الشيخ بعدم صحه البيع في المقام صريحا، وأن قوله «وأما عندنا» من كلام الشيخ قال فيه: قال شيخنا أبو جعفر الطوسي رحمه الله: إذا تحجر أرضا وباعها لم يصح بيعها، وفي الناس من قال يصح، وهو شاذ. قال شيخنا: فأما عندنا فلا يصح بيعه لأنه لا يملك رقبه الأرض بالإحياء وإنما يملك التصرف بشرط أن يؤدى إلى الإمام ما يلزمه عليها، انتهى. السرائر ١/٤٨٣، وهذا يطابق ما في المبسوط ٣/٢٧٣ بعين ألفاظه.
  - ٢- (٧٥٦) وسائل الشيعة ١١/١٢١، ح ٤، باب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.
  - ٣- (٧٥٧) الدروس الشرعية: في المكاسب ٣/١٧٥.
  - ٤- (٧٥٨) كذا في نسختين والظاهر: أنه (مصححه).

كما يجوز بيع سواد العراق المفتوحه عنوةً (١)، انتهى.

وقد نزل صاحب المسالك عبارته الشرائع في باب الجهاد حيث قال: لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها، على أن المراد لا يصح ذلك في رقبه الأرض مستقله، أما فعل ذلك بها تبعاً لآثار المتصرف من بناءٍ وغرسٍ وزرعٍ ونحوها فجاز على الأقوى. قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في البيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره، وتستمر كذلك مادام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمعٌ وعليه العمل (٢)، انتهى. وهذا التنزيل ممكن في كثير من العبارات لكن بعض عبارات المبسوط (٣) لا يمكن ذلك فيها، فليتأمل. وقد نزل المحقق الثاني (٤) عبارته القواعد في عدم التصرف على حال الحضور.

وفي المفاتيح لو كان للمتصرف فيها بناء أو غرس أو زرع جاز بيعه، لأنه مملوك، وكونه في أرض الغير لا يمنع من التصرف في ملكه، ونسبه إلى أصحابنا، ثم قال: وقيل يجوز بيعها تبعاً للآثار المذكورة لا منفردة (٥)، انتهى.

وسواد العراق — كما ذكره الأصحاب (٦) وغيرهم من العامة (٧) في أبواب شتى كباب الزكاة والجهاد والخمس والبيع والرهن — هو ما بين عبادان والموصل طولاً إلى ساحل البحر. وقبده بعضهم بكونه من شرقي دجله. قال: وأما الغربي الذي يليه البصره فإنه

ص: ١٥٣

- ١- (٧٥٩) السرائر: في زيادات الحجج ١/٦٤٥.
- ٢- (٧٦٠) مسالك الأفهام: في أحكام الأرضين ٣/٥٦.
- ٣- (٧٦١) المبسوط: في أحكام أراضي الزكاة ١/٢٣٥، وفي الجهاد ٢/٣٤.
- ٤- (٧٦٢) جامع المقاصد: في إحياء الموات ٧/١١.
- ٥- (٧٦٣) مفاتيح الشرائع: في أقسام الأراضي وأحكامها ٣/٢٢.
- ٦- (٧٦٤) كالشيخ في المبسوط: في الجهاد ٢/(٣٣-٣٤)، والعلامة في تذكرة الفقهاء: في الجهاد ٩/١٨٩، والبحراني في الحدائق الناضرة: في البيع ١٨/٣١٠ نقلاً عن المنتهى ١٤/٢٧٠، والشيخ في الخلاف: في الزكاة ٢/٦٨، مسألة ٨٠.
- ٧- (٧٦٥) الحاوي الكبير: في السير باب فتح السواد ١٤/٢٥٦.

إسلامي مثل شطّ عثمان بن أبي العاص فإنّ أرضه كانت مواتا فأحياها عثمان بن أبي العاص وما بين طريق القادسيه المتصل بعُدَيْبٍ من أرض العرب ومنقطع جبال حُلوان عرضا. وسمّيت سوادا لأنّ الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف أشجارها فسمّوها سوادا لذلك.

وأما خراسان فمن أقصاها إلى كرمان و خوزستان وهمدان و قزوين وما حوالها.

ولم يذكروا تحديد الشام وكتب التواريخ (١) كافله بذلك» (٢).

وقال صاحب الجواهر: «(كل أرض فتحت عنوةً) بفتح العين وسكون النون: الخضوع (٣)، ومنه قوله تعالى: «وَعَنْتِ الْوُجُوهُ» (٤)، والمراد هنا: القهر والغلبة بالسيف (وكانت محياةً) حال الفتح (فهى للمسلمين قاطبةً) الحاضرين والغائبين والمتجدّدين بولاده وغيرها (والغانمون في الجملة) لا اختصاص لأحد منهم بشيء منها.

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا (٥)، وإن توهم من عبارته الكافي في تفسير الفىء والأنفال (٦) \_ ولعله لذا نسب الحكم إلى المشهور في الكفاية (٧) \_ لكنّه في غير محلّه، كما لا يخفى على من لاحظها.

بل في الغنيه (٨) والمنتهى (٩)

ص: ١٥٤

- ١- (٧٦٦) منها تاريخ بغداد: في باب الخبر عن السواد (١٢-١١).
- ٢- (٧٦٧) مفتاح الكرامه (١٣/٧٤-٦٦).
- ٣- (٧٦٨) النهايه (لابن الأثير) (٣/٣١٥) (عنا).
- ٤- (٧٦٩) سوره طه / ١١١.
- ٥- (٧٧٠) انظر المبسوط: الجهاد / حكم ما يغنم وما لا يغنم ١/٥٦٨؛ وغنيه النزوع: كتاب الجهاد / ٢٠٤؛ وقواعد الأحكام: الجهاد / في الاغتنام ١/٤٩٣؛ ومعالم الدين (لابن القطن): الجهاد / في الاغتنام ١/٢٩٤.
- ٦- (٧٧١) الكافي ١/٥٣٨، كتاب الحجّه، باب الفىء والأنفال وتفسير الخمس.
- ٧- (٧٧٢) كفايه الأحكام: الجهاد / أحكام الأرضين ١/٣٧٣.
- ٨- (٧٧٣) غنيه النزوع: كتاب الجهاد / ٢٠٤ و ٢٠٥.
- ٩- (٧٧٤) منتهى المطلب: الجهاد / أحكام الأرضين ١٤/٢٥٣.

وقاطعه اللجاج (١) للكركى والرياض (٢) وموضعين من الخلاف (٣) بل والتذكرة (٤) على ما حكى عن بعضها: الإجماع عليه.

بل هو محصل، نعم عن بعض العامة: اختصاص الغانمين بها كغيرها من الغنائم (٥) (٦).

وقال الشيخ الأعظم: «وإن رفعت يده [الكافر] عنها [الأراضى] قهرا وعنوه، فهي كسائر ما لا يُنقل من الغنيمه \_ كالنخل والأشجار والبنيان \_ للمسلمين كافة إجماعا، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف (٧) والتذكرة (٨) وغيرهما (٩)، والنصوصُ به مستفيضة» (١٠).

وقال بعض الأساتذة رحمه الله: «البحث هنا فى الأراضى المفتوحة عنوه وقهرا التى هى قسم من غنائم الحرب. وفى حكمها ما صولح عليها على أنها للمسلمين. ولا- إشكال عندنا فى عدم تقسيمها بين المقاتلين، بل يجب أن تبقى وقفًا على مصالح المسلمين. وقد تطابقت على ذلك فتاوى أصحابنا ورواياتهم، وإن كانت المسألة خلافية بين فقهاء السنه» (١١).

ص: ١٥٥

- ١- (٧٧٥) قاطعه اللجاج (الخراجيات): المقدمه الأولى / ٤٠.
- ٢- (٧٧٦) رياض المسائل: الجهاد / أحكام الأراضين ٨/١١٤.
- ٣- (٧٧٧) الخلاف: الزكاه / ٢ / (٦٧-٧٠)، مسأله ٨٠؛ وكتاب السَّير ٥ / (٥٣٤-٥٣٥)، مسأله ٢٣.
- ٤- (٧٧٨) تذكرة الفقهاء: الجهاد / فى الغنائم ٩ / (١٨٣-١٨٤).
- ٥- (٧٧٩) حليه العلماء ٧ / ٦٧٧؛ الحاوى الكبير ١٤ / (٢٦٠-٢٥٩)؛ الميزان الكبرى: ٢ / ١٨٤؛ الشرح الكبير ١٠ / ٥٤٠.
- ٦- (٧٨٠) الجواهر ٢٢ / (٢٧٤-٢٧٢) [٢١ / ١٥٧].
- ٧- (٧٨١) الخلاف ٢ / (٦٧-٧٠).
- ٨- (٧٨٢) تذكرة الفقهاء ٩ / ١٨٣.
- ٩- (٧٨٣) كالغنيه / (٢٠٥-٢٠٤)؛ ومنتهى المطلب ١٤ / ٢٥٣؛ والجواهر ٢١ / ١٥٧.
- ١٠- (٧٨٤) المكاسب ٤ / ١٩.
- ١١- (٧٨٥) دراسات فى ولايه الفقيه ٣ / ١٨٢.



مستندنا عدّه من الروايات الواردة من طرفنا بالأسانيد الصحيحة وبالدلالة الواضحة:

منها: صحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: ذكرت لأبي الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته، فقال: العشر ونصف العشر على من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها، وما لم يعمر منها أخذه الوالى فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين، وليس فيما كان أقل من خمسه أو ساق(١) شىء، وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر قبل أرضها ونخلها، والنّاس يقولون لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر وعليهم فى حصصهم العشر ونصف العشر.(٢)

ونظيرها: خبر صفوان بن يحيى وأحمد بن أبي نصر جميعاً قالاً: ذكرنا له الكوفه وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته، فقال: من أسلم طوعاً تركت أرضه فى يده وأخذ منه العشر ممّا سُقى بالسما والآنهار، ونصف العشر ممّا كان بالرشاء(٣) فيما عمروه منها وما لم يعمره منها أخذه الإمام فقبله ممّن يعمره، وكان للمسلمين وعلى المتقبلين فى حصصهم العشر أو نصف العشر وليس فى أقل من خمسه أوسق شىء من الزكاه، وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر قَبْلَ سوادها وبياضها \_ يعنى: أرضها ونخلها \_ ، والنّاس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض والنخل وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر، قال: وعلى المتقبلين سوى قبالة الأرض العشر ونصف العشر فى حصصهم، ثم قال: إنّ أهل الطائف أسلموا وجعلوا عليهم العشر ونصف

ص: ١٥٦

١- (٧٨٦) الوسق: ستون صاعاً كما فى موثقه سماعه المرويه فى وسائل الشيعة ٩/١٨٦، ح ١، الباب ٥ من أبواب زكاه الغلات، يعنى الوسق يعادل ١٨٠ كيلو غراماً.

٢- (٧٨٧) وسائل الشيعة ١٥/١٥٨، ح ٢، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو.

٣- (٧٨٨) الرشاء: الحبل، يعنى ما سقى بالواسطه، أنظر: مجمع البحرين \_ رشا \_ ١/١٨٤.

العشر، وإنَّ مكة دخلها رسول الله عنوه وكانوا أسراء في يده فأعتقهم وقال: اذهبوا فأنتم الطلقاء. (١)

والرواية ضعيفه الإسناد بعلى بن أحمد بن أشيم لأنَّه مجهول وإن صحح العلامة المجلسي الرواية في مرآة العقول (٢) وقبله الوحيد وقال في شأنه: «حكم خالي العلامة (٣) بحسنه لوجود طريق الصدوق إليه، والرواية عنه كثيرة ويؤيده روايه أحمد بن محمد بن عيسى عنه» (٤). ولكن الحكم بحسنه مشكل جدًّا وأما إضمار الرواية فلا بأس به بعد أنَّ صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر البنزطي كليهما من فقهاء أصحاب الإمام أبي الحسن الرضا عليه السلام .

وقال العلامة المجلسي: «والناس يقولون» يحتمل: أن يكون مع العامه باعتبار المساقاه فإنَّ أباحنيفه منع منها، لكن عامتهم خالفوه في ذلك حتَّى أبي يوسف، أو باعتبار المزارعه وذلك مذهب أبيحنيفه، ومالك، وشافعي وكثيرا منهم. وقد احتجَّ العامه أيضا على أبيحنيفه في المقامين بخير خير» (٥).

ثمَّ «والأراضي المفتوحه عنوه كانت تسمى أراضي خراجيه. والخراج والمقاسمه كانا يطلقان على الطسق الذي كان يؤخذ منها: فإن كان التقييل بمال معين بنحو الإجاره سمى خراجا، وإن كان بسهم مشاع من عائده الأرض بنحو المزارعه سمى مقاسمه. وربما أطلق على كليهما الخراج....

والظاهر أن المراد بقوله عليه السلام: «وما لم يعمره منها»، هو الموات من الأراضي» (٦).

«والمتبادر من قوله: «وما أخذ بالسيف»، المحياه من أراضيهم لا مطلق الأراضي

ص: ١٥٧

١- (٧٨٩) وسائل الشيعة ١٥/١٥٧، ح ١.

٢- (٧٩٠) مرآة العقول ١٦/٢٦.

٣- (٧٩١) الوجيزه ٢٣٨/، رقم ٢٣٩.

٤- (٧٩٢) منهج المقال ٧/٣١٥ تعليقه رقم ١٣٠٨.

٥- (٧٩٣) مرآة العقول ١٦/٢٦.

٦- (٧٩٤) دراسات في ولاية الفقيه ٣/١٩٣.

وإن توهم. وهل يراد به طبيعه ما أخذ بالسيف بإطلاقها، أو يكون إشاره إلى خصوص ما أخذ بالسيف من أراضي الكوفه وسواد العراق المذكوره فى السؤال؟ لعلّ الأظهر هو الأوّل.

وقوله: «والناس يقولون: لا- تصلح قبالة الأرض والنخل»، إشاره إلى منع أبى حنيفه للمساقاه، ومنع مالك وأبى حنيفه والشافعى للمزارعه أيضا، والامام عليه السلام استدلّ بعمل النبى صلى الله عليه وآله على صحه كلا العقدين.

وقد تعرض فى الحديث لفتح مكه عنوه وأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أعق أهلها، فهل منّ عليهم بأراضيها أيضا أو أنّه أبقاها للمسلمين؟ قد مرّ من المبسوط قوله: «وإنّما لم يقسم الأرضين والدور لأنّها لجميع المسلمين، كما نقوله فى كلّ ما يفتح عنوه»(١).

ولكنّه من المحتمل أنه صلى الله عليه وآله منّ عليهم بها أيضا. وعليه فلا- يتعين إبقاء الأراضي المفتوحه عنوه للمسلمين بل تكون تحت اختيار الإمام كسائر الغنائم كما مرّ، والإبقاء أحد شقوق اختياره، فتدبرّ(٢).

ومنها: مرسله حمّاد الطويله عن بعض أصحابه عن أبى الحسن عليه السلام \_ فى حديث \_ قال: يُؤخذ الخمس من الغنائم فيجعل لمن جعله الله له، ويقسم أربعة أحماس بين من قاتل عليه وولى ذلك، قال: وللإمام صفو المال، أن يأخذ الجاربه الفارهه، والدابه الفارهه، والثوب والمتاع ممّا يحب أو يشتهى، فذلك له قبل قسمه المال وقبل إخراج الخمس، قال: وليس لمن قاتل شىء من الأرضين ولا ما غلبوا عليه إلاّ ما احتوى عليه العسكر، وليس للأعراب من الغنيمه شىء وإن قاتلوا مع الإمام، لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله صالح الأعراب أن يدعهم فى ديارهم ولا يهاجروا على أنّه إن دهم رسول الله صلى الله عليه وآله من عدوه دهم أن يستنفرهم فيقاتل بهم، وليس لهم فى الغنيمه نصيب، وسنته جاربه فيهم وفى غيرهم، والأرضون التى أخذت عنوه بخيل أو ركاب فهى موقوفه متروكه فى يدى منّ يعمرها

ص: ١٥٨

١- (٧٩٥) المبسوط ٢/٣٣.

٢- (٧٩٦) دراسات فى ولاية الفقيه ٣/١٩٤.

ويحييها، ويقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحقّ النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا ولا- يضرّهم \_ إلى أن قال: \_ ويؤخذ بعد ما بقى من العشر فيقسم بين الوالى وبين شركائه الذين هم عمّال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم أنصباهم على ما صالحهم عليه، ويأخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام وتقويه الدين فى وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحه العامه ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير. (١)

«هذه المرسله قد عمل بها الأصحاب فى الأبواب المختلفه. وحمّاد من أصحاب الإجماع الذين أجمع الأصحاب على تصحيح ما يصح عنهم. والتعبير عن الشخص المبهم ببعض أصحابنا يشعر بنحو إجلال له، فلعلّ الروايه مع إرسالها لا تنقص عن روايه حسنه. والدلاله على المقصود واضحه.

وقوله عليه السلام: «ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير»، فالظاهر أنه لا يراد به إلا تأكيد كون الأرضين لجميع المسلمين وأنه تصرف عوائدها فى مصالحهم، دفعا لتوهم كون بعضها ملكا لشخص الإمام. وعلى هذا فلا يدلّ على منع استفاده شخصه منها إذا فرض احتياجه إليها، حيث إن سدّ خلات الإمام وعائلته من أهمّ مصالح العامه.

ويشهد لذلك الروايات المستفيضه الدالّه على أن النبي صلى الله عليه وآله صرف من عوائد خبير فى مصارف نفسه وأزواجه. وخبير فتحت عنوه» (٢).

ومنها: صحيحه محمّد الحلبى قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم، ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد.

فقلت: الشراء من الدهاقين قال: لا يصلح إلا أن تشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه قال: يرد عليه

ص: ١٥٩

١- (٧٩٧) وسائل الشيعه ١٥/١١٠، ح ٢، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو.

٢- (٧٩٨) دراسات فى ولايه الفقيه ٣/١٩٦.

«تحدّث الروايه عن حكم أراضي السواد التي سمّيت سوادا لكثرة النخيل والزرع، أو لأنّ الخضره تقارب السّواد، وهي الأراضي المفتوحه عنوةً والواقعه في جنوب العراق ووسطه ووالتي فتحها المسلمون بالخييل والركاب، فقد أجاب الإمام عليه السلام عن حكمها بأنّها «لعمّاه المسلمين» وكلمه «المسلمين» جمعٌ محلّي بالألف واللام، وعموم افرادى ينحلّ بانحلال العنوان على مصاديقه الخارجيه المتعدّده، فالروايه ظاهره في أنّ هذه الأراضي مملوكه لعمّاه المسلمين فردا فردا، وأنّ كلّ فرد من المسلمين له الإضافه باللام إلى الأرض، وقد سبق أن ذكرنا أنّ اللّام ظاهره في الملكيه بظهور إطلاقي، وإن كانت موضوعه لغهً لمطلق الاختصاص، لكنّها ظاهره في الاختصاص المطلق الذي هي الملكيه. فإذن الروايه ظاهره في ثبوت اقتضاء الملكيه عليها للمسلمين فردا فردا، بعد زوال مالكيه الكافرين عنها بالغلبه والقهر. هذا فضلاً عن تصريح الإمام عليه السلام بعده بقوله: «لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد»، حيث تفيد هذه الجملة شمول الحكم لجماعه، منهم من هو كافراً الآن ومسلماً لاحقاً، ومنهم من هو معدومٌ حين الفتح وسيُخلق ويولد لاحقاً، فظهور الروايه ونصّها يدلّان على ملكيه جميع أفراد المسلمين لها، والخصوصيه التي يتضمّنها النصّ هي ثبوت الملكيه لمن كان كافراً ثمّ أسلم عن فطره.

كما إنّه يستفاد من السؤال عن «الشراء من الدهاقين» وجوابه عليه السلام عنه أمران:

١\_ أنّ الأراضي المفتوحه عنوه غير قابله للشراء والانتقال بالبيع.

٢\_ تكرار ما أثبتته في صدر الخبر من ملكيه الأرض لعمّاه المسلمين، وعدم جواز بيعها، والمعامله عليها إلا في صورته واحده، وهي فيما لو كان متعلّق الإشتراء والمعامله الحقّ الذي منحه له الحاكم، أو بيع البناء الذي عليها.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرناه أنّ هذه الروايه صحيحه الإسناد والدلاله تفيد ملكيه

ص: ١٦٠

المسلمين عامه للأراضي المفتوحة عنوه، وأنها بعد الفتح تنتقل من الكفار إلى المسلمين بنحو الملك دون الحق»(١).

ومنها: حسنه أبي الربيع الشامي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا تشتري من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمه فإنما هو فيء للمسلمين.(٢)

الظاهر أن المراد من استثناء النهي هو عدم جواز شرائها إلا لمن تقبل خراج الأرض على ذمته وأدائها إلى بيت مال المسلمين، لا لمن عمل بها عمل ملكيه رقبه الأرض.

ومنها: خبر محمد بن شريح قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج؟ فكرهه، وقال: إنما أرض الخراج للمسلمين، فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل وعليه خراجها، فقال: لا بأس إلا أن يستحي من عيب ذلك.(٣)

والمراد بالكراهه الوارده فيها هي الحرمة الوضعيه لو اشترى رقبه الأرض لتعليقه بأنها «للمسلمين» وأنها «أرض الخراج» فلو اشترى رقبه الأرض كانت شرائه باطله.

وأما لو اشترى إحداثات البائع عليها مع تقبل أداء خراجها فحكم الإمام عليه السلام بعدم بأس لهذا الشراء.

وعيب هذه الأراضي خراجها فلو أخفى البائع هذا العيب فللمشتري خياره. وعليه فيكون المراد بالاستحياء هو الاستخفاء لا ما ذكره بعض الأساتذه قدس سره من أن شراء هذه الأراضي «كان يعد ذلك عيباً في تلك الأعصار»(٤)، لـ «أنه لا يناسب اشتراؤه لغير أهل الذمه»(٥).

ص: ١٦١

١- (٨٠٠) العقد النضيد ٤/٤٦٣.

٢- (٨٠١) وسائل الشيعة ١٧/٣٦٩، ح ٥.

٣- (٨٠٢) وسائل الشيعة ١٧/٣٧٠، ح ٩.

٤- (٨٠٣) دراسات في ولاية الفقيه ٣/١٩٧.

٥- (٨٠٤) دراسات في ولاية الفقيه ٣/١٩٧.

والعجب من الاستاذ المحقق (١) \_ مدظله \_ أنه يرى التنافي بين صدر الروايه من الحكم بفساد البيع وذيلها من الحكم بعدم البأس فحكم بأنها ساقطه عن الدلاله مع إقراره \_ مدظله \_ بـ «أن الكراهه لعلها من جهه عدم دفع الخراج» (٢) أى شراء رقبه الأرض، «وأنه لا بأس ولا كراهه لو اشتراها الرجل ودفع خراجها» (٣) أى اشترى إحداثات البائع والترم بدفع خراجها إلى بيت مال المسلمين، فمع هذا الجمع الواضح بين الصدر والذيل فكيف حكم بسقوط دلاله الروايه؟!

ومنها: خبر أبى بُزْدَه بن رَجَا قال: قلت: لأبى عبد الله عليه السلام كيف ترى فى شراء أرض الخراج؟ قال: ومن يبيع ذلك؟! هى أرض المسلمين، قال: قلت: يبيعها الذى هى فى يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس، اشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملاً بخراجهم منه. (٤)

سند الروايه ضعيف بأبى بُزْدَه بن رَجَا لأنه مهمل وأما دلالته تامه لأن ورد فى صدر الروايه «الاستفهام الإنكارى الصادر من الإمام، ثم تعليله وجه الاستنكار بأنها أرض المسلمين، لخير دليل على أن الأراضى المفتوحه عنوه ملك لعامة المسلمين، ولا يجوز للبعض منهم تملكها. فالإمام عليه السلام نفى البيع معللاً ذلك بأنها أرض المسلمين، ثم أجاز ذلك فى ذيل الخبر من جهه تعلق الشراء بالحقّ دون العين.

بيان ذلك: أن أمر الأراضى المفتوحه عنوه يعود إلى إمام المسلمين \_ سواء العادل أو الجائر بناءً على الإمضاء فى الأخير \_ فللوالى حق التصرف فيها، فمن أعطاه الوالى شيئاً من هذه الأراضى، ثبت له الحقّ فيها، ويجوز له بمقتضى حكم الإمام عليه السلام أن يبيع حقه لغيره.

وبالجملة: فلا منافاه بين صدر الخبر المانع للبيع وذيله المجيز له، فتكون دلالته

ص: ١٦٢

١- (٨٠٥) العقد النضيد ٤/٤٦٤.

٢- (٨٠٦) العقد النضيد ٤/٤٦٤.

٣- (٨٠٧) العقد النضيد ٤/٤٦٤.

٤- (٨٠٨) وسائل الشيعه ١٥/١٥٥، ح ١، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو.

ومنها: صحيحه إسماعيل بن فضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أرضاً من أهل الذمه من الخراج وأهلها كارهون، وإنما يقبلها من السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز، فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضاروا، وإن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها.

قال: وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبنى بها أو لم يبن غير أن أناساً من أهل الذمه نزلوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أذوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.(٢)

المراد بالشراء في صدرها التقبل من الإمام كما يظهر من قوله: «وإنما يقبلها من السلطان» وحكم الإمام عليه السلام بجواز التقبل وإعطاء شيئاً لأهل الذمه لثلاث يتضروا بما حدثوا في الأرض، ولعل المراد بالشراء في ذيلها أيضاً كذلك أو الشراء بجهه إحدائات البائع والأول أظهر.

### الاحتمالات التي يمكن استفادتها من الروايات

#### إشاره

الوجه المحتمل المستفاده من الروايات الماضية متعددة تبلغ إلى أكثر من عشره احتمال فلا بد من ذكرها وتعيين المختار منها:

١\_ إنَّ الأرض المفتوحة عنوه ملكٌ لعامة المسلمين بالفعل، وعلى نحو الإطلاق، الشامل لمن هو مسلمٌ حين الفتح أو سيوجد لاحقاً، بل الذي كافرٌ حين الفتح ويسلم لاحقاً، أو ولد كافراً ملئاً ثمَّ أسلم متأخراً، وهذا الاحتمال هو المترائي من صحيحه الحلبي(٣).

٢\_ إنَّ الأرض المفتوحة ملكٌ لمن هو موجود حين الفتح بالفعل، دون من هو غير موجود من أبناء المسلمين أو الكفار وأبناءهم، ممن يَسلمون لاحقاً، وأن تحصل لهم

ص: ١٦٣

١- (٨٠٩) العقد النضيد ٤/٤٦٦ و ٤٦٧.

٢- (٨١٠) وسائل الشيعه ١٧/٣٧٠، ح ١٠، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- (٨١١) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٩، ح ٤.



الملكيه لاحقا بعد وجودهم أو دخولهم في رقبه الإسلام والمسلمين.

فبناءً على الاحتمال الأول، تكون الملكية ثابتة للمعدومين \_ فضلاً عن الموجودين \_ بالفعل، بمعنى أنّ الملكية موجوده بالرغم من أنّ المالك معدوم. أمّا على الاحتمال الثاني فإنّ الملكية الفعلية تكون لخصوص الموجودين، وإن ثبتت للمعدومين عند وجودهم وللكافرين عقب إسلامهم.

٣\_ إنّ الاراضى المفتوحه ملكٌ لنوع المسلم دون أفرادهم، كما هو الحال في حصّه الفقراء والعلويين من الزكاه وسهم الساده، فليست الأرض ملكاً لأفراد المسلمين، حتى نعتبرها ملكاً فعلياً للموجودين وتقديرًا للمعدومين، بل هي ملك لطبيعي المسلم ونوعه \_ الأصولي دون المنطقي \_ كما هو الحال في الحصّتين المذكورتين.

وعليه فإن قلنا بوحده ملكيه النوع والجهه، أصبحت الاحتمالات ثلاثه ومع عدم الالتزام بوحدهما تصبح الاحتمالات أربعه [كما] هو [الصحيح].

٤\_ اعتبار الأراضى المفتوحه ملكاً للجهه، مثل ملكيه الدوله للأموال العامه، حيث أنّ ملكيتها لها لم تكن على نحو ملكيه الفرد أو الطبيعي، بل ملكيه حيثيه وهي التي يعبر عنها في عصرنا الحاضر بالشخصيه الحقوقيه في مقابل الشخصيه الفرديه.

أمّا بالنسبه إلى الحقّ: ففيه أيضاً تجرى الاحتمالات الثلاثه \_ بناءً على وحده الجهه والطبيعه أو الأربعة بناءً على تعددهما \_ ، فتصير الاحتمالات إلى هنا بناءً على تعددهما ثمانيه.

٩\_ هو الاحتمال الذي تحدّث عنه الشهيدان (١) والمحقق الكركي (٢) \_ رحمهما الله \_ من اعتبار الملك أو الحقّ بتبع الآثار، بمعنى أنّه تحصل الملكية \_ أو الحقّ \_ عليها تبعاً لوجود آثارها، وتزول بتبع زوالها، فالفرد من المسلمين يملك [ما يأخذه من] الولاه [قباله] فيما لو شرع في البناء عليها، وتبقى ملكيته لها ببقاء البناء عليها، وتزول بزواله.

ص: ١٦٤

١- (٨١٢) الدروس الشرعيه ٢/٤١؛ والمسالك ٣/٥٦.

٢- (٨١٣) جامع المقاصد ٤/٩٧.

وفيه: هذا الوجه لا دليل عليه، فضلاً عن مخالفته مع القواعد والنصوص الخاصه المذكوره سابقا، حيث لا إشاره في واحد منها على تحقّق الملكيه بالآثار وزوالها بزوالها.

١٠\_ إنّه ليس هناك للمسلمين حقّ أو ملك على مطلق الأراضى المفتوحه عنوه، بل إنّ رقبه هذه الأراضى موقوفه، وتنفكّ بالفتح عن مطلق الملكيه الشخصيه والفرديه، فتصبح متحرّره، وينبغى صرفها في مصالح المسلمين.

وفي هذا الاحتمال صُورَتان:

١٠/١\_ إحداهما: أنّ ما يتحقّق بعد الفتح هو مجرد فكّ رقبه الأرض عن الملكيه، وعدم تقبّلها للمالك كما في المساجد، وبالتالي يجب صرفها في مصالح المسلمين، كما وردت الإشاره إليه في روايه حمّاد(١)، وقال به الفقهاء في خصوص منافع هذه الأراضى.

١٠/٢\_ ثانيتهما: أنّ ما يتحقّق من خلال الفتح زوال ملكيه الكفّار عنها، وصيرورتها وقفاً على المسلمين، كما هو الحال في الأوقاف العامه فإنّ من أوقف أرضه على فقراء المسلمين، يكون قد أوقفها على جميعهم.

وهذا الوجه أيضاً لا دليل عليه، سوى مرسله حمّاد الوارد فيها قوله «فهى موقوفه متروكه»(٢) الدالّه على أنّ هذه الأراضى موقوفه، لكن لا ينبغى التريده في أنّه ليس المقصود من الوقف المذكور فيها، الوقف المصطلح عليه بين الفقهاء في كتاب الوقف، لأنّ المراد من [الوقف] المصطلح، المنع عن التقلّبات الإنشائيه كالبيع والصلح فيها، ولزوم السكون فيه، فالسكون المطلوب في كتاب الوقف سكون إنشائي، والمطلوب في الأراضى سكون غير إنشائي.

وبالتالى فالدافع لهذا الوجه أمران:

أ: إنّ الروايه المبتنيه عليها هذا الوجه روايه مرسله ضعيفه لا اعتبار بها.

ب: ولو سلّمنا صحّتها، فلا بدّ من الجمع بينها وبين سائر الأخبار الدالّه على أنّ

ص: ١٦٥

١- (٨١٤) وسائل الشيعه ١٥/١١٠، ح ٢، الباب ٤١ أبواب جهاد العدو.

٢- (٨١٥) وسائل الشيعه ١٥/١١٠، ح ٢، الباب ٤١ أبواب جهاد العدو.

الأرض «هى لمن اليوم ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد»<sup>(١)</sup> فهى تفيد ثبوت الملكيه، والمرسله تفيد أنها ملك ساكن غير قابل للنقل»<sup>(٢)</sup>.

ولكن الظاهر من صحيحه محمّد الحلبى<sup>(٣)</sup> هو الاحتمال الأوّل لأنّ المستفاد منها ثلاثه أمور وهى:  
أ: الملكيه.

ب: وأنّ الملاك هم الأفراد على نحو العموم الاستغرافى.

ج: وأنّ الملكيه الثابته لهم ملكيه فعليه لا استقباليه.

أمّا الملكيه، فهى مستفاده من الظهور الإطلاقى فى اللّام الدال عرفاً على الاختصاص المطلق.

أمّا المالك فهو مستفاد من كلمه «المسلمين»، فهى جمع محلى بالأل، فضلاً عن أنّها عنوان مشيرٌ فسّره الإمام عليه السلام بقوله:  
«لمن هو اليوم، ولمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد».

أمّا الملكيه الفعليه، فهى مستفاده من قول الإمام عليه السلام: «لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم» حيث يدلّ على أنّ الملكيه ثابته له بالفعل، وإن لم يكن داخلياً فى الإسلام بعد ومعدوداً منهم»<sup>(٤)</sup>.

### الموانع التى تمنع من الأخذ بظهور صحيحه الحلبى

#### اشاره

قد ادعى وجود موانع لا يمكن معها الأخذ بظهور صحيحه الحلبى ومنها:

#### ١\_ الاشكال العقلى

تقريره: كيف يمكن تحقّق الملكيه الفعليه للمسلمين المعدومين مع أنّ الملكيه \_ ولو كانت من الأمور الاعتباريه \_ من الأمور ذات الاضافه التى تحتاج إلى طرفيها من

ص: ١٦٦

١- (٨١٦) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٩، ح ٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع.

٢- (٨١٧) العقد النضيد ٤/(٤٦٠-٤٦٨)، مع اصلاحات واطافات.

٣- (٨١٨) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٩، ح ٤.



المملوك والمالك ثم اعتبار الملكيه بينهما ومع فرض معدوميه المالك كيف يمكن تحقّق هذه الإضافه؟!

نعم، الملكيه ليست من الأمور الإضافيه الحقيقيه نحو: الفوقيه والتحتيه أو أبوه والبُنه بل تعدّ من الأمور الإضافيه الاعتباريه ولكن يستحيل أن تحقّق أمر إضافي من دون تحقّق طرفي الإضافه حتّى لو كانت اعتباريه، والمعدوم يستحيل أن يكون طرفاً للموجود في الإضافه بلا فرق بين إضافتي الحقيقيه والاعتباريه.

جوابه: أولاً: بالنقض في بحث الزمان \_ بناءً على أنه من الأمور التكوينيّه \_ حيث تصحّ نسبة الزمان إلى طرف معدوم بل طرفي المعدوم نحو صحه استعمال هذه الجملة عرفاً وعقلاً وهي: «إنّ اليوم بعد الأمس وقبل الغد» أو ما ورد من قوله عليه السلام: «قم فاغتنم الفرصه بين العدمين» فتنسب اليوم الموجود أو الفرصه الحاليه الموجوده إلى القبليه والبعديه المعدومتين.

وثانياً: الأمور الاعتباريه تابعه لاعتبار مُعْتَبَرِهَا فإذا اعتبرها من دون تحقّق الأمرين الإضافيتين فلا إشكال في صحه اعتباره إذا ترتب عليه أثر ونحوها وارد في الشريعه وغيرها بل وارد في سيره العقلاء في حياتهم الاجتماعيه من سالف الزمان إلى زماننا هذا أذكر لك أمثله لها:

أ: عقد الإجاره لأنّ منافع الآتيه للدار مثلاً معدومه بالفعل ولكن صحّ تملكها للمستأجر من الآن.

ب: أو جواز بيع الثمره الموجوده في هذه السنه مع الثمره التي تحصل في السنه القادمه مع أنّ الأخيره معدومه الآن بالفعل ولكن حصلت الملكيه والتملّك لهما من الآن بعد بيعها.

ج: صحه الوصيه لتمليك منافع داره لأولاده وأولاد أولاده من نسله المعدومين فعلياً الذين يراهم في عالم الوجود في الأزمنه الآتيه.

فحينئذ فلا مانع عقليّ أو شرعيّ من تمليك المعدوم للموجود كالاجاره أو تملك الموجود للمعدوم كملكيه الأرضي المفتوحه عنوه للمسلمين المعدومين أو تمليك

المعدوم للمعدوم كالوصيه الماضيه.

وحلها وجود الفارق الرئيسى بين عالمى الاعتبار والتكوين كما مرّ مرارا فى أبحاثنا الاصوليه والفقهيّه.

## ٢\_ كيف تكون ملكيتها لعامه المسلمين ثم يجوز استيجارها لهم؟!

تقرير الإشكال: إذا كانت ملكيه الأراضى المفتوحه عنوه لعامه المسلمين على نحو الانحلال، بحيث يكون كلّ فردٍ فردٍ منهم مالكا فكيف يجوز لهم قبالة هذه الأراضى وإجارتها بالخراج والمقاسمه مع إمام المسلمين؟

بعبارة أخرى: الإجاره هى تملك المنفعه، فكيف يجوز تملك المنفعه مع فرض مالكيه العين للمستأجر وبتبع العين مالكيه المنفعه له باعتبار أنه فرد من أفراد المسلمين، فكيف يمكن تملك المنفعه له بالإجاره مرّه أخرى؟!!

فاستيجار المسلمين لها باطل وممنوع عقلاً وعرفاً وشرعاً مع أن سيره حكام المسلمين وولاتهم فى زمنى الحضور والغيبه إجاره هذه الأراضى الخراجيه للمسلمين من دون نكير!

جوابه: الأراضى المفتوحه عنوه ملك لعامه المسلمين على نحو الإشاعه، فيجوز لأحدهم استيجارها من إمام المسلمين وتعديه حقوق المسلمين مع قبالة التى كتبها مع إمامهم والتصرف فيها بحيث يشاء كما هو الأمر فى غيرها من الأملاك المشاعه بين عدّه أفراد. فلا مانع من الجمع بين الملكيه المشاعه واستيجار العين أو بعضها كما لا يخفى.

## ٣\_ كيف تجتمع الملكيه مع عدم جواز التصرفات الاعتباريه والخارجيه؟

تقرير الاشكال: الصحيحه تدلّ على ثبوت الملكيه لكلّ فرد من أفراد المسلمين، وهذه الملكيه كيف تثبت لهم مع عدم جواز التصرفات الاعتباريه لهم كالبيع والصلح والإجاره والوقف ونحوها، أو التصرفات الخارجيه نحو: الزرع والبناء والسكنى وغيرها إلّا- من خلال إذن إمام المسلمين ومع كتابه القبالة معه، فمثل هذه الملكيه التى لا يتمكن المالك معها من جميع التصرفات المالكيه لغو محض.

فكيف يمكن القول بملكيتهم للأراضى الخراجيه مع أنهم ممنوعون عن التصرف

فيها مطلقاً إلا مع إذن إمام المسلمين!؟

جوابه: الملكية هنا ليست الملكية الشخصية التي يجوز معها التصرفات الاعتبارية والخارجية، بل الملكية هنا قسم خاص منها وكيفيته معيّنه منها وهي لزوم صرف منافعها في سدّ خلات مجتمع المسلمين ومصالحهم، فحينئذ فالملكية الخاصة ثابتة للمسلمين في الأراضي الخراجية ولكن جواز التصرف فيها مشروط بإذن إمام المسلمين رعايه لحفظ مصالحهم وحقوق جميعهم.

#### ٤\_ كيف تجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث فيها؟

تقرير الإشكال: قانون التوارث يقتضى انتقال ما يملكه الميت من مال أو حق إلى وارثه، فلو كانت الأراضي الخراجية لعامه المسلمين لزم انتقالها إلى ورثتهم ويستلزم منه اختلاف حصصهم الموروثة قلّه وكثره بالضرورة وبالتالي الاختلاف في مقدار مالكيته!

مع أن الفقهاء ينفون التوارث فيها فكيف يجتمع الملكية مع عدم ثبوت الإرث!؟

جوابه: قد مرّت الملكية هنا قسم خاص منها وليست الملكية الشخصية بحيث يرث بعد موت المالك إلى ورثته، وعدم التوارث لا يجتمع مع الملكية الشخصية ولكنها يجتمع مع الملكية الخاصة التي يأتي تفصيلها فانتظر.

والحاصل: بهذه الإشكالات الأربعة ونحوها التزم جمع من محققى أصحابنا إلى ملكية الجبهه أو النوع، لا إلى ملكية كل فرد من أفراد المسلمين على نحو الملكية الفعلية.

كما ذهب المحقق النائيني (١) إلى أنّها ملك للجبهه \_ وقد مرّ تعريفها في الاحتمال الرابع من المحتملات العشره الوارده في الروايات فراجع.

وذهب المحقق الإصفهاني رحمه الله إلى أنّها ملك للطبيعي \_ كما مرّ تعريفه في الاحتمال الثالث من المحتملات العشره \_ وقال: «الأنسب بالجمع بين الأخبار ورعايه الآثار ما ذكرناه في أوائل البحث (٢) عن الأراضي من كونها ملكا للطبيعي على وجه خاص... أن»

ص: ١٦٩

١- (٨٢٠) المكاسب والبيع ٢/٣٧١.

٢- (٨٢١) قال في حاشيه على المكاسب ٣/١٤: «وعليه فيمكن أن يقال: بملاحظه الجمع بين الأخبار ورعايه الآثار أنّ الأرض ملك لطبيعي المسلمين ونوعهم لا لأحاديهم، وما ورد \_ من أنّه ملك لجميع المسلمين ممن وجد وممن لم يخلق بعد \_ يراد به عدم اختصاص ملك الطبيعي بزمان دون زمان، وإنّ كان كلّ واحدٍ من المسلمين قابل لانطباق الطبيعي عليه، لكنّه ليس كالأخمس والزكاه بحيث يجب على المتولى لأمرها إقباضها إلى من شاء، بل جعل أمرها عينا ومنفعه إلى ولي الأمر مع رعايه

مصلحه النوع، فتاره تقتضى المصلحه إقباض رقبه الأرض إلى واحد، وأخرى تقتضى إبقاء الأرض وصرف حاصلها فى مصلحه النوع. وأمّا بذل ولى الأمر بعنوان العطيه والجائزه فإمّا هو من باب حق التوليه، أو لأنّ قيامه بأمر مصلحه النوع، ولوازم الرياسه مرعيه فى الرئيس القائم بالأمر، فبالأخره تكون العطيه والجائزه مصلحه النوع».



الأرض ليست ملكا لآحاد المسلمين استغراقيا حتّى يرد المناقشه من الوجهين وغيرهما ممّا قدمناه بل ملك للطبيعي، فالشخص بما هو غير مالك حتّى لا- يجوز الإجاره منه أو يجوز نقل حصته، مع أنّ عدم جواز نقل الحصه كما يمكن أن يكون لعدم الملك كذلك يمكن أن يكون لحبس الملك على وجه خاص»(١).

ثمّ تعرض لمحاولة ما ورد في صحيحه محمّد الحلبي من قوله عليه السلام : هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد.(٢)

من أنّ ظاهرها ملكيه آحاد المسلمين استغراقيا «إلاّ أنّه للمحاذير المتقدمه مرارا يحمل على ملك الطبيعي والترتيب الذي ذكره عليه السلام لبيان أنّه لا يختص بزمان دون زمان، ويقبل الانطباق على المسلم بالفعل وعلى من يدخل في الإسلام»(٣).

ويمكن تأييده بأنّ «لـ» الواردة في كلمه «للمسلمين» غير آبيه عن الملكيه النوعيه نحو الوقف على العماء وآيتى الزكاه والخمس وظهورهما في الملكيه النوعيه للأصناف الواردة في الآيتين وأنهما لم تكن ملكا لأفرادهم على نحو الاستغراق.

ولكن يمكن أن يناقش عليه:

ص: ١٧٠

١- (١٢٢) حاشيه المكاسب ٣/٥١.

٢- (١٢٣) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٩، ح ٤.

٣- (١٢٤) حاشيه المكاسب ٣/٥٧.

أولاً: «أنّ قوله عليه السلام: «لمن هو اليوم...» لم يقصد بها تعميم النوع، لكفائه العنوان بنفسه لشمول نوع من ينطبق عليه العنوان، دون الحاجة إلى التنصيص على التعمّم بإضافه كلمتي «اليوم» و«بعد اليوم»، والشاهد عليه الخطابات التكليفيّة، فإنّ مجرد التصريح بلفظه العلماء في «أكرم العلماء» إنّما هو لتعميم الحكم، ولا حاجة لإبراز التعمّم بإضافه اليوم والغد للدلالة على عدم الاختصاص بزمان معيّن. وبالتالي فدعواه أنّ الجملة المذكورة إنّما هي لإفاده عدم محدوديّة الملكيه بزمان دون زمان ممنوع»<sup>(١)</sup>.

وثانياً: «أنّ قوله عليه السلام: «لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد» مصداق للفرد، ولا يصحّ إسناده إلى الطبيعه، كما هو الحال في كلمه «الجميع» المضافه إلى المسلمين، فإنّ المراد منها الأفراد دون الطبيعه، لأنّ الذي يدخل في الإسلام أو قد يولد هو الفرد بعينه دون النوع أو الجبهه»<sup>(٢)</sup>.

وثالثاً: «يمكن تصوير ملكيه النوع في الشرع، كما هو الحال في باب الأوقاف والوصايا، لكن هذه الملكيه النوعيه تنطبق في النهايه على الفرد، أمّا الملكيه النوعيه التي تبقى منحصره بالنوع، دون أن تتعدّى إلى الفرد، ودون أن تصبح ملكاً للأفراد لا عينا ولا منفعه \_ كما التزم بها المحققان النائيني والإصفهاني \_ فهي ممّا لا يمكن فرضها أو تعقلها»<sup>(٣)</sup>.

وبالجملة: يمكن القول بملكيه الأراضي المفتوحه عنوه لأحاد المسلمين على نحو الاستغراق، فعليه من دون اختصاص بزمان دون زمان، بل هذه الملكيه التشريعيه ثابتة على مرّ الدهور إلى يوم القيامة ولكن ملكيه خاصه غير ملكيتهم الحرّه المطلقه لأموالهم الشخصيه الفرديه، وهي ملكيه محبوسه غير حرّه، ومقيده غير مطلقه بحيث لا يتمكنوا من التصرف فيها إلاّ بإذن إمام المسلمين ولا بدّ من أداء الخراج إليه ولا يجوز بيعها ولا إيجارها ولا يرث إلى أولادهم وعلى هذا الاساس الملكيه الفعليه الخاصه وهي

ص: ١٧١

١- (٨٢٥) العقد النضيد ٤/٤٧٨.

٢- (٨٢٤) العقد النضيد ٤/٤٧٨.

٣- (٨٢٧) العقد النضيد ٤/٤٧٩.

محبوسه ومقيدته ثابتة لآحاد المسلمين على طول الزمان من دون إشكال والحمد لله العالم بأحكامه.

## بعض أحكام الأراضي المفتوحة عنوه

### ١\_ هل تشمل فريضة الخمس الأرض المفتوحة عنوه أو أنها ملك خاص للمسلمين ولا يحتاج إلى أداء الخمس؟

فيه قولان:

أ: المشهور بين الأصحاب شمول أدله الخمس لها بل يظهر من صاحب المدارك (١) إجماع المسلمين عليه. والوجه فيه إطلاق أدله الخمس من الآية الشريفة (٢) والروايات الواردة (٣) في وجوبه يشمل الأراضي المفتوحة عنوه.

ب: ما اختاره صاحب الحدائق من عدم وجوب الخمس فيها وقصير الخمس في الغنائم المنقولة دون غيرها كالأراضي والمسكن وقال: «ولا- أعرف على هذا التعميم دليلاً- سوى ظاهر الآية (٤)... وقد تتبعْتُ ما حضرني من كتب الأخبار كالوافي والوسائل المشتمل على أخبار الكتب الأربعة وغيرها فلم أقف فيها على ما يدل على دخول الأرض ونحوها من ما قدمناه في الغنيمه التي يتعلق بها الخمس، ولم أقف في شيء منها على وجوب إخراج الخمس منها عينا أو قيمه حتى الأخبار الواردة في تفسير الآية المشار إليها فإنها ما بين صريح أو ظاهر في تخصيصها بما ينقل ويحول.

وحيث يمكن تخصيص الآية بما دلت عليه هذه الأخبار...» (٥). ثم أضاف: «وبالجملة فما ذكره لا- وجود له في شيء من الأخبار، بل ظواهرها من حيث عدم

ص: ١٧٢

١- (٨٢٨) مدارك الأحكام ٥/٣٦٠.

٢- (٨٢٩) سورة الأنفال ٤١/.

٣- (٨٣٠) وسائل الشيعة ٩/٤٨٥، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، وغيرها من الروايات.

٤- (٨٣١) الحدائق ١٢/٣٢٤.

٥- (٨٣٢) الحدائق ١٢/٣٢٥.

التعرض لذكره ولو إشارة سيما في مقام البيان هو العدم»(١).

القول المختار: هو ما ذهب إليه صاحب الحدائق؛ لأنَّ عنوان الغنيمه في الآيه الشريفه ونصوص الروايات فُسِّرَتْ في صحيحه على بن مهزيار بـ «الفائده يفيدها»(٢) المرء. فعلى هذا يكون موضوع الخمس الفوائد الماليه الشخصيه وقد عرفت أنَّ ملكيه آحاد المسلمين للأراضى الخراجيه ملكيه خاصه مقـَّيده محبوسه غير حرّه لم يصدق عليها عنوان «الفائده» عرفا.

مُضافا: إلى أنَّ الروايات الوارده لبيان أحكام الأراضى الخراجيه لم يتعرض في شىء منها وجوب الخمس وسكوتها دليل على عدم وجوبها كما قال صاحب الحدائق: «ويؤيد ما قلناه الأخبار الوارده في حكم الأرض المفتوحه عنوه ومنها خبير وعدم التعرض فيها لذكر الخمس بالكليه مع ذكر الزكاه فيها، ولو كان ثابتا فيها لكانت أولى بالذكر لتعلقه برقبه الأرض»(٣).

وثالثه: على فرض وجوب الخمس فيها على مَنْ يجب إخراجها؟ على آحاد المسلمين حيث لم يتمكنوا من التصرف فيها مطلقا، أو على إمام المسلمين حيث لم يملك من الأراضى الخراجيه إلا نصيبه بما أنَّه أحد من المسلمين وليس له التصرف فيها إلا في إدارتها وقبالتها وأخذ الخراج منها وصرفه في مصالح المسلمين ولم يأذنوا في الروايات في إخراج خمس هذه الأراضى بتوسطه، فعلى مَنْ يجب إخراج الخمس؟! وهذه عويضه لابدّ المشهور من حلّها.

فالمختار عدم وجوب الخمس فيها كما مرّ من الحدائق وعليه الأستاذ المحقّق(٤) \_ مدظله \_ .

## ٢\_ المتصدى للأراضى الخراجيه

ص: ١٧٣

١- (٨٣٣) الحدائق ١٢/٣٢٧.

٢- (٨٣٤) وسائل الشيعه ٩/٥٠٢، ح ٥، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس.

٣- (٨٣٥) الحدائق ١٢/٣٢٦.

٤- (٨٣٦) العقد النضيد ٤/٤٨٣.

المتصدى لها أولاً هو الإمام المعصوم عليه السلام الذى يخلف عن النبى صلى الله عليه وآله وكان وصياً له ثم نائبه بدلاً منه وفى عصر الغيبة المتصدى لها هو الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء مع تحقق الولاية له، ومع عدم ولايته يتصدى لها عدول المؤمنين حسبته كما مرّ فى بحث الولايات.

وأما لو قام جائر وتصرف فى هذه الأراضى وبلت الشيعة بالمعامله معه، أجاز الأئمه عليهم السلام فى الروايات المعامله معهم تسهياً لشيعتهم وتوسعه عليهم وأفتى بها فقهاء الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

وقد ذكرت لك نصوص الروايات وكلمات الأصحاب فى المقام فى المسأله الثالثه من مسائل خاتمه المكاسب المحرمه: ما يأخذ الجائر من الخراج والمقاسمه والزكاه فى بحثى «تطور البحث» (١) و «أدله القائلين بالجواز» (٢) فراجعهما إن شئت ولا نعيد.

### ٣\_ لا يجوز بيع الأراضى الخراجيه

عدم جواز بيع هذه الأراضى كأنه إجماعى وتدلّ عليه النصوص المتعدده الماضيه (٣) ولكن هذه الأراضى قد طالتها أيادى المسلمين بالبيع والشراء والإجاره والصلح وغيرها قديماً وحديثاً ولذلك قد تصدى الفقهاء محاوله هذه المعاملات وتبريرها بوجوه:

أ: يجوز بيعها وشارئها بلحاظ «الآثار والأبنيه المحدثه فيها بعد الاغتنام بل والحقّ المتعلق بها للمتصرف. فتصير الأرض للمشتري على وجه كانت للبائع من ثبوت حقّ الأولويه وعدم جواز المزاحمه إذا فرض كون التصرف وإحداث الآثار بإذن الإمام، أو بإجازته العامه للشيعة على القول بها؛ أو بإذن نائبه الخاص أو العام، أو بتقبييل السلطان الجائر بناء على إمضائهم عليهم السلام لذلك» (٤).

ص: ١٧٤

١- (٨٣٧) الآراء الفقيهيه ٣/ (٣٨٣-٣٧١).

٢- (٨٣٨) الآراء الفقيهيه ٣/ (٤٠٧-٣٨٤).

٣- (٨٣٩) راجع بحث مستند فقهاء الطائفة صفحه ١٥٦ من هذا المجلد.

٤- (٨٤٠) دراسات فى ولايه الفقيه ٣/ ٢١٢.

كما مرّ في خبر أبي بُزْدَه بن رجا(١) وصحيحه إسماعيل بن فضل الهاشمي(٢) وخبر محمّد بن شريح(٣) وحسنه أبي الربيع الشامي(٤)، وهذه المحاولة هي المختار في شرائها.

ب: «قيام السيره القطعيّ على التعامل بها، حيث أنّ الثابت قيام السيره القطعيّ عند المتشرّعه على التعامل بهذه الأراضى، بل إنّ أراضى الكوفه التى تعدّ القدر المتيقّن ممّا فتحت عنوه، فقد ثبتت السيره القطعيّ على التعامل بها، وهى تعدّ مخصّصه للأدلّه الدالّه على عدم جواز التصرف فيها.

ولا يخفى أنّه لا- يكفى مجرد احتمال استناد هذه السيره إلى فتاوى الفقهاء، لعدم اعتبارها إلا إذا ثبت اتّصالها بالأئمّه عليهم السلام أو بأصحابهم وتلقّيها منهم، وهو أمرٌ لانتسبعت تحقّقه، وقد شاع أيام تشرفنا فى النجف الأشرف أنّه عُثر على صندوق يتضمّن وثيقه تشير إلى قيام عمّار ابن ياسر ببيع داره فى الكوفه وعليها ختم أميرالمؤمنين عليه السلام(٥)، ولكن لا- مجال للاعتماد على مجرد هذه الوثيقه لأنّها قضيه فى واقعه.

ج: الحكم على المعاملات الواقعة عليها بالصّحّه من خلال الأماره والدليل:

أمّا الاماره: فباعتبار أنّ كلّ ما يتعامل عليها من هذه الأراضى سبقتها يدٌ عليها تعدّ أماره على الملكيه، إلا إذا ثبت خلافها، وبالتالي فكلّ دار أو عرصه فى الكوفه أو النجف أو نهاوند كانت عليها يدٌ قبل إجراء المعاملات عليها، وهذه الأيادى أماره على الملكيه.

ص: ١٧٥

١- (٨٤١) وسائل الشيعه ١٥/١٥٥، ح ١.

٢- (٨٤٢) وسائل الشيعه ١٧/٣٧٠، ح ١٠.

٣- (٨٤٣) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٩، ح ٩.

٤- (٨٤٤) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٩، ح ٥.

٥- (٨٤٥) سمعت من العلّامه الشهيد السيّد عزّالدين بحرالعلوم رحمه الله أنّه ممّن شاهد الوثيقه المذكوره، وقد كانت موضوعه فى صندوق عثر عليه حينما أقدم العمّال على حفر الأساس فى إحدى العرصات الواقعة بحى الكنده، القريبه من الجامع الأعظم بالكوفه، وقد جاء فيها أنّ عمّارا باع داره لفلان وشهد بذلك علىّ بن أبى طالب عليه السلام وشمر بن ذى الجوشن وثالث نسيب اسمه، وقد بقيت الوثيقه فتره غير قليله فى النجف تتداولها الأيادى، وشاهدها العديد من أهل العلم ومنهم المحقّق الخوئى قدس سره إلى أن اختفت.

نعم، لا- شك أنّ الأراضى لم تكن فى تلك الأيام جميعها عامره، بل كانت بعضها مئته مئيا يدخلها فى ملك الإمام دون المسلمين، وأمّا العامره فهى تبقى ملكا للمسلمين إلى يوم القيامة، وعليه فلا بدّ من إحراز أنّ المفتوحه كانت عامره حين فتحها أو مئته، ومجرّد احتمال كون الأرض عامره حين الفتح يوجب الشكّ فى العقد، كما أنّ مجرّد احتمال كونها مواتا فى تلك الأزمنه وأنّها بقيت بأيدي الكفّار من أهل الذمّه مقابل الجزيه أو المصالحه عليها مع المسلمين، أو احتمال أن تكون الأرض من قطائع الإمام، أو أذن الإمام بالتصرّف فيها، يقتضى الحكم بصحّه التعامل بها، وصحّه تداول الأيدي المتعامله عليها.

أمّا الأصل: فباعتبار أنّ البحث يدور حول الأراضى العامره التى فتحها المسلمون، حيث يشكّ فى دخول الأرض المبتلى بها فيما فتحت عنوه وعدمه، لأنّ الفتح أمرٌ حادثٌ مسبوقةً بالعدم، وهناك عمومات \_ كقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيرها \_ تدلّ على لزوم الوفاء والالتزام بمطلق العقود، عدا العقد الواقع على الأرض المفتوحه عنوه، وعند الشكّ فى المعامله الواقعه على الأرض المشكوكه، فإنّ الشكّ يعود إلى العنوان المخصّص وبالتالى يجرى الأصل فيها، ويثبت صحّه الموضوع، ولزوم الوفاء به.

فإن قيل: إنّ الاستصحاب المذكور معارض بمثله، باعتبار أنّ الأصل عدم بقاء الأرض فى يد ملاكها بالمصالحه عليها أو بدفع الجزيه، وعدم كونها من قطائع الإمام، لأنّها أمورٌ مستحدثه، وعند الشكّ فيها يجرى استصحاب عدمها.

قلنا: من الثابت أنّه لا- اعتبار لجريان الاستصحاب إلّا فيما إذا كان ذا أثر، والاستصحاب المذكور لا أثر له بنفسه، وإنّما الأثر للزومه وهو أيضا لا اعتبار به لأنّه مفتوحه عنوه، وبالتالى يجرى الاستصحاب الأوّل دون معارض.

د: عند الشكّ فى عامريه الأرض المتعامل عليها حين الفتح وعدمها، تجرى أصاله عدمها؛ لأنّ العُمران أمرٌ حادث، ومن خلالها يثبت صحّه جميع التصرفات الواقعه

## حكم الأراضى الصلحية

### إشاره

وقد تسمى «الأراضى الخراجيه» أيضا، و«هى الأرض التى فتحت من قبل المسلمين من دون أن يسلم أهلها ولا قاوموا الدعوه الإسلاميه بشكل مسلح، بل ظلوا على دينهم فى ذمه الإسلام بعقد الصلح فتصبح الأرض أرض الصلح»(٢). ولم يتعرض الشيخ الأعظم من البحث حولها ولكن نبحت عنها فى مقامين:

### المقام الأول: مقتضى عقد الصلح

هذه الأرض تابعه لبنود عقد الصلح فإن نص فيه على أن الأرض كانت ملكا لهم تبقى فى ملكيتهم، وإن نص فيه على أنها ملكا للمسلمين فهى لهم وتصير كالأراضى المفتوحه عنوه الماضيه آنفا، وإن نص فيه على أنها للإمام تدخل فى ملكه وتكون من الأنفال ويجرى عليها حكمه، هذه كلها فى الأراضى التى كانت عامره فى أيديهم.

وأما الأراضى الموات أو العامره بالأصالة منها فتدخل فى ملك الإمام عليه السلام كنظائرها وله أن يتصرف فيها بما يرى من المصلحه.

«نعم، إذا أدرجها فى عقد الصلح لزم أن يطبق عليها ما هو مقتضى هذا العقد، ولا يجوز الخروج عن مقرراته ومقتضياته.

فالتجيه: إن مقتضيات عقد الصلح تختلف باختلاف الموارد والمصالح على أساس أن أمره بيد ولى الأمر فله أن يعقد الصلح معهم على حسب ما يراه من المصلحه للدولة أو الأئمة وهى بطبيعته الحال تختلف باختلاف المقامات»(٣).

### المقام الثانى: مقتضى الروايات

أ: مجموعه من الروايات تدلّ على أن أرض الصلح تكون من الأنفال وهى التى اقتضى عقد الصلح ملكيتها للإمام عليه السلام ، لا ما يقتضى عقد الصلح أنها باقيه فى ملكيتهم أو

ص: ١٧٧

١- (٨٤٦) العقد النضيد ٤/ (٤٨٥-٤٨٣) مع تصحيحات.

٢- (٨٤٧) الأراضى ٣٢٥/.

٣- (٨٤٨) الأراضى ٣٢٦/.



ما يقتضى أنها للمسلمين فتدخل فى حكم الأراضى المفتوحة عنوه، فحينئذ ما يدلّ عليها هذه المجموعه هو قسم خاص من الأراضى الصلحيه وهى ما يدلّ عقد الصلح على أنّها للإمام عليه السلام .

ومن هذه المجموعه: صحيحه حفص بن البخرى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم، وكلّ أرض خربه، وبطون الأودية، فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء. (١)

وأنت ترى بأنّ الإمام عليه السلام جعل عنوان الصلح فى مقابل عنوان الإعطاء الظاهر فى تغييرهما ولعلّ المراد من الإعطاء هو إعطاء الأرض وتسليمها للإمام تسليماً ابتدائياً من دون أى شرط مسبق، بحيث لم يكن هناك عقد صلح كما فعله يهود فدك بالنسبه إلى أرضهم وإعطائها لرسول الله صلى الله عليه وآله . والمراد من الصلح ما مضى من إعطاء الأراضى للإمام عليه السلام فى عقد صلح ودخولها فى ملكيته عليه السلام .

ويمكن أن يقال: باتحاد عنوانى الصلح والإعطاء كما يظهر من الروايتين التاليتين.

ومنها: مرسله حماد الطويله عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح \_ فى حديث \_ قال: وله (أى للإمام عليه السلام ) بعد الخمس الأنفال، والأنفال كل أرض خربه قد باد أهلها وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ولكن صالحوا صلحا وأعطوا بأيديهم على غير قتال، الحديث. (٢)

ظاهر المرسله إتحاد عنوانى الصلح والإعطاء وأنهما عطف تفسير وإن يمكن القول بتغييرهما كما مرّ.

ومنها: موثقه محمّد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه سمعه يقول: إنّ الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه دم، أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض

ص: ١٧٨

١- (٨٤٩) وسائل الشيعه ٩/٥٢٣، ح ١، اللباب ١ من أبواب الأنفال.

٢- (٨٥٠) وسائل الشيعه ٩/٥٢٤، ح ٤.

خربه، أو بطون أوديه، فهذا كله من الفىء والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب. (١)

وظاها كماضيها فى الداله.

ب: ولكن هناك مجموعه أخرى من الروايات تدلّ أنّ الأراضى الصلحيه باقيه على ملك أصحابها ومن المعلوم أنّ هذه المجموعه أيضا تدلّ على قسم خاص من الأراضى الصلحيه وهى التى تبقى على ملكيه أصحابها فى عقد الصلح وعلى بنودها الممضاه من الطرفين.

فمنها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن شراء أرض أهل الذمه، فقال: لا بأس بها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدى عنها كما يؤدون... الحديث. (٢)

ومنها: حسنه أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا تشتتر من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمه فإنما هو فىء للمسلمين. (٣)

ومنها: حسنه زراره قال: قال: لا بأس بأن يشتري أرض أهل الذمه إذا عملوها وأحيوها فهى لهم. (٤)

معلّى بن محمّد البصرى حسن أقلّا كما عليه المامقانى وهو يروى عن الحسن بن على بن زياد البجلى إمامى ثقّه فالسند لا بأس به أو حسن وإما الإضمار فلا يضرّ بالروايه مع أنّ مضمّرها زراره وهو لا يروى من غير الإمام عليه السلام .

وبالجملة: الظاهر من المجموعه الأخيره هو شراء رقبه الأرض «وحملها على شراء الحقّ المتعلّق بها كما كان الأمر فى شراء الأرض المفتوحه عنوه بمكان من الإمكان إلا أنّه خلاف الظاهر فيكون بحاجة إلى قرينه» (٥).

ص: ١٧٩

١- (٨٥١) وسائل الشيعه ٩/٥٢٦، ح ١٠.

٢- (٨٥٢) وسائل الشيعه ١٧/٣٧٠، ح ٨، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٣- (٨٥٣) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٩، ح ٥.

٤- (٨٥٤) وسائل الشيعه ١٧/٣٦٨، ح ٢.

٥- (٨٥٥) الأراضى ٣٢٨/.

والحاصل: «أن أرض الصلح تختلف باختلاف ما تم عليه عقد الصلح بشأنها، وليس لها ضابط كلي في جميع الموارد»<sup>(١)</sup>.

هذا مجمل البحث حول الأراضى وللتفصيل راجع كتاب «الأراضى» للفقير الباحث آية الله الشيخ محمد إسحاق الفياض \_ دام  
ظله \_ فإنه مشحون بالتحقيقات والحمد لله العالم بأحكامه.

ص: ١٨٠

---

١- (٨٥٦) الأراضى / ٣٢٨.

ذهب جمع من أصحابنا إلى اشتراط الطلقيه فى شروط العوضين:

منهم: المحقق قال: «الثانى: أن يكون طلقا فلا يصح بيع الوقف...»(١).

ومنهم: العلامة قال: «ويشترط فى الملك التماميه فلا يصح بيع الوقف...»(٢). ونحوه فى الإرشاد(٣).

ومنهم: الشهيدان فى اللمعه وشرحها(٤) والمحققون الكركى فى جامع المقاصد(٥) وابن القطن فى معالم الدين(٦) والفيض الكاشانى فى المفاتيح(٧) والسبزوارى فى الكفايه(٨) والمحدث البحرانى فى الحدائق(٩) والفاضل النراقى فى المستند(١٠).

ولكن قال صاحب الجواهر: «الثانى: أن يكون) الملك (طلقا) أى تامًا، كما أبدله به فى القواعد(١١).

إلا أنه لم نجد شيئًا منهما فى شىء مما وصل إلينا من النصوص، واستفادته مما

ص: ١٨١

- ١- (٨٥٧) الشرائع ٢/١١.
- ٢- (٨٥٨) قواعد الأحكام ٢/٢٣.
- ٣- (٨٥٩) إرشاد الأذهان ١/٣٦١.
- ٤- (٨٦٠) الروضه البهيه ٣/٢٥٣.
- ٥- (٨٦١) جامع المقاصد ٤/٩٧.
- ٦- (٨٦٢) معالم الدين ١/٣٤٢.
- ٧- (٨٦٣) مفاتيح الشرائع ٣/٥١، مفتاح ٨٩٩.
- ٨- (٨٦٤) الكفايه ١/٤٥٤.
- ٩- (٨٦٥) الحدائق ١٨/٤٣٨.
- ١٠- (٨٦٦) مستند الشيعة ١٤/٣٠٧.
- ١١- (٨٦٧) قواعد الأحكام: المتأجر / فى العوضين ٢/٢٣.

ورد في الأماكن المخصوصه \_ كالوقف(١) وأم الولد(٢) ونحوهما \_ على وجه يتعدى منه إلى غيره لا يخلو من إشكال؛ ضروره كونه:

إن كان المراد به: عدم تعلق حق للغير به، فهو منقوض بما ثبت جواز بيعه مما هو كذلك؛ من بيع العبد الجاني، والمبيع في زمن الخيار على أحد الوجوه، وتركه المديون كذلك أيضا... وغيرها.

وإن أريد به: ما جاز لمالكه جميع أنواع التصرفات به، فهو أوضح من الأول فسادا؛ فإن منذور عدم التصرف الخاص لا ينافي جواز البيع قطعا.

وإن جعل مرجعه: إلى كل ما ثبت عدم جواز بيعه مما تعلق به حق الغير، لم يوافق ذكره بعنوان الشرطي العامه، وكذا إن أريد به عدم تزلزل الملك؛ فإن من المعلوم جواز بيع الموهوب ونحوه.

ومثل ذلك قد وقع لهم في شرائط الزكاه، وذكرنا فيه هناك نحوا من ذلك.

فلاحظ وتأمل، فإن المقام متقارب خصوصا بعد ذكرهم بعد ذلك اشتراط القدره على التسليم \_ نحو ذكرهم هناك اشتراط التمكّن من التصرف \_ مع اشتراط التمام، وإن كان هما غير متلازمين؛ فإن المغصوب والمفقود والأبق ونحوها مملوكه ملكا تاما إلا أنه غير متمكّن من التصرف فيها ولا مقدوره على تسليمها.

والأمر في هذا سهل بعد معلومته كون مقتضى العمومات جواز البيع لكل عين مملوكه، إلا ما خرج بالدليل مما تعلق به حق للغير على وجه ينافيه البيع مثلاً.

وعلى الفقيه انتقاد الحقوق المتعلقة بالنسبه إلى المنافاه المزبوره وعدمها، ولا دليل على أنّ مطلق تعلق حق الغير مناف، بل لعلّ الدليل على خلافه»(٣).

وتبعه الشيخ الأعظم وقال: «والمراد بـ»الطلق« تمام السلطنه على الملك بحيث

ص: ١٨٢

١- (٨٦٨) وسائل الشيعه: أنظر ١٩/١٨٢، باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

٢- (٨٦٩) وسائل الشيعه: أنظر ١٨/٢٧٨، باب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان؛ و ٢٣/١٧٥، باب ٦ من أبواب الاستيلاء.

٣- (٨٧٠) الجواهر ٢٣/(٥٧٥-٥٧٣) [٢٢/٣٥٦ و ٣٥٧].

يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، ويكون مطلق العنان في ذلك.

لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقلّ المالك بنقله ويكون نقله ماضياً فيه؛ لعدم تعلق حقّ به مانع عن نقله بدون إذن الحقّ، فمرجهه إلى: من شرط البيع أن يكون متعلّقه ممّا يصحّ للمالك بيعه مستقلاً، وهذا ممّا لا محصل له.

فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصّة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالك \_ كالنذر والخيار ونحوهما \_ وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق.

فمعنى «الطلق»: أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيداً لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لا تأسيساً لشرط ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعيّ والأصالة بالعكس.

ثم إن أكثر من تعرّض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلاّ الثلاثة المذكورة، ثمّ عنونوا حقّ الجاني(١) واختلّفوا في حكم بيعه.

وظاهر أنّ الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر \_ بعد الأربعة المذكورة في عبارته الأكثر \_ : [٥] النذر المتعلّق بالعين قبل البيع، [٦] والخيار المتعلّق به، [٧] والارتداد، [٨] والحلف على عدم بيعه، [٩] وتعيين الهدى للذبح، [١٠] واشترائط عتق العبد في عقد لازم، [١١] والكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرّر منه؛ حيث إنّ المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء، [١٢] والتدبير المعلّق على موت غير المولى، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت من علّق عليه العتق كان مملوكاً للورثة ممنوعاً من التصرف فيه، [١٣] وتعلّق حقّ الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى

ص: ١٨٣

١- (٨٧١) أى الحقّ المتعلّق بالعبد الجاني، وقد أضيف الحقّ إلى من عليه الحقّ.

وقبل قبوله بناءً على منع الوارث من التصرف قبله، [١٤] وتعلق حق الشفعة بالمال؛ فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها، [١٥] وتغذية الولد المملوك بنطفه سيده فيما إذا اشترى أمه حُبلى فوطأها فأنت بالولد، بناءً على عدم (١) جواز بيعها. [١٦] وكونه مملوكاً وُلد من حرٍّ شريكٍ في أمه حال الوطء، فإنه مملوك له، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته. [١٧] وتعارض السبب المملوك والمزِيل للملك، كما لو قَهَرَ حربىُّ أباه، [١٨] والغنيمه قبل القسمه، بناءً على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمه؛ لاستحاله بقاء الملك بلا مالك. وغير ذلك مما سيقف عليه المتتبع (٢).

أقول: وقد بحث الفاضل المامقاني رحمه الله عن هذه الفروع بالتفصيل راجع كتابه غايه الآمال (٣).

وهاهنا جهات من البحث:

### الأولى: ما معنى الطلقه والتاميه؟

لم يظهر معنى واضح للطلقه والتاميه من كلمات القوم فقد عُرِف بتعاريف لا يخلو من مناقشه:

منها: عدم تعلق حق الغير بالملك.

ويرد عليه: جواز معامله على المبيع في زمن الخيار وتركه المديون قبل إخراج الدين وبيع العبد الجاني ونحوه.

ومنها: الطلقه والتاميه هي ما جاز لمالك الملك جميع أنواع التصرفات فيه.

ويرد عليه: المنذور بعدم التصرف الخاص لا ينافي جواز البيع قطعا.

ومنها: الطلقه هي كل ما ثبت عدم جواز بيعه لتعلق حق الغير به.

ص: ١٨٤

---

١- (٨٧٢) كلمه «عدم» ورد في نسخه، ولم ترد في سائر النسخ، ولم يثبتها الفاضل المامقاني في شرحه غايه الآمال: أنظر غايه الآمال / ٤٣٠.

٢- (٨٧٣) المكاسب ٤/ (٣٢-٢٩).

٣- (٨٧٤) غايه الآمال ٧/ (٥٩-٢٩).

ويرد عليه: ما ثبت عدم جواز بيعه لتعلق حق الغير به صحيح في الموارد الخاصه التي ثبتت وأما استفادة الشرطيه العامه من هذه الموارد الخاصه مشكله جدًا.

ومنها: الطلقيه هي عدم تزلزل الملك.

ويرد عليه: بعد غمض العين عن وجود التزلزل في الملك فهو منقوض بجواز بيع الموهوب والمهرية قبل الدخول ونحوهما.(1)

ومنها: الطلقيه هي تماميه السلطنه على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء ويكون مطلق العنان في ذلك.

ويرد عليه: مآل هذا الشرط إلى اشتراط صحه البيع بأن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلاً فحينئذ يشترط في جواز البيع جواز بيع المبيع.

بعبارة أخرى: «إنّ الطلقيه تعني تماميه سلطنه المتعاقدين على التعامل والبيع، وهي ليس غير الصّحه وجواز البيع ونفوذه، وبالتالي فلو اعتبرنا الطلقيه من شروط السلطنه، أصبح جواز البيع مشروطاً بجواز البيع، وهو محال، لما ثبت من لزوم تغاير الشرط والمشروط»(2). هذا أولاً.

وثانياً: «الظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقه انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصه وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالك \_ كالنذر والخيار ونحوهما \_ وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق»(3).

ومنها: الطلقيه هي أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه.

ويرد عليه: لو كانت الطلقيه بهذا المعنى أي «ينبغي أن يكون المبيوع طلقاً بعيداً عن تعلق حقّ من الحقوق المذكوره به ليصحّ التعامل عليه، وفي الحقيقه يعدّ الأمور

ص: ١٨٥

١- (٨٧٥) التّعاريّف الأربعة والايادات المذكورات في كلام صاحب الجواهر كما مرّت عبارته.

٢- (٨٧٤) العقد النضيد ٤/٤٨٦.

٣- (٨٧٧) المكاسب ٤/٣٠.



المذكوره من موانع صحه البيع، أما الطلقه فهى تعدّ من الأمور الانتزاعيه المنتزعه عند انتفاء الموانع المذكوره، فما يعدّ شرطاً لصحه العقد إنّما هو عدم الوقفيه وعدم الرهنيه وغيرهما، ولا تريد أنّ تحقّق كلّ ممنوع متوقّف على انتفاء مانعه، فالرطوبه مانع والاحتراق هو الممنوع المشروط تحقّقه بعدم المانع، وكذلك صحه البيع ونفوذه مشروطان بعدم هذه الموانع، ومن المعلوم أنّ عدم المانع شرطٌ عدمى والأصل الأولى انتفاء هذه الموانع إلاّ ما ثبت بالدليل، ولذلك فلا يعدّ الطلقيه شرطاً يتوقّف صحته العقد عليها، وإنّما هى مفهوم انتزاعى، وتام المناط يدور مدار منشأ الانتزاع الذى هو عدم هذه الأمور، فثبت من خلال ما ذكرناه أنّ الشرط عدم هذه الأمور دون الطلقيه»(١). (٢)

ومنها: الطلقه هى مرسله الملك بالنسبه إلى مالكه.

قال المحقّق النائينى فى توضيح هذا التعريف و ردّ مقاله الشيخ الأعظم: «بأن يكون له تمام السلطنه عليه فيما يشاء من بيعه واجارته وجميع تقلباته، وليس مرجعه إلى جواز البيع حتّى يرد بأنه لا- معنى فى اشتراط جواز البيع بان يكون المبيع جازى البيع، لصيرورته من قبيل جعل الشىء مشروطاً بنفسه كما استشكل به المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره بل مرجعه إلى اشتراط كون الملك مطلق العنان للمالك وكانت سلطنته عليه تاماً فى مقابل السلطنه الناقصه الناشئه نقصانها عن تعلق حقّ الغير بالملك، فكما أنّ مرجع أصل السلطنه ليس إلى الحكم التكليفى أعنى جواز التصرف فى الملك أو الوضعى أعنى مضى تصرفه فيه ونفوذه بل هى ممّا يترتب عليها الحكم التكليفى والوضعى، كذلك ليس مرجع تماميه السلطنه فى مقابل نقصانها إلى الحكم التكليفى أو الوضعى. بل الحكمان يترتبان عليها فمعنى الطلق هو تماميه السلطنه الناشيه عن كون الملكيه مرسله عن حقّ الغير ومطلقه العنان بالنسبه إلى المالك ومن المعلوم أنّ هذا المعنى أساس جواز التصرف فى الملك ونفوذه من المالك كسائر شرائط المتعاقدين والعوضين.

ص: ١٨٦

١- (٨٧٨) العقد النضيد ٤/٤٨٧.

٢- (٨٧٩) التعريفان الأخيران والمناقشه عليهما للشيخ الأعظم قدس سره كما مرّت عبارته.

ثمّ منشأ اعتبار الطلق في الملك وان كان هو انتفاء تعلّق حقّ الغير به من حقّ البطون المتأخّره من الموقوف عليه في الوقف وحقّ المرتهن في الرهن والاستيلاء في أمّ الولد وحقّ المجنى عليه في العبد الجاني، لكن ذلك أي اعتبارها عن انتفاء تعلّق الحقوق المذكوره انما هو في مرحله الإثبات وأمّا في عالم الثبوت فالأمر بالعكس بمعنى أنّ الطلق منشاء لانتفاء الحقوق المذكوره فانتفاء تعلّق الحقوق بالملك مسبب عن طلقته واقعا وفي عالم الثبوت، لكنه سبب لاثبات طلقته في عالم الإثبات. فلا يرد ما اورده المصنف [الشيخ الأعظم] قدس سره بقوله: «فالظاهر ان هذا العنوان ليس في نفسه شرطا (الخ)» (١). لما عرفت من أنّ الشرط في مرحله الثبوت هو الطلق ويترتب عليه انتفاء الحقوق فالطلق هو الأصل وانتفاء الحقوق المترتب عليه هو الفرع ولا يكون الأمر في الفرعيه والأصالة بالعكس ثبوتا وإن كان كذلك في مرحله الإثبات.

ثمّ ان انتفاء الطلق عند تعلّق احدي الحقوق إمّا يكون لاجل قصور الملك في اقتضاء السلطنه التامه، وذلك كما في الوقف الخاص بناءً على أن يكون ملكا للموقوف عليه فان ملكيته قاصره عن اقتضاء السلطنه التامه وإمّا لأجل وجود المانع، وذلك كما في مثل العين المرهونه، والأمه المستولده والعبد الجاني فإنّ مقتضى الملكيه فيها تام بالنسبه إلى السلطنه التامه، لكن تعلّق حقّ الغير يمنع عن اقتضائه» (٢).

«ويرد عليه: أوّلاً: بأنّه لا مجال لمعرفة الحكم في مقام الثبوت إلّا عن طريق ملاحظه المدلول في مقام الإثبات، إذ لا سبيل لمعرفة الواقع إلّا من خلال ملاحظه ظهور الأدلّه، ولذلك فما صرّح به من أنّ «انتفاء تعلّق الحقوق بالملك مسبب عن طلقته واقعا وفي عالم الثبوت، لكنّه سبب لإثبات طلقته في عالم الإثبات»، ممنوع، بل الأمر بالعكس، فإنّ مقام الثبوت ليس له كاشف إلّا من خلال مقام الإثبات، ولذلك فما التزم به الشيخ من أنّ مقتضى ملاحظه الأدلّه أنّ المانع عن صحّه البيع هو الوقف والرهن، وأمّا

ص: ١٨٧

١- (٨٨٠) المكاسب ٤/٣٠.

٢- (٨٨١) المكاسب والبيع ٢/٣٧٣ و ٣٧٤.

الطلقية فهي منتزعه ومتفرّعه عنهما هو الصحيح.

وثانياً: لا- يعقل أن يكون عدم الوقفية وعدم رهتيه متفرّعين على تماميه السلطنه، لأنّ المايز بين الفرع والأصل هو تخلّل الفاء بينهما، فيكون ما قبل الفاء أصلاً وما بعده فرعاً، وما التزم به الشيخ يتطابق مع هذه القاعدة، حيث يعتبر عدم الموانع المذكوره أصلاً وتماثيه السلطنه فرعاً، أي (هذا المال ليس بوقف ولا رهن فسلطنته عليه تامه)، ولذلك فإنّ الأصل عدمهما، وما التزم به المحقّق النائيني من أنّ الأصل هي الطلقية ويتفرّع عنها عدم الوقف والرهن ممنوعاً<sup>(١)</sup>.

### الثانيه: فوارق القولين

ثمّ الفارق بين القولين - أي قول الفاضلين ومن تبعهما، وأصحاب المقابيس والجواهر والمكاسب - أمورٌ:

«الأوّل: أنّ الأصل على رأى المحقّق والعلّامه هي الطلقية، والفرع عدم الوقف والرهن والاستيلاء، أمّا على رأى الشيخ [الأعظم] - وكذلك صاحب المقابيس حيث جعل الموانع عشرين - فإنّ الأصل عدم هذه الموانع، أمّا الطلقية فهي عنوانٌ منتزَع من هذه الموانع.

الثاني: أنّ رأى الفاضلين يستلزم لازماً لا يمكن تعقله، وهو توقّف صحّه العقد بالسلطنه على البيع التي هي فى حدّ نفسها عباره عن الصحّه، فتكون السلطنه التي هي الصحّه مشروطه بالصحّه، وهو محالٌ لاستلزامه اتّحاد الشرط والمشروط.

الثالث: بناءً على رأى الفاضلين فإنّ الشرط يصبح أمراً وجودياً وهو الطلقية، خلافاً لرأى الشيخ [الأعظم] حيث أصبح الشرط أمراً عدمياً وهو عدم الوقفية والرهيته وغيرهما<sup>(٢)</sup>.

ص: ١٨٨

١- (٨٨٢) العقد النضيد ٤/٤٩٢.

٢- (٨٨٣) العقد النضيد ٤/٤٨٧.

## الثالث: اعتراض المحقق الخراساني على مقاله الشيخ الأعظم ودفاع المحقق الإصفهاني عن الشيخ الأعظم

قال المحقق الخراساني: «المانع هو الجامع بين الحقوق، فإنه على شتاتها، وتفرقتها، يكون مجتمعه في المنع عن تأثير البيع، فلا بد أن يكون هذا بما يجمعها يكون مشتركه فيه، ويكون الشرط هو فقد ذاك الجامع المذموم عنه بكونه طلقاً، أي فاقدًا لذاك المانع، فليس الأمر في الاصاله والفرعه في هذا الشرط، وفروعه على العكس»<sup>(١)</sup>.

مراده قدس سره: إن الأصل عند الخراساني رحمه الله في المانع «هو الجامع بين هذه الأمور، والشرط عباره عن انتفاء هذا الجامع، فإذا أصبح الشرط انتفاء الجامع دون الخصوصيات، من الطبيعي أن يصبح الجامع أصلاً والأعدام المذكوره \_ عدم الرهنيه وعدم الوقفيه وعدم الاستيلاء \_ فروعا، وبذلك يبطل ما التزم به الشيخ من أن الأصل هو انتفاء الأمور الخاصه، وأن الجامع متفرع عليه، ويتبين صحه ما التزم به الفاضلان.

ثم إن ما التزم به المحقق الآخوند مبنئ على قاعده أسسها واعتمد عليها في المقام وغيره، ومفادها أن الأمور المتنوعه في الوجود والمشتركة في الأثر لا بد وأن ينتهي بمقتضى [قاعده] «عدم إمكان صدور الواحد عن الكثير» إلى جامع واحد يكون علّه لحدوث الأثر الواحد، وبناءً عليها فإن الوقف في الرهن والاستيلاء أمور متنوعه، ولكنها متفقّه في الأثر، وهو المنع عن صحه البيع ونفوذّه، وبما أنه لا يعقل أن ينشأ الأثر الواحد من الخصوصيات المتنوعه، فلا سبيل إلا أن يكون المؤثر هو الجامع بين هذه الأمور، فيصبح الجامع أصلاً والخصوصيات المذكوره فروعا له»<sup>(٢)</sup>.

أقول: يمكن أن تعد مقاله المحقق النائيني تقريراً وتوضيحاً وتبييناً لبيان المحقق الخراساني \_ قدس سرهما \_ .

واعترض المحقق الإصفهاني على استاذه الخراساني وقال: «لا دليل نقلاً

ص: ١٨٩

١- (٨٨٤) حاشيه المكاسب / ١٠٦ و ١٠٧.

٢- (٨٨٥) العقد النضيد ٤/٤٨٨.

ولاعقلاً على إندراج تلك الخصوصيات تحت جامع واقعي، أمياً نقلاً- فواضح؛ إذ الثابت بالأدلة اللفظية نفس عدم جواز بيع الوقف، وعدم جواز تصرف الراهن بدون إذن المرتهن.

وأمياً عقلاً- فلأن ما هو المبرهن عليه من اقتضاء وحده الأثر لوحده المؤثر، إنما هو في المقتضى ومقتضاه، لا في شرائط التأثير وجوديه كانت أو عدميه، فإن الأثر يترشح من ذات المؤثر فقط، لا من شرائطه، فوحدته يقتضى وحده المترشح منه.

بخلاف الشرائط التي هي دخيله في فعلية الأثر عن مؤثره، فإنه يمكن أن يكون هناك جهات مصححه لفاعليه الفاعل أو لقبليه القابل، فيتعدد بلحاظها الشرائط، ولذا لم يذهب وهم أحد إلى رجوع جميع شرائط الصلاة من الطهاره والاستقبال والتستر ونحوها إلى شرط واحد، وكذا في غيرها، ومنه تعرف النظر فيما أفاده شيخنا الاستاذ في تعليقه الأنيقه هنا فراجع<sup>(١)</sup>.

قال الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ : «إن مناقشه الإصفهاني مركبه من النقض والحلّ:

أمياً النقض: إن الالتزام باشتراك الجامع منقوض بباب الصلاة، إذ لا شك أن الصلاة \_ وغيرها من المركبات العباديه كالحج والصوم \_ متقومه بشروط عديده كالطهاره والاستقبال والتستر ونحوها، وإدراج هذه الأمور تحت عنوان واحد هو الجامع بين هذه الشروط المعتبره مما لا يمكن قبوله.

أما الحلّ: فإنه لا شك في لزوم التفريق بين المقتضى والشرط والمانع.

أما المقتضى: فإن نسبته إلى المقتضى تقتضى جريان القاعده المذكوره، وهي «اقتضاء وحده الأثر لوحده المؤثر» لأن المقتضى هو الأثر والمقتضى هو المؤثر ولا يعقل وحده الأثر وتعدد المؤثر.

أما الشرط: فإن القاعده المذكوره غير جاريه فيه لأن أثر المشروط أثر للمقتضى دون الشرط.

أما ثبوتها: فإن الشروط على قسمين: قسم منها مكمل لفاعليه الفاعل، وقسم آخر

ص: ١٩٠

منها تتم لقابليته القابل، فالجفاف يعدّ متمماً لقابليته الشيء للإحتراق، والمماسه تتم وتكمل فاعليته له، والفائده المترتبه على وجود الشروط كونها مؤثره في ارتقاء أثر المقتضى من القوه إلى الفعليه.

أمّا إثباتا: فإنّه لا يخفى لزوم متابعه الدليل في الفتوى، فكما في الصلاه حيث قامت الأدله على اشتراطها بأمر من الطهاره والاستقبال والتستّر وغيرها، كذلك في المقام حيث أفادت الأدله بمانعيه الوقف والرهن وغيرهما، فالموانع مختلفه بحسب الأدله، ولا مانع عقلاً بحسب مقام الإثبات لاعتبار جميعها والحكم بمقتضاها، وبالتالي فمختار الشيخ هو الصحيح دون المحقّق الآخوند.

[و] كلام المحقّق الإصفهاني ودفاعه عن الشيخ تامّ حلاً ونقضاً، وفي مقامى الثبوت والإثبات«(١).

### الرابعه: الإشكالات الواردة على الشيخ الأعظم

لم تتم مقاله الشيخ الأعظم حول تفسير الطلقيه بأنّها «تمام السلطنه على الملك»(٢). وأخرى بـ «أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه»(٣).

وترد عليها عدّه إشكالات:

منها: «فسّر الشيخ الطلقيه بأنّها «تمام السلطنه على الملك»، ولا علاقه لهذا التفسير بما نحن فيه من البحث عن شروط العوضين، فإنّ الفاضلان بعد ما فرغا عن شروط المتبايعين وأوصافهما، دخلا في البحث عن شروط العوضين، وجعلا من شروطهما الطلقيه، ومن ثمّ فإنّ تفسير الطلقيه بتماميه السلطنه يقلب الأمر من البحث عن شرطيه العوضين إلى البحث عن أوصاف المتبايعين، وهذا خلط ممنوع بين أوصاف المالك والمملوك وشروطهما.

ص: ١٩١

١- (٨٨٧) العقد النضيد ٤/٤٨٩ و ٤٩٠.

٢- (٨٨٨) المكاسب ٤/٢٩.

٣- (٨٨٩) المكاسب ٤/٣٠.

ومنها: اعتباره الطلقيّ أمراً منتزعا من انتفاء هذه الأمور أيضا ممنوع، لأنه فسّر الطلقيّ بتاميه السلطنه التي هي أمرٌ وجودي، وانتفاء الأمور المذكوره أمرٌ عدمي، ويستحيل انتزاع الوجودي من العدمي، لما ثبت من ضروره اتّحاد الأمر الانتزاعي مع منشأ انتزاعه، ولذلك يستحيل اتّحاد الأمر الوجودي مع العدم والعدمي.

ومنها: نسب الشيخ الطلقيّ إلى المالكين، واعتبرها وصفا لهما، وفسّرها بسلطتهما على مطلق التصرفات، وقد ثبت أنّها تحصل من انتفاء القيود المذكوره، ممّا يستلزم أن يكون وصف المالك منتزعا من وصف العين، وهو ممنوع.

ومنها: جمع الشيخ بين أمرين لا- يمكن الجمع بينهما، حيث اعتبر الوقف والرهن من الموانع، ثمّ قال بشرطيّه عدم هذه الأمور، وهو ممنوع.

[الأنّ] اعتباره عدم هذه الموانع شرطا ممنوعٌ برهانا، لما ثبت من أنّه لا يعقل أن يصبح عدم المانع شرطا، لأنّ عدم لا يستطيع أن يكون مكتملاً- لفاعليّه الفاعل أو متّما لقابليّه القابل - كما هو معنى الشرط عند الأصوليين - فليس لهذا العدم أثرٌ وجودي، ولذلك يستحيل أن يتحقّق من خلاله الشرطيّه، نعم يصحّ اعتبار هذه الموانع من جهه مزاحمه وجودها مع مقتضى الشئ المطلوب، ولكنّه لا يجعل عدمها شرطا.

ومنها: الثابت أنّ الأحكام الشرعيّه وما يترتّب عليها من الشرطيّه والمانعيّه أمور اعتباريّة، يتوقّف على اعتبار الشارع لهما بالخصوص، كقوله: «لا صلاه إلاّ بطهور»، وقوله: «لا تصلّ فيما لا يؤكل لحمه» وغيرهما، والمستفاد من ظاهر الأدلّه الوارده المنع عن بيع الوقف والتصرّف في العين المرهونه، وأنّ المعتر مانعيّتهما، وبالتالي لا يصحّ اعتبار عدمهما، حيث يعدّ اعتبار شرطيّه عدمهما لغوا.

ولو سلّمنا إمكان اعتبار الشارع عدمهما شرطا مسامحه، فإنّه لا اعتبار به ويعدّ باطلاً وفاقداً للأثر، ولهذا السبب وغيره نرى أنّ جمعه رحمه الله بين شرطيّه انتفاء هذه الأمور ومانعيّتها الشرعيّه مستلزمٌ للغويّه الجعل»(1).

ص: ١٩٢

إثبات الطلقيه بعنوان الشرطيه العامه في شرائط العوضين مشكل جدًا فلا يتم مقاله الفاضلان ومن تبعهما.

نعم هاهنا حقوق تعلقت بالملك تمنع من بيعه ولكن استفاده الطلقيه على نحو الشرطيه العامه من هذه الحقوق أيضا «لا يخلو من إشكال» (١) كما يراه صاحب الجواهر.

والمختار: ثبوت هذه الحقوق المانع عن البيع بالملك فلا بد من ملاحظه هذه الحقوق فردا فردا وإثباتها صغويا ولا تنتج منها كبرى الطلقيه ولذا قال صاحب الجواهر: «على الفقيه انتقاد الحقوق المتعلقه بالنسبه إلى المنافاه المزبوره وعدمها ولا دليل على أن مطلق تعلق حق الغير منافٍ بل لعلّ الدليل على خلافه» (٢).

ثم أكثر من تعرّض لهذه الحقوق بحثوا عن ثلاث مسائل «ثم عنونوا حق الجاني واختلفوا في حكم بيعه» كما قاله الشيخ الأعظم (٣) ولكن الشيخ أسدالله التستري قدس سره أنهاها إلى أزيد من عشرين مسأله كما مرت بعضها من الشيخ الأعظم (٤).

قال المحقق النائيني: «قد عرفت ان أكثر المتعرضين لهذا الشرط فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف وأم الولد والعين المرهونه، وزاد بعض في التفريع عدم جواز بيع العبد الجاني. واورد عليهم في المقاباس ببطلان حصر التفريع في الثلثه أو الأربعة بل ينبغي التعميم إلى مطلق ما خرج عن تحت تماميه سلطنه المالك بواسطه تعلق حقّ به ثم أنهاها إلى تمام العشرين، وذلك مثل النذر المتعلق بالعين قبل البيع والخيار المتعلق بها إلى آخر ما نقله المصنف [الشيخ الأعظم (٥)] عنه \_ قدس سرهما \_ في الكتاب.

ولكن التحقيق هو الاكتفاء بالموارد الأربعة لأنّ ما عدّه قدس سره من الموارد إمّا يكون

ص: ١٩٣

١- (١٩١) الجواهر ٢٣/٥٧٣ (٢٢/٣٥٦).

٢- (١٩٢) الجواهر ٢٣/٥٧٤ (٢٢/٣٥٧).

٣- (١٩٣) المكاسب ٤/٣٠.

٤- (١٩٤) المكاسب ٤/٣١.

٥- (١٩٥) المكاسب ٤/٣١.



من المسائل الخلافية كحق الخيار وبعض آخر مما ذكره وإما يكون مما ذهب المشهور فيه إلى عدم مانعيته عن البيع.

وإما يكون مرددا بين أن يكون من قبيل حق الرهانه أو من قبيل حق الجنايه والفرق بينهما على ما سيأتي هو كون حق الرهانه علقه خاصه متعلقه من المرتهن إلى العين المرهونه الموجب لكونها مخرجا لدينه، ويلزمه أن يكون في ظرف قابليتها للمخرجه والنقل والانتقال وحق الجنايه حق يتعلق من المجنى عليه على رقبه الجاني الموجب لاسترقاقه أينما وجده ولو بعد خروجه عن ملك المالك ويترتب عليه جواز استرقاق الجاني على أي صفة كان الجاني عليها.

وعلى هذا فأمهات الفروع المترتبة على هذا الشرط هو الأربعة المذكوره في كلام الأكثر فيجب أن يعقد لكل منها مسأله فهنا أربع مسائل»(١).

أقول: وأنت ترى كون المسأله من المسائل الخلافية لا- يستلزم خروجها عن دائره البحث، بل الأمر بالعكس، وأن الاختلاف يستدعي البحث والوصول إلى حقيقه الأمر المختلف فيه، والشاهد على ذلك أنّ الأصحاب قد اختلفوا في حكم العين المرهونه، وبرغم ذلك فقد بحث عنها الشيخ في المقام.

والحكم في المورد الثاني والثالث أيضا كذلك، فإنّ مخالفه التستري مع بعض ما ذهب المشهور إلى عدم مانعيته، أو التردد في أنّه في قبيل حق الرهانه أو حق الجنايه، لا يستلزم إخراجها عن دائره البحث.

نعم، الأربعة المذكورات تعدّ من أهمّ الموارد، إلا أنّ أهميتها لا تنافي ضروره البحث عن باقي الموارد، لكن نترك البحث عنها تبعا للمشهور وفرارا عن التطويل، وقد تعرّض الشيخ لها من خلال أربع مسائل»(٢). ونحن نتبع أثره في ثلاث منها دون العبد الجاني، وإليك سردها:

ص: ١٩٤

١- (١٩٦) المكاسب والبيع ٢/٣٧٥.

٢- (١٩٧) العقد النضيد ٤/٤٩٥.

## المسأله الاولى: عدم جواز بيع الوقف

تمهيد: ما هي حقيقه الوقف؟

### اشاره

ما هي حقيقه الوقف وهل هي بحيث يوجب المنع عن بيعه؟ وهل المانع ذاتيه مع البيع أم أنّ منعه يكون مستندا إلى فقد الشرط أو وجود المانع؟

**القائلون بذاتيه مانعيه الوقف مع البيع وهذه هي الدليل الأول لبطلان بيع الوقف**

### اشاره

اختلفوا في جهه المانعيه ومرجع الخلاف يرجع إلى الاختلاف في حقيقه الوقف، وهاهنا قولان:

**القول الأول: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعيه عن التصرفات**

القول الأول: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعيه عن التصرفات كما نُسب (١) إلى ظاهر الجواهر (٢) تبعا لأستاذه كاشف الغطاء في شرح القواعد (٣) وصهره الشيخ أسدالله التستري صاحب المقابس (٤) ونجله الشيخ حسن صاحب أنوار الفقاهه (٥).

**القول الثاني: الوقف عباره عن قصر الملك على شخص أو جهه خاصه وهو**

القول الثاني: الوقف عباره عن قصر الملك على شخص أو جهه خاصه وهو

ص: ١٩٥

---

١- (٨٩٨) كما في المكاسب ٤/٣٥ ونسبه إلى «بعض من عاصرناه» وحاشيه المكاسب ٣/٧٣ للمحقق الإصفهاني والعقد النضيد ٤/٥١٣.

٢- (٨٩٩) الجواهر ٢٣/٥٧٦ (٢٢/٣٥٨).

٣- (٩٠٠) شرح القواعد ٢/٢٢٣.

٤- (٩٠١) المقابس ١٤٤/ الطبعه الحجريه.

٥- (٩٠٢) أنوار الفقاهه ٥/٢٨٤.

قال المحقق الإصفهاني في اثبات قوله ونفى القول الآخر: «الوقف: هو الحبس المساوق والإسكان، في قبال الجريان في أنحاء التقلبات والتقلبات.

والمراد بالحبس إمّا هو الممنوعيه عن التصرفات، كما هو ظاهر الجواهر(١) تبعاً لما في شرح القواعد(٢) لكاشف الغطاء قدس سره ، فجواز المعاوضات مضاد لحقيقه الوقف حينئذٍ، ومقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف لا بالتصرف.

وإمّا قصر الملك على شخص أو جهة مثلاً، بحيث لا يتعداهما، وحيث إنّ الملكيه حقيقه واحده لا تتفاوت في الوقف وغيره، فحيثيه عدم التعدي من موضوعها راجعه إلى عدم نفوذ التصرف شرعاً، فيكون تفاوت الملك في الوقف مع غيره بكونه محكوماً شرعاً بعدم الانتقال من موضوعه، وحينئذٍ بنفس التصرف مزيل للوقف لا حكمه، بل حكمه مضاد لتلك الحيثيه التي هي حكم شرعي للملك الوقفي، فينقلب الوقف بعد وجود مسوّغ التصرف الناقل من اللزوم إلى الجواز، كما هو ظاهر [الشيخ الأعظم] قدس سره فيما سيأتي(٣) إنّ شاء الله تعالى.

والتحقيق: أنّ حقيقه الوقف الموافقه لمفهومه ليست بمعنى الممنوعيه من التصرفات؛ فإنّ المنع الذي ينشأ بصيغه الوقف ويتسبب إليه ليس هو المنع المالكى، ولا المنع الشرعي ولا ثالث.

أمّا عدم كونه منعاً مالكيّاً فلاّ أنّ منع الغير عن التصرف في العين وإن كان قابلاً للانشاء كإنشاء الاباحه، إلاّ أنّه لا يعقل أنّ يكون موقوفاً على القبول، مع أنّ حقيقه الوقف

ص: ١٩٦

١- (٩٠٣) جواهر الكلام ٢٣/٥٧٦ (٢٢/٣٥٨).

٢- (٩٠٤) شرح القواعد ٢/٢٢٠ ولكنّه ذهب في الوقف العام إلى عدم جواز بيعه «لعدم أصل الملكيه» وفي الوقف الخاص لأنّ البيع ينافي حقيقه الوقف لأخذ الدوام فيه لا لعدم الملكيه لثبوتها فيه على المشهور، أو لأنّ نفي المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً كالتحريم للمملوك ولأنّ حقوق الأعقاب متعلّقه به ولظهوره بين الناس... شرح القواعد ٢/٢٢٣ و ٢٢٤.

٣- (٩٠٥) المكاسب ٤/٣٧.

مما لا شبهه في قابليتها للقبول، بل المعروف أنها موقوفه عليه خصوصا في الوقف الخاص، مع أن المنع المالكى لا يتصور إلا في ظرف بقاء العين على ملك المانع، وإلا فلا معنى لمنعه عما لا مساس له به.

والحال أن خروج العين عن ملك الواقف مما لا كلام فيه، وأما منع نفسه عن التصرفات فلا معنى له إلا بالالتزام بعد تصرفه في العين، فما المانع عن تصرف الغير، إذ نفوذ الوقف لا يقتضى إلا تحقق ما أنشأه الواقف شرعا دون غيره.

