



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه و آله

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



جمهوری اسلامی ایران
 مجلس شورای اسلامی
 وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
 مرکز تحقیقات و نشر معارف اسلامی

القواعد الفقهية

تأليف
 آية الله العظمى
 السيد محمد باقر المجلسي

ترجمة وتقديم
 الدكتور محمد باقر الصدر
 أستاذ الفقه الإسلامي والمطالع

مركز وثائق ودراسات الأديان والأفكار الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

القواعد الفقيهيه

كاتب:

محمد فاضل لنكرانى

نشرت فى الطباعة:

مركز فقهى ائمه اطهار (عليهم السلام)

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٦	القواعد الفقهيّه
١٦	اشاره
١٦	اشاره
٢٢	المقدمه
٢٢	اشاره
٢٣	كلمه «القاعده» لغوياً:
٢٤	ما المقصود بالقاعده الفقهيّه؟
٢٤	اشاره
٢٤	الجهه الاولى: فى اعتبار الكليه فيها و عدمه.
٢٥	الجهه الثانيه: فى الفرق بين القاعده الفقهيّه و الضابط الفقهيّ.
٢٨	الجهه الثالثه: فى الفرق بين القاعده الفقهيّه و النظرية الفقهيّه.
٢٩	الجهه الرابعه: فى الفرق بين القاعده الفقهيّه و القاعده الأصوليه.
٢٩	اشاره
٣٠	المقام الأوّل: فى الفرق بينهما بنظر العامه:
٣١	المقام الثانى: فى الفرق بينهما بنظر الإماميه
٣٤	الجهه الخامسه: فى تقسيم القواعد الفقهيّه
٣٧	الجهه السادسه: فى جريان القواعد الفقهيّه فى الشبهات الحكميه و عدم جريانها.
٣٨	الجهه السابعه: فى مصادر القواعد الفقهيّه.
٣٩	الجهه الثامنه: قد ادعى الشهيد الأوّل رجوع جميع الأحكام الفقهيّه إلى القواعد الفقهيّه الخمسه
٤٢	قاعده
٤٢	اشاره
٤٨	الأمر الأوّل- ان الضمان المنفى هنا هو الضمان الثابت فى قاعده اليد،
٤٩	الأمر الثانى- ان المراد من الأمين هو مقابل الخائن

- ٥١ الأمر الثالث- في استثناء صورته التعدي أو التفريط من الحكم بعدم ضمان الأمين،
- ٥٣ الأمر الرابع- قد مزت الإشارة بل التصريح مراراً إلى أن المراد من الأمانة في هذه القاعدة أعم من الأمانة المالكية و الأمانة الشرعيه،
- ٥٤ الأمر الخامس- انه قد انتقض عموم هذه القاعدة بموارد: -
- ٥٤ الأول المقبوض بالتسوم،
- ٥٥ الثاني المقبوض بالعقد الفاسد،
- ٥٧ الثالث المبيع التالف في يد البائع قبل قبضه و بعد تحقق المعامله الصحيحه،
- ٥٧ الرابع المال الباقي في يد الغاصب بإذن المالك -
- ٥٨ الخامس انهم حكموا بالضمان في اللقطه و مجهول المالك إذا تصدق به عن صاحبه،
- ٥٨ السادس المأكول في المخصصه -
- ٦٠ قاعده الإلتاف -
- ٦٠ اشاره -
- ٦٠ الجبهه الاولى - في مدرك القاعده، -
- ٦٤ الجبهه الثانيه- في بيان المراد من ألفاظ هذه القاعده، -
- ٦٦ الجبهه الثالثه- ان الإلتاف قد يكون بالمباشره و قد يكون بالتسييب. -
- ٦٦ اشاره -
- ٦٩ في اجتماع السبب و المباشر -
- ٧٨ قاعده إقرار العقلاء -
- ٧٨ اشاره -
- ٧٨ الجبهه الاولى - في مدركها، و هو أمور: -
- ٧٨ الأول كونها من الأمارات الظنيه القوته، -
- ٧٩ الثاني الكتاب -
- ٨١ الثالث الروايات، -
- ٨٢ الرابع عدم الخلاف من أحد من علماء الإسلام بل إجماعهم كفه على حجيه إقرار العقلاء على أنفسهم -
- ٨٣ الجبهه الثانيه- في مفاد القاعده، -
- ٨٩ و ينبغي التنبيه على أمور: -
- ٨٩ الأمر الأول- قد عرفت ان الإقرار لغه و عرفاً عبارته عن جعل الشيء ذا قرار و ثبات،

- ٩١ الأمر الثاني- أنك عرفت ان الإقرار ظاهره الإثبات و جعل الشيء ذا قرار،
- ٩٢ الأمر الثالث- لا شبهه في انه بعد تماميه الإقرار على النفس، لا يسمع الإنكار و تكذيب الإقرار،
- ٩٤ الأمر الرابع- إقرار العقلاء على أنفسهم جائز .
- ٩٥ الأمر الخامس- لزوم تسليم ما أقر به الى المدعى .
- ٩٧ الأمر السادس- قد مرّ ان معنى الإقرار لغه و عرفاً هو الاخبار بثبوت شيء و جعله ذا قرار و ثبات،
- ٩٨ قاعده ضمان اليد -
- ٩٨ اشاره -
- ٩٩ الجبهه الاولى- في مدرك القاعده: .
- ١٢٣ الجبهه الثانيه- في حدود الحكم بالضمان المستفاد من القاعده: .
- ١٤٠ الجبهه الثالثه- قد عرفت ان الضمان في صورته تلف العين اّما يستفاد من نفس دليل القاعده،
- ١٥٨ ثم انه بقي في بحث القاعده أمور ينبغي التنبيه عليها: .
- ١٥٨ الأمر الأول- ما لو تعذر أو تعثر رد العين من دون ان يعرض لها التلف .
- ١٦١ الأمر الثاني- لا شبهه في تحقق الضمان بمقتضى القاعده فيما إذا كانت اليد التي عليها ما أخذت واحده .
- ١٧٧ الأمر الثالث- لو كانت العين المغصوبه متعلقه لحقّ الغير .
- ١٧٨ الأمر الرابع- هل حديث على اليد يشمل اليد المركبه .
- ١٧٩ الأمر الخامس- كما يجري الحديث في اليد غير المنضمه فهل يشمل اليد المنضمه أم لا؟ .
- ١٨٠ الأمر السادس- الظاهر عدم اختصاص الحديث بما إذا كان الموصول عيناً معيناً .
- ١٨٢ قاعده الإلزام .
- ١٨٢ اشاره -
- ١٨٢ الجبهه الاولى- في مدرك القاعده و سندها،
- ١٨٦ الجبهه الثانيه- في شرح مفاد القاعده،
- ١٨٩ الجبهه الثالثه- لا شبهه في ان مفاد قاعده الإلزام، التي مدركها الروايات المتقدمه، هو جواز الأخذ بمنّ دان بدين بمقتضى ما التزم به في دينه،
- ١٩٨ الجبهه الرابعه- في موارد تطبيق القاعده،
- ٢١٤ قاعده من ملك شيئاً ملك الإقرار به .
- ٢١٤ اشاره -
- ٢١٤ المقام الأول- في مورد هذه القاعده و بيان النسبه بينها و بين قاعده «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

- ٢١٥المقام الثاني- في مدركها،
- ٢٢٢المقام الثالث- في مفاد هذه القاعدة و مدلولها،
- ٢٢٥المقام الرابع- ظاهر القضية الشرطيه عند التجرد عن القرينه ان الشرط عله لترتب الجزاء حدوثاً و بقاءً،
- ٢٢٦المقام الخامس- ما المراد بملك الإقرار -
- ٢٣٠قاعده الغرور
- ٢٣٠اشاره -
- ٢٣٠المقام الأول- في مدركها و مستندها،
- ٢٣٠اشاره
- ٢٣٠الأمر الأول- الروايه النبويه المشهوره بين الفريقين و هي قوله (صلى الله عليه و آله) : المغرور يرجع الى من غره،
- ٢٣١الأمر الثاني- الزوايات الوارده في الموارد الخاضه الدالّه على رجوع المغرور فيما غرمه و تضرر به الى الغار،
- ٢٣٦الأمر الثالث- الإجماع المحض من تتبع كلامهم على رجوع المغرور الى الغار بمقدار الضرر الذى أوقعه الغازّ فيه،
- ٢٣٧الأمر الرابع استقرار سيره العقلاء و بنائهم على رجوع المغرور المتضرر الى الغار
- ٢٣٨الأمر الخامس- ما يظهر من كلمه الأصحاب من ان الغار سبب فى الإتلاف
- ٢٣٩المقام الثاني- فى مفاد القاعدة و معناها،
- ٢٤٤المقام الثالث- فى تحقق الاشتراك فى باب الغرور
- ٢٤٤المقام الرابع- فى ان قرار الضمان على من تحقق التلف بيده
- ٢٤٥المقام الخامس- انه لو كان المدرك للقاعده غير الروايات المتقدمه الوارده فى موارد خاصه، لكانت القاعده جاريه فى جميع أبواب الفقه
- ٢٤٨قاعده نفي السبيل
- ٢٤٨اشاره -
- ٢٤٨المقام الأول- فى مدرك القاعدة و مستندها،
- ٢٤٨اشاره
- ٢٤٨الأول الإجماع على انه لم يجعله فى الشريعة حكم موجب لوجود السبيل للكافر على المسلم
- ٢٤٩الثانى قوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا
- ٢٥٢الثالث ما رواه الصدوق فى باب ميراث أهل الملل من قوله (صلى الله عليه و آله) : الإسلام يعلو و لا يعلى عليه،
- ٢٥٦الرابع دليل الاعتبار أو مناسبه الحكم و الموضوع،
- ٢٥٧الخامس ما دلّ على وجوب التعظيم للشعائر

- ٢٥٧ المقام الثاني- في مفاد القاعده،
- ٢٥٨ المقام الثالث- في موارد تطبيق القاعده،
- ٢٦٧ خاتمه- تشتمل على بيان أمرين:
- ٢٦٧ أولهما لا شبهه في ان المراد بالمؤمنين في آيه نفى السبيل خصوصاً بقرينه المقابله مع الكافرين هو المسلمون
- ٢٦٩ ثانيهما- في موارد استثنيت من القاعده
- ٢٧٢ قاعده الجبّ
- ٢٧٢ اشاره
- ٢٧٢ المقام الأوّل- في مدركها،
- ٢٧٦ المقام الثاني- في مفاد القاعده و مدلول الحديث،
- ٢٩٢ خاتمه- تشتمل على بيان أمور:
- ٢٩٢ الأوّل الكافر المنتحل للإسلام كالخوارج و الغلاه و النواصب و المجسمه و نحو ذلك، إذا رجع الى الإسلام، فهل يكون مشمولاً للقاعده أم لا ؟
- ٢٩٢ الثاني الظاهر عدم شمول القاعده للمخالف
- ٢٩٣ الثالث الكافر إذا أسلم في أثناء العباده،
- ٢٩٣ الرابع الواجبات الموسعه إذا أسلم الكافر و قد مضى من وقتها مقدار يمكن أداؤها فيه
- ٢٩٦ قاعده الإحسان
- ٢٩٦ اشاره
- ٢٩٦ الموقف الأوّل- في مدركها و مستندها،
- ٢٩٦ اشاره
- ٢٩٦ الأوّل-
- ٢٩٨ الثاني حكم العقل بفتح مؤاخذه المحسن على إحسانه،
- ٢٩٩ الثالث الإجماع على ثبوت هذه القاعده
- ٣٠٠ الموقف الثاني- في بيان المراد من هذه القاعده و شرح معناها،
- ٣٠٠ اشاره
- ٣٠٠ الجبهه الاولى في بيان المراد من مفردات الآيه
- ٣٠٣ الجبهه الثانيه في بيان المراد من مجموع الجمله الواقعه في الآيه،
- ٣٠٥ الموقف الثالث- في موارد تطبيق هذه القاعده،

٣٠٨	تتمه
٣١٠	قاعده الاشتراك
٣١٠	اشاره
٣١٠	المقام الأول - في مدرکها و مستندها، و هي أمور متعدده:
٣١٠	اشاره
٣١١	الأول الاتفاق القطعي من الأصحاب على اشتراك الجميع في الحكم المتوجه الى بعض آحاد المكلفين،
٣١٢	الثاني الاستصحاب،
٣١٣	الثالث ثبوت ارتكاز المتشرع حتى العوام منهم على أن حكم الله في هذه الواقعة واحد و ثابت للجميع،
٣١٤	الرابع انه قد ثبت في محلّه بمقتضى الاخبار و تسلّم الأخبار انه لا يخلو شيء من الوقائع المبتلى بها عن حكم من الأحكام الإلهية،
٣١٥	الخامس دلالة نفس الأدله اللفظيه الوارده في موارد خاصه على العموم،
٣١٥	السادس ما ربما يقال من تنقيح المناط القطعي؛ نظراً الى ان الاحكام التابعه للمفاسد و المصالح
٣١٦	السابع الروايات الوارده في المقام الداله على اشتراك أحكام الله تبارك و تعالی بين الكلّ،
٣١٨	الثامن ما جعله المحقق البجنوردی (قده) وجهاً وجيهاً،
٣٢٠	التاسع مفهوم ما دلّ على الاختصاص في بعض المقامات،
٣٢٠	المقام الثاني - في مفاد قاعده الاشتراك
٣٢١	المقام الثالث - في موارد تطبيق هذه القاعده،
٣٢١	المقام الرابع - في بيان الموارد التي قيل بانخراص القاعده فيها،
٣٢٤	خاتمه
٣٢٤	اشتراك الكفار مع المؤمنين في التكليف
٣٢٤	اشاره
٣٢٤	المقام الأول - في مستند هذا الاشتراك
٣٢٤	اشاره
٣٢٤	الأول ثبوت الشهره و تحققها من فقهائنا قديماً و حديثاً على وفقه،
٣٢٧	الثاني إطلاق أدله التكاليف
٣٢٨	الثالث ما ربما يقال من انه لا ريب في كون الكفار مكلفين بالايمان،
٣٢٨	الرابع بعض الآيات الظاهره في أنهم مكلفون بالفروع

- الخامس ما ربما يقال من انه لو لا تكليف الكفار بالفروع، يلزم ان يكون الكافر القاتل للنبي (صلى الله عليه و آله) و المعين له من الكفار متساويين في العقاب؛ --- ٣٣٠
- السادس بعض الروايات التي يستفاد منها ذلك، ٣٣١
- التابع قاعده الجبّ --- ٣٣٣
- المقام الثاني- في مفاد القاعده و ما يراد منها، ٣٤٠
- المقام الثالث- في انه بعد أن لم يكن الإسلام شرطاً في أصل التكليف و فعليته، فهل يكون شرطاً في الصحه ٣٤٠
- عدم شرطيه البلوغ في الأحكام الوضعيه ٣٤٦
- اشاره ٣٤٦
- الجهه الاولى- في مدرّكها و مستندها، و هو أمور متعدده: ٣٤٦
- الأوّل عموم الأدله الوارده في هذه الاحكام ٣٤٦
- الثاني الإجماع المتحقق لكل متتبع في الفقه؛ ٣٤٧
- الثالث سيره العقلاء قاطبه على ان الضبي إذا أتلف مال الغير أو غصبه فوقع تلف المغصوب في يده مثلاً يكون ضامناً ٣٤٨
- الجهه الثانيه- في بيان المراد من القاعده ٣٥٢
- الجهه الثالثه- في موارد تطبيق القاعده، ٣٥٣
- مشروعيه عبادات الصبيّ و عدمها ٣٥٦
- اشاره ٣٥٦
- الجهه الاولى- في الأقوال و الآراء و الاحتمالات الجاربه في هذه المسأله و هي كثيره. ٣٥٦
- اشاره ٣٥٦
- الأوّل ان عبادات الصبيّ شرعيه ٣٥٧
- الثاني أنّ هذه العبادات من الأطفال تمرينيه صرفه، ٣٥٧
- الثالث ان عبادات الصبيّ شرعيه تمرينيه لا أنّها شرعيه أصليه، ٣٥٨
- الرابع ان عبادات الصبيّ شرعيه ٣٦٠
- الخامس التفصيل بين العبادات الواجبه كالفرائض اليوميه و بين العبادات المستحبه ٣٦٠
- الجهه الثانيه- في أدله الأقوال و الاحتمالات المذكوره في الجهه الأولى، ٣٦٠
- قاعده أمارته اليد ٣٧٢
- اشاره ٣٧٢
- الجهه الاولى- في المراد من اليد في هذه القاعده، ٣٧٢

- الجبهه الثانيه- فى مدرک القاعده و مستندھا ٣٧٤
- اشاره ٣٧٤
- الأول بناء العقلاء من جميع الملل و الأمم، ٣٧٤
- الثانى الإجماع المحقق و الاتفاق على اعتبار ملكيه ذى اليد لما فى يده، ٣٧٤
- الثالث الروايات المتكثره التى تستفاد منها القاعده ٣٧٤
- اشاره ٣٧٤
- الطائفة الأولى ما يدل بظاهره على اعتبار اليد بنحو الأماريه ٣٧٤
- الطائفة الثانيه ما يدل على حجتيه اليد و اعتبارها من غير دلالة على كونها اماره ٣٧٩
- الطائفة الثالثه ما يدل على اعتبار اليد ايضاً، ٣٨١
- الجبهه الثالثه- فى مفاد القاعده، ٣٨٥
- الجبهه الرابعه- فى مقدار حجتيه القاعده و موارد جريانها، ٣٨٤
- اشاره ٣٨٤
- و بالجملة فموارد الخلاف كثيره: ٣٨٤
- الأول المنافع، ٣٨٤
- الثانى من موارد الخلاف، جريان القاعده بالنسبه إلى نفس صاحب اليد ٣٩١
- الثالث من موارد الخلاف ما لو كان حال اليد فى السابق معلوماً، ٣٩٣
- الرابع من موارد الخلاف: ما إذا كان فى مقابل ذى اليد مدع للملكيه لما تحت يده، ٤٠٢
- تذنيب ٤٠٤
- و ينبغى التنبيه على أمور: ٤٠٩
- الأول لا إشكال فى تقدم اليد بناء على كونها اماره على الأصول العمليه، ٤٠٩
- الثانى هل تجرى القاعده فى الحقوق أم لا؟ ٤١١
- الثالث هل تجرى قاعده اليد فى النسب و الاعراض أم لا؟ ٤١٢
- الرابع قد وقع التسالم بين الفقهاء على قبول إقرار ذى اليد لأحد المتنازعين ٤١٣
- الخامس لو أقر بما فى يده لزيد، ثم أقر به لعمره، بان يكون المقر به فيهما تمام ما فى يده، ففي المسأله صورتان: ٤١٥
- أولاهما: ما إذا كان الإقرار للثانى بعد الإقرار للاول، و فى كلام منفصل، ٤١٥
- ثانيتها: ما إذا كان الإقرار للثانى عقب الإقرار للاول و فى نفس ٤١٥

- السادس لو اشترك أزيد من واحد فى الاستيلاء على عين، فهل يكون استيلاء كل واحد منهما على المجموع أو على النصف المشاع؟ - ٤١٨
- قاعده القرعه - ٤٣٦
- اشاره - ٤٣٦
- المقام الأول - فى مدركها و مستندها، - ٤٣٦
- اشاره - ٤٣٦
- الأول: الكتاب، فقد ورد فيه حكاية المساهمه - ٤٣٦
- اشاره - ٤٣٦
- أولهما، ما ورد فى قصة النبى يونس - ٤٣٦
- ثانيهما: ما ورد فى قصة التخاصم فى تكفل مريم و اقتراعهم على ذلك - ٤٣٧
- الثانى الروايات - ٤٣٨
- اشاره - ٤٣٨
- الطائفة الأولى: ما يستفاد منها العموم فى جميع الموارد، - ٤٣٨
- الطائفة الثانية- ما يستفاد منه العموم فى الجملة - ٤٣٩
- الطائفة الثالثة- الروايات الواردة فى موارد خاصه - ٤٤٠
- الثالث الإجماع المنقول بل المحصل من تتبع الفتاوى و الكلمات؛ - ٤٤٣
- الرابع بناء العقلاء على الرجوع الى القرعه فى بعض الموارد، - ٤٤٤
- المقام الثانى- فى بيان مقدار دلالة الأدله الواردة فى مشروعيتها، سيما مفاد الطوائف الثلاث من الروايات الواردة فيها، - ٤٤٤
- المقام الثالث- فى ان القرعه هل تكون اماره أو أصلاً؟ - ٤٤٩
- المقام الخامس- فى ان القرعه هل هى وظيفه الإمام أو من بحكمه خاصه، أو يعمل بها كل أحد؟ - ٤٥٣
- المقام السادس- الظاهر انه ليس للقرعه كيفيه خاصه و طريق مخصوص، - ٤٥٦
- المقام السابع- ربما يستظهر اعتبار تفويض الأمر الى الله تعالى فى صحه القرعه، - ٤٥٦
- قاعده حرمة الإعانه على الإثم - ٤٥٨
- اشاره - ٤٥٨
- الجهه الأولى- مدركها و مستندها، - ٤٥٨
- اشاره - ٤٥٨
- الأول الكتاب، - ٤٥٨

- ٤٦١ الثاني الروايات الواردة في الموارد الخاصة التي تدل على حرمة الإعانة على الإثم فيها،
- ٤٦٤ الثالث حكم العقل بقبح الإعانة على الإثم،
- ٤٦٥ الرابع الإجماع و اتفاق الأصحاب على حرمة الإعانة على الإثم،
- ٤٦٥ الجبهه الثانيه- في المراد من القاعده
- ٤٧٣ الجبهه الثالثه- في انه لا إشكال في صدق الإعانة فيما إذا كان هناك شخصان أحدهما المعين و الآخر المعان،
- ٤٧٣ الجبهه الرابعه- في انه إذا صارت معاملته محرمه لأجل الإعانة على الإثم،
- ٤٧٦ قاعده حجتيه البيئنه
- ٤٧٦ اشاره
- ٤٧٦ المقام الأول- في ما يدل أو يستدلّ به على اعتبار البيئنه،
- ٤٧٦ اشاره
- ٤٧٦ الأول دعوى الإجماع على اعتبارها في الموضوعات الخارجيه التي يترتب عليها حكم أو أحكام في الشريعه المقدسه
- ٤٧٧ الثاني انه لا إشكال في اعتبار البيئنه في مورد الترافع و الخصومه و تقدمها على غير الإقرار مثل اليمين و نحوها،
- ٤٧٧ الثالث الروايات الواردة في هذا الباب،
- ٤٨٥ الرابع الكتاب،
- ٤٨٦ الخامس سيره العقلاء من جميع الملل و إن لم يكونوا متشّرعين بشريعه أصلاً؛
- ٤٨٧ السادس ان الموضوعات لا ريب في كون أكثرها خفيه على أكثر الناس،
- ٤٨٧ السابع لو دار ثبوت الموضوعات المترتبه عليها الاحكام في الشريعه مدار حصول العلم لكل أحد،
- ٤٨٨ المقام الثاني- في مورد حجتيه البيئنه و سعه دائرتها و ضيقها
- ٤٨٩ المقام الثالث كما انه يعتبر في مفهوم البيئنه و معناها بحسب الاصطلاح التعدد و العدالة،
- ٤٩١ المقام الرابع هل اعتبار البيئنه يختص بمن تقوم عنده البيئنه
- ٤٩١ تكمله:
- ٤٩٦ خاتمه في بيان أمرين:
- ٤٩٦ أحدهما أنه ذكر في «المستمسك» انه يثبت الاجتهاد بخبر الثقه،
- ٤٩٩ ثانيهما الظاهر ان حجتيه البيئنه آتما هي بعنوان كونها من الأمارات الشرعيه؛
- ٥٠٢ قاعده حجتيه سوق المسلمين
- ٥٠٢ اشاره

- المقام الأول - فى مدرکہا و مستندہا، ٥٠٢
- اشارہ ٥٠٢
- الأول استقرار سيره المتشرعه و المؤمنین على دخول السوق و اشتراء اللحوم و الجلود من دون الفحص عن كونها ميتة أو مذكاه، ٥٠٢
- الثانى الإجماع على اعتبار السوق، ٥٠٣
- الثالث الروایات المتعدده ٥٠٣
- المقام الثانى - فى مفاد الروایات، ٥٠٤
- المقام الثالث - الظاهر بملاحظه ما ذكرنا من المراد من سوق المسلمین و انه عبارہ عن السوق الذى يكون أكثر اهله مسلماً، ٥٠٥
- المقام الرابع - انه لا فرق فى المسلم الذى يؤخذ من يده و يكون السوق اماره على إسلامه، ٥٠٩
- المقام الخامس - انه يستفاد من بعض الروایات الوارده فى السوق اعتبار ضمان البائع و اخباره بكون مبيعه مذكى، ٥١١
- المقام السادس - الظاهر ان يد المسلم المبحوث عنها فى المقام أخص من اليد التى تكون اماره على الملكيه، ٥١٢
- المقام السابع - ان اعتبار يد المسلم هل يكون بنحو الإطلاق، ٥١٣
- المقام الثامن - المشهور ان يد المسلم اماره على التذكيه مطلقاً، ٥١٥
- المقام التاسع - لا شبهه فى تقدم هذه القاعده على استصحاب عدم التذكيه، بناء على جريانه، ٥١٩
- المقام العاشر - هل المصنوعيه فى أرض الإسلام اماره على وقوع التذكيه مطلقاً، ٥١٩
- المقام الحادى عشر - هل المطروحيه فى أرض الإسلام اماره على وقوع التذكيه على المطروح أو على الاماره عليه، ٥٢١
- قاعده أخذ الأجره على الواجب ٥٢٤
- اشارہ ٥٢٤
- المقام الأول - فى منافاه الوجوب بما هو وجوب لأخذ الأجره و عدمه ٥٢٥
- المقام الثانى - فى منافاه العباديه للإجاره و عدمها، ٥٣٢
- المقام الثالث - فى منافاه الوجوب التعبدى النيابى لأخذ الأجره و عدمها، ٥٣٨
- تعريف مركز ٥٤٩

سرشناسه: فاضل لنكرانى، محمد، ۱۳۱۰ - ۱۳۸۶.

عنوان و نام پديدآور: القواعد الفقيهه/ تاليف محمد الفاضل اللنكرانى.

وضعيت ويرااست: ويرااست

مشخصات نشر: قم: مركز فقهى ائمه اطهار (ع)، ۱۴۳۴ ق. = ۱۳۹۲.

مشخصات ظاهرى: ۵۹۲ص.

شابك: ۳۰۰۰۰ ريال ۹۷۸-۶۰۰-۵۶۹۴-۷۳-۴:

وضعيت فهرست نويسى: فييا

يادداشت: عربى.

يادداشت: چاپ چهارم.

يادداشت: كتابنامه.

موضوع: اصول فقه شيعه

رده بندي كنگره: BP۱۵۹/۸/ف۱۸ق۹ ۱۳۹۲

رده بندي ديويى: ۲۹۷/۳۱۲

شماره كتابشناسى ملي: ۳۴۰۷۶۶۰

ص: ۱

القواعد الفقيهه

تاليف محمد الفاضل النكرانى

ص: ٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى نور قلوبنا بأنوار العلوم و المعارف و بصير أفهامنا بالتدبر فى الأحكام الدينيه و المعالم و هداانا إلى أشرف العلوم الإلهيه و الصلاه و السلام على أشرف الأنبياء و المرسلين و على آله الطيبين المنتجبين.

و بعد فإن من نافله القول التأكيد على أهميه علم الفقه و مكانته الرفيعه بين العلوم المختلفه، و لا شكَّ فى أنَّ للقواعد الفقيهيه و هى تشكل كليات يطبّقها الفقيه على جزئياتها الدور الكبير فى اشتمال علم الفقه على هذه الأهميه.

و الجدير بالذكر أن هذه القواعد الفقيهيه لم تتناولها أقلام الفقهاء و المحققين بالدراسه و البحث المستوعبين، من هنا فلا بدّ لنا من أجل تنقيح و إيضاح قاعده فقيهيه ما بشكل كامل، تتبع و استقراء جزئياتها المبتوئه فى الأبواب المختلفه للفقه.

و نحن فى هذا المجال نتعرض بشكل إجمالى إلى بعض البحوث التى ترتبط بهذه القواعد.

كلمه «القاعده» لغوياً:

هذه الكلمه من حيث اللغه موضوعه لما هو الأساس لشيء سواء أ كان مادياً أو معنوياً، على نحو ينعدم الشيء و يضمحل بسبب انتفائه فالبيت مثلاً ينعدم بانعدام أساسه و الدين يندرس باندراس أساسه و العلم ينتفى بانتفاء القواعد الكليه الموجوده فيه. قال ابن منظور (1):

«و القاعده أصل الأسّ و القواعد الأساس و قواعد البيت أساسه و فى التنزيل وَ إِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمَ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَ إِسْمَاعِيلُ ، و فيه فَآتَى اللَّهُ بُيُوتَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ . قال الزجاج: القواعد أساطين البناء التى تعمده و قواعد اليهودج خشبات أربع معترضه فى أسفله تركيب عيدان اليهودج فيها» .

و أما بحسب الاصطلاح: فهى قضيه كليه منطبقه على جميع جزئياتها.

قال التهانوى: «هى تطلق على معان ترادف الأصل و القانون و المسأله و الضابط و المقصد و عرفت بأنها أمر كلى منطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه» (2).

من هنا فيشترط فى كلمه «القاعده» المستعمله فى العلوم الرائجه أن تكون قضيه كليه أو غالبيه، و لا يعتبر ان تكون أساساً للعلم على نحو ينتفى بانتفائها فمثلاً لو انتفت قاعده واحده من قواعد الفقه أو النحو أو الرجال

ص: ٨

١-١) لسان العرب ٣:٣٦١.

٢-٢) كشاف اصطلاحات الفنون ١١٧٧:٥ ١١٧٦.

أو غيرها لم ينتفِ العلمُ بانتفائها فتدبر!

ما المقصود بالقاعده الفقهيّه؟

إشاره

اعلم انهم اختلفوا في تعريف القاعده الفقهيّه و ذكروا لبيان حدودها كلمات كلها غير خاليه عن الإيراد و الإجمال فهنا خلاف بين مدرسه الإماميه و مدرسه العامه كما وقع الخلاف بين علماء كل واحد من المدرستين نفسيهما و لتتقيح البحث فيها و في الأمور المتعلقه بها يجب الكلام عليها في جهات:

الجهه الاولي: في اعتبار الكليه فيها و عدمه.

فقد وقع الخلاف بين العامه في أن القاعده الفقهيّه هل تجب ان تكون كليه أم لا بل تكفي كونها أكثرية؟ فذهب الحموي الى الثاني فقال: ان القاعده هي عند الفقهاء غيرها عند النحاه و الأصوليين إذ هي حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها (١).

و وافقه بعض من المالكيه فقال أكثر قواعد الفقه أغلبه (٢).

و ذهب بعض منهم إلى الأول فقال: هي أصول فقهيّه كليه في نصوص موجزه دستوريه تتضمن أحكاماً تشريعيه عامه في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها (٣).

فالخلاف واقع بينهم في الكليه و عدمها و ذكروا أيضاً ان هذه النقطه

ص: ٩

١- ١) شرح الأشباه و النظائر ١: ٢٢.

٢- ٢) تهذيب الفروق تحت الفرق الثاني ١: ٣٦.

٣- ٣) المدخل الفقهي العام ٢: ٩٤١.

هي الجبهه المائزه من أسباب الفروق و الاختلاف بين القواعد الفقهيه و القواعد الأصوليه فهي كليه دائماً بخلاف القواعد الفقهيه.

هذا و لكن لا يُرى لهذا الخلاف عين و لا اثر بين الإماميه، و السر في ذلك أنّ تقييد القاعده الفقهيه بكونها غالبية ناشئه عن عدم التدبر في مفهوم القاعده و الخلط بينه و بين الاستثناء فتخيّلوا ان الاستثناء في قضيه يخرجها عن كونها قاعده، مع انه لا يخرجها عن ذلك العنوان، نعم يخرجها عن الكليه و لكن هذا غير خروجها عن عنوان القاعده و الذهاب الى كون القاعده الفقهيه أكثرية، فمثلاً قاعده المؤمنون عند شروطهم قاعده فقهيه مسلّمه و لها استثناءات ذكرت في مبحث الشروط كعدم كون الشرط مخالفاً للكتاب و السنّه و غير ذلك. فلا بدّ من بيان تبيين معنى القاعده و التدبر في مدلولها و التحقيق أنّها قضيه مشتمله على جزئيات مشتركه في عنوان واحد أو شيء واحد.

الجبهه الثانيه: في الفرق بين القاعده الفقهيه و الضابط الفقهي.

فذهب كثيرٌ من العامه إلى أن القاعده الفقهيه أعم من الضابط الفقهي بمعنى انها لا تختص بباب واحد من أبواب الفقه بخلاف الضابط. قال ابن نجيم:

ان القاعده تجمع فروعاً من أبواب شتى و الضابط يجمعها من باب واحد (١).

و قد أيده السيوطي و أبو البقاء (٢).

ص: ١٠

١- ١) الأشباه و النظائر، الفن الثاني: ١٩٢.

٢- ٢) الكليات، فصل القاف في القسم الرابع: ٤٨.

والتحقيق عدم صحه هذا الفرق لانه متفرع على تسليم لزوم جريان القاعده الفقهييه فى أكثر من باب واحد و هو غير مسلم فإن القاعده الفقهييه لا يلزم ان تكون جامعته للفروع من أبواب مختلفه بل يكفى ان تكون جامعته للفروع من باب واحد، و لذا قاعده الإمكان مثلاً مختصه بباب الطهاره و ليست ضابطاً.

هذا و الحق ان بين الضابط الفقهي و القاعده الفقهييه فرقا من وجهين:

الوجه الأول: ان الضابط الفقهي هو القضييه التى ترد فى مقام بيان الملا-ك و الشرائط لما هو الموضوع للحكم بينما القاعده الفقهييه لا- تكون بصدد بيان الموضوع أو المتعلق بل امياً ان تكون بصدد بيان حكم كلى أو بصدد بيان ملا-ك كلى مرتبط بالأحكام لا الموضوعات كقاعده ان العلل الشرعيه معرفات و لتوضيح ذلك نذكر نماذج و أمثله للضابط:

ألف: قد ذكر الفقهاء من جمله محرّمات الإحرام و الحرم، الصيد البرى و قد اختلفوا فى المائز بين الحيوان البرى و البحرى و أنه ما هو الضابط و الملاك فى كون شىء برياً أو بحرياً فقال المحقق فى الشرائع: هو ما يبيض و يفرخ فى الماء لكن المستفاد من بعض الروايات (١) و الكلمات ان المعيار فى الحيوان البحرى هو العيش فى الماء و عدم هلاكه فيه و قال والدنا المحقق المعظم: و الذى يقوى فى النظر ان ثبوت ضابطه شرعيه تعديده بالإضافه إلى عنوانى صيد البحر و صيد البر و لو بالإضافه إلى بعض مصاديقهما، على خلاف ما هو المتفاهم منهما عند العرف و اللغه، مستبعد جداً (٢).

ص: ١١

١- ١) الوسائل، أبواب تروك الإحرام، الباب السابع، ح ١.

٢- ٢) تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيله، كتاب الحج ٣:٣٣٩.

ب: ذهب الفقهاء إلى ان الضابط في صحه الشرط مثلاً عدم كونه مخالفاً للكتاب و السنه فهذا ملاك لصحه الشرط و ضابط لها و ليس قاعده فقهيه بل القاعده هي المؤمنون عند شروطهم.

ج: قد وقع الخلاف في ضابط المثليه و القيميه في مبحث الضمان و المراد من الضابط فيهما، بيان حقيقه المثليه و القيميه و شرائطيهما عند العرف أو الشرع و أما القاعده الوارده فيه فهي لزوم كون الأداء في المثلي بمثله و في القيمى بقيمته.

د: في مبحث القصاص قد وقع النزاع في ضابط العمد و الخطأ في القتل و القاعده فيهما جواز القصاص في العمد و الديه في الخطاء.

ه: الضابط في كون شىء عقداً أو إيقاعاً، عبادته أو معاملته، فقد ذكر الشهيد (١) ان كل حكم شرعى يكون الغرض الأهم منه الآخره يسمى عبادته و كل حكم شرعى يكون الغرض الأهم منه الدنيا يسمى معامله.

و: الضابط في الصغيره و الكبيره، فان قوله عليه السلام لا صغيره مع الإصرار (٢)، ليس من القواعد الفقهيه بل هو بيان لملاك الكبيره و أيضاً قولهم كل ما توعد الشرع عليه بخصوصه فإنه كبيره و كل معصيه توجب الحد فإنها كبيره.

ز: الضابط في التعدييه و التوصليه و قد يسمى بالضابط الأصولى.

فتلخص من جميع ذلك كله ان الضابط انما هو فى دائره ذكر الملاك و الشرائط للموضوع أو المتعلق فقط بينما ان القاعده الفقهيه لا تكون بصدد

ص: ١٢

١- ١) القواعد و الفوائد، الجلد الأول، قاعده ٣٦: ٧.

٢- ٢) الوسائل ٢٦٨: ١١.

بيان شرائط الموضوع و إنما تكون بصدد بيان أحكام شرعيه كليه.

الوجه الثاني: ان الضابط الفقهي لا يلزم ان يستند إلى الشارع و يؤخذ منه بل كثير من الضوابط المذكوره فى الفقه قد أخذت من العرف فراجع و تدبر.

الجهه الثالثه: فى الفرق بين القاعده الفقهيّه و النظرية الفقهيّه.

فذهب جمع من العامه الى عدم وجود الفرق بينهما، قال أبو زهره فى كتابه المسمى بأصول الفقه:

«القواعد الفقهيّه هى النظريات العامه الفقهيّه» .

و لكن ذهب بعض آخر منهم إلى وجود الفرق بينهما فقالوا:

«ان النظرية العامه هى غير القاعده الكليه فى الفقه الإسلامى فإن هذه هى بمثابة ضوابط بالنسبه إلى تلك النظريات. . و قد ترد قاعده بين القواعد الفقهيّه ضابطاً خاصاً بناحيه من نواحي تلك النظريات فقاعده العبره فى العقود للمقاصد و المعانى مثلاً ليست سوى ضابط فى ناحيه مخصوصه من أصل نظريه العقد» (١).

فيستفاد من عباراتهم ان الفرق بينهما فى نقطتين:

النقطه الاولى: ان القاعده الفقهيّه متضمنه للحكم الشرعى الفقهي فى حد ذاتها بخلاف النظرية العامه فإنها غير متضمنه للحكم الفقهي كنظريه الملك و نظريه الفسخ.

النقطه الثانيه: ان القاعده الفقهيّه غير مشتمله على الأركان و الشرائط بخلاف النظرية العامه.

ص: ١٣

هذا و الذى ينبغى ان يقال ان وجود الفرق بينهما أيضاً مما لا ينكر إلا ان الصحيح فى مقام الفرق ان يقال ان النظرية العامه هي المباحث المرتبطه ببعض الموضوعات الرائجه فى الأبواب المختلفه من الفقه و الدخيله فى كثير من الفروع المتشتمته المتفرقه و تكون كالمبنى و الأساس للمباحث الأخرى، كالبحث عن العرف و تعريفه و مدى دخالته فى الأحكام و البحث عن الحكم و حقيقته و أقسامه و البحث عن الملك و الفرق بينه و بين الحكم فالنظرية العامه مشتمله على قضايا متشتمته و ليست قضيه واحده بخلاف القاعده الفقهييه و عموميه النظرية باعتبار ارتباط الموضوع بأبواب مختلفه من جهه و بسعه البحث عن جميع شؤونه من جهه أخرى فمثلاً- نظريه الحكم لا- يرتبط بباب واحد و ليست بقضيه واحده بل يبحث فيها عن الحكم و شرائطه و القواعد المرتبطه به و الأقسام المتصوره فيه فإنهم لما رأوا ان لعنوان الحكم دخلاً أساسياً فى كثير من المباحث الفقهييه و الأصوليه وجدوا من اللازم البحث عنه مستقلاً و جمع الأمور المرتبطه به فى بحث واحد و من هنا يتضح أن النظرية العامه ليست مختصه بالبحث عن عنوان بنظر الفقه و الفقيه بل يشمل ما إذا كان الموضوع دخيلاً فى علوم متعدده فإن البحث عن الحكم مرتبط بالفقه كما انه مرتبط بالأصول و الكلام أيضاً.

تتميم: قد تكون النظرية العامه مشتمله على عده قواعد من قواعد الفقه كنظرية العرف فإنها مشتمله على قاعده العاده محكمه و قاعده استعمال الناس حجه يجب العمل به.

الجهه الرابعه: فى الفرق بين القاعده الفقهييه و القاعده الأصوليه.

اشاره

و البحث فى هذه الجهه يقع فى مقامين:

ص: ١٤

المقام الأوّل: فى الفرق بينهما بنظر العامه:

فقد ذكروا للفرق بينهما وجوهاً خمساً و أوّل من فرق بينهما على ما قيل هو شهاب الدين القرافى فى كتابه المسمى بالفروق.

الوجه الأوّل: ان الموضوع فى القواعد الأصوليه هو الأدلّه و الأحكام فإن القاعده الأصوليه حد وسط بين الأدلّه و الأحكام و يستفاد بها الأحكام من أدلتها بينما ان الموضوع فى القواعد الفقهيّه هو فعل المكلف.

الوجه الثانى: ان القواعد الأصوليه كليه بخلاف القواعد الفقهيّه فإنها غالبيه.

الوجه الثالث: ان القواعد الأصوليه آله لاستنباط الأحكام الشرعيه بخلاف القواعد الفقهيّه فإنها عباره عن حكم الجزئيات المتشابهه المشتركه فى عله واحده.

الوجه الرابع: ان القواعد الفقهيّه متأخره عن الفروع فى الوجود الذهنى و الواقعى لأنها جمع اشتات و ربط بينهما و أما القواعد الأصوليه فإنها متقدمه على الفروع لتوقف الاستنباط عليها.

الوجه الخامس: ان القواعد الأصوليه أمور استنباطيه و الأحكام تستنبط منها بخلاف القواعد الفقهيّه فإنها أمور تطبيقيه و الفروع مندرجه تحتها.

و يرد على الأوّل ان الموضوع فى بعض القواعد الفقهيّه ليس فعل المكلف كقاعده لا- ضرر فان الموضوع فيه هو الحكم الضررى بناء على تفسير المشهور.

و على الثانى: انا قلنا سابقاً ان الاستثناء فى القواعد الفقهيّه لا يدلّ

على الغالبية و لا ملازمه بين الاستثناء و بين كون القاعده أغلبيه.

المقام الثاني: فى الفرق بينهما بنظر الإماميه

ف نقول يستفاد من كلمات الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم وجوه شتى.

الوجه الأول: ما يستفاد من بعض كلمات الشيخ الأعظم (١) و تبعه المحقق النائيني (٢) من ان نتيجة المسأله الأصوليه نافعہ للمجتهد فقط بخلاف القاعده الفقهيہ فإنها نافعہ للمقلد أيضاً و بعبارہ أخرى اعمال القاعده الفقهيہ مشترك بين المجتهد و المقلد.

و قد أورد عليه المحقق الخوئي (٣): باننا نسلم كون النتيجة فى المسأله الأصوليه نافعہ بحال المجتهد فقط و لكن لا نسلم اشتراك النتيجة بين المجتهد و المقلد فى القاعده الفقهيہ فمثلاً ان قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده من أى طريق يعلم المقلد ان البيع مثلاً من العقود التى يكون فى صحيحها الضمان و مثلاً قاعده الصلح جائز بين المسلمين الا ما خالف كتاب الله، فمن أى سبيل يتوجه المقلد ان هذا الشرط هل هو موافق للكتاب أو مخالف له.

و الظاهر عدم ورود الإشكال لأن المقصود من كون النتيجة نافعہ للمقلد، انه قادر على التطبيق و معنى هذا ان المقلد بعد السؤال و الفحص عن ان البيع من العقود التى يكون فى صحيحها الضمان، يقدر على تطبيق القاعده و يحكم بان فى فاسدها أيضاً الضمان. و بعبارہ أخرى انه قدس سره يعتقد بان القواعد الفقهيہ من باب تطبيق المضامين و من الواضح ان التطبيق

ص: ١٤

١-١) فوائد الأصول فى ابتداء بحث الاستصحاب.

٢-٢) فوائد الأصول، الجزء الأول ص ١٩ من طبع جماعه المدرسين.

٣-٣) المحاضرات ١ / ١٠.

الوجه الثاني: ما ذكره المحقق النائيني قدس سره (١) من ان القواعد الأصولية متضمنه للأحكام الكلية التي لا ربط لها بالعمل بلا واسطه بخلاف القاعده الفقهيه فإنها و إن كانت قد تكون متضمنه للحكم الكلي إلا انها تصلح لاستفاده الأحكام الجزئيه منها فى الموارد الجزئيه فمثلاً قاعده ما يضمن تكون صالحه لاستفاده الضمان منها فى البيع الشخصى المعين الفاسد و بعبارة أخرى ان الفرق بينهما من باب الفرق بين الكليه بمعنى عدم التعلق بالعمل بلا واسطه و الجزئيه بمعنى التعلق بالعمل بلا واسطه.

وفيه: أن اللازم بيان الفرق بين القاعده الأصوليه و الفقهيه و ما ذكره من الجزئيه شامل للمسأله الفقهيه أيضاً و بعبارة أخرى لسنا فى مقام الفرق بين القاعده الأصوليه و الفقهيه فقط بل فى مقام الملاك لكون القاعده فقهيه و ما ذكره جار فى المسأله الفقهيه مع انها ليست بقاعده فقهيه فتدبر! هذا مع تفسير الكليه و الجزئيه بالمعنى الذى ذكر على خلاف ما هو الظاهر منهما مضافاً إلى ان بعض المسائل الأصوليه قد تكون صالحاً للأحكام الجزئيه كالأستصحاب فتأمل.

الوجه الثالث: ما ذهب إليه المحقق الخوئي قدس سره (٢) من ان استفاده الأحكام الشرعيه من المسأله الأصوليه يكون على نحو التوسيط و الاستنباط بخلاف القاعده الفقهيه فإن الأحكام الشرعيه تستفاد منها على نحو التطبيق أى تطبيق الكلي على الجزئى.

ص: ١٧

١-١) فوائد الأصول، الجزء الأول ص ١٩ من طبع جماعه المدرسين.

٢-٢) المحاضرات ٨/١.

و أشكال عليه الشهيد الصدر قدس سره (1) بإشكالين:

الإشكال الأول: ان مسأله الاستنباط موجوده فى بعض القواعد الفقهيّه و لا تختص بالقواعد الأصوليه و لم يذكر قدس سره له مثالاً.

الإشكال الثانى: لو كان ملاك الفرق بينهما من هذه الجبهه للزم ان يكون الخلاف بينهما ناشئاً من اختلاف كيفيه طرح البحث فى قاعده فمثلاً قاعده ان النهى عن الشىء هل يقتضى الفساد لو طرحت بعنوان البحث عن الاقتضاء لكان البطلان مستنبطاً من الاقتضاء و أما لو صيغت بأنه هل العباده المنهى عنها باطله أم لا فتأتى مسأله التطبيق، فهذا الإيراد يدلنا على ان الفرق الجوهرى بينهما شىء آخر و الاستنباط و التطبيق يكونان من آثاره.

فتبين ان هذا الوجه أيضاً غير تام.

الوجه الرابع: ان القاعده الأصوليه يتم الاستعانه بها فى جميع أبواب الفقه بخلاف القاعده الفقهيّه.

وفيه: ان بعض القواعد الفقهيّه مرتبط بجميع أبواب الفقه فمثلاً قاعده ان علل الشرع معرفات بناء على كونها قاعده فقهيّه و أيضاً قاعده لا ضرر تجرى فى العبادات و المعاملات و العقود و الإيقاعات نعم بعض القواعد الفقهيّه مختص بباب واحد.

الوجه الخامس: ما يستفاد من كلمات السيد المحقق الإمام الخمينى قدس سره (2) من ان القواعد الأصوليه آليه بخلاف القاعده الفقهيّه فإنها

ص: ١٨

١-١) بحوث فى علم الأصول ١/ ٢٢.

٢-٢) تهذيب الأصول ج ١.

استقلاليه.

و هذا الفرق متين جداً و لكن لا يستفاد منه الملاك في كون القاعده فقهيه فتأمل.

الوجه السادس: ان الاستنتاج في القاعده الأصوليه غير متوقّف على القاعده الفقيهيه بخلافها فإنها متوقّفه على القاعده الأصوليه (١).

هذا و هنا فروق أيضاً بينهما من جهه المصدر و المدرک فيهما و سيأتى في الجهه السابعه.

الجهه الخامسه: في تقسيم القواعد الفقيهيه

فهنا تقسيما:

التقسيم الأول: ما ذكره الشهيد الأول (٢) فإنه قسم القواعد الفقيهيه لا- باعتبار كل باب بل باعتبار الموضوعات و إليك ما ذكره ملخصاً:

ألف: القواعد المرتبطه بالاجتهاد ب: القواعد الجاريه في المناكحات ج: القواعد الموجوده في القضاء د: قواعد باب الجنائيات ه:
قواعد العبادات و: قواعد العقود ز: قواعد الإرث ح: قواعد الحدود ط: قواعد الديات

ص: ١٩

١- ١) الأصول العامه للفقهِه المقارن ص ٤٣.

٢- ٢) القواعد و الفوائد.

ى: قواعد القصاص فهذا التقسيم باعتبار الأبواب و الموضوعات و الظاهر انه لم يكن بصدد التقسيم الصناعى للقواعد الفقهيه و إنما استقصى القواعد المختلفه فى الأبواب المتعدده و لا حظها و نَظْمها باعتبار الموضوعات المختلفه و بناء على ذلك لم تكن منحصره فيما ذكره بل كلما ازداد التبع و الاستقصاء ازدادت القواعد و الموضوعات.

التقسيم الثانى: ما ذكره الشهيد الصدر قدس سره (1) فإنه قسمها إلى خمس أقسام:

القسم الأول: ما ليس بقاعده بمعناها الفنى كقاعده لا ضرر فإن القاعده متقومه بشيئين الأول ان تكون أمراً كلياً و الثانى وجود نكته ثبوتيه واحده ترجع إلى حقيقه واحده و هى فى الأحكام الشرعيه و القواعد المجعوله الشرعيه عباره عن وحده الجعل كقاعده على اليد و حجتيه خبر الثقه و فى المجعولات غير الشرعيه كقاعده الملازمه بين وجوب الشىء و وجوب ذيه عباره عن الوحده النفس الأمرية امّا مثل قاعده لا ضرر فإنها مجموعه من التشريعات العدميه جمعت فى عباره واحده فيما انها غير راجعه إلى نكته واحده و جعل واحد بل كلها فى عرض واحد فليست بقاعده بالمعنى الفنى لها و هذا نظير ان يقال كل حكم ثبت للرجل فى المعاملات فهو ثابت للمرأة أيضاً فهو تجميع جعل متعده تحت تعبير ثانٍ.

القسم الثانى: ما يكون قاعده بمعناها الفنى مع دلالتها فى نفسها على حكم واقعى كلى مجعول بجعل واحد كقاعده ما يضمن التّى ترجع إلى ضمان

ص: ٢٠

اليد فهي قاعده دالّه على نكته ثبوتيه واحده تدلّ بنفسها على الحكم الشرعى الواقعى و لا تكون طريقاً لا ثبات الحكم الشرعى و من هذه القاعده يستفاد الضمان فى البيع الفاسد فهو غير مجعول مستقلاً بل حصه من القاعده الكليه و من هذا البيان يتضح ان القاعده الأصوليه تقع فى طريق إثبات الجعل الشرعى بخلاف القاعده الفقهيّه.

القسم الثالث: ما يكون قاعده مع دلالتها على الحكم الظاهرى و بها يحرز صغرى الحكم الشرعى كقاعده الفراغ فهذا القسم كالسابق لا يقع فى طريق إثبات الجعل الشرعى بل يقع فى طريق إثبات مصداق متعلّق الجعل.

القسم الرابع: ما يكون قاعده مع دلالتها على الحكم الظاهرى و بها نتوضّل إلى الحجه على أصل الجعل كقاعده الطهاره فى الشبهات الحكميّه.

القسم الخامس: ما يكون قاعده فقهيّه استدلاليه استند الفقيه إليها فى الاستنباط كقاعده ظهور الأمر بالغسل فى الإرشاد و إلى النجاسه و الفرق بين القواعد الأصوليه و هذين القسمين من القواعد الفقهيّه عدم اختصاص القواعد الأصوليه بباب فقهيّ معيّن بخلافهما.

فهذا التقسيم مع قطع النظر عن بعض المناقشات الوارده على بعض الأقسام، انما هو باعتبار الحكم الشرعى الذى تدلّ عليه القاعده فالقاعده الفقهيّه اما ان تدلّ على الحكم الشرعى الواقعى أو تدلّ على الحكم الشرعى الظاهرى و أيضاً اما ان تكون بنفسها دالّه على الحكم الشرعى و أما ان تقع فى طريق إثبات الحكم الشرعى و أيضاً اما ان لا تدلّ على الحكم الشرعى أصلاً بل تدلّ على نفي الحكم الشرعى كقاعده لا ضرر و لا جرح و قاعده الحدود تدرأ بالشبهات و بعض القواعد الفقهيّه فى مقام تبين متعلّق الأحكام

و ليس فى دائره الأحكام نفيًا و إثباتًا نظير كل ما توعده الشرع عليه بخصوصه فإنه كبيره فهذه القاعده فى مقام بيان تشخيص الذنب الكبير و نظير قاعده كل ما لم يرد فيه ديه فى الشرع ففيه الحكومه فتحصل ان القواعد الفقهيّه امّا ان تكون بصدد بيان متعلق أو موضوعات الأحكام و أمّا ان تكون بصدد بيان الأحكام الكليه نفيًا أو إثباتًا، واقعيّه أو ظاهريّه.

الجهه السادسه: فى جريان القواعد الفقهيّه فى الشبهات الحكميه و عدم جريانها.

فذهب السيد المحقق الخوئى قدّس سرّه (١) إلى عدم جريانها لكون النتائج فيها أحكاماً شخصيه و قاعده لا ضرر و لا جرح جزئيّه أيضاً من جهه جريانها فى الضرر و الجرح الشخصيين لا النوعيين على ما هو التحقيق فى محله.