وأما عدم كونه منعا شرعيا تكليفيا أو وضعيا: فلأن المنع التكليفي \_ وإن كان مجعولا شرعا \_ لكنه ليس من الاعتبارات التي يتسبب إليها بأسبابها، بل تنبعث من مبادئه في نفس المولى، والمنع الوضعى ليس إلا عدم إنفاذ السبب، والنفوذ وعدمه ليسا بمجعولين شرعا، بل ينتزعا من ترتب اعتبار الشارع للملكية أو للزوجيه على أسبابه الداعيه إلى اعتباره وعدمه، فلا معنى للتسبب إلى إيجاد المنع الشرعى بسبب معاملى عقدى أو إيقاعى، فتدبر جيدا»(١).

«بيان مراده: يستعرض المحقق الإصفهاني رحمه الله أولا \_ ما يترتب على دعوى كاشف الغطاء من قيام المضاده بين الوقف والحكم بجواز البيع؛ لأنه لو حملنا حقيقه الوقف على المنع عن التصرف فإن حكم الشارع بجواز بيع العين الموقوفه بعد خرابها وسقوطها عن قابليته الانتفاع، يعد اجتماعا للضدين، مما يقتضى أن نحكم \_ تصحيحا لحكم الشارع \_ ببطان وقفيه العين الموقوفه وزوالها قبل البيع، وهو ما لا يمكن توجيهه، وهذا بخلاف ما لو قلنا إن حقيقته ليس إلا حبس العين، أو اختصاصها بأشخاص معلومه \_ كالوقف على الأولاد \_ أو جهات معينه \_ كالوقف على العلماء والفقراء \_ بحيث تكون ملكيتها مقتصره على هذه الطائفه من الأشخاص أو الجهات، ومن المعلوم أن لازم قصر الملك هو الحكم بعدم جواز البيع، وبالتالي فلا تحصل مضاده بين الوقف والحكم بجواز البيع، لما ثبت أن حقيقته هو الحبس على هذه المجموعه، لا - منعها من البيع، نعم لانزم هذا الأمر ممنوعه

ص: ١٩٧

بيعها، فيحصل التنافى بين جواز البيع وحكم الوقف، لا بين الجواز وأصل الوقف كما فى الدعوى الأولى.

ثم يقول المحقق الإصفهاني من خلال تحقيقه: بأنّ الدعوى الأولى مبتتية على المنع عن التصرف، والمنع لا يخلو إما أن يُراد به المنع الشرعى أو المالكى، كما هو الحال فى الإباحة التى تنقسم إلى الإباحة الشرعيّة أو الإباحة المالكية.

أمّا المنع المالكى فواضح، وأمّا المنع الشرعى، فهو على قسمين:

١\_ المنع التكليفى، والمراد منه الحرمة فى مقابل الإباحة.

٢\_ المنع الوضعى، والمراد منه الفساد فى مقابل الصحّة ونفوذ المعامله.

وفى كلّ الأحوال، سواء قصد كاشف الغطاء أو صاحب «الجواهر» من المنع المالكى منه أو الشرعى، فإنّ دعوها مدفوعه؛ لأنّ الأوّل يتضمّن محذورين والثانى محذور واحد، وعلى كلّ تقدير فالحكم بأنّ الوقف يفيد المنع عن التصرف باطل.

أمّا المنع المالكى: ففيه محذوران:

١\_ قيام الضروره الفقهيّة عند المشهور (١) على اعتبار القبول فى مطلق الوقف، وعلى الخصوصصص فى الوقف الخاصّ، لأنّ الوقف معدودٌ من المنشآت الشرعيّة التى فيها قابليّة القبول، فإذا اعتبرنا الوقف أمرا يعود حكمه بالمنع إلى المالك فإنّ الضروره قائمه على عدم تقبل المنع المالكى للقبول، كالإباحة المالكية التى قامت الضروره على أنّ ما يبيحه المالك لا يحتاج إلى قبول المباح له، بل الشىء مباح له سواء قبل أم لم يقبل، وكذلك الحال فى المنع المالكى، فإنّ ما يمنعه المالك ممنوع سواء قبله الممنوع له أم لم يقبله، وقد ثبت أنّ الوقف حقيقةً تقبل القبول.

٢\_ إنّ المنع عن التصرف لو كان منعا مالكيًا، لاستلزم تفرّعه عن المالكية بمثل تفرّع الإباحة المالكية عن الملكيه، ولا يعقل بقاء الفرع بعد زوال الأصل، ولا شبهه أنّ

ص: ١٩٨

---

١- (٩٠٧) وإن اختلف أصحابنا فى حكمه على ثلاثة أقوال: قولٌ بأنّه يلزم وجود القبول مطلقًا، وقولٌ بعدم لزومه مطلقًا، وقولٌ بالتفصيل بين ما كان وقفًا على الأشخاص فإنّه بحاجة إلى القبول وبين ما إذا كان وقفًا على الجهات فلا يحتاج إلى القبول.

المالكيه تزول بحدوث الوقف، ومع زوالها كيف يتسنى له أن يمنع عنه بعد ما صار أجنبيًا عن العين الموقوفه؟!

وأما محذور المنع الشرعي: فقد ثبت أنه إما تكليفي كحرمه التصرف في مال الغير، وأما وضعي كبطلان البيع. وعلى كل تقدير فإن المنع الشرعي يعد من الاعتباريات الشرعيه، وأما الوقف فإنه معدود من الأمور التسيبيه التي يتحقق من خلال انشاء المالك، والحرمه الشرعيه والوضعيه غير قابلتان للتحقق والوجود من خلال انشاء المالك.

وبالجملة: أثبت المحقق الإصفهاني من خلال هذا التحقيق، بطلان ما التزم به كاشف الغطاء وصاحب الجواهر، من أن المراد من الوقف هو المنع، ودل على أن الوقف لا يتضمن منعاً مالكيًا ولا شرعيًا، بل الصحيح أن المراد من الوقف هو قصر الملك على الأشخاص أو الجهات، وهذا المعنى - فضلاً عن بعده عن الإشكال - يتفق مع ما ارتكز عليه سيره العقلاء وتصرفاتهم منذ القدم، حيث لا يختص ظاهره الوقف بالمسلمين، ولا يعد من مبتدعاتهم، بل كانت شائعه بين الأمم السابقيه كاليهود والنصارى والمجوس، حيث نجد أنهم يقومون بعملية الوقف ويحصرون الأموال غير المنقوله والأملاك على الكنائس والبيع ودور عبادتهم، وغيرها من العناوين والجهات العامه أو الأشخاص<sup>(١)</sup>.

### اشكالات السيد الخميني على المحقق الإصفهاني

#### الإشكال الأول وجوابه

ذهب الإصفهاني إلى أن الحبس في الوقف لا يكون بمعنى ممنوعيه التصرف لأنها إما مالكيه أو شرعيه:

فلا تكون المالكيه لأن المنع المالكى لا يحتاج إلى القبول ولكن الوقف يحتاج إلى القبول على القول المشهور.

واستشكل السيد الخميني عليه بقوله: «أن موقوفه الوقف على القبول أول الكلام،

ص: ١٩٩

بل الظاهر عدمها وأن الوقف من الإيقاعات»(١).

ويمكن أن يدافع عن المحقق الإصفهاني أنه يرى الوقف سبباً له قابلية القبول والاقتضاء له، ويمكن أن يكون متعلقاً للقبول بخلاف المنع المالكى لعدم اعتبار القبول فيه أو عدم قابليته للقبول فلا يتم الإشكال.

## الإشكال الثانى ونقده

ذهب الإصفهاني إلى أن الحبس بمعنى ممنوعه التصرف إذا كانت مالكيه لا يحتاج إلى القبول.

واعترض السيد الخميني عليه بقوله: «أن جعل الممنوعه على فرضه، ليس ممنوعه لا- مساس لها بالقابل؛ فإن الحبس عليه على هذا الفرض، قرار كونه ممنوعاً عنه، نظير شرط النتيجة، وهو يحتاج إلى القبول»(٢).

مراده: إن المنع المالكى إذا كان بنحو الشرط النتيجة يحتاج إلى القبول فلا فرق بينه وبين الوقف الذى يحتاج إلى القبول.

ويمكن أن يجاب عنه: إنه لا بد أن يلاحظ اعتبار المنع المالكى لأنه يعتبر على قسمين:

أ: يمكن أن يعتبره المالك على المعنى العقدى فحينئذ يحتاج إلى قبول بلا فرق بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

ب: ويمكن أن يعتبره على المعنى الايقاعى فلا يحتاج إلى قبول مطلقاً أى بلا فرق بين شرطى الفعل والنتيجة.

والوجه فى ذلك: أن المنع المالكى اعتبار من المالك وأمره بيده ويمكن أن يعتبره تاره على المعنى العقدى فيحتاج إلى القبول وأخرى على المعنى الايقاعى فلا يحتاج إليه أصلاً.

ص: ٢٠٠

١- (٩٠٩) كتاب البيع ٣/١٢٢.

٢- (٩١٠) كتاب البيع ٣/١٢٢.

فظهر ممّا ذكرنا: أن المدار في احتياجه إلى القبول لا يكون على شرط النتيجة بل يدور على المعنى العقدي فلا يتم الاعتراض.

ب: المنع المالكى يمكن أن يحتاج إلى القبول إذا أنشئ على المعنى العقدي فلا يتم مقاله الإصفهاني: «لا يعقل أن يكون [المنع المالكى] موقوفا على القبول»<sup>(١)</sup>.

### الإشكال الثالث ورده

ذهب الإصفهاني إلى «أنّ المنع المالكى لا يتصوّر إلا في ظرف بقاء العين على ملك المانع وإلا فلا معنى لمنعه عمّا لا مساس له به»<sup>(٢)</sup> والحال أنّ خروج العين عن ملك الواقف ممّا لا كلام فيه.

وأورد السيد الخميني عليه بقوله: «إنّ إيقاع المنع إنّما هو في زمان مالكيته، فلو كان الحبس هو الممنوعيه، لكان حصول الممنوعيه وخروج العين عن ملكه، بإنشائها في زمان مالكيته، ولا يعتبر في جعل المالك وتصرفه في ملكه إلا كونه ملكا له حال التصرف، نظير الشرائط في ضمن العقد، فلو شرط على المشتري عدم بيعه، أو شرط إجارته في رأس السنه الآتية، صحّ وإن لم يكن ملكا له في رأسها، وهو واضح»<sup>(٣)</sup>.

أجاب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ عن هذا الايراد بقوله: «إذا لا حظنا تصرفات الملاك نجد أنّها على قسمين:

١\_ بعضها يتوقف حدوثها على الملك، لكنّها بقاء مستغنى عنه، فإنّ قيام المالك بتمليك ماله للغير، يعدّ تصرفا متوقفا على الملكيه حدوثا، لكن يستغنى عنها المتصرف بقاءً.

٢\_ وبعضها الآخر يحتاج إلى الملك حدوثا وبقاءً، فإذا انتفت الملكيه بقاءً لزم الانقلاب، كالإباحه المالكيه التي تعنى في ذاتها ترخيص المالك بالتصرف المطلق، وبالتالي لا بدّ من بقاء الملكيه لتبقى الإباحه مستمره، إذ مع انتفاءها لا تبقى الرخصه

ص: ٢٠١

١- (٩١١) حاشيه المكاسب ٣/٧٤.

٢- (٩١٢) حاشيه المكاسب ٣/٧٤.

٣- (٩١٣) كتاب البيع ٣/١٢٢.



المالكيه الممنوحه من المبيع للمباح له.

ومما ذكرنا يتبين أنّ المنع المالكي على وزن الإباحه المالكيه، فلا يشمل بقاء المنع مع زوال الملك، لاتحاد الإباحه والمنع من جهه المصدر واسم المصدر، مع فارق الاسم والاعتبار، من جهه إضافه الإباحه إلى المبيع، كما أنّ المنع المالكي وممنوعيه الملك كلاهما أيضا بمعنى واحد، أي إذا لاحظنا الممنوعيه دون الاستناد إلى الملك عدّ وصفا للملك، وإذا لاحظناها مستنده إلى الملك عدّ فعلاً صادرا منه، وبالتالي فليس المنع والممنوعيه وصفان مختلفان يمكن فرض بقاء أحدهما وزوال الآخر، بل هما باقيا بقاء الملك، وزائلان بزواله. وبذلك يندفع الإيراد المذكور<sup>(١)</sup>.

### الإشكال الرابع وَمَنْعُهُ

اعترض السيد الخميني على مختار الإصفهاني في معنى الحبس وهو «قصر العين على شخص أو جهه بمعنى عدم تعديها عنهما»<sup>(٢)</sup> بقوله: «إنّ ماهيته الحبس إذا كانت قصر الملك على شخص أو جهه، وأنّ تفاوت الملك الحاصل بالبيع ونحوه مع الحاصل بالوقف إنّما هو بأمر خارج؛ هو عدم نفوذ التصرف شرعا، ففي كلّ مورد لم يحصل قصر الملك بهذا المعنى، لا بدّ من الالتزام بأحد أمرين فاسدين بالضرورة:

إمّا الالتزام: بأنّ الوقف على غير ما يصلح للمالكيه \_ نظير الوقف على الحيوانات، أو على معنى مصدرى نظير الإحجاج والإرسال إلى المشاهد، ووقف المسجد والمشعر \_ خارج عن ماهيته الوقف.

أو الالتزام: بأنّ الحيوان والحديقه والمعاني المصدريه، تصير بالوقف مالكة، فلو وقف شيء على الإحجاج، يصير الإحجاج مالكا، أو على حديقه الحيوانات تصير الحديقه أو الحيوانات مالكة، وهو كما ترى.

والالتزام: بأنّ حقيقه الوقف تختلف باختلاف الموارد، له في كلّ مورد معنى، لا

ص: ٢٠٢

١- (٩١٤) العقد النصيد ٤/٥٠٤.

٢- (٩١٥) حاشيه المكاسب ٣/٧٤.

يقصر عن الالتزامين المتقدمين، وفي كلامه مورد نظر، بل تناقض، لا يهمننا البحث عنها»(١).

ولكن يمكن أن يمنع من هذا الاعتراض بأن الإصفهاني قال: «فمن البين أنّ العين بما هي لا إضافه لها إلى شخص أو جهة إلاّ بلحاظ الاختصاص الملكي أو مطلق الاختصاص، فالمراد قصرها على الشخص ملكاً أو اختصاصاً، فالملك أو الاختصاص مقوم القصر ومعينه، ومرجع قصر العين ملكاً مثلاً قصر ملكيتها على شخص المساوق لعدم زوالها عنه، لا أنّ المُشْتَأ والمتسبب إليه نفس اعتبار الملكيه، فإنّه غير مناسب لمفهوم الوقف»(٢).

ومع هذا التبيين منه قدس سره يصير «معنى الوقف هو قصر الملك أو قصر الاختصاص متى لم تكن الجهة المقصوده قابله لقبول الملكيه، فوقف المال على الإحجاج والإرسال إلى المشاهد وتعليف الحيوانات يعدّ تخصيصاً للمال لهذه الجهات لا تمليكاً لهم كما زعمه المُشْتَشِكِل»(٣).

وظهر ممّا ذكرنا عدم تماميه الاشكالات الأربعة الواردة على المحقق الإصفهاني، والحمد لله.

### مقاله النائيني في حقيقه الوقف

#### اشاره

قال المحقق النائيني: «إعلم ان الموجب لعدم طلقه الملك إمّا يكون من جهة عدم المقتضى لطلاقه أو يكون لأجل المانع عن طلقه وأصول الموانع ثلاثه الرهن والجنايه وأم الولد وما عداها ملحقه بها فالوقف لا يكون طلقاً لأجل عدم المقتضى لا لأجل وجود المانع، والكلام في الوقف إنّما هو في الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكاً لطبقات الموقوف عليهم. وأمّا الوقف العام والوقف على الجهات فخارجان عن محل الكلام، حيث أنّه لا يجوز بيعهما لانتفاء الملكيه لا لأجل انتفاء الطلقه في مورد الملك الشخصي كما أنّه

ص: ٢٠٣

١- (٩١٦) البيع ٣/١٢٣ و ١٢٤.

٢- (٩١٧) حاشيه المكاسب ٣/٧٤.

٣- (٩١٨) العقد النضيد ٤/٥٠٥.

على تقدير القول بعدم الملك فى الوقف الخاص أيضا ليس المنع عن بيعه لأجل انتفاء الطلقيه، فالوقف إنما يكون من صغريات ما لا يجوز بيعه لعدم كونه طلقا إذا كان خاصا وقلنا فيه بالملك.

فإن قلت: الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكا للطبقات يكون ممنوعا عن بيعه لاجل تعلق حق الطبقات المتأخره به فيكون عدم طلقيته لأجل وجود المانع كالرهن ونحوه.

قلت: نعم وإن كان حق الطبقات المتأخره متعلقا به، لكن مع ذلك يكون المنع عن بيعه مستندا إلى عدم المقتضى لأنَّ عِدَمَ المعلول عند عدم المقتضى ووجود المانع يستند إلى عدم الأوّل لا- إلى وجود الثانى، لأنَّ عدمه متقدم على وجود الثانى، والمعلول إنما يستند إلى أسبق علله.

ثم [إن] الدليل على بطلان بيع الوقف قد ظهر مما بيناه من كون الملك الحاصل به قاصرا عن قابليه النقل والانتقال.

وتوضيحه: إنَّ ماهيه الوقف عباره عن إيقاف المال وبالفارسيه «واداشتن آن در محلى» بحيث لا يمكن أن يتحرك عن محلّ وقوفه إلى محلّ آخر فكأنّه صار مقطوع الرجلين، وهذا المعنى هو المنشأ بإنشاء الواقف وقد تعلق به الإمضاء، وإذا كان بماهيته غير قابله للنقل والتبديل من مكان إلى مكان آخر وصار بما له من الماهيه ممضاه عند الشارع فلا يقبل النقل والانتقال ولا يجوز بيعه فيكون عدم جواز بيعه موافقا مع القاعده لو لم يكن إجماع على عدم جوازه فضلا عن كونه إجماعيا أيضا ودلّ عليه الأخبار<sup>(١)</sup>.

أقول: أنت ترى أنّ المحقّق النائينى أيضا يرى ماهيه الوقف هى إيقاف المال وتكون غير قابله للنقل والانتقال فلا يجوز بيعه، ولأنّ البيع والوقف يتنافيان ذاتا وماهيته، البيع هو النقل والانتقال، والوقف إيقاف المال وعدم النقل والانتقال.

وذهب إلى هذا المقال صاحب الجواهر حيث يقول: «والذى يقوى فى النظر \_ بعد

ص: ٢٠٤

إمعانه \_ أن الوقف مادام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف أتجه حينئذ جواز البيع»(١).

### ظهور الايراد على السيد الخميني رحمه الله

وبما ذكرنا ظهر مواقع النظر في كلام السيد الخميني رحمه الله حيث يقول في تعريف الوقف: «والذى يمكن أن يقال: إن اعتبار الوقف في جميع الموارد إيقاف الشيء على وجهه، أو شخص، أو غيرها؛ لتدرّ المنافع منه عليها، فبقوله: «وقفت عليه» مع التعدي بـ «على» المقتضيه للعلوّ، كأنه جعل العين \_ في الاعتبار \_ على رأس الموقوف عليه لا تعدّاه، لتدرّ منافعها عليه، ولا تتعدّى المنافع عنه؛ تبعا لعدم تعدّى نفس العين عن رأسه اعتبارا.

وهذا المعنى مع كونه موافقا للاعتبار العقلانيّ، صادق في جميع الموارد»(٢)... «ولو قيل: إنّ الوقف مقابل الحركة واللاسكون، فلا بدّ من لحاظ عدم الحركة، وعدمها ليس في المكان، بل في الاعتبار، وهو عدم النقل، كالبيع وغيره، فيرجع الوقف إلى جعل الشيء ساكنا عن الانتقال، وممتنعا عن التصرفات الناقلة والمعدّمة، كما هو المنقول عن «الجواهر»(٣).

قلنا: الوقف على الشخص أو الجبهه، مقابل التجاوز عنه، فإذا وقف على شخص، صار هو الموقوف عليه؛ أى وقف عليه، ولم يتعدّ عنه إلى غيره.

هذا لو سلّم لحاظ عدم الحركة الوقوف عن الحركة في الوقف، ولكنّ الظاهر عدم لحاظها في الوقف، فلا ينقدح في ذهن الواقف إلاّ عنوان «الوقف على فلان» أو «على كذا».

وعلى ما ذكرناه، ليس بين ماهية الوقف وجواز النقل أو نفس النقل، مضادّه

ص: ٢٠٥

١- (٩٢٠) الجواهر ٢٣/٥٧٦ (٢٢/٣٥٨).

٢- (٩٢١) كتاب البيع ٣/١٢٥.

٣- (٩٢٢) جواهر الكلام ٢٣/٥٧٦ (٢٢/٣٥٨)؛ أنظر المكاسب ٤/٣٥؛ حاشية المكاسب المحقّق الإصفهاني ٣/٧٣.

ومنافره.

وتوهم، كون الوقف الدائم و المؤبد منافيا للنقل؛ من أجل أنّ النقل ولو سلّم عدم منافاته لنفس الوقف، لكنّه منافٍ لدوامه غير وجيه؛ لأنّ الدوام والانتقطاع فيه كالدوام والانتقطاع في باب النكاح، فكما أنّ النكاح الدائم لا ينافي جواز الطلاق أو نفسه، فمعنى دوامه أنّه لا- أمد له حتّى ينقضى في رأسه، وإن أمكن وصحّ قطعه بالطلاق، فكذلك الدوام في الوقف، معناه أنّه غير منقطع حتّى ينقضى في رأس أمدّه، فما لم يكن سبب لفسخه فهو باقٍ، بخلاف المنقطع الذي يكون اقتضاؤه قصيرا وإلى وقت محدود.

فتحصّل ممّا ذكر: أنّ الوقف بنفسه غير مانع عن النقل، فلا بدّ من إقامه دليل على المنع»(١).

وأنت ترى المضاده بين كلامه الأوّل ومقاله الآخر أي بين تعريف الوقف بأنّه «إيقاف الشيء على وجهه أو شخص أو غيرهما لتدرّ المنافع منه عليها...» وبين قوله قدس سره: «ليس بين ماهيه الوقف وجواز النقل أو نفس النقل مضادّه و منافره» وسبحان من لا يسهو.

وبالجملة: الوقف بذاته وماهيته لا يقبل البيع وبين الماهيتين معارضه و منافره واضحه وهذا هو الدليل الأوّل لبطالان بيع الوقف. والله العالم.

### الدليل الثاني: الإجماع

الإجماع قائم على عدم جواز بيع الوقف محصّلاً محكياً بل هذا الحكم من القطعيّات وكاد يكون من الضروريّات.

قال المتتبع العاملي في ذيل قول العلامة (ولا يَصِحُّ بيع الوقف ولا هبته ولا نقله): «كما نصّيته بذلك رواياتهم(٢) وبأنّه لا يحلّ ذلك لأحد. وأفصحت به عباراتهم في مطاوى كلماتهم خصوصا عند كلامهم على جواز بيعه عند خرابه لخلف بين أربابه أو نحوه كما

ص: ٢٠٦

١- (٩٢٣) كتاب البيع ٣/١٢٦.

٢- (٩٢٤) راجع وسائل الشيعه ١٩/١٨٥، باب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

ستسمع، وانعقدت عليه إجماعاتهم. ففي السرائر أنّ الذي يقتضيه مذهبنا أنّه بعد وقفه وتقيضه لا يجوز الرجوع فيه ولا تغييره عن وجوهه وسبله ولا- بيعه - إلى أن قال: - لأننا إجماع منّا على ذلك. (١) وفي الغنية أيضا الإجماع على أنّه لا يجوز الرجوع في الوقف ولا تغييره عن وجوهه ولا سبله. (٢) والحاصل: أنّ ذلك من القطعيّات بل كاد يكون من الضروريّات (٣).

أقول: هذا الحكم إذا كان على حدّ الإجماع لا يفيد في المقام شيئا لأنّه مدركيّ وأمّا إذا وصل إلى حدّ القطعيّات والضروريّات كما حصّله الفقيه المتتبع العاملى فلا بدّ من قبوله والمشى على طبقه والظاهر أنّه كذلك والله العالم.

### الدليل الثالث: الاطلاقات

أ: قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٤)

الآية الشريفة تدلّ على وجوب الوفاء بالعقود بلا فرق بين أن نفهم منها الحكم التكليفي بوجوب الوفاء بها أو الحكم الوضعي بصحتها ولزومها أو كلا- الحكمين فعلى أيّ حال الآية تدلّ على نفوذ كلّ عقدٍ وصحته. فإذا اعتبرنا الوقف من العقود يصحّ التمسك بالآية وإذا اعتبرنا أنّه من الإيقاعات فكذلك يصحّ التمسك بها لأنّ «العُقُود» فسّر بالعهود والوقف حينئذ معدود من العهود فلا بدّ من الوفاء به والحكم بلزومه.

ب: قوله تعالى: «تِجَارَةٌ عَن تِجَارَةٍ» (٥)

على القول بأنّ التجاره هي «مطلق الاكتساب والاتجار بالمال، فحينئذ يشترط في صدق العنوان أمران: لزوم وصول المال إلى القابل، ولزوم قبول القابل، ولولاهما لما تحققت التجاره، وعليه فلو التزمنا بتحقيق نقل الملك والمال عند الوقف، فإنّ للاستدلال

ص: ٢٠٧

١- (٩٢٥) السرائر: في أحكام الوقف ٣/١٥٣.

٢- (٩٢٦) غنية النزوع: في الوقف ٢٩٨/.

٣- (٩٢٧) مفتاح الكرامه ٢١/٦٧٩.

٤- (٩٢٨) سوره المائده ١/.

٥- (٩٢٩) سوره النساء ٢٩/.

بالآية مجال، وأمّا مع إنكار ذلك \_ كما هو الحقّ \_ واعتبار عنوان الوقف الشامل لوقف المسجد أيضا \_ وأن وقفه يعدّ فكاً للملك ويشترط فيه القبول \_ أمراً منافياً مع التجاره والاكتساب المادى، فلا مجال للاستدلال بها، ولعلّ عدم استدلال الشيخ بها لهذه الجهة»(١).

ج: قوله عليه السلام : الناس مسلطون على أموالهم

المستفاد منه قاعده السلطنه «فقد اختلف أصحابنا في تفسيرها، وفيها مبانٍ متعدده:

أمّا الشيخ رحمه الله فقد التزم بأنّها تُشرّع جواز أنواع التصرفات في المال، وإن ناقش فيها في بحث المعاطاه قائلاً: بأنّ القاعده تثبت أصل السلطنه دون أسبابها في موارد الشكّ، وبالتالي فإنّه على مسلك الشيخ يصحّ الاستدلال بها في الوقف، لأنّه تفعيل لنوع من أنواع السلطنه الجائزه، ومع صحّته لا يجوز البيع.

أمّا على مبنى المحقّق الآخوند ومن تبعه \_ وهو الحقّ عندنا \_ من أنّ القاعده لا تُشرّع السلطنه في البيع والصلح وغيرهما، وإنّما تثبت السلطنه للمالك في مقابل من هو محجورٌ وممنوع عن التصرف، وبعبارة أخرى القاعده تدلّ على أنّه ليس لأحدٍ منع الملاك عن التصرف في ما يخصّهم من الأموال والأموال، فعلى هذا المبنى لا مجال للاستدلال بها.

والنتيجه: إنّ ثبت ممّا ذكرنا جواز الاستدلال ببعض الأدلّه العامه، وذلك بمقتضى بعض المباني لا جميعها»(٢).

#### الدليل الرابع: الروايات العامه الوارده في باب الوقف

##### اشاره

هناك طائفه من الروايات العامه استدللّ بها على بطلان بيع الوقف:

منها: صحيح الصفار أنّه كتب إلى أبي محمّد الحسن بن عليّ عليهما السلام في الوقف وما

ص: ٢٠٨

١- (٩٣٠) العقد النضيد ٤/٥٠٦ و ٥٠٧.

٢- (٩٣١) العقد النضيد ٤/٥٠٧.

روى فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. (١)

بتقريب: أن الوقف يكون بحسب ما يوقفه أهله فيكون البيع منافيا مع ما قام به المالك من وقف ماله على جميع المباني.

### اعتراض المحقق الإيروانى ونقده

قال المحقق الإيروانى فى ذيل هذه الصحيحه: «والتمسك بالعموم المذكور على المدعى يتوقف على أن يكون عدم البيع مأخوذاً فى حقيقه الوقف، كما هو الظاهر، ولذا عرّف بأنه تحييس الأصل، وتسييل الثمره، ويؤيده إطلاق الوقف عليه؛ فأنه جعل الملك واقفاً راعداً يتجاوز عن ملك إلى ملك، وعن شخص إلى شخص، كما هو شأن الأملاك» (٢).

ويرد عليه: «بالرغم من أن الشيخ [الأعظم] لا يرى بدواً مدخلية عدم البيع فى حقيقه الوقف، لكنّه يصرّح أخيراً بأن المانع عن البيع أمور ثلاثة (٣):

١\_ منافاه البيع مع حقّ الواقف.

٢\_ منافاته مع حقّ الموقوف عليهم من البطون المتأخره عن بطن البائع.

٣\_ ومنافاته مع التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات.

ومن خلال هذه الموانع الثلاثة، يثبت الشيخ ممنوعيته دخول البيع على الوقف، وبالتالي فيصح استدلاله بالروايه (٤).

### ومنها: صحيحه أبى على بن راشد

### إشاره

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى بألفى درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقوف (٥) ولا تدخل الغله فى ملكك (٦)، ادفعها إلى من أوقفت عليه،

ص: ٢٠٩

١- (٩٣٢) وسائل الشيعة ١٩/١٧٥، ح ١، الباب ٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

٢- (٩٣٣) حاشيه المكاسب ٢/٤٣٧.

٣- (٩٣٤) المكاسب ٤/٣٥ و ٣٦.

٤- (٩٣٥) العقد النضيد ٤/٥٠٨.

٥- (٩٣٦) فى التهذيب: الوقف ٩/١٣٠، ح ٥٥٦.





قلت: لا أعرف لها ربًّا، قال: تصدق بعلتها. (١)

بتقريب: أنّ الصحيحه تدلّ على بطلان شراء ابن راشد الأرض الموقوفه «وعدم تملكه لعلتها، وإنّ عليه إعادة الأرض إلى أصحابها الموقوف عليهم إن كان يعرفهم؛ لأنّ يده عليها عاديه، فإذا جهلهم عليه أن يتصدّق بعلتها، لأنّ الغلّه إذا كانت موقوفه تكون ملكا للبطون، ومع الجهل بهم يصبح من الأموال المجهوله مالكها، فيجب أن يتصدّق بها لأنّها مورد صرفها» (٢).

قال الإمام الخميني قدس سره في تعليقه على متن هذه الصحيحه: «متن الحديث هنا موافق للتهذيب والوسائل في كتاب الوقف.

وقد اختلفت كتب الحديث في ألفاظه، ففي بعضها: «وفيت» (٣) بدل: «وفرت» وفي بعضها: «وزنت» (٤).

وفي بعضها «الوقف» (٥) بدل: «الوقوف».

وفي بعضها: «إلى جنبى» (٦) بدل: «إلى جنب ضيعتى».

وفي بعضها: «ألف» (٧) بدل: «ألفى».

وفي بعضها «مالك» (٨) بدل: «ملكك»... إلى غير ذلك.

لكن لم أجد فى شيء من الكتب بدل قوله: «ولمّا وفّرت المال» «ولمّا عمّرتها» كما

ص: ٢١٠

١- (٩٣٨) وسائل الشيعه ١٩/١٨٥، ح ١، الباب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

٢- (٩٣٩) العقد النضيد ٤/٥٠٩.

٣- (٩٤٠) الكافي ٧/٣٧، ح ٣٥.

٤- (٩٤١) الوافي ١٠/٥٥٥.

٥- (٩٤٢) الكافي ٧/٣٧، ح ٣٥؛ الفقيه ٤/١٧٩، ح ٦٢٩؛ الاستبصار ٤/٩٧، ح ٣٧٧.

٦- (٩٤٣) الفقيه ٤/٢٤٢، ح ٥٥٧٦.

٧- (٩٤٤) نفس المصدر.

٨- (٩٤٥) الكافي ٧/٣٧، ح ٣٥؛ الفقيه ٤/١٧٩، ح ٦٢٩؛ الاستبصار ٤/٩٧، ح ٣٧٧.

هو الموجود في تجاره الشيخ الأعظم (١) قدس سره .

والمظنون: أنه اشتباه، منشؤه الإتكال على الحافظه حال التحرير، فإنّ الاشتباه من النسخ في مثل ذلك بعيد.

والعجب: أنّ بعض المحشّين (٢) اتّكل على نقل الشيخ الأعظم قدس سره ولم يراجع كتب الحديث، فاستشكل في الانصراف: بأنّ مورد الروايه هو تعمیر الخراب، وأجاب عنه.

فعلى العلماء الأعلام والمحضّين عدم الاتّكال على الحافظه في نقل الأحاديث، ولا على كتب الاستدلال، ولا سيّما مثل كتاب الجواهر وما بعده.

ومع الأسف الشديد، فاتتنا قراءه كتب الأحاديث على المشايخ وقراءتهم علينا بعد توسعه الفقه وأصوله بهذه التوسعه، ولذلك وقعنا في اشتباهات كثيره، منشؤها اختلاف النسخ، واختلاف قراءه كلمه واحده تختلف معها الأحكام، كما هو ظاهر للمراجع (٣).

ومنها: صحيحه ربعي بن عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينه في بنى زريق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أيبطال وهو حى سوى، تصدّق بداره التي في بنى زريق صدقّه لا- تباع ولا- توهب حتّى يرثها الله الذى يرث السموات والأرض، وأسكن هذه الصدقه خالاته ما عشن وعاش عقبهنّ، فإذا انقرضوا فهى لذي الحاجه من المسلمين. (٤)

سند الشيخ ضعيف بالأسود بن أبى الأسود لأنّه مجهولٌ ولكن الصدوق رواها بسنده الصحيح عن ربعي بن عبدالله فالروايه صحيحه الإسناد بسند الصدوق.

وقد قرّب الشيخ الأعظم دلاله الصحيحه بتقاريب ثلاثه:

### التقريب الأوّل:

قال الشيخ الأعظم: «فإنّ الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقه لا لشخصها،

ص: ٢١١

١- (٩٤٦) المكاسب ٤/٣٤.

٢- (٩٤٧) حاشيه المكاسب، للمحقّق الإصفهاني ٣/٧٦.

٣- (٩٤٨) كتاب البيع ٣/١٥١.

٤- (٩٤٩) وسائل الشيعه ١٩/١٨٧، ح ٤.

ويبعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص»(١).

مراده: «إنّ ظاهر الرواية دالٌّ على أنّ الواقع صدقه، فلا يتحمّل البيع والهبة باقتضاء ظهورها الذاتى، فالوصفان المذكوران ناشئان من ذات الموصوف لا- من خلال الشرط والجعل، كما هو الحال فى قول القائل: «عاملتُ معاملةً غبتيه» الظاهر فى أنّ الغبن صفة للمعاملة، وأنها غبتيه بنفسها لا بجعل المتعامل»(٢).

## التقريب الثانى:

قال: «مع أنّ سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد، أعنى الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم»(٣).

مراده: «إنّ حقيقه الشرط هى الالتزام فى ضمن الالتزام الآخر، فإذن لابدّ أن يتمّ الالتزام الأوّل بجميع مستلزماته وشرائطه، ليصل الدور إلى الشرط الذى هو الالتزام فى ضمن الالتزام الآخر، وفيما نحن فيه فإنّ الالتزام الوقفى يجب أن يتمّ أولاً ليصل الدور إلى الشرط الذى هو التزام فى ضمن الالتزام الوقفى، وهذا الالتزام الوقفى متوقّف على الموقوف عليه من البطون أو الجهات، فتكون الأخيره مقوّماً للالتزام الوقفى، وعليه فإذا قصد الإمام عليه السلام بقوله: «لا تُباع ولا تُوهب» الشرط والالتزام، فإنّ لازمه كون الشرط مذكوراً قبل حصول المشروط، وهو خلاف القاعده القاضيه بلزوم تحقّق الوقف أولاً ثمّ إدراج الشروط المذكوره فيه، وبالتالي لا يمكن عدّ قول الإمام عليه السلام شرطاً، لأنّه لو كان شرطاً لاستلزم ذكره بعد ذكر الموقوف عليهم»(٤).

ولكن يرد على هذه التقريب: «لو سلّمنا حقيقه الشرط والقاعده المذكوره، إلاّ أنّ حقيقه الشرط ليست سياقيّه لتقتضى بالضروره ذكره بعد ذكر الموقوف عليهم، بل هى سنخ حقيقه يصحّ صدورهما من الواقف قبل ذكر الموقوف عليهم وبعده، والشاهد على

ص: ٢١٢

١- (٩٥٠) المكاسب ٤/٣٤.

٢- (٩٥١) العقد النضيد ٤/٥١٠.

٣- (٩٥٢) المكاسب ٤/٣٤.

٤- (٩٥٣) العقد النضيد ٤/٥١٠ و ٥١١.

ذلك رواه أيوب بن عطية، حيث ورد فيها ذكر الشرط بعد ذكر الموقوف عليهم، ممّا يدلّ على أنّه ليس هناك قاعده ثابتة متّبعه، تفيد لزوم ذكر الشرط بعد ذكر متعلّقات الموقوف عليهم، بل يمكن أن يتقدّم أو يتأخّر، والروايه هي [صحيحه أيوب بن عطيه]: «قال: سمعتُ أبا عبد الله عليه السلام يقول: قَسَمَ رسول الله صلى الله عليه و آله الفىء، فأصاب عليّ عليه السلام أرضٌ فاحتفر فيها عينا فخرج منها ماءٌ ينبع في السماء كهيئته عنق البعير، فسماها عين يئبوع، فجاء البشير يُبشّره، فقال: بشّر الوارث بشّر الوارث، وهى صدقته بتاً بتلاً (١) في حجيج بيت الله وعابر سبيله، لا تُباع ولا تُوهب ولا تُورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنه الله والملائكه والنّاس أجمعين، لا يقبل الله منه صرّفاً ولا عدلاً» (٢).

وبالجملة: فاستدلال الشيخ بسياق الجملة الشرطيّه، اعتماداً على الروايه الأولى، والحكم بأنّ ورود الشرط قبل الموقوف عليهم يعتبر وصفاً منوّعاً للصدقه ولازماً للوقف، دون ما إذا كان وارداً بعده حيث يعدّ شرطاً، ممنوعاً بدلاله [صحيحه أيوب بن عطيه] حيث ورد الشرط فيها بعد ذكر الموقوف عليهم، ممّا يدلّ على أنّه ليس هناك ضابطه يمكن أن يعتمد عليها في تصنيف القيود المذكوره إلى الوصف أو الشرط» (٣).

### التقريب الثالث:

#### إشاره

وهو الذى ذكره صاحب المقابيس من «أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً؛ لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طرؤه الحاجه، أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلاً» (٤).

ص: ٢١٣

١- (٩٥٤) بَتَلَهُ يَبْتُلُهُ بَتْلًا- إذا قطعه، ومنه الحديث: بَتَّلَ رسول الله صلى الله عليه و آله الهُزْي، أى أوجبها ومَلَكَهَا مَلَكًا لا يتطرق إليه نقض. [النهايه الأثيريه ١/٩٤].

٢- (٩٥٥) وسائل الشيعه ١٩/١٨٦، ح ٢.

٣- (٩٥٦) العقد النضيد ٤/٥١١ و ٥١٢.

٤- (٩٥٧) المقابيس ١٤٤/ ونقل عنه في المكاسب ٣٤ و ٣٥.

أولاً: «إنّ هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في روايه ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر»<sup>(١)</sup>.

مراده: «أنّ اشتراط عدم جواز البيع منصرف إلى الحاله المتعارفه، ولا يشمل الظروف الطارئه التي يجوز فيها بيع الوقف»<sup>(٢)</sup>.

وثانيا: «إنّ هذا التقييد ممّا لا بدّ منه على تقدير كون الصفه فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً»<sup>(٣)</sup>.

مراده: «لا سبيل لنا إلا أن نرفع اليد عن الإطلاق، سواءً اعتبرنا الصفه فصلاً منوعاً أو شرطاً خارجياً، لأنّه ليس لنا صدقه لا تباع ولا تورث مطلقاً، بل كلّ صدقه قابله للبيع في ظروف طارئه محدّده شرعاً، وبالتالي فالإطلاق ساقط»<sup>(٤)</sup>.

وثالثاً: «مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأمور المبيحه، وحينئذٍ يصحّ أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفه شرطاً، بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلياً في النوع؛ فإنّ العلم بعدم طروء مسوّغات البيع في الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى»<sup>(٥)</sup>.

مراده: «لعلّ علم الإمام عليه السلام بعدم طرؤ الحالات المبيحه للبيع في الوقف الأخير، جعله يُبقى الإطلاق على حاله، ويستغنى عن التقييد بذكر الشرط»<sup>(٦)</sup>. بخلاف لو جعل وصفاً داخلياً في النوع كما مرّ في كلامه قدس سره .

ص: ٢١٤

١- (٩٥٨) المكاسب ٤/٣٥.

٢- (٩٥٩) العقد النضيد ٤/٥١٢.

٣- (٩٦٠) المكاسب ٤/٣٥.

٤- (٩٦١) العقد النضيد ٤/٥١٢.

٥- (٩٦٢) المكاسب ٤/٣٥.

٦- (٩٦٣) العقد النضيد ٤/٥١٢.

أولاً: الإطلاق كما يشمل الحالات المتعارفه كذلك يشمل الحالات الطارئه ما لم يثبت تقييد.

وثانياً: نعم، كل إطلاق إذا ثبت المقيّد له يقيد، وهذا ممّا لا شبهه فيه.

وثالثاً: حمل الإطلاق على علم الإمام يحتاج إلى قرينه مفقوده في المقام لأنه خلاف ظاهر الكلام.

فلا يتم اعتراضات الشيخ الأعظم على الشيخ أسدالله التستري \_ قدس سرهما \_ عندنا.

وبالجملة: صفتا «لاتباع ولا توهب» خصوصيتان لذات الصدقه لا أنّهما عارضتان عليها من خلال الشرطين المذكورين.

### تهافت في كلام الشيخ الأعظم

#### إشاره

قال: «فظهر أنّ التمسّيك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلياً في أصل الوقف \_ كما صدر عن بعض من عاصرناه (١) \_ لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا: من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع» (٢).

وأنت ترى أنّه قدس سره ردّ على ما «صدر عن بعض من عاصر»ه وهو الشيخ أسدالله التستري صاحب المقابس رحمه الله من أنّ عدم جواز بيع الوقف وبطلانه يعدّ من ذاتيات الوقف والتنافي بين البيع والوقف يكون ذاتياً ردّه بقوله: «لا يخلو عن نظر». فالشيخ الأعظم لا يعدّ بطلان بيع الوقف من الخصوصيات الذاتيه للوقف ولذا استدّل على البطلان بالاجماع والروايات العامه.

ولكنه صرح في ذيل صحيحه ربعي بن عبدالله من أنّ وصفي «لاتباع ولا توهب» تعدّ «صفه لنوع الصدقه» (٣) و«أوصافاً للنوع» (٤). أي تعدّ فضلاً منوعاً للوقف.

ص: ٢١٥

١- (٩٦٤) هو المحقق التستري في مقابس الأنوار / ١٤٤.

٢- (٩٦٥) المكاسب ٤/٣٥.

٣- (٩٦٦) المكاسب ٤/٣٤.

٤- (٩٦٧) المكاسب ٤/٣٥.

ومن المعلوم «أنه لو كان عدم جواز البيع حكماً شرعياً مستقلاً خارجاً عن ذات الوقف، متعلقاً به في ظروف معينه، لما صحَّ عدّه فصلاً منوعاً لنوع الوقف، باعتبار أنّ الفصل مقومٌ للشيء، فإذا ثبت أنّ عدم جواز البيع فصلٌ لنوع الوقف، عُيدَ من مقوماته لا أحكامه»<sup>(١)</sup>.

## محاولة المحقق الإصفهاني لرفع التهاافت ونقدها

### أشاره

حاول المحقق الإصفهاني رفع هذا التهاافت بقوله: «وبالجملة: بعد جعل الوصف مقوماً لنوع من الصدقه، يكون هذا النوع الخاص وقفاً، وأتياً أنّ حقيقه الوقف منحصره في هذا النوع فلا- دليل عليها، فلعله جنس له أنواع، منها الصدقه المتقومه بحيشه عدم الانتقال بيعاً وهبه وإراثاً، ومنها ما لا يكون كذلك.

مع أنّ جعل الوصف مقوماً وفصلاً لنوع الوقف \_ كما صرح بعنوان الفصليه<sup>(٢)</sup> فيما بعد \_ منافٍ لما في كلامه رحمه الله فيما<sup>(٣)</sup> بعد، من عدم كون المنع الانتقال مأخوذاً في حقيقه الوقف، وأنه من أحكامه.

بخلاف ما إذا جعل الوصف وصفاً خارجياً لازماً للوقف، فيكون المتسبب إليه حصه من طبيعي التملك الملزوم شرعاً للمنع عن أنحاء الانتقالات، فإنه خالٍ عن محذور التنافي بين كلماته قدس سره، ويصح التردد بين كونه وصفاً لازماً لحقيقه الوقف شرعاً أو كونه شرطاً إلترم به الواقف في ضمن عقد الوقف والتصديق بماله على البطون، وعليه ينبغي حمل كلامه (زيد في علو مقامه)<sup>(٤)</sup>.

## نقدها: المحاولة عقيمه «لمخالفتها مع صريح كلام الشيخ القائل بأنه: «على تقدير

ص: ٢١٦

١- (٩٦٨) العقد النضيد ٤/٥١٣.

٢- (٩٦٩) المكاسب ٤/٣٥.

٣- (٩٧٠) المكاسب ٤/٣٧.

٤- (٩٧١) حاشيه المكاسب ٣/٧٧.



كون الصفه فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً» (١) فصيروه» (٢). الصفه فصلاً تمنعها أن تكون شرطاً خارجياً أى لا يمكن الجمع بين الفصلية والشرطية فلا تفيد محاوله المحقق الإصفهاني قدس سره .

والحاصل: لو لم نقل بالتهافت فلا- أقل من وجود الاضطراب فى كلمات الشيخ الأعظم لا يمكن رفعه بهذه المحاوله ونحوها وسبحان من لا يسهو.

### تعليقه المحقق الإصفهاني على تقريب صاحب المقابس

أيد وعلق المحقق الإصفهاني على التقريب الثالث الذى مرّ (٣) من الشيخ أسدالله التستري فى المقابس \_ واعترض عليه الشيخ الأ-عظم بثلاثه اعتراضات وأجبتنا عن اعتراضاته \_ ، بقوله: «لا يخفى أن شرط عدم البيع تاره بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غير منافٍ لجواز فعله، وأخرى بنحو شرط النتيجة، فإن كان ثبوتيا كشرطيه ملكيه شىء له فنفس الشرط بعموم دليله سبب شرعا لثبوتها، وإن كان عدميا كما فى المورد، فإن المراد الالتزام بعدم انتقاله بيعا، فالعدم لا يحتاج إلى سبب ليكون نفوذ الشرط مقتضيا للثبوت، فلا- معنى للالتزام به إلا إبداء المانع عن تأثير ما هو سبب للانتقال، من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب شرعا إلتزام بغير المشروع، والظاهر هنا شرط النتيجة، ويؤكدّه إضافه عدم الارث إلى عدم البيع والهبة فتدبر» (٤).

مراده: يحتاج إلى مقدمه وهى: «أن هناك فرقا بين شرط النتيجة وشرط الفعل، ففي الأوّل يكون متعلق الشرط نفس الملكيه أو الزوجيه، أمّا المتعلق فى الثانى فهو التمليك أو التزويج، فإنه لا مانع من اشتراطهما خلال العقد، لأنهما فعلا يتوقف تحققهما على اختيار الفاعل، فله أن يبيع داره لزيد ويشترط عليه أن يملكه كذا، فالشرط يعدّ من شروط الفعل، وعلى المشروط عليه الالتزام بذلك، وإلا ثبت للمشروط له الخيار. وأما

ص: ٢١٧

١- (٩٧٢) المكاسب ٤/٣٥.

٢- (٩٧٣) العقد النضيد ٤/٥١٣.

٣- (٩٧٤) مرّ فى صفحه ٢١٣ من هذا المجلد.

٤- (٩٧٥) حاشيه المكاسب ٣/٧٩.

شرط النتيجة فهو أن يُقدم الرجل على بيع داره لزيد، ويشترط في ضمنه أن يكون الكتاب ملكه بحيث يصبح الكتاب ملكا له بنفس الشرط.

أما شرط الفعل: فلا شك في نفوذه بمقتضى قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» إلا إذا كان شرطا محرّما.

وأما شرط النتيجة: فقد اختلف أصحابنا في حكمه:

[حيث] ذهب جماعه إلى أنّ مثل هذا الشرط لا يمكن أن يكون بنفسه سببا، وإنّما يجب قيام السبب الخاص المترتب عليه المسبب الخاص، فلا تتحقّق الزوجيّة أو الملكيّة بمجرد الشرط في ضمن العقد؛ لأنّ لازمه حصول الملكيّة والزوجيّة بلا سبب، بل لا بدّ من صيغه النكاح أو البيع والهبة ليتحقّق من خلال هذه الأسباب الزوجيّة أو الملكيّة.

والترّم آخرون بإمكان قيام الشرط مقام السبب، وترتب النتيجة عليه، لكن لا مطلقا، بل بالتفصيل بين أقسام النتيجة، واستدلّوا على ذلك بأنّ النتائج على قسمين:

القسم الأوّل: النتائج المتوقّفة تحقّقها على سبب خاصّ شرعا كالطلاق، فإنّه لا يتحقّق الطلاق من خلال شرط الطلاق في ضمن البيع، لأنّ الطلاق له صيغه خاصّه وضعها الشارع هي السبب في وقوعه، ولا مجال لتحقّقه بأيّ سبب آخر حتّى ولو كان شرطا في ضمن عقد لازم.

القسم الثانی: النتائج التي لم يتوقّف تحقّقها على سبب خاصّ شرعا، فمثل هذه النتائج تحصل بكلّ سبب عرفي كالملكيّة، حيث لم يعيّن لها الشارع صيغه خاصّه وسببا معيّنًا، بل فيها القابليّة للوجود بمطلق الأسباب العرفيّة كالبيع والمعاطاه والصلح، ومنها الشرط في ضمن العقد.

ثمّ بعد بيان هذه المقدمه نقول: فضّل المحقّق الإصفهاني في المقام بين النتائج الثبوتية التي يمكن تحقّقها من خلال الشرط \_ كالملكيّة وغيرها من الأمور الخارجيّة أو الاعتباريّة \_ وبين النتائج العدمية التي لا تتوقّف عدميّتها على سبب، ولذلك لا يمكن إيجاده بالشرط. وما نحن فيه من القسم الأخير، لأنّ متعلّق الشرط في قوله: «لا تُباع ولا تُوهب» عدمي، أي عدم النتيجة وهي عدم المبيعيّة وعدم الموهوبيّة، وهما أمران يستحيل

أن يكون لهما سبب، وبالتالي لا مجال لتحقيقهما من خلال شرط النتيجة.

نعم، يمكن أن يتصور تعلق [الشرط]، وذلك فيما لو كان متعلقه مما يمنع عن السبب الشرعي، فيصبح معنى الشرط في هذه الحالة هو أنني تصدقت بالمال، مع الالتزام بعدم تأثير [سببه من] البيع والهبة، لكن مثل هذا الشرط يعدّ باطلاً لمخالفته مع المشروط الذي [يبين عدم شرطيته الشرع والالتزام بتأثيره التزام بغير المشروع].

وبالجملة: استنتج المحقق الإصفهاني من خلال تحقيقه بصحة شرط الفعل دون النتيجة، لمخالفته الأخير مع الشرع دون السابق، والمستفاد من سياق الرواية الأخير [صحيحه ربيع بن عبد الله] أنّ الشرط المذكور فيها لو لم يكن وصفاً للصدقة، فلا بدّ وأن يكون شرط النتيجة لجهتين: لأنّه شرط عدمي قد شرط فيه عدم البيع والهبة، ولتضمّن الرواية كلمه «لا تُورث» والذي لا يمكن حملها على شرط الفعل، لأنّ الإرث أمرٌ لا يمكن تحقيقه إلا من خلال حكم الشرع دون الشرط، فليس أمره بيد المكلف لوجوده من خلال الشرط، بل هو أمرٌ مقيد بأحكام الشريعة، وشرطه في ضمن العقد يعدّ شرطاً للنتيجة دون الفعل» (١).

ويرد عليه: «أولاً: إنّ إطلاق قوله رحمه الله: «إنّ شرط عدم البيع تارةً بنحو شرط الفعل، والالتزام بعدمه غير منافٍ لجواز فعله» - لكونه داخلياً - في موارد مسوغات بيع الوقف، وبالتالي لا يكون جواز بيعه منافياً مع عدم البيع، كما هو الحال في كلّ شرط مباح - الدالّ على أنّ مطلق موارد بيع الوقف جائزه.

ممنوعٌ، لمنافاته مع ما ورد من وجوب بيع الوقف في موارد أخرى، وهي:

١- قيام الضرورة الملحة كحاجة الموقوف عليهم لثمن العين الموقوفة.

٢- قيام ما يهدّد سلامه الوقف أو الموقوف عليهم، كما لو تنازع أرباب الوقف وخيف انتهاء الأمر إلى تلف النفوس والأموال، أو حدث ما أدى إلى خراب العين الموقوفة - وسواء كان المراد من الخراب قلّه المنافع أو زوالها - فإنّ الشارع أجاز فيه بيع الوقف.

ص: ٢١٩

وعليه، فما التزم به المحقق الإصفهاني \_ وتبعه على ذلك بعض أعلام تلامذته \_ من أنه لا مانع من إطلاق شرط الفعل؛ ممنوع لمنافاته مع وجوب البيع في بعض الموارد.

وثانيا: إن دعواه أخيراً بأن «الظاهر هنا شرط النتيجة» والاستدلال عليها بأن شرطاً «لا تباع ولا توهب» قد تعقبها قوله: «ولا تورث» المعدود من شروط النتيجة، مما يوجب اندراج الشرطين السابقين فيها لوحده السياق.

ممنوعه، إذ لا بد من التفريق بين متعلق الشرط والتوصيف، فقد يقع المتعلق تارةً وصفاً كقوله عليه السلام: «صدقه لا تباع ولا توهب» فيندرج في شرط النتيجة، لعدم قابليته لشرط الفعل، وقد تقع الجملة متعلقاً للترام، وحينئذ لا يبقى لها وجه لظهورها في شرط النتيجة، [بل تقع في شرط الفعل] والشاهد على ذلك:

١\_ وقوع هذه الجملة في النصوص والأخبار تارةً شرطاً فعلياً وأخرى على نحو شرط النتيجة:

أمّا على نحو شرط النتيجة: فقد جاء في روايه في باب اللقيط أنّ «اللّقيط لا يُباع ولا يُوهب»<sup>(١)</sup> أي ليس في اللقيط قابليته البيع والهبة و [الشراء].

وأما على نحو شرط الفعل: فقد جاء في روايه صحيحه رواها الشيخ الطوسي بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن ابن سنان، ورواها الكليني بسنده الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام: قال: «سألته عن الشرط في الإماء، لا تباع ولا تورث ولا توهب؟ فقال عليه السلام: يجوز ذلك غير الميراث فإنّها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو رُدٌّ»<sup>(٢)</sup>.

ولو كانت الجملة على نحو شرط النتيجة \_ كما ادّعاها المحقق الإصفهاني \_ كان

ص: ٢٢٠

---

١- (٩٧٧) مراده صحيحه محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال: حرّ لا يُباع ولا يُوهب. [وسائل الشيعة ٢٥/٤٦٨، ح ٥، الباب ٢٢ من أبواب بيع اللقطة]. ونحوها صحيحه أخرى محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن اللقيط، قال: لا يُباع ولا يُشترى. [وسائل الشيعة ٢٣/٩٧، ح ١، الباب ٦٢ من أبواب كتاب العتق].

٢- (٩٧٨) وسائل الشيعة ١٨/٢٦٧، ح ١، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان.

الشرط إبداءً للمانع في مقابل تأثير السبب الشرعي، ولا شك في بطلانه، برغم ذلك نجد أنّ الإمام عليه السلام قد حكم بصحته، وبالتالي لا يخلو حال الشرط المذكور:

فأما شرط النتيجة وهو ما أبطله الإصفهاني وصحّحه الإمام عليه السلام، وأمّا شرط الفعل فهو أيضا يعدّ إبطالاً لدعوى الإصفهاني القائل بعدم إمكان وقوع الجمله شرطا للفعل.

وهناك رواه أخرى يمكن عدّها مؤيِّده لدعوانا، وهي [خبر جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام]: «في رجل اشترى جاريه وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب؟ قال: يفي بذلك إذا شرط لهم»<sup>(١)</sup>.

وفي روايه الشيخ بإسناده عن الميثمي زياده قوله: «يفي بذلك إذا شرط لهم إلا الميراث» حيث أجاز الإمام الشرط عدا الميراث.

٢\_ موافقه دعوانا مع ما استنتجه الفقهاء والمحدّثين من هذه الأخبار، فضلاً عن صاحب «الوسائل» الخبير المتصلّع بمضامين الأخبار ومدلولاتها، حيث عنوان الباب الذي أدرج فيه الأخبار المذكوره بـ «باب حكم اشتراط عدم البيع والهبة والميراث في بيع الجاريه»<sup>(٢)</sup>، وللمزيد عن ذلك راجع ما ذكره صاحب «الجواهر»<sup>(٣)</sup> في المقام.

وثالثاً: إنّ تأكيد دعواه أخيراً بـ (إضافه عدم الإرث إلى عدم البيع والهبة) أيضا ممنوعه:

١\_ لما ذكرناه آنفاً من أنّ إضافه الإرث إلى عدمهما لا توجب اندراج الجميع في شرط النتيجة.

٢\_ ولو سلّمنا أنّ ضمّ الإرث إليهما يوجب ذلك، لكن معظم الأخبار الصحيحه \_ عدا الصحيحه الوارده في قضيه عين يَشْبَع <sup>(٤)</sup> \_ لا تتضمّن سوى العدمين دون إضافه

ص: ٢٢١

١- (٩٧٩) وسائل الشيعة ١٨/٢٦٨، ح ٢، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان.

٢- (٩٨٠) وسائل الشيعة ١٨/٢٦٧.

٣- (٩٨١) جواهر الكلام ٢٤/٣٧٦ (٢٣/٢٠١).

٤- (٩٨٢) وسائل الشيعة ١٩/١٨٦، ح ٢.

الإرث إليهما، كما هو الحال في صحيحه ربعي بن عبد الله (١) حسبما رواها الشيخ الطوسي (٢) بإسناده الصحيح، نعم رواها الشيخ الصدوق في «الفتاوى» (٣). بنفس الإسناد مع ضمّ (لا تُورث) إليهما، فيدور الأمر بين الزيادة والنقيصه، وتقتضى القاعده ترجيح عدم السهو في الزيادة، وخاصّه فيما نحن فيه حيث أنّ الزيادة حادثه في نقل الصدوق رحمه الله الذي يعدّ أضبط وأتقن من الشيخ في نقل الأخبار، لانحصار اهتماماته بخصوص الأخبار والأحاديث دون الشيخ الذي تنوّعت اشتغالاته وتفرّقت اهتماماته، لكن برغم ذلك فإنّ هذا الترجيح لا ينعف المحقّق الإصفهاني في دعواه للأسباب التاليه:

أ: هناك مبيان في كفيته معالجه دوران الأمر بين الزيادة والنقيصه وكلاهما غير مُفَيّدَيْنِ لدعوى الإصفهاني، إذ اختلف أصحابنا:

[١] بين مرجّح لأحدهما على الآخر

[٢] وبين من التزم بعدم الترجيح والتساقط.

أمّا نتيجة الثاني فواضحه حيث يستلزم سقوط النقلين، وبذلك يسقط مستند دعوى المحقّق الإصفهاني. وأمّا الأوّل فإنّه لو تمّ لأفاد ثبوت الدعوى في المقام؛ لأنّ الترجيح مبنّى على قاعده ارتكازيه عليها سيره العقلاء وهي أنّ مؤونه الإضافه أكثر من مؤونه النقيصه، بمعنى أنّ من الطبيعي أن يسهو الكاتب حين الكتابه فتسقط منه كلمه حين كتابه النصّ، بخلاف زياده الكلمه التي تحتاج إلى أن يتتبه الكاتب إليها فيحشرها بين الكلمات، ولهذا السبب فإنّ الأصل عند الدوران عدم السهو في الزيادة، وأنّ الزيادة جاءت محسوبه ومراده وليست باعتباريه، فلها الاعتبار ولا بدّ من ترتيب الأثر عليها.

لكن هذه القاعده الكليه غير جاريه في المقام؛ لأنّ الشيخ لو كان قد نقل الخبر مع النقيصه مرّه واحده، لقدّمنا نقل الصدوق عليه، إلاّ أنّ الملاحظ أنّ الشيخ كرّر النقل في «التهذيب» و«الاستبصار» وبالتالي يضعف احتمال خطأه.

ص: ٢٢٢

١- (٩٨٣) وسائل الشيعه ١٩/١٨٧، ح ٤.

٢- (٩٨٤) التهذيب ٩/١٣١، ح ٥٦٠؛ الاستبصار ٤/٩٧، ح ٣٧٨.

٣- (٩٨٥) الفقيه ٤/٢٤٨، ح ٥٥٨٨.

ب: صرّح صاحب «الوسائل»<sup>(١)</sup> بتطابق نقل الصدوق في «الفقيه» مع نقل الشيخ الطوسي واتحادهما في ضبط الكلمات، ووثاقه الحرّ العاملى تقتضى الحكم بموافقه نسخته من «الفقيه» مع النقيصه.

ج: روى الفيض الكاشانى الخبر فى «الوافى»<sup>(٢)</sup> نقلاً عن «الفقيه» خالياً من الزيادة المذكوره.

وعليه فلأسباب المذكوره يسقط النقل الوارد فى «الفقيه» المطبوع، ويتقدّم عليه نقل الشيخ مع النقصان، بل يتفق نقل الشيخ مع نقل الصدوق، ولو تنزّلنا وسلّمنا تردّد الأمر بينهما فالأسباب المذكوره تمنع عن جريان القاعده.

[الحاصل]: ثبت ممّا ذكرنا عدم ثبوت انضمام الإرث إلى العدمين المذكورين، وبالتالي تسقط دعوى المحقّق الإصفهانى المبتيه على ضمّ «لا يُورث» إلى «لا يُباع ولا يُوهب».

ورابعا: لو سلّمنا دعوى المحقّق الإصفهانى والتزمنا بأنّ الوضعين المذكورين يعدّان من شروط النتيجة دون الفعل، إلّا أنّ دعواه بأنّه «لا معنى للالتزام به إلّا إبداء المانع عن تأثير ما هو سبب للانتقال من عقد البيع ونحوه، والالتزام بعدم تأثير السبب شرعا التزام بغير المشروع» ممنوعه، لأنّ المشروعيه وعدمها من أوصاف الفعل الاختيارى، بمعنى أنّ الفعل الصادر عن المكلف باختياره إن وافق الكتاب والسنة عدّ مشروعاً، وإن خالفهما أصبح مخالفاً للشرع، ومع الالتزام بأنّ الشرط شرط النتيجة، فإنّه ليس لمثل هذا الشرط إبداء المانع مقابل السبب الشرعى؛ لأنّ الإبداء أمرٌ غير اختيارى وقد ثبت أنّ المشروع وغير المشروع متفرّعان عن الاختيارى الموافق والمخالف، أمّا غير المقدور فلا يوصف بذلك.

هذا تمام الكلام فى تعليقه المحقّق الإصفهانى على كلام المحقّق التستري

ص: ٢٢٣

١- (٩٨٦) وسائل الشيعه ١٩/١٨٧ ذيل ح ٤ قال: ورواه الصدوق عن ربيعى بن عبدالله نحوه.

٢- (٩٨٧) الوافى ١٠/٥٦٨، ح ١٠١١٥.

## موانع بيع الوقف في رأى الشيخ الأعظم

### إشاره

قال: «مما ذكرنا ظهر: أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثه:

حقّ الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغه الوقف صدقه جاريه ينتفع بها.

وحقّ البطون المتأخره عن بطن البائع.

والتعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات؛ فإنّ الوقف متعلق لحقّ الله؛ حيث يعتبر فيه التقرب ويكون لله تعالى عمله وعليه عوضه.

وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي، وقد يرتفع كلّها، وسيجىء التفصيل»(٢).

أقول: يمكن النقاش فى هذه الموانع الثلاث كلّها:

### ١- أما حق الواقف

«فإنّه لا شكّ أنّ الحقّ والملك نحو إضافه بين المالك والمملوك، وبين ذو الحقّ ومتعلق الحقّ، ومن المعلوم أنّه لا يمكن فرض الإضافه فى مطلق الأمور المرتبطه والمتعلقه إلاّ مع وجود طرفيها، كما هو الحال فى الوقف، فإنّ الواقف يقطع من خلال الصيغه العلقه الاعتباريه والإضافه المملكه الموجوده بينه وبين المال، ومن ثمّ لا يبقى حقّ ليضاف إليه، إلاّ ما ذكره الشيخ من عنوان الصدقه الجاريه التى ينتفع منها الواقف، فإنّ كلامه صحيح لا غبار عليه، فالبيع بما أنّه يعدّ مفوّتا لهذه الصدقه، يعتبر قاطعا للوقف ومانعا من موانع دوام الصدقه الجاريه.

وأما دعواه: من أنّ حبس العين وتسييل المنفعه يجعل للواقف حقّا فى المال الموقوف، بمثل حقّ الرهانه بين الراهن والمرتهن وحقّ التحجير.

فهى دعوى ممنوعه، واضحه البطلان، لانقطاع العلاقه الحقيقه والمملكه بين المالك والعين الموقوفه بعد تحقّق الوقف.

ص: ٢٢٤





## ٢\_ وأما حقّ الله \_ سبحانه وتعالى \_

فإنّه أيضا أمرٌ لا يمكن تصوّره في المقام؛ لأنّ المراد من قيام العلقه معه سبحانه لا يخلو:

إمّا أن يُراد منها قيام العلقه الإضافيه الاعتباريه بين الله سبحانه وبين المال، فهو ممنوع إلا في موارد خاصّه قام الدليل عليها، كما في الخمس، حيث دلّ قوله تعالى: «فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ»<sup>(١)</sup> على مثل تلك العلقه، أمّا في الوقف فلا دليل عليها.

وأمّا أن يراد منها أنّ الوقف يقبل المال المملوك إلى صدقه، ومن هذه الجهه يعدّ متعلّقاً لحقّ الله سبحانه، فهو أيضا ممنوع، لأنّ الواقف لا يملك ماله لله سبحانه وتعالى من خلال الصيغه، بل تمليك بالله وفي سبيل الله ولأجل التقرب إليه سبحانه، وإلاّ فإنّه لو حصلت إضافه مالكيه بين المال الموقوف وبين الله سبحانه وتعالى، لاستحال التعامل على أموال الفقراء والصدقات من بيع وشراء وإجاره، وهذا ما لا تريد في بطلانه. فإذن هناك فرق بين التمليك لله والتمليك بالله وفي سبيل الله.

ولعلّ أدقّ ما قيل في بطلان هذا الحقّ المزعوم، ما صرّح به المحقّق النائيني بقوله: «وأما حقّ الله تعالى فليس له حقّ على الواقف في مقابل الحكم، نظير الحقّ المتصوّر في باب الزكوات والأخماس، نعم المتصوّر في باب الوقف من الله سبحانه هو الحكم الشرعي التعيّدی بوجوب صرف الوقف فيما عيّنه الواقف، ومن المعلوم أنّ الحكم مغاير مع الحقّ فالتعبير عن الحكم بالحقّ لا يخلو عن مساهله»<sup>(٢)</sup> «(٣)».

وبالجملة: لا- دليل على ثبوت الحقّ للواقف ولله سبحانه في العين الموقوفه ومن المعلوم توقف ثبوت الحقّ على الاثبات وليس هناك ما يثبت لهما ذلك.

## ٣\_ وأما حقّ البطون المتأخره

فناقشه المحقّق الخراساني بقوله: «وأما البطون اللاحقه، فلو سلّم كون العين فعلاً

ص: ٢٢٥

١- (٩٩٠) سورة الأنفال / ٤١.

٢- (٩٩١) المكاسب والبيع للأملی ٢/٣٨١.

٣- (٩٩٢) العقد النضيد ٤/ (٥٢٣-٥٢١).

متعلّقه لحقّها، فإنّما يكون مانعا عن بيعها على أن يكون الثمن ملكا للموجودين من الموقوف عليهم، لا- على أن يكون الثمن كالمثمن متعلّقا لحقوقها، إذا كان البيع صلاحا للوقف»(١).

مراده: يمكن توضيح مراده بتمثيله بباب الرهن، «حيث التزم المشهور بعدم جواز بيعه، في قبال من ذهب إلى جوازه، وإن لم يأذن به المرتهن، لعدم منافاه البيع مع حقّ المرتهن، لانتقال حقّه إلى ذمّه المشتري، وله استنقاذ حقّه من العين. وكذلك الحال في باب الوقف، فإنّ بيع الوقف إذا كان سببا لزوال حقّ البطون اللاحقه كان منافيا له، وأمّا إذا قلنا بجواز بيعه فيما لو خربت العين الموقوفة، فإنّ الحقّ يبقى ثابتا دون أن يبطل بل ينتقل من المثمن إلى الثمن»(٢).

ويرد عليه: «أن الحقّ الثابت لهم من خلال الوقف حقّان: حقّ متعلّق بخصوص العين، وحقّ متعلّق بماليه العين، وبالرغم من أنّ البيع لا- يتعرّض لحقّهم الثانى المتعلّق بماليه العين الموقوفة، إلّا أنّه يزيل حقّهم الأوّل المتعلّق بذات العين، ومن هذه الجهة يعدّ البيع مضيقا لحقوق البطون اللاحقه، فيكون باطلا»(٣).

وتبع المحقّق الإصفهاني أستاذة الخراساني في النقاش وقال: «إنّ مالكيه البطون اللاحقه ليست مالكيه فعليّه في عرض مالكيه البطن السابق، لا- استقلالاً ولا اشتراكا، لاستحاله ملكيتين فعليتين لتمام العين في زمان واحد، ولعدم استحقاق البطون اللاحقه لبعض منافع العين في غير زمانهم، وليست مالكيه فعليّه طويله، لاستحاله المالكيه الفعليه للبطن اللاحق للعين في زمانه، بداهه أنّه اعتبار لغو لا- يصدر من عاقل فضلاً عن الشارع إذ ليس الملك الاعتبارى إلّا ما يتقوم به الاعتبار، فالاعتبار الفعلى للمالكيه في زمانه غير معقول.

فلا محاله تكون مالكيه البطون اللاحقه شأنه، وليس الملك الشأنى سنخا من

ص: ٢٢٦

١- (٩٩٣) حاشيه المكاسب / ١٠٧.

٢- (٩٩٤) العقد النضيد ٤/٥٢٣.

٣- (٩٩٥) العقد النضيد ٤/٥٢٨.

الملك في قبالة الملك الفعلي؛ ليكون أمراً محققاً يمنع عن تصرف البطن السابق، بل ليس له إلا شأنه الوجود، لتاميه سببه الشرعي، وعدم الفعلية مستند إلى عدم البطن اللاحق الذي يقوم به الملك، والملك الانشائي وإن كان محققاً، إلا أنه لا ربط له بالملك الاعتباري الذي يتسبب إليه بالوجود الانشائي كما مرّ مراراً... .

وعليه فليس بالنسبة إلى البطن اللاحق ملك فعلي يمنع عن تصرف المالك بالفعل، ولا حقّ اعتباري مجعول من قبل الواقف، ولا من قبل الشارع، بل الموجود سبب إنشائي تام غير مؤثر في ملكية البطن اللاحق»(١).

أقول: بالنسبة إلى حق البطن المتأخره لا بدّ أن نبحت عنه في مقامى الثبوت والإثبات.

وأما مقام الثبوت

فالبحت فيه يتوقف على إمكان ملكية المعدوم وعدمه وفيه قولان: «١\_ ذهب المشهور إلى أنه لا يمكن تصوير الملكية الفعلية للمعدوم من جميع النواحي، وقد صرح بذلك [الشيخ في النهاية(٢)] والمبسوط(٣) والقاضي في المهذب(٤) وابن إدريس في السرائر(٥) والمحقق في الشرائع(٦) و[العلامة في عدد من كتبه(٧)]، والمحقق الثاني في جامع المقاصد(٨)، وكذلك الشهيد الثاني(٩)... ومنهم صاحب الجواهر، ولعلّ تصريح

ص: ٢٢٧

١- (٩٩٦) حاشية المكاسب ٣/٨٢.

٢- (٩٩٧) النهاية ٦١٥.

٣- (٩٩٨) المبسوط ٤/١٤.

٤- (٩٩٩) المهذب ٢/١٠٩.

٥- (١٠٠٠) السرائر ٣/٢١٢.

٦- (١٠٠١) الشرائع ٢/١٩٩.

٧- (١٠٠٢) منها: تذكرة الفقهاء ٢١/٧٣، قواعد الأحكام ٢/٤٤٨.

٨- (١٠٠٣) جامع المقاصد ١٠/٤١.

٩- (١٠٠٤) المسالك ٦/٢١٥.

المحقق الإصفهاني [بما معناه]: «أن مالكيه البطون اللاحقه ليست مالكيه فعليّه ولا يمكن تصوّرها، بل هي مالكيه شأنيّه، وهي ليست إلاّ إنشاء الواقف وتسيبه الوقف للبطن المتأخر من خلال الصيغه» ليس إلاّ صدقاً لما صرح به [صاحب الجواهر] في كتاب الوصيّه، حيث قال في الفصل المتعلّق بالموصى له: إنّ «المعدوم ليس له أهليّه التملّك ولا قابليّته، ضروره كون الملك من الصفات الوجوديّة التي لا تقوم بالمعدوم، بل لا يتصوّر قيامها فيه، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك، وما ثبت في الوقف من صحّته على المعدوم تبعاً للموجود، إنّما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سبباً لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذٍ كالقبض أحد أجزاء العلّه التامّه في ثبوت الملك له، لا أنّه مالك حال عدمه، وإلاّ كان وجوده كاشفاً عن تحقّق شركته مع الموجود من أوّل الأمر وهو معلوم البطلان»(١).

٢\_ ذهب بعض الفقهاء إلى أنّه لا محذور ثبوتاً لفرض الملكيه للمعدوم، واستندوا في ذلك إلى موارد فقهيه أثبت فيها الشارع ملكيه المعدوم، ولعلّ بعضها معدومه من ضروريّات الفقه، كبيع الثمره الموجوده مع ثمره السنه القادمه المعدومه خلال صفقه واحده، وكذلك إجاره المنافع الحاصله مستقبلاً والمعدومه فعلاً، فإنّ الملكيه المفروضه في هذه الموارد إنّما هي ملكيه معدومه يقوم أحد الأطراف بالتعامل عليها وبيعها وتمليكها للمشتري، ومن المعلوم أنّ الأحكام العقليّه آبيه عن التخصيص، فإذن الملكيه التي هي إضافه إلى طرفي المعامله من المالك والمملوك، لو أمكن تحقّقها بمعناها المفعولي بالنسبه إلى المعدوم، لأمكن تحقّقها بمعناها الفاعلي بالنسبه إلى المالك، للملازمه العقليّه القائمه بين ملكيه المعدوم والمالك.

وبعبارة أخرى: بعد ما ثبت شرعاً إمكان ملكيه الأعيان والمنافع المعدومه، فإنّه يثبت بالنسبه إلى المالك أيضاً بحكم البرهان والضروره.

مستند المشهور في حكمهم بعدم إمكان وقوع المعدوم طرفاً للإضافه، إلى أنّ

ص: ٢٢٨

المعدوم لا يمكن الإشارة إليه، وما لا يمكن الإشارة إليه لا مجال لتخصيص الشيء به وتمليكه إيّاه.

والجواب، أمّا كبروريًا: فإنّ ما استند إليه في نفي الإضافة عن المعدوم، إنّما هو مختصّ بالمعدوم المطلق دون المعدوم بالإضافة، وهو المعدوم بالفعل الذي سيوجد لاحقًا، وذلك لأنّ المعدوم المطلق لا وجه له ولا عنوان: أمّا المعدوم الإضافي فإنّ له عنوان يمكن من خلاله الإشارة إليه، وقابلًا لأن يصبح موضوعًا يتعلّق به الأحكام.

وأمّا صغرويًا: فإنّه لا- شكّ في صحّحه الحكم على العنوان الذي يتحقّق معنونه لاحقًا، كصدور الحكم فعلاً في هذا اليوم على المعنون الذي يتحقّق غداً، وهو معدوم الآين لكنّه موجودٌ غداً، وما نحن فيه من تعلّق الوقف بالبطون اللاحقه من هذا القبيل، وكذلك الحال بالنسبه إلى بيع الثمره وإجاره المنافع المستحدثه.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرنا نقضاً وحلاً ومن جهه الثبوت، إمكان جعل الأمر الاعتباري للمعدوم عقلاً، بل نفس التعيّد الشرعي بذلك كاشفٌ عن إمكان تعلّق الإضافة بالمعدوم عقلاً وصحّته، لأنّ التعلّد فرع على معقوليّته الشيء وصحّته»<sup>(١)</sup>.

وأمّا مقام الاثبات

«فهو متوقّف على قيام الدليل، بمعنى أنّه في أيّ مورد قام الدليل على توجيه الخطاب إلى المعدوم، نحكم بصحّته وصحّحه المعامله عليه، كما في بيع الثمار وتمليك المنافع المستقبلية، وكذلك الحال بالنسبه إلى ملكيه البطون المتأخّره، فبعد عدم المانع ثبوتاً يكفي للحكم بصحّتها نفس الأدلّه على صحّحه الوقف، فإنّ قوله عليه السلام [في صحيحه ربيع بن عبدالله]: «تصدّق بداره التي في بني زريق صدقه لا- تُباع ولا تُوهب... لخالاته ما عِشْن وعاش عقبهنّ»<sup>(٢)</sup> دليلٌ إثباتي يدلّ على أنّه عليه السلام لا حظ المعدومين من أعقابهنّ من خلال عنوان حالاته الموجودات، فأوقف لهم وملّكهم وخصّهم بهذه الدار التي في بني

ص: ٢٢٩

١- (١٠٠٦) العقد النضيد ٤/٥٢٥ و ٥٢٦.

٢- (١٠٠٧) وسائل الشيعة ١٩/١٨٧، ح ٤.

زُرَيْق. بالتالى ثبت أنه لا مانع من الحكم بتحقيق هذه الملكيه.

إنما الكلام فى أنه هل يثبت للموقوف عليهم الحق من خلال هذه الملكيه العنوائيه الشائيه أم لا؟

يمكن أن يقال: الحق يعنى الاختصاص والإضافه الخاصه الحاصله بين الطرفين، كالاختصاص والإضافه الحاصله للمرتهن بالعين المرهونه، أو للسابق بمكان الصلاه [فى المسجد]، ولا شك أن مثل هذا الاختصاص لا يتحقق إلا من خلال السبب، أما الملكيه الحاصله للبطون اللاحقه من خلال إنشاء صيغه الوقف، لا يخلو حال المتصرف فيها بإزاله عنوان الوقف:

أما أن تصرفه لا يعد عند العقلاء تضييقا عليهم، واعتداءً على أموالهم وحقوقهم، فلا ذم ولا مؤاخذه، لعدم تصرفه فى حق يلام عليه.

وأما أن ذلك يعد عند العقلاء عملاً عدوانياً يؤخذ به ويذم لأجله، كما هو الحق، فإن موافقه الطبقة الحائيه بالتصرف الذى يزيل ملكيه البطون اللاحقه، يعد عند العقلاء \_ من كل مسلك وملة وقوم \_ عملاً مذموماً ومؤاخذاً عليه، وكاشفاً عن ثبوت حق فعلى لم يرد عنه الشارع للبطون اللاحقه، وبذلك تتم دعوى الشيخ من ثبوت الحق، ويبطل ما ذهب إليه المحقق الإصفهاني(1) وغيره من إنكار ثبوت الحق(2).

### فذلكه القول

ثبت مما ذكرنا أن المانع عن صحه بيع الوقف هو تعلق حق الموقوف عليهم من البطون المتأخره بالعين الموقوفه، مضافاً إلى ورود الروايات المانعه عن بيع الوقف التى مر بعضها. والله العالم.

مقاله المحقق الإصفهاني فى تصحيح بطلان بيع الوقف وتاميتها

قال: «نعم يمكن القول بالمانع من التصرف الناقل لعدم مقتضى تام للمتصرف، لا

ص: ٢٣٠

١- (١٠٠٨) حاشيه المكاسب ٣/٨٢.

٢- (١٠٠٩) العقد النضيد ٤/٥٢٧.

إنّ ملكيه كلّ بطنٍ إنّ كانت ملكيه فعليّه مرسله مطلقه كانت مصححه للبيع الذي هو تمليك مرسل مطلق، وإنّ كانت ملكيه محدوده مؤقته فهي غير مصححه للتمليك المطلق المرسل، إذ ليس للبائع ما لا بدّ منه في تحقّق البيع منه...»(١).

مراده: «إنّ حقيقه البيع هي التمليك المرسل المطلق، وهو يتمّ فيما لو كان المملّك قادرا عليه، وذلك إذا كانت ملكيته مطلقه، وأمّا إذا كانت محدوده مؤقته فهو عاجز عن تحقّقه، وما نحن فيه من قبيل الثاني إذا أنّ ملكيه كلّ بطن محدوده بفرته معينه، فالمالك الأوّل مالك إلى حين انقراضه، وحينذاك يملكه البطن الثاني وهكذا، وبالتالي فبطان البيع إنّما هو من جهه عدم الاقتضاء لا قيام المانع»(٢).

أورد عليه: «أولاً: بأنّه كما أنّ الوقف تمليك محدود، فما المانع أن يقع البيع على نحو التمليك المحدود.

وثانيا: لو سلّمنا عدم صدق البيع على التمليك المحدود، فإنّ المشكله ترتفع فيما لو قام البطن الموجود بتمليك العين تمليكا مرسلًا مطلقًا، لكن بشرط انفساخ البيع عند انقراض البطن الموجود.

وثالثا: لو سلّمنا وتزلنا عنهما، فإنّ غايه ما يتحقّق من خلال تصرّف البطن الموجود، هو وقوع البيع الفضولي؛ لأنّ الطبقة الموجوده قد باع ما لا يملك، فيتوقّف صحّه البيع وتحقّق الملكيه المرسله على إجازة الطبقة اللاحقه»(٣).

ويمكن أن يجاب عن الإيراد الأوّل: «أنّ توجيه مثل هذه المناقشه إلى كلام المحقّق الإصفهاني لا يخلو عن الغرابه، لأنّ المحقّق الإصفهاني حينما استعرض الأدلّه الوارده في بابي الوقوف والصدقات على الطبقات والبطن، لاحظ أنّ جميعها تفيد ثبوت الملكيه المحدوده، ومن ثمّ يناقش مناقشه إثباتيه وليس بثبوتيه، ويقول مع قيام هذه

١- (١٠١٠) حاشيه المكاسب ٣/٨٣.

٢- (١٠١١) العقد النضيد ٤/٥٢٨.

٣- (١٠١٢) العقد النضيد ٤/٥٢٩.



الأدلة الدالة على التمليك المحدود، كيف يمكن فرض تحقق البيع غير المحدود، بمعنى أنّ من يملك ملكيه محدوده كيف يتسنى له القيام بالبيع المطلق، وتمليك المال الموقوفه للمشتري تملكاً مطلقاً؟! وعليه فقياس البيع المحدود بالوقف قياس مع الفارق، وباطل ثبوتاً وإثباتاً؛ لأنّ ملكيه الواقف على العين ملكيه مطلقه غير مقيدة لكن ملكيه الموقوف عليه محدوده ومقيدة، حيث يملك الواقف الطبقة الأولى جزءاً من الملكيه، ويعطى الطبقة الثانية جزءها الآخر، وهكذا بالنسبة إلى بقية البطون، وبالتالي ليس في استطاعه المالك المحدود ملكيته القيام بالبيع المطلق المرسل، فضلاً عن أنّ عمله فاقد لدليل الاعتبار.

عن الإيراد الثاني: إنّ الحكم فيه يتوقف على ملاحظه النتيجة الحاصله من البحث عن أمرين: أ: هل يجوز البيع بشرط الانفساخ، ب: وهل يعدّ مثل هذا الشرط في ضمن العقد سائغاً؟

أ: لا شك في قيام الأدلة على صحه البيع بشرط الخيار، وأمّا بيع المال مشروطاً بأن ينسخ البيع بنفسه في فتره معينه، فهذا ما نبحت عن حكمه في بحث الشروط، ونبحت خلاله عن مدى تأثير الشرط في فسخ المعامله، ومختارنا أنّه لا مجال للحكم بصحه هذا الشرط، لأنّه شرط النتيجة وليس بشرط الفعل، وبالتالي فشرط انفساخ العقد في الوقت المعين باطل.

ب: ولو سلّمنا صحه البيع بشرط الانفساخ، فإنّ من ضروريات الفقه توقّف صحه كلّ شرط على صحه المشروط، أي يجب أولاً صحه العقد بتماميه اقتضاه وارتفاع موانعه، ليصل الدور ثانياً إلى البحث عن حكم الشرط في ضمنه، وفي المقام فإنّ المشروط بنفسه ممنوع، لأنّه تمليك مطلق ممّن له الملكيه المحدوده، وبالتالي فأصل العقد فاقدٌ لاقتضاء الصحه، ولا يبقى بعده شرط البحث عن حكمه.

ج: هذا فضلاً عن أنّ الإشكال المذكور دوري، لأنّ المستشكل يحاول تصحيح البيع الصادر من المالك المحدود بشرط الانفساخ، فصحه المشروط متوقفه على صحه الشرط وبالعكس، وهذا دور واضح.

وعن الإيراد الثالث: ثبت في بحث الفصولي أنّ الإجازة تكون مصحّحة فيما لو صدرت ممّن له حقّ إصدارها، وفي قضيه الوقف فإنّ ملكيه جميع الطبقات تكون محدوده غير مطلقه، وبالتالي فلا يصحّ صدور الإجازة المطلقة ممّن له الملكيه المحدوده»(١).

### فذلكه الكلام إلى هنا

فقد ظهر ممّا سردناه عليك تماميه أدله حرمة بيع الوقف بالوجه التاليه:

١\_ الوقف يتنافى ذاتا مع البيع فالجمع بينهما جمعا بين المتنافيين.

٢\_ النصوص الخاصه الداله على بطلان بيع الوقف.

٣\_ بيع الوقف يتنافى مع حق بطون الموقوف عليهم المتأخرين.

٤\_ ما أفاده المحقق الإصفهاني قدس سره في تصحيح بيع الوقف. والله العالم.

### هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلا بالبيع الخارجى فيجوز إبطال الوقف بالبيع؟

ذهب الشيخ الأعظم(٢) إلى الثانى «حيث ذكر أنّ مدلول صيغه الوقف وإن أخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضه، إلاّ أنّه قد يعرض ما يجوّز مخالفه الإنشاء، ثمّ تنظره بالرجوع فى الهبه الجائزه المنافى لمقتضى العقد وسلطنه الموهوب له على العين الموهوبه»(٣).

ولكن ذهب جدى الشيخ جعفر قدس سره إلى الأوّل وقال ما نصه: «أنّ البيع واشباهه ينافى حقه الوقف لأخذ الدوام فيه لا لعدم الملكيه، لثبوتها فيه على المشهور أو لأنّ نفي المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً فيكون كالتحرير

ص: ٢٣٣

١- (١٠١٣) العقد النضيد ٤/٥٢٩ و ٥٣٠.

٢- (١٠١٤) المكاسب ٤/٣٦.

٣- (١٠١٥) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٣٩.

وتبعه نجله خالى الشيخ حسن قدس سره وقال: «لمنافاه النقل لحقيقه الوقف المتلقى عن الشارع لأخذ الدوام فيه وكونه حبسا للعين المنافى لنقلها فيكون كالحرير للمملوك...»(٢).

وتابعهما صاحب الجواهر قدس سره وقال: «والذى يقوى فى النظر \_ بعد إمعانه \_ أنّ الوقف مادام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضادّ، نعم إذ بطل الوقف أتجه حينئذٍ جواز البيع»(٣).

### اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثلاثة ونقده

واعترض عليهم الشيخ الأعظم(٤) بما حاصله: «إن أرادوا من بطلان الوقف انتفاء بعض آثاره، وهو عدم جواز البيع، فيثبت الجواز، لأنّ نفي النفي إثبات، فيكون جواز البيع مشروطا بجوازه، وهو ممّا لا- محصّل له، لرجوعه إلى اتّحاد الشرط والجزاء، فضلا عن احتياجه إلى النظر أو إلى إمعانه.

وإن أرادوا انتفاء أصل الوقف ورجوعه إلى ملك الواقف أو الموقوف عليه، فهو مخالف للإجماع؛ إذ لم يقل أحد من مجوّزى بيع الوقف بعوده ملكا عند طرؤ أحد المسوّغات، ولم يجوّز أحد التصرف فيه حينئذٍ كالتصرف فى بقيه الأموال بأن يهبه إلى أحد أو يرهنه، وقد صرح المحقق [الثانى] فى جامع المقاصد(٥) بالمنع عن رهنه وإن بلغ حدّا يجوز بيعه معللاً- باحتمال زوال مسوّغ البيع عند إرادته بيعه فى استيفاء الدين، وكذا لم يقل أحد بانتقاله إلى الوارث بعنوان الإرث إذا لم يبيع إلى أن زال المسوّغ بل يحكم بوقفيته، مع أنّ طرؤ المسوّغ لو كان موجبا لبطلان الوقف احتاج رجوعه إلى الوقف ثانيا إلى إنشاء ثان.

ثمّ اختار بعد ذلك أنّ المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهوم الوقف، فمعنى جواز بيعه ثبوت الولاية للبائع على تبديل أموال البطلون اللاحقه أو جعل الشارع له حقّ إبطال

١- (١٠١٦) شرح القواعد ٢/٢٢٣ و ٢٢٤.

٢- (١٠١٧) أنوار الفقاهه ٥/٢٨٤.

٣- (١٠١٨) الجواهر ٢٣/٥٧٦ (٢٢/٣٥٨).

٤- (١٠١٩) المكاسب ٤/٣٧.

٥- (١٠٢٠) جامع المقاصد ٥/٥١.

أقول في النزاع بين المشايخ الثلاثة والشيخين الجليلين: «إن ارادوا بطلان الوقف أحد المعنيين المذكورين، أعني انتفاء بعض آثاره وهو عدم جواز بيعه، أو بطلان الوقف رأساً، فالأمر كما أفاده [الشيخ الأعظم]، لا يمكن الالتزام بشيء منهما.

إلا- أنه من المحتمل أن يرادوا به معنى آخر، وهو بطلان الوقف من حيث إيقافه عن البيع، فإن الوقف - كما عرفت - عبارته عن سكون العين الموقوفة وإسقاطها عن قابليته الانتقال بكل نحو من أنحاءه، وقد أمضاه الشارع إلا من جهة البيع عند طرؤ المسوغ ما دام باقياً، فمعنى بطلان الوقف عدم إمضاء الشارع لما أنشأه الواقف، لكن لا مطلقاً ليبطل الوقف رأساً، بل من تلك الحيثية فقط. وعدم أمضائه من بعض الحيثيات لا يستلزم عدم أمضاء ما أنشأه الواقف رأساً كما هو واضح.

والالتزام بالبطلان بهذا المعنى لا بد منه؛ فإن إمضاء الشارع لحبس الوقف من جميع الجهات منافٍ لتجوز الانتقال بالبيع أحياناً، فما ذكروا من أن بقاء الوقف وجواز البيع من التضاد أمر تام، إلا- أن بطلان الوقف ليس من جميع الجهات لتلزم المحاذير المتقدمة، بل يكون البطلان من جهة البيع مادام المسوغ موجوداً. وعليه لا- يلزم عود الوقف ملكاً ولا- انتقاله بالإرث ولا جواز التصرف فيه بغير البيع من أنحاء التصرفات، ولا يجوز رهنه ولا غير ذلك»(٣).

مقاله المحقق الإيرواني في جواز البيع بعد ارتفاع المسوغ على القولين ونقدها

قال: «لا ثمره لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع قبل عروض المجوز، وعلى جواز البيع بعد عرضه ثم دوامه بدوام المجوز وارتفاعه بارتفاعه.

نعم: لو كان ارتفاع الجواز بارتفاع المجوز من محل الخلاف، وكان مبنيًا على كون

١- (١٠٢١) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٣٩ و ١٤٠.

٢- (١٠٢٢) منيه الطالب ٢/٢٧٨.

٣- (١٠٢٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٤/١٤٠ و ١٤١.

صفه الوقفيّه مستمرّة إلى زمان البيع، لا إلى زمان عروض المجوّز، وإلّا لم يعد إلى المنع بارتفاع السبب؛ لأنّ سبب المنع الأوّلِيّ \_ وهو الوقف \_ قد ارتفع بعروض المجوّز، ولم يحدث وقف آخر كان لهذا البحث مجال، إلّا أنّه لا وجه لارتفاع جواز البيع بارتفاع السبب المجوّز حتّى على القول ببقاء صفه الوقف ما لم يتحقّق البيع، فالقولان لا يختلف في هذا الأثر.

والوجه في ذلك أمّا على القول بالخروج عن صفه الوقف بمجرد جواز البيع فواضح، وقد أشرنا إليه، وأنّه لا مقتضى للدخول فيها ثانياً، وأمّا على القول بعدم الخروج إلّا بالبيع فعلاً فلأنّ صفه الوقف وإن كانت محفوظة ما لم يتحقّق البيع إلّا أنّ دليل حرمه البيع \_ أعنى: دليل الوقف \_ لا عموم فيه أزمانيّ كدليل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup>، فإذا انقطع استمراره الأزمانيّ الناشئ من الإطلاق بدليل جواز البيع عند الأسباب الخاصّه بطل التمسك به، ولا يرجع إليه حتّى بعد زمان ارتفاع تلك الأسباب، وكان المحكّم استصحاب حكم المخصّص، أعنى، جواز البيع<sup>(٢)</sup>.

مراده: «جواز البيع بعد زوال المسوّغ على التقديرين، سواء قلنا ببطلان الوقف أم لم نقل به، أمّا على الثاني فلأنّ إطلاق دليل المنع عن بيع الوقف قد خصّص في زمان تحقّق المسوّغ، وبعد زواله لا يمكن الرجوع إلى عموم المنع، لأنّه حكم مستمرّ وقد انقطع، وعوده يحتاج إلى دليل آخر، فيستصحب بقاء حكم المخصّص، وهو جواز البيع، فمن هذه الجهة لا يترتّب أثر عملي على القول ببطلان الوقف بطرؤ المسوّغ وعدمه»<sup>(٣)</sup>.

ولكن يرد عليه: «الحق عدم جواز البيع بعد زوال مسوّغ البيع. أمّا بناءً على عدم بطلان الوقف فظاهر لكون المورد من موارد التمسك بالعام دون المخصّص، وذلك لأنّ عموم عدم جواز بيع الوقف كان شاملاً لما قبل طرؤ مسوّغ عن تحت عموم عدم الجواز فيبقى الباقي من المتقدّم على طرؤ المجوّز والمتأخّر منه تحت العام، وقد ذكرنا في بحث

ص: ٢٣٦

١- (١٠٢٤) سورة المائدة / ١.

٢- (١٠٢٥) حاشية المكاسب ٢/٤٤٠.

٣- (١٠٢٦) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٤١.

الأصول أنّ الأفراد الطولية مثل الأفراد العرضية في كونها مشموله لعموم العام وقد ذكرنا في ذلك البحث أنّه لا فرق بين العموم الأفرادى الإستغراقى كما فى المقام وبين العموم المجموعى من حيث التمسك بالعام دون المخصّص، وبديهي أنّ المقام من قبيل العام الاستغراقى لأنّ كلّ فرد من أفراد البيع محكوم بالبطلان سواء الأفراد الواقعة قبل طرؤ المسوّغ أو بعد ارتفاعه، وكل مورد علمنا بخروجه عن تحت العام نتبعه وأما غيره فيكون مشمولاً لعموم العام، وليس هذا كلّه إلّا من جهة حجّيه الظهور وكونه مطابقاً للإراداه الجديّه، وكذا الكلام لو قلنا ببطلان الوقف لأنّ المراد ببطلان الوقف ليس هو خروج الشىء عن الوقفيه وعوده إلى ملك الواقف، وليس مرادنا أيضاً كونه طلقاً للموقوف عليهم، بل مرادنا من البطلان ما ذكرناه من مقاله عدم إمضاء الشارع لهذا المقدار من الوقف أى جهة المنع عن بيعه فقط، فعليه إذا علمنا بعدم إمضاء الشارع لهذا المقدار من الوقف ثم شككنا بعد زوال العذر فى جواز بيعه وعدمه نتمسّك بعموم دليل الامضاء بعين ما ذكرناه فى الأوّل، وليس المورد من موارد التمسّك بالمخصّص لما ذكرناه من أنّه لا فرق بين العموم الاستغراقى والمجموعى، ولا يرفع اليد عن ظهور العام وكونه مطابقاً للإراداه الجديّه للمتكلّم إلّا بالمقدار المعلوم، وليس المقدار المعلوم إلّا حاله وجود المسوّغ ومجوز البيع، وأما بعد زواله فلا.

مضافاً إلى أنّه لو سلّمنا ببطلان الوقف وكونه ملكاً طلقاً للموقوف عليهم مثلاً لا يكون المورد من موارد التمسّك بالمخصّص بل لا بدّ من التمسّك بعموم أدلّه الامضاء، لأنّ ما أنشأ الواقف هو حبس العين وسكونها إلى الأبد، ومقتضى عموم دليل الامضاء كونه ممضى كذلك، وقد خرجنا عنه فى صورته عروض المسوّغ وأما بعده أو قبله فنتمسّك بدليل الامضاء ولو كان مجموعياً متكفلاً لحكم واحد مستمر بالبيان الذى ذكرناه فيما تقدّم، فما ذكره وادّعوا عليه عدم الخلاف من بقاء الشىء على وقفيته إذا لم يبع بعد عروض المجوز حتّى زال هو مقتضى القاعده»(١).

ص: ٢٣٧

ثم بعد ما ظهر من بطلان بيع الوقف وأن الأصل الأولى فيه عدم جواز بيعه فيقع الكلام في الجهتين:

### الجهة الأولى: الخروج الموضوعي عن هذا الأصل الأولى

#### إشارة

وهو عدم جواز بيع الوقف

بمعنى أى وقف يجوز بيعه عند طرؤ المسموغ وأى وقف لا يجوز بيعه؟

وقع الخلاف بين الأصحاب في ذلك على أقوال:

#### أقوال

#### القول الأول:

ذهب بعضهم إلى عدم جواز بيع الوقف مطلقاً وعدم الخروج من عموم المنع أصلاً وهو الظاهر من الحلبي (١) وإدريس (٢) وقواه الشهيد (٣) ولكنه لم يذهب إليه لكونه نادراً.

#### القول الثانى:

جواز البيع مطلقاً، ومن الواضح أن من يقول بجواز البيع إنما يقول في غير المساجد والمشاهد.

#### القول الثالث:

جواز البيع في الوقف المنقطع وعدم جوازه في الوقف المؤبد وهو المحكى عن القاضى (٤).

والمراد بالوقف المنقطع: هو الوقف «على طائفه خاصه من غير تقييد بزمان خاص وإلا فيكون حبسا الذى عبارته عن حبس العين مع كونها باقيه على الملك وتسييل المنفعه، ولكن حيث أنه لطائفه خاصه ينقرض كثيرا بانقراضهم فيسمى ذلك بالوقف المنقطع الآخر» (٥).

والمراد بالوقف المؤبد: هو «الوقف لطائفه خاصه كأهل العلم من الشيعة فى النجف مثلاً. ومع عدمهم لمطلق أهل العلم ومع عدمهم \_ وَالْعِيَادُ بِاللَّهِ \_ لفقراء الشيعة ومع عدمهم

١- (١٠٢٨) الكافي في الفقه / ٣٢٤ و ٣٢٥.

٢- (١٠٢٩) السرائر ٣/١٥٣.

٣- (١٠٣٠) الدروس ٢/٢٧٩.

٤- (١٠٣١) المهذب ٢/٩٢.

٥- (١٠٣٢) مصباح الفقاهه ٥/١٦٤.



لأغنياء الشيعة وهكذا، فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر ويدوم إلى الأبد ويبقى طبقه بعد طبقه وجيلاً بعد جيل»<sup>(١)</sup>.

القول الرابع: جواز البيع في الوقف المؤبد وعدم جوازه في الوقف المنقطع على عكس القول الثالث كما عليه الشيخ<sup>(٢)</sup> وسالار<sup>(٣)</sup>.

ولعل من يقول بهذا القول يرى عود الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى ملك الواقف في المنقطع يعنى أن المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد.

### القول الخامس:

جواز بيع أجزاء الوقف وآلاته وعدم جوازه في نفس العين الموقوفه، مثلاً يجوز بيع حصر المسجد وفرشه وجدوعه وغيرها من الأجزاء والآلات التي سقط عن الانتفاع في هذا المسجد بنحو من الانحاء وهو المحكى عن الاسكافي<sup>(٤)</sup> وفخر المحققين<sup>(٥)</sup>.

### القول السادس:

عدم جواز بيع المساجد والمشاهد والقول بالجواز في غيرهما من أفراد الوقف.

ولكن هذا القول ليس تفصيلاً في الحقيقة لأنه لم يقل أحد بجواز بيع المساجد والمشاهد فهذا القول يرجع إلى القول الثاني وهو الجواز مطلقاً ولكنّه في غير المساجد والمشاهد.

وبالجملة: بعد ارجاع القول السادس إلى القول الثاني تصير الأقوال في الجهة الأولى وهي الخروج الموضوعى عن الأصل الأولى عدم جواز بيع الوقف إلى خمسته والله العالم.

ص: ٢٣٩

١- (١٠٣٣) مصباح الفقاهه ٥/١٦٤.

٢- (١٠٣٤) النهايه ٥٩٩/.

٣- (١٠٣٥) المراسم ١٩٧/.

٤- (١٠٣٦) حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة ٦/٢٨٧.

٥- (١٠٣٧) إيضاح الفوائد ٢/٤٠٧.

إشاره

ثم يقع الكلام فى هذه الجهه الأولى فى الوقف المؤبد

الوقف المؤبد:

ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى أنه على قسمين:

**١\_ الوقف التملكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم**

١\_ الوقف التملكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم استجاره وأخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق» (٢).

وهو على أقسام:

أ: وقف وتمليك على البطون والأشخاص، وهذا تمليك للعين على نحو خاص.

ب: وقف على العناوين الكئيه كالطلاب والعلماء والفقهاء أو بنى هاشم، وهذا تمليك المنفعه.