و لكن أورد عليه الشهيد الصدر قدّس سرّه ملاحظتين (٢):

الملاحظه الأولى: ما هو المراد من الشبهه الحكميه؟ ان كان المراد منها هو الشك فى المورد الذى كان بيانه على عهد الشارع سواء كان شاملاً لجميع المكلفين أم لا، فمن الواضح ان البيان فى الضرر الشخصى أيضاً على عهد الشارع و إن كان المراد منها هو الشك فى المورد الذى كان بيانه على الشارع على نحو يشمل جميع المكلفين فالضرر الشخصى و إن كان خارجاً عنها إلا ان تفسير الشبهه الحكميه بهذا البيان يكون بلا وجه.

الملاحظه الثانيه: ان الاستفادة من بعض القواعد الفقهيّه هو الحكم

ص: ٢٢

١-١) محاضرات فى أصول الفقه، الجزء الأول ص ١٠.

٢-٢) بحوث فى علم الأصول، الجزء الأول.

الكلية الشرعية على نحو يشمل جميع المكلفين و الظاهر تماميه الإيرادين فالقواعد الفقيهيه كما تجرى في الشبهات الموضوعيه كقاعده الفراغ و اليد و الحليه كذلك تجرى في الشبهات الحكيمه.

الجهه السابعه: في مصادر القواعد الفقيهيه.

فاعلم أن المصدر فيها لا يتخلف عن المصدر في نفس المسائل الفقيهيه فبعضها مستفاد من القرآن الكريم كقاعده لا حرج و نفى السبيل و قاعده الإحسان و غيرها و بعضها مستفاد من السنه من عموم نصّ أو ظاهر روايه أو غيرهما و بعضها من الإجماع و العقل.

و قد يستفاد بعضها من القواعد الأصوليه كقاعده مشروعيه عبادات الصبي التي تستفاد من البحث الأصولي أعني ان الأمر بالأمر هل هو أمر بذلك الشيء أم لا؟ و هذا أيضاً من نقاط الافتراق بينهما بمعنى أن القاعده الأصوليه تصلح لان تكون عله للقاعده الفقيهيه و لا عكس فتتبع و مع ذلك كله هناك قواعد مطروحه في الفقه يستفاد منها ما يستفاد من سائر القواعد الفقيهيه و لكن الدليل فيها غير الدليل في الأحكام الشرعيه كقاعده أن العلل الشرعيه معرفات التي عبر عنها المحقق الشريف القاساني (1) بعنوان القاعده الفقيهيه و لا تدلّ بالمطابقه على حكم شرعي فقهي و أيضاً قاعده انه لا اطراد في العلل التشريعيه و غيرهما و الظاهر ان دليل هذه القواعد و نظائرها بناء على كونها قاعده فقيهيه، هو الاستقصاء في المذاق الشرعي في الموارد المختلفه فهى قواعد مصطاده فلا دليل نقلياً معينا عليها هذا و قد تبحث عن بعض القواعد في الفقه و لكن لا بعنوان قاعده فقيهيه بل كقاعده كليه قابله للانتفاع

ص: ٢٣

١-١) تسهيل المسالك إلى المدارك في رءوس القواعد الفقيهيه.

بها فى جميع العلوم كقاعده قبح ترجيح المرجوح الّتى هى قاعده عقليه و قاعده انه لا تجتمع علّتان مستقلّتان على معلول واحد فلا ينبغى جعلها من القواعد الفقهيّه كما فعله البعض.

و قد تنشأ بعض القواعد الفقهيّه من بعض آخر كقاعده ما يضمن الّتى هى ناشئه من قاعده الإقدام و قاعده ضمان اليد و هذا أيضاً من نقاط التمايز بينها و بين المسائل الأصوليه فتدبرّ.

و قد يستفاد بعض القواعد الفقهيّه من بعض القواعد الكلاميه كقاعده ان الأحكام تابعه للمصالح و المفاسد بناء على كونها قاعده فقهيّه فهى مستفاده من قاعده ان أفعال الله تبارك و تعالى معلّله بالأغراض (١).

الجهه الثامنه: قد ادعى الشهيد الأوّل رجوع جميع الأحكام الفقهيّه إلى القواعد الفقهيّه الخمسه

الأولى: قاعده تبعيه العمل للّتيه و الثانيه: قاعده المشقه موجب لليسر الّتى هى شامله لقاعده لا جرح و قاعده يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر و قاعده البعثه بالحنيفيه السمله و قاعده لا ضرر و لا ضرار الثالثه: قاعده اليقين و المراد منها فى نظره الاستصحاب الرابعه: الضرر المنفى الخامسه: العاده و التحقيق عدم رجوع كثير من الأحكام إلى واحد من هذه القواعد الخمسه و هذا واضح لمن تتبّع الفقه.

ثم ان هذا الكتاب الشريف يجمع بين دفتيه جمله من البحوث الّتى ألقاها على فضلاء الحوزه العلميه فى قم المقدّسه سماحه المرجع الدينى الكبير آيه الله العظمى الشيخ محمد الفاضل اللنكرانى دامت بركاته العاليه استقصى فيها البحث عن مجموعه من القواعد الفقهيّه المهمه و قد تميز بحثه لها

ص: ٢٤

بالاستيعاب و العمق و الوضوح.

و من ثم فقد كانت محاضراته الفقيهيه هذه مهوى أفئده رواد العلم و عشاق الفضل و لأجل تعميم الفائدة و نزولاً على رغبه الأفاضل فقد أمر دام ظلّه بطبعها فكان هذا الكتاب عيبه علم و مجمع تحقيق و منبعاً فياضاً بالعطاء و شجره تؤتى أكلها كل حين، نسأل الله تعالى ان ينفع بها و إن يديم أيام إفادات مؤلفها العامره أنه سميع مجيب.

و لا- يسعني هنا إلا أن أشكر سماحه حجه الإسلام الشيخ محمد على الحائري نسب العذى قام بتخريج مصادر هذا الكتاب الشريف جزاه الله خير الجزاء.

قم المقدسه ابن المؤلف محمد جواد الفاضل اللنكرانى ١٥ رمضان المبارك ١٤١٥

ص: ٢٥

عدم ضمان الأمين إلّا مع التعدى و التفريط

و هي من القواعد الفقهيّه المشهوره بل المجمع عليها؛ إذ لم ينقل من أحد الخلاف، و لا حاجه في إثباتها إلى إقامه الدليل على عدم الضمان، بل يكفي عدم ثبوت الدليل على الضمان، لأنّ مجرد عدم ثبوت الضمان كاف في عدمه، كما هو الشأن في سائر الموارد التي يشكّ فيها في ثبوت حكم تكليفي أو وضعي مترتب عليه حكم تكليفي، و العمده في المقام ملاحظه شمول دليل ضمان اليد لما نحن فيه و عدمه، لان دليل ضمان من أتلف لا يرتبط بالمقام بعد كون مورده تحقق التلف مستنداً الى الغير و لو لم يكن المال في يده، و المفروض في المقام تحقق التلف من دون استناد إلى الأمين بل كونه سماوياً مثلاً و كذا دليل ضمان الغارّ الثابت في قاعده الغرور قاصر عن افاده حكم المقام، بعد عدم ثبوت تغرير في محلّ البحث، فالعمده ملاحظه

قوله (صلى الله عليه وآله) على اليد ما أخذت حتى تؤدي (1) وأنه هل يشمل اليد الأمانيه أم لا؟ ربما يقال باختصاصه باليد المعنونه بعنوان العاديه، أو باليد غير المأذونه من قبل المالك، أو من قبل الله، و معلوم ان يد الأمين سواء كانت الأمانه مالكيه كالعين المستأجره عند المستأجر و المرهونه عند المرتهن و العاريه عند المستعير، أو كانت شرعيه كاللقطه عند الملتقط أيام التعريف، أو المال المجهول المالك، أو أموال الغيب و القصر عند الحاكم، أو المأذون من قبله، و مثل ذلك، ليست بيد عاديه و لا غير مأذونه؛ لان الفرض ثبوت الامانه و الاذن أما من طرف المالك و أما من الله تبارك و تعالى.

و الوجه فى الاختصاص أما دعوى انصراف القاعده فى نفسها عن اليد الأمانيه، بمعنى أنه لا يفهم منها عند الملاحظه إلا غيرها، و أمّا دعوى كون كلمه الأخذ المأخوذه فى دليل القاعده و مدركها ظاهره فى الأخذ غير المجاز و لا تشمل مطلق القبض، فإن النسبه بين الأخذ و بين القبض العموم المطلق، و أمّا دعوى ورود التخصيص عليها بعد شمولها فى نفسها لليد الأمانيه، و الدليل على التخصيص الروايات المتكثره الوارده فى عدم ضمان الأمين و لكن يبيد هذا الاحتمال إباء سياق القاعده عن التخصيص المتداول فى باب العمومات.

و كيف كان، فان قلنا بعدم شمول القاعده للمقام، فهو يكفى دليلاً على عدم الضمان، و إن قلنا بالشمول، فاللازم ملاحظه الروايات الوارده بعنوان

ص: ٢٨

١-١) سنن الترمذى ٣:٥٦٦، سنن البيهقى ٦:٩٥، سنن ابن ماجه ٢:٨٠٢ ح ٢٤٠.

منها ما فى الوسائل عن كتاب المقنع للصدوق قال: سئل الصادق عليه السلام عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: نعم و لا- يمين عليه (١)، و قد تبهنا مراراً على ان الإرسال بهذا النحو، اى: بنحو الإسناد إلى المعصوم من دون الروايه لا يوجب قدحاً فى سند الروايه؛ لأنه بمنزله التوثيق للوسائط، فالروايه لا مجال للإشكال فيها من جهه الإرسال.

و أمّا من جهه الدّلاله فظاهر السؤال يدل على مفروغيه عدم الضمان فى محلّ البحث، لان محطّ نظر السائل انه إذا كان المستودع غير ثقة و قد تحقّق التلف فى يده، و هو يدعى وقوعه من دون استناد اليه بل لأجل آفه مهلكه سماويه مثلاً هل يقبل قوله فى ذلك؟ و هو يدل على وضوح عدم الضمان مع العلم بعدم استناد التلف اليه كما لا يخفى.

و منها مرسله أبان بن عثمان المرويه فى الوسائل عمّن حدثه عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث قال: و سألته عن الذى يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أ على صاحبه ضمان؟ فقال عليه السلام:- ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل أميناً (٢). و مقتضى تعليق الحكم بعدم الغرامه فى الجواب على كون الرجل أميناً ثبوت الحكم فى جميع موارد ثبوت الامانه، و لو فى غير مورد السؤال، من دون فرق بين ان تكون الامانه مالكيه أو شرعيه.

و منها ما فى المستدرک عن أمير المؤمنين عليه السلام:- ليس على

١- (١) الوسائل ٢٢٨: ١٣ ب ٦ من كتاب الوديعه ح ٧٧.

٢- (٢) الوسائل ٢٢٨: ١٣ ب ٤ من كتاب الوديعه ح ٥٥.

المؤمن ضمان (١)، و هو نص في عدم ثبوت الضمان على المؤمن، و لكن شموله للأمين من قبل الله دون المالك، غير ظاهر.

و منها ما في الوسائل أيضاً عن قرب الاسناد عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة عن ابي عبد الله (عليه السلام)، قال ليس لك ان تأتمن من خانك و لا تتهم من اتمنت (٢).

و الظاهر ان المراد من التطول الذي تدل عليه روايه الحلي هو التطول في مقام العمل، مع جواز التغريم الذي هو متفرع على ثبوت الضمان، و عليه فلا ينافي التضمن من ناحيه أمير المؤمنين (عليه السلام) مطلقاً، و يؤيده بل يدل عليه مرسله الصدوق، ان أبا عبد الله (عليه السلام) قال كان ابي (عليه السلام) يضمن الصائغ و القصار ما أفسدا و كان على بن الحسين (عليه السلام) يتفضل عليهم (٣). مع ان موردها صورته الإفساد و الإلتلاف التي يكون الحكم فيها الضمان بمقتضى القاعده و النصوص الكثيره الواردة في صورته الإفساد، فالتفضل و التطول لا- ينافي الضمان، و لكنه حيث يكون في المقام روايه أخرى ظاهره في عدم الضمان، و هي روايه معاويه بن عمّار عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن الصباغ و القصار، قال، ليس يضمنان (٤). و دلالتة على حكم صورته التلف ظاهره و روايتان ظاهرتان في التفصيل في مثل القصار في الضمان و عدمه بين صورتى الأمن و الاتهام أولاهما: روايه

ص: ٣٠

١- ١) المستدرک ٥٠٦: ٢ كتاب الوديعه.

٢- ٢) الوسائل ٢٢٩: ١٣ ب ع من كتاب الوديعه ح ٩.

٣- ٣) الوسائل، أبواب أحكام الإجاره، الباب التاسع و العشرون، الحديث ٢٠.

٤- ٤) الوسائل، أبواب أحكام الإجاره، الباب التاسع و العشرون، الحديث ١٤.

أبى بصير المشتمله على قول أبى عبد الله (عليه السلام): انه لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا ان يكونوا متهمين (١).
و ثانيتهما: روايه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت الى الفقيه (عليه السلام) فى رجل دفع ثوباً الى القصار ليقصره، فدفعه
القصار الى قصار غيره ليقصره، فضع الثوب، هل يجب على القصار ان يرده إذا دفعه الى غيره و إن كان القصار مأموناً؟ فوقع
(عليه السلام) هو ضامن له الا ان يكون ثقه مأموناً إن شاء الله (٢).

يكون مقتضى الجمع بين الروايات المتعارضة فى المقام هو التصرف فى المطلقات منها و حملها على الروايه المفصله التى يكون
مقتضاها ثبوت الضمان مع التهمه و عدم كونه مأموناً، و عدمه مع كونه كذلك، و عليه تتحقق المخالفه للروايات المتقدمه
الظاهره فى عدم ضمان الأمين مطلقاً، فاللازم ان يقال ان الروايات الداله على الضمان فى المقام خارجه عن محلّ البحث، لان
موردها صورته الشك فى تحقق التلف فى يد الصائغ و القصار و مثلهما، و الدليل عليه مضافاً الى التعليل بكون تضمين أمير
المؤمنين (عليه السلام) أنما هو لأجل الاحتياط على أمتعه الناس ذيل روايه السكونى الدال على أنه لم يكن يضمن من الحرق و
الغرق و الشىء الغالب (٣)؛ فان مقتضاه انه مع العلم بثبوت التلف و استناده إلى أمر آخر دون مثل الصائغ، لم يكن هناك
تضمين أصلاً فالتضمين الثابت فى الصدر أنما هو فى مورد الشك فى تحقق التلف أو الشك فى الاستناد الى العامل و احتمال
كونه هو المتلف، و منه يظهر

ص: ٣١

-
- ١- ١) الوسائل، أبواب أحكام الإجاره، الباب التاسع و العشرون، الحديث ١٢.
 - ٢- ٢) الوسائل ١٣: ٢٧٥ ب ٢٩ من كتاب الإجاره ح ١٨.
 - ٣- ٣) ص ٣٩.

ان مورد الروايه المفصله أيضاً أنّما هو خصوص صوره الشك، و يؤيده بل يدل عليه ان نفس هذا التفصيل لا يتلاءم إلا مع هذه الصوره؛ فإن الاتهام و عدمه لا يرتبطان إلا بما إذا كان هناك شك، و إلا فمع العلم بثبوت التلف و عدم الاستناد الى العامل لا يكون فرق بين المتهم و غيره، فالإنصاف ان الروايات الدالّه على عدم الضمان محكمه.

هذا ما ورد في باب الإجاره، و قد ورد في أبواب آخر بعض ما يدل على الضمان، مثل ما ورد في باب المضاربه بمال اليتيم، و إن العامل ضامن، و ما ورد في العاربه، مما يدلّ على ضمان عاربه الدرهم و الذهب و الفضة و ما ورد في الوصى مما يدل على ضمانه في الجملة، و ما ورد في باب اللقطه، و انه إذا تلفت فالواجد ضامن لها، و لكنّها على تقدير عدم إمكان حملها على ما لا ينافى الروايات المتقدمه، يكون مفادها ضمان الأمين في الجملة، لا بأس به؛ لأن قاعده عدم ضمان الأمين قابله للتخصيص، و لا مجال للالتزام بابائها عنه أصلاً.

ثمّ أنّه مع ما عرفت من وجود روايات متكثره وارده في المسأله، و إن الأمين لا يكون ضامناً إلا مع التعدى أو التفريط.

و منها غير ذلك من الروايات الوارده في الأبواب المتعدده من الوديعه و العاربه و اللقطه و غيرها، الداله على عدم ثبوت ضمان على الأمين، نعم هنا بعض الروايات الظاهره في الضمان مثل ما ورد في القصار و الصائغ كروايه يونس قال: سألت الرضا عليه السلام عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: لا يصلح إلا ان يضمنوا (١). و روايه الحلبي عن

ص: ٣٢

١- ١) الوسائل، أبواب أحكام الإجاره، الباب التاسع و العشرون، الحديث ٩.

ابى عبد الله (عليه السلام) قال كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يضمن القصار و الصائغ احتياطاً على الناس، و كان ابى يتطوّل عليه إذا كان مأموناً (١). و روايه السكونى عن ابى عبد الله (عليه السلام): قال كان أمير المؤمنين يضمن الصباغ و القصار و الصائغ احتياطاً على أمتعه الناس، و كان لا يضمن من الغرق و الحرق و الشىء الغالب (٢).

يشكل الاستدلال فى مقابل عموم قاعده ضمان اليد على تقديره بإجماع الفقهاء و إرسالهم المقام إرسال المسلمات؛ فإنه مع وجود روايات متكرّره داله على عدم الضمان، ثبوت حجّيه بعضها من جهه السّند ايضاً، لا- يبقى أصاله للإجماع، و لا مجال لدعوى كونه دليلاً مستقلاً فى مقابل الروايات، كما لا يخفى. نعم لو كانت الروايات بأجمعها قاصره من حيث السّند، لكان الإجماع كاشفاً عن الاعتبار و جابراً للضعف من جهه السّند.

و كيف كان فالعمده على تقدير شمول قاعده ضمان اليد هى الروايات الوارده فى عدم ضمان الأمين، هذا كله من جهه الدليل على القاعده، و أمّا من سائر الجهات، فيقع الكلام فى أمور:

الأمر الأوّل- ان الضمان المنفى هنا هو الضمان الثابت فى قاعده اليد،

و هو كون المال فى ذمّه ذى اليد و فى عهدته، الذى هو أمر اعتبارى عند العقلاء و الشرع، و إن كان بينهما اختلاف فى بعض الموارد، و هو اى ثبوت المال فى العهده، و بتعبير الروايه «على اليد» يستمرّ الى ان يتحقق أداء نفس المال مع وجوده و إمكان أدائه أو أداء مثله أو قيمته عند تلفه أو ما بحكمه،

ص: ٣٣

١- ١) الوسائل، أبواب أحكام الإجاره، الباب التاسع و العشرون، الحديث ٤.

٢- ٢) الوسائل، أبواب أحكام الإجاره، الباب التاسع و العشرون، الحديث ٦.

فمرجع الضمان المنفى هنا الى عدم ثبوت المال التالف على عهده الأمين و فى ذمته، فلا يجب عليه أداء مثله أو قيمته و قد عبّر فى مرسله أبان المتقدمه بأنه ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل أميناً.

الأمر الثانى- ان المراد من الأمين هو مقابل الخائن

الذى إذا وقع مال الغير تحت يده و فى اختياره لا- يأبى عن الخيانه فيه الموجه لثلفه أو لحصول منقصه فيه، و هل المراد من الأمين من كان غير خائن فى نفسه و بحسب وصفه الواقعى، كما اشتهر توصيف النبى (صلى الله عليه و آله) به قبل البعثه إذ يخاطبونه (صلى الله عليه و آله) بأنه أمين، أو ان المراد منه فى المقام هو المؤمن الذى ائتمنه صاحب المال على الى ماله الذى أوقعه تحت يده؟ و على التقدير الثانى هل المراد بالمؤمن من كان مورداً لوثوق صاحب المال و اطمئنانه بأنه يكون محفوظاً عنده بجميع أجزائه و أوصافه و لا- يتحقق منه الخيانه بالنسبه إليه أصلاً، أو ان المراد بالمؤمن من كان طبع جعل المال فى اختياره مقتضياً لعدم خيانتة، مثل ما إذا كان بصوره الوديعه التى غرضها حفظ المال، أو العاريه التى يكون غرضها الانتفاع مع بقاء المال بجميع شئونه، و إن لم يكن مورداً للوثوق بوجه أصلاً؟ لا- بد للوصول الى ما هو المراد من الأمين فى القاعده المبحوث عنها فى المقام، من ملاحظه عدم اختصاصها بالأمانه المالكيه و شمولها للأمانه الشرعيه التى يكون الاذن فيها من قبل الشارع، و من الواضح عدم تحقق الأمانه فى مقابل الخيانه بحسب الوصف الواقعى فى كثير من مواردھا، كما انه لا معنى لتحقيق الايمان فى جميعها بمعنى الوثوق بأنه لا يتحقق منه الخيانه و لا يصدر منه الخلاف.

كما أنه لا بد من ملاحظه روايه المقنع المتقدمه التي وقع فيها السؤال عن المودع إذا كان غير ثقه، فإن ظاهره تحقق الإيداع من المالك مع عدم وثوقه بالمستودع، إلا ان يقال: ان المراد هو عدم الوثاقه في القول غير المنافي للأمانه في مقام العمل، أو يقال بخروجه عن الوثاقه بعد الإيداع و إن كان متصفاً بها حينه، و لكن الاحتمالين الأخيرين بعيدان، و الظاهر هو الأول.

ثم انه لا بد من ملاحظه أمر ثالث، و هو ان استثناء صورته التعدي و التفريط من ضمان الأمين هل يكون بنحو الاستثناء المتصل كما هو ظاهر عنوان القاعده، أو بنحو الاستثناء المنقطع، الذي مرجعه الى زوال وصف الأمانه في إحدى الصورتين، و المراد بالتعدي هو ان يفعل فعلاً يضرّ بالمال الذي يكون تحت يده، كما إذا كان المال حيواناً فجعل غذائه مما لا يناسبه، كما ان المراد بالتفريط هو ترك فعل موجب لتلفه كما إذا ترك تغذيته بالمرّه في مثال الحيوان.

ربما يقال بالثاني كما اختاره المحقق البجنوردی في قواعد الفقهيہ (١)، حيث ذكر ان عدم التعدي و التفريط مأخوذان في حقيقه الأمين، و الاستثناء في القاعده مستدرک، لأنه إذا صدر عنه التعدي أو التفريط فهو خائن و ليس بأمين، فهما ضدان.

و لكن ما افاده مضافاً الى ما عرفت من كونه خلاف ظاهر عنوان القاعده فرع كون المراد من الأمين هو الأمين بحسب وصفه الواقعي في مقابل الخائن كذلك، و هو أول الكلام، بل محلّ منع بعد ما عرفت من عدم

ص: ٣٥

ثبوته في كثير من موارد الأمانة الشرعيه بل المالكيه على ما مرّ من ظهور السؤال في الروايه في ذلك.

و بما ذكرنا ينقدح ان المراد من الأمين في المقام هو المؤمن، و إن المراد من المؤمن هو الذى يكون طبع جعل المال بيده مقتضياً لعدم خيانتة، و كأنه يكون مقيداً به من دون فرق بين ان يكون الاذن من المالك أو من الله، و لا يشترط ثبوت وصف الامانه له في نفسه، و لا- الوثوق بكون المال محفوظاً عنده، و عليه يكون استثناء صورته التعدى و التفريط بنحو الاستثناء غير المنقطع، نعم لا بد حينئذٍ من اقامه الدليل عليه، و سيأتى البحث فيه إن شاء الله تعالى.

و يدلُّ على ما ذكرنا روايه المقنع المتقدمه إذ وصف الامام (عليه السلام) الرجل بكونه أميناً مع عدم تعرض في السؤال لثبوت وصف الامانه له، و لا للوثوق لصاحب المال بعدم تحقق الخيانه منه أصلاً، فمعناه ان نفس جعل المال في يد المستبضع مقتض لذلك، و إن لم يكن هناك امانه واقعاً و لا وثوق أصلاً.

الأمر الثالث- في استثناء صورته التعدى أو التفريط من الحكم بعدم ضمان الأمين،

و لا يخفى عدم ورود هذين العنوانين في دليل شرعى حتى يجب التكلّم في مفادهما من حيث موضوعيتهما للحكم الشرعى، بل الوجه في ثبوت الضمان في موردتهما (مع ملاحظه ان المتفاهم العرفى من عنوان التعدى هو التجاوز اى التجاوز عن دائره الاذن و التعدى عما هو المأذون فيه و من عنوان التفريط هو التضييع، فالتعدى هو الإفراط و التجاوز، و التفريط هو التضييع هو كون التلف في موردتهما مستنداً الى من كان المال

فى ىده؁ فىتحقق عنوان الإتللف الذى هو سبب مستقل لىحقق الضمان؛ لقاعده الإتللف اللى هى قاعده مستقلة غير قاعده ضمان الىء؁ و الوجه فىه وضوح أنه لو غذى اللىوان بما لا ىناسبه كماً أو كىفاً فتللف؁ ىكون تلفه حىنئذ؁ مستنداً الى من فعل به ذلك؁ كما انه لو ترك تغذىته بالمره؁ ىستند التلف الى التارك؁ و علىه فالوجه فى ثبوت الضمان فى موردى التعدى و التفرىط هو صدق الإتللف حىنئذ؁ و لا شىبهه فى عدم شمول الرواىات الملقدمه الداله على عدم ضمان الأملن لصوره الإتللف؁ بل موردها صوره التلف عنده؛ فان مورد السؤال فى روايه المقنع الملقدمه صوره انعدام المال مع الشك فى كونه بنحو التلف أو الإتللف؁ مع دعوى من كان المال فى ىده الأول؁ و ظاهره انه مع العلم بىصول الإتللف و استناد التلف الىه لا ىبقى مجال لتوهم عدم ثبوت الضمان؁ كما ان مورد المرسله صوره الهلاك أو السرقه من دون ملىخلته المستبضع فى ذلك أصلاً؁ و أما قوله (علىه السلام) : لىس على المؤمن ضمان؁ فالمتفاهم العرفى منه هو عدم الضمان مع التلف؁ لا ما ىشمل صوره الإتللف أيضاً؁ فبعء قصور أدله عدم ضمان الأملن عن شمول صوره الإتللف ىكون مقتضى سببىه الإتللف للضمان ثبوته مع التعدى و التفرىط المولىبن لىحقق الإتللف. و على ما ذكرنا ىصىر استثناء صورتى التعدى و التفرىط من قىبل الاستثناء المنقطع؁ لا بالنحو الذى ذكر سابقاً؁ بل من جهة ان مورد القاعده صوره التلف؁ و الصورتان واردتان فى مورد الإتللف؁ فتدبر.

نعم قد ىتحقق عنوان التعدى مع عدم صدق الإتللف و تحقق

الاستناد، كما فى مورد صحيحه أبى ولاد (١) المعروفه الوارده فى مورد اكتراء البغل الى مكان معين، فتجاوز عما اذن له الى مكان آخر، الداله على ثبوت الضمان لو تلف البغل، و انه يضمن قيمه بغل يوم المخالفه.

و الوجه فى ثبوت الضمان فيه مضافاً الى إمكان دعوى صدق الإلتلاف فى مثل هذا المورد ايضاً فتدبرّ انه مع التعدى و التجاوز عمّا اذن له، يكون مقتضى قاعده اليد ثبوت الضمان فيه، سواء قلنا بان المراد من اليد فيها هى اليد العاديه، أو اليد غير المأذونه، أو مطلق اليد، و لا دلالة للروايات المتقدمه الوارده فى عدم ضمان الأمين على نفى الضمان فى هذه الصوره، لعدم شمولها لها بوجه، كما لا يخفى.

الأمر الرابع – قد مرّت الإشارة بل التصريح مراراً الى أنّ المراد من الأمانه فى هذه القاعده أعمّ من الأمانه المالكه و الأمانه الشرعيه،

و المراد بالأولى هو ما إذا كان وقوع المال بيده بإذن المالك أو من هو بحكمه كوكيله أو الولي و بالثانيه هو ما إذا كان الاذن المزبور من قبل الله تبارك و تعالى دون المالك، فمورد الأولى جميع المعاملات التى تصدر من المالك أو من بحكمه، بدون ان تكون متضمنه لنقل العين، سواء كان من جهه تمليك المنفعه كباب الإجاره، أو تمليك الانتفاع كالعاريه، أو كان الغرض مجرد كونه محفوظاً عنده كالوديعة، أو كان الغرض ان يعامل معه بحصه من الربح كالمضاربه، أو ان يزرع فيها بحصه من الحاصل كالمزارعه، أو ان يسقيها بحصه من الثمره كالمساقاه، أو ان يحملها من مكان الى مكان آخر كالحمال و المكارى ففى جميع هذه الموارد تكون الأمانه مالكيه.

ص: ٣٨

و مورد الثانيه جميع الموارد التي يكون الاذن فيها من طرق الشارع، كالمعاملات التي تقع على أموال الغيب و القَصِير، بدون ان يكون فيها نقل العين، كجميع ما ذكرنا في موارد الأمانه المالكيه، و كذلك في مثل اللقطه التي يكون الملتقط مأذوناً فيها من قبل الشارع، ما دام مشغولاً بالتعريف، فالامانه في القاعده تشمل كلتا الأمانتين.

الأمر الخامس – انه قد انتقض عموم هذه القاعده بموارد:

الأول المقبوض بالسوم،

فقد حكموا فيه بالضمان، مع ان وقوع المال تحت يد القابض أتما هو بإذن المالك أو من بحكمه كما هو المفروض في المقبوض بالسوم.

و ربّما يجاب تاره بأن هذه المسأله خلافيه، و قد ذهب جمع الى عدم الضمان معللاً بأنه أمانه مالكيه، و أخرى بأنه يمكن ان يقال بأنه ليس القبض فيه بعنوان الامانه بل، بعنوان ان يكون عند اختيار القابض للاشتراء، مضموناً عليه بالمسمى، و بعباره اخرى يكون قبضه و أخذه بعنوان المقدميه للشراء الذي يكون فيه الضمان بالمسمى فهو، خارج عن الأمانه المالكيه و الشرعيه بالتخصص لا بالتخصيص، فلا تنخرم به القاعده، لأنه خارج عن موضوع الأمانه.

أقول: لا خفاء في بطلان الجواب الثاني؛ لأن الأخذ بعنوان المقدميه للشراء، الذي يكون فيه الضمان بالمسمى، لا يوجب الخروج عن الأمانه المالكيه، بعد وضوح كون المال واقعاً تحت يده بإذن المالك، و كان الغرض منه انه على تقدير تعلق غرض القابض، و موافقه شرائه لمصلحته، ان يتحقق منه الشراء، فالمقدميه لا تقتضى إسراء حكم ذي المقدمه إليها،

خصوصاً بعد عدم ترتيبه عليها أحياناً، لعدم موافقته لغرض القابض و عدم تحقق الاشتراء عقبيه.

فالحق ان يقال: ان مبنى الحكم فى المقبوض بالسّوم ان كان هو القاعدة، فهى تقتضى عدم الضمان؛ لأنه أمانه مالكيه يجرى فيها ما يجرى فى سائر الموارد، و إن كان هو الدليل الخاص، فلا مانع منه على فرض تماميته؛ لصلاحيه أدله عدم ضمان الأمين لورود التخصيص عليها و عدم ابائها عنه.

التانى المقبوض بالعقد الفاسد،

فقد حكموا فيه بالضمان، و أجروه مجرى الغصب فى جميع الاحكام، ألما فى الإلثم فى خصوص صورته الجهل بالفساد، مع ان القابض مأذون من قبل المالك، من دون فرق بين قبض الثمن بالإضافه إلى البائع، و المثلن بالنسبه إلى المشتري.

و الجواب عنه، أولاً: ان مورد القاعدة فى الأمانه المالكيه ما إذا كان وقوع المال تحت يد الغير بإذن المالك مع حفظ كونه مالكا، و إن الغير المأذون مأذون عن المالك و من قبله فى ان يكون ماله تحت يده، فالمفروض كون الأذن مالكاً و المأذون غير مالك، و أما القبض فى المقبوض بالعقد الفاسد، فإنما يتحقق بتخيل كون القابض صار مالكاً بالعقد الواقع بينهما، ففى الحقيقه يكون تسليم المال من المثلن و الثمن، أنما هو باعتبار كونه مالكاً يستحق ملكه و ماله؛ ضروره ان تسليم المبيع إلى المشتري من البائع، أنما هو باعتقاد صيرورته مالكاً للمبيع بالبيع الواقع بينهما، فليس من قبيل اذن المالك للغير و وقوع المال تحت يده مقروناً به، فلا تتحقق الأمانه المالكيه، و هذا فى صورته الجهل بالفساد واضح، ضروره انه مع

الجهل و اعتقاد صحه المعامله لا يكون القبض و الإقباض الّا بتخيل تحقق الانتقال و حصول الملكيه للقباض، و إن المال ماله، فيينه و بين الأمانه المالكيه المفروضه فى القاعده بون بعيد، و أمّيا فى صوره العلم بالفساد و تحقق الإقباض معه فربما يقال: إن الإقباض من الغير اذن فى قبض مال المالك، مع حفظ مالكيته، فيكون ماله عند القبض أمانه مالكيه، و لكن يمكن ان يقال: إنه فى هذه الصوره أيضاً لا تتحقق الأمانه، المالكيه لأنّ الإقباض و لو مع العلم بالفساد إنّما يبتنى على عدم الاعتناء بالفساد، الذى حكم به الشارع، و بعباره اخرى يحكم نفس البائع مثلاً بصحه المعامله على خلاف الشارع، و يأذن فى القبض مبيئاً عليه، و إلا لا يتحقق الجمع بين العلم بالفساد و بين الإقباض معه، فتدبر.

و كيف كان فلا شبهه فى خروج صوره الجهل بالفساد و القبض معه عن الأمانه المالكيه المبحوث عنها فى القاعده.

و ثانياً: ان المفروض فى الأمانه المالكيه و كذا الشرعيه هو ان يكون وقوع المال تحت يد الغير مأذوناً فيه من دون ان يقع فى مقابله عوض، ففى الإجاره التى هى من موارد الأمانه المالكيه، و إن كان قد وقع فى مقابل المنفعه عوض، الّا انه لم يقع فى مقابل العين التى تكون فى يد المستأجر بإذن الموجر شىء، و أمّا فى المقبوض بالعقد الفاسد فيكون اذن المعطى مقيداً بالعوض و واقعاً فى مقابله، غايه الأمر انه حيث لم يمض الشارع العوض المسمّى؛ لفرض فساد المعامله؛ يكون عليه العوض الواقعى من المثل أو قيمه فى صوره التلف، فالمقبوض بالعقد الفاسد خارج عن الأمانتين.

الثالث المبيع التالف في يد البائع قبل قبضه و بعد تحقق المعامله الصحيحه،

فإنه مضمون على البائع، و إن كان بقاءه في يد البائع بإذن المشتري المالك له بمجرد وقوع العقد.

و الجواب، ان الدليل على الضمان فيه هي الأخبار الواردة الداله على ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه، و قد فهم منها المشهور باعتبار عدم كونه من قبيل الضمانات و تلف ملك الغير في يده، و إلا لو كان كذلك لكان مقتضاه الضمان الواقعي أى المثل أو قيمه انفساخ العقد آنأ ما قبل التلف، و رجوع كل واحد من العوضين الى ملك مالكة الأول، فالتلف وقع في ملك البائع، و عليه فلا يرتبط ذلك بالمقام بوجه.

و في هذه الاخبار احتمال آخر مذکور في محلّه، و لا بد من البحث في مفاد هذه الاخبار الذي هو قاعده فقهيه مستقله إن شاء الله تعالى.

الرابع المال الباقي في يد الغاصب بإذن المالك

فإنه حكم فيه بالضمان في البقاء ايضاً، مع أنه مأذون فيه من قبل المالك على ما هو المفروض.

و الجواب: انه ان كان البقاء مأذوناً فيه حقيقه من طرف المالك، بان كان الغاصب قد أراد تسليم العين المغصوبه إلى المالك و جعلها في اختياره، و مع ذلك لم يقبل المالك، بل جعلها امانه عنده، فالحكم بالضمان فيه ممنوع جداً؛ لانه لا مجال له أصلاً، و كون حدوث الوقوع تحت يد الغاصب بلا اذن لا يقتضى دوام الحكم و استمراره الى البقاء المغاير للحدث، في الاذن و عدمه.

و إن لم يكن البقاء مأذوناً فيه حقيقه، بل كان مجرد رضاء المالك بالبقاء، فهذا لا يقتضى تحقق الأمانه المالكيه و لا رفع الضمان بوجه أصلاً.

الخامس انهم حكموا بالضمان في اللقطة و مجهول المالك إذا تصدق به عن صاحبه،

ثم وجد المالك و لم يرض بالتصدق، مع ان أصل يده و كذا التصدق مأذون فيه قبل الشارع، فكيف يجتمع ذلك مع الحكم بالضمان.

و الجواب: وقوع الخلط في هذا المورد؛ فإنّ مورد القاعده على ما عرفت هي صورته التلف، و لا إشكال في انه مع تلف المال في يد الملتقط و كذا مال مجهول المالك، لا يتحقق، به الضمان بوجه؛ لأنه أمانه شرعيه.

و أما التصدق الذي هو بمنزله إتلاف مال الغير، فهو خارج عن مورد القاعده، و الوجه في الضمان فيه مع كونه مأذوناً فيه من قبل الشارع، هو كون الاذن به مقيداً بذلك بمعنى، ان الشارع لم يأذن بالتصدق مطلقاً بل به مقيداً بالضمان، مع وجدان المالك و عدم الرضا بالتصدق.

السادس المأكول في المخمصة

فقد حكم فيه بالضمان مع ان الأكل كان مأذوناً فيه من قبل الشارع.

و الجواب: ما تقدم في الأمر الخامس من عدم شمول القاعده لصورته الإتلاف بوجه، و الأكل من مصاديق الإتلاف، و ثبوت الضمان فيه مع كونه مأذوناً فيه من قبل الشارع أنّما هو لأجل كون الاذن مقيداً به كما في التصدق في الأمر الخامس.

فانقدح من جميع ما ذكرنا عدم انتقاض القاعده بمورد من هذه الموارد أصلاً، و إن الموارد المتقدمه التي تخيل النقض بها كلها غير مرتبطه بها، و قد عرفت ايضاً انه لا مانع من تخصيص القاعده لو كان هناك دليل على التخصيص؛ لعدم ابائها عنه أصلاً.

إشاره

و هي أيضاً من جمله القواعد الفقهيّه المشهوره، بل لا خلاف فيها، بل ممّا اتفق عليها الكلّ، بل ربما يقال: أنّها مسلمه بين جميع فرق المسلمين، بل ربّما يدعى أنّها من ضروريات الدين، و لكن يجب توجيهه بان المراد كونها من ضروريات الفقه لا من ضروريات الدين حتى يوجب إنكارها الارتداد و الخروج عن الإسلام، و قد تبّنهنا مراراً ثبوت الفرق بين ضرورى الفقه و بين ضرورى الدين، و إن إنكار الأوّل لا يوجب الارتداد بخلاف الثانى، و عباره القاعده بمثل هذا النحو: من أتلف مال الغير بدون اذن منه فهو له ضامن، و البحث فيها من جهات:

الجهه الاولى- فى مدرك القاعده،

و الظاهر عدم كونها وارده بهذه العبارة فى روايه، و إن اشتهر فى الألسن: من أتلف مال الغير فهو له ضامن، و لكن الظاهر انه لا يوجد فى كتب الحديث.

و استدلل عليها الشيخ في محكى المبسوط (١) و ابن إدريس (٢) في محكى السرائر بقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٣). نظراً الى ان إتلاف مال الغير بدون اذنه و رضاه اعتداء عليه، و تعبيره سبحانه و تعالى عن ضمان المثل و قيمه بالاعتداء أنما هو للمشاكله التي هي من المحصنات البديعيه، كقوله تعالى جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا (٤)، فالآيه تدل دلالة واضحة على ان من أتلف مال الغير بدون اذنه و رضاه فهو له ضامن.

و يمكن المناقشه في الاستدلال بالآيه تاره من جهه ان عنوان الإتلاف المأخوذ في القاعده أعم من الإتلاف الواقع عن عمد و اختيار، لأن الإتلاف في حال النوم مثلاً يوجب الضمان للقاعده، مع انه يمكن منع تحقق الاعتداء مع عدم التوجه و الالتفات فتدبر، و أخرى من جهه ان مفادها جواز الاعتداء بالمماثل بنحو الحكم التكليفي للغير، و أمّا الضمان الذي هو حكم وضعي على من صدر عنه الإتلاف كما هو مفاد القاعده فلا دلالة للآيه عليه.

و ربما يستدل عليها بقاعده ضمان اليد المستفاده مما رواه في المبسوط عن الحسين أو حسن عن سمره ان النبي (صلى الله عليه و آله) قال: على اليد ما أخذت

ص: ٤٤

١-١) المبسوط ٣:٦٠.

٢-٢) السرائر ٢:٤٨٠.

٣-٣) البقره: ١٩٤.

٤-٤) الشورى: ٤٠.

حتى تؤدّى (١)، و فى بعض النسخ: حتى تؤدّيه. و هذه الروايه مرويه عن طريق الخاصّه أيضاً، نظراً إلى انه إذا كان التلف موجّباً للضمان فالإتلاف بطريق اولى.

و لكن الظاهر بعد ملاحظه ان المراد باليد فى قاعده ضمان اليد هى اليد العاديه أو غير المأذونه، على ما مرّ فى قاعده عدم ضمان الأمين المتقدمه، و بعد ملاحظه ان المراد من عدم الاذن فى قاعده الإتلاف، عدم الاذن فى الإتلاف لا عدم الاذن فى كونه فى يد الغير ان النسبه بين الموردین عموم من وجه، لافتراق قاعده الإتلاف فيما إذا أتلّف مال الغير مع عدم كونه تحت يده بوجه كما إذا رماه بسهم مثلاً فأتلّفه، و فيما إذا أتلّف مال الغير مع كون يده عليه بإذن من المالك، كما فى صورتى التعدى و التفريط فى الأمانه المالكيه على ما مرّ، و افتراق قاعده ضمان اليد فيما إذا كانت العين فى يد الغير مع كونها عاديه أو غير مأذونه باقيه لم يتحقق تلفها لها بعد، فإنها تكون حينئذ مضمونه و على عهده ذى اليد، على ما هو مفاد القاعده، مع عدم شمول قاعده الإتلاف لها بوجه، و على ما ذكرنا لا مجال لاستفاده حكم المقام من قاعده ضمان اليد إلّا بالإضافه إلى خصوص مادّه الاجتماع، و هو لا يترتب عليه اثر بعد دلالة قاعده ضمان اليد.

و عن الشيخ فى المبسوط (٢) روى الأعمش عن أبى وائل عن عبد الله بن مسعود عن النبى (صلى الله عليه و آله) انه قال: حرمه مال المسلم كحرمه دمه و رواه الخاصه أيضاً و مقتضى عموم التشبيه ثبوت الضمان فى إتلاف المال

ص: ٤٧

١- ١) المبسوط ٥٦: ٣.

٢- ٢) المبسوط ٥٩: ٣.

كثبته في الدم.

و روى الشيخ أيضاً في المبسوط عن عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، من أخذ عصا أخيه فليردّها.

و في الاستدلال به مضافاً الى ما عرفت من عدم اختصاص مورد القاعده بما إذا كانت اليد على المال غير مأذونه، لشمولها لصوره الإذن، غاية الأمر عدم كون الإتلاف مأذوناً فيه ان غايه مفاده الحكم التكليفي و هو وجوب الردّ، و أمّا الضمان الذي هو حكم وضعي فلا.

و روى في المستدرك عن دعائم الإسلام روايات في هذا الباب:

منها ما عن ابي عبد الله (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام ان رسول الله (صلى الله عليه وآله) خطب يوم النحر بمنى في حجّه الوداع و هو على الناقه العضباء فقال: ايها الناس، انى خشيت ان لا ألقاكم بعد موقفي هذا، بعد عامى هذا، فاسمعوا ما أقول لكم فانفعوا به. ثم قال: ائى يوم أعظم حرمة؟ قالوا هذا اليوم يا رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: فأئى الشهور أعظم حرمة؟ قالوا: هذا الشهر يا رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: فأئى بلد أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد يا رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: فإن حرمة أموالكم عليكم و حرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا، فى شهركم هذا، فى بلدكم هذا، الى ان تلقوا ربكم فيسألكم عن أعمالكم، ألا هل بلغت؟ قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد، الحديث (١).

و منها ما عن ابي عبد الله (عليه السلام) ايضاً، انه قال فى حديث: فمن نال

ص: ٤٨

١-١) مستدرك الوسائل ١٤٥:٣ ب ١ من كتاب الغصب.

من رجل شيئاً من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلك و الانفصال من كل ما كان اليه، و إن كان قد مات فليتنصل من المال الى ورثته و ليتب الى الله مما اتى اليه حتى يطلع عليه عزّ و جلّ بالتّدم و التوبه و الانفصال، ثمّ قال: و لست أخذ بتأويل الوعيد في أموال الناس و لكنى أرى ان أوّدى إليهم ان كانت قائمه في يدي من اغتصبها و يتنصل إليهم منها، و إن فوّتها المغتصب اعطى العوض منها فان لم يعرف أهلها تصدق بها عنهم على الفقراء و المساكين، و تاب الى الله عزّ و جلّ مما فعل (١).

و منها ما عن أمير المؤمنين (عليه السلام) انه قضى فيمن قتل دابه عبثاً أو قطع شجراً أو أفسد زرعاً أو هدم بيتاً أو عوّر بئراً أو نهراً ان يغرم قيمه ما استهلك و أفسد، و ضرب جلدات نكالا، و إن أخطأ و لم يتعمد ذلك، فعليه الغرم، و لا حبس و لا أدب، و ما أصاب من بهيمه فعليه ما نقص من ثمنه (٢).

و دلالة هذه الروايات و إن كانت مخدوشه بالإضافه إلى أكثرها، إلّا ان ملاحظه المجموع مع الأدله المتقدمه و مع كون القاعده متّفقا عليها لا تبقى ريباً في ثبوتها، و لا شكاً في تحقّقها، و لأجله لا حاجه الى التطويل بذكر سائر المدارك، كما لا يخفى.

الجهه الثانيه – في بيان المراد من ألفاظ هذه القاعده،

فنقول:

أمّا الإتلاف المضاف الى المال فالظاهر أنّ المراد منه هو الافناء

ص: ٤٩

١- ١) مستدرک الوسائل ٣:١٤٥ ب ١ من كتاب الغصب و في طبع مؤسسه آل البيت ١٧:٨٧.

٢- ٢) مستدرک الوسائل ٣:١٤٧ ب ٩ من كتاب الغصب، و في الطبعة الجديده ١٧:٩٥.

و الإهلاك المتعلق بذات المال بأن أخرجه عن صفحه الوجود و أفناه بالمره بحيث لم يكن هناك شيء يشار إليه بأنه مال الغير، و أما إذا تعلق الافناء لا بذات المال و نفسه بل بمالتيه مع بقاء ذاته، كما لو غصب الثلج فى الصيف فإبقاء إلى الشتاء، فردّه فيه مع انه لا مالیه له فى الشتاء، اى لا يبذل بإزائه المال فيه، فالظاهر عدم شمول القاعده له، سواء كانت بهذه العبارة المعروفة أو بمثل ما فى بعض الروايات المتقدمه من ان حرمة مال المسلم كحرمة دمه، فان التعبير الثانى أيضاً لا يقتضى الضمان بعد بقاء المال بذاته، و إن عرض له الفناء و الهلاك بملاحظه مالتيه، إلا ان يستفاد حكمه من مثل قوله تعالى فَمَنْ إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ نظراً الى ان افناء المالىه اعتداء لا محاله.

و أمّا المال المضاف إليه الإلتلاف فالظاهر ان المراد به هو المال فى الآيه الشريفه و هى قوله تعالى وَ الْبُنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا (١). و هو عبارته عن كل شيء يكون مطلوباً و مرغوباً عند الناس؛ لأجل قضاء حوائجهم به، و دخيلاً فى معاشهم أو شيء يحصل مطلوبهم به.

فالأول كالمأكولات و المشروبات و الملابس و المساكن و المراكب و مثلها من دون فرق ما كان من قبيل الجواهر الموجوده لا- فى موضوع، أو من قبيل الأعراض التى تسمى فى الاصطلاح بالمنافع كركوب الدابه و سكنى الدار و التزين بالذهب و الأحجار الكريمه، أو ما يكون الاحتياج اليه نوعاً أو فى خصوص بعض الحالات كالأدويه التى يعالج بها المريض و كالألات المحتاج إليها فى دفن الأموات.

ص: ٥٠

و الثاني كالأوراق الماليه الموجوده فى هذه الأزمنه التى لها دخل فى تحصيل ما يرفع الحوائج بها؛ فإنها أيضاً مال، غاية الأمر ان ماليتها أمر اعتبارى يدور مداره، فما دام الاعتبار مستظهماً له يكون اتصافه بالماليه محفوظاً، و أما تعريف المال بأنه ما يبذل بإزائه المال، فهو و إن كان شاملاً لجميع ما ذكرنا، إلا انه لا خفاء فى كونه تعريفاً دورياً.

و أما الضمان المأخوذ فى القاعده، فحيث يكون المفروض فيها صورته الإتلاف، يكون مرجع ضمان المال المتلف الى كونه فى عهده يجب الخروج عنها بأداء المثل فى المثليات و القيمه فى القيميات، و لا مجال للضمان المعاوضى هنا بعد عدم وجود معاوضه فى البين، بل الضمان هو الضمان الحقيقى الذى هو عبارته عن ضمان المثل أو القيمه.

و قد عرفت أنّ الضمان فى القاعده مقيد بصوره عدم الاذن و مَرّ، ايضاً ان المراد هو عدم الاذن فى الإتلاف، من دون فرق بين ما إذا كانت يده على مال الغير على تقدير ثبوت اليد يداً عاديه أو غير مأذونه، و بين ما إذا كانت يداً مأذونه كالأمين فى صورته التعدى و التفريط على ما تقدّم.

الجهه الثالثه – ان الإتلاف قد يكون بالمباشره و قد يكون بالتسبيب.

اشاره

فالأول مثل ان يأكل مال الغير الذى يكون من المأكولات، أو ان يشرب ماله الذى يكون من المشروبات، أو يحرق أثوابه، أو يرمى حيوانه بسهم فيهلكه، و شبه ذلك مما يصدر عنه فناء مال الغير و هلاكه عن نفسه و إرادته من دون وساطه فاعل آخر.

و الثانى عبارته عن كل فعل صار سبباً لوقوع التلف، بحيث لو لم يكن لم يتحقق التلف، و لكنه لم يكن عله تامه و لا جزء أخيراً من العله التامه

و عليه فهو الذى لا يلزم من وجوده الوجود، و لكن يلزم من عدم العدم.

لا- خفاء فى ان القدر المتيقن من مورد القاعده الذى لا شبهه فى ثبوت الضمان فيه هو القسم الأول الذى يكون الإلتلاف فيه بالمباشره.

و أمّا القسم الثانى فقد ادعى فى الجواهر (١) نفى الخلاف فيه، بل ربما يقال أنه يمكن تحصيل الإجماع على كونه موجبا للضمان، و لكن لا بد من ملاحظه الأخبار بعد إمكان القول بكفايه التسبب فى صحه إسناد الإلتلاف أنه إذا فرض؛ مع عدمه لم يكن يتحقق التلف بوجه، و المفروض كونه فعلة من دون واسطه يتحقق، الإلتلاف الحقيقى المضاف الى من تحقق منه الإلتلاف بالتسبب فتدبر؛ فان ذلك لا يتم فى جميع موارد التسبب كما سيأتى.

أمّا الروايات فمنها:

صحيحه الحلبي عن ابى عبد الله عليه السلام سألته عن الشىء يوضع على الطريق فتمرّ به الدابّه فتتنفر بصاحبها فتعقره، فقال: كل شىء يضرب بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه (٢).

و منها صحيحه زراره عن ابى عبد الله عليه السلام قلت له: رجل حفر بئراً فى غير ملكه، فمرّ عليها رجل فوقع فيها فقال (عليه السلام): عليه الضمان؛ لان كل من حفر بئراً فى غير ملكه كان عليه الضمان (٣).

و منها موثقه سماعه قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحفر البئر

ص: ٥٢

١- ١) الجواهر ٤٦: ٣٧.

٢- ٢) الوسائل ١٨١: ١٩ ب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح ١.

٣- ٣) الوسائل ١٧٩: ١٩ ب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١.

فى داره أو ملكه (أرضه) فقال (عليه السلام): أما ما حفر فى ملكه فليس عليه ضمان و أما ما حفر فى الطريق أو فى غير ما يملكه فهو ضامن لما يسقط فيها (١).

و منها روايه السكونى عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) من اخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابه أو حفر شيئاً فى طريق المسلمين فأصاب فعطب فهو له ضامن (٢).

و منها غير ذلك من الروايات الكثيره الداله على ضمان المسبب بالكسر مثل المباشر للإتلاف، التى وردت جملة منها فى شاهدى الزور اللذين شهدا بالقتل، فقتل المشهود عليه بسبب هذه الشهاده، ثم رجعا عنها، و مفاده: انه ان قالا بالخطأ فعليهما الدية، و إن قالا بتعمد الكذب فعليهما القصاص (٣).

ثم ان مقتضى أكثر الروايات المتقدمه انحصار الحكم بالضمان بما إذا أضر بطريق المسلمين، أو حفر البئر فى غير ملكه، فلا ضمان فيما إذا حفر بئراً فى ملكه فوقع فيها أحد فهلك، و إن كانت السبب موجوده فى هذه الصورة؛ لأنه لو لم يحفر البئر لم يتحقق الوقوع، فلا- يتحقق الهلاك بوجه، كما ان مقتضى إطلاق الروايات عدم الفرق بين ما إذا قصد موجد السبب لترتب المسبب و وقوعه عقبيه، و بين ما إذا لم يقصد ذلك، بل و بين ما إذا كان بقصد عدم الوقوع و برجاء العدم.

و منه يظهر الفرق بين ما إذا كان المدرك فى هذه الجبهه هى الروايات،

ص: ٥٣

-
- ١-١) الوسائل ١٨٠:١٩ ب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١.
 - ٢-٢) الوسائل ١٨٢:١٩ ب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ١.
 - ٣-٣) الوسائل ٢٤٠:١٨ ب ١٢ من أبواب موجبات الضمان ح ١ و ٢.

و بين ما إذا كان هو الإجماع، فإنه على التقدير الثاني يكون القدر المتيقن من معقده هي صورته قصد موجد السبب لترتب المسبب و تحقّقه عقبيه، كما ان القدر المتيقن من معقده هو ما إذا كان مثل حفر البئر في غير ملكه، و قد عرفت مراراً انه لا أصاله للإجماع مع وجود نص معتبر في معقده، فالدليل هي الروايات.

و ظهر ايضاً عدم انطباقها على جميع موارد السبب؛ لاختصاص الحكم بالضمان فيها بما ذكر، هذا كلّه فيما إذا كان هناك السبب فقط.

في اجتماع السبب و المباشر

لو اجتمع السبب و المباشر، فهل الضمان على الأوّل أو على الثاني أو على كليهما بالاشتراك، وجوه و احتمالات.

قال المحقق في الشرائع (١): إذا اجتمع السبب و المباشر قدم المباشر في الضمان على ذى السبب، كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً، فدفّع غيره فيها إنساناً، فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع. و قد ادعى عدم الخلاف بل الإجماع عليه، بل ربما يقال: ان تقديم المباشر على السبب عندهم من المسلّمات.

أقول: الظاهر وضح تقديم المباشر في الضمان على ذى السبب في الفرع المذكور في كلام المحقق، لظهور استناد الإلتلاف فيه الى خصوص المباشر، و كون السبب من المعدّات التي لا-توجب الضمان مع صدور الإلتلاف من الفاعل المختار، و إلا كان صانع السيف ضامناً إذا قتل به

ص: ٥٤

كما انه ربما ينعكس الأمر و يكون الاستناد إلى ذى السبب واضحاً بحيث لا مجال للاستناد الى المباشر، كما فى شاهدهى الزور فى باب القتل، فان؛ القتل يستند إليهما غرماً لا الى الحاكم أو من يأتمر بأمره المباشر لصدور القتل كما لا يخفى، فاللازم فرض الكلام فى غير مثل هذين الموردين، فنقول: ذكر المحقق البجنوردى قدس سره فى قواعد الفقهيہ (١) فى هذه الجهه تفصيلاً خلاصته: انه إذا كان المباشر فاعلاً مختاراً عاقلاً و كان ملتفتاً الى ان عمله هذا يترتب عليه التلف، فلا شك فى اختصاصه بكونه ضامناً، و أمّا إذا لم يكن المباشر ذا اراده و شعور، فالضمان على ذى السبب، كمن أخرج ناراً فى غير ملكه فنشرتها الريح، فأصابت النار مال غيره فاحترق، فالضمان على ذى السبب؛ لانه المتلف حقيقه، و أمّا ان كان عاقلاً مختاراً فى فعله، و لكنه لا يعلم بان فعله هذا يترتب عليه التلف، فان لم يكن مغروراً و لا مكرهاً فالضمان على المباشر، لانه لا فرق فى جريان قاعده الإلتلاف بين صوره العلم بترتب التلف على فعله، و بين صوره عدم العلم، لائن الموضوع للحكم بالضمان هو مطلق الإلتلاف، و أمّا لو كان مغروراً كالممرّض الجاهل، فهو و إن كان ضامناً؛ لأجل قاعده الإلتلاف، لكنه يرجع الى الغاز؛ لقاعده الغرور، من دون فرق بين صوره علم الغاز و صوره جهله. و أمّا إذا كان مكرهاً، فليس عليه ضمان إذا كان الإكراه فى غير الدماء، فإذا أكره على الدفع فى البئر فمات، فان كان الدفع فى البئر من الأسباب العاديه للموت، فالدافع ضامن، لانه لا تقيه فى الدماء، و إذا أكره

على إتلاف مال الغير فالضمان على المكره بالكسر لا على المكره بالفتح لأن السبب هنا أقوى من المباشر، لأن المباشر وإن كان فاعلاً ولكنه ليس بمختار، ولذلك نقول بطلان معاملات المكره بالفتح والعرف والعقلاء ينسبون الفعل الى المكره بالكسر و يسندونه اليه، كما انه لو أمر المكره خدامه و غلمانه الذين يخافون من مخالفته بهدم دار شخص، لا ينسب هدم الدار عند العرف إلا الى ذلك المكره.

و هذا التفصيل و إن كان في غاية المتانه، إلا ان الوجه لعدم ثبوت الضمان في صورته الإكراه ليس ما افاده من عدم شمول قاعده الإتلاف، و عدم استناده الى المكره بالفتح ضروره ان شرب الخمر و لو كان عن إكراه لا يسند إلا الى الشارب المكره لا الى المكره، بحيث يترتب على إكراهه حدّ شرب الخمر، فالشارب هو المكره بالفتح لكن حديث رفع الإكراه بمقتضى حكومته على دليل الحرمة و على دليل ترتب الحدّ، يرفع كلا الأمرين، و في المقام ايضاً مقتضى قاعده الإتلاف ثبوت الضمان على المكره المتلف، لكن دليل رفع الإكراه يرفع الحكم الوضعي كما يرفع الحكم التكليفي، و مما ذكرنا يظهر ان بطلان معاملات المكره ليس لأجل عدم صدور المعامله منه، و عدم استناد المعامله إليه، بل لأجل اعتبار طيب النفس في المعامله، و هو لا يجتمع مع الإكراه بوجه، كما ان اسناد هدم الدار الى المكره في المثال ليس لأجل الإكراه، بل لأجل كون الخدام و الغلمان بمنزله الآلات، فتدبر. و لكن مقتضى ما ذكرنا في الإكراه، عدم ثبوت الضمان عليه ايضاً؛ لعدم استناد الإتلاف إليه، فالمكره بالفتح لا يكون ضامناً، لاقتضاء حديث رفع الإكراه لعدم ضمانه و المكره بالكسر-

لا- يكون ضامناً، لعدم استناد الإلتلاف إليه بل هو فعل اختياري صادر عن المكره، وإن كان صدوره لأجل الإكراه، ولا مجال لدعوى عدم تحقق الضمان في صورته الإكراه أصلاً بعد تحقق إلتلاف مال الغير و سببته للضمان، ولأجله يشكل الحكم في باب الإكراه.

ثم انه لا بدّ في توضيح هذا التفصيل من بيان ان مسأله شاهدهى الزور التى حكم فيها بضمانهما مع كون المباشر للقتل هو الحاكم أو من يأتمر بأمره من الفاعل المختار، تكون من مصاديق الغرور، فقرار الضمان فيها على الغارّ و هو الشاهدان كما لا يخفى.

ثم أنّ في هذه المسأله و هى مسأله اجتماع السبب و المباشر فروعاً كثيره المذكوره فى الكتب الفقهيّه، و قد وقع فى بعضها الاختلاف من جهه كون الضمان على السبب أو على المباشر و لا بأس بالتعرض لجمله منها:

فمنها انه قال فى الشرائع (1): لو ألقى صبيّاً فى مسبعه، أو حيواناً يضعف عن الفرار، ضمن لو قتله السبع، و ذكر الصبى بقربنه توصيف الحيوان بأنه يضعف عن الفرار، أنما هو لعدم قدرته على الفرار نوعاً لا لخصوصيه فيه غير هذه الجهه، ضروره انه لا فرق فى الحرّ بين الصغير و الكبير، و على ما ذكرنا فمناً الحكم بالضمان فى هذا الفرع هى قاعده الإلتلاف المبحوث عنها فى المقام، و نظر المحقق قده الى أنّ الإلتلاف، مع فرض ضعف الصبى و الحيوان عن الفرار و كون المباشر للقتل هو السبع الذى لا معنى لثبوت الضمان عليه يستند إلى الإنسان الملقى، فهو القاتل عن عمد و اختيار، و يترتب على عمله القصاص مع إلقاء الصبى، و ضمان القيمه مع إلقاء

ص: ٥٧

الحيوان، فمنشأ هذا الحكم هو اقوائيه السبب من المباشر، و ثبوت الضمان على السبب.

و منها ما ذكر في الشرائع (١) أيضاً من انه لو غضب شاه، فمات ولدها جوعاً، ففي الضمان تردّد، و كذا لو حبس مالك الماشيه عن حراستها، فاتفق تلفها، و كذا لو غضب دابه فتبعها الولد، و الفتاوى فيه مختلفه؛ فبعضهم يحكم بالضمان، و بعضهم يحكم بالعدم، و صاحب الشرائع يتردّد.

ربما يقال بعد انه لا دليل على ضمان التسيب بعنوانه:- انه لا بد من ملاحظه العناوين التي أخذت موضوعاً للحكم بالضمان في الروايات المتقدمه، و هي ثلاثه:

أحدها: عنوان (كل شيء يضرّ بطريق المسلمين) و هذا العنوان غير متحقق في شيء من هذه الموارد، ألّا ان يقال: إنه لا خصوصيه للطريق، بل المناط هو الإضرار بالمسلمين، و هو غير معلوم، خصوصاً مع الإضافه إلى المسلمين، و عدم اختصاص القاعده بهم.

ثانيها: عنوان (من حفر بئراً في الطريق أو في ملكك غيره) و هذا ايضاً غير متحقق في المقام، ألّا ان يقال: إنه لا خصوصيه لحفر البئر، بل المراد إيجاد ما هو سبب تلف مال الغير في العاده، مع وقوع التلف فعلاً و ترتبه على السبب.

ثالثها: ما جعل موضوعاً للضمان من الأمور الخمسه في خبر السكوني المتقدم، مثل إخراج الميزاب أو الكنيف، و يستظهر منه قاعده كلييه و هي: ان كل فعل صدر من فاعل عاقل مختار و كان سبباً في العاده لوقوع

ص: ٥٨

تلف في مال المسلمين أو في أنفسهم، و لم يتوسط بين ذلك الفعل و التلف فعل فاعل عاقل عن عمد و اختيار، بحيث يكون التلف مستنداً إليه عند العرف و العقلاء، فهو اى فاعل السبب ضامن، و هذا استظهار لا قياس، و عليه يكون الحكم في الموارد الثلاثة هو الضمان، إلا ان يناقش في سند هذه الرواية؛ لاشتراك السكوني بين من هو موثوق به، ان كان المراد به إسماعيل بن مهران، و غير موثوق، ان كان المراد به هو إسماعيل بن ابي زياد؛ فإنه عامي.

أقول: الظاهر أنه لا اختلاف بين العنوان الثالث المذكور في خبر السكوني و العنوان الأول؛ فإنّ الأمور الخمسه في خبر السكوني مقيده بالوقوع في طريق المسلمين؛ ضروره ان قوله: في طريق المسلمين بعد الأمر الخامس متعلق بجميع الأمور الخمسه، لا بخصوص الأمر الخامس، و عليه تتحد العنوانات، و قد اعترف بأنه لا مجال لنفي الخصوصيه عن الطريق، خصوصاً بعد ما أضفنا إليه من الإضافه إلى المسلمين، و عدم اختصاص القاعده بخصوصهم، فهذان العنوانان المتحدان لا ينطبقان على المقام بوجه.

و أما العنوان الثاني، فبعد عدم انطباقه بنفسه على المقام، لا بدّ في الحكم بالضمان من التوسل بدعوى انه لا خصوصيه لحفر البئر المذكور في دليله و لا- مجال لهذه الدعوى، امّا في صوره حفر البئر في الطريق، فلما عرفت من أنه لا- وجه لإلغاء خصوصيه الطريق، و أمّا في صوره حفر البئر في ملك الغير؛ فلانه لا وجه لإلغاء الخصوصيه منه فإنه؛ لو فرض أن أوثق دابته في ملك الغير فتحقق بسببه تلف مال أو نفس، هل يمكن

الالتزام بالضمان فيه؟ فالإنصاف ان في الضمان في المقام تردداً كما في الشرائع. ألا ان يقال بعدم اختصاص العناوين المأخوذة في الروايات موضوعاً للحكم بالضمان بالعناوين الثلاثة المذكورة في كلام القائل؛ فإنه حكم فيها بضمان مثل شاهدى الزور ايضاً، ويمكن ان يقال: إنه لا فرق بينهما وبين المقام؛ فكما ان شهادتهما صارت موجبه لقتل المشهود عليه، كذلك غضب الشاه مثلاً صار سبباً لموت ولدها، و عليه فيمكن استفاده الحكم بالضمان في المقام ممّا ورد في شاهدى الزور، فتدبر.

و منها ما قاله في الشرائع ايضاً من انه لو فكّ القيد عن الدّابة فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق؛ ضمن، لانه فعل يقصد به الإلتلاف، و كذا لو فتح قفصاً عن طائر فطار، مبادراً أو بعد مكث.

و لعلّ الوجه في الضمان فيه أولويته من الضمان في شاهدى الزور؛ فإنه قد تحقق فيه مباشرة القتل بفعل فاعل مختارٍ و لكن حكم فيه بضمان السبب، و في مثل المقام لم يتوسط بين فكّ القيد و فتح القفص فعل فاعل عاقل عن عمد و اختيار، بل كان الفاعل حيواناً، خصوصاً إذا كان وحشياً أو عبداً مجنوناً، فالضمان في المقام أولى.

و منها ما في الشرائع (1) ايضاً من انه لو فتح باباً على مال فسرق، أو أزال القيد عن عبد عاقل فأبق، و كذا لو دلّ السارق على مال فسرق، فلا ضمان في الجميع. و حكى في الجواهر (2) عن العلامة في الإرشاد القول بالضمان فيما لو دلّ السارق، و الظاهر انه لم يوافق فيه أحد.

ص: ٦٠

١-١) شرائع الإسلام ١٨٧:٣.

٢-٢) الجواهر ٦٧:٣٧.

و الوجه في عدم الضمان عدم استناد السرقة في المثالين، و كذا الإباق، ألا الى الفاعل العاقل المباشر عن عمد و اختيار، و لا يستندان الى الفاتح و الدالّ و مزيل القيد بوجه، فلا مجال للحكم بالضمان بالإضافة إليهم.

ثم انّ في الشرائع و كذا في الجواهر فروعاً كثيرة أخرى يظهر حكمها ممّا تقدّم، هذا كلّه فيما إذا كان السبب واحداً، و أمّا إذا كان السبب متعدداً فان كانا أو كانوا في عرض واحد من دون ترتب و طوليه، ففي موارد الحكم بضمان السبب يشتركان أو يشتركون في الضمان، فاذا حفر جماعه بئراً في طريق المسلمين، فوقع فيها دابه مثلاً، يشتركون في ضمانها، و إذا كان هناك ترتب و تقدم و تأخر، فمقتضى ثبوت الضمان على السبب ثبوته على أوّل السببين أو الأسباب لعين ما دلّ على ثبوته على أصل السبب، فلو حفر زيد بئراً في الطريق، و وضع عمرو حجراً على حافه تلك البئر، فشردت دابه بسبب ذلك الحجر و وقعت في البئر، فالضمان على الحافر دون واضع الحجر، كما لا يخفى.

و من القواعد الفقهيہ المعروفہ قاعده «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و المراد هو الجواز الوضعي، بمعنى النفوذ و المضى، كما سيأتى التكلم فيه إن شاء الله تعالى، و فى هذه القاعده جهات من البحث:

الجهه الاولى - فى مدرکها، و هو أمور:

الأول كونها من الأمارات الظنيه القويّه،

التي بنى على حجيتها العقلاء من الملل كافه، سيما القضاء و الحكام فى جميع الأقطار و الأمصار و الأعصار، و لم يردع عنها الشارع بل بنى على إقضائها، كما نشاهده فى باب الحدود و الديات و القصاص و القضاء و غيرها.

أما بناء العقلاء على الاعتماد على إقرار العاقل، فلانه بعد فرض كون المقرّ عاقلًا، و العاقل لا يصدر منه ما لا يجتمع مع العقل لا بد و إن يكون الوجه لإقراره أما بيان الواقع؛ لندمه على الخلاف الذى صدر عنه،

كالسرقة و القتل و الغصب و أمثاله، أو تخفيف العذاب الأخرى كالزنا و شبهه، و قد وقع في بعض الروايات الواردة في مورد الإقرار بالزنا التعبير به «طهرني» الدال على ان إقراره الموجب للحدّ أنّما هو لأجل حصول الطّهارة و النظافة من القذاره المعنويه المتحققه بسبب الزنا، فالداعى إلى الإقرار هو التخلص في الجملة من العذاب الأخرى. نعم ربما يمكن ان يتحقق الإقرار من دون ان يكون لبيان الواقع أو التحذر من شدّه العذاب، بل يكون كذباً مخالفاً للواقع صادراً بداعى إظهار الشخصيه أو الشجاعه مثلاً، و لكنه حيث يكون متصفاً بالشذوذ و قلّه الوجود، لا يمنع عن اعتماد العقلاء على الأقارير و لكن احتماله صار موجباً لكون الإقرار من الأمارات الظنيّه؛ إذ بدونه يكون الإقرار موجباً للعلم بصحّه ما أقرّ به و صدقه، فهو اى احتمال الكذب و إن صار مانعاً عن تحقق العلم، ألّا انه لم يصر مانعاً عن الاعتماد على الإقرار و نفوذه و جوازه، و لذلك ترى ان عمده ما يعتمدون عليه في المحاكم و فى باب المرافعات و فصل الخصومات و إجراء الاحكام و المقررات هو الإقرار الصادر من المتهم، و لم يناقش فى هذا الاعتماد واحد منهم أصلاً. و أمّا عدم ردع الشارع و إمضاؤه فهو يظهر كما عرفت بملاحظه الكتب المختلفه من كتب الحديث المؤلفه للخاصه و العامه، و لا شبهه فى الإمضاء بوجه.

الثانى الكتاب

كقوله تعالى أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَ أَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشّٰهِدِينَ (١). و قوله تعالى

ص: ٦٤

وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا (١). و قوله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ (٢).

و أجيب عنها، أمّا عن الآيه الأولى فبأنه لا ربط لها بما هو محلّ البحث في قاعده إقرار العقلاء، لان الله تعالى يخاطب الناس و يقول بعد أخذ العهد و الموائيق منهم على ان يؤمنوا و ينصروا رسله هل أقرتم و أخذتم على ذلكم إصرى اى ثقلى، و المراد بالثقل العهود و الموائيق التى أخذت منهم، اى قبلتم عهودى و موائيقى؟ قالوا: أقرنا، اى قبلنا تلك العهود و الموائيق، و المراد من الأمر بالشهادة تثبيت تلك العهود و الموائيق عليهم و إتمام الحججه، و لذلك يقول بعد ذلك: و أنا معكم من الشاهدين اى لا يمكن لكم ان تنكروا هذه العهود.

و أمّا عن الآيه الثانيه فبأنها أيضاً لا ربط لها بالمقام، سواء كان المراد ب «آخرون» هم الفاسقين المعترفين بذنوبهم التائبين عمّا فعلوا من خلط العمل الصالح بالعمل السيئ، أو المتخلفين عن غزوه تبوك، فندموا و تابوا.

أقول: لا تنبغى المناقشه فى اشعار الآيه بل دلالتها على ان الاعتراف بالذنب كاشف عن ثبوته و حاك عن تحقّقه، و لكن دلالتها على ان إقرار كل عاقل على نفسه جائز ممنوعه.

و أمّا عن الآيه الثالثه فبأن المراد من الشهاده الواجبه و لو كانت على النفس هى ما إذا كان نفس الشهاده و أداؤها موجبا لوقوع ضرر على النفس و المفروض فى القاعده كون المقر به ضرراً على المقرّ لا نفس

ص: ٦٥

١-١) سورة التوبه، آيه ١٠٢.

٢-٢) سورة النساء، آيه ١٣٥.

إقراره، فهذه الآية أيضاً لا مجال للاستدلال بها في محلّ البحث في المقام.

الثالث الزوايات،

و هي على قسمين:

الأول: ما يدلّ على القاعده بعنوانها الكلّي، و هو الحديث المشهور بين الفريقين الذي عبّر عنه صاحب (١) الجواهر قده بالنبوي المستفيض أو المتواتر و هو قوله (صلى الله عليه و آله) إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (٢)، و أيضاً قوله (صلى الله عليه و آله): قولوا الحق و لو على أنفسكم (٣) و أورده صاحب الجواهر في كتاب الإقرار.

و الظاهر عدم انطباق الحديث الثاني على المقام؛ لأن المراد وجوب إظهار الحق و عدم جواز كتمانها، و إن كان نفس هذا الإظهار و عدم الكتمان ضرراً على المقر فالروايه مثل قوله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَ لَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ (٤).

و أما الحديث الأول فهو ينطبق على القاعده، بل عنوانها مأخوذ فيه و سيأتي البحث في مفاده إن شاء الله تعالى.

الثاني: الأحاديث الكثيره التي ورد أكثرها في الموارد الخاصّه، كالإقرار بالولد و النسب، و كون النساء مصدّقات في أنفسهن، و لكن الظاهر أنّ ذكر المورد أنّما هو لأجل تطبيق القاعده عليه، لا لأجل خصوصيّة فيه، كما لا مجال للتأمل فيه لمن راجعها، و قد ورد في بعض الأحاديث مثل

ص: ٦٦

١-١) جواهر الكلام ٣: ٣٥.

٢-٢) الوسائل ١١١: ١٦ ب ٣ من كتاب الإقرار ح ٢.

٣-٣) البحار ١٧١: ٧٧ مع اختلاف يسير.

٤-٤) سورة النساء: الآية ١٧٢.

مرسل العطار (١) عن الصادق عليه السلام:- المؤمن أصدق على نفسه من سبعين مؤمن عليه (٢) و مرجعه الى ان الشهاده على النفس و إن كانت واحده، بل و إن كانت غير متصفه بالعداله، اكشف للواقع و اصدق من شهاده سبعين مؤمن، و إن كانت متصفه بالتعدد، بل و بالعداله ايضاً، و فى خبر (٣) جراح المدائنى عن الصادق عليه السلام:- لا أقبل شهاده الفاسق الا على نفسه (٤). فاذا قبلت شهاده الفاسق على نفسه، فشهاده العادل عليها بطريق اولى، و مرجع هذه الروايات الى ان مسأله الإقرار من شئون مسأله الشهاده غايه الأمر ان لها خصوصيه، و هى عدم اعتبار التعدد و العداله فيها بخلاف الشهاده على الغير.

الزابع عدم الخلاف من أحد من علماء الإسلام بل إجماعهم كفه على حجبه إقرار العقلاء على أنفسهم

و نفوذه و مضيتته فى الجمله.

و لكن بملاحظه ما ذكرنا مراراً يظهر انه لا أصاله للإجماع فى مثل المقام ممّا يوجد فيه نصّ معتبر، أّ ان يكون الإجماع جابراً لضعف الزوايه على تقديره.

و قد انقذح مما ذكرنا ان عمدته الدليل على نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم هو بناء العقلاء، و يكون مثل الحديث النبوى دليلاً على الإمضاء، فالحديث يمضى ما عليه بناء العقلاء، و عليه لا يكون دليلاً مستقلاً فى

ص: ٦٧

- ١-١) الوسائل ١١٠:١٦ ب ٣ من كتاب الإقرار ح ١.
- ٢-٢) الوسائل كتاب الإقرار، الباب الثالث، حديث.
- ٣-٣) الوسائل ١١٢:١٦ باب ٦ من كتاب الإقرار ح ١.
- ٤-٤) الوسائل كتاب الإقرار، الباب السادس، حديث.

مقابله، و لكن حيث يكون بناء العقلاء من الأدله اللبیه و دليل الإمضاء دليلاً لفظياً، لا بد من المشى على طبق دليل الإمضاء، و البحث فى مفاده من جهة العبارات الواقعه و الكلمات المستعمله فيه.

الجهه الثانيه- فى مفاد القاعده،

و قد عرفت انه لا بد فى هذه الجهه من البحث فى مفاد الحديث الذى هو دليل لفظى يتضمن الإمضاء لما عليه بناء العقلاء، فنقول:

أما الإقرار فمعناه لغه و عرفاً هو الإثبات و جعل الشىء ذا قرار و ثبات، و معنى أقرّه على شغله هو جعله ثابتاً على ذلك الشغل، و معناه فى المقام الذى هو بحث فقهى هو إثبات المقرّ به و جعله ثابتاً.

و إضافه الإقرار إلى العقلاء لأجل خصوصيه لهم فى هذا الحكم و عدم شموله لغيرهم ممن لا عقل له.

و المتفاهم من كلمه «على أنفسهم» كونه على ضررهم؛ فان كلمه «على» فى مثل المقام بمعنى الضرر فى مقابل «اللام» الذى بمعنى النفع مثل قوله تعالى لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت (١).

و المراد بالجواز كما أشرنا إليه فى أول بحث القاعده هو النفوذ و المضى لا الجواز مقابل الحرام لان الجواز التكليفى لا يختص بالإقرار على النفس بل يشمل الإقرار للنفس كما انه لا يختص بخصوص العقلاء مع انه قد لا يكون الإقرار على النفس من العاقل بجائز شرعاً كما إذا علم بكذب إقراره فإنه حينئذ حرام من جهة الكذب و ربما ينطبق عليه عنوان محرم آخر كقذف المحصنه فيما إذا أقر بالزنا بالمحصنه الفلانيه مع ان الظاهر

ص: ٦٨

كما عرفت كون الحديث إمضاء لما عليه العقلاء و مرّ أيضاً أن العقلاء يجعلون الإقرار من الأمارات الظنيه القويه و يعتمدون عليها فالمراد من الجواز هي الحجيه التي عليها بناء العقلاء. و أما الظرف فهل هو متعلق بالإقرار كما هو ظاهر عباره القاعده و مرجعه الى تقييد موضوع الحكم بالمضى بما إذا كان الإقرار على النفس و بضرره كتقييده بما إذا كان صادراً من العقلاء على ما تقتضيه اضافته للإقرار إليهم أو يكون متعلقاً بالجواز و المضى و يكون الموضوع مطلق الإقرار و مرجعه الى كون الحكم و هو الجواز مقيداً بكونه على النفس و بضرر المقرّ؟ و على التقدير الأوّل فهل يكون الحكم بالجواز مطلقاً و غير مقيّد أو يكون هو أيضاً كموضوعه مقيداً بما إذا كان على النفس ففي هذه الجهه ثلاثه احتمالات:

الأوّل ان يكون الظرف متعلقاً بالإقرار و موجباً لتقييد الموضوع من دون ان يكون الحكم مقيداً به أيضاً.

الثانى ان يكون الظرف متعلقاً بالحكم و موجباً لتقييده من دون ارتباط له بالموضوع و الثمره بين الاحتمالين تظهر فيما إذا كان الإقرار على ضرره و لكن كان له لازم يكون لنفعه كما لو أقرّ بولديه مولود أو زوجيه امرأه فإن الإقرار بالأبوه و كذا الزوجيه كما يكون على نفسه من جهه وجوب إعطاء النفقه كذلك يكون لنفسه من جهه الإرث منهما على تقدير موتهما.

ففى هذا الفرض ان كان الظرف متعلقاً بالإقرار و كان الحكم بالجواز مطلقاً يترتب على إقراره كلا الأمرين لثبوت قيد الموضوع و كون الحكم

مطلقاً فاللازم نفوذ إقراره في اللازم أيضاً كنفوذه فيما يرجع الى ضرره.

و إن كان الظرف متعلقاً بالجواز يكون مقتضاه النفوذ في خصوص ما يرجع الى ضرر نفسه و لا يشمل اللازم بوجه.

الثالث ان يكون الظرف متعلقاً بكلا الأمرين لا بمعنى تعلقه من الجبهه النحويه بأمرين بل بمعنى تقدير على أنفسهم بعد الحكم بالجواز أيضاً فكأنه قال إقرار العقلاء على أنفسهم جائز على أنفسهم و عدم التصريح به لعدم الحاجه إليه كقوله تعالى أَسْمِعْ بِهِمْ وَأَبْصِرْ حيث تكون كلمه «بهم» مقدره بعد قوله تعالى وَ أَبْصِرْ .

و مقتضى هذا الاحتمال انه إذا كان للإقرار مدلول التزامى لا يكون ضرراً على المقر لا تشمله القاعده.

و الظاهر بملاحظه فتاوى الفقهاء رضوان الله عليهم أجمعين بثبوت خصوص ما يرجع الى ضرر المقرّ و بملاحظه ظهور عباره القاعده في كون الظرف متعلقاً بالإقرار هو هذا الاحتمال الثالث الذى يرجع الى تقييد الموضوع و الحكم معاً بكونه على النفس.

و لكن فى المقام اشكال مهمّ أوردته النراقى قده فى عوائده مفصّلاً و خلاصته انه إذا كان الإقرار بأمر واحد لا يمكن تحقّقه إلا بين اثنين كالإقرار بالزوجه فى المثال المتقدم يشكل الحكم بنفوذ الإقرار فيه بل لا يمكن الحكم به لا فى حق المقرّ و لا فى حق الغير أمّا فى حق الغير فظاهر و أمّا فى حقّه فلعدم إمكان تحقّقه بدون الثبوت فى حق الغير و بعباره اخرى: أمّا يحكم بنفوذه فى حقّها فيلزم نفوذ الإقرار فى حق الغير و هو باطل شرعاً أو بنفوذه فى حقّه خاصّه دون حق الأخر و هو باطل عقلاً

لاستلزامه انفكاك ما يمتنع انفكاكه عن الشيء مع انه لو حكم بعدم النفوذ ايضاً لا يكون مخالفه فيه لعموم النبوى إذ الثابت منه نفوذ الإقرار فى حق النفس و هذا إقرار بشيء واحد فى حق النفس و الغير فلا يشمل الخبر بل ليس ذلك متبادراً من الإقرار على النفس.

و الجواب عن هذا الاشكال أنّ وروده يبتنى على ان يكون مقتضى الحديث الحكم بالثبوت الواقعى التكوينى فإنه مع فرض تقوم الشىء لشخصين و استحاله التفكيك بين أمرين لا- يبقى مجال للتفكيك بوجه و أمّا إذا كان المراد هو الثبوت التعبدى فلا إشكال فى التفكيك لان مرجعه الى الحكم بالثبوت فى مقدار دلّ دليل التعبد عليه فإنه فى مثل المثال إذا كان زيد شاكاً فى بقاء زوجيته المتيقنه فى السابق و الزوجه عالمه بزوال الزوجيه يكون مقتضى قاعده لا تنقض الجاريه فى حق الزوج لزوم ترتيب آثار الزوجيه من إعطاء النفقه و مثله و لا- تجب على الزوجه الموافقه مع العلم بزوالها و ليس ذلك إلّا لأجل كون الثبوت ثبوتاً تعبدياً لا مانع فيه من تحقق التفكيك بوجه كما انه لا مانع فى الثبوت التعبدى من التضاد أصلاً فإذا كان شخصان مشتركين فى ثوب واحد و كان الثوب مشكوك النجاسه فى زمان و لكن كانت حالته السابقه المتيقنه الطهاره بالإضافة إلى أحدهما و النجاسه بالإضافة إلى آخر يكون مقتضى الاستصحابين النجاسه و الطهاره معاً فى ثوب واحد و لا مانع منه بعد فرض كون الثبوت تعبدياً.

و بالجملة لا مجال للإشكال فى موارد الثبوت التعبدى بعد قصور دليل التعبد عن الشمول للمدلول الالتزامى فإنه يتحقق حينئذ الانفكاك من دون ان يكون هناك مانع.

ان قلت ان ما ذكرت أنما يتم في الأصول العمليه حيث ان مثبتاتها ليست بحجه و الحجية مقصوده على المدلول المطابقي و أما في باب الأمارات فقد اشتهرت حجته مثبتاتها و عدم انحصار الحجيه فيها بالمدلول المطابقي بل شمولها للمدلول الالتزامي أيضاً فإذا شهدت البينه مثلاً بان زيداً بلغ ثلاثين سنه فكما ان شهادتها حجه في هذا المدلول المطابقي فكذلك حجه في اللوازم العاديه و العقلية ايضاً و قد مرّ ان الإقرار عند العقلاء من الأمارات الظنيه القويه و قد أمضاها الشارع فاللازم ان يكون حجه بالإضافة إلى اللوازم ايضاً.

قلت الفرق بين الأصول و الأمارات بما ذكرت ليس مستنداً الى تعبد في هذه الجهه بحث كان مقتضاه التفكيك في الأصول دون الأمارات بل لأجل ان دليل الأصل لا يشمل المدلول الالتزامي بوجه دون دليل الاماره فاذا كان حياه زيد مشكوكه من حيث البقاء يكون مقتضى الاستصحاب الحكم بالبقاء و لكن لا يلزم ترتيب آثار البقاء التي لم تكن متيقنه في السابق بل كانت متيقنه العدم كنبات اللحيه الذي لم يكن له حاله سابقه فمعنى عدم حجيه مثبت الاستصحاب ان دليل لا تنقض لا يجرى إلّا في خصوص ما كان فيه يقين بالحدوث و شك في البقاء و لا معنى لجريانه فيما ليس فيه هذا العنوان و المفروض عدم انحصار دليل حجيه البينه بخصوص المدلول المطابقي فكلما قامت على البينه فهو ثابت سواء كان مدلولاً مطابقاً أو مدلولاً التزامياً و بعبارة اخرى يدخل الجميع في دائره الشهاده و المفروض اعتبارها.

لكن في المقام مع كون الإقرار من الأمارات عند العقلاء و الشارع

و لكن حيث يكون دليل الإمضاء مقيداً موضوعاً و حكماً بكونه على النفس لا يبقى مجال لتوسعه دائره الحكم بالثبوت بغير ما إذا كان على النفس بل لا بد من الاقتصار على هذه الجبهه و التحديد بذلك بالإقرار مع كونه اماره لكنه لا يترتب عليه إلا ما كان على النفس و لا مانع من التفكيك كما عرفت.

و نظيره قاعده التجاوز بناء على كونها اماره فإنه لو شك في إتيان صلاه الظهر في أثناء الاشتغال بصلاه العصر أو شك في أثناء الصلاه أنه توضاً أم لا؟ يكون مقتضى قاعده التجاوز البناء على الإتيان بصلاه الظهر في المثال الأول من جهه شرطيتها لصلاه العصر و لزوم الترتيب بين الصلاتين لا مطلقاً حتى لا يجب الإتيان بها بعد الفراغ عن صلاه العصر مع بقاء الوقت و كون الإتيان بها مشكوكاً، كما ان مقتضى قاعده التجاوز أنه توضاً من جهه شرطيه الطهاره للصلاه التي هو مشتغل بها لا انه توضاً مطلقاً حتى لا يجب عليه التوضى لصلاه اخرى مع اشتراطها بالوضوء و كونه مشكوكاً فالتعبد بوجود صلاه الظهر في الأول و بوجود الوضوء في الثانى لا- يكون تعيداً مطلقاً بل محدوداً بما تكون القاعده مقيده به و هو صدق عنوان التجاوز فالاماريه لا تلازم الحكم بالثبوت مطلقاً.

و لذلك ترى الفقهاء يفتون في المقام بأنه لو أقر بالزنا بالمرأه الفلانيه يترتب على إقراره حدّ الزنا من الجلد مع عدم الإحصان و الرّجم معه و لكنه لا يثبت على المرأه شىء من جهه هذا الإقرار أصلاً.

كما انه لو أقر ببنيه شخص له يترتب على إقراره وجوب الإنفاق على تقديره كما انه يرث منه بمقتضى إقراره و لكنه لا يرث منه و لا مانع من

و خلاصه الكلام ان الإقرار كما فى العوائد اّما ان يكون فى حق الغير محضاً كان يقول زيد سرق مال عمرو، أو فى حق نفسه كذلك كان يقول هذا ليس مالى أو علىّ درهم فى سبيل الله أو يكون فى حقه و حق الغير معاً و هو على قسمين لانه اّما ان يكون إقراراً بأمر واحد لا يمكن تحقّقه اّلا بين اثنين و بعبارة اخرى يكون اعترافاً بأمرين يمتنع انفكاك أحدهما عن الآخر كان يقرّ بمبايعه أو مصالحه أو مؤاجره أو زوجه أو تطلق أو يقرّ بإخوته لهند و أختيتها له أو بنوته لعمرو و أبوته له و نحو ذلك.

و الحكم فى الأولين واضح و كذا فى القسم الثالث ضروره انه ينفذ فى حق نفسه لا فى حق الآخر و الإشكال اّما هو فى القسم الرابع و قد عرفت توضيح الاشكال و كذا تفصيل الجواب و خلاصته الفرق بين الثبوت الواقعى و بين الثبوت التعبدى الذى هو مفاد قاعده الإقرار المستفاده من دليل الإمضاء.

و ينبغى التنبيه على أمور:

الأمر الأوّل – قد عرفت ان الإقرار لغه و عرفاً عبارة عن جعل الشىء ذا قرار و ثبات،

و إن الإقرار على النفس معناه تثبيت شىء عليها و بضررها، سواء كان مالاّ أو حقاً أو أمراً مستتبعاّ لثبوت حق أو مال على النفس، كماقراره بثبوت نسبه بينه و بين غيره، و سواء كان الحق حق الناس كالدين مثلاً أو حق الله كالإقرار بما يوجب الحدّ من الزنا و غيره.

و لا فرق فى تحقّق الإقرار على النفس بين ان يكون مدلولاً مطابقاً

للفظ كما إذا قال: انا مديون لزيد بمائه درهم مثلاً أو مدلولاً التزامياً كما إذا قال زيد مخاطباً إياه: أنت مديون لى بكذا، فقال فى جوابه: رددت عليك دينك، فان قوله: رددت. . و إن لم يكن مدلوله المطابقى الإقرار بثبوت الدين، ألا ان مدلوله الالتزامى يكون إقراراً عند العرف بثبوتة، و لذلك ترى الفقهاء يحكمون بلزوم إقامة البينه على الرد بعد إقراره بثبوت الدين، و لو قال فى جواب المدعى: مالك على دين، لم يلزم عليه إقامة البينه؛ لأنه كان منكراً، و وظيفته اليمين مع عدم إقامة المدعى البينه.

و بالجمله لا إشكال فى اعتناء العرف و العقلاء بالإقرار الذى يكون مدلولاً التزامياً. هذا كله إذا كان الإقرار باللفظ.

و أما إذا كان بغير اللفظ كالإشارة كما إذا سأله الحاكم هل أنت مديون لزيد؟ فصدقه بالإشارة، فلا إشكال فى كونه إقراراً فى الجملة و ينفذ على المقر، أما الإشكال فى انه هل بينه و بين الإقرار باللفظ فرق من جهة انه لا يعتبر فى اللفظ إلا مجرد الظهور الذى يكون حجه عند العقلاء فى باب الألفاظ، و يعتبر فى غيره الصراحة بحيث لا يحتمل الغير بوجه، و لا يجرى فيه احتمال آخر أصلاً؟ أو انه لا فرق بينهما أصلاً، بل يكون الملاك فى كليهما هو الظهور، فكما ان اللفظ الظاهر فى الإقرار يكون عند العرف مصداقاً لقوله (١) (صلى الله عليه و آله): إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، فكذلك الفعل الظاهر فى الإقرار كالإشارة فى المثال المذكور، غاية الأمر ثبوت الاختلاف بينهما فى الصغرى، بمعنى ثبوت الظهور للألفاظ نوعاً و عدم ثبوتة للفعل كذلك، لأنه يجرى فيه وجهان بل وجوه، أما مع ثبوت الظهور كما هو المفروض -

ص: ٧٥

فلا- فرق بينهما؟ الظاهر هو الثاني، و إن كان ظاهر المحقق البجنوردى فى قواعدہ (١)الفقيهى هو الأول، ثم ان ما ذكرنا فى الإشاره يجرى فى الكتابه من دون فرق.

الأمر الثانى - أنك عرفت ان الإقرار ظاهره الإثبات و جعل الشئ ذا قرار،

فاذا كان الإقرار على النفس بهذه الصوره، اى: بصوره الإثبات، فلا شبهه فى نفوذه و كونه مصداقاً للقاعده، و أمّا إذا كان بصوره النفى و الإنكار، كما إذا نفى الحق عن نفسه بعد إقرار الطرف بثبوت له، كما إذا قال البائع مثلاً- له: لك الخيار علىّ فى هذه المعامله الواقعه، فنفى ثبوت الخيار لنفسه، و أنكر ما أقره البائع على نفسه، أو نفى المال، كما إذا قال له ذو اليد: هذا المال الذى فى يدى لك، فنفى كون المال له و أنكر ما أقره ذو اليد على نفسه، أو نفى النسبه، كما إذا قال ورثه الميت له: أنت شريكنا فى الإرث: لأنك أخ لنا، فنفى الأخوّه و كونه وارثاً للميت، فهل يكون مصداقاً للقاعده، و يكون النفى و الإنكار الذى يرجع الى الإقرار على النفس نافذاً عليه و ممضى بضرره أم لا؟ و الثمره بين الوجهين تظهر فى الرجوع عن هذا الإنكار و تصديق المقر فيما أقربه بعده، فان كان هذا الإنكار إقراراً على النفس، فلا يسمع الإنكار بعد الإقرار و الرجوع عنه، كما سيأتى التكلم فيه ان شاء الله تعالى، و إن لم يكن إقراراً على النفس، فلا مانع من السماع بعد عدم كونه إنكاراً بعد إقراراً.

و الظاهر بملاحظه ما عرفت من لزوم الرجوع الى العرف فى

ص: ٧٦

تشخيص موضوع الإقرار المأخوذ في القاعده كون المقام ايضاً من مصاديق الإقرار، و إن كان بصورة النفي و الإنكار، و الظاهر ان هذا المقام أقرب من المدلول الالتزامى المتقدم الذى ذكرنا شمول القاعده له، و عليه فمقتضى عموم القاعده كون المقام ايضاً ممّا ينفذ فيه الإقرار على المقرّ.

نعم يبقى فى المقام انه فى مثل الأمثله المتقدمه يتحقق مصداقان للإقرار على النفس، إقرار من البائع مثلاً- بثبوت حق الخيار للمشتري عليه، و إقرار من المشتري كما هو المفروض بعدم ثبوت الخيار له على البائع، و كلاهما إقرار على النفس، فاللازم ان يقال بالتعارض و التسايط، كما هو مقتضى القاعده فى كل أمارتين متعارضتين، و عليه فلا يؤخذ أى واحد من المقرين بإقراره.

نعم لو رجع النافى عن إقراره الذى بصوره الإنكار، و صدّق المقر الأول، فإن كان المقرّ الأول باقياً على إقراره أُخِذَ بمقتضى إقرار الثانى الجديد، الذى لا يكون له معارض، و إن لم يكن باقياً على الإقرار يتحقق المدعى و المنكر، فيدخل فى باب القضاء كما لا يخفى.

الأمر الثالث- لا شبهه فى انه بعد تماميه الإقرار على النفس، لا يسمع الإنكار و تكذيب الإقرار،

و الوجه فيه انه لا دليل على اعتبار هذا الإنكار بعد قيام الدليل على اعتبار الإقرار المتقدم و نفوذه، و انه من الأمارات المعتمده عند العقلاء و الشارع، فعدم سماع الإنكار بعده أنّما هو لأجل عدم الدليل على السماع و الاعتبار، لعدم كونه من مصاديق القاعده، و عدم دليل آخر على الاعتبار.

نعم لا بد من ملاحظه ان ذلك أنّما هو فيما إذا تمّ الإقرار، و كان

الإنكار أمراً آخر غير مرتبط به بحسب الدلالة و الظهور؛ فإذا كان الإنكار بمنزلة القرينه المتصله أو المنفصله التي تكون أصله الظهور فيها حاكمه على أصله الظهور في طرف ذى القرينه، فهذا لا يكون إنكاراً بعد إقرار، فإذا قال لزيد: علىّ عشره إلّا درهماً، فليس هناك إلّا ظهور واحد، و هو الظهور فى الإقرار بتسعه، و ليس استثناء الدرهم بمنزله الإنكار بعد الإقرار بعشره، بل لم يتحقق الإقرار من أوّل الأمر إلّا بالإضافة إلى التسعه، و لم يتحقق للكلام ظهور إلّا بالنسبه إليها، فهكذا الأمثله الأخرى، فمحلّ البحث هو ما إذا كان لكل من الإقرار و الإنكار ظهور مستقل غير مرتبط بالآخر، غايه الأمر المضاده بينهما من جهه الواقع، ففى هذه الصوره لا- مجال لسماح الإنكار، بعد انه لم يقم دليل عليه، و أمّا إذا كان هناك ظهور واحد فى الإقرار على النفس، فلا إشكال فى لزوم الأخذ به كما فى المثال و شبهه.

نعم هنا شبهه و هى: انه لو فرض ان يكون للإنكار حكومه: على الإقرار و كان بمنزله الشرح و التفسير و التوضيح له، كما فى الدليل الحاكم بالإضافة إلى الدليل المحكوم، مثل قوله (عليه السلام): لا- شك لكثير الشك (1)، الذى هو ناظر إلى أدله الشكوك الداله على لزوم البناء على الأكثر، و الإتيان بصلاه الاحتياط و تقييد لها بغير كثير الشك، فهل يقبل هذا التفسير و هذه الحكومه مثلاً إذا قال: ان دارى هذه لزيد، ثم قال بكلام منفصل: أردت من الدار نصفها، فنصفها فقط لزيد، فهل يقبل منه هذا التفسير الذى هو بمنزله الإنكار لما أقرّ به من كون تمام الدار لزيد، على ما هو مقتضى ظاهر الإقرار أم لا يقبل؟

ص: ٧٨

١- ١) لم نعثر عليه فى كتب الحديث و يمكن كونه قاعده مأخوذه من سياق الروايات.

يمكن ان يقال بالقبول؛ لعدم الفرق بين المقام الحكومه و بين الدليلين، المقتضيه لتقدم الدليل الحاكم على الدليل المحكوم، لكونه ناظراً اليه و مسوقاً لتحديد مدلوله سعه و ضيقاً، فاللازم فى المقام ايضاً القبول بعد كون الإنكار بمنزله الشرح و التفسير للإقرار، نعم لو كان بينهما مضاده بالكلية لما كان مجال لقبول الإنكار، كما إذا أنكر فى المثال كون الدار لزيد و لو ببعض أجزائها، و أمّا مع عدم المضاده بهذه الكيفيه، فاللازم القبول.

و لكن التحقيق يقتضى عدم القبول؛ لأنّ مسأله التقنين التى تجرى فيها الحكومه و التخصيص و أمثالهما، تغاير المحاورات العاديه التى لا ربط لها بمقام وضع القانون، و الأقوى ان التخصيص الذى بلغ من الكثره إلى حدّ قيل: ما من عامّ إلّا و قد خصّ، لا- يجرى فى غير مسأله التقنين بوجه؛ لأنّ الموجه الكليّه تناقض السالبه الجزئيه، و كذا السالبه الكليه تناقض الموجه الجزئيه، كما فى المنطق فاذا، قال قائل: ما لقيت من القوم أحداً، ثمّ قال مع الفصل: لقيت من القوم زيدياً، فهذه مناقضه غير مقبوله عند العرف و العقلاء، و هذا بخلاف ما إذا قال فى مقام التقنين: أكرم القوم، ثمّ قال: لا تكرم من القوم زيدياً.

فهذا يدلّنا على بطلان مقياسه مثل المقام بمسأله الحكومه و التخصيص و أمثالهما، الجاريه فى نطاق وضع القانون و مقام التقنين، و عليه فلا يقبل الإنكار بعد الإقرار، و لو كان بصوره الشرح و التفسير و بعنوان الناظر كما عرفت.

الأمر الزابع - إقرار العقلاء على أنفسهم جائز

مقتضى إطلاق قوله (صلى الله عليه و آله): إقرار العقلاء على أنفسهم

جائز (١)، نفوذ الإقرار على النفس مطلقاً، من دون فرق بين ما إذا كان في قبال من يدعى ما أقرّ به، بين ما إذا لم يكن في البين مدّع أصلاً.

و يحتمل ثبوتاً الفرق و اختصاص القاعده بما إذا كان الإقرار في قبال المدعى، عليه فلو قال: ان هذه الدار التي في يدي و تحت استيلائي لزيد، و لم يكن زيد يدعى كون الدار له، بل يظهر الجهل و عدم العلم، فحيث لا يكون هذا الإقرار في قبال المدعى لا يكون بنافذ على ما هو المفروض من الاحتمال، فلو أنكر بعد ذلك و قال: هذه الدار لى، لا يكون من الإنكار بعد الإقرار، حتى لا يسمع، بل تكون يده أماره الملكيه، و يجوز له التصرف فيه بما شاء. و أمّا على الفرض الأول فيكون هذا الإنكار إنكاراً بعد إقرار، و لا مجال لسماعه كما مرّ، عليه تكون يده ساقطه عن الاعتبار، إلّا إذا ادّعت الملكيه الجديده، و كان حصولها ممكناً، فحينئذ يمكن ان يقال باعتبار يده بناءً على تقدم أماريه اليد الفعلية على استصحاب حال اليد السابقه التي هي يد امانيه بمقتضى إقراره النافذ، على ما هو المفروض، و أمّا بناء على تقدم الاستصحاب المزبور، فلا يترتب على يده الفعلية شيء، و لا تكون اماره بوجه، و يجرى مثله فيما إذا كان مستأجراً لدار (و المستأجر يده يد امانه) ثم ادعى انتقالها اليه بناقل شرعى، فهل يجرى حينئذ استصحاب يده الأمانيه، أو تكون يده أماره الملكيه؟ فيه وجهان، و لا يبعد دعوى تقدم الاستصحاب في مثل هذه الموارد، و التحقيق في محلّه.

الأمر الخامس – لزوم تسليم ما أقرّ به الى المدعى

لو قلنا باختصاص نفوذ الإقرار بما إذا كان في قبال

ص: ٨٠

من يدعى ما أقر به، فلا إشكال في لزوم تسليم ما أقر به الى المدعى و جواز التصرف له في ذلك، بلحاظ ان مقتضى ادعائه العلم بكونه له، و لا معارض له في هذا الادعاء، بل صاحب اليد يقرّ بكونه له أى للمدعى.

و أما لو لم نقل بالاختصاص، و قلنا بنفوذ الإقرار على النفس مطلقاً، فهل يجوز لزيد مثلاً الذى أقرّ صاحب اليد بكون ما فى يده له، و لا يكون هو مدعياً أصلاً، بل يظهر الجهل و عدم العلم كما فى المثال المتقدم فى الأمر الرابع التصرف فى ذلك الشىء بمقتضى الإقرار و قيام الدليل على نفوذه مطلقاً و لو لم يكن مدعياً، أم لا- يجوز له ذلك؟ يمكن ان يقال بعدم الجواز؛ لأن مقتضى القاعده نفوذ الإقرار فى خصوص ما يرتبط بضرر النفس و يكون عليها، و أمّا من الجبهه الراجعه إلى نفع الغير، فلم يدل دليل على النفوذ، ففى المثال يكون مقتضى القاعده نفوذ الإقرار بالإضافه الى عدم كون ما فى يده ملكاً للمقرّ و متعلقاً به، و أمّا كونه ملكاً لزيد، فلا اقتضاء للقاعده بالنسبه إليه، فلا يجوز لزيد الجاهل بكون ما فى يد المقر له التصرف فيه، بصرف الإقرار و بمجرد و بعبارة اخرى: الإقرار بكون ما فى يده لزيد لا يكون إقراراً على النفس إلا من جهه المدلول الالتزامى و هو عدم كونه له، و دليل نفوذ الإقرار من جهه هذا المدلول لا يشمل النفوذ من جهه المدلول المطابقى أيضاً، اللهم إلا ان يستند لجواز تصرف زيد فى المثال إلى قاعده (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) و لا بد من البحث فيها؛ ليظهر صحه الاستناد و عدمه.

ان قلت: انه مع عدم جواز التصرف لزيد فى المثال، كيف يتعامل

مع المال الذي انتزع من يد المقر بمقتضى إقراره.

قلت: يبقى امانه في يد الحاكم أو المأذون من قبله، حتى يظهر المالك، و مع عدمه يتعامل معه معامله مجهول المالك، كما في سائر الموارد.

الأمر السادس - قد مرّ ان معنى الإقرار لغة و عرفاً هو الاخبار بثبوت شيء و جعله ذا قرار و ثبات،

و الظاهر اعتبار الجزم في هذا الاخبار و لزوم كونه بتّاً، فلو أخبر بصوره الاحتمال و قال: أنّي احتمل ان يكون ما في يدي لزيد، لم يكن إقراراً أصلاً؛ لأن الاحتمال لا يجتمع مع الثبات و القرار المأخوذ في مفهوم الإقرار و معناه، بل و كذا لو أقر بثبوت شيء من العين أو الدين أو الحقّ أو أمر مستتبع لشيء من ذلك معلقاً على أمر؛ فإن الإقرار لا يجتمع مع التعليق، فان مرجع الإقرار إلى جعله ذا ثبات، و مرجع التعليق الى التزلزل و الابتداء على المعلق عليه، و هذان لا- يجتمعان، من دون فرق بين ما إذا كان المعلق عليه محتمل الوقوع و التحقق كقدوم زيد من السفر، و بين ان يكون محقق الوجود فيما سيأتي، كطلوع الشمس غداً، و إن كان التنافي في الصوره الأولى أظهر منه في الصوره الثانيه.

ثمّ انّ في مسأله الإقرار فروعاً كثيره، وقع الاختلاف في بعضها من جهه شمول القاعده و عدمه، كما أنّ فيها مسائل أخرى غير مرتبطه بالقاعده، بل بالألفاظ المستعمله في مقام الإقرار أو بجهات اخرى كلّها مذكوره في كتاب الإقرار، الذي هو من الكتب الفقهيّه المشتمله على أبحاث كثيره، و لا مجال للبحث عنها في هذا المقام الذي يكون محطّ البحث فيه نفس القاعده المستفاده من السنّه فقط، و من أحب تفصيل مسائل الإقرار فليراجع كتابه في الفقه.

و هي أيضاً من القواعد الفقهيه المشهوره المستفاده من قوله (صلى الله عليه و آله): و على اليد ما أخذت حتى تؤدى (١)، و قبل الخوض فى مباحثها لا بد من التنبيه على أمر، و هو الفرق بين هذه القاعده و بين قاعده اليد التي يراد بها أماريه اليد على الملكيه و شبهها، فنقول:

أمّا الفرق من جهه الحكم فواضح؛ ضروره أن المبحوث عنه هنا هو الضمان الذى هو حكم وضعى ثابت على تقديره بضرر صاحب اليد و عقوبه له، فهو حكم ضررى عليه، و المبحوث عنه هناك هي الأماريه التي نتیجتها ثبوت الملكيه لصاحب اليد، كالينيه التي تثبت الملكيه،

أو السوق التي هي أماره عليها، و قد تكون نتيجتها شيئاً آخر بنفع ذى اليد، كما إذا كانت امرأه تحت يده و استيلائه؛ فإنه يحكم بكونها زوجه له، و كما إذا كانت العين الموقوفه تحت يده؛ فإنه يحكم بكونه متولياً عليها مثلاً فاختلف القاعدتين من جهه الحكم واضح.