ج: وقف على الجهات كان يوقف المال لعمل معين نحو طبع ونشر الكتب الدينيه أو إقامة مجالس تعزیه الحسين عليه السلام، وهذا وقف للانتفاع به فى الجهه الخاصه المنظوره عند الواقف.

**٢\_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحريرى**

٢\_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحريرى كما فى المساجد والمدارس والزُبط؛ بناءً على القول بعدم دخولها فى ملك المسلمين كما هو مذهب جماعه (٣)، فإنّ الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعه، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل» (٤).

ولأين «المالك يقوم بفكّ العلاقه التى تربطه بالمال، ويحرّره عن قيد الملكيه والمملوكيه، بمثل ما يحزّر المالك عبده، ويعدّ المسجد وكذلك المشاعر من منى وعرفات

ص: ٢٤٠

٢- (١٠٣٩) المكاسب ٤/٥٣.

٣- (١٠٤٠) منهم العلامه فى القواعد ١/٢٦٩؛ والشهيد فى الدروس ٢/٢٧٧؛ والفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٢/٣١١؛ والمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩/٦٢؛ والشهيد الثانى فى المسالك ٥/٣٧٧؛ والسيد الطباطبائى فى الرياض ١٠/١٥٤.

٤- (١٠٤١) المكاسب ٤/٥٤.

المتيقن من هذا النوع من الوقف، حيث يرفع الواقف قيد الملكيه عن الأرض، فتتحرر من قيد ملكيه البشر، غايه ما هناك أنه يثبت للمصلّى حق الانتفاع من هذه الأرض بالصلاه عليها، ولذلك لو زالت قابليه المسجد عن الصلاه فيها لسبب من الأسباب، من الهدم أو وقوعه في الشارع العام فإنه لا تزول عن الأرض أحكام المسجديه، بل تبقى مسجدا لا يحق للحائض الجنب المكث فيها.

أما بيعها وشراء مسجد آخر بثمانها، فإنه أيضا غير جائز، لما سبق وإن ذكرنا أنّ حقيقه البيع إما «تمليك عين بمال» \_ كما التزم به الشيخ الأ-عظم \_ وإمّا «تبديل جهه الإضافة» \_ كما عليه المحقق النائيني \_ وأمّا «جعل شيء بإزاء شيء» \_ كما عليه المحقق الإصفهاني \_ . وعلى جميع التقادير يجب أن تكون العين فيها القابليه على تحمّل الإضافة الملكيه أو ال حقيه أو طرفيتها للعلقه، والمسجد فاقد لتحمّل هذه الأمور وبالتالي لا مجال لبيعه»(١).

### وهاهنا فروع لا بدّ من البحث حولها:

#### الأول: حكم بيع المساجد

قال الفقيه المتتبع العاملي: «ولو وقف مسجدا فخرت القرية أو المحله لم يجز بيعه) بلا خلاف من أحد إلا من أحمد(٢)، لأن وقفه بمنزله تحرير العبد، ولبقاء الغرض المقصود منه من إعداده للعباده لرجاء عود القرية وصلاه مسافر يمرّ به، مضافا إلى الاستصحاب. وفي المبسوط(٣) والشرائع(٤) والتذكرة(٥) والتحرير(٦) والإرشاد(٧).

ص: ٢٤١

- ١- (١٠٤٢) العقد النضيد ٤/٥٤٧.
- ٢- (١٠٤٣) راجع المغنى لابن قدامه: في الوقف ٦/٢٢٥.
- ٣- (١٠٤٤) المبسوط: في الوقف ٣/٣٠٠.
- ٤- (١٠٤٥) شرائع الإسلام: في لواحق الوقف ٢/١٧٤.
- ٥- (١٠٤٦) تذكرة الفقهاء: في الوقف ٢٠/٢٧٥.
- ٦- (١٠٤٧) تحرير الأحكام: في أحكام الوقف ٣/٣١٦.
- ٧- (١٠٤٨) إرشاد الأذهان: في أحكام الوقف ١/٤٥٥.

والدروس (١) والروض (٢) وكذا المسالك (٣) والكفايه (٤) أنّ العرصه لم تخرج عن الوقف. وقيده في الأخيرين بما إذا لم يكن في الأرض الخراجيه. قال في المسالك (٥) فإنه ينبغي بطلان الوقف حينئذ بزوال الآثار بالكليه. نعم يتم هذا في المملوكه بالأصل لاتبعا لآثار التصرف. ومن الغريب قوله في المفاتيح (٦) كذا قالوه، وإنما قاله قبله صاحب المسالك، وقد بينّا في محلّه أنّه إذا بنى وتصرف بإذن الإمام أو نائبه ولو جائرا عموما أو خصوصا ملك ملكا حقيقيا لا يزول ملكه ولو زالت الآثار، ولا فرق في ذلك بين المسجد والدار. وكذلك الحال فيما إذا باعه الإمام أو الجائر لمصلحه الجند، بل وكذا ما أقطعه وبنى فيه وتصرف. ولهذا أطلق هنا الأصحاب. ووافقهم على ذلك في الروضه (٧). وفي قولهم صلوات الله عليهم (٨) «إلى أن يرث الأرض ومن عليها» ما يدلّ على ذلك.

ومن المملوك بالأصل ما صلح أهلها عليها وما ملكت بالأحياء، وهاتان حالهما حال أرض الخراج، فليتاّم.

قوله: (ولم يعد إلى الواقف) كما في الكتب المذكوره مع زياده الخلاف (٩) والسرائر (١٠) واللمعه (١١)

ص: ٢٤٢

- ١- (١٠٤٩) الدروس الشرعيه: في عدم جواز الرجوع في الوقف ٢/٢٧٨.
- ٢- (١٠٥٠) لا يوجد لدينا كتابه.
- ٣- (١٠٥١) مسالك الأفهام: في أحكام الوقف ٥/٣٩٧.
- ٤- (١٠٥٢) كفايه الأحكام: في أحكام الوقف ٢/١٩.
- ٥- (١٠٥٣) مسالك الأفهام: في أحكام الوقف ٥/٣٩٧.
- ٦- (١٠٥٤) مفاتيح الشرائع: في انتقال الموقوف عن الواقف وعدمه ٣/٢١٣.
- ٧- (١٠٥٥) الروضه البهيّه: في الوقف ٣/١٨٦.
- ٨- (١٠٥٦) وسائل الشيعه ١٩/٢٠٢، ح ٤، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات وفيه: «حتى» بدل «إلى».
- ٩- (١٠٥٧) الخلاف: في أحكام الوقف ٣/٥٥٠، المسأله ٢١.
- ١٠- (١٠٥٨) السرائر: في أحكام الوقف ٣/١٦٧.
- ١١- (١٠٥٩) اللمعه دمشقيه: في الوقف ١٠٥/.

وجامع المقاصد (١) والروضه (٢). وفي الخلاف والسرائر لأن ملكه قد زال بلا خلاف فلا يعود إلا بدليل.

ولم يخالف في ذلك إلا محمّد بن الحسن (٣)، قال: إن المسجد يرجع إلى ملك الواقف إذا خربت القرية قياسا على كفن الميّت فإنّه يعود إلى الورثه، والجامع استغناء المسجد على المصلين كاستغناء الميّت عن الكفن وتعدّر المصرف في الموضوعين. (٤)

وفيه: أننا نمنع القياس والجامع، أمّا الأوّل فلأنّ الكفن ملك لهم في الأصل لأنّ التركة تنتقل إلى الورثه بالموت وإن وجب صرف بعضها في التكفين، وأمّا الثاني فلأنّ الفارق موجود وهو عدم رجاء عود الميّت بخلاف المسجد لجواز عماره القرية وصلاه مسافر (٥).

وأجاب في الجواهر بعد الاعتراف في عدم وجدان الخلاف في عدم خروج عرصه المسجد عن المسجديه عن مقاله الشهيد الثاني حيث فصل بين الأراضى المفتوحه عنوه وغيرها وحكم بخروجها عن الأوّل دون الثاني بقوله: «قد أشرنا في كتاب البيع (٦) إلى خروج ذلك بالسيره القطعيه على اتّخاذ المساجد فيها وإجراء حكمها عليها من غير مدخليه للآثار في ذلك؛ ضروره اقتضاء المسجديه الدوام والتأييد، وحينئذ فلا وجه للحكم بمسجديتها لا على هذا الوجه، بل التزام عدم صيرورتها مسجدا حينئذ أولى، وإن كان هو مردودا بالسيره القطعيه بل بالمعلوم من الشرع من جريان أحكام المساجد على

ص: ٢٤٣

١- (١٠٦٠) جامع المقاصد: في أحكام الوقف ٩/٨٢.

٢- (١٠٦١) الروضه البهيه: في الوقف ٣/١٨٦.

٣- (١٠٦٢) هو محمّد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولا هم الحنفى، أحد صاحبي أبي حنيفه اللذين نَشرا مذهبه في الآفاق وربّما خالفاه في جملة من المسائل، والآخر أبو يوسف القاضى.

٤- (١٠٦٣) راجع المغنى لابن قدامه: في الوقف ٦/٢٢٦.

٥- (١٠٦٤) مفتاح الكرامه ٢١/(٧٢٨-٧٣٠).

٦- (١٠٦٥) انظر ما ذكره في الجواهر ٢٣/٥٦٢ (٢٢/٣٤٩).

وقال الشيخ الأعظم: «... فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المارّه عن الطريق الذى فيه المسجد، لم يجز بيعه و صرف ثمنه فى إحداث مسجدٍ آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد» (٢).

مقاله الجّد الشيخ جعفر قدس سره

ذهب الجّد الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره إلى عدم صحه بيع عرصه المسجد والاقاف العامه مطلقا لا لعدم تماميه الملك بل لعدم أصل الملك، بداهه أنه بعد جعله محرّرا لا يكون قابلاً للملك مثل العبد إذا أعتق وصار حرّاً ولكنّه قدس سره قال: «... ومع اليأس من الانتفاع بالجهد المقصوده تؤجر للزراعه ونحوها، مع المحافظه على الآداب اللّازمه لها إن كانت مسجداً مثلاً، وإحكام السجّلات لئلا تغلب اليد فتقضى (٣) بالملك دون الوقف المؤبد. وتُصرف فائدها فيما يُماثلها من الأوقاف، مقدّماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً. ومع التعارض فالمدار على الترجيح (٤). وإن تعذر صيرفت إلى غير المماثل كذلك. فإن تعذر صيرفت فى مصالح المسلمين. هذا حيث لا تكون من المفتوحه عنوة. وأمّا ما كانت منها؛ فقد سبق أنّها بعد زوال الآثار ترجع إلى ملك المسلمين» (٥).

وتبعه نجله الفقيه الشيخ حسن وقال: «فإن كان الموقوف أرضاً، وجب إبقاؤها بحالها مهما أمكن الانتفاع بها على تلك الحال الموقوفه عليها من دار أو حمام أو مسجد.

وإن عرض لها عدم الإمكان بحيث حصل اليأس من الانتفاع بها بتلك الجهد، آجرها المتولّى فى جهه أخرى، متحرّياً للأقرب فالأقرب، كالانتقال من الدار إلى الخان ومنه إلى الحمام ومنه إلى الزراعه، محافظاً على الآداب اللّازمه للمسجدية لو كانت

ص: ٢٤٤

١- (١٠٦٦) الجواهر ٢٩/٢٣٢ (٢٨/١٠٧).

٢- (١٠٦٧) المكاسب ٤/٥٤.

٣- (١٠٦٨) المكاسب ٤/٥٥ \_ عند حكاية العبارة \_ : (فئضى).

٤- (١٠٦٩) فى: المكاسب ٤/٥٥ \_ عند نقل العبارة \_ : (الراجح).

٥- (١٠٧٠) شرح القواعد ٢/٢٢٠ و ٢٢١.

مسجداً، فينتقل منه إلى إيجارها للأعمال المشابهة للعبادة الخالية عن تلوّثها بالنجاسة، وتُصرف أجرتها ونماؤها فيما ماثلها من الأوقاف، فإن تعذّر المماثل صُرفت في غيره، فإن تعذّر غيره من الموقوفات العامّة صُرفت في مصالح المسلمين.

هذا إن كانت الأرض من غير المفتوحة عنوةً أو منها وبقيت آثار التصرف، وإلاّ عادت عند خرابها للمسلمين كافّة»<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ الأعمش: «وكيف كان، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقاؤها مع التصرف في منافعها \_ كما تقدّم عن بعض الأساطين \_ أو بدونها»<sup>(٢)</sup>.

المحقّق الإصفهاني أيد مقاله الشيخ جعفر وقال: «وأما المسجد فمختصر القول فيه: إنّ للمسجد حيثيتين:

حيثيه المسجديه وجعل الأرض، أو مع بنائه مسجداً قولاً - أو فعلاً، بحيث يترتب عليه أحكام خاصه من حرمة تنجيسه ووجوب إزاله النجاسه عنه إلى غير ذلك من الواجبات والمستحبات، وحيثيه كونه وقفاً عاماً وأنّه حبس يتضمن فك الملك، ويجوز للمسلمين الانتفاع به في الصلاة ونحوها.

وقد عرفت سابقاً القول بانفكاك احدى الجهتين عن الأخرى فيما إذا وقف أرضاً للصلاه فيها، فأنّه وقف لا يترتب حكم المسجد عليه، بل حكم الوقف العام.

ومن البين أنّ حيثيه المسجديه وكون شخص الأرض بيتاً لله تعالى متقومه بشخص هذه الأرض عينها، وأحكام المسجديه أحكام عين هذه الأرض لا - أحكام لها بما هي مال محفوظ في ضمن أرض أخرى، فلذا لا ينفك أحكام المسجد عنه، ولا يجوز بيع المسجد بما هو مسجد.

وأما بعض الأحكام الأخر الثابت للوقف العام الذي لا يكون منافياً للمسجديه

ص: ٢٤٥

١- (١٠٧١) أنوار الفقاهه ٥/٢٨٥.

٢- (١٠٧٢) المكاسب ٤/٥٨.



فالمقتضى له موجود والمانع عنه مفقود، كإجارته للزراعة ونحوها متحفظا على الآداب المخصوص بها المسجد، كما فى كلام كاشف الغطاء قدس سره المنقول فى المتن، فإنه حيث يتوقف حفظ هذا الوقف على إجارته لصرف الأجره فى تعميره مثلاً أو فى إحداث مسجد آخر، والمفروض عدم منافاته للمسجدية حيث إن المفروض عدم التمكن من الانتفاع به فى الصلاة أو عباده أخرى فلا منافى للانتفاع به فى الزراعة ونحوها، فالمقتضى للإجاره \_ وهو حفظ الوقف \_ موجود، والمانع \_ من حيثيه المسجدية \_ مفقود»(١).

ولكن اعترض السيد الخوئى رحمه الله على الجّد

وقال: «وهذا ممّا لا يمكن المساعدة عليه لأنه لا دليل على جواز إجارته بعد ما لم يكن ملكاً لأحد، والإجاره تقع فى ملك مَنْ؟ بعد ما فرضنا أنّه لا مالك له، بل يمكن أن يقال إنّ بعد اليأس عن الانتفاع به يصير من المباحات بمعنى أنّه يجوز لكلّ أحد أن يتصرّف فيه بالزرع ونحوه مع مراعاة الآداب اللازمه له إذا كان من المساجد والمشاهد من دون أن يكون مالكا له بالاحياء»(٢).

واعترض الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ على الإصفهاني والخوئى

بقوله: «يقتضى المقام البحث عن أمرين، وهما: عنوان المسجد، وملكه الانتفاع بمنافعه وعدمها:

الأمر الأوّل: ليس المراد من عنوان المسجد ما يقوم به بعض الناس من جعل جزء من الدار أو البناء مصلى إذ لا يترتب عليه أحكام المسجد(٣)، بل المراد المساحة المعينه من الأرض التى اوقفت بعنوان المسجد، وتحزرت عن قيد الملكيه، وأصبحت من بيوت

ص: ٢٤٦

١- (١٠٧٣) حاشيه المكاسب ٣/١٠٤ و ١٠٥.

٢- (١٠٧٤) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٦٣.

٣- (١٠٧٥) كما ورد فى صحيحه الحلبي أنّه سأل أباعبدالله عليه السلام عن مسجد يكون فى الدار، فيبدو لأهله أن يتوسّعوا بطائفه منه، أو يحولوه عن مكانه؟ فقال: لا- بأس بذلك، الحديث. [وسائل الشيعه ٥/٢٠٨، ح ١، الباب ١٠ من أبواب أحكام المساجد].

اللّٰه، فصدق عليها قوله تعالى: «فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلّٰهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ» (١) فَإِنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْأَرْضِ لَا شَكَّ أَنَّ مِتْعَلَقَ الْجَعْلِ فِيهَا لَيْسَ الْأَرْضُ وَتَرَابُهَا، إِذْ قَدْ يَتَبَدَّلُ تَرَابُهَا بِتَرَابٍ آخَرَ، وَبِرَغْمِ ذَلِكَ يَبْقَى مُوصُوفًا بِأَنَّهُ بَيْتُ اللّٰهِ، وَلِذَلِكَ عَتَبَرُ الْبَعْضُ أَنَّ مِتْعَلَقَ الْجَعْلِ هُوَ الْبُعْدُ الْمَكَانِي الَّذِي اخْتَلَفَ الْفَلَسَفَةُ فِي تَفْسِيرِهِ، وَنَاقَشُوا عَنْ حَقِيقَتِهِ:

فَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّ الْبُعْدَ الْخَالِيَّ عَنِ الْهَوَاءِ وَالتَّرَابِ هُوَ الَّذِي يُمْكِنُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِ عِنْوَانُ الْمَسْجِدِيَّةِ، أَمَّا التَّرَابُ وَغَيْرُهُ فَمُعَدُودٌ مِنْ لَوَاحِقِ الْمَسْجِدِ لَا ذَاتَهُ.

وَلَا يَخْفَى بَطْلَانُ مِثْلِ هَذِهِ التَّحْدِيدَاتِ الْفَلَسَفِيَّةِ، وَبَعْدَهَا عَنْ فَهْمِ الْعَرَفِ الْعَامِ، فَإِنَّ الْوَقْفَ عِنْوَانًا يَتَعَلَّقُ بِمَسَاحَةِ مَعِينِهِ مِنَ الْأَرْضِ، يَعْرِفُهُ عَامَّةُ النَّاسِ مِنْ جَمِيعِ الْمَلَلِ وَالشُّعُوبِ، فَلِلْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسِ بِيَعَهُمْ وَكِنَائِسَهُمْ وَأَدِيرَتَهُمْ وَبُيُوتِ نَارِهِمْ الْمَوْقُوفَهُ، كَمَا لِلْمُسْلِمِينَ مَسَاجِدَهُمْ، فَالْوَقْفُ مَعْنَى عَرَفِيٍّ مَعْلُومٍ لِلْجَمِيعِ، وَلَا حَاجَةَ لِتَعْرِيفِهِ مِنَ الْاسْتِعَانَةِ بِالْمَعَانِي الْفَلَسَفِيَّةِ الدَّقِيقَةِ الَّتِي لَا يَعْرِفُهَا وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَيْهَا إِلَّا بَعْضُ الْخَوَاصِّ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْحُكَمَاءِ وَالْفَلَسَفَةِ. فَالْحَقُّ أَنَّ الْمَسْجِدَ هِيَ الْأَرْضُ الْمَوْقُوفَةُ لِعِبَادَةِ الْمُسْلِمِينَ لَا ذَاكَ الْبُعْدُ الْفَلَسَفِيَّ الْمَجْهُولَ.

الْأَمْرُ الثَّانِي: تَارَةً تَصْبِحُ الْعَيْنُ مَمْلُوكَةً كَمَا فِي مَوَارِدِ الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ، وَأُخْرَى تَصْبِحُ الْمَنْفَعَةُ مَمْلُوكَةً كَمَا فِي مَوَارِدِ الْإِجَارَةِ، وَثَالِثَةً يَصْبِحُ الْاِنْتِفَاعُ مَمْلُوكًا كَمَا فِي الْعَارِيَةِ حَيْثُ أَنَّ لِلْمُسْتَعِيرِ لَهُ الْاِنْتِفَاعَ بِالْعَيْنِ الْمَعَارَةَ.

أَمَّا الْمَسَاجِدُ فَلَا يَبْدُ فِيهَا مِنَ الْبَحْثِ عَنْ دَائِرَتِهِ مَا يُمْكِنُ الْاِنْتِفَاعَ بِهَا، إِذْ شَكَّ فِي جَوَازِ الْاِنْتِفَاعِ بِهَا، فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْاِنْتِفَاعُ مَزَاحِمًا مَعَ حَيْثِيَّةِ الْمَسْجِدِ، كَمَا لَوْ نَامَ فِي جَانِبٍ مِنْهُ دُونَ أَنْ يَزَاحِمَ الْمَصَلِّينَ، لَمَا ثَبَتَ مِنْ سِيرَةِ الْمُسْلِمِينَ جَوَازَ ذَلِكَ، أَمَّا زِرَاعَةُ أَرْضِ الْمَسْجِدِ، أَوْ اتِّخَاذُ جَانِبٍ مِنْهُ لِلسُّكَنِ، فَإِنَّهُمَا مَخَالِفَانِ لِلسَّيْرِهِ الْمُرْتَكِزِهِ، وَيَعْدَانِ مِنَ الْأُمُورِ الْمُسْتَنْكَرَةِ عِنْدَ الْمُتَشَرِّعِ، وَبِذَلِكَ يَبْطُلُ مَا جَاءَ فِي تَقْرِيرَاتِ بَعْضِ الْأَعْلَامِ مِنْ أَنَّهُ

ص: ٢٤٧

لا مانع من زراعته أرض المسجد والسكنى فيه (١)، لما ثبت من قيام السيره الاستنكارية عند أهل الشرع في مثل هذه التصرفات، وبالتالي لا يجوز بيع المساجد أو إيجارها، حتى ولو خربت وصارت أرضها شارعاً، وكذلك لا يصح الانتفاعات المنافية مع الحيثية المسجديه لقيام السيره الاستنكارية عليها (٢).

اعتراض صاحب العروه على الشيخ الأعظم ونقده

قال المحقق السيد اليزدي؛ في مسأله ٢٧ من كتاب الوقف: «إذا خرب المسجد أو القرية التي هو فيها لم تخرج عرصته عن المسجديه، ولا يجوز بيعها، ويجرى عليها أحكام المسجد من الاحترام وعدم جواز التنجيس ونحوهما، مع إمكان الصلاة فيها للمآزه وغيرهم، إذ العمده فيه العرصه وهي باقيه خصوصاً مع احتمال عوده أو عود القرية إلى العماره. نعم لو شرط الواقف في وقفه مادام لم يخرب، أو مادامت القرية معموره، أو جعل داره مسجداً ما دامت على هيئتها أو نحو ذلك، يمكن الحكم بخروجه.

ودعوى: أن المسجد لا يخرج عن المسجديه أبداً، محلّ منع، ولذا لو كان في الأرض المفتوحه عنوه \_ التي هي للمسلمين \_ فخرّب ولم يبق من آثاره شيء خرج عن كونه مسجداً، وكذا لو كان في أرض مستأجره فانقضت مدّه الإجاره.

ودعوى: عدم صدق المسجد عليه حينئذٍ، ممنوع. فإنه يصدق إذا استأجر أرضاً مائه سنه مثلاً فجعلها مسجداً، بل لو لا الإجماع على بطلان الوقف إلى مدّه أمكن أن يقال بجواز جعل مكان مسجداً إلى مدّه، فيخرج عن ملك المالك في تلك المدّه ثم يعود إليه بعد انقضائها.

هذا، ولو فرض في صورته الإطلاق وعدم الشرط خرابه على وجه لا يمكن الصلاة

ص: ٢٤٨

- ١- (١٠٧٧) أقول: جاء في تقارير المحقق الخوئي [مصباح الفقاهه ٥/١٦٨] قوله: «نعم يصحّ الزرع والغرس فيه والانتفاع به غيرهما مع ملاحظه الآداب كما هو واضح». ولا يخفى أن كلامه جاء تعليقا على كلام كاشف الغطاء عن مسجد القرية التي خربت وانقطعت المآزه عنها وخرّب، لا مطلق أرض المساجد حتى لو كانت عامره يرتادها المصلّون.
- ٢- (١٠٧٨) العقد النضيد ٤/ (٥٤٩-٥٥١).

فيه أبدا ولا يرجى عوده، أو عرض مانع من الصلاة فيه أبدا مع عدم خرابه، أمكن دعوى خروجه عن المسجدية أيضا، ولكن الأحوط إجراء أحكامه عليه، وكذا لو غصبه غاصب لا يمكن الانتزاع منه أبدا.

بل يمكن أن يقال بجواز بيعه وإخراجه عن المسجدية، إذا غلب الكفار عليه وجعلوه خانا أو دارا أو دكانا.

بل الأولى أن يُباع إذا جعلوه محلاً للكثافات أو جعلوه بيت خمر مثلاً، صونا لحرمة بيت الله عن الانتهاك. والحاصل: أنه لا دليل على أن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبدا» (١).

ثم أورد على صاحب العروه في مسأله السابعة والعشرين: أن دعوى زوال عنوان المسجدية عن المسجد في الموارد المذكوره ممنوعه، «الأنّ عنوان المسجدية يدور مدار جعل الواقف، الذى يقوم من خلال صيغه الوقف بتحرير مساحه معينه من الأرض وجعلها مسجدا، فيدور أمر الواقف بين كونه مهملاً أو مطلقاً، أمّا الإهمال فلا شكّ فى بطلانه إذ لا يعقل صدوره عمّن يقوم بالأعمال القصدية، فإذن لا بدّ أن يكون وقفه مطلقاً بأن يجعل الأرض المذكوره مسجداً إلى أبد الأبدين، وإلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، ولا يمكن فرض تعدّد المطلوب فى وقف المساجد \_ كما هو الحال فى غير المسجد من سائر الموقوفات، حيث يوقفها الواقف مع تعدّد المطلوب، بأن يجعل الدار صدقّه ما دام ينتفع بها، ومع زوال الانتفاع للمتولّى تبديلها إلى ما يمكن الانتفاع منها الأقرب فالأقرب \_ لأنّه وقف تحريرى يقوم الواقف من خلال وقفه بفكّ الرقبه عن الملكيه وتحريرها، ومعه لا مجال للتبديل، بل لا قابليّه لها لذلك، بل يستحيل فرض القابليّه فى الوقف التحريرى، لأنّه تحرير عن الملكيه، وفكّ رقبه الأرض عنها، وجعلها حرّه غير مملوكه إلى أبد الأبدين، وما لا يملك فإنّه يستحيل تبديله إلى شىء آخر» (٢).

ص: ٢٤٩

١- (١٠٧٩) العروه الوثقى ٤/٣٦٨.

٢- (١٠٨٠) العقد النضيد ٤/٥٥٣.

ثم قال صاحب العروه في مسأله ٣٨: «لا- فرق في موارد جواز بيع الوقف بين مثل الوقف على الأولاد والفقراء والفقهاء ونحوهم، وبين مثل المساجد والربط والمدارس والخانات ونحوها، ولا بين القول بأن العين الموقوفه ملك للواقف أو الموقوف عليه أو ملك لله تعالى مطلقاً أو على التفصيل.

لكن ذكر المحقق الأنصارى قدس سره أنّ الوقف على قسمين (١) - ثم ذكر كلام الشيخ الأعظم (٢) بطوله واعتراض عليه: -

«أولاً: يمنع كون وقف المذكورات تحريراً وكونها بمنزله المباحات الأصليّه، خصوصاً في غير المسجد، بل هي على القول بعدم البقاء على ملك الواقف وعدم الانتقال إلى الموقوف عليه ملك لله تعالى، لا على نحو المباحات الأصليّه بل على نحو ملكه تعالى لسدس الخمس في قوله تعالى: «وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسُهُ إِلَى آخِرِهِ» (٣) فلا- مانع من بيعها مع المسوّغ وأمره راجع إلى الحاكم الشرعي.

وثانياً: يلزم ممّا ذكره عدم جواز البيع أيضاً في الوقف على الأولاد ونحوهم، على القول بخروجه عن ملك الواقف وعدم انتقاله إلى الموقوف عليه كما عليه بعضهم، مع أنّهم لم يفصّلوا بين الأقوال، وأيضاً على القول بالبقاء على ملك الواقف يلزم الالتزام بلزوم كون البيع في موارد جوازه من الواقف أو ورثته ولا يقولون به.

وثالثاً: ما ذكره في الفرق بين المذكورات وبين حصير المسجد وجذعه المكسور مجرد دعوى بلا شاهد.

ورابعاً: لا نسلم عدم صحّحه البيع مع عدم الملك، بل يكفي في صحّته كون المبيع مالاً وإن لم يكن مملوكاً كما في بيع الكلّي في الذمّه، فإنّه يصحّ مع عدم كونه مالاً لذلك الكلّي في ذمّه نفسه، لأنّه مال في حدّ نفسه وإن لم يكن مملوكاً له فعلاً، فنقول: المذكورات أموال ووإن لم تكن مملوكه لأحد، والبيع مبادلّه مال بمال، وفرق واضح بينها وبين

ص: ٢٥٠

١- (١٠٨١) العروه الوثقى ٦/٣٨٣.

٢- (١٠٨٢) المكاسب ٤/(٥٣-٦٠).

٣- (١٠٨٣) سورة الأنفال ٤١.

المباحات الأصليّة. وقوله: «لا- بيع إلاّ- في ملك» يحتمل أن يكون المراد منه لا- بيع إلاّ- في ملك للبيع، ولذا يشمل بيع الوليّ والوكيل لا أنّه لا بيع إلاّ في ملك للمبيع»(١).

وأورد على اعتراضه الأوّل على الشيخ الأعظم: «بأنّ الملكيه أمرٌ يتوقّف ثبوتها لجهه من الجهات على قيام دليل عليه، لأنّ الملك والحقّ أمران اعتباريّان وضعيّان، وتحقّقهما مخالف للأصل، ويتوقّف على قيام دليل عليهما، أمّا الباري تعالى فإنّ ملكيته لجميع ما في عالم الإمكان ملكيه حقيقته، أمّا الملكيه الاعتباريه التي نبحت عنها وأدعى السيّد ثبوتها لله سبحانه وتعالى في قضيه المسجد، فإنّه لا- دليل عليها، ولا- يقاس المسجد بملكته تعالى لسدس الخمس، لقيام الدليل على ثبوتها فيه دون المسجد، وبالتالي فدعواه بأنّه «على القول بعدم البقاء على ملك الواقف، وعدم الانتقال إلى الموقوف عليه، ملكٌ لله تعالى» ممنوعه.

فإن قيل: إنّ اللّام في قوله تعالى: «وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ»(٢) تفيد ثبوت الملكيه الاعتباريه للباري تعالى على المساجد.

قلنا: اتّفقت كلمه المفسّرين على أنّ اللّام فيها هي لام الغايه، والآيه تفيد أنّ المساجد موضوعه لغايه عبادته تعالى دون سواه، وأنّه لا- دلالة في اللّام على ثبوت الملكيه الاعتباريه له تعالى، ولا- أقلّ أنّ اللّام تصبح مجمله مردّده بين لام الملك أو الغايه، وإطلاقها يفيد الاختصاص دون الملك، نعم أعلى مراتب الاختصاص هي الملكيه، والآيه تفيد اختصاص المسجد به تعالى في مقابل غيره»(٣).

وأورد على اعتراضه الأخير على الشيخ الأعظم: «أولاً: بأنّه لو سلّمنا تفسيركم لقوله: «لا بيع إلاّ في ملك»، فإنّ هناك تباين في تعريف البيع، حيث التزمتم بأنّ البيع هو مبادله مال بمال، وأمّا الشيخ فقد التزم بأنّ البيع «تمليك عين بعوض»، ولذلك لا يصحّ الإشكال عليه.

ص: ٢٥١

١- (١٠٨٤) العروه الوثقى ٦/٣٨٥.

٢- (١٠٨٥) سورة الجن / ١٨.

٣- (١٠٨٦) العقد النضيد ٤/٥٥٤.

وثانيا: لو سلمنا أنّ البيع مبادله مال بمال، لكن ما هي الجهة التي تتحقّق المبادله معها فإنّ المبادله تعدّ من الأمور الإضافية، وهي لا- تخلو إمّا الإضافة في الملكيه - كما هو المعروف - أو أعمّ منها ومن الحقيّه، أمّا الأوّل فقد اعترفتم بخروج المسجد عنها بالوقف، والأخير لا دليل عليه، وبالتالي تبقى الإضافة فاقدا للجهه.

ونتيجه البحث: ثبت من خلال ما ذكرناه صحّه ما ذهب إليه الشيخ، من أنّ الوقف تحريزٌ للمسجد، وأنّه لا مجال لزوال المسجديّة مطلقا، وبالتالي فلا يصحّ بيعه وشراؤه مطلقا خلافا لما التزم به السيّد رحمه الله [هنا ووفقا لما]. أفتى السيّد رحمه الله في الجزء الأوّل من «العروه الوثقى» [بعدم جواز تنجيس المسجد الذي صار خرابا وإن لم يصل فيه أحد<sup>(١)</sup>، وعدم جواز تنجيس بل وجوب تطهير المسجد الذي تغيّر عنوانه بأن غصب وجعل دارا أو صار خرابا بحيث لا-يمكن تعميره ولا الصلاة فيه<sup>(٢)</sup> والله العالم<sup>(٣)</sup>].

فظهر ممّا ذكرنا «من عدم زوال عنوان المسجديه باندراس الآثار يظهر بقاء جميع الأحكام الثابته لعنوان المسجد حين وجود الأبنيه، وعدم إرتفاعها باندراس الآثار، لما مرّ من أنّ عنوان المسجديه من الاعتباريات التي لا تزول بزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض، من دون دخلٍ للآثار في مسجديتها. بل المسجد إمّا معمور وإما مغمور، بلا مساس للعماره في طروء المسجديه للأرض، فليس العمران مقوّمًا لعنوان المسجديه ولا شرطا له.

ومن هنا يظهر أنّ نظر العرف في ذهاب عنوان المسجديه العرفيه بذهاب الآثار ليس متّبعا في ترتيب الأحكام الشرعيه الثابته للمسجد، إذ الموضوع هو ما عرفت ممّا استفيد من السيره القطعيّه القائمه على بقاء أحكام المسجديه على نفس الأرض ولو بعد زوال جميع الآثار والأبنيه، إذ السيره تكشف عن عدم إحاله الشارع تمييز مفهوم المسجد

ص: ٢٥٢

١- (١٠٨٧) العروه الوثقى ١/١٨٣، مسأله ١٠، كتاب الطهاره، شروط صحه الصلاه.

٢- (١٠٨٨) العروه الوثقى ١/١٨٤، مسأله ١٣، كتاب الطهاره، شروط صحه الصلاه.

٣- (١٠٨٩) العقد النضيد ٤/٥٥٥.

إلى العرف حتى يكون نظرهم في ذلك متبعا شرعا»(١).

والحاصل: «أن المسجديه الموضوعه للأحكام الخاصه الشرعيه المستفاده من السيره المتقدمه لا يعتبر فيها الإعداد للصلاه أو غيرها، وإن حكم العرف باعتبار إعداد الأرض للصلاه في المسجديه العرفيه.

لكن الرجوع إلى العرف في تشخيص موضوع الحكم الشرعى على ما هو قضيه الإطلاق المقامى منوط بعدم بيان الشارع صريحا أو إلزاما لتحديد موضوع حكمه كما في المقام، إذ السيره القائمه على ترتب أحكام المسجد على المعموره والمغموره تذلل إلزاما على كون المسجديه التي جعلت موضوعا لأحكام خاصه عبارة عما لا ينفك عن الأرض ولو بعد الخراب، ولذا تكون المسجديه من قبيل التحريم»(٢).

وعلى ما ذكرنا: «أن الأقوى ترتب أحكام المسجد على المساجد الواقعه في الشوارع، سواء أكانت في الأراضي المفتوحه عنوة أم غيرها، وسواء وقعت في المعموره حال الفتح أم في مواتها.

نعم ألمدى يُسهّل الخطب في كثير مِمّا يقع من المساجد في الشوارع: أن نفس أرض المسجد تقع تحت التراب والتبليط غالبا، بحيث لا تؤثر النجاسه في نفس الأرض، فالمتنجس غير أجزاء المسجد، كما إذا تنجس آجرٌ من خارج المسجد، ثم أُدخل إلى المسجد، أو العكس. وإن كان الفضاء أيضا من المسجد. إلا أن معروض النجاسه هو الأرض، إذ لا معنى لنجاسه الفضاء»(٣).

أقول: ولكن يمكن أن يناقش في هذا الأخير لأنه إذا كانت المسجديه قائمه بنفس الأرض دون الأبنيه والآثار وعدم ارتفاعها بتخريب البناء وزوال الآثار، لقيامها بنفس الأرض من دون دخل للآثار في مسجديتها، فحينئذ يكون المسجد الذى أُدخل في الشارع من قبل البلديه والدوله مسجدا ويبقى على مسجديته ويترتب عليه أحكام

ص: ٢٥٣

١- (١٠٩٠) هدى الطالب ٥٨٧/٦.

٢- (١٠٩١) هدى الطالب ٥٨٨/٦.

٣- (١٠٩٢) هدى الطالب ٥٩١/٦.



المسجديه من عدم تنجيسه ووجوب تطهيره إذا تنجس وعدم مكث الحائض والجنب فيه ونحوها لمن يعلم أنّها مسجد.

نعم، لا يجب إعلام الغير بكون الأرض مسجداً، فيمحو ذكره على مضي الأيام والسنين ولا يجب الالتزام بحفظه والله العالم.

هذا كله بالنسبه إلى أرض المسجد.

## الثاني: وأما أجزاءه وآلاته وأثاثه

قال جدى الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره: «وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها: فإن بقيت على حالها وأمكن الانتفاع بها فى خصوص المحلّ الذى أعدت له؛ كانت على حالها، وإلا جعلت فى المماثل، وإلا ففى غيره، وإلا ففى المصالح على نحو ما مرّ. وإن تعدّر الانتفاع بها باقيه على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه؛ أشبهت فى أمر الوقف الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحه، والعود ملكا للمسلمين تُصرف فى مصالحهم، والعود إلى المالك. ومع اليأس عن معرفته تدخل فى مجهول المالك. ويُحتمل بقاؤها على الوقف وتباع احترازا عن التلف والضرر ولزوم الحرج، ويُصرف مرتباً (١) على النحو السابق. ولعلّ هذا هو الأقوى، كما صرح به بعضهم (٢)» (٣).

وقال نجله الشيخ حسن: «وإن كان الموقوف غير أرض، فإن بقى على حاله وأمكن الانتفاع به فى خصوص المحلّ الذى أعد له لزم الانتفاع به كذلك، وإن لم يبق على حاله بحيث لم يمكن الانتفاع به بوجه، كرضاض الحصر والباريه الموقوفين فى المساجد وغيرها وبعض أجزاء الخشب والفرش، جاز نقله بعوضٍ وشراء ما ينتفع به فى ذلك المحلّ الموقوف، وإن لم يمكن ففى غيره مقدّمًا للأقرب فالأقرب؛ لأنّ المنع من بيعه

ص: ٢٥٤

١- (١٠٩٣) فى بعض النسخ: (مترتباً).

٢- (١٠٩٤) إيضاح الفوائد ٢/٤٠٧؛ جامع المقاصد ٤/٩٧؛ مسالك الإفهام ٣/١٧٠؛ مجمع الفوائد والبرهان ٨/١٦٩-١٦٨؛ الحدائق الناضره ١٨/٤٤٤.

٣- (١٠٩٥) شرح القواعد ٢/٢٢١.

هنا مع اضمحلاله يوجب العبث والسفه، مع احتمال الرجوع في ذلك إلى حكم الإباحه، كالمالك بعد إعراض المالك عنه، أو الرجوع إلى ملك المسلمين كآفه تُصرف في مصالحهم، أو الرجوع إلى المالك الأول، ومع عدم معرفته يكون مجهول المالك. وما ذكرناه أولاً أقوى، إلا مع عدم إمكان البيع أيضاً، فاحتمال الرجوع إلى المسلمين كآفه هو الأقوى.

وإن بقي على حاله أو على حاله ينتفع به إلا- أنه لا- يمكن الانتفاع به في الجبهه المعدّ لها، فهناك يلزم الانتفاع بها في المماثل مقدّما الأقرب فالأقرب، وإلا فغير المماثل، وإلا ففي منافع المسلمين كآفه.

فإن تعطلّ نفعها بجميع الجهات، فإن خشى عليها من التلف جاز بيعها وشراء وقفٍ آخر عوضها مقدّما الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن الشراء صُرفت في وجوه البرّ عينا أو قيمه.

وإن لم يخش عليها، قوى القول بجواز بيعها أيضا كذلك، إلا أنّ القول ببقائها في مكانها وعدم التعرّض لها إلى أن يحكم وليّ الأمر فيها بحكمه هو الأسلم»(١).

واعترض عليهما الشيخ الأ-عظم بقوله: «وفيه: أنّ إجاره الأرض وبيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوحه عنوه، لكنّه غير ثابت، والمتيقّن خروجه عن ملك مالكة، أمّا دخوله في ملك المسلمين فممنفّى بالأصل.

نعم، يمكن الحكم بإباحه الانتفاع للمسلمين؛ لأصالة الإباحه، ولا يتعلّق عليهم أجره»(٢).

وقال أيضا: «وأما أجزاءه [أى المسجد] \_ كجدوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم \_ فمع المصلحه في صرف عينه(٣) فيه تعين(٤)؛ لأنّ مقتضى وجوب إبقاء الوقوف

ص: ٢٥٥

١- (١٠٩٦) أنوار الفقاهه ٥/٢٨٥ و ٢٨٦.

٢- (١٠٩٧) المكاسب ٤/٥٥.

٣- (١٠٩٨) كذا في النسخ، والمناسب تأنيث الضمير، وهكذا حال الضمائر الآتية الراجعه إلى كلمه «أجزاءه».

٤- (١٠٩٩) العبارة في كثير من النسخ هكذا: فمع المصلحه في صرف عينه يجب صرف عينه فيه.

وأجزائها(١) على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلّف لمؤنّته بل يُصرف من مال المسجد أو بيت المال. وإن لم يكن مصلحه في ردّه جزءاً للمسجد، فبناءً على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد وأضرابه فكّ ملك، لم يجوز بيعه، لفرض عدم الملك.

وحينئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعيّن صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لأجر المسجد ونحو ذلك \_ كما عن الروضة(٢) \_ وإلا صُرف في مسجدٍ آخر \_ كما في الدروس \_ وإلا صُرف في سائر مصالح المسلمين.

قيل: بل لكلّ أحد حيازته وتملكه(٣)، وفيه نظر(٤).

أقول: أجزاء المسجد وآلاته وأثاثه تارةً يمكن الانتفاع بها وأخرى لا يمكن:

أمّا الأول: فإذا أمكن الانتفاع بها بنفس أعيانها فله صور:

«الأولى: الانتفاع بها في المحلّ العذّي أُعدّت له، ويجب إبقاؤها فيه لينتفع بها في الجهة المقصوده، كافتراش البساط الموقوف في مسجدٍ أنهدم.

الثانية: الانتفاع بأعيانها في مكانٍ آخر مماثل لما أُعدّت له، كوضع الفرش في مسجدٍ آخر، أو جعل ثوبٍ ضريحٍ ثوبا لضريحٍ آخر، ويجب النقل مع مراعاة الأمور الثلاثة، وهي كون المنتقل إليه أقرب وأحوج وأفضل.

الثالثة: الانتفاع بأعيانها في مكانٍ آخر غير مماثل، كافتراش بساط المسجد في مشهدٍ أو حسينيه، ويجب النقل مع مراعاة المراتب الثلاثة المتقدمه.

الرابعة: الانتفاع بأعيانها في مصالح المسلمين العامه بعد تعذر الانتفاع بها في

ص: ٢٥٦

١- (١١٠٠) في نسخه: وإجزائها.

٢- (١١٠١) الروضة البهيّه ٣/٢٥٤.

٣- (١١٠٢) قاله المحقّق التستري في مقابس الأنوار ١٥٦/١.

٤- (١١٠٣) المكاسب ٤/٥٩.

الصور الثلاث المتقدمه، وهى الاستفادة منها فى موضعها المعد لها أولاً، وكذا فى المماثل، وفى غير المماثل»(١).

وأما الثانى: فإذا لا يمكن الانتفاع بها يجرى فى حكمها احتمالات:

«الأول: تكون كالمباحات الأصلية، تُملك بالحيازه.

الثانى: تصير ملكا للمسلمين، وتُصرف فى مصالحهم.

الثالث: تعود إلى ملك الواقف، فإن عُرف شخصه أو وارثه فهو، وإن لم يُعرف كانت من مجهول المالك، يتصدق به.

الرابع: تبقى وقفا، كما أن أرض المسجد لم تخرج عن الوقفيه بطرود الخراب، فتُباع الآلات، ويُصرف ثمنها فى المماثل مقدما للأقرب فالأقرب فالأفضل.

وإن لم يوجد المماثل صُرف فى غير المماثل مع رعايه الأمور الثلاثة. وإن لم يوجد ففى مصالح المسلمين»(٢).

ويمكن القول: أجزاء المسجد وآلاته وأثاثه ففيتها صور ثلاث:

«الأولى: أن يرى المتولّى والناظر المصلحة فى صرف أعيان الأجزاء فى نفس المسجد، بأن يستفاد منها فى إعمار البناء مرّه أخرى، فيتعين ذلك، لأنّ مقصود الواقف الإنتفاع بالعين الموقوفه مهما أمكن، والمفروض وجوب العمل بالوقف شرعا على حسب ما أوقفه. فإن توقف إبقاؤها على بذل مال صُرف من مال المسجد إن كان له مال، وإلا فمن بيت المال، وإلا لم يجب على المتولّى صرف شىء من أموال نفسه لإبقاء تلك الأجزاء.

الثانية: أن لا يرى المتولّى المصلحه فى ردّ مثل الجذع المنكسر جزءا للمسجد، وحيثنذ فإن قلنا بجواز بيعها كما حكى عن العلامة وجمع فلا كلام، وإن قلنا بعدم الجواز \_ كما هو المختار \_ ففیه صورتان:

الأولى: القول بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف، فيجب صرفه فى

ص: ٢٥٧

١- (١١٠٤) هدى الطالب ٥٨١/٦.

٢- (١١٠٥) هدى الطالب ٥٨٢/٦.

مصالح نفس هذا المسجد، كإحراقه لطبخ آجره.

الثانية: القول بعدم وجوب مراعاة الأقرب إلى نظر الواقف، ويجب حينئذٍ صرفه في سائر مصالح المسلمين»(1).

والحاصل: «الآلات الموضوعه في المشاهد والمساجد والحسينيات فهي تاره لا تكون إلا لأجل الزينه وتعظيم شعائر المساجد و المشاهد مثل القناديل المعلقه في المشاهد الشريفه وغير القناديل من الآلات الموضوعه فيها لأجل التزيين، ومن الظاهر أن هذه الأمور وقف وملك لنفس المساجد والمشاهد والانتفاع منها يكون بالتزيين وليس في هذه الأمور ملاحظه تمليك المسلمين وانتفاعهم أصلاً وهي من مصداق الوقف على الموقوفات وسيجيء الكلام عن قريب إن شاء الله تعالى أنه لا يعتبر أن يكون المالك من ذوى الشعور بعد ما كانت الملكيه أمراً اعتبارياً يعتبره العقلاء في هذه الموارد.

وأخرى تكون الآلات الموضوعه في المشاهد والمساجد مثلاً وقفا للمسلمين المصلين في المسجد أو زوّار المشهد ولكنّه جعل محل الانتفاع منها المسجد والمشهد من دون أن يكون فيها تزيين للمشهد والمسجد مثل المبردات الموضوعه في المشاهد المشرفه والمساجد المكرّمه لأن ينتفع الزوّار والمصلّون عند الزيارة والعباده منها.

وثالثه يلاحظ فيها كلتا الجهتين من انتفاع المسجد بالتزيين وانتفاع الناس والظاهر في هذا القسم أيضاً أنه وقف على نفس المسجد والمشهد لا- على الزوّار والمصلّين، ويؤكد ذلك ما هو المتعارف في إنشاء وقفه فإنه يعتبر عنه بالوقف على المسجد ونحوه لا- على المصلّين والزائرين، وكيف كان يجوز بيع جميع هذه الأمور عند عروض المسوّغ وصرف ثمنها على المسجد ونحوه في القسم الأوّل والثالث وعلى المصلّين والزائرين في القسم الثانی.

وأما الكلام بالنسبه إلى الأجزاء المحدثه للمسجد كما إذا سقّف أحد سقّف المسجد فالظاهر أنه ليس مثل نفس مكان المسجد الذى قلنا إنه تحرير ملك لا يجوز بيعه، بل هو

ص: ٢٥٨

من قبيل سائر الموقوفات على المسجد يجوز بيعه عند عروض المجوّز ولا ينافى ذلك إجراء أحكام المسجد فيه.

ومثل السقف باب المسجد ونحوه من أجزائه المحدثه، فإذن لا- مانع من جواز بيعه عند عروض المجوّز لأنه ليس من نفس المسجد بل هو سقف المسجد أو بابه.

ومن هنا يَظْهَرُ حكم الأجزاء غير المحدثه كما إذا فرضنا أنّ أحدا بنى لنفسه دارا وبنى فيها سقفا وأبوابا ونحوها ثم وقفها مسجدا، فالظاهر أنّ وقف المجموع ينحل إلى جعل الأرض مسجدا وجعل غيره وقفا على المسجد، وذلك لأنّ المسجد إنّما هو اسم للفضاء والمكان وأما غيره من التراب والآجر والأخشاب فليس بمسجد، ولذا لو انتزع وجعل في مكان آخر لم يلحقه أحكام المسجد نظير الكعبه والصفاء والمروه ونحوها ممّا هو اسم للفضاء ولذا لو فرض نعوذ بالله انهدام الكعبه وجب الطواف حول ذاك الفضاء والتوجّه إليه في الصلاه والكون في ذلك الفضاء الخاص في الحجّ مثلاً، ويشهد لهذا ما أفاده الميرزا [النائني (١)] ونعم ما أفاد من أنّ المناسب للمسجديه التي هي تحرير للملك دائما أن يتعلّق بما هو قابل للدوام والاستمرار وما هو قابل له هو الفضاء دون غيره، فإذن يجوز بيع حيطان المسجد وجدوعه وبابه إلى غير ذلك ممّا يتعلّق به عند طرؤ المسوغ ويصرف ثمنها على المسجد فإنّها مملوكه له من غير فرق بين الصورتين» (٢).

### الثالث: ما الحقّ بالمساجد

قال المحقّق التستري في المقابيس: «إنّ كل وقف عامّ كان الغرض من وقفه تمليك الإنتفاع للموقوف عليهم \_ دون العين أو منافعها \_ فلا يصحّ بيعه مادام وقفا بوجه من الوجوه. وقد أجمع الأصحاب على ذلك في المسجد... وكذلك المشهد والمقابر المبنيه إذا خربت، والمدارس والخانات والقناطر الموقوفه على الطريقه المعروفه، والكتب الموقوفه على المنتفعين، والعبد المحبوس على خدمه الكعبه ونحوها، والأشجار الموقوفه لإنتفاع

ص: ٢٥٩

١- (١١٠٧) منه الطالب ٢/٢٨٢.

٢- (١١٠٨) التنقيح في شرح المكاسب ٢/ (٢٦٨-٢٦٦).

المآز، والبوارى الموضوعه لصلاه المصلين، وغير ذلك مما قُصد بوقفه الإنتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا تحصيل المنافع بالاجاره»(١).

ذكر هذا المقال الشيخ الأعمش وعلله بقوله: «لأنّ جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل اللازم إبقاؤها على الإباحه كالطرق العامه والأسواق.

وهذا كلّه حسن على تقدير كون الوقف فيها فكّ ملك، لا تمليكا»(٢).

أقول: الإلحاق بالنسبه إلى المشاهد المشرفه والحسينيات والمهديات وما شابهها تامّ لأنّ بعد أن يجعل الواقف أرضا لتكون مزارا أو حسينيه تصير محرّره مثل المساجد من جهه عدم تمليك أحد أو جهه من الجهات فلا يجوز بيعها أبدا.

وأما: المدارس والخانات والقناطر والكتب والأشجار والبوارى والعبد المحبوس ونحوها فلا يتم فيها الإلحاق بل هذه الأمور تكون من قبيل الوقف العام وهو على قسمين:

«القسم الأوّل: ما يكون وقفا لجهه عامه مثل الوقف على العلماء والفقراء والسادات مثل الحمّامات والدكاكين بأن تكون منفعه هذه الأمور راجعه إليهم ومملوكه لهم فإنّ معنى وقف هذه الأمور لهؤلاء الجماعه رجوع منفعه هذه الأمور إليهم وكونها مملوكه لهم فيجوز لهم الانتفاع بها مباشره كما يجوز لهم إجارته والانتفاع بأجرتها.

والظاهر أنّ هذه الأمور أيضا ملكك لهم... من دلالة نفس «على» فى قول الواقف وقفت عليهم، كما أنّ الظاهر أنّه لا مانع من جواز البيع عند عروض المسوّغ والمجوّز له، والفرق بين هذا وبين الوقف الخاص أنّه فى الوقف الخاص يكون الشىء الموقوف ملكا للأشخاص بنحو الاشاعه بخلافه فى المقام بداهه أنّ الشىء الموقوف ليس ملكا للعلماء بالاشاعه بأن يكون كلّ واحد من العلماء مثلاً مالكا لمقدار من الوقف بنحو الاشاعه بل هو ملك للجهه. وبعبارة أخرى أنّ دائره الملك سعه وضيقة تختلف بكثره الموقوف عليهم

ص: ٢٦٠

١- (١١٠٩) مقابس الأنوار ١٥٦.

٢- (١١١٠) المكاسب ٤/٦٠.

وقلتهم فى الوقف الخاص بخلافه فى هذا القسم بل هو باق على حاله على أى حال، وكيف كان فلا فرق فى جواز البيع بين هذا القسم وبين الوقف الخاص عند عروض مجوز البيع.

والقسم الثانى من الوقف العام: ما يكون وقفا على لعلماء أو على جميع الناس مثلاً ولكنه على نحو ليس لهم إجارتة ونحوها بأن لا- تكون المنفعه راجعه إليهم مثل القسم الأول، بل وقف عليهم لأن يتنفعوا منه مباشره لا لأن يؤجر وتصرف منفعه فيهم وهذا مثل المدارس والخانات الواقعه فى الطرق والقناطر، وقد يعبر عن هذا القسم فى لسان العلماء بملك الانتفاع دون المنفعه... أن مرجع هذا أيضا إلى ملك المنفعه غايه الأمر المنفعه بالمباشره لأن الانتفاع فعل الشخص وكيف يكون الشخص مالكا لفعل نفسه، فهو مالكا للمنفعه لكن فى جهه خاصه ولا مانع من التعبير عنه بملك الانتفاع مسامحه من باب ضيق العبارة.

وكيف كان الظاهر كون الشىء الموقوف مثل القناطر والمدارس أيضا ملكا للجهه غايه الامر يكون ملكا مضيقا والمنفعه أيضا مملوكه ملكا مضيقا، فالفرق بين هذا القسم والقسم السابق أنه فى القسم الأول تكون العين ملكا للجهه لكن محبوسه لا طلقا والمنفعه تكون ملكا لهم طلقا فيجوز لهم المعاوضه عليها والانتفاع بثمرها وفى القسم الثانى كما لا تكون العين مملوكه للجهه طلقا كذلك المنفعه لا تكون طلقه بل هى أيضا محبوسه بمعنى اشتراط صرفها فى جهه خاصه وهى الانتفاع بها مباشره، وليس لهم إجارتة ونحوها من التصرفات الواقعه من الملاك بل لهم أن يجلسوا فى المدارس والخانات إذا كانوا من الموقوف عليهم كما إذا وقف الخان على أن يسكن فيه الزوار أو المسافرين»(١).

وبالجملة: فى الوقف العام بكلا- قسميه لا- مانع من جواز البيع عند عروض المجوز فلا يتم القول بالحاقه بالمساجد والمشاهد والحسينيات خلافا للمحققين الشيخ أسدالله

ص: ٢٦١



### الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟

استشكل المحقق التستري في مطالبه المتلف بالقيمة أو المثل «من أن ما يطلب بقيمه عينه يُطلب بمنافعها. ومن المعلوم أنه لو منع شخصُ الناس من الإنتفاع إلى أن فاتت جملةُ من منافعها، أو إنتفع بها في غير الجهة الموضوعه له \_ كما لو جعل المسجد مسكنا له \_ أثم، ولكن لم يطلب بها، فكذا لو أتلّف العين. ولعدم وضوح الدليل على الضمان إلا في الأملاك المنسوبة إلى الناس، وهذه صارت ملكا لله، وإنما للناس الإنتفاع خاصه» (٢).

وقال الشيخ الأعظم: «ولو أتلّف شيئا من هذه الموقوفات أو أجزائها متلفاً، ففي الضمان وجهان:

من عموم «على اليد» فيجب صرف قيمته في بدله.

ومن أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنفعه، والمفروض عدم المطالبه بأجره منافع هذه لو استوفاه ظالم كما لو جعل المدرسه بيت المسكن أو محرزا، وأن الظاهر من التأديه في حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختص بأمالك الناس، والأول أحوط، وقواه بعض» (٣).

أقول: بعد ما عرفت أن الوقف العام ملكٌ للموقوف عليهم وتدلّ عليه كلمه «على» لأنها في صورته عدم الملك لم يكن وجه للتعبير بهذه الكلمه الداله على الضيق والضرر وليس هذا إلا من جهة تضييق دائره الملكيه عليهم ولا يكون في البين ضرراً يتوجه إليهم بل لهم منفعة تعود إليهم من الوقف فحينئذ إتلاف الملك على المالك يوجب ضمان المتلف.

مضافا إلى وجود السيره المستمره العقلائيه على الضمان في الوقف العام بكلا قسميه لمن أتلّف شيئا من منفعه على الموقوف عليهم حيث يعتبره العقلاء ضامنا للجهه

ص: ٢٤٢

١- (١١١٢) منيه الطالب ٢/٢٨٠.

٢- (١١١٣) المقابيس /١٥٦.

٣- (١١١٤) المكاسب ٤/٦٠.

أو لهم، فلا يتم القول بعدم الضمان والأقوى هو الضمان والله العالم.

### الخامس: الوقف على الموقوفات

هل يصحُّ وقف الأموال المنقولة وغير المنقولة على الموقوفات كما في وقف المصاحف والمنابر والفرش والمصاييح على المشاهد المشرفة والمساجد والمدارس، أو وقف الأراضي والدكاكين والخانات عليها أم لا؟

قولان: الأوّل: البطلان: لأنّ عناوين المشاهد والمساجد والمدارس قاصره أن تصبح طرفاً لإضافه الملكيه لفقدان الشعور فيها.

الثاني: الصحه: إذ لا دليل على أنّه ينبغي أن يكون المالك ذى شعور بل الثابت عند العقل والعقلاء امكان اعتبار الملكيه لفائد الشعور كالجمادات والحيوانات، ولأنّ الملكيه من الأمور الاعتباريه ويعتبرها العقلاء لفائد الشعور أيضا.

«والشاهد على ذلك ما عليه سيره الأمم والشعوب فى البلدان المختلفه، حيث أنّ لكلّ أمّه وملمّه معتقداً ودين تدين بها، ومقدّسات تقدّسها، وتقدّم لها القرابين والنذور وتوقف عليها الأموال المنقوله وغير المنقوله، فلعبده الأوثان هياكلهم المقدّسه، وللمجوس بيوت النار التى يقدّسونها، ولليهود والنصارى كنائسهم ومعابدهم وأديرتهم فيوقفون لها الأموال، ويعتبرون هذه الأماكن المقدّسه طرفاً لإضافه الملكيه، وما عليه المسلمون من وقف الأموال على المساجد والمشاهد والمزارات المقدّسه أوضح من أن يخفى» (١).

«ويتربّ عليه أنّ المنافع التى تحصل من تلك الأمور تكون ملكاً لطلقاً للمسجد والمدرسه ونحوهما نظير ما يكون وقفاً على الكلّى أو الذريّه كما إذا فرضنا أنّ دكاناً كان وقفاً على العلماء أو الذريّه فكما أنّ منافع تلك الأمور تكون ملكاً لطلقاً لهؤلاء الجماعه كذلك تكون منافع هذه الأمور ملكاً لطلقاً للمسجد والمدرسه وللمتولّى أن يتصرّف فيها بما يراه صلاحاً بلا اعتبار عروض مجوّز للتصرّف أصلاً فله أن يشتري بمنافع هذه الأمور

ص: ٢٦٣

شيئا ويجعله وقفا على نفس المسجد مثلاً نعم لا بدّ في جواز بيع نفس الموقوف على الموقوفات من عروض مسوّغ ومجوّز فافهم» (١).

ولا- ينقضى تعجبي من الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ حيث يقبل الأمر في مقام الثبوت واستشكل في مقام الاثبات وتوقف فيه وقال: «إنّ الملكيه لها اعتبار عقلائي، فلا مانع في مقام الثبوت عقلاً وعقلاءً من ملكيه الأوقاف للمساجد والمشاهد، وهو ما التزم به جماعه.

إلا أنّنا برغم اعتقادنا ذلك وأنّ المرتكز عند العقلاء اعتبار المسجد أو الكنيسه طرفاً لإضافه المال، لكن ما يختلج بالبال أنّ هذه الطرفين والإضافه هل هي على نحو الملكيه المعهوده أو على نحو الاختصاص كما في (الجُلّ للفرس) من جهه اختصاصه به، أمّا أصل الاختصاص فهو ثابت لا غبار عليه، أمّا الملكيه فإنّ أدلّه الإثبات قاصره عن إثباتها، ولذلك فلا نحكم على هذه الموقوفات إلا باختصاصها بالأمكنه المذكوره» (٢).

وجه التعجب: الملكيه أمرٌ اعتباريٌّ إمّا اعتبرها العقلاء أو لم يعتبرها؟ فالتفصيل بين مقامي الثبوت والاثبات بلا وجه بعد الاقرار باعتبارهم والاختصاص الوارد في آخر كلامه يمكن أن يسمّى بالملكيه ولا نرى الفرق بينهما، والله العالم.

#### السادس: حكم كسوه الكعبه

تجدد كسوه الكعبه في يوم التاسع من ذي الحجه الحرام كلّ عام وتقسّم بين الدول الإسلاميه وشخصياتها يتبركون بها وحيث لم يكن وقفا فيجوز بيعها لأنّ الوقف لا بدّ أن يلاحظ فيه التأييد وهذا القيد لم يكن في كسوه الكعبه وإذا لم تكن وقفا يجوز بيعها ويستفاد للتبرك ولا يجوز التكفين به لأجل احترام الكعبه (٣) أو لكونها من الحرير الخاص (٤) ولذا ورد في الروايات (٥) عدم جواز تكفين الميت في كسوه الكعبه:

ص: ٢٦٤

١- (١١١٦) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٦٩.

٢- (١١١٧) العقد النضيد ٤/٥٥٩.

٣- (١١١٨) كما احتمله السيّد الخوئي في التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٦٨.

٤- (١١١٩) كما احتمله العلّامه المجلسي في ملاذ الأخيار ٣/٢٣٤.

٥- (١١٢٠) راجع وسائل الشيعه ٣/٤٤، الباب ٢٢ من أبواب التكفين.

ومنها: مرسله عبدالملك قال: سألت أبا الحسن عن رجل اشترى من كسوه الكعبه شيئاً فقضى بيعه حاجته وبقي بعضه في يده، هل يصلح بيعه؟ قال: يبيع ما أراد، ويهب ما لم يرد، ويستنفع به، ويطلب بركته، قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: لا. (١)

والروايه داله على جواز بيع كسوه الكعبه وهبتها وطلب البركه منها والانتفاع بها.

كما يدل عليه صحيحه عبدالملك بن عتبه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يصل إلينا من ثياب الكعبه، هل يصلح لنا أن نلبس منها شيئاً؟ قال: يصلح للصبيان والمصاحف والمخدّه يتغى بذلك البركه إن شاء الله. (٢)

بتقريب: إذا كانت تصلح للصبيان والمصاحف والمخدّه بطلب البركه فيجوز الانتفاع بها وإذا جاز الانتفاع فيجوز البيع بالملازمه ولذا حكي (٣) عن الكليني (٤): وفي روايه أخرى أنه يجوز استعماله وبيع بقيته.

هذا تمام الكلام في الجبهه الأولى من البحث.

### الجبهه الثانيه: صور جواز بيع الوقف

#### الصوره الأولى:

#### إشاره

«أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالحيوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق» (٥).

تدور هذه الصوره حول الأمرين الرئيسيين خراب العين وسقوطها عن قابليه الانتفاع فمجرد الخراب لا يسوّغ البيع «بل لابد أن ينتهي الخراب إلى حاله ينتفى الانتفاع بها، وعليه فإنّ المسوّغ الحقيقي ليس مجرد الخراب، بل عدم الانتفاع؛ وهو تارة يسقط

ص: ٢٦٥

١- (١١٢١) وسائل الشيعه ٣/٤٤، ح ١.

٢- (١١٢٢) وسائل الشيعه ١٣/٢٥٧، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب مقدمات الطواف.

٣- (١١٢٣) الحاكي صاحب وسائل الشيعه ١٣/٢٥٧.

٤- (١١٢٤) لم أظفر بها في الكافي المطبوع ويظهر منها اختلاف نسخ الكافي الشريف.

٥- (١١٢٥) المكاسب ٤/٦١.

العين بالمرّه عن قابليته الانتفاع، وأخرى لا يسقطها.

وقله الانتفاع: تارة: يكون بحيث يلحق بالمعدوم.

وأخرى: غير ملحق به، بل يمكن استثمار هذا القليل والانتفاع به عرفا بحيث لو ترك هذا القليل لعدّ تضييعا للمال عرفا وعُقلاء»(١).

والكلام فى هذه الصورة فى سقوط العين عن الانتفاع بها بالمرّه بحيث لا يمكن الانتفاع بها كما مرّ.

### كلمات الفقهاء فى المقام

ذهب جماعه إلى جواز بيع الوقف إذا خرب وجماعه إلى جواز بيعه إذا خاف خرابه وأما:

«فمّمّا جوّز بيعه فيه إذا خرب المقنعه (٢) والانتصار (٣) والمراسم (٤) والخلاف (٥) على الظاهر منه والتذكّره (٦) والتحرير (٧) والإرشاد (٨) والمختلف (٩) والقواعد (١٠)» وتعليق الإرشاد (١١) ومجمع البرهان (١٢) وكذا جامع المقاصد (١٣). وفى الانتصار (١٤) الإجماع عليه.

ص: ٢٦٦

- ١- (١١٢٦) العقد النضيد ٤/٥٦٢.
- ٢- (١١٢٧) المقنعه: فى الوقوف والصدقات ٦٥٢/.
- ٣- (١١٢٨) الانتصار: فى بيع الوقف ٤٦٨/.
- ٤- (١١٢٩) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات ١٩٧/.
- ٥- (١١٣٠) الخلاف: فى الوقف ٣/٥٥١، المسأله ٢٢.
- ٦- (١١٣١) تذكّره الفقهاء: ٢٠/٢٤٩، مسأله ١٤٧.
- ٧- (١١٣٢) تحرير الأحكام الشرعيه: فى أحكام الوقف ٣/٣١٦.
- ٨- (١١٣٣) إرشاد الأذهان: فى أحكام الوقف ١/٤٥٥.
- ٩- (١١٣٤) مختلف الشيعه: فى الوقف ٦/٢٨٨.
- ١٠- (١١٣٥) قواعد الأحكام ٢/٤٠١.
- ١١- (١١٣٦) حاشيه الإرشاد (حياه المحقّق الكركى وآثاره) ٩/٣٣٩.
- ١٢- (١١٣٧) مجمع الفائده والبرهان: فى شرائط العوضين ١٦٩/٨-١٦٨.
- ١٣- (١١٣٨) جامع المقاصد: فى أحكام الوقف ٧١/٩-٧٠.
- ١٤- (١١٣٩) الانتصار: فى بيع الوقف ٤٦٩/.

وقد قيد فيه الخراب بما إذا لم يجد نفعاً، فينطبق عليه معقد إجماع الغنيه كما ستسمع. وفي المقنعه (١) بما إذا لم يوجد له عامر، وفي الكتاب بما إذا خرج عن الانتفاع. وفي الخلاف (٢) بما إذا لم يرج عوده. وفي التذكرة (٣) والمختلف (٤) بعدم التمكن من عمارته. وجمع بين هذين في التحرير (٥) وقد يكون المراد من الجميع معنى واحداً. وجوز في الكافي (٦) بيع الوقف المنقطع عند خرابه.

ولعل مراد من قيده بما إذا خرج عن الانتفاع ما إذا لم يمكن الانتفاع به في الجهة المقصوده مطلقاً كحصير يبلى وجذع ينكسر، إذ قد جوز في التذكرة (٧) و[القواعد (٨)] والإيضاح (٩) والدروس (١٠) وجامع المقاصد (١١) بيع حصر المسجد وجذوعه حيث لا ينتفع بها فيه ولا- في غيره وإنما ينتفع بها في الإحراق، قالوا: فإنها تباع فيه. وهو ممّا لا ريب في جوازه وإن خالف فيه بعض الشافعية (١٢). وفي المبسوط (١٣) إن انقطعت نخله من أرض الوقف أو انكسرت جاز بيعها لأرباب الوقف، لأنه قد تعذر الانتفاع بها على الوجه الذي

ص: ٢٦٧

- ١- (١١٤٠) المقنعه: في الوقوف والصدقات ٦٥٢.
- ٢- (١١٤١) الخلاف: في الوقف ٣/٥٥١، المسألة ٢٢.
- ٣- (١١٤٢) تذكرة الفقهاء ٢٠/٢٤٩، مسألة ١٤٧.
- ٤- (١١٤٣) مختلف الشيعه: في الوقف ٦/٢٨٨.
- ٥- (١١٤٤) تحرير الأحكام الشرعيه: في أحكام الوقف ٣/٣١٦.
- ٦- (١١٤٥) الكافي في الفقه: في الصدقه ٣٢٥.
- ٧- (١١٤٦) تذكرة الفقهاء ٢٠/٢٤٧، مسألة ١٤٥.
- ٨- (١١٤٧) قواعد الأحكام ٢/٤٠١.
- ٩- (١١٤٨) إيضاح الفوائد: في لواحق الوقف ٢/٤٠٧.
- ١٠- (١١٤٩) الدروس الشرعيه: في بيع الوقف ٢/٢٨٠-٢٧٩.
- ١١- (١١٥٠) جامع المقاصد: في لواحق الوقف ٩/١١٦ وفي البيع ٤/٩٧.
- ١٢- (١١٥١) راجع المجموع: في الوقف ١٥/٣٦٠.
- ١٣- (١١٥٢) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/٣٠٠.

شرطه وهو أخذ ثمرتها، وقيل: لا يجوز، والأول أقوى، انتهى فتأمل جيداً.

وممّا جوّز فيه بيعه عند خوف خرابه النهايه (١) والمبسوط (٢) والمهذب (٣) وفقه الراوندى (٤) والوسيله (٥) والواسطه (٦) والغنيه (٧) والجامع (٨) وكشف الرموز (٩) والدروس (١٠) والمقتصر (١١). ونقله كاشف الرموز عن شيخه (١٢). وفي فقه الراوندى (١٣) الإجماع على ذلك، قالوا معا: وإنما يملك بيعه على وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجه شديده ولا يقدرّون على القيام به. وزيد في فقه القرآن أو يخاف وقوع خلاف بينهم (١٤). وقد عبّر في النهايه (١٥) والمهذب (١٦) بخوف هلاكه وفساده، والظاهر أنّه بمعنى خوف خرابه ولهذا نظمناه في هذا السلك. وزاد في المقتصر إذا

ص: ٢٦٨

١- (١١٥٣) النهايه: في الوقوف والصدقات ٦٠٠-٥٩٩.

٢- (١١٥٤) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/٢٨٧.

٣- (١١٥٥) المهذب: في الوقف ٢/٩٢.

٤- (١١٥٦) فقه القرآن للراوندى: في الوقف وأحكامه ٢/٢٩٣.

٥- (١١٥٧) الوسيله: في الوقف ٣٧٠/.

٦- (١١٥٨) حكاة عنه البحرانى في الحداثق الناضره: في البيع ١٨/٤٤٠.

٧- (١١٥٩) غنيه النزوع: في الوقف ٢٩٨/.

٨- (١١٦٠) الجامع للشرائع: في الوقف ٣٧٢/.

٩- (١١٦١) كشف الرموز: في الوقف ٢/٥٤.

١٠- (١١٦٢) الدروس الشرعيه: في بيع الوقف ٢/٢٧٩.

١١- (١١٦٣) المقتصر: فيا لوقوف والصدقات والهبات ٢١٢/.

١٢- (١١٦٤) كشف الرموز: في الوقف ٢/٥٤.

١٣- (١١٦٥) فقه القرآن للراوندى: في الوقف وأحكامه ٢/٢٩٣.

١٤- (١١٦٦) فقه القرآن: في الوقف وأحكامه ٢/٢٩٣.

١٥- (١١٦٧) النهايه: في الوقوف والصدقات ٦٠٠-٥٩٩.

١٦- (١١٦٨) المهذب: في الوقف ٢/٩٢.

تعطل (١)، فإن أرجعنا هذا إلى ما قبله توافق إجماعات «الانتصار والغنيه والمبسوط والفقه» (٢).

ثم يقع الكلام فى المقامين:

### المقام الأول: تحقق المقتضى للبيع

المقتضى لجواز البيع فى هذه الصورة موجودٌ لأنَّ «طبيعته الوقف بنفسها يقتضى جواز البيع بعد سقوط العين عن قابليته الانتفاع بها، لأنَّ غرض الواقف وارتكازه الذى دعاه إلى إنشاء الوقف كان حبس العين وتسييل منافعها بقاءً، والروايه النبويّه \_ برغم ضعف سندها \_ (حبس الأصل وسبيل الثمره) (٣) إنما هى مبينه وشارحه لهذا الارتكاز العقلاى، ويثبت أنَّ غرض الواقف هو ديمومه الثمره وبقاءها، فتكون تبعيّه الإنشاءات للأغراض كتبعيّه المعلول للعلة الممنوع تخلفه عنها، بل لا بدّ من تطابق الإنشاء مع الغرض، بمعنى أنّه يجب أن تكون دائره الإنشاء بقدر الغرض لا أوسع منه، لأنَّ الإنشاءات على قسمين:

تارة: صادره بنحو التقنين وليان قانونيّه الحكم المنشأ، ونسبه الغرض إليه تارة يكون بنحو الحكمه، وأخرى بنحو العله. فقوله: (لا تشرب الخمر لأنّه مسكّر) حكم قانونى اعتبر الإسكار فيه عله لتمام موضوع الحكم، أمّا عدّه المرأه فهى حكم قانونى، واختلاط المياه إنّما هى حكمه وليست بعله.

وأخرى: صادره على نحو إنشاءات العرف والعقلاء، وفى هذه الصورة يجب أن تكون دائره الإنشاء متطابقه مع الغرض وبقدره لا أوسع منه.

وإنشاء الواقف يعدّ من القسم الأخير، فيجب حمل إنشاءه على ما يتطابق مع

ص: ٢٦٩

١- (١١٦٩) المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات / ٢١٢.

٢- (١١٧٠) مفتاح الكرامه ٢١ / (٦٨٥-٦٨٢).

٣- (١١٧١) عوالى اللالى: باب الديون ٢/٢٦٠، ح ١٤؛ المسند (للشافعى) / ٣٠٨؛ مسند الحميدى / ٢٩٠؛ تلخيص الحبير ٣/٦٧، ح ١٣١٠؛ سنن البيهقى ٦/١٦٢؛ سنن ابن ماجه ٢/٨٠١، ٢٣٩٧.



غرضه من حبس العين وتسييل الثمره بقاءً، فإذا انتفت جاز بيع الموقوفه، ولهذا السبب نحكم بأن نفس إنشاء الوقف فيه اقتضاء البيع، وإن لم يقد دليل شرعى على جوازه.

توضيح ذلك: لا يخفى أن الفقهاء قسموا الشروط إلى:

الشروط المصرّحه فى ضمن العقد، والشروط المضمرة المبتّيه على الارتكاز، والى يعبر عنها بالشروط البنائيه، كشرط تساوى الثمن والمثمن فى المعامله، فإنّه من الشروط التى لا يصرح بها عادةً فى العقد، إلا أن العقلاء يبنون معاملاتهم عليه بناءً ارتكازياً، ويجعلون خيار الغبن لمن تضرّر نتيجة لتخلّفه عن الشرط المذكور، وفيما نحن فيه فإنّ ديمومه منفعه العين الموقوفه تعدّ من هذا القبيل، بمعنى أن إنشاء الوقف يقع مع هذا الشرط الارتكازى غير المصرّح به، ومفاده أنه يجب أن تبقى العين وثمرتها مسبله إلى حين إمكان الانتفاع، فإذا انتفت منافعها فى يوم من الأيام، جاز بيعها وتبديل ثمنها بعين أخرى يمكن الانتفاع بها بما يتوافق مع غرض الواقف الأقرب فالأقرب، وتأسيساً عليه فباعتمادى أن دليل الوقف بنفسه يقتضى جواز البيع، ولا حاجة للإستعانه بأدله أخرى لإثبات الجواز، كما أن حكم الشارع بجواز البيع عند انتفاء منافعها ليس حكماً تعديدياً، وإنما هو حكم إرشادى إلى هذا الشرط الارتكازى المضمّر، أو بيان لحكم واعتبار على وفق الشرط الارتكازى الذى شرطه الواقف»(1).

بعبارة أخرى: «أنّ الوقف المؤيّد عباره عن تحبّيس العين وتسييل المنفعه إلى أن يرث الله الأرض، ولا فرق بين تصريح الواقف فى صيغه الوقف بكلمه إلى أن يرث الله الأرض وبين عدم تصريحه بذلك، لأنّ معنى الوقف عباره عن هذا، فعليه لما كان الواقف واحداً من العقلاء ويعلم أنّ الأشياء كلّها فانيه فلا بدّ وأن يكون نظره من تحبّيس العين وتسييل المنفعه أعمّ من نفس العين ومن بدلها.

وبعبارة [ثالثه]: أنّ نظر الواقف من تحبّيس العين وتسييل منفعتها أولاً وبالذات إلى شخص العين ما دامت حالها هكذا يعنى يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين وثانياً

ص: ٢٧٠

وبالعرض إلى بدلها، فعليه يكون نفس إنشاء الواقف تحبب العين وتسهيل المنفعة على نحو الدوام دالاً على هذا المعنى، فليس للبطون الموجوده إتلاف نفس العين لأنفسهم بل لا بد من تبديل العين إلى شىء يبقى وينتفع به الكل إلى أن يرث الله الأرض»(١).

ومما ذكرنا يظهر ما فى مقاله الشيخ الأعظم من قوله: «نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداده العادى إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهى ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه، فتأمل»(٢).

وجه الظهور: أنّ «المستفاد من كلامه قدس سره هذا كون العين الموقوفه ملكا طلقا للبطون الموجوده التى تسقط العين عن الانتفاع بها فى زمانهم بحيث لو مات أحدهم يرث وارثه منها وهو غير سديد بداهه أنّ الواقف لم ينشئ بالوقف ملكيتين: ملكيه غير طلقه للبطون السابقه وملكيه طلقه لمن أردك آخر أزمته بقاء الوقف، بل الواقف بعد التفاته إلى أنّ العين الموقوفه غير قابله للبقاء إلى الأبد لا مناص له من أن يوقف العين بشخصها ما دامت باقيه وبماليته بعد التلف، لا بمعنى أنّ الواقف أوقف البديل بشخصه ليقال إنّه لم يكن ملكا له لا حدوثا كما هو واضح ولا بقاءً لأنّه حين المبادله لم يكن المبدل ملكا للواقف ولا بمعنى أنّه وقف كلى المالىه الساريه بين العين الموقوفه وبدلها، بل بمعنى أنّه وقف العين الشخصيه بشخصها وبماليته غايه الأمر حبس شخص العين محدود بما إذا أمكن الانتفاع بها مع بقائها وبدونه تكون المالىه وقفا فى ضمن أى شىء كانت وليست العين حينئذ محبوبه فيجوز تبديلها، وهذا هو السرّ فى عدم جواز إتلافها من قبل البطن الموجود فإنّ ماليته موقوفه فى ضمن أى عين كانت ولا يجوز إتلاف المالىه الموقوفه»(٣).

وكذا لا يتم ما قاله: «وكيف كان، فمع فرض ثبوت الحقّ للبطون اللاحقه، فلا وجه

ص: ٢٧١

١- (١١٧٣) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٧٢.

٢- (١١٧٤) المكاسب ٤/٦٢.

٣- (١١٧٥) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٧٣.

لترخيص البطن الموجود في إتلافه»(١).

لو كان مراده قدس سره من الحق هو الملكيه الشأنيه لعدم امكان تعقلها حتّى تكون منشأه من قبل الواقف.

## المقام الثاني: عدم المانع

### إشارة

الموانع المتصوره عن بيع الوقف في هذه الصوره تتشكل من أمور لابدّ من دفعها:

أ: دعوى الإجماع

الإجماع حاصل على عدم جواز بيع العين الموقوفه كما مرّ(٢).

ويرد عليه: أوّلاً: أنّه مدركيّ هنا.

وثانياً: «إنّ الإجماع الذي كان موجوداً في أصل المطلب من عدم جواز بيع الوقف ليس موجوداً في المقام لو لم يكن موجوداً على جواز البيع، ولا أقل من كون جواز البيع في المقام من المعروف والمشهور»(٣).

وثالثاً: الإجماع دليل لبيّ فاقده للإطلاق فيجب الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو هنا إذا لم تكن العين قد سقطت عن الانتفاع.(٤)

ب: صحيحه أبي علي بن راشد

الماضيّه(٥) عن أبي الحسن عليه السلام: لا يجوز شراء الوقوف ولا تدخل الغله في ملكك ادفعها إلى من أوقفت عليه، الحديث.(٦)

حيث تعلق فيها النهي ببيع الوقف وشراءه.

ويرد عليه: «أوّلاً: لا إطلاق للنهي ليشمل المورد، لإحتفافه بقريته صارفه تمنع

ص: ٢٧٢

١- (١١٧٦) المكاسب ٤/٦٣.

٢- (١١٧٧) راجع هذا المجلد صفحہ ٢٠٦.

٣- (١١٧٨) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٧٠.

٤- (١١٧٩) كما في العقد النضيد ٤/٥٦٤.

٥- (١١٨٠) راجع هذا المجلد صفحہ ٢٠٩.

٦- (١١٨١) وسائل الشيعة ١٩/١٨٥، ح ١.

عن انعقاد الإطلاق للنهي، وهي الغلّة والثمره المشار إليهما في الروايه، حيث تدلّان على اختصاص النهي بما إذا كانت العين الموقوفه مثمره، فلا تشمل صورته فقدها.

وثانيا: أنّ إطلاق أدلّه النهي منزله على مقتضى إنشاء الوقف المقيّد بصوره الانتفاع ووجود الثمره، لا مؤبدا حتّى عند فقدهما كما مرّ تفصيله آنفاً، وحكم هذه الروايه حكم غيرها من الأدلّه، حيث تدلّ على عدم الجواز ما دام ينتفع بها، وبالتالي لا إطلاق فيها لتشمل ما إذا كانت العين فاقده للمنافع»(١).

ج: صحيحه الصّفار

الماضيّه(٢) عن أبي محمّد الحسن بن علي عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله.(٣)

قد يقال: أنّها داله على عدم جواز بيع الوقف.

وردّه الشيخ الأعظم بقوله: «فلا- يدلّ على المنع هنا؛ لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومه في إنشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد؛ للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه»(٤).

المناقشه على ردّ الشيخ الأعظم

يرد على الشيخ الأعظم: أولاً: إنّ هذه مقاله الأخيره متهافته مع ما مرّ منه في أوّل البحث بعد الحكم على عدم جواز بيع الوقف إجماعاً «لعموم قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(٥).

ثانيا: لا وجه لتخصيص الصحيحه بما ذكره الشيخ الأعظم من أنّها مسوقه لبيان كيفيه المصرف في الوقف من أنّ الواقف لو وقفه على جهه لا بدّ من صرف منافعها في تلك

ص: ٢٧٣

١- (١١٨٢) العقد النضيد ٤/٥٦٥.

٢- (١١٨٣) راجع هذا المجلد صفحه ٢٠٨.

٣- (١١٨٤) وسائل الشيعه ١٩/١٧٥، ح ١.

٤- (١١٨٥) المكاسب ٤/٦١.

٥- (١١٨٦) المكاسب ٤/٣٣.

الجهة، بل أنّها عامه تشمل كيفية التصرف وعدم جواز البيع معا، نعم هذه الصورة من صور جواز بيع الوقف خارجه عن دائره شمولها.

وثالثا: قد مرّ أنّ عدم جواز بيع الوقف ليس من أحكام الوقف \_ كما ذكره الشيخ الأ-عظم \_ بل هو مقوم للوقف وداخل في انشائه، لأنّ الوقف عباره عن تحييس العين وتسييل المنفعه على نحو التأييد، لأنّ محل كلامنا في الوقف المؤبّد.

ورابعا: لانحتاج إلى تخصيص الصحيحه كما فعله الشيخ الأ-عظم بل أنّها «أدلّ على جواز البيع من المنع خلافا لما استدلّ به المانعين، فإنّه بعد ما ثبت أنّ غرض الواقف الإنشاء التوأم مع الانتفاع الدائم، فإنّ الروايه بنفسها تقتضى البيع عند الخراب وانتفاء المنافع، لأنّ الشارع قد أمضى الوقف بحسب أغراض الواقف المشروطه ببقاء المنفعه، وبالتالي فإنّ نفس إمضاء الوقف شرعا يقتضى جواز البيع عند الخراب، بل لزومه، خاصّه إذا لا-حظنا أنّ إبقاء العين المخروبه يعدّ تضييعا للمال، ومخالفا مع غرض الواقف والشارع، وعليه فدليل نفوذ الوقف ما دامت المنفعه باقيه يسقط بعد زوالها، وحينئذٍ يكون اقتضاء إطلاق دليل «أحلّ الله البيع» (1) نافذا دون مانع يمنع عن ذلك» (2).

### فذلكه القول في المقام

والحاصل: إنّ «العمومات الداله على صحه المعاملات من «أوفوا بالعقود» (3) و «أحلّ الله البيع» و «تجارة عن تراض» (4) فإنّها تقتضى صحه بيع الوقف إذا سقط عن الانتفاع بها فإنّ المانع عنها إنّما كانت هي الأدله الداله على عدم جواز بيع الوقف فإذا سقطت هي عن المانعيه فتكون هي محكمه ومقتضيه لجواز البيع كما لا يخفى.

وبالجملة: إنّ أدله عدم جواز بيع الوقف فيما إذا كانت العين الموقوفه باقيه على حالها وأمكن الانتفاع بها في الجهة التي وقفها الواقف لأجلها وإذا سقطت عن الانتفاع بها

ص: ٢٧٤

١- (١١٨٧) سورة البقره / ٢٧٥.

٢- (١١٨٨) العقد النضيد ٤/٥٦٥.

٣- (١١٨٩) سورة المائده / ١.

٤- (١١٩٠) سورة النساء / ٢٩.

لم تكن مشموله لها.

وبعبارة أخرى: أنّ ما دُل على المنع عن بيع الوقف ليس واردا على نحو التعبد، بل امضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكنا وغير متحرك بالبيع والهبة وجعله مهرا للزوجه وغيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقف أيضا وإذا سقطت العين الموقوفه عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها وخرجت العين عن الوقفيه من هذه الجبهه وجاز بيعها كما لا يخفى»(١).

**ثم إن هاهنا إشكالا لا بد من الجواب عنه**

### **الإشكال**

«ثم أنه يقع الإشكال في أنه بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج عن الانتفاع بها وبدل بشيء آخر فكيف يصير ذلك وقفا كمبدله مع عدم تعلق الإنشاء من الواقف عليه.

وعلى تقدير تعلق الإنشاء به فلا فائده فيه فإنه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لأنه لا وقف إلا في ملك وبعد تبديله بالثمن فليس ملكا للواقف وعلى تقدير رجوعه إلى ملكه لا يكون وقفا إلا بإنشاء جديد فهو منفي، بل مقتضى القاعده حينئذ أى مع الرجوع إلى ملكه إما كونه ملكا للواقف على تقدير حياته وللورثه مع موته»(٢).

وبعبارة أخرى: «بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج عن الانتفاع بها، وتبديل ثمنه بوقف آخر، فكيف يصبح هذا الثمن وقفا كمبدله مع عدم تعلق إنشاء الوقف به.

[ثم] على تقدير تعلق الإنشاء به، فإنه لا يكون مفيدا لصدور الوقف عمّن لا يعد مالكا والثابت أنه (لا وقف إلا في ملك).

ص: ٢٧٥

١- (١١٩١) مصباح الفقاهه ٥/١٨١ و ١٨٢.

٢- (١١٩٢) مصباح الفقاهه ٥/١٨٢.

[توضيح] ذلك: لا شك أن الوقف من الأمور الإنشائية، ولا يتحقق إلا بإنشاء صادر من المالك، فمع خراب الوقف وإن جاز بيع العين الموقوفه شرعا، لكن ما الدليل على صحه وقف الثمن الذى هو بدل للمبدل ولم يكن البائع مالكا له، حيث لا مجال لتوجيه وقف من ليس بمالك، فإن متعلق الإنشاء كان وقف المثل، ولم يكن الثمن متعلقا للإنشاء، فما أوقفه الواقف هى الدار التى انتهت وقفيتها بالخراب، وما نحاول إثبات وقفيتها بعد البيع هو الثمن الذى لم يكن قد تعلق به الإنشاء، وبالتالي تكون وقفية الثمن غير ممكنه بل ضروريه البطلان لصدورها عن ليس بمالك»(١).

**قد تعرض الأعلام لحل هذا الاشكال:**

**محاولة المحقق الخراساني**

**اشاره**

قال: «لا ريب فيه على تقدير كون الوقف مما يتعدّد فيه المطلوب، ويكون بحسب حقيقته ذا مرتبتين: حبس العين بنفسها مادام ممكنا، وحبسها ببدلها فيما لم يمكن»(٢).

توضيح محاولته: «أن للواقف مطلوبان طوليان؛ أولى وثانوى، أما المطلوب الأولى الذى هو متعلق إنشاء الواقف، ليس إلا حبس العين وتسييل الثمره، ما دام يمكن الانتفاع بالعين بنفسها وبخصوصياتها الشخصيه، أما المطلوب الثانوى فهو الانتفاع ببدلها فيما لو سقط الانتفاع بها، وعليه فإن وقفية البديل تكون متحققه من خلال الإنشاء المتعلق بالعين»(٣).

**نقد الإصفهاني على محاولة الخراساني ثم توجيهها**

اعترض المحقق الإصفهاني على استاذ به نصح: «أن المالىه التى هى أمر انتزاعى عقلاى تشخص بمنشائها، فالمالىه القائمه بالبدل غير المالىه القائمه بالعين الموقوفه حقيقه ودقه، ولا مساس لها بالواقف حتى يجعلها محبوسه فى المرتبه الثانى من غرضه، بخلاف المالىه القائمه بماله فإنها قابله له، وإنما الكلام فى جواز تبديل هذه المالىه بما

ص: ٢٧٦

١- (١١٩٣) العقد النضيد / ٥٦٥ و ٥٦٦.

٢- (١١٩٤) حاشيه المكاسب / ١١٠.

٣- (١١٩٥) العقد النضيد ٤/٥٦٨.



يماثلها مع أنّها ماله العين بشخصها لا بماليه أخرى، وبيع العين كما يوجب نقل العين كذلك نقل المال، وأُيِّ دليل على لزوم اتباع غرض الواقف حتّى يقال بأنّ الانتفاع بالمال متوقف على تبديله؛ مع أنّ تبديله مساوق لازاله المحبوسيه عنه، فكيف يمكن تعلق غرضه بالمحبوسيه على وجه مزيل للمحبوسيه»(1)؟!

مراده: «أنّ بدل العين الموقوفه لم يكن من مراتب ملكيه الواقف، بل أُجنبى عنه، لأنّ ما يضاف إلى المالك إنّما هو العين بجميع خصوصياته، وأمّا بدلها، فلم يكن طرفاً لعلقه الإضافه، ولذلك لا تأثير لإنشاء الواقف للعين بالنسبه إلى بدلها لانحصار تأثير إنشاءه بما هو تحت سلطنته واختياره دون ما هو خارج عنهما، فحدود صلاحية الواقف منحصره بنفس العين، وليست متعدده لتشمل العين وبدلها طويلاً»(2).

ثمّ بعد هذا الاعتراض قام الإصفهاني(3) بتوجيه كلام الخراساني بما توضيحه: «أنّ كلّ مال يتضمّن ثلاث جهات:

الأولى: الجهه الخصوصيه المتعلقه بالمال المعين كالكتاب، فإنّه مالٌ مع خصوصيه كونه كتاباً.

الثانيه: الجهه المائيه الخاصه المضافه إلى الشيء، وهى القيمه التى يختصّ هذا الكتاب الخاصّ بها.

الثالثه: الجهه المائيه العامه التى تشترك الكتاب وغيره فيها، وهى التى يُعبّر عنها بالفارسيه بـ (أرزش).

فإنّه عند إتلاف المال تزول الخصوصيه الأولى والثانيه، وليس فى استطاعه التالف أو المالك استيفاءهما. أمّا الجهه الثالثه فهى باقيه وقابله للردّ والاستيفاء وقوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» بيان لهذه الخصوصيه.

وفيما نحن فيه فإنّ الواقف حينما يقدم على إنشاء الوقف، فإنّه لم يوقف العين

ص: ٢٧٧

١- (١١٩٦) حاشيه المكاسب ٣/١١٥.

٢- (١١٩٧) العقد النضيد ٤/٥٦٨.

٣- (١١٩٨) حاشيه المكاسب ٣/(١١٦-١١٤).

وبدلها معا \_ كما التزم به الآخوند \_ بل يتعلّق وقفه بالجهد الأولى والثالثة، فليس يقصد وقف الكتاب بما هو كتاب، بل يوقفه بما هو مال، ولهذا السبب تتوسّع دائره الموقوف من خلال إنشاء الواقف، وتشمل الكتاب وما يتضمّنه من المائيه، فإذا انتفى الأوّل وأصبح عديم الفائدة، فإن أصل المائيه تكون باقيه وتبقى موقوفه إلى الأبد بنفس إنشاء الوقف الأوّل.

والنتيجه: أنه ما دام يمكن الانتفاع من العين بالمائيه القائمه بها، فإنه يجب الاحتفاظ بها، ومع سقوطهما يصل الدور إلى الجهد الثالثه، حيث يقتضى أصل الوقف لزوم المحافظه عليها، ممّا يستلزم بيع العين الخربه أو عديمه الفائدة لأجل إبقاء أصل المائيه الموقوفه أساسا بأصل الوقف، فيصبح البديل أيضا وقفا بتبع وقفه أصل المائيه التي كانت موقوفه إلى الأبد من حين الإنشاء»<sup>(١)</sup>.

### محاولة السيد اليزدي

قال في ملحقات العروه الوثقى: «إذا وقف مائيه عين أبدا يمكن أن يقال: إنه وإن لم يكن من الوقف المصطلح إلا أنّ مقتضى العمومات العامه صحته، ونمنع حصر المعاملات في المتداولات، بل الأقوى صحه كلّ معامله عقلايه لم يمنع عنها الشارع، فكما تصحّ الوصيّه بإبقاء مقدار من ماله أبدا وصرف منافعه في مصارف معيّنه مع الرخصه في تبديله بما هو أصلح، فكذا لا مانع منه في المنجز بمثل الوقف على النحو المذكور وإن لم يكن من الوقف المصطلح»<sup>(٢)</sup>.

ويناقش عليه: «أوّلاً: لا يخفى أنّ الوقف إذا تعلّق بالعين يعنى حسب العين عن جميع التصرفات، أمّا الخصوصيات المتعلّقه بذات العين فهي غير داخله تحت الوقف، وأمّا إذا تعلّق الوقف بالخصوصيه المائيه دون العين، فإنّ الأمر يقتضى أن نعدّ خصوصيات هذا النوع من الوقف جواز تبديلها، لتعلّق الوقف بأصل المائيه لا بخصوصياتها، وبالتالي

ص: ٢٧٨

١- (١١٩٩) العقد النضيد ٤/٥٦٨ و ٥٦٩.

٢- (١٢٠٠) العروه الوثقى ٦/٣٩٣، مسأله ٤٦.

ينبغي أن نلتزم بجواز بيع المائيه وتبديلها، وإن لم تطرأ عليها مسوغات بيع الوقف، وهذا ما لا أظنّ بفقهاء يلتزم به»<sup>(١)</sup>.

وثانياً: اطلاق أدله الوقف لا- يشمل ما ليس بمتداول عند العقلاء بيان ذلك: «إنّ المجعولات الشرعيه على قسمين: تأسيسيه وإمضائيه.

أما المجعولات التأسيسيه: فإنّ الشارع لم يلاحظ حين الجعل خصوصيه معينه في حكمه، وبالتالي تكون أصاله الإطلاق محكمه، وهذا بخلاف الأدله الإمضائيه حيث يلاحظ الشارع عند جعلها الخصوصيات العرفيه والارتكازات المتداوله عند العقلاء، فقوله: «أحلّ الله البيع» يعدّ من الأحكام الإمضائيه، ويختصّ بالبيع العقلايه المتعارفه في الأسواق، أما البيوع غير العقلايه فبرغم صدق عنوان البيع عليها - سواءً اعتبرناه بتبديل عين بمال، أو بتبديل طرفي الإضافه، أو جعل شيء بإزاء شيء - فإنّ إطلاق الدليل المذكور قاصر عن شمولها، ولا أقلّ من أنّه مشكوك، لأنّ الخطابات الشرعيه ملقاه إلى العرف العام، وتفسيرها موكول إلى فهم العرف الذي يستعين عادةً بمخزونه الذهني، وبالتالي تعدّ الارتكازات العرفيه المرتكزه في أذهان العقلاء قرائن حافه بالكلام، توجب صرف ظهور الخطاب الشرعي عن الموارد غير العقلايه أو المشكوكه.

وما ذكره السيّد رحمه الله من وقف المائيه مندرج في القسم الثاني، لأنّ المتداول والمتعارف عند جميع العقلاء من كلّ مله وديانته، القيام بوقف الأعيان القابله للبقاء لفترات غير محدوده، أما وقف المائيه فهو غير معهود في سيرتهم كما اعترف بذلك السيّد بنفسه، وصرّح بأنّ هذا النوع من الوقف «لم يكن من الوقف المصطلح»، ولهذا السبب فإنّ إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» المعدود من الأدله الإمضائيه قاصر عن شمول مثل هذا الوقف الغير المعهود والبعيد عن سيره العقلاء، وعليه فإنّ استدلال السيّد بهذا الدليل ممنوع»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٢٧٩

١- (١٢٠١) العقد النضيد ٤/٥٧٠.

٢- (١٢٠٢) العقد النضيد ٤/٥٧١.

لا يقال: «إن اعتبار المائيه أمرا زائلاً غير باق بعد زوال خصوصياتها الخارجيه، ولذلك لا يمكن أن يتعلّق بها الوقف، ممنوع، بل الأمر عند العرف والعقلاء عكس ذلك، حيث يعتبرون المائيه باقيه برغم تبدل الخصوصيات الفرديه المتعلقه بها وزوالها، والشاهد على ذلك ما هو ثابت في باب الضمانات من بقاء مائيه المال التالف، واشتغال ذمه التالف بها، برغم زوال خصوصيه، وكذلك الحال في مطلق باب التجارات حيث نجد أنّ التجار يتعاملون طوال السنه بمطلق البضاعات وبمواصفات متنوعه، لكن الذي يبقى للتاجر آخر السنه هي المائيه التي ينتسب إليه، ومع بقاءها فيمكن أن تقع متعلقاً للوقف، ومصداقاً لقوله عليه السلام: «لا وقف إلا في ملك»<sup>(١)</sup>.

لأننا نقول: «لا شكّ أنّ المسامحات العرفيه لاغيه لا اعتبار بها، ولا يمكن الاعتماد عليها في استنباط الأحكام الشرعيه، بل الاعتبار للدقه العقليه العرفيه، ولهذا السبب ينبغي أن نلاحظ حقيقه عنوان بقاء المائيه فيما نحن فيه، ففي باب الضمان فإنّ المتلف يعدّ بتصرفه متلفاً لأمرين: المال التالف بخصوصياته الفرديه، والمائيه المتعلقه بها، فالتلف يعدّ حقيقه \_ لا مسامحه \_ تلفاً للعين ولما ليتها، وما يدفعه الضامن إنّما هو بدل مائيه العين المفقوده، فالمائيه المدفوعه تسدّ مسدّ المائيه الحقيقيه والأصليه التالفه لا نفسها، وإن يتسامح العرف في ذلك ويعتبرها نفس المائيه الأصلية، ويرى مائيته باقيه بعد قبضه بدل التالف من المتلف، وكذلك الحال في باب المكاسب والتجارات، فإنّ التاجر من خلال معاملاته ويوعه في تبدل مستمرّ للعين والمائيه، وإنّما الأموال المتجدده تجبر المائيات المعدومه خلال المعاملات السابقه، وبالتالي فلا مجال فرض بقاء المائيه الأصلية، بل هي زائله حقيقه بزوال عينها، وإنّما تحلّ مائيه جديده محلّ المفقوده، ولذلك لا تعدّ المائيه الجديده الحادثه بعد زوال المائيه الأصلية مصداقاً لقوله: «لا وقف إلا في ملك»، لأنّ تعلّق الوقف بالبدل يعدّ [من تعلّق الوقف] بغير الملك»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٢٨٠

١- (١٢٠٣) العقد النضيد ٤/٥٧٢.

٢- (١٢٠٤) العقد النضيد ٤/٥٧٣.

ولكن يمكن تصحيح وقف المايه بطرق أخرى:

أ: «التمسك بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» باعتبار أنّ الموضوع فى الآيه الشريفه عنوان العقد، فىشمل مطلق العقود حتّى وإن لم تكن عقلائيّه، لكن الاستدلال بها يتوقّف على اعتبار الوقف عقدا من العقود، وهو ما لم يتبنّاه السيّد رحمه الله حيث التزم بعدم عقديّته لعدم اعتبار القبول فيه.

ب: اعتبار الأدلّه الإيضائيّه مطلقه تشمل جميع العقود حتّى الغير المتعارف عند العقلاء.

ج: اعتبار أنّ الموضوع فى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مطلق العهد وإن لم يكن متضمّنا للإيجاب والقبول، ليشمل وقف المايه باعتبار أنّه عهدٌ من العهود»(١). هذا.

### جواب السيّد الخوئى

قال فى جواب الاشكال: «والذى ينبغى أن يقال: أنّ الإنشاء وإن تعلّق بالعين الشخصيه الموجوده فى الخارج ولكن لا خصوصيه للخصوصيه الخارجيه فى العين الموقوفه وإنّما هى هذه العين الخارجيه مع لحاظ المايه العاريه عن الخصوصيه الشخصيه فهذه المايه فى هذه العين الموقوفه الخارجيه ما دامت موجوده وبعدها تكون باقيه فى العين الآخر مع التبديل وإذن فالماليه المحفوظه مع الإمكان متعلّق الوقف فلا فرق فى كونها وقفا بإنشاء الواقف وهذا ولا خدشه فيه فى مقام الثبوت.