و أما من جهه الموضوع، فالموضوع هنا هي اليد، التي تكون معلومه من جهه كونها يد غير المالك و غير المأذون من قبله أو من قبل الشارع، فيعلم بكونها يد الغاصب مثلاً، و أما الموضوع هناك فهي اليد المشكوكه، التي لا يعلم كونها يد المالك أو يد غيره و غير المأذون من قبله أو من قبل الشارع، كما سيأتى البحث فيه ان شاء الله تعالى، فالاختلاف بين القاعدتين من جهه الموضوع ايضاً ثابت.

إذا عرفت ذلك، فالكلام فى القاعده يقع من جهات:

الجهه الاولى- فى مدرک القاعده:

فقول: مدرکها هو الحديث النبوى المعروف الذى رواه الفريقان و اشتهر بين علماء الإسلام نقلاً و استناداً، بحيث صار الاشتهار موجباً للوثوق بصدوره، ان لم يبلغ مرتبه القطع بالصّيدور، و بالجمله بلغ مرتبه لا- مجال معها للمناقشه فيه من حيث السند أو الحكم بضعفه، و هو قوله (صلى الله عليه و آله): و على اليد ما أخذت حتى تؤدى، أو تؤديه، رواه ابن ماجه (1) و الترمذى (2) و أبو داود (3) السجستاني عن قتاده عن الحسن البصرى عن

ص: ٨٤

١-١) سنن ابن ماجه ٢:٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

٢-٢) سنن الترمذى ٣:٥٦٦ ح ١٢٦٦.

٣-٣) سنن ابن داود ٣:٢٩٢ ح ٣٥٦١.

سمره بن جندب عنه (صلى الله عليه و آله) .

هذا وقد استشكل سيدنا العلامة الأستاذ الخميني (١) دام ظلّه العالی في كتابه في البيع في انجبار سند الزوايه بعمل قدماء الأصحاب، و قال ما ملخصه: «الظاهر من السيد علم الهدى و شيخ الطائفة و السيد ابن زهره هو إيراده روايه و احتجاجاً على العامه، لا استناداً اليه للحكم، قال السيد في الانتصار (٢) في مسأله ضمان الصنّاع: «و مما يمكن ان يعارضوا به؛ لأنّه موجود في رواياتهم و كتبهم، ما يروونه عن النبي (صلى الله عليه و آله) من قوله: (على اليد ما جنت حتى تؤدّيه) و ذكر الشيخ (قده) في غضب الخلاف المسأله (٢٠) بعد عنوانها و ذكر خلاف أبي حنيفه: دليلنا انه ثبت ان هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه، فمن ادّعى انه زال ملكه بعد التغيير، فعليه الدّلاله، و روى قتاده عن الحسن عن سمره ان النبي (صلى الله عليه و آله) قال: (على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه) ، و لو كان استناده الى قوله (صلى الله عليه و آله) لما كان وقع للاستدلال بعدم الدليل على زوال ملكه، فأيراد الروايه لمحض الاحتجاج على ابي حنيفه. و أورد في أول غضب المبسوط (٣) عدّه روايات من طرقهم، منها هذه الروايه، و الظاهر من نقل خصوص رواياتهم هو الاحتجاج عليهم لا الاستناد إليها. و في غضب الغنيه (٤): «و يحتج على المخالف بقوله (صلى الله عليه و آله) : على اليد ما قبضت حتى تؤدّى، و هو ظاهر في عدم الاعتماد

ص: ٨٥

١- ١) كتاب البيع ٢٤٧:١.

٢- ٢) الانتصار: ٢٢٦.

٣- ٣) المبسوط ٥٦:٣.

٤- ٤) الغنيه (الجوامع الفقهيّه) : ٥٣٧.

عليه، و لم يقع الاستدلال به في (نكت النهاية) للمحقق، بل الظاهر عدم وجوده في المقنع و الهدايه و المراسم و الوسيله و جواهر الفقه، و قد استشكل الأردبيلي في سنده.

نعم ان ابن إدريس تمسك به في السرائر في موارد، و نسبه جزمًا الى رسول الله (صلى الله عليه و آله) ، مع عدم عمله بالخبر الواحد، ثم شاع الاستدلال به منذ زمن المتأخرين عن العلماء، و كأنه اختلفت حالاته من عصر قدماء أصحابنا إلى عصرنا؛ ففي عصر السيد و الشيخ كان خبراً مروياً عنهم على سبيل الاحتجاج عليهم، ثم صار مورد التمسك في العصر المتأخر، ثم صار من المشهورات في عصر آخر، و من المشهورات المقبولات في هذه الأعصار، حتى يقال: لا ينبغي التكلم في سنده، فالبناء على الاعتماد عليه مشكل» .

ثم قال (دام ظلّه) ما ملخصه ايضاً: «و ترك العمل به مع جزم ابن إدريس بصدوره عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) مع طريقته في العمل بالاخبار، و إن أمكن ان يكون ذلك باجتهاد منه و قيام قرائن عنده، ربما لا تفيدنا علماً و لا عملاً، و اختلاف عبارات الحديث بحيث ربما يكشف عن تكوّره و تظافره، و اعتماد محققى أصحابنا عليه من بعد ابن إدريس إلى عصرنا، مع تورّعهم و التفاتهم الى ضعفه، و أنه لا بدّ من الجبر في مثله، و هو لا يمكن الاّ باعتماد قدماء الأصحاب عليه و لعلّه شهاده منهم على اتكال الأصحاب عليه مشكل آخر، و لعلّ من مجموع ذلك، من اشتهاره بين العامّة قديماً، و من إتقان متنه و فصاحته، ربما يحصل الوثوق بصدوره، و لعلّ بناء العقلاء على مثله مع تلك الشواهد لا يقصر عن العمل بخبر الثقة» .

ثم قال دام ظله بعد ذلك ما خلاصته أيضاً: «في النفس تردد؛ لان ابن إدريس، مع ما عرفت منه في كتاب الغصب من السرائر (١)، تمسك في المسألة بالأصل و عدم الدليل، ثم قال: و يحتج على المخالف بقوله (صلى الله عليه و آله): على اليد، و هذا يوجب حصول الاحتمال بأن سائر الموارد من قبيل الاحتجاج عليهم لا التمسك به و لم أر الى الآن فيما عندي من كتب العلّامة، تمسكه به لإثبات حكم، و إنما نقل عن ابن جنيد و ابن إدريس التمسك به، و حدوث الاشتهار بعده لا يفيد شيئاً» .

و يمكن الإيراد عليه بظهور عبارته السيد في الانتصار في انه في مقام الاحتجاج عليهم، بما هو مقبول عنده و عندهم، لا بما هو مورد لقبولهم فقط، حتى يكون من باب الجدل، و أظهر منها عبارته الشيخ في الخلاف إذ انه في مقام الاستدلال لما هو المختار عند الإماميه، و الجمع بين الاستدلال بالروايه و الاستدلال بالأصل، أنما هو كالجمع في مقام الاستدلال في كثير من المسائل الخلافية بين الفريقين بإجماع الفرقه و اخبارهم، مع انه مع وجود الروايه في المسألة، و احتمال استناد المجمعين إليها، لا يبقى للإجماع أصالة، بل الدليل هي الروايه الموجوده فيها، و لعلّ الوجه فيه عدم كون مرتبه الأصل في مقابل الاماره منقحه بالكيفيه المقرّره في هذه الأزمنه التي بلغت التحقيقات الأصوليه فيها كمالها بنحو ربما يوصف علم الأصول فيه بالتضخم و نحوه خصوصاً بالإضافة إلى الاماره الموافقه للأصل كما في هذا المقام.

و بالجمله حمل استدلال الشيخ في الخلاف في المسألة المذكوره على

ص: ٨٧

كونها فى مقام الاحتجاج عليهم دون الاستناد و الاستدلال، لا- مجال لان يصار اليه بوجه، أظهر من الجميع عبارته (الغنيه)؛ إذ تسند الروايه إلى النبي (صلى الله عليه و آله) و قوله، من دون ان تعبر بمثل روى أو يروونه، كما فى كلام السيد فى الانتصار؛ فان التعبير عنها بقوله (صلى الله عليه و آله) لا يكاد يجتمع مع عدم ثبوته و عدم حجتيه روايته، و قد ذكر سيدنا العلامة الأستاذ (دام ظله) فى مباحثه الفقهيّه مكرراً أن الإرسال إذا كان بنحو الإسناد إلى المعصوم دون الروايه يكون حجه قابلاً للاعتماد، و عبارته الغنيه من هذا القبيل.

و لعلّ جميع ما ذكر صار منشأً لجزم ابن إدريس، مع عدم قوله بحجيه خبر الواحد و لو بلغ فى الوثاقه و العداله المرتبه العليا، فإنّه من المستبعد غايه الاستبعاد ان يكون عنده قرائن خارجيه لم تكن عند السابقين، مع تقدم زمانهم، شده ارتباطهم بالأحاديث و اختلاطهم بفقهاء العامه و محدّثيهم و قرب عصرهم، ما ذكرنا مضافاً الى الشواهد المذكوره فى كلامه (دام ظله) و إلى الجواب عما أوجب التردّد له، بما ذكرنا عن عبارته الغنيه، يوجب الوثوق الكامل بصدور الروايه، بحيث لا- يبقى مجال للمناقشه فى اعتبارها و حجيتها، و أمّا عدم تعرض جمع من كتب القدماء و المتوسطين له، فلعلّه لأجل انه لا يكون مفاد الروايه مخالفاً للقاعده الثابته عند العقلاء؛ لان بناءهم ايضاً على ضمان يد الغاصب و الرجوع إليه لأخذ العين أو المثل أو القيمه كما لا يخفى، و لأجل عدم المخالفه، ربما لا يرى احتياج إلى إيرادها و التمسك بها، خصوصاً مع وجود الروايات الخاصه نوعاً فى بعض مواردّها، مثل صحيحه أبى ولّاد المعروفه الآتيه إن شاء الله تعالى فتدبر، فالإنصاف ان الروايه معتبره قابله للاستناد.

و أما مفادها و دلالتها التي هي عمده البحث في الحديث، فنقول:

لا خفاء في ان مفاد الحديث لا يكون هو الاخبار بحيث تكون الجملة خبريه حاكيه، و إن لم يذكر في شيء من كتب الأحاديث المشتمله على هذه الروايه، مورد و شأن نزول هذا القول، بخلاف حديث (لا ضرر) فقد كان مورده قصه سمره بن جندب المعروفه، في مورد النخلة التي كانت له، و لكنه مع ذلك لا مجال لاحتمال الاخبار في المقام؛ لانه مضافاً الى ان نفس النقل و الضبط في كتب الأحاديث قرينه على كون مفادها حكماً إلهياً وضعياً أو تكليفاً، و ليس مفادها الإخبار كسائر إخبارات النبي (صلى الله عليه و آله) المتعارفه لا وجه للحمل على الاخبار؛ لانه على هذا التقدير لا بد و إن يقال بكونه اخباراً عن أمر كلى؛ لظهور أنّ اللام في «اليد» لا تكون إشارة إلى العهد الذكري أو الذهني، بل هو للجنس، و مفاده الطبعه، و عليه فيصير المعنى بناء على الاخبار: ان ما وقع في اليد يبقى فيها حتى تؤدّيه الى صاحبه، و هذا المعنى مضافاً الى كونه توضيحاً للواضح، لوضوح ثبوت البقاء الى ان يتحقق الأداء يكون مخالفاً للواقع في بعض الموارد؛ لانه ربما لا يكون السبب لزوال البقاء هو الأداء، بل الإيقاع في البحر أو إحراقه أو أمثال ذلك، فهذا الاحتمال في غايه السقوط، إذا عرفت ذلك فنقول:

لا خفاء في ان كلمه (على اليد) خبر مقدم و مبتدؤه الموصول في قوله: (ما أخذت) و معناه: أنّ المال المأخوذ يكون على اليد و على عهدتها، و بما انه ليس في الحديث فعل أو شبه فعل يكون قابلاً لان يتعلّق به الظرف، فلا بدّ من تقديره، و المقدر ان كان من أفعال العموم، اي: الأفعال التي تنطبق على كل فعل و حدث صدر عن الفاعل، كاستقر أو ثبت

أو حصل، فالظرف ظرف مستقر، وإن كان من أفعال الخصوص، أى: الأفعال الخاصه التي لا ينطبق بعضها على بعض، للتقابل أو التخالف المتحقق بينهما، فالظرف ظرف لغو.

إذا عرفت ذلك، يقع الكلام فى ان الظرف فى الحديث الشريف بعد خلوه عن الفعل و شبهه هل يكون ظرفاً مستقراً متعلقاً بمقدر هو من أفعال العموم، أو ظرفاً لغوياً متعلقاً بمقدر هو من أفعال الخصوص؟ لا خفاء فى أنّ تقدير فعل من أفعال الخصوص مع فرض خصوصيته و عدم انطباقه على غيره لأجل التقابل أو التخالف، لا يكاد يصار اليه إلا مع ضروره مقتضيه لتقديره، و مع فرض عدم الضروره و استقامه الكلام بدونه لا مجال لتقديره، و هذا بخلاف تقدير فعل من أفعال العموم؛ فان تقديره مع فرض انطباقه على جميع الافعال و الإحداث و لزوم تعلق الظرف به، لا يحتاج إلى مئونه زائده، فعند دوران الأمر بين التقديرين، يكون الترجيح للتقدير الثانى، أى: تقدير فعل من أفعال العموم، لما عرفت.

و حينئذ نقول فى المقام: أنّ جعل الظرف متعلقاً بمثل (استقر) مع كون المبتدأ نفس المال الذى أخذته اليد فى كمال الاستقامه و الملاءمه؛ لان معناه ان المال المأخوذ ثابت و مستقر على اليد حتى تتحقق الغايه، و هى أداء المال المأخوذ و رده الى صاحبه.

و بالجملة لا يرى فرق بين المقام و بين ما إذا قيل: زيد على السطح، فكما انه لا مجال لدعوى الإجمال فيه بلحاظ احتمال كون المتعلق هو كائن أو مستقر أو أشباههما من أفعال العموم، و احتمال كون المتعلق هو قائم أو ضارب أو أشباههما من أفعال الخصوص؛ لتحقق ملاك الحمل فى القضيّه

الحملية، و هو الاتحاد و الهوهويه فى كلا الأمرين؛ لاتحاد زيد مع الكائن على السطح، كاتحاده مع القائم عليه أو الضارب عليه.

و الوجه فى بطلان دعوى الإجمال الرجوع الى العرف و العقلاء فى محاوراتهم؛ فإنهم لا يرون للقول المزبور إجمالاً أصلاً، و لا يتعاملون معه معاملة المجمع؛ نظراً الى الاحتمالين، كذلك لا مجال لدعوى الإجمال فى المقام؛ لعدم الفرق بينه و بين القول المزبور، ألا فيما لا يكون فارقاً بوجه، كما ستأتى الإشارة إليه.

و كما انه لا مجال للتشكيك فى كون المتعلق فى القول المزبور هو الفعل الذى هو من أفعال العموم؛ لانه المتفاهم عند العرف، فإن تقدير مثل القيام و الضرب يحتاج إلى مثونه زائده، و ليس كذلك تقدير شىء من أفعال العموم، كذلك لا ينبغى التشكيك فى المقام فى ان المتعلق المحذوف أيضاً شىء من أفعال العموم، لعدم الفرق بين المقامين إلما فى كون القول المزبور جملة خبريه حاكيه، و المقام بصدد افاده الحكم و فى مقام الإنشاء، و مرجعه الى كون الاستعلاء الذى هو مفاد كلمه «على» فى القول المزبور استعلاء خارجياً مشاهداً، و فى المقام استعلاء اعتبارياً مقبولاً عند العقلاء أيضاً؛ فإنهم يعبرون فى باب الدين بأنّ لزيد على عمرو كذا، و كذا و مرجعه الى ان الدين ثقل على العهد و مستعل عليه كاستعلاء زيد على السطح، على ما فى المثال، نعم الفرق بين المقام و بين مثال الدين انما هو فى كون الثابت على الذمه و المستقر على العهد فى باب الدين هو الأمر الكلى، و فى المقام يكون الثابت و المستقر هو نفس المال المأخوذ، الذى هو عين من الأعيان الخارجيه لا محاله، بلحاظ تعلق الأخذ بها، و هذا لا يكون موجباً للافتراق

من جهه ما هو المقصود فى المقام، من إثبات حكم وضعى بمقتضى حديث «على اليد» ؛ لما سيأتى من تصوير كون العين الخارجيه على العهد و ثبوتها على الذمه، و كيف كان لا ينبغى الإشكال فى ان الظرف فى المقام ظرف مستقر، و المحذوف هو فعل من أفعال العموم.

و أما جعل الظرف لغواً متعلقاً بمقدر من أفعال الخصوص مثل «يجب» ، فيدفعه مضافاً الى ما عرفت من ان تقدير فعل من أفعال الخصوص خلاف الأصل، و لا يصار اليه الا مع انحصار الطريق به، و هذا بخلاف تقدير فعل من أفعال العموم، و مضافاً الى انه لا معنى لتقدير مثل «يجب» فى المقام؛ لأنه لا معنى لتعلق الحكم التكليفى بذات المال المأخوذ، بل لا بد من تعلقه بفعل من أفعال المكلفين متعلق بالمال المأخوذ ان فاعل «يجب» فى المقام هل هو ردّ المال المأخوذ الى صاحبه، أو حفظه من الضياع و التلف حتى يتحقق الردّ و الأداء؟ فعلى الأوّل يصير معنى الروايه و مفاد الحديث انه يجب أداء مال الغير المأخوذ منه، و هذا الوجوب يستمر الى ان يتحقّق الأداء، و هذا ركيك للغايه؛ لأنه مثل قوله: تجب الصلاه حتى يصلّى.

و على الثانى يصير معنى الروايه انه يجب حفظ مال الغير المأخوذ منه حتى يتحقق الردّ و الأداء، و هذا المعنى الذى استظهره صاحب العوائد (1) و إن كان خالياً عن الركاكه، الا ان الظاهر كونه مخالفاً لما تكون الروايه فى مقام بيانه و إفادته؛ لانّ المتفاهم العرفى من الحديث كونه فى مقام بيان أمر أشدّ و اصعب من مجرّد وجوب الحفظ، و بعبارة اخرى: وجوب حفظ مال

ص: ٩٢

الغير بعد كون المفروض ان الأخذ منه وقع بالقهر و القوه و بدون إذنه و رضاه كأنه لا يحتاج الى البيان بمثل هذا التعبير، ضروره ان الأخذ الكذائي لا يستلزم جواز المعامله معه معامله مال نفسه، فالعباره انما هي في مقام بيان أمر كأنه عقوبه على الأخذ قهراً، و هو اشتغال الذمه، و كون المال على عهده، و ضمانه له بنحو الحكم الوضعي، خصوصاً مع ملاحظه وقوع مثل هذه العبارة في مقام افاده اشتغال الذمه، فيقال: لزيد على عهدي كذا و كذا.

و هذه الاستفادة ليست لأجل مجرد استعمال كلمه «على» الموضوعه للنسبه الاستعلايه بين الشيء و بين مدخول هذه الكلمه (ضروره أن استعمالها في الأحكام التكليفية في غايه الكثره، فيقال: يجب على زيد الصلاه و الصيام و الحج و أشباهها و قد ورد في آيه الحج قوله تعالى «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا»^(١) فأفادت الآيه الإلزام بذكر كلمه «على» خاليه عن ذكر الوجوب و نحوه)، بل لأجل كون المبتدأ هو المال المأخوذ، فملاحظه المبتدأ تقتضى استظهار كون المراد هو الثبوت الوضعي، و كون المال ثابتاً و مستقراً على العهده، حتى يتحقق أدائه، و هذا أمر اعتباري لا يكون مورداً للإنكار العقلاء ايضاً.

و قد انقذ من جميع ما ذكرنا ان الظرف في الحديث ظرف مستقر، و مرجعه الى استقرار و ثبوت نفس المال المأخوذ على عهده ذى اليد حتى يؤدّيه، و هذا مع انه لا يحتاج إلى إضمار ما هو خلاف الأصل كما عرفت معنى في غايه اللطافه و الاستقامه و الملاءمه، و لا محيص من حمل الروايه

ص: ٩٣

ثم انه من الواضح انه ليس المراد من اليد هي الجارحة المخصوصه؛ لأنه ربما لا يكون للغاصب تلك الجارحة المخصوصه، كما ان الشيء المأخوذ ربما لا يكون قابلاً لأن يؤخذ باليد كالدرا مثلاً فاللزام ان يقال بان المراد منه هو الاستيلاء و التسلط على شىء، سواء كان فى عالم الخارج و التكوين، أو فى عالم الاعتبار.

و استعمال اليد بهذا المعنى شائع فى المحاورات العرفيه، بل فى الكتاب و السنه فيقال: الأمر بيدي افعل ما أشاء، كناية عن ثبوت القدره و الاستيلاء على ذلك، و فى الكتاب حكى الله تعالى عن اليهود قولهم «وَقَالَتِ الْيَهُودُ: يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ، غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ، وَ لُعِنُوا بِمَا قَالُوا، بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنْفِقُ كَيْفَ يَشَاءُ» (١) و النكته فى العدول عن تعبير اليهود باليد بنحو المفرد بقوله «بَلْ يَدَاهُ» بصوره التشبيه هى الإشاره إلى انه كما ان مجموع القدره فى مثل الإنسان متحقق فى مجموع اليدين؛ لان اليد الواحده لها بعض الاقتدار و سهم من القدره، كذلك قدره الله تبارك و تعالى على الإنفاق، أنما هى بنحو الكمال لا فى خصوص مرتبه منه، فالمراد ثبوت الاستيلاء الكامل و القدره المطلقه له تعالى على الإنفاق، غايه الأمر ان ثبوته و تحقق الإنفاق توسعه و تضيقاً أنما يرتبط بمشيه الله و إرادته حسب المصالح التى يراها.

فانقح ان المراد باليد فى الحديث الشريف هو الاستيلاء، و هل المراد منه نفس الاستيلاء الذى هو معنى الاسم المصدرى؟ أو ان المراد به هو

ص: ٩٤

المستولى المتصف بصفه الاستيلاء؟ الظاهر و المتفاهم عرفاً من تعبير الحديث هو الثاني؛ أولاً: من جهة الحكم بثبوت المال المأخوذ و استقراره عليه، و من الواضح ان الحكم الشرعى انما يكون ثابتاً على المكلف من دون فرق بين الحكم التكليفى و بين الحكم الوضعى، نعم بعض الأحكام الوضعيه يكون موضوعه الأعيان الخارجيه، كالجاسه الثابته للدم، و الطهاره الثابته للماء، و لكن المقام لا يشبه ذلك.

و ثانياً: من جهة إسناد الأخذ إلى نفس ما يكون المال على عهده، و من الواضح ان الأخذ هو المستولى، و لا معنى لأخذ الاستيلاء، و حتى لو كان المراد باليد هى الجارحه المخصوصه يكون الأخذ حقيقه هو الإنسان، و اليد آله للأخذ و وسيله له، و إسناد الأخذ إليها لعله لا يكون بنحو الحقيقه.

هذا كله لو كانت اليد كنايةً عن الاستيلاء و السِّلَطه، و كان الاستعمال استعمالاً كنايةً، مثل استعمال كثير الرماد، و إرادته الجود و الشَّخاء و الكرامه.

و يمكن ان يكون المراد من اليد فى الحديث هو «ذا اليد» نظير استعمال العين فى الربيه الذى يكون استعمالاً استعارياً مرجعه الى ان الربيه بلحاظ وصفه كأنه يكون بجميع أعضائه و جوارحه عيناً باصره ناظره، و قد حققنا فى الأصول ان المجازات بأجمعها، من دون فرق بين الاستعاره و غيرها لا يكون الاستعمال فيها استعمالاً للفظ فى غير ما وضع له، خلافاً لما هو المشهور بين أهل الأدب؛ لعدم تحقق اللطافه و الظرافه فى استبدال لفظ مكان لفظ، من دون التصرف فى دائره المعنى، و ثبوت نحو ادعاء فى البين، فالمجازات بأجمعها شبيه ما يقول السكاكى فى باب الاستعاره من ان إطلاق لفظ الأسد و إرادته الرجل الشجاع لا يرجع الى

استبدال لفظ الرجل الشجاع بلفظ الأسد، فإن قيام لفظ مكان آخر مع قطع النظر عن المعنى يكون خالياً من الحسن، ففي قول الشاعر:

قامت تظللني و من عجب

شمس تظللني من الشمس

يكون التعجب من ان تكون الشمس بمعناها مظله من الشمس، و إلا فالشمس التي أراد بها الشاعر محبوبه و معشوقه، لا عجب في كونها مظله، فتحقق التعجب لا يكاد ان يحصل بدون التصرف في المعنى، من جعل المشبه فردا ادعائياً لماهيه المشبه به و حقيقته، أو أمراً شبيه ذلك، كما حققنا في محلّه ثبوت الفرق بين ما نقول به و بين ما ذهب اليه السكاكي، و إن كان الفرق غير مهم.

و بالجملة كما ان استعمال العين في الربيه يكون استعمالاً استعارياً، و المراد بها هو الشخص الكذائي، يمكن ان يكون استعمال اليد في المقام بهذا النحو، بان يكون المراد بها هو ذا اليد، بادعاء كونه بأجمعه يداً.

و على هذا التقدير لا حازه الى تقدير ذي اليد، لكون المراد منها هو ذا اليد، بخلاف الاستعمال الكنائى على ما عرفت.

و بالجملة فمعنى الحديث الشريف: ان المال الذي استولى عليه إنسان يكون على عهده المستولى و ثابتاً و مستقرّاً عليه، و هذا يستمر الى ان يتحقق أداءه و لا يرتفع ألما به، و هذه عباره أخرى عن ضمان المستولى للمال؛ إذ ليس معنى الضمان عرفاً إلا استقرار الشيء و ثبوته في عهده الضامن، في عالم الاعتبار الشرعى أو العقلانى.

ان قلت: ظاهر الحديث على ما ذكرت ان المال الذي يتعلّق به الأخذ هو الثابت على عهده ذي اليد، ففي الحقيقه تعلّق بالمال الخارجى

على ما هو المفروض أمران: الأول الأخذ، والثاني الثبوت في العهده والاستقرار في الذمه، مع أن الموجود الخارجى الذى تعلق الأخذ به لا يمكن ان يكون فى الذمه والعهده؛ لأنّ وعاء الموجود الخارجى هو عالم الخارج، لا عالم الاعتبار؛ إذ ليس عالم الاعتبار ألّا الموجودات الاعتباريه التى لا وجود لها إلّا فى عالم الاعتبار فلا يمكن ان يكون الموجود الخارجى موجوداً فى عالم الاعتبار، وإلا يلزم انقلاب الخارج اعتباراً؛ وذلك كما ان الموجود الخارجى لا يمكن ان يكون موجوداً فى الذهن، وإلا يلزم انقلاب الخارج ذهنياً وهو محال.

قلت: لا بد أولاً فى مقام الجواب من التعرض لبيان ماهية الضمان و حقيقته، فنقول: الأقوال فى تعريف الضمان و بيان معناه ثلاثه:

الأول ما افاده الشيخ الأعظم الأنصارى فى قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» من ان الضمان عبارته عن كون درك الشئ و خسارته عليه، فاذا تلف يقع نقصان فى ماله الأصلي للزوم تداركه منه (١).

و يستفاد من كلامه (قده) بلحاظ عنوان الدرك و الخساره، و بلحاظ تفريع التلف: ان الضمان أمر تعليقى مرجعه الى اشتغال الذمه بالمثل أو القيمه عند تحقق التلف، و عليه فلا يتعلق الضمان بالعين بصوره التنجيز قبل عروض التلف، و ما دامت العين باقيه موجوده، و سيأتى أنه غير تام.

الثانى ما حكاه الشيخ (٢) (قده) و زيفه، من ان الضمان عبارته عن ان يتلف المال مملوكاً له، و مرجعه إلى انه فى مثل الغصب تعتبر ملكيه الغاصب قبل التلف قهراً عليه و على المالك، و ملكيه المالك للمثل أو القيمه، ثم

ص: ٩٧

١-١) كتاب المكاسب: ١٠٢.

٢-٢) كتاب المكاسب: ١٠٢.

يتحقق تلف العين المغصوبه فى ملك الغاصب.

و ضعّفه الشيخ (١) (قده) بأنّ لازمه ان يكون كل مالك ضامناً لمال نفسه؛ لانه يصدق تلف المال مملوكاً له، بل هو فى هذه الجبهه أولى من الغاصب، مع أنّه لا يقال للمالك: انه ضامن لمال نفسه.

و يرد على هذا القول ايضاً: ان تحقق المعاوضه القهريه على الطرفين من دون ان تكون تجاره عن تراض فى البين، لا يكاد يصار اليه الا مع وجود دليل قوى؛ لانه مخالف للقواعد الأوليه و الضوابط الثابته فى باب المعاملات و أدله الضمان، مثل حديث «على اليد» التى لا دلالة لها على ذلك، الا على فرض عدم تصور معنى للضمان غير ذلك، مع انه ممنوع جداً كما سيأتى.

الثالث ما أشار إليه الأعظم و المحققون مثل المحقق الخراسانى (قده) فى حاشيه المكاسب (٢) من انه اعتبار عقلاى و شرعى، و مثل تلميذه الكبير المحقق الأصفهانى فى حاشيه المكاسب (٣).

و قد أوضحه تلميذه الكبير الأخر سيدنا الأستاذ العلّامه البروجردى (٤) على ما فى تقريرات مباحثه فيما يتعلق بكتاب الغصب، و توضيحه و تقريبه: ان بحث الضمان يغير بحث اشتغال الذمه، فالضمان أمر و الاشتغال أمر آخر، و الدليل عليه: أنّ المديون: ذمته مشغوله للدائن، مع انه لا يقال: انه ضامن له، فالمقترض مع اشتغال ذمته للمقترض لا يكون

ص: ٩٨

١- ١) كتاب المكاسب: ١٠٢.

٢- ٢) حاشيه المكاسب للمحقق الخراسانى: ١٧.

٣- ٣) حاشيه المكاسب للمحقق الأصفهانى ٧٦، ٧٤: ٢.

٤- ٤) كتاب الغصب مخطوط.

ضامناً له، و السرّ فيه: ان اشتغال الذمه لا بد ان يكون بأمر كلّى و هو المثل أو القيمه، فالذمه تكون بمنزله الذهن الذى توجد فيها الماهيه، فالماهيه الكليه تتشخص بوجودها فى الذهن، فالموجود فيه أمر كلّى، و هكذا الذمه؛ فإن اشتغالها أنّما هو بأمر كلّى، و أمّا العهده فهى متعلقه بالموجود فى الخارج مع وصف وجوده فى الخارج، فالعين المأخوذه فى الحديث قد تعلق العهده بها، و يعبرون عن العهده و الضمان فى الفارسيّه ب «عهده دارى»، كما فى الكفاله التى هى التّعهد بالإضافه الى إنسان خاص و شخص معيّن، و يترتب على هذا الضمان الذى هو حكم وضعى اعتبارى حكمان تكليفيان: أحدهما وجوب ردّ العين ما دامت باقيه، ثانيهما وجوب ردّ بدلها مثلاً أو قيمه بعد تلفها و انعدامها، و مجموع هذين الحكمين لا يكون فى غير مورد الضمان، و عليه فلا مجال للتفكيك بينهما و جعل وجوب ردّ العين مع بقائها فى مورد غير الضمان أيضاً كالأمانه؛ إذ يجب على الأمين ردها الى صاحبها دليلاً على عدم ثبوت الضمان مع بقاء العين، كما يظهر من سيدنا العلامة الأستاذ الامام الخمينى (دام ظلّه العالى) فى كتابه فى البيع (1).

فان اللازم كما عرفت ملاحظه مجموع الحكمين، ألا ترى أنّ جواز التصرف فى مورد الإباحه لا يكون دليلاً على عدم ثبوت الملكيه التى يترتب عليها جواز التصرف أيضاً؛ فإنّ امتياز الملكيه أنّما هو بمجموع الآثار التى لا- يوجد فى غيرها، فإنّ منها الانتقال الى الوارث بعد الموت، و تعلق مثل الخمس ببعض مواردّها، و شبههما، مما لا يوجد فى غيرها حتى الإباحه المطلقه التى يجوز معها التصرف مطلقاً، حتى التصرفات النّاقله.

ص: ٩٩

و بالجمله فما يترتب على الضمان مجموع الحكمين الذي لا يكون في غير مورد الضمان أصلاً.

و عليه فالاتحاد و الهوهويه المعتره في القضيه الحملية في قوله: ما أخذت اليد عليها، أنما هو باعتبار كون الموجود الخارجى نفس ما تعلق به هذا الأمر الاعتبارى الذى هو الضمان، فلم يتحقق اتحاد الأمر الخارجى مع الأمر الاعتبارى، بل الاتحاد بين الأمر الخارجى و بين كونه متعلقاً للأمر الاعتبارى، فالمقام نظير قوله: هذه الدار مستأجره؛ فإنه لا خفاء فى تحقق ملاك الحمل فيها، مع كون الاستيجار امراً اعتبارياً؛ لأن الاتحاد انما هو بين الدار و بين كونها متعلقه للاستيجار المتعلق بالدار الخارجيه، كما هو واضح.

ثم انه ذكر سيدنا الأستاذ (١) (قدس سره) انه قد يتعلق الضمان بالكلى الذى له موطن آخر غير ذمه الضامن، و أثره حينئذ جواز مطالبه المضمون له الضامن بذلك الكلى ان لم يقدر على استيفائه و أخذه من المضمون عنه «المديون» و ليس أثره عند العقلاء و العرف مجرد اشتغال ذمه الضامن للمضمون، و لكن استقر مذهب الإماميه فى كتاب «الضمان» على ان المراد به هناك هو انتقال الذمه و تحقق الاشتغال للضامن فى ظرف خاص، و منشؤه دلالة الأدله الخاصه و الروايات المعتره عليه، و عليه فما هو مذهبنا فى باب الضمان مخالف لما هو مقتضاه بنظر العقلاء.

أما فقهاء العامه، فلأنهم لا يرون اعتباراً للروايات التى أشير إليها، فقد ذهبوا الى ان المراد بالضمان فى كتاب الضمان هو ما عليه العقلاء، و قالوا: انه عباره عن ضم ذمه إلى ذمه أخرى و ليس مرادهم بذلك

ص: ١٠٠

ثبوت المال في ذمه شخصين كما إذا كان له دين على رجلين؛ ضروره عدم استحقاق الدائن أكثر من مال واحد و دين فأرد، لا يمكن ثبوته في طرفين، و إنما مرادهم من الذمه التي أضيف إليها الضمّ هو العهد التي هي معنى الضمان حقيقه، و مرجعه الى ضم العهد إلى اشتغال الذمه و عدم تحقق البراءة للمديون بمجرد تحقق الضمان، ففي الحقيقه يكون في البين اشتغال و عهده و قد تعلق الأول بالكلية؛ لأن الثابت في الذمه لا يكون إلا كلياً، و الثاني بما اشتغلت به ذمه المديون مع وصف اشتغال الذمه به؛ لانه يصير حينئذ متشخصاً، لان الاشتغال و إن كان بأمر كلي لكن الكلي المشتغل به ذمه المديون لا يكون كلياً، فهو نظير ماهيه الموجوده في الذهن؛ فإن ماهيه و إن كانت كلياً إلا انها بوصف وجودها في الذهن لا تكون إلا جزئيه.

ثم ان الظاهر عدم تحقق الضمان بالمعنى الذي ذكرناه في العقد الصحيح، خلافاً للشيخ الأعظم (قده) فإنه حين فسّر الضمان بالنحو الذي عرفت، ذكر ان العقد الصحيح فيه ضمان غايه الأمر ان الضمان الثابت فيه هو الضمان بالمسمى، و مرجعه إلى انه على تقدير تلف المبيع في يد المشتري الضامن يكون دركه و خسارته عليه، غايه الأمر ثبوت الخساره بمقدار الثمن، سواء كان مساوياً للقيمه الواقعيه أو مخالفاً لها.

و خلافاً للمحقق الأصفهاني (1) (قده) فإنه مع تفسيره الضمان بالنحو الذي ذكرناه، أفاد انه قد يكون بتسبب من الشخص كما في مطلق المعاوضات لتعهد كلّ منهما و التزامه بأخذ المال ببدله، و لذا عبّر عنه بضمّان

ص: ١٠١

المعاوضه، قال: فليس مجرد كونه ذا عوض أو مملوكاً بعوض مناط الضمان، بل تعهد أخذه ببدله هو المناسب للضمان.

هذا و لكن الظاهر عدم إطلاقه بنحو الحقيقة في المعاوضات الصحيحة، و إطلاقه عليها في قاعده «ما يضمن» لا دلالة له على ذلك، لعدم كون القاعده بالعباره المعروفه مما دلّ عليه آيه أو روايه أو إجماع، و لذا اعترض أكثر محشّي المكاسب على الشيخ الأعظم (قده) بلحاظ جعل البحث في مفردات القاعده مهمّاً نظراً؛ الى ما ذكرنا.

و عدم كون الإطلاق فيها على تقدير الإغماض عمّا ذكرنا حقيقياً؛ لانه يحتمل ان يكون من باب المشاكلة، كما في آيه (١) الاعتداء، و قد صرح بذلك المحقق الخراساني (٢) (قده) في تعليقه المكاسب.

هذا مضافاً الى ان لازم ذلك التفصيل في أموال المالك من جهة إطلاق الضمان، فان كان منتقلاً إليه بالإرث و نحوه لا يقال: انه ضامن له، و إن كان منتقلاً اليه بالبيع و نحوه من المعاوضات يقال: هو ضامن له، مع ان التفصيل بهذا النحو خلاف ما عليه العقلاء، كما لا يخفى.

ثم انه ذكر سيدنا العلامة الأستاذ الخميني (دام ظله العالي) في تحقيق معنى الضمان كلاماً ملخصه (٣): «ان الضمان المعهود المغروس في أذهان العقلاء هو عهده الغرامه و الخساره، ففي المثلي بالمثل، و في القيمي بالقيمه يوم الإتلاف، و إن ضمان العين بمعنى ان نفس العين على عهده الضامن في

ص: ١٠٢

١-١ (١) البقره: ١٩٤.

٢-٢ (٢) حاشيه المكاسب للمحقق الخراساني: ١٧.

٣-٣ (٣) كتاب البيع ٣٤٣: ١.

المثليات و القيميات خلاف المتعارف و المعهود عندهم، و فى مثله لا بد من ورود دليل صريح مخالف لبنائهم و ديدنهم، و أما مثل ما ورد فى باب الضمانات كضمان اليد و الإتلاف كحديث اليد و غيره، فلا ينقدح فى ذهن العرف و العقلاء منه ما يخالف بناءهم فى الضمانات، فلا يفهم من «على اليد ما أخذت» ان نفس المأخوذ حال التلف فى العهد، فضلاً عن سائر الروايات و فى قوله: «عليه ما أصابت الدابة بيدها أو رجلها، إذا بنى على وقوع ما أصابت الدابة على العهد، يكون ذلك امرأً مستنكراً عند العرف، فحمل تلك الروايات على كثرتها على الضمان المعهود المغروس فى أذهان العقلاء حمل قريب جداً موافق لفهم العرف و العقلاء» .

و قال (1): «بل الظاهر من حديث اليد غير ما افاده المحققون، ممّا لازمه التعرض لأداء التالف حتى يلزم بأن أداء المثل و قيمه أداء للشىء بنحو كما أشرنا إليه. و التحقيق ان الغايه المذكوره فيه غايه للضمان و العهد فى زمان وجود العين؛ فان قوله (صلى الله عليه و آله) : على اليد ما أخذت، يراد منه ان الآخذ ضامن للمأخوذ، بمعنى انه لو تلف تكون خسارته عليه، و غايه هذا الأمر التعليقى، أى: عهده الخساره على فرض التلف هو أداء نفس العين ليس إلّا» .

أقول: يرد عليه مضافاً الى ما عرفت من الفرق بين الثبوت على العهد الذى هو معنى الضمان و بين اشتغال الذمّه بالمثل أو قيمه، و إلى ان الظاهر انه لا فرق عند العقلاء و العرف فيما يرجع الى معنى الضمان بين صورته وجود العين و صورته تلفها و انعدامها بحيث يكون معنى الضمان فى

ص: ١٠٣

صوره البقاء ثبوت نفس العين على العهده، و فى صوره التلف ثبوت المثل أو القيمه على العهده، بحيث يكون ثبوت نفس العين فى هذه الصوره مخالفاً لنظر العرف، ان ظاهر قوله: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» فرض الضمان فى صوره التلف مع إضافته إلى المتلف بالفتح و لا معنى له إلا كون العين بوجودها الاعتبارى بعد التلف ثابتة على عهده المتلف بالكسر فالتعبير بالضمان فى قاعده الإلتلاف يرشدنا الى عدم كون ضمان العين محدود ببقائها و عدم تلفها، بل هو ثابت بعد التلف ايضاً، و لا يجتمع ذلك إلا مع اعتبار بقاء العين و ثبوتها على العهده بعد التلف ايضاً، و جعل الأداء فى حديث «على اليد» غايه للضمان فى زمان وجود العين فقط، يوجب حمل الحديث على التعرض لبعض ما يتعلق بضمان العين المأخوذه، و هو خلاف الظاهر جداً، كما لا يخفى.

و خلاصه ما يرد على سيدنا الأستاذ «دام ظلّه العالى» أنّ الضمان بالمعنى الذى أفاده، و هو عهده الخساره، هل هو أمر تعليقى و هو عهده الخساره لو تلف، بحيث تكون التعليقيه دخليه فى ماهيته و حقيقته، حتى لو فرض تحقق المعلق عليه لا- تبقى ماهيه الضمان، كالواجب المشروط مثل الحجّ، فان اتصافه بكونه واجباً مشروطاً أنّما هو فيما إذا لم يتحقق شرطه، و هو الاستطاعه فى المثال، فاذا تحقق الشرط يصير واجباً مطلقاً فعلياً، و فى المقام لا بد ان يقال بالضمان ما دام لم يتحقق التلف، فاذا تحقق و صارت العهده منجزه، يخرج عن الضمان، و عليه فاللازم ان يقال بأنه لا مجال للحكم بالضمان فى صوره التلف، مع ان قاعده الإلتلاف صريحه فى إثبات الحكم بالضمان بعد تحقق التلف، بسبب الإلتلاف؛ فإن الإلتلاف فى رتبه

السبب، و الضمان فى رتبه المسبب و متفرع عليه، مضافاً الى ما عرفت من انه لا فرق عند العقلاء و العرف بين صورته وجود العين و صورته تلفها فى الحكم بالضمان، بل فى كون الضمان بعد التلف نفس الضمان قبله و بمعناه من دون تغيير فى معناه أصلاً.

و إن كان مراده من الضمان نفس عهده الخساره من دون التعليق على التلف، و عليه فهو ثابت بعد التلف ايضاً، فنقول: لا بدّ على هذا الاحتمال من حمل الضمان فى قاعده الإلتلاف المفروضه بعد التلف، على كون المراد به مجرد عهده الخساره، مع انه من الواضح ان عهده الخساره حينئذ لا تكون معنى مغايراً لاشتغال الذمه بالمثل أو قيمه؛ لعدم الفرق بين الأمرين إلّا فى مجرد التعبير و اللفظ؛ إذ لا معنى لعهد الخساره غير الاشتغال المزبور، و عليه فاللازم إطلاق الضمان فى موارد اشتغال الذمه بالمثل أو قيمه، كما فى القرض، و نحوه مع انك عرفت مغايره الضمان للاشتغال عند العقلاء؛ فان ما على الذمه أنّما هو أمر كلى، و الضمان متعلق بالأمر الجزئى، و لا يطلق أحد العنوانين على الآخر، فلا يقال للمديون انه ضامن، و لا يقال للضامن انه مديون و مشغول الذمه، و لو بعد تحقق التلف كما فى مورد قاعده الإلتلاف، اذن فلا محيص عن ان يقال فى مفاد حديث «على اليد» بعد فرض دلالتها على الضمان، بكون العين المأخوذه متعلقاً للعهد فى كلتا الحالتين، حاله الوجود و حاله التلف، غايه الأمر انه بعد التلف يعتبر بقاء العين عند العقلاء و كونها متعلقاً للعهد، و لا مانع من كون الموضوع للأمر الاعتبارى و هو الضمان امراً اعتبارياً آخر، كالأحكام التكليفيه الثابته فى موارد الأحكام الوضعيه، مع اشتراكهما فى الاعتبار و الجعليه.

و منه يظهر أنّ أداء العين المجعول غايه للضمان في الحديث مطلقاً، أنّما يتحقق بأدائها بنفسها مع بقائها، و بالمثل أو قيمه مع التلف، فإنه بعد فرض ثبوتها على العهده، و تعلق الضمان بنفسها بعد التلف ايضاً، لا يفرض له أداء الّا أداء مثلها أو قيمتها كما هو كذلك عند العقلاء، فإنه مع عدم إمكان أدائها بجميع جهاتها من المزايا الشخصيه و النوعيه و الماليه، ينتقل الى المراتب النازله مرتبه بعد مرتبه، الى ان يتحقق أداؤها بخصوص المرتبه الماليه التي هي العمده في أغراض العقلاء في باب الأموال.

و مما ذكرنا ظهر الجواب عن النراقي في عوائده (١) إذ استظهر ان الغايه هي أداء نفس العين، و هو لا يتحقق الّا بحمل الحديث على وجوب الحفظ دون الضمان، فتدبر.

إذا ظهر ذلك يظهر ان تفسير الحديث بالمعنى الذى عرفت، و هو افاده الضمان و الثبوت على العهده، لا يتوقف على تقدير كلمه «الضمان» كما تخيله النراقي (قدس سرّه) في عوائده (٢) إذ جعل الضمان رديفاً للحفظ أو الردّ على تقدير كون المقدّر هو الوجوب الذى هو من أفعال الخصوص، فاستشكل في ترجيحه؛ إذ قال ما ملخصه: ان الاستدلال بالحديث على ضمان المثل أو قيمه بعد التلف أنّما هو على فرض تقدير الضمان الشامل لردّ العين مع البقاء و المثل أو قيمه بعد التلف، و لا دليل على تعيينه أصلاً، و استدلال الفقهاء و احتجاجهم على الضمان خلفاً بعد سلف و فهمهم ذلك، لا يدلّ على انه كان لهم قرينه على تقديره خفيت علينا؛ لانه مضافاً الى

ص: ١٠٦

١-١) عوائد الأيام: ١١٠.

٢-٢) عوائد الأيام: ١٠٩.

انه لم يعلم ذلك من جميع الفقهاء و لا- أكثرهم، و إن علم من كثير منهم لا- يدلّ على انه لقرينه تقدير الضمان، بل لعلّه لاجتهادهم تقدير جميع المحتملات عند عدم تعيين المقدّر، أو لمظنّه شيوع تقديره، أو لدليل اجتهادي آخر و نمنع كون المتبادر من هذا التركيب إثبات الضمان كما يظهر بالرجوع إلى أمثال هذا التركيب التي ليس الذهن فيها مسبوقةً بالشبهه، مع انه على فرض التسليم لا يفيد، لأصالة تأخر حدوث التبادر، بعد عدم كون ذلك من مقتضى الوضع اللغوي لهذا التركيب.

و قد ظهر مما ذكرنا ان حمل الحديث على الضمان و تفسيره به لا يحتاج الى تقدير الضمان؛ لان معنى الضمان هو نفس الثبوت على العهده و الاستقرار فى الذمه، الذى هو وجود و ثبوت فى عالم الاعتبار و وعائه، و هذا بخلاف ما لو كان المتعلق للظرف هو «يجب» الذى هو من أفعال الخصوص؛ فإنه حينئذ يلزم تقدير الردّ أو الحفظ؛ لعدم إمكان تعلّق الوجوب بالأعيان الخارجيه.

كما أنه مما ذكرنا ظهر بطلان ما أفاده فى ذيل كلامه ايضاً، من ان أداء المثل أو القيمه ليس أداء ما أخذت، بل أداء شىء آخر، و إطلاق الأداء على أداء غير ما أخذت غير صحيح، فلا يكون حتى تؤدى غايه للضمان فى صورته التّلف.

و الوجه فيه ما ذكرنا من انه كما ان ثبوت المال على العهده يكون فى وعاء الاعتبار الذى يتفق فيه العقلاء و الشارع، كذلك غايه هذا الأمر الاعتبارى هو الأداء الذى له مراتب، فان كانت العين موجوده غير تالفه، فالأداء لا يتحقق إلّا بأدائها نفسها، و إن صارت تالفه فأداؤها بأداء مثلها

ان كانت مثليه، أو قيمتها ان كانت قيميه، و بالجمله أداء المثل مرتبه من أداء ما على العهده، و هى العين الخارجيه، غايه الأمر انه لا ينتقل الى هذه المرتبه إلا بعد تعذر أداء العين بنفسها، كما ان أداء القيمه أيضاً مرتبه من أداء العين ينتقل إليها بعد تعذر أدائها بنفسها و بخصوصياتها النوعيه، فدعوى خروج المرتبتين الأخيرتين عن دائره أداء العين ممنوعه جداً، و عليه تكون كلمه حتى تؤدي شامله لجميع المراتب.

ثم ان مقتضى ما ذكرنا من كون مفاد الحديث هو مجرد الحكم الوضعي، و هو الضمان الذى يستمر الى ان يتحقق الأداء، انه لا دلالة لهذا الحديث على لزوم حفظ المال المأخوذ، كما انه لا دلالة له على لزوم رده و وجوبه بعنوان الحكم التكليفي؛ لأن هذا الوجوب و إن كان ثابتاً إلا ان الدليل عليه كونه أثراً للضمان كما عرفت و جعل الأداء غايه للضمان لا دلالة له على وجوبه بعنوان الحكم التكليفي ابتداء، بل غايته ارتفاع الضمان بسببه، فيرتفع الحكم التكليفي المترتب عليه لا محاله.

الجهه الثانيه- فى حدود الحكم بالضمان المستفاد من القاعده:

و البحث فى هذه الجهه تاره من جهه ان اليد المحكوم عليها بالضمان بعد وضوح عدم شمولها ليد المالك، لانه لا معنى لكونه ضامناً لمال نفسه، هل هى مطلق اليد و لو كانت مأذونه من قبل المالك، كيد الوكيل مثلاً أو المستأجر فى باب الإجاره، أو من قبل الشارع كما فى اللقطه مثلاً غايه الأمر خروج هذه الموارد عن القاعده بالتخصيص، أو تختص بما إذا لم تكن مأذونه لا من قبل المالك، و لا من طرف الشارع، و أخرى من جهه شمول الحكم بالضمان للمنافع المستوفاه بل غير المستوفاه أيضاً و عدمه،

و اختصاصه بالأعيان و ثالثه من جهه شمول الموصول للحزّ و شبهه و عدمه، و رابعه من جهه الشمول للأوقات و عدمه، و خامسه من جهه المراد من الأداء المجعول غايه. فنقول:

أمّا من الجهه الأولى فالظاهر الاختصاص، و ذلك لأنّ كلمه اليد و إن كان المراد بها مطلق الاستيلاء إلّا أنّ تقييد المضمون بتوصيفه بالأخذ، يخرج اليد المأذونه، لظهور كلمه «الأخذ» فى الأخذ بالقوه و بالقهر، أى: الأخذ من دون رضا، و قد مرّت الإشارة إلى الفرق بين كلمه «الأخذ» و بين كلمه «القبض»؛ فان الظاهر كون الثانيه أعمّ من الأولى، و الشاهد ملاحظه موارد الاستعمالات العرفيه، كعدم تعاهد استعمال كلمه «الأخذ» فى قبض المبيع من البائع مثلاً- حتى فى المقبوض بالعقد الفاسد، فاستعمال هذه الكلمه يشعر، بل يدلّ، على انحصار الحكم بالضمان بما إذا صدق الأخذ، و هو ما إذا لم يشتمل على رضا المالك أو اذن الشارع.

و لو أغمض النظر عما ذكرنا و قلنا بإطلاق كلمه «الأخذ» و شمولها للأخذ بالرّضا ايضاً، فلا شبهه فى انصراف الحديث عن مثل هذا الأخذ؛ لأنه لا يفهم منه الحكم بضمان مثل الوكيل و المستأجر و الملتقط ايضاً، و ليس الانصراف بدوياً حتى لا يكون معتبراً، و عليه فخروج الأمين الذى لا يكون ضامناً إلّا مع التعدى أو التفريط، لا يكون بنحو التخصيص حتى يستشكل فيه بإباء القاعده عن التخصيص، مع أن فى هذا الاستشكال ايضاً نظراً كما عرفت سابقاً فى قاعده عدم ضمان الأمين، فراجع.

نعم يبقى فى المقام انه على فرض التخصيص أو التخصيص، هل يكون الباقي تحت الحديث، و المقدار الذى تدل القاعده على الضمان فيه هل هو

خصوص اليد العاديه؟ أى: اليد التى حكم عليها بالحرمة؛ لأجل العدوان، و هى اليد الموجوده فى باب الغصب، لأنه عباره عن الاستيلاء على مال الغير عدواناً، و عليه فتطبق القاعده على الغصب، و لا مجال للاستناد بها فى غير كتاب الغصب؟ أو ان الباقي تحت القاعده مطلق اليد غير المأذونه من قبل المالك و الشارع؟ فتدل على الضمان فى غير مورد الغصب ايضاً، كما فى المقبوض بالبيع الفاسد، سيّما مع جهل الطرفين بفساد البيع فان اليد فيه لا تكون عاديه بوجه، و مع ذلك لا تكون مأذونه من قبل المالك أو الشارع، و دفع البائع للمبيع مع رضاه و طيب النفس، لا- دلالة فيه على اذن المالك؛ لان الدفع أنما هو بعنوان كون المشتري مالكا له، لا بعنوان ان البائع مالك، و هو يأذن للمشتري فى التصرف، كما لا يخفى. و كما فيما إذا اعتقد ان مال الغير مال نفسه اشتباهاً، فان اليد عليه لا تكون يداً عاديه، و لا مأذونه أصلاً.