وأما فى مقام الإثبات فالقرينه على ذلك كون الوقف مؤبدا إلى أن يرث الله الأرض ومنّ فيها وعدم إمكان إبقاء العين إلى الأبد فيعلم من ذلك أنّ الوقف إنّما تعلّق بشيء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان غايه الأمر مادامت العين الموقوفه بشخصها باقيه فخصوصياتها أيضا متعلّق الوقف حين الإنشاء ولذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوّز إذن فالبدل وقف بإنشاء نفس الواقف لا بإنشاء آخر على أنّه لو كان ملكا للبطن الموجود

ص: ٢٨١

تنقل حق كل منهم بمجرد موته إلى وارثه مع أنه ليس كذلك»(١).

مراده: أنه مدفوع ثبوتاً واثباتاً:

«أمّا في مقام الثبوت: فإنّ الإنشاء وإن تعلّق بالعين الشخصيّة، ولكن لا خصوصيّة للخصوصيّة الخارجيّة فيها، بل الاعتبار لها مع لحاظ ماليّتها العارِيه عن الخصوصيّة الشخصيّة، بمعنى أنّ الموقوف هذه العين ما دامت موجوده وثمرتها بعد زوال العين، وبالتالي فإنّ الماليّته تكون متعلّقه للوقف بمثل العين، فيصبح الثمن وقفاً بعد خراب العين.

أمّا في مقام الإثبات: فإنّ القرينه على صحّته وقف الثمن قيام الواقف بوقف العين دائماً مع علمه باستحاله بقاءها إلى الأبد، فيعلم من ذلك أنّ الوقف إنّما تعلّق بشيء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان، ما دامت العين موجوده بشخصها، فإذا زالت بالخراب تكون الخصوصيّات المتعلّقه بها \_ وهو الثمن \_ أيضاً متعلّقه الوقف حين الإنشاء، فبخراب الدار تبطل وقفية الدار، لكن لا تبطل وقفية ماليّته العارِيه عن الخصوصيّات»(٢).

اعتراض الاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ على الأعلام الثلاثة

«إنّ متعلّق ملكيه المالك هي الماليّته القائمه بالمال المعيّن من الدار أو الكتاب، فمملوكة الماليّته الخاصه لا العارِيه عن الخصوصيّات، فإنّ الأخيره لا تكون طرف إضافته الملكيه الإنشائيّه»(٣).

وثانياً: اضافته كل مال إلى مالكة لها جهتان: «جهه الاضافه الخصوصيّة كخصوصيّة الدار والكتاب مثلاً، وجهه الإضافه الماليّته فالدار والكتاب بما لهما من الماليّته والقيمه مضافان إلى المالك. كما أنّ متعلّق الإضافه [الماليه] المذكوره يستحيل فيه الإهمال أو الإطلاق، أمّا الإهمال فواضح، وأمّا الإطلاق فإنّ عدم معقولية الماليّته المطلقه من جهه أنّها تستلزم أن تكون الماليّته عارِيه عن جميع الخصوصيّات، فتكون قابله للانطباق على مال زيد و عمرو وغيرهما، ولا شكّ أنّ مثل هذه الماليّته المطلقه لا يمكن أن تصبح طرفاً

ص: ٢٨٢

١- (١٢٠٦) مصباح الفقاهه ٥/١٨٣.

٢- (١٢٠٧) العقد النضيد ٤/٥٥٦.

٣- (١٢٠٨) العقد النضيد ٤/٥٦٧.

مضافا إلى المالك، إلا أن يُدعى أن الإطلاق المذكور في المقام يبين الإطلاق في بقيه الموارد، وهي ممنوعه، لما ثبت أن الإطلاق لا يخلو: إما أنه جمع الخصوصيات، أو أنه رفض الخصوصيات، وكلاهما ممنوعان في المقام؛ أما الأول فبطلانه أوضح من أن يخفى، لاستلزامه أن تكون المائيه المضافه إلى مطلق الأفراد طرفا مضافه إلى المالك، وهو قطعى البطلان. وبالتالي فلا بد أن يكون الإطلاق بالمعنى الثانى، وأن المراد منه المائيه العاريه عن جميع الخصوصيات، ومثل هذه المائيه قابله للانطباق على جميع الأفراد»(١).

«وبالجملة: ثبت أن ملكيه المالك ليس إلا المائيه المقتيده دون المطلقه أو المهمله، وعليه فدعوى السيد الخوئى بأن الاعتبار يكون «المائيه العاريه عن الخصوصيه الشخصيه»(٢) ممنوعه»(٣).

واعترض على المحقق الإصفهاني أيضا بمثل ذلك وقال: «أن الوقف من الأمور الإنشائية الإضافيه، ولا يعقل الإهمال في طرف الإضافه الوقفيه، لأن المضاف إليه من الحق أو الملك أمر واقعى، بالرغم من أن الإضافه بنفسها اعتبارى، ولذلك لا مجال لفرض الإهمال في الأمر الواقعى المتحقق، بل لا يخلو الاعتبار إمّا كونه مائيه هذه العين، أو مطلق المائيه الملغى عنها الخصوصيات، إمّا الأولى فتزول بزوال الانتفاع، ولا مجال لبقاء شىء سوى المائيه المطلقه العاريه عنها الخصوصيات، وبقاءها أيضا ممنوعه بمقتضى ما ذكرناه خلال الرد على دعوى السيد الخوئى فلا نعيده»(٤).

كما اعترض على السيد الزدى ثالثه بمثل ذلك وقال: «لا يعقل الإهمال في وقف المائيه، لعدم إمكان تصوّره في فعل الفاعل القاصد المختار، وعليه فلو أوقف الرجل مائيه داره، فلا يخلو الأمر كون الموقوفه هى مائيه هذا الدار أو مائيته مع إلغاء الخصوصيه ولا ثالث.

ص: ٢٨٣

١- (١٢٠٩) العقد النضيد ٤/٥٦٧.

٢- (١٢١٠) مصباح الفقاهه ٥/١٨٣.

٣- (١٢١١) العقد النضيد ٤/٥٦٧.

٤- (١٢١٢) العقد النضيد ٤/٥٦٩.

أمّا الأولى: غير باقيه لكى يوقفها مؤبداً، بل هى تنتقل من خلال البيع إلى المشتري لو وقعت معامله عليه، وإن لم تقع عليها المعامله، فبقيت إلى أن خرب، فحينئذٍ تزول ماليتها ولا يبقى شيء بعده لكى يوقفه مؤبداً، وبالتالي لا يصح الوقف مع فرض عدم إمكان تحقّق موضوعه.

أمّا الثانيه: فإنّ اعتبار الموقوفه هى الماليه الملغى عنها الخصوصيه المضافه، ممنوعه أيضاً للإشكالين اللذين سبق وذكرناهما آنفاً فى الردّ على مختار المحقّق الإصفهاني والخوئي<sup>(١)</sup>.

ولكن يمكن أن يجاب عن الاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ والإشكال

بأنّ الماليه الوارده فى كلام السيّد الزدى هى «ماليه عين» أعنى الماليه المضافه إلى عينٍ ووردت فى محاوله المحقّق الإصفهاني أيضاً «ماليه العين بشخصها» أو «الماليه القائمه بماله» أى بمال الواقف، ووردت فى جواب السيّد الخوئي «الماليه فى هذه العين الموقوفه الخارجيه»، فحينئذٍ الماليه الوارده فى كلماتهم ماليه مقيده بالعين الموقوفه، فأين هذه الماليه المقيده ممّا ذكره الاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ من الماليه المهمله التى هى مستحيله والماليه المطلقه \_ بالمعنيين الرافضه والجامعه \_ التى قابله للانطباق على جميع الأفراد [الرافضه]، أو التى تضاف إلى مطلق الأفراد [الجامعه]، فلا- تصح أن تضاف إلى المالك الواقف، فما أثبتته القوم شيئاً وما ردّه الأستاذ المحقّق \_ مدظله \_ شيئاً آخر، الماليه التى تصير وقفا عندهم هى الماليه المقيده بالعين، ولكن الماليه لها خصوصيه ذاتيه سياله وهى امكان تبديلها وتعويضها من عين إلى عين أخرى، وجواز هذا التبديل تكون من خصوصيتها الذاتيه.

فحينئذٍ تكون العين وقفا بعينيتها وماليتها، وإذا لم يمكن الانتفاع من عينيتها، يمكن الانتفاع بماليتها وتبديل ماليه هذه العين بالعين الأخرى، وحيث أنّ العين موقوفه، فماليتها أيضاً موقوفه، وهذه الماليه الموقوفه موجوده فى العين الأخرى بعد التبديل فهى

ص: ٢٨٤



أيضا موقوفه فثبتت موقوفه البدل.

وهذا هو جوابنا لحلّ المشكله، جواب بسيط ومختصر وواضح يرفع الإشكال من أساسه فلا نحتاج إلى جواب آخر ولكن مع ذلك نذكر لك جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ احتراماً له بما له من التفصيل وتباعد المسافه في حل الإشكال والحمد لله على كل حالٍ.

جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ عن الاشكال

قال: «وَحَلَّ المشكله: إنّما يتحقّق من خلال القول بأنّ موقوفه البدل تكون من الواقف نفسه، ولكن بشرط النتيجة، بحيث يكون شرط النتيجة هو المحقّق للوقفيّه، واعتماداً على هذا الوجه، فقد خالفنا جماعه من أعاضم فقهاءنا المتأخّرين كالآخوند والإصفهاني والخوئي، وحكمنا بوقفيّه البدل وقفا دائماً كالمبدل. لكن بيان ذلك يتوقّف على ثلاث مقدّمات:

المقدّمه الأولى: ثبت في باب الشروط أنّها على قسمين: الشروط المصرّحه بها في صيغه العقد، والشروط الضمّيّه الارتكازيّه. ومعلوم أنّ الشرط عنوان إيقاعى إنشائي كالعقد، فهو الإيقاع المرتبط أو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر، كما هو الحال في العقود الإنشائيّه، لكن مع فارق واحد وهو سعه دائره الشروط عن سائر العقود الإنشائيّه المبنيّه على اللفظ المحدّد لمراد المتعاقدين، لأنّها تشمل الشروط المصرّحه والضمّيّه الارتكازيّه، ولهذا السبب يمكن الإيقاع دون التصريح بالشرط اعتماداً على الشرط الارتكازي، كما في خيار الغبن حيث حكم الفقهاء بثبوتها للمغبون اعتماداً على الشرط المرتكز عند العقلاء من لزوم التساوي في المائنه.

المقدّمه الثانيه: ثبت في باب الشروط أيضاً أنّها تنقسم إلى: شرط الفعل وشرط النتيجة، والأخيره لا تتحقّق إلاّ بعد قيام المقتضى وفقد الموانع، إذ قد يعتبر في تحقّقها لفظ خاصّ ممّا يمنع عن تحقّق النتيجة من خلال الشرط كما في الطلاق، حيث لا مجال لتحقّقها إلاّ من خلال صيغه معيّنه وضعها الشارع، وبالتالي لا يمكن إيجاد بينونه بين الزوجين من خلال الشرط، وهذا بخلاف الملكيه حيث يمكن تحقّقها من خلال شرط

النتيجة، بأن يقول: (بعتك بشرط أن أملك كتابك) لأنّ الملكيه غير مقيدَه بصيغه خاصّه ويمكن تحقّقها بالقول والفعل.

المقدّمه الثالثه: التزم المشهور بأنّ التعليق من موجبات بطلان العقد، واستدلّوا عليه بدليلين:

١\_ الدليل العقلي، وهو أنّ التعليق يستلزم تفكيك الإنشاء عن المنشأ، وهو محال. لكن ثبت في محلّه اندفاع هذا الدليل.

٢\_ الإجماع على أنّ التعليق في العقود والإيقاعات مبطل للعقد. لكن لا يخفى أنّ الإجماع دليل لبي لا- إطلاق فيه، أو أنّه مشكوك على أقلّ تقدير، فيجب الاقتصار في دلالته على المتيقن.

أقول: أثبتنا من خلال الأبحاث السابقه أنّ غرض الواقف من الوقف المؤبد إنّما هي الاستفاده الأبدية من الموقوف مؤبداً، ما دام يمكن الاستفاده منها، وبديلها عند زوال الفوائد المرجوه منها، وقلنا إنّ جواز بيع العين مستفاده من نفس صيغه الوقف لتضمّنها شرطاً ارتكازياً يفيد جواز بيعها وتبديلها بما يمكن الانتفاع منه، وعليه فإنّ وقفه البديل إنّما تكون بشرط ارتكازي على نحو شرط النتيجة، بمعنى أنّ الواقف حينما يوقف ماله يلتزم بأمرين:

أحدهما بمقتضى صيغه الوقف، والآخر بمقتضى الشرط الضمني المعلق الذي ثبت من خلال المقدّمه الأولى عدم كونه مضرّاً بصحّه العقد، وهما:

[١] الالتزام بحبس المال الموقوفه ما دام يُنتفع بها.

[٢] والآخر أن يكون بدلها أيضاً وقفاً.

وبالنتيجة فلا مجال للإشكالات السابقه لتحقق وقفه البديل وقفاً نهائياً مؤبداً، وذلك من خلال الشرط المبناي الضمني الارتكازي الذي يشمل قوله: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» و «المؤمنون عند شروطهم».

بيان ذلك: أنّ الواقف قبل أن يقدم على إنشاء صيغه الوقف وقبل أن يصبح أجنبياً عن العين الموقوفه، يتحقّق منه شرطٌ ضمّنّي يعدّ شرطاً في ظرف الوقف لا في ظرف البيع

اللاحق، حيث يلتزم من خلال هذا الشرط الضمني بوقفه بدل العين الموقوفه عند زوال منافعها، فالالتزام الحاصل منه فعلى، إلا أن ظرف الملتزم به متأخر، ولا يعدّ مثل هذا الالتزام مضراً بالعقد وبالشرط...، فوقفّيه بدل العين وقفّيه معلقه، إلا أن الالتزام بها فعلى غير مشروط في ضمن صيغه الوقف، وقد ثبت خلال المقدمات المذكوره صحّه [مثل] هذا الشرط والاشتراط فعلاً واستقبالاً على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، ومثل هذه الشروط ساريه وجاريه في أبواب عديده من أبواب المعاملات، كما في البيع المشروط برد الثمن، وفي الشركه على نحو المفاوضه والوجوه، بأن يشارك غيره في التجاره ثم يشترط عليه أن تكون جميع المنافع الحاصله له دون شريكه بمقتضى الشرط خلافاً لمقتضى قواعد الشركه، وهكذا في المضاربه وغيرها من العقود والمعاملات والعقود الجائزه، حيث يمكن أن يشترط في ضمن العقد فيكون متعلق التزامه فعلياً أو معلقاً، وأن يكون التعليق في متعلق الشرط، فإنّه لا محذور في جميع ذلك، لأن الشرط في هذه الموارد ليس من قبيل الواجب المشروط، بل من قبيل الواجب المعلق. وهكذا في المقام فإنّ التزام الواقف بوقفه البدل لم يكن معلقاً على خراب العين الموقوفه ومن ثمّ بيعها، لكي يناقش في أنّ البطن البائع لم يكن مالكا للعين ليصحّ منه وقف البدل، بل الواقف بنفسه يلتزم بوقفه البدل من حين الوقف وفي ظرفه، لكن معلقاً على البيع، فقيام البطن البائع ببيع العين بعد خرابها وسقوط منافعها، ومن ثمّ وقفه البدل، فجميعها يتمّ من خلال شرط الواقف بنفسه حين الوقف، والمراد من هذا الشرط كون الواقف يلتزم فعلياً، لكن المتعلق والملتزم به استقبالي، وقد ثبت خلال المقدمات السابقه صحّه مثل هذا الشرط والالتزام، واندراجه في إطلاق قوله: «الوقف بحسب ما يوقفها أهلها» و«المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.

المناقشه في جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_

يمكن أن يناقش في جوابه \_ دام ظله \_ :

ص: ٢٨٧

أولاً: بعد ما مرّ من الجواب المختار مع وضوحه وبساطته واختصاره فهذا الجواب من الاستاذ \_ مدظله \_ يكون تبعيداً للمسافه وأكلاً بالقفى.

وثانياً: بعد عدم الانتفاع بالعين الموقوفه، عدّ جواز بيعها ووقفه البديل من الشروط الارتكازية فى الوقف على نحو شرط الفعل أو النتيجة محل تأمل بل منع لغفله كثير من الواقفين عن هذا الشرط الارتكازى بل لم يتوجهوا إليه حتّى لو تذكروا وتبّهوا إليه، فعّد وقفه البديل من الشروط الارتكازى محلّ منع فلا تتم المقدمه الأولى من بيان الاستاذ \_ مدظله \_ .

وثالثاً: قد مرّ منّا فى بحث التنجيز فى العقود(١)، الأدله العاشره فى بطلان العقود بالتعليق واستفدنا منها بطلان العقود المعلّقه تبعاً للمشهور، فحينئذ وقفه البديل معلّقاً على بيع العين تكون من العقود أو الايقاعات المعلّقه فتكون باطله فلا تتم المقدمه الثالثه من بيان الاستاذ \_ دام ظلّه \_ وحفظه الله لحفظ المذهب والشريعته بجاه محمّد وآله الطاهرين عليهم صلوات ربّ العالمين.

ثمّ بعد الحكم بجواز البيع فى هذه الصوره.

**إنّ هاهنا فروعا لا بدّ من البحث حولها**

**الفرع الأول: البديل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟**

قد ظهر ممّا ذكرنا فى جواب الإشكال وقفه البديل وتوضيح ذلك: «أنّ مقتضى البدليه وقانون المبادله يقتضى أن يكون البديل أيضاً وقفاً على نحو المبدل، لما ذكرناه مراراً من أنّ الثمن يقوم مقام المثلث فعلية كما كان المثلث ملكاً غير طلق للبطن الموجوده يكون البديل أيضاً كذلك، وما ذكرناه من مقتضى قانون المبادله أولى ممّا ذكره الشيخ [الأعظم(٢)] قدس سره من أنّ البطن الموجود مالِك له فعلاً ما دام موجوداً بتملكك الواقف فكذلك المعدوم مالِك له شأنًا، لأنّه لم نعرف معنى محصّياً لما ذكره من كون المعدوم مالِكاً

ص: ٢٨٨

١- (١٢١٥) راجع الآراء الفقهيّه ٤/ (٢٤٥-٢٤٣).

٢- (١٢١٦) المكاسب ٤/٦٣.

له شأنًا لأنَّ معنى هذه الكلمه أنه لو بقيت العين يكونوا مالكيين وأما لو لم تبقى فتكون ملكيتهم سالبه بانتفاء الموضوع.

وكيف كان، مقتضى قانون البدليه والمبادله هو أن يكون البدل مثل المبدل في كيفية الملكيه للموجودين والمعدومين وكما أنَّ المبدل والمثمن كان ملكا غير طلق للموجودين بل كان ملكا لهم وللمعدومين من باب حبس العين وتسييل المنفعه يكون البدل أيضا هكذا، والذي يوضح هذا المعنى أنَّ أحدا لو أتلّف الموقوفه وصار ضامنا لبدلها يكون البدل ملكا لهم على نحو كانت الموقوفه ملكا لهم، وأولى منه ما ذكره الشيخ [الأعظم(1)] قدس سره من أنَّ اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في ديه العبد المقتول، لأنَّ الديه حكم شرعى متأخر عن تلف الوقف فيجوز أن يقال بسقوط حقّ البطون اللاحقه عن الديه بتلف نفس الوقف بخلاف الثمن لأنَّ الثمن يكون مثل المثمن في كونه قائما مقام المثمن عند البيع. وأيضا المقام أولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا، مع أنه يمكن أن يقال بعدم كون البدل قائما مقام المبدل فى الرهنه من جهة أنَّ(2) «حقّ الرهنه متعلق بالعين من حيث إنه ملك لمالكه الأول، فجاز أن يرتفع، لا- إلى بدل بارتفاع ملكيه المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائما بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص مؤقت نظير اختصاص البطن الموجود، مُنشأ بإنشائه، مقارن له بحسب الجعل، متأخر عنه فى الوجود»(3).

ثمّ فليعلم: «وجه كون المقام أولى مّا حكموا به فى الرهن هو: أنَّ إنشاء الرهن قد تعلّق بالمبدل بما أنه ملك للمديون، والمفروض زوال ملكه عنه بسبب التلف، فيمكن زوال حق الرهانه عنه، وأن لا- يتعلّق ببدله الذى هو ملك حادث، وإنّما أُقيم مقامه حفظا لحقّ المرتهن. وهذا بخلاف الوقف، ضروره إستناد إختصاصه بكلّ واحدٍ من البطون إلى الواقف، فهو المملّك للموجودين فعلاً، وللمعدومين شأنًا، ولم يتفرّع حقّ الطبقات

ص: ٢٨٩

١- (١٢١٧) المكاسب ٤/٦٥.

٢- (١٢١٨) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٧٣ و ٢٧٤.

٣- (١٢١٩) المكاسب ٤/٦٥.

اللاّحقه على ملكيه الموجودين ليكون نظيرا للرهن، بل منشأ إستحقاق الموقوف عليهم \_ الموجودين والمعدومين \_ هو جعل الواقف. وحينئذٍ فثبوت حق الطبقات بالثمن على نهج تعلقه بالمبيع أولى من تعلق حق الرهانه بالبدل»(١).

و «نسبه البطن المعدوم إلى الوقف كنسبه البطن الموجود إليه في أنّ كلّاً منهما يتلقّى الملك من الواقف في رتبه واحده وإنشاءً واحداً. فإذا تبدّلت العين الموقوفه بعينٍ أخرى كانت الثانيه مثل الأولى في تعلق حقوق جميع البطون من الموجوده والمعدومه بها»(٢).

والحاصل: ذكر الشيخ الأعظم تنظيرين لكلامه هنا:

«أحدهما: قتل العبد الموقوف، فإنّه إذا قُتل العبد المملوك، فللمالك أن يرجع إلى القاتل بقيمه العبد إذا كانت أكثر من ديته، وله أن يأخذ منه الديه أيضا وقفا كنفس العبد، مع أنّ الديه بدل عن العبد بعد تلفه بحكم الشارع، فإذا كان البدل الحكى وقفا فالبدل الحقيقي يكون وقفا بالأولويه.

ثانيهما: بدل العين المرهونه، فإنّهم حكموا بكونه رهنا، مع أنّ حقّ المرتهن إنّما تعلق بالمبدل بما أنّه مملوك للراهن، فإذا كان البدل بحكمه حتّى من هذه الجهه، ففي المقام يثبت قيام البدل مقام المبدل بطريق أولى، لأنّ حقّ البطون اللاحقه قد تعلق بالمبدل بما هو، لا بما أنّه مختصّ بالبطون السابقه، فإنّهم يتلقّون الملك من الواقف لا منهم»(٣).

### الفرع الثاني: هل يحتاج البدل في كونه وقفا إلى صيغه الوقف؟

«الظاهر عدم احتياجه إلى الصيغه، لأنّ نفس بيع المبدل يكون موجبا لأن يكون البدل وقفا أيضا، وبعبارة واضحه أنّ الأمر دائر بين أن يكون البدل وقفا بلا احتياج إلى صيغه الوقف جديدا بل يكفي في وقفيته بيع المبدل لما ذكرناه من أنّ قانون المبادله والبيع يقتضى هذا المعنى، وبين أن يكون ملكا طلقا للموجودين من البطون، ولا يجب عليهم

ص: ٢٩٠

١- (١٢٢٠) هدى الطالب ٦/٦٤٠.

٢- (١٢٢١) هدى الطالب ٦/٦٤٠.

٣- (١٢٢٢) محاضرات في الفقه الجعفرى ٣/١٥٩ و ١٦٠.

جعلله وقفا بداهه أنه لو كان البديل ملكا لهم بنحو الطلق لا وجه لجعله وقفا بل يتصرفون فيه كتصرف الملاك في أموالهم، ولما لم يكن الأمر على الوجه الثاني لما ذكرناه من أنه مخالف ومنافٍ لعنوان البدليه ولقانون المبادله والبيع فلا محاله يكون على الوجه الأول يعنى يكون وقفا من دون احتياج إلى صيغه جديده للوقف لاقتضاء قانون البدليه والمبادله ذلك كما هو الواضح»(١).

### الفرع الثالث: هل يجوز بيع البديل من دون طرؤ مسوغات بيع الوقف؟

«هل يجوز تبديل البديل مطلقا من دون حصول أحد المسوغات أو يكون بحكم المبدل من هذه الجهة أيضا؟

الظاهر هو الأول، وذلك لأن المُشْتَأ من الواقف إنما هو وقف العين ما دام يمكن الانتفاع بها والبديل بالمعنى المتقدم \_ أى البديل فى المائيه \_ إذا لم يمكن ذلك، وأما البديل الأول فلا خصوصيّه له، بل لا بدّ من بقاء المائيه فى ضمن أى بدل كانت، فالبدل بحكم المبدل من جميع الجهات إلّا من هذه الجهة، فإنّ إنشاء الواقف لا يقتضى المنع عن تبديل البديل، والبدليه إنّما تقتضى قيام البديل مقام المبدل فى الخصوصيات المترتبه على مائيته، لا فى الأحكام المترتبه على خصوصيّه نفسه وشخصه، ومن الظاهر أنّ عدم جواز البيع كان من الأحكام المترتبه على شخصه لا مائيته.

وإن شئت قلت: إنّ البديل صار بدلاً عن الوقف فى زمان جواز بيعه، فهو بحكمه من حيث جواز البيع، فتأمل.

وبالجملة: نفس ما أنشأ الواقف \_ وهو حبس العين وتسهيل منفعتها ما دام الانتفاع بها مع بقائها ممكنا، وحبس مائيتها فى ضمن البديل إذا لم يمكن ذلك \_ يقتضى جواز تبديل البديل مطلقا ولو من غير مسوغ، فليس البديل بحكم المبدل من هذه الجهة.

وتوهم المنع عن بيع البديل تمسكا بإطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»(٢)،

ص: ٢٩١

١- (١٢٢٣) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٧٤ و ٢٧٥.

٢- (١٢٢٤) وسائل الشيعه ١٩/١٨٥، ح ١، صحيحه أبى على ابن راشد.

مدفوعٌ بما تقدّم من أنّه إمضاء لفعل الوقف وما أنشأه، وليس حكماً تعديداً، فلا يعمّ البديل بعد ما فرضنا أنّ الوقف لم يحبسّه عن النقل، فإذاً لا مانع من تبديل الوقف بما لا ينتفع بعينه كالدرهم أو الدينار ثمّ تبديله بما ينتفع به»(١).

### الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟

#### إشاره

اختلف فتوى الأصحاب في وجوب شراء المماثل بعد بيع الوقف وهذا مرور على آرائهم، «صريح كلام المفيد(٢) وعلم الهدى(٣) وأبى يعلى(٤) والشيخ فى النهايه(٥) وكذا القاضى فى المهذب(٦) أنّ الثمن حيث يباع ينتفع به الموقوف عليهم وإجماع الانتصار(٧) محكّي على ذلك. وهو والظاهر من المبسوط(٨) وغيره من جميع ما تقدّم(٩)، بل إجماع الغنيه(١٠) ينطبق عليه عدا التذكرة والمختلف والتنقيح والمقتصر وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والمفاتيح فإنّ فى التذكرة(١١) والمختلف(١٢) أنّه إن أمكن شراء شيء بالثمن يكون وقفاً على أربابه كان أولى، فإن اتفق مثل الوقف كان أولى وإلاّ جاز شراء مهما أمكن ممّا يصحّ وقفه وإلاّ يكن صرف الثمن إلى البائعين يعملون

ص: ٢٩٢

- ١- (١٢٢٥) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٦١.
- ٢- (١٢٢٦) المقنعه: فى الوقوف والصدقات ٦٥٢/.
- ٣- (١٢٢٧) الانتصار: فى بيع الوقف / (٤٦٨-٤٦٩).
- ٤- (١٢٢٨) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات ١٩٧/.
- ٥- (١٢٢٩) النهايه: فى الوقوف والصدقات / ٦٠٠.
- ٦- (١٢٣٠) المهذب: فى الوقف ٢/٩٢.
- ٧- (١٢٣١) الانتصار: فى بيع الوقف / (٤٦٨-٤٦٩).
- ٨- (١٢٣٢) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٣/٢٨٧.
- ٩- (١٢٣٣) منها الوسيله: فى أحكام الوقف / ٣٧٠، وشرائع الإسلام: فى لواحق الوقف ٢/٢٢٠ وكشف الرموز: فى الوقف ٢/٥٢.
- ١٠- (١٢٣٤) غنيه النزوع: فى الوقف ٢٩٨/.
- ١١- (١٢٣٥) تذكرة الفقهاء ٢٠/٢٥٤، مسأله ١٤٨.
- ١٢- (١٢٣٦) مختلف الشيعه: فى الوقف ٦/٢٨٩.



به ما شاؤوا. ونحو ذلك ما فى المفاتيح(١)، قال فى المختلف: إنَّ فيه جمعا بين التوضيل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام وبين النصِّ الدالِّ على عدم تجويز مخالفه الواقف حيث شرط التأيد، وإذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب(٢). وفى التنقيح إذا أمكن شراء غيره يكون وقفاً وجب، وإذا أمكن شراء مثله يكون أولى، فقد حكم فى الأوّل بالوجوب دون الثانى(٣). وفى جامع المقاصد الحكم بالوجوب فى المقامين(٤). ونحوها فى الحواشى(٥) وتعليق الإرشاد(٦) والمسالك(٧) والروضه(٨). وفى المقتصر(٩) يصرف ثمنه فى ملكٍ يستعمله أرباب الوقف، ومهما أمكن المماثلة كان أولى. وفى مجمع البرهان إذا أمكن شراء شىءٍ آخر خالٍ عن المفسده يمكن وجوبه لحفظ مقصود الواقف مهما أمكن(١٠). وفى إيضاح النافع لا- يجب ابتياع غيره يكون وقفاً. نعم هو أحوط إن زال الاختلاف معه. وفى الكفايه لا أعلم على ذلك حججاً والنصُّ غير دالٍّ عليه(١١).

ثمَّ لا بدَّ من ملاحظه أدله القائلين بوجوب شراء المماثل وهى:

### أدله القول بوجوب شراء المماثل

### الدليل الأوّل: قياس المسأله بباب الضمان

ص: ٢٩٣

- ١- (١٢٣٧) مفاتيح الشرائع: فى اشتراط المملوكيه وتاممها فى العوضين ٣/٥٢.
- ٢- (١٢٣٨) مختلف الشيعه: فى الواقف ٦/٢٨٩.
- ٣- (١٢٣٩) التنقيح الرائع: فى الوقف ٢/٣٣٠.
- ٤- (١٢٤٠) جامع المقاصد: فى أحكام الوقف ٩/٧١.
- ٥- (١٢٤١) لم نعثر عليه فى الحواشى الموجوده لدينا.
- ٦- (١٢٤٢) حاشيه الإرشاد (حياه المحقق الكركى وآثاره) ٩/٣٣٩ و ٤٨٣.
- ٧- (١٢٤٣) مسالك الأفهام: فى شروط المبيع ٣/١٧٠.
- ٨- (١٢٤٤) الروضه البهيه: فى شرائط المبيع ٣/٢٥٥.
- ٩- (١٢٤٥) المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات ٢١٢/.
- ١٠- (١٢٤٦) مجمع الفائده والبرهان: المتاجر فى شرائط العوضين ٨/١٦٩.
- ١١- (١٢٤٧) مفتاح الكرامه ٢١/٦٩٥ و ٦٩٦.

ذَهَبَ الفقهاءُ في باب ضمان المَغصوب أو المَقبوض بالعقد الفاسد إلى وجوب ردِّ العين بحسب مراتبها فإذا كان المثل موجوداً لا بدَّ من أدائه ومع عدمه تصل النوبه إلى ماليتها وهي القيمة.

وقد أجرى هذا البيان في الوقف أيضاً، لأنَّ المماثل أقرب إلى العين الموقوفه وإلى غرض الواقف فيتعين تبديلها به مع الإمكان.

نقده: «قياس المقام بباب الضمان قياس مع الفارق، لأنَّ الحكم بلزوم رعايه المثل في باب الضمان \_ بناءً على جميع الأدلّه من قاعده اليد أو السيره العقلائيه \_ إنّما هو لأجل اشتغال ذمّه الضامن بالعين بجميع خصوصياتها الشخصيه، ممّا يقتضى الفراغ عنها، فدفع قيمه مع التمكّن من المثل، لا يعدّ مسقطاً للذمّه المشغوله بالمثل، وبالتالي فلا بدّ فيه \_ أصلاً ودليلاً \_ من مراعاة المراتب، أمّا الأمر في باب الوقف فهو مختلف، ويعدّ إسراء هذا الحكم إلى باب الوقف إسراءً للحكم من موضوع إلى موضوع آخر، وقياساً ظنيّاً ممنوعاً» (١).

ومضافاً إلى أنه قابل للمناقشه صغرى وكبرى

أمّا الصغرى: فقال الشيخ الأعظم: «وفيه: مع عدم انصباط غرض الواقف، إذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عينا خاصّه، وقد يتعلّق بكون منفعه الوقف مقداراً معيّناً من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته فبيع، فدار الأمر بين أن يُشترى بثمانه بستان في موضع لا يصل إليهم إلاّ قيمه الثمره، وبين أن يُشترى ملك آخر يصل إليهم أجره منفعتة، فإنّ الأوّل وإن كان مماثلاً إلاّ أنّه ليس أقرب إلى غرض الواقف» (٢). وبالتالي فالمهم هو مراعاة غرض الواقف لا المماثله، لأنّ ربما ترفض المماثله غرض الواقف.

وأما الكبرى: فقال الشيخ الأعظم: «لا دليل على وجوب ملاحظه الأقرب إلى

ص: ٢٩٤

١- (١٢٤٨) العقد النضيد ٤/٥٩٦.

٢- (١٢٤٩) المكاسب ٤/٦٧.

مقصوده، إنّما اللازم ملاحظه مدلول كلامه فى إنشاء الوقف؛ ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(١).

مراده: فقدان الدليل على وجوب مراعاة غرض الواقف إلا إذا دخل فى شرائط وقفه بحيث صرح فى وثيقه الوقف بأنّ لو خربت العين فلا بدّ من شراء مماثلها فحينئذ لا بدّ أن يشتري بثمانها المماثل لأنّ الواقف شرط فى وقفه وشرطه سائغ وجائز أى نافذ.

وأخيرا استنتج الشيخ الأعظم وقال: «فالحاصل: أنّ الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم»(٢).

### الدليل الثانى: اهمال أدله جواز بيع الوقف

«أدله جواز البيع ونفوذه مهمله، فيجب فيها الأخذ بالمتيقن وهو لزوم شراء خصوص المماثل لأنه المتيقن»(٣).

ويرد عليه: نعم، المستند هو دليل جواز بيع الوقف فى هذه الصورة فلا بدّ من ملاحظه سعه هذه الأدله وضيقها وليس فى البين إهمال حتى يؤخذ بالقدر المتيقن فيه.

### الدليل الثالث: لزوم مراعاة حقّ الواقف وغرضه

«بيع العين الموقوفه ينافى مع حقّ الواقف المتعلّق بها، فإذا جاز بيعها بعد سقوط الانتفاع، لزم مراعاة حقّه وهو لا يتحقّق إلا من خلال البديل المماثل»(٤).

ويردّ عليه: أنّه لا- دليل على مراعاة المماثلة، نعم لا بدّ من مراعاة حقّه وهو يتحقق فى وقفه البديل فلا يدلّ على اعتبار المماثلة بينهما \_ أى بين المبدل والبديل \_ .

### الدليل الرابع: قاعده البدليه تقتضى المماثله

ص: ٢٩٥

١- (١٢٥٠) المكاسب ٤/٦٨.

٢- (١٢٥١) المكاسب ٤/٦٨.

٣- (١٢٥٢) العقد النضيد ٤/٥٩٧.

٤- (١٢٥٣) العقد النضيد ٤/٥٩٧.

ذهب الفقيه اليزدي (١) قدس سره في مقابل الشيخ الأعظم إلى أنّ شراء المماثل يكون من الأحوط كما أنّ عدم تبديل البديل يكون من الأحوط واستند في احتياظه إلى قاعده البديله وهي تقتضى المماثله وكذا عدم التبديل.

ويرد عليه: أولاً: قاعده البديله لا تقتضى عدم التبديل ولا المماثله لأنها تدلّ على تبديل اضافه المثلث والثلث من البائع والمشتري، فالمثلث يضاف إلى المشتري والثلث إلى البائع بعد البيع وتحقق التبادل بينهما، وأمّا أنّها [قاعده البديله] تدلّ على عدم جواز تبديل البديل أو لزوم المماثله فلا.

وثانياً: حكمه قدس سره بالاحتياط في غير محلّه، لأنّه ربما الاحتياط يقتضى عدم مراعاة المماثله، نحو: إذا كان تحقّق غرض الواقف في عدم مراعاة المماثله فيحتمل الاحتياط يقتضى تركها، فالنسبه بين الاحتياط والمماثله عموم وخصوص من وجه فلا يكون أحدهما دليلاً للآخر.

والحاصل: حيث لم يثبت أدله القول بوجوب شراء المماثل لا بدّ أن نقول: إذا أحرزناه غرض الواقف في لزوم المماثله من أنّ مراده تسبيل خاص فلا بدّ من مراعاة المماثله في بيع البديل، وإذا أحرزنا أنّ غرضه في التعميم فلا شك في عدم لزوم مراعاة المماثله في البديل.

وإذا شككنا في غرض الواقف فلا دليل على اعتبار المماثله كما مرّ وعليه الشيخ الأعظم قدس سره ، ولا وجه في التعيين بالقرعه خلافاً للمحقّق الخراساني (٢) رحمه الله ، لعدم جريانها في الشبهات الحكميه والله العالم.

### الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟

المباشر لبيع الوقف هل هو: [١] المتولى والناظر للوقف أو [٢] البطن الموجود من الموقوف عليهم أو [٣] البطن الموجود مع الحاكم الذى هو الفقيه العادل أو [٤] الحاكم

ص: ٢٩٦

١- (١٢٥٤) العروه الوثقى ٦/٣٨٩، ذيل مسأله ٤٢.

٢- (١٢٥٥) حاشيه المكاسب ١١١/.

منحصرا أو [٥] الكل معا أو [٦] المتولى والحاكم معا.

ذهب الشيخ الأعظم إلى القول الثالث وقال: «ثم إنَّ المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمه الحاكم القيم من قبل سائر البطن» (١).

هذا الاختيار منه قدس سره صحيح على «مبناه القائم على أنَّ الموقوفه ملك فعلى للبطن الموجود، وشأنى للبطن اللاحقه: أحدهما البطن الموجود باعتبار ملكيته الفعلية للعين، وبمقتضى قاعده السلطنه فإنَّ للمالك الولايه الفعلية على البيع، لكن من جهه أخرى يجب ضمَّ الحاكم الشرعى إليه باعتبار أنَّ العين فى نفس الوقت ملك شأنى للمعدومين وله الولايه على أموالهم» (٢).

ولكن قد مرَّ منّا عدم تماميه هذا المبنى من جهه استحاله اعتبار الملكيه الشأنيه للمعدومين أو من جهه أنَّ الملكيه الشأنيه \_ لو لم تستحل \_ تجرى فى فرض الانتفاع، ومع عدم امكان انتفاع المعدومين منها فلا يعقل فرضها وبالتالي تبطل الملكيه الشأنيه ومع إبطالها تسقط ولايه الحاكم على البيع لأنّه قام مقام المعدومين.

وتبعه الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ مع المناقشه فى مبنى الشيخ الأعظم، وقال: «مختارنا: هو أنَّ حقيقه الوقف إنشاء حبس العين، وبالرغم من أنَّها فى الوقف المؤيّد ملازمٌ لخروج العين الموقوفه عن ملك الواقف، لكن هذا اللازم ليس له مثبتٌ عقلى أو شرعى يقتضى دخولها فى ملك الموقوف عليه، نعم اختصاصها بالموقوف عليهم قطعى، لكن المدعى هو الاختصاص المطلق.

وبعباره أخرى: الثابت مطلق الاختصاص، أما المدعى فهو الاختصاص المطلق، والأدله القائمه تفيد أصل الاختصاص بهم، وهو لا يتجاوز مجرد الحق، أما الاختصاص المطلق فلا دليل عليه.

وخلصه الكلام: ثبت ممّا ذكرنا أنّه بحسب الأدله يجب أن يتولّى البيع الحاكم

ص: ٢٩٧

١- (١٢٥٦) المكاسب ٤/٦٩.

٢- (١٢٥٧) العقد النضيد ٤/٦٠٢.

وذهب السيد الخوئى قدس سره إلى القول الأول ثم إلى القول الثانى أعنى أنّ المباشر للوقف هو المتولى والناظر المنصوب من قبل الواقف إلا إذا علم أنّ نظارته لم يشمل بيع العين الموقوفه فحينئذ المباشر هو البطن الموجود من الموقوف عليهم لأنه قال: «الظاهر أنّ المباشر له هو الناظر المنصوب من قبل الواقف لو كان وكانت نظارته شامله لهذا أيضا بأن يسلب الواقف سلطنه الموقوف عليهم عن الوقف من هذه الجهه ويجعل السلطنه بيد الناظر من هذه الجهه، نعم لو لم يكن ناظر من قبل الواقف أو كان ولكنّه لم تكن نظارته شامله لهذه الموارد بل كان منصوبا من قبل الواقف لإصلاح الوقف فقط يكون المباشر للبيع هو البطن الموجود من الموقوف عليهم، لأنّ الوقف ملك لهم والتّياس مسلّطون على أموالهم، ولا- وجه لأن يكون منوطا بنظر الحاكم أيضا»(٢).

وذهب شيخنا الاستاذ قدس سره فى الوقف الخاص الملكى إلى القول الثانى وفى الوقف الصرفى والانتفاعى إلى القول الأول أى المتولى لو كان ومع عدمه إلى القول الرابع وهو الحاكم وقال: «بعد ما ذكرنا أنّ العين الموقوفه ملك البطن الموجوده فعلاً ولهم نفى التقدير الذى تصير معه العين فى المستقبل ملكا للبطن اللاحقه فلا معنى لدخاله الناظر فى نفى ذلك التقدير من البطن الموجوده، سواء كان ذلك النفى بإتلاف العين حقيقه أو حكما بالبيع ونحوه.

نعم، فيما إذا كانت فى الوقف قرينه ولو كانت عامه على إبقاء الوقف بأى وجه أمكن ولو يبيع الموقوفه وإبدالها، كما فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى، يكون ذلك للمتولى من قبل الواقف ومع عدمه يرجع إلى الحاكم الشرعى، حيث إن إبدال العين الموقوفه فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى من الأمور الحسيه الراجعه إليه كما لا يخفى»(٣).

وذهب المحقّق النائى قدس سره إلى أنّ الأقوى هو القول الرابع أى الحاكم ولكن ذهب

ص: ٢٩٨

١- (١٢٥٨) العقد النضيد ٤/٦١٠.

٢- (١٢٥٩) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٧٨؛ محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٦٤.

٣- (١٢٦٠) ارشاد الطالب ٤/٣٧٠.

إلى أن الأحوط مراعاة نظر المتولى والحاكم معا(١) وهو القول السادس، ونقل عنه السيّد الخوئي(٢) أنّ الأحوط عنده القول الخامس أى مراعاة نظر كل من الموقوف عليهم والمتولى والحاكم.

ولكنه لم يرد فى تقرير بحثه ولعله قدس سره سمع منه فى مجلس الدرس أو أنّه \_ القول الخامس \_ هو الأحوط التام.

وتبعه السيّد الخمينى قدس سره فى ما يراه الأقوى وذهب إلى «أنّ المتصدى فى جميع موارد بيع الوقف، هو الحاكم بحسب القاعده إلا أن يدلّ دليل على خلافه»(٣).

أقول: منشأ الخلاف هو ثبوت الملكيه للموقوف عليهم وعدمها وكذلك سعه دائره اختيارات المتولى والناظر على الوقف وعدمها، وحيث نذهب إلى عدم ثبوت ملكيه الطلقه التامه للموقوف عليهم حتّى فى الوقف الخاص لأنّ الوقف «تحييس العين وتسييل المنفعه» وسببهُ دائره تصرفات المتولى والناظر فى الوقف فالمباشر لبيع الوقف عندنا هو المتولى والناظر للوقف \_ القول الأوّل \_ ومع عدمه أو تصريح من الواقف بعدم صلاحيته للبيع يصير المباشر حاكماً \_ القول الرابع \_ والموقوف عليهم مع انتفاء مالكيتهم ليس لهم اختيار فى ذلك لا منفردا ولا مجتمعا فتنفّى الأقوال الأربعة الأخر، والحمد لله العالم بالأحكام والأسرار.

#### الفرع السادس: هل تسقط توليه المتولى عن بدل الوقف؟

قال الشيخ الأعظم: «الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف ويحتمل بقاؤه لتعلق حقه بالعين الموقوفه فيتعلق ببدلها»(٤).

وأنت ترى أنّ الظاهر عند الشيخ الأعظم سقوط نظاره المتولى عن بدل الوقف واحتمل بقاء نظارته ولم يذكر تقريبا لاستظهاره ولا دليلاً لاحتماله فلا بدّ من ذكرهما:

ص: ٢٩٩

١- (١٢٦١) منيه الطالب ٢/٢٨٤.

٢- (١٢٦٢) محاضرات فى الفقه الجعفرى ٣/١٦٤.

٣- (١٢٦٣) كتاب البيع ٣/٢٢٣.

٤- (١٢٦٤) المكاسب ٤/٦٩.

وأما تقريب سقوط نظاره المتولى عن بدل الوقف: فالتولية والنظاره قائمه بجعل الواقف الذى وقف عين الموقوفه وحيث أنّ بدل الوقف لم يوقف بوقف الواقف فلا اعتبار بجعل المتولى عنه بالنسبه إلى البدل.

وأما دليل احتمال بقاء نظاره المتولى المنصوب من قبل الواقف على بدل الوقف: فهو قاعده البدليه، وهى تقتضى وقفه البدل كالمبدل فتنتقل التولية من المبدل إلى البدل لأنها حقٌ وليس حكماً، والحق ينتقل من المبدل إلى البدل فالتولية كذلك.

هذان مستندان لاستظهار واحتمال الشيخ الأعظم قدس سره .

وكلاهما غير تامّ:

أما الأول: فبدل الوقف لم يوقف بصيغه وقف الواقف ولكنه بدل من العين الموقوفه ويجرى فيها أحكامها بقاعده البدليه فلا بدّ من لحاظ الموقوف عليهم والمتولى وغيرهما من شرائط الوقف وأحكامها وحقوقها.

وأما الثانى: فقاعده البدليه لا تقتضى التساوى التام بين أحكام البدل والمبدل، بل هى تقتضى وقفه البدل وأما جريان جميع أحكام وحقوق المبدل على البدل محلّ تأمل بل منع واضح ومنها: التولية.

ولكن يمكن أن يقال: أنّ قاعده البدليه كما تقتضى صرف البدل على الموقوف عليهم فكذلك تقتضى ثبوت نظاره المتولى على البدل كما كانت على المبدل لكن بشرط وجود الإطلاق فى كلام الواقف ووثيقه الوقف، لأنه لو لم يكن فى الوقف متولى، تقع المخاصمه والمشاجره بين الموقوف عليهم فى كلّ طبقه وصار عدم وجود المتولى موجبا لحدوث النزاع والاختلاف بينهم، فلا بدّ من وجوده لحفظ الوقف وإذا كان فى كلام الواقف إطلاقاً نأخذ به لإثباتها.

فنحن نستفيد من قاعده البدليه بانضمام الإطلاق الوارد فى كلام الواقف لاثبات التولية على البدل.

نعم، إذا جعل الواقف شخصاً متولياً من أجل خصوصيه فى العين الموقوفه فلا يمكن اثبات توليته على البدل لعدم وجود الاطلاق فى كلام الواقف حينئذ، والله العالم.



## الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبدل مع بقاء عينه كالتقديين ماذا يُفعلُ بهما؟

قال الشيخ الأعظم: «ثم إنّه لو لم يمكن شراء بدله، ولم يكن الثمن ممّا ينتفع به مع بقاء عينه \_ كالتقديين \_ فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود؛ لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، وحينئذٍ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدّه. ولو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابتها، ولا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

نعم، لو رضى الموجود بالتّجار به وكانت المصلحه في التجاره، جاز مع المصلحه إلى أن يوجد البدل.

والربح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون؛ لأنّه جزء من المبيع، وليس كالنماء الحقيقي»<sup>(١)</sup>.

حاصل كلامه: «أنّه إذا لم يمكن تبديل الوقف بما ينتفع به مع بقاء عينه فبدل بالدرهم أو الدينانير، لم يجز دفعها إلى البطن الموجود، وليس في حكم المبدل من هذه الجهة، فإنّه كان يجب دفعه إليهم من جهة توقّف انتفاعهم به على ذلك، وأمّا الثمن فالمفروض عدم إمكان الانتفاع به، ولذا منعنا وقفه إلّا فيما أمكن استعماله في التزيين، فلا وجه لدفعه إليهم مع كونه ملكاً شأئياً للبطون اللاحقه وتعلّق حقّهم به، فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به مع بقاء عينه، ولو لم يمكن أن يشتري به ما ينتفع به إلّا مع الخيار فلهم المطالبة بذلك، ولا يعطل الثمن إلى أن يوجد ما يشتري به غير خيار. ولو رضى الموجود بالتّجار وكانت فيه المصلحه جاز، والربح تابع للأصل»<sup>(٢)</sup>.

ثمّ في هذا الفرع لابدّ من البحث حول جهات:

«الجهة الأولى: في جواز<sup>(٣)</sup> تبديل الوقف بالدرهم والدينار مع عدم إمكان الانتفاع بهما مع بقاء العين، والوقف تتقوّم بذلك مفهوماً، فإنّه عبارته عن حبس العين

ص: ٣٠١

١- (١٢٦٥) المكاسب ٤/٦٩ و ٧٠.

٢- (١٢٦٦) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٦٦.

٣- (١٢٦٧) وقد ذهب إلى عدم الجواز المحقّق الإيرواني في حاشية المكاسب ٢/٤٥٩.

وتسهيل المنفعة، ومن هنا منعنا عن وقفهما ابتداءً، فإنه كوقف الخبز ونحوه مما يكون الانتفاع به بإتلافه، إلا إذا كان مما ينتفع بهما مع بقاء العين ولو بالترتين، وبما أن بدل الوقف كالمبدل وقفٌ، لا يمكن تبديل الوقف بهما.

وفيه، أولاً: أن لا يُلزم ذلك عدم جواز تبديل الوقف بالثمن، مع أن الغالب في المبادلات هو تبديل العين بالثمن، وتبديل العين بالعين نادرٌ جداً، فيلزم تضييع الوقف وعدم بيعه إلى أن يتلف، وهو منافع للغرض من تجويز البيع، فكأن التبديل بالدرهم والدينار يقع في طريق تبديل الوقف بما ينتفع به مع بقاء عينه، فتأمل.

وثانياً: الواقف بعد التفاته إلى عدم قابليته العين الموقوفة للبقاء وطروء الفساد عليها واحتياجها إلى التبديل وأنه غالباً يكون بالثمن، لا مناص له من جعل العين محبوسه من جميع الجهات ما لم تخرب، وعند الخراب محبوسه إلا من جهة التبديل، والبديل بماليتها محبوساً مع تسهيل المنفعة، إلا إذا كان ثمناً فإنه حينئذ محبوس من تسهيل المنفعة، فتأمل. فكأن الوقف من هذه الجهة يكون على قسمين، فلا مانع من تبديل الوقف بما لا ينتفع به مع بقائه ثم تبديله بما هو كذلك، فيكون التبديل الأول واقعا في طريق تبديل الوقف بما هو كالمبدل من حيث الانتفاع به مع بقاء العين، ولا مانع من ذلك بجعل الواقف، فتأمل.

الجهة الثانية: في لزوم دفع الثمن إلى البطن الموجود إذا طالبوا به، وذلك لأنه ملكهم.

ودعوى كونه ملكاً للبطن اللاحقه شأنها أو كونه متعلق حقهم، فاسده؛ لما عرفت من اختصاص الوقف بالبطن الموجود، وأما البطن اللاحقه فهم يملكونه بعد انقراض البطن الموجود، وهذا ليس ملكاً ولا حقاً، بل قضيه تقديرية لا توجب حقاً.

نعم إذا كان هناك متولاً أو ناظرٌ على الوقف تعم نظارته حفظ الوقف وبدله، كان رأيه هم المتبع في ذلك، وليس للبطن الموجود المطالبة بالثمن، لأن ملكيتهم له قاصره على الفرض.

الجهة الثالثة: في شراء ما ينتفع به مع الخيار. والكلام فيها يقع من جهتين:

الأولى: ربما يستشكل في ذلك من حيث إن الوقف يعتبر فيه التأييد والاستمرار،

وهو ينافى الملك المتزلزل، فلا- يجرى فيه الوقف، وكذا بدله فإنّه فى حكمه، فلا- يجوز تبديله بشىء مع الخيار، لأنّه مناف للوقف.

وفيه: ما عرفت من [أنّ البدل وقف بنوعيته أو ماله لا بشخصه فلا يترتب عليه الحكم المترتب على العين بشخصيته من] جواز تبديل الوقف اختياراً، وأنّه ليس كالمبدل من هذه الجهة، وعليه لا مانع من تزلزل الملك فيه، ولا يقاس بتزلزل الملك فى أصل الوقف.

الثانية: أنّ الظاهر وجوب شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار ولو لم يطالب الموجودون بذلك، لأنّ نفس جعل الوقف يقتضى ذلك؛ فإنّ الوقف عبارة عن حبس العين وتسييل المنفعة، فلا بدّ أن يكون الوقف بنفسه أو ببده قابلاً لأنّ ينتفع به متى أمكن، طالب به الموقوف عليه أو لم يطالب، فيجب تبديل الثمن بما ينتفع به ولو خيارياً، وغالباً يكون المبيع بالبيع الخيارى أرخص من غيره، فإذا لم يفسخ البائع بعد ذلك كان الشراء لجميع البطون أنفع، وإن فسخ انتفع به البطون الموجوده، فتشترى بالثمن عين أخرى قابله للانتفاع بها.

الجهة الرابعة: فى الاتجار بالثمن. ولا- بأس باتجار البطن الموجود به مع المصلحه إلى أن توجد عينٌ تشتري به لتكون بدلاً للوقف، لأنّه ملك لهم. والربح يكون تابعاً للعين لأنّه جزء البدل، وليس من قبيل المنافع بل من قبيل انتفاع الوقف، فإذا اشترى بالثمن صوّف مثلاً- صار هو بدل الوقف، فإذا بيع بثمان أعلى صار مجموع الثمن بدل الوقف، ولا وجه لعود الربح إلى البطن الموجود. فهو نظير أن تبدل الدار الموقوفه الضيقه بدار أوسع منها، فإنّ الدار الواسعه حينئذ بأجمعها تكون وقفاً، لا أنّ المقدار الزائد يكون ملكاً طلقاً للبطن الموجود كالمنافع<sup>(١)</sup>.

الجهة الخامسة: أمّا «الوضع عند الامين فإذا فرضنا أنّ المال، مال الموجودين والفرض أنّ الثّقْد، ملك الموجودين ولكن اشتراك اللّاحقين، ليس اشتراكاً عرضياً

ص: ٣٠٣

فمالكيه اللاحقين، مالكيه شائيه ولهم نوع حق في المال.

فاخذ المال عن المالكين الموجودين فعلاً قهراً عليهم ووضعه عند الأمانة بملاحظه اشتراك المعدومين في المال، أمرٌ مشكّل لأنّ الواقف نفسه وضع المال الموقوف في يد الموجودين ولم يلاحظ أخذه ووضعه عند الأمانة... .

نعم: إذا احتملت خيانه الطّبقة الموجوده للبدل، يلزم الاحتياط في هذه الصوره ولكن لا يختص هذا للبدل بل يمكن أن يُعرض للعين الموقوفه أيضاً.

ومن الواضح أنّ لازم إعمال الاحتياط، ليس اخذ المال من الطّبقات الموجوده ووضعه عند الغير بل يلزم حينئذ ضمّ أمين وغير ذلك كما أنّ الوصي إذا خان في مورد الوصيه، يضمّ معه امين... .

وبالجملة: الحكم في المسأله خلاف القواعد التي قال الفقهاء بها في أشباه المسائل من خيانه الجدّ والأب والوصي وغير ذلك حيث يضمّ أمين لهم عند بروز الخيانه أو احتمالها، احتمالاً عقلايياً<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثامن: لافرق في جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه

قال الشيخ الأعظم: «تمّ لا- فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكّله أو بعضه، فيبيع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفاً. ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زياده منفعه جاز مع رضا الكل؛ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون، فلهم التصرف فيه على ظنّ المصلحه.

ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم<sup>(٢)</sup>.

مراده: «إذا خرب بعض الوقف ولم يمكن الانتفاع به يجوز بيعه وجعل بدله وقفاً بعين ما ذكرناه في مورد جواز بيع جميع الوقف، كما يجوز صرف ثمنه في جزئه الآخر لو

ص: ٣٠٤

١- (١٢٦٩) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/٤١٩.

٢- (١٢٧٠) المكاسب ٤/٧٠.

كان موجبا لزياده المنفعه فيه، ويجوز أيضا صرف الثمن فى وقف آخر للموقوف عليهم إذا كان ذلك الوقف محتاجا إلى تعمير، والمناطق فى جميع هذه الأمور (أى جواز بيع بعض الوقف عند عروض المجوز وجعل بدله وقفا أو صرف ثمنه فى بقيه الوقف أو صرفه فى وقف آخر لهم) واحد وهو عبارته عما ذكرناه آنفا من أن نظر الواقف انتفاع الموقوف عليهم من نفس العين الموقوفه مع بقائها ومن بدلها عند عروض المجوز بأى نحو من الانتفاع، ولا فرق فى البديل بين أن يكون عينا قائمه برأسها وبين أن يكون خشبا أو حديدا داخلا فى بناء البعض الباقي أو بناء وقف آخر لأنها أيضا أعيان يمكن الانتفاع بها مع بقائها فإذا خربت بدلت بغيرها»(١).

أقول: ما ذكره الشيخ الأعظم تام إذا قلنا بعدم وجوب شراء المماثل كما ذهب إليه جماعه وتابعهم الشيخ الأعظم فحينئذ ينبغى أن يذكر الفرع بعنوان القول المختار.

مضافا إلى حكمه قدس سره بجواز صرف ثمن بعض العين الموقوفه المخروبه فى باقيها بحيث يوجب زياده المنفعه جاز مع رضا الكل مبنى على كون الثمن ملكا للبطن الموجوده، وقد عرفت(٢) عدم تماميه هذا المبنى أى مالكيتهم للعين لمنافاتها مع الوقفيه التى هى «تحييس العين وتسييل المنفعه»، فلا نحتاج إلى رضايه البطن والأمر موكول إلى تشخيص المتولى، يعمل بما هو مصلحه الوقف والله العالم.

وثالثه: إلى أن حكمه قدس سره بجواز صرف ثمنه فى الوقف الآخر ولو كان واقفه شخصا آخر مشكل حتى فى ما إذا كان الموقوف عليهم واحدا لإمكان اختلاف شرائط الوقف فى نظر الواقفين، ومن تضيع حق الواقف الأول حينئذ مع أن الشيخ الأعظم مُصِرٌّ على حفظ الحقوق الثلاثه: حق الواقف وحق الموقوف عليهم وحق الله كما مر منه.(٣)

### الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعه الموجوده

«أنه إذا احتاج الوقف إلى صرف المنفعه الموجوده التى هى ملك طلق للموجودين

ص: ٣٠٥

١- (١٢٧١) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٨٢.

٢- (١٢٧٢) راجع صفحه ٢٩٩ من هذا المجلد.

٣- (١٢٧٣) راجع فى هذا المجال تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤/٤٢٢.

من البطون في تعمير الوقف بحيث لو لم تصرف فيه لا يمكن انتفاع البطن اللاحق من الوقف، هل يجب صرفها في عماره الوقف حفظاً للوقف عن خروجه عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه به أم لا يجب؟

الظاهر أنه إذا لم يشترط الواقف في ضمن وقفه إخراج مؤونه الوقف وما يحتاج إليه من جهه العماره من منافع الوقف قبل القسمة لا يجب على الموجودين أن يصرفوا المنافع الموجوده في تعمير الوقف لأجل حفظ الوقف عن خروجه عن قابليه الانتفاع به بالنسبه إلى البطون اللاحقه، لأنَّ المنفعه ملك تطلق للموجودين فلهم أن ينتفعوا من الوقف ما داموا موجودين، فلا وجه لأن يصرف الإنسان مال نفسه في حفظ مال شخص آخر، ولا فرق بين هذا وبين ما كان للجار مثلاً وقف يشرف على الخراب والسقوط عن الانتفاع، وهل يتوهم أحد أنه يجب على الجار أن يصرف ماله في وقف جاره لئلا يكون وقف الجار ساقطاً عن الانتفاع به؟!!

نعم لا- يبعد دعوى الارتكاز في المصارف الجزئيه كما إذا فرضنا أن الوقف احتاج في العماره إلى صرف منفعه قليله بمقدار الدينار أو أقل فلا يبعد أن يقال إنَّ صرف المنفعه في هذه الموارد ارتكازي لجميع الناس.

وبعباره واضحه: تاره يستند الخراب إلى عالم الكون والفساد حيث إنَّ الموجودات في هذا العالم لا تبقى بحسب طبعها أزيد من الزمان المتعارف لها فحينئذ لا موجب لأن يصرف الموجودون المنفعه الموجوده التي هي ملك تطلق لهم في تعمير الوقف لئلا يكون الوقف ساقطاً عن قابليه الانتفاع به بالنسبه إلى البطون اللاحقه، وأخرى يستند الخراب إلى الأمور الجزئيه كما إذا سقط الميزاب من سطح الدار أو حصل ثقب في سقفها بحيث لو لم يعمر ذلك لخربت الدار بنزول المطر ولم ينتفع منها الموجودون أيضاً، فحينئذ لا مانع من القول بوجوب التعمير لأجل ما ذكرناه من الارتكاز<sup>(١)</sup>.

وبعباره أخرى: «أنَّ الوقف إذا احتاج بقاؤه للبطون اللاحقه إلى صرف ثمن منفعته

ص: ٣٠٦

على تعميره بحيث لا يزيد التعمير في منفعة الوقف لينتفع به البطن الموجود فعلاً، وإنما يوجب دوامه للبطن اللاحقه، لأنه إذا لم يعمر يخرّب ويضيع بعد مدّه، فهل يجب صرف المنفعه في تعميره أم لا؟

ربما يقال بوجوب ذلك تحفظاً على حقّ البطن اللاحقه. ولكن الظاهر عدم وجوبه؛ لأنّ المنفعه ملك طلق للبطن الموجود، ولا ملزم لهم أن يصرفوا ملكهم لمنفعه البطن اللاحقه، إذ لا- فرق بين إلزامهم بصرف منفعة الوقف أو صرف مالٍ آخر من سائر أملاكهم»(١).

### الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وَبَقِيَ بعضه محتاجاً إلى العماره

قال الشيخ الأ-عظم: «ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطن اللاحقه، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عماره الباقي وإن لم يرض البطن الموجود؟ وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا- يخرج عن قابليه انتفاع البطن اللاحقه إلى صرف منفعتة الحاضره التي يستحقّها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مؤونه الوقف عن منفعتة قبل قسمته في الموقوف عليهم»(٢).

مراده: «إذا احتاج البعض الباقي إلى عماره لا تزيد بها منفعتة، وإنما يتفرّع انتفاع البطن اللاحقه على ذلك، فهل يجب صرف ثمن المخروب إلى عماره الباقي وإن لم يرض به البطن الفعليه أم لا؟

فإنّه بناءً على وجوب صرف المنفعه في ذلك، فثمن الوقف يصرف فيه بالأولويه»(٣).

قد يقال: «ولكن التحقيق عدم وجوب ذلك، لأنّ البطن الموجود لهم حقّ الالتزام بتبديل الثمن بما ينتفعون به فعلاً ويكون قابلاً للبقاء للبطن اللاحقه أيضاً، وليس لأحد

ص: ٣٠٧

١- (١٢٧٥) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٧٠.

٢- (١٢٧٦) المكاسب ٤/٧٠.

٣- (١٢٧٧) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٧٠.

إلزامهم برفع اليد عن حقهم، فتأمل. وقد عرفت أنّ البطون اللاحقه ليس لهم أى حقّ في الوقف فعلاً»(١).

ولكن ينبغي أن يقال: لا بدّ من إيكال «حكم هذه المسأله إلى العرف والعاده والقول بأنّ العين الموقوفه، كانت مثل ساير الاملاك فكلّ موردٍ كان تعمير الملك لازمٌ بحيث إذا لم يقدم على تعميره يقال: أنّه ضاع ماله فيلزم صرف الثمن العائد عن العين الموقوفه وربحه في حفظها، وأمّا في موارد يكون الخراب يعرض لها بعد مدّه كثيره كالمخمسين والمأه سنواتٍ فالعرف والعاده، لا يحكم بلزوم صرف الرّبح الموجود في حفظ بعض مورد الوقف ففرقٌ بين قصر الزّمان وطوله ففي خرابه في قصر الزّمان يلزم صرفه في تعميرها دون خرابها في طول الزّمان وبهذا قالوا في أشباه المسأله ونظائرها كما إذا وكلّ أحدٌ أحداً في بيع دار له والموكل لم يتوجّه إلى بعض المخارج للبيع من مخارج الدّلال والكاتب و... .

ومن المعلوم: أنّ الوكاله أيضاً ينزل على هو المتعارف وهكذا في الأوصياء والأولياء من الحكم الحاكم والوصيّ والولّي وغير ذلك يجوز لهم الخرج في صورته المصلحه وحفظ مورد الوصيّه والوكاله و... .

على هذا، ليست المسأله من قبيل تعارض الضّرين ولا من باب الضّرر المتوجّه إلى شخصٍ لا يجب تحمّل الآخر عنه بل اطلاقات الوقف من وجوب العمل بالوقف وحفظه، أو غيرهما من الموارد اللّازمه في حفظه، عملها على عهد العرف والعاده.

بناءً عليه، التّعميرات المعموله وغير المعموله، كانت معلومه عند العرف فهي موكله على عهد العرف وقضائه فكلّ موردٍ يلزم تعميره، يلزم عليه الاقدام وكلّ موردٍ ليس لازماً للتّعمير، لا يلزم الاقدام عليه»(٢).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «وهنا فروع آخر يستخرجها الماهر بعد التأمّل»(٣) ومنها:

ص: ٣٠٨

١- (١٢٧٨) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/١٧١.

٢- (١٢٧٩) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/٤٢٥.

٣- (١٢٨٠) المكاسب ٤/٧٠.



## الفرع الحادى عشر: إذا لا يمكن الانتفاع فى حق الموقوف عليهم

«إذا فرضنا أنّ العين الموقوفه لم تسقط عن الانتفاع بها إلا أنّ الانتفاع بها لا يمكن فى حق الموقوف عليهم لأنهم غير متمكّنين من الانتفاع بها ولكن الغير متمكّن من الانتفاع بها لو كان مالكا له. وبعبارة واضحة إنّ العين الموقوفه إذا فرضنا أنّها قد وقعت فى مكان لا- يتمكّن الموقوف عليهم من الانتفاع بها بوجه من الوجوه مع بقاء عينها بحيث لو لم تبع تكون بلا فائده أو يتملكها السلطان، وبديهي أنّ المناط الذى ذكرناه فى جواز بيع الوقف جارٍ هنا بعينه وبلا كلام»(١).

## الفرع الثانى عشر: سقوط العين الموقوفه عن الانتفاع بعد مدّه

«إذا فرضنا أنّ الوقف ممّا يمكن الانتفاع به فعلاً إلا أنّه لو لم يُبع فعلاً يسقط عن الانتفاع بعد مدّه قليله بالمرّه ولا يشتريه شخص آخر فى ذلك الطرف كما إذا فرضنا أنّه يقع بعد شهر فى الجادّه، فحينئذٍ أيضا لا إشكال فى جواز بيعه لأنّ تعطيله يؤدّى إلى تضييع الوقف وإعدام موضوعه فتأمّل»(٢).

ثمّ إنّ هاهنا فروعا آخرَ يعلم حكمها ممّا ذكرنا والحمدلله العالم بأحكامه.

هذا تمام الكلام فى الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف والحمدلله أولاً وآخرا.

## الصورة الثانية

### إشارة

«أن يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به، بحيث يصدق عرفا أنّه لا منفعه فيه، كدارٍ انهدمت فصارت عرصةً تؤجر للانتفاع بها بأجره لا تبلغ شيئا معتدّا به...»(٣).

توضيح مراده: قسّم الشيخ الأعظم هذه الصورة إلى قسمين:

«القسم الأوّل: فيما لو بلغت المنفعة حدّا عدّها العرف معدومه بحسب فهمه، ففى هذه الحالة اختار الشيخ الأعظم جواز بيع العين وذلك استنادا إلى انصراف قوله عليه السلام: «لا

ص: ٣٠٩

١- (١٢٨١) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٨٤.

٢- (١٢٨٢) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٨٤.

٣- (١٢٨٣) المكاسب ٤/٧١.

يجوز شراء الوقوف»<sup>(١)</sup> عن مثل هذه الصوره، لأنّ العين الموقوفه برغم وجود المنفعه فيها بحسب الدقه العقليه، وعدم كونها معدومه عقلاً، لكنّها فى حكم العدم، ويترتب عليه حكمه، لأنّ الأدلّه الشرعيّه ملقاه إلى العرف العام، والمناطق فى وجود المنفعه وعدمها رأى العرف، ولذلك فإنّ أدلّه المنع عن بيع الوقف منصرفه عن هذا القسم عرفاً.

القسم الثانى: فيما إذا لم يبلغ انعدام المنفعه إلى ما بلغت إليه فى القسم الأوّل: «كدار انهدمت فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها بأجره لا تبلغ شيئاً معتداً به»<sup>(٢)</sup>، أو «الحمام الذى يستأجر كلّ سنه مائة دينار إذا صارت عرصه تؤجر كلّ سنه خسمه دراهم أو عشره لغرض جزئى كمجمع الزبائل ونحوه»<sup>(٣)</sup>، ففى هذا القسم:

١- تارة: يكون الثمن الحاصل من بيع العرصه أقلّ من المنفعه الحاصله من إيجارها، فلا يجوز بيعها لإندراجها فى إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقوف».

٢- وأخرى: تكون المنفعه الحاصله من بيعها مساويه لمنفعه الدار أو قريباً منها فى البديل، فهنا يدور الأمر بين حفظ العين والاكتفاء بالمنفعه القليله، أو بيعها وتحصيل المنفعه الكثيره. يقول الشيخ الأعظم إنّ فى المسأله وجهان:

أ: الحكم بجواز البيع باعتبار ما جاء فى كلمات الفقهاء من جواز بيع العين الموقوفه متى سقطت عن قابليته انتفاع البطون بها، فإنّ المنفعه إن قصد بها مطلق المنفعه فهى موجوده بالفعل، فلا- يجوز بيعها بمقتضى وجودها، وإن كان المقصود منها المنفعه المعتدّه بها فهى مفقوده ولذلك يجوز البيع.

ب: الحكم بعدم جواز البيع لوجود اقتضاء الوقف وعدم ما يمنع عنه.

أمّا المقتضى فهو أنّ الدار أو الحمام برغم خرابهما، لكن تبقى عرصتهما موقوفه ومشموله لعموم عدم جواز البيع من دون أن يمنع عنه مانع.

ودعوى انصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقوف» عن مثل هذه العين الموقوفه

ص: ٣١٠

١- (١٢٨٤) وسائل الشيعه ١٩/١٨٥، ح ١، صحيحه أبى على ابن راشد.

٢- (١٢٨٥) المكاسب ٤/٧١.

٣- (١٢٨٦) المكاسب ٤/٧١.

ممنوعه، لصعوبه إثباتها.

وبالتالى فإنَّ المقتضى للمنع عن بيعها متحقق، والمانع عن تأثيره مفقود، ولا أقلّ من كونه مشكوكا، والقاعده تقتضى لزوم التمسك بالأدله الداله على المنع من بيع الوقف»(١).

وأيد المحقق الخراسانى عدم خروجها عن عموم أدله وجوب العمل بمقتضى الوقف الذى قاله الشيخ الأعظم بقوله: «ولو نوقش فى عموم تلك الادله لهذه الصوره كالصوره السابقه، فلا أقلّ من استصحاب عدم الجواز قبل عروض الخراب، فلا يجوز الخروج بذلك عمّا هو مقتضى الإصلاح، إلاّ بالقطع بالجواز كالصوره الأولى، وأنى لنا دعواه وان كانت غير بعيدة»(٢).

والحاصل: حكم المسأله مشكلٌ عند الشيخ الأعظم من جهه قيام المقتضى على منع البيع وتبعه المحقق الخراسانى فى أدله منع البيع مضافا إلى استصحاب عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الخراب.

### مقاله السيد الخوئى فى توضيح ونقد كلام الشيخ الأعظم

استثنى الشيخ الأعظم صورا من عدم جواز بيع الوقف:

استثنى أولاً: «ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع رأسا، واختار فيه جواز البيع.

ثم استثنى هذا الفرض الذى هو محلّ الكلام، وهو ما إذا خرب بحيث سقط عن الانتفاع المعتدّ به بحيث يصدق عرفا أنه لا منفعه فيه.

ثم تعرّض للصوره الثالثه، وهى ما إذا خرب بحيث قلت منفعتة إلى حدّ لا يلحق بالمعدوم، وقوى فيها المنع عن البيع.

وفى الفرض الوسط فصل على ما يظهر من آخر كلامه بين ما إذا كان النفع الباقى

ص: ٣١١

١- (١٢٨٧) العقد النضيد ٥/٦ و ٧.

٢- (١٢٨٨) حاشيه المكاسب / ١١١.

قليلاً في الغايه بحيث يلحق بالمعدوم، وبين ما إذا لم يكن كذلك، فاختار جواز البيع في الأول لانصراف دليل المنع، كقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» عنه، والمنع في الثاني.

إلا أنه لم نفهم مراده قدس سره من «النفع المعتد به» حتى قسم فرض عدم بقائه إلى قسمين، فإنه إذا كانت للوقف بعد الخراب منفعه عرفيه ولو قليله، فهو داخل في الصورة الثالثه، فلا وجه لجعله قسماً لها، فتأمل.

وبعبارة أخرى: الأقسام الممتصّره في المقام ثلاثه لا أربعه، الأول: أن يسقط عن الانتفاع به عرفاً وعقلاً كما في الحيوان المذبوح، الثاني: أن يسقط عن الانتفاع به عرفاً فقط مع بقاء الانتفاع به عقلاً، الثالث: أن تقلّ منفعته العرفيه، ولا رابع، فلا معنى لتقسيم الصورة الثانيه \_ وهي سقوط الوقف عن المنفعه العرفيه \_ إلى ما تقلّ منفعته بحيث يلحق بالمعدوم وإلى ما لا تقلّ منفعته كذلك.

وبالجملة: الظاهر أن المراد بسقوط الوقف عن الانتفاع المعتد به أن لا يترتب عليه ما يعدّ منفعه له بنظر العرف، كما إذا خرب السرير الموقوف ولم ينتفع بأجزائه، كالحديد الموجود فيه، إلا بجعله وراء الباب لئلا يفتح، فإنه ليس من منافع ذلك الحديد، وإن كان ذلك منفعه عقلاً وأمكن إذا بته وجعله شيئاً آخر.

فتفصيل المصنّف في هذا القسم لا وجه له، بل الصحيح فيه جواز البيع؛ وذلك لأنّ متعلّق غرض الواقف إنّما هو تسهيل المنفعه العرفيه لا العقليه، فإذا لم يمكن الانتفاع به بما يعدّ منفعه عرفيه له، جاز تبديله بمقتضى غرض الواقف (١) وإنشائه، على ما اخترناه من أنّ الواقف في الوقف المؤبّد يحبس العين الموقوفه ما دام الانتفاع العرفي بها ممكناً مع بقائها، وبدلها إذا لم يمكن ذلك، والأدله الوارده كقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» تكون امضاءً لما أنشأ الواقف، فالمنفعه العقليه أجنبيّه عن غرض الواقف ولا تكون مانعاً عن البيع (٢).

أقول: العقلاء في أفعالهم وتصرفاتهم يلاحظون الأغراض وتدور أفعالهم مدار

ص: ٣١٢

١- (١٢٨٩) هو الشيخ محمّد حسين في حاشيه المكاسب ٣/١٣٥.

٢- (١٢٩٠) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ (١٧٤-١٧١).

الغرض وجودا وعدما بمعنى أنّ الغرض يكون هو المقصود بالذات فَيَصِحُّ أن يكون الغرض قرينه على كيفية العمل الصادر منهم، فيكون الوقف حينئذٍ من أفعال العقلاء وغرضهم منه تحييس العين وتسييل المنفعة على الموقوف عليهم فمع انتفاء المنفعة من الأساس \_ كما في الصورة الأولى \_ أو مع انتفائها عرفا بحيث لا يعدّ المنفعة الموجودة العقلية منفعه عرفيه لهذا العين \_ كما في الصورة الثانية \_ الغرض من الوقف \_ وهو تسييل منفعه عين الموقوفه \_ منتف وبانتفائه سقط الحكم بعدم جواز بيعها، لأنّ بقاء الوقف وعدم جواز بيعه تابع لبقاء غرض الواقف(1) ومع عدمه يحكم بجواز بيعها، فالحكم في صورتين واحد.

ثمّ، بعد تخصيص قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقوف» بغرض الواقف، تصل النوبه إلى اطلاق قوله تعالى: «أَحِلَّ لِلَّهِ الْبَيْعُ»(2)، وحتى لو ترددنا بين تخصيص وعدمه يكون المخصص مجملاً ومردداً بين الأقل والأكثر فلا بدّ من الأخذ فيه بالقدر المتيقن والتمسك بالإطلاق في غيره فيكون الاطلاق محكماً في هذه الصورة. هذا كلّه في الدليل اللفظي.

وأما الأصل العملي في المقام: فلا يجري استصحاب عدم جواز بيع الوقف قبل عروض الخراب خلافاً للمحقق الخراساني لأنّ زوال المنفعة العرفيه معدوده من مقومات المستصحب ولا تعدّ من حالاته فلا يجري الاستصحاب، وحتى مع الشك في أنّ زوالها يعدّ من المقومات أو الحالات فلا يجري الاستصحاب لأنّ مع الشك فيه التمسك بدليل الاستصحاب يعدّ تمسكاً بالدليل في الشبهه الموضوعيه ذاك الدليل وهو مردودٌ.

وبعد سقوط الاستصحاب تصل النوبه إلى جزيان البرء من الحرمة في بيع الوقف.

وبالجملة: حكم الصورة الثانية من صور جواز بيع الوقف هو الجواز بالدليل اللفظي والأصل العملي والحمد لله.

**تنبيه:**

**إشارة**

ص: ٣١٣

١- (١٢٩١) كما عليه المحقق الإصفهاني في حاشيته على المكاسب ٣/١٣٥.

٢- (١٢٩٢) سورة البقره ٢٧٥.

قال الشيخ الأعظم: «ثم إنَّ الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارضٍ آخر غير الخراب؛ لجريان ما ذكرنا فيه»<sup>(١)</sup>.

مراده: جواز بيع الوقف «لو قلت المنفعة مع قابلية الموقوفه للإنتفاع بها، كما إذا وقف بعيرا للسقى فاستغنى عنه بعد وضع أنابيب الماء، أو وقف خاناً لتزول الزوّار والمسافرين فيه، فتعطلّ بعد قطع المسافات البعيده بالطائرات والسيارات، وكذا لو وقف داراً على ذريّته ليسكنوها بأنفسهم، ولم يمكنهم ذلك لوقوعها في محلّه لا يقيم فيها \_ فعلاً \_ ذووا المروّات، ونحو ذلك ممّا تكون العين فيه عامرةً، ولكن لا يتنفع بها في الجهة المقصوده للواقف.

فما تقدّم من وجه جواز البيع ومنعه يجرى هنا أيضاً، وبعد ترجيح جانب الجواز هناك \_ من جهة أن حبس العين مقدمه لتسييل الثمره المعينه، وبإنتفائها ينتفى حقيقه التسييل المأخوذ في الوقف، ولا يبقى مجال لحفظ خصوصيه العين المسلوبه منفعتها \_ نقول بجواز البيع هنا، لوحده المناط»<sup>(٢)</sup>.

### إشكالات الشيخ الأعظم على مقاله صاحب الجواهر

#### إشاره

صاحب الجواهر رحمه الله تبعاً لأستاذه وصهره ونجل أستاذه قائل بأنّ ذات الوقف تنافى مع البيع \_ كما هو مختارنا \_ وقد مرّ الكلام حول ذلك في أوّل البحث.<sup>(٣)</sup>

فلا بدّ أوّلاً من نقل مقاله صاحب الجواهر ثمّ طرح إشكال الشيخ الأعظم عليه.

### مقاله صاحب الجواهر

#### إشاره

قال قدس سره: «والذى يقوى في النظر \_ بعد إمعانه \_ : أنّ الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضادّ، نعم إذا بطل الوقف اتّجه حينئذٍ جواز البيع.

والظاهر تحقّق البطلان فيما لو خرب الوقف على وجه تنحصر منفعتة المعتدّ بها منه في إتلافه، كالحصير والجذع ونحوهما ممّا لا منفعة معتدّ بها فيه إلّا بإحراقه مثلاً،

ص: ٣١٤

٢- (١٢٩٤) هدى الطالب ٧/٢٢.

٣- (١٢٩٥) راجع صفحه ٧١ من هذا المجلد: القائلون بذاتيه مانعيه الوقف مع البيع.

وكالحيوان بعد ذبحه مثلاً... وغير ذلك.

ووجه البطلان حينئذٍ: فقدان شرط الصّحّة في الابتداء، المراعى في الاستداهم بحسب الظاهر، وهو كون العين ينتفع بها مع بقائها.

كما إنّه قد يقال: بالبطلان أيضاً في انعدام عنوان الوقف فيما لو وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه «البستانية» فخربت حتّى خرجت عن قابليته ذلك، فإنّه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف.

واحتمال: بقاء نفس العرّضه على الوقف؛ باعتبار أنّها جزء الموقوف وهى باقيه، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه (١) لا يقتضى بطلانه فيها.

يدفعه: أنّ العرّضه كانت جزءً من الموقوف من حيث كونه بستاناً لا مطلقاً، فهى حينئذٍ جزء عنوان الموقوف الذى قد فرض فواته. ولو فرض إرادته وقفها لتكون بستاناً أو غيرها لم يكن إشكال في بقاء وقفها؛ لعدم ذهاب عنوان الوقف، لكنّه خلاف الفرض.

وكذا لو وقف نخله للانتفاع بثمرتها فانكسرت، فإنّه وإن أمكن الانتفاع بالجذع بتسقيف ونحوه، لكنّه ليس من عنوان الوقف.

وربّما يؤيد ذلك فى الجملة: ما ذكره فى باب الوصيه (٢) من أنّه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيه؛ لانتفاء موضوعها.

نعم، لو لم تكن الداريه والبستانيه مثلاً عنواناً للوقف \_ وإن قارنت وقفه \_ بل كان المراد الانتفاع به فى كلّ وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله.

ثمّ على فرض بطلان الوقف بذلك، فهل يعود للواقف وورثته كالوقف المنقطع، أو للموقوف عليه وورثته؟ وجهان، ينشآن:

من الخروج عن ملك الواقف ودخوله فى ملك الموقوف عليه بالوقف، وإنّما منعه من التصرف بغير الانتفاع المنافى (٣) لبقاء العين فى الملك ما دام قابلاً لتلك المنفعة، فمع

ص: ٣١٥

١- (١٢٩٦) فى بعض النسخ بعدها إضافه: لكن.

٢- (١٢٩٧) المبسوط: كتاب الوصايا ٤/٣٨.

٣- (١٢٩٨) حسب السياق كلمه «المنافى» صفه لـ «التصرف» وإذا كانت صفه لـ «الانتفاع» فينبغى حذف «غير».



فرض ذهابها وبطلان الوقف بذلك يبقى مملوكا له من غير منع، يتصرف به كيف يشاء.

ومن أنّ خروجه عن ملكه كان على الوجه المذكور لا مطلقا، فمع فرض بطلان ذلك الوجه يعود إلى ملك المالك.

ولعلّ الأوّل لا يخلو من قوّه، بل يشهد له ما تسمعه من النصّ والفتوى المجوّزه لبيعه للموقوف عليهم»<sup>(١)</sup>.

### توضيح كلام صاحب الجواهر

ذهب صاحب الجواهر إلى أنّ الوقف يبطل بعروض مجوزات بيع الوقف لأنّه يرى التنافى الذاتى بين عنوانى الوقف والبيع ولذا التزم بفساد الوقف فى موردين:

أحدهما: خراب الوقف على وجه تنحصر منفعته المعتدّ بها فى إتلافه، كالحصير والجذع ونحوهما مما يكون الانتفاع به باتلاف العين كالأحراق.

لأينّ «الوقف مؤلّف من أمرين أحدهما حبس العين، والآخر تسبيل المنفعه، ومن المعلوم تفرع التسبيل على وجود الثمره خارجا، ولا فرق فى إناطه صحه الوقف بوجود كلّ من العين ومنفعتها بين الإبتداء والاستدامه، فكما يعتبر وجودهما حدوثا كذلك يعتبر بقاء، فلو خربت الموقوفه ولم ينتفع بها بطل وقفيّتها، ضروره إنتفاء المركّب بانتفاء أحد أجزاءه كانتفائه بانعدام تمام الأجزاء.

والحاصل: أن الشرط الدخيل فى صحه الوقف \_ وهو كون العين ذات ثمره مسبّله \_ يقتضى إنتهاء أمد الوقف بإنتفاء الثمره»<sup>(٢)</sup>.

ثانيهما: انعدام عنوان الوقف كما إذا وقف بستانا \_ مع أخذ عنوان «البستان» فى صيغه الوقف \_ فخرّب وسقط عن كونه بستانا.

ففى هذا المورد «إنّ غرض الواقف من قوله: «وقفْتُ البستان على أولادى» إن كان [على نحو موضوعه العنوان المأخوذ فى صيغه الوقف بنحو تمام الموضوع] أى كان

ص: ٣١٦

١- (١٢٩٩) الجواهر ٢٣/ (٥٧٨-٥٧٦) [٢٢/٣٥٨ و ٣٥٩].

٢- (١٣٠٠) هدى الطالب ٧/٢٣.

حبس البستان على الموقوف عليهم حسباً محدوداً وموقتاً ببقاء عنوان «البستان» \_ لكونه ملحوظاً جهةً تقييده تدور الوقفية مداره \_ كان لازمه البطلان بالإنهزام، ويتجه البحث حينئذٍ عن رجوعها إلى الواقف أو صيرورتها ملكاً طلقاً للموقوف عليهم.

فإن قلت: لا وجه لخروج العرصه عن الوقفيه بعد زوال عنوان «البستان» لكونها جزءاً من الموقوفه، إذ «البستان» مركب من العرصه والأشجار، ومن المعلوم أن سقوط الأشجار عن الوقفيه \_ لتبديلها بأخشاب \_ لا يوجب إنتفاء وقفيه العين.

قلت: إنَّ العَرْصَةَ وإن كانت جزءاً من الموقوفه، إلّا \_ أنّ الواقف لم يجعلها وقفاً لا - بشرط الأشجار، بل بشرطها، فزوال عنوان «البستان» وانتهاء وقفيته يوجب سقوط وقفيه العَرْصَةَ من جهه فقد الشرط.

وإن كان غرضُ الواقف حبسَ العرصه على الموقوف عليهم على [نحو العنوان مشيراً إلى وقفيه الذات، أو على نحو تعدد المطلوب]. لم يقدح ذهاب عنوان «البستان» في استمرار وقف العرصه، هذا»(١).

ثمَّ ذَكَرَ صاحب الجواهر بعد حكمه ببطلان الوقف أنّ العين ترجع إلى ملك مالكةا وواقفها وورثته أو ترجع إلى ملك الموقوف عليهم؟ ويرى رجوعها إلى ملك الموقوف عليهم لا - يخلو من قوه لوجود الشاهد عليه من النص والفتوى لبيعها للموقوف عليهم.

### إشكال الشيخ الأعظم

اعترض أولاً على مبنى صاحب الجواهر وهو فساد الوقف في موارد جواز البيع بالوجه الأربعة:

الأول: «أنَّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له في الوقف المؤبد»(٢).

مراده: لا - وجه لبطلان الوقف المؤبد بمجرد انتفاء المنفعه، لأنَّه يستلزم انقلاب الشيء عما هو عليه إذ مع وقوع الوقف المؤبد صحيحاً يمتنع انقلابه وصيرورته باطلاً

ص: ٣١٧

١- (١٣٠١) هدى الطالب ٧/٣١ و ٣٢.

٢- (١٣٠٢) المكاسب ٤/٧٤.

بنفاد المنفعه، وهذا فى مقام الثبوت.

الثانى: «مع أنه لا دليل عليه»<sup>(١)</sup>.

مراده: عدم الدليل على مبناه فى مقام الإثبات بمعنى لو سلّمنا امكان انقلاب الوقف المؤبّد إلى الوقف المنقطع كان الانقلاب منوطاً بوفاء الدليل عليه والدليل مفقود بل يدلّ على خلافه وهو قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»<sup>(٢)</sup>.

الثالث: «مضافاً إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامه، فإنّ الشروط فى العقود الناقله يكفى وجودها حين النقل، فإنّه قد يخرج المبيع عن المائيه ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري»<sup>(٣)</sup>.

مراده: الشرط المذكور «\_ وهو كون العين مميّا ينتفع بها مع بقاء عينها \_ وأن كان دخيلاً فى الوقف، لوضوح كون الغايه من حسب العين تسييل ثمرتها، إلّا- أنه يكفى فى إنعقاد الوقف صحيحاً وجود المنفعه حال حدوث الوقفيه وإنشائها، وأمّا اعتبار إستمرارها فلم يقيم عليه دليل.

والشاهد على كفايه وجود هذا الشرط إبتداءً هو ملاحظه شروط سائر العقود الناقله، كماليه العوضين فى باب البيع، فهى معتبره حين الإنشاء، لكون البيع مبادله مال بمال. ولا يقدر فى صحته وترتب النقل عليه سقوط المبيع عن المائيه بيد المشتري»<sup>(٤)</sup>.

الرابع: «مع أنّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم»<sup>(٥)</sup>.

مراده: «أنّ جواز بيع الوقف فى مورد طرؤ المسوّغ له لا- يوجب إنتهاء أمد الوقف، وبطلانه، بل يتبدّل لزوم الوقف بالجواز والتزلزل، فإنّ بيع بطل، وإن لم يُبع بقى وقفاً، لما

ص: ٣١٨

١- (١٣٠٣) المكاسب ٤/٧٤.

٢- (١٣٠٤) وسائل الشيعه ١٩/١٧٥، ح ١، صحيحه الصفار.

٣- (١٣٠٥) المكاسب ٤/٧٤.

٤- (١٣٠٦) هدى الطالب ٧/٢٥.

٥- (١٣٠٧) المكاسب ٤/٧٤.

تقدّم في أوائل المسألة من أن مفاد دليل جواز بيع الوقف هو جواز إبطاله، ومن المعلوم أن جواز الإبطال ليس مبطلاً، بل المبطل هو إنشاء بيع الوقف.

وعليه فتجوز البيع شرعاً تخصيص في دليل لزوم الوقف، وصيرورته جائزاً بعد عروض المسوّغ<sup>(١)</sup>.

ثمّ اعترض الشيخ الأعظم ثانياً على مقاله صاحب الجواهر في المورد الثاني من موردى جواز بيع الوقف في كلامه \_ وهو بطلان الوقف بزوال العنوان \_ بوجهين:

الأوّل: «الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغيّر العنوان كما لا يخفى»<sup>(٢)</sup>.

مراده: زوال العنوان لا- يوجب بطلان الوقف إجماعاً كما اعترف به صاحب الجواهر في مسأله بقاء وقفه عرصه الدار المنهدمه حيث يقول: «إذا انهدمت الدار) ولم يبق من آثارها شيء (لم تخرج العرصه) بذلك (عن الوقف، ولم يجز بيعها) بلا خلاف أجده بين من تعرّض له؛ كالفاضل<sup>(٣)</sup> والشهيدين<sup>(٤)</sup> وغيرهم<sup>(٥)</sup>؛ لأنّ الخراب لا- يصلح لنقض الوقف وإبطاله مع بنائه على التأييد وعلى عدم جواز بيعه، ولأنّ العرصه من جمله الموقوف وهي باقية.

بل لم يحكوا الخلاف في ذلك إلا عن بعض العامّة: فجوّز بيعها إذا انهدمت ولم

ص: ٣١٩

١- (١٣٠٨) هدى الطالب ٧/٢٥.

٢- (١٣٠٩) المكاسب ٤/٧٥.

٣- (١٣١٠) تحرير الأحكام الشرعيه: الوقف / في الأحكام ٣/٣١٦؛ قواعد الأحكام: الوقف / في الأحكام ٢/٣٥٩.

٤- (١٣١١) الدروس الشرعيّه: الوقف ٢/٢٧٩، درس ١٧١؛ مسالك الأفهام: الوقف / في اللواحق ٥/٣٩٨.

٥- (١٣١٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب الوقوف والصدقات ٣/٣٠٠؛ والكركي في جامع المقاصد: الوقف / في الأحكام ٩/٦٨؛ والكاشاني في المفاتيح: ٣/٢١٣، مفتاح ١١١٥؛ والسبزواري في الكفايه: الوقف / في الأحكام ٢/١٩.

يمكن عمارتها، كالمسجد. (١)

وفي المسالك: تقييده في غير الأرض الخراجية، على نحو ما سمعته في المسجد» (٢).

وبالجملة: «إنَّ الفقهاء وإن اختلفوا في حكم بيع الوقف إذا خرب أو حُشى خرابه، فمنهم من جَوَّز البيع، ومنهم من منعه، لكن هذا الاختلاف غير قادح في إطباقهم على بقاء الوقف بعد تغيير عنوانه، إذ لا ملازمه بينهما، لكون النسبه بين الخراب وسقوط العنوان عموماً من وجه، لصدق «تغيُّر العنوان» دون الخراب فيما إذا كانت العين الموقوفه حيواناً بسنٍّ خاص كبنيت لبون أو بنت مخاض مثلاً، فإذا تجاوز سنُّهما عن هذا الحد، فقد تغيَّر العنوان مع عدم صدق الخراب.

ولصدق «الخراب» بدون «تبدل العنوان» في الأرض الموقوفه للزراعة، فانقطع عنها الماء، فإنَّه يصدق الخراب على هذه الأرض مع عدم تبدل عنوانها.

ولتصادقهما في الدار المنهدمه والبستان الذي خرب، وزال عنوان بستانيته.

فَالنتيجةُ: أنَّ استمرار الوقف بعد نفاذ العنوان مُجمَع عليه. ومعه لا وجه للإلتزام بالبطلان كما صار إليه صاحب الجواهر قدس سره «(٣).

الثاني: «إن أريد بـ «العنوان» ما جعل مفعولاً في قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا شك في أنه ليس إلا كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبته»، فإن التملك المعلق بعنوان، لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد ملك منه كل جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان «البستان»، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلقة بالعنوانات.

وإن أريد بـ «العنوان» شيء آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بد من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً في الموضوع زياده على

ص: ٣٢٠

١- (١٣١٣) حليه العلماء ٦/٣٨؛ المغنى (لابن قدامه) ٦/٢٢٦.

٢- (١٣١٤) الجواهر ٢٩/٢٣٣ (٢٨/١٠٩).

٣- (١٣١٥) هدى الطالب ٧/٣٩.

مراده: «أن منشأ المصير إلى بطلان الوقف بزوال العنوان هو أخذ عنوانٍ خاصٍّ في صيغته الوقف، كقوله: «وقفتُ البستان على أولادى». ولكن يُسأل من صاحب الجواهر قدس سره عمّا أراده من كلمة «العنوان» [١] فإمّا أن يكون مراده به ما يقع مفعولاً به فى مقام الجعل كالمثال المزبور، و [٢] إمّا أن يكون مراده به أمراً آخر كالشرط المبني عليه الإنشاء أو المصرّح به فيه، بأن يقول: «وقفتُ هذا البستان على ذريتي مادام بستانا». والمفروض عدم إقتضاء شىءٍ منهما بطلان الوقف بنفاد العنوان.

أمّا الأوّل فلائِنَّ وقفيه البستان لا تكون مقصورةً على هذا العنوان، بل تسرى إلى كلّ جزءٍ منه، و [من المعلوم] سرايه الأحكام الوضعية من عناوينها إلى معنوياتها بلا فرقٍ بين الملكيه الحاصله بالوقف أو بالبيع أو بالهبه.

والشاهد على تعلُّق الملكيه بالمعنون أنّه لو قال: «بعثك هذا البستان» وتغيّرت صورته البستانيه بعد البيع لم ينحل العقد، بل تبقى العرصه والأجزاء ملكاً للمشتري. فكذا الحال فى الوقف الذى يكون حقيقته إيقافاً للعين عن النقل الإعتبارى أو تمليكا أو قصرًا، سواءً استمرّ العنوان أم تغيّر»(٢).

وأما الثانى فإنّ «إرادته الشرط من العنوان غير معهوده عند العرف وأهل العلم.

مع أنّ إشتراط التوقيت لا يُجدى فيما رامه قدس سره من بطلان الوقف بزوال العنوان، سواءً أكان الشرطُ مصرّحاً به كما لو قال: «وقفتُ هذا على أن يكون بستانا أو: مادام بستانا» أم منويًا \_ من غير دلالة عليه فى الإنشاء \_ كما لو إقتصر على جملة: «وقفتُ فى البستان» بانيا على كونه موقّتًا ببقاء البستان.

وجهُ عدم الإجداء: منافاه جعل الملكيه المحدوده \_ للموقوف عليه \_ للتأييد الذى إعتبروه فى الوقف. فيشكل نفوذ هذا الشرط بأدله الشروط وبخصوص «الوقوف تكون

١- (١٣١٦) المكاسب ٤/٧٥.

٢- (١٣١٧) هدى الطالب ٧/٤١ و ٤٢.

على حسب ما يوقفها أهلها»(١).

ثم اعترض الشيخ الأعظم ثالثا على صاحب الجواهر في تأييد مقالته بفرع في الوصية بقوله: «وأما تأييد ما ذكر بالوصية، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيروره بالبستان عرصه؟

نعم، الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر»(٢).

حاصل اعتراضه: «كان مقصود صاحب الجواهر من تأييد الوقف بالوصية هو تعلق كل منهما بعنوان الدار مثلا، فكما أن زوال العنوان يبطل الوصية، فكذا يبطل الوقف. ومقصود [الشيخ الأعظم] قدس سره إبطال التأييد، ثم التنظير بفرع آخر.

أمّا بطلان التأييد فللفرق بين المسألتين، وهو: إقتضاء الوقف على العنوان صيروره الموقوفه ملكا فعليا للعنوان، بخلاف مسأله الوصية، لكون ملك الموصى له قبل موت الموصى شأنا لا فعليا.

مضافا إلى: أنّ الموصى به هو عنوان «البستان» حال موت الموصى، بشهاده حكمهم بعدم إعتبار وجود الموصى به حال الوصية. فلو تغير عنوان البستان لم يكن الموصى به موجودا حال الموت، والموجود حاله \_ وهو العرصه \_ مغايرٌ للموصى به، فتبطل الوصية من هذه الجهة، لا من جهة إعتبار بقاء العنوان في بقاء الوصية.

وأمّا التنظير فتقريبه: أنّ الفرع المماثل للوقف على العنوان هو الوصية بالدار التي صارت بعنوانها ملكا فعليا للموصى له بقبوله وبموت الموصى، ثم زال العنوان، فإنهم لم يلتزموا بزوال ملك الموصى له، وبعوده إلى ورثه الموصى. وهذا كاشف عن عدم موضوعيه العنوان، وكونه معرّفا. فليكن الوقف مستمرا بعد ذهاب العنوان، لوحده المناط»(٣).

ص: ٣٢٢

١- (١٣١٨) هدى الطالب ٧/٤٣ و ٤٤.

٢- (١٣١٩) المكاسب ٤/٧٦.

٣- (١٣٢٠) هدى الطالب ٧/٤٥.

ثمّ اعترض الشيخ الأعمّ رابعاً على وجهى صاحب الجواهر من رجوع عين الموقوفه إلى ملك الواقف وورثته أو الموقوف عليهم بقوله: «ثمّ ما ذكره من الوجهين، ممّا لا يعرف له وجه بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤيّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً»<sup>(١)</sup>.

ولبّ كلامه يرجع إلى أنّه بعد قبول صاحب الجواهر أنّ الوقف هنا يعدّ من الوقف المؤبّد لا يمكن إبداء احتمال رجوعه إلى الواقف لإطباق «الفقهاء - القائلين بخروج العين عن ملك الواقف - على عدم عودها إليه أو إلى ورثته. ويستفاد هذا الإجماع من غير موضع من السرائر، كقوله فى عدم جواز إنتفاع الواقف بما وقفه: «لما بيناه وأجمعنا عليه من أنه لا يصحّ وقفه على نفسه، وأنّه بالوقف قد خرج عن ملكه ولا يجوز عوده إليه بحال»<sup>(٢)</sup> فعدم دخوله فى ملك الواقف متفق عليه»<sup>(٣)</sup>.

هذه كلّها اعتراضات الشيخ الأعمّ وتوضيحتها على مقاله صاحب الجواهر - أعلى الله مقامهما وجعل الجنة مثوالمَا - .

### الحكميه بين الشيخين صاحبي الجواهر والمكاسب

#### أقول: بالنسبه إلى الاعتراض الأوّل:

للشيخ الأعمّ قد مرّ كلامنا فى بحث «هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع الخارجى...»<sup>(٤)</sup> فى ذيل مقالنا «فى النزاع بين المشايخ الثلاث والشيخين الجليلين»<sup>(٥)</sup> فلا نعيده فراجع ما حررناه هناك.

وحاصله: نحن مع المشايخ الأءربعه - الشيخ جعفر وصهره الشيخ أسدالله التستري ونجله الشيخ حسن وصاحب الجواهر رحمهم الله - فى وجود التنافى الذاتى بين الوقف والبيع.

ص: ٣٢٣

١- (١٣٢١) المكاسب ٤/٧٦.

٢- (١٣٢٢) السرائر ٣/١٥٥.

٣- (١٣٢٣) هدى الطالب ٧/٤٧.

٤- (١٣٢٤) راجع هذا المجلد صفحہ ٢٣٣.

٥- (١٣٢٥) راجع هذا المجلد صفحہ ٢٣٥.



ولكننا مع الشيخ الأعظم في أن الوقف لا يبطل إلا بالبيع الخارجي في موارد جواز بيع الوقف فلا يكون باطلاً قبل بيعه.