و التحقيق: انه ان قلنا فى الحديث بالتخصص الناشئ من الانصراف، فهو تابع لدعوى الانصراف، و إن مدّعيه هل يقول بالانصراف الى خصوص اليد العاديه، أو الى الأعم منها و من اليد غير العاديه و غير المأذونه؟ و أمّا ان قلنا بالتخصيص، فاللازم اقامه الدليل عليه فى مقابل عموم القاعده أو إطلاقها، و قد ورد الدليل فى موارد ثبوت الاذن من المالك، كما فى الموارد المتقدمه، أو من الشارع كما فى الموارد التى أشير إليها، و قد ورد فى مورد الأمين روايات تدل على عدم ضمانه مع عدم التعدى أو التفريط، و أمّا فى مورد المقبوض بالبيع الفاسد و مثله، و فى المورد الآخر

الذى ذكرنا، فلم يرد دليل على التخصيص و التقييد، و اللازم الرجوع الى أصاله العموم أو الإطلاق.

و لو فرض ان يكون المخصص واحداً عنواناً بحسب الواقع، و دار امره بين الأقل و الأكثر، و انه هل هو عنوان اليد غير العاديه، أو عنوان اليد المأذونه؟ فاللازم الاقتصار على القدر المتيقن، و الرجوع فى الزائد الى الأصل المذكور، كما إذا تردد أمر الفاسق عن عموم و جوب إكرام العلماء، بين ان يكون خصوص مرتكب الكبيره، أو أعم منه و من مرتكب الصغيره، و الفرق بكون عنوان الخارج معلوماً فى المثال، غايه الأمر الشك فى معناه و ثبوت الشبهه فى مفهومه، بخلاف المقام إذ لا يعلم الخارج بعنوانه كما ذكرنا، لا- يكون فارقاً فى الحكم و فى لزوم الرجوع فى الزائد المشكوك إلى أصاله العموم أو الإطلاق، فانقدح انه لو بلغت النوبه إلى التخصيص، لا- دليل على أزيد من خروج اليد المأذونه، و يبقى الباقي تحت القاعده، و عليه فيجوز التمسك بها فى باب المقبوض بالبيع الفاسد ايضاً، كما فعله الشيخ الأعظم الأنصارى (قده) فى المكاسب (١).

و أمّا من الجبهه الثانيه فنقول: أمّا المنافع المستوفاه، فالظاهر انه لا إشكال فى ضمانها، لا لشمول قاعده حرمه مال المسلم كحرمه دمه، و إن مال المسلم لا- يحلّ إلا بطيب نفسه؛ لأنّ البحث أنّما هو فى ضمانها بملاحظه قاعده ضمان اليد، لا بملاحظه مطلق القواعد، مع انه فى دلالة مثل قوله (عليه السلام) لا يحلّ مال امرئ مسلم (٢). . على الضمان تأمل و إشكال، بل لأجل انها

ص: ١١١

١- ١) كتاب المكاسب: ١٠٤.

٢- ٢) الوسائل ٣: ١٩ ب ١ من أبواب القصاص فى النفس ح ١.

ايضاً مال مأخوذ، أما كونها مالاً، فلانه يبذل بإزائها المال في باب الإجاره، وقد شاع تفسير الإجاره بأنها تملك منفعه معلومه بعوض معلوم، فالعوض يقع في مقابل نفس المنفعه، و أما اتصافها بكونها مالاً بكونه مأخوذاً، فلأجل تحقق الاستيلاء عليها، غايه الأمر ان وقوعها تحت اليد إنما هو بتبع وقوع العين تحتها، و لذا يقولون: إن قبض المنفعه في باب الإجاره بناء على التفسير المزبور و إن كان على خلاف التحقيق إنما هو بقبض العين، فهي أيضاً مأخوذه و مقبوضه، غايه الأمر بتبع أخذ العين و قبضها، فالقاعده تشمل المنافع المستوفاه.

و ممّا ذكرنا تظهر دلالة القاعده على ضمان المنافع غير المستوفاه أيضاً؛ لأن الاستيفاء لا دخل له في صدق الأخذ؛ فإن الأخذ تعلق بالمنافع بتبع تعلقه بالعين، سواء استوفاهها كما إذا سكن في الدار المأخوذه، أم لم يستوفها كما إذا لم يستفد من الدار المأخوذه شيئاً.

نعم ذكر المحقق الأصفهاني (١) (قده) في حاشيه المكاسب إشكالاً في شمول القاعده للمنافع، و هو: انه لا تصدق التأديه في المنافع مطلقاً، و ظاهر قوله: حتى تؤدي، كون عهده المأخوذ مغياً بأداء نفس المأخوذ، و المنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حدّ ذاتها، لا كالعين التي لها أداء في حدّ ذاتها، و إن عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً، و فرض اتحاد الوجود التدريجي مع المنفعه، فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد، و الأداء بأداء طرفه الآخر، لا يكاد يفيد شيئاً؛ لأن المراد ضمان الفئات أو المستوفى، فداء ما لم يفت و لم يستوف، غير مجد في ارتفاع ضمان

ص: ١١٢

المأخوذ باستيفائه أو بالاستيلاء عليه مع فواته.

و يمكن الجواب عنه بأنه تصدق التأديبه فى المنافع مطلقاً، أما ابتداءً فكما ان أخذها إنما هو بتبع أخذ العين فكذلك أداؤها إنما هو بأداء العين، و لذا يصدق فى باب الإجاره ان المالك اقبض المنفعه بإقباض العين، فاقباضها إنما هو بالتبع، و أما استدامه فلا بد من تنزيله منزله تلف العين، فكما أنّ الأداء فى صورته التلف إنما يتحقق بأداء المثل أو القيمة، فكذلك أداء المنافع انما يتحقق بأداء عوضها، و لا دلالة فى الحديث على اختصاص الحكم بما إذا أمكن تحقق الغايه، و هو الأداء بقاءً بالإضافة إلى نفس المال المأخوذ، حتى يقال بخروج المنافع عن ذلك؛ لعدم إمكان صدق الغايه بالإضافة إلى نفسها بقاءً، بل يكفى إمكان تحقق الغايه كذلك و لو ابتداءً، مضافاً الى ان بعض الأعيان أيضاً لا تجرى فيه الغايه بقاءً، كالعين التى تتلف تدريجاً، كالثلج فى الصيف؛ فإنه لا يمكن أداؤها بقاءً بعد فرض كونها فى حال الذوب و الانعدام، و دعوى خروج مثلها عن القاعده ممنوعه جداً كما لا يخفى، فالإنصاف انه لا مجال لإخراج المنافع مطلقاً عن مورد القاعده.

و ربما يستدلّ لضمان هذه المنافع، اى: المنافع غير المستوفاه، بقاعده التفويت التى هى قاعده عقلائية، و هى، ان من فوت مال الغير عليه فهو له ضامن، بناء على اعتبارها فى الشرع ايضاً، و لكن حيث ان الكلام ليس فى الحكم بضمان هذه المنافع مطلقاً، بل من جهة اقتضاء قاعده ضمان اليد له و عدمه، فلا مجال للبحث فى غيرها، مع ان شمول قاعده التفويت لجميع أقسام المنافع غير المستوفاه محلّ نظر، بل منع.

ثم انه لو كانت للعين منافع متضاده غير قابله للاجتماع فى زمان

واحد، كما إذا كان العبد المغصوب عارفاً بالكتابة و الخياطة معاً، فهل يضمن المستولى عليه للجميع، أو يضمن الأكثر ماله، أو أحدها بنحو التخيير، و التخيير للمالك أو الضامن فيه؟ وجوه و احتمالات: و لا يبعد ان يقال بالتفصيل بين ما لو كان المدرك للحكم بالضمان هي قاعده اليد التي يبحث عنها في المقام، و بين ما لو كان المدرك له مثل قاعده التفويت، فعلى الأول يحكم بضمان جميع المنافع و لو كانت متضاده، لأن الملاك هو تحقق الاستيلاء و صدقه، و قد عرفت ان الاستيلاء على المنافع انما هو بتبع الاستيلاء على العين، فاذا كانت للعين منافع يصدق الاستيلاء على الجميع، و التضاد بين بعضها الراجع الى عدم إمكان الاجتماع في الوجود و في مقام الاستيفاء، لا يرتبط بمقام الاستيلاء الذي هو الملاك للضمان، و بعبارة اخرى: التضاد راجع الى مقام الاستيفاء، و هو غير دخيل في الضمان أصلاً، مع ان ترجيح بعض المنافع على بعض ترجيح من غير مرجح. و على الثاني يحكم بضمان خصوص المنفعة التي هي أكثر ماله من غيرها؛ لعدم صدق التفويت بالإضافة إلى الجميع، بعد فرض التضاد و عدم إمكان الاجتماع؛ لأن فوت الجميع حينئذ يستند الى التضاد، غاية الأمر انه حيث كانت المنفعة التي هي أكثر ماله ممكنة التحقق و الحصول، فيصدق تحقق التفويت بالنسبة إليها و يقال: إن الاستيلاء صار سبباً لفوتها، و لولاه لكان للمالك استيفاؤها، كما لا يخفى.

و أمّا من الجهة الثالثة و هي شمول الموصول للحرّ و شبهه و عدمه، فنقول: ربما يناقش في الشمول؛ نظراً الى ان الحرّ لا يدخل تحت اليد، كما انه ربما يجاب عنه بأن اليد عبارة عن التصرف على وجه الاستيلاء

و القهر، و هو أمر عرفى موجود فى غضب الحرّ أيضاً؛ إذ العرف لا يفرق من حيث اليد بين كون المغصوب عبداً أو حرّاً، و لكن منع الشمول المحقق الرشتى (١) (قده) فى كتابه فى الغصب، و ملخص كلامه الطويل فى وجه المنع أمور ثلاثه:

الأول ان اليد الموجهه للضمان هى اليد الكاشفه عن الملكيه، و إذا كان الشىء غير واجد لصفه المملوكيه، امتنع تعلق اليد به على الوجه المزبور كما فى الحرّ، لانه لا يكون قابلاً لصفه المملوكيه؛ لكونه مالكاً، و المالك لا يكون مملوكاً؛ لتحقق التضاد بينهما، و عليه فلا يدخل تحت اليد المبحوث عنها، و من هنا حكم العلامة (٢) بان لباس الصغير الحرّ المغصوب غير مضمون كنفسه، و وجهه: ان الصغير و إن كان مقهوراً فى يد الغاصب، مع كونه ممّن لا- يقدر ان يجلب لنفسه نفعاً و لا- ضرراً، ألّا ان صفه الاختصاص الملكى المأخوذ فى معنى اليد عرفاً، لما لم تكن موجوده فيه، لا يصدق على ذلك القهر اليد، و إذا لم تتحقق اليد على الصغير نفسه، فلا تتحقق أيضاً بالنسبه إلى لباسه؛ الذى عليه؛ لانه باعتبار استقلاله الذاتى و مالكيته، يكون صاحب اليد على لباسه.

أقول: يرد على هذا الأمر بعد وضوح بطلان ظاهر صدر كلامه، من ان اليد الموجهه للضمان هى اليد الكاشفه عن الملكيه، ضروره ان اليد الموجهه للضمان هى اليد التى أحرز كونها عاديه أو غير مأذونه، على الاحتمالين المتقدمين، و اليد الكاشفه عن الملكيه هى اليد المشكوكه المقرونه

ص: ١١٥

١- ١) كتاب الغصب للمحقق الرشتى: ١٣.

٢- ٢) التحرير: ١٣٧.

باحتمال ثبوت الملكيه، و احتمال عدمها، فكيف يعقل اتّحادهما انه لا بد من توجيه كلامه، و يجرى في هذا المجال احتمالان:

أولهما ان يكون مراده (قده) أنّه و إن كانت اليد في القاعدتين قاعده ضمان اليد و قاعده أماريه اليد مختلفه لا محاله عدمها ألّا ان الاختلاف أنّما هو بالإضافة الى صفه اليد و قيدها، فاليد في قاعده الضمان موصوفه بوصف العاديه أو غير المأذونه، و في قاعده الأماريه موصوفه بوصف المشكوكيه، ألّا ان الظاهر وحده المراد من نفس اليد التي هي الذات الموصوفه في القاعدتين، فاذا كان المراد من اليد في قاعده الأماريه ظاهراً في اليد على الشيء، المقابل لصفه المملوكيه؛ ضروره انه لا تكون اماره على الملكيه، فاليد على الخمر و الخنزير، لا- تكون اماره على ملكيتهما، كذلك اليد في قاعده الضمان المبحوث عنها في المقام، لظهور وحده المراد من اليد التي هي الموضوع في القاعدتين، و عليه فلا تشمل القاعده الحرّ؛ لعدم شمول قاعده الأماريه له.

و ثانيهما ما يشعر به ذيل كلامه، بل يظهر منه، من ان الاختصاص الملكي الذي يعتبر في القاعده مأخوذاً في معنى اليد عرفاً، بحيث لا تصدق اليد بدونه كذلك.

و الجواب عن الاحتمال الأوّل: انه لا دليل على اتّحاد القاعدتين في المراد من اليد المأخوذه فيهما؛ فان اليد في قاعده الأماريه، باعتبار كونها مجعوله اماره على الملكيه فمقتضى تناسب الحكم و الموضوع ان يكون المراد بها هي اليد على ما يكون قابلاً لتعلق وصف الملكيه به و ثبوت المملوكيه له؛ لانه لا معنى لكون اليد على غير الملك كالحرّ و نحوه كاشفه عن الملكيه

و أماره لها.

و أما قاعده الضمان المستفاده من حديث «على اليد» ، فالحكم المجعول فيها هو الضمان، و لا دليل على اختصاص موضوعه بخصوص اليد على المملوك، بعد عموم الموصول و شموله لمثل الحرّ، و عدم منافاه الحكم بالضمان له أصلاً، فلا مجال لرفع اليد عن العموم.

هذا مضافاً الى ما عرفت في أوّل البحث عن القاعده، من عدم اختصاص قاعده أماريه اليد بما إذا كان هناك شك في الملكيه و كون ذى اليد مالكاً، بل تجرى في مثل ما إذا كانت امرأه تحت رجل و هو مستولٍ عليها و يعاملها معاملته الزوجيه، و لكن نشك في انها زوجته له شرعاً أم لا؟ فان مقتضى قاعده الأماريه كون اليد بالنحو المذكور كاشفه عن ثبوت الزوجيه، و كون المستولى زوجاً لها، فلا اختصاص لليد في القاعده بما إذا كانت متعلقه بالملك.

و الجواب عن الاحتمال الثانى: وضح عدم دخاله المملوكيه في صدق اليد و الاستيلاء بحسب نظر العرف و العقلاء، فنرى في زماننا شيوع الاختطاف بالإضافة الى الافراد، و يقال له بالفارسيه « آدم ربايى » ، فهل يمكن منع تحقق الاستيلاء في مثله عند العقلاء، أو هل يكون لليد في قاعده ضمان معنى غير معناها العرفى، مع لزوم الرجوع الى العرف في تشخيص معانى الألفاظ المأخوذه في موضوعات الأحكام الشرعيه في الأدله من الكتاب و السنّه؟ فالإنصاف ان المنع في المقام واضح المنع.

الأمر الثانى من الأمور التي اعتمد عليها المحقق الرشتى (1) (قده)

ص: ١١٧

١-١) كتاب الغصب للمحقق الرشتى: ١٣.

ما افاده مما ملّخصه: انه على تقدير تسليم صدق اليد في الحرّ، يكون قوله: حتى تؤدّي، قرينه على تخصيص الموصول؛ لعدم صدق الأداء على دفع ديه الحرّ؛ لان دفع المثل أو القيمة في الماليّات دفع للعين المغصوبه عرفاً؛ لقيام العوض فيها مقام المعوض في جلّ الفوائد لو لم يكن في كلّها، بخلاف الديه؛ فإنها ليست عوضاً عن النفس لا حقيقه و لا حكماً، و أنّما هي حكم شرعي شبه الغرامه، هذا إذا قيل بان دفع المثل أو القيمة في الماليّات مستفاد من نفس الغايه، و أما لو قيل بأنه حكم شرعي أو عرفي، بعد تعذر الغايه، و هو الأداء، فقد يقال بدلالته على ضمان الحرّ الصغير و وجوب دفع ديته، و دعوى عدم شمول لفظ الضمان لوجوب دفع الديه؛ لعدم كونها عوضاً، يدفعها عدم كون لفظ الضمان مذكوراً في الروايه، بل هو مستفاد من كلمه «على»، و لا فرق في طريق الاستفاده بينه و بين الماليّات، مع ان اختصاص الضمان بالماليّات أوّل الكلام، و لذا يقال: ان الطيب ضامن، و بالجمله لو سلّم كون الضمان ظاهراً في الماليّات لم نسلم أن العهده ترادفه في ذلك.

و لكن يرد على أصل القول ان دفع البدل إذا كان حكماً شرعياً مستفاداً من غير الأمر بالأداء، يحتاج ثبوته الى دليل شرعي، و هو مفقود في المقام، غير ما رواه وهب بن وهب أبو البختری عن الصادق (عليه السلام) من استعار عبداً لقوم آخرين، فهو له ضامن، و من استعار حرّاً صغيراً ضمن (1)، و هذا مع ضعف سنده، لكون وهب من أكذب البريّه و عامياً، غير معمول به، بل غير ظاهر المراد؛ لمنافاته للإجماع على عدم ثبوت الضمان في

ص: ١١٨

١-١) وسائل الشيعه ١٣:٢٣٨ كتاب العاريه ب ١ ح ١١، و ج ١٩ كتاب الديات ب ١٢ ح ٢.

و الجواب عن هذا الأمر: انه بعد تسليم صدق اليد و الاستيلاء على الحرّ، و صدق الضمان بالإضافة إلى الإنسان أيضاً كالأمر المائيه، و يدلُّ عليه ضمان الطيب المفروض في الروايات و في الفقه في أواخر كتاب الإجاره، و كذا تدل عليه روايه وهب و إن لم تكن معتبره بالإضافة إلى الحكم المذكور فيها، و هو ثبوت الضمان في الفقرتين، لكن أصل التعبير بالضمان فيها مع كون الراوى عارفاً بلغه العرب، يدل على صحه هذا الاستعمال لا بد و إن يكون هناك رافع للضمان و موجب لخروج الضامن عن العهده و دعوى مغايره العهده للضمان كما في كلامه مدفوعه بعدم المغايره، بناء على ما ذكرنا في معنى الضمان، و الرفع للضمان على ما يستفاد من حديث «على اليد» ليس إلّا الأداء، فكما ان أداء المثل أو القيمه رافع لضمان العين، و إن لم يكونا أداء للعين، كذلك أداء الديه في ضمان الإنسان.

و بالجمله الذى تدل عليه روايه وهب هو نفس ثبوت الضمان، و أمّا أنّه بما ذا يتحقق الأداء، فلا دلالة لها عليه، و لا حاجه الى الدلاله أصلاً؛ فإنه في كل مورد يتحقق الضمان لا يكون الرفع إلّا الأداء الحقيقى أو الحكمى، و اشتمال حديث «على اليد» على الغايه و تعرضه لها، لا يدل على خروج بعض موارد الضمان، كما لا يخفى.

فالإنصاف انه على تقدير تسليم صدق الاستيلاء و اليد في الحرّ لا يكون التعرض لغائيه الأداء موجباً لقصر الحكم بالضمان على غير الحرّ.

الأمر الثالث من الأمور المذكوره- ان المتبادر من الموصول هو المال بنفسه أو بقرينه قوله: تؤدى؛ لأن الأداء إذا نسب إلى الأفعال كالصلاه تمّ

معناه بدون المفعول بواسطة الجار، و أما إذا أضيف إلى الأعيان و الأمور التي ليست بأموال، فيحتاج الى المفعول الثاني بواسطة «الى» ، و من الواضح ان المؤدى اليه فى المغصوب هو الذى يكون مالكا للمؤدى أو مستحقاً له، و شىء من الأمرين لا يتصور فى مثل الحرّ؛ إذ ليس له مالك ولا مستحق حتى يؤدى إليه، فلا يتصور القول بأنه يجب ردّ الحرّ المغصوب خصوصاً إذا كان كبيراً الى مالكة أو مستحقّه؛ إذ لا مستحق له شرعاً، و إن كان له وارث؛ إذ الوارث وارث لمورثه لا مستحق له.

و يرد عليه: انه مع فرض موت الحرّ فى يد الآخذ، لا مجال للإشكال المذكور، لانه يصير كتلف المال المغصوب حيث انه يجب أداء قيمته الى من يستحقّها، و هو الوارث فى المقام، فالديه يؤدّيها إلى الوارث كأداء القيمة إلى المالك فى المقيس عليه.

كما انه لو فرض كون الحرّ أجيراً للغير بمنفعته الخاصه، أو بجميع منفعه، بحيث كان الغير مالكا لمنفعته أو منفعه بسبب الإجاره، لا مجال للإشكال فى عدم تحقّق المؤدى اليه فى هذه الصوره، فإنها تصير كالدار المستأجره المغصوبه من المستأجر، حيث انه يجب ردّها إلى المستأجر المالك لمنفعتها؛ إنّما الإشكال فى خصوص صوره الحياه و عدم كونه أجيراً للغير بالنحو المذكور، و فى هذه الصوره إذا كان الحرّ صغيراً غير مستقل فى الإراده و العيش يكون المتفاهم العرفى من الأداء بالإضافه إليه هو أداءه إلى وليه، و من يكون متبوعاً فى الإراده و المعيشه و لا مجال للزوم كون المؤدى اليه مالكا أو مستحقاً، بل اللازم ثبوت المؤدى اليه، و إن كان بالنحو الذى ذكرنا.

و أمّا إذا كان الحرّ كبيراً، فمضافاً إلى انه لا مجال للتفصيل في الحرّ المأخوذ بين الصّور التي ذكرناها و بين هذه الصوره، و هو يكفى في الحكم بالضمان هنا؛ لعدم الفصل، نقول: لا مانع من كون المراد من الأداء هو الإرجاع الى ما كان عليه من المحلّ و الشرائط الخاصّه، و لا ملازمه بين افتقار الأداء في الحديث إلى المؤدى اليه، و بين كون المؤدى اليه هو الشخص، فضلاً عن ان يكون مالكا أو مستحقاً فتدبر.

و بالجمله لا نرى في مقابل إطلاق الحديث الشامل للحرّ ما يوجب تقييده بغيره و إخراجه منه، فهو بمقتضى الحديث مضمون، و يترتب على الاستيلاء عليه الضمان، الذي لازمه وجوب أداء ديته الى الوارث في صورته التلف، و أداء نفسه في صورته العدم.

ثمّ ان مقتضى ما ذكرنا شمول الروايه لمثل الخمر و الخنزير، مع عدم ثبوت المالىه و الملكيه بالنسبه إليهما إذا قلنا بثبوت حق الاختصاص و الأولويه شرعاً فيهما، فيصير مثل العين المرهونه المتعلقه لحق المرتهن، هذا كله بالنسبه إلى عين الحرّ.

و أمّا منافعها فان استوفاهما الآخذ، فلا إشكال في ضمانها عليه، و إن لم يستوفها فكذلك، بناء على ما اخترناه من شمول الحديث لأخذ الحرّ، لاین المنافع حينئذ تكون مأخوذه بتبع العين، و لازمه الضمان فيها، و الاستيفاء لا دخاله له في الحكم بالضمان كما ذكرنا في مثل منافع العبد و الدار و نحوهما من المائيات، و قد عرفت انه في المنافع المتضاده غير القابله للاجتماع في الوجود كالكتابه و الخياطه يكون الضمان متعلقاً بالجميع، و عدم مساعده العرف على ذلك لا يمنع عن اقتضاء الدليل و شموله لجميع المنافع كما لا يخفى.

و أمّا من الجهه الرابعه و هى شمول الموصول للأوقاف و عدمه، فنقول: لا- ينبغى الإشكال فى الشمول بالنسبه إلى الوقف الخاصّ، من دون فرق بين ان نقول ببقاء العين الموقوفه بعد الوقف على ملك مالكها، غايه الأمر صيرورتها متعلقه لحقّ الموقوف عليهم، و بين ان نقول بدخولها فى ملك الموقوف عليهم، و خروجها عن ملك الواقف، و بين ان نقول بما اختاره سيدنا المحقق الأستاذ البروجردى (١) قدس سره الشريف من خروجها عن ملك الواقف، و صيرورتها على رءوس الموقوف عليهم بحيث قدّر منافعها عليهم من دون دخول أصلها فى ملكهم فكأن و يؤيده تعدى الوقف ب «على» فيقال: وقف عليه فكأن المال الموقوف سبحانه جعله المالك على رءوس الموقوف عليهم، حتى يمطر عليهم.

و كيف كان، فلا- فرق فى شمول الموصول بين الأقوال المختلفه فى باب حقيقه الوقف، فإنه لا- أقل من كونها متعلقه لحقّ الموقوف عليهم، و هو يكفى فى الشمول. هذا فى الوقف الخاصّ.

و أمّا الأوقاف العامه كالمساجد و المشاعر و الرباط و المدارس و الطرق، فقد ذكر المحقق الرشتى (٢) بعد ان حكى عن الدروس قوله: لو ثبت يده على مثل المساجد و المشاعر و الرباط و المدارس، ضمن العين و المنفعه، و قال: لم نظفر بمتعرض لحكمها غيره، فى تحقيق المسأله كلاماً ملخصه: انها اى الأوقاف العامه على ثلاثه أقسام:

الأول ما لم تتطرق اليه أيدي الملائك منذ خلق، و ليس له اختصاص

ص: ١٢٢

١- ١) كتاب الغصب مخطوط.

٢- ٢) كتاب الغصب، المحقق الرشتى: ١٧.

بآدمى بوجه من وجوه الاختصاص الملكى، بل طراً الحبس الشرعى على إباحته الأصليه، كأرض عرفات و مكة و المشاعر، و الظاهر ان حكمه حكم الحرّ فى عدم كون اليد عليه موجبه للضمان.

الثانى ما تطرقت اليه يد التملك، ثم عرض المخرج عن الملكيه، و هذا ايضاً على قسمين: قسم ترجع منافعه الى بعض الانتفاعات الدينويه، كالسكنى و الركوب و التطرق و نحوها، و قسم ترجع منافعه الى الانتفاعات الأخرويه كالصلاه و الذكر و أمثالهما من العبادات فى مثل المساجد، ثم ذكر ثبوت الضمان فى القسم الأول بالنسبه إلى العين و المنفعه معاً، بل نفى الاشكال عن الضمان فيه بالنسبه إليهما، و لم يتعرض للقسم الثانى أصلاً، بل طوّل البحث فى ان المنفعه المضمونه فى القسم الأول هل ترجع الى الموقوف عليهم؟ أو تصرف على نفس العين؟ أقول: امّا كون حكم القسم الأول من الأقسام الثلاثه هو حكم الحرّ، فلا ينبغى الإشكال فيه، غايه الأمر انه حيث أن المختار شمول الحديث له، فاللازم شموله له ايضاً و اقتضاؤه الضمان بالنسبه إلى العين و المنفعه معاً.

كما ان ثبوت الضمان فى القسم الثانى مطلقاً مما لا اشكال فيه أصلاً، و الظاهر فيه رجوع المنفعه إلى الموقوف عليهم؛ لأنهم هم المستحقون لها، فتردّ عليهم.

و أمّا القسم الثالث، الذى لم يتعرض له من جهه ثبوت الضمان و عدمه، فالظاهر انه ان كان المأخوذ مثل فرش المسجد و حصيره و سائر ما يتعلق به، فلا ينبغى الإشكال ايضاً فى ضمان العين؛ و المنفعه معاً لانه مال مأخوذ و له مالك و هو المسجد، بناء على صحه اعتبار الملكيه له، كما هو

الظاهر، فلا يرتفع الضمان إلّا بالأداء إليه عيناً أو مثلاً أو قيمه.

و إن كان المأخوذ نفس المسجد، فالظاهر شمول الحديث له ايضاً، كما قلنا في الحرّ، فيترتب عليه ضمان العين، فاذا انهدم بمثل السيل يجب على الضامن تعميره و تجديد بنائه، نعم لا مجال للحكم بضمان المنافع بعد كون المنفعة من الأمور الأخرويه مثل الصلاه و الذكر، و هل الحكم كذلك فيما إذا اتخذ المسجد المستولى عليه مسكناً و محلاً لسكناه و سكنى اهله مثلاً فلا يضمن ما يقابله من الماليه أو يضمن؟ الظاهر هو الأوّل فتدبر.

و أمّا من الجبهه الخامسه و هى المراد من الأداء المأخوذ غايه للضمان و رافعاً له، و انه فى المائيات عباره عن الأداء الى من؟ فنقول: لا شبهه فى تحققه و صدقه فيما إذا أدى العين المأخوذه من المالك اليه، فيما إذا لم تكن العين متعلقه لحق الغير بالإجاره أو الرهن أو غيرهما، بان كانت منافعها غير خارجه عن ملكه، و لم يتعلق بها مثل حق الرهانه، و يكفى فى هذه الصوره الأداء الى وكيل المالك، إذا كانت و كالتة شامله لمثله ايضاً.

كما ان الظاهر عدم تحقق الأداء فيما إذا غصبها غاصب من الغاصب الأوّل مثلاً و أداها اليه دون المالك، فإنه و إن كان يصدق الأداء الى من أخذت العين منه و هو الغاصب الأوّل، إلّا انه لا يحتمل الحديث الحكم برفع الضمان مع الأداء إليه، كما لا يخفى.

و أمّا إذا غصبها من المستأجر الذى كانت العين المستأجره بيده، فهل يتحقق الأداء الرافع للضمان إذا أداها إلى مالك العين، أو لا- يتحقق إلّا إذا أداها إلى المستأجر؟ الحقّ انه هنا ضمانان: ضمان العين بالنسبه إلى المالك، و ضمان المنفعه بالنسبه إلى المستأجر، فإذا أداها إلى المستأجر يرتفع كلاهما؛

لأنه أذى المنفعة إلى صاحبها، و أذى العين الى من يكون أميناً من قبل المالك عليها، و هو المستأجر، فهو يكون كالأداء إلى الوكيل في المثال المتقدم، و أما إذا أداها إلى مالك العين، فضمن العين و إن كان يرتفع بذلك، إلا ان ضمان المنفعة لا مجال لتوهم ارتفاعه به.

و من هنا يتّجه ان يقال؛ إذا غصب العين المستأجره من المستأجر مالکها، بناء على عدم انفساخ الإجاره بذلك، يصير مالک العين ضامناً لمنافعها، و لا يرتفع ضمانه إلا بأداء العين الذى يستتبع أداء المنفعة إلى المستأجر، و مع عدم الأداء و فوت المنافع بيده، يلزم عليه أداء قيمتها كما لا يخفى، و من قبيل الإجاره الرهن، فإذا أخذ العين من يد المرتهن، فإن أداها اليه يرتفع الضمان كلاً و أمّا إذا أداها إلى المالك فيبقى الضمان بالنسبه المرتهن بحاله، فإذا تلفت فى يده، يلزم عليه أداء المثل أو القيمه إلى المرتهن، ليبقى عنده وثيقه لدينه، ثم يردّها المرتهن الى الرّاهن، أو يأخذ منه دينه.

و أمّا إذا أخذ العين من يد الودعيّ، فالظاهر تحقق الأداء الرافع للضمن بالردّ الى كل من المالك و الودعيّ، و الفرق عدم تعلق حق الغير بها فى هذه الصوره، و على ما ذكرنا يتّجه ان يقال، ان الأداء المأخوذ غايه هو الأداء الى من هو ضامن بالنسبه اليه أو وكيله أو أمينه لا الأداء الى خصوص المالك و لا الأداء الى من أخذ منه.

الجهه الثالثه- قد عرفت انّ الضمان فى صورته تلف العين أنما يستفاد من نفس دليل القاعده،

و انّ الأداء الذى يكون غايه للحكم بالضمان و رافعاً له، يكون له مراتب على ما هو المتفاهم عند العرف منه، و إن أداء

المثل فى المثلئ و القئمف فى القئمئ من مراتب الأءاء؁ و ىرتفع به الضمان اىضاً؁ و قد وقع البءء مفضلاً فى المعيار فى المثلئ و القئمئ؁ و بىان الضابطه لهما؁ و نحن نحىل هذا البءء الى محلّه؁ و قد وقع فى كلام الشىء الأءظم الأنصارى فى مسأله المقبوض بالءقد الفاسء فى كتاب مكاسبه (١)؁ أنما المهمّ فى المقام البءء فى ان القئمئ؁ الذى ىجب أءاء قئمته بعد التلف؁ هل الواجب رعاىه قئمته حال الاستىلاء و الأءء؁ أو قئمته فى حال التلف و الانءام؁ أو القئمف حال الأءاء الذى هو الغاىه للءكم بالضمان؁ أو أعلى القئم من زمان الأءء إلى زمان التلف؁ أو الى زمان الأءاء؟ فىه وجوه و اءءمالات.

و قد ذكروا لهءه الوجوه و الاءءمالات أدله و وجوهاً؁ و المهمّ هو النظر فى القاعءه؁ و أنّها تقتضى أى وجه فنقول:

ربما ىقال كما قال به المءقق البءنوردى (٢)-: إن مقتضى القاعءه هى قئمف يوم الأءء و الاستىلاء؁ الذى هو فى باب الغصب ىكون يوم الغصب؁ و تقرىبه بنحو الاءءصار: أنّ ظاهر قوله (صلى الله علىه و آله): و على الءء ما أءءء ءىّ تؤءءفه؁ هو ان نفس ما وقع ءء الءء ىثبت و ىستقرّ على عهءه الآءء؁ و لا شك فى ان هذا المعنى ءكم شرعى و ضعى فى عالم الاعءبار التشرىعى؛ لأنّه ءىء ان المال المأءوذ مال و عىن ءارءفه؁ و الموءوء ءارءفى ىمءءع ان ىنءقل بوءوءه ءارءفى إلى عالم الاعءبار؁ كما انه ىستءىل ان ىنءقل الى الذهن؛ للزوم الانءلاب؁ فاللازم ان ىقال: إن ءبوءه و ووءوءه فى العهءه؁

ص: ١٢٤

١-١) كتاب المكاسب: ١٠٥.

٢-٢) القواعد الفقهىه ٢:٤٨.

أنما هو في عالم الاعتبار، الذي هو أيضاً وجود كالوجود الخارجى و الوجود الذهنى و الوجود اللفظى و الوجود الكتبى، و مرجعه الى اعتبار ذلك الوجود الذى وقع تحت اليد فوق اليد و على عهدتها.

و ذلك الوجود المأخوذ له جهات ثلاث: الخصوصيات الشخصيه، و الجهات الصنفيه الطبيعيه، و مالىته التى هى العمده فى أبواب الضمانات و الغرامات، و هذه الجهات مأخوذه فى عالم الاعتبار و معتبره فيه، فإذا أمكن أداؤها بأجمعها، فالواجب هو الأداء بهذه الكيفيه، و إذا تلفت العين تسقط الخصوصيات الشخصيه؛ لأنه مع عدم إمكان أدائها يكون اعتبارها لغواً، و تبقى الجهتان الأخريان، و إذا لم تكن مثليه كما هو المفروض، تسقط الجهات المصنّفه ايضاً، و يبقى خصوص الجهه المالىه، فاللازم أداء تلك الجهه، و هى التى كان ضامناً لها ابتداءً و من حين الأخذ؛ لأن ظرف الضمان هو وقت الأخذ، فاللازم هى القيمه فى وقت الأخذ الذى هو وقت الضمان بحسب الحديث الشريف.

و لكن الظاهر ان مفاد الحديث هى القيمه يوم الأداء و الدفع، و ذلك لظهوره فى ثبوت نفس العين المأخوذه على العهد، و أمّا ما فى كلامه من ان العين الخارجيه يمتنع ان تنتقل بوجودها الخارجى إلى عالم الاعتبار، فيرده ان العين الخارجيه أنما هى طرف الاعتبار و متعلق له، فهى بوجودها الخارجى ثابتة على العهد، لكن الثبوت أنما هو أمر اعتبارى لا واقعى، و عليه فقياس المقام بالموجود الخارجى الذى يمتنع ان يوجد فى الذهن بوصف وجوده فى الخارج قياس مع الفارق؛ ضروره ان الوجود الذهنى قسيم للوجود الخارجى، و كل منهما له واقعيه و يمتنع انتقال أحدهما إلى

الآخر مع وصف ثبوت واقعيته، و وجوده، و هذا بخلاف المقام؛ فإن الأمر الاعتباري الذي هو الضمان و الثبوت على العهده، انما يكون متعلقه الوجود الخارجى الذى تعلق الأخذ به، و لا بد ان يكون كذلك؛ لما عرفت فى الفرق بين الضمان و اشتغال الذمه من ان الأول يتعلق بالجزئى و الثانى بالكلّى، و عليه فالثابت على العهده فى المقام نفس المأخوذ الذى هو العين الخارجيه من دون استلزام الانتقال، و هذا انما هو بالنسبه إلى العين، ما دامت كونها موجوده باقيه، و أما مع التلف و الانعدام، فالمستفاد من الحكم بالضمان فى قاعده الإلتلاف المفروضه بعد التلف، و من الحكم ببقاء الضمان فى «قاعده على» اليد بعد تلف، العين المأخوذه؛ لعدم تحقق الغايه الرافعه و هى الأداء، و لا مجال لتوهم عدم ثبوت الغايه للضمان؛ لامتناع تحقق الأداء، كما انه لا مجال لدعوى عدم دلالتها على الضمان بعد التلف بأنه لا بدّ و إن يعتبر وجود العين فى قاعده الإلتلاف و بقاؤها فى قاعدتنا، غايه الأمر كونه بنحو الاعتبار؛ لانه لا يعقل عدم ثبوت طرف الضمان؛ فإنه كما يحتاج الى وجود الضامن كذلك يحتاج الى وجود المضمون، فلا محاله يكون ثبوت الحكم بالضمان بعد إعدام العين أو انعدامها مستلزماً لفرض وجود العين و اعتبار بقائها، و على ما ذكرنا فالثابت على العهده انما هو نفس العين المأخوذه، من دون فرق بين زمان قبل التلف و بين زمان عروض التلف لها، فكما ان العين بجميع جهاتها الثلاث المذكوره فى كلام القائل ثابتته على اليد قبل التلف، غايه الأمر فى عالم الاعتبار الذى هو طور من الوجود فى قبال سائر أطواره و أنواعه، كذلك هو ثابت على اليد مع جميع الجهات بعد التلف، و لا مجال للتفكيك فى مفاد الحديث الذى هو الحكم بالضمان بين

الزّمانين قبل التلف و بعده، و الحكم بان الثابت قبل التلف أنّما هي العين مع جميع الجهات الثلاث، و الثابت بعده أنّما هي العين مع بعض تلك الجهات، فالعين المأخوذة على اليد و عهدتها مستمرّاً الى زمان الأداء، و لا فرق في هذا الثبوت بين ما قبل التلف و ما بعده، فبعده ايضاً تكون العين على العهده كقبله، غايه الأمر أنّ التلف أنّما يؤثر في الغايه، و هي الأداء؛ إذ انه قبل التلف كان أداء العين بجميع الخصوصيات ممكناً، و بعده يمتنع ذلك و يصير محالاً، و حينئذ ينتقل إلى المرتبه الثانيه، و هي أداء المثل مع فرض مثليته، و بعدها إلى المرتبه الثالثه و هي أداء القيمه مع كونه قيمياً، و لكن الانتقال إلى القيمه أنّما هو في ما يرتبط بالأداء و بالغايه، و لا ارتباط له بأصل الضمان، فما دام لم يؤدّ القيمه تكون العين المأخوذة باقيه على العهده و ثابتة على اليد، فإذا أراد ردها ليرتفع الضمان، فحيث لا يكون قادراً على ردّ العين؛ لفرض التلف و لا على ردّ مثلها؛ لعدم كونها مثليه، فاللازم ردّ قيمتها، و من الواضح أنّ القيمه التي يجب ردها حينئذ هي قيمه العين في حال الأداء و الدّفْع، و بعبارة اخرى الواجب عليه ردّ العين في هذه الحاله ايضاً، و حيث انه ممتنع، تصل النوبه إلى ماليتها القائمه مقامها، و هي المائيه في حال الردّ و الأداء.

و الظاهر وقوع الخلط في كلام القائل بين الضمان المعني و بين الأداء الذي هو الغايه، فرأى انه حيث لا يمكن ردّ العين مع جميع الجهات، و اللازم ردها ببعضها، فيكون الضمان ايضاً مرتباً بذلك البعض، مع ان الضمان أنّما هو بالنسبه إلى العين في جميع الحالات، و الغايه لها مراتب و درجات، و نتيجه لزوم أداء قيمه يوم الأداء، لامتناع أداء العين بجميع

و يؤيد ما ذكرنا الحكم بضمان النماءات التي تحصل للعين المغصوبه بعد الغصب، و إن تلفت تلك النماءات بعد حصولها، كما لو سمنت الشاه مثلاً في يد الغاصب، ثم زال عنها السمن و عادت حالتها الأولى؛ فإن منشأ الحكم بضمانها هو كون المضمون هي العين بجميع الخصوصيات، و هي الثابته على العهد و على اليد، و دعوى كون هذه النماءات واقعه تحت اليد جديداً بتبع بقاء العين، فتكون غصباً آخر غير مربوط بالغصب الأول، مدفوعه بوضوح خلافها؛ فان تعدد الغصب في مثله، ممّا لا يقبله العقلاء و العرف أصلاً.

و بالجمله لا فرق في أصل الحكم بالضمان المستفاد من المغنيا في الحديث الشريف، و هو ضمان العين و ثبوتها على العهد بجميع الخصوصيات، بين الفروض المختلفه و الحالات المتعدده، من التلف و غيره، و المثلى و غيره، و أنّما الاختلاف بينها يرجع الى الغايه الرافعه للضمان، و مقتضى ما ذكر في القيمي ردّ قيمته يوم الردّ و الدفع، فتدبر جيداً.

ثم أنّ في دلاله القاعده احتمالاً - ثالثاً اختاره سيدنا المحقق الأستاذ البروجردى (قدّس سرّه) على ما في تقريراته في مباحث الغصب (1)، فإنه بعد ان ذكر ان مختاره في السابق كان ما عليه المحقق الخراسانى (2) (قده) مما يرجع الى لزوم قيمه الأداء و الدفع، و قد رجع عنه بعداً، ذكر ان القيمه التي يقال لها بالفارسيه «ارزش» لا تعتبر للمعدوم الصّرف، فالعين

١-١) كتاب الغصب مخطوط.

٢-٢) حاشيه المكاسب للمحقق الخراسانى: ٢٣.

الشخصيه الخارجيه و إن كانت فى زمن بقائها تعتبر لها فى كل يوم قيمه، و لكنها إذا تلفت لا تعتبر لها عند العقلاء قيمه، بأن يقولوا: ان هذه العين فى هذا اليوم تساوى كذا و كذا، لانتفاء الهذيه و الشخصيه، فكيف تعتبر لها قيمه؟ نعم يعتبر عند العقلاء لمثلها قيمه، و لكن اين هذا من قيمه شخص العين التالفه التى جعلت من المراتب النازله لنفس العين، فالعين لما لم يكن لها قيمه بعد تلفها، كان الواجب على الضامن أداؤها بقيمتها حينما تعتبر لها قيمه و هو حال الوجود، فزمان الانتقال إلى القيمه و إن كان هو يوم التأديه، لكن العين لما لم تكن لها قيمه إلاّ حال الوجود، فاللازم قيمه ذلك الحال، و لكن لا دلاله للقاعده حينئذ على ان الاعتبار بخصوص يوم التلف أو يوم الغصب أو أعلى القيم منه اليه.

و يرد عليه ما عرفت سابقاً من ان المستفاد من الحكم بالضمان فى قاعده الإلتلاف، التى مرجعها الى كون الضمان مترتباً على الإلتلاف، و أنّ الإلتلاف سبب الضمان و متقدم عليه و لو رتبته انه لا يعتبر فى الحكم بالضمان مطلقاً بدواً و استمراراً وجود العين و عدم عروض التلف لها فالعين و إن كانت تالفه تكون معروضه لوصف المضمونيه و متعلقه للضمان و حينئذ نقول ان لازم اعتبار قيمتها حال الوجود لعدم اعتبار قيمه حال التلف ان يكون اللازم القيمه فى حال عدم تحقق الضمان و هو حال الوجود فيصير مثل ما إذا قيل فى الغصب باعتبار قيمه قبل الغصب مع انه لم يقل به أحد و لا يحتمله القاعده بوجه.

و الحق أنّ القيمه اللازمه هى قيمه العين التى اعتبر وجودها فى عالم التشريع و ثبوتها و بقائها على العهده و قد عرفت ان مقتضى القاعدتين

قاعده الإلتلاف و قاعده التلف التي هي المبحوث عنها في المقام بقاء نفس العين على العهده و ثبوتها على اليد و إن الانتقال إلى قيمه أنما هو في مرحله الأداء الذي له مراتب متعدده و درجات مختلفه و اللازم حينئذ ان يؤدى قيمه يوم الأداء لأنه يوم الانتقال إلى القيمه و البدل و الذي تضاف إليه القيمه هي نفس العين الثابته على العهده و إن كانت غير موجوده في الخارج فالإنصاف انه لا- مجال للرجوع عما افاده المحقق الخراساني (قده) و اختاره جمله من أجلاء تلامذته من كون اللازم بمقتضى القاعده هي القيمه يوم الأداء و الدّفع.

ثم انه ورد في هذا المجال روايه صحيحه في باب الغصب الذي هو أظهر مصاديق القاعده المبحوث عنها في المقام لا بد من ملاحظتها و انه هل يستفاد منها غير ما تفيده القاعده من القيمه يوم الأداء على ما استظهرنا منها أم لا؟ و انه على التقدير الأول كيف يجمع بينهما؟ فنقول هي صحيحه أبي ولاد قال اكرتيت بغلاً الى قصر ابن هبيره ذاهباً و جائياً بكذا و كذا و خرجت في طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطره الكوفه خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته فظفرت به و فرغت مميًا بيني و بينه و رجعت إلى الكوفه، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت أن أتحلل منه فيما صنعت و ارضيه فبدلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبى حنيفه و أخبرته بالقصه و أخبره الرجل، فقال لى: ما صنعت بالبلغه؟ قلت رجعت سليماً، قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً قال فما تريد من الرجل، قال: أريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسة

عشر يوماً فقال أنى ما أرى لك حقاً لانه اكره الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النيل و إلى بغداد فضمن قيمه البغل و سقط الكراء فلما ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكراء، قال فخرجنا من عنده و أخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتي به أبو حنيفة و أعطيته شيئاً و تحللت منه و حججت تلك السنه فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما افتي به أبو حنيفة فقال: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء مائها و تحبس الأرض بركاتها، فقلت لأبى عبد الله (عليه السلام) فما ترى أنت، جعلت فداك. فقال: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفه إلى النيل و مثل كراء البغل من النيل الى بغداد و مثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفه و توفيه إياه، قال: قلت قد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال: لا، لأنك غاصب فقلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال: عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم تردّه عليه، قلت: فمن يعرف ذلك، قال: أنت و هو اما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك أو يأتى صاحب البغل لشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك فقلت: انى كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حللتنى، فقال: إنما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفيتتك به فان جعلك فى حلّ بعد معرفته فلا شىء عليك بعد ذلك (1). و تنكير البغل فى قوله: قيمه بغل يوم خالفته إنما هو فى نسخه الوسائل و المحكى عن نسخ الكافى و التهذيب هو

ص: ١٣٣

البغل معرّفًا و هو الظاهر كما ان المحكّي عن صاحب الجواهر انه قال ان الموجود فيما حضرني من نسخه التهذيب الصحيحه المحشاه ترده عليه من دون لفظ «يوم» .

و ربما يقال بدلاله الصحيحه على ان المدار في القيمه هي قيمه يوم الغصب و الأخذ و الاستيلاء و ذلك في موضعين منها:

أحدهما قوله (عليه السلام) : نعم قيمه بغل يوم خالفته و قد أفاد الشيخ الأعظم الأنصاري قدّس سرّه في وجه دلاله هذه فقره على كون المدار هي القيمه يوم الغصب وجهين:

الأوّل إضافه القيمه المضافه إلى البغل الى يوم خالفته ثانيًا فيكون المضاف واحداً و المضاف اليه متعدداً في عرض واحد و يصير المعنى قيمه بغل قيمه يوم خالفته و من الواضح ان المراد بالمضاف اليه الثاني هو يوم الغصب و الأخذ.

و أورد عليه تاره بأن المضاف إلى شيء لا يضاف إلى شيء آخر، ثانيًا و انه محال من جهة استلزامه الجمع بين اللحاظ الآلي و الاستقلالي في استعمال و لحاظ واحد و هو مستحيل. ذكر ذلك المحقق الخراساني قدّه في حاشيه المكاسب حيث قال فيه إشكال فإن إضافه المضاف بما هو مضاف ثانيًا يستلزم ان يكون الإضافه بما هي اضافه ملحوظه باللحاظ الآلي طرفاً لها و ملحوظه على الاستقلال فإنها من مقوماته في الإضافه الثانيه و لو كان المراد إضافته ثانيًا لا بما هو كذلك اي مضاف يلزم ان يكون حين التلفظ به طرفاً لهذا على حده و لذاك كذلك و هذا يستلزم ان ينظر اليه ذلك الحين بالنظرين المتباينين. و أخرى بأنه على فرض الجواز لا يكون ذلك معهوداً

فى تراكيب الكلام و الجملى العربىه خصوصاً فى مقام الإفتاء الذى يناسبه التعبير المتداول و الاستعمال المتعارف و خصوصاً إذا كان فى مقابل إفتاء آخر غير مطابق للواقع و هو إفتاء أبى حنيفه بغير ما انزل الله تعالى. نعم لا مانع من تتابع الإضافات الذى مرجعه إلى إضافه المضاف إليه إلى المضاف اليه الآخر و إضافته أيضاً الى ثالث و هكذا كما ورد فى الكتاب مثل دأب قوم نوح و لكنه غير ما افاده قده.

و قد وجه السيد الطباطبائى فى حاشيه على المكاسب ان قيد المضاف إليه إذا لم يكن له ثمر إلا بجعله قيماً للمضاف يكون الغرض من الإضافه هذا التقييد و فى المقام كذلك فان تقييد البغل بيوم المخالفه من حيث هو لا معنى له فلا بد ان يكون الغرض من ذلك كونه قيماً للقيمه يعنى يوم المخالفه للبغل و ذلك كما إذا قيل ضرب زيد يوم الجمعة فإن إضافه زيد الى اليوم لا معنى له الا ان يكون الغرض منه تقييد الضرب به.

و يرد عليه وضوح الفرق بين المقيس و المقيس عليه فان تقييد زيد بيوم الجمعة و إن كان لا- معنى له إلا ان تقييد البغل بيوم المخالفه لا مانع منه لاختلاف حالاته من جهه السمن و الهزال و الصحه و المرض و غيرهما و من جهه تفاوت القيمه السوقيه و الاختلاف من هذه الناحيه، مع ان هذا التوجيه يرجع الى الوجه الثانى المذكور فى كلام الشيخ الذى يجيء و عليه فلا يبقى فرق بين الوجهين.

الثانى كون الظرف قيماً للاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل فيكون المعنى قيمه مختصه بالبغل يوم المخالفه بحيث كان يوم المخالفه متعلقاً بمختصه و لا مانع منه بعد كونه شبه فعل و يجوز ان يكون عاملاً فى

الظرف و حينئذ يكون الظرف مفتوحاً كما انه فى الصوره الاولى يكون مجروراً و من المعلوم ان القيمه المختصه بالبعغل يوم المخالفه هى قيمه يوم الغصب و الأخذ.

و أورد عليه بان اختصاص الحاصل من الإضافه معنى حرفى و ملحوظ آلى فلا- يمكن ان يرد عليه القيد لأن المعانى الحرفيه ليست قابله للتقييد للزوم اجتماع اللحاظ الآلى و الاستقلالى واحد و لحاظ فأرد.

و لكننا قد حققنا فى البحث عن الحروف فى علم الأصول انه لا مانع من ذلك و إن أكثر التقييدات الواقعه فى الاستعمالات و المحاورات أنما يرجع الى تقييد المعانى الحرفيه فقولك ضرب زيد يوم الجمعه عند الأمير يكون القيدان فيه راجعين الى وقوع الضرب على زيد و هو من المعانى الحرفيه غير المستقله بخلاف نفس الضرب الذى هو معنى مستقل و كذا زيد الذى يكون كذلك و لا مجال لدعوى تعلق القيد بنفس الضرب من دون ملاحظه خصوصيه وقوعه على زيد و فى الحقيقه متعلق القيد هو الاختصاص الحاصل من اضافته الضرب الى زيد و لذا أوردنا على المحشى برجوع توجيهه للوجه الأول إلى الوجه الثانى.

و بالجمله لا مانع من تقييد ما هو الملحوظ الآلى و إن كان مستلزماً للحاظ الاستقلالى و الشاهد هو الاستعمالات المتداوله و المحاورات العرفيه.

و يمكن ان يقال برجوع القيد الى البغل بحيث يكون المقام من تتابع الإضافات و ذلك بملاحظه ما ذكرنا من اختلاف حالات البغل من جهه السمن و الهزال و الصحه و المرض و مثلهما و من جهه القيمه السوقيه و لكنه حيث لا يكون الاختلاف من الجهه الأولى متحققاً فى مورد الروايه لأن

البغل لا- يختلف فى الأيام القليله المفروضه فى مورد الروايه من جهه السِّمن و الهزال غالباً و المفروض عدم عروض عيب عليه لان فرض العيب واقع فى الأسئلة الواقعه بعد هذا الجواب. فالظاهر حينئذ ان الاختلاف الذى هو محط نظر الروايه هو الاختلاف من جهه القيمه السوقيه و عليه يكون الظرف قيدهاً للبغل بنحو الإضافه كما انه يمكن ان يقال بكون الظرف متعلقاً بنعم كما استظهره السيد قده فى الحاشيه نظراً إلى انه إذا كان فى الكلام فعل أو شبهه فهو أولى بأن يكون متعلقاً للظرف و القيمه بمعنى العوض ليس فعلاً و لا شبهه بخلاف «نعم» فإنه فى قوه قوله يلزمك أو يكون لفظ يلزمك مقدراً بعده.