### وأما بالنسبة إلى الاعتراض الثاني للشيخ الأعظم فأقول:

تبع المحقق الخراساني صاحب الجواهر وقال: «لا يبعد أن يقال، أنه لو أُريد به كون قصد الواقف حبس العين في وقفها مادامت معنونه بعنوان كذا، وقيل بعدم بطلان مثله لعدم التأييد، لما عرفت من أنه [التأييد] ما يقابل الـتوقيت، ولا توقيت هيهنا، لا يبعد أن يقال بالبطلان بزوال العنوان بمعنى انتهاء الوقف إلى الغايه والنهايه»<sup>(١)</sup>.

كما وافقهما السيد اليزدي وقال: «.. إذا وقف بستانا ملاحظا في وقفها البستانيه أو الدار ملاحظا فيها الداريه فإنها إذا خرجت عن العنوان بطل كونها وقفا...»<sup>(٢)</sup>.

وحاول المحقق الإصفهاني تصحيح مقاله صاحب الجواهر بقوله: «... فمرجع وقف البستان بما هو إلى أحد أمرين: [١] إما وقف العين الخاصه ما دامت معنونه بعنوان البستانيه، [٢] وإما وقف العين بشرط ستعرف<sup>(٣)</sup> إن شاء الله تعالى حقيقته.

أمّا الأول: فمبنى على أنّ الملكيه قابله للتحديد من حيث الزمان؛ بحيث يعتبر الشارع ملكيه العين إلى زمان زوال العنوان عنها، وربما يؤيد ذلك بأنّ ملكيه الخل مرتبه على كونه خلا، فإذا زال العنوان وانقلب خمرا زالت الملكيه بل المالیه، وبذهاب بعضهم إلى أنّ ملكيه الأرض المحياه باقيه بقاء الإحياء، بل الملكيه في الأعيان دائره مدار قابليتها للإنتفاع بها فإذا سقطت عن القابليه زالت الملكيه، وقد عرفت<sup>(٤)</sup> سابقا معقوليه الملكيه المحدوده بالعرض، وإن لم يعقل محدوديتها بالذات؛ لكونها من حيث ذاتها عرضا قارا غير قابل للتحديد بالزمان.

إلا أنّ المؤيدات قابله للمناقشه بجعل الانقلاب إلى الخمریه الراجع إلى اسقاط

ص: ٣٢٤

١- (١٣٢٦) حاشيه المكاسب / ١١١.

٢- (١٣٢٧) العروه الوثقى ٦/٣٧٧، مسأله ٣٧.

٣- (١٣٢٨) في نفس التعليقه عند قوله (وأما الثاني...).

٤- (١٣٢٩) حاشيه المكاسب ٣/٨٤.

الماليه شرعا مزيلاً للملكيه، وزوال الملك بمزيل لا دخل له بالتحديد، وكذا خراب الأرض مزيل للملك الحاصل بالإحياء، وكذا السقوط عن قابليه الانتفاع مع أنّ الماليه قائمه بالخل، وكون مائع تاره مندرجا تحت هذا العنوان وأخرى خارجا عن تحته لا دخل له بانقلاب العنوان وزواله.

وأما الثاني: فالاشتراط على قسمين:

احدهما: أنّ يشترط الواقف الرجوع إلى الملك بعد زوال العنوان، فالعين مملوكه بملكه مرسله وللواقف الرجوع إلى ملكه إذا زال عنوان الملك، فيدخل تحت مسأله جواز شرط الرجوع في الوقف وسيأتى (١) الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ثانيهما: أنّ يشترط عدم كونه وقفا وملكا إذا زال العنوان فهو شرط منافٍ لمقتضى الوقف، لمنافاه الملكيه الأبدية في ذات العين وعدم الملكيه عند زوال عنوانها، بل لا يعقل القصد الجدى إلى التمليك الأبدى، وعدم كونه ملكا عند زوال العنوان، وليس كزوال الملكيه عند زوال العنوان، فإنّ الزوال والرجوع لا ينافى ارسال الملكيه وأبديتها، بخلاف عدم كونها ملكا وهو واضح.

ومما ذكرنا تعرف أنّه يمكن تصحيح كلام صاحب الجواهر بأحد وجهين: إما بالالتزام بانشاء الملكيه المقيده، وإما باشتراط رجوع الملكيه المطلقه، إلّا- أنّ ظاهر كلامه في باب الوقف (٢) هو الأوّل وأنه كالوقف المنقطع الآخر، غايه الأمر أنّ المفروض في الوقف المنقطع انقضاء الموقوف عليه، وهنا انقضاء أمد الموقوف (٣).

أقول: قد عرفت من نقل هذه الكلمات عدم تماميه ادعاء الاجماع الوارد في كلام الشيخ الأعظم، وإن يمكن المناقشه في محاوله المحقق الإصفهاني والإيراد عليه:

«أولاً: أنّ الوقف المؤبد ينافى ويناقض مع تحديد الملكيه، ولا مجال لقياس الوقف المشروط بباب الملكيه المحدوده.

ص: ٣٢٥

١- (١٣٣٠) حاشيه المكاسب ٣/١٥٠.

٢- (١٣٣١) جواهر الكلام ٢٢/٣٥٨، وفي باب الوقف ٢٨/١٠٩ من الطبعة الاسلاميه.

٣- (١٣٣٢) حاشيه المكاسب ٣/١٣٨ و ١٣٩.

هذا فضلاً عن منافاته مع شرط الرجوع، سواءً كان على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة، فالوقف المؤبد لم ينحصر مناقضته باشتراط عدم الوقفيّة عند زوال العنوان، بل يشمل شرط الفعل وشرط النتيجة أيضاً؛ لأنّ المفروض أنّ حقيقه الشرط هي الالتزام بالرجوع، وهو يتقابل مع الالتزام بالتأيد والأبدية.

وثانياً: كما أنّ محاولته تصحيح انتفاء الوقف بزوال العنوان، من خلال مقارنته مع الملكيه المحدوده الموقته التي تزول الملكيه عند حلول الأمد، ممنوعٌ أيضاً، لأنّ الواقف حين وقفه للعين الموقوفه \_ كالبستان \_ يعلم أنّ هذا العنوان كبقية العناوين لا يكون أبدياً، بل يزول عاجلاً أم آجلاً وبرغم ذلك يحبس ويوقفه وفقاً أبدياً، ولذلك لا يمكن فرض بقاء الوقف المؤبد محدوداً ومقيداً ببقاء العنوان وعدمه، لمناقضه المؤبد مع المحدود.

وبالتالي؛ فإنّ محاوله المحقق الإصفهاني في توجيه كلام الجواهر لا يُسمن ولا يُعنى من جوع»(١).

ولكن مع ذلك كلّه يمكن تصحيح مقاله صاحب الجواهر لما عرفت من عدم وجود الاجماع على خلافه، نعم بين عنواني «الخراب» و «تغيّر العنوان» عموم وخصوص من وجه كما مرّ، ولكن مراد صاحب الجواهر تقييد الوقف بالعنوان فيكون العنوان مأخوذاً في الوقف على نحو الحيثية التقيديّة ويؤيده قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»(٢).

فيكون الوقف مقيداً بهذه الحيثية التقيديّة ويكون صحيحاً ويلزم منها بطلان الوقف بزوال القيد والعنوان كما عليه صاحب الجواهر.

نعم، هذا الوقف المقيّد بالعنوان الزائل عنه في فتره لاحقه يتنافى مع الوقف المؤبد، وهذا التنافي يعدّ من مشاكل كتاب الوقوف وسوف نبحت عن حلّ هذه العويضة تبعاً للقوم في بحث الوقف المنقطع الآخر لاحقاً إن شاء الله تعالى.

ص: ٣٢٦

١- (١٣٣٣) العقد النضيد ٥/١٩.

٢- (١٣٣٤) وسائل الشيعة ١٩/١٧٥، ح ١.

ثم لا بدّ من التنبيه على تفصيل المحقّق النائيني وردّ السيّد الخوئي رحمه الله ودفاعه عن الشيخ الأعظم قدس سره والملاحظات حوله.

### تنبيه: حول تفصيل المحقّق النائيني ونقده وملاحظات النقد

قال المحقّق النائيني قدس سره: «ثمّ إنّ ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفه إذا لم يلحق قلّه الانتفاع بها بالعدم إنّما هو إذا بقيت الصورة النوعيّة للعين الموقوفه. وأمّا إذا تبدّلت بصورةٍ أخرى فيجوز بيعها وإن لم تلحق بالعدم.

ولا يبعد أن يكون كلام الشيخ [الطائفه(1)] ناظرا إلى هذا المعنى، فإنّ النخلة الموقوفه إذا قلعت تعدّ عرفا مباينته للنخلة؛ لأنّها عبارة عن الشجره، لا المادّه المشترکه بينها وبين الجذع والخشب.

وبطلان الصورة النوعيّة عبارة أخرى عن خراب الوقف. وسيجيء \_ إن شاء الله تعالى \_ في باب الخيار: أنّ مناط ماليته الأموال إنّما هو بالصورة النوعيّة، لا المادّه المشترکه.

ثمّ المدار في الصورة النوعيّة على الصورة النوعيّة العرفيّة لا-العقليّة، فإذا تبدّلت الصورة النوعيّة التي تعلق الوقف بها يبطل الوقف، ويبقى ذات الجسم فيباع. ولا يقاس انهدام الدار على زوال صورة الشجره، فإنّ الدار مرکبه من البناء والأرض، وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصه.

وبالجملة: حيث إنّ قوام الوقف بأمرين: بقاء العين الموقوفه، وكونها ذات منفعةٍ لأنّه عبارة عن حبس العين وتسييل الثمره، فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعة أصلاً فكذلك يجوز بيعها إذا لم تبقى صورتها العينيّة التي هي إحدى ركني الوقف»(2).

واعترض عليه السيّد الخوئي ودافع عن الشيخ الأعظم بقوله: «أنّ العناوين والصور النوعيه عرفيه كانت أو عقليه وإن كانت موجهه لشيئيه الأشياء في نظر العرف

ص: ٣٢٧

١- (١٣٣٥) كما في الخلاف ٣/٥٥١، مسأله ٢٣.

٢- (١٣٣٦) منه الطالب ٢/٢٨٥؛ وراجع توضيح الأكثر لهذا التفصيل في المكاسب والبيع ٢/٣٩٤ و ٣٩٥.

والعقل، إلا- أنها لا- تقابل بالمال بوجه وإنما هي دخليه في زياده المالىه للماده ولذا لا يجوز بيع الصور بدون الماده لعدم الانفكاك وقد مرّ في بعض المباحث في المكاسب المحرمه وسيأتى في باب الخيارات إن شاء الله، أنّ الأوصاف التي لها دخل في زياده المالىه وتعد في نظر العرف من الصوره النوعيه إذا وقعت عليها المعامله وظهرت خلافها فتكون المعامله فساده فإن وقع عليها المعامله يعد في نظر العرف مغائرا لما ظهر وإن كانا من جنس واحد كما إذا وقعت المعاوضه على الفراش المنسوج بنسج وظهر المبيع الفراش المنسوج بنسج آخر يغائر في نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمه أو باع كأسا وظهر قدرا أو باع سكيننا وظهر مسمارا أو باع ساعه وظهر قطعه حديد، أو باع صندوقا وظهر طبلا- فإنّ في جميع ذلك يبطل البيع لأنّ ما وقع على البيع غير مقصود وما هو مقصود لم يقع عليه البيع وإن كانا في الحقيقه من جنس واحد إلا أنّ العرف يراهما متبائنين فإنّ الرجوله والأنوثه وإن كانتا من جنس واحد إلا أنّ العرف يراهما متبائنين كما هو واضح.

وليست المعامله فيها واقعه على نفس تلك الأوصاف إذ لا يعقل الانفكاك بين الماده والصوره، بل المعامله واقعه على الماده، والصوره موجه لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصوره عن تلك الماده أى الجسم لا الماده الهَيُولائِيَّه المحفوظه في جميع الأشياء وتبدلت بصوره أخرى مغائره للأولى لم تبطل البيع، فإنّ نفس الماده قد وقعت متعلقه للبيع وتعنون الأشياء بتلك الصوره لا توجب وقوع المعامله على نفس العناوين فإنّها أعراض لا تقبل الانفكاك ولا يكون كونها عناوين للأشياء موجبا لكونها محطا لجميع الأحكام تكليفيه أو وضعيه بحيث تكون مملوكه وقابله للتمليك كما هو واضح، وبالجمله الصور النوعيه العرفيه واسطه لوقوع المعامله على المواد لكونها سببا لماليتها لا أنّ نفسها من الأموال.

إذا عرفت ذلك فالحكم في الوقف أيضا كذلك فإنّه إذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا أو دكانا فالظاهر من ذلك أنّ نفس تلك الأشياء بموادها موقوفه وإنّ كانت ماليتها بصورها النوعيه العرفيه، ولا تدور الوقفيه مدار نفس الصور والعناوين لعدم انفكاكها عن المواد ولا يمكن وقوع المعامله عليها بنفسها من الهبه والصلح والبيع كما هو واضح، وعليه فإذا

زالت الصورة النوعيه لم تزل الوقفيه بل تكون الماده التى معنونه بعنوان أيضا وقفا وإن لم ينتفع عنها نفعا كالاتفاح منها مع الصورة الزائله.

نعم، تزول الوقفيه بزوال الصورة والماده كليهما إذ ليس المراد من الماده هى الهيولى لتكون محفوظه فى ضمن شىء من الأشياء وإن كان فى ضمن التراب، بل المراد منها هنا هى الماده العرفيه أعنى الجسم الذى كان معنونا بعنوان ولا شبهه أنه ينتفى كانتفاء صورته.

وعلى هذا فإذا وقف شيئا وكان مفعول قوله عنوان ذلك الشىء بأن قال وقفْتُ البستان الفلانى أو الدار الفلانيه أو النخله الفلانيه فلا- شبهه أن الوقف هى ذات هذه العناوين المعنونه بها وإنما تلك العناوين معرّفات إليها ومقومات لماليتها وليس لنفس تلك العناوين بحسب نفسها ماله تكون وقفا منفكه عن الماده بحيث تدور الوقفيه مدار نفس العنوان فإذا زال الوقف وإذا ذهب عنوان البستان وعنوان الدار وعنوان النخله كانت عرصه البستان وعرصه الدار والنخله المقلوعه غير وقف، بل باقيا فى ملك الواقف. بل العنوان فى المركبات الاعتباريه لا ينتزع إلا من أمور متعدده فينحل إلى أمور عديده كعنوان الدار فإنّ الدار ليست إلا- مركبه من العرصه والقبب والجدران وهكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس إلا- وقف الأرض وتلك القبب ومعنى وقف البستان ليس إلا وقف الأشجار والعرصه فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصّل.

وبالجملة: لا نعقل معنى محصّلا لوقف العنوان المجرّد بل وقف العنوان عين وقف ذى العنوان فكما أنّ فى المركبات الحقيقيه لا تنفك الصورة النوعيه عن الماده لكونها متحده فى الخارج حقيقه وكذلك فى المركبات الاعتباريه كالدار والبستان فإنّ العنوان فى ذلك كلّ أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وقفا خاليا عن المواد.

وبعبارة أخرى: إذا وقف الواقف نخله لأشخاص فنسئل أنه هل بقى فى ملك الواقف منها شىء أم لا؟ فإن بقى ذات النخله فى ملك الواقف لتكون له بعد قلعهها فلا معنى لكون النخله للموقوف عليهم كما هو المفروض وإن لم يبق فى ملك الواقف شىء فبعد

زوال عنوان النخليه وصيرورتها خشبه فلماذا صار ملكا للواقف؟!»(١).

ثم إن لنا ثلاث ملاحظات في كلام المحقق الخوئي قدس سره :

«الملاحظه الأولى: تعرّض السيد الخوئي لقضيّه خراب العين الموقوفه وبيعها في كتابين من أبواب كتابه (منهاج الصالحين):

١\_ قال رحمه الله في المسأله ٩٥ من مسائل كتاب التجاره، في شروط العوضين: «لا يجوز بيع الوقف إلا في موارد...:

ومنها: ما لو علم أنّ الواقف لاحظ في قوام الوقف عنوانا خاصّا في العين الموقوفه، مثل كونها بستانا، أو حمّاما فيزول ذلك العنوان، فإنّه يجوز البيع حينئذٍ، وإن كانت الفائدة باقيه بحالها أو أكثر»(٢).

٢\_ قال رحمه الله في المسأله ١١٩٣ في كتاب الوقف \_ أحكام الوقف:

«إذا أوقف (٣) بستانا لصرف نماءها في جهه خاصّه، فانقطع عنها الماء حتّى يبس شجرها، أو انقلع شجرها، وبقيت عرصه، فإن أمكن إيجارها وجب ذلك، وصُرفت الأجره في الجهه الموقوف عليها.

نعم، إذا فهم من القرائن أنّ الوقفيّه قائمه بعنوان البستان، كما إذا وقفها للتزّه أو للاستغلال، فإن أمكن بيعها وشراء بستان أخرى، تعين ذلك، وإلا بطلت الوقفيّه بذهاب عنوان البستان، وترجع ملكا للواقف»(٤).

فإذا لاحظنا المسألتين، نجد أنّ الأخيره شارحه للأولى، لأنّه عيّد زوال العنوان في كتاب التجاره موجبا لبطلان الوقف ومن مسوغات البيع، ولكنّه التزم في كتاب الوقف بأنّه إذا أمكن تحصيل الغرض وجب ذلك من خلال بدله، ومع التعذّر أو انحصاره فإنّه يبطل

ص: ٣٣٠

١- (١٣٣٧) مصباح الفقاهه ٥/ (٢١٢-٢١٠).

٢- (١٣٣٨) منهاج الصالحين ٢/٢٥.

٣- (١٣٣٩) كذا ورد في كلامه قدس سره . وهو ليس من لغه العرب الفصحاء في شيء، بل تلك لغه رديئه معدول عنها، والفصيح أنّه ثلاثي: وَقَفَ.

٤- (١٣٤٠) منهاج الصالحين ٢/٢٤٩.

الوقف وتعود العين إلى ملكيه الواقف \_ بمثل ما التزم به صاحب الجواهر \_ وهذا بناءً يناقض مع مبناه المصرح به في مصباح الفقاهه.

الملاحظه الثانيه: حول ممنوعيه ما يدعيه من «أنّ العناوين والصور النوعيه \_ عرفيه كانت أو عقليه \_ وإن كانت موجهه لشيئيه الأشياء في نظر العرف والعقل، إلاّ أنها لا تقابل بالمال بوجه، وإتّما هي دخيله في زياده المائيه للمادّه، ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادّه لعدم الانفكاك»(١).

أقول: والتحقيق حولها يتوقّف على ملاحظه حقيقه الصّور في المعاملات، وهل حيثيتها تقييده أو تعليليه؟ ولا مجال لإثباتها إلاّ من خلال ملاحظه إنشاء العقلاء وارتكازاتهم، والتحقيق في ذلك يستلزم التفصيل بين الأوصاف والصور النوعيه العقليه.

أمّا الأوصاف: فإنّ حيثيتها في المعاملات تعليليه، وما التزم به المحقّق الخوئي من مدخلية الوصف في مائيه المبيع \_ كما في العبد الكاتب \_ تامّ لا نقاش فيه.

وأما ما التزم به في الصّور النوعيه العرفيه.

فممنوع لمخالفته مع ما هو المرتكز عند العقلاء من تقييد المعامله بالصور النوعيه دون المواد، فالبائع يبيع الفرس والفراس دون اللحم والقطن، وكذلك الحال في الصور النوعيه العقليه، فإنّه بالأولويه العرفيه والعقليه والعقلايه حينما يُقدّم البائع على بيع الشاه أو الفرس، فإنّ مورد المعامله ليس المادّه بل هو الفرس بصورته النوعيه، بحيث تكون للفرسيه دخل في المعامله.

الملاحظه الثالثه: ما يرد على قوله أخيرا حول النخله الموقوفه بعد زوال عنوانها، وصيرورتها خشبه، وأنّه لو بقيت النخله: «في ملك الواقف لتكون له بعد قلعها، فلا معنى لتكون النخله للموقوف عليهم، وإن لم يبق في ملك الواقف شيء، فبعد زوال عنوان النخله وصيرورتها خشبه فلماذا صار ملكا للواقف؟»(٢).

ص: ٣٣١

١- (١٣٤١) مصباح الفقاهه ٥/٢١٠.

٢- (١٣٤٢) مصباح الفقاهه ٥/٢١٢.



حيث ينتقض بالوقف المنقطع الآخر عند انقراض الموقوف عليهم، من الحكم بخروجه عن ملك الواقف، وانتقاله إلى الموقوف عليهم، ثم عوده بعد زوالهم إلى ملكيه الواقف، وهكذا الأمر في المقام مع الفرق بين أن الانقطاع في الأول يكون من جهة الموقوف عليهم، وفيما نحن فيه يكون في الموقوف، لكن هذا الفرق لا يمنع من اتحادهما في تحقق الخروج أولاً. ثم الرجوع ثانياً ثبوتاً وإثباتاً»(١).

أقول: وفي الختام نترك الاعتراض الثالث والرابع للشيخ الأعظم لتماमितهما، غفر الله إيانا وإياكم ورحمهما الله تعالى.

## الصورة الثالثة

### إشاره

قال الشيخ الأعظم: «أن يخرب بحيث يقل منفعته، لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم.

والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسأله النخله المنقلعه، حيث جوز الشيخ رحمه الله في محكي الخلاف بيعها، محتجاً بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه؛ لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده،(٢) ومنعه الحلّي قائلاً: ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستندا إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها ونحوه،(٣) وحكى موافقته عن الفاضلين(٤) والشهيدين(٥)، والمحقق الثاني(٦) وأكثر المتأخرين(٧).

وحكى في الإيضاح عن والده \_ قدس سرهما \_ : أن النزاع بين الشيخ والحلي

ص: ٣٣٢

١- (١٣٤٣) العقد النضيد ٥/ (٢٤-٢١).

٢- (١٣٤٤) الخلاف ٣/ (٥٥٢-٥٥١)، كتاب الوقف، مسأله ٢٣.

٣- (١٣٤٥) السرائر ٣/١٦٧.

٤- (١٣٤٦) الشرائع ٢/٢٢١؛ والقواعد ١/٢٦٩؛ والتحرير ١/٢٩٠.

٥- (١٣٤٧) الدروس ٢/٢٧٩؛ والمسالك ٥/٤٠٠.

٦- (١٣٤٨) جامع المقاصد ٩/٧٢.

٧- (١٣٤٩) حكاة عنهم وعن قبلهم جميعا المحقق التستري في المقابس ١٥٥/.

لفظي، واستحسنه(1)؛ لأنّ في تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها، والحلّي فرض وجود منفعه ومنع لذلك بيعها.

قيل: ويمكن بناء نزاعهما على رعايه المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ(2)، ولا يخلو عن تأمل.

وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع إلاّ إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجيء تفصيله(3) (4).

توضيح مقاله الشيخ الأعظم: «صرّح [الشيخ الأعظم] بأنّ الأقوى هنا، المنع لأنّ الأصل في الوقف، المنع عن البيع والادّله التي كانت موجودة في عدم جواز البيع، تجرى هنا ومن جملتها قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» وقوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» قوله عليه السلام: «صدقه لأتباع ولا توهب».

فهذه الأدله، يشمل إطلاقها هذا المورد من دون انصراف فيها، المدعى في صوره عدم المنفعة بالمرّه أو المدعى في صوره عدم الانتفاع المعتدّ به.

ثمّ: إنّ الشيخ [الأعظم] رحمه الله صرّح عدم جواز البيع في هذه الصّوره، يظهر من المشهور أيضا حيث أنّ الشيخ الطوسي؛ في باب النخلة الموقوفه المنقلعه ذهب إلى جواز بيعها لأنّها لم تكن لها ثمرة في المنفعة التي كانت مقصوده للواقف لأنّه لا تحصل إلاّ بالبيع.

اعترض ابن إدريس على هذه الفتوى من الشيخ الطوسي رحمه الله واستبعده بأنّ النخلة وان زالت منفعتها الخاصّه ولكن كانت لها منافع أخرى لأنّها يمكن التسقيف بها وجعلها جسرا.

أيّد هذا الاعتراض، العلامة الجليّ وفخر المحققين والشهيدان والمحقّق الثاني رحمه الله ولذا جاؤا في مقام توجيه كلام الشيخ الطوسي رحمه الله بأنّ مقصود الشيخ رحمه الله، غير الصّوره التي

ص: ٣٣٣

١- (١٣٥٠) إيضاح الفوائد ٢/٣٩٣.

٢- (١٣٥١) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار ١٥٥/، ذيل الصوره الخامسه.

٣- (١٣٥٢) يجيء في الصوره الرابعه \_ الآتيه \_ .

٤- (١٣٥٣) المكاسب ٤/٧٦ و ٧٧.

فرضها ابن إدريس رحمه الله لأنه ورد في تعليل الشيخ الطوسي رحمه الله أنه إذا لم يبيعها، ليست لها منفعة أصلاً ومن هذا يعلم أن فرض الشيخ الطوسي رحمه الله في النخلة، المنفعة في مورد لا يمكن لها التسقيف أو لا يمكن استعمالها في الجسر أو ليس مورداً للزوم.

بالجملة، لو كان في فرض الشيخ رحمه الله امكاناً التسقيف أو امكاناً جعلها جسراً لكان هذا، انتفاعاً مع أن الشيخ الطوسي رحمه الله فرضه، سلب جميع الانتفاعات عنها وبهذا يصير نزاع الشيخ رحمه الله مع ابن إدريس رحمه الله نزاعاً لفظياً كما نقله فخر المحققين عن العلامة رحمه الله فقوله العَلَمِينَ، ليس متواردين على موردٍ واحدٍ فالمورد الذي جوزه الشيخ الطوسي رحمه الله غير المورد الذي جوزه ابن إدريس رحمه الله فالحق مع كليهما فالشيخ الطوسي رحمه الله جوزه البيع في صورة عدم الانتفاع للنخلة بالمره وهو مما لا كلام فيه.

وابن إدريس؛ منع في مورد كانت للنخلة، منفعة أخرى غير منفعتها الخاصه فالنزاع بين الشيخ الطوسي؛ وابن إدريس رحمه الله ليس نزاعاً في الكبرى بل اختلافٌ بينهما في الصغرى وفرض المسألة.

وبملاحظه هذه الكلمات افتى الشيخ الأنصارى رحمه الله في مورد الفرض وهو ما عرض الخراب للعين الموقوفه وقلت المنفعة ولكن بحيث يلحق بالمعدوم، بأن الأقوى والأشهر هو المنع أما كونه أقوى لوجود المقتضى وعدم المانع والمقتضى هو الأدلة والمانع ليس هنا موجوداً وأما كونه أشهر فهو المستفاد من كلمات الفقهاء من أن كل مورد كانت فيه منفعة، لا يجوز بيعه» (١).

## نقد مقالات الأعلام الثلاثة

### إشارة

«كل واحد من كلمات الشيخ الطوسي رحمه الله وابن إدريس رحمه الله والشيخ الأنصارى رحمه الله لا يخلو من نظرٍ ومناقشهٍ: وأما ما قال به الشيخ الطوسي فهو؛ وإن أصاب في أصل الفتوى وهو جواز البيع في هذه الصورة ولكن التعليل المنقول عنه رحمه الله، لا يستوى بظاهره إلا أن يأول.

ص: ٣٣٤

توضيحه: أنّ قول الشيخ، أنّ المنفعة التي عينها الواقف، زالت وليست للعين منفعة أخرى.

يعلم من هذه الكلمات: أنّ الكبرى كانت مُسَيِّمَةً عند الشيخ رحمه الله وهي أنّ كلما تترتب المنفعة على العين ولو كانت المنفعة غير المنفعة المذكورة في الوقف، لا يجوز بيعها.

وهذا هو المذى أوجب للعلامة أن يقول: أنّ النزاع بين العلمين، نزاع لفظي ولكن هذا، ليس بصحيح لأن ظاهر فتوى الشيخ الطوسي رحمه الله أنّ الكبرى، مسلّمه عنده وجعل المدار في المنفعة، مطلق المنفعة لا المنفعة التي صرح بها الواقف ولكن بناءً على ما قلناه سابقاً تبعاً عن صاحب الجواهر رحمه الله، أنّ المدار في بطلان الوقف، على تعدد المنفعة التي عينها الواقف فالظاهر منه أنّ المراد من انتفاع الثمرة الموجب للبطلان، ليس مطلق الثمرة بل المراد منه، الثمرة التي عينها الواقف.

هذا مضافاً إلى أنه صرح بهذا، صاحب الجواهر رحمه الله يقتضيه الدليل الذي نقله صاحب الجواهر رحمه الله والدليل أنّ حقيقة الوقف، حقيقة مركبة وهو حبس العين وتسييل الثمرة.

ومن المعلوم: أنّ مقصود الواقف من الثمرة وجعلها تحت انشائه، ثمره العين فالمراد من انتفاع الثمرة المذى يوجب بطلان الوقف، أنّما هو انتفاع الثمرة التي عينها الواقف لا مطلق الثمرة.

نكتة أخرى هنا وهي أنّ صاحب الجواهر رحمه الله صرح في مورد زوال العنوان بأنّ العنوان إذا كان موقوفاً فزواله موجبٌ للبطلان وإذا كان المعنون موقوفاً فزوال العنوان، ليس موجباً للبطلان.

فهنا بحثٌ من حيث الإثبات وهو أنّه من أين يعلم أنّ مقصود الواقف، العنوان أو المعنون؟

من المعلوم: أنّ في مقام الإثبات، ظاهر اللفظ كان محكماً فإذا صرح الواقف: «بأني وقف الدار» وهكذا إذا صرح: «بأني وقف الحمّام» فظاهر الانشاء المعلق على العناوين،

أن مورد الوقف، هو العنوان.

### التنبيه على الأمرين (مقدمه على نقد كلام ابن إدريس)

بعد ما بينا أن انتفاع الثمره، موجب لبطلان الوقف وزوال العنوان موجب لبطلان الوقف يجب التنبيه على الأمرين:

التنبيه الأول: أنه لو شككنا في أن مورد الوقف هل هو العنوان أو المعنون فقلنا أن المحكم، ظاهر اللفظ وهو كون العنوان موردا للوقف كما في الإنشاءات كلها.

التنبيه الثاني: أن المناط في بطلان الوقف بانتفاع الثمره، لسقوط الثمره أي ثمره؟ هل هي مطلق الثمره أو الثمره التي وقعت موردا للإنشاء؟

قلنا سابقا: أن المناط، الثمره التي وقعت موردا للإنشاء لأن دليل بطلان الوقف عند انتفاع الثمره، فقدان المنشأ وإذا فرضنا أن المنشأ، ثمره خاصه فققدانها، موجب لبطلان الوقف فإذا فرضنا أن الابتداء والاستمرار كان لهما حكم واحد فققدان الثمره المنظوره للواقف ابتداءً أو استدامه، موجب للبطلان.

إذا عرفت هذين الأمرين فنحن نسئل عن ابن إدريس رحمه الله ما المراد من قولكم: يُحْفَظُ وقف الواقف على أي حال؟

من المعلوم: أن الذي وقفه الواقف هو النخله لا الحطب، والنخله المنقلعه كانت حطبا والواقف، لم يوقف الحطب بل النخله.

قوله: «أن حفظ الوقف مهما أمكن لازم» صحيح ولكن ليس هذا من الوقف بشيء لأن مورد الوقف، عنوان النخله فقد زال ذلك العنوان وبقي حطبا فحينئذ في مورد مثال النخله المنقلعه، كان موجبا لبطلان الوقف:

الأول: قاعده انتفاع الثمره.

والثاني: قاعده زوال العنوان.

فان قلت: من أين يعلم أن النخله، كانت عنوانا ولعل مراد الوقف، المعنون.

قلنا: إن الظاهر أن النخله هو العنوان.

وهكذا إن قلت: من أين يعلم أن مورد نظر الواقف، ليس مطلق الانتفاع.

قلنا: إنّ الفرض أنّ الواقف، وقف النّخله لانتفاع الثّمرة منها نسلاً بعد نسلٍ وما سبّل كلّ الانتفاع من الجسر والتّسقيف.

والقول بأنّ: حفظ غرض الواقف، واجبٌ مهماً أمكن ولو بطل الوقف والغرض فيلزم العمل بالوقف، الأقرب فالأقرب.

مدفوعٌ كما أجاب الشيخ عنه بأنّ حفظ دواعي الواقف وأغراضه لا يلزم بل ما يجب العمل به، الغرض الذي دخل تحت الإنشاء.

على هذا، إيراد ابن إدريس رحمه الله على الشيخ الطوسي رحمه الله لا يرد ولا دليل على حمل كلام الشيخ الطوسي رحمه الله على صورته أخرى غير فرض ابن إدريس رحمه الله .

نعم، إن كان يرد على الشيخ رحمه الله شيء فهو أنّه إن كان مقصود الشيخ رحمه الله من قوله: «إنّ الإنتفاع بغير هذا الوجه، لا يمكن» أنّه لو أمكن انتفاع آخر غير انتفاع مورد نظر الواقف، كان يجب أن ينتفع ذلك الانتفاع.

يرد على الشيخ الطوسي رحمه الله هذا الإيراد الذي ذكرناه من أنّ عدم إمكان الانتفاع بما أوقفه الواقف أوزال عنوان الوقف، يوجب البطلان سواءً أمكنت المنفعة الأخرى أم لا؟

فمجرد إمكان الانتفاع الآخر، ليس دليلاً على منع البيع.

### الاشكالُ الوارد على شيخنا الأنصارى

أمّا الذي يُردُّ على شيخنا الأنصارى في هذه المسألة فهو أصل الفتوى وهو «الأقوى، المنع» على ما قلناه، محلُّ اشكالٍ وكذلك الاستظهار والاستفادة، ليس بصحيحٍ.

أمّا بطلان أصل الفتوى فنقول فيه:

هل الشيخ رحمه الله جعل فرض النّخله المنقلعه، من مصاديق هذه الصّوره أم كانت غير محلّ البحث ولكن الشيخ رحمه الله نظره من ذكر فرض النّخله المنقلعه الموقوفه هنا، الاستفادة لمسألة محلّ البحث.

بعبارة أخرى، مقصود الشيخ من كون العين الموقوفه تخرب بحيث تقلّ منفعتها بحيث تكون العين الموقوفه مخروبه لا على نحو يوجب زوال العنوان، وكانت المنفعة تقلّ، لا على الخراب بحثٌ سنتعرّض له في المباحث الآتية.

وان كان المقصودُ من الخراب، الخراب العَدِي لا- يُزِيلُ عنوان الوقف، والمقصود من قَلْبِ المنفعة، قَلْبِ المنفعة الَّتِي كانت مورداً  
لنظر الواقف يعني كان نظر الواقف، النَّخْلَةَ لا المنفعة.

فقولُ الشيخ؛ في عدم جواز البيع في هذا الفرض فله وجهٌ لبقاء العنوان والثَّمَره غايه الأمر، صارت الثَّمَره إلى القَلْبِ. ولكن الظاهر  
من الشيخ، ليس مقصوده هذا الفرض.

وأيّما ان كان فرض الشيخ، فرض ما إذا عرض للعين الموقوفه، الخراب بحيث زال العنوانُ وانتفت الثَّمَره المنظوره ولكن تمكن  
المنفعة الأخرى غايه الأمر تكون المنفعة الأخرى قليلة لا على حدِّ يلحق بالمعدوم.

فالظاهرُ من كلام الشيخ رحمه الله أنّ مراده، هذا الفرض لِإِنَّ الشيخ رحمه الله قال في الصّوره الثانيه، ما إذا عرض الخراب للدار  
الموقوفه بحيث لا- ينتفع بها إلا- أن يجار لمنفعهٍ أُخرى كالمزبله ولكن هذه المنفعة في مقابل المنفعة الَّتِي كان نظر الواقف بها  
كلا منفعهٍ واما فيما نحن فيه فتقلّ المنفعة بحيث لا تلحق بالمعدوم.

وبالجملة، يُعَلِّمُ من كلام الشيخ رحمه الله أنّ فرض الشيخ، ليس الفرض الأوّل يعني بقاء العنوان والثَّمَره غايه الأمر عُرِضَ له  
الخرابُ وعُرِضَتِ للمنفعة القَلْبِ فإن كان مقصود الشيخ رحمه الله هذا الفرض ففتوى الشيخ كانت حقاً ولا يحتاج استنباطها من  
صوره النَّخْلَةَ المنقلعه لِإِنَّ هنا، كانت المنفعة، محفوظة فيعلم منه أنّ مقصود الشيخ رحمه الله فرض النَّخْلَةَ المنقلعه وكلّ فرضٍ  
يشابهها من أنّ المنفعة الخاصه للواقف لا- يمكن ولكن تمكن المنفعة الأخرى ولو كانت قليلة ولكن لا- إلى حدِّ يلحقها على  
المعدوم.

ومقصوده من الخراب، لأقلّ من كونه أعمّ من زوال العنوانِ فان كان مقصود الشيخ رحمه الله هذا الفرض كما هو الظاهر من  
كلامه رحمه الله فيرد عليه ما اورده من أنّ هنا، مُوجِبِينَ للبطلانِ.

أولهما، زوال العنوان والآخر انتفاع الثَّمَره وأما امكان الثَّمَره الأخرى فهو لا يجعل الوقف الباطل صحيحاً وملاحظه الأقرب إلى  
غرض الواقف، لا يلزم.

مُضافاً إلى ذلك، يمكن أن يرد على شيخنا الأنصاري رحمه الله ، إشكالاً آخر وهو أنّ القَلْبِ

والكثرة، من الأمور النَّسيبِ فالمنفعة القليلة، كانت مالاَ- في حدِّ نفسه وتترتَّب عليه أحكامُ المالِ وقولنا أَنه كالعدم، إِنما هو بالمقاييسه إلى المنفعة الكثيره منها ولكن مجرد وجود المنفعة في حدِّ نفسها، لا- يكفي بل يمكن القول بأنَّ القلَّة إنَّ انتهت إلى حدِّ فهي ولو كانت مالاَ في حدِّ نفسها ومعتداً بها ولكن إذا كانت القلَّة بالنسبه إلى وضع الموقوفه، تعدُّ من تضييع المال، كان مجوزاً لبيع الوقف.

فبناءً عليه في مثل النَّخله الموقوفه المنقلعه، الاستفاده منها في التَّسقيف والتَّسجير ولو كانت هذه المنفعه، منفعه معتداً بها في حدِّ نفسها ولكن بالنسبه إلى المنفعه التي يمكن تحصيلها، تُعدُّ في حكم تضييع المال مع قطع النَّظر عن تطبيق الموردين المجوزين لبيع الوقف، من زوال العنوان وانتفاع الثَّمره.

فبناءً على هذا، الأقوى جواز البيع كما في الصُّورتين المذكورتين»(١).

## الصورة الرابعة

### إشارة

قال الشيخ الأ-عظم: «أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدّه وجود الموقوف عليه»(٢).

جوز الشيخ المفيد(٣) بيع الوقف في هذه الصورة أي إذا كان يبعه أعود وتبعه صاحباً الشرائع(٤) والقواعد(٥).

وقد نسب الشهيد(٦) والمحقّق الثانی(٧) هذا القول إلى المفيد.

ص: ٣٣٩

١- (١٣٥٥) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/(٤٤٩-٤٤٤).

٢- (١٣٥٦) المكاسب ٤/٧٨.

٣- (١٣٥٧) المقنعه ٦٥٢/٦٥٢.

٤- (١٣٥٨) الشرائع ٢/١١، وعبارته: ويكون البيع أعود على الأظهر.

٥- (١٣٥٩) القواعد ٢/٢٣، وعبارته: ويكون البيع أعود.

٦- (١٣٦٠) الدروس ٢/٢٧٩.

٧- (١٣٦١) جامع المقاصد ٩/٦٨.



نعم حكى كاشف الرموز القول بعدم الجواز من أستاذه المحقق ويقول: «وكان شيخنا يذهب إلى أن البيع لو كان خوف الخراب جائز وإن كان البيع أنفع لهم غير جائز وهذا وجه حسن قريب» (١).

وأول العلامه فى التحرير (٢) كلام المفيد.

وعلى أى حال المتسالم عليه بين الفقهاء عدم الجواز فى هذه الصوره كما قال الفخر: «عليه أكثر العلماء» (٣) وقال ابن فهد: «أن باقى الأصحاب على خلاف المفيد فى هذا الفرع» (٤).

وقال الشيخ الأعظم: «وزياده النفع قد تلاحظ بالنسبه إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبه إلى جميع البطن إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

والأقوى المنع مطلقاً، وفاقاً للأكثر، بل الكل» (٥).

العمومات والقاعده تقتضى عدم جواز بيع الوقف ولكن قد استدل للمفيد فى جواز البيع بروايتين:

الأولى: خبر جعفر بن حيان قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقف غلّه له على قرابه من أبيه، وقرابه من أمّه، وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّه ليس بينه وبينه قرابه بثلاثمائة درهم فى كل سنه، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه؟ قال: جائز للذى أوصى له بذلك.

قلت: أ رأيت، إن لم يخرج من غلّه الأرض التى وقفها إلا خمسمائه درهم؟

فقال: أ ليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغلّه ثلاثمائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أمّه وقرابته من أبيه؟

ص: ٣٤٠

١- (١٣٦٢) كشف الرموز ٢/٥٤.

٢- (١٣٦٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٣/٢٩٠، مسأله ٤٦٤٣.

٣- (١٣٦٤) إيضاح الفوائد ٢/٣٩٢.

٤- (١٣٦٥) المهذب البارع ٣/٦٤.

٥- (١٣٦٦) المكاسب ٤/٧٨.

قلت: نعم.

قال: ليس لقربته أن يأخذوا من الغله شيئا حتى يوفى الموصى له بثلاثمائة درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك.

قلت: أ رأيت إن مات الذى أوصى له؟

قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقى أحد، فإذا انقطع ورثته، ولم يبق منهم أحد، كانت الثلاثمائة درهم لقربه الميت ترد إلى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا، وبقيت الغله.

قلت: فللورثه من قرابه الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغله؟

قال: نعم، إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم، باعوا. (١)

ورواه المشايخ الثلاثة (٢) عن جعفر بن حيان أو جعفر بن حنان أو حسان.

وفى سنده مناقشه واضحه لأن جعفر بن حيان الصيرفى الكوفى امامى مجهول وجعفر بن حنان أو حسان مهملان فالسند ضعيف بجعفر الراوى الأخير الذى يروى عن الصادق عليه السلام .

وأما دلالته: قد ورد فى ذيله فى جواب سؤال: «فللورثه من قرابه الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغله؟ أجاب الإمام عليه السلام: «نعم، إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم، باعوا».

فحينئذ جواز البيع مشروط بأمور ثلاثة: ١- الحاجه ٢- رضا الجميع ٣- أن يكون خيرا لهم. ولكن المدعى أن يكون البيع أعود لهم وهو الاشتراط الأخير فقط فيكون الدليل أخص من المدعى هذا أولاً.

وثانيا: الأصحاب \_ قدس الله أسرارهم \_ أعرضوا عن هذا الخبر وإعراض المشهور

ص: ٣٤١

١- (١٣٦٧) الكافى ١٣/٤١٠، ح ٢٩ (٧/٣٥) ونقل عنه فى وسائل الشيعه ١٩٠/١٩، ح ٨، الباب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

٢- (١٣٦٨) الفقيه ٤/٢٤٢، ح ٥٥٧٧؛ التهذيب ٩/١٣٣، ح ٥٦٥؛ الاستبصار ٤/٩٩، ح ٣٨٢.

موهن لأعتبار الخبر بل إن لم يتم النسبه إلى المفيد بالتأويل الوارد فى كلام العلامة يكون مجمعا على اعراضه فيصير ساقطا عن الاعتبار كلياً.

وثالثاً: الخبر مشتمل على أشياء تصير موجه لوهنه ومن جملتها: «كيف تجتمع الوصيه مع الوقف لكونهما من المتنافيين بداهه أنّ الوصيه لو كانت قبل الوقف تكون باطله بمجرد الوقف مثل ما إذا باع الموصى الشيء الموصى به، ولو كانت بعده فهي باطله أيضاً لأنّ الموصى به خارج عن ملكه، ولا بدّ من أن يقال: إنّ المراد من الوصيه الشرط يعنى أنّ الواقف شرط فى وقفه هكذا، وقد تطلق الوصيه لغه وفى القرآن على الشرط مثل قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ» (١).

وأيضاً ما الوجه لمنع الإمام عليه السلام عن تصرف الموقوف عليهم قبل إخراج ما أوصى به فى صورته عدم خروج الغلّه من الأرض إلّا بمقدار خمسمائه درهم، بداهه أنّه لا مانع من التصرف فى الغلّه وإخراجه بعد هذا، بل لو لم يفوا بالشرط أصلاً لم يكن تصرفهم فى الغلّه حراماً لأنّ اشتراط دفع المبلغ إلى الرجل لا يترتب عليه إلّا حكم تكليفي ولا يكون شريكاً معهم فى الغلّه.

وأيضاً أنّ ما حكم به الإمام عليه السلام بقوله: «إن مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته \_ الى أن قال \_ مابقى أحد منهم» لم نفهم المراد منه بعد ما ذكرنا من أنّه لا بدّ من أن يراد من الوصيه الشرط، بداهه أنّه على هذا يكون إعطاء ثلاثمائة درهم منوطاً بوجود من شرط الاعطاء له، فإذا لا وجه لاعطائه لورثته المشروط له.

وأيضاً أنّ ما حكم به بعد ذلك بقوله «فإن انقطع ورثته» الخ لم نفهم له وجهاً بداهه أنّه ولو فرضنا صحّه الوصيه أيضاً لا وجه لأن يكون الموصى به بعد انقراض ورثه الموصى له راجعاً إلى قرابه الميّت الواقف، بداهه أنّه على هذا يكون ممّا لا وارث له فعليه يكون مالاً للإمام عليه السلام لأنّه عليه السلام وارث من لا وارث له» (٢).

ص: ٣٤٢

١- (١٣٦٩) سورة النساء / ١١.

٢- (١٣٧٠) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٩٠ و ٢٩١.

ولكن يمكن أن يجاب في جواب الإشكال الأخير: أن المراد من الوصيه فى الخبر ليست الوصيه المصطلحه الفقهيّه بل المراد بها معناها اللغوى وهو العهد والتوصيه والتأكيد نحو قوله تعالى: «وَصَّي بِهَا إِبْرَاهِيمَ بَيْنَهُ وَيَعْقُوبَ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ» (١) وقوله تعالى: «وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا» (٢) و «أَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا» (٣) وكما ورد فى وصيه أميرالمؤمنين عليه السلام بسند صحيح: ثم إنى أوصيك يا حسن وجميع أهل بيتى وولدى ومن بلغه كتابى بتقوى الله ربكم ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون... أوصيكم بالضعيفين: النساء وما ملكت إيمانكم، الوصيه (٤).

ولو حملنا الوصيه على معناها اللغوى يتم جميع ما ورد فى الخبر من دون أن يرد عليه الإشكال الأخير فتأمل فى المقام لأنه حقيق بالتأمل.

### الاحتمالات الواردة فى خبر جعفر بن حيان

#### إشارة

الاحتمالات الواردة متعددة أذكر لكم سته منها على مايلى:

«إنّ فى الروايه المذكوره عبارتين: إحداهما فى متن السؤال والأخرى فى جوابه.

وما يكون فى السؤال من العبارة هكذا: «فللورثه من قرابه الميّت ان يبيعوا الأرض إن احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغله؟».

وجوابه: «نعم: إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيرا لهم، بأعوا».

إن قلت: لم يأت فى الجواب ما كان مذكورا فى السؤال؟

قلت: تكتفى وتقتضى ما فى السؤال، كلمه «نعم» حيث أنّ معنى: «نعم» فى الحقيقه، تكرار الجمله السابقه يعنى: نعم: «إن احتاجوا

وكان البيع خيرا لهم بأعوا».

احتمالاً آخر فى «نعم» وهو ان «نعم» لا تكون تكرارا لجمله السؤال بل تكراراً

ص: ٣٤٣

١- (١٣٧١) سورة البقره /١٣٢.

٢- (١٣٧٢) سورة الاحقاف /١٥.

٣- (١٣٧٣) سورة مريم /٣١.

٤- (١٣٧٤) الكافى ١٣/٤٥٣ و ٤٥٥، ح٧ (٥١/٧ و ٥٢).

للمحمول فقط فمعنى «نعم» على هذا الاحتمال: أنه يجوز إذا كان البيع خيرا فبناءً عليه، كان في قوله عليه السلام: «نعم»، احتمالان:

الأول: أنه يجوز لبيع إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغله.

الثاني: الذي كان على خلاف الظاهر هو أنّ «نعم» ليس بمعنى تكرار الجملة بل تكراراً للمحمول فقط.

وفى معنى: «كان خيرا لهم» أيضا احتمالات ثلاثة:

الأول: أنّ قوله عليه السلام: «كان خيرا لهم» يعنى أنفع لهم من بقائه.

الثاني: أنّ المراد من الخير، مصلحة كانت داعيةً لفعل الفاعل المختار.

الثالث: أنّ المراد من الخير، الاحتياج يعنى «لو احتاجوا باعوا» الاحتمالان الأخيران ذكرهما الشيخ رحمه الله .

فإذا لا حظنا هذه الاحتمالات الثلاثة مع الاحتمالين المذكورين فى كلمة «نعم»، تصير الاحتمالات الحاصلة، ستة.

ومن المعلوم: أنّ هذه الاحتمالات الستة، لا تدلّ على المطلوب إلا احتمالاً واحداً وهو كون معنى الخير، الأنفعيّة لا مصلحة الفاعل ولا بمعنى رفع الاحتياج وعدم ورود الاحتياج فى كون معنى الخير، الأنفعيّة.

فإذا قلنا: أنّ معنى الخير، الأنفعيّة لم يرد قيد: «ان احتاجوا» الذى كان موجودا فى السؤال فى الجواب وكان كلمة «نعم» بمعنى أصل التجويز لا- بمعنى تكرار عباره السؤال وجملته بل تكرار محمول الجملة وهو «يجوز» ويشهد على القول بأن المراد من الخير، الأنفع مضافا إلى ظاهر كلمة: «الخير» فى الرواية، روايه الحميرى التى تأتى تفصيلها فيما بعد ووردت فيها عبارته: «كان ذلك أصلح» فمعنى الأصلح هو الخير والأنفع.

ولكن ليس لنا دليل على عدم ورود الاحتياج الذى ورد فى السؤال، فى الجواب لأن ظاهر «نعم» تكرار جملة السؤال بالمره لا المحمول فقط وهو «يجوز» عليها، لا تدلّ

## اشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان

اعترض الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان بِخَمْسَةِ إشكالات.

الأوّل: ما مرّ من أنّ الدليل أخص من المدعى بتقريب: «أنّ الغرض من الإستدلال بخبر جعفر بن حيان إثبات جواز بيع الوقف لمجرّد كونه أنفع، سواء إنضمتّ جهة أخرى \_ من حاجه أو ضروره شديده \_ إليه، أم لا. مع أنّ الخبر يدلّ على إناطه الجواز بحاجه الموقوف عليهم أيضاً، لأنّ قوله عليه السلام: «نعم» ناظر إلى الجواز في مفروض السؤال وهو الحاجه، لكنه عليه السلام قد يده بكونه أصلح لهم. ومقتضاه توقف نفوذ البيع على إجماع الأمرين، وبهذا يظهر عدم وفاء الخبر بإثبات المقصود.

نعم، لا بأس بالاستدلال به لمن يشترط الحاجه والأعوديه كابن سعيد(٢) والشهيد(٣) \_ قدس سرهما \_ .

هذا مع الغصّ عن الشرط الآخر المذكور في جوابه عليه السلام من اعتبار رضى الجميع، وإلاّ فيكون جواز البيع دائراً مدار أمور ثلاثه: الاحتياج ورضا الجميع والأعوديه. وعلى كلّ حال فلا تدلّ الروايه على كون المناط في جواز البيع الأعوديه بالاستقلال.

فإن قلت: يمكن إلغاء قيد «الحاجه» لكونه مأخوذاً في السؤال، لا في جواب الإمام عليه السلام ... وأما قيد «رضى الكل» فهو إمّا ظاهر في بيع تمام الوقف بمعنى رضا كل واحدٍ ببيع نصيبه، فلا- دلالة فيه على اعتبار الإجماع حتّى بالنسبه إلى بيع بعض الوقف ... .

قلت: لا مجال لإلغاء القيد هنا، لظهور «نعم» في الجواز في موضوع الحاجه، غايته زياده الشرطين، لا تخطئه السائل في أصل دخل الحاجه في نفوذ البيع»(٤).

الثانى: ما مرّ من «أنّه يمكن إرادته مطلق النفع من «الخير» في قوله عليه السلام: «وكان البيع

ص: ٣٤٥

١- (١٣٧٥) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/٤٥٥ و ٤٥٦.

٢- (١٣٧٦) الجامع للشرائع / ٣٧٢.

٣- (١٣٧٧) نزّهه الناظر / ٧٤.

٤- (١٣٧٨) هدى الطالب ٧/٧٥ و ٧٦.

خيرا لهم» فالمراد حينئذٍ: كون فعل البيع أرجح من تركه، كما هو ديدن العقلاء الذين لا يُقدِّمون غالبا على فعلٍ إلا إذا كان أرجح من تركه. ومن المعلوم أنّ الأعوديه بهذا المعنى ممّا لم يقل به أحد، لعدم كونها حينئذٍ شرطا تعديا، بل أمرا إرتكازيا عقلائيا.

وبعبارة أخرى: المقصود من هذا الوجه إسقاط خبر جعفر عن الإعتبار بإبداء احتمال آخر فى كلام الإمام عليه السلام لم يقل به أحد، فيشكل العمل به من جهة مخالفته للإجماع.

وتوضيحه: أنه عليه السلام عدل عمّا فرضه السائل \_ من الحاجة إلى البيع \_ إلى قوله عليه السلام: «إذا كان خيرا لهم». وهذه الجملة يحتمل كونها قييدا لجواز البيع، فتدل بمفهوم الجملة الشرطيه على انتفاء الجواز بانتفاء الخير، كما هو مبنى الاستدلال. ويحتمل كونها مبيّنة للموضوع بمعنى أنه عليه السلام جوّز بيع الوقف، ولم يعلّقه على كونه أصلح بحال الموقوف عليه، وإنّما أتى بجملة «إذا كان خيرا» تمهيدا لذكر الجواب، وهو «باعوا فى مورد حاجتهم» وتنبئها على أن رعايه الخير والصلاح يكون من قبيل الداعى الذى يلاحظه العقلاء فى معاملاتهم وأفعالهم الإختياريه، حيث إن إقدامهم على المعامله مطلقا \_ سواء أكان المبيع وقفا أو ملكا طلقا \_ وترجيح الفعل على الترك منوط عادة برعايه النفع والمصلحه، ومن المعلوم أنّ هذا الأمر الإرتكازى العقلائى لا يتوقف على بيان الشارع.

وعليه تكون هذه الشرطيه «إذا كان خيرا باعوا» نظير الجمل الشرطيه المسوقه لبيان الموضوع، وقد تقرر عدم إنعقاد المفهوم لها، لكون السلب فيها بانتفاء الموضوع، لا- المحمول، فكأنّه عليه السلام قال: «إذا كان فى بيع الوقف نفعٌ ليس فى عدمه، فليبيعوا، لأنهم لا يُقدِّمون على فعل إختيارى إلا أن يكون فيه الصلاح والخير». ومعناه عدم كون النفع شرطا تعبديا لجواز بيع الوقف، بل هو إرشاد إلى أمرٍ إرتكازى.

وبناءً على هذا الإحتمال يجوز بيع الوقف بمجرد إقترانه بالمنفعه. وهذا مخالف للإجماع، لعدم إلتزامهم بكفايه مطلق النفع فى البيع، وإنّما يقع البحث فى جواز البيع إن كان أنفع بعد وجود النفع فهى وعدمه، هذا.

فإن قلت: يمكن منع احتمال إرادته مطلق الخير والنفع من قوله عليه السلام: «خيرا لهم»

وذلك بقرينه سبق السؤال عمّا إذا كان البيع أصحح، فالمتحصل من الجواب إناطه الجواز بكون البيع أنفع من تركه، وعدم كفايه مطلق الخير الموجب لحدوث إرادته البيع وإختياره على تركه.

وعليه ينطبق جوابه عليه السلام على ما نحن فيه من جواز بيع الوقف إن كان أنفع.

قلت: لا- سبيل لمنع الإحتمال المزبور، إذ كما يمكن جعل كلمه «الأصلح» قرينه على المراد من الخير، فكذا العكس أى قرينه «الخير ومطلق النفع» على ما يراد من «الأصلح» ويكون الجواب حينئذٍ واردا مورد السؤال، وليس أجنبيًا عنه.

وعليه فلا شاهد لسدّ باب الإحتمال المزبور، وهو موجب لطرح الخبر، لمخالفته للإجماع»(1).

الثالث: أنّ المراد من «الخير» \_ بقرينه السؤال \_ يمكن أن يراد به رفع الحاجه المفروضه فى كلام السائل، فيكون المسوّغ للبيع حينئذٍ رفع حاجه الموقوف عليهم، لا- كون البيع أعود لهم، فيكون ظاهر الروايه غير مطابق للدعوى، فلا يمكن الإستدلال بها عليه.

وبعباره أخرى: يحتمل فى قوله عليه السلام: «وكان خيرا باعوا» \_ من جهه كونه مسبقا بالسؤال عن حكم حاجه الموقوف عليهم وعدم كفايه غلّه الموقوفه لمؤونتهم \_ إرادۀ رفع الحاجه المفروضه فى كلام السائل، لا زياده المنفعه. فكأنّه عليه السلام قال: «وكان البيع وافيا بالحاجه باعوا» وهذه الحاجه محتمله لأمرين:

أحد هما: أن يكون احتياج الموقوف عليهم إلى نفس ثمن الموقوفه ليصرف فى شؤونهم، فيكون تجويز البيع ناظرا إلى كون التصرف فى نفس الثمن أنفع \_ فى رفع الحاجه \_ من إبقاء العين والإنتفاع بالغلّه غير الوافيه لهم. بناءً على هذا الإحتمال تصلح الروايه للإستدلال بها فى الصوره الخامسه الآتية، وهى البيع لرفع الحاجه.

ثانيهما: أن يكون احتياجهم إلى نفع زائد لتفى الغلّه بمؤونتهم، بأن يكون الباعث

ص: ٣٤٧



على البيع تكميل النفع حتى يفي بها، وهذا ينطبق على الصورة الرابعة من تبديل العين بما يكون الانتفاع به أزيد.

وليس الخبر ظاهراً في الإحتمال الثاني ليكون دليلاً على جواز البيع في الصورة الرابعة، فيحتمل أن يراد به الإحتمال الأول، فيصير مدلوله أجنبياً عما نحن فيه، هذا<sup>(١)</sup>.

الرابع: إنَّ الأصحاب أعرضوا عن خبر جعفر بن حيان لعدم الظفر على القائل بمضمونها فلا يمكن الاستناد إليه بوجهه إعراض الأصحاب ويصير موهوناً.

الخامس: الخبر محمول على الوقف المنقطع الآخراً - الوقف المؤبد - الذي نحن بصدد جواز بيعه هنا - «وذلك لإقتصار الواقف - كما ذكره السائل - على قرابه الأب والأمّ ممّا ظاهره إنقطاع الوقف، وعدم تعرض الواقف لمثل قوله: «فإن انقرضوا فهي لذوى الحاجه من المسلمين». فالإقتصار على ذكر الأعقاب يدل على كون الوقف منقطعاً مؤبداً فلا تكون الروايه دليلاً على المدعى، وهو بيع الوقف المؤبد.

قال العلامة في التذكرة والمختلف بعد نقل الخبر: «فإن مفهوم هذه الروايه عدم التأيد»<sup>(٢)</sup> «(٣).

ثمَّ أجاب الشيخ لأعظم عن هذا الاشكال الأخير بأنَّ «اقتصار السائل - في مقام حكاية فعل الواقف - على ذكر خصوص قرابه الأب وقرابه الأم، وعدم تعقيبه بمثل «فإن انقرضوا... لا يشهد بانقطاع الوقف، لأعميته منه، إذ قد يقتصر في المؤبد على ذكر صنفٍ من الموقوف عليهم كالأولاد من دون تعيين مآل الوقف لو إنقرضوا.

ص: ٣٤٨

١- (١٣٨٠) هدى الطالب ٧/٧٩ و ٨٠.

٢- (١٣٨١) مختلف الشيعة ٦/٢٨٩؛ تذكره الفقهاء ٢٠/٢٥٣؛ ونسبه صاحب المقابس إلى الفاضل المقداد وأبي العباس ابن فهد والصيمري أيضاً، فراجع مقابس الأنوار، كتاب البيع، ٥٠/؛ التنقيح الرائع ٢/٣٢٩؛ المهذب البارع ٣/٦٧؛ غايه المرام ١/٤٨٧؛ واستظهره صاحب الجواهر أيضاً وإن عبّر عن الروايه بالمكاتبه، فراجع جواهر الكلام ٢٣/٥٩٩ (٢٢/٣٧٢ و ٣٧٣).

٣- (١٣٨٢) هدى الطالب ٧/٨٠.

وحيث كان الإقتصار متعارفاً في كلا قسمي الوقف، أمكن التمسك بالإطلاق الناشئ من ترك الإستفصال، إذ لو اختلف حكم الوقف المنقطع \_ في جواز البيع عند الحاجة \_ عن المؤيد كان المناسب أن يُكَلَّفَ السائل تعيين كون الوقف المزبور موقفاً أو مؤبداً. ولَمَّا لم يستفصل الإمام عليه السلام وبيّن الحكم بقوله: «نعم إذا رضوا كلهم وكان خيراً لهم باعوا» كشف عن اتحاد قسمي الوقف في جواز البيع إن كان خيراً للموقوف عليهم.

وهذا الجواب أفاده المحقق الثاني، وإرضاه جمعٌ منهم صاحب المقابس، فقال: «ويحتمل أن يكون السكوت عن المرتبة الأخيره العامه إحصاه على ظهورها، أو لعدم تعلق غرض في أول السؤال بذكرها. ومثل ذلك شائع في الإستعمال. ولَمَّا كانت حكاية الحال محتمله، وترك الإستفصال في الجواب، كان دليلاً على العموم، كما تقدّم عن المحقق الكركي (١). وليس بعيد وإن كان ظاهر اللفظ يساعد الأول، وهو الإنقطاع» (٢) (٣).

ولذا قال الشيخ الأعظم في آخر كلامه: «وكيف كان ففي الاستدلال بالرواية \_ خبر جعفر بن حيان \_ مع ما فيها من الاشكال \_ على جواز البيع بمجرد الأنفعيه إشكال» (٤).

الثانيه: مكاتبه الحميري في التوقيع المروي عن صاحب الزمان \_ عجل الله تعالى فرجه الشريف \_ أنه كتب إليه: روى عن الفقيه (٥) في بيع الوقف خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم، فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك لصالح لهم أن يبيعه، فهل يجوز إن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا- يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟

فأجاب: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإن كان على قوم من

ص: ٣٤٩

- ١- (١٣٨٣) جامع المقاصد ٩/٧٠.
- ٢- (١٣٨٤) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٥٠.
- ٣- (١٣٨٥) هدى الطالب ٧/٨١ و ٨٢.
- ٤- (١٣٨٦) المكاسب ٤/٨٢.
- ٥- (١٣٨٧) في وسائل الشيعة: عن الصادق عليه السلام .

المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله (١).

هذه المكاتبه مرسله سندا لأنّ أبا منصور الطبرسى لم يذكر سنده إلى الحميرى.

## وأما تقريب دلالتها:

### إشارة

إنّ قوله \_ عجل الله تعالى فرجه الشريف \_ : «فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله» يحتمل ثلاثة وجوه:

«أحدها: أن يكون تجويز بيع البعض لحصته من الوقف مشروطا بكونه أعود وأنفع للموقوف عليه. ومنشأ هذا الإحتمال كون جواب الإمام عليه السلام ناظرا للسؤال، وصدوره فى مورد فرض السائل أصلحيه البيع، لقوله: «وكان ذلك أصلح». وعليه فلا منافاه بين هذه المكاتبه وبين روايه جعفر المجوّزه للبيع إذا كان أنفع وأصلح، فهما متوافقتان فى الحكم.

ثانيها: أن يكون تجويز بيع البعض مطلقا وغير مقيّد بكونه أنفع، لعدم ورود قيد «الأصلح» فى جواب الإمام عليه السلام ، وإنّما ورد فى سؤال السائل، والعبره بإطلاق الجواب، لإحتمال عدم دخل «الأصلح» فى جواز بيع كل واحد من أهل الوقف حصّته.

وبناءً على هذا الوجه يقع التنافى بين جواز البيع مطلقا \_ سواء أكان أنفع أم لا \_ وبين مفهوم الجملة الشرطيه فى قوله عليه السلام فى خبر جعفر «إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم» لظهوره فى إنتفاء الجواز بإنتفاء رضا الكل، أو بإنتفاء خيريه البيع.

ويرتفع التنافى بتقييد إطلاق البيع \_ فى المكاتبه \_ بمفهوم روايه جعفر، ونتيجه التقييد إختصاص جواز البيع بكونه أنفع» (٢).

ثالثها: الحميرى بعد فرض جواز بيع الوقف إذا كان أصلح للموقوف عليهم يسأل جواز الشراء منهم إن لم يجتمعوا كلهم، أى جواز شراء حصه بعضهم أو أنّ الشراء لا بدّ أن يكون من كلهم دفعه واحده؟

ص: ٣٥٠

١- (١٣٨٨) الاحتجاج ٢/٤٩٠ ونقل عنه فى وسائل الشيعة ١٩/١٩١، ح ١٩، الباب ٦ من بواب كتاب الوقوف والصدقات.

٢- (١٣٨٩) هدى الطالب ٧/٧٢.

وأجابه الإمام عليه السلام بجواز الشراء منهم مجتمعين أم متفرقين، وبهذه الإجابة قرره ما ذكره الحميري من جواز البيع إذا كان أصلح للموقوف عليهم.

وهذا الوجه أحسن من سابقه وبهذا التقريب تمت دلالة مكاتبه الحميري على الصورة الرابعة.

### الاشكال على دلالة مكاتبه الحميري

قال الشيخ الأعظم: «ومما ذكرنا [من الاشكال على خبر جعفر بن حيان] يظهر الجواب عن روايه الحميري»<sup>(١)</sup>.

مراده: جريان الاشكال الثاني \_ وهو إرادته مطلق النفع من كلمه «الأصلح» الواردة في روايه الحميري \_ والاشكال الرابع \_ وهو اعراض الأصحاب \_ فيها.

### الاشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروايتين

الأول: «أن مقتضى عنوان المسأله والدليل عليه إختصاص الثمن بالبطن الموجود. وهذا مخالف لما تقدم في الصورة الأولى من أن الموقوفه ملك فعلى للموجود وشأني للمعدوم، ومقتضى المعاوضه الشركه وتعلق حق المعدومين بالثمن على حد تعلقه بالثمن. وبهذا يظهر مخالفه الخبرين للقواعد المسلّمه، هذا»<sup>(٢)</sup>.

الثاني: لو سئل دلالة الروايتين على جواز البيع وصرف الثمن في مؤونه الموجودين، كشف هذا التجويز عن ترخيص الشارع لهم في إسقاط حق الطبقات المتأخره آنا قبل البيع، وبطلان الوقف، فيقع النقل على العين المختصه بالموجودين، ولازمه إختصاص الثمن بهم، لعدم ما يوجب شركه المعدومين فيه حينئذ.

ونظير إسقاط حق اللاحقين ما ذكره في التملك الآنى في تصرف ذى الخيار والواهب فيما يتوقف على الملك، كما إذا باع الواهب ما وهبه للغير، فإن مقتضى توقف البيع على الملك عود المال إلى ملكه آنا \_ وتحقق الرجوع عن الهبه \_ ليقع البيع في

ص: ٣٥١

١- (١٣٩٠) المكاسب ٤/٨٢.

٢- (١٣٩١) هدى الطالب ٧/٨٦.

وهذا مستحيل لأنّ البيع على المال المشترك يقتضى أن يكون الثمن مشتركا بينهم لا مختصا بالبطن الموجود.

### فذلكه الكلام فى نقد دلالة المكاتبه

إنّ المكاتبه «ليست فى مقام بيان ما هو المجوّز لبيع الوقف بل فى مقام بيان أنّ أى وقف يصحّ بيعه بعد عروض المسوّغ وهى ساكته من بيان ما هو المجوّز والمسوّغ. وبعبارة واضحة أنّ الروايه فى مقام بيان أنّ بيع الوقف مع فرض وجود المسوّغ له هل يصحّ من بعض الموقوف عليهم أو يعتبر فى جوازه اجتماعهم عليه، وأمّا ما يكون مجوّزا أو مسوّغا فليست فى مقام بيانه وعلى فرض التسليم إنّما تدلّ على جواز بيع الوقف مطلقا لأنّ الأصل فيه إنّما ذكرت فى كلام السائل فلا توجب تقييدا.

سَلّمنا كونها قيّدا للحكم إلّا أنّ المراد بها على ما يظهر من إسناد البيع إلى أرباب الوقف كون البيع أصلح بحالهم لا بحال جميع البطون، وبيع الوقف وتملك ثمنه يكون أعود وأنفع لهم دائما، فالمستفاد من الروايه على هذا جواز بيع الوقف للبطون الموجوده فى جميع الموارد، فيحتمل لا تكون أخصّ من أدلّه منع بيع الوقف بل يكون بينهما التباين فتتعارضان، وبديهي أنّ تلك الروايات المانعه عن بيع الوقف متقدّمه على روايه الحميرى لضعفها سندا.

مضافا إلى أنّ انقلاب النسبه يجعل تلك الروايات المانعه أخصّ من روايه الحميرى، وذلك لأنّ الروايات المانعه بعد ما خصّصت بما يدلّ على جواز بيع الوقف عند خرابه وعدم إمكان الانتفاع به مع بقائه تختصّ بغير صورته خراب الوقف فتكون أخصّ فتقيّد بها روايه الحميرى.

ولو أغمضنا النظر عن جميع ذلك أنّ الروايه تدلّ على شىء لم يفت به أحد ويقطع

ص: ٣٥٢

بخلافه وهى عبارته عمّا ذكر الشيخ (١) قدس سره من أنّ الظاهر منها أن يكون الثمن بعد البيع ملكاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرّفوا فيه كيف شاؤوا، فعليه لا يمكن الاستدلال بها فى المقام كما لا يخفى فافهم» (٢).

وهذا تمام الكلام فى الصورة الرابعه والحمد لله.

## الصورة الخامسة

### إشارة

«أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده» (٣). أى حاجه ضروريه.

وقد أفتى بجواز بيع الوقف فى هذه الصورة أرباب الكتب التالىه: «المقنعه» (٤) والانتصار (٥) والمراسم (٦) والنهايه (٧) والمبسوط (٨) وفقه الراوندى (٩) والوسيله (١٠) والواسطه (١١) على ما حكى (١٢) عنها والغنيه (١٣) وفى الانتصار (١٤) والغنيه (١٥) وظاهر

ص: ٣٥٣

- 
- ١- (١٣٩٣) المكاسب ٤/٨٢.
  - ٢- (١٣٩٤) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٩٢.
  - ٣- (١٣٩٥) المكاسب ٤/٨٣.
  - ٤- (١٣٩٦) المقنعه: فى الوقوف والصدقات ٦٥٢/.
  - ٥- (١٣٩٧) الانتصار: فى بيع الوقف ٤٦٨/ و ٤٦٩.
  - ٦- (١٣٩٨) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات ١٩٧/.
  - ٧- (١٣٩٩) النهايه: فى الوقوف والصدقات ٦٠٠/.
  - ٨- (١٤٠٠) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٣/٢٨٧.
  - ٩- (١٤٠١) فقه القرآن للراوندى: فى الوقف وأحكامه ٢/٢٩٣.
  - ١٠- (١٤٠٢) الوسيله: فى أحكام الوقف ٣٧٠/.
  - ١١- (١٤٠٣) لأبى جعفر محمّدين على بن حمزه المشهدى الطوسى، ولا يوجد كتابه لدينا.
  - ١٢- (١٤٠٤) نقله عنه الشهيد فى غايه المراد: فى شرائط العوضين ٢/٢٥.
  - ١٣- (١٤٠٥) غنيه النزوع: فى الوقف ٢٩٨/.
  - ١٤- (١٤٠٦) الانتصار: فى بيع الوقف ٤٦٨/ و ٤٦٩.
  - ١٥- (١٤٠٧) غنيه النزوع: فى الوقف ٢٩٨/.

المبسوط (١) وفقه القرآن (٢) الإجماع على ذلك. وفي النهاية (٣) وجامع الشرائع (٤) وتعليق الإرشاد (٥) زياده كون البيع أعود، وفي المبسوط (٦) وفقه القرآن (٧) والوسيلة (٨) تقييد الحاجه بكونها شديده لا يمكن القيام معها به. وظاهر الأولين الإجماع عليه كما عرفت. ونفى عن هذه القول البعد في جامع المقاصد (٩). وفي مجمع البرهان أنه يدلّ عليه الأخبار والاعتبار (١٠)، لكنّه بعد ذلك تأمل فيه. وقد استجوده في غايه المراد (١١) لأنه استجود العمل بالروايه (١٢) الدالّه عليه وعوّل في الدروس (١٣) على ما رجحه في غايه المراد (١٤).

ولكن المسأله ذات قولين وجماعه من الأصحاب لم يستثن هذه الصوره من أدله منع بيع الوقف كالإسكافى والصدوق والقاضى وابن إدريس الحلّى والمحقّق والعلامة والصميرى وغيرهم.

## دليل القائلين بالجواز

١\_ الإجماع الوارد في كلمات الشريف المرتضى والسيد ابن زُهره وظاهر الشيخ

ص: ٣٥٤

- ١- (١٤٠٨) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/٢٨٧.
- ٢- (١٤٠٩) فقه القرآن للراوندى: في الوقف وأحكامه ٢/٢٩٣.
- ٣- (١٤١٠) النهاية: في الوقوف والصدقات / ٦٠٠.
- ٤- (١٤١١) لم نجد هذه العبارة في الجامع للشرائع لا في باب البيع ولا في الوقف، فراجع.
- ٥- (١٤١٢) لم نعثر عليه في حاشيه الإرشاد (حياه المحقق الكركى وآثاره) ٩/٣٣٩ و ٤٨٦، فراجع.
- ٦- (١٤١٣) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/٢٨٧.
- ٧- (١٤١٤) فقه القرآن للراوندى: في الوقف وأحكامه ٢/٢٩٣.
- ٨- (١٤١٥) الوسيله: في أحكام الوقف / ٣٧٠.
- ٩- (١٤١٦) جامع المقاصد: في الوقف ٩/٧٠.
- ١٠- (١٤١٧) مجمع الفائده والبرهان: في شرائط العوضين ٨/١٦٩.
- ١١- (١٤١٨) غايه المراد: في شرائط العوضين ٢/٣٠.
- ١٢- (١٤١٩) وسائل الشيعه ١٩/١٩٠، ح ٨، باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.
- ١٣- (١٤٢٠) الدروس الشرعيه: في الوقف ٢/٢٧٩.
- ١٤- (١٤٢١) مفتاح الكرامه ٢١/٦٩٠.

ويرد عليه: أوّلاً: «أنّ الخروج عن قاعده عدم جواز بيع الوقف منوط بحجه شرعيه كما تحققت فى الصوره الأولى. ولكن الإجماعين المنقولين قاصران عن تخصيص كبرى «لا- يجوز بيع الوقف» ولا أقلّ من شبهه كونهما مدركين، لإحتمال إستناد المجمعين \_ لو سلّم إتفاق الفقهاء على الجواز \_ إلى مثل روايه جعفر [بن حيان] القاصره دلالةً.

وثانيا: أنّ مجوّزى البيع للضروره الشديده يخصّون الثمن بالبطن البائع، مع إقتضاء المعاوضه إشتراكه بين الموجود واللاحق. فالخروج عمّا يقتضيه المبادله \_ بالإجماعين المزبورين \_ مشكل.

وثالثا: منع صغرى الإجماع، لعدم إتفاق الأصحاب على الجواز، ومعه كيف تتجه دعوى الإجماع عليه؟ وهذا المنع مذهب جماعه من القدماء كالاسكافى، ونسب إلى الصدوق والقاضى والحلى، وكذا المتأخرين كالمحقّق والعلامة وغيرهم.

ورابعا: أن المنع ليس فتوى جماعه معدوده حتّى لا تقدح فى إجماع السيّدين، بل هو فتوى الكلّ، على ما ادّعاه الحلى، وحيث يتعارض إجماع الجواز مع إجماع المنع، وحيث لا مرجح لأحدهما فيتساقتان، ولا يبقى حجه على جواز البيع»(1).

وخامسا: «ما ثبت فى محلّه من أنّه لا يمكن الاعتماد على إجماعات السيّد المرتضى وابن زهره \_ رحمهما الله تعالى \_ .

وسادسا: إنّ هذا الإجماع إجماع منقول، ولا- يمكن من خلاله إثبات السبب، فضلاً عن أنّه إذا كان مثبتاً للمسبب عمداً إخباراً حدسيّاً عن رأى الإمام عليه السلام ، وقد ثبت فى مبحث حجّيه الخبر أنّ أدلّه حجّيه الخبر لا تشمل الأخبار الحدسيّه»(2).

٢\_ خبر جعفر بن حيان(٣)

ص: ٣٥٥

١- (١٤٢٢) هدى الطالب ٧/٩٤ و ٩٥.

٢- (١٤٢٣) العقد النضيد ٥/٢٩.

٣- (١٤٢٤) وسائل الشيعة ١٩٠/١٩، ح ٨.



المتقدم آنفاً(١) ومّرّ ضعف إسناده والاحتمالات الستة فيه منّا والاشكالات السبعة عليه من الشيخ الأعظم فى دلالتة فلا نعيدها.

ومضافا عليها قال الشيخ الأعظم فى الرد عليه: «أنّ ظاهر الرواية أنّه يكفى فى البيع عدم كفايه غلّه الأرض لمؤونه سنه الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقلّ مراتب الفقر الشرعى. والمأخوذ فى عبائر من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضروره والحاجه الشديده، وبينها وبين مطلق الفقر عموم من وجه؛ إذ قد يكون فقيرا ولا يتفق له حاجه شديده، بل مطلق الحاجه؛ لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعه عليه. وقد يتفق الحاجه والضروره الشديده فى بعض الأوقاف لمن يقدر على مؤونه سنته، فالروايه بظاهرها غير معمول بها.

مع أنّه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب جواز البيع بمجرّد رضا الكلّ وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجه»(٢). ولم يقل به أحد.

### دليل القائلين بالمنع

استدلوا بدليلين:

«الدليل الأوّل: اقتضاء الدليل العام والنصّ الخاصّ عدم جواز بيع الوقف، بإطلاق عموم قوله: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»، ونصّ قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» يدلّان على ممنوعيه بيع الوقف، سواء عرض للموقوف عليهم الحاجه الشديده أم لا.

الدليل الثانى: المتفق عليه أنّ العين الموقوفه \_ سواء التزمنا بأنّ حقيقه الوقف التملك على البطون مرتّباً، أو الحبس على البطون \_ تعدّ ملكا غير طلق، ممّا يعنى أنّ الملكيه لم تختصّ بها الطبقة الموجوده، بل هى ملكيه فعليّه للموجودين وشأنيّه للطبقات اللاحقه، أو أنّ للجميع الحقّ فيها، فبيع العين الموقوفه لعروض الحاجه الشديده للبطن

ص: ٣٥٦

١- (١٤٢٥) راجع هذا المجلد صفحه ٣٤٠.

٢- (١٤٢٦) المكاسب ٤/٨٣.

الموجود، يعدّ سبباً لتضييع حقّ البطون المتأخّره، ولذلك يعدّ بيعها باطلاً.

وخلال هذه الكلام: ثبت أنّ الحكم الصحيح في هذه الصورة، هي حرمة بيع الوقف لحاجه الموقوف عليهم وضعا وتكليفاً<sup>(١)</sup> والحمد لله العالم بأحكامه.

## الصورة السادسة

### إشارة

«أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة، أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون، أو عند مصلحه خاصه على حسب ما يشترط»<sup>(٢)</sup>.

«هذه الصورة من الصور الصعبة والمهمّة، ولذلك يقتضى المقام أولاً تحديد المسألة، وشرح ما يتعلّق بموضوع النزاع فيها.

أمّا المسألة فهي ما إذا قام الواقف حين وقف العين بإدخال شرط ضمن الإنشاء، يجيز بذلك بيع العين إذا عرضت حاجة شديده للموقوف عليهم، أو حصلت مصلحه أخرى.

وأمّا النزاع فيدور حول تصحيح هذا الشرط، وعن أنّه هل يعدّ ذلك مسوّغاً لبيع العين الموقوفه أم لا؟<sup>(٣)</sup>.

الظاهر «أنّ المقصود من شرط البيع هو أن يشترط الواقف في صيغه الوقف سلطنه الموقوف عليهم على إبطال الوقف بالبيع عند حاجتهم الشديده إلى ثمنه، أو إذا إقتضته مصلحه البطن الموجود خاصه أو مصلحه البطون، كأن يقول: «وقفتُ الدار على ذريتي وشرطتُ عليهم بيعها إن كان أعود لهم أو إحتاجوا إلى ذلك، أو إقتضت مصلحتهم تبديل الوقف بعين أخرى. أو إذا آلت إلى الخراب» أو نحو ذلك ممّا يكون بنفسه \_ ومع الغضّ عن الشرط \_ مجوّزاً للبيع.

وليس المقصود من الشرط جواز بيعها لنفس الواقف إذا إحتاج إلى ثمنها. وذلك لبطلان شرط الرجوع في الصدقه المتقرب بها إليه تعالى.

ص: ٣٥٧

١- (١٤٢٧) العقد النضيد ٥/٣٠ و ٣١.

٢- (١٤٢٨) المكاسب ٤/٨٤.

٣- (١٤٢٩) العقد النضيد ٥/٣٢.

الثانى: الظاهر عدم تعرّض مَنْ سبق العلامه لحكم هذه الصوره، بشهاده عدم ورودها فى الأقوال المنقوله أوائل المسأله، ولم ينسبها السيّد العاملى (١) قدس سره إلى مَنْ تقدّم على العلامه. نعم، نسب صاحبّ المقابيس (٢) إلى الحلبي (٣) جواز إشتراطه فى الوقف المنقطع لا المؤبّد، فراجع (٤).

## الأقوال فى المسأله

الأقوال فى المسأله خمسّه ابتداءً.

«الأوّل: نفوذ الشرط وجواز البيع، ذهب إليه العلامه فى الإرشاد (٥)، والشهيدان (٦)، وهو مختار الشيخ الأعظم (٧) قدس سره وجماعه كأصحاب مفتاح الكرامه (٨) والمقابيس (٩) والجواهر (١٠) قدس سرهم .

الثانى: الإشكال فى صحه هذا الشرط كما هو صريح القواعد (١١).

الثالث: تفصيل المحقّق الثانى بين كون الشرط عروض المسوّغ للبيع فيجوز، وبين مطلق المصلحه فلا يجوز (١٢).

الرابع: فساد الشرط، وعدم جواز البيع بحالٍ، كما هو مذهب المانع عن بيع الوقف

ص: ٣٥٨

١- (١٤٣٠) مفتاح الكرامه ٢١/٧٠٧.

٢- (١٤٣١) مقابيس الأنوار، كتاب البيع /٦٣.

٣- (١٤٣٢) الكافى فى الفقه /٣٢٥.

٤- (١٤٣٣) هدى الطالب ٧/٩٦.

٥- (١٤٣٤) إرشاد الأذهان ١/٤٥٥.

٦- (١٤٣٥) الدروس الشرعيه ٢/٢٧٩؛ غايه المراد ٢/٤٥٢.

٧- (١٤٣٦) المكاسب ٤/٨٦.

٨- (١٤٣٧) مفتاح الكرامه ٢١/٧٠٨.

٩- (١٤٣٨) مقابيس الأنوار، كتاب البيع /٦٣.

١٠- (١٤٣٩) الجواهر ٢٩/٢٤٠ (٢٨/١١٣).

١١- (١٤٤٠) القواعد ٢/٣٩٥.

١٢- (١٤٤١) جامع المقاصد ٩/٧٣.

مطلقاً أو في خصوص المقام، بزعم منافاه هذا الشرط لمقتضى الوقف وحقيقته، أو مخالفته للكتاب والسنة»(١).

والخامس: فساد الشرط مع كونه مفسداً للوقف أيضاً أعني سرايه الفساد من الشرط إلى العقد.

ولكن أنت ترى بأن التفصيل ليس بتفصيل حقيقه لأن «حاصل التفصيل جواز البيع عند الشرط في الموارد التي يجوز بيعه فيها لأن الشرط على هذا يكون مؤكداً لجواز البيع، وعدم الجواز في الموارد التي لا يجوز بيعه لكون الشرط باطلاً، وهو كما ترى ليس تفصيلاً في المقام، لأن مورد الكلام أن يستند جواز البيع إلى نفس الشرط كما لا يخفى»(٢).

وبعد نفى استقلال القول الثالث ترجع الأقوال إلى أربعة.

### ما المراد من الشرط هنا؟

المقصود من الشرط في المقام «معنى أعم من الشرط المصطلح؛ أي مطلق القرار والجعل، فإن الوقف [إن كان من] ممن الإيقاعات لا- يحتاج إلى القبول، وإن كان مع نفوذ قراره لا- يجوز للموقوف عليهم التخطي عنه، وليس دليل نفوذه أدله نفوذ الشرط إلا على بعض الوجوه، بل الدليل هو قاعده تسلط الناس على أموالهم(٣) وقوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»(٤).

نعم، قد يقف على شخص أو أشخاص، ويشترط عليهم أن يبيعه عند عروض عارض، ويعملوا في ثمنه بما اشترط، فلا بد في نفوذه عليهم من القبول إن قلنا: بخروج الشرط في مثله عن كونه من الشروط الابتدائية كما لا يبعد، وحينئذ يكون دليل النفوذ

ص: ٣٥٩

١- (١٤٤٢) هدى الطالب ٧/٩٧.

٢- (١٤٤٣) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٩٤.

٣- (١٤٤٤) عوالي اللآلي ١/٢٢٢، ح ٩٩ و ١/٤٥٧، ١٩٨؛ بحار الأنوار ٢/٢٧٢، ح ٧.

٤- (١٤٤٥) الفقيه ٤/١٧٦، ح ٦٢٠؛ تهذيب الأحكام ٩/١٢٩، ح ٥٥٥؛ وسائل الشيعه ١٩/ (١٧٦-١٧٥)؛ كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٢، ح ١ و ٢.

## هذه الصورة على اختلاف المباني

### مبنى المختار

بناءً على مبنى المختار من المخالفه الذاتيه والاختلاف الماهوى بين البيع والوقف، هل اشتراط بيع الوقف عند الحاجه يكون منافيا لمقتضى العقد فيحكم بطلانه؟

يمكن أن يقال: «إنَّ الشرط إن كان بنحو أن يكون البدل أيضا كالمبدل وقفا فهذا ليس مخالفا لمقتضى العقد بل الشرط حينئذ يكون مقيدا لإطلاق الوقف من جهة أن مقتضى إطلاقه تحييس العين عن الحركة بالأسباب الاختياريه، والشرط أيضا موافق لهذا المقتضى إلا من جهة خاصه وهى عبارته عن جواز تبديل العين وجعل بدلها كالمبدل وقفا، وهذا أيضا لا مانع منه كما ذكرناه مرارا وفى خصوص ذكر كلام صاحب الجواهر قدس سره .

وإن كان الشرط بنحو أن يصير ثمن العين الموقوفه بعد بيعها ملكا طلقا للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرفوا فيه كيف شاؤوا فهو فاسد لأنَّه مخالف لمفهوم المبادله المعوض من جميع الجهات، ولما كان المعوض ملكا غير طلق فلا بد أن يكون العوض أيضا هكذا، نعم لو كان مفاد الشرط بطلان الوقف قبل البيع وكون الوقف ملكا طلقا للموجودين منهم ثم يبيعونه كما هو الظاهر من الشرط فلا يكون مخالفا لمقتضى الوقف إلا من حيث التأييد، ولكن الظاهر أن التأييد ليس مقتضى عقد الوقف ومن مقوماته بل هو أمر آخر ثبت بالإجماع، فحينئذ إن كان الشرط شرطا فى الأزمان بأن يشترط جواز بيع الوقف بعد عشرين سنه وبعبارة أخرى أن يوقف عشرين سنه فهذا هو القدر المتيقن من مورد الإجماع القائم على بطلان الوقف المنقطع، وإن كان الشرط راجعا إلى تضييق دائره الوقف بالنسبه إلى الموقوف عليهم أى يكون موضوع الوقف ممّا ينقطع لا محاله بأن يوقف العين لزيد ولعقبه إلى المرتبه الخامسه مثلاً، وهذا هو محلّ الخلاف بين الأعلام قدس سرهم والمشهور ذهبوا إلى بطلانه.

ص: ٣٦٠

ولكن الميرزا [النائبي(١)] قد اختار في المقام صحه الوقف إن كان الشرط بنحو جعل الخيار للموقوف عليهم بأن يجعل الشيء وقفا دائما ولكنه جعل للموقوفات عليهم الخيار في فسخه بأن يكون لهم الفسخ متى شاؤوا، فهذه الصورة لا إجماع فيها على البطلان بل ذهب جمع إلى الجواز، وليس مخالفا لمقتضى العقد أيضا بل مقتضى عموم قوله عليه السلام «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» نفوذ هذا الشرط، فلم يثبت كون شرط البيع عند الحاجة مخالفا لمقتضى عقد الوقف سواء أريد به تبيده وجعل بدله وقفا أو يبيعه وأكل ثمنه(٢).

ويمكن تصحيح هذا الاشتراط على مبنى المختار بتقسيم الشروط المجعولة على قسمين:

١\_ القسم الأول: الشرط المخالف لحقيقه المشروط «فهو شرط باطل، والحاكم به هو العقل؛ لأنّ القصد الجدّي للإنشاء \_ عقدا أو إيقاعا \_ يتعارض مع الشرط والالتزام بما ينافى مع المشروط، لأنّه التزم بالمتناقضين.

وبعبارة أخرى: إنّ الشرط المجعول يُتصوّر على قسمين:

فتارة: يكون الشارط ملتفتا إلى منافاه الشرط مع المشروط.

وأخرى: غير ملتفت إلى ذلك.

وعلى الأول: فإنّه يستحيل تحقّق الشرط مع الإنشاء المتضمّن له، لأنّ الإنشاء أمرٌ قصديّ وبدونه لا يتحقّق الإنشاء، ولا يترتب على المنشأ آثاره الشرعيّة والقانونيّة.

وأما على الثاني: فإنّه يمكن أن يتحقّق من المنشأ القصد الجدّي بدوا، لإمكان قصده العقد والشرط لغفلته عن المنافاه، لكن يستحيل تأثير هذا المنشأ خارجا لقيام التقابل بين المشروط والشرط. ولذلك يستحيل على الشارع الحكم بتحققهما ومن ثمّ إمضاءهما، لاستحاله تحقّق المتناقضين، فضلا عن عدم شمول أدلّه الصحه لهذا المنشأ، إمّا

ص: ٣٦١

١- (١٤٤٧) منيه الطالب ٢/ (٢٨٩-٢٨٨).

٢- (١٤٤٨) التنقيح في شرح المكاسب ٢/٢٩٥ و ٢٩٦.

لأحدهما على التعيين فإنه ترجيح بلا مرجح، أو لأحدهما مردداً لا على التعيين فإنه باطل، إذ لا صغرى له، فيبطل العقد والشرط معاً.

وبالجملة: إن العقد والشرط باطلان في حالتى الالتفات وعدمها، مع فارق أنه في الأولى يبطلان بالذات وفي الثانية بالعرض<sup>(١)</sup>.

٢- القسم الثانى: الشرط الذى لم يخالف لحقيقه المشروط بل مخالف لإطلاقه فلا دليل عقلى يمنع عن صحه هذا الشرط، بل إذا كان على نحو تقييد العموم الأزمانى فى الوقف المؤبد أو على نحو تقييد حكم عدم جواز بيعه فيه أو على نحو جواز إبطال الوقف المؤبد بالبيع إذا شرطه الواقف، وإبطال الشىء يؤكد ثبوته \_ على ما ذهب إليه المحقق الإصفهانى<sup>(٢)</sup> قدس سره \_ ، ففى جميع هذه الفروض يمكن الحكم بصحه الشرط.

نعم، إذا استلزم هذا الشرط المخالف لإطلاق المشروط مخالفه حكم شرعى لزومى يصير باطلاً لمخالفه الشرط حينئذ مع الكتاب والسنة، ومن المعلوم بطلان كل شرط مخالف لهما و«لكنه ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد فإنه فاسد ومفسد للعقد لكونه مناقضاً له، بل يبتنى فساد العقد بالشرط المخالف للسنة على ما سيأتى فى باب الشروط من أن الشرط الفاسد هل يكون مفسداً للعقد أم لا؟- فعلى الأول يكون مفسداً للوقف فى المقام، وأما على المختار من عدم كون الشرط الفاسد مفسداً لأن الشرط التزام آخر فلا يكون مفسداً للوقف. والعجب من الميرزا [النائنى] قدس سره حيث لم يتعرض لكون الشرط مخالفاً للسنة واكتفى بالجهة الأولى أى عدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد، اللهم إلا أن يقال كما قلناه آنفاً إن قوله عليه السلام «لا يجوز شراء الوقف» إلخ ليس حكماً تعبدياً بل امضاءً لما أنشأه الواقف، فعليه يكون الوقف الكذائى مشمولاً لقوله عليه السلام «الوقف» إلخ وغير ذلك من أدله الامضاء<sup>(٣)</sup>.

ويؤيد مقالنا فى المقام صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: بعث اللى أبو الحسن

ص: ٣٦٢

١- (١٤٤٩) العقد النضيد ٥/٣٤ و ٣٥.

٢- (١٤٥٠) حاشية المكاسب ٣/١٥٠.

٣- (١٤٥١) التنقيح فى شرح المكاسب ٢/٢٩٦.

موسى عليه السلام بوصيه أمير المؤمنين عليه السلام ، وهى: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به وقضى به فى ماله عبد الله على \_ ابتغاء وجه الله ليولجنى به الجنه، ويصرفنى به عن النار، ويصرف النار عنى يوم تبيض وجوه وتسود وجوه \_ أن ما كان لى من مال يبيع يعرف لى فيها وما حولها صدقه، ورقيقها، غير أن رباحا وأبا نيزر وجبيراً عتقاً، ليس لأحد عليهم سبيل، فهم موالى يعملون فى المال خمس حجج (١)، وفيه نفقتهم ورزقهم وأرزاق أهاليهم، ومع ذلك ما كان لى بوادى القرى كله من مال بنى فاطمه، ورقيقها صدقه، وما كان لى بديمه وأهلها صدقه، غير أن زريقاً له مثل ما كتبت لأصحابه، وما كان لى بأذينة وأهلها صدقه، والفقيرين كما قد علمتم صدقه فى سبيل الله.

وإن المذى كتبت من أموالى هذه صدقه واجبه بتله، حياً أنا أو ميتاً، يُنفق فى كل نفقه يُبتغى بها وجه الله فى سبيل الله ووجهه، وذوى الرحم من بنى هاشم وبنى المطلب والقريب والبعيد؛ فإنه يقوم على ذلك الحسن بن على يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يراه الله \_ عزوجل \_ فى حلٍّ مُحلَّلٍ لا حرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين، فيفعل إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله سري المملك، وإن وُعد على ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن على، وإن كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقه، فبدا له أن يبيعها، فليبع إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثاً فى سبيل الله، ويجعل ثلثاً فى بنى هاشم وبنى المطلب، ويجعل الثلث فى آل أبى طالب، وإنه يضعه فيهم حيث يراه الله.

وإن حدث بحسن حدث وحسين حى، فإنه إلى الحسين بن على، وإن حسينا يفعل فيه مثل الذى أمرت به حسينا، له مثل الذى كتبت للحسن، وعليه مثل الذى على حسن، الحديث. (٢)

وسندها صحيح ودالاتها واضحه لأن الأموال «هذه صدقه واجبه بتله» أى منقطعه

ص: ٣٦٣

١- (١٤٥٢) الحجج بكسر الحاء المهملة: جمع حجج، وهى السنه.

٢- (١٤٥٣) الكافى ١٣/٤٤٨، ح ٧ (٧/٤٩)، ورواها فى وسائل الشيعه ١٩/١١٩، ح ٣، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.



عن صاحبها \_ كما فى القاموس (١) \_ ولكن أمير المؤمنين عليه السلام جعل لولده الإمام الحسن المجتبى عليه السلام الخيار فى أن يبيع الوقف ويؤدى منه ديونه أو أن يبيع الموقوفه ثم تقسيم ثمنها أثلاثا وصرفه فى الموارد المذكوره.

ولكن الشيخ الأعظم علق عليها بقوله: «والسند صحيح والتأويل مشكل والعمل أشكل» (٢).

ولكن يرد عليه: بعدم الاشكال فى العمل بالصحيحه لأنها كما عرفت موافقه للقواعد وقد ذهب إليه جمع من الأعلام من زمن العلامه إلى العصر الحاضر، فلا يثبت إعراض المشهور عنها حتى يوجب وهنها، فلا بد من الأخذ بها والعمل طبقها.

هذا كله على مبنى المختار.

وأما على مبنى عدم المخالفه الذاتيه بين البيع والوقف

فالأمر واضح وتصحيح الاشتراط ظاهر \_ كما أن المشهور على هذا المبنى وتبعهم الشيخ الأعظم \_ وقد استدللّ بصره هذا الاشتراط بالوجوه الثلاثه:

١ \_ عمومات أدله الوقف:

نحو: «عموم قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» يدلّ على أن إمضاء الشارع تابعٌ لكيفيه إنشاء الواقف إطلاقاً وتقييداً ومشروطاً، فهذا النصّ بمفرده كافٍ لإثبات صحه الوقف المشروط بشرط البيع ونفوذ» (٣).

٢ \_ عمومات أدله الشرط:

نحو: عموم «قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» لما ثبت أن حقيقه الشرط هى الالتزام المربوط بالالتزام الآخر، فتدلّ الروايه على أن المؤمن لا ينفكّ عن شرطه، وأنّ هناك ملازمه قائمه بين المؤمن وشرطه، وأنّه إذا شرط المؤمن فليس عليه أن ينفكّ عنه.

والنتيجه الحاصله من ذلك تحقّق الوجوب التكليفي والوضعي، بمعنى أنّ هنا

ص: ٣٦٤

١- (١٤٥٤) القاموس المحيط ٢/١٢٧٦ ماده بتل.

٢- (١٤٥٥) المكاسب ٤/٨٨.

٣- (١٤٥٦) العقد النضيد ٥/٣٢.

حكمان:

حكم تكليفى يدلّ على حرمة مخالفه الشرط.

وحكم وضعى دالّ على صحّحه شرطه ونفوذّه»(١).

٣\_ صحّحه عبدالرحمن بن الحجاج الماضيه.

وبالجملة: على هذا المبني صحه الاشتراط مقبوله والله العالم.

### الصوره السابعه

#### اشاره

قال الشيخ الأعظم: «أن يؤدّى بقاؤه إلى خرابه علما أو ظنا وهو المعبر عنه بـ «خوف الخراب»»(٢).

وهى على قسمين:

#### الأول: إذا كان البقاء مؤدياً إلى

الأول: إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه سقوط المنفعه بالكلية.

الثانى: إذا كان كذلك على وجه نقص المنفعه لا سقوطها بالكلية.

#### اشاره

ذهب الشيخ الأعظم فى الأول إلى جواز بيع الوقف وفى الثانى إلى عدمه.

#### الدليل على جواز البيع فى القسم الأول من هذه الصوره

١\_ لزوم متابعه غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامه

١\_ لزوم متابعه غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامه، والمفروض أنّ غرض الواقف لا يتحقّق إلاّ ببيع الوقف وتبديله بعين أخرى فى المقام.

يرد عليه: يجب العمل على طبق غرض الواقف إذا دخل في انشاء الوقف بدلاله كلام الواقف، وأما الفرض الذي لا يدلّ عليه كلام الواقف الداخلى فى انشائه نحو دواعى الواقف وتمتّياته وآماله وعلله الغائيه لا يجب العمل على طبقها، بل فرق بين الوقف وغيره من العقود والايقاعات، ولا يدخل فى الالتزام والالتزام.

والحاصل: لا دليل على وجوب العمل على طبق غرض الواقف كغيره من العقود والايقاعات.

ص: ٣٦٥

---

١- (١٤٥٧) العقد النضيد ٥/٣٢ و ٣٣.

٢- (١٤٥٨) المكاسب ٤/٨٨.

نعم، فى باب أوامر المولى تجب التبعية عن غرض المولى.

«والفرق بين باب الأوامر وبين العقود الإيقاعات أنّ العقود والإيقاعات من الأمور التّعهدية وقبيل كل واحد من الطرفين، المسؤولىة وهو الميزان، وأمّا فى باب أوامر المولى فمؤلويّه المولى كانت داعيةً لمراعاة ميول المولى وأغراضه سواء علم ذلك بالأمر أو بالغرض»(١).

## ٢\_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده:

٢\_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده: العين الموقوفة فى هذه الصورة إذا لم تبع يلزم منه إضاعه المال وفساده، لأنّ عدم تبديلها بالأحسن يوجب خرابها وفسادها ومن المعلوم أنّ تضييع المال وإفساده يكون منهيًا عنه فى الشريعة المقدسه.

كما قال العلامة: «أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعدّرت فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلًا للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما لو عطب الهدى ذبح فى الحال وان اختصّ بموضع، فلمّا تعدّرت المحل ترك مراعاة الخاص لتعدّره»(٢).

وتبعه ابن فهد الحلبي(٣) رحمه الله .

ويرد عليه: حرمة تضييع المال وإفساده فى الشريعة المقدسه من الواضحات، ولكنّها على من له التسلط على المال بالبيع والشراء والصلح والهبة ونحوها وليست على الجيران والأقرباء والأقوام، والتسلط على بيع مال الوقف هنا أول الكلام فلا يمكن اثبات السلطه على بيع مال الوقف بهذا الدليل.

## ٣\_ الحقوق الثلاثة: المذكوره فى كلام الشيخ الأعظم

٣\_ الحقوق الثلاثة: المذكوره فى كلام الشيخ الأعظم(٤) وهى:

أ: حق الله تعالى، ب: حق الواقف، ج: حق البطون المتأخره من الموقوف عليهم.

ص: ٣٦٦

١- (١٤٥٩) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤/٤٨٨.

٢- (١٤٦٠) مختلف الشيعة ٦/٢٨٨.

٣- (١٤٦١) المهذب البارع ٣/٦٦.

٤- (١٤٦٢) المكاسب ٤/٣٥.

وبيع العين الموقوفه فى هذا القسم من الصورة السابعه لا يوجب التصيق هذه الحقوق الثلاثه:

«أما عدم ذهاب حقّ الواقف بالبيع فهو أنّ نظر الواقف، بقاء الملك منه أبد الدهر من باب: «الباقيات الصالحات».

ومن المعلوم: أنّ نظر الواقف بقاء شخص العين إذا كانت باقية فإذا لم يمكن حفظ شخص المال الموقوف فالأمر دائر بين ذهاب شخص المال والنوع إذا لم يبع الموقوف عليهم، أو يبعه وحفظ النوع.

فمن المعلوم: أنّ الأمر الثانى كان مُتَعَيِّنا فبيع العين ليس موجبا لذهاب حقّ الواقف ولا ينازعه حقّ الواقف.

وأما بقاء الموقوف عليهم فالفرض أنّ الموقوف عليهم أنّما هى الطبقة الموجوده من النسل واللاحقه.

وأما كون حقّ الله محفوظا فلائذ حقّ الله هو عدم جواز بيع الوقف كما صرّحت به الأدله من قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع الوقف وشرائه...» والمتبادر من هذه الأدله أنّ المراد من عدم جواز بيع الوقف، الوقف الذى لم يكن فى معرض الخراب وينصرف فرض خراب الوقف من أدله عدم جواز شراء الوقف وليس له إطلاق حتى يشمل الصورة المفروضه» (١).

ولكن يرد عليه: أولاً: ليس للحقوق الثلاثه حقيقه «يعنى ليست حقوق متعدده فى قبال الحكم مثل حقّ الخيار وحقّ الشفعه وحقّ التحجير الذى كان هو مرتبه ضعيفه من الملكيه الاعتباريه فلا- تكون لله ملكيه اعتباريه بل هو مالك حقيقه ومالك الملوك فالملكيه الاعتباريه، غير المالكيه التكوينيته وكذلك ليس الموقوف عليهم اللاحقه، مالكين لأنهم لم يكونوا موجودا بعد.

نعم: ما يكون هنا موجودا أنّما هو إنشاء الواقف وكان ممضاه لقوله عليه السلام: «أوفوا

ص: ٣٦٧

بِالْعُقُودِ» و «الوقوفُ على حسب ما يوقفها أهلها» يعنى ما أنشأه الواقف، لازم الوفاء ولازمُ العمل مثل كلِّ عقدٍ وإيقاعٍ وليس أزيد من هذا شيءٌ هنا حتّى يقال: «للهُ حقٌّ وللموقوف عليهم حقٌّ وللواقف حقٌّ» وكان هو مرتبةٌ ضعيفه من الملك.

وثانياً: قوله رحمه الله: انصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» عن فرض المسأله (1) فلا يصحّ لعدم منشأً للانصراف لأنّ الانصراف الذى كان مانعا من الاطلاق، كان له موردان:

الأول: فى موردٍ كانت فيه كثره الاستعمال، يوجب الانصراف عن الاطلاق إلى الغالب فيه الاستعمال وهذا هو المترائى كثيرا فى كلمات الفقهاء.

الثانى: للانصراف، ما يكون مبناه على القرائن الحالتيه سواءً كانت القرائن، قرائن قطعيه أو كان محتمل القريتيه وبعبارة أخرى كان قدر متيقنٌ فى مقام التّخاطب وبهذا النوع من الانصراف، ينصرف الاطلاق إلى مورد السؤال ولو لم يكن الموردُ مُخصّصاً فى أكثر الموارد ولكن فى بعض الموارد، خصوصياتٍ يحتمل دخلها بحيث يمنع عن الاطلاق.

وهذا النوع من الانصراف، يصحّ فى الصورة الأولى ما إذا خرب الوقف فعلاً فينصرف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» كما صرح به الشّيخ رحمه الله لا- لأجل كثره الاستعمال لأنّه ليست فى الخراب كثره بل لما كان مورد الكلام، ما يكون مورد الوقف عامراً وكانت فيه الغلّه وليس هو إلا- الوقف المعمور وأما الوقف المخروبه فلا- غلّه فيه ولا يصحّ قوله عليه السلام: «لا تدخل الغلّه فى ملكك».

ولكن هذا الانصراف، لا يجرى فيما نحن فيه لأنّ ما نحن فيه، يكون معموراً بعدً وكانت فيه الغلّه ولكن ستخرب فلا يجئ منشأ الانصراف الذى قلناه فى الصورة الأولى فى هذا الفرض.

وثالثاً: بعد تسليم انصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» عن فرض المسأله فنقول:

ص: ٣٦٨

أن دليل جواز بيع الوقف لا ينحصر في قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» بل أدلّه نفوذ الوقف مثل: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» من جملة تلك الأدلّه بل من أقوالها ودليل: «لا يجوز شراء الوقف» ممّا يتفرّع عليه حيث قلنا سابقا: أن هذا النّهى، ليس نهيا استقلاليا بل يدخل تحت مفهوم العقد أو من لوازمه؟

فمجرد انصراف: «لا- يجوز شراء الوقف» مع أنّه ليس فيه إطلاق، لا- يكفي في جواز البيع بل تلزم ملاحظه أدلّه نفوذ بيع الوقف فكفايه الشيخ الأعظم رحمه الله في الجواز بمجرد قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» وعدم التّعرض بأدلّه نفوذ الوقف، لا يخلو عن اشكال»(1).

#### ٤- ليس لأدله نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاق:

بتقريب: «ليس لدليل نفوذ الوقف ولقوله عليه السلام: «لا- يُباع ولا يُوهب» إطلاق في جميع الأحوال حتّى في ما إذا خرب وفي ما إذا كان مُشرفا للخراب وحتّى، إذا كان بقائه سفهيا غير عقلائي وكان اضاعه للمال وذلك لأنّ عدم جواز البيع أي «لا يباع ولا يوهب» أنّما هو لبقاء العين وكونه ذا المنافع أبدا.

فالمراد من قول الواقف: «لا- يباع ولا- يوهب» وقول الشّارع في إمضائه: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» كان تفرّعا عليه ولها معنى واحدٌ يعنى ينفذ الشّارع، ما انشأه الواقف وما انشأه الواقف على حدّ القضايا الطّبيعيّه فالمراد من قوله عليه السلام: «لا يباع ولا يوهب» بقاء العين لاستفاده الموقوف عليهم وهذا في مقابل الصّيدقة المنتقلة ولكن ليس له إطلاقٌ بحيث لو بقي، يلزم له اضاعه المال.

فهذا القول على حدّ قول القائل: «السّيفُ قاطعٌ والسّم قاتلٌ» فحينئذٍ لا يبعد أن يكون مراد من قال: بعدم جواز البيع، عدم اضاعه مال الوقف شرعا يعنى ليس في قول الواقف، الاطلاق حتّى بحيث لو استلزم من بقاء العين، الاضاعه أيضا، لا يُباع ولا يُوهب.

فبناءً عليه، قول الواقف: «لا يباع ولا يوهب» الدّال على بقاء العين للاستفاده، أنّما

ص: ٣٦٩

تصريح لغرضه الأصيل له، الانتفاع وبقاء العين مقدّمه لبقاء المنفعة وتبع لها.

هذا كما في باب تعارض الوصف والاشارة حيث صرّحوا بتقديم الأصيل لغيره، وكما في باب الخطاء في التطبيق في باب العبادات من تقديم الأصيل على الفرع وعين هذا قد يقال في باب تعدد المطلوب يعني كان شيء في باب العقد هو الأصل وشيء آخر كان بعنوان الفرع ويلزم حفظ الفرع مع حفظ الأصل.

فبناءً عليه، إذا عقدنا عقداً ذا شرط ولم يعمل بشرطه، وقع العقد صحيحاً لأن الأصل هو العقد كان محفوظاً.

فلو عقد عقداً على الموصوف وتخلّف وصفه، مثلاً قلنا: «بعتُ الفرس العربي» فبان أنّه ليس بعربيّ قالوا بصحّته لأنّه من باب تعدّد المطلوب وكان الأصل وهو بيع الفرس، كان محفوظاً وأنما تخلّف فرعه وهو وصفه غايه الأمر كان هنا إختيارُ الفسخ.

وفي باب الوقف كذلك يعني فيما إذا لم يكن للواقف، النظر الأصيلي إلى العين وأنما عمدته نظره إلى بقاء المنفعة المستمرّة للموقوف فالأصل، هو حفظ المنفعة وحفظ العين، طريق لها في مثل هذه الموارد قال الفقهاء بتعدّد المطلوب حتّى قالوا في باب الأوامر أيضاً في مثل قوله عليه السلام: «إذا امرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم...» ونحوه من الموارد.

كلّ ذلك، دليل تعدّد المطلوب وكذلك في باب العقود أيضاً مثل باب تخلّف الشرط والوصف وتخلّف الأجل، كان تعدّد المطلوب أي كانت العقود صحيحة غايه الأمر، كان لها خيار التخلّف وذلك لأنّه من باب تعدّد المطلوب وما نحن فيه أيضاً من هذا القبيل يعني فيما إذا كان غرض الواقف من حبس العين ووقفه، حفظ المنافع للطبقات، كان هذا من قبيل تعدّد المطلوب.

ولا يخفى عليك أنّ هذا الغرض، ليس خارجاً من مدلول العقد حتّى يقال بأنّ حفظ هذا الغرض لا يلزم بل يكون من قبيل تعدّد المطلوب وكانت له نظائر متعدّدة كما ذكر بعضها سابقاً.

بالجملة، تلزم ملاحظه ماهية الوقف وملاحظه أنّ تعدّد المطلوب هل يُستفاد منه أم لا؟ وهو حينئذٍ، دليل حفظ غرض الواقف وليس المراد منه أنّ كلّ غرض الواقف يلزم



حفظه بل يلزم حفظُ غرضٍ «يكونُ من باب تعدّد المطلوب»<sup>(١)</sup>.

وهذا الدليل الأخير تام فنحكم به على جواز بيع الوقف فى القسم الأول من الصورة السابعه تبعاً للشيخ الأعظم حيث صرح بجواز بيعه وقال: «القسم الأول من الصورة السابعه الذى جوّزنا فيه البيع»<sup>(٢)</sup>. والله سبحانه هو العالم.

## القسم الثانى من الصورة السابعه

### إشارة

وهو إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه تقليل المنفعة ونقصها لا سقوط العين من المنفعة رأساً.

ذهب الشيخ الأعظم قدس سره فى هذا القسم إلى عدم جواز البيع واستدل بالأدلة التالية:

### ١\_ عموم قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقوف

قال الشيخ الأعظم: «وأما المنع... فلعموم قوله عليه السلام: لا- يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك»<sup>(٣)</sup>، فإن ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة وعدمه \_ الموجب لحمل فعل البائع على الصحة \_ يدل على أنّ الوقف مادام له غلّه لا يجوز بيعه»<sup>(٤)</sup>.

مراده: أنّ الإمام عليه السلام لم يستفصل من السائل عن كونه عالماً بأنّ البائع أقدم على بيعها مع حصول المجوز للبيع أو عدمه، ومقتضى ترك الاستفصال تاميه الإطلاق فى النهى عن شراء الوقف مادام له غلّه ينتفع الموقوف عليهم بها.

نقده: ليس مورد صحيحه ابن راشد «مورد الاستفصال والسؤال والجواب لأنّ على ظاهر الزوايه، علّم وضع الحال على المشتري والإمام عليه السلام فليس هذا، محتمل الوجهين حتّى يقال: بأنّ الإمام عليه السلام ترك الاستفصال...»

[وظهر من جملة] «لا أعرف لها ربّاً» فعلم من هذا أنّ البائع، لم يكن الموقوف

ص: ٣٧١

١- (١٤٦٦) تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٤/ (٤٩٣-٤٩١).

٢- (١٤٦٧) المكاسب ٤/٩٥.

٣- (١٤٦٨) وسائل الشيعة ١٩/١٨٥، ح ١، صحيحه أبى على ابن راشد.

٤- (١٤٦٩) المكاسب ٤/٩٢.

عليهم بل كان شخصاً ثالثاً ومسأله الاختلاف أنّما هو بين الموقوف عليهم فعليه، ليس هذا مورد ترك الاستفصال بين كون العلم باختلاف الموقوف عليهم أو الشك فيه؟ [أو هل يؤدي إلى تقليل المنفعة أم لا؟]

بالجملة: يُعلم من هذه الرواية أنّ هذا، ملكٌ غصبِيٌّ والباثع غير الموقوف عليهم فليس مورداً لاستفصال الإمام والسؤال عن السائل بأن الموقوف عليهم الذين باعوا عليك هل كان بينهم اختلاف أم لا؟ [أو هل يؤدي إلى تقليل المنفعة أم لا؟]

تأييد للشيخ الأعظم

يمكن تأييد مقاله الشيخ الأعظم بما ذكره السيّد اليزدي إلى عدم جريان أصاله الصحه في بيع الوقف وقال: «إذا باع الموقوف عليه أو الناظر العين الموقوفة ولم يعلم أنّ بيعه كان مع وجود المسوّغ أو لا، فالظاهر عدم جريان قاعده الحمل على الصحه...»(1).

والوجه: في عدم جريان أصاله الصحه في بيع الوقف بخلاف نظائره من بيع الوكيل والوصى والولى، أنّ أيادهم كانت مستقلة لأنهم متصرفون في الملك مستقلاً وقول المتصرف معتبرٌ «بخلاف يد المتولّى على الوقف حيث أنّ يده، يدٌ فرعيّة بل تثبيت يد المتولّى أنّ هذا الملك، كان وقفاً ومن حكم الوقف أنّه لا يجوز بيعه إلاّ بمجوّزٍ ولم يجعل المتولّى لأجل البيع بل لأجل حفظ الوقف والتعمير وتقاسم الوجوه وغير ذلك.

بالجملة، اليد في الوقف بمعنى اثبات الوقفية ومن حكم الوقف عدم جواز بيعه إلاّ بمجوّزٍ واليد، لا تثبت كون بيعها جازياً له لأن يد المتصرّف مبنية على حفظ الوقف لا على إتلاف الوقف والنقل والانتقال بخلاف الولي والوكيل والوصي.

ولذا صرح السيّد(2) رحمه الله أنّ: يد المتولّى كيد الودعيّ في الحفظ وكانت يده، يد استيمانٍ فكما أنّ دعوى الودعيّ في إجازة البيع في مورد الوديعه يحتاج إلى دليلٍ فكذلك في الوقف.

ص: ٣٧٢

١- (١٤٧٠) العروه الوثقى ٦/٤٠٠، مسأله ٦٣.

٢- (١٤٧١) العروه الوثقى ٦/٤٠١.

ثم ذكر السيد (١) رحمه الله في ذيل هذه المسألة، مسألة: لا تخلو بينهما عن تهافتٍ وهي أنّ احداً كان متصرفاً للملك ثم بان أنّ هذا الملك، كان وقفاً قبل خمسين عاماً ووقع البيع على هذا الملك الموقوف.

صرّح السيد رحمه الله بأنّ هذا، ملك المتصرف لتعارض اليد الفعلية واستصحاب الحال في ما مضى والمعلوم في أشباهه ونظائره أنّ اليد الفعلية في الملكيه، مقدّمة على استصحاب الحال القبليّ.

نعم: لو اقرّ ذو اليد، ينقلب المنكر ويكون مدّعياً فلا تقدّم اليد على الاستصحاب» (٢).

تأييد التأييد: نعم، «كل معاملة كانت مقسماً للحلال والحرام أو مقسماً للصحيح والفساد وكان قسمٌ منه فاسداً وقسمٌ منه صحيحاً لو دار الأمر بينه وبين الصحيح والفساد، يحمل على الصحيح وأما المعاملة التي كانت محرّمة وباطلة لو خلّي وطبعها فلا يجوز الحمل على الصحيح كما إذا شرب أحدٌ مايعا ونحن شككنا في أنّ هذا المايح هل هو خمّرٌ أو فقّاعٌ محرّمٌ أم لا؟ يحمل فعله على الصحيح وأما إذا علمنا أنّه شرب الخمر ولكن نحمل ان يكون المورد من موارد جواز شرب الخمر كما إذا كان مريضاً وكان في معرض التلف وعلاجه ينحصر في شراب الخمر فلا- يحمل فعله على الصحيح كما إذا علمنا أنّ احداً زنى مع ذات البعل أو غير ذات البعل ولكن ادعى الزانى أنّي كنت مجبوراً مكرهاً على الزنا فلا يحمل فعله على الصحيح وهو يضرّ في عدالته.

وبيع الوقف أيضاً من هذا القبيل لامتداد بيع الوقف، لا- يجوز لو خلّي وطبعه والمجوز لبيعه ليس على نحو ينقسم على الفاسد والصحيح بل أستثنى منه موارد.

فالحمل على الحليّة كما في قوله عليه السلام: «كلّ شيء لك حلال» والأشياء كلّها على هذا حتّى تستبين لك غيره أو تقوم به البيّنة، أمّا هو في الكليات [لا (٣)] التي كانت طبعها

ص: ٣٧٣

١- (١٤٧٢) العروه الوثقى ٦/٤٠١، مسألة ٦٤.

٢- (١٤٧٣) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/٤٩٩.

٣- (١٤٧٤) زياده يقتضيها السياق.

الأولى، الحرمة وأسئلتها منها الصورة النادرة والدليل على ذلك أن أصله الصّححه من الاصول العقلائيّه وبناء العقلاء كان دليلاً  
ليّا ويجب الاقتصار في الدليل اللبّي على القدر المتيقّن.

ولذا لم يثبت ولم يحرز هذا الأصل في شيء من ذلك الوقف وشرب الخمر والزّنا وغيرها لو لم يثبت العدم»(١).

نعم يمكن أن يناقش على السيد اليزدي بوجود التهافت بين المسألتين كما مرّ.

والحاصل: ناقشنا استدلال الشيخ الأ-عظم بعموم قوله عليه السلام: «لا- يجوز شراء الوقوف» لعدم جواز البيع ولكن في طي  
استدلاله مقال تام لا بدّ من قبوله وهو عدم جريان أصله الصّححه في بيع الوقف والله سبحانه هو العالم.

## ٢\_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها

٢\_ عموم قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها(٢)

بتقريب: الواقف يحبس ماله مؤبدا ولم يتعرّض لصوره تقليل منفعة العين ونقصها، فالعين تكون وقفا على حسب ما يوقفها أهلها  
ولا يجوز بيعها.

ردّه: ذهب الشيخ الأ-عظم هنا(٣) إلى دلالة «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» على منع البيع في هذا القسم من  
الصورة السابعة، ولكن منع في الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف دلالة على المنع «لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيه  
المرسومه في إنشاء الوقف وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد، للاتفاق على أنّه  
لا فرق بين ذكره فيه وتركه»(٤).

ومراد هناك أنّه يدلّ على مراعاة كفيته وقف الواقف من الشرائط والخصوصيات والقيود ولا يدلّ على عدم جواز بيع الوقف  
لأنّ عدم جواز البيع لا يدخل في مفهوم الوقف وشرائطه وخصوصياته وقيوده، فهو خارج عن مدلول قوله عليه السلام : «الوقف  
تكون على

ص: ٣٧٤

١- (١٤٧٥) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/٤٩٧.

٢- (١٤٧٦) وسائل الشيعه ١٩/١٧٥، ح ١، صحيحه الصفار.

٣- (١٤٧٧) المكاسب ٤/٩٢.

٤- (١٤٧٨) المكاسب ٤/٦١.

حسب ما يوقفها أهلها». وكان هذا تهافت في كلامه قدس سره .

### ٣\_ عموم قوله عليه السلام : صدقه لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث

٣\_ عموم قوله عليه السلام : صدقه لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض (١).

بتقريب: أنّ أمير المؤمنين عليه السلام ذكر في وقف داره في المدينة في بنى زريق هذه الجملة وأخذها في صيغته وقفه عليه السلام ، ويستفاد من عموم هذه الجملة أنّ الوقف وجب أن يبقى حتى يرثه وارث السموات والأرض فلا يجوز بيعه في هذا القسم من الصورة السابعة.

ويرد عليه: قد عرفت (٢) وجود التهافت في كلام الشيخ الأعظم (٣) ذيل هذه الصحيحه في الأدله المانعه عن جواز بيع الوقف ولكن تمسك بها هنا (٤) للمنع من البيع في القسم الثاني من الصورة السابعة. هذا أولاً.

وثانيا: هذه الجملة المذكوره في صيغته وقف أمير المؤمنين عليه السلام ولا تدلّ على أنّ كلّ وقف كان له هذا الحكم.

وثالثا: لم يرد في الصحيحه كلمه «يترك» الوارده في كلام الشيخ الأعظم (٥) المستدلّ بها، اللهم إلا أن يقال أنّه قدس سره نقلها بالمعنى لا باللفظ كما هو الظاهر.

ورابعا: الجواب من عموم هذه الصحيحه هو ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره عن عموم قوله عليه السلام : «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» في الصورة الاولى من أنّ عدم جواز البيع لا يدخل في مفهوم الوقف، «وإن ذكر في متن العقد، للإتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه وتركه» (٦).

ص: ٣٧٥

١- (١٤٧٩) وسائل الشيعة ١٩/١٨٧، ح ٤، صحيحه ربعي بن عبد الله.

٢- (١٤٨٠) راجع هذا المجلد صفحه ٢١٥.

٣- (١٤٨١) راجع المكاسب ٤/٣٤.

٤- (١٤٨٢) المكاسب ٤/٩٢.

٥- (١٤٨٣) المكاسب ٤/٩٢.

٦- (١٤٨٤) المكاسب ٤/٦١.

(١)

بتقريب: أنّ استصحاب عدم جواز بيع الوقف يجرى فى هذا القسم الثانى إذا شككنا جواز بيعه، حيث أنه قبل طروقه المنفعة لا يجوز بيع عين الموقوفه وبعدها نشك فى جواز البيع فنستصحب عدم جواز بيعها.

ومن المعلوم أنّ جريان الاستصحاب هنا مبنى على جريانه فى الشبهات الحكميه كما يجرى فى الشبهات الموضوعيه، وإن منعه بعض.

وقد وجه هذا الاستصحاب بتوجيهات ثلاثه (٢) قد اغمضنا عن ذكرها لما يلى من الردّ عليه.

ويرد عليه: مع الشك فى أنّ الأدله المانعه من جواز بيع الوقف هل يجرى فى هذا القسم من الصوره السابعه أم لا، لا يصل النوبه إلى جريان استصحاب عدم المنع، بل يجرى العمومات الوارده فى المعاملات نحو قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وقوله عزّ وجلّ: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، لأنّ مع فرض عدم دخول المنع من البيع فى الوقف كما عليه الشيخ الأعظم (٣) — كما مرّ — أو الشك فيه، تصل النوبه إلى جريان العمومات من غير رادع، ومع جريانها لا تصل النوبه إلى استصحاب عدم جواز بيع الوقف.

## تَوَهُّمٌ وَدَفْعُهُ

«ولا يتوهم أنّ هذا، يدخل فى المسأله المعروفه وهى ما إذا خصّص عامٌّ بمُخصّص فى زمانٍ هل يرجع بعد انقضاء هذا الزّمان إلى استصحاب هذا المُخصّص أو يرجع إلى عموم العامّ؟ فقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عامٌّ خرج عنه خيار الغبن أو خيار العيب فى الآدن الأوّل ويُشك فى بقاء الخيار فى الآن الثّانى، بناءً على أنّ الخيار هل هو فورىٌّ أو مستمرٌّ؟ قال بعض: القدر المتيقّن من الخيار، الآن الأوّل وفى الآن الثّانى يرجع إلى عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ولكن الشيخ الأعظم، لم يقبل إطلاق هذا وأسس

ص: ٣٧٤

١- (١٤٨٥) المكاسب ٤/٩٣.

٢- (١٤٨٦) راجع إن شئت العقد النضيد ٥/ (٦٦-٧٢).

٣- (١٤٨٧) المكاسب ٤/٦١.

قاعدةً على هذا، في تنبيهات الاستصحاب(١) [و موضوع الكلام فيه: ما إذا ورد عام مطلق من حيث الزمان، بأن دلّ على استمرار الحكم في جميع الأزمنة إلى الأبد، ثم خصص ببعض أفراده في زمان معين، وشكك بعد انقضاء زمان الخاص في حكم الفرد الخاص في أنه محكوم بحكم الخاص أم لا؟ فهل يستصحب حكم الخاص أو يتمسك بالعموم؟

وقد حكم الشيخ قدس سره بالتفصيل بين ما إذا لوحظ الزمان في العام أفراداً وحصصاً متعددة، بحيث يكون كل فرد من أفراد العام محكوماً بأحكام متعددة بتعدد آتات الزمان وقطعه. وبين ما إذا لوحظ الزمان قطعه واحده لإستمرار الحكم، ولا عموم إلاّ بلحاظ الأفراد دون الأزمان. فقال بجريان الاستصحاب في نفسه في الثاني وعدم كونه مورداً لأصالة العموم. بخلاف الأول، فانه مورد لأصالة العموم دون الاستصحاب(٢).

ولعلّ مقصودُ الشيخ الأعظم رحمه الله هذا المطلب بان يكون عامٌّ مثل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، خرج منه بيع الوقف في زمانٍ حيث قال عليه السلام: «لا يجوزُ شِراءُ الوقف» فكان ذلك تخصيصاً في قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فإذا شكَّ في الزمان حين عروض [قله المنفعة] فالمورد، موردُ الرجوع إلى استصحاب حكم المُخصَّصِ فليس موردُ الرجوع إلى حكم العامِّ.

بالجملة، قد يتوهم أنّ استصحاب الشيخ الأعظم في عدم جواز بيع الوقف، مبنئٌ على التحقيق الذي ذكره رحمه الله في الفرائد(٣) من كون الزمان إن كان مُكثراً أو قيدا، يرجع إلى عموم العامِّ في صورته الشكِّ وإن كان ظرفاً فيرجع إلى إطلاق المُخصَّصِ.

ولكنّه مدفوعٌ بأنّ هذا، شكٌّ في أصل التخصيص، لا شكٌّ في دوام التخصيص وذلك لأنّ قوله عليه السلام: «لا يجوزُ شِراءُ الوقف»، ليس تخصيصاً في عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل مؤيِّدٌ له إذ الوقف عقدٌ من العقود وقد شرط فيه: «ان لا يباع و...» فليس عدم جواز بيع

ص: ٣٧٧

١- (١٤٨٨) فرائد الاصول ٣/٢٧٤.

٢- (١٤٨٩) منتقى الاصول ٦/٣٠٣.

٣- (١٤٩٠) فرائد الاصول ٣/٢٧٤.

الوقف، تخصيصٌ في عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل مُؤَيَّدٌ له لأنَّ قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أيضا يدلُّ على عدم الجواز، إذ الوقفُ حبسٌ أبديٌّ «فَأَوْفِ» بهذا العقد الذي كان حبسا مؤبداً، لا ينافي الحبس.

فقوله عليه السلام: «لا- يجوز شراء الوقف» ليس تخصيصاً في «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حتَّى يقال: أنَّ حاله عروض الاختلاف بين الموقوف عليهم، شكٌّ في استمرار التخصيص»(١) [ويجوز الرجوع فيه إلى الاستصحاب].

### القول المختار في القسم الثاني من الصورة السابعة

أقول: بعد ما مرَّ ممَّا في القسم الأوَّل من الصورة السابعة من جواز بيع الوقف، لأنَّ نظر الواقف في الوقف إلى استمرار المنفعة وجريانها ودرّها لا إلى بقاء العين ولو لم تكن لها منفعة، وعلى هذا الأساس إذا كان بقاء العين مؤدياً إلى تقليل المنفعة ونقصها بحيث هذه المنفعة القليلة لا تعدّ منفعة هذه العين عرفاً فيأتي الدليل السابق ونحكم بجواز البيع حينئذٍ.

وأما إذا كان بقاء العين يؤدي إلى قلة المنفعة بحيث هذه المنفعة تعدّ منفعة هذه العين في العرف وأهله يعدّونها منفعة العين ولكن المنفعة قد تقلّ وقد تكثر، فالمنفعة جارية مستمرة فلا يجوز بيع العين الموقوفه.

فالجواز يدور مدار جريان المنفعة واستمرارها عرفاً لا عقلاً، بحيث لا يحكم العرف بتضييع المال الوقف والله سبحانه هو العالم. وسيأتي آنفاً(٢) الاستدلال بصحيحة علي بن مهزيار(٣) للحكم بالجواز في هذا القسم فانتظر.

### صور الثامنة والتاسعة والعاشره

#### الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلافٌ لا يؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم يعلم أو يظنّ بذلك.

ص: ٣٧٨

١- (١٤٩١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٤/٥٠٦ و ٥٠٧.

٢- (١٤٩٢) راجع صفحه ٣٨٢ من هذا المجلد.

٣- (١٤٩٣) وسائل الشيعة ١٩/١٨٨، ح ٦.



فإنّ الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك، خصوصاً من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

### الصورة التاسعة: أن يؤدى الاختلاف

الصورة التاسعة: أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضررٍ عظيم من غير تقييد بتلف المال، فضلاً عن خصوص الوقف.

### الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح

#### إشاره

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس»(١).

وفى الواقع هذه الصور الثلاثُ ترجع إلى صورته واحده وهى اختلاف الموقوف عليهم فى مال الوقف بحيث يؤدى إلى الضرر وقد خرجت الصور الثلاث من بيان كيفية الضرر وتحديده أو التعبير عنه إذ قد ينتهى الضررُ إلى حدّ تلف المال أو النفس \_ وهى الصورة الثامنة \_ وقد ينتهى إلى ضرر عظيم \_ وهى الصورة التاسعة \_ وقد ينتهى إلى حدّ يستباح به النفوس \_ وهى الصورة العاشرة \_ ، والحكم بالجواز فى الصور الثلاث هو فتوى المشهور.

قال السيّد العاملى رحمه الله : «ومّمّا جوّز فيه بيعه عند خوف خرابه لُخلف بين أربابه الشرائع(٢) فى موضع منها والكتاب [القواعد(٣)] والتحرير(٤) والإرشاد(٥).

ومّمّا جوّز فيه إذا أدى بقاؤه إلى خرابه التحرير(٦) وقد قيد فى التلخيص(٧) كالكتاب [القواعد] لُخلف بين أربابه. وقال فى اللمعة: إذا أدى إلى خرابه لُخلف بين أربابه فالمشهور الجواز(٨). فليحظ هذا فإنّ المصرّح بذلك قبله إنّما المصنّف، فليكن معناه إذا

ص: ٣٧٩

١- (١٤٩٤) المكاسب ٤/٨٨ و ٨٩.

٢- (١٤٩٥) شرائع الإسلام: فى لواحق الوقف ٢/٢٢٠.

٣- (١٤٩٦) قواعد الأحكام ٢/٣٩٥.

٤- (١٤٩٧) تحرير الأحكام الشرعيه: فى أحكام الوقف ٣/٣١٦.

٥- (١٤٩٨) إرشاد الأذهان: فى أحكام الوقف ١/٤٥٥.

٦- (١٤٩٩) تحرير الأحكام الشرعيه: فى عقد البيع ٢/٢٧٩.

٧- (١٥٠٠) تلخيص المرام: فى الوقف ١٥٢/.



خيف خرابه لُخلف أربابه فيرجع إلى ما قبله، وقد زيد في الكتاب (١) والتهذيب (٢) والاستبصار (٣) والشرائع (٤) كون البيع أعود. ونحو ذلك ما في موضع من المفاتيح (٥). وفي التنقيح إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا تنتفع به أصلاً جاز بيعه (٦).

وقد يكون قضيه ما في الشرائع (٧) حيث استشكل فيما إذا لم يقع خلف ولا خشي خراب بل كان البيع أعود ثم اختار المنع، أنه يجوز بيعه عند أحدهما. وقد جَوَّز في المبسوط بيعه إذا وقع خُلف بين أربابه (٨) وفي فقه الراوندى إذا خيف وقوع خلاف بينهم (٩) وفي الإرشاد لا- يجوز بيعه إلا- أن يخرب أو يؤدَّى إلى الخُلف بين أربابه (١٠) وظاهر الأردبيلي الموافقه على ذلك (١١) وتردّد في النافع فيما إذا وقع خُلف مؤدِّ إلى الفساد (١٢) وجَوَّز بيعه في المسالك (١٣) والروضه (١٤) والكفايه (١٥) والمفاتيح (١٦) إذا وقع

ص: ٣٨٠

١- (١٥٠٢) قواعد الأحكام: في شرائط العوضين ٢/٢٣.

٢- (١٥٠٣) تهذيب الأحكام: ٩/١٣١، ذيل ح ٥٥٧، باب ٣ في الوقوف والصدقات.

٣- (١٥٠٤) الاستبصار ٤/٩٩، ح ٣٨١، باب ٦١ في الوقف.

٤- (١٥٠٥) شرائع الإسلام: في عقد البيع وشروطه ٢/١٧.

٥- (١٥٠٦) مفاتيح الشرائع: في اشتراط المملوكيه وتاممها في العوضين ٣/٥٢.

٦- (١٥٠٧) التنقيح الرائع: في الوقف ٢/٣٣٠.

٧- (١٥٠٨) شرائع الإسلام: في لواحق الوقف ٢/٢٢٠.

٨- (١٥٠٩) المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/٣٠٠.

٩- (١٥١٠) فقه القرآن: في الوقف وأحكامه ٢/٢٩٣.

١٠- (١٥١١) إرشاد الأذهان: المتأجر في العوضين ١/٣٦١.

١١- (١٥١٢) مجمع الفوائد والبرهان: المتأجر في العوضين ٨/ (١٦٩-١٦٨).

١٢- (١٥١٣) المختصر النافع: في الوقف ١٥٨/.

١٣- (١٥١٤) مسالك الأفهام: في شروط المبيع ٣/١٦٩ وفي أحكام الوقف ٥/٣٩٨.

١٤- (١٥١٥) الروضه البهيه: في شرائط المبيع ٣/٢٥٥.

١٥- (١٥١٦) كفايه الأحكام: في أحكام الوقف ولواحقه ٢/٢٠.

١٦- (١٥١٧) مفاتيح الشرائع: في اشتراط المملوكيه وتاممها في العوضين ٣/٥٢ وفي انتقال الموقوف عن الواقف وعدمه ٢/١٢.

خُلف شديد. قال في الروضة: وقد علَّله عليه السلام بأنَّه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس. وظهره أنَّ خوف الأداء إليهما ليس بشرط كما فهمه المشهور. (١).

ومِمَّا جَوَّز فيه بيعه إذا خيف وقوع فتنه وخُلف بين أربابه يحصل باعتبارهما فساد النهاية (٢) والمهذَّب (٣) وفقه الراوندى (٤) والتذكرة (٥) والتحرير (٦) والمختلف (٧) والدروس (٨) وغايه المراد (٩) وجامع المقاصد (١٠) وإيضاح النافع للقطفى وتعليقه على الشرائع لكنَّ القاضى فى المهذَّب ذكر ذلك فى المنقطع والراوندى لم يعتبر الفساد.

وليعلم أنَّه فى الدروس نسب قول ابن إدريس بالمنع إلى الندره (١١)، فظاهره أنَّ الجواز فى الجملة مجمع عليه. وفى جامع الشرائع (١٢) وتعليق الإرشاد (١٣) أنَّه يجوز بيعه إذا كان فساد يجتاح فيه الأنفس. وهذا كلُّه قد يوافق ما قبله. ويرشد إلى ذلك ما حكيناه عن اللمعه من حكاية الشهره كما سمعت (١٤).

ص: ٣٨١

- ١- (١٥١٨) الروضة البهيه: فى شرائط المبيع ٣/٢٥٥.
- ٢- (١٥١٩) النهايه: فى الوقوف والصدقات / (٦٠٠-٥٥٩).
- ٣- (١٥٢٠) المهذَّب: فى الوقف ٢/٩٢.
- ٤- (١٥٢١) فقه القرآن: فى الوقف وأحكامه ٢/٢٩٣.
- ٥- (١٥٢٢) تذكرة الفقهاء ٢٠/٢٤٩، مسأله ١٤٧.
- ٦- (١٥٢٣) تحرير الأحكام: فى عقد البيع ٢/٢٧٩.
- ٧- (١٥٢٤) مختلف الشيعه: فى الوقف ٦/٢٨٨.
- ٨- (١٥٢٥) الدروس الشرعيه: فى بيع الوقف ٢/٢٧٩.
- ٩- (١٥٢٦) غايه المراد: فى شرائط العوضين ٢/ (٣٠-٢٣).
- ١٠- (١٥٢٧) جامع المقاصد: فى أحكام الوقف ٩/٧٠.
- ١١- (١٥٢٨) الدروس الشرعيه: فى بيع الوقف ٢/٢٧٩.
- ١٢- (١٥٢٩) الجامع للشرائع: فى الوقف ٣٧٢/.
- ١٣- (١٥٣٠) حاشيه الإرشاد (حياه المحقق الكركى وآثاره: ٩/٣٣٩).
- ١٤- (١٥٣١) مفتاح الكرامه ٢١/ (٦٨٧-٦٨٥).

والمستند في الجواز صحيحه على بن مهزيار قال: كتبتُ إلى أبي جعفر عليه السلام: أن فلانا ابتاع ضيعه، فوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض، أو يقومها على نفسه بما اشتراها به، أو يدعها موقوفه؟

فكتب عليه السلام إليّ: أعلم فلانا أنّي أمره ببيع حقّي من الضّيعه، وإيصال ثمن ذلك إليّ، وإنّ ذلك رأيي إن شاء الله، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له.

وكتبت إليه: أنّ الرّجل ذكر أنّ بين من وقف بقيه هذه الضّيعه عليهم اختلافًا شديدًا، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإنّ كان ترى أنّ يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كلّ إنسانٍ منهم ما كان وقف له من ذلك، أمرته.

فكتب بخطّه إليّ: وأعلمه أنّ رأيي له \_ إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف \_ أنّ يبيع الوقف أمثل؛ فإنّه ربّما جاء في الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنّفوس. (١)

### عود إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحه للحكم بالجواز في القسم الثاني من الصورة السابعه

استدلّ الشيخ الأعظم للجواز في هذا القسم بعد تصرفات ثلاثه في الصحيحه حتّى تم الاستدلال بها وهي:

١ \_ أنّ قوله عليه السلام: «فإنّه ربما جاء في الاختلاف ما فيه من تلف الأموال والنّفوس»، «تعليل لجواز البيع في صوره الاختلاف» (٢) والعله تعمّم وتخصّص وهي هنا معرضيه الوقف للخراب.

٢ \_ «المراد بالمال هو الوقف» (٣) يعني الأموال الموقوفه.

٣ \_ «ضمّ النّفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناط

ص: ٣٨٢

١- (١٥٣٢) الكافي ١٣/٤١٢، ح ٣٠ (٧/٣٦)؛ وسائل الشيعه ١٩/١٨٧ و ١٨٨، ح ٥ و ٦.

٢- (١٥٣٣) المكاسب ٤/٩٤.

٣- (١٥٣٤) المكاسب ٤/٩٤.

فى الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى»(١).

واستفاد من هذه التصرفات الثلاثة: «فيكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه»(٢).

### ثم ناقش فى هذا المقال بثلاثة إشكالات:

#### إشارة

الأول: «أن المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علما أو ظنًا، لا- مجرد كونه ربما يؤدى إليه \_ المجمع للاحتمال المساوى أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظه «ربما» كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعماله \_ ولا أظن أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب؛ لأن كلمات من عبّر بهذا العنوان \_ كما عرفت \_ بين قولهم: «أدى بقاءه إلى خرابه»، وبين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه»(٣).

الثانى: «الخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم \_ مثل قولهم: «يجب الإفطار والتمم مع خوف الضرر»، و«ويحرم السفر مع خوف الهلاك» \_ لا يتحقق إلا بعد قيام أماره الخوف»(٤).

الثالث: «أن مناط الجواز \_ على ما ذكر \_ تلف الوقف رأسًا، وهو القسم الأول من الصوره السابعه الذى جؤزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذى لا- يصدق معه التلف. مع أنه لا- وجه \_ بناءً على عموم التعليل \_ للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف»(٥).

### جواب اشكالات الشيخ الأعظم

يمكن أن يجاب عن الاشكال الأول: «أن كلمه «ربما» فى كلمات العرب، ليست بمعنى التشكيك وابداع الاحتمال كما ان «ربما» الواردة فى قوله تعالى: «رُبَمَا يَوَدُّ

ص: ٣٨٣

١- (١٥٣٥) المكاسب ٤/٩٤.

٢- (١٥٣٦) المكاسب ٤/٩٤.

٣- (١٥٣٧) المكاسب ٤/٩٤.

٤- (١٥٣٨) المكاسب ٤/٩٥.

٥- (١٥٣٩) المكاسب ٤/٩٥.

الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ كَانُوا مُسْلِمِينَ» (١) ليس بمعنى المشكوك بل المراد منه، اليقين خصوصا في الموارد التي كانت فيها، المظنه فتفيد «ربما» الظن وذلك مثل المقام حيث فرض في الروايه، ظُنُّ الاختلاف حيث وردت فيها عبارته: «وأنه ليس يأمن أن يتفاهم (٢) ذلك بينهم بعده» (٣) (٤).

وعن الإشكال الثاني: لا- يلزم في تحقق الخوف قيام أمارته \_ أي الظن وهو الاحتمال الراجح \_ بل يكفي الشك والاحتمال العقلاني في صدق الخوف كما صرح به صاحب العروه (٥).

نعم، قد لا يصدق الخوف من دون الظن، كما قد يصدق الخوف من دون الظن أيضا.

وعن الإشكال الثالث: ظهر ممّا ذكرنا في القسم الأول من الصورة السابعه من أنّ المدار في الوقف جريان منفعه فإذا خيف عقلايا تقليل المنفعه بل سقوطها عرفا يصدق تلف الوقف فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم: «فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف» (٦).

وأما عموم التعليل فجارٍ ولكن في الأموال الموقوفه فقط لا في غيرها فلا يتم مقالته قدس سره: «... بل كلما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف» (٧).

ص: ٣٨٤

- ١- (١٥٤٠) سورة الحجر ٢/.
- ٢- (١٥٤١) تفاهم الأمر، أي عظم.
- ٣- (١٥٤٢) وسائل الشيعه ١٩/١٨٨، ح ٦.
- ٤- (١٥٤٣) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ١٤/٥١٢.
- ٥- (١٥٤٤) راجع العروه الوثقى ٢/١٧٠؛ طبعه جماعه المدرسين \_ فصل في التيمم \_ الثالث: الخوف من استعماله على نفسه أو عضو من أعضائه... ويكفي الظن بالمذكورات أو الاحتمال الموجب للخوف سواء حصل له من نفسه أو قول طيب أو غيره...».
- ٦- (١٥٤٥) المكاسب ٤/٩٥.
- ٧- (١٥٤٦) المكاسب ٤/٩٥.

وبما ذكرنا ظهر تماميه الاستدلال بالصحيحه للحكم بالجواز فى القسم الثانى من الصوره السابعه فتأمل.

## كيفية الاستدلال للصور الثلاث بالصحيحه

### تقريب الاستدلال للصوره الثامنه بها

#### اشاره

وأما تقريب الاستدلال للصوره الثامنه بها: فمبنى على العدول عن التعليل \_ بالمعنى السابق \_ بالتخصيص والحكم بأن مطلق الاختلاف بين الموقوف عليهم يوجب جواز بيع العين الموقوفه ولكن حيث علله الإمام عليه السلام بقوله: «فإنه ربما جاء فى الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنفوس»، مطلق الاختلاف تخصيص بتلف المال والنفوس على نحو كفايه الاكتفاء بأحدهما من تلف المال أو النفس.

وبعبارة أخرى: جواب الإمام عليه السلام متضمن لفقرتين:

«إحدهما: تجويز البيع عند ظهور الخلف والمنازعه بين الموقوف عليهم، وكونه خيرا من إبقاء الوقف على حاله. ومقتضى الإطلاق جواز البيع بمجرد العلم بالاختلاف، سواء خيف من بقاءه تلف المال وإراقه الدماء أم لا.

ثانيتها: تعليل الحكم بقوله عليه السلام: «فإنه ربما» وظاهره موضوعيه إختلافٍ خاصٍّ لجواز البيع، وهو النزاع الذى لا يؤمن معه من ضياع الأموال وهلاك النفوس.

ومقتضى تقديم ظهور العله على المعلول تقييد الإختلاف المجوز للبيع بما إذا خيف من بقاء الوقف تلف المال والنفوس، وبهذا يتم الحكم فى الصوره الثامنه»(١).

### اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال

اعتراض الشيخ الأعظم (٢) قدس سره على هذا التقريب بما توضيحه: «تقديم العله على المعلول كما يوجب تقييد الإختلاف بما خيف منه تلف المال والنفوس، كذلك يقتضى رفع اليد عن خصوصيه الإختلاف، وتعميم جواز البيع لما إذا لم يكن خلف بين أرباب الوقف، ولكن علم إفضاء بقاءه إلى تلفها من جهه أخرى، وتوقف سد الفتنة على بيع الوقف، فإن

ص: ٣٨٥

١- (١٥٤٧) هدى الطالب ٧/١٦٧.

٢- (١٥٤٨) المكاسب ٤/٩٥، السطر الأخير.



العلّه كما تخصّص تعمّم. ومن المعلوم عدم إلتزام أحدٍ بجواز بيع الوقف مقدّمه لعلاج مفسده أخرى أجنبيّه عنه. وهذا المحذور يُوهن العمل بظاهر [الصحيحه]، وتسقط حينئذٍ عن الدلاله على حكم الصورة الثامنه.

فإن قلت: يمكن الأخذ بموضوعيه مطلق الإختلاف لجواز البيع، وعدم تقييده بقوله عليه السلام: «فإنه ربما» وذلك لورود مثله فى الأخبار مما يكون علّه للحكم تارةً، وحكمه أخرى، ومن المعلوم أن ما يصلح للتقييد هو العلّه لا الحكمه.

[كما] قال المحقّق الشوشترى قدس سره: «وأما التعليل فبناؤه على الشكف عن الحكمه فى جواز البيع، والغرض منه كون الإختلاف عُرضهً لذلك المحذور، لا- أنّ أداءه إليه شرط لجواز البيع. وبذلك نصّ الشهيدان، وهو ظاهر الكفايه والمفاتيح، ويشهد له التعليل ب- «ربما»<sup>(١)</sup>.

وعليه فلا مانع من الأخذ بموضوعيه الإختلاف، وعدم تعميم الحكم لما إذا لم يكن منشأ التلف منازعه أرباب الوقف.

قلت: إن حمل «ربما» على الحكمه وإسقاطه عن العليه - ليبقى عموم الإختلاف على حاله - يوجب عدم صلاحيته لتقييد الجواز بخوف تلف المال أو النفس، فإنّ الحكمه كما لا تعمّم لا تخصّص، مع أن مفروض الصورة الثامنه هو الجواز لو أدّى بقاء الوقف إلى التلف لا مطلقاً.

والحاصل: إن كانت جملة «فإنه ربما» علّه لزم تعميم الجواز لغير موارد الإختلاف، ولا سبيل للقول به.

وإن كانت حكمه لزم تعميم الجواز لما إذا لم يؤدّ البقاء إلى التلف، وهو غير الصورة الثامنه<sup>(٢)</sup>.

**وأما تقريب الاستدلال للصورة التاسعه بالصحيحه: فمبنى على حصول ضرر**

ص: ٣٨٦

١- (١٥٤٩) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ٥٩/.

٢- (١٥٥٠) هدى الطالب ٧/١٦٨.

عظيم أى ضرر معتدبه يصدق عليه تلف الأموال وتلف النفوس وغيرهما فكل واحد منها ضرر عظيم وكاف فى جواز البيع.

وبعبارة أخرى: مقتضى العليّه فى قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء فى الاختلاف ما فيه تلف الأموال والنفوس»، هى وصول الاختلاف إلى حد الضرر العظيم من دون تقييده بتلف المال أو النفس نحو تلف العرض وهذه هى الصورة التاسعه.

ويناقش على هذا التقريب: أولاً: مقتضى العليّه فى كلام الإمام عليه السلام هو جواز البيع لكل فتنه وإن لم يرتبط بالوقف وهو مما لا يلتزم به أحد.

وثانياً: حمل «تلف المال والنفوس» فى كلام الإمام عليه السلام على المثال لمطلق الضرر العظيم ممنوع، لأن الحمل متوقف على القطع بعدم خصوصيتهما، ودون اثبات هذا القطع خرط القتاد.

### وأما تقريب الاستدلال بالصحيحه للصوره العاشره:

#### إشاره

فمبنى على اعتبار تلف النفوس فقط لأن تلف النفوس يلازم تلف الأموال غالباً، فذكر تلف الأموال مبنى على الغالب ولا اعتبار بالقييد الغالبى فالمجوز للبيع هو خصوص تلف النفوس واستباحتها وهذه هى الصورة العاشره.

### اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب

اعتراض الشيخ الأعظم (١) عليه بإشكالين:

الأول: مقتضى العليّه التعدى من «تلف الأموال والنفوس» إلى مطلق احتمال وقوع الفتنه بين الموقوف عليهم، وغيرهم مع أنه لا يمكن الالتزام بهذا الإطلاق.

الثانى: ظاهر الصحيحه لاسيما بملاحظه لفظه «ربما» كفايه مجرد الاحتمال فى استباحه النفوس ولكن ظاهر المشهور أخذ العلم أو الظن فى استباحه النفوس لجواز البيع وبينهما المباينه الواضحه.

ص: ٣٨٧

استظهر الشيخ الأعظم (١) من الصحيحه أمرا مغايرا لما ذهب إليه المشهور ولاحظ فيه جهات ثلاث:

«الأولى: أن يكون موجبا لتلف الأموال والنفوس، فلا عبره بمطلق الخلف والنزاع وإن لم يؤدَّ إلى تلفها. وليس منشأ هذا التقييد حمل جملة «فإنه ربّما» على التعليل ليكون مقيدا لدائره الإختلاف الوارد فى السؤال، لفرض عدم كون «فإنه» علّة حقيقيه لتعمّم أو تقيّد. بل منشؤه قرينه الذليل بحسب المتفاهم العرفى على ما يراد من السؤال.

الثانيه: أن يحصل الخوف من أداء بقاء الوقف إلى هلاك النفس أو المال، سواء نشأ من العلم بالأداء أو من الظن به، أو من الإحتمال الموهوم.

والوجه فى ضمّ الأخير إلى العلم والظن ورود كلمه «ربما» فى الجواب، وقد مرّ صدقه على الإحتمال عند الشيخ الأعظم.

الثالثه: أن يكون محذور تلف النفس والمال مترتبا على نزاع أرباب الوقف فيما يتعلق بحفظه وبالإنّتفاع به، وتوقف حسم ماده الفساد على البيع.

فلو كان المحذور ناشئا من غير اختلاف الموقوف عليهم لم يجز البيع.

فإن قلت: مقتضى ظهور التعليل التعدى من الإختلاف إلى موجب آخر يؤدّى إلى هلاك المال والنفس، إذ العله كما تُضَيّقُ توسّع أيضا.

قلت: نعم لو استقرّ ظهور «فإنه ربّما» فى التعليل حتّى يتعدى عن مورد السؤال إلى غيره، ولكن المفروض منع الظهور المزبور» (٢).

ثمّ استنتج (٣) أنّ الصحيحه غير مفتى بها عند المشهور لأنّ الظاهر اعتبارهم جهتين وهما غير مذكوران فيها:

«إحداهما: إعتبار العلم أن الظن بأداء بقائه إلى الخراب، وعدم كفايه الإحتمال

١- (١٥٥٢) المكاسب ٤/٩٧.

٢- (١٥٥٣) هدى الطالب ٧/١٧٥.

٣- (١٥٥٤) المكاسب ٤/٩٧.

عندهم.

ثانيتها: أنّ المؤدّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجهة لإستباحه الأموال والأنفس»(١).

ولذا ذهب إلى أنّ «النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية عموماً من وجه»(٢).

توضيحه: فتوى المشهور أعم من الصحيحه من جهتين وأخص منها من جهه، كما إنّ الصحيحه أعمّ من فتاواهم من جهه وأخص منها من جهه أخرى.

«أما أعميه الفتاوى من جهتين:

فالأولى منهما: شمول «تلف المال» لكلّ من الخراب وقّله المنفعه، بشهاده تجويز البيع فى قسمى الصوره السابعه.

والثانيه: أنّ المؤدّي إلى الخراب أعم من الفتنة الموجهة لإستباحه الأموال والأنفس، بشهاده تجويز البيع للضرر العظيم كما فى الصوره التاسعه.

وأما أخصيه الفتاوى من الصحيحه، فلاعتبارهم حصول العلم أو الظن بأداء البقاء إلى الخراب، بشهاده تعبيرهم بالخوف والخشيه، مع أنّ الصحيحه تعمّ الإحتمال الموهوم، بشهاده كلمه «ربّما».

وأما أعميه الصحيحه من فتوى المشهور، فلعدم اعتبار العلم والظن، والإكتفاء بمجرد الإحتمال.

وأما أخصيتها منها فلاختصاص الجواز بالفتنه المبيحه للأموال والأنفس.

وماده الإجتماع \_ بمعنى جواز البيع بمقتضى الصحيحه وفتوى المشهور \_ هى العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب مع الفتنة المبيحه للمال والنفس.

ومادّة الإفتراق من طرف الروايه هو احتمال وقوع الفتنة المبيحه لهما، فيجوز البيع

ص: ٣٨٩

١- (١٥٥٥) هدى الطالب ٧/١٧٧.

٢- (١٥٥٦) المكاسب ٤/٩٧.

فيها، خلافاً للمشهور.

ومن طرف فتوى المشهور مردان:

أحدهما: العلم بأدائه إلى الخراب بدون الفتنة الموجهة لإستباحة المال والنفس.

وثانيهما: خوف الخراب بمعنى قله المنفعة. ففي هذين الموردين لا دلالة للرواية على الجواز.

وبالجملة: فمع هذه النسبة بين الصحيحه والفتاوى كيف يصحّ الإستدلال بها؟ فما دلت عليه لم يُعمل به، وما عُمل به لم تدل الصحيحه عليه»<sup>(١)</sup>.

ولكن رجوع عن مقالته أخيراً وذهب إلى عدم اعراض المشهور عن الصحيحه وقال: «لكن الإنصاف: أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية وقصور مقاومتها للعمومات المانعه، بالشهره؛ لأنّ اختلاف فتاوى المشهور أنّما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذى أُنيط به الجواز من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف...» المنضمّ إلى قوله: «فإنّه ربما جاء في الاختلاف»<sup>(٢)</sup>.

وحاصل كلامه قدس سره: «أنّهم تسالموا على جواز البيع في الجملة، واختلفوا في خصوصيته ومناطه. وهذا المقدار كافٍ في إحراز عملهم بالرواية وجبر ضعف الدلالة بالنسبه إلى المتفق عليه»<sup>(٣)</sup>.

أقول: ولكن يمكن أن يناقش عليه في مقالته الأخيره فقط.

أولاً: عدم ضعف الدلالة بالشهره كما حَقَّقه قدس سره في الاصول.

وثانياً: بعد تسليم الجبر بها لا بدّ من الأخذ بما فهمه المشهور من الروايه وإن كان ما فهموه غير ظاهر الروايه، إذ المفروض جبران ضعف هذا الظهور بفهمهم.

وثالثاً: المشهور لم يتفقوا على مناط الجواز حتّى يقال بجبران ضعف الدلالة بالشهره، لاختلاف فتاواهم في مناط الجواز واختلاف أنظارهم في استفاده مناط الجواز

ص: ٣٩٠

١- (١٥٥٧) هدى الطالب ٧/١٧٧ و ١٧٨.

٢- (١٥٥٨) المكاسب ٤/٩٧.

٣- (١٥٥٩) هدى الطالب ٧/١٧٨.

من الصحيحه، فلم يكن هناك شهره تجبر بها ضعف الدلاله.(1)

### فذلكه كلام الشيخ الأعظم ونقدها

ذهب الشيخ الأعظم رحمه الله إلى «أنّ المستفاد من المكاتبه بقرينه كلمه «ربما» كفايه الاختلاف الذى يوجب احتمال تلف الأموال والنفوس لا مطلق ما يؤدي إلى المحذور المذكور وإن كان سببه الخراب لعدم ظهور الدليل فى التعليل والمشهور اعتبروا العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب وبين الأمرين عموم من وجه فالمكاتبه بظاهرها غير مفتى بها، وأجاب عن ذلك بأنّ الأصحاب استدّلوا بها ولم يعرضوا عنها غير أنّه اختلفوا فى فهم المناط الذى يستفاد من الحديث.

وفيه: أن الروايه بقرينه لفظ «فإنّه» ظاهره فى التعليل ولذلك نلتزم بالتعدى إلى خوف تلف كل مال ونفس يتسبب من بقاء الوقف وإن كان راجعا إلى غير الموقوف عليهم بل وإن كان سببه غير الاختلاف أيضا»(2).

### مقاله المحقق السيد الخوئى حول الصحيحه ونقدها

قال قدس سره: «وعلى أى حال، هذه الروايه ضعيفه السند، ولم ينجر ضعفها بعمل المشهور، حتى لو قلنا بانجبار ضعف السند بعمل الأصحاب، كما هو ظاهر.

كما أنّها ضعيفه الدلاله، بل الظاهر بملاحظه جمله من القرائن كونها أجنبيّه عن بيع الوقف رأسا، وهى:

أوّلاً: أنّ أمره عليه السلام ببيع حصّته من الوقف \_ وهو الخمس \_ أو أن يقومها على نفسه، لا ينطبق على شىء من القواعد لعدم طرؤ مجوّز لبيعه أصلاً. ولم يكن وجه لإحاله البيع إليه إذ الواقف بعد تمام الوقف يكون أجنبيّا. والظاهر أنّ حكمه عليه السلام لم يكن إذنًا منه ولايه، وإنّما كان بيانًا للحكم الشرعى، فلا بدّ من حمله على ما قبل القبض وعدم تماميّة الوقف.

وثانيا: أنّه عليه السلام جوّز البيع للواقف، ولو كان الوقف تامًا لكان الواقف أجنبيّا عن

ص: ٣٩١

١- (١٥٦٠) كما فى هدى الطالب ٧/١٧٩.

٢- (١٥٦١) تعليقه المحاضرات ٣/٢٠٣.

وثالثاً، إنّه عليه السلام حكم بتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم، مع أنّ بدل الوقف لا بدّ وأن يكون وقفاً كالمبدل.

ورابعاً: أنّه عليه السلام علّق جواز البيع على أن لا- يأمن الواقف من الخلاف وعلمه بتلف الأموال والنفوس، فحكم عليه السلام حينئذٍ بأنّ البيع أمثل، مع أنّه لا عبره بعلم الواقف أصلاً. وتوهم كون الجملة بصيغته المجهول منافٍ للسياق. وكل هذه الأمور شاهد على أنّ مورد سؤال الواقف وجواب الإمام عليه السلام هو الوقف قبل القبض.

هذا، مضافاً إلى أنّه لا يمكن العمل بالرواية لو أريد بها البيع بعد تمام الوقف، فيكون مقطوع البطلان على كلّ تقدير؛ وذلك لأنّه إن كان قوله عليه السلام فى ذيل الرواية: (فإنّه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال والنفوس) حكماً لجواز البيع، فلا بدّ من الأخذ بمورد السؤال والجواب، وهو جواز البيع بمجرد وقوع الاختلاف بين أرباب الوقف وإن لم يخف أداؤه إلى تلف الأموال والنفوس، وهذا ممّا لم يقل به أحد ظاهراً. وإن كان علّه له - كما هو ظاهر كلمه «فإنّه» - لزم جواز البيع فيما إذا لزم من تركه تلف الأموال والنفوس ولو من غير جهة اختلاف الموقوف عليهم، كاختلاف عمال الواقف أو الواقف أو المتولى وغير ذلك ممّا لم يقل أحد بكونه مجوّزاً للبيع.

كما إنّه لو حملناها على ما بعد القبض يلزم تعميم الجواز لما إذا استلزم بقاؤه تلف الأموال ولو غير العين الموقوفة؛ فإنّ المذكور فى العلّه تلف الأموال بصيغته الجمع، لا- خصوص العين الموقوفة. كما يلزم تعميمه أيضاً من حيث كون منشأ تلف الأموال هو الاختلاف أو غيره فيجوز بيع الوقف لإصلاح كلّ فتنه، ومن حيث العلم بذلك أو الظنّ أو مجرد الاحتمال أيضاً - فتأمل - على ما هو ظاهر قوله عليه السلام: «ربما جاء فى الاختلاف».

مضافاً إلى أنّ التلف غير الخراب، فإنّ التلف عبارة عن انعدام العين، بخلاف الخراب، ومورد كلامنا هو الخراب دون التلف، وفى التلف لا معنى للبيع والتبديل بعد فعليّته.

على أنّ مقتضى القاعده عند خراب الوقف هو تبديله بما يبقى للبطون اللاحقه

أيضاً لينتفعوا به، لا يبيعه ودفع الثمن إلى الموجودين كما هو صريح هذه الرواية.

فظاهر الرواية غير مفتى به، فلا بدّ من ردّ علمها إلى أهله. وعلى كلّ لا يمكن الاعتماد عليها سنداً ودلالة» (١).

ولكن يمكن أن يناقش عليها: أولاً: الرواية لم تكن ضعيفه السند بل هي صحيحه الإسناد فلا تحتاج إلى جبران الضعف بعمل المشهور.

وثانياً: «إنّ الخمس الذي جعل للإمام عليه السلام لم يكن من الوقف بل الوقف كان في بقيته وبالنسبة إلى حصّه الإمام عليه السلام كان هبه أو هديّه ونحو ذلك لمكان قول السائل: «وجعل لك في الوقف الخمس» ولو كان حصّه الإمام عليه السلام أيضاً وقفاً لقال: وجعل من الوقف الخمس لك، وأمّا قوله عليه السلام في ذيل السؤال: «أو يدعها موقوفه» فمعناه أن يدعها متروكه، من الإيقاف بمعنى الترك والثبات أي ثابتة على حالها» (٢).

وثالثاً: «من الممكن أن يكون الإمام عليه السلام محتاجاً إلى ثمن الوقف ومن المحتمل أن تكون الحاجه من المجوزات للبيع وإن لم يمكن إثبات ذلك من هذه الرواية لإجمالها ولم يثبت لنا ذلك أيضاً من طريق آخر، فلا- طريق لنا إلى ردّه أيضاً والاحتمال موجب لعدم طرح الحديث» (٣).

ورابعاً: «إنّ الغالب في الأوقاف أن يجعل الواقف التولية أو النظاره لنفسه أو لمن ينتم إليه بنسب أو سبب، مع أنّه يمكن أن يكون سؤاله عن رأى الإمام عليه السلام استيذاناً منه ببيع حصّته فأذن في ذلك بقوله «أعلم فلانا»، وأمّا بالنسبة إلى غير حصّه الإمام عليه السلام فمن إطلاق الوقف عليه يمكن استكشاف كون بيعه بعد القبض، ولا أقلّ من استفادته ذلك من ترك استفصال الإمام عليه السلام بين قبل القبض وبعده فيستفاد جواز البيع بعد القبض أيضاً» (٤).

ص: ٣٩٣

١- (١٥٦٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/ (٢٠٠٤-٢٠٠٠).

٢- (١٥٦٣) تعليقه الشهيد آية الله الشيخ علياً صغر الأحمدي الشاهرودي على كتاب محاضرات في الفقه الجعفري ٣/٢٠٠.

٣- (١٥٦٤) المصدر ٣/٢٠١.

٤- (١٥٦٥) المصدر.



وخاصة: بالنسبة إلى تقسيم الثمن بين الموقوف عليهم «لأنه مورد السؤال وقد أمضاه الإمام عليه السلام ، ويمكن الجواب عنه بطرح هذه الفقرة من الحديث فقط أو فرض مورد السؤال ما إذا لم يمكن اشتراء شيء وجعله وقفا من دون أن ينجز إلى الاختلاف السابق كما لا يبعد في مورد الرواية وعليه فاشترى شيء وجعله وقفا يكون لغوا لأنه لا بد من بيعه أيضا»(١).

وسادسا: قوله قدس سره : «لا عبره بعلم الواقف أصلاً»(٢)، لعل منشأ اعتباره أنّ الواقف جعل التولية لنفسه مادام حيًا أو أنّ هذا إذن ابتدائيّ للواقف من قبل الإمام عليه السلام لحل الاختلاف.(٣)

وسابعاً: ظاهر الصحيحه «هو التعليل لكن العلة ليس هو خوف تلف النفوس والأموال مطلقاً بل العلة بقريته قوله عليه السلام : «إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف» هي خوف تلف الأموال والنفوس الناشئ من بقاء الوقف لا مطلقاً والالتزام به لا محذور فيه فيتعدى بعموم التعليل من اختلاف الموقوف عليهم إلى اختلاف المتولين للوقف ونحوه من كل ضرر ناشئ عن بقاء الوقف»(٤).

وثامناً: «أنّ المشهور لم يلتزموا بالجواز إلا في صورته المظنّه.

والمناقشه فيه بأنّ كلمه «ربما» وإن شملت مجرّد الاحتمال أيضاً إلا أنّه بقريته قوله «لا يؤمن أن يتفاهم»(٥) يراد به صورته مظنّه الضرر إذ إنّ كلمه «لا يؤمن» أماره على وجود الضرر العظيم فيما بعد.

مدفوعه بأنّه لا يوجد في جواب الإمام عليه السلام إلا مجرّد الاختلاف، نعم المشهور قَيّدوا الجواز بصوره خوف تلف مال الوقف ولكن يمكن أن يكون منشؤه خطأهم في كون

ص: ٣٩٤

١- (١٥٦٦) المصدر.

٢- (١٥٦٧) محاضرات في الفقه الجعفري ٣/٢٠٢.

٣- (١٥٦٨) تعليقه المحاضرات ٣/٢٠٢.

٤- (١٥٦٩) تعليقه المحاضرات ٣/٢٠٢.

٥- (١٥٧٠) تفاهم الأمر، أي عظم. لسان العرب ١٢/٤٥٧.

المراد من تلف الأموال خصوص تلف مال الوقف فلا يثبت إعراضهم عن الحديث»(١).

### فذلكه الكلام فى صحيحه عليين مهزيار

أمّا من حيث السند فهى من الصحاح وقد مرّت(٢) دلالتها على القسم الثانى من الصورة السابعة.

«وأما الاستدلال بها لبقية الصور فوجهه فى الصورة الثامنة هو الاقتصار على مضمون الحديث من احتمال تلف خصوص الأموال والنفوس.

وفى الصورة التاسعة دعوى أنّ ذكر الأمرين من باب المثال وأنّ الملاك هو احتمال ورود ضرر عظيم كهتك عرض أو هتك بعض محارم الله من أجل الاختلاف.

وأما فى الصورة العاشرة فلدعوى أنّ الملا-ك هو احتمال تحقّق فساد من الاختلاف ينجرّ إلى تلف النفوس وذكر تلف المال توطئه لذكر تلف النفوس معه من باب ملازمته له غالباً.

والذى يظهر من الحديث اختصاص مورد السؤال بما إذا علم أن ظنّ تلف الأموال والنفوس إذ فرض فى المورد الاختلاف الشديد الذى لا- يؤمن أن يتفاقم ذلك فى مثله تكون مظنه التلف إلّا- أنّ فى جواب الإمام عليه السلام لم يؤخذ إلّا- مجرد الاختلاف الذى يحتمل معه التلف فإنّ كلمه «ربما» وإن لم يستعمل فى مجرد الاحتمال إذا لم يتحقّق له سبب إلّا أنّه يشمل الاحتمال الناشئ عن السبب مطلقاً ولا يختصّ بالعلم أو الظن والمدار على إطلاق الجواب، كما أنّ المستفاد منه مجرد الاختلاف المعرّض لتلف الأموال والنفوس سواء كان من أموال الوقف ونفوس الموقوف عليهم، أو غير ذلك ووجه عدم الحكم بجعل الثمن وقفا لعلّه من جهة عدم العلاج وعدم ارتفاع الاختلاف إلّا- بزوال الوقف كليّه وبالجملة الروايه صحيحه جدّاً ولا بأس بالعمل بمضمونها... وقد عرفت أنّ مضمونها يشمل جميع الصور عدا التاسعه فإنّ إلغاء خصوصيّة تلف الأموال والنفوس يحتاج

ص: ٣٩٥

١- (١٥٧١) تعليقه المحاضرات ٣/٢٠٣.

٢- (١٥٧٢) راجع هذا المجلد صفحه ٣٨٢.

إلى أطف قريحه وليس بعيدا بنظر العرف من اللفظ فى مثل هذه المقامات، على أن غرض الواقف من الوقف التقرب إلى الله تعالى وانتفاع الموقوف عليهم، وبقاء الوقف على حاله مع ترتب ضرر عظيم عليه ينافى غرضه قطعاً»(١).

وأما الاشكال فى الصحيحه «بأن الوقف ظاهرا كان من الوقف الخاص وهو من العقود على الظاهر فيحتاج فى تماميته إلى القبول والقبض فكيف أمر الإمام عليه السلام ببيعه مع عدم تحققهما، ففيه أن الأمر بالبيع يكشف عن القبول أو هو قبول إذ هو لازم الأمر ببيع حصته من الوقف وإيصال ثمنه إليه، وأمّا بالنسبه إلى القبض فيمكن أن يكون الواقف قبض عن الإمام عليه السلام فضولياً ويكون الأمر ببيعه إجازة للقبض، هذا على تقدير صحه قبض الفضولى إذا لحقته الإجازة وإلا فيمكن أن يجعل الأمر بالبيع كاشفا عن جعل الواقف وكيلاً فى القبض أو يكون هو بنفسه إذنا فى القبض ويكون قبض المأذون بمنزله قبض الآذن فيتم الوقف بذلك، على أنه تقدم سابقاً أن حصه الإمام عليه السلام لم يكن من الوقف فراجع»(٢).

هذا تمام الكلام فى كيفية الاستدلال للصور الثلاثه الأخيره بالصحيحه والله سبحانه هو العالم.

## الاستدلال للصور الثلاث الأخيره بالقواعد العامه

### إشاره

استدلوا بقاعدتى التزاحم ولا ضرر بتقريب:

### ١\_ قاعده التزاحم:

«حيث قيل بدلالتها فى المقام من جهه أن الأمر دائر بين رفع اليد عن بيع الموقوفه، وأمر أهم وهو حفظ النفوس، ولا شك أنه عند دوران الأمر بين المهم والأهم فإنه يُقدم الأهم».

بيان ذلك: ثبت فى مبحث التزاحم أنه لو دار الأمر بين حكمين أحدهما مهم والآخر أهم محتمل الأهميه، فإن إطلاق دليل المهم يسقط، ويجب تقديم دليل الأهم،

ص: ٣٩٦

١- (١٥٧٣) تعليقه المحاضرات ٣/٢٠٥.

٢- (١٥٧٤) تعليقه المحاضرات ٣/٢٠٤.

وفيما نحن فيه فإنّ قوله: «لا يجوز شراء الوقف» نصّ مهمّ يقابله ما هو أهمّ منه، وهو لزوم حفظ [العين] الموقوفه وحياه الموقوف عليهم، فإذا دار الأمر بينهما فإنّ حفظ الأخيرين أولى من الأوّل.

وأورد عليه أولاً: إنّ التراحم يتحقّق عادةً بين تكليفين ليس للمكلّف قدره عليهما عقلاً لعجزه عن صرف القدره الواحده فيهما، فيدور الأمر بين تركهما أو صرفهما في أحدهما، وحينئذٍ فإنّ العقل يحكم المكلّف، ومن ثمّ عجز عن الجمع بينهما، فإنّه حينئذٍ لا مجال لجريان قاعده التراحم، كما هو الحال في المقام حيث لو لا الاختلاف بين أرباب الوقف، لأمكن حفظ الأموال والنفوس مع حفظ العين الموقوفه عن البيع، لعدم قيام التمانع في القدره على الجمع بينهما بما لا يؤدّي إلى التراحم.

وفيه نقضا: الالتزام بهذه الدعوى يستلزم لازماً باطلاً ليس لفقيه الالتزام به، وهو لزوم الحكم ببقاء حرمه التصرف في مال الغير لو استلزم نجات الغريق الذي غرق بسوء اختياره، أي لزوم صرف القدره في حفظ المهمّ دون الأهمّ، وهذا ما لا أظنّ أنّ القائل يلتزم به فضلاً عن غيره.

وحلّاً: أنّ قاعده التراحم قاعده عقليه لا مجال فيها للمناقشات المختصّه بالأدلّه النقليه، وبالتالي فلا يصحّ البحث عن أنّها مطلقه تشمل جميع موارد التراحم، أو أنّها مختصّه بما إذا كان حاصلها لا بسوء الاختيار، ومادام المستند في المقام هو الدليل العقلي يبقى المكلّف مقيداً بدائرته مدركاته، سواءً في جانب التقييد أو المطلق.

وفي المقام فإنّ مستند حكم العقل مبنئ على أنّ كلّ خطاب وحكم مشمول بالقدره، فإذا كانت وافية بالخطابين وجب امتثالهما، وإن كانت غير وافية فإنّ العقل حاكم بلزوم مراعاة الأهمّ وترك المهمّ؛ لأنّ حفظ إطلاق المهمّ في مقابل الأهمّ يستلزم تفويت الغرض الأهمّ، وهو ممّا يقبح صدوره عن الحكيم بحسب مبنئ العدلته القائلين بالمصالح والأغراض العقلية، وهذا الحكم العقلي \_ أي لزوم تقديم الأهمّ \_ حكمٌ عامٌّ غير قابل للتخصيص، يدلّ على لزومه مطلقاً، سواءً كان حصول التراحم بسوء اختياره أم باختياره.

وأورد ثانياً: أنّ التراحم رافع للحكم التكليفي، لكنّه غير مثبت للحكم الوضعي، أي

إذا عجزنا عن امتثال الأمرين من المهم والأهمّ معا وحفظ ملاكهما، فإنه ترتفع الحرمة حينئذٍ من جهة التكليف دون الوضع الذي هو صحّه بيع العين الموقوفة، حيث لا يترتب على التراحم، وما نقصده في المقام تحصيل صحّه بيع العين الموقوفة دون الجواز التكليفي.

وفيه: لا- شك أنّ مجرد رفع الحرمة التكليفيّة دون ترتّب الأثر الوضعي من الصحّه لا يحقّق الغرض من [جريان قاعده] التراحم، بل يتحقّق فيما لو جاز بيعه تكليفاً وصحّ وضعاً، وانتهى الأمر إلى تقسيم الثمن بينهم، فلو حكم من جهة جواز بيع الوقف تكليفاً للاختلاف المذكور، وبطلانه وضعاً للدليل المانع، فإنّ المال يبقى ممنوعاً من التصرف فيه، ويبقى الاختلاف مستمرّاً، وبالتالي فمادام لا- مجال لحفظ الأهمّ إلا- بصحّه البيع ونفوذه من خلال الأمر الوضعي، فإنه لا سبيل لرفع التراحم إلاّ من خلال الحليّة التكليفيّة والصحّه الوضعيّة.

ثمّ قال الاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ : إنّ مستند قاعده التراحم لم يكن دليلاً لفظياً لكي نبحث عن إطلاقه وعدمه، وإنّما هو حكمٌ عقليّ عامٌّ لا- مجال لتخصيصه أو سريانه إليه، بل هناك ملازمه بين وجود موضوعه وترتب الحكم عليه مطلقاً، ولذلك فمتى كان المعتمد عند تسويغ البيع هذه القاعده، فلا- مجال للتفريق في حكمها بين اختلاف أرباب الوقف وغيرهم، بل الاختلاف مطلقاً يعدّ صغرى هذه القاعده، وإن كان مؤدياً إلى تلف غير الموقوف عليهم، وعليه فلا بدّ من الحكم بأنّ مطلق الاختلاف يعدّ مسوّغاً للبيع.

لكن المشكله أنّ التعميم لا- يتوافق مع مسلك الفقهاء من عدم ترخيص بيع الموقوفة في مطلق الاختلاف المؤدى إلى تلف الأموال والنفوس، بل يخصّصونها بخصوص [تلف العين الموقوفة أو] الموقوف عليهم، فينحصر الحكم حينئذٍ بملاحظه المبنى المختار، من رعايه مسلك الفقهاء وعدمها.

[وأما القول المختار هنا] فإنه بمقتضى الصنائه لا بدّ على الفقيه الحكم بجواز البيع باعتبار أنّ الوقف من الأمور الحسينيه التي يعود أمرها إلى الحاكم الشرعي والفقيه الجامع للشرائط، فإذا واجه اختلافاً وفتنه تزهد فيها النفوس، وتلف فيها الأموال، ولا سبيل

لإخمادها إلا بيع الموقوفه، كان عليه ذلك حتى وإن كان الوقف مؤبداً، لأهميه مصلحه حفظ النفوس والأموال عند الشارع \_ وهو المختار عندنا \_ إلا إذا قام إجماع على اختصاص ذلك بخصوص [تلف العين الموقوفه أو] الموقوف عليهم، حيث يكشف عن أن مصلحه حفظ الوقف أهم عند الشارع من حفظ النفوس والأموال.

[وفيه: ما لا يخفى على المتفقه البصير].

## ٢\_ قاعده لا ضرر

حيث استدلل بها باعتبار أن الاختلاف المذكور يؤدي إلى الضرر على المسلمين، وهو منفي بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، ومفاده أنه متى أصبح الحكم الشرعي سبباً لحدوث الضرر، فإنه مرفوع بل غير مجعول شرعاً.

وفيه: برغم تماميه الكبرى المذكوره، إلا أن المقام لا يعد من صغرياتهما، فإن حكم الشارع بحرمه بيع الوقف لم يكن موجبا للضرر ولا سبباً إليه، وإن يعد رفعه للحكم سبباً لارتفاع الضرر، لكن حد دلالة القاعده المذكوره هو أن الأحكام الشرعيه الضرريه مرفوعه، لا أن كل حكم مرفوع لأجل الضرر، وبينهما فرق كبير<sup>(١)</sup>.

## الاستدلال للصور الثلاث بالشرط الضمني للوقف

كما يكون من شروط الوقف بل من أركانه وجود العين الموقوفه، فكذلك وجود الموقوف عليهم، بل الموقوف عليهم أهميته عند الواقف أكثر من العين الموقوفه لأنه وقف العين لهم، فإذا دار الأمر بين بقاء عين الموقوفه أو أصل الوقف والموقوف عليهم يقدم الثاني بهذا الشرط الضمني الارتكازي للوقف.

هذا تمام الكلام في الوقف المؤبد والله هو العالم والحمد له تعالى.

ص: ٣٩٩

يطلق الوقف المنقطع:

تاره: على الوقف المقترن بمدّه كأربعين سنه مثلاً والظاهر أنّ الإجماع قائم على بطلان هذا القسم.

قال العلامة في وقف القواعد: «... فلو علّقه بصفه أو بشرط أو قرنه بمدّه لم يقع»<sup>(١)</sup>.

وقال الفقيه المتتبع العاملي في شرحه: «كما في الغنيه<sup>(٢)</sup> والسرائر<sup>(٣)</sup> والشرائع<sup>(٤)</sup> وكذا الاستبصار<sup>(٥)</sup> وهو معنى إجماع الخلاف<sup>(٦)</sup> والغنيه<sup>(٧)</sup> والسرائر<sup>(٨)</sup> وغيرها<sup>(٩)</sup>، إذ هو تفرّيع على اشتراط الدوام. وفي النهايه<sup>(١٠)</sup> والسرائر<sup>(١١)</sup> أيضا لا يصحّ إلّا أن يجعله سكنى

ص: ٤٠٠

- 
- ١- (١٥٧٦) القواعد ٢/٣٨٨.
  - ٢- (١٥٧٧) غنيه النزوع: في الوقف ٢٩٨/.
  - ٣- (١٥٧٨) السرائر: في شروط صحّحه الوقف ٣/١٥٦.
  - ٤- (١٥٧٩) شرائع الإسلام: في شرائط الوقف ٢/١٧٠.
  - ٥- (١٥٨٠) الاستبصار ٤/٩٩، ذيل ح ١.
  - ٦- (١٥٨١) الخلاف: في الوقف ٣/٥٤٨، مسأله ١٦.
  - ٧- (١٥٨٢) غنيه النزوع في الوقف ٢٩٨/.
  - ٨- (١٥٨٣) السرائر: في شروط صحّحه الوقف ٣/١٥٧.
  - ٩- (١٥٨٤) كالحدايق الناضره: في اشتراط الدوام في عقد الوقف ٢٢/١٣٤.
  - ١٠- (١٥٨٥) النهايه: في الوقوف والصدقات ... ٥٩٦/.
  - ١١- (١٥٨٦) السرائر: في شروط صحّحه الوقف ٣/١٥٩.

دار. وزاد في السرائر أو عمرى أو رقبى. وهو معنى قوله في الجامع (١) يصح أعمارا. وفي النافع (٢) والتحريير (٣) والدروس (٤) والمسالك (٥) والروضه (٦) والكفايه (٧) والمفاتيح (٨) أنه يصح حبسا، وهو معنى قوله في التبصره: إنه يرجع إلى ورثه الواقف. (٩) وفي جامع المقاصد أن في صحته حبسا قوه. (١٠) وقال في التذکره (١١): لو قال وقفت هذا سنه احتمل البطلان، وهل يبطل أصلاً فلا يعتد به أو يكون حبسا؟ إشكال. ويحتمل الصحه ويكون حبسا، انتهى. أما البطلان فوجهه ظاهر، ولعله يرجع في غير كلام التذکره إلى القول الآخر كما يرشد إليه كلام السرائر وقد سمعته، وتعليهم له بأن شرط الوقف الدوام فيبطل لعدم حصول الشرط، إذ لو كانوا قائلين ببطلان الحبس لا حتاجوا في بطلانه إلى شيء آخر زائد على ما ذكره، مع أنه غير مذكور، إذ من المعلوم أن بطلانه وفقا لا يستلزم بطلانه حبسا. وأما الصحه حبسا فوجود المقتضى، وهو الصيغه الصالحه للحبس، لاشتراك الوقف والحبس في المعنى فيمكن إقامه كل واحد مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأيد كان قرينه على الحبس، وهذا المجاز شائع كما ستسمع في المسائل الآتیه، كما لو اقترن الحبس بالتأيد كان قرينه على الوقف» (١٢).

ص: ٤٠١

- ١- (١٥٨٧) الجامع الشرائع: في الوقف / ٣٧٠.
- ٢- (١٥٨٨) المختصر النافع: في الوقف والصدقات / ١٥٦.
- ٣- (١٥٨٩) تحرير الأحكام الشرعيه: في شرائط الوقف ٣/٢٩٢.
- ٤- (١٥٩٠) الدروس الشرعيه: في الوقف ٣/٢٦٤.
- ٥- (١٥٩١) مسالك الأفهام: في شرائط الوقف ٥/٣٥٣.
- ٦- (١٥٩٢) الروضه البهيه: في الوقف ٣/١٦٩.
- ٧- (١٥٩٣) كفايه الأحكام: في شرائط الواقف ٢/١٠.
- ٨- (١٥٩٤) مفاتيح الشرائع: في حكم الوقف على الواقف... ٣/٢٠٧.
- ٩- (١٥٩٥) تبصره المتعلمين: في الوقف / ١٢٣.
- ١٠- (١٥٩٦) جامع المقاصد: في أركان الوقف ٩/١٦.
- ١١- (١٥٩٧) تذکره الفقهاء ٢٠/١٦٨، مسأله ٩٦.
- ١٢- (١٥٩٨) مفتاح الكرامه ٢١/٤٦١ و ٤٦٢.



والمقصود بالوقف المنقطع ليس هذا القسم.

وأخرى: يطلق الوقف المنقطع على ما إذا جعل المال على مَنْ ينقرض سواءً أكان شخصاً معيناً كزيدٍ أم جمعاً معينين كأولاده والسكوت عمّا يصنع به بعد الانقراض.

وهذا القسم الأخير هو المراد هنا بالوقف المنقطع الآخر.

ويقع الكلام فيه عن جهات ثلاث:

وقبل ورود في البحث لابد من التذكير بأن الوقف المنقطع يقسم على ثلاثة أقسام:

أ: الوقف المنقطع الأول: إمّا يجعل الواقف كما إذا وقفه إذا جاء رأس السنه الكذائيه، وإمّا بحكم الشرع بأن وقف أولاً على ما لا يصح الوقف عليه ثم على غيره ممّا يصح والظاهر بطلانه رأساً. (١)

ب: الوقف المنقطع الوسط: كما إذا كان الموقوف عليه في الوسط غير صالح للوقف عليه بخلافه في المبدأ والمنتهى، فهو بالنسبه إلى شرطه الأول كالمنقطع الآخر فيصح وقفاً وبالنسبه إلى شرطه الآخر كالمنقطع الأول يبطل رأساً. (٢)

ج: الوقف المنقطع الآخر وهذا هو محلّ البحث.

### الجهه الاولى: صحه وقف المنقطع الآخر وعدمها؟

#### اشاره

هل يصح وقف العين منقطعاً أم لا؟ وعلى فرض صحتها فهل يعدّ وقفاً أو حبساً وأخواتها من السكنى والعُمري والرُقبي. (٣)

ص: ٤٠٢

١- (١٥٩٩) كما في وسيله النجاه ٢/١٩٨ لآيه الله السيد أبو الحسن الإصفهاني قدس سره ، طبعه عام ١٣٨٨ش، اعداد: الشيخ أحمد زادهوش.

٢- (١٦٠٠) كما في وسيله النجاه ٢/١٩٨ لآيه الله السيد أبو الحسن الإصفهاني قدس سره .

٣- (١٦٠١) قال العلامة: «السكنى عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض، وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعه مع بقاء الملك على مالكة، ويختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافه، فإذا قرنت بعمر أحدهما قيل: عُمرى، وبالإسكان قيل: سَكْنى، وبالمدّه قيل: رُقْبى». [تذكره الفقهاء ٢٠/٢٨٥].

قال الفقيه العاملى: «قد قَرَّب كونه حبسا كما هو صريح الوسيله (١) وجامع الشرائع (٢) والإرشاد (٣) والمختلف (٤) والتنقيح (٥) والمقتصر (٦) وإيضاح النافع وجامع المقاصد (٧) والمسالك (٨) والروضه (٩) وكذا الروض (١٠) وهو ظاهر المراسم (١١) والنهيه (١٢) والخلاف (١٣) والمبسوط (١٤) والمهذب (١٥) والشرائع (١٦) والنافع (١٧) والتذكرة (١٨) التبصره (١٩) والإيضاح (٢٠).

ص: ٤٠٣

- ١- (١٦٠٢) الوسيله: فى الوقوف والصدقات والوصايا / ٣٧٠.
- ٢- (١٦٠٣) الجامع للشرائع: فى الوقف / ٣٧٠.
- ٣- (١٦٠٤) إرشاد الأذهان: فى شرائط الوقف ١/٤٥٢.
- ٤- (١٦٠٥) مختلف الشيعة: فى الوقف ٦/٣٠٥.
- ٥- (١٦٠٦) التنقيح الرائع: فى الوقوف والصدقات والهبات ٢/٣٠٣.
- ٦- (١٦٠٧) المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات / ٢٠٩.
- ٧- (١٦٠٨) جامع المقاصد: فى أركان الوقف ٩/ (١٨-١٩).
- ٨- (١٦٠٩) مسالك الأفهام: فى شرائط الوقف ٥/٣٥٦.
- ٩- (١٦١٠) الروضه البهيه: وفى الوقف ٣/ (١٧٠-١٦٩).
- ١٠- (١٦١١) لم نعثر عليه فى الروض، وراجع حاشيه الإرشاد (غايه المراد): فى الوقف ٢/ (٤٢٩-٤٢٨).
- ١١- (١٦١٢) المراسم: فى أحكام الوقوف والصدقات / ١٩٨.
- ١٢- (١٦١٣) النهيه: فى الوقوف والصدقات / ٥٩٩.
- ١٣- (١٦١٤) الخلاف: فى الوقف ٣/ ٥٤٣، مسأله ٩.
- ١٤- (١٦١٥) المبسوط: فى الوقوف والصدقات ٣/ (٢٩٣-٢٩٢).
- ١٥- (١٦١٦) المهذب: فى الوقوف والصدقات ٢/ ٩١.
- ١٦- (١٦١٧) شرائع الإسلام: فى شرائط الوقف ٢/ (٢١٧-٢١٦).
- ١٧- (١٦١٨) المختصر النافع: فى الوقوف والصدقات والهبات / ١٥٦.
- ١٨- (١٦١٩) تذكرة الفقهاء ٢٠/ ١٦٨، مسأله ٩٦.
- ١٩- (١٦٢٠) تبصره المتعلمين: فى الوقف / ١٢٣.
- ٢٠- (١٦٢١) إيضاح الفوائد: فى صيغه الوقف ٢/ ٣٧٩.

وشرح الإرشاد(١) للفخر وغايه المراد(٢) والمهذب البارع(٣) والكفايه(٤) وأبى علىّ فيما حكى(٥) عنه، لأنّهم قالوا جميعاً بأنّه يرجع عند انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته كما ستسمع فإنّه لوازم الحبس.

وظاهر المقنعه(٦) والسرائر(٧) أنّه يَصِحُّ وقفاً؛ لأنّهما قالاً بأنّه يرجع إلى ورثه الموقوف عليه ولا يرجع إلى الواقف ولا إلى ورثته. وإليه مال أو قال به في التحرير(٨) وكذا الغنيه لأنّه قال: الأحوط أنّه يصرف في وجوه البرّ(٩) ونفى عنه البأس في المختلف(١٠). وقد نسب كاشف الرموز(١١) إلى سلار موافقه المفيد وهو غلط. وفي المسالك ممّا يحتمل موافقه للمفيد كلام الشرائع فإنّه قال: يجب إجراؤه حتّى ينقرض المسمون(١٢)، لكنّ الظاهر منها ما نسبناه إليها، لأنّه(١٣) استظهر رجوعه إلى ورثه الواقف ولا ترجيح في كشف الرموز(١٤) ولا في الدروس(١٥) أصلاً. وقد فهم من الدروس صاحب

ص: ٤٠٤

- ١- (١٦٢٢) حاشيه الإرشاد للنيلي: في الوقف ٦٨/٥، (من كتب مكتبه المرعشي برقم ٢٤٧٤).
- ٢- (١٦٢٣) غايه المراد: في الوقف ٢/٢٨٩-٢٨٩.
- ٣- (١٦٢٤) المهذب البارع: في الوقف ٣/٥٣-٥٠.
- ٤- (١٦٢٥) كفايه الأحكام: في شرائط الوقف ١٠/٢.
- ٥- (١٦٢٦) نقله عنه العلّامه في مختلف الشيعه: في الوقف ٣٠٤/٦.
- ٦- (١٦٢٧) المقنعه: في الوقوف والصدقات ٦٥٥.
- ٧- (١٦٢٨) السرائر: في أحكام الوقف ١٦٥/٣.
- ٨- (١٦٢٩) تحرير الأحكام: في شرائط الوقف ٢٩٢/٣.
- ٩- (١٦٣٠) غنيه النزوع: في الوقف ٢٩٩.
- ١٠- (١٦٣١) مختلف الشيعه: في الوقف ٦/٣٠٥-٣٠٦.
- ١١- (١٦٣٢) كشف الرموز: في الوقوف والصدقات والهبات ٢/٤٥.
- ١٢- (١٦٣٣) مسالك الأفهام: في شرائط الوقف ٥/٣٥٦.
- ١٣- (١٦٣٤) شرائع الإسلام: في شرائط الوقف ٢/٢١٧.
- ١٤- (١٦٣٥) كشف الرموز: في الوقوف والصدقات والهبات ٢/٤٥.

جامع المقاصد أنه يكون حبسا(١). وعبارته محتمله لذلك.

وأما ما نسب إلى القدماء من هؤلاء فلم يصادف محله. ففي المختلف(٢) والإيضاح(٣) أنه قال الشيخان وابن الجنيدي يصح الوقف. وبه قال سائر وابن البراج وابن إدريس. وقال ابن حمزه: يكون حبسا بلفظ الوقف، انتهى كلامهما.

وفيه خطأ من وجوه إن أراد بالوقف معناه أو الحبس، لأن هؤلاء ليسوا على كلمه واحده كما عرفت، وقد اقتفاهما المتأخرون في ذلك. ففي المهذب البارع(٤) مثل ما في الإيضاح. ونسب صحه الوقف في التنقيح(٥) إلى النافع والشيخ وابن حمزه وابن إدريس والعلامة. وفي جامع المقاصد(٦) أن القول بالصحه مختار الشيخ وأكثر الأصحاب والعلامة في المختلف والتذكرة. وقال في المقتصر(٧): إنه يكون سكنى أو عمرى أو حبسا بلفظ الوقف، ونسبه إلى الشيخين وتلميذهما وأبى على ابن إدريس والمحقق في النافع، والكل فيما يظهر خلاف الصواب، لأنك قد عرفت من نسبنا وقوعه حبسا أو وقفا إلى ظاهره وصریحه، نعم حكى عن الصيمرى(٨) أنه قال: إن الأكثر من القدماء وعامة من تأخر على الصحه حبسا، وهو جید في الجملة. وقال في المفاتيح(٩): إنهم قالوا صح، ولو حمل على الحبس زال الإشكال، انتهى. وفيه: أنه لا يتم بالنسبه إلى المفيد ومن وافقه.

وأما القول بالبطلان فقد حكا في الخلاف(١٠)

ص: ٤٠٥

- ١-١. جامع المقاصد: فى أركان الوقف ٩/١٦.
- ٢-٢. مختلف الشيعه: فى الوقف ٦/٣٠٤.
- ٣-٣. إيضاح الفوائد: فى صيغه الوقف ٢/٣٧٩.
- ٤-٤. المهذب البارع، فى الوقف ٣/٥٣-٥٠.
- ٥-٥. التنقيح الرائع: فى الوقوف والصدقات ٢/٣٠٣.
- ٦-٦. جامع المقاصد: فى أركان الوقف ٩/١٧ وفيه «الشيخين» بدل «الشيخ».
- ٧-٧. المقتصر: فى الوقوف والصدقات والهبات ٢٠٩.
- ٨-٨. غايه المرام: فى شرائط الوقف ٢/٣٧٥-٣٧٤.
- ٩-٩. مفاتيح الشرائع: فى حقيقه الوقف ٣/٢٠٨.
- ١٠-١٠. الخلاف: فى الوقف ٣/٥٤٣، مسأله ٩.

والمبسوط (١) عن بعض أصحابنا ولم نجده. ويظهر من التذكرة (٢) أنه لم يظفر به أيضا.

وليعلم أنّ جماعه قالوا: إنّ في المسألة قولين: الصّحّ والبطلان، وجماعه قالوا: ثلاثه أقوال (٣).

أقول: الظاهر أنّ الأقوال في المسألة ثلاثه:

١\_ البطلان: قد مرّ من العاملى أنّه حكى عن الخلاف والمبسوط القول بالبطلان عن بعض أصحابنا ولكنه لم يجده كما إنّ العلامه في التذكرة لم يظفر به.

٢\_ الصحه وقفا: وهو المحكى عن ابن الجنيد كما هو ظاهر المفيد في المقنعه وسلار وابن البراج وابن إدريس في السرائر ومال إليه العلامه في التحرير وابن زهره في الغنيه.

٣\_ الصحه حسبا: وهو قول أكثر القدماء وعامه والمتأخرين.

### ب: أدله صحه الوقف المنقطع الآخر

١\_ الأدله العامه

١/١\_ قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٤).

تاره يعدّ الوقف من العقود وأخرى من الايقاعات.

وتاره «العُقُودِ» في الآيه الشريفه تحمل على العقد المصطلح المركب من الايجاب والقبول، وأخرى تحمل على مطلق العهد.

فإذا عدنا الوقف من العقود يشمله الآيه الشريفه على مبنى العهديه.

ولذا قالوا: «إنّ التمسك بالآيه الشريفه في الوقف المنقطع متوقّف على عقديه الوقف أو عهديه العقد في الآيه» (٥).

ص: ٤٠٦

١-١. المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/٢٩٢ و ٢٩٣.

٢-٢. تذكرة الفقهاء ٢٠/١٦٣.

٣-٣. مفتاح الكرامه ٢١/٢١ (٤٦٨-٤٦٥).

٤-٤. سوره المائده ١/.

٥-٥. العقد النضيد ٥/٩٠.

٢/١\_ قوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم.

تقريب الاستدلال بهذا الحديث الشريف مبني على عموميه الشرط بحيث يشمل الشروط الابتدائية وقد مرّ عدم تماميه هذا المبني.

وأما إذا قلنا على أنّ الشرط هو عبارته عن الالتزام في ضمن الالتزام \_ كما هو المختار \_ فلا يمكن الاستدلال لصحة وقف المنقطع الآخر بهذا الحديث الشريف.

٣/١\_ قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها

تقريب الاستدلال: أنّ الشارع قد حكم بمقتضى الجمع المحلّي بـ «ال» بمراعاة كلّ وقف، فيحكم من ذلك صحه مطلق الوقف، إذ لو لا صحه الجميع لما صح حكمه العام بلزوم المراعاة فيصح التمسك بعموم هذا الحديث لصحة الوقف المنقطع الآخر.

لا- يقال: «أنّ الحديث في مقام حثّ الناس على وجوب العمل بمضمون الوقف والالتزام بمقتضاه، وهما متفرعان على صحه الوقف، بمعنى أنّه يجب أوّلاً- أن يكون الوقف صحيحاً ليرتّب عليه وجوب العمل بمقتضاه، وبالتالي فإنّ التمسك بعموم الحديث لإثبات صحه ما نشكّ في وقفيته ممنوع»(١).

لأننا نقول: يصحّ التمسك بهذا الحديث كما يصحّ التمسك عند الشكّ في صحه العقد بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لإثبات الصحه مع أنّ الدليل المذكور دليل على اللزوم الذي هو فرع الصحه، وكذلك التمسك بهذا الحديث.

إن قلت: لو كان التأييد مأخوذاً في حقيقه الوقف ومفهومه لا يتم الاستدلال بهذا الحديث، لأنّه مع احتمال مدخليه التأييد في حقيقه الوقف يكون التمسك بالحديث تمسكاً بالدليل في الشبهه الموضوعيه لذاك الدليل.

قلت: حقيقه الوقف ليست إلّا- إيقاف العين الموقوفه والمنع عن مطلق التقلّبات فيها، وهذه الحقيقه جاريه في الوقف المنقطع الآخر لأنّ العين موقوفه عليهم ولا يجوز انتقالها فيشملة قوله عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها.

ص: ٤٠٧

نعم، لو كانت حقيقه الوقف تمليك العين للموقوفه عليهم فلا- مجال «الإدراج المنقطع في الوقف إلا- بعد إمكان فرض إنشاء الملكيه المحدوده، وأمّا مع إنكار فرض مثل هذه الملكيه المؤقتة والمحدوده بكذا سنه، بحيث تخرج العين عن الملكيه فتره محدوده ثم تعود إليها بعد انقضاءها، فإنه يبطل الاستدلال بعموم الحديث المذكور.

وسوف نبحت لاحقاً عن أنه هل يمكن فرض الملكيه المحدوده والمؤقتة عقلاً وعدمه؟

وفي كلّ الأحوال، فإنّ الثابت عقلاً أو عقلاً عدم إمكان فرض الملكيه المؤقتة في الأعيان، بأن يسلب زيد ملكيته على العين كذا سنه وبعدها تعود الملكيه إليه مرّة أخرى، وإن صحّ ذلك في المنافع»(١).

ولكن العمده عدم تماميه هذا المبنى في حقيقه الوقف.

## ٢\_ الأدله الخاصه

### ١/٢\_ صحيحه على بن مهزيار

صحيحه على بن مهزيار قال: قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام: أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثه، وكل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثه، وأنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام، فكتب عليه السلام: هكذا هو عندي»(٢).

بتقريب: قوله عليه السلام: «أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثه» بإطلاقه يدل على صحه الوقف المعلوم وقته وبطلان الوقف المجهول وقته.

«وبعبارة أخرى: تدلّ فقره المذكوره أنّ الوقف \_ سواء كان مؤبداً أو مؤقتاً \_ يتحقق متى ما كان وقته معلوماً، ولا تعود العين الموقوفه حينئذٍ إلى الواقف.

نعم، قام الإجماع على بطلان الوقف لمده معينه معلومه كعشر سنوات أو أكثر أو أقل [كما مرّ في أول البحث] وعدا ذلك فإنّ جميع أقسام الوقف المؤقتة داخله في إطلاق

ص: ٤٠٨

١-١. العقد النضيد ٥/٩٠ و ٩١.

٢-٢. وسائل الشيعه ١٩٢/١٩، ح ١، الباب ٧ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

هذه الروايه، ومنه الوقف المنقطع كالوقف على زيدٍ مدّه حياته، فإنّه وإن نجّهل مدّه حياته، إلّا أنّ مدّه الوقفيّه معلومه وهى فتره حياته.

وبالجملة: فهذه الروايه دالّه بظهورها على صحّه الوقف المنقطع [الآخر] (١).

٢/٢\_ صحيحه محمّد بن الحسن الصفار

قال الصفار: كتبتُ إلى أبي محمّد عليه السلام أسأله عن الوقف الذى يصحّ كيف هو؟ فقد روى أنّ الوقف إذا كان غير مؤقّت فهو باطل مردود على الورثه، وإذا كان مؤقّتاً فهو صحيح ممضى.

قال قوم: إن المؤقّت هو الذى يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وقال آخرون: هذا مؤقّت إذا ذكر أنّه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر فى آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذى هو غير مؤقّت أن يقول: هذا وقف، ولم يذكر أحداً، فما الذى يصحّ من ذلك؟ وما الذى يبطل؟

فوقع عليه السلام: الوقف بحسب ما يوقفها إن شاء الله. (٢)

هذه المكاتبه صحيحه الإسناد داله «على أنّ المعهود من عنوان «الوقف الموقت» فى عُرف المكاتب \_ وهو الصفار \_ ما يُذكر فيه الموقوف عليه، إمّا مع قرينه التأييد كالوقف على أشخاصٍ أو جهه، ثمّ تعقيبه بكونه للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، كما هو رأى قوم. وإمّا بالإقتصار على شخصٍ وعقبه ما بقوا، وعدم تعيين مال الوقف بعد إنقراضهم. والأوّل مؤبّد، والثانى منقطع الآخر بحسب مصطلح الفقهاء. ويقابلهما غير الموقت أى ما لم يُذكر الموقوف عليه أصلاً، وهو باطل.

وبالجملة: فالقرينه الداخليه \_ وهى قول الصفار: «قال قوم... وقال آخرون \_ تشهد بأنّ المراد بالموقت ليس هو المقترن بمدّه وأجل، وإن كان المتبادر منه هو المحدود

ص: ٤٠٩

١-١. العقد النضيد ٥/٩٢.

٢-٢. وسائل الشيعه ١٩/١٩٢، ح ٢.



بزمان، بل المراد التصريح بالموقوف عليهم.

ومنه تَظَهَّرُ متانه ما أفاده شيخ الطائفة قدس سره من تفسير إجمال صحيحه ابن مهزيار بصحيحه الصفار، حيث قال: «ومعنى هذا الذى رواه على بن مهزيار من قوله: كلّ وقف إلى وقت معلوم واجب، معناه: أنه إذا كان الموقوف عليه مذكورا، لأنّه إن لم يُذكر فى الوقف موقوف عليه بطل الوقف. ولم يرد بالوقت الأجل، وكان هذا تعارفا بينهم. والذى يدل على ذلك ما رواه محمّد بن الحسن الصفار...»(1).