و على هذا الاحتمال الأخير لا دلالة لهذه الفقره من الروايه على تعيين قيمه أى يوم لأن غايه مفادها هو اشتغال الذمه بالقيمه و ثبوتها على العهد فى يوم الأخذ و أمّا ان القيمه المضمونه و الثابته على العهد قيمه أى يوم فلا دلالة للروايه عليه أصلاً. نعم ظاهرها حينئذ ان الثابت على العهد فى غضب القيمى بمجرد تحقق الأخذ هى القيمه مع ان ظاهر قاعده ضمان اليد كما عرفت هو ثبوت نفس العين المأخوذه على اليد فيقع بينهما التنافى من هذه الجهه و لكن لا بد من توجيه الروايه لأنه لا معنى لثبوت القيمه على العهد مع وجود العين و عدم تلفها بحيث يكون مجرد غضب القيمى موجباً لثبوت القيمه على عهد الغاصب فلا بد من توجيهها بما يرجع الى مفاد القاعده كما لا يخفى.

و بالجمله إذا كان يوم خالفته قيدهاً للقيمه و متعلقاً بها فبلحاظ كون الجواب انما هو عن السؤال عن صورته وقوع التلف و فرض ان البغل عطب

أو نفق يكون مرجع قوله: نعم الى لزوم القيمة المقيده بالقييد المذكور بعد فرض التلف فلا- دلاله للجواب حينئذ على ما يلزمه بمجرد الأخذ و المخالفه أصلاً و أمّا لو كان القيد راجعاً الى نعم أو الفعل المقدر بعده فالجواب و إن كان عن السؤال المذكور المفروض فيه صورته التلف الّا ان ظاهره ثبوت القيمة و لزومها عليه بمجرد الأخذ و المخالفه مطلقاً من دون فرق بين ما إذا تحقق التلف بعده و ما إذا لم يتحقق لانه لا مجال للتفكيك بين الصورتين و الحكم بأنّه في صورته التلف يكون اللازم عليه يوم الغصب هي القيمة فلا- ينافي كون اللازم في صورته العدم من حين الأخذ هي غير القيمة بل الظاهر ان الاستفادة من الرّوايه حينئذ كون اللازم هي القيمة مطلقاً و عليه فلا بد من توجيه الروايه بما يرجع الى مفاد قاعده اليد فتدبر.

و بذلك يجاب عما عن بعض الأعظم قدس سره من ان ضمان القيمة لو كان يوم المخالفه أي يوم الغصب بمعنى تعلّق القيمة بالعهد و اشتغال الذمه بها في ذلك اليوم فلازمه كون المضمون هي قيمه يوم المخالفه أيضاً لأنه لا معنى لان تكون قيمه اليوم المتأخر عن يوم المخالفه و هو يوم التلف أو يوم الرد ثابتة على العهد في يوم المخالفه و عليه فلو كان الظرف راجعاً الى نعم أو الفعل المقدر بعده تكون هذه الفقره داله ايضاً على كون المعتبر هي قيمه يوم المخالفه. و قد ذكرنا انه حيث لا معنى لتعلق القيمة بالعهد و اشتغال الذمه بها مع فرض وجود العين بحيث كان الحكم المعني راجعاً الى ثبوت القيمة و الغايه داله على أداء العين ضروره انه لا معنى لأدائها أي القيمة مع فرض وجود العين و إمكان ردّها فلا بد من توجيه بما يرجع الى مفاد القاعده و هو ثبوت العين على العهد في عالم الاعتبار

الذى يتفق فيه العقلاء و الشارع غايه الأمر انه مع فرض التلف و كون العين قيمه لا يمكن ان يتحقق الأداء إلّا بأداء قيمه التى هى الجبهه المهمه فى باب المائيات و الملحوظه فى أبواب الضمانات و الغرامات.

و قد انقدح بما ذكرنا انه لم تثبت دلالة هذه الفقره من الروايه على خلاف ما استظهرنا من القاعده من ثبوت قيمه يوم الدفع و الأداء.

ثانيهما قوله (عليه السلام) أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكرت كذا و كذا فيلزمك و الظاهر ان المراد من قوله حين اكرت هو يوم الغصب لانه لا وجه لضمان يوم الاكتراء بعنوانه أصلاً و العدول عن التعبير بيوم الغصب الى يوم الاكتراء مضافاً الى اتحاد اليومين فى مورد الروايه لأن الظاهر اكرت الدابه خصوصاً فى تلك الأزمنه أنما كان يقع فى نفس اليوم الذى يريد ركوبها و الاستفاده منها و المفروض فى الروايه تحقق الغصب فى الساعه الاولى من الحركه و الركوب لانه وقع الاكتراء فى الكوفه التى هى ساحل الشطّ و وقع الغصب و المخالفه قرب قنطره الكوفه حين ما خبّر بتوجه غريمه الى النيل و عدم كونه فى قصر ابن هبيرة أنما هو لأجل ان تحصيل الشهود حين الاكتراء أسهل من حال الغصب لان محل الاكتراء غالباً محل اجتماع المكارين العارفين بقيمه البغال و أما حين الغصب الواقع فى أثناء الطريق لا طريق نوعاً الى تحصيل الشهود على معرفه قيمته فى ذلك الوقت و عليه تكون هذه الفقره صريحه فى ان المدار فى ضمان القيمي هو قيمه يوم الغصب و المخالفه.

هذا و يمكن منع دلالة هذه الفقره أيضاً نظراً إلى انه يمكن ان يكون التعبير بيوم الاكتراء الذى يراد به يوم الغصب على ما مرّ أنما هو لأجل

عدم تفاوت قيمه البغل فى الأيام القليله المفروضه فى مورد الروايه التى لا تتجاوز عن خمسه عشر يوماً فإنه كما لا يختلف البغل فى هذا المقدار من الزمان من جهه السمن و الهزال نوعاً كذلك لا يختلف من جهه القيمه السوقيه خصوصاً فى تلك الأزمنه و التعبير به بدلاً عن يوم الدفع و الأداء إنما هو لأجل ما ذكر من انه لا طريق غالباً الى تحصيل الشهود على معرفه قيمه يوم الدفع خصوصاً بعد عدم وجود العين و لا مجال لتعيين القيمه مع التلف و من الواضح ان الخصوصيات التى عليها الدابه لها دخل فى القيمه جداً و ذكرها لا يكفى فى مقام التقويم بل لا بدّ من المشاهده و إن كان التوصيف يكفى فى مقام البيع و المعامله إلا ان للتقويم مقاماً غير مقام المعامله فتدبر.

و يؤيد ما ذكرنا من عدم دلالة الروايه على ضمان القيمه يوم الغصب قوله (عليه السلام) فى الذيل: عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم تردّه عليه بناءً على وجود كلمه اليوم لما عرفت من الجواهر من عدم وجوده فى النسخه المصححه من التهذيب الموجوده عنده و على ان يكون الظرف متعلقاً بالقيمه بمعنى انه يجب عليك قيمه يوم الردّ بالإضافة الى ما بين الصحه و العيب و أمّا بناءً على تعلق الظرف به عليك بلحاظ كون معناه الفعل و هو انه يلزم عليك فمعناه أنّ الثابت على العهده فى يوم الردّ و الأداء هى القيمه فيمكن ان يقال بظهوره أيضاً فى كون الثابت هى القيمه فى ذلك اليوم و إن كان يمكن المناقشه فيه بأن غايه ما تدل عليه حينئذ هو كون الثابت فى يوم الردّ هى القيمه و أمّا ان القيمه قيمه أى يوم فالروايه ساكته عنه.

و لكن الظاهر عدم تعلق الظرف به عليك و إن كان متضمناً لمعنى

الفعل لأنه ان كان المراد باللزوم هو لزوم الأداء و الدفع فلا فائده في ذكر الظرف أصلاً لأنه يصير حينئذ أمراً واضحاً لا حاجة الى بيانه لوضوح ان أداء القيمة انما يقترن مع أداء العين و ردها مع وصف كونها معيوبه و إن كان المراد باللزوم هو الثبوت على العهده فلا خفاء في ان الثبوت الكذائي انما يتحقق بنفس عروض العيب و صيروره المدابه معيبه في يد الغاصب فلا وجه لجعل الظرف متعلقاً به حتى يصير معناه ان الثبوت انما يكون زمانه يوم الردّ و الأداء.

و يحتمل ان يكون الظرف متعلقاً بالعيب بمعنى أنه لا بد في العيب من ملاحظه يوم الأداء إذ ربما يمكن ان يكون العيب في أوّل عروضه قليلاً ثم ازداد بعده و في هذه الصوره لا بد من ملاحظه ما عليه العيب من الكثره و الشده في يوم ردّ العين معيبه و لازم ذلك انه لو فرض العكس و صيروره العيب قليله أو خفيفه لكان اللازم ملاحظه وقت الأداء دون وقت العروض.

و بالجمله فالروايه على التقدير الأوّل الذي يكون الظرف متعلقاً بالقيمة تؤيد عدم دلالتها في الجملات السابقه على هذه الجمله على كون المراد هي القيمة يوم الغصب.

ثم انه ربما يستشكل الأخذ بهذه الصحيحه بأنها مخالفه للقواعد العامه و الضوابط القطعيه المقرره في كتاب القضاء للمدعى و المنكر و هي انّ البينه على المدعى و اليمين على من أنكر و التفصيل قاطع للشركه فالمدعى وظيفته إقامة البينه و المنكر اليمين نعم يمكن له ردّ اليمين الى المدعى في فرض عدم ثبوت البينه له مع ان الصحيحه ظاهرها تخيير المالك ابتداء بين الحلف و بين

إقامه البينه غايه الأمر انه مع عدم الحلف و عدم البينه تصل النوبه إلى حلف الغاصب و هذا لا ينطبق على قواعد باب القضاء و فصل الخصومات بوجه.

و ربما يوجه ذلك بان الاختلاف يمكن ان يكون باختلاف كيفية إنشاء دعواهما و بعبارة اخرى لا يجتمع الأمران فى مورد واحد و فى مصب دعوى كذلك بل لهما موردان فإنه ان كان مصب الدعوى تنزل القيمة التى تجب عليه أدائها عن القيمة السابقة بحيث كان الغاصب مدّعياً للتنزل و المالك منكرًا له تكون وظيفه المالك حينئذ اليمين مع عدم ثبوت البينه للمنكر على التنزل لأن الأصل عدم التنزل و إن كان مصب الدعوى نفس القيمة الثابته من غير اتفاق على القيمة السابقة بل و من دون اطلاع عليها بل كان النزاع فى مجرد القيمة من حيث الزيادة و عدمها فالقول قول الغاصب لإنكاره الاشتغال بالزائد عمّا يدعيه من القيمة يوم المخالفه لأن لازمه الاتفاق فى المورد الأوّل على القيمة قبل الغصب.

و هذا التوجيه و إن كان يؤيد عدم دلالة الروايه على كون المدار هي القيمة يوم المخالفه لأن لازمه الاتفاق فى المورد الأوّل على القيمة قبل الغصب الذى لا تكون العين بيد الغاصب و تحت استيلائه و هذا فى غايه البعد بخلاف ما لو كان مدلول الروايه هي القيمة يوم الدفع فان الاتفاق على القيمة قبل يوم الدفع كيوم الأخذ و الغصب أمر عادى لا بعد فيه أصلاً إلا انه فى نفسه مستبعد و ابعده منه حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدقه فيه من دون محاكمه و التعبير برده اليمين على الغصب من جهه ان المالك أعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقًا له

ابتداء و لكن ذلك لا يقدح فى أصل دلالة الروايه على تعيين القيمه و إن الملاك قيمه أى يوم.

ثم انه بناء على ما قلنا من عدم ظهور الروايه فى شىء من فقراتها فى خلاف ما تدل عليه القاعده المستفاده من على اليد ما أخذت من كون المدار هى قيمه يوم الدفع لا بدّ من حملها عليها لعدم التعارض بينهما بعد فرض ظهور القاعده و عدم ظهور الروايه فى خلافها. و أمّا ان قلنا بظهور الروايه فى كون المناط هى القيمه يوم الغصب كما عليه بعض الأعاضم قده فالظاهر لزوم الأخذ بالروايه لعدم بلوغ ظهور القاعده مرتبه ظهور الزوايه خصوصاً بعد الاختلاف فيه و إنكار بعض ظهور القاعده فى لزوم دفع قيمه يوم الدفع كما نقلناه عنه فالإنصاف أنه على هذا التقدير لا محيص عن الالتزام بقيمه يوم الغصب.

ثم انه بقى فى بحث القاعده أمور ينبغى التنبيه عليها:

الأمر الأوّل – ما لو تعذر أو تعسر رد العين من دون ان يعرض لها التلف

كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق و انه هل يجب بمقتضاها إعطاء بدل الحيلوله للمالك أم لا؟ و اللازم قبل البحث فى هذا الأمر من التنبيه على أمرين:

أحدهما ان محطّ البحث فى لزوم إعطاء بدل الحيلوله و عدمه هو مجرد القاعده المستنده إلى قوله (صلى الله عليه و آله) على اليد ما أخذت حتى تؤدى و أمّا الأدله الأخرى التى يمكن استفاده الحكم بالضمان منها فهو خارج عن محلّ البحث هنا مثل ما ورد فى باب الأمانات المضمونه مما يدلّ على تحقق الضمان بالأمر المذكوره كالسرقه و مثلها و مثل قاعده الضرر و فوت سلطنه

ص: ١٤٣

المالك و أشباههما فان الجميع خارج عن محلّ البحث هنا و إن كان يجب البحث عنها في مسأله بدل الحيلولة بعنوان عام.

ثانيهما ان التعذر و التعسير و عدم إمكان الردّ له مراتب مختلفه فإنه تاره يكون في مده قصيره يعلم بإمكان ردّ العين بعد انقضائها و أخرى يكون في مده طويله مقرونه باليأس من الوصول إليها كما إذا وقعت العين في قعر البحر مثلاً و ثالثه في تلك المده مع رجاء الوصول اليه و وجدانه.

أمّا الصوره الأولى فالظاهر انه لا مجال لدعوى الانتقال الى بدل الحيلولة في تلك المده القصيره مستنداً الى على اليد لوضوح انه لا دلالة له على لزوم أداء المثل أو قيمه في هذه الصوره و بعباره اخرى لا يكون أداء المثل أو قيمه في هذا الفرض من مراتب أداء العين الذي هو غايه للحكم بالضمان.

و أمّا الصوره الثانيه فهي ملحقه بالتلف عند العرف و العقلاء حيث أنهم لا يفرقون بينها و بين التلف بوجه و عليه فاداء المثل أو القيمه ليس لأجل الحيلولة بل لأجل حصول التلف العرفي فالعمده في البحث هي الصوره الثالثه فنقول:

ربما يقال بان مقتضى القاعده لزوم ردّ المثل أو القيمه في هذه الصوره نظراً الى ان مقتضاها كون العين المأخوذه بدون اذن المالك و الشارع ثابتة و مستقره في عالم الاعتبار التشريعي على عهد المالك بجميع خصوصياتها الشخصيه و صفاتها النوعيه و مآلتها كما ان الأمر كذلك عند العقلاء فيجب تكليفاً و وضعا ردّ الجهات الثلاث مع الإمكان و عند تلف العين يجب ردّ الجهتين الأخيرتين و أمّا مع التعذر أو التعسير على ما هو المفروض في المقام

فحيث يسقط التكليف برّد العين للتعذر أو التعسير فيدور الأمر بين ان يسقط عن ردّ جميع الجهات الثلاث أو يبقى بالنسبه إلى الجهتين الباقيتين ان كان مثلياً و الجهه الواحده الباقيه ان كان قيمياً و لا وجه للأول لأنه بلا دليل بل الدليل على عدمه و هو قوله (صلى الله عليه و آله) على اليد. . لدلالته على استقرار الجهات الثلاث فى العهد و بارتفاع الاولى لا ترتفع الأخرى ان فيجب عليه إعطاء المثل ان كان مثلياً و القيمه ان كان قيمياً.

و لكن بملاحظه ما عرفت فى معنى على اليد و مفاده من كونه عباره عن مجرد الحكم الوضعى الشرعى معنياً بتحقيق الأداء تعرف انه لا- دلالة له على الحكم التكليفى بوجه بل مرجعه الى ان الأداء رافع للضمان و غايه له و أمّا انه واجب فهو مستفاد من دليل آخر فاللازم حينئذ ملاحظه أنّ الأداء المجعول غايه للحكم بثبوت ضمان العين المأخوذه و استقرارها على عهده المستولى و ذى اليد هل يكون من مراتبه أداء المثل أو القيمه فى المقام كما فى صورته التالف الحقيقى أو العرفى أو أنّه لا يكون من مراتبه لثبوت الفرق بين المقام و بين صورته التالف فالغايه لا تتحقق إلّا بأداء نفس العين بعد رفع التعذر و التعسر.

لا يبعد ان يقال بالثانى لأنّ كلّما فرض ان يكون أداءً و من مراتبه فلا بد من فرض كونه غايه و رافعاً للضمان المستفاد من على اليد و بعباره اخرى بعد كون الأداء فى الحديث متصفاً بأنه غايه رافعه للضمان فكّلما فرض من مراتبه لا بد و إن يكون متصفاً بهذا الوصف فلا مجال لدعوى تحقق الأداء فى مورد مع فرض عدم ارتفاع الضمان بسببه و عليه فالانتقال الى المثل أو القيمه فى المقام ان كان متصفاً بهذه الصّفه فلازمه الالتزام

بارتفاع ضمان العين بسببه مع انه لا مجال للالتزام به و إن لم يكن متّصفاً بهذه الصفه فهو خارج عن الحديث و شموله و عليه فلا دلاله للحديث على الانتقال المزبور بوجه.

الأمر الثاني – لا شبهه في تحقق الضمان بمقتضى القاعده فيما إذا كانت اليد التي عليها ما أخذت واحده

لا تعدّد فيها، و أمّا لو تعاقبت الأيدي العاديه أو غير المأذونه على مال الغير فهل يستفاد من دليل القاعده تعدّد الضمان بحيث كان للمالك الرجوع الى أيّه واحده منها شاء أم لا؟ ربما يقال: نعم لان مفاد الحديث الشريف جعل الضمان لكل يد عاديه بطور القضيه الحقيقيه فكما انه يشمل وقوع الأيدي المتعدده على الأموال المتعدده كذلك يشمل الأيدي المتعدده ان وقعت على مال و حاد لان المناط في تعدّد الضمان تعدّد اليد إذ هو موضوع الحكم بالضمان على نحو القضيه الحقيقيه فتتحلّ الى قضايا متعدده حسب تعدّد افراد موضوعها المذى هي اليد كما هو الشأن في جميع القضايا الحقيقيه و لا دخل في تعدّد ما تقع عليه في الحكم بالضمان و من آثار ذلك اى تعدّد الضمان جواز رجوع المالك الى كل واحده منها.

و نحن نضيف اليه ان تقييد المضمون بكونه مأخوذاً لليد لا ينافى تعدّد الضمان بوجه نظراً الى أنّ الضامن الثاني لم يأخذ العين المضمونه من مالكها بل من الضامن الأول و ربما لا يكون الأخذ من الضامن الأول بصوره القهر و الغلبه بل باذنه و رضاه.

وجه عدم المنافاه ما أشرنا إليه من كون الأخذ في الحديث الشريف كناية عن عدم الاذن و كون الاستيلاء على العين غير مرضى للمالك و في

هذه الجبهة لا فرق بين الضامن الأول والثاني وهكذا أصلاً لأنه كما ان يد الأول يد غير مأذونه و غير مرضيه كذلك يد الثاني و الثالث و هكذا فلا فرق بين الأيدي من هذه الجبهة و عليه فمقتضى الحديث الشريف تعدد الضمان و إن كانت العين المضمونه واحده كما إذا كانت اليد واحده و العين المأخوذه فإنه يكون ضامناً بالإضافة إلى الجميع لتعدد ما عليه اليد.

نعم فى مسأله تعدد الضمان بالإضافة الى مال واحد اشكال من جهه مقام الثبوت مع قطع النظر عن مقام الإثبات و هو ان المال الواحد كيف يمكن ان يكون مضموناً بضمانات متعدده فى عرض واحد لانه كما ان وجود شخص مال واحد فى الخارج بتمامه عند شخص و كذلك بتمامه عند شخص آخر فى نفس ذلك الزمان مستحيل و إلا يلزم ان يكون الواحد اثنين كذلك وجوده فى عهده اثنين فى عالم الاعتبار بحيث يتحقق بالأداء تفرغ ما فى الذمه و يرتفع به الضمان كذلك لانه لا يمكن ان يكون للشئ الواحد اداءين فى عرض واحد و حيث انه غير ممكن فلو كان فى عهده شخصين و فرضنا ان أحدهما أذاه فلا يرتفع الضمان عن عهده الآخر إلى يوم القيامة لأن أدائه ثانياً غير ممكن.

و بعد ثبوت الاشكال من جهه مقام الثبوت فلا بد من التصرف فيما يدل عليه فى مقام الإثبات أمّا بالحكم على الاشتراك فى ضمان واحد بمعنى ان مثل ذلك المال أو قيمته فى عهده الشخصين بالشركه فيجب عليهما أداء المثل أو القيمه بهذا النحو اى بنحو الشركه و أمّا بالحمل على الطوليه و المراد بها كون اللعاقق ضامماً لما يؤدى السابق فالمالك له الرجوع الى اى واحد من العادين و إذا رجع الى بعضهم فان كان هو اللاحق فليس له

الرجوع الى السابق لأن السابق ليس ضامناً للاحق و إن كان هو السابق فله الرجوع الى اللاحق لانه ضامن لما يؤدّيه السابق كما هو المفروض.

هذا وقد أجاب عن أصل للإشكال المحقق الخراساني صاحب الكفايه في محكي حاشيته على المكاسب للشيخ الأعظم الأنصاري قدس سرهما بأنه يمكن بنحو الواجب الكفائي بأن يكون كل واحد من الشخصين مكلفاً بالأداء في ظرف عدم أداء الآخر فليس تكليف باءاءين حتى يكون ممتنعاً بل امتثال مثل هذا التكليف لا يقتضى إلّا أداء واحداً و المقام ايضاً كذلك فيكون على كل واحد منهما وجوب تدارك المال التالف و أدائه في ظرف عدم تدارك الآخر و أدائه.

و يمكن الإيراد عليه بأنه ان كان مراده ثبوت حكم تكليفي متعلق بالأداء و تدارك المال التالف بالنسبه إلى شخصين كثبوته في الواجبات الكفائية فيرد عليه مضافاً الى انه ليس المفروض خصوص صورته التلف بل صورته بقاء العين ايضاً و لا معنى للتدارك مع فرض البقاء انّ الكلام في مفاد حديث على اليد و قد عرفت ان مدلوله مجرد الحكم الوضعي و إن العين المأخوذه ثابتة على عهده ذى اليد و ذمه المستولي حتى يتحقق الأداء الراجع فهو لا يدل إلّا على حكم وضعي معنياً و لا دلالة له على الحكم التكليفي بوجه.

و إن كان مراده تنظير المقام بالحكم التكليفي الثابت في الواجبات الكفائية فيرد عليه وضوح بطلانه لان تقييد الوجوب هناك بما إذا لم تتحقق الموافقه و الامتثال من الآخر و إن كان ممكناً إلّا انه لا معنى لتقييد الضمان المدلول عليه بالحديث بمثل ذلك فالإشكال لا ينحلّ بذلك.

ثم ان حمل الحديث على الاشتراك مع انه مخالف لظاهره جداً خلاف ما استقرّ عليه الفتاوى من ثبوت تمام المال على من تلف في يده وانه إذا رجع الى السابق فهو يرجع بالجميع الى اللاحق فلا مجال لهذا الحمل أصلاً.

و أما الحمل على الطولية فغايه توضيحه ان يقال ان اليد الاولى ضامنه لنفس المالك ابتداءً بنفس المال المغصوب بمعنى ان نفس المال بوجه الاعتبارى فى عهده ذىها و أما اليد الثانيه فهى ضامنه للعين المضمونه بما هى مضمونه و بعباره اخرى المال الذى صار مغصوباً و وقع تحت اليد يكون فى ذمه الغاصب بما له من الصفات و الخصوصيات تكوينيه أم اعتباريه و لكن ما يقع تحت اليد الاولى ليس الانفس العين بصفاتها التكوينيّه فقط لعدم ثبوت صفة اعتباريه لها فى هذا الحال و أمّا اليد الثانيه فتقع العين تحتها بما هى مضمونه التى هى صفة اعتباريه ففى اليد الثانيه تزيد هذه الصّفة فكما انه لو كان للعين صفة خارجيه تضمن اليد الواقعه عليها تلك الصّفة الخارجيه كذلك تضمن الصّفة الاعتباريه لها لو كانت لها ففى الغصب الثانى تكون ذات العين مع صفة كونها فى ذمه الغاصب الأوّل فى ذمه الغاصب الثانى و هكذا الحال لو وقع المال تحت يد ألف غاصب فضمن كلّ لاحق فى طول ضمان سابقه لان ضمان السابق بمنزله الموضوع لضمان اللاحق فلا يمكن ان يكونا فى عرض واحد بل لا يمكن ان يكونا فى زمان واحد لان ضمان اللاحق متأخر عن السابق حتى زماناً و هو الذى اختاره المحقق النائينى على ما فى تقريراته حيث قال ان ذمه اللاحق مشغوله بما يجب خروجه عن ذمه السابق اى ذمته مخرج لما يضمّنه الأوّل من الثانى لاشتغال ذمّته للمالك بما له بدل أى عهده فى ذمه الأوّل فإذا رجع المالك اليه فهو لا يرجع الى

السابق لعدم كونه مغروراً منه بالفرض و أمّا لو رجع المالك الى السابق فهو يرجع الى الثاني لأنه ضمن شيئاً له بدل في ذمه السابق و البديل يجب ان يخرج من الثاني، قال: و هذا هو المراد من البديل في كلام المصنف يعنى الشيخ الأعظم الأنصارى الى ان قال و ليس المراد بالبديل بدل أصل المال نظير المنافع حتى يقال ان الثاني و إن ضمن ما له بدل إلا ان الأول كذلك ايضاً.

و التحقيق ان يقال انّ مسأله تعدّد الضمان بالإضافة الى مال واحد بنحو الاستقلال ان لوحظت بالنسبه إلى أثره الذى هو جواز رجوع المالك الى اى واحد من السابق و اللاحق و يكون مخيراً فى ذلك من الابتداء فتصويرها بمكان من الإمكان لأنه مانع فى عالم الاعتبار من اعتبار ثبوت المال على عهده شخصين و الحكم بضمان اليدين و قياسه بالوجود الخارجى الذى لا يعقل فيه التعدّد مع فرض الوحده ممنوع بل هو أشبه بالوجود الذهنى من جهة انّ زيداً الموجود فى الخارج الذى يستحيل عروض التعدد له بلحاظ هذا الوجود يمكن إيجاده فى الذهن مرّه بعد اخرى و كذلك لا مانع من اعتبار العين الشخصيه الخارجيه المتصفه بالوحده لا محاله فى ذمه شخصين و على عهده يدين و نحن لا نرى وجهاً للاستحاله فى عالم الاعتبار بوجه.

و دعوى عدم إمكان تحقق الغايه و هو الأداء من كليهما فاذا فرض أداء واحد منهما يكون الضمان باقياً بالإضافة إلى الآخر لاستحاله تحقق الغايه منه مدفوعه بأن الغايه هى طبيعه الأداء لا خصوص أداء ذى اليد و لذا لو فرض وصول العين الى المغصوب منه من غير طريق الغاصب

يرتفع ضمان الغصب بذلك فالغايه هي الطبيعه و هي في الصورة المفروضه في الدعوى متحققه فاداء أحدهما كما هو رافع لضمانه رافع لضمان الآخر أيضاً و هذا في غايه الوضوح لو فرض كون الغايه المذكوره في الحديث بصوره حتى تؤدى الظاهر في انها عبارته عن أداء العين لا- أداء ذى اليد لها حيث أنها حينئذ بصيغه المبني للمفعول و النائب للفاعل هو العين نعم لو كان المذكور فيه بصوره حتى تؤدى بصيغه المبني للفاعل و الفاعل هو اليد لا يكون فيه هذا الوضوح و بالجمله لا مجال للإشكال من جهة أصل تعدد الضمان لا من جهة المغيبى و لا من جهة الغايه أصلاً هذا كله بالإضافة إلى جواز رجوع المالك الى اى واحد منهما شاء و منه ينقذ انه مع الرجوع الى واحد منهما و استيفاء حقه منه لا مجال له للرجوع إلى الآخر لارتفاع الضمان رأساً بتحقيق غايته فلا يجوز له الرجوع الى الآخر أصلاً.

و أمّا جواز رجوع السابق الى اللاحق إذا رجع المالك الى السابق و استوفى حقه منه و المفروض عدم تحقق التلف فى يده و عدم كونه غاراً بالنسبه إلى اللاحق فقد عرفت توجيهه من طريق الطوليه الرجوعه إلى كون الثانى ضامناً للعين بوصف كونها مضمونه التى هي صفة اعتباريه و معنى ضمان الضمان كون اللاحق ضامناً للخساره و البديل الذى يعطيه السابق و يدفعه الى المالك و قد اختاره سيدنا الأستاذ الامام الخمينى إدام الله ظله الشريف فى كتابه فى البيع حيث قال ان وصف كونه مضموناً أمر قابل لوقوع اليد عليه كسائر الأوصاف تبعاً للعين و صحّ فيه العهده و كونه على الأخذ و عهدته وصف المضمون على الضامن الثانى للضامن الأول ترجع عرفاً الى ضمان الخساره الواقعه عليه من قبل ضمائه و ليس معنى ذلك ان

المضمون له هو المالك بل المضمون له هو الضامن لما ضمنه للمالك. ثم قال و بالجمله إطلاق على اليد يقتضى شمولها لكل ما يصدق فيه انه عليه بوجه و المضمون له غير مذکور و محوّل الى فهم العرف و العقلاء و فى المقام يكون الضامن مضموناً له بالنسبه إلى ضمانه و لا يوجب ذلك الضمان رفع ضمان الضامن الأول و نقله الى الضامن الثانى لأن موضوع ضمان الثانى هو ضمان الأول و لا يعقل رفع الموضوع بالحكم و ليس الضمان بالنسبه إلى المالك حتى يقال معناه النقل أو الأداء عند عدم أداء الأول بل لازم ضمان الثانى للأول ليس إلا جبر خسارته و غايه هذا الضمان إرجاع المال المضمون الى الضامن الأول فإنه أداء للوصف المأخوذ. قال و لعلّ كلام الشيخ الأعظم يرجع الى ذلك و إن كان بعيداً من ظاهره، انتهى موضع الحاجة.

و يرد على الطويله أولاً ان محذور تعدّد الضمان لمال واحد عرضاً كما هو المفروض فى أصل الإشكال يأتى فى الطويله أيضاً لأنّ زمان الضمان الثانى و إن كان متأخراً عن زمان الضمان الأول إلا انه يجتمع فى الزمان الثانى ضماناً لا محاله و دعوى تغاير المتعلقين لان ضمان اليد الاولى متعلق بنفس العين و ضمان الثانى متعلق بضمان العين فى ذمه اليد الاولى و هكذا مدفوعه بأنه ان أريد بالتغاير مجرد كون العين مضمونه فى اليد الأولى خاليه عن الصفه الاعتباريه و هى المضمونيه و فى اليد الثانى مشتمله عليها فلا محاله قد اجتمع فى العين ضمانان و إن كان المضمون فى الثانى واجداً لخصوصيه زائده أيضاً و إن أريد بالتغاير اختلاف المضمونين بالمره كما هو ظاهر تعبير الدعوى فيردّه مضافاً الى منعه ان مقتضاه عدم جواز رجوع المالك الى اللاحق أصلاً كما لا يخفى.

و ثانياً منع كون صفه المضمونيه صفه اعتباريه داخله فى دائره الضمان بحيث كان مرجع ضمانها الى لزوم أداء المثل أو القيمه إلى الاولى مع رجوعه إلى الثانيه فإنها ليست من الصفات الرجعية إلى العين و بعبارة اخرى الضمان أنما هو حكم ثابت على العهده و إضافته الى العين أنما هو لمجرد افتقاره الى المضمون و أمّا كون المضمونيه صفه داخله فى دائره الضمان كسائر الصفات الدخيله فيها لكونها مرهونه مثلاً ممنوع و الشاهد ملاحظه العقلاء حيث انهم لا يفرقون بين الغاصب الأول و الغاصب الثانى فيما يرجع الى غضب العين أصلاً و لا يرون اختلافاً بينهما من جهه ما هو المضمون و الثابت على العهده بوجه فكما ان المضمون فى الغصب الأول أنما هى نفس العين بسائر صفاتها فكذلك المضمون فى الغصب الثانى و لا فرق بين المضمونين.

و ثالثاً انه لو سلّمنا كون المضمونيه داخله فى دائره ضمان العين فهل المراد منه كون الغاصب الثانى ضامناً لشخصين أحدهما المالك و ثانيهما الغاصب الأول أو المراد منه كونه ضامناً للمالك فقط غايه الأمر كون المضمون هى العين مع صفه المضمونيه فعلى الأول يكون لازمه جواز رجوع الغاصب الأول الى الثانى و إن لم يرجع المالك اليه بعد أو بالكلية لكون الثانى ضامناً له على ما هو المفروض و على الثانى لا- يبقى مجال لجواز رجوع الأول الى الثانى أصلاً و التفكيك بين الموصوف و الصفه فى الضمان قد عرفت ان لازمه عدم جواز رجوع المالك الى الغاصب الثانى مع أنه مخالف لقاعده على اليد الحاكمه بتعدد الضمان بنحو القضييه الحقيقيه كما لا يخفى و العجب تصريحه دام ظله بأن أداء العين الى الغاصب الأول يوجب رفع

الضمان بالكليه من الغاصب الثاني كما لا يخفى.

و هنا وجوه آخر لهذه الجبهه التي هي من مشكلات مسائل الفقه لانه لا يعرف لها وجه مع كون كل واحد من السابق و اللاحق عاديا غير مغرور كما هو المفروض:

منها ما افاده صاحب الجواهر قدس سره في كتاب الغصب مما لفظه: ان ذمه من تلف بيده مشغوله للمالك بالبدل و ان جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاضه الشرعيه القهريه قال و بذلك أتضح الفرق بين من تلف المال في يده و بين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي إذ لا دليل على شغل ذمم متعدده بمال واحد فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو.

و أورد عليه الشيخ الأ-عظم الأنصاري قده بقوله: و أنت خير بأنه لا- وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بان خطابه ذمي و خطاب غيره شرعي مع كون دلالة على اليد ما أخذت بالنسبه إليهما على السواء و المفروض انه لا خطاب بالنسبه إليهما غيره، مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمي، مع انه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوى الأيدي مشغول الذمه بالمال فعلاً- ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله و تقديمه على الوصايا و الضرب فيه مع الغرماء و مصالحه المالك عنه مع آخر الى غير ذلك من أحكام ما في الذمه، مع ان تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمه من

ص: ١٥٤

تلف المال بيده بمجرد دفع البديل لا يعلم له بسبب اختياري و لا قهرى بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عن تلف المال بيده بمجرد أداء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك مع ان اللازم مما ذكره ان لا يرجع الغارم فيمن لحقه في الأيدي العاديه إلّا بمن تلف في يده مع ان الظاهر خلافه فإنه يجوز له ان يرجع الى كل واحد ممن بعده نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع الى أحد لواحقه الى ان يستقرّ على من تلف في يده.

و منها ما افاده الشيخ الأعظم المتقدم في ذيل مباحث الفضولي ممّا لفظه: «ان الوجه في رجوعه هو ان السابق اشتغلت ذمته له بالبديل قبل اللّاحق فاذا حصل المال في يد اللّاحق فقد ضمن شيئاً له بدل فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البديل و المبدل على سبيل البديل إذ لا يعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البديل و إلا خرج بدله عن كونه بدلاً فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمه الأوّل بخلاف ما يدفعه الأوّل فإنه تدارك نفس العين معيّناً إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأوّل له و لا يجوز دفعه الى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك لانه من باب الغرامه و التدارك فلا اشتغال للذمه قبل حصول التدارك و ليس من قبيل العوض لما في ذمه الأوّل فحال الأوّل مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في انه لا يستحق الدفع اليه إلا بعد الأداء و الحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك و من سبقه في اليد فيشتغل ذمته أما بتدارك العين و أما بتدارك ما تداركها و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل كما كان

فى الأيدى المتعاقبه اشتغال ذمه أشخاص على البديل لشيء واحد لشخص واحد» .

و استشكل عليه السيد الطباطبائى فى حاشيه المكاسب:

أولاً: بان كون العين حين ضمان اللاحق لها متصفه بكونها ذات بدل لا يوجب ضمانه للبديل أيضاً فإن سبب الضمان لم يتحقق بالنسبه إلى البديل الذى هو فى ذمه السابق إذ لم يثبت البديل فى يد اللاحق كما ثبت نفس العين و دعوى كونه من توابع العين كما ترى إذ ليس هذا من شئون العين كالمنافع و النماءات حتى يكتفى بقبض نفس العين فى قبضه.

و ثانياً: باننا لو سلمنا ذلك كان مقتضاه ضمان البديل ايضاً لمالك العين لا للسابق فان البديل الذى فى ذمه السابق ملك لمالك العين فمقتضى الضمان هو ان يكون بدل البديل ايضاً للمالك و لا وجه لكونه لمن عليه البديل.

و ثالثاً: بأنه لو فرض ان العين بعد ما صارت فى يد اللاحق رجعت الى السابق ثانياً و تلفت فى يده كان مقتضى ما ذكره هو جواز رجوع السابق الى اللاحق مع ان العين قد تلفت فى يده و ذلك لانه يصدق فى اللاحق انه ضمن شيئاً له بدل فكان مقتضى ما ذكره هو ضمانه امّا بنفس العين أو للسابق ببدلها مع ان المسلم خلاف ذلك فان تلف العين قد كان بيد السابق فكيف يحوز له الرجوع الى اللاحق الى آخر ما ذكره من الإيرادات السبعة و لكن عمه ما يرد على الشيخ قده بملاحظه ما ذكرنا فى معنى على اليد ان ما على اليد و على عهدتها هى نفس العين فى جميع الحالات و بالإضافة الى جميع الأيدى المتعاقبه من دون فرق بين حال البقاء و بين حال التلف و كذا بين اليد السابقه و اليد اللاحقه و الانتقال الى البديل انما هو

فى مرمله الأداء الذى له مراتب فالثابت على اليد بمقتضى حديثه هى نفس العين مطلقا و عليه فالتفكيك بين ضمان السابق و بين ضمان اللاحق لا وجه له مع ان نسبة الحديث إليهما على السواء كما اعترف به فى الإيراد على صاحب الجواهر قده.

و إن كان نظره قده الى الطوليه التى عرفتها فقد مرّ الجواب عنها ايضاً فراجع.

و منها ما افاده المحقق الخراسانى قده فى حاشيته على المكاسب مما لفظه: «و أما حديث جواز رجوع اليد السابقه إلى اللاحقه لو رجع إليها المالك المستلزم لكون قرار ضمان التالف على من تلف عنده مع المساواه فيما هو سبب الضمان فهو ايضاً من آثار حدوث سبب ضمان ما كان فى ضمان الآخر لواحد آخر و أحكامه عند العرف و يؤيده الاعتبار و لم يردع عنه فى الاخبار فلا بد من الالتزام به شرعاً كما هو الحال فى جلّ أحكام الضمان حيث انه لا وجه له الا الثبوت عرفاً و عدم الردع عنه شرعاً و كشف ذلك عن إمضاء الشارع فيما إذا أطلق دليل الضمان فتدبر جيداً» .

و عبارته و إن كانت ظاهره فى الطوليه الا ان هذه الطوليه المتقدمه التى منعناها فان هذه الطوليه مرجعها الى السبق و اللحق فقط لا الى كون المضمونيه للأول داخله فى دائره ضمان الثانى كما لا يخفى.

و منها ما افاده سيدنا العلامة الأستاذ البروجردى قده فى مباحث كتاب الغصب على ما قرّره بعض الأعاضم من تلامذته فإنه بعد ان ذكر ان مفاد على اليد الضمان و التعهيد الذى يعبر عنه بالفارسيه ب «عهده دارى» و ليس مفاده اشتغال الذمه بشىء فإن الضمان اعتبار من اعتبارات العقلاء

يعتبرونه للعين حتى في حال وجودها قال: «يمكن ان يكون الوجه في المسأله أى مسأله جواز رجوع السابق الى اللاحق ان السابق وإن حكم عليه بالضمان من جهه صدور الغصب منه و لكن كان متمكناً حين وجود العين من الخروج عن العهده بأداء العين الى مالكة من دون ان يصير متضرراً بسبب ذلك و بعد ان أخذها منه اليد اللاحقه لزمه المثل أو القيمه فصارت هي الباعثه لتضرره فيستحق بذلك الرجوع عليها و بعبارة اخرى العين المغصوبه و إن لم تكن ملكاً لليد السابقه و لكنها كانت بحيث يستحق ان يستخلص من الضمان بسبب أدائها فكأن العين كانت متعلقه لحق السابق و حديث على اليد كما يدل على ضمان العين كذلك يدل على ضمانها لمن كان هذه متعلقه لحقه نظير العين المرهونه إذا غصبها غاصب فإنه يضمن للراهن نفس العين و للمرتهن متعلق حقه و بالجملة فلو كانت العقلاء يحكمون باستحقاق السابق للرجوع الى اللاحق فلعله كانت من جهه انهم يرون للسابق حقاً متعلقاً بالعين و هو عبارة عن استحقاقه لان يخرج نفسه من الضمان بسبب هذه العين من دون ان يرد عليه ضرر و الضرر المتوجه عليه من المثل أو القيمه انما هو من جهه غصب اللاحق فيرجع عليه ذلك قال: و لعل مراد الشيخ قده من عبارته المتقدمه» .

و يرد عليه أولاً- عدم جريانه في جميع فروض المسأله لأن من جملتها ما إذا كان وقوع العين في يد اللاحق بإذن من السابق مع الاعلام بكونه غصباً مأخوذاً عدواناً و على سبيل غير مشروع فإنه لا يكون الضرر المتوجه عليه في هذه الصوره إلا من قبل نفسه لان وقوعه في يد اللاحق كان بإذن منه.

و ثانياً عدم كون الغصب موجباً لتعلق حق الغاصب بالعين المغصوبه و كون أدائها الواجب موجباً لسقوط ضمانه لا يستلزم تعلق حق بها أصلاً و النظير بالعين المرهونه إذا غصبها غاصب في غير محلّه.

و منها ما افاده بعض الاعلام على ما في تقريراته في البيع من ان الغاصب الأول يملك بأدائه التالف المعدوم كملك المعدوم في باب الخيارات فكما ان في موارد الإلتلاف إذا غصب مثلاً أحد مال الغير فأتلفه لا شبهه ان للمالك ان يرجع الى المتلف إذا أراد و يأخذ منه بدل ماله و ما بقى من ماله من الرضاخ و الكسور فهو للضامن و ليس للمالك ان يدعى كون الرضاخ له و لا يلزم الجمع بين العوض و المعوض كما انه لو كان للأجنبي فهو خلاف البداهه فيكون للضامن فكذلك في المقام يكون التالف للغاصب الأول بالمعوضه القهريه و نتيجتها جواز الرجوع ببدله الى من تلف في يده نعم قد يكون اعتبار الملكيه لغواً كما إذا كان الغاصب واحداً فتلف عنده المال فأخذ المالك منه فاعتبار ملكيه التالف هنا لغواً و ليس التلف بمجرد مانعاً عن اعتبار الملكيه في المقام لما عرفت نظيره في باب الخيارات و بالجملة رجوع السابق الى اللاحق انما هو مقتضى السيره العقلانيه القطعيه كما هو واضح.

و أنت خبير بأنه ان كان مراده الاتكاء على نفس السيره العقلانيه فهو يرجع الى كلام المحقق الخراساني قده من كون رجوع السابق الى اللاحق من الآثار العقلانيه للضمان و الأحكام العرفيه الثابته له و إن كان مراده توجيه السيره و بيان الوجه لها كما هو ظاهر صدر العبارة فيمكن المناقشه في ذلك بعدم كون اعتبار المعدوم ملكاً مما يساعده العقلاء مطلقاً

و المراد بملك المعدوم فى باب الخيار ان كان هو ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له فلا مجال له لما قد اشتهر فى وجهه من انه تنفسخ المعامله آنأ ما قبل التلف و تدخل العين فى ملك من لا خيار له ثم يقع التلف فى ملكه لوجود الدليل عليه و إن كان المراد هو التلف فى يد من ليس له الخيار كما إذا كان تلف المبيع فى يد المشتري فى زمن خيار البائع فإنه بعد ما فسخ البائع ينتقل المبيع التالف الى ملكه بمقتضى الفسخ فيرجع الى بدله من المثل أو قيمه لتعذر رد عينه فالأمر و إن كان كذلك من جهة الرجوع الى البدل إلا انه لم يعلم كون وجهه اعتبار التالف ملكاً للبائع الفاسخ بل من أحكام الفسخ عند العقلاء و الشارع انه إذا كان الفسخ مع بقاء العين تنتقل العين الى الفاسخ و إذا كان مع تلفه ينتقل بدله اليه فتدبر جيداً.

و منها ما اختاره المحقق العراقى قده فى رساله عثرت عليها بعد نقل الوجوه المتقدمه و هى رساله فى تعاقب الأيدى و قد ألفها فى أواخر عمره الشريف و هى مطبوعه فى ذيل شرحه لكتاب القضاء لشيخه أستاذ الكل المحقق الخراسانى قده و ملخصه ان الظاهر من العام ان ما على اليد عين ما أخذت لا إضافته بالجملة و لا قصور فى اعتبار تعدد وجود ما أخذت حسب تعدد الأيدى بملاحظه تعدد الابدال القائمه عليها و بملاحظه ان وجود البدل نحو وجود للمبدل و هذه الجهه هى مصحح العنايتين فى وجودات العين على حسب تعدد الأيدى و عليه فمرجع على اليد فى اليد الاولى ان كون ما هو تحت يده و استيلائه بأخذه على يده فكأنه قال ان ما هو تحت يده على يده و لازمه اعتبار وجود آخر لما تحت يده بجعله فوقها و لازمه اعتبار عنايه فى اعتبار العين فوق اليد و عليها و حينئذ يبقى الكلام فى ان

محلّ اعمال العنايه تاره نفس وجود العين و يقال ان الوجود بالعنايه على اليد حقيقه بمعنى إبقاء مدلول على و الاستعلاء على حقيقته بلا تصرف فيه و اخرى محلّ اعمال العنايه هو مدلول على و إن الوجود الحقيقى للعين الذى هو تحت اليد كان على اليد بلا- تصرف فى وجود العين ابدأ و يترتب على كل واحد من العنايتين نتائج متعدده منها انه على العنايه الأولى كان الوجود الاعتبارى للعين قبل أداء الضامن إياه ملك الضامن حقيقه إذ هو حينئذ عين بدله الذى هو قبل أدائه ملك الضامن غايه الأمر عنايه كونه عين ما أخذت موجب لاستحقاق مطالبه المالك إياه و هذا بخلاف العنايه الثانيه إذ وجود العين بالحقيقه فى أى مكان كان هو ملك المالك فرجوع المالك الى الضامن من جهه سلطنته على أخذ ماله غايه الأمر حيث لا يتمكن الضامن لا يجب عليه إلا بدله و حينئذ فما على اليد ليس ملك الضامن و إن ما هو ملكه هو البديل المسقط للعين و من تبعات هذه الجهه من الفرق بين العنايتين تتولد نتيجة اخرى و هى ان بمقتضى العنايه الأولى يصدق ان اليد اللاحقه وارده على وجودى العين اللذين هما فى اليد و على اليد ففى الحقيقه استيلاء الثانى على العين استيلاء على وجود العين بجميع أنحاءه و شؤنه فكأنّ اليد الثانيه بمنزله كأس آخر قائم على الكأس الأول الحاوى للعين بشؤونها و لازمه إحداث ما أخذت عيناً اعتبارياً على يد الثانى للمالك و عيناً اعتباريه اخرى على اليد الثانيه للضامن و بهذه الملاحظه يقال ان اليد الثانيه أيضاً مشغوله بمال الضامن غايه الأمر ليس للضامن السابق مطالبه اللاحق إلا- فى ظرف أدائه ما عليه من البديل لأن أدائه موجب لتلف ماله فله الرجوع الى اللاحقه حينئذ انتهى.

و أنت خير بان كلامه هذا تقريب آخر للطوليه و هى مخالفه لظاهر على اليد ما أخذت الذى نسبته إلى الأيادى على حدّ سواء كما عرفت و أحسن الوجوه المتقدمه ما أشار إليه المحقق الخراسانى قده من كون ذلك اى رجوع السابق الى اللاحق بعد الأداء من الأحكام العقلائيه فى موارد ثبوت الضمان و لم يردع عن الشارع و اللانزم حمل الإطلاق عليه و هذا المقدار يكفى فى الحكم بالجواز و البحث عن وجهه ليس بلازم كما لا يخفى.

الأمر الثالث – لو كانت العين المغصوبه متعلقه لحقّ الغير

كما إذا كانت مرهونه عند المرتهن و صارت مغصوبه فى هذا الحال فهل مقتضى حديث على اليد الضمان فى مقابل المالك الرّاهن فقط نظراً الى كونه مالكاً للعين أو ان مقتضاه الضمان فى مقابل المرتهن ايضاً لكون العين متعلقه لحقّه و لا- بد و إن تكون عنده وثيقه للدين الذى له على عهده الرّاهن؟ الظاهر هو الوجه الثانى لأنه كما يصدق الأخذ بالإضافه الى ما للمالك من العين كذلك يصدق بالنسبه الى ما للمرتهن من الحقّ فإنه بالغصب قد تحققت الحيلولة بين المرتهن و بين وثيقه دينه و قطعت يده عن العين المرهونه و لا مجال لدعوى عدم صدق الأخذ بالإضافه إلى الحقّ بعد كون أخذه بأخذ ما هو متعلّق له كما لا يخفى و منه يظهر أن الأداء الرافع للضمان فى مثله هو الأداء الى من تعلّق حقّه به لا- الأداء الى المالك لأن الأداء الى المالك رافع لضمّانه بالإضافه إليه فقط و يبقى ضمّانه فى مقابل المرتهن و هذا بخلاف الأداء الى المرتهن فإنه رافع لكلا الضمانين و مسقط لكلتا العهدين و لم يؤخذ فى الحديث خصوص الأداء الى المالك مسقطاً و رافعاً للضمان بل المأخوذ مطلق الأداء و ظاهره إرجاع العين الى ما كانت عليه قبل الأخذ و الاستيلاء فان

كانت عند المالك أو وكيله فاللزام الأداء اليه أو الي وكيله و إن كانت عند من تعلق حقه بها فاللزام الإرجاع إلى مستحقها كما لا يخفى.

و مثل الرهن في تعلق الحق ما لو كانت العين المغصوبه موقوفه بناء على القول بكون العين الموقوفه باقيه في ملك الواقف غايه الأمر صيرورتها متعلقه لحق الموقوف عليهم امّا إذا قلنا بدخولها في ملك الموقوف عليهم فهم حينئذ مالكون و الردّ إليهم ردّ الي المالك، كما انه لو قلنا بخروجها عن ملك المالك و صيرورتها على رءوس الموقوف عليهم أو الجبهه الموقوف عليها بحيث تدرّ منافعها عليهم من دون دخول أصلها في ملكهم كما اختاره سيدنا العلامة الأستاذ البروجردى قده مؤيداً له بتعدّي الفعل ب «على» فيقال وقف عليه فكان المال الموقوف سحاب جعلها المالك على رءوس الموقوف عليهم حتى تمطر لهم فالظاهر انه ايضاً مثل الحق فيجب الردّ إليهم عيناً أو بدلاً و قد مر البحث في هذه الجبهه فراجع.

الأمر الرابع – هل حديث على اليد يشمل اليد المركبه

كما يشمل اليد المنفرده أم لا؟ و المراد باليد المركبه أن تكون في البين يدان لا يستولى أحد منهما على جزء من المال بالمزّه بل يكون منهما مرتبطاً بالآخر بمعنى ان كلّ منهما لو لم يكن، لم يكن للآخر استيلاء بالمره لا على الجزء و لا على الكلّ فيكون استيلاء كل منهما بانضمام الآخر و يكون المجموع المركب مستولياً على المجموع المركب و ربما يشكل في الشمول نظراً الى ان يد كلّ منهما عارضى خال عن الاستقلال و أنّما المستقل هو المجموع المركب فلا يصدق على أحدهما الاستيلاء و إثبات اليد فلا وجه للضمان هذا و لكن الظاهر الشمول لان الملاك في الضمان هو الاستيلاء هو متحقق هنا غايه الأمر ان المستولى

هو المجموع فالضمان على المجموع و مرجعه الى ضمان كل واحد منهما النصف لانه لازم ثبوت الضمان على اثنين و عدم ثبوت ترجيح فى البين فكل واحد منهما ضامن لنصف العين كما هو ظاهر.

الأمر الخامس – كما يجرى الحديث فى اليد غير المنضمه فهل يشمل اليد المنضمه أم لا؟

و المراد باليد المنضمه هى اليد المجتمعه مع المالك بحيث يكون المجموع المركب من المالك و الغاصب مستولياً على العين و المالك لو ارتفع لم يكن للغاصب التسلط كما انه لو ارتفع الغاصب لم يكن للمالك تسلط فيكون المركب منهما مسلطاً على المجموع و ربما يشكل الحكم بالضمان هنا و إن قيل بثبوتة فى الفرض المتقدم فى الأمر الرابع لانه لا معنى لضمان المجموع المركب بعد كون المالك جزء من هذا المجموع و بعضاً له و لا- معنى لضمان المالك و بعبارة اخرى لو كان مفاد الحديث الحكم بضمان كل واحد منهما مستقلاً فالمفروض ان كل واحد منهما لا يكون مستولياً على المال و إنما المستولى هو المجموع و لو كان مفاده الحكم بضمان المجموع فلا مجال للحكم بضمانه بعد كون بعضه هو المالك.

و لكن التحقيق شمول الحديث لهذا الفرض ايضاً بتقريب ان مقتضاه هو الحكم بضمان المجموع المركب غايه الأمر ان لازمه التبعض على أجزاء المركب و التبعض على أجزاء المال فاذا لم يكن بعض الأجزاء قابلاً- لاین يكون ضامناً فذلك لا يمنع عن ثبوت الضمان بالنسبه إلى الأخر القابل لان يكون ضامناً و ليس المانع الابتدائى إلا كالمسقط بحسب الاستداه فلو فرض ان المالك ابرأ احدى اليدين فى اليد المركبه فكما لا يوجب ذلك برأيه اليد الأخرى ايضاً بل يبقى ضمانها بحالها فذلك المقام فان عدم صحه

انطباق المجموع على المالك لا يوجب عدم صحه انطباقه على الغاصب ايضاً فالحق شمول الحديث لليد المنضمه كشموله لليد المرکبه.

الأمر السادس – الظاهر عدم اختصاص الحديث بما إذا كان الموصول عيناً معيناً

بل يشمل ما إذ كان مشاعاً فمن تسلط على النصف دار بالإشاعه كما إذا أخرج أحد الشريكين فى الدار شريكه الآخر منها و استقل بالتصرف فى الدار فإنه مع كونه مستولياً على النصف المشاع لفرض تحقق الشركه يصدق الحديث بالإضافه إليه و يحكم بضمانه بمقتضاه و دعوى ان الاستيلاء لا يتحققّ إلا على الشىء المعين ممنوعه بل هو أمر عرفى متحقق فى المشاع كالمعين و لا ينافيه قوله حتى تؤدى ضروره إمكان تحقق الأداء فى مثل المشاع برفع المنع عن تصرف الشريك كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام فى قاعده ضمان اليد.

ص: ١٦٥

و هي أيضاً من القواعد المشهوره، بل المجمع عليها، و المراد بها: إلزام المخالفين بما يعتقدونه و يدينون به، ممّا يكون مخالفاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام كالإلزامهم بأحكام الشفعه و الميراث و الطلاق و غيرها، مما ينفردون به عنا، و فيها جهات من الكلام:

الجهه الاولى - في مدرك القاعده و سندها،

و الظاهر بعد عدم كون الإجماع على تقديره متصفاً بالأصالة، لاحتمال الاستناد الى الروايات أو سائر الأدله انحصار الدليل بالروايات الوارده عن العتره الطاهره صلوات الله عليهم أجمعين:-

كروايه على بن أبي حمزه (١) انه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقه على غير السّينه أ يتزوجها الرجل؟ فقال: ألزموهم من ذلك

ص: ١٦٧

ما ألزموه أنفسهم، و تزوجهن فلا بأس بذلك. و فى موضع من الاستبصار (١) عن نسخه: ألزموهم ما ألزموا به أنفسهم.

و مكاتبه إبراهيم بن محمد الهمداني (٢) قال: كتبت الى ابي جعفر الثاني عليه السلام مع بعض أصحابنا، فأتاني الجواب بخطه: فهت ما ذكرت من أمر ابنتك و زوجها أصلح الله لك من أمرك ما تحب صلاحه، فإما ما ذكرت من حنثه بطلاقها غير مره، فانظر فان كان ممن يتولانا و يقول بقولنا، فلا- طلاق عليه؛ لانه لم يأت أمراً جهله، و إن كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا، فاختلفها منه؛ فإنه إنما نوى الفراق بعينه.

و روايه عبد الله بن سنان (٣) قال سألته عن رجل طلق امرأته لغير عدّه، ثم أمسك عنها حتى انقضت عدّتها، هل يصلح لى ان أتزوجها؟ قال: نعم لا تترك المرأة بغير زوج.

و روايه عبد الأعلى عن ابي عبد الله عليه السلام (٤) قال: سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً، قال: ان كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك.

و روايه جعفر بن محمد بن عبد الله العلوى عن أبيه (٥) قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً، فقال لى: انّ طلاقكم (الثلاث) لا يحل لغيركم، و طلاقهم يحلّ لكم؛ لأنكم لا ترون

ص: ١٤٨

١-١) الاستبصار ٣: ٢٩٢ ح.

٢-٢) الوسائل ١٥: ٣٢٠ ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.

٣-٣) الوسائل ١٥: ٣٢٠ ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٤.

٤-٤) الوسائل ١٥: ٣٢١ ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٧.

٥-٥) الوسائل ١٥: ٣٢١ ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٩.

الثلاث شيئاً، و هم يوجبونها.

و روايه عبد الله بن طاوس (١) قال: قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: ان لي ابن أخ زوجته ابنتي و هو يشرب الشراب و يكثر ذكر الطلاق، فقال: ان كان من إخوانك فلا شيء عليه، و إن كان من هؤلاء، فأبنيها منه؛ فإنه عنى الفراق، قال: قلت: أليس قد روى عن ابى عبد الله (عليه السلام) انه قال: إياكم و المطلقات ثلاثاً فى مجلس؛ فإنهن ذوات الأزواج؟ فقال: ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، انه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم.

و روايه عبد الرحمن البصرى (٢) عن ابى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: امرأه طلقت على غير السنه، فقال: يتزوج هذه المرأه، لا تترك بغير زوج.

و روايه الهيثم بن ابى مسروق عن بعض أصحابه قال (٣): ذكر عند الرضا عليه السلام بعض العلويين ممن كان ينتقصه، فقال: اما انه مقيم على حرام، قلت: جعلت فداك و كيف و هى امرأته؟ قال؛ لانه قد طلقها، قلت: كيف طلقها؟ قال: طلقها و ذلك دينه فحرمت عليه (٤).

و روايه محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال (٥): سألته

ص: ١٦٩

- ١-١) الوسائل ٣٢٢:١٥ ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١١.
- ٢-٢) الوسائل ٣٢٠:١٥ ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٣.
- ٣-٣) الوسائل ٣٢٠:١٥ ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٢.
- ٤-٤) الوسائل أبواب مقدمات الطلاق، الباب الثلاثون، حديث ٢.
- ٥-٥) التهذيب ٣٢٢:٩ ج ٩. الوسائل ٤٨٤:١٧ ب ٤ من أبواب ميراث الأخوه ح ٣.

عن الاحكام، قال: يجوز على أهل كل ذى دين ما يستحلون (١).

و روايه عبد الله بن محرز (٢) قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ترك ابنته و أخته لأبيه و أمه فقال (عليه السلام): المال كله لابنته و ليس للأخت من الأب و الأمّ شيء، فقلت: أنا قد احتجنا الى ذلك و الرجل الميت من هؤلاء الناس، و أخته مؤمنه عارفه، قال: فخذ لها النصف (خذوا منهم ما يأخذون منكم فى سنتهم و أحكامهم، قال ابن أذينه: فذكرت ذلك لزراره، فقال: ان على ما جاء به ابن محرز لنوراً).

و روايه محمد بن إسماعيل بن بزيع (٣) قال: سألت الرضا عليه السلام عن ميت ترك أمه و اخوه و أخوات، فقسّم هؤلاء ميراثه، فأعطوا الأمّ السدس، و أعطوا الاخوه و الأخوات ما بقى، فمات الأخوات، فأصابنى من ميراثه، فأحببت أن أسألك: هل يجوز لى أخذ ما أصابنى من ميراثها على هذه القسمة أم لا؟ فقال: بلى، فقلت: ان أم الميت فيما بلغنى قد دخلت فى هذا الأمر، أعنى: الدين، فسكت قليلاً، ثم قال: خذه.

و غير ذلك من الروايات الواردة فى هذا المجال، و لا يبقى للفقيه بملاحظه ما ورد فى المسأله منها ريب، و لا شك فى صدور هذه القاعده منهم عليهم السلام فالإشكال من جهه المدرک و المستند لا سبيل إليه أصلاً.

ص: ١٧٠

١- ١) التهذيب الطبعه الحديثه، جزء ٩، صفحه ٣٢٢.

٢- ٢) التهذيب ٩: ٣٢٢ ح ٩.

٣- ٣) الوسائل ١٧: ٤٨٥ ب ٤ من أبواب ميراث الأخوه ح ٦. التهذيب ٩: ٣٢٣ ح ١٧.

فنقول: اما ما ورد فيه من الروايات التعبير بقوله (عليه السلام) أَلزموهم من ذلك ما أَلزموه أنفسهم، فمعناه بحسب الظاهر: ان كل ما يرى المخالفون أنفسهم ملزمين به من جهه أحكامهم الدينيه، و يعتقدون بثبوت ذلك عليهم، فالزموهم بذلك، و إن لم يكن ذلك ثابتاً فى الأحكام الدينيه بحسب اعتقادكم، مثل ما ورد فى كثير من الروايات المتقدمه من الطلاق ثلاثاً فى مجلس واحد؛ فإنهم حيث يرون ذلك موجباً لتحقق الفراق بين الزوجين، فيعامل معهم بمقتضى ذلك، و عليه فلا مانع للشيعى الذى يرى خلاف ذلك، و إن الطلاق ثلاثاً فى مجلس واحد باطل و لا يوجب تحقق الفراق، ان يتزوج بالمطلقه كذلك؛ لأنهم التزموا بحصول البينونه و تحقق الفراق، فيلزمون بذلك و يتزوج بالمرأه الكذائيه، و عليه ففى كل مورد يلتزم المخالف بمقتضى مذهبه بورود ضرر عليه، سواء كان ذلك الضرر مائتاً، كما إذا اعتقد بكون أمر سبياً للضمان و لم يكن كذلك عندنا، أو ذهاب حق منه، أو وقوع طلاق، أو عتق عبد، أو شركه غيره فى ميراثه، أو مثل ذلك من الأمور التى يرون أنفسهم ملزمين بها و مجبورين عليها، فللموافق إزامه فيها و إن كان ذلك مخالفاً لاعتقاده، و عليه فمقتضى عموم الموصول فى قوله (عليه السلام): أَلزموهم ما أَلزموه أنفسهم، جريان هذا الحكم فى جميع موارد الإلزام و كثيره منها الحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك، فإنهم يرونه سبياً لوقوع هذه الأمور من الطلاق و أخويه، مع انه لا يكون الأمر كذلك عندنا معاصر الإماميه، فإذا تحقق الحلف بذلك، فلا مانع من التزويج بالمطلقه الكذائيه، و التعامل مع العبد معاملة الحرّ و هكذا.

و أما ما ورد فيه التعبير بقوله (عليه السلام) يجوز على أهل كل ذى دين ما يستحلون، فالظاهر بعد كون المراد بالجواز هو النفوذ والمضى، و كون كلمه «على» ظاهره فى الضرر، ان أصحاب كل دين، اى: المتدينين به الملتزمين بأحكامه، ينفذ عليهم و بضرهم ما يستحلون، مثلاً إذا كانوا يستحلون أكل العصبه نصف المال من تركه الميت، فينفذ هذا الحكم عليهم، فاذا كانت العصبه من أهل الولايه، يجوز لهم ان يأخذوا منهم نصف تركه الميت، كما قد وقع التصريح به فى روايه ابن محرز المتقدمه، و قد ورد فيها تعليل الحكم بقوله (عليه السلام): خذوا منهم ما يأخذون منكم، و ظاهره أنه يتعامل معهم المعامله بالمثل، فاذا كان الميت عارفاً و الورثه غير عارفين، يأخذون للعصبه نصيبه و يحكمون بثبوت الإرث له، ففى عكس هذه الصوره يؤخذ للعصبه العارف نصيبه و يحكم بثبوت الإرث له، و إن لم يكن ذلك موافقاً لمعتقده، و فى بعض اخبار الطلاق تعليل الحكم بأنه لا تترك المرأه بلا زوج، و فيه إشاره إلى انه لو لا هذه القاعده يلزم ان تترك المرأه بلا زوج، لفرض بطلان الطلاق عندنا.

ثم ان الظاهر ان المخاطب فى قوله (عليه السلام): أئزموهم، و كذا فى قوله (عليه السلام): خذوا، فى الروايات المتقدمه، هم الطائفه المحقه الاثنى عشرية القائلون بإمامه الأئمه المعصومين (عليه السلام) بأجمعهم، كما ان الظاهر ان مرجع ضمير الجمع فى قوله (عليه السلام): ما أئزموه أنفسهم، و كذا فى قوله (عليه السلام): ما يأخذون، هم المسلمون من سائر الطوائف غير الإماميه الاثنى عشرية، و لا يشمل أرباب سائر الأديان و الملل.

و عليه فلو فرض اختلاف سائر الطوائف غير الإسلاميه فى حكم

إلزامي، فهذا خارج عن دائره القاعده، كما انه لو طلق ذمى زوجته بطلاق صحيح عنده، و لكنه لا يكون صحيحاً عندنا، فلا تشمل القاعده.

نعم يمكن التمسك للشمول بما ورد في روايه محمد بن مسلم المتقدمه من قوله (عليه السلام): يجوز على أهل كل دين ما يستحلون، أو بالتعليل المشار اليه آنفاً و هو قوله (عليه السلام): لا تترك المرأه بلا زوج؛ لجريان هذه العله في الكافر المطلق أيضاً، أو بما ورد في روايه ابن طاوس المتقدمه من قوله (عليه السلام): من دان بدين قوم لزمته أحكامهم.

الآ ان يقال: ان المراد بالدين في روايه محمد بن مسلم ليس هو المذهب، بل المراد به أصل الدين كالإسلام، و عليه فالروايه لا تكون من روايات قاعده الإلزام المعروفه، و لكن يبعده استعمال الدين في روايه ابن طاوس مع كون موردها المخالف لا غير المسلم و عليه فهاتان الروايتان مفادهما العموم، و أما التعليل فيمكن المناقشه فيه، بعد ملاحظه ان انتفاء القاعده و الحكم بعدم جواز التزويج بالمطلقه الكذائيه في مذهبنا، لا يستلزم ان تترك المرأه بلا زوج لجواز ان تتزوج بالمخالف، خصوصاً مع كثرتهم و قله الطائفه المحقه، فإنها حينئذ تتزوج من القائل بصحة هذا الطلاق، و عليه فلا تكون هذه الجملة بمنزله التعليل، بل تكون حكمه للحكم، و الحكمه لا يدور مدارها الحكم إثباتاً و نفيًا.

و لكن عرفت عموم الروايتين و شمولهما بالنسبه الى غير المسلم، و كذا المخالف بالنسبه إلى المالك، و عليه فلا مانع من أخذ الثمن من الكافر و لو كان الميت غير قابل للبيع في الإسلام؛ لالتزامهم بالملكيه و صحة معامله و انتقال الثمن إلى البائع، فيتحقق حينئذ طريق إلى صحة المعاملات الواقعه بين

الحكومه الإسلاميه و الكافره فى الأشياء التى لا سبيل الى التعامل بها فى الشريعة، و تكون باطله فيها، كما لا يخفى.

الجهه الثالثه – لا شبهه فى ان مفاد قاعده الإلزام، التى مدرکہا الروایات المتقدمه، هو جواز الأخذ ممّن دان بدين بمقتضى ما التزم به فى دينه،

فيجوز مثلاً- التزويج بالمطلقه ثلاثاً، و إن كان هذا الطلاق باطلاً عندنا، لكن البحث فى ان ما تدل عليه هذه الروایات هل هو الحكم الواقعى، غايه الأمر كونه ثانوياً أو ان مفادها الإباحه الصّرفه، و الفرق انه على الأوّل يكون فى مثال الطلاق اعتقاد الزوج المخالف بصحه طلاقه و كونه موجّباً لتحقق الفراق، موجّباً لجعل الصّحّه واقعاً، و يكون هذا العنوان عنواناً ثانوياً موجّباً لانقلاب الحكم الواقعى فى حقه، نظير الانقلاب فى موارد الاضطرار، فإنه لو اضطرّ المكلف الى شرب الخمر يكون الاضطرار موجّباً لحليته واقعاً، و أمّا على الثانى فالواقع لا- يتبدل بسبب اعتقاد المخالف بالصّحّه، بل الطلاق فاسد بالنسبه إليه أيضاً، و تكون المطلقه باقيه على الزوجيه بعد، غايه الأمر ان الشارع أباح لنا التزويج بتلك المرأه التى طلقت كذلك.

أقول: ينبغى أولاً- ملاحظه ان المراد بالإباحه هل هى الإباحه الظاهريه كما هو ظاهر مقابلتها للحكم الواقعى، أو ان المراد بها الإباحه الواقعيه؟ الظاهر انه لا محيص عن الحكم بكون هذه الإباحه على تقديرها إباحه واقعيه؛ ضروره ان التزويج بتلك المرأه التى وقع عليها ذلك الطلاق حلال واقعاً لا ظاهراً كما فى قوله (1) (عليه السلام): كل شىء لك حلال حتى تعرف

ص: ١٧٤

انه حرام بعينه فتدعه.

و ثانياً: ان الإباحه ممّا لا أساس له؛ لان مرجعها إلى إباحه تزويج المزوجه؛ لأن المفروض بطلان طلاقها و كونها فى حباله الزوج المطلق بعد، و هذا لا مجال لإسناده الى متشرع عادى فضلاً عن الامام المعصوم (عليه السلام) ، فالإباحه ممّا لا معنى له و إن كان ظاهر العبارة المحكيه عن المرحوم الشيخ حسن آل كاشف الغطاء فى كتابه (أنوار الفقاهه) ذلك إذ قال: «فظهر مما ذكرنا ان طلاق المخالفين يمضى عليهم و إن كان فاسداً عندنا، و هذا الحكم عام لكلّ صور الطلاق على غير السنه، سواء تعلّق بمؤمنه أو بمخالفه؛ فإنه يحكم بوقوعه على وفق مذهبه بالنسبه إلينا، و إن كان فاسداً فى الواقع، و كذا بالنسبه إليهم، و لا منافاه بين البطلان و بين اجراء حكم الصحه بالنسبه إلينا لطفاً منه، فهى و إن كانت زوجه لهم و لكنها حلال لنا و حرام عليهم، أو يقال: هو صحيح من وجه و فاسد من وجه آخر» و قد نسب ذلك الى صاحب الجواهر أيضاً إذ قال بعد نقل جملة من الروايات الوارده فى المقام: «و غير ذلك من النصوص الداله على التوسعه لنا فى أمرهم و أمر غيرهم من أهل الأديان» ؛ نظراً الى ان التعبير بالتوسعه ظاهر فى الإباحه، مع انه ممنوع؛ لان هذا التعبير ناظر إلى عله التشريع، و الغرض أنّ هذا الحكم منه من الشارع و توسعه من قبله، و كيف كان فالإباحه الراجعه إلى بقاء المطلقه بعد التزويج بها على الزوجيه السابقيه لفرض كون طلاقها باطلاً غايه الأمر كونها مباحه مع كونها ذات بعل شرعاً لا ينبغى توهمه بوجه، و اللازم توجيه العبارة المتقدمه بما سيأتى و إن كان ظاهرها ما تقدّم.

ص: ١٧٥

و بعد وضوح فساد الإباحه الكذائيه، و وضوح عدم كون المرأه فى حال التزويج بالموافق الشيعى باقيه على الزوجيه السابقه، و أن الفراق قد تحقق لا- محاله، يقع الكلام فى ان فراقها من زوجها هل تحقق عقيب طلاقها، أو ان فراقها من زوجها تحقق بالتزويج بها من الموافق، بحيث كان العقد الثانى مشتملاً على جهتين سلبيه و إيجابيه، السلبيه بلحاظ حصول الفراق بالنسبه إلى الزوج الأوّل المخالف، و الإيجابيه بلحاظ حصول الزوجيه بالنسبه إلى الزوج الثانى الموافق.

ربما يقال: إنّ ما تفيده الروايات هو الحكم الواقعى الثانوى الذى مرجعه إلى صحه الطلاق و حصول الفراق عقبه؛ ففى مكاتبه الهمداني نرى الامام الجواد (1)أبا جعفر الثانى يقول: و إن كان ممن لا- يتولانا و لا- يقول بقولنا فاختلعها منه، فإنه إنما نوى الفراق، و فى روايه (2)عبد الله بن طاوس يقول الامام الرضا (عليه السلام) مثل ذلك، و فى روايه (3)ابن الهيثم قال (عليه السلام): اما انه مقيم على حرام، و هكذا الحال فى روايه عبد الرحمن البصرى (4)يقول الإمام أبو عبد الله (عليه السلام): هذه المرأه لا- تترك بغير زوج، فان التعبير بالاختلاع لم يرد لفظ الأمانه لا- يناسب بقاء تلك المرأه على زوجيتها و إن الطلاق غير واقع، و كل ما فى البين هو إباحه التزوج بها، و هكذا قوله (5)(عليه السلام): فإنه إنما نوى، الفراق الظاهر فى ان حصول الفراق مستند الى نيته و قصده، و كذا قوله: لا تترك بغير زوج؛ فان مفاده ان عدم جواز التزوج بها مستلزم لان تترك بلا زوج، و هذا لا يلانم البقاء على

ص: ١٧٦

-
- ١-١) راجع الوسائل ١٥: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.
 - ٢-٢) راجع الوسائل ١٥: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.
 - ٣-٣) راجع الوسائل ١٥: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.
 - ٤-٤) راجع الوسائل ١٥: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق. راجع الوسائل ١٥: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.
 - ٥-٥) راجع الوسائل ١٥: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.

الزوجيه الأولى بوجه، و أصرح من الجميع قوله (١) (عليه السلام): اما انه مقيم على حرام؛ فإنه مع فرض عدم حصول البيونيه و الفراق بمجرد الطلاق، كيف يكون مقيماً على حرام؟ و حمل الحرمة على حرمة التجري الصادر منه باعتقاد كونها مطلقه، فى غايه البعد، و يؤيد ما ذكر دعوى ابن إدريس (٢) الإجماع عليه حيث قال: «قد روى أصحابنا روايات متظاهره بينهم متناصره و اجمعوا عليها قولاً و عملاً أنه ان كان المطلق مخالفاً و كان ممن يعتقد لزوم الثلاث لزمه ذلك، و وقعت الفرقة، و إنما لا تقع إذا كان الرجل معتقداً للحق» .

كما انه ربما يقال بالثانى، كما ذكره المحقق البجنوردى (٣) (قده) إذ قال: «ان أمرهم (عليهم السلام) بتزويجهم أو أخذ المال فى مورد التعصيب أو المعاملات الفاسده و الضمانات غير الصحيحه مع ان لهم الولايه العامه، يدل على انهم (عليه السلام) جعلوا نفس العقد عليهن طلاقاً لهن و تزويجاً للزوج الثانى، قال: و بناء على ما ذكرنا يكون العقد واقعاً على امرأه خليه؛ لأن زمان حصول زوجيتها للثانى، مع زمان عدم زوجيتها للأول واحد؛ لأنهما معلولان لعله واحده و هو العقد الواقع عليها» .

و التعبير بان لهم الولايه العامه يفيد كون ذلك من باب الولايه، مع ان ظاهر الروايات المتقدمه خلافه، و إن ذلك من قبيل سائر الأحكام المبيّنه فى كلامهم (عليه السلام) ، كما ان ظاهرها هو القول الأوّل الذى مرجعه الى حصول الفراق بمجرد الطلاق، و التعبير بالإلزام يناسب هذا المعنى؛ فان

ص: ١٧٧

١-١) راجع الوسائل ١٥: ب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق.

٢-٢) السرائر ٦٨٥: ٢.

٣-٣) القواعد الفقهيّه ١٦٧: ٣.

ما ألزموا به أنفسهم حصول البينونة بمجرد الطلاق، لا- بعد تحقق العقد عليها ثانياً، و اللازم إزامهم بهذا الأمر، كما ان لازم إزامهم بذلك أمور آخر، مثل عدم جواز الاستمتاع بها، و عدم جواز إجبارها على مراعاة أحكام الزوجيه، و غير ذلك، و بالجمله ملاحظه الروايات تقتضى الحكم بوقوع الطلاق و صحته بمجرد حصول البينونه، و لا- مانع منه بعد كون دائرته محدوده بحدود المخالف، ففي الحقيقه تكون هذه الروايات حاكمه على الأدله الأوليه الحاكمه ببطلان طلاق الثلاث فى مجلس واحد و مفيده لاختصاص تلك الأدله بالطلاق الصادر من الموافق.

و أما ما يقال فى مقام إبطال الحكومه المزبوره، من أنها مخالفه للضروره فى مذهب الشيعه؛ إذ ان الفقهاء كلهم متفقون على بطلان هذا الطلاق، و لم يقل أحد منهم بصحته و لو بالعنوان الثانوى أى بعنوان انه الطلاق الصادر عن المخالفين، و أيضاً مخالف للاخبار الصريحه فى انه إياكم و تزويج المطلقات. ثلاثاً فى مجلس واحد؛ فإنهن ذوات أزواج، و لاستنكارهم (عليه السلام) صحه مثل هذا الطلاق، و استدلالهم على بطلانه بالكتاب العزيز.

فيمكن الجواب عنه بان اتفاق الفقهاء على البطلان أنما هو بلحاظ الحكم الاولى، كاتفاقهم على حرمه شرب الخمر مع صيرورته حلالاً- فى حال الاضطرار، و الاخبار ناظره إلى المنع عن تزويجهن فى نفسه؛ لان الحكم الواقعى الاولى هو البطلان، و الصحه أنما تكون ثابتة بالعنوان الثانوى فالنظر الى ما ورد فى روايه (1) محمّد بن عبد الله العلوى المتقدمه

ص: ١٧٨

قال: سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن تزويج المطلقات ثلاثاً، فقال: ان طلاقكم الثلاث يحلّ لغيركم، و طلاقهم يحلّ لغيرهم، فإنها ظاهره في التفصيل في طلاق الثلاث بين الصادر من الموافق و بين الصادر من المخالف بأن، الأول لا يكون محللاً بخلاف الثاني، و أصرح منه روايتا عبد الله بن طاوس و مكاتبه إبراهيم بن محمد الهمداني المتقدمان الدالتان على التفصيل كذلك.

نعم روى في (دعائم الإسلام) (1) عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) ان رجلاً من أصحابه سأله عن رجل من العامّة طلق امرأته لغير عدّه، و ذكر انه رغب في تزويجها قال (عليه السلام): انظر إذا رأيتة فقل له: طلقت فلانته؟ إذا علمت أنّها طاهره في طهر لم يمسيها فيه، فاذا قال: نعم، فقد صارت تطليقه، فدعها حتى تنقضي عدّتها من ذلك الوقت، ثمّ تزوجها ان شئت؛ فقد بانت منه بتطليقه بانته، و لكن معك رجلاّن حين تسأله؛ ليكون الطلاق بشاهدين عدلين.

و الظاهر ان المراد من الطلاق لغير عدّه هو طلاق الثلاث، باعتبار عدم جواز الرجوع في عدّتها، هذا و لكن الالتزام بالروايه يهدم أساس قاعده الإلزام، و ينافى الروايات المتقدمه الظاهره في جواز التزوج بها من دون افتقار الى ما في الروايه من السؤال عن الزوج و جوابه الخاص و غيرهما، فالإنصاف أنّ التأمل في المقام يقضى بوقوع الطلاق المذكور صحيحاً، بالنسبه إلى المخالف، هذا مضافاً الى غرابه حصول الزوجيه و البيّنونه بسبب العقد في زمان واحد، خصوصاً مع ظهور أدله شرطيه خلوّ

ص: ١٧٩

١-١) المستدرک ١٥:٣٠٤ ب ٢٣ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.

المرأه عن الزوج فى صحه العقد عليها فى كونها خاليه عنه حين العقد بحيث يكون العقد واقعاً على المرأه الخاليه.

و دعوى كون المقام من قبيل وطى ذى الخيار للأمه التى باعها و كان الخيار للبائع فيتحقق الفسخ بنفس الوطى، فيكون الوطى
عله لحصول الملكيه، أى رجوع ملكيه الأمه إلى البائع، العله و المعلول متحدان زماناً، و التقدم و التأخر بينهما رتبى فقط، فيكون
الوطء و الملكيه فى زمان واحد.

مدفوعه بأنه بعد قيام الدليل على كون الوطى فسخاً؛ لعدم كونه بنفسه كذلك، لا بد من توجيهه بحصول الفسخ آنأ ما قبل
الوطى، و لانه تحقق الملكيه قبله، و وقوع الوطى فى ملكك، و لا يكفى فى جوازه مجرد الاتحاد الزمانى، و إلا يلزم جواز وطى
الأمه فى حال وقوع عقد البيع عليها، لاتحاد العله و المعلول زماناً، مع انه لا مجال للاتزام به فتدبر.

ثم انه يتفرع على القولين و تظهر ثمرتهما فيما لو استبصر المخالف بعد ان طلق زوجته بالطلاق الفاقد لشرائط صحه الطلاق
عندنا، و لم يعقد عليها غيره ممن يجوز له العقد عليها، فعلى قول من يقول بحصول الفراق بالعقد الثانى، للزوج المطلق ان يرجع
الى زوجته المطلقه بدون الاحتياج الى عقد جديد؛ لأنها زوجته، و لم يتحقق البينونه على ما هو المفروض، و على قولنا الذى
مرجه الى حصول الطلاق و تحقق الفراغ بمجرد طلاقه، لا يجوز له ان يرجع إليها بدون عقد جديد، بل لا بد من التزوج بها
بعقد جديد، كما إذا أراد موافق التزوج بها.

نعم يمكن ان يقال: انه بناء على هذا القول ايضاً يجوز له الرجوع إليها بعقد جديد نظراً الى ان تنزيل هذا الطلاق الفاسد منزله
الطلاق

الصحيح فيما إذا كان المطلق مخالفاً، ما دام انه معتقد بصحته، فاذا زال هذا العنوان عنه بواسطة استبصاره، يزول بزواله حكمه أيضاً؛ لأن ظاهر أخذ كل عنوان في موضوع حكم ان لذلك العنوان دخلاً في ثبوت الحكم حدوثاً وبقاء لا حدوثاً فقط.

و لكن الظاهر خلافه؛ لان المستفاد من الروايات سيما بعضها ان الطلاق الصادر ممن لا يتولانا أو ممن كان مستخفاً بالطلاق طلاق صحيح، و يلزم عليه بذلك، و قد وقع في بعضها التعليل بأنه أنما عنى أو نوى الفراق، و من الواضح ظهور التعليل في ان نية الفراق مع اعتقاد الصحة تكفى في اتصافه بالصحة، و عليه فيكون مجرد صدوره كذلك كافياً في إلزامه به، فلا يكون استبصاره بعد ذلك مؤثراً في دفع ذلك الحكم عنه.

مع ان هذا النوع من الاحكام كالطلاق و البينونة و العتق لا يقبل التقييد بما دام القيد الفلاني موجوداً، بل يكون صدوره موجباً لدوامه، فكما لا يصح التعبير في مقام العتق بقوله: أنت حرّ ما دمت عادلاً مثلاً، فكذلك لا يصح تقييد صحة الطلاق بما دام باقياً على المخالفة و عدم الاستبصار.

مع ان لزامه التقييد بما إذا لم يترتب على طلاقه اثر، امّا لو ترتب عليه اثر كما لو تزوجها موافق بعد انقضاء عدتها، فاستبصر الزوج المطلق بعد التزويج بالثاني، فلا مجال لرجوعها اليه، و من البعيد تحميل هذا التقييد على الروايات بناءً على ما ذكر، و دعوى انه لا يبقى مورد للرجوع؛ لان العقد بمنزلة الطلاق و يوجب خروجها عن حباله الزوج مدفوعه بأن الخروج عن ذلك مقيد على ما هو المفروض بما دام كونه مخالفاً، فاذا استبصر

تكون باقيه على الزوجيه الأولى.

نعم ربما يستدل على جواز الرجوع إليها من غير عقد جديد بمكاتبه (1) على بن سويد عن ابى الحسن (عليه السلام) فى حديث انه كتب إليه يسأله عن مسائل كثيره فأجابه بجواب هذه نسخهته: (بسم الله الرحمن الرحيم الى ان قال: و سألت عن أمهات أولادهم و عن نكاحهم و عن طلاقهم، فأما أمهات أولادهم فهنّ عواهر الى يوم القيامه نكاح بغير وليّ و طلاق فى غير عدّه، فأما من دخل فى دعوتنا فقد هدم إيمانه ضلاله و يقينه شكه)؛ نظراً الى ظهور الهدم فى هدم جميع الآثار السابقه حتى حرمة الزوجه على زوجها لو طلقها بما يوافق مذهبهم.

و لكن الظاهر انه لا مجال لاستفاده الإطلاق من مثل الروايه حتى يجوز للزوج المطلق المفروض الرجوع من غير عقد جديد.

و ربما يقال: إنه يؤيد عدم الإطلاق فرض ما لو تزوج بمن هى حلال عندهم حرام عندنا، من زنى بذات البعل ثم تزوج بها و دخل؛ فإنهم لا يقولون بحرمتها على الزانى، و عليه فلو تزوجها و تشيع بعد ذلك، فالظاهر حرمتها عليه، و إن قلنا بصحة نكاحه ما دام سنياً.

أقول: ان كان المستند فى هذا الحكم اى: الحكم بالتحريم، هو هدم الايمان الضلال و اليقين الشك كما ورد فى المكاتبه، لا روايه خاصه داله على التحريم، فمضافاً الى ان مقتضى ذلك كون التشيع موجباً لرفع الآثار السابقه (التي منها عدم حرمة الزوجه الكذائيه؛ لأن المفروض حدوث الحرمة بالتشيع بعد أن لم تكن) لا مؤيداً لأن التشيع يكون موجباً لرفع الآثار

ص: ١٨٢

السابقه، يرد عليه: انه لا فرق بين هذا الحكم و بين الحكم بجواز الرجوع بزوجته بعد التشيع، لعدم الفرق بين الموردين.

هذا و لكن أصل التعبير بهدم إيمانه ضلاله و يقينه شكه مما لا يلائم قاعده الإلزام بوجه؛ لابتنائها على ان اعتقاد المخالف و تدينه بدينه يلزمه بما ألزمه، فالروايه أجنبيه عن المقام.

و قد ظهر مما ذكرنا انه بناء على القول بحصول الفراق بمجرد الطلاق، لو استبصر الزوج و اراد الرجوع إليها لا يجوز له ذلك إلا بعقد جديد.

الجهه الرابعه- في موارد تطبيق القاعده،

و هي موارد كثيره لا يسهل احصاؤها، و لكن المناسب الإشاره إلى جملة منها:

منها: مسأله الطلاق على غير السنّه التي تقدم البحث عنها في الجهه الرابعه.

و منها: مسأله التعصيب و هو توريث العصبه ما فضل من السّهام، و المراد من العصبه هم أقرباء الميت الذين يتعصبون له، و هم الأب و الابن و من يتقرب بهما إلى الميت، فلو كانت للميت بنت واحده و أخ أو عم، فبناءً على مذهب الإماميه القائلين ببطان التعصيب، يكون جميع التركة للبنّ، غايه الأمر ثبوت نصفها فرضاً و ثبوت النصف الآخر ردّاً، و الأخ و كذا العم لا يرثان مع وجود البنت أصلاً، و كذلك لو كانت للميت بنتان مثلاً و أخ أو عم، فعلى قول الإماميه يكون جميع التركة للبنّتين، الثلثان فرضاً و الثلث الباقي ردّاً، و لا يرث الأخ و لا العم، بل في فيها أى العصبه التراب، كما ورد في الروايه.

و أمّا على القول بالتعصيب فيعطى النصف الزائد على فرض البنت

للأخ أو العمّ في المثل الأول، و الثلث الزائد على فرض البنتين للأخ أو العمّ في المثل الثاني، و هكذا في سائر موارد الإرث التي فيها التعصيب.

و حينئذ فان كان من هو من العصبه إمامياً غير قائل بالتعصيب، فمقتضى قاعده الإلزام انه يجوز له الأخذ بعنوان العصبه، و يصير ملكاً له شرعاً، و قد ورد في روايه (١) عبد الله بن محرز و روايه (٢) محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمين التصريح بذلك، بل في الروايه الأولى: خذوا منهم ما يأخذون منكم، و هو بمنزله التعليل، و كيف كان فلا شبهه في هذه المسأله بوجه.

و منها: انه لو تزوج الشيعي بامرأه من المخالفين بدون حضور شاهدين عادلين للعقد، فلو مات هذا الشيعي بعد الدخول بها، يجوز لورثه الميت ان كانوا من الشيعة منعها من الإرث و المهر و كل ما تستحقه بسبب الزوجيه؛ لأنها كانت معتقده بطلان هذا العقد؛ لاشتراط صحته عندهم بحضور شاهدين، بخلاف الطلاق، عكس ما يعتقد به الإماميه في النكاح و الطلاق، فمقتضى قاعده الإلزام منعها من جميع ذلك لبطلان العقد باعتقادها، كما لا يخفى.

و يمكن ان يقال: إنّ القدر المتيقن من قاعده الإلزام المستفاده من النصوص المتقدمه، هو ما لو كان المخالف عاملاً على وفق دينه و مذهبه، بحيث كان عمله صحيحاً حسب اعتقاده، و أمّا لو كان عمله مخالفاً لما يعتقد به و يدين به، كما في التزويج في المثل، و كما في الجمع بين العمه و الخاله و بنت

ص: ١٨٤

١- (١) التّهذيب ٩:٣٢٣ ح ١١٥٣.

٢- (٢) الوسائل ١٧:٤٨٥ ب ٤ من أبواب ميراث الأخوه ح ٦.

الأخ أو الأخت، فلا تكون هذه الصورة مشموله للقاعده، فإن الظاهر من قوله (١) (عليه السلام) في روايه عبد الله بن طاوس المتقدمه: انه من دان بدين لزمته أحكامه، انه من دان بدين و عمل على طبق دينه و مذهبه لا على خلافه و مضاده، و عليه فلم يعلم شمول القاعده لهذا الفرض، بل يمكن ان يقال: انه لا يتحقق قصد النكاح و الإنشاء ممن يرى مدخلية الأمر المفقود في صحه النكاح شرعاً؛ فإنه مع الالتفات إلى ضروره وجود الشاهدين في النكاح كيف يتمشى منه قصد الإنشاء مع فقدهما و من المعلوم انه مع عدم القصد يكون النكاح باطلاً بحسب اعتقاد الفريقين، فتدبر جيداً.

و منها: العده على اليائسه فإنه لا عده عليها في مذهبنا بخلافهم؛ إذ انهم يقولون: إنها تعتد ثلاثه أشهر من تاريخ طلاقها (كما في الفقه على المذاهب الأربعة) (٢)، و ربما يقال في تطبيق القاعده على هذا المورد: ان قاعده الإلزام تلزم من كان من العامه يرى ثبوت العده عليها، ان لا يعقد في عدتها على الأخت و سائر من يحرم عندهم الجمع بينهما، و كذلك لا يجوز عقده على الخامسة ما دامت في العده، و هكذا بقيه أحكام العده. مع انه لا يخفى ان هذا الإلزام لا يكون ناشياً من قاعده الإلزام الجاربه في حق الشيعة بالنسبه إلى المخالف؛ فان الملزم له بترتيب أحكام العده و آثارها هو اعتقاده بلزوم العده و ثبوتها في اليائسه لا قاعده الإلزام الثابته لنا بالنسبه إليهم، بل مقتضاها في هذا الفرع عدم جواز التزويج لنا بالمرأه المطلقه اليائسه ما دامت لم تخرج من العده، و جواز مطالبه المطلقه منه بالنفقه

ص: ١٨٥

١-١) تقدم في هي ١٤٢.

٢-٢) الفقه على المذاهب الأربعة ٤:٥٤٩.

ما دامت في العده على تقدير الثبوت في عده المطلقه الشيعيه، و مثل ذلك.

و منها: طلاق المكره الذي لا يصح عندنا، ولكنه يصح عند أبي حنيفه (1) و جمع كثير منهم، فلو كان المطلق ممن يقول بقولهم و صدر عنه الطلاق عن إكراه، فمقتضى قاعده الإلزام جواز التزويج من المطلقه كذلك كالمطلقه ثلاثاً في الفرع المتقدم، و هكذا طلاق السكران و طلاق الحائض مع حضور الزوج، و الطلاق في طهر المواقعه، ففي جميع ذلك يكون الطلاق فاسداً على مذهبنا، و يكون صحيحاً عند فقهاءهم جميعاً، أو في بعض المذاهب، فيجوز إلزامهم بذلك.

و منها: الطلاق المعلق، فان كان المعلق عليه مشكوك الحصول، و هو المعبر عنه بالشرط، فالظاهر اتفاقنا على البطلان و اتفاقهم على الصحه مع وجود الشرط، و عليه فلو وقع من المخالف الطلاق المعلق بهذا النحو، يجوز للموافق ترتيب آثار الصحه عليه و التزويج بزوجه المطلقه كذلك.

و إن كان المعلق عليه معلوم الحصول كطلوع الشمس و غروبها، فممن من يقول بالصحه، و بعضنا يقول بالبطلان، و إن كان يظهر من الجواهر (2) ان البطلان قول مشهور، بل حكى عن جمع من الكتب الفقيهيه الإجماع عليه و جعله الحجّه، فإن كان الشيعي ممن يقول بالصحه، فإجراء أحكام الصحه لا يرتبط حينئذ بقاعده الإلزام، و إن كان ممن يقول بالبطلان فالحكم بالصحه يبتنى على هذه القاعده و يصير من مواردّها.

ص: ١٨٤

١- ١) الفقه على المذاهب الأربعة ٢٤٨:٤. خلافاً للأئمه الثلاثة فإنهم يقولون طلاق المكره لا يقع.

٢- ٢) الجواهر ٧٨:٣٢.

و منها: الحلف بالطلاق؛ فإنه لا ينعقد اليمين بالطلاق عندنا بخلافهم، قال ابن رشد في البدايه (١): «و اتفق الجمهور في الايمان التي ليست أقساماً بشيء، و إنما تخرج مخرج الإلزام الواقع بشرط من الشروط، مثل ان يقول القائل: فإن فعلت كذا فعلى مشى الى بيت الله، أو: ان فعلت كذا و كذا فغلامي حرّ أو امرأتى طالق، انها تلزم في القرب، و فيما إذا التزمه الإنسان لزمه بالشرع مثل الطلاق و العتق، و اختلفوا هل فيها كفاره أم لا؟» و عليه فلو حلف العامى انه ان فعل كذا و كذا فامرأته طالق، و صادف انه فعل ذلك الشيء، فيجوز للشيعي ترتيب آثار الطلاق و التزويج بالمطلقه الكذائيه.

و منها: خيار الشرط، فالشيعه لا تقيده بوقت، بل يعتبرون ان يكون مده مضبوته لا تحتمل الزيادة و النقصان، و المالكيه (٢) بعد تقسيمهم مده خيار الشرط بالنسبه إلى المبيع إلى أربعة أقسام منها بيع العقار قالوا فيه: إنه يمتدّ إلى ستّه و ثلاثين يوماً، و الشافعيه (٣) و الحنفيه (٤) يشترطون ثلاثه أيام، و الحنابله (٥) يقولون بمثل قولنا، و عليه فربما يقال في تطبيق القاعده على هذا المورد: إن للجعفري إلزام غيره من اتباع هؤلاء غير الحنابله بتحديد مده الشرط و عدم التجاوز عن ذلك.

و أنا أقول لا وجه للإلزام بالتحديد و عدم التجاوز؛ فإنهم تاره يشترطون الخيار في المده المحدوده، و أخرى يتجاوزون عنها في مقام

ص: ١٨٧

- ١-١) بدايه المجتهد و نهايه المقتصد ٣٠٠:١.
- ٢-٢) الفقه على المذاهب الأربعة ١٧٨:٢.
- ٣-٣) الفقه على المذاهب الأربعة ١٧٧، ١٧٩:٢.
- ٤-٤) الفقه على المذاهب الأربعة ١٧٧، ١٧٩:٢.
- ٥-٥) الفقه على المذاهب الأربعة ١٧٧، ١٧٩:٢.

الاشتراط، و ثالثه يشترطون أصل الخيار من غير ذكر المده، أو مع ذكر المده من دون قيد، أو ذكر مده مجهوله.

ففى الأوّل لا- مجال لجريان قاعده الإلزام كما هو واضح، و فى الثانى تجرى القاعده و تحكم بالبطلان رأساً، أو الرجوع الى الحدّ، بناء على جريان قاعده الإلزام فيما لو عملوا على خلاف اعتقادهم، على خلاف ما احتملناه سابقاً من الاختصاص بما إذا كان عملهم مطابقاً لاعتقادهم.

و فى الثالث ان كانوا يحكمون فيه بالبطلان لا وجه لجريان قاعده الإلزام، لتوافق الفريقين على ذلك، و إن كانوا يحكمون فيه بالصّحّه و الرجوع الى الحدّ، كما يؤيده فتوى بعض الخاصه بذلك فى بعض فروض القسم الثالث، كما يظهر من مراجعه خيارات مكاسب (١) الشيخ الأعظم الأنصارى (قده)، فمقتضى قاعده الإلزام تأثير الفسخ فى المدّه، فيما لو كان الفسخ موافقاً لنظر الطرف الذى هو امامى على المفروض؛ فان مقتضى قوله (٢) (عليه السلام): من دان بدين لزمته أحكامه، الالتزام بتأثير الفسخ، و أمّا اقتضاؤه لجواز الفسخ و تأثيره مطلقاً فغير معلوم، بل معلوم العدم؛ لعدم جريان قاعده الإلزام فى مثل هذه الصّوره، ممّا كان بعض الخاصّه موافقاً لهم، خصوصاً إذا كان ذلك البعض ممّن يشار اليه بالبنان و يعدّ من الأركان؛ لأن الظاهر ان مجرى القاعده هو ما إذا كان مرامهم و مذهبهم واضحاً عند الإماميه و معدوداً من مشخّصاتهم و مميزاتهم، و أمّا مع ثبوت الاختلاف و كون بعضنا موافقاً لهم، فلا مجال لجريانها كما لا يخفى.

ص: ١٨٨

١-١) المكاسب.

٢-٢) مرّ فى ص ١٤٩.

و منها: إرث الزوجه، فإنهم يحكمون بأنه يكون من جميع تركه زوجها، نقوداً أو عروضاً أو أراضى مملوكه أو بساتين أو غيرها، من غير فرق ظاهراً بين ذات الولد من الزوج و غير ذات الولد، و أمّا الإماميه فهم و إن اختلفوا فى ذات الولد، ألّا انهم اتفقوا فى غير ذات الولد على عدم إرثها من جميع التركة، بل لا ترث من الأرض لا عيناً و لا قيمه، و ترث من الأشجار و البناء و النخيل و سائر ما هو ثابت فى الأرض القيمه دون العين.

و عليه فمقتضى قاعده الإلزام فى هذا المورد، انه إذا كان الميت مخالفاً و الزوجه شيعيه و لم تكن ذات ولد من الزوج الحكم بأنّها ترث من جميع التركة، و لا تكون محرومه من شىء، و ارثها من العين دون القيمه.

و منها: طواف النساء، فإنّهم لا يوجبونه فى الحج، و الشيعة قائلون بوجوبه، و إن لم يكن ركناً من أركان الحج، و فرّعوا عليه ان الإخلال به يوجب عدم حلّيه النساء عليه مطلقاً حتى العقد عليها، و حينئذ لو حج سنّى و زوجته شيعيه، أو بالعكس، لا يحلّ لكل واحد الطرف المقابل عندنا، و لكن مقتضى قاعده الإلزام الجاربه فى حق الشيعة الحلّيه؛ نظراً الى دينه، و إن من دان بدين لزمته أحكامه، و كذا يجوز للموافق التزويج بالحاج المخالف التارك لطواف النساء على مذهبه؛ لهذه القاعده، ألّا ان يقال بعدم جريانها إلّا فى موارد يكون إلزام المخالف ضرراً عليه، و لا يجرى فى غير موارد الضرر؛ لان كلمه الإلزام ظاهره فيه، و فى المقام يكون الإلزام بنفعه دون ضرره.

و عليه فلا بد لحلّ مشكله حجّ المخالف من التطرق الى غير قاعده الإلزام، فنقول

يمكن ان يكون الوجه فيه جريان سيره أصحاب الأئمة (عليه السلام) المختلطين بالعامه اختلاطاً كثيراً، خصوصاً مع كثرتهم و معاملتهم مع حجاجهم المعامله مع حجاج الشيعة في ما يرتبط بمسأله النساء، و حكمهم ببقاء نسائهم على الزوجيه بعد الحج، و جواز العقد على مرأه جديده، و لم يظهر من الأئمة (عليه السلام) الردع عن ذلك، مع كون هذه الجهه بمرأى و مسمع منهم، فسكوتهم دليل على الرضا، و نتيجه ذلك إمضاء حجهم، و لو كان فاقداً لطواف النساء، و لا ارتباط له بقاعده الإلزام أصلاً؛ لما ذكرنا في وجهه، و حكمهم (عليه السلام) باعتبار طواف النساء في الحج و مدخليته في حليه النساء بقاءً و حدوداً لا يكون ردعاً عن هذه السيره العمليه، لاحتياج الردع في مثلها الى التصريح كما لا يخفى.

و يمكن ان يكون الوجه فيه: انهم حيث يعتبرون في الحج طواف الوداع، و يقول الأغلب منهم بوجوبه و لزوم الإتيان به، يكون ذلك الطواف بحكم طواف النساء في التأثير، و يدلُّ عليه خبر إسحاق (1): لو لا- ما منَّ الله به على الناس من طواف الوداع، لرجعوا الى منازلهم و لا- ينبغى ان يمسوا نسائهم. بل عن علي بن بابويه (2) الفتوى به في الشيعى الناسى لطواف النساء، الآتى بطواف الوداع، و احتمال ان يكون المراد من الروايه ان الاتفاق على فعل طواف الوداع سبب لتمكّن الشيعة من طواف النساء؛ إذ لولاه لزمته التقيه بتركه غالباً، في غايه البعد، بل الظاهر ان المراد بالناس

ص: ١٩٠

١- (١) الوسائل ٩:٣٨٩ ب ٢ من أبواب الطواف ح ٣. التهذيب ٥:٢٥٣ ح ٨٥٦.
٢- (٢) على ما نقل في المختلف ٤:٢٠٢. على احتمال قوى يكون سألته مفقوده طبع جديد.

فيه هم العامه غير القائلين بطواف النساء، ولا- مجال لاستفاده حكم الشيعي من الروايه إذا كان كذلك، بعد كون موردها المخالفين.

و منها: الشفعه بالجوار، فعلى ما حكاه ابن رشد فى بدايته (1) يقول أهل العراق بأن الشفعه مرتبه فأولى الناس بالشفعه الشريك الذى لم يقاسم، ثم الشريك المقاسم، إذا بقيت فى الطرق أو فى الصحن شركه، ثم الجار الملاصق. وقال أهل المدينه: لا شفعه للجار ولا للشريك المقاسم، وقال المحقق فى كتاب الشفعه من الشرائع (2): «الثانى فى الشفعه و هو كل شريك بحصه مشاعه قادر على الثمن، و يشترط فيه الإسلام إذا كان المشتري مسلماً، فلا تثبت الشفعه بالجوار، و لا فى ما قسّم و ميز، الا مع الشركه فى طريقه أو نهره» .

و ربما يقال فى تطبيق القاعده على هذا المورد: انه لو كان لسنى جار شيعي، و اراد السنّى بيع داره، فللشيعي أن يأخذ بالشفعه و أخذ الدار منه؛ إلزاماً له بما يدين به، و إن كان هو غير معتقد بثبوت حق الشفعه للجار.

أقول: حيث ان الشفعه حق للشريك أو الجار على تقديره، على المشتري لا على البائع، ضروره ان حق الشفعه يرجع الى تسلط صاحبه على أخذ المال من يد المشتري بغير رضاه، على خلاف قاعده تسلط الناس على أموالهم، و لذا اشترط المحقق فى عبارته المتقدمه إسلام الشفعي إذا كان المشتري مسلماً، فلا بد فى إجراء قاعده الإلزام من ملاحظه حال المشتري و انه هل يكون مخالفاً أو موافقاً، فإذا كان الأول يحكم بمقتضى

ص: ١٩١

١-١) بدايه المجتهد و نهايه المقتصد ١٩٣:٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٢٥٤:٣.

تدبینه بثبوت حق الشفعه للجار بناءً على تبعيته لأهل العراق القائلين بثبوت ذلك الحق له فى المرتبه الثالثه، و إن كان البائع شيعياً، و إذا كان الثانى فلا- مجال لإعمال حق الشفعه بالنسبه إليه، و إن كان البائع سنياً، و بالجمله لا بد فى إجراء قاعده الإلزام من ملاحظه حال المشتري دون البائع، كما عرفته فى القول المذكور.

و منها: أبواب الضمانات، سواء كان الضمان ضماناً واقعياً و هو الضمان بالمثل أو القيمه، أم كان ضماناً معاوضياً و هو المعبر عنه بالضمان بالمسمى، و تطبيق القاعده على هذه الأبواب بأنه فى كل مورد يكون الضمان بأحد الوجهين ثابتاً باعتقاد المخالف فمقتضاها الحكم بثبوتة و إن لم يكن عليه ضمان عندنا و على اعتقادنا، فيجوز إلزامه بذلك على طبق القاعده، و أخذ المثل أو القيمه و المسمى منه، و التصرف فيه بأى نحو شاء، و إن كان الحكم الاولى غير ذلك، و موارد هذا القسم كثيره و لا- بأس بالإشاره إلى جملة منها.

١ ما لو باع حيواناً من المخالف و قبضه المشتري، ثم تلف فى يده فى أيام خيار الحيوان الثابت للمشتري، فالاماميه قائلون: إن التلف من البائع، لقاعده التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له، و المخالفون قائلون: إن التلف من المشتري؛ لإنكارهم هذه القاعده و قولهم: إن التلف ممن وقع فى يده و هو المشتري، و عليه فمقتضى قاعده الإلزام الجاربه فى البائع الشيعى عدم وجوب ردّ الثمن إليه، لان مقتضى اعتقاد المشتري ذلك، و إن كان مذهب الإماميه لزوم ردّ الثمن بناء على كون مفاد قاعده التلف المذكوره حصول الانفساخ القهرى قبل التلف آنأ ما و وقوعه فى ملك البائع، فيجب عليه ردّ الثمن سواء كان مساوياً للمبيع قيمه أو مخالفاً له كذلك، و سواء كان

من جنسه أو من غيره، كما هو ظاهر كلام الأصحاب، بل صريح جماعة منهم كالمحقق (١) والشهيد (٢) الثانيين، أو لزوم ردّ المثل أو قيمه المبيع بناء على كون مفاد القاعده مجرد الضمان دون الانفساخ، كما هو ظاهر بعض الكلمات كالشهاد في الدروس (٣)، وبالجملة لا يجب عليه بمقتضى قاعده الإلزام ردّ شيء إلى المشتري المخالف.