لكن قد يُشكل هذا التفسير بذكر «الورثة» فى كلتا الكليتين فى صحيحه ابن مهزيار من قوله: «واجب على الورثة... باطل مردود على الورثة» مع عدم الدخّل فى الصّحة والبطالان.

ولعلّه قد يوجّه تارة بما ذهب إليه جمع من المحدثين والفقهاء من إبقاء «الوقت» على ظاهره وهو المدّة، وإرادته الحبس من الوقف.

قال [المحقّق] المجلسى الأوّل قدس سره: «إعلم أن ظاهر الجواب: أنّ الوقف بحسب ما يوقف. فإن كان مؤيّدا بأى وجه كان سواء ضمّ الفقراء والمساكين... أو لم يضمّ فهو وقف مؤيّد. وإن كان موقّتا بأن يكون إلى مدّة معلومه أو على شخص معيّن \_ والغالب إنقراضه \_ فليس بوقف بالمعنى الأخص، ولكنه حبس صحيح، لا يجوز بيعه مادام المحبوس عليه حيّا، وبعده يرجع إلى ورثته الواقف، وهذا معنى قوله عليه السلام: «باطل مردود على الورثة»، أى يبطل بعد المدّة، لا أنّه باطل عند الصيغ...»(2).

لكن الحمل على الحبس مع تصريحهم بكون الوقف مجازا فيه منوط بقريته مفقوده. ومجرّد إنشاء الوقف لمن ينقرض لا يصلح قريته على إرادته الحبس، لتوقفها على المنافاه عرفا بين مفهوم الوقف والتقيد المزبور حتّى يكون التقيد قريته على إرادته

ص: ٤١٠

١- ١. تهذيب الأحكام ٩/١٣٢؛ الاستبصار ٤/١٠٠.

٢- ٢. روضه المتقين ١١/١٥٠، وأفاد نحوه نجله العلامة المجلسى الثانى فى ملاذ الأختيار ١٤/٤٠٣ وغيرهما، فلاحظ الوسائل ١٩/١٩٣؛ الحدائق الناظره ٢٢/١٣٥؛ رياض المسائل ١٠/١٠٦؛ مفتاح الكرامه ٢١/٤٧٤.

خلاف الظاهر، والمفروض عدم دخل التأييد \_ بهذا المعنى \_ فى مفهوم الوقف. ومنافاه ظهور صدر صحيحه ابن مهزيار للإجماع على بطلان الوقف الموقت بمدّه، لا توجب الحمل على الحبس ما لم تنهض قرينه عليه.

وأخرى بما اختاره صاحبُ الجواهر قدس سره بعد إبقاء «الوقف» على معناه المقابل للحبس، من أنّ الصّحة تكون باعتبار بقاء الموقوف عليه الموقت، والفساد بلحاظ إنقراضه. قال قدس سره: «فى مثل المفروض هو موقت مادام الموقوف عليه موجوداً، وغير موقت إذا إنقضوا، فيثبت له حكم كل منهما من الصّحة والفساد، ضروره أن قوله عليه السلام فى الصحيح الأوّل [على بن مهزيار]: \_ هو كذلك عندى \_ تقرير للكليتين المفسّرين بالصحيح الآخر \_ أى صحيح الصفار \_ الذى هو كالصريح فى صحه الوقف بالتفسير الثانى منهما، وهو مفروض مسألتنا» (١). وإستشهد على ذلك بما ورد فى [ذيل صحيحه الصفار] من كونه مردوداً على الورثه، إذ لو كان باطلاً من أوّل الأمر لكان مردوداً على الواقف الذى لم ينتقل المال عنه حتّى يرد عليه مرّه أخرى.

ولكن يمكن التأمل فيه بأن ظاهر مكاتبه [الصفار] التفصيل بين الموقت وغير الموقت، بالصّحة فى الأوّل والبطلان فى الثانى، لا أنّ الموقت يصح فى مدّه بقاء الموقوف عليه، ويبطل بعده، حتّى يكون إنشاء وقف متصفاً بالصّحة فى زمان حياه الموقوف عليه وبالفساد بإنقضائه.

وبعبارة أخرى: أنّ توصيف «الوقف» بالصّحة والفساد [١] تارة يكون بلحاظ حالات الوقف، بمعنى أنّه يحكم على فردٍ واحدٍ من طبيعى الوقف بالصّحة فى مدّه، وبالبطلان فى مدّه أخرى.

[٢] وأخرى يكون المتصف بهما هو الطبيعى بلحاظ حصصه، فبعضها محكوم بالصّحة من أوّل الأمر، ومادام عنوان «الوقف» وبعضها محكوم بالبطلان كذلك، لفقد شرطٍ أو إقتران مانع، فلا ينقلب الصحيح باطلاً. والظاهر من الصحيحه هو الثانى، فالموقت

ص: ٤١١

صحيح، سواء أكان الموقوف عليه دائماً أو منقرضاً، وغير الموقت باطل.

وإنتهاء الوقف في المنقطع بإنقراض الموقوف عليه لا- يوجب توصيفه بالبطل، إذ البطلان بإنقضاء الموقوف عليه نظير إنتفاء الوقف بإنقضاء الموقوفه في كونه من إنتفاء العارض بإنقضاء موضوعه، وهو ضرورى.

وقوله عليه السلام: «مردود على الورثه» لا- يكون قرينه على إرادته الوقف المنقطع، كما لا- يكون قرينه على إرادته الحبس، فلعل ذكره بالخصوص لأمر ما يقتضيه [وهو أن الغالب ظهور البطلان بعد موت الواقف] وإلا فالوقف إن كان صحيحاً فقد وجب على الواقف، وإن كان باطلاً فقد رد إليه.

[غايه الأمر] أن إبهام جملة «مردود على الورثه» والرد عليهم لا- يقدر في الإستدلال بالمكاتبه على مشروعيه الوقف المنقطع ومُضِيَّه على الواقف، وعدم دلالتها على صحه الحبس كما ورد في كلمات من أشير إليهم، مع تصريح مثل الشهيد الثانى (1) قدس سره بكون الوقف مجازاً فيه، وعدم ما يصلح للقربنيه عليه.

فلو كان تبادل المدّه من «الوقف» مانعاً عن إرادته الموقوف عليهم، كان تبادل «الوقف» المصطلح مانعاً عن الحمل على الحبس، وليست قرينه التعارف المستفاده من مكاتبه الصفار أضعف من قرينه إنقراض الموقوف عليهم حتى نلتجئ إلى إرادته الحبس.

والمتحصل: وفاء [صحيحه الصفار] بإثبات صحه الوقف المنقطع (2).

٣/٢\_ صحيحه أحمد بن محمد

صحيحه أحمد بن محمد عن أبى الحسن الثانى عليه السلام، قال: سألته عن الحيطان السبعه التى كانت ميراث رسول الله صلى الله عليه وآله لفاطمه عليها السلام؟

فقال: لا، إنما كانت وقفاً، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله يأخذ إليه منها ما ينفق على أضيافه، والتابعه تلزمه فيها، فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمه عليها السلام فيها، فشهد على عليه السلام وغيره

ص: ٤١٢

١- ١. المسالك ٥/٣٥٦.

٢- ٢. هدى الطالب ٧/ (٢٠٧-٢٠٤).

أَنَّهَا وَقَفَتْ عَلَى فَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلَامُ ، وَهِيَ : الدَّلَالُ ، وَالْعَوَافُ ، وَالْحُسْنَى ، وَالصَّافِيَةُ ، وَمَا لِأُمِّ إِبْرَاهِيمَ ، وَالْمَيْثُوبُ ، وَالْبُرْقَةُ. (١)

بتقريب: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَقَفَ الْحَيْطَانُ السَّبْعَةَ عَلَى بِنْتِ سَيِّدِهِ نَسَاءَ الْعَالَمِينَ فَاطِمَةَ الزَّهْرَاءَ \_ سَلَامَ اللَّهِ عَلَيْهَا \_ ، وَشَهِدَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَغَيْرَهُ أَنَّهَا وَقَفَ عَلَيْهَا وَنَفَى عَلَى بَنِي مُوسَى الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَوْنَهَا إِرْثًا وَقَالَ : «إِنَّمَا كَانَتْ وَقَفًا».

وَمِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الصَّدِيقِ الشَّهِيدِ \_ سَلَامَ اللَّهِ عَلَيْهَا \_ يَكُونُ مِنْ مَصَادِيقِ الْوَقْفِ الْمَنْقَطِعِ الْآخِرِ ، وَقَفَ لَهَا وَالِدُهَا رَسُولَ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَيُمْكِنُ الْقَوْلُ بِصَحِّهِ الْوَقْفِ الْمَنْقَطِعِ الْآخِرِ بِلَا رَيْبٍ.

وَالْحَاصِلُ : أَنَّ الْمُرَادَ بِالِدَوَامِ فِي الْوَقْفِ وَاشْتِرَاطَ صِحَّتِهِ بِهِ هُوَ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ عَلَى سَبِيلِ مَنَعِ الْخَلْوِ :

١\_ الدَّوَامُ مَا دَامَتِ الْعَيْنُ بَاقِيَةً.

٢\_ الدَّوَامُ مَا دَامَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ مَوْجُودِينَ ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِهِ الْأَبَدِيَّةُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ فَحِينَئِذٍ لَا مَنَعَ مِنْ صِحِّهِ الْوَقْفِ الْمَنْقَطِعِ.

وَالْمَخْتَارُ : هُوَ صَحِّهِ الْوَقْفِ الْمَنْقَطِعِ وَقَفًا كَمَا هُوَ الْمَحْكِيُّ عَنْ ابْنِ الْجَنِيدِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَفِيدِ وَسَلَّارِ وَابْنِ الْبِرَاجِ وَابْنِ إِدْرِيسَ وَمَالِ إِلَيْهِ الْعَلَامَةُ وَابْنُ زَهْرَةَ وَاللَّهُ الْعَالِمُ.

### ج: ملكيه العين الموقوفه

بعد القول بصحة الوقف المنقطع الآخر وبعد انقطاع الموقوف عليهم لِمَنْ تَرَجَعَ مَلِكِيَّةُ الْعَيْنِ الْمَوْقُوفَةِ ؟

فِي الْمَسْأَلَةِ أَقْوَالٌ ثَلَاثَةٌ (٢)

١\_ الرَّجُوعُ إِلَى الْوَاقِفِ أَوْ وَرَثَتِهِ طَلْقًا ، وَ«هُوَ خَيْرُهُ مَا يَزِيدُ عَلَى عَشْرِينَ كِتَابًا» (٣).

ص: ٤١٣

١- ١ . الكافي ١٣/٤٤٤ ، ح ١ (٧/٤٧) ؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ١٩/١١٩ ، ذيل ح ٢.

٢- ٢ . كما ورد في كلام المحقق والشهيد الثانيين فراجع جامع المقاصد ٩/١٦ ، والمسالك ٥/٣٥٦.

٣- ٣ . قاله السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٢١/٤٦٨.

٢- الرجوع إلى ورثه الموقوف عليهم بعد وفاتهم كما في المقنعه (١) والسرائر (٢) والمراسم (٣) ومال إليه أو قال به في التحرير (٤).

٣- الرجوع إلى وجوه البرّ فتدخل في عنوان «سبيل الله» وهو اختيار ابن زهره (٥) وجعلها الأحوط، ونفى العلامه عنه البأس في المختلف (٦).

أدله القول الأول:

وهو الرجوع إلى الواقف أو ورثته طلقا بل يمكن القول ببقاء الملكيه للواقف في الوقف المنقطع خصوصا للوجه التاليه:

أ: عدم قيام دليل يدل على الخروج؛ لأنّ مجرد إنشاء الوقف المنقطع لا يقتضى ذلك.

ب: عدم قيام الملازمه بين إنشاء الوقف المنقطع وخروج العين عن ملك الواقف.

ج: عدم قيام دليل يفيد دخول العين في ملك الموقوف عليهم في الوقف المنقطع.

د: إنّ القواعد العامه تقتضى بقاء الملك في ملكيه مالكه إلى أن يقوم السبب المزيل لها - سواء القهريه منه أو الاختياريه - وقد ثبت قيامه في الوقف الدائم دون المنقطع، وبالتالي فإنّ نفس دليل ملكيه المالك يقتضى بقاء العين في ملكيته في الوقف المنقطع.

هـ: وأخيرا - بعد الفراغ عن استعراض الأدله - فإنّ الأصل العملي أيضا يقتضى بقاء العين على ملكيه مالكه، بمعنى أنّه عند الشكّ في خروجها بعد إنشاء الوقف المنقطع، فإنّ الاستصحاب يقتضى بقاءها (٧).

ص: ٤١٤

١-١ . المقنعه / ٦٥٥.

٢-٢ . السرائر ٣/١٦٥.

٣-٣ . المراسم / ١٩٨.

٤-٤ . التحرير ٣/٢٩٢.

٥-٥ . غنيه النزوع / ٢٩٩.

٦-٦ . مختلف الشيعه ٦/٣٠٥ و ٣٠٦.

٧-٧ . العقد النضيد ٥/٩٨.

ويمكن تأييد هذه الأدلة بصحيحه الحسين بن نعيم الصحاف عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: سألته عن رجلٍ جعل دارا سكنى لرجلٍ إبان حياته، أو جعلها له ولعقبه من بعده؟

قال: هي له ولعقبه من بعده كما شرط.

قلت: فإن احتاج، يبيعه؟ قال: نعم.

قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟

قال: لا- ينقض البيع السكنى كذلك، سمعت أبي عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا- ينقض البيع الإجاره ولا السكنى، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط والإجاره.

قلت: فإن ردّ على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من التفقه والعماره فيما استأجره؟

قال: على طيبه النفس، ويرضى المستأجر بذلك لا بأس. (١)

بناءً على أن المراد بالجعل هنا الوقف ولا الحبس، فتدلّ على جواز بيع الوقف المنقطع الآخر من الواقف وإذا جاز بيعها فالعين كانت باقية على ملكه ولم تخرج عن ملكيته حتى ترجع إليه وأمّا لو كان المراد من الجعل فيها الحبس فلاتفى بالمقصود ولذا يمكن تأييد الأدلة بهذه الصحيحه فقط.

«وعن المحقق القمي (٢) رحمه الله أنه التزم بأن الوقف المنقطع يقع حبسا، والمراد بالحبس إبقاء المالك العين على ملكه وتمليك المنفعه منها للمحبوس له أو جعل الانتفاع منها له، وإن قيد ذلك بما دام عمر المحبوس له أو مادامت حياته أو بزمان خاص فهو، وإن جعل مطلقا يلزم مادامت حياه الحابس.

ووجه التزامه أن الوقف المنقطع لا يقع وقفا لاعتبار التأييد في تحقق عنوان الوقف،

ص: ٤١٥

١-١ . الكافي ١٣/٤٢٠، ح ٣٨ (٧/٣٨)، ونقلها في وسائل الشيعه ١٩/١٣٥، ح ٣، الباب ٢٤ من أبواب كتاب الاجاره عن المشايخ الثلاث في الكتب الأربعة.

٢-٢ . جامع الشتات ٤/٨١.

والمراد بتأييد جعل العين للموقوف عليهم إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وأما وقوعه حبسا فاستشهد بصحيحه عمر بن أذينة قال: «كنت شاهداً ابن أبي ليلى فقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلّه داره ولم يؤت وقتاً، فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابته الذي جعل له غلّه الدار، فقال ابن أبي ليلى: أرى أنّ أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمّد بن مسلم الثقفى: أما إنّ علي بن أبيطالب قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟»

فقال: سمعت أبا جعفر بن محمّد بن علي عليه السلام يقول: قضى علي عليه السلام برد الحبس وإنفاذ المواريث.

فقال له ابن أبي ليلى: هذا عندك في كتابك؟ قال: نعم، قال: فأرسل واثنتي به.

قال له محمّد بن مسلم: علي أنّ لا- تنظر من الكتاب إلّا في ذلك الحديث، قال: لك ذاك. قال: فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فردّ قضيته<sup>(١)</sup>.

أقول: كان في نسخته رحمه الله «ولم يوقف وقفا»<sup>(٢)</sup>، وفهم منه أنّ الجعل إذا لم يكن وقفاً يكون حبساً، وفيه ما لا يخفى، فإنّ الحبس كسائر العقود والإيقاعات يحتاج إلى القصد ومع عدمه أي بإرادته تملك العين - كما هو الفرض - لا يتحقّق الحبس، والرواية ظاهره في إرادته الحبس مطلقاً المحكوم بعود العين معه إلى ملك الحابس بموته كما لا يخفى.

لا يقال: إذا كان الوقف المنقطع بقصد التقرب فكيف يلتزم بعود الملك إلى الواقف وانتقاله إلى ورثته حين موته مع ما دل على أنّ ما كان لله لا يرد؟

فإنه يقال: معنى عدم ردّه عدم إرجاع العين بفسخ المعاملة الواقعة بقصد التقريب، وأما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعاملة فلا يدخل في مدلول ذلك الدليل، كما لو تصدق بمنفعه داره إلى سنتين فبعد انقضاء المدّة لا يكون استرجاع الدار منافياً له، وبهذا يظهر

ص: ٤١٦

١-١. الكافي ١٣/٤٠٨، ح ٢٧ (٧/٣٤)؛ وسائل الشيعه ١٩/٢٢٣، ح ١، الباب ٥ من كتاب السكنى والحبس.

٢-٢. بدل «ولم يؤت وقتاً».

الحال فى الحبس بقصد القربه، فتدبر جيداً»(١).

وبالجملة: لم يثبت خروج العين عن ملك الواقف فى الوقف المنقطع الآخر.

دليل القول الثانى:

استدل للقول الثانى «بأن للوقف حقيقه واحده يشترك فيها الوقف المؤيد والمنقطع، فهما متفقان فى اندراجهما تحت هذه الحقيقه الواحده، التى هى انتقال العين الموقوفه بعد إنشاء الوقف إلى ملكيه البطن الموجود من الموقوف عليهم ملكيه فعليّه، وإلى ملكيه البطون اللاحقه ملكيه شأنيّه، ولذلك لا يمكن فرض المنقطع وقفا ثم سلب الحقيقه المذكوره عنه، بل بالضروره لابد فيه من انتقال الملكيه إليهم فعلاً وشأناً.

أقول: ويرد عليه نقضا وحلاً:

أمّا النقض: فإنّ اعتبار كون الوقف له حقيقه واحده دعوى لا غبار عليها، لكن هناك موارد تشمل عنوان الوقف مع فقدها للحقيقه المذكوره، كما فى وقف المساجد، حيث أنّ وقفها يشابه تحرير العبيد فى فكّها عن رقبه الملكيه والإضافه، فكما أنّ وقف المسجد لا يتضمّن ملكيه الموقوف عليهم له، فيمكن الأمر فى المقام كذلك.

أمّا الحلّ: [فأولاً: لا نقبل انتقال العين الموقوفه إلى موقوف عليهم ولم يدلّ دليل عليه.

وثانياً:] لابدّ من التفريق بين الوقف الدائم والوقف المنقطع برغم اشتراكهما فى الحقيقه المذكوره، لأنّ الإنشاء فى الوقف الدائم عند العامه والخاصه ليس إلّا حبس العين وتسييل الثمره، وهم يقتضيان سلب الملكيه وآثارها عن الواقف، ونقلهما إلى الموقوف عليهم أبداً إلى أن يرث الله الأرض ومنّ عليها، ولذلك لا يصحّ فرض تحقّق الوقف الدائم واعتبار بقاء ملكيه العين للواقف، بل بمجرد إنشاء الوقف تنتقل ملكيه العين وآثارها عن الواقف إلى الموقوف عليهم، ويعدّ الواقف \_ عرفاً وعقلاً \_ وعند جميع الملل والنحل \_ أجنبيّاً بالمرّه عن العين ومنافعها.

ص: ٤١٧



وهذا بخلاف ما عليه الحال في الوقف المنقطع، حيث أنّ الواقف قد سلب عن نفسه من خلال إنشاء المذكور الملكيه لمده محدوده لا- دائمه، وبالتالي فلا مانع من اعتبار الملكيه له بعد انقضاء الفتره المذكوره، وهذا ما قام عليه الارتكاز العقلائي، ولا أقل من أنّ الأصل عند الشكّ في ثبوت هذا الارتكاز والترديد في سعه الدليل وضيقه، هو الاقتصار على القدر المتيقّن من انتقال الملك عنه في الفتره المذكوره، ومن ثمّ عوده إليه.

وهكذا \_ نقضا وحلاً \_ ثبت بطلان دعوى القائلين بانتقال الملك من الواقف في الوقف المنقطع»(١).

وأما دليل القول الثالث:

فالظاهر أنّ دليل السيّد ابن زهّره عدم تماميه دليل القولين فذهب إلى أنّ الرجوع إلى وجوه البرّ أحوط.

ويرد عليه: مع تماميه أدله القول الأول أنّ الرجوع أو البقاء على ملك الواقف تام.

### د: بيع العين الموقوفه في الوقف المنقطع الآخر

#### اشاره

بناءً على القول الأوّل في ملكيه العين

أعنى رجوعها إلى الواقف أو ورثته طلقاً، بل يمكن القول بعدم خروجها من ملك الواقف في هذا القسم.

فحينئذ يمكن القول بصحة بيعها، لأنّ العين باقيه في ملك الواقف أو ترجع إليه فيجوز بيعه لأنّه باع ما يملكه.

### المناقشه في صحه هذا البيع بالغرر

قد جاءت المناقشه في صحته بوجود الضرر في هذا البيع وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر وأوّل مَنْ تعرض لهذا

النقاش الشيخ أسدالله التستري(٢) وتبعه الشيخ الأعظم(٣) \_ قدس سرهما \_ ويمكن طرحها بتفريبين:

ص: ٤١٨

١- ١ . العقد النضيد ٥/ (٩٨-٩٦).

٢- ٢ . مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٦٥.

٣- ٣ . المكاسب ٤/١٠٢.

«الأول: أن العين الموقوفه على من ينقرض وإن كانت ملكا للواقف حسب الفرض، ولكنها مسلوبه المنفعه، لكونها مستحقه للموقوف عليه مدّه حياته. ولما لم يكن أمد إستحقاق المنفعه مضبوطا بالأعوام لم يعلم المشتري أن عوض الثمن هل هو المبيع المسلوب منفعته سنه أو مسلوبها عشر سنين؟ فيصدق «البيع الغررى» عليه، لدخل قصر المدّه وطولها فى مالىه المبيع زياده ونقصا.

والشاهد على أن الجهل بزمان تسليم المنفعه يوجب غرريه البيع ما ذكره فى بطلان بيع مسكن المطلقه بالأقراء، لجهاله وقت إنتفاع المشتري بذلك المسكن، لدوران زمان عدتها بين ستة وعشرين يوما ولحظتين (1)، وتسعه أشهر، وسنه، وخمسه عشر شهرا. (2) فلو باع المالك هذا المسكن فلا بد أن يبيعه مسلوب المنفعه، فإن علم أمد العده \_ كما إذا كانت بالأشهر \_ صحّ البيع، فهو نظير بيع دار مؤجره سنه. وإن لم يعلم لزم الجهل بوقت تسليم المنفعه \_ وهى السكنى \_ للمشتري، فيبطل البيع.

قال المحقق قدس سره: «لو طلقها ثم باع المنزل، فإن كانت معتده بالأقراء لم يصح البيع، لأنها تستحق سكنى غير معلومه، فيتحقق الجهاله... ولو كانت معتده بالشهور صحّ، لإرتفاع الجهاله» (3).

والمقام أولى بالبطلان، لإمكان إستثناء البائع \_ لمسكن المعتده \_ أطول مدّه يقطع بعدم زياده العده عليها، وهى خمسه عشر شهرا، بخلاف ما نحن فيه، إذ لا سبيل للعلم بمدّه حياه الموقوف عليه حتى يستثنىها الواقف.

الثانى: أنه لا فرق فى مانعيه الغرر فى البيع بين الجهل بذات العوضين وبين الجهل بشأنهما من وصفٍ أو خصوصيه كما فى المقام، لكون وقت القدره على تسليم المنفعه للمشتري مجهولا (4).

ص: ٤١٩

١-١ . راجع شرائع الإسلام ٣/٢٣.

٢-٢ . راجع شرائع الإسلام ٣/٢٦.

٣-٣ . شرائع الإسلام ٣/٣٢.

٤-٤ . هدى الطالب ٧/٢١١.

وتبعهما المحقق السيد الخوئي وذهب إلى غرريه هذا البيع وقال: «نعم، يكون البيع باطلاً من جهه الجهاله فيكون غرريا فهو منهى عنه لأنّ مدّه انتفاع الموقوف عليهم وانقراضهم مجهوله ومن هنا منع الأصحاب كما حكى عن الإيضاح بيع مسكن المطلقه المتعده بالإقراء لجهاله مدّه العده.

وبالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع وان لم يكن فيه مانع من الأخبار مع وجود المقتضى له ولكن جهاله مدّه مانعه عنه من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت استحقاق التسليم التام على وجه يتنفع به كما لا يخفى» (١).

## مقاله المحققين الخراساني والإصفهاني في صحة معامله

### اشاره

ولكن في مقابلهم ذهب المحقق الخراساني إلى عدم غرريه هذه معامله وقال: «يمكن أن يقال: إنّ الجهاله أنّما توجب الغرر المضرّ فيما إذا كانت في نفس العوضين، لا في منافعهما، حيث أنّ المنافع ليست موردا للبيع، ولذا لو لم يعلم مقدارها، وإنّ منفعه هذه العين، قليلة أو كثيره، لم يضرّ قطعاً. نعم تفاوت المنفعه، توجب تفاوت مائته ذى المنفعه، والجهل بها ربّما يوجب الجهل بمقدار مائته، لكن الجهل بمقدار المائته مع العلم بالمال، لا يوجب الغرر، ولو سلّم فلا يكون بضرّ بلا إشكال» (٢).

مراده: «أنّ الغرريّه وصف متعلق للبيع، والقواعد تقتضى لزوم عدم غرريّه البيع، لكن غرريته تكون بغرريّه متعلقه الذي هو العين دون المنافع؛ أي لو كانت الجهاله في ذات العين وأوصافها كانت السبب في تحقّق الغرر المبطل للمعامله، وأمّا إذا لم تكن العين مجهوله بل كانت الجهاله في المنافع من جهه مدّه التسليم وكيفيه ذلك، فإنّ مثل هذه الجهاله لا تكون مضرّه، لعدم سرايتها إلى ذات العين وصفاتها، فإذا كانت العين معلومه الذات والصفات وتحققت قدره على تسليمها \_ وإن جهل تاريخ التسليم \_ فإنّ مثل هذه العين لا مجال لآتصاف بيعها بالغرور، ومن ثمّ البطلان» (٣).

ص: ٤٢٠

١- ١. مصباح الفقاهه ٥/٢٣٦.

٢- ٢. حاشيه المكاسب / ١١٤.

٣- ٣. العقد النضيد ٥/١٠٤.

وتبع المحقق الإصفهاني أستاذه الخراساني وذهب إلى صحة معامله وأن الجهالة المدعاه لا تضر بصحتها للوجوه التاليه وقال: «إنَّ المقتضى لصحة البيع وهي الملكيه موجود فلا بدّ من مانع عنه شرعا، وما يكون مانعا [١] إمّا الجهالة بمقدار المنفعه التي يستحقها الموقوف عليه؛ للجهل بأمد انقضائها بانقراض الموقوف عليه، [٢] وإمّا الغرر.

والأول: وإن كان مانعا بعنوانه؛ ولكنه على فرض مانعيته فإمّا يمنع إذا كان متعلّقا بمورد البيع وهي العين ذاتا وصفه، وكلتاها معلومه، والمنفعه أجنبيه عن مورد المعامله \_ وإن كانت كثرتها وقلتها موجب لزياده ماليتها وقلتها \_ إلا أنّ اللازم معرفه المال لا معرفه المايه قله وكثره.

والثاني: هو الغرر فتوهمه باعتبار أنّه تاره من حيث الجهل بذات المبيع، وأخرى بوصفه، وثالثه من حيث الجهل بالتمكن من التسليم والتسلم؛ مع أنّ أصل القدره على التسليم معلوم؛ وإمّا المجهول وقت التسليم التام الذي يتمكن معه من استيفاء المنفعه، وعليه فكون المعامله المعلوم فيها ذاتا وصفه وتسليما غرريا للجهل بوقت التسليم غير معلوم، ولو فرض كونها غرريه فكون مطلق الغرر مانعا \_ مع أنّ العمده في مانعيته الاجماع \_ غير معلوم، مضافا إلى النص الوارد في الحبس؛ (١) فإنه يُفهم منه أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يمنع عن صحة البيع لا بعنوانه ولا بعنوان الغرر» (٢).

وحاصل كلامه: أنّ المعامله صحيحه للوجوه الثلاثه:

١\_ «بعد فرض أنّ أصل القدره على التسليم معلوم، وإمّا المجهول وقت التسليم التام الذي يتمكن معه من استيفاء المنفعه، وعليه فكون المعامله المعلوم فيها ذاتا وصفه وتسليما، غرريا للجهل بوقت التسليم، غير معلوم.

٢\_ ولو فرض كونها غرريه، فكون مطلق الغرر مانعا \_ مع أنّ العمده في مانعيته الاجماع \_ غير معلوم.

ص: ٤٢١

١-١ . وسائل الشيعه ١٩/١٣٥، ح ٣، الباب ٢٤ من أبواب الاجاره، صحيحه حسين بن نعيم الصحاف.

٢-٢ . حاشيه المكاسب ٣/١٦٥ و ١٦٦.

٣- مضافا إلى النصّ الوارد في الحبس، فإنّه يفهم منه أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا- يمنع عن صحّحه البيع لا- بعنوانه ولا بعنوان الغرر»(١).

### نقد مقالتهما في بيان الاستاذ المحقق

حيث أنّ مقاله الخراساني مطويه في ضمن مقاله الإصفهاني يظهر نقد الأول من الثاني.

ويمكن أن يناقش في الوجوه المذكوره في كلام الإصفهاني: «أما الوجه الأول: دعواه رحمه الله (بعدم غرريّه معامله المعلوم فيها ذاتا وصفه، وتسليما وإن كان وقت التسليم مجهولاً).

فممنوعه [أولاً]: لأنّ مسلوبيّه المنفعه عن العين تعدّ من الأمور المتعلّقه بذات العين ووصفها، وبالتالي فإنّ الجهل بها يؤدّي إلى الجهل بهما، وبذلك يبطل دعواه بمعلوميّه معامله ذاتا وصفه.

وثانيا: لو سلّمنا معلوميّتهما، فإنّ البحث في المقام عن الغرر الذي يعدّ من المواضيع الشرعيّه المجعوله والمترتب عليها الآثار، ومثل هذه المفاهيم يعدّ العرف مرجعا في معرفه سعتها وضيقتها، فإنّ العرف يرى غرريّه معامله التي يجهل المشتري الفتره التي يجب عليه فيها الانتظار لكي يقبض المبيع.

وبعبارة أخرى: إنّ العرف يرى هذه معامله غرريّا، فمانعيّه الغرر لأجل أنّ المشتري جاهل بما يقبضه في مقابل ما دفعه من الثمن، ولا- يخفى أنّ مائيّه الأشياء مرتبطه بمنافع الأعيان، بحيث لو انتفت المنفعه انتفت المائيّه بتبعها، وكذلك تقلّ المائيّه أو تزيد بتبع قلّه المنفعه وزيادتها، فالمال الذي نجهل حالها مسلوبه المنفعه لعشر سنوات أو لمئه سنه، فإنّ مائيّتها أيضا تكون مجهوله، ولا شكّ أنّ دفع الثمن في مقابل ما تكون مائيّتها مجهوله غرري، لجهل الدافع بمقدار المنافع التي تعود إليه في مقابل ثمنه المدفوع.

وبالجملة: أنّ الغرر صادق في المقام لجهتين:

ص: ٤٢٢

أولاً: من جهة الوصف.

وثانياً: لو سلمنا عدم صدقه من جهة الوصف، فإنه صادق من جهة الجهل بالماليه.

أما الوجه الثانى: أن دعواه بعدم مانعيه مطلق الغرر صحيحه، فيما لو اعتبرنا الإجماع دليلاً ومستنداً على مانعيه الغرر، أما إذا التزمنا بأن المستند هو قوله صلى الله عليه وآله: «نهى النبى عن بيع الغرر» فإن الدعوى مدفوعه، لأن الغرر المنهى عنه فى الخبر المذكور قد أسند إلى البيع دون المبيع، ولذلك ينبغى أن نلاحظ أصل المعامله وكيفيه وقوعها، وعن أنها غرريه أم لا دون المبيع، ولذلك لا يؤثر معلوميته المبيع فى صحه المعامله الغرريه.

نعم، لو كان المستند هو الإجماع صحّ البحث عن أن الغرر المنهى بالإجماع هل يختص بالمبيع أو يعمه؟ مما يقتضى فى الأدله اللبىه الاكتفاء بالمتيقن منه، وهو النهى عن الغرر فى البيع.

ولكن بعد ما ثبت أن المستند دليل لفظى فلا- مجال للمناقشه المذكوره؛ لأنّ البحث يدور حول الوقف المنقطع الذى نجعل أمده، حيث تكون الجهاله من جهة المنافع فيصدق الغرر عرفاً ويشمله عموم دليل النهى.

أما الوجه الثالث: فإنّ استشهاده أخيراً بالنص أيضاً عليل؛ لأنّ الوارد فى صحيحه حسين بن نعيم أنه.

«سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أيام حياته، وجعلها له ولعقبه من بعده...»(1) فإنّ الاستفادة من ظاهرها السؤال عمّن قام بحبس الدار لسكنى الرجل طيله حياته ولعقبه بعد وفاته، ولا علاقته لها بالوقف حيث لم يرد فيها ذكر لعنوان الوقف، بل ليس فيها دلالة - لا مطابقته ولا التزاميه - على الوقف، فتتحصّر دلالتها بالحبس أو لا أقلّ من أن الوقف يصبح مشكوكاً لترددها بينه وبين الحبس، فتصبح الروايه مجمله وتسقط عن قابليته الاستدلال بها.

وخلصه الكلام: أن غايه ما يستفاد من هذا الخبر أنه لو قام من حبس داره لسكنى

ص: ٤٢٣

الرجل وعقبه، يبيع الدار، فإن يبعه صحيح برغم أن سكنى الرجل فيه ثابت ما دام حيًا.

وبالتالى، فما ذهب إليه الشيخ [الأعظم (١)] والمحقق الإصفهاني من الاستدلال بهذا الخبر ممنوع. بل غاية ما يمكن دعواه أن الخبر إمّا ظاهر فى الحبس للسكنى، أو أنه مجمل، وعند الإجمال يصبح الغرر مانعا عن صحّحه البيع، فإذا ثبت غرريّه معامله عرفا، فإن مقتضى القواعد الدالّة على بطلان المعاملات الغرريّه بطلان هذه المعامله (٢).

### المختار فى بيع العين الموقوفه فى الوقف المنقطع الآخر

صحيحه حسين بن نعيم الصّحّاف (٣) تدلّ على صحّحه بيعها، لأنّ المستفاد منها أنّ الجهل بوقت انقضاء السكنى لا يضرّ بصحّحه البيع لا بعنوان الجهل ولا بعنوان الضرر ولذا حكم الإمام عليه السلام فيها بصحّحه البيع.

فحينئذ الجهل بانقضاء أمد الوقف المنقطع الآخر أيضا لا يضرّ بصحّحه البيع.

وأما ادعاء وجود الغرر فى هذه المعامله للجهل بمده مسلوبه المنفعه وهو يؤدى إلى الجهل بذات العين ووصفها، مضافا إلى أنّ العرف يرى هذه المعامله غرريا فغير تام.

ولظهور عدم تماميه هذا الادعاء نبحت عن معنى الغرر فى كلمات اللغويين:

قال الخليل: «الغَرَرُ كالخطر، وغَرَّرَ بماله أى: حَمَلَهُ على الخَطَرِ.

والغُرُورُ من غَرَّ يَغُرُّ فَيَغُرُّ به المَغْرُورُ. والغُرُورُ: الشَّيْطَانُ. والغَارُ: الغافل» (٤).

وقال ابن دُرَيْد: «... وغَرَّ الرجلُ الرجلَ يَغُرُّ غَرًّا إذا أوطأه عَشْوَةً أو خَبَّرَهُ بكذب... والغَرَرُ معروف... وفعلتُ هذا الأمر على غَرِّهِ، إذا فَعَلْتُهُ وأنت غير عالمٍ به» (٥).

وقال ابن فارس: «غر:.... ومن الباب يبيع الغرر، وهو الخطر الذى لا يُدْرِى أىكون أم لا، كبيع العبد الآبق، والطائر فى الهواء. فهذا ناقص لا يتم البيع فيه أبدا. غر الطائر فرخه،

ص: ٤٢٤

١-١ . المكاسب ٤/١٠٣.

٢-٢ . العقد النضيد ٥/(١٠٨-١٠٥).

٣-٣ . وسائل الشيعة ١٩/١٣٥، ح ٣.

٤-٤ . ترتيب كتاب العين ٧٠٨.

٥-٥ . ترتيب جمهره اللغة ٢/٦٤٣.

إِذَا زَقَّه، وَذَلِكَ لِقَلَّتْهُ وَنُقْصَانِ مَا مَعَهُ»(١).

وقال الراغب الإصفهاني: «غَرَّ: يقال غَرَرْتُ فلانا أصبْتُ غِرَّتَهُ ونَلْتُ منه ما أريدُه، والغِرَّةُ غِفْلَةٌ في اليقظه، والغرارُ غِفْلَةٌ معَ غَفْوِهِ، وأصل ذلك من الغُرِّ وهو الأثر الظاهر من الشيء ومنه غُرَّةُ الفرس. وغِرَارُ السيفِ أي حَدُّه، وغِرُّ الثوبِ أثرُ كسره، وقيل أطوه على غِرِّه، وغِرَّةُ كذا غُرُّورا كأنما طواه على غِرِّه»(٢).

وقال الزمخشري: «غ ر ر: تغرَّرَ الفرسُ وتحجَّلَ، وهم غُرَّرَ فرسِيك؟ وصبَّحهم الجيشُ وهم غارُّون أي غافلون. ويقال: «أغرُّ من ظبي مُقمِر» لأنه يخرج في الليله المقمره يرى أنه النهار فتأكله السباع، واغترَّه الأمرُ: أتاه على غِرِّه»(٣).

وقال ابن الأثير: «أنه نهى عن بيع الغرر هو ما كان له ظاهر يُغَرُّ المشتري، وباطنٌ مجهول.

وقال الأزهري: بيع الغرر: ما كان على غير عهده ولا ثقته، وتدخَّل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهما المتبايعان، من كلِّ مجهولٍ. وقد تكرر في الحديث»(٤).

وقال أبو منصور: «غرر: ... خدعه وأطمعه بالباطل»(٥).

وقال الفيومي: «الغِرَّةُ: بالكسر الغفله...»(٦).

وأنت ترى أنَّهم يأخذون في الغرر الخدعه والغفله والحيله والاحتيال وقد استعملت مشتقات هذه المادَّة في القرآن الكريم في ما يقرب من ثلاثين آية وفي الجميع يرجع معناها إلى الاحتيال والخدعه.

ص: ٤٢٥

١-١ . معجم مقاييس اللغة ٤/٣٨١.

٢-٢ . المفردات / ٣٧١.

٣-٣ . أساس البلاغة / ٣٢٢.

٤-٤ . النهاية ٣/٣٥٥.

٥-٥ . لسان العرب ٥/١١ ونقل عنه السيّد محمد حسين الحسيني الجلالى فى تلخيص الذهب من لسان العرب ٣/١٤.

٦-٦ . المصباح المنير / ٤٤٤.



كما أنّ استعمالها في السنه كذلك كقوله عليه السلام : المغرور يرجع على من غرّه، ونحوها.

وحيث أنّ الاحتيال والخدعه مُتَّفٍ في هذه المعامله لأنّ ذات العين ووصفها وتسليمها معلوم والجهل بالنسبه إلى وقت تسليم العين مع علم المشتري بالوقفه لا يدخلها في الغرر ولا يضر بصحه البيع المستفاد من صحيحه الصّحّاف فالحكم بصحه هذا البيع تام عندنا والحمد لله العالم بأحكامه.

ص: ٤٢٦

اشاره

قال الشيخ الأعظم: «ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: صيروره المملوكه أم ولد لسيدها، فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع الفائدة (١)» (٢).

هذا البحث القسم الثاني من الأملاك الخارجة عن الطلقه ونبحث عنه مع عدم وجود الموضوع لأم ولد في هذه الأعصار لعدم اندارس أحكام الله تعالى ولما فيه فوائد ونتائج.

المسأله إجماعية بين المسلمين

قال السيد العاملئ: «عدم جواز بيع أم الولد مع وجوده وإيفاء ثمنها أو قدره عليه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين كما في مجمع البرهان (٣) والحدائق (٤). وفي الغنيه (٥) الإجماع عليه. وهو ظاهر المبسوط (٦) ولم نجد الخلاف إلا من الشيخ ميثم البحراني ذكره في شرح نهج البلاغه (٧) على ما هو بيالى.

ص: ٤٢٧

١-١ . مجمع الفائدة ٨/١٦٩.

٢-٢ . المكاسب ٤/١٠٧.

٣-٣ . مجمع الفائدة والبرهان: في بيع أم الولد ٨/١٦٩.

٤-٤ . الحدائق الناضره: في بيع أم الولد ١٨/٤٤٨.

٥-٥ . غنيه النزوع: في البيع ٢٠٨/.

٦-٦ . المبسوط: في الوقوف والصدقات ٣/٢٨٧.

٧-٧ . لم نعر عليه حسب ما تفحصنا.

ويتحقق الاستيلاء بعلوقها به في ملكه وإن لم تلجه الروح. والتقيد بحياه ولدها وقع في كثير من عبارات الأصحاب. وهو مبني على الغالب أو التجوز، لأنه قبل ولوج الروح لا يوصف بالحياه.

وقد أُلحق جماعه (١) بالبيع سائر ما يخرجها عن الملك لظهور الاشتراك في العله. ولأنه لو جَوَز غيره لانتفى فائده منعه وهي بقاؤها على الملك لتعتق، إذ تخرج عن الملك بوجه آخر مثل الصلح والهبة وغيرهما.

ولا خلاف عندنا أنه يجوز بيعها بعد موت ولدها كما في مجمع البرهان (٢) والإجماع ظاهر الروضه (٣) (٤).

### تبيين المسأله

ثم بعد وضوح خروج أم ولد عن الطلقه وأنه «من الأمور المسلمه بين المسلمين، فلا- وقع للبحث عن دلاله الأدله التي أقيمت عليه، وعدم دالتها كما في حاشيه المحقق الخراساني (٥) قدس سره. كما أنه لا وقع للبحث عن أن خروجها عن الطلقه هل هو لحق من الله سبحانه عليها، أو لحق الولد، أو لحق نفسها؟ لأن هذه كلها من علل التشريع، لا من عله الحكم حتى تكون وظيفه الفقيه تنقيحها فلا يهتمنا البحث عنها، إنما المهم أمور آخر ينبغي إيضاحها:

الأول: هل يختص المنع عن التصرف فيها بخصوص البيع، أو يعم مطلق المعاوضه، أو مطلق النقل ولو لم يكن معاوضه كالهبة؟ وجوه، بل أقوال، والأقوى هو الأخير.

وتوضيح ذلك: أن الأحكام المترتبه على العقود تارة يستفاد من نفس أدلتها أو من

ص: ٤٢٨

١-١. منهم الأردبيلي في المجمع: في البيع ٨/١٧٠، والبحراني في الحدائق: في البيع ١٨/٤٤٨.

٢-٢. مجمع الفائده والبرهان: في بيع أم الولد ٨/١٧٠.

٣-٣. الروضه البهيه: في التجاره ٣/٢٥٧.

٤-٤. مفتاح الكرامه ١٣/١٣٤.

٥-٥. حاشيه المكاسب ١١٥.

مناسبه الحكم والموضوع: أنها مختصة بالبيع، ولا تجرى في غيره، كخيار المجلس والحيوان.

وأخرى يستفاد: أنها جارية في مطلق المعاوضه، يباعا كانت أو صلحا أو إجاره، كتلف المبيع قبل قبضه على ما سيجيء: من أن قاعده الانفساخ قبل التلف تجرى في عوض الخلع والمهر ونحو ذلك؛ لأن المدار فيها على الضمان المعاوضي.

وثالثه يستفاد: أنها جارية في مطلق النقل والانتقال ولو لم يكن معاوضه؛ كالهبة ونقل أم الولد فإنه لا يجوز نقلها عن ملك سيدها ولو بالهبة، فإن من مناسبه الحكم والموضوع يستفاد أن الاستيلاد مانع عن التصرفات الناقله.

بل ادعى بعضهم المنع عن كل تصرف كان في معرض النقل كالرهن.

ولكن الحق: أن المنع عن الرهن لو قلنا به فليس من جهة المنع عن مطلق التصرف فيها، فإن التصرفات الغير المزاحمه لعتقها من نصيب ولدها لا دليل على المنع عنها، ولذا لا ينبغي الإشكال في جواز عتقها، بل المنشأ في المنع عن الرهن قصور أدله الرهن؛ لأن الغرض منه كون المرهون وثيقه للدين، فيباع ويؤخذ الدين من ثمنه، وحيث إن أم الولد لا يجوز بيعها فلا يجوز رهنها.

إلا أن يقال: إن مرجع ذلك إلى امتناع رهنها؛ لأن الرهن يقتضى \_ طبعا \_ أن تكون العين المرهونه مخرجا للدين، وحيث إنها غير قابله لذلك فلا يصح رهنها، فالمانع ليس مجرد قصور الأدله، بل لامتناع تحقق حقيقه الرهن في أم الولد.

الثاني: أنه لا إشكال في أن عدم جواز التصرفات الناقله فيها يدور حدوثا وبقاء مدار حياه الولد، فلو مات ولم يخلف ولدا تصير طلقا. إنما الإشكال في أنه لو مات وخلف ولدا فهل تبقى على ما كانت عليه من المنع مطلقا لصدق كونها أم ولد، أو تخرج مطلقا لكون الولد حقيقه في ولد الصلب، ولا أقل من كونه ظاهرا فيه، أو يفصل بين كون ولد الولد وارثا للمولى فتبقى على المنع وعدم كونه وارثا له فتخرج عنه؟ وجوه، [بل

أقوال(١)] والأقوى هو الأخير؛ لأنها وإن كان يصدق عليها أم الولد إلا أنها إذا لم يكن للولد نصيب منها فلا مانع من جواز بيعها.

الثالث: يكفى الحمل فى المقام وإن قلنا بأن الولد لا يصدق عليه حقيقه، بل يعتبر فيه الانفصال؛ وذلك لقوله عليه السلام: «هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل»(٢).

ثم إنه لا- يعتبر فى الحمل ولوج الروح، بل يكفى استقرار النطفه فى الرحم إذا كان منشأ نشوء آدمى. ولا يدل على خلاف ذلك قول [الإمام الصادق] عليه السلام فى مكاتبه يطؤها مولاها فتحبل حيث قال عليه السلام: «يردّ عليها مهر مثلها، وتسعى فى قيمتها فإن عجزت فهى من أمهات الأولاد»(٣)؛ لعدم الملازمه بين زمان السعى والعجز، وبين ولوج الروح غالبا، فإن السعى فى أداء مال الكتابه لا يحتاج إلى زمانٍ طويل، ولا سيّما أنّ الغالب انكشاف الأمر فى العجز والقدره.

الرابع: يعتبر فى الحمل أن يكون ملحقا بالمولى، فإذا زوج أمها ثم وطئها زنا واستولدها فهى ليست بأُمّ ولد شرعا؛(٤) لأنّ للعاهر الحجر، إنّما الكلام فى أنه هل يعتبر الوطء من المولى، أو يكفى كون النطفه منه وإن حصل الحمل بالمساحقه مع من وطئها المولى؟ وجهان: من دعوى الانصراف، ومن أنّ المدار كون الولد ملحقا بالمولى شرعا ولو كان الوطء محرّما كما فى حال الحيض، والأقوى هو الأخير؛ لأنّه إذا كان الولد ملحقا به

ص: ٤٣٠

- ١- ١. ذهب صاحب الحقائق ١٨/٤٥٦ إلى أنه ولد فلا يجوز بيعها، وإطلاق كلام ثانى الشهيد فى الروضه ٣/٢٥٧ والسبزوارى فى الكفايه ٢/٤٧٤ إلى جواز بيعها واختار صاحب المدارك فى نهايه المرام ٢/٣١٨ القول الأخير وهو التفصيل.
- ٢- ٢. وسائل الشيعه ٢٣/١٧٢، ح ١، الباب ٤ من أبواب الاستيلاد، صحيحه محمّد بن مارد.
- ٣- ٣. وسائل الشيعه ٢٣/١٥٨، ح ٢، الباب ١٤ من أبواب المكاتبه، معتبره السكونى، مع اختلافٍ يسير.
- ٤- ٤. ليست لأُمّ الولد حقيقه شرعيه فإذا استولدها من الزنا وكان الولد من المولى تكون الأمه أمّ ولد كما اعترف به الماتن من كفايه كون النطفه من المولى ولو كان الوطى محرّما. [المؤلف]

فيصدق عليها كونها أمّ الولد، ولا وجه للانصراف»(١).

الخامس: «لا- يخفى أنّ استفاده القاعده الكليّه من الأخبار أو انعقاد الإجماع عليها لا ينافى وقوع الخلاف في بعض صغرياتها والاتّفاق على خروج بعضٍ آخر؛ لأنّ جميع القواعد العامّه قابله للتخصيص، ففي الموارد التي انعقد الإجماع على الخروج لا كلام فيها، وأمّا في مورد الخلاف فيتمسّك بعموم القاعده، ويمنع جواز نقلها، لا من باب قاعده المقتضى والمانع فإنّها لا أساس لها أصلاً، مضافاً إلى المنع عن وجود المقتضى للمنع حتّى يرد عليه: أنّ مع إحراز المقتضى والشكّ في المانع يجب الحكم بترتب المقتضى - بالفتح - بل من باب أنّ هذه القاعده الكليّه من قبيل العناوين الأوليه التي لا ينافيها طرؤ عنوان ثانويّ، فإذا أحرز العنوان الأوليّ وشكّ في طرؤ العنوان الثانويّ الراجع لعموم المنع يتمسّك بالعموم حتّى يثبت التخصيص، كما يتمسّك به في الشكّ في رافعيّه الموجود لشبهه حكميّه أو مفهوميّه.

وبالجملة: يُستفاد من الإجماع والأخبار: أنّ نفس عنوان كون الأمه أمّ الولد من العناوين الموجهه لخروج الملك عن الطلقيه، فإذا ثبت بدليلٍ قطعيّ جواز نقلها في موردٍ فهو، وإلاّ يحكم بالعدم»(٢).

### صور جواز بيع أمّ الوَلد

#### الصورة الأولى: جواز بيعها في ثمن رقبتها الذي وقع في عقد المعاوضه:

[١] إذا كان للمولى دين

[٢] ولم يكن له ما يؤديه

[٣] وكان الدين ثمن رقبتها بعد موت المولى.

«فإنّ جواز بيعها حينئذٍ موضع وفاق كما في الروضه(٣) ولا خلاف فيه كما في

ص: ٤٣١

١-١ . منيه الطالب ٢/ (٢٩٧-٢٩٥).

٢-٢ . منيه الطالب ٢/٢٩٧.

٣-٣ . الروضه البهيّه: في التجاره ٣/٢٥٧.

نهاية المرام (١) لصاحب المدارك والكفاية (٢) والرياض (٣) (٤).

«وأما إذا كان حياً أو كان له مال آخر أو لم يكن الدين في ثمن رقبتها فخرجها عن عموم المنع ممنوع، لا سيما إذا كان له مال آخر، وإن كان الدين مستغرقاً فإن صاحب العين وإن كان أحق بماله في الدين المستغرق فيما إذا كان المديون حياً ولا يضرب مع الغرماء إلا أن هذا الحكم مخصوص بالفلس، وأما الميت الذي لا ذمه له فصاحب العين أيضا كسائر الغرماء، فإذا كان بعض أمواله متعلقاً لحق إلهي أو حق آخر لا يمكن تعلق الدين به ككونه أم الولد \_ مثلاً \_ لا يصح أخذه للدين.

وبالجملة: المتيقن من الخروج عن القاعده هو المشتمل على القيود الثلاثة.

ويدل عليه: صحيحه «عمر بن يزيد قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن، قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جاريه فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها فبيعت وأدى ثمنها، قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا» (٥).

ولا يخفى أن هذه الصحيحه صريحه في القيد منها، وهما: كون الدين في ثمن رقبتها، وعدم مال آخر لمولاه. وظاهره في القيد الآخر، وهو: موت المولى، فإن ظاهر سؤاله عن أنه «لم باع أمير المؤمنين» أن البيع وقع منه عليه السلام بعد موت المولى، وإلا كان المناسب أن يقول: لم أمر أمير المؤمنين عليه السلام ببيع أمهات الأولاد. وهكذا ظاهر قوله عليه السلام: «ولم يدع من المال» أن هذه القضية كانت بعد موت المولى» (٦).

ص: ٤٣٢

- ١-١ . نهاية المرام: في الاستيلاء ٢/٣١٥.
- ٢-٢ . كفاية الأحكام: في الاستيلاء ٢/٤٧٣.
- ٣-٣ . رياض المسائل: في الاستيلاء ١١/٣٩٥.
- ٤-٤ . مفتاح الكرامه ١٣/١٣٥.
- ٥-٥ . من لا يحضره الفقيه ٣/١٣٩، ح ٣٥١٢؛ ونقل عنه في وسائل الشيعة ٢٣/١٧٠، ح ١، الباب ٢ من أبواب الاستيلاء و ١٨/٢٧٨، ح ١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.
- ٦-٦ . منية الطالب ٢/٢٩٨ و ٢٩٩.

## الصورة الثانية: هي الصورة الأولى مع حياه مولاها

قد نص على الجواز في هذه الصورة في «الوسيله (١) والغنيه (٢) والسرائر (٣) والمختلف (٤) والإيضاح (٥) والدروس (٦) واللمعه (٧) وحواشي الشهيد (٨) وتعليق الإرشاد (٩) وجامع المقاصد (١٠) والروضه (١١) والمسالك (١٢) وهو المنقول عن (١٣) أبي عليّ. ونسبه الشهيد (١٤) في حواشيه إلى الشيخين، وستسمع أنّه ظاهرهما. وظاهر الغنيه (١٥) أو صريحها الإجماع عليه. وقد أطلق جماعه (١٦) فقالوا: تباع مع وجود الولد في ثمن رقبته مع إفسار مولاها. وقضيه كلامهم الجواز مع حياه المولى. وعبارته المقنعه (١٧) والنهايه هي هذه: ولا يجوز بيعهنّ ولهنّ أولاد أحياء إلاّ أن يفلس السيد ويكون أثمانهن دينا فيبعن في

ص: ٤٣٣

١-١. الوسيله: في العتق والتدبير والمكاتبه ٣٤٣.

٢-٢. غنيه النزوع: في البيع ٢٠٨.

٣-٣. السرائر: في العتق والتدبير والمكاتبه ٣/٢٣.

٤-٤. مختلف الشيعه: في الاستيلاء ٨/١٢٩.

٥-٥. إيضاح الفوائد: في البيع ١/٤٢٨.

٦-٦. الدروس الشرعيه: كتاب أم الولد ٢/٢٢٢.

٧-٧. اللمعه: في البيع ١١٢.

٨-٨. لم نعثر عليه في الحاشيه النجاريه المنسوبه إليه وأما غيرها من الحواشي فلا يوجد لدينا.

٩-٩. حاشيه إرشاد الأذهان (حياه المحقق الكركي وآثاره) ٩/٣٤٠.

١٠-١٠. جامع المقاصد: في البيع ٤/٩٨.

١١-١١. الروضه البهيه: في بيع أم الولد ٣/٢٥٧.

١٢-١٢. مسالك الأفهام: في بيع أم الولد ٣/١٧٠.

١٣-١٣. نقله عنه العلامة في مختلف الشيعه: في الاستيلاء ٨/١٣٠.

١٤-١٤. لم نعثر عليه في الحاشيه النجاريه المنسوبه إليه وأما غيرها من الحواشي فلا يوجد لدينا.

١٥-١٥. غنيه النزوع: في البيع ٢٠٨.

١٦-١٦. منهم البحراني في الحقائق ١٨/٤٥٠، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: في البيع ٤/٩٨، والشهيد الثاني في مسالك

الأفهام: في شروط البيع ٣/١٧٠.

١٧-١٧. المقنعه: في ابتياع الحيوان وأحكامه ٦٠١.



قضاء الدين وإن كان أولادهن أحياء (١)، انتهى.

وهو \_ أى القول بالجواز مع حياه المولى \_ مذهب الأ-كثر كما فى نهايه المرام لصاحب المدارك (٢) والكفايه (٣) والمشهور كما فى المفاتيح (٤) والأشهر كما فى الرياض (٥).

قلت: لم يُعرف الخِلافُ إلا- من السيد المرتضى (٦). وقد تردّد المحقق (٧) والمصنّف [العلّامه] هنا [فى القواعد (٨)] وفى التحرير (٩) والتذكره (١٠) وكأنّه مال إلى المنع فى مجمع البرهان (١١).

وقال صاحب المدارك فى نهايته (١٢) وصاحب الكفايه (١٣) أنّ القول بالمنع نادر لكنّه لا يخلو من قوه (١٤).

تدلّ عليها حسنه عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن أمّ الولد تباع

ص: ٤٣٤

١-١ . النهايه: فى العتق والتدبير والمكاتبه / (٥٤٧-٥٤٦).

٢-٢ . نهايه المرام: فى الاستيلاذ ٢/٣١٦.

٣-٣ . كفايه الأحكام: فى الاستيلاذ ٢/٤٧٣.

٤-٤ . مفاتيح الشرائع: فى اشتراط المملوكيه وتامامها فى العوضين ٣/٥٢.

٥-٥ . رياض المسائل: فى الاستيلاذ ١١/٣٩٥.

٦-٦ . الانتصار: فى بيع أمّهات الأولاد / ٣٨٣.

٧-٧ . شرائع الإسلام: فى بيع أمّ الولد ٢/١٧.

٨-٨ . القواعد ٢/٢٣.

٩-٩ . تحرير الأحكام الشرعيه: فى بيع أمّ الولد ٢/٢٨٠.

١٠-١٠ . تذكره الفقهاء: فى بيع أمّ الولد ١٠/٤١.

١١-١١ . مجمع الفائده والبرهان: فى بيع أمّ الولد ٨/١٧١.

١٢-١٢ . نهايه المرام: فى الاستيلاذ ٢/٣١٦.

١٣-١٣ . كفايه الأحكام: فى الاستيلاذ ٢/٤٧٣.

١٤-١٤ . مفتاح الكرامه ١٣/١٣٦ و ١٣٧.

فى الدّين؟ قال: نعم فى ثمن رقبتهـا. (١)

وبهذه الحسنه تمسك الشهيد والمحقق الثـانـيان (٢).

كما تدل عليها صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن أمّ الولد؟ قال: أمه تباع وتورث وتوهب، وحدّها حدّ الأمه. (٣)

المحمول إطلاقها على روايتى ابن يزيد فتباع فى ثمن رقبتهـا.

ومن المعلوم أنّ موت المولى وعدمه لا يؤثر فى صحه بيع أم الولد وعدمها لأنّ ثمن رقبه الأمه لا بدّ أن يؤدى بلا فرق بين حياه المولى وموته، فتقييد حسنه ابن يزيد بصحيحته الظاهره فى موت المولى وبقرينه أنّ لفظه «تباع» يستعمل فى ما بعد الموت، كما يظهر من المحقق النائينى (٤) غير تام.

فيظهر مما ذكرناه: «أنّ استيلاد الأمه يُحدث لها حقًا مانعا عن نقلها، إلاّ إذا كان هناك حقّ أولى منه بالمراعاة» (٥).

### الصورة الثالثه: بيع أم الولد فى الدين الذى استقرضه المولى واشترى به الأمه.

ولم يتمكن من أدائه، فيصح أن يطلق على هذا البيع أنّه «فى ثمن رقبتهـا» (٦) أو «فى فكاك رقابهنّ» (٧). فيكون البيع صحيحا.

### الصورة الرابعه: بيعها لوفاء الثمن الذى استدانه لوفاء ثمن الرقبه الذى كان فى ذمه المولى

والدليل على ذلك صحه إطلاق هذا البيع من أنّه فى ثمن رقبتهـا.

ص: ٤٣٥

١-١ . وسائل الشيعه ١٨/٢٧٨، ح ٢.

٢-٢ . راجع الروضه البهيه ٣/٢٥٧؛ وجامع المقاصد ٤/٩٨.

٣-٣ . وسائل الشيعه ١٨/٢٧٩، ح ٣.

٤-٤ . منيه الطالب ٢/٢٩٩.

٥-٥ . المكاسب ٤/١٢١.

٦-٦ . وسائل الشيعه ١٨/٢٧٨، ح ٢، حسند عمر بن يزيد.

٧-٧ . وسائل الشيعه ١٨/٢٧٨، ح ١، صحيحه عمر بن يزيد.

## الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه في عقد المعاوضة

«كما إذا اشترط البائع على المشتري أن ينفق عليه مدّة ولم يتمكّن من الإنفاق إلاّ ببيع الجاربه، أو اشترط عليه أن يخيّط له ثوبا، أو يعمل عملاً- يتوقّف الوفاء به على بيع الأمه، فإنّ بيعها للوفاء بالشرط بمنزله بيعها لأداء بعض ما عليه من الثمن؛ لأنّ للشرط قسطا من الثمن»(١).

ولكن الصحيح أنّه لا يصدق عليها أنّها تباع في ثمن رقبته لأنّ «قسطا من الثمن وإن كان في اللب واقعا بإزاء الشرط إلاّ أنّ في عقد المعاوضة لم يجعل بإزائه شيء فكيف يصدق أنّها تباع في ثمن رقبته؟»(٢).

## الصورة السادسة: تعلق ضمان اليد بها

«بيعها لأداء قيمتها إذا تعلق بها ضمان اليد، كما إذا كان للبائع حقّ الفسخ وفسخ بعد الاستيلاد، بناءً على جواز تصرّف المشتري في زمان خيار البائع، وبناءً على أنّ الاستيلاد، اللاحق مانع عن الحقّ السابق، فحيث لا يمكن ردّ نفس الرقبه فهى بمنزله التلف، فلا بدّ من ردّ قيمتها، وإذا لم يتمكّن منه فتباع لأداء القيمة التي يضمنها للمشتري»(٣).

ولكن بيعها في هذه الصورة «بمنزله بيعها في دين آخر؛ لأنّ المفروض أنّه أدى ثمن رقبته، والبديل الذي يجب عليه الردّ بعد الفسخ لا- ربط له بثمن رقبته، مع أنّه لو جاز بيعها لأداء هذا الثمن وصحّ انتقالها إلى غير المولى المستولد لجاز انتقالها إلى المولى الأصلي الذي باعها»(٤).

## الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاها

«فيدفع ثمنها في الجنايه، أو رقبته إن رضى المجنى عليه، ولو كانت الجنايه على

ص: ٤٣٦

١-١ . منيه الطالب ٢/٣٠٢.

٢-٢ . منيه الطالب ٢/٣٠٣.

٣-٣ . منيه الطالب ٢/٣٠٣.

٤-٤ . منيه الطالب ٢/٣٠٣.

مولاها لم يجز، لأنه لا يثبت له على ماله مال»(١).

### الصورة الثامنة: إذا عجز مولاها عن نفقتها

«ولو أمكن تأديتها ببيع بعضها وجب الاقتصار عليه، وقوفا فيما خالف الأصل(٢) على موضع الضرورة(٣)»(٤).

### الصورة التاسعة: إذا مات قريبها

«ولا وارث له سواها لتعتق وترثه وهو تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق بعد وفاه مولاها»(٥).

### الصورة العاشرة: إذا كان علوقها بعد الارتهان

«يقدم حق المرتهن لسبقه، وقيل: يقدم حق الاستيلاد، لبناء العتق على التغليب، ولعموم النهي عن بيعها»(٦).

### الصورة الحادية عشر: إذا كان علوقها بعد الافلاس

«أى بعد الحجر على المفلس، فإن مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلق حق الدَّيَّان بالمال والخلاف هنا كالرهن»(٧).

### الصورة الثانية عشر: بيعها عن من تنعتق عليه

«فإنه في قوة العتق فيكون تعجيل خير يستفاد من مفهوم الموافقه، حيث إنَّ المنع من البيع لأجل العتق»(٨).

ص: ٤٣٧

١-١ . الروضه البهيه ٣/٢٥٧.

٢-٢ . المراد من الإصل هنا «الاستصحاب» أى استصحاب عدم جواز بيع الامه المستولده.

٣-٣ . المراد من الضروره هو «امكان بيع بعضها»، فإنه إذا امكن ذلك يقتصر عليه.

٤-٤ . الروضه البهيه ٣/٢٥٧.

٥-٥ . الروضه البهيه ٣/٢٥٨.

٦-٦ . الروضه البهيه ٣/٢٥٨.

٧-٧ . الروضه البهيه ٣/٢٥٨.

٨-٨ . الروضه البهيه ٣/٢٥٩.

### الصورة الثالثة عشر: جواز بيعها بشرط العتق

لما مرّ من أنّ المنع لأجل العتق «فإن لم يف المشتري بالشرط فسخ البيع وجوبا، فإن لم يفسخه المولى احتتمل انفساخه بنفسه، وفسخ الحاكم إن اتفق» (١).

### الصورة الرابعة عشر: بيعها في كفن سيدها

«إذا لم يخلف سواها، ولم يمكن بيع بعضها فيه، وإلا اقتصر عليه» (٢).

### الصورة الخامسة عشر: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدّها

إذا أسلمت قبل مولها الكافر أو أسلم أبوها أو جدّها «وهي مجنونه، أو صغيره، ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه وهذه في حكم إسلامها عنده» (٣).

### الصورة السادسة عشر: إذا كان ولدها غير وارث

«لكونه قاتلاً، أو كافراً، لأنها لاتعتق بموت مولها حينئذ، إذ لا نصيب لولدها» (٤).

الصورة السابعة عشر: إذا خرج مولها عن الذمه

وملكت أمواله التي هي منها.

### الصورة الثامنة عشر: إذا لحقت أم الولد

بدار الحرب ثم استرقت.

### الصورة التاسعة عشر: إذا كانت لمكاتب

مشروط ثم فسخ كتابته.

### الصورة العشرون: بيعها في حق المضمون للمولى

«إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاء ثم أولدها، فإنَّ حقَّ المضمون له أسبق من حقِّ الاستيلاء كالرهن والفلس السابقين»(٥).

ص: ٤٣٨

---

١-١ . الروضه البهيه ٣/٢٦٠.

٢-٢ . الروضه البهيه ٣/٢٦٠.

٣-٣ . الروضه البهيه ٣/٢٦١.

٤-٤ . الروضه البهيه ٣/٢٦٠.

٥-٥ . الروضه البهيه ٣/٢٦١.

لا يخفى أنّ جلّ هذه الصور غير منصوصه وللنظر فيه مجال واسع كما اعترف به الشهيد الثاني وقال رحمه الله : «في كثير من هذه المواضع نظر»<sup>(١)</sup>.

وقد بحث الشيخ الأعظم<sup>(٢)</sup> حول هذه الصور تفصيلاً وتبعه المحقق النائيني<sup>(٣)</sup> ولكن نظوى الكلام فيها لعدم وجود الموضوع في هذا الزمان ونكتفى بهذا المقدار والحمد لله ربّ الأحرار.

ص: ٤٣٩

---

١-١ . الروضه البهيه ٣/٢٦١.

٢-٢ . المكاسب ٤/١٠٧ وما بعدها.

٣-٣ . المكاسب والبيع ٢/٤٠٧ وما بعدها.

اشاره

العين إذا تعلق بها حق الرهن تكون المرهونه وهى ملك للراهن ولكن تعلق عليها حق المرتهن فليست ملكا طلقا لتعلق حق الغير بها وهذا الحق عُدّ مانعا من التصرفات المالكى نحو البيع.

ثم إن هاهنا ثلاث نكات لابد من توضيحها فى خلال البحث:

الأولى: اتفق الفقهاء على أن المالك الراهن «لايستقل بالتصرف يعنى ليست للمالك حاله التسلط على عينه بحيث كان جاز له قبل الرهن أن يبيع ويؤجر ويهب ولكن ليست له هذه الحاله بعد الرهن»(١).

وقد حكى(٢) عن الشيخ(٣) إجماع الفرقه وأخبارهم على ذلك.

الثانيه: بيع المالك الراهن وعقده هل يقع باطلا كلياً؟ أم يكون موقوفا فإذا يتبعه إذن المرتهن وإجازته يصير صحيحا؟

ذهب إلى البطلان كل من أصحاب المقنعه(٤) والمبسوط(٥) والخلاف(٦)

ص: ٤٤٠

١-١ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٥/١٤.

٢-٢ . الحاكي هو الشيخ أسدالله التستري فى المقابس /١٨٨.

٣-٣ . الخلاف ٣/٢٥٣، مسأله ٥٩.

٤-٤ . المقنعه /٦٢٢.

٥-٥ . المبسوط ٢/٢٠٩.

٦-٦ . الخلاف ٣/٢٢٧، مسأله ١٤.



والمراسم (١) والغنيه (٢) والسرائر (٣) والمقابس (٤). وظاهر الغنيه (٥) أو صريحها دعوى الإجماع على ذلك.

وذهب إلى أنّ العقد الرهن موقوف على إجازة المرتهن كلّ من أصحاب النهايه (٦) والوسيله (٧) والشرائع (٨) وإرشاد الأذهان (٩) وتذكرة الفقهاء (١٠) وإيضاح النافع (١١) ومجمع الفائده (١٢) والحدائق (١٣) والمكاسب (١٤).

الثالثة: على فرض صحة عقد الرهن وتوقفه على إجازة المرتهن هل يجرى هنا ما جرى فى بيع الفضولى من الأقوال فى الإجازة نقلًا وكشفاً أو لا؟ وأنّ إجازة المرتهن هنا ليست إلّا ناقلاً.

### المانع من صحة بيع العين المرهونه

#### إشاره

نعلم أنّ الرهن لا يوجب زوال ملكيه الرهن عن العين فيجوز له بيع ملكه لقوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وقوله صلى الله عليه وآله لا يبيع إلّا فى ملك.

ص: ٤٤١

- ١-١ . المراسم / ١٩٢.
- ٢-٢ . غنيه النزوع / ٢٤٣.
- ٣-٣ . السرائر / ٢/٤١٧.
- ٤-٤ . مقابس الأنوار / ١٩٠.
- ٥-٥ . غنيه النزوع / ٢٤٤.
- ٦-٦ . النهايه / ٤٣٣.
- ٧-٧ . الوسيله / ٢٦٦.
- ٨-٨ . الشرائع / ٢/١٧.
- ٩-٩ . إرشاد الأذهان / ١/٣٦١.
- ١٠-١٠ . تذكرة الفقهاء / ١٠/٤٢.
- ١١-١١ . إيضاح النافع، نقل عنه فى مفتاح الكرامه / ١٣/١٤٢.
- ١٢-١٢ . مجمع الفائده / ٨/١٧١.
- ١٣-١٣ . الحدائق / ١٨/٤٥٨.
- ١٤-١٤ . المكاسب / ٤/١٥٤.

ولكن قد يقال بوجود المانع عن صحه هذا البيع. والمانع على أقسام:

## ١\_ الإجماع

الإجماع الوارد فى الخلاف والغنيه كما مرّ على عدم صحه بيع العين المرهونه.

ولكن يرد عليه: أولاً: عدم تماميه هذا الإجماع لأنّ جماعه من الأصحاب يقولون بصحه هذا البيع ولكنّه موقوف على إجازة المرتهن كما عليه الشيخ نفسه فى النهايه كما مرّ.

وثانيا: وجود أخبار على ما ادعاه الشيخ فى ذلك ومن المحتمل أنّها كانت مدرك هذا الإجماع.

وثالثا: قد ادعى فى المقام وجود مانع عقلى عن صحه هذا البيع ويمكن استناد المجمعين إلى هذا المانع العقلى فى الحكم بعدم صحه هذا البيع.

فلا عبره بهذا الإجماع فى المقام ولا بدّ من البحث حول الأخبار والمانع العقلى المدعى.

## ٢\_ الأخبار

منها: قوله صلى الله عليه وآله: الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف. (١)

وأرسلها العلامة عنه عليه السلام فى المختلف (٢).

وأما من حيث الدلاله فتقريب الاستدلال: أنّها تمنع طرفى الرهن عن التصرف فى العين المرهونه:

«أما من جهه الموضوع، فلا يخفى أنّ التصرف قد يكون خارجياً كالأكل واللبس، وقد يكون اعتبارياً كالبيع والصلح والهبة.

وأما من جهه الحكم المحمول، فإنّ العنوان المأخوذ فى المرسله هو كونهما ممنوعان من التصرف، وإطلاق المنع عن التصرف يقتضى المنع بقول مطلق، ومعلوم أنّ

ص: ٤٤٢

١- ١. درر اللآلى ١/٣٦٨ لابن أبيجمهور الأحسائى ونقل عنه فى مستدرک الوسائل ١٣/٤٢٦، ح ٦.

٢- ٢. مختلف الشيعه ٥/٤٢١.

هناك فرقٌ جوهري بين مطلق المنع والمنع المطلق، فلو كان مدلول المرسله مطلق المنع كانت عاجزه عن الدلاله على بطلان البيع، بخلاف ما إذا أفادت المنع المطلق؛ لأنّ مثل هذا المنع يدلّ على الممنوعيه بقول مطلق، الشامل المنع عن التصرف تكليفاً ووضعاً، وتكون النتيجة بطلان بيع العين المرهونه»(1).

قد يناقش على هذا التقريب بوجهين:

١\_ المنع من التصرف: مختص بالتصرفات الخارجيه دون التصرفات الاعتباريه، لعدم صدق التصرف عرفاً في الاعتباريه منها، فلا يصدق على مجرد البيع أو الإتهاب عنوان التصرف ولا أقلّ أنّه مشكوك الصدق فلا تعمها المرسله.

ويجاب عنه أولاً: التصرف صادق عرفاً على التصرفات الاعتباريه من المالك الأصيل الذي عدّ ذو الحقّ فيها.

وثانياً: قد اعتبر الفقهاء التصرفات الاعتباريه الصادره من طرفي الرهن تصرفاً في المال.

٢\_ المنع من التصرف هل هو حكم تكليفي أم يعمّ الوضعي؟ والظاهر أنّه تكليفي محض فلا يدلّ على بطلان البيع.

ويرد عليه: حيث ثبت أنّ المراد من التصرف أعمّ من الخارجى والاعتبارى فكذلك المنع عنه بمقتضى إطلاقه يكون منعا للراهن والمرتهن التصرف في العين تكليفاً ووضعاً.

لا يقال: فيلزم من حمل المنع على التكليف والوضع استعمال اللفظ الواحد في المعنيين والمشهور لا يجوزونه.

لأنّنا نقول: نحن لا نمنع من استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد كما مرّ في أبحاثنا الأصوليه، مضافاً إلى أنّ المنع من استعمال اللفظ في المعنيين لا تسرى إلى مواد الحِلّ والمنع والرخصه ونظائرها، لأنّ هذه المواد قادره على تحمّل كلا المعنيين

ص: ٤٤٣

«والشاهد على ذلك أنّ الفقهاء استفادوا من إطلاق الحليّ في قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» حليّ البيع وحرمة الرّبا وضعا وتكليفا، أى حليّ البيع ونفوذه وحرمة الرّبا وبطلانه، والمرسله من هذا القبيل، فإطلاق المنع فيها يفيد ممنوعيته مطلقا، الشامله لجهتي الوضع والتكليف، لا أحدهما بالخصوص، لاستلزامه المنع من جهه لا مطلقا»(١).

لا يقال: «إنّ دعوى عموميه المنع للجهتين، تصحّ فيما إذا كان إسناد الحليّ والحرمة إلى ذات الفعل، كما في الآيه الشريفه، وأمّا إذا كان إسنادهما إلى الفاعل فإنّ إطلاق المنع اختصاصه بالتكليف دون الوضع.

وبعبارة أخرى: هناك فرقٌ بين إسناد الحكم إلى الفعل وإلى الفاعل، أمّا في الأوّل فإنّ الحرمان من الفعل بقول مطلق يقتضى الوضع والتكليف معا، أمّا في الثاني فإنّ نسبة الحرمان إلى الفاعل يقتضى التكليف دون الوضع»(٢).

لأننا نقول: «أنّ دعوى التفصيل المذكور ممنوعه، بل إنّ دلالة نسبه الحكم إلى كليهما على حدّ سواء، فكما أنّ ممنوعيه الفعل بقول مطلق، حيث تقتضى الوضع والتكليف، كذلك الحال في ممنوعيه الفاعل بقول مطلق، حيث تقتضى عدم الرخصه، وعدم الصّحه معا، وإلاّ لو انحصرت بخصوص التكليف دون الوضع لما صدق عليها الممنوعيه بقول مطلق»(٣).

«وبالجمله: ثبت اندفاع ما تُوقش في دلاله المرسله موضوعا وحكما.

فمن جهه الموضوع، ثبت بطلان ما قيل من اختصاصها بالتصرّفات الخارجيه دون الاعتباريه.

ومن جهه الحكم أيضا ثبت إطلاقها الشامل للحكم الوضعي والتكيفي، ولذلك فإنّها دالّه على المنع مطلقا»(٤).

ص: ٤٤٤

١-١ . العقد النضيد ٥/١٢٢.

٢-٢ . العقد النضيد ٥/١٢٢.

٣-٣ . العقد النضيد ٥/١٢٣.

٤-٤ . العقد النضيد ٥/١٢٣.

قد مرَّ أنّ حقيقه البيع إمّا تبديل «طرفي الاضافه \_ على مسلك المحقق النائيني \_ أو تمليك عين بعوض، بحسب مسلك الشيخ رحمه الله .

أمّا حقيقه الرهن:

أ: في كلمات اللغويين: فقد استعمل الرهن في كلمات اللغويين:

تارة: في الثبات والدوام، كقولهم: (نعمه راهنه) أي ثابتة ودائمة.

وأخرى: في معنى الحبس.

وعليه فاللفظ مشترك بينهما.

ولكن من الصعب الالتزام بالاشتراك اللفظي؛ لأنّ اللغويين غالباً ما يستعملون المفهوم بدل المصداق أو بالعكس، أي يُدخلون خصوصيات المصداق وآثاره في ضِمْنِ معنى اللفظ ومفهومه، وكذلك بالعكس، ومن هنا يمكن القول بأنّ التحقيق في معنى الرهن يرشدنا إلى أنّ له معنى واحد وهو الحبس، نعم الثبات والدوام متلازمان له....

ب: في كلمات الفقهاء: فقد عرّفه الفقهاء بأمرين:

١ . الحبس، (٢) وكونه استيثاقاً للدين.

أمّا الأمر الثاني: فلا اعتبار به، لأنّ الاستيثاق يعدّ غرض الراهن لا حقيقه الرهن وواقعه.

أمّا الأمر الأوّل: فبالرغم من مساعده اللّغه له، لكن لو دقّقنا في حقيقه الأمر لوجدنا أنّ الرهن ليس عين الحبس ظاهراً، وإن يتضمّن الأوّل بعض خصائص الأخير، والشاهد على ذلك صحّه إنشاء كلّ واحد منهما مستقلاً دون أن يتبادر معنى الآخر إلى ذهن المنشئ والسامع، فيصحّ القول: (حبست هذه العين) و (رهنّت هذه العين)، وهذا شاهد على أنّ الحبس لا يعدّ عين الرهن ولا حقيقته، بل إنّ الرهن سنخ معنا يكون لازمه الحبس، وإدخال الحبس في حقيقه الرهن يعدّ خلطاً بين اللازم والملزوم....

بعد وضوح هذه المقدمه، الحقّ أنّه لا تنافي بين الإستيثاق للدين والبيع عقلاً، فيما لو قلنا ببقاء حقه على العين، وإمكان استنقاذ ماله حتّى ولو انتقلت بالبيع إلى الغير؛ لأنّ

مجرد الانتقال لا ينافي مع قدره الدائن على استنقاذ حقه من العين الثابته في يد المشتري.

نعم، لو قيل إنَّ الانتقال يؤدّي إلى عجز المرتهن عن استرجاع ماله لو امتنع الراهن، فإنَّ البيع يعدّ منافيا للاستيثاق، ولكنّه ممنوع والحقّ هو الأوّل.

والحاصل أنّ مجرد الانتقال من خلال البيع لا ينافي الرهن، والشاهد على ذلك أنّه لو مات الراهن، فإنَّ دليل الإرث لا يتخصّص، بل تنتقل ملكية العين المرهونه من الراهن إلى الورثة متعلّقا بها حقّ الرهانه، ولا يخفى وحده البيع والإرث، لأنَّ الأوّل انتقال اختياري، والآخّر انتقال قهري، والفرق بينهما كالفرق بين المصدر واسمه، فجهه المصدريّه لا تأثير لها في حقيقه الأمر، فإذا وجدت المنافاه تكون في جهه اسم المصدري؛ أي في انتقال العين من الراهن، وإلاّ فإنَّ مجرد إنشاء النقل لا يعقل كونه منافيا مع الرهن وحقيقته، فالمعنى الاسم المصدري موجود في الإرث من دون أن ينافي الرهن بالضروره.

وعليه، فلا مانع من وقوع البيع أو الصلح على العين المرهونه.

أمّا في صورته الشكّ: أي إذا تردّد الفقيه في معرفه حقيقه الرهن، ووصل الدور إلى الشكّ فيها، فإنَّ الشبهه الحاصله حينئذٍ تكون شبهه مفهوميه، ومقتضى القاعده لزوم التمسك بعموم دليل الحلّ وإطلاقه، حيث يشملان بيع الرهن، وعلى مدّعي البطلان إبداع المانع عقلاً أو شرعاً، فيعود الشكّ حينئذٍ إلى تحقّق المانع العقلي بالنسبه إلى البيع، والقاعده الثابته هي أنّه متى تمّ مقام إثبات الإطلاق، وعاد الشكّ إلى قيام المانع العقلي وعدمه، فإنَّ حجّيه الإطلاق والعموم \_ من جهه حجّيه مثبتات الأصول اللّفظيه \_ تدفع الشكّ من جهه احتمال قيام المانع العقلي.

والنتيجه: هي صحّه البيع إلاّ فيما إذا ثبت قيام المانع العقلي عنها.

وخلاصه البحث: ثبت ممّا ذكر أنّه لا دليل على المنع من بيع العين المرهونه، كما أنّه لو وصل الدور إلى الشكّ في جواز البيع وعدمه، فإنَّ إطلاقات أدلّه جواز البيع ونفوذه وعموماتها تدفعان مثل هذا الشكّ، إذ ليس مقابل عموم «أحلّ الله البيع» و«أوفوا

بِالْعُقُودِ» من مَنعٍ يَمنعُ عن نفوذهما إلّا أن المانع، وقد بحثنا عن الموانع العقلية والنقلية المدّعاء، وثبت أنه لا مَنعَ عقلاً ولا شرعاً»(١).

## القولان في بيع العين المرهونه

### إشاره

قد مرّ (٢) القولان في بيع العين المرهونه وهما:

١\_ البطلان

٢\_ الصحه إذا لحقه إذن المرتهن.

وأما أدلتهما:

### ١\_ أدله القول بالبطلان

#### إشاره

مضافاً إلى ما مرّ، ذهب صاحب المقابس إلى البطلان مستدلاً له: أنّ النهي المتعلّق بالمعامله على قسمين:

«تارة: يكون النهي متوجّهاً إلى أمرٍ خارج عن ذات المعامله، ومثله لا يستلزم بطلان المعامله، كانهي عن البيع وقت النداء، فإنّ النهي برغم تعلّقه بعنوان البيع، لكنّه قد تعلّق به من جهه أمر خارج عن البيع وهو مزاحمه البيع لصلاه الجمعه، فإذا لاحظنا الآيه الشريفه (٣) نجد أنّ الأمر لبنا قد توجّه إلى لزوم القيام بصلاه الجمعه فوراً، أمّا النهي فلم يتوجّه إلى البيع بما هو بيع، بل توجّه إليه باعتبار أنّه يزاحم الجمعه، ولذلك يعمّ كلّ ما يمنع الإنسان عنها سواء كان بيعاً أم غيره، وعليه فلا يُعَدُّ البيعُ - ولو وقع - فاسداً ومفسداً إذ لم يتوجّه إليه النهي بخصوصه، بل النهي توجّه إلى مطلق المزاحم الذي انطبق على البيع.

وأخرى: يكون النهي متوجّهاً إلى ذات المعامله لا لأمرٍ خارج عنها، ومثله يستلزم بطلان العقد وفساده.

أمّا الصغرى: أنّ النهي المتوجّه إلى بيع الراهن يعدّ من مصاديق القسم الثاني دون الأول، لأنّ النهي توجّه إلى بيع الراهن بذاته، مثل النهي المتوجّه إلى بيع الوقف وأمّ الولد

ص: ٤٤٧

٢-٢ . راجع هذا المجلد صفحہ ٤٤٠.

٣-٣ . سورہ الجمعہ ٩/.



مما يوجب بطلانه وفساده.

ثم قال المحقق التستري: معترضاً على نفسه بقوله:

فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي وعقد المرتهن، مع أن كثيراً من الأصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع \_ كما دلت عليه الرواية \_ فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته، فالفرق تحكّم (١).

وأجاب عنه بما خلاصته: أن التصرف المنهى عنه على قسمين:

تارة: يعدّ تصرفه في مال الغير تصرفاً تكويتياً وانتفاعاً منه، فهو محرّم ولا تحلله الإجازة اللاحقة، وذلك بمقتضى إطلاق قوله: «لا يحق لأحد أن يتصرف في مال الغير إلا بإذنه».

وأخرى: يعدّ تصرفه تصرفاً اعتبارياً كالعقد والإيقاع، وهو على قسمين:

١\_ تارة: يقعان نيابه عن المالك أو عمّن بيده الأمر من الإيقاعات كالطلاق والعتق.

٢\_ وأخرى: يقعان مُستقلّين عن الغير.

أما التصرف الاعتباري على النحو الأول: فإنه يمكن تصحيحه من خلال الإجازة؛ لعدم تعلّق النهي به فضلاً عن أن العقد والإيقاع الواقعان نيابه لا يصدق عليهما التصرف في مال الغير. والعقد الفضولي من هذا القبيل.

أما التصرف على النحو الثاني: كبيع الغاصب عن نفسه، فإنه يعدّ تصرفاً في مال الغير الذي توجه إليه النهي بذاته.

فإذا اعتبرنا بيع الفضول من هذا القبيل عدّ باطلاً، وأما إذا اعتبرناه من القسم الأول فليس باطلاً.

وبالجملة: دَفَع المحقق التستري عمّا قد يرد عليه من النقص ببيع الفضولي بقوله: «العقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرّماً وقد لا يكون كذلك».

ص: ٤٤٨

١- ١. كما نقل عنه الشيخ الأعظم في المكاسب ٤/١٥٦.

ثم يقول في مجال تطبيقه على البيع المرهون: إنه تارة يلاحظ من جهة بيع المرتهن، وأخرى المالك [الراهن].

أمّا الأوّل: الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغضب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان، كان منهيّاً عنه.

وإن كان بقصد نيابه عن الراهن في مجرّد إجراء الصيغ، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به النهي أصلاً.

أمّا الثاني: وهو البيع الصادر من المالك [الراهن]، فإنّه باطلٌ «لما حُجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلاّ مستنداً إلى ملكه، لانحصار المالك فيه، ولا معنى لقصد نيابه، فهو منهيٌّ عنه، لكونه تصرّفاً مطلقاً ومنافياً للحجر الثابت عليه» (١) (٢).

### مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقدها

ناقش الشيخ الأعظم في كلام صاحب المقابس من خلال سته مناقشات:

«المناقشه الأولى: «منع الفرق في الحكم بين ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة» (٣).

بيان ذلك: إنّ ما يتحقّق من خلال البيع أمرٌ واحد وهو تمليك عين بمال \_ حسب تفسير الشيخ \_ ، سواء صدر ممّن أوقعه نيابه عن الغير أو مستقلاً؛ لأنّ الحقيقة الحاصلة من خلال البيع هي وقوع المعاملة بين المالكين، وأمّا طرفي المعاملة فهما أجنبيان عن حقيقته، ولذلك فإنّ صدوره عن المالك أو عن الغير مستقلاً أو غير مستقلّ لا- تأثير لها في الحقيقة الحاصلة، وعليه فإنّ بيع الغاصب \_ مستقلاً أو نيابه عن المالك \_ لا مدخلية له في المبادله الحاصلة بين المالكين من خلال الإنشاء.

نعم، المعاملة الحاصلة إذا لحقتها الإجازة تكون نافذة وإلاّ فلا، وإجازة المالك وتوقّع صدورها خارجان عن حقيقة البيع المنشأ.

ص: ٤٤٩

١-١ . كما نقل عنه في المكاسب ٤/١٥٧.

٢-٢ . العقد النضيد ٥/ (١٤٠-١٣٨).

٣-٣ . المكاسب ٤/١٥٨.

المناقشه الثانيه: (منع اقتضاء مطلق النهى لا لأمر خارج، للفساد)(١).

أى لو تنزلنا وسلمنا بأن الإنشاء الصادر من الغاصب والفضول يعدّ تصرفاً منهياً عنه، إلا أنّ مثل هذا النهى لا يستلزم الفساد، فضلاً عن أنّ مجرد الإنشاء لا يعدّ تصرفاً فى مال الغير ولا غصباً له.

ردّ المناقشه الثانيه

يقتضى المقام البحث عن أمرين:

١. عن حقيقه التصرف.

٢. وعن أنّ النهى لا لأمر خارج لا يقتضى الفساد:

الأمر الأوّل: أنّ حقيقه التصرف لغه هى التغيير، وصرف الشىء من حالٍ إلى حالٍ آخر، ولا يخفى أنّ الشارع عدّ فهم العرف معياراً لمعرفة مداليل الأحكام الشرعيّه وحدودها، فإذا كان معنى التصرف عندهم منصرفاً إلى التبدلات والتحوّلات الخارجيه، ثبت كلام الشيخ، لكن الصحيح أنّ العرف يرى مفهوم التصرف أعمّياً منهما، بمعنى أنّ ما يصدر من المالك من إنشاء البيع لأمواله يعدّ تصرفاً عرفاً، حتّى قبل تحقّق تسلّط المشتري على المال، وأمّا الإنشاء الصادر ممّن ليس له الأهليه العرفيه والعقلايه كالفضول لا يعدّ تصرفاً يترتب عليه الأثر.

نعم، تسلّط الغاصب على المال وقيامه بالإنشاء الذى يعدّ موضوعاً للأثر عند العقلاء، موجبٌ لصدق عنوان التصرف عرفاً، ومن مصاديقه قيام السلطان الجائر ببيع أموال الناس لصدق التصرف عرفاً على الإنشاء الصادر منه.

وبناءً عليه، فإنّ للتستري أن يرد على الشيخ موجه جزئيه بقوله: إنّ الفعل الاعتبارى الصادر ممّن له كلمه نافذه وجهه استقلاليّه عرفاً \_ كالمالك والغاصب والسلطان \_ يصدق فيه عنوان التصرف.

الأمر الثانى: يدعى الشيخ أنّ النهى وإن تعلق بنفس عنوان المعامله والبيع، إلا أنّنا

ص: ٤٥٠

لا نعتقد بأن كل نهى متعلق بعنوان غير خارج عن المعامله يقتضى الفساد، لأن هناك فرقا بين باب التكليف وباب الوضعيات، فما يجرى فى الأول لا يجرى فى الثانى بالضرورة، وكذلك العكس.

هذا فضلا عن أنه يجب ملاحظه متعلق النهى المولوى، حيث يعتبر فى المتعلق:

الإضافه إليه سبحانه وتعالى تارة:

وأخرى لا يعتبر فيه الإضافه إليه سبحانه.

والنهى فى الأول يستلزم فساد المتعلق؛ لأن العمل المنهى عنه لا يجتمع مع الإضافه إليه سبحانه، ولذلك نحكم بأن النهى التكليفى فى العبادات يستلزم الفساد، لمنافاته مع عنوان العباده.

وأما النهى فى النوع الثانى \_ كالنهى عن البيع \_ فإنه لا يستلزم فساد متعلقه، إذ لا ملازمه عقليه ولا شرعيه ولا عرفيه بين النهى وحقيقه البيع، فيصح البيع ويشمله عموم دليل الحل.

وبعبارة أخرى: يدعى الشيخ أنه يصدق على هذا التبادل عنوان البيع، فيندرج فى موضوع دليل «أحل الله البيع» حيث أن مقتضيه تام، وممانعه الحرمة التكليفية المنحصرة [وهى لا- تدل على بطلان البيع ف-] يثبت صحه العقد برهانا لوجود المقتضى وفقد الموانع.

وقد تابع الشيخ فى دعواه المذكوره جماعه، وحكموا بأن النهى التكليفى لا يوجب الفساد إلا إذا كان إرشاديا، وبالتالي فقوله عليه السلام: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف» نهى متوجه إلى مثل هذه المعامله، لكنه نهى تكليفى لا يستلزم الفساد؛ أى بالرغم من أن النهى المتعلق فى المقام لم يكن متعلقا لأمر خارج عن العقد، لكنه لا يقتضى فساد المعامله، ولا يوجب منع صحتها ونفوذها.

قال الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ : إن دليل صحه إمضاء هذا العقد لا يخلو: إما دليل الحل «أحل الله البيع» أو «أوفوا بالعقود».

وفى كليهما فإن السؤال المثار حينئذ هو أنه:

هل يعقل أن يأمر الشارع بحليه البيع وبوجوب الوفاء به مطلقا حتى وإن كان العقد

ولا شكَّ أنّ إطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط والعقد والوعد منصرفٌ عرفا عن العقد والشرط والوعد المبغوض، وعليه فإنّ إطلاق الدليلين إمّا منصرفٌ عن مثل هذا العقد المبغوض شرعا، أو أنّه مشكوك الصدق.

أقول: الحقّ مع الشيخ الأعمّ من أن النهى التكليفي لا يستلزم بطلان المعامله، بل يدلّ على صحتها لما مرّ مفصلاً في باب النواهي في علم الأصول فراجع هناك.

المناقشه الثالثه: دعوى المحقّق التستري في التفريق بين بيع الراهن وبيع المرتهن ممنوعه ولا وجه له.

بيان ذلك: التزم المحقّق التستري بالتفصيل، وأنّه لو باع المرتهن متوقّعا للإجازة صحّ، وإن باع مستقلاً بطل، لكنّه حكّم على بيع الراهن بالبطلان مطلقا.

أمّا الشيخ فقد التزم بالتفصيل في بيع الراهن وحكّم في المرتهن بالبطلان مطلقا، وإذا بذلك على التستري بأنّ حكم الراهن كالمرتهن، فكما يبيع تارة متوقّعا للإجازة ممّا يقتضى الحكم عليه بالصحة التأهليه، كذلك قد يبيع مستقلاً غير متوقّع للإجازة، فإنّه لا بدّ من الحكم عليه بالبطلان، لصدق عنوان التصرف الممنوع عليه فعله ممّا يقتضى البطلان.

وعليه فتفصيل التستري ممنوع.

أقول: مناقشه الشيخ له تامّه لا غبار عليها، إذ لا دليل على أنّ بيع المرتهن المتوقّع للإجازة صحيح دون بيع الراهن المتوقّع لها، وبالتالي فالتفصيل ممنوع ولا بدّ من تسويه الحكم بينهما.

المناقشه الرابعه: إنّ اقتضاء العمومات والإطلاقات تامّ الدلاله على صحّ بيع الراهن باعتبار كونه مالكا وما صدر منه مضيّدات للبيع، والمانع عن صحّته لا يخلو: إمّا أنّه الإجماع أو المرسله.

أمّا الإجماع: فهو دليلٌ لئبى ينبغي الاقتصار فيه على المتيقّن، وهو خصوص ما إذا باع ولم يترقّب الإجازة، فضلا عن أنّ المجمعين التزموا بصحّ بيع الراهن بالإجازة، ممّا يوجب إجمال وسقوطه في مقابل عموم الدالّ على الصحّ.

أمّا المرسله: فإنّه وإن حمل المنع فيها على تصرّف الراهن والمرتهن معا، لكن قيام القرينه القطعيه على أنّ تصرّف المرتهن ليس ممنوعاً مطلقاً، بل المرسله تمنع عنه فيما إذا لم يلحقه إجازة الراهن، فهذه القرينه مع ملاحظه وحده السياق بينهما تفيد وحده حكم الراهن والمرتهن، وأنّ بيع الراهن يعدّ باطلاً فيما إذا لم تلحقه الإجازة، ولا أقلّ أنّ المرسله تصيح مجمله، والقاعده تقتضى رفع اليد عن عموم العام بمقدار المتيقّن عند تعارض العموم والإطلاق مع المقيّد والمخصّص المجمل المرّد بين الأقلّ والأكثر، وما نحن فيه يعدّ من صغريات هذه القاعده، فإنّ المرسله المخصّصه مرّدده ومجمله بين مطلق بيع الراهن أو خصوص ما لا تحلقه الإجازة، ويقتضى ذلك حجّيه العام إلاّ فى المتيقّن.

المناقشه الخامسه: «ما ذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد(١) فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق بينهما، فلم أتحقّق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهى فى كلّ منهما لحقّ الغير، فإنّ منع الله جلّ ذكره من تفويت حقّ الغير ثابت فى كلّ ما كان النهى عنه لحقّ الغير، من غير فرق بين بيع الفضولى ونكاح العبد وبيع الراهن»(٢).

بيان ردّ الشيخ: يقول عليه السلام فى هذه المناقشه الصحيحه التى لا غبار عليها، أنّه بالرغم من أنّ مورد التعليل فى روايات العبد عمّن تصرّف فى حقّ الغير، وهو المولى، إلاّ أنّ المدار على الوارد وهو التعليل الدال على أنّه متى كان العصيان من جهه حقّ الخلق، أمكن تصحيحه من خلال الإجازة، ومتى كان من جهه حقّ الخالق فإنّه باطل لعدم إمكان تصحيحه، والعله المذكوره جاريه فيما نحن فيه، والنهى المذكور فى المرسله إنّما هو بلحاظ حقّ المرتهن، وهذا الحقّ مشترك فى تصرّف الفضولى والراهن بالبيع، والعبد بالنكاح.

المناقشه السادسه: «ما ذكره من المساواه بين بيع الراهن وبيع الوقف وأمّ الولد، فففيه أنّ الحكم فيهما تعبّد، ولذا يؤثّر الإذن السابق فى صحّه البيع، فقياس الرهن عليه فى

ص: ٤٥٣

١-١. المراد منه التعليل المذكور فى روايات نكاح العبد بقوله عليه السلام: «إنّ له لم يعص الله وإنّما عصى سيّده». راجع وسائل الشيعه ٢١/١١٤، ح ١ صحيحه زواره و ٢١/١١٥، ح ٢ موثقه.

٢-٢. المكاسب ٤/١٥٩.

غير محلّه»(١).

بيان الفرق: بالرغم من أنّ الفقهاء حكموا بطلان جميع هذه البيوع الأربعة \_ بيع الراهن والمرتهن والوقف وأمّ الولد \_ لأجل فقدان الطلقية فيها، لكن يجب أن نفرّق بين الأولين والأخيرين، ففي الأخيرين لا تأثير للإذن في صحّة بيعهما؛ بخلاف الأولين حيث أنّ إذن المرتهن يؤثر في صحّة بيع المرهونه، وعليه فإنّ تأثير إذن المرتهن وعدم تأثير إذن الموقوف عليهم، دليل على أنّ المنع في الأخيرين تعبدي لا يرفعه الإذن، دون المنع في بيع الراهن، فإنّه قابل للرفع من خلال الإذن.

وخلصه الكلام: ثبت من خلال هذه المناقشات اندفاع دعوى المحقّق التستري»(٢).

## ٢\_ أدله القول بالصحة بعد لحوق إذن المرتهن

### إشاره

استدلّ الشيخ الأعظم(٣) قدس سره بالأدله التاليه:

### ١\_ الاستدلال بالأدله العامه

نحو اطلاق قوله تعالى: «أَحِلَّ لِلَّهِ الْبَيْعُ» وعموم قوله \_ عزّوجلّ \_ : «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» واطلاق قوله سبحانه: «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» وغيرها من الاطلاقات والعمومات.

وهذه الأدله العامه تدلّ على صحه بيع الراهن لو لحقه إذن المرتهن بعد البيع ولا تدلّ على مقارنة إذنه مع عقد البيع.

ويرد عليه: إنّ الأدله العامه خُصّصت بعقد الرهن فلا يجب الوفاء بعقد البيع مادامت العين المرهونه في الرهن فلا تشمله الأدله العامه، يعنى مادام لم تأت الإجازة لم يصح البيع.

وأما بعد صدور الإجازة من المرتهن، يدخل في أنّ خروج فرد من تحت العام في

ص: ٤٥٤

١-١ . المكاسب ٤/١٥٩.

٢-٢ . العقد النضيد ٥/(١٤٦-١٤٠).

٣-٣ . المكاسب ٤/١٥٤ وما بعده.

زمان بتخصيص عقلي يمنع من التمسك بالعام بعد مُصْتَبِي ذلك الزمان، ومنعه الشيخ الأعظم إلا أن يكون تخصيصاً عنوانياً، وليس الأمر كذلك فلا تشمل الأدلة العامة بيع الراهن ولو بعد صدور الإجازة من المرتهن. فتأمل.

## ٢\_ التعليل الوارد في صحه نكاح العبد

ورد التعليل في موثقه زراره: إنَّما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله إنَّما عصى سيده ولم يعص الله، الحديث (١).

وورد في صحيحته: إنَّه لم يعص الله وإنَّما عصى سيده، فإذا أجازة فهو له جائز. (٢).

بتقريب: «أنَّ كلَّ عقد كان النهى عنه لحقَّ الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا، وليس ذلك كمعصية الله أصله في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى» (٣).

وبعبارة أخرى: «تفيد العلة المذكورة أنَّ المانع هي مخالفته حقَّ الخالق دون الخلق، وأنَّ مخالفته الأخير لا تضر، فإذا أجاز جاز وإلاّ فلا، وأنه برضا الخلق يرتفع المنع، كما هو الحال في المقام، فإنَّه برغم قيام الدليل على أنَّ «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف» لكن هذا المنع لم يكن بمثل المنع في الوقف أو البيع الغررى، بل منَّع بلحاظ حقَّ المرتهن، فإذا أجاز جاز مثل صحه نكاح العبد بعد الإجازة» (٤).

وقد يناقش عليه: لا يمكن استفادته الصحه في بيع الرهن من التعليل الوارد في نكاح العبيد «لأنَّ حقَّ المرتهن هنا، ليس من قبيل حقَّ السَّيِّد بل الرِّهن، عقدٌ ومعاملةٌ وقوله عليه السلام: «إنَّه لم يعص الله بل إنَّما عصى سيده...» لم يكن راجعاً إلى العقود بل يمكن أن يقال: «إنَّ الرِّاهن، إذا باع العين المرهونه إنَّما عصى الله» لأنَّ عقد الرِّهن، ممَّا أمضاه الشَّارعُ وإنَّه أقدم على خلاف ما أمضاه الشَّارعُ فليس معلوماً أنَّ المراد من عصيان الله،

ص: ٤٥٥

١-١. وسائل الشيعة ٢١/١١٥، ح ٢، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٢-٢. وسائل الشيعة ٢١/١١٤، ح ١.

٣-٣. المكاسب ٤/١٥٤.

٤-٤. العقد النضيد ٥/١٢٩.



عصيانُ الحكم التَّكليفِيّ [فقط] بل [يمكن أن يكون] المراد منه العصيان على ما امضاه الشَّارِعُ من عقد الرِّهنِ [فيشمل عصيان الحكم الوضعي أيضًا] (١).

وبالجملة: تحقق عقد [وهو الرهن] والشارع لم يَمْضِ ضِدَّ هذا العقد.

### ٣\_ فحوى أدله صحه الفصولي

«الأدله الوارده في المنع عن بيع العين المرهونه، إنّما تفيد عدم استقلالهما في التصرف، لا أنّ البيع الواقع عليها باطل من أساسه، ولا يمكن تصحيحه بالإجازة اللاحقه أو الإذن السابق.

بيان ذلك: إنّهُ لا شكّ أنّ الحقّ أهون من الملك، لأنّ الملك يتضمّن الحقّ بمعناه اللغوي \_ أي الثبوت \_ وزياده، فالملكيه تتضمّن حقًا أكد وأقوى من الحقّ المجرد، وعليه فإذا اعتبرنا الحقّ مرتبه ضعيفه من الملك، فلا نقاش في أنّ الملكيه تعدّ مرتبه أقوى من الحقّ، وإن لم نقل بذلك، فلا نقاش في أنّ ارتباط المالك بالمملوك أقوى وأكد من ارتباط الحقّ بصاحبه.

وبناءً على هذه المقدمه، إذا أفاد النهي عن العقد الفصولي، مجرد عدم استقلال البائع في التصرف دون بطلان أصل المعامله، فإنّ ذلك يكون في الحقّ بطريق أولى، ومن المعلوم أنّ هذه الأولويه عرفيه وليس من باب تنقيح المناط، بمعنى أنّه إذا لاحظ العرف أنّ الدليل لا يفيد بطلان بيع مال الغير من أصله، بل يعلّق صحته على إجازة المالك، عرف أنّ بيع متعلّق حقّ الغير يكون أولى بالصحه بالإجازة من بيع ملك الغير» (٢).

وقد تأمّل في هذا الفحوى ب\_ «أنّه يلزم احتساب الفحوى بالنسبه إلى لسان الأدله لا بالنسبه إلى المناسبات والاستحسانات وأشياء خارجة عن مضمون الأدله وما يكون في باب الفصولي، أنّ [بإجازة المالك] صار العقد، عقده بحيث تشمله العمومات من: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيره كما صرح به السيّد رحمه الله في العروه.

ص: ٤٥٦

١-١ . تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٥/٢٥.

٢-٢ . العقد النضيد ٥/١٢٩.

وهذا، دليل صحّحه الفضوليّ وإلاّ قبل الإجازة، لا تشمل «أوفوا بالعقود» عقد المالك فمعنى «أوفوا بالعقود» يعنى «أوفوا بالعقود» أيها المالكون».

ومن المعلوم: أنّ هذه الحالة، ليست فى بيع الزّاهن لأنّ فى بيع الزّاهن كان العقد، عقد المالك فالإجازة اللاحقة، لا تؤثر فيما قبل من حيث الأدلّة حتّى يقال بالفحوى فليس هنا مناط حتّى يقال بأنّه جارٍ فيما نحن فيه بالطّريق الأولى.

بالجملة: فى باب الفحوى، يلزم أنّ يكون شمول الأدلّة أو المناط الّذى يُستفاد من الأدلّة، أخفى فى الرفع مع أنّه ليس الأمر كذلك هنا لأنّ المناط، كان أقوى فى الفرع حيث كان عقد الزّاهن، عقد المالك دون عقد الفضوليّ حيث أنّ بعد الإجازة، يصير عقد المالك.

فبناءً عليه، تمكّن دعوى العكس بأنّ يقال بإمكان القول بصحّحه بيع الفضوليّ واختيار البطلان فى باب بيع الزّاهن ووجهه أنّ الفحوى، أمّا تلاحظ باعتبار مدلول الأدلّة واعتبار إطلاق الأدلّة وعمومها لا باعتبار الاستحسانات الخارجيّة و المناسبات.

وتوضيحه: أنّ الزّاهن، أمّا باع ماله و عقده عقد [المالك] من الأوّل ومع ذلك لا- تشمل: «أوفوا بالعقود» عقده لحصول التّخصيص فيه وبعد الإجازة، لم تحصل فى شمول: «أوفوا بالعقود»، عامّ خرج من تحته فردّ فى زمانٍ، هل يجوز أن يرجع إلى العموم فيما بعد هذا الزّمان؟ فالشّيخ صرح بشكّل أن يرجع إلى العامّ فى هذا الفرد المشكوك بالمناط، وليس هنا مناط فى البين»(1).

### مقاله المحقق الإيروانى فى المقام ومتابعه المحقق الإصفهاني له

ذهب المحقق الإيروانى رحمه الله إلى أنّ بيع الراهن العين المرهونه صحيح من دون حاجه إلى إجازة المرتهن، ولكن تنتقل العين المرهونه مرهونه إلى المشتري، لأنّ حق الرهن يتعلّق بالعين وكان باقيا على العين حين انتقالها إلى المشتري وهو إن كان عالما يلزم العقد وإن كان جاهلاً فله خيار الفسخ للعيب الموجود فى العين المسلوبه المنفعه مدّه من الزمان.

ص: ٤٥٧

قال مانصه: «لا وجه للبطلان ولا التوقف على إجازة المرتهن، بل الوجه هو الصّحّه واللزوم وانتقال العين إلى المشتري مستحقّه للمرتهن، فيكون حقّ المرتهن محفوظاً، والعين ملكاً للمشتري؛ إذ لا- يعتبر في العين المرهونه أنّ تكون ملكاً للراهن، فإذا جاز استفادته عين للرهن ابتداءً جاز بالأولى بيع العين المرهونه، فيكون هذا بحسب الاستداهه مثل ذلك بحسب الابتداء، نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار، وأما من قبل البائع فهو لازم مطلقاً.

وبالجملة: الدوران بين البطلان والتوقف على الإجازة إنّما يكون التناهي بين صحّه البيع وتأثيره في النقل وبين بقاء حقّ المرتهن، فيدور الأمر بين بطلان البيع لمكان الحقّ وبين وقوعه مراعىً بسقوط الحقّ من العين بنحو، إمّا بالإجازة أو بإسقاط الحقّ، أو بفكّ الرهن، أو الإبراء عن الدين على إشكال في غير الأوّل»(١).

وتبعه المحقّق الإصفهاني رحمه الله في الجملة حيث قال: «ينبغي تقييده [أي تقييد «الاتفاق على عدم استقلال المالك...»(٢)] بما إذا كان نفوذ البيع منافياً لحقيقه الرهن، أمّا إذا لم يكن كذلك فلا- موجب لبطلان البيع؛ كما إذا رضى المشتري ببقائه على الرهانه، فإنّ رهن المال على دين الغير جائز؛ وبيع المال في أداء الدين الذي هو على الغير أيضاً نافذ، سواء باع عن مالكة وأدى الدين بثمنه أو باعه لنفسه كما مرّ تحقيقه مراراً، ففي هذه الصوره لم يكن البيع منافياً للرهنه حتّى يتوقف على اذن المرتهن أو إجازته أو إبرائه أو إسقاطه أو فكّ الرهنه، فالاتفاق على عدم الاستقلال بملاحظه طبع البيع والرهن؛ لا ما إذا لحقه عنايه زائده وهو رضا المشتري»(٣).

ومال إلى هذا القول المؤسس الحائري قدس سره كما ستأتى مقالته ونقده تفصيلاً.

وتبعهم الأستاذ المحقّق \_ مدظله \_ في بحثه الشريف.(٤)

ص: ٤٥٨

١-١ . حاشيه المكاسب ٢/٥٢٦.

٢-٢ . المكاسب ٤/١٥١.

٣-٣ . حاشيه المكاسب ٣/٢٦١.

٤-٤ . العقد النضيد ٥/١٤٧.

ويرد عليه: إنّه لم يدلّ دليلٌ على أنّ للمرتهن حقّ على العين المرهونه والصحيح «أنّ الرهن عقدٌ من العقود كسائر العقود له إيجابٌ وقبولٌ ومن خاصيّته ذلك العقد أنّه لانزّم من طرف الرّاهن وجازيٌ من طرف المرتهن وليس هنا شىءٌ إلاّ مفهوم الرّهن وهو اعتبار القبض والإقباض فى الخارج على نحو خاصّ كما يكون كذلك فى ساير العقود فالعقود كلّها لها أصلٌ فى التّكوين يعنى الحاجة التّكوينيّة، تقضى القبض والإقباض على نحو الوثيقه ثمّ يأتى بنحو القانون وهو الإيجابُ والقبولُ لحصول الثّقهِ.

فمفهومُ الرّهن، بقاءُ العين المرهونه عند المرتهن حتّى يكونَ داعياً للرّاهن لردّ دين المرتهن ولازمٌ تحقّق هذا المفهوم؛ بقاءُ العين عند المرتهن دائماً وكان الرّاهن ممنوعاً من التّصرفِ فهو أنّ العين، ليست ماله. وأمّا ممنوعيّة الرّاهن فلكون العين وثيقه عند المرتهن وممنوعيّة تصرّف الرّاهن والمرتهن، أنّما هو لاجل كون التّصرف مخالفاً لمفهوم العقد ونحوه فعدم جواز التّصرف فى العين المرهونه ومن قبل الرّاهن والمرتهن داخل جزء العقد لا أنّه تعلق على العين، حقّ الغير.

فلذا نقول: إنّ عدم جواز التّصرف فى العين المرهونه من قبل الرّاهن والمرتهن، تخصيصٌ عقليٌّ محضٌ فى قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» وليس هو بتخصيص شرعىّ وعنوانيّ.

فلهذا، إنّ قلنا: إنّ للمرتهن، حقّاً فى العين المرهونه، أنّما هو بذلك المعنى لا أنّ له حقّ فى مقابل الحكم يعنى الحقّ بمعنى سنخٍ من الأحكام الوضعيّة بالمعنى الفقهيّ الاصطلاحيّ المجعول من الشّارع»(1).

ثمّ لو تنزلنا وفرضنا «أنّ الرّهن، حقّ راجعٌ إلى العين، فللبحث من أنّه هل تعلق على ذات العين أو تعلق عليها بما أنّها مملوكٌ، مجالٌ كما يُبحث فى باب الشّفعة والخيار.

ولكن بعد ما قلناه من أنّ الرّهن، ليس من قبيل الحقّ بذلك المعنى الاصطلاحيّ المجعول من الشّارع على العين بل العقد، معاوضهٌ ومعاقدهٌ والمعاقده على نفس العين

ص: ٤٥٩

فإذا كانت نفس العين رهنا يعنى تعلقت المعاقده على العين التى كانت ملكا للبائع ليست المعاقده مع المشتري، فلا معنى للقول بانتقال الحق على المشتري، متعلقا لرهن الرهن»(١).

وبعبارة أخرى: «لم يثبت فى باب الرهن، أصلٌ وحقٌ للمرتهن على العين ولو كان هنا أصلٌ فيمكن القول بأنه من باب التوسع فى التعبير ومن المعلوم: أنه ليس المراد من الحق هنا، المعنى الاصطلاحى الفقهي مثل الحقوق حيث لم يكن هذا الحق مثل الحقوق فى الفقه الاسلامي ولم يرد تعرض فى الروايات بمثل هذا النوع من الحق فليس هنا شىء زائد غير كونها رهنا بل لا يحتاج إلى جعل حق غير كونها رهنا.

والقول بالحق هنا، مطلبٌ انتزاعي لا أنه أمرٌ أصيلٌ والأصيل المجهول، أما هو نفس الرهن واعتباره فليس هنا حق زائد غير كونها رهنا حتى يبحث عنه بأنه حق متقوم على ذات العين أو متقوم بما أنها مملوكٌ للبائع ومعنى عقد الرهن بقاء العين وعدم انتقالها إلى الغير وعدم كونها ملكا للغير، فليس هنا حق يتكلم عنه بأنه هل قائم بالعين أو بما أنه مملوكٌ للبائع؟»(٢).

### مقاله المؤسس الحائري فى المقام

قال شيخنا آية الله الشيخ محمدعلى الأراكى عليه السلام ما نصه: «قال شيخنا الأستاذ \_ دام علاه \_ : الجمع العرفي بين إطلاقات وعمومات صحه البيع، وخصوص النهى عن بيع الراهن ليس إلا. ارتفاع أصل النفوذ عن هذا القسم ببطلانه رأسا كما هو الحال فى الجمع فى تلك الإطلاقات والعمومات، والنهى عن بيع الوقف وبيع أم الولد وبيع الغرر وغير ذلك، ولو كان مقتضى الجمع هو الحمل على رفع الاستقلال مع إثبات أصل الصحه التأهليه لكان اللازم ذلك فى تلك المقامات أيضا.

فنقول: مفاد النهى مع ذينك الإطلاق والعموم قابليه أصل العقد للتأثير والحاله

ص: ٤٦٠

١-١ . تحقيق وتقريرات فى البيع والخيارات ٥/٢٦.

٢-٢ . تحقيق وتقريرات فى البيع والخيارات ٥/٢٨.

الكذائيه مانعه عن استقلاله فيه، فلا ينافي تأثيره الضمنى. بضميمه زوال تلك الحاله، فمقتضى الإطلاق هو التأثير عند زوال أم الولديه أو الوقفيه أو الجهاله، والحال أن أحدا لا يقول بذلك بل من المسلم احتياج المعامله بعد زوال تلك الحاله إلى صيغه جديده، وعدم فائده فى الصيغه الأولى رأسا، وإذن فما الفرق بين تلك المقامات ومقامنا، وهل النهى عن بيع الراهن الواقع بلا إجازة المرتهن إلا مثل تلك النواهي.

فالأسد في إثبات القول المزبور هو اختيار طريقه أخرى اخترناها في تصحيح عقد الفضولى بعد رد الطريق المذكور فيه أيضا بمثل ما ذكرنا وهى أن يقال \_ بعد أن قوله: «أحلَّ اللهُ البَيْعَ» ظاهر فى البيع المسببى، أعنى: النقل والانتقال، دون السببى، أعنى: الإنشاء المظهر باللفظ، وهذا المعنى محمول على مصاديقه العرفيه، فكلما حكم فيه العرف بتحقق المبادله والنقل والانتقال يحكم عليه الشرع بحكم «أحلَّ» \_ : أن الشارع ربّما يخطئ العرف فى تشخيص بعض المصاديق ويقول: ما حكتم بمصاديقه ليس بمصداق واقعا، وهذا هو الحال فى بيع الغرر وأمثاله ممّا انفكَّ نظر العرف فيه عن نظر الشرع، وربّما يقرّره فى تشخيص بعض آخر ويقول: قد أصبتم فى حكمكم بالمصاديقه أو بعدمها فى مورد فلانى.

ومن هذا القبيل مقامنا وبيع الفضولى، فإنّ العرف كما لا يرى المبادله متحققه بإنشاء صادر من غير المالك كذلك لا يراها حاصله بمجرد إنشاء المالك بدون إجازة المرتهن، وكما لا يفرّق فى حصولها بين حصول إجازة المالك فى الفضولى قبل العقد أو معه أو بعدها، كذلك فى المقام أيضا لا يفرق بين الصور المذكوره بالنسبه إلى إجازة المرتهن فى الحكم بالحصول فى جميعها، فإذا قال الشارع: الراهن ممنوع من التصرف البيعى فمعناه عند العرف أن حقيقه المبيعه والمبادله لا يتحقق منه إلا بعد لحوق إجازة المرتهن وليس للقول المذكور إطلاق شامل لما بعد الإجازة؛ لأنّه حينئذ يصير من باب التعبد والتخطئه المصاديقه وقد فرضناه ليس بهذا الصدد، وإنّما هو بصدد التقرير والمشى على طبق ارتكازهم وطريقتهم، والمفروض أن طريقتهم إنّما هو المنع قبل الإجازة لا بعدها، نعم هذا يحتاج إلى إثبات كون القول المذكور واردا فى هذا المقام لا فى مقام التعبد

هذا مضافا إلى ما أشار إليه شيخنا المرتضى قدس سره من أنه على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأسا يمكن التمسك بأدله الفضولى بعد الأولوية القطعية، فإنه إذا كان بيع الأجنبي للعين المرهونه سواء كان لترقب الإجازة أو باعتقاد المالك أم بالبناء الغصبى العدوانى صحيحا نافذا عند إجازة الراهن والمرتهن بواسطه تلك الأدله، فمن المقطوع أنّ حال الراهن الذى هو المالك ليس بأدون من ذلك الأجنبى، ولازمه صحه البيع الصادر منه عند لحوق إجازة المرتهن، وبالجملة يمكن التصرف فى الظهور المذكور بالحمل على ما ذكرنا بملاحظه تلك الأدله بضميمه هذه الأولويه القطعيه.

ثم قال شيخنا \_ دامت أيام إفاداته الشريفه \_ : وهنا طريق آخر لتصحيح البيع المزبور عند إجازة المرتهن، وهو أن يقال: ليس المقام كعقد الفضولى؛ فإنّ العرف كما عرفت لا يرون المبادله هناك حاصله إلا بعد إجازة المالك، وأمّا هنا فمصدق المبادله والبيع المسببى محقق عندهم قبل حصول إجازة المرتهن، لأنّ حال العين المرهونه حال العين المستأجره، فكما لا يمنع الاستئجار هناك عن تحقّق البيع \_ بل يرون العين مع سلب المنافع منتقله إلى المشتري \_ كذلك هنا أيضا الرهانه غير مانعه، فالعين على حال الرهانه وكونها وثيقه لدين المرتهن تصير منتقله إلى المشتري.

وكما أنّ سلب المنافع هناك لا يوجب عدم صحه اعتبار الملكيه والمبادله وذلك لوجود ما يصحّ انتزاع ذلك عنه وهو المنافع المتجدده بعد انقضاء المدّه كذلك هنا أيضا ليس الممنوعيه عن التصرفات موجب له عدم اعتبار الملكيه والبيع، إذ يكفى فى صحه انتزاعهما كون العين جائز التصرف من البيع والإجازة وغيرهما من المشروطه بالملك عند إجازة المرتهن وكون نماءاتها لملك.

وإذن فنقول: مقتضى عموم «أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» صحه هذا البيع ولو لم يلحقه إجازة المرتهن، غايه الأمر كون المشتري مع جهله بالحال مختارا فى الفسخ والإمضاء، فحال المقام حال بيع الغرر وبيع أمّ الولد ممّا يرى فيها العرف حقيقه المبادله، ومقتضى العموم المذكور فيها أيضا هو الوقوع. ولكنّ الفرق بين المقامين أنّ النهى الخاص المتعلّق

بخصوص البيعين تخصيص ذلك العموم ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين زوال الجهالة والاستيلاء بعد ذلك وعدمه.

وأما المقام فالنهي الوارد فيه وارد على الراهن مع عطف المرتهن عليه؛ فإنَّ بإجازه الراهن، فالأمر دائر في الخبر المذكور بين أن يراد من المنع ظاهره من الممنوعيه الرأسيه المنافيه للصحه التأهليه أيضا، غايه الأمر نلتزم بتخصيص المرتهن، ولكن نلتزم بحمل المنع على خلاف ظاهره من ممنوعيه الاستقلال في التصرف الغير المنافيه مع الصحه التأهليه.

فحال المقام حال ما إذا ورد أكرم العلماء وعلم بأنَّ زَيْدًا الْعَالِمَ يُسْتَحَبُّ إِكْرَامُهُ فَإِنَّ الْأَمْرَ دَائِرَ بَيْنِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَادَةِ بِتَخْصِيصِ الْعُلَمَاءِ بِمَا سَوَى زَيْدٍ، وَبَيْنِ التَّصَرُّفِ فِي الْهَيْئَةِ بِحَمْلِهَا عَلَى مَطْلَقِ الطَّلَبِ، وَحِينَئِذٍ فَلَوْ لَمْ نَقْلُ بِأَظْهَرِيَّةِ الْمَادَةِ فِي الْمَقَامِ الْمُقْتَضِيَةِ لِحَمْلِ الْهَيْئَةِ عَلَى مَمْنُوعِيَةِ الْإِسْتِقْلَالِ فَلَا أَقْلَ مِنَ الْإِجْمَالِ، فَيَكُونُ إِطْلَاقُ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بَعْدَ لِحُوقِ الْإِجَازَةِ سَلِيمًا عَنِ الْمَعَارِضِ وَالْمَقْتِدِ، وَبِعِبَارِهِ أُخْرَى يَكُونُ الْقَدْرُ الْمُتَيَقَّنَ الْخُرُوجَ هُوَ الْبَيْعُ الْغَيْرُ الْمَرْضِيَّ بِهِ فَيَبْقَى الْبَيْعُ الْمَرْضِيَّ بِهِ دَاخِلًا تَحْتَ الْإِطْلَاقِ.

فلا وجه للقول بالبطلان وإن قواه بعض الأساطين \_ قُدِّسَتْ أَسْرَاهُمْ \_ (١).

وقد يناقش عليه: أولاً: أنَّ دعواه: «إذن فما الفارق بين تلك المقامات ومقامنا، وهل النهي عن بيع الراهن الواقع بلا-إجازه المرتهن إلا مثل تلك النواهي» (٢) لا يمكن اعتبارها ردًا على الشيخ [الأعظم]؛ لأنَّ الشيخ الأعظم استنتج من المرسله بأنَّ النواهي المتعلقة بالمعاملات تارة نواهي خَلْقِيَّةٍ \_ كعصيان العبد لمولاه \_ يمكن دفعها بالإجازه اللاحقه، وأخرى خَالِقِيَّةٍ لا يزول بالإجازه كما في بيع الوقف والغرر، ثمَّ أثبت بأنَّه فرق بين باب الغرر وباب الرهن، وأنَّ النهي في الأخير نهى خَلْقِيَّ بِلِحَاطِ حَقِّ الْمَرْتَهَنِ وَلَا عِلَاقَةَ لَهُ

ص: ٤٦٣

١-١ . كتاب البيع ٢/ (٢٠٦-٢٠٢) والأستاذ المحقق \_ مدظله \_ .

٢-٢ . كتاب البيع ٢/٢٠٣ .



بياب الغرر الذي هو نهى خالقي، وممنوع بحد ذاته للجها له المتحققه فيه.

فدعوى وحده الملاك فيهما وتساويهما في الحكم جوازا ومنعا ممنوعه.

وثانيا: أن دعواه بالتفريق بين المرهونه والفضول، باعتبار أن المتحقق من خلال بيع المرهونه هو الأمر المسببي الناشئ في ظرف الإنشاء لصدوره من المالك وقبل الإجازة، بخلاف بيع الفضول حيث يكون تحقق الأمر المسببي فيه متأخرا عن ظرف الإنشاء وحاصلا بعد الإجازة.

ممنوعه، فإنه حتى لو سلمنا المبني والترمنا بأن إنشاء المعاملات يعد أسبابا والمنشآت مسببات، فإن تاليه الفاسد وجوب الالتزام بالنقل دون الكشف، أي أن من يلتزم بتحقق النقل بعد الإجازة لا بد وأن يقول بناقليه الإجازة، مع أنه رحمه الله التزم فيها بالكشف على مبني الشرط المتأخر.

وبالجملة: فالالتزام بتحقق البيع المسببي بعد الإجازة يستحيل اجتماعه مع القول بالكشف.

وثالثا: إن دعواه أخيرا بالجمع بين دليل الوجوب والاستحباب، من خلال التصرف في هيئه الوجوب، وحملها على مطلق الطلب الذي يصلح أن يجتمع مع دليل الاستحباب، وتطبيقه على المقام، يعد محاولة ينبغي البحث عنها لمعرفة مركز التنافي بين العام والخاص وحاده، وأخيرا الطريقة التي يمكن بها علاج التنافي.

فنقول: لا- يخفى أن البحث يدور حول العام والخاص المتخالفان - دون المتوافقان - ومعلوم أن المخالفه تنشأ دائما من ناحيه الحكم دون الموضوع، حيث ينافي ظهور (أكرم زيدا) مع ظهور (يستحب إكرام زيدا)، فيأذن مركز التنافي هو الحكم دون الموضوع.

أما حد التنافي: أن القاعده تقتضى انحلال دليل الوجوب إلى أحكام متعدده فتحصل من خلالها إطاعات وعصيانات متعدده، ويتحقق التنافي في المصداق الذي يدلّ الدليل المنحلّ على وجوب إكرامه، والدليل الآخر الدالّ على عدمه، وحينئذٍ يعدّ إسقاط ظهور الهيئه في جميع موارد الحكم، وحملها على الطلب في الجملة لتشمل الطلب

الاستحبابى، يعدّ رفع اليد عن الحجّج بالأحجّج، وهو ممنوع.

وهكذا بطلت الدعاوى المذكوره، والمحاولة التى قام بها [المؤسس] الحائرى لرفع التنافى بين الدليلين.

أقول: إنّ الطريقة الوحيدة التى يمكن بها رفع التنافى هى ملاحظه العام والخاص والنسبه الحاصله بينهما.

فإنّه لا شكّ أنّ نسبه كلّ خاص إلى العام هى نسبه القرينه إلى ذى القرينه، فتكون أصله الظهور فى القرينه \_ بالنسبه إلى ذىها \_ تنجيزيّ وفى ذى القرينه تعليقى، أى أنّ ظهور العام مشروط دون الخاص، حيث أنّ ظهور الخاص بالنسبه إلى العام غير مشروط.

وبعبارة أخرى: إنّ ظهور العام معلّق بعدم وجود الخاص والمقيّد، أمّا ظهور الخاص فغير مقيّد و [غير] معلّق بشىء، ولذلك يعدّ الخاصّ مقدّمًا على العام، ولهذا السبب فالتصرّف فى هيئه الوجوب بحملها على الطلب فى الجملة بالنسبه إلى بعض المصاديق \_ كما ادّعا [المؤسس] الحائرى \_ يعدّ أمرًا مستحيلًا بحسب القواعد الأصوليه دون الفلسفيه، لاستلزام ذلك إسقاط دلالة الهيئه على الوجوب، ولا يتمّ الإسقاط إلّا بعد إسقاط ظهور دليل الخاص الدالّ على الاستحباب، واعتباره غير مخصّص للعام، فالسقوط يتوقّف على عدم التخصيص، وهذا العدم متوقّف على سقوط ظهور الخاص؛ لأنّ قرينته الخاص تامّ الاقتضاء، ولا يمنع عن تأثير اقتضاءه وتخصيصه للعام إلّا قيام المانع، ولا مانع فى المقام إلّا حمل ظهور (أكرم) على الطلب فى الجملة دون الوجوب، ولا يتحقّق هذا الظهور إلّا بعد زوال قرينته الخاص، وعدم قدرته على تخصيص العام، وهو ممنوع.

فثبت أنّ مثل هذا التصرّف فى هيئه الوجوب يعدّ محالًا.

وبالجملة: أنّ هيئه «أكرم» ظاهره فى الوجوب، إمّا بالإطلاق، أو بحكم العقل، وأمّا هيئه «يستحبّ» نصّ فى الاستحباب، فيدور الأمر بين الالتزام برفع اليد عن ظهور الأوّل بنصّ الثانى، أو اعتبار مفاد الوجوب عامًا ونصّ الاستحباب خاصًا، فيتقدّم الخاصّ على العام.

وعلى جميع المباني، فإنَّ النتيجة هي لزوم حمل مفاد «أكرم» على الطلب المطلق \_ وهو الوجوب الذى يسقط فى خصوص زيد \_ لا الطلب فى الجملة، ومقتضى القاعده حصراً هو التخصيص»(١).

### ثم إنَّ هنا قولاً آخر وهو انتقال حق الرهانه من العين إلى الثمن

وهذا منقول من «الشيخ فى المبسوط والعلامة رحمه الله فى التحرير والشَّهيد رحمه الله فى الدَّروسِ من نقل حقَّ الرهن من العين إلى الثمن، [و] ليس بصحيح.

وجه هذا القول، أنَّه قيس ما نحن فيه أى باب الرهن مع سائر الحقوق المتقوِّمه بالعين بضميمه قاعده المعاوضات مثلاً قلنا سابقاً فى باب الوقف فى بيع العين الموقوفه فى موارد جوازه أنَّ حقَّ البطون اللاحقه يُنتقل من العين الموقوفه إلى بدلها فكما أنَّ العين الموقوفه، كانت مشتركه بين الطبقات فكذلك يكون الثمن مشتركاً بين الطبقات فتنتقل حاله الوقف من العين إلى بدلها أخذاً بمقتضى المعاوضه.

وقيس ما نحن فيه وهو باب الرهن بباب الوقف فينتقل حقَّ الرهن من العين المرهونه المبيعه إلى ثمنها لأنَّ الرهن والمرتهن فكأنَّهما يشتركان فى المبيع نوعاً من الشَّركه.

وان كان مبناه ما قلناه سابقاً فالجواب هو الجوابُ عنه لما قلنا من أنَّ الرهن، ليس من العقود [التي] قائماً بالعين [و] لا قائماً بذات العين ولا قائماً بما أنَّها مملوكٌ.

والفرقُ بين الوجهين لا- يخفى على المتأمل حيث أنَّ الوجه الثالث [وهو قول الإيروانى ومَنْ تبعه] مبنيٌّ على أنَّ حقَّ الرهن، يتعلَّق على ذات العين فيذهب هذا الحقَّ حيث تذهب هذه العينُ ومبنى الوجه الرابع أنَّ حقَّ الرهن يتعلَّق على العين بما أنَّها مملوكٌ فيتعلَّق الحقَّ بالعوضين فالمملوك صار عوضاً بمملوكٍ آخر فينتقل إلى الثمن.

وأما ما قال به الشيخ الطَّوسى فى المبسوط والعلامة فى التحرير والشَّهيد رحمه الله فى الدَّروس فلا يبعد عدم تطبيق هذا القول مع القول الرابع فيحتمل أن يكون قولهم بجواز بيع

ص: ٤٦٦

الرهن، إنما هو من أجل ردّ دينه من ثمن البيع والإجازة مبيته على ذلك لا أنها مبيته على صحه بيعه وعدم أداء دينه وإن كان مرادهم رحمه الله هذا فهذا مطلب استظهارى من كلمه الإجازة فى باب الرهن وليس من جمله تلك الأقوال.

نعم، إذا قامت القرينه على خلاف ذلك يعنى قامت القرينه على إجازة المرتهن، البيع لا من أجل ردّ دينه فهو ممّا لا كلام فيه ولكنّ الكلام فى طبع الإجازة وأنّ طبع الإجازة ماذا يقتضى؟

ولعلّ كلام الشيخ رحمه الله فى المبسوط والعلامة فى التحرير والشهيد رحمه الله فى الدروس مبنئى على ذلك وان كان مبناه هذا فيصحّ كلامهم وليس مربوط بالقول بل هو استظهار من الإجازة فى مقام الإثبات وراجع إلى تشخيص مراد المرتهن من إجازته.

وأما ان كان المراد أنّ الرهن، حقّ متعلّق على العين بما أنّها مملوك ولازم الحقوق المتعلّقه على الملك أنّها يصحّ بيعه منتقلاً حقّ الرهن على عوضه، فلا يصحّ (١).

### القول المختار فى المسألة

أقول: القول المختار من الأقوال الأربعة الماضيه فى بيع الراهن العين المرهونه بإذن المرتهن وهنّ:

أ: البطلان: وهو مختار جماعه منهم الشيخ أسدالله التستري صاحب المقابس.

ب: الصحه مع إذن المرتهن: وهو مختار جماعه منهم الشيخ الأعظم الأنصارى.

ج: الصحه مطلقا إى من دون إذن المرتهن: وهو ابداع المحقّق الإيروانى ومال إليه المؤسس الحائرى وتبع المحقّق الإصفهانى الإيروانى والاستاذ المحقّق \_ مدظله \_ .

د: الصحه مطلقا من دون إذن المرتهن وانتقال حق الراهنه من العين إلى ثمنها وهو منسوب إلى الأعلام الثلاثة.

القول المختار هو القول الثانى أى الصحه مع إذن المرتهن لا- بالأدله التى أقامها الشيخ الأعظم الأنصارى لأنه قد عرفت عدم تماميتها بل لما مرّ منّا من أنّ تخصيص

ص: ٤٦٧

الوارد فى بيع العين المرهونه عقلياً ولا شرعى وما ورد فى الشريعه المقدسه من المرسله النبويه إرشاد إلى ذاك الحكم العقلي.

والتخصيص العقلي من أول الأمر ليس بمطلق بل منوط بعدم جواز التصرفات الخارجيه والناقله فى العين المرهونه من دون إذن ورضايه الطرف الآخر ولكن إذا تصرف كل منهما \_ الراهن والمرتهن \_ مع إذن أو رضايه الآخر فتصرفاته نافذه وبيع العين المرهونه داخل فى هذا الكلى فإذا باعها الراهن مع إذن المرتهن كان صحيحاً والله سبحانه هو العالم.

**ثم إن هاهنا فروع لابد أن نبحث حولها:**

### **١\_ الإجازة هنا كاشفه أو ناقله؟**

آراء الفقهاء فى باب الإجازة فى مسألتنا متضاربه تظهر لك بعضها فى ما يأتى:

قول الشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى أن حكم الإجازة «فى المقام بحسب القواعد يجب أن تكون ناقله كحكمها فى باب الفضولى، لكن فبالرغم من أن القاعده تقتضى النقل من حين الإجازة فى باب الفضولى، إلا أن النصّ الوارد فى هذا الباب \_ فى قضيه قيام الولد ببيع جاريه أبيه وولدها، حيث قال عليه السلام: أنه لو أجاز جاز (٢) يقتضى مخالفه القاعده والالتزام بالكشف الحكيم بالأولويه، بمعنى ترتب أحكام الملكيه من حين وقوع البيع تعبدًا وحكمًا.

بيان الأولويه: أن الإجازة تؤثر فى بيع الفضولى من جهتين:

١\_ إن الإجازة تحقّق الاستناد للبيع الفضولى الذى صدر دون استناد إلى المالك.

٢\_ إن الإجازة تحقّق شرط النقل الذى هو إجازة المالك.

فشأن الإجازة فى هذه المعامله كونها جزء الموضوع الذى لولاه لم يتحقّق

ص: ٤٦٨

١- ١. المكاسب ٤/١٦٠.

٢- ٢. وسائل الشيعه ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والأماء. صحيحه محمّد بن قيس.

موضوع الصحّة؛ لأنّ الموضوع فى قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بيع المالك، ولزوم الوفاء بالعقد الصادر ممّن له أهليته انتساب العقد والعهد إليه، والإجازة تحقّق الاستناد للعقد الصادر من الفضولى، ويوجب تماميته الموضوع، ممّا يوجب انطباق عنوان الرضا المذكور فى قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (١) وقوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ بطيبه نفسه» على العقد.

وبالتالى: فإنّ الإجازة يتحقّق أولاً الانتساب، وثانيا الرضا.

وهكذا تعدّ الإجازة فى البيع الفضولى متمّما للموضوع وجزءا للسبب ومحققا لشرط صحّة العقد.

أمّا بيع الراهن فهو بيع صادر من المالك، وعليه فلا مشكله فيه من جهة الاستناد، إنّما المشكله من جهة تعلق حقّ المرتهن حيث يعدّ مانعا، والإجازة ترفع المانع.

وعليه، فإذا دلّ النصّ الوارد فى باب الفضولى \_ الذى فيه مانعان: عدم الانتساب وعدم الرضا \_ على صحّته وكاشفيته، دلّ على صحّة بيع الراهن وكاشفيته بالأولويّة، لما فى الأخير من وجود مانع واحد وهو حقّ المرتهن دون الانتساب الثابت تحقّقه» (٢).

اعتراض المحقّق الإيروانى على الشيخ الأعظم

قال فى تعليقه على قول الشيخ الأعظم: «لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى، وهى هنا من قبيل رفع المانع» (٣). بما نصه: «هذا غير فارق [١] فإنّ المعلول يتوقّف على تحقّق تمام أجزاء علته من السبب والشرط وعدم المانع، فلا فرق فى عدم حصول الأثر بين أن يكون المقتضى غير حاصل وبين أن يكون المانع موجودا، [٢] مع أنّ تطبيق اصطلاحات أهل المعقول على أجزاء العقد وتسميتها بأسمائها ممّا لم يجر على أصل صحيح؛ فإنّ باب العقود ليس باب الأسباب الحقيقيه والتأثير والتأثر» (٤).

ص: ٤٦٩

١-١ . سورة النساء / ٢٩.

٢-٢ . العقد النضيد ٥/١٤٨ و ١٤٩.

٣-٣ . المكاسب ٤/١٦١.

٤-٤ . حاشيه المكاسب ٢/٥٣٠.

ولكن يمكن أن يجاب عنه بأن «موضوع الصحّة في البيع الفضولي، هو العقد المستند الذي يتحقّق من خلال الإجازة، أما بيع الرهن فإنّ موضوع الصحّة فيه متحقّق منذ البدايه، لصدوره ممّن له أهليته ذلك، وإنّما المانع عن نفوذه هو حقّ المرتهن ليس إلاّ، وتأكيد الشيخ [الأعظم] رحمه الله على أنّ هناك فرقاً عرفياً بين الإجازة المتحقّقة للموضوع والتي ترفع المانع.

فدعوى المحقّق الإيرواني في مناقشته الأولى من أنّه «لا فرق في عدم حصول الأثر بين أن يكون المقتضى غير حاصل، وبين أن يكون المانع موجوداً».

ممنوعه ومدفوعه.

كما إنّ مناقشته الثانية أيضاً مدفوعه، لأنّ مصطلح المقتضى المستعمل في كلام الشيخ [الأعظم] لم يكن يقصد به إلاّ موضوع الحكم الشرعي دون المصطلح الفلسفي المعهود، كما أنّ مراده من المانع هو قيد الموضوع أيضاً، وقد استعمل الفقهاء هذين المصطلحين للتعبير عن الموضوع وقبوده والشروط [التي لا بدّ أن يترك]، لا- ما يترشّح منه الوجود، أو ما يوجب متمّ فاعليه الفاعل أو مكتمل قابليته القابل بحسب ما هو مصطلح عند الفلاسفة»<sup>(1)</sup>.

اعتراض المؤسس الحائري على الشيخ الأعظم

قال قدس سره: «ومّا ذكرنا يظهر النظر فيما ذكره شيخنا المرتضى \_ قدس سره الشريف \_ من أنّ القول بالكشف في الفضولي يستلزمه هنا بالفحوى، لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى، وهي هنا من قبيل رفع المانع، انتهى المقصود من كلامه.

لأنّ الفحوى المذكوره ممنوعه غايه المنع بناءً على ما هو قضيته القواعد من النقل كما هو مختاره قدس سره أيضاً، فإذا ورد التعبد بالكشف الحكمي في ما هو من قبيل جزء المقتضى لا- يمكن التعدّي منه إلى ما هو من قبيل رفع المانع، وهل هو إلاّ القياس الممنوع؟

ص: ٤٧٠

نعم ما ذكره لا بأس بجعله مؤيدا بناءً على جعل قضيه القواعد هو الكشف»(1).

القول المختار هو كاشفيه الإجازة

كاشفيه الإجازة في بيع الفضولي «بمقتضى القاعدة وذلك لجهه عقلائيته، وهي أن المنشئ حينما يقوم بتملك العين لا يعقل إهماله للزمان، بل لابد أن يلاحظ الفتره الزمته التي تدخل العين في ملك المشتري، والشاهد على ذلك أنه إذا سئل الفضول عن ذلك، أجاب بانتقال الملكيه حين التلّفظ بـ (بعث) أو من حين دفعها إليه. فالتفات البائع دليل على تحقّق الملكيه أو قصده بتحققها من حين البيع، وعليه فالإجازة المتأخره لابد وأن تتعلّق بمثل هذا العقد ومن حين وقوعه، فمقتضى الإجازة ثبوتها كونها إنفاذاً للملكيه من حين الإنشاء، كما أن مقام الإثبات \_ مقتضى ظهور الصحيحه الداله على أنه متى أجاز مالك الوليده صحّ البيع \_ أيضا دال على تعلّق الإجازة بالعقد من حين وقوعه، وإلاّ لو اعتبرنا الملكيه متحقّقه من زمان متأخر عن الإجازة لاستلزم تخلف الممضى شرعا عمّا أنشأه البائع، بأن تكون الملكيه المقصوده بالعقد متحقّقه من زمان العقد وقبل الإجازة، بخلاف الملكيه الشرعيه حيث تكون متحقّقه من حين تعلّق الإجازة، ممّا يستلزم أن يكون الواقع غير ممضى، والممضى غير واقع، أي ما تعلّقت به الإجازة والعقد لم يكن نافذاً شرعا، وما هو نافذ شرعا لم يتعلّق به العقد والإجازة، وهو ممنوع لمخالفته مع ظهور أدله صحّحه الإجازة الداله على إمضاء ما تعلّقت به الإجازة، وهي الملكيه من زمان العقد لا زمان الإجازة.

نعم يثير القول بكاشفيه الإجازة عدّه مشاكل أجبنا عن بعضها آنفاً.

منها: استلزام ثبوت ملكيه مالكين على مال واحد. وقد أجبنا عنه بإمكان الانقلاب في الاعتباريات ثبوتاً وإثباتاً.

منها: كيفيه تصوير انقلاب الملكيه في الفتره الواقعه بين العقد والإجازة من المالك إلى المشتري.

ص: ٤٧١

١-١ . كتاب البيع ٢/٢١١.



والجواب: إنّ الشارع يعتبر العين ملكاً للمالك في المئذاه المذكوره، لكن بمجرد صدور الإجازة منه يعتبر الشارع العين ملكاً للمشتري، وهكذا يتعدّد اعتبار الشارع بمقتضى الإجازة، ولا مانع لتعدّده، حيث لا يستلزم الانقلاب في الواقعيّات ليكون ممنوعاً، بل الانقلاب حاصلٌ فيما يعدّ من الأمور الاعتباريّه، ولا مانع من وقوعه فيها.

أمّا إجازة المرتهن: فهي على نقيض من إجازة المالك في العقد الفضولي، حيث لا تأثير لها في تحقّق الاستناد، ولا تدلّ على رضا المالك بالبيع، لتحقّق كليهما قبل لحوقها إذا البيع صادر من نفس المالك وهو الراهن، وبالتالي فلا تأثير لمثل هذه الإجازة في الأمرين المذكورين، إنّما تؤثر حصراً في إسقاط الحقّ الثابت لدى الحقّ.

وبالجملة: ثبت ممّا ذكرنا أنّه لا مجال لقياس المقام بالعقد الفضولي، ولا ملازمه بين ثبوت كاشفيّه الإجازة في الأخيره وثبوتها في الأوّل، لأنّ الملازمه تتمّ في ما إذا كانا من باب واحد، أمّا بعد ما ثبت تعدّد ملاكهما، فلا مجال لإثبات الكاشفيّه لإجازة المرتهن بمقتضى ثبوتها في إجازة الفضولي، بل يتوقّف إثباتها فيه على دليلٍ مثبتٍ لذلك في المقام، دون الأدلّه الدالّه على كاشفيّه الإجازة في العقد الفضولي»(١).

## ٢\_ إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقّه أو أنّها إسقاط لحقّه:

مقاله المحقّق النائيني ونقده

قال النائيني قدس سره: «وكيف كان فتوضيح المقام يحتاج إلى مقدمه وهي أنّ الشرائط على أقسام:

فمنها: ما يكون شرطاً للعقد والعقد في عقديته يتوقف عليه بحيث لو لاه لم يكن العقد عقداً وذلك كالماضويه بناء على اعتبارها وما يشبه بها، وبعبارة أوضح يكون شرطاً لتحقّق العقد.

ومنها: ما يكون شرطاً في نفوذ العقد بعد تماميه عقديته ويكون شرطاً لروحه وحياته.

ص: ٤٧٢

ومنها: ما يكون شرطاً لترتب الأثر على العقد مثل القبض في الصرف والسلم، حيث أنه لا يكون شرطاً لعقدية العقد ولا لنفوذه. بل هو جزء ينضم إلى العقد التام بأجزائه وشروطه فيترتب عليهما الأثر.

ولا- إشكال في أنّ الإجازة ليست من قبيل القسم الأوّل، ضروره اعتبار مقارنه ما كان من قبيل القسم الأوّل مع العقد فلا يصح تأخره عنه، ولا من قبيل القسم الأخير وإلا لم تكن مجرى للدوران بين الكشف والنقل ولذا لم يذهب احتمال الكشف في مثل القبض في باب السلم والصرف إلى وهم، بل هي من قبيل القسم الثاني، إذا عرفت هذا فنقول هنا أمور ينبغي البحث عنها.

الأوّل: إنّ إجازة المرتهن هل هي شرط لنفوذ عقد الرهن وتنفيذ له ويترتب عليه سقوط حقه أو أنّها إسقاط لحقه وجهان:

ربما يقال بأنها إسقاط للحق لا تنفيذ للعقد، وذلك لأنّ تنفيذ العقد لا بدّ وأن يكون ممّن له السلطنة عليه بحيث له ان يفعل لكي يصح منه أن يجيز وهو منحصر بما إذا باع الفضولي مال المالك إذ المالك له البيع فله الإجازة، وأما المرتهن فليس له بيع مال الرهن فليس له إجازة بيع الرهن أيضاً، وإذا لم تكن له الإجازة فليس له الرد أيضاً: بل لو ردّ لا يؤثر رده في إسقاط البيع عن التأثير بعد سقوط حقه، بل العقد يؤثر في النقل بعد ذلك الرد وسقوط حقّ المرتهن بفكّ الرهن مثلاً ولو كان الفكّ بعد ردّ المرتهن للبيع.

والسرفى ذلك كله ان خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الذى مدلوله حكم وضعى لا تكليفى ومرجهه إلى الأخبار بلزوم العقد لا يشمل غير المالك فالمرتهن لا يخاطب بالوفاء بعقد الرهن وإذا أجاز لا يصير عقد الرهن عقده لكي يشمل الخطاب فمرجع إجازته حينئذ إلى إسقاط حقه.

لكن التحقيق هو الأوّل أعنى كون إجازة المرتهن تنفيذاً لعقد الرهن وان ترتب عليها سقوط حقه وأنه مشمول لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وذلك لأنّ ملك الرهن وإن كان للرهن لكن للمرتهن حقّ على العين المرهونه بما هي ملك الرهن فإن شئت فقل بأنّ ملكيه الرهن مركب لحقّ المرتهن وحقه راكب على ملكيته وإن شئت فقل بأن حصه من

الملكيه وهي المرتبه الضعيفه منها ثابتة للمرتهن وحصه منها للراهن ولذا يعبر عن ملك الراهن بأنه لا يكون طلقاً ومنشأ نفي الطلقيه عنه هو قصوره عمياً هو عليه بثبوت حصه أو مرتبه منه أو ما شئت فعبر عنه للمرتهن فالمرتتهن مخاطب بخطاب «أوفوا» لكن بمقدار ماله من الملكيه أعنى هذا القدر الذي عبرنا عنه بالمركبيه لحقه أو بالمرتبه أو بالحصه فله تنفيذ البيع كما أن له رده»(١).

ويمكن أن يناقش عليه: أولاً: دعواه: «أن خطاب «أوفوا بالعقود» الذي مدلوله حكم وضعى لا تكليفى»(٢) ممنوعه بما مرّ فى أول الكتاب(٣) من أن الآيه الشريفه تدلّ على حكم تكليفى بوجوب وفاء كلّ عقد ومن ثمّ استفاد منها صحه العقود لأنّ الله لا يحكم بوجوب الوفاء بالنسبه إلى العقود الفاسده ثمّ يظهر منها أنّ الأصل فى العقود اللزوم لدلاله وجوب الوفاء عليه.

والحقّ فى دلاله الآيه ما اختاره الشيخ الأعظم من حمل مدلول الهيئه على وجوب الوفاء بالعقود الملازم للزومها.

وثانياً: قوله قدس سره: «حصه من الملكيه وهي المرتبه الضعيفه منها ثابتة للمرتتهن...»(٤)، لم يتم عقلاً لأنّ:

أ: «الإضافه المتحققه بين المالك والعين المرهونه، إنّما هي إضافه شخصيه، ولا مجال للتفكيك والتخصيص فيها لتنتقل جزءا منها إلى المرتتهن.

ب: إنّ الملكيه تعدّ من الأمور الاعتباريه التي لا تقبل التشكيك ليصل مرتبه منها إلى المرتتهن، هذا فضلاً عن أنّ عدم الطلقيه لا يعنى تحصص الإضافه وانقسامها.

ج: ولو تنزلنا وسلّمنا جميع ما ذكر، فإنّ إضافه المالك إلى العين تكون على نحو الإضافه الملكيه كما بحثنا عنه فى محله، أمّا إضافه المرتتهن فهي على نحو الإضافه

ص: ٤٧٤

١-١ . المكاسب والبيع ٢/(٤٥٨-٤٦٠).

٢-٢ . المكاسب والبيع ٢/٤٥٩.

٣-٣ . راجع الآراء الفقهيّه ١/(١٤-١٦).

٤-٤ . المكاسب والبيع ٢/٤٦٠.

الحقّيه، والحقّ قسيّم للملك لا حصّه منه.

وبالتالى، لا يعقل انتقال الحصّه أوّلاً، كما لا يعقل انقلاب الملكيه المضافه إلى إضافه الحقّ ثانياً»(١).

د: مضافاً إلى ما مرّ (٢) منّا من عدم ثبوت حقّ للمرتهن على العين المرهونه بل الشارع حكم بصحة عقد الرهن ولزومه من طرف الراهن وجوازه من طرف المرتهن، فراجع ما حررناه هناك.

وثالثاً: المخاطب بالآيه ليس هو إلاّ العاقد بشروطه لأنّ من يكون العقد عقده فهو مأمور بوجوب الوفاء وأما المرتهن لم يصدر منه عقد ليتوجّه إليه خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا يتم ما ذكره قدس سره من قوله: «المرتهن مخاطب بخطاب «أَوْفُوا» لكن بمقدار ما له من الملكيه...»(٣).

والحاصل: ليست للمرتهن الملكيه على العين المرهونه، ولا حتّى حقّ عليها على ما اختارناه، نعم حكم الشارع بأنّ العقد من جانبه جائز فليس له إلاّ مجرد انحلال العقد فى بيع الراهن.

وأما بناءً على ثبوت حقّ المرتهن على العين المرهونه أيضاً فليس له إلاّ إسقاط هذا الحقّ وبعد اسقاط حقّه يحكم بنفوذ عقد الراهن من حينه والله العالم.

### ٣\_ حكم الإجازة بعد الردّ

هل تنفع الإجازة بعد الردّ؟ قال الشيخ الأعظم (٤) وجهان: من أنّ المرتهن أجنبى عن العقد وليس من المتعاقدين فردّه لا يؤثر، ومن أنّ الايجاب المؤثر إنّما يتحقّق برضا المالك والمرتهن، فردّ المرتهن يبطل العقد «وهذا هو الأظهر من قواعدهم»(٥).

ص: ٤٧٥

١-١ . العقد النضيد ٥/١٦٠.

٢-٢ . راجع هذا المجلد صفحه ٤٥٩ فى المناقشه على مقاله المحقّق الإيروانى رحمه الله .

٣-٣ . المكاسب والبيع ٢/٤٦٠.

٤-٤ . المكاسب ٤/١٦١.

٥-٥ . المكاسب ٤/١٦٢.

أقول: بناءً على مبنى المشهور من ثبوت الحق للمرتهن على العين المرهونه، رد المرتهن لا يؤثر على العقد لأنه قائم بطرفيه وهو البائع الراهن والمشتري والمرتهن أجنبي بالنسبة إلى العقد فلا يستطيع رده، نعم لو أجاز البيع حتى بعد الردود المكرره تم العقد. وبناءً على المختار من عدم ثبوت الحق للمرتهن فإنَّ عدم تأثير رده واضح.

ولكن نحن ذهبنا في بيع الفضولي(1) أيضا من أن ردود المالك لا يوجب سقوط العقد وإذا أجاز بعد الرد يصح انتساب العقد إليه، فعدم تأثير ردود المرتهن هنا واضح بلا ريب والله العالم.

#### ٤\_ فك الرهن بعد البيع

يسقط حق الرهانه بالوجوه التاليه:

أ: قيام الراهن بفك الرهن وأداء الدين.

ب: إسقاط المرتهن حقه مطلقا أو بالمصالحه عليه.

ج: إبرأ الدائن ذمه المديون.

د: تبرأ شخص ثالث بأداء الدين، ونحوها.

ثم هل هذه الأمور بمنزله الإجازة بعد البيع وتكون مصححه للعقد أو أنها لا تقاس بالإجازة ولا تكون مصححه للعقد الراهن؟ قولان:

ذهب إلى الأول العلّامة في التذكرة(٢) وولده(٣) والشهيد في الحواشي(٤) وهو الظاهر من المحقق(٥) والشهيد(٦) الثانيين.

وذهب إلى الثاني العلّامة نفسه في القواعد وقال: «فلو افتكَّ الرهن ففي لزوم العقود

ص: ٤٧٦

١-١ . راجع الآراء الفقيهيه ٥/٥١٤-٥٠٥).

٢-٢ . تذكره الفقهاء ١٠/٤٢ واحتمل الصحه في كتاب الرهن من التذكرة ١٣/٣٨٦.

٣-٣ . إيضاح الفوائد ٢/١٩.

٤-٤ . لم أجدّه في الحاشيه النجاريه؛ ونقل عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامه ١٥/٣٦٤.

٥-٥ . جامع المقاصد ٥/٧٥.

٦-٦ . المسالك ٤/٤٨، الروضه البهيه ٤/٨٤.

نظر»(١). واستشكل عليه في التحرير(٢) وقال الشهيد: «لو انفك لا ينفذ العتق لأنه لا يقع معلقاً»(٣).

الاستدلال على القول الثانى

استدلّ الشيخ الأعظم(٤) عليه بالوجوه الثلاثة:

الوجه الأول: «بيع الراهن \_ حال حصوله \_ لم يكن مشمولاً لدليل الإمضاء كوجوب الوفاء بالعقود، وحلّ البيع، لكونه تصرفاً فى متعلق حقّ المرتهن، والمفروض عدم لحوق إجازته به حتّى تنفّذه، ويصير سبباً تامّاً للنقل. فالمانع من التأثير مقترن بالبيع، والذى حصل بعده هو سقوط حقّ الرهانه بسبب الفك أو بموجب آخر، ولكن لا دليل على كفايه السقوط...»

ونتيجة ذلك: أن بيع الراهن حين صدوره كان مقترناً بالمانع، وخارجاً عن أدله الإمضاء، وفى زمان إنتفاء المانع \_ بسقوط حق الرهانه \_ لا عقد حتّى يعمّه خطاب «أوفوا»(٥).

الوجه الثانى: «إستصحاب ما كان قبل فك الرهن من عدم لزوم العقد، لعدم تعقبه بالإجازة قبل الفك، ولا سلطنه للمرتهن بعد الفك حتّى تنفعه الإجازة، فيبطل.

فإن قلت: إن المقتضى لصحة بيع الراهن \_ وهو صدوره من المالك \_ موجود، والمانع من اللزوم هو حقّ المرتهن، فمع سقوطه يندرج العقد فى عموم الأمر بالوفاء، ويلزم.

قلت: لا مجال للرجوع إلى العموم فى المقام، لحكومته الإستصحاب عليه.

وجه الحكومه: إنّ الإستصحاب منقّح للموضوع، ويحرز الخاص، كما إذا شك فى

ص: ٤٧٧

١-١ . القواعد ٢/١١٣.

٢-٢ . تحرير الأحكام الشرعيه ٢/٤٨٩.

٣-٣ . الدروس ٣/٣٩٨.

٤-٤ . المكاسب ٤/١٦٣.

٥-٥ . هدى الطالب ٧/٥٢٨.

فاسقيه زيد بعد سبقها، فتستصحب، ويحرز بالإستصحاب موضوع الخاص، فلا يكون محكوماً بحكم العام كـ «أكرم العدول أو صلّ خلفهم». فعدم جريان العموم في مثل المقام إنّما هو لأجل إحراز عنوان الخاص، فلا شك في التخصيص حتى يتمسك بالعام.

وعليه، فلا وجه للإشكال على حكومه الإستصحاب على العام كما في بعض الحواشي. نعم هذه الحكومه ظاهريه لا واقعيه كما هو واضح<sup>(١)</sup>.

الوجه الثالث: «ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحه نكاح العبد بدون إذن سيّده بمجرد عتقه ما لم يتحقّق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيّد مع علمه بالنكاح»<sup>(٢)</sup>.

منها: صحيحه معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبدالله عليه السلام فقال: أتى كنت مملوكاً لقوم، وأنى تزوّجت امرأه حرّه بغير إذن مولايّ ثمّ أعتقوني بعد ذلك، فأجدّد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنك تزوّجت امرأه وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ، قال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأوّل<sup>(٣)</sup>.

ومنها: موثقه الحسن بن زياد الطائيّ قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوّجت بغير إذن مولاي، ثمّ أعتقني الله بعد فأجدّد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنّك تزوّجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك<sup>(٤)</sup>.

جعل الشيخ الأعظم<sup>(٥)</sup> النصوص مؤيداً ثمّ دليلاً:

وجه التأييد: احتمال «دخل الإجازة بالخصوص فيما لم يكن اللزوم لعدم

ص: ٤٧٨

١-١. هدى الطالب ٧/٥٣١.

٢-٢. المكاسب ٤/١٦٣.

٣-٣. وسائل الشيعة ٢١/١١٧، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٤-٤. وسائل الشيعة ٢١/١١٨، ح ٣.

٥-٥. المكاسب ٤/١٦٣.

المقتضى، وكون القصور لأجله، لا لأجل وجود المانع، فإنَّ العبد لا مقتضى لنفوذ تصرفاته، لكونه مسلوب السلطنة ولا يقدر على شيء. بخلاف الراهن السلطان على التصرف في ماله، غايه الأمر أنَّ حق المرتهن صار مانعا عن نفوذ تصرفاته، فإذا إرتفع المانع أثر المقتضى في المقتضى.

وهذا الاحتمال يوجب سقوط الإستدلال [بالنصوص] على نفوذ بيع الراهن بسقوط حق المرتهن، فتكون [النصوص] مؤيده«(١).

و«وجه الدلالة: ظهور الروايه في أن عقد النكاح لما لم يجب الوفاء به حال حدوثه \_ لكونه تصرفا في ملك السيد بغير إذنه \_ كان كذلك بقاءً، ولا يقتضى العتق دخول هذا العقد في عموم وجوب الوفاء بالعقود. والظاهر عدم الفرق في هذه الجهه بين نكاح العبد وبين بيع الراهن، فتكون هذه النصوص دليلاً على عدم تأثير فك الرهن في ترتب الأثر على البيع السابق«(٢).

ثم ناقش هذه الوجوه:

المناقشه في الوجه الأول: قال الشيخ الأعظم: «أنَّ عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمه حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى، وإنما هو من جهه المانع، فإذا زال أثر المقتضى«(٣).

توضيح كلامه: «أدله الإضاء مقتضيه لتأثير بيع الراهن في النقل، وعدم فعلية التأثير إنما هو لوجود المزاحم وهو حق المرتهن المفروض سبقه على البيع، ولكن لا-ريب في أن مزاحمه المانع ما داميه لا مطلقه، فمع سقوط حقه بقى وجوب الوفاء بالبيع بلا مزاحم، فيؤثر«(٤).

المناقشه في الوجه الثاني: قال الشيخ الأعظم: «لا مجال لاستصحاب عدم

ص: ٤٧٩

١-١ . هدى الطالب ٧/٥٣٣.

٢-٢ . هدى الطالب ٧/٥٣٣.

٣-٣ . المكاسب ٤/١٦٤.

٤-٤ . هدى الطالب ٧/٥٣٤.



تأثير البيع؛ للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم»(١).

توضيح مقاله: «أن الاستصحاب يجرى فيما لو احتملنا بقاء مناط المتيقن السابق، لكن مع القطع بزواله، لا- يبقى موضوع للاستصحاب حينئذٍ، بل يعدّ جريانه نقضا لليقين باليقين لا بالشك، والمناط سابقا كان مزاحمه حقّ المرتهن، وبعد سقوط الحقّ من خلال المسقطات المذكوره، فإنّ المناط قطعى الزوال، ولا يعقل استصحاب حكم لا مناط فيه.

وبعبارة أخرى: يمكن دعوى تبدل الموضوع فى المقام، لأنّ الموضوع قبل السقوط المال المتعلّق به حقّ الرهانه، وهذا المال الذى لم يكن متعلّقا لحقّ الرهانه، وبالتالي فلا مجال لاستصحاب الحكم السابق.

وأمره بالتفهم أخيرا لعلّه يقصد به الإشارة إلى أنّ مجرد سقوط استصحاب عدم الصحه، غير كافٍ لإثبات الصحه، بل يتوقّف على قيام دليل عليها، فالبرغم من زوال مناط المنع - كما هو الحقّ - وعدم جريان استصحاب عدم الصحه، إلّا- أنّ العقد المتحقّق بحاجه إلى ما يدلّ على صحته، حيث لا عموم أزمانى فى آيه الحِلّ بحسب المدعى، وبالتالي لا يبقى دليل على صحه عقد الراهن»(٢).

ولكن المحقّق الإصفهانى رحمه الله حمل أمر الشّيخ الأَعْظَم بالتأمّل على «أنّ العلم ب- [انتفاء] مناط المستصحب يمنع عن الاستصحاب ويوجب لحوق هذا الفرد بالأفراد الداخلة فى العام حكما، لا أنّه يوجب ظهور العام فى العموم الأزمانى حتّى يكون من باب العمل بالعام، ولعلّه أشار إليه بقوله فافهم»(٣).

مراد الإصفهانى: أنّ فقد مناط الاستصحاب يقتضى تحقّق حكم العام، لا ظهور العام بالنسبه إلى الفرد، إذ فرق بين جريان حكم العام فى المورد، مع جريان عموم العام فى المورد المذكور، فإنّ العلم بعدم تحقّق مناط الاستصحاب - وهو حقّ المرتهن الزائل

ص: ٤٨٠

١-١. المكاسب ٤/١٦٤.

٢-٢. العقد النضيد ٥/١٦٨.

٣-٣. حاشيه المكاسب ٣/٢٦٩.

بعد السقوط بالوجوه الخمسه \_ المستلزم لعدم جريانه، يقتضى جريان حكم صحه العقد دون ظهور العموم فى المورد.

وبالتالى، فإنّ قوله: «فافهم» ناظرٌ إلى بطلان مرجعيه العموم بعد سقوط الاستصحاب»(١).

ويمكن حمل الأمر بالتفهم على مقاله المحقق الإيروانى حيث يقول: «إذا خرج بدليل الرهن الّذى هو مخصّص لفظى زمان الرهن لم يكن مجال للعود على العام، نعم إذا علم مناط الحكم فى العام، وأنّ المانع منحصر فى حقّ المرتهن لم يكن إشكال فى كون الحكم مطابقاً لحكم العام، ولكن لا بدليل العام.

أمّا إذا احتمل أنّ العقد إذا خرج، خرج أبداً بمعنى أنّ خروجه عن تحت الحكم بوجود الوفاء مانع آخر وهذا المانع بالفرض باقٍ لم يكن مجالاً للحكم بوجود الوفاء، وكان المرجع استصحاب عدم اللزوم»(٢).

المناقشه فى الوجه الثالث: قال الشيخ الأعظم: «وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياسٌ مع الفارق؛ لأنّ المانع عن سببته نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير، لا مزاحمه حقّ السيّد لمقتضى النكاح؛ إذ لا منافاه بين كونه عبداً وكونه زوجاً»(٣).

توضيح كلامه: «إنّ القياس مع الفارق، حيث إنّ عقد العبد ليس فيه مقتضى الصحه. فعدم نفوذ عقده لأجل عدم المقتضى، لا لأجل المزاحمه مع حقّ السيّد ليكون من قبيل المانع، كحقّ الرهن الذى هو مانع عن نفوذ عقد الراهن»(٤).

والحاصل: بعد ورود مناقشات الشيخ الأعظم على الأدله التى اقيمت للقول الثانى، ظهر عدم تماميتها وثبوت القول الأوّل فى المقام وهو أنّ مسقطات الرهن بعد البيع

ص: ٤٨١

١- ١. العقد النضيد ٥/١٦٩.

٢- ٢. حاشيه المكاسب ٢/٥٣١.

٣- ٣. المكاسب ٤/١٦٤.

٤- ٤. هدى الطالب ٧/٥٣٧.

تكون بمنزله إجازة الراهن بالنسبة إلى البيع، والله العالم.

## ٥- مسقطات حق الرهانه كاشفه أو ناقله؟

ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى أن «مقتضى كون عدم تأثير بيع المالك لأجل مزاحمه حق المرتهن \_ وإناطه تأثيره بسقوط حقه \_ هو ناقله سقوط حق الرهانه لا كاشفيته، لأن المزاحم وهو حق المرتهن مانع عن تأثير، فما دام موجودا يمتنع تأثير المقتضى، فلا محاله يكون ترتب الأثر من حين سقوط الحق لا من زمان وقوع العقد.

وغرضه قدس سره من هذا الكلام التنبيه على إشكال كون فك الرهن ناقلاً وهو منافاته لم اذهب إليه القائلون بلزوم العقد بالفك من جعله كاشفاً عن صحه عقد الراهن. فحال الفك عندهم حال الإجازة في البيع الفضولي، مع أن مقتضى الصنائه الإلتزام بالنقل، لئلا يلزم تعلق حق الرهانه بمال إنتقل إلى المشتري، كما تقدم... .

وقرب كون الفك ناقلاً، ونظرة بالإجازة الكاشفه في مسأله «من باع ثم ملك» ثم قال بتعين القول بالكشف للإجماع» (٢).

لأن الفقهاء على القولين الماضيين:

١- صحه بيع الراهن واستكشافه بالفك كما يظهر من العلامه في رهن القواعد في قوله: «فإن انفك ظهر صحه العفو وإلا فلا» (٣).

مراده: «أنه لو جنى على عبدٍ مرهون، فعفا المولى \_ وهو الراهن \_ عن الجنايه في الخطاء، أو عفا عن الجنايه وعن المال \_ في العمد \_ الذى هو بدل عنها وعن الإتلاف، فهل يصح عفو، أى إسقاط حقه، أم لا يصح رعايه لحق المرتهن، مع أن العفو مسقط لحقه؟ ذهب العلامه في القواعد إلى وجوب أخذ بدل الجنايه، ثم العفو، فإن إفتك الرهن بعد ذلك كشف عن صحه العفو، وإن إستمر الرهن \_ لبقاء الدين فى ذمه الرهن \_ لم يصح العفو» (٤).

ص: ٤٨٢

١-١ . المكاسب ٤/١٦٤.

٢-٢ . هدى الطالب ٧/٥٣٨.

٣-٣ . القواعد ٢/١٢٦.

٤-٤ . هدى الطالب ٧/٥٢١.

٢\_ بطلان عقد الرهن وعدم تصحيحه بالفك كما مرّ (١) آنفاً من الشهيد (٢) وتنظر العلامة (٣) في صحة العقد واستشكاله (٤) عليه.

وأما القول بصحة عقد الرهن وكون الفك ناقلاً فمما لا قائل به.

المناقشه في كلام الشيخ الأعظم

يمكن أن يناقش عليه: أولاً: ليس هناك فرق بين إجازة المرتهن في بيع الراهن وفك الرهن، بناءً على أن إجازة المرتهن ليست شيئاً غير إبطال الرهن.

وثانياً: ليس بين إجازة المرتهن وفك الرهن فرق ماهوى لأنهما من قبيل رفع المانع فلا فرق بينهما من حيث الناقلية والكاشفيه.

فظهر ممّا ذكرنا أن مسقطات حقّ الرهانه كاشفه لصحة بيع الراهن كما أن إجازة المرتهن كذلك ولا فرق ماهوى بينهما من هذه الحيثيه.

والعجب من صاحب العقد النضيد (٥) حيث ذهب إلى كاشفيه إجازة المرتهن وناقلية مسقطات الرهن مع أنّهما من قبيل رفع المانع وعدم الفرق الماهوى بينهما والله العالم.

## ٦\_ هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونه أم لا يجب؟

ذكر الشيخ الأعظم فيه الوجهين:

الأول: «وجوب فكّه من مال آخر...» (٦).

توضيحه: يجب على الراهن البائع وجوب فك العين المرهونه من مال آخر لتوقف وجوب الوفاء ببيعه على هذا الفك، فوجوب الفكّ يكون مقدّمياً.

ص: ٤٨٣

١-١ . في صفحه ٤٧٦ من هذا المجلد.

٢-٢ . الدروس ٣/٣٩٨.

٣-٣ . القواعد ٢/١١٣.

٤-٤ . التحرير ٢/٤٨٩.

٥-٥ . راجع العقد النضيد ٥/١٧٣.

٦-٦ . المكاسب ٤/١٦٦.

الثانى: «إنما يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، وأما دفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب» (١).

مراده: وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى رفع سلطنه الغير بل مقتضاه عدم نقض البيع لو كان المبيع خاليا عن حق الغير. واستشهد الشيخ الأعظم بفرع وهو: «لا- يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالِكه ويدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك» (٢).

وجه الاستشهاد: «أن الفضول لو باع مال الغير بقصد وقوعه لنفسه، ففيه احتمالان:

أحدهما: كون هذا البيع كسائر العقود الفضولية من أن من بيده أمر العقد إن إجاز، وقع العقد له، ووجب عليه الوفاء به، ولا شأن للفضولى أصلاً. وإن رده كان إنشاء الفضولى عقداً سورياً، لا عبره به.

وثانيهما: كون هذا البيع لازماً على الفضولى، ويجب الوفاء به، ولكن لا يجب عليه شراء المال من مالِكه مقدمه لإيجاد الشرط \_ وهو الملك \_ وتسليم المبيع للمشتري، بل إن إتفق دخوله فى ملك الفضولى وجب الوفاء بعقده، وإن لم يتفق ذلك لم يجب.

وما أفاده المصنف قدس سره \_ من جعل هذا الفرع شاهداً للمقام \_ مبنى على الإحتمال الثانى، فيقال: كما لا يجب على الأجنبى إيجاد شرط الوفاء بالعقد، فكذا لا- يجب على الراهن إعدام المانع عن نفوذ بيعه، بتخليص المبيع من حق الرهانه، هذا» (٣).

والظاهر من الشيخ الأعظم أنه اختار الوجه الثانى؛ لأنه قال: «إنما يلزم الوفاء بالبيع...» (٤) الخ.

ولكن المَحَقَّق الإصفهائى اختار الوجه الأول وقال: «وجه الوجوب أن فك الرهن بأداء الدين واجب من دون تعيينه بالذات ببيع العين المرهونه، بل هو مخير بين بيعها وأداء

ص: ٤٨٤

١-١ . المكاسب ٤/١٦٦.

٢-٢ . المكاسب ٤/١٦٦.

٣-٣ . هدى الطالب ٧/٥٤٤.

٤-٤ . المكاسب ٤/١٦٦.

الدين الموجب للفك؛ وبين أداء الدين بمال آخر، فإذا امتنع الأول بسبب لزوم العقد من قبله تعين الفرد الآخر»(١).

توضيح كلامه: «أنّ الراهن مديونٌ وجب عليه أداء دينه تخيراً، فهو مخيّرٌ وجوباً بأداء دينه إمّا من العين المرهونه، وإمّا من غيرها:

أمّا الأول: فمتمدّدٌ شرعاً بمقتضى دليل وجوب الوفاء، حيث باع العين، فلا يحقّ له شرعاً التصرف فيها، وقد ثبت في محلّه أنّه إذا تعدّر عدل الواجب التخييري عقلاً- أو شرعاً، تعيّن العدل الآخر. [وهو الثانى] فيجب على الراهن أن يفكّ العين المرهونه بمالٍ آخر لكى يستطيع تسليمها إلى المشتري»(٢).

ولكن يرد عليه: «أنّ توجيه المحقّق الإصفهاني مبنيٌّ على أنّ العين المرهونه لا- تتحرّر إلا- بعد قيام الراهن بفكّ رهنه من خلال الوفاء بالدّين، ولولاه لكان من حقّ المرتهن أن يستوفى حقه من نفس العين ولو بيّعها، لكن لا- يتمّ البيع إلا بعد إذن الراهن وإجازته، وصدور مثل هذه الإجازة منه ممنوعٌ، لمنافاتها مع عقده عليها مع المشتري، فمقتضى البيع الصادر من الراهن أنّه لا يحقّ له أن يأذن بيّعها حتّى للمرتهن.

ومن جهه أخرى: يدلّ دليل وجوب الوفاء على ضروره أن يوفّى دينه من مال سواها، فتوجيه المحقّق الإصفهاني يتمّ، فيما لو اعتبرنا الراهن مخيّرًا بالأداء تخيراً وجوبياً، بين أن يؤدّى من نفس العين المرهونه، أو من مالٍ آخر متعلّق به، أمّا لو ثبت أنّ الأدلّه لا- تفيد سوى أنّه متى امتنع الراهن عن فكّ الرهن بأداء الدّين، فإنّ المرتهن حرٌّ فى بيع [العين] المرهونه، واستيفاء الثمن منها، دون الرجوع إليه والاستئذان منه.

وبذلك يبطل التوجيه المذكور، ويثبت صحّه اختيار الشيخ [الأعظم] من أنّه لا دليل على ضروره وجوب فكّ الرهن بمالٍ آخر عدا المرهونه.

ولو وصل الدور إلى الشكّ فى حدود دليل وجوب الوفاء وسعته، وأنّ على البائع

ص: ٤٨٥

١-١ . حاشيه المكاسب ٣/٢٧٠.

٢-٢ . العقد النضيد ٥/١٧٥.

الراهن أن لا ينقض عقده، مما يستلزم وجوب فك رهنه بمال آخر، فإن الشبهه تكون حينئذ مفهوميّه ومردّده بين الأقلّ \_ وهو أنّ عليه فقط أن لا ينقض عهده \_ وبين الأكثر الشامل لعدم وجوب النقض، وللزوم فكّ الرهن بمالٍ آخر، والقاعده هي البراءه ولزوم الاقتصار على الأقلّ»(١).

أقول: الظاهر عدم وجود الدليل على وجوب فكّ الرهن على الراهن البائع والله العالم.

## ٧\_ لو امتنع الراهن من فكّ الرهن هل يباع عليه أم لا؟

لو امتنع الراهن البائع من فكّ الرهن وله مال آخر، سواء ذهبنا إلى وجوب فكّ الرهن عليه أو عدم وجوبه ففيه وجهان:

أ: أمّا بناء على وجوب فكّ الرهن على الراهن البائع:

١\_ فيجوز للمرتهن بيع العين المرهونه لإستيفاء الدّين وللازم ذلك إبطال العقد الصادر من الراهن.

والوجه في ذلك: إذا امتنع الراهن من أداء دَيْنِهِ وفكّ الرهن يجوز للمرتهن بيع العين المرهونه \_ وامتناع الراهن هنا أعظم من الاختيارى والقهرى(٢) الناشئ من بيع الراهن العين المرهونه \_ لتعلق حقّه \_ أى حقّ المرتهن \_ سابقا على بيع الراهن، ولا يُلزم الراهن بفكّ الرهن من مال آخر حينئذ.

وبعد بيع المرتهن العَيْنَ المَرْهُونَةَ يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ بَطْلَانُ عَقْدِ الرَّاهِنِ مِنْ بَابِ السَّالِبَةِ بَانْتِفَاءِ الْمَوْضُوعِ.

٢\_ وأمّا إجبارُ الرَّاهِنِ عَلَى فَكِّ الرهنِ بِمَالٍ آخَرَ فَلَا نَّ الْوَاجِبَ عَلَى الرَّاهِنِ الْبَائِعِ أَنْ يَفْكَ الْعَيْنَ الْمَرْهُونَةَ وَيُسَلِّمَهَا إِلَى الْمُشْتَرَى وَحَيْثُ إِنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ الْفَكِّ جَازٌ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَيْهِ، لِكَوْنِهِ وَلِيًّا عَلَى الْمَمْتَنِعِ.

ص: ٤٨٦

١- ١. العقد النضيد ٥/١٧٦.

٢- ٢. كما عليه المحقق الإصفهاني رحمه الله في حاشيته على المكاسب ٣/٢٧١.

ب: وأما بناءً على عدم وجوب فك الرهن على الراهن البائع كما اختَرناه:

١- فيجوز للمرتهن أيضاً بيع العين المرهونه استيفاءً للدين، بلا فرق بين هذا القسم وبين وجوب فك الرهن.

٢- وأمّا إجبار الراهن على فك الرهن من مال آخر فللجمع «بين حقى المشتري والمرتهن اللازمين على الراهن البائع» (١) يُجبرُ على فك الرهن كما استنفاد الفاضل المامقانى (٢) قدس سره دليل الاجبار فى هذا القسم من كلام الشيخ الأعظم رحمه الله الماضى.

أقول: يمكن أن يناقش على هذا القسم الأخير:

أولاً: بعد البناء على عدم وجوب فك الرهن على الراهن البائع كيف يُجبر الراهن عليه؟! وهل يُجبر أحد على ما لم يجب عليه فلا تتم استفادته الفاضل المامقانى قدس سره من كلام الشيخ الأعظم.

وثانياً: إنَّ ثبوت الحقّ للمشتري أوّل الكلام لأنّه اشترى شيئاً عليه حقّ الغير - وهو المرتهن - فيكون البيع بالنسبه إليه كالمشتري من الفضول فى بيع الفضولى لا- حقّ له أصلاً حتّى يجمع بين الحقين: حق المرتهن وحق المشتري فلا- يتم مقاله الشيخ الأعظم: «جمعا بين حقى المشتري والمرتهن» (٣).

فهذا القسم الأخير يتبقى بلا دليل كما صرّح بهما الفقيه الشريعتمدارى (٤) رحمه الله وبالأول منهما المحقق المروج (٥) رحمه الله .

وهذا آخر الكلام حول بيع العين المرهونه وبه تم البحث حول الشرط الثالث من شرائط العوّضين - وهو اشتراط طلقه المبيع - وبه تم الجزء الثامن من الآراء الفقهيّه - قسم البيع (٥) - على يد مؤلّفه العبد الجانى هادى النجفى فى يوم الإثنين التاسع عشر

ص: ٤٨٧

١-١ . المكاسب ٤/١٦٦.

٢-٢ . غايه الآمال ٧/١٩٨.

٣-٣ . المكاسب ٤/١٦٦.

٤-٤ . تحقيق وتقريرات فى باب البيع والخيارات ٥/٥٢.

٥-٥ . راجع هدى الطالب ٧/٥٤٨.



من شهر ذى القعدة الحرام سنة ١٤٣٧ فى مدينة إصفهان صانها الله تعالى عن الحدثان وسائر بلاد أهل الإيمان.

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وصلى الله على محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله الأئمة الطاهرين المعصومين. (١)

ص: ٤٨٨

---

١-١. اشتغلت بتصحيح هذه الأوراق فى أيام عيد النيروز عام ١٣٩٦ بمدينة إصفهان وقد فرغت عنها فى زوال يوم الجمعة ١١ فروردين ١٣٩٦ المطابق للثانى من شهر رجب المرجب سنة ١٤٣٨ يوم ولادة سيدى ومولاي الإمام على بن محمد الهادى عليه السلام على قول، والحمد لله أولاً وآخراً.

تقريظ المرجع الديني آيه الله العظمى السيد عزالدين الحسيني الزنجاني قدس سره ٣٠٠٠

ترجمه التقريظ بالعرييه ٦٠٠٠

تاريخ إنهاء المجلد الثامن من الكتاب من نظم السيد عبدالستار الحسنى البغدادى ٧٠٠٠

فصل شرائط العوضين ٩/

١\_ المائيه ١١٠٠٠

٢\_ الملكيه ١٩٠٠٠

دليل اعتبار الملكيه ونقده ٢١٠٠٠

أقسام الأرضين وأحكامها ٢٤/

١\_ الأرض الموات بالأصالة ٢٥٠٠٠

الطائفة الأولى: النصوص الداله على أنها من الأنفال ٢٦٠٠٠

الطائفة الثانيه: النصوص الداله على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام ٢٧٠٠٠

الطائفة الثالثه: النبويان العاميان ٢٨٠٠٠

مناقشه المحقق الإصفهاني في دلاله الروايات ٢٩٠٠٠

الجواب عن مناقشه المحقق الإصفهاني ٣١٠٠٠

تنبيهات ٣٧٠٠٠

الأول: ما المراد من ملكيه الأنفال للإمام عليه السلام ٣٧٠٠٠

التنبيه الثاني: بماذا يتحقق احياء الأرض الميتة؟ ٣٨٠٠٠

الثالث: الإحياء سبب لملكيه الأرض للمحيى ٤٦٠٠٠

٢\_ الأرض العامره بالأصالة ٤٧٠٠٠

اعتراض النائني على الشيخ الأظم ونقده ... ٤٨

مناقشه المحقق الإصفهاني للشيخ الأظم ... ٤٩

مناقشه الأستاذ المحقق \_ مدظله \_ للشيخ الأظم ... ٥٢

ص: ٤٨٩

والمختار فى المقام ٥٤٠٠٠

فرع: هل تملك الأرض العامره بالأصالة بالحيازه؟ ٥٤٠٠٠

فذلكه الكلام ٦٣٠٠٠

المنافشه فى هذه السيره العقلائيه المدعاه ٥٧٠٠٠

٣\_ الأرض العامره بالعرض ٦٤٠٠٠

قولان رئيسيان فى المسأله ٦٩٠٠٠

أدله القول الأول ٦٩٠٠٠

أدله القول الثانى ٧١٠٠٠

اشكالات ثلاثه على القول الثانى ٧٧٠٠٠

فذلكه الكلام بين القولين والمختار منهما ٨٠٠٠٠

تنبيه ٨٧٠٠٠

تذكير: ثمرات البحث بين القولين ٨٨٠٠٠

تكميل: بعض أحكام هذا القسم ٨٨٠٠٠

تتميمان ٨٩٠٠٠

الأول: هل يعتبر كون المحيى مسلماً؟ ٨٩٠٠٠

١\_ اعتبار اسلام المحيى ٨٩٠٠٠

أدله اعتبار إسلام المحيى ٩٠٠٠٠

٢\_ عدم اعتبار إسلام المحيى وهو القول بالتعميم ٩٤٠٠٠

أدله عدم اعتبار إسلام المحيى ٩٥٠٠٠

الثانى: شرائط الإحياء ٩٧٠٠٠

١\_ أَلَا يَكُونُ عَلَى الْأَرْضِ يَدٌ لِمُسْلِمٍ ... ٩٧

٢\_ أَنْ لَا يَكُونَ حَرِيمًا لِعَامِرٍ ... ١٠٠

٣\_ «أَنْ لَا يُسَمِّيهِ الشَّرْعُ مَشْعَرًا لِلْعِبَادَةِ ... ١٠٥

٤\_ «أَلَا يَكُونُ مِمَّا أَقْطَعَهُ إِمَامُ الْأَصْلِ ... ١١١

ص: ٤٩٠

٥\_ «ألا يسبق إليه سابق بالتحجير ... ١١٩

٦\_ أن لا يكون قد حماه النبي صلى الله عليه وآله ... ١٢٦

حكم الأراضى المفتوحة عنوة ... ١٤٣

إجماع فقهاءنا فى المسأله وخلاف العامه فيها ... ١٤٤

مستند فقهاء الطائفه ... ١٥٦

الاحتمالات التى يمكن استفادتها من الروايات ... ١٦٣

الموانع التى تمنع من الأخذ بظهور صحيحه الحلبي ... ١٦٦

١\_ الاشكال العقلى ... ١٦٦

٢\_ كيف تكون ملكيتها لعامه المسلمين ثم يجوز استيجارها لهم؟! ... ١٦٨

٣\_ كيف تجتمع الملكيه مع عدم جواز التصرفات الاعتباريه والخارجيه؟ ... ١٦٨

٤\_ كيف تجتمع الملكيه مع عدم ثبوت الإرث فيها؟ ... ١٦٩

بعض أحكام الأراضى المفتوحة عنوه ... ١٧٢

١\_ هل تشمل فريضه الخمس الأرض المفتوحة عنوه أو أنها ملك خاص ... ١٧٢

٢\_ المتصدى للأراضى الخارجيه ... ١٧٣

٣\_ لا يجوز بيع الأراضى الخارجيه ... ١٧٤

حكم الأراضى الصلحيه ... ١٧٧

المقام الأول: مقتضى عقد الصلح ... ١٧٧

المقام الثانى: مقتضى الروايات ... ١٧٧

٣\_ الطَّلِقِيَّةُ (التماميه) ... ١٨١

الأولى: ما معنى الطلقيه والتماميه؟ ... ١٨٤

الثانيه: فوارق القولين ... ١٨٨

الثالثه: اعتراض المحقق الخراساني على مقاله الشيخ الأعظم ودفاع المحقق ... ١٨٩

الرابعه: الإشكالات الوارده على الشيخ الأعظم ... ١٩١

الخامسه: القول المختار في المقام وعدد مسائل هذه الشرطيه ... ١٩٣

ص: ٤٩١

المسأله الاولى: عدم جواز بيع الوقف / ١٩٥

تمهيد: ما هي حقيقه الوقف؟ ١٩٥ ...

القائلون بذاتيه مانعيه الوقف مع البيع وهذه هي الدليل الأؤل... ١٩٥ ...

القول الأؤل: الوقف هو الحبس المترادف مع الممنوعيه عن التصرفات... ١٩٥ ...

القول الثاني: الوقف عباره عن قصر الملك على شخص أو جهه خاصه و... ١٩٥ ...

اشكالات السيد الخميني على المحقق الإصفهاني ١٩٩ ...

الإشكال الأؤل وجوابه ١٩٩ ...

الإشكال الثاني ونقده ٢٠٠ ...

الإشكال الثالث ورؤده ٢٠١ ...

الإشكال الرابع ومئعه ٢٠٢ ...

مقاله النائيني في حقيقه الوقف ٢٠٣ ...

ظهور الايراد على السيد الخميني رحمه الله ٢٠٥ ...

الدليل الثاني: الإجماع ٢٠٦ ...

الدليل الثالث: الاطلاقات ٢٠٧ ...

الدليل الرابع: الروايات العامه الوارده في باب الوقف ٢٠٨ ...

اعتراض المحقق الإيرواني ونقده ٢٠٩ ...

ومنها: صحيحه أبي علي بن راشد ٢٠٩ ...

التقريب الأؤل ٢١١ ...

التقريب الثاني ٢١٢ ...

التقريب الثالث ٢١٣ ...



واعترض الشيخ الأعظم عليه بثلاث اعتراضات ٢١٤٠٠٠

ولكن يمكن أن يجاب عن الشيخ الأعظم: ٢١٤٠٠٠

تهافت في كلام الشيخ الأعظم ٢١٥٠٠٠

محاولة المحقق الإصفهاني لرفع التهافت ونقدها ٢١٦٠٠٠

ص: ٤٩٢

نقدها: المحاوله عقيمه ٢١٦ ...

تعليقه المحقق الإصفهاني على تقريب صاحب المقابس ٢١٧ ...

موانع بيع الوقف في رأى الشيخ الأعظم ٢٢٤ ...

١\_ أمّا حقّ الواقف ٢٢٤ ...

٢\_ وأمّا حقّ الله \_ سبحانه وتعالى \_ ٢٢٥ ...

٣\_ وأمّا حقّ البطون المتأخره ٢٢٥ ...

فذلكه القول ٢٣٠ ...

مقاله المحقق الإصفهاني في تصحيح بطلان بيع الوقف وتمايمتها ٢٣٠ ...

فذلكه الكلام إلى هنا ٢٣٣ ...

هل جواز البيع موجب لبطلان الوقف أو أنّ الوقف لا يبطل إلاّ بالبيع... ٢٣٣ ...

اعتراض الشيخ الأعظم على المشايخ الثلاثة ونقده ٢٣٤ ...

مقاله المحقق الإيرواني في جواز البيع بعد ارتفاع المسوّغ على القولين ونقدها ٢٣٥ ...

الجهه الاولى: الخروج الموضوعى عن هذا الأصل الأولى وهو عدم جواز بيع الوقف ٢٣٨ ...

الأقوال ٢٣٨ ...

القول الأول: ذهب بعضهم إلى عدم جواز بيع الوقف مطلقا وعدم الخروج من ٢٣٨ ...

القول الثانى: جواز البيع مطلقا، ومن الواضح أن من يقول بجواز البيع إنّما يقول ٢٣٨ ...

القول الثالث: جواز البيع فى الوقف المنقطع وعدم جوازه فى الوقف المؤبّد وهو ٢٣٨ ...

القول الرابع: جواز البيع فى الوقف المؤبّد وعدم جوازه فى الوقف المنقطع على ٢٣٩ ...

القول الخامس: جواز بيع أجزاء الوقف وآلاته وعدم جوازه فى نفس العين ٢٣٩ ...

القول السادس: عدم جواز بيع المساجد والمشاهد والقول بالجواز فى غيرهما ٢٣٩ ...

الجهه الأولى فى الوقف المؤبد ... ٢٤٠

١\_ الوقف التملكى: «ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم فلهم ... ٢٤٠

٢\_ الوقف التحريرى: «ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحريير ... ٢٤٠

وهاهنا فروع لابء من البحث حولها ... ٢٤١

ص: ٤٩٣

الأول: حكم بيع المساجد ... ٢٤١

الثاني: وأما أجزاء وآلاته وأثاثه ... ٢٥٤

الثالث: ما الحقّ بالمساجد ... ٢٥٩

الرابع: هل اتلاف الوقف العام يوجب الضمان؟ ... ٢٦٢

الخامس: الوقف على الموقوفات ... ٢٦٣

السادس: حكم كسوه الكعبة ... ٢٦٤

الجهة الثانية: صور جواز بيع الوقف ... ٢٦٥

الصورة الأولى ... ٢٦٥

كلمات الفقهاء في المقام ... ٢٦٦

المقام الأول: تحقق المقتضى للبيع ... ٢٦٩

المقام الثاني: عدم المانع ... ٢٧٢

فذلكه القول في المقام ... ٢٧٤

ثم إن هاهنا إشكالاً لا بدّ من الجواب عنه ... ٢٧٥

الإشكال ... ٢٧٥

قد تعرّض الأعلام لحلّ هذا الإشكال ... ٢٧٦

محاولة المحقّق الخراساني ... ٢٧٦

نقد الإصفهاني على محاولة الخراساني ثم توجيهها ... ٢٧٦

محاولة السيد اليزدي ... ٢٧٨

ويناقد عليه ... ٢٧٨

جواب السيّد الخوئي ... ٢٨١

اعتراض الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ على الأعلام الثلاثة ... ٢٨٢

جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ عن الاشكال ... ٢٨٥

المناقشه في جواب الاستاذ المحقق \_ مدظله \_ ... ٢٨٧

إن هاهنا فروعاً لا بدّ من البحث حولها ... ٢٨٨

ص: ٤٩٤

الفرع الأول: البديل وقف أو ملك طلق للبطن الموجود؟ ٢٨٨ ...

الفرع الثاني: هل يحتاج البديل فى كونه وقفا إلى صيغه الوقف؟ ٢٩٠ ...

الفرع الثالث: هل يجوز بيع البديل من دون طرؤ مسوغات بيع الوقف؟ ٢٩١ ...

الفرع الرابع: هل يعتبر بعد البيع شراء المماثل للوقف؟ ٢٩٢ ...

ادله القول بوجوب شراء المماثل ٢٩٣ ...

الدليل الأول: قياس المسأله بباب الضمان ٢٩٣ ...

الدليل الثانى: اهمال أدله جواز بيع الوقف ٢٩٥ ...

الدليل الثالث: لزوم مراعاة حقّ الواقف وغرضه ٢٩٥ ...

الدليل الرابع: قاعده البدليه تقتضى المماثله ٢٩٥ ...

الفرع الخامس: من هو المباشر للبيع؟ ٢٩٦ ...

الفرع السادس: هل تسقط توليه المتولى عن بدل الوقف؟ ٢٩٩ ...

الفرع السابع: إذا لم يمكن الانتفاع بالبديل مع بقاء عينه كالتقدين ماذا يُفَعَلُ بهما؟ ٣٠٠ ...

الفرع الثامن: لا فرق فى جواز البيع بين خراب كل الوقف أو بعضه ٣٠٤ ...

الفرع التاسع: احتياج الوقف إلى صرف المنفعه الموجوده ٣٠٥ ...

الفرع العاشر: لو خرب بعض الوقف وَبَقِيَ بعضه محتاجا إلى العماره ٣٠٧ ...

الفرع الحادي عشر: إذا لا يمكن الانتفاع فى حقّ الموقوف عليهم ٣٠٨ ...

الفرع الثاني عشر: سقوط العين الموقوفه عن الانتفاع بعد مدّه ٣٠٩ ...

الصوره الثانيه ٣٠٩ ...

مقاله السيد الخوئى فى توضيح ونقد كلام الشيخ الأعظم ٣١١ ...

تنبيه ٣١٣ ...

إشكالات الشيخ الأعظم على مقاله صاحب الجواهر ... ٣١٤

مقاله صاحب الجواهر ... ٣١٤

توضیح كلام صاحب الجواهر ... ٣١٦

إشكالُ الشيخ الأعظم ... ٣١٧

ص: ٤٩٥

الحكميه بين الشيخين صاحبي الجواهر والمكاسب ... ٣٢٣

أقول: بالنسبه إلى الاعتراض الأوّل للشيخ الأعظم ... ٣٢٣

وأما بالنسبه إلى الاعتراض الثاني للشيخ الأعظم فأقول ... ٣٢٤

تنبيه: حول تفصيل المحقّق النائيني ونقده وملاحظات النقد ... ٣٢٧

الصوره الثالثه ... ٣٣٢

نقد مقالات الأعلام الثالثه ... ٣٣٤

التنبيه على الأمرين [مقدمه على نقد كلام ابن إدريس] ... ٣٣٥

الاشكال الوارد على شيخنا الأنصاريّ ... ٣٣٧

الصوره الرابعه ... ٣٣٩

الاحتمالات الوارده في خبر جعفر بن حيان ... ٣٤٣

اشكالات الشيخ الأعظم على خبر جعفر بن حيان ... ٣٤٥

وأما تقريب دلالتها ... ٣٥٠

الاشكال على دلاله مكاتبه الحميريّ ... ٣٥١

الاشكالان المشتركان من الشيخ الأعظم على الروايتين ... ٣٥١

فذلكه الكلام في نقد دلاله المكاتبه ... ٣٥٢

الصوره الخامسه ... ٣٥٣

دليل القائلين بالجواز ... ٣٥٤

دليل القائلين بالمنع ... ٣٥٦

الصوره السادسه ... ٣٥٦

الأقوال في المسأله ... ٣٥٨



ما المراد من الشرط هنا؟ ٣٥٩ ...

هذه الصوره على اختلاف المباني ٣٥٩ ...

مبنى المختار ٣٥٩ ...

الصوره السابعه ٣٦٥ ...

ص: ٤٩٦

الأول: إذا كان البقاء مؤدياً إلى الخراب على وجه سقوط المنفعة بالكلية ... ٣٦٥

الثاني: إذا كان كذلك على وجه نقص المنفعة لا سقوطها بالكلية ... ٣٦٥

الدليل على جواز البيع فى القسم الأول من هذه الصوره ... ٣٦٥

١\_ لزوم متابعه غرض الواقف: وغرضه بقاء العين إلى يوم القيامة ... ٣٦٥

٢\_ يستلزم الحكم بعدم جواز البيع مع تضييع المال وفساده ... ٣٦٦

٣\_ الحقوق الثلاثه: المذكوره فى كلام الشيخ الأعظم ... ٣٦٦

٤\_ ليس لأدله نفوذ الوقف وعدم جواز بيعه إطلاقاً ... ٣٦٩

القسم الثانى من الصوره السابعه ... ٣٧١

١\_ عموم قوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقوف ... ٣٧١

٢\_ عموم قوله عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها ... ٣٧٤

٣\_ عموم قوله عليه السلام: صدقه لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث ... ٣٧٥

٤\_ الاستصحاب ... ٣٧٦

تَوَهُّمٌ وَدَفْعُهُ ... ٣٧٦

القول المختار فى القسم الثانى من الصوره السابعه ... ٣٧٨

صور الثامنه والتاسعه والعاشره ... ٣٧٨

الصوره الثامنه: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال ... ٣٧٨

الصوره التاسعه: أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضررٍ عظيم من غير تقييد بتلف ... ٣٧٩

الصوره العاشره: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس ... ٣٧٩

مستند جواز البيع فى هذه الصور الثلاث ... ٣٨٢

عودٌ إلى ما مضى: هل يمكن الاستناد بهذه الصحيحه للحكم بالجواز ... ٣٨٢

اشكالات الشيخ الأعظم ٣٨٣ ...

جواب اشكالات الشيخ الأعظم ٣٨٣ ...

كيفيه الاستدلال للصور الثلاث بالصحيحه ٣٨٥ ...

تقريب الاستدلال للصوره الثامنه بها ٣٨٥ ...

ص: ٤٩٧

اعتراض الشيخ الأعظم على تقريب الاستدلال ... ٣٨٥

تقريب الاستدلال للصوره التاسعه بالصحيحه ... ٣٨٦

تقريب الاستدلال بالصحيحه للصوره العاشره ... ٣٨٧

اعتراض الشيخ الأعظم على هذا التقريب ... ٣٨٧

استظهار الشيخ الأعظم من الصحيحه ... ٣٨٨

فذلكه كلام الشيخ الأعظم ونقدها ... ٣٩١

مقاله المحقق السيد الخوئي حول الصحيحه ونقدها ... ٣٩١

فذلكه الكلام في صحيحه عليين مهزيار ... ٣٩٥

الاستدلال للصور الثلاث الأخيره بالقواعد العامه ... ٣٩٦

١\_ قاعده التزام ... ٣٩٦

٢\_ قاعده لا ضرر ... ٣٩٩

الاستدلال للصور الثلاث بالشرط الضمني للوقف ... ٣٩٩

الوقف المنقطع ... ٤٠٠

الجهه الاولى: صحه وقف المنقطع الآخر وعدمها؟ ... ٤٠٢

أ: الأقوال في المسأله ... ٤٠٣

ب: أدله صحه الوقف المنقطع الآخر ... ٤٠٦

ج: ملكيه العين الموقوفه ... ٤١٣

في المسأله أقوال ثلاثه ... ٤١٣

د: بيع العين الموقوفه في الوقف المنقطع الآخر ... ٤١٨

المناقشه في صحه هذا البيع بالغرر ... ٤١٨

مقاله المحققين الخراساني والإصفهاني في صحه المعامله ... ٤٢٠

نقد مقالتهما في بيان الاستاذ المحقق ... ٤٢٢

المختار في بيع العين الموقوفه في الوقف المنقطع الآخر ... ٤٢٤

المسأله الثانيه: بيع أم الولد / ٤٢٧

ص: ٤٩٨

المسألة إجماعية بين المسلمين ... ٤٢٧

تبيين المسألة ... ٤٢٨

صور جواز بيع أم الولد ... ٤٣١

الصورة الأولى: جواز بيعها فى ثمن رقبته الذى وقع فى عقد المعاوضه ... ٤٣١

الصورة الثانية: هى الصورة الأولى مع حياه مولاها ... ٤٣٣

الصورة الثالثة: بيع أم الولد فى الدين الذى استقرضه المولى واشترى به الأمه ... ٤٣٥

الصورة الرابعة: بيعها لوفاء الثمن الذى استدانه لوفاء ثمن الرقبه الذى كان... ٤٣٥

الصورة الخامسة: بيعها لأداء ما اشترط عليه فى عقد المعاوضه ... ٤٣٦

الصورة السادسة: تعلق ضمان اليد بها ... ٤٣٦

الصورة السابعة: إذا جنت على غير مولاها ... ٤٣٦

الصورة الثامنة: إذا عجز مولاها عن نفقتها ... ٤٣٧

الصورة التاسعه: إذا مات قريبها ... ٤٣٧

الصورة العاشره: إذا كان علوقها بعد الارتهان ... ٤٣٧

الصورة الحاديه عشره: إذا كان علوقها بعد الافلاس ... ٤٣٧

الصورة الثانيه عشره: بيعها عن من تعتق عليه ... ٤٣٧

الصورة الثالثه عشره: جواز بيعها بشرط العتق ... ٤٣٨

الصورة الرابعه عشره: بيعها فى كفن سيدها ... ٤٣٨

الصورة الخامسه عشره: إذا أسلمت أو أسلم أبوها أو جدها ... ٤٣٨

الصورة السادسه عشره: إذا كان ولدها غير وارث ... ٤٣٨

الصورة السابعه عشره: إذا خرج مولاها عن الذمه ... ٤٣٨

الصورة الثامنة عشر: إذا لحقت أم الولد ... ٤٣٨

الصورة التاسعة عشر: إذا كانت لمكاتب ... ٤٣٨

الصورة العشرون: بيعها في حق المضمون للمولى ... ٤٣٨

المسألة الثالثة: بيع العين المرهونه / ٤٤٠

ص: ٤٩٩

المانع من صحه بيع العين المرهونه ... ٤٤١

١\_ الإجماع ... ٤٤٢

٢\_ الأخبار ... ٤٤٢

٣\_ المانع العقلى وهو التنافى بين البيع والرهن ... ٤٤٥

القولان فى بيع العين المرهونه ... ٤٤٧

١\_ أدله القول بالبطلان ... ٤٤٧

مناقشات الشيخ الأعظم على صاحب المقابس ونقدها ... ٤٤٩

٢\_ أدله القول بالصحه بعد لحوق إذن المرتهن ... ٤٥٤

١\_ الاستدلال بالأدله العامه ... ٤٥٤

٢\_ التعليل الوارد فى صحه نكاح العبد ... ٤٥٥

٣\_ فحوى أدله صحه الفضولى ... ٤٥٦

مقاله المحقق الإيروانى فى المقام ومتابعه المحقق الإصفهانى له ... ٤٥٧

مقاله المؤسس الحائرى فى المقام ... ٤٦٠

ثم إن هنا قولاً آخر وهو انتقال حق الرهانه من العين إلى الثمن ... ٤٦٦

القول المختار فى المسأله ... ٤٦٧

ثم إن هاهنا فروع لابد أن نبحت حولها ... ٤٦٨

١\_ الإجازة هنا كاشفه أو ناقله؟ ... ٤٦٨

٢\_ إجازة المرتهن يترتب عليه سقوط حقه أو أنها إسقاط لحقه ... ٤٧٢

٣\_ حكم الإجازة بعد الرد ... ٤٧٥

٤\_ فك الرهن بعد البيع ... ٤٧٦



٥\_ مسقطات حق الرهانه كاشفه أو ناقله؟ ٤٨٢ ...

٦\_ هل يجب على الراهن فك الرهن لو باع العين المرهونه أم لا يجب؟ ٤٨٣ ...

٧\_ لو امتنع الراهن من فك الرهن هل يباع عليه أم لا؟ ٤٨٤ ...

الفهرس ٤٨٩ ...

ص: ٥٠٠



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان  
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