٢ الوديعه، و فيها فرعان:

الأول الوديعه المحفوظه عند من يساكن المستودع عاده، وقيل في تطبيق القاعده عليها ما هذه عبارته: «الوديعه عندنا ليست بمضمونه مع المحافظه عليها، من غير فرق بين ان يحفظها الإنسان عند ولده أو زوجته أو غيرها، بل عند كل شخص يحفظ عنده ماله عاده، قال العلامة الحلّي (قده) في تبصرته (٤) في البحث عن الوديعه: «و يضمن المستودع مع التفريط لا بدونه» و قال المحقق في الشرائع (٥) في المورد نفسه: «و إذا استودع وجب عليه الحفظ، و لا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهراً» أمّا أبو حنيفه فقد ذهب الى عدم وجوب الضمان لو أودعها عند من يساكنه من العيال، قال في الفقه على المذاهب الأربعة (٦): الحنفية قالوا: على ان

ص: ١٩٣

- ١- ١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣.
- ١- ٢) اللّمع ٤٥٩، ٤٥٠: ٣ و المسالك جزء ١ ١٧٨ و.
- ٣- ٣) الدروس ٢٧٢، ٢٧٣: ٣.
- ٤- ٤) تبصره المتعلمين: ١٤٠.
- ٥- ٥) شرائع الإسلام ٢: ١٢٩.
- ٦- ٦) الفقه على المذاهب الأربعة ٢٥٢: ٣ و ٢٥٣.

للوديعة ان يحفظ الوديعة عند من يساكنه عاده من عياله، الى قوله: فاذا دفع الوديعة لولده و نحوه ممن يساكنه من عياله فهلكت عند الثانى، فإن الأول لا يضمن؛ لانه دفعها لمن يصح ان يحفظ عنده ماله. و بناء على هذا فلو أودع حنفى وديعه عند شيعى، و أودعها الشيعى عند زوجته أو من يساكنه من عياله، و تلفت، فليس للحنفى ان يطالبه بتلك الوديعة و لا بضمانها، لان الشيعى قد أودعها عند من يصح إيداعها عنده، و لا شىء عليه إلزاماً؛ له بما يدين به من عدم الضمان فى هذه الصورة» .

أقول: أولاً غير خفى ان غرض الحنفية من الكلام المنقول عنهم انه لا يجب على المستودع ان تكون الوديعة باقيه عند نفسه، بل الواجب عليه هو حفظها، و له طرق منها دفعها الى الولد و نحوه ممن يساكنه عاده، و ليس لهذا الكلام مفهوم و هو عدم جواز الدفع الى غير من يساكنه عاده، و لو كان حافظاً لها أشد الحفظ، و عليه فلا خلاف ظاهراً بين الحنفية و سائر الفرق أصلاً.

و ثانياً: ان مورد القاعده ما لو كان نظر الشيعى مخالفاً لنظر المخالف، و لكنه يلزمه بمقتضى نظره الذى هو بضرره و فى مثال الوديعة المذكور الذى يكون المودع فيه حنفياً و المستودع شيعياً أنه لا فرق بين النظرين، لانه كما يقول الحنفية بعدم الضمان، كذلك يقول الشيعه بذلك؛ لان المفروض عدم تحقق التعدى و التفريط، فلا مجال فى مثله لإجراء القاعده، و بعبارته اخرى: مجرى القاعده ما لو كان معتقد المخالف مخالفاً للحكم الواقعى الأولى الثابت عندنا، و فى المثال لا اختلاف بيننا و بينهم أصلاً.

الثانى الوديعة التى يمكن اختفاؤها و ليست بذهب و فضه، و لا درهم

و دينار، و لم يشترط على المستودع الضمان، ففيها يقول فقهاؤنا بعدم ثبوت الضمان، و لكنهم فى بعض مذاهبهم على ما حكى يقولون بالضمان، فاذا كان المعير إمامياً، و المستعير من أهل ذلك المذهب القائل بثبوت الضمان، يجوز للمعير أخذ المثل أو القيمة منه فى صورته التلف بمقتضى قاعده الإلزام، و إن لم يكن هو قائلاً بالضمان أصلاً.

٣ ما لو باع شيئاً من المخالف الحنفى، و لم يشترط خياراً لهما، أو لخصوص المشتري، فلو فسخ المشتري و هما بعد فى المجلس و لم يتحقق التفرق، فللبائع الشيعى إلزامه ببقاء المعامله و عدم صحه هذا الفسخ؛ من جهه ان مذهبه انه لا خيار فى المجلس الا بالشرط، فاذا لم يكن هناك شرط فلا خيار، و إن كان مذهب البائع ثبوت خيار المجلس و لو من دون اشتراط، و هكذا الحال لو كان المشتري مالكيّاً؛ إذ أنهم ينكرون خيار المجلس رأساً.

أقول: قد عرفت احتمال عدم كون مثل هذا المورد مجرى القاعده، فإن مجراها ما إذا كان المخالف عاملاً على طبق اعتقاده و دينه، لا على خلافه، و من المعلوم ان الفسخ فى المثل خلاف مذهب؛ إذ انه يرى عدم ثبوت حق الفسخ له أصلاً.

٤ ما لو باع حرّاً و عبداً صفقه واحده من حنفى، فالإماميه قائلون بأن البيع صحيح بالنسبه الى العبد، و باطل بالنسبه إلى الحرّ، و لكن الحنفيه قائلون بالبطلان فى الجميع، فاذا كان البائع شيعياً و ندم على بيع عبده، يجوز له إلزامه برّد العبد؛ لاعتقاده ببطلان بيعه ايضاً، و إن كان هو قائل بصحته بالنسبه إليه، و مثله ما لو باع خمراً و خلّاً أو شاه و خنزيراً و مثلهما.

و منها: الرهن، و فيه فروع كثيره مرتبطه بقاعده الإلزام، و نحن نتعرض لجمله منها:

الأول قال الشيخ (قده) فى كتاب الخلاف (١): ان الراهن إذا شرط ان يكون الرهن عند عدل، صحّ هذا الشرط، ثم ذكر بعده:

لا- يجوز للعدل ان يبيع الرهن إلا بثمن مثله حالا و يكون من نقد البلد إذا أطلق له الإذن فإن شرط له جواز ذلك كان جائزا و حكى عن أبى حنيفة انه قال: يجوز له ان يبيعه نسيه و بأقل من ثمن المثل حتى انه لو وكله فى بيع ضيعه تساوى مائه ألف دينار بدانق الى ثلاثين سنه نسيه جاز ذلك. و على هذه الفتوى لو كان الراهن حنفياً، و شرط ان يكون الرهن عند عدل، يجوز له إلزامه بمقتضى قاعده الإلزام بصحّه البيع كذلك، كما هو ظاهر.

الثانى ان الصحيح عند الإماميه عدم ثبوت الضمان فى الرهن إلا مع التعدى و التفريط؛ لانه قسم من أقسام الأمانه المالكيه التى ليس فيها الضمان إلا فى الصورتين، و لكن حكى الشيخ (قده) فى الكتاب (٢) المزبور عن أبى حنيفة ان الرهن مضمون بأقل الأمرين، و هما الدين و قيمه العين المرهونه، و عليه فلو كان المرتهن حنفياً و تلف عنده العين المرهونه بدون تعدّ و تفريط، يجوز إلزامه بأقل الأمرين؛ لقاعده الإلزام، و إن كان لا ضمان عليه عندنا فى هذه الصوره.

ص: ١٩٤

١- ١) الخلاف ٣: ٢٤٢ و ٢٤٤.

٢- ٢) الخلاف ٣: ٢٤٥، ٢٥١. المبسوط للسرخسى ٢١: ٦٤.

الثالث حكى الشيخ (١) (قده) أيضاً عن أبي حنيفة: ان العدل لو باع الرهن لأداء الدين و قبض الثمن، فلو تلف الثمن بعد القبض يسقط من الدين بمقدار الثمن، و بعبارة اخرى: يكون ثمن الرهن فى ضمان المرتهن، مع انه غير صحيح عندنا؛ لانه لا وجه لسقوط دين المرتهن ما لم يقبض دينه، و لكن المرتهن ان كان حنفياً يجوز إلزامه بسقوط دينه لقاعده الإلزام.

الرابع حكى الشيخ (٢) (قده) عن أبي حنيفة أيضاً: ان منفعة العين المرهونه لا تكون للراهن و لا للمرتهن، فاذا كانت داراً مثلاً لا يجوز للراهن و لا- للمرتهن ان يسكنها أو يؤجرها، و أما نمائها المنفصل، فيدخل فى الرهن، فيكون رهناً مثل أصله، مع انّ الصحيح عندنا ان منفعة الرهن انما تكون ملكاً لملكها، و كذا النماء المنفصل يكون ملكاً له، و لا يكون رهناً، و عليه فلو كان الراهن حنفياً يجوز بمقتضى قاعده إلزامه بدخول النماء المنفصل فى الرهن، و بعدم تصرفه فى العين المرهونه بالسكن و الإيجار.

و منها: منافع العين المغصوبه، فالمحكى عن أبي حنيفة المصرّح به فى صحيحه (٣) ابن ابى ولاد المعروفه، الوارده فى البغله التى اكرهاها فخالف، ان الغاصب لا يضمن المنافع و إن استوفاهها، و قد ذكر فى الروايه تصريحه بسقوط الكراء بمجرد المخالفه و تحقق الغصب، و هذه هى الفتوى التى قال الامام (عليه السلام) فى تلك الروايه فى شأنها: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها، و تحبس الأرض بركاتها، و أما نحن فنقول بضمانها، خصوصاً إذا كانت مستوفاه، و على ما ذكر لو كان المغصوب منه حنفياً يجوز إلزامه بمقتضى قاعده الإلزام بذلك، و منعه عن أخذ قيمه منافع العين المغصوبه

ص: ١٩٧

١- (١) الخلاف ٢٥١، ٢٤٥، ٣: الميسوط للسرخسى ٢١: ٦٤

٢- (٢) الخلاف ٢٥١، ٢٤٥، ٣: الميسوط للسرخسى ٢١: ٦٤

٣- (٣) الوسائل ٣١٣: ١٧ ب ٧ من أبواب الغصب ح ١.

مطلقاً.

و منها: ضمان المجهول، اى: ضمان الدين الذى لا يعلم مقداره و انه قليل أو كثير، فإنه باطل عندنا، و المحكى عن أبى حنيفة و مالك صحه هذا الضمان، و عليه فلو كان الضامن حنفياً أو مالكياً، يجوز إلزامه بمقتضى قاعده الإلزام بصحه الضمان و لو كان الدين مجهولاً، و هكذا ضمان ما لم يجب بناء على بطلانه عندنا.

و منها موارد أخرى كثيرة متفرقه فى أبواب الفقه تظهر لمن تتبعها.

هذا تمام الكلام فى قاعده الإلزام.

ص: ١٩٨

و هي أيضاً من القواعد الفقهيه المشهوره التي اشتهرت منذ زمان الشيخ الطوسى (قده) حتى زماننا هذا، و الكلام فيها يقع فى مقامات:

المقام الأول – فى مورد هذه القاعده و بيان النسبه بينها و بين قاعده «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»

(١) التي تقدم البحث عنها مفصلاً، فنقول: ان النسبه بين الموردين هي العموم من وجه، و لانزمه وجود ماده الاجتماع و مادّتى الافتراق. اما ماده الاجتماع فهي مثل ما إذا أقر الشخص بأنه وهب ماله لزيد مثلاً فإنه بمقتضى كونه إقراراً من عاقل على نفسه تنطبق عليه قاعده الإقرار، و بمقتضى كونه مالكاً و مسلطاً على هبه ماله؛ لان الناس مسلطون على أموالهم تنطبق عليه قاعده من ملك.

ص: ١٩٩

١-١) الوسائل ١٣٣:١٦ ب ٣ من كتاب الإقرار ح ٢.المستدرک ١٦:٣١، كتاب الإقرار.

و أمّا مادّة الافتراق من ناحيه قاعده من ملك فهي كما إذا أقرّ الوكيل أو الوليّ على الأصيل، كما إذا أقرّ ببيع مال الموكل أو المولّي عليه بثمان مخصوص، أو شرط مخصوص فإنه لا ينطبق عليه قاعده الإقرار؛ لعدم كونه إقراراً على نفسه، بل على موكله أو له أو الصّغير.

و أما مادّة الافتراق من ناحيه قاعده الإقرار فهي ما إذا أقر على نفسه بفعل لا يكون جائزاً له ولا مسلّطاً عليه، كالإقرار بقتل زيد أو جرحه مثلاً فإنه لا ينطبق عليه قاعده من ملك، بل هو من مصاديق قاعده الإقرار.

و على ما ذكرنا فلا وجه للاستناد في هذه القاعده إلى قاعده الإقرار كما حكى عن بعض تخيله.

المقام الثاني- في مدرّكها،

فنقول:

قد عرفت ان قاعده الإقرار لا- يمكن ان تكون مستنداً لهذه القاعده لما عرفت من اختلاف الموردين، و أنّ العمده في هذه القاعده تصحيح إقرار الصّبي بما يصحّ منه، كالوصيه بالمعروف و الصدقه، و لو كان المستند فيها حديث الإقرار، لم يجز ذلك؛ لبنائهم على خروج الصّبي من حديث الإقرار، مع ان دليل الإقرار لا ينفع في إقرار الوكيل و العبد و الوليّ على غيرهم كما مرّ، فاللازم اقامه الدليل من غير تلك الناحيه، و ما يمكن ان يكون دليلاً أمور:

أحدها الإجماع على هذه القاعده، بمعنى ان استدلال الأصحاب بها يكشف عن وجود دليل معتبر لو عثرنا به لم نعدل عنه، و إن لم يكشف عن الحكم الواقعي، بل يظهر منهم انهم أرسلوها إرسال المسلّمات. قال

ص: ٢٠٠

الشيخ (١) في مسأله إقرار العبد المأذون في تجاره: «و إن كان يعنى المال المقرّ به يتعلق بالتجاره مثل ثمن المبيع و أورش المعيب و ما أشبه ذلك، فإنه يقبل إقراره؛ لأنه من ملك شيئاً ملك الإقرار به إلخ» و حكاه عنه الحلّي (٢) ساكتاً عليه من دون اعتراض، و ظاهره ارتضاؤه له، و إلا لم يكن من دأبه السكوت.

و قال القاضى فى «المهذب» (٣): إذا أقرّ المريض المكاتب لعبده فى حال الصحّه بأنه قبض مال الكتابه، صحّ إقراره و أعتق العبد؛ لان المريض يملك القبض، فيملك الإقرار به مثل الصحيح.

و قال المحقق فى «الشرائع» (٤): لو كان يعنى العبد مأذوناً فى تجاره، فأقرّ بما يتعلق بها، صحّ؛ لانه يملك التصرف فيملك الإقرار، و يؤخذ ما أقرّ به ممّا فى يده. و مثله العلامه فى محكى القواعد.

و ذكر فخر الدين (٥) فى مسأله اختلاف الولى و المولّى عليه: أنّ الأقوى ان كل من يلزم فعله و إنشاؤه غيره كان إقراره بذلك ماضياً عليه.

و ربما يستدل على تقديم قول الوكيل فى التصرف بأنه أقرّ بما له ان يفعله.

و لكن الظاهر انه لا مجال للاستناد إلى الإجماع أيضاً؛ لوجهين

ص: ٢٠١

١-١ (١) المبسوط ٣:١٩.

٢-٢ (٢) السرائر ٢:٤٩٩.

٣-٣ (٣) المهذب ٢:٣٨٣.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٣:١١٩.

٥-٥ (٥) على ما نقل فى مكاسب الشيخ: ٣٦٩.

الأول: انه يظهر من جملة من أعظم الفقهاء المخالفه و عدم الالتزام أو التردد في هذه القاعده، فعن العلامه في التذكره (١) انه رجح تقديم قول الموكل عند دعوى الوكيل التصرف قبل العزل، و تردّد فيه في التحرير (٢).

و استظهر من فخر الدين في الإيضاح (٣) عدم قبول دعوى الزوج في العده الرجوع، و جعل نفس الدعوى رجوعاً، و تردّد في ذلك في موضع من القواعد، و عن الشهيد في القواعد (٤) الاستشكال في دعوى الزوج الرجعه، و عن المحقق (٥) الثاني إنكار هذه القاعده رأساً؛ إذ تردّد في قبول إقرار العبد المأذون، و في قبول قول الولي في تزويج بنته لو أنكرت، بل و لو لم تنكر؛ لجهلها بالحال.

لكنّه ذكر الشيخ الأعظم الأنصاري (قدس سره) في رسالته (٦) في هذه القاعده «ان الإنصاف أن القضية المذكوره في الجملة اجماعيه، بمعنى انه ما من أحد من الأصحاب ممن وصل إلينا كلامهم إلّا و قد عمل بهذه القضية في بعض الموارد، بحيث يعلم ان لا مستند له سواها؛ فان من ذكرنا خلافهم أنّما خالفوا في بعض موارد القضية و عملوا بها في مورد آخر، الى ان قال: و كيف كان فلم نجد فقيهاً أسقطه عن استقلال التمسك».

ص: ٢٠٢

١- (١) التذكره ٢: كتاب الوكالة الباب التنازع الوكيل و الموكل.

٢- (٢) التحرير ٢٣٦.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٣: ٣٣١.

٤- (٤) القواعد و الفوائد ١: ٤٠١ تلاحظ.

٥- (٥) جامع المقاصد ٩: ٢١٧.

٦- (٦) المكاسب: ٣٧٠.

الثاني: ان التمسك بالإجماع انما يتم لو كان دليلاً منحصراً في المقام، لأن الإجماع حينئذ يتصف بالأصالة، و يكشف عن موافقه المعصوم (عليه السلام) أو وجود دليل معتبر، و أمياً مع فرض عدم الانحصار و تماميه بعض الوجوه الأخر التي استدل بها على القاعده، و احتمال ان يكون ذلك الوجه هو مستند المجمعين، فلا يبقى أصاله له؛ و لا يتصف بكونه دليلاً مستقلاً في مقابل ذلك الوجه كما لا يخفى. فاللزام ملاحظه الوجوه الأخر.

ثانيها استقرار السيره على معامله الأولياء، بل مطلق الوكلاء معامله الأصيل في إقرارهم كتصرفاتهم، و الظاهر ان المراد بالسيره هي سيره المتشرعه، و على تقدير ثبوتها و عدم كون منشئها هو بناء العقلاء على ما يأتي الكلام فيه، لا تجرى في موارد، القاعده، فهل تجرى في مورد الصبي و اعتبار قوله في ما له ان يفعل، مع ان مقتضى أدله عدم اعتبار إقرار الصبي (الحاكمه على قاعده إقرار العقلاء) عدم الاعتبار، بل هل تجرى إذا كان إقرار الولي أو الوكيل بضرر المولى عليه أو الموكل، كما هو المهم من هذه القاعده، مع ان مقتضى أدله عدم اعتبار الإقرار على الغير عدم نفوذه و عدم اعتباره؟ و بالجمله فالتمسك بالسيره المذكوره في جميع موارد تطبيق القاعده في غايه الإشكال.

ثالثها الروايات الوارده في الايمان، الداله على قبول قول من ائتمنه المالك بالإذن، أو الشارع بالأمر، و انه لا يجوز اتّهامه بوجه، و لكنه استشكل عليه الشيخ (1) الأعظم (قده) بأن النسبه بين هذه القاعده و بين الايمان هي العموم من وجه؛ لعدم جريان قاعده الايمان في إقرار الصبي

ص: ٢٠٣

بما له ان يفعله، و عدم جريان قاعده من ملك بعد زمان الايمان، مع ان مقتضى قاعده الايمان عدم الفرق، و قد صرح جماعه بالأوّل، و قالوا بأنه لو أقر المريض بأنه وهب و اقبض حال الصحه، نفذ من الثلث، و بعدم نفوذ إقرار العبد المأذون من قبل المولى، بعد الحجر عليه، بدين أسنده الى حال الاذن، فلا مجال لان يكون مستند المقام قاعده الايمان بوجه.

رابعها ما افاده الشيخ الأعظم (قده) في رسالته (1) من انه يمكن ان يكون الوجه في القضيّه المذكوره ظهور اعتبره الشارع و بيان انه من يملك إحداث تصرف فهو غير متّهم في الاخبار عنه حين القدره عليه، و الظاهر صدقه و وقوع المقرّ به، و إن كان هذا الظهور متفاوت الافراد قوّه و ضعفاً، بحسب قدره المقرّ فعلاً على إنشاء المقرّ به، من دون توقف على مقدمات غير حاصله وقت الإقرار، كما في قول الزوج: «رجعت»، قاصداً به الاخبار، مع قدرته عليه بقصد الإنشاء، و عدم قدرته لفوات بعض المقدمات، لكنه قادر على تحصيل المقدمات و فعلها في الزمان المتأخر، كما إذا أقرّ العبد بالدين في زمان له فيه الاستدانه شرعاً، لكنه موقوف على مقدمات غير حاصله، فان الظاهر هاهنا أيضاً صدقه، و إن أمكن كذبه باعتبار بعض الدواعي، لكن دواعي الكذب فيه أقلّ بمراتب من دواعي الكذب المحتمله في إقرار العبد المعزول عن التجاره الممنوع عن الاستدانه، و لو تأملت هذا الظهور و لو في أضعف افراده وجدته أقوى من ظهور حال المسلم في صحه فعله، بمعنى مطابقته للواقع، بل يمكن ان يدعى ان حكمه اعتبار الشارع و العرف لإقرار البالغ العاقل على نفسه ان الظاهر ان الإنسان غير متهم فيما يخبر به مما يكون عليه لا له، و في النبوي: إقرار

ص: ٢٠٤

العقلاء، اشاره اليه إذ أضاف الإقرار إلى العقلاء؛ تنبيهاً على ان العاقل لا يكذب على نفسه غالباً، وإلا فلم يعهد من الشارع اضافته الأسباب إلى البالغ العاقل، الى ان قال: مرجعه الى تقديم الظهور على الأصل، كما في نظائره من ظهور الصحة في فعل المسلم و نحوه من الظواهر، ثم قال: ولكن الظهور المذكور لا حجيه فيه بنفسه حتى يقدم على مقابله من الأصول و القواعد المقرره، بل يحتاج الى قيام دليل عليه، أو استنباطه من أدله بعض القواعد الأخر.

أقول: يمكن ان يقال بعد استقرار سيره العقلاء على القضييه المذكوره:- إن الشارع لم يردع عما هو مقتضى بناء العقلاء، و أدله الأصول و القواعد المقابله لا تصلح للزادعيه، بل الردع يحتاج الى دليل قوى.

كما انه يمكن ان يقال: إن نفس السلطنه الثابته من طرف الشارع اما بدون واسطه أو بوساطه اذن المالك، تلازم عرفاً نفوذ إقراره به، فالدليل على القاعده نفس هذه الملازمه العرفيه، التي مرجعها الى عدم الانفكاك بين السلطه على الشىء و ملكيه الإقرار به، فإن الصبى الذى يجوز له الوصيه، كيف لا- يقبل إقراره بها؟ و الزوج الذى يجوز له الرجوع، كيف لا- يقبل إقراره به؟ و إذا أضيف الى ذلك ثبوت الإجماع على القاعده فى الجمله لا يبقى ارتياب فى أصل القضييه، و يكفى مستنداً لها كما لا يخفى. و قد عتبر عن هذا الوجه المحقق العراقى (قده) فيما حكى عنه بثبوت الملازمه بين السيلطنه على ثبوت الشىء و السلطنه على إثباته، بمعنى ان القدره على وجود الشىء واقعاً تلازم القدره على إيصاله إلى مرتبه الإظهار و الإثبات، مثلاً لو كانت له السلطنه على بيع داره أو وقفه أو هبته أو غير ذلك من

التصرفات، فلا بد و إن تكون له السلطنة على إثبات هذه الاعمال و الأفعال.

و لكنه أورد عليه: أنه ان كان المراد من السلطنة على إثباته هو ان يكون ثابتاً في مرحله الظاهر بمحض إظهاره و إقراره، كى يترتب عليه جميع آثار وجود ذلك الشيء، سواء كان له أو عليه أو لغيره أو على ذلك الغير، فهذا دعوى بلا بينه و لا برهان؛ إذ ربما يكون الإنسان قادراً على عمل، و لكن ليس قادراً على إثباته بمحض إقراره، و إلا كان اخبار كل مخبر عن صدور فعل حجه على وجود ذلك الفعل، و إن أنكره من يتعلق به العمل، مثل ما لو استأجر البناء على ان يبني له حائط، فأخبر بوقوع ذلك البناء، و أنكره المستأجر، فإن إخباره لا يكون حجه قطعاً.

و إن كان المراد هو ان الشارع ان جعل سلطاناً على أمر فجعله ملازم لجعل إخباره و إقراره حجه على إثباته، ففيه: ان هذه ايضاً دعوى بلا بينه و برهان؛ لعدم لزوم اللغويه، مع عدم كون الإقرار حجه؛ لإمكان الإشهاد على صدوره منه حتى فى مثل الرجوع فى العده. نعم لو كان قوله: رجعت إليها، فى حال عدم انقضاء العده إنشاء لا اخباراً، فهو بنفسه رجوع، و يمكن ايضاً ان يكون من قبيل إثبات الرجوع بإقراره، و من مصاديق هذه القاعدة، و ليس الجعل الثانى من لوازم الجعل الأوّل حتى يكون الدليل على الأوّل دالاً على الثانى بالدلاله الالتزاميه.

و الظاهر انه لا- مجال لإنكار الدلاله الالتزاميه العرفيه؛ فإنّ العرف يفهم من ثبوت السلطنة للزوج على الرجوع بقول: رجعت، إنشاء، انه لو وقع هذا القول فى مقام الاخبار و الإقرار يكون حجه إذا كانت الزوجه

فى العده، بـحـيـث كان له ذلك، نعم مع انقضاء العده و عدم ثبوت حق الرجوع له بالفعل، لا مجال لاستفاده حجيه الإقرار، كما انه لا تدل عليه القاعده، لظهورها فى السلطنه الفعليه كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

المقام الثالث- فى مفاد هذه القاعده و مدلولها،

فنقول:

الظاهر ان المراد بملك الشىء ليس هى الملكيه المتداوله فى باب الأموال، كملك الدار و العقار مثلاً بل بقربنه الإقرار الظاهر فى السّـلـطـنـه عليه، يكون المراد به هى السّـلـطـنـه على الشىء، سواء كانت هذه السلطنه ناشئه من الملكيه الاصطلاحيه أو من ناحيه الشارع بواسطه أو بدونها. نعم ذكر سيدنا الأستاذ الأعظم الامام الخمينى (دام ظله الشريف) فى حواشيه على رساله الشيخ (قده) فى هذه القاعده ما لفظه: ان المالكيه «على ما يستفاد من اللغه و العرف هى علقه و رابطه اعتباريه حاصله بين الشخص و الشىء، و يستتبعها السلطنه و الاستبداد به، و هى غير السلطنه عرفاً و لغه، و لهذا وقع التشاجر من الصدر الأول بين المفسرين و المحققين فى أرجحيه مالك يوم الدين، أو ملك يوم الدين و لو كان المالك بمعنى السلطان لما وقع النزاع و التشاجر بين أئمه اللغه و التفسير و أساطين الأدب و العريه، و بالجمله ملك الشىء على ما فى القاموس اى: احتواه قادراً على الاستبداد به، و السلطنه لازم أعم للمالكيه، و هذا واضح؛ فإنّ اولى الأمر من النبىّ و الوصىّ لهم السلطنه على أموال الناس و أنفسهم، و ليس لهم المالكيه، و الحاصل: ان المتفاهم العرفى من ملك الشىء هو كونه صاحباً له فعلاً، فيشمل ملك الصغير فعدم نفوذ إقراره من مستثنيات هذه القاعده، لا نفوذه فى الموارد الخاصه من الدواخل» .

ص: ٢٠٧

ثم ذكر (دام ظله الشريف) في ذيل كلامه ما يرجع الى ان المراد من ملك الإقرار و إن كان هو السِّلْطَنه عليه لا المالكيه، لكن الظاهر ان ذكر ملك الإقرار بعد ملك الشيء إنما هو من باب التطابق، مثل قوله: قلت اطحخوا لى جبه و قميصاً.

هذا، و لكن الظاهر انه حيث كانت القاعده مسوقه لإفاده ملكيه الإقرار فى مورد ملكيه الشيء، و لا يلائم ذلك التعبير بالملكيه، مع كون المراد بها غير معناها، بل ما هو لازم أعم منها، فيكون ذلك قرينه على ان المراد بها هى السلطنه، و إن دلالتها عليها لا تكون دلالة غير ظاهره، خصوصاً مع ملاحظه الانفكاك بينها و بين الملكيه، كما فى الصبى بالنسبه إلى تصرفاته غير الجائزه له شرعاً؛ فان ملكيتها بالنسبه الى جميع أمواله و إن كانت ثابتة آلاً، انه لا سلطان له عليها كما لا يخفى. مع أنّ القاعده على ما يستفاد من موارد استدلالات الأصحاب بها مسوقه لإفاده مثل نفوذ إقرار الصبى فى التصرفات الجائزه له، و اللازم معناها بحث ينطبق عليها، و لا- مجال لحملها على معنى يخرج منه كثير من الموارد، فالإنصاف ان جعل ملك الإقرار قرينه على ان المراد بملك الشيء أيضاً هو السلطنه عليه لا الملكيه الاصطلاحيه صحيح.

نعم، يكون هنا بحث من جهتين: إحداهما انه هل المراد بالسلطنه السلطنه الفعليه الثابته بالفعل أو يعمّ السِّلْطَنه غير الفعليه أيضاً؟ فعلى الأوّل لا يشمل الصغير، لعدم السلطنه الفعليه له، نعم، له سلطنه كذلك على بعض التصرفات الماليه، مثل الوصيه و الوقف و الصدقه، و هى داخله فى عموم القاعده، و الظاهر هو الوجه الأوّل لظهور كلمه «الملك» المساوقه هنا

للسلطنة فى السلطنة الفعلية مع ان لازم الوجه الثانى صحه إقرار الصبى بغير الأمور المذكوره من سائر التصرفات المالىه و لا يقولون به بوجه.

و الأخرى: انه هل المراد بالسلطنة هى السلطنة المطلقة بأن يكون مستقلا فيه لا يزاحمه أحد أو مجرد القدره على التصرف؟ فعلى الأول يختص بالمالك و الولى الإجبارى، و على الثانى يشمل الوكيل و العبد المأذون، و الظاهر بملاحظه موارد الاستدلال بالقاعده فى كلمات الأصحاب (رض) هو الثانى، فالمراد بها ليست هى السلطنة المطلقة بل مطلق السلطنة كما لا يخفى.

و المراد بالشىء الذى أضيف إليه الملك، هل ما يشمل الأعيان و الأفعال أو يختص بالأفعال فقط؟ ربما يقال بالثانى، نظراً الى ان ضمير «به» يرجع الى الشىء، و الظاهر عدم تحقق الاستخدام فيه، و بما ان نفس العين الخارجيه لا تكون قابله لتعلق الإقرار بها، ألّا باعتبار تعلق فعل من الأفعال بها، فمقتضى ذلك ان يكون المراد بالشىء أيضاً فعلاً من الأفعال، و يرجع المعنى الى ان من ملك فعلاً من الأفعال يملك الإقرار به و الاخبار عنه.

و يرد عليه: ان الإقرار و إن لم يتعلق بنفس العين الخارجيه، ألّا انه لا يلزم تعلقه بفعل من الأفعال؛ فإنه لو أقرّ ذو اليد بكون ما فى يده ملكاً لزيد، يترتب على إقراره النفوذ و المضى، مع ان الإقرار بالملكه لا يكون إقراراً بفعل من الأفعال، و لا مجال لإخراج هذا المورد من القاعده و إن كان داخلاً فى قاعده الإقرار أيضاً، و لا يلزم من ذلك نفوذ إقرار الصبى فى جميع التصرفات باعتبار ثبوت الملكيه له بالنسبه إلى أمواله؛ و ذلك لأنه و إن كان

مالكاً ألاً انه لا يكون له السِّلطنة بالنسبة إليها، و قد مرّ ان المراد بالملكيه هي السلطنة، و لا سلطان له على أمواله، و على ما ذكرنا فالمراد بالشىء ما يعمّ الأعيان ايضاً.

و أمّا الإقرار فمعناه اللغوى هو إثبات الشىء و جعله قازاً، كما عرفت فى قاعده الإقرار، سواء أثبتته على نفسه أو على غيره، و الظاهر ان معناه الاصطلاحى ايضاً موافق للمعنى اللغوى، غاية الأمر ان التخصيص بخصوص ما أثبتته على نفسه، انما يستفاد من اضافته كلمه «عليه» المأخوذه فى دليل قاعده الإقرار كما لا يخفى. و المراد من ملك الإقرار هي السِّلطنة عليه، بمعنى نفوذه و مضيته و حجّيته، فمفاد القاعده: ان السِّلطنة الفعليه على الشىء موضوع لنفوذ إقراره بذلك الشىء و اعتباره.

المقام الرابع – ظاهر القضيّه الشرطيّه عند التجرد عن القرينه ان الشرط عله لترتب الجزاء حدوثاً و بقاءً،

لا الحدوث فقط، و إن زال الشرط، و عليه فملكيه الإقرار و سلطنته أنّما هي فى زمان وجود السلطنة على الشىء و تحقّقها، فاذا زالت، تنتفى السلطنة على الإقرار، فاذا أقرّ الولي بعد بلوغ الصبي بأنّه باع ماله قبل البلوغ من زيد مثلاً لا يمضى إقراره؛ لعدم كونه مالكاً للبيع فى حال الإقرار؛ لفرض زوال الحجر و تحقق البلوغ، و ملكيته للبيع قبل البلوغ لا تكفى فى نفوذ إقراره بعده، كما انه لو أقرّ الزوج بعد انقضاء العده بالرجوع فى حالها، لا يترتب على إقراره أثر؛ لعدم السلطنة على الرجوع حال الإقرار، و قد حكى عن شرائع (1) المحقّق أنّه اختار عدم قبول إقرار المريض بالطلاق حال الصحه بالنسبه إلى الزوجه؛

ص: ٢١٠

ليمنعها من الإرث، و عن التحرير (١)التنصيب على عدم سماع إقرار العبد المأذون في التجاره بعد الحجر عليه بدين يسنده الى حال الاذن، وقال ايضاً: و كل من لا يتمكن من إنشاء شيء لا ينفذ إقراره فيه، فلو أقر المريض بأنه وهب و اقبض حال الصّحّه، لم ينفذ من الأصل.

نعم يظهر من الشيخ في المبسوط (٢)و من فخر الدين (٣)في الإيضاح عموم نفوذ إقرار المقر على ما ملكه و لو في الزمان الثاني و لكنك عرفت انه خلاف ظاهر القضية الشرطيه عند التجرد عن القرينه؛ إذ ان مقتضاه مدخله الشرط حدوداً و بقاءً.

و لا مجال للاستناد الى استصحاب بقاء السلطنه التي كانت له حال وقوع الفعل الذي يقرّ بوقوعه في الزمان المتقدم، ابي هذا الزمان؛ و ذلك لتبدل الموضوع؛ إذ ان السّيلطنه السابقه كانت في ظرف السّيلطنه الفعلية على الشيء، و المفروض انتفاؤها و زوالها، و دعوى الوحده العرفيه الكافيه في جريان الاستصحاب ممنوعه جداً؛ لوضوح الفرق عندهم بين الزوج في حال بقاء العده و بينه في حال الانقضاء، و كذا سائر الموارد.

المقام الخامس – ما المراد بملك الإقرار

ذكر الشيخ الأعظم (قده) في رسالته (٤)في هذه القاعده ما ملخصه: ان المراد بملك الإقرار إذا كان أصيلاً واضح، و إن كان غير أصيل كالوليّ و الوكيل فيحتمل أموراً

ص: ٢١١

١- ١) التحرير للعلامة جزء ١١٤: ٢.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٣.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٢٣٠، ٢٢٩: ٢.

٤- ٤) المكاسب للشيخ: ٣٦٩.

الأول السلطنة على الإقرار به، بمعنى ان إقراره ماض مطلقاً، و يكون كإقرار ذلك الغير، حتى انه لا يسمع منه بينه على خلافه، فضلاً عن حلفه على عدمه، قال: وهذا المعنى و إن كان بحسب الظاهر انبب بلفظ الإقرار، إلا انه يكاد يقطع بعدم إرادته.

الثاني ان إقراره به نافذ بالنسبة إلى الأصيل كنفوذ إقراره، و إن لم يترتب عليه جميع آثار إقراره، فالتعبير بالإقرار من حيث انه لما كان في التصرف نائباً عنه و كان كالتصرف الصادر عن نفسه، فالأخبار به كأنه أيضاً صادر عن نفسه، ففعله كفعله و لسانه كلسانه، و لا فرق حينئذ بين ان تقع هناك دعوى و بين ان لا تقع، و لا بين ان تكون الدعوى مع ذلك الأصيل و بين ان تكون مع ثالث، و حينئذ فلو أخبر الوكيل بقبض الدين من الغريم، فأخبره يكون بمنزله البينه للغريم على الأصيل لو ادعى عليه بقاء الدين.

الثالث ان يراد قبول قوله بالنسبة إلى الأصيل لو أنكره، فيختص بالتداعي الواقع بينهما، فلا تعرض فيه لقبول قوله بالنسبة إلى الأصيل لو كانت الدعوى ترجع على ثالث، حتى يكون كالشاهد للثالث على الأصيل، قال: و بهذا يجمع بين حكم المحقق و العلماء بتقديم قول الوكيل فيما إذا ادعى على الموكل إتيان ما وكل فيه، معللين بأنه أقرب بما له ان يفعله، و تقديم قول الموكل فيما إذا ادعى الوكيل شراء العبد بمائه و ادعى الموكل شراءه بثمانين، معللين بان الموكل غارم و معنى ذلك ان الوكيل لا يريد ان يدفع عن نفسه شيئاً، و إنما يريد ان يثبت لغيره حقاً على موكله، فهو بمنزله الشاهد على الموكل، و بعبارة اخرى: انما يعتبر إقراره بما له ان يفعله في

ما يتعلق بنفسه لا فى ما يتعلق بغيره.

و هو و إن لم يصرح بترجيح أحد الاحتمالين الأخيرين على الآخر، أّا انه ربما يستظهر من كلامه ترجيح الاحتمال الأخير، و هو اختصاص قبول قوله بما إذا كان فى مقابل الأصل، و كان التداعى واقعاً بينهما، و الظاهر انه لا محيص عن ترجيحه لو كان المدرك للقاعده هو الإجماع؛ لأنّ القدر المتيقن من مفادها، كما انه لو كان المدرك لها هى الدلاله الالتزاميه العرفيه المتقدمه، لكان اللازم ترجيحه ايضاً؛ لعدم ثبوت الدلاله المذكوره بأزيد من هذا المقدار، كما لا يخفى.

ثمّ انه ذكر الشيخ (1) ايضاً ان المراد بملك الإقرار يحتمل ان يراد به السلطنه المستقله المطلقه، بمعنى انه لا يزاحمه أحد فى إقراره، و انه نافذ على كلّ أحد، و إن يراد به مجرّد ان له الإقرار به، فلا سلطنه مطلقه له، فيمكن ان يزاحمه من يكون له ايضاً سلطنه على الفعل، فيكون ملك الإقرار بالشىء على نحو السلطنه على ذلك الشىء، فليس للبننت البالغه الرشيديه بناء على ولايه الأب عليها مزاحمه الولي فى إقراره، كما ليس لها مزاحمته فى أصل الفعل، و كذا إذا قامت البيّنه على إقرار الأب حين صغر الطفل بتصرف فيه أو فى ماله، فليس له بعد البلوغ مزاحمته، و هذا بخلاف الموكل، فإنه يزاحم الوكيل فى إقراره، كما يزاحمه فى أصل التصرف.

أقول: معنى المزاحمه فى الإقرار الثابته فى الموكل انه يمكن للموكل الإقرار قبل الوكيل، فلا يبقى موضوع لإقرار الوكيل، مثلاً إذا أقرّ بأن مورد الوكاله ملك لزيد، يترتب على إقراره آثار ملكيه زيد، و لا يبقى حينئذ

ص: ٢١٣

موضوع لإقرار الوكيل بأنه باعه من عمرو مثلاً، مع انه لو لم يكن مسبقاً بإقرار الموكل، لكان يترتب على إقرار الوكيل تحقق المعامله و ثبوت الملكيه لعمرو؛ لان من ملك شيئاً ملك الإقرار به، فالمزاحمه في الإقرار كالمزاحمه في أصل التصرف، فاذا باع الموكل مورد الوكاله من شخص قبل ان يتحقق البيع من الوكيل، لا يبقى حينئذ موضوع لتصرف الوكيل.

و الظاهر من الاحتمالين في معنى ملك الإقرار هو الثاني؛ لرجوعه إلى مساواه ملك الإقرار لملكيه الشيء و السلطنه عليه، بخلاف الاحتمال الأول الذي مرجعه إلى توسعه دائره ملك الإقرار بالنسبه إلى ملك الشيء، كما لا يخفى.

هذا مضافاً الى انه مع ثبوت السلطنه للآخر كما هو المفروض يصير الأخر أيضاً مشمولاً للقاعده، فيملك الإقرار كما يملكه الأول، و لا مجال لإخراجه بعد تساوى نسبه القاعده إليهما، فمقتضى الأخذ بعموم القاعده ترجيح الاحتمال الثاني.

إشاره

و هي من القواعد المعروفه المشهوره فى باب الضمانات، و المستند إليها فى الأبواب المختلفه فى الكتب الفقهيته، و الكلام فيها يقع فى مقامات:

المقام الأول – فى مدرکها و مستندها،

إشاره

و ما قيل أو يمكن ان يقال فى هذا المجال أمور:

الأمر الأول – الروايه النبويه المشهوره بين الفريقين و هى قوله (صلى الله عليه و آله) : المغرور يرجع الى من غره،

و قد حكى إسنادها إلى النبى (صلى الله عليه و آله) عن المحقق الثانى فى حاشيه (١) الإرشاد، و يظهر ايضاً من صاحب الجواهر (٢) فى كتاب الغصب إذ قال: «بل لعلّ قوله (صلى الله عليه و آله) : المغرور (٣) يرجع الى من غره،

ص: ٢١٥

١-١) حاشيه الإرشاد.

٢-٢) الجواهر ١٤٥:٣٧.

٣-٣) سنن البيهقى ٧:٢١٩، مع اختلاف يسير و نقل من على (عليه السلام) .

ظاهر في ذلك، و حكي عن ابن الأثير في نهايته ذلك ايضاً، و لكنى لم أجده فيها .

و كيف كان فقد ادعى بعض المتتبعين في كتب الأحاديث انه لا- يوجد هذا الحديث في شيء منها، و من البعيد ان يكون المحقق الثاني، و كذا صاحب الجواهر و جدها فيها، بل كان الاسناد مستنداً الى ما هو المعروف، و عليه فيشكل الاعتماد عليها؛ لأن الشهره الجابره لضعف الحديث أنما يكون موردها صورته وجود الحديث و النقل عن المعصوم (عليه السلام) ، غايه الأمر ان ضعفه بالإرسال أو بغيره يكون مجبوراً بموافقته الشهره له، و استناد المشهور اليه، و أمّا لو كان أصل وجود الحديث مشكوكاً، و لم يعلم وجود النقل و عدمه، فلا- معنى للانجبار، بل يرجع الكلام إلى حجيه نفس تلك الشهره أو الإجماع و عدمها، كما لا يخفى، ألا ان يقال: ان اسناد مثل صاحب الجواهر يكفي في تحقق النقل و وجود الحديث، غايه الأمر كونه بنحو الإرسال، و لكنه يبعده انه لو كان المرسل مثل الصدوق (عليه السلام) من قدماء أصحابنا الإماميه (رض) و قريب الزمن الى المعصوم (عليه السلام) لكان ذلك كافياً في تحقق الحديث و وجود النقل، و أمّا مع بعد العهد و انحصار الطريق بكتب الحديث، فلا مجال للاكتفاء به، فالظاهر أن إسناده كما عرفت كان مستنداً الى ما هو المعروف، لا الى الوجدان في بعض كتب الحديث.

الأمر الثاني - الزوايات الواردة في الموارد الخاصه الداله على رجوع المغرور فيما غرمه و تضرر به الى الغار،

مثل ما ورد في التدليس في باب النكاح، و قد عقد صاحب الوسائل باباً لذلك عنوانه: ان المهر يلزم بالدخول ان كان بالمرأه عيب، و يرجع به الزوج على وليها ان كان دلّسها،

و إن لم يدخل بها فلا مهر لها، و كذا ان كانت دلست نفسها و حكم العده.

و من رواياته روايه (١)أبي عبيده عن ابي جعفر (عليه السلام) قال فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق، و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلستها، فان لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه، و ترد على أهلها، قال: و إن أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهو له، و إن لم يصب شيئاً فلا شيء له، الحديث. و توصيف الولي بأنه دلستها ظاهر فى عموم الحكم و جواز الرجوع فى جميع موارد التدليس، و يظهر من الروايه بقريته المقابله ان التدليس يتحقق بمجرد العلم بالعيب و عدم إظهاره و بيانه، فلو لم يكن عالماً بالعيب أصلاً، لا يتحقق هناك تدليس، كما انه فى صورته العلم لا يتوقف تحقق عنوانه على إراءتها بنحو لا يكون عيب فيها، بل يكفى مجرد السكوت و عدم البيان، كما لا يخفى.

و منها روايه (٢)رفاعه بن موسى، قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) الى ان قال: و سألته عن البرصاء فقال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأه زوجها وليها و هى برصاء ان لها المهر بما استحلت من فرجها، و إن المهر على الذى زوجها، و إنما صار عليه المهر؛ لأنه دلستها، و لو ان رجلاً تزوج امرأه و زوجها أيها رجل لا يعرف دخيله أمرها، لم يكن عليه شيء، و كان المهر يأخذه منها. و هذه الروايه أظهر من السابقه

ص: ٢١٧

١- (١) الوسائل ٥٩٤: ١٤ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

٢- (٢) الوسائل ٥٩٦: ١٤ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ٢.

لصراحتها في ان استقرار المهر على الولي إنما لأجل التدليس الواقع منه، كما ان عدم التفصيل في الولي من جهة التدليس و عدمه إنما هو لكون موردها البرصاء و هو عيب لا يكاد يخفى على الولي، بخلاف الروايه السابقه المشتمله على بعض العيوب التي يمكن عدم علم الولي بها كالافضاء و نحوه.

و منها (١) صحیحہ الحلبي عن ابى عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: انما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل، قلت: أ رأيت ان كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحلت من فرجها، و يغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها، و المراد من إنكاح الولي آياها و لو بقريته سائر الروايات صورته التدليس، لا مجرد الإنكاح و لو كان بدونه.

و منها صحیحہ (٢) محمد بن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: في كتاب على (عليه السلام) من زوج امرأه فيها عيب دلّسه و لم يبين ذلك لزوجها، فإنه يكون لها الصداق بما استحلت من فرجها، و يكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوجها و لم يبين. و هذه ايضاً تدل على الرجوع في صورته التدليس، و تدل ايضاً على ان المراد بالتدليس مجرد العلم و عدم البيان و لم يفرق في الروايه بين الولي و غيره.

و يؤيد هذه الروايات ما رواه في قرب (٣) الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن على بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) قال: سألته عن امرأه دلّست

ص: ٢١٨

١-١) الوسائل ١٤:٥٩٦ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ٥.

٢-٢) الوسائل ١٤:٥٩٧ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ٧.

٣-٣) الوسائل ١٤:٥٩٨ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ٨.

نفسها لرجل و هي رتقاء، قال: يفرق بينهما و لا- مهر لها (١)؛ فان عدم ثبوت المهر مع سببيه الدخول له، انما هو للتدليس الحاصل من ناحيه الزوجه نفسها.

و مثل الروايات الواردة في شاهد الزور الدّاله على رجوع المحكوم عليه به إذا رجع عن شهادته و كذب نفسه مثل:

صحيحه (٢) جميل عن ابي عبد الله (عليه السلام) في شهاده الزور ان كان قائماً، و إلا ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرّجل.

و روايه (٣) محمّد بن مسلم عن ابي عبد الله (عليه السلام) في شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، ان كان النصف أو الثلث، ان كان شهد هذا و آخر معه.

و مرسله (٤) جميل عن أحدهما (عليهما السلام) قال في الشهود: إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرّجل، ضمنوا ما شهدوا به و غرموا، و إن لم يكن قضى طرحت شهادتهم و لم يغرموا الشهود شيئاً.

و مرسله (٥) ابن محبوب عن ابي عبد الله (عليه السلام) في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزّنا، ثمّ رجع أحدهم بعد ما قتل الرّجل، قال: ان قال الرابع (الراجع خ. ل) أو همت، ضرب الحدّ و أغرم الدّيه، و إن قال: تعمّدت

ص: ٢١٩

-
- ١- ١) الوسائل أبواب العيوب و التدليس، الباب الثانى، حديث ٨.
 - ٢- ٢) الوسائل ١٨:٢٣٨ ب ١١ من أبواب الشهادات ح ٣.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٨:٢٣٨ ب ١١ من أبواب الشهادات ح ١.
 - ٤- ٤) الوسائل ١٨:٢٣٨ ب ١٠ من أبواب الشهادات ح ١.
 - ٥- ٥) الوسائل ١٨:٢٤٠ ب ١٢ من أبواب الشهادات ح ١.

قتل.

و روايه (١)ابى بصير عن ابى عبد الله (عليه السلام) فى امرأه شهد عندها شاهدان بانّ زوجها مات، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها الأوّل، قال: لها المهر بما استحلّ من فرجها الأخير، و يضرب الشاهدان الحدّ، و يضمنان المهر لها عن (بما غرّا) الرجل، ثمّ تعتدّ و ترجع الى زوجها الأوّل (٢).

و روايه (٣)محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق، فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك، جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا: هذا السارق، و ليس الذى قطعت يده، أنّما شبّهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرّمهما نصف الديه، و لم يجز شهادتهما على الآخر (٤).

و غير ذلك من الروايات الوارده فى هذا المجال، و لكن الظاهر ان استفاده القاعده الكليه منها فى غايه الإشكال، و إن كان لا يخلو بعضها عن الاشعار بها، كما لا يخفى.

و مثل ما ورد فى الأمه المبتاعه أو المزوّجه مثل:

روايه (٥)جميل بن دراج عن ابى عبد الله (عليه السلام) فى الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها، ثمّ يجيء مستحق الجاربه، قال: يأخذ الجاربه

ص: ٢٢٠

١-١) الوسائل ١٨:٢٤٢ ب ١٣ من أبواب الشهادات ح ٢.

٢-٢) الوسائل أبواب الشهادات، الباب الثالث عشر، حديث ٢.

٣-٣) الوسائل ١٨:٢٤٢ ب ١٤ من أبواب الشهادات ح ١.

٤-٤) الوسائل أبواب الشهادات، الباب الرابع عشر، حديث ١.

٥-٥) الوسائل ١٤:٥٩٢ ب ٨٨ من نكاح العبيد و الإماء ح ٥.

المستحقّ، و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجارية و قيمه الولد التي أخذت منه (١).

و رواه (٢) وليد بن صبيح عن ابي عبد الله (عليه السلام) في رجل تزوج امرأه حرّة، فوجدها امه قد دلّست نفسها له، قال: ان كان الذي زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: ان وجد ممّا أعطها شيئاً فليأخذه، و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له، و إن كان زوجها إياه وليّاً لها، ارتجع على وليّها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكرًا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها؛ بما استحلّ من فرجها.

الأمر الثالث – الإجماع المحصل من تتبع كلامهم على رجوع المغرور الى الغار بمقدار الضرر الذي أوقعه الغار فيه،

فضلاً عن الإجماعات المحكيه، بل يظهر من كلماتهم انهم أرسلوه إرسال المسلمات، و يظهر ذلك بملاحظه فتاويهم و تعابيرهم خصوصاً في مسأله تعاقب الأيادي في باب الغصب؛ إذ يصرّحون برجوع الضامن الذي أخذ المثل أو القيمه منه الى من قبله إذا كان غاراً له في ذلك، و لا- خلاف بينهم في ذلك، و إن كان ربما يقع الخلاف في بعض موارد تطبيق القاعده، كما إذا كان الغار جاهلاً و مشتبهًا، مثلاً إذا اعتقد ان امرأه جميله و لها ثروه كثيره، فمدحها بذلك، فتزوج بها لأجل ذلك رجل له طمع في مالها و جمالها، فبذل لها مهراً كثيراً، ثم انكشف الخلاف و عدم كونها كذلك، فإنه في مثله وقع الخلاف في رجوع الزوج الى

ص: ٢٢١

١- (١) الوسائل أبواب نكاح العبيد و الإماء، الباب الثامن و الثمانون، حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل ٥٧٧: ١٤ ب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

المادح و عدمه، و لكنه لا- خلاف بينهم فى الكبرى بوجه، هذا و لكن احتمال استناد المجمعين فى إجماعهم إلى النبوى المعروف أو الى بعض الأدله الأخرى يمنع من جعل الإجماع حجه برأسه و دليلاً مستقلاً فى مقابل سائر الأدله، كما أشرنا إليه مراراً.

الأمر الرابع استقرار سيره العقلاء و بنائهم على رجوع المغرور المتضرر الى الغار

فيما تضرر به و خسره، و لا مجال لإنكار هذا البناء: لثبوته قطعاً بينهم؛ فإن من قَدّم ضيافه طعاماً مملوكاً لغيره فأكله الضيف، لا اشكال عند العقلاء فى انه يرجع الأكل بقيمه الطعام الذى كان فى الواقع ملكاً لغير المقدم على المقدم اليه لتغريه إياه من جهه ظهور عمله فى كون الطعام ملكاً لنفسه لا- للغير، و لا- شبهه فى الرجوع فى مثله، و من جمله موارد الروايات الخاصه المتقدمه من تزويج الوليّ المعيوبه، و كون الأمه المبيعه ملكاً للغير، و موارد شهاده الزور، و عليه فيمكن ان يقال بان هذه الروايات إمضاء لما عليه العقلاء، كما انه يمكن ان يقال بصلاحيه الإجماع المتقدم لان يكون إمضاء لسيره العقلايه إذا لم نقل بكفايه مجرد عدم الردع.

و بالجمله لا إشكال فى تماميه هذا الأمر فى مقام الاستدلال على القاعده، و لكن الظاهر عدم التساوى بين مورد بناء العقلاء و بين مورد القاعده؛ فإنه لم يعلم تحقق بناء العقلاء فى صورته جهل الغارّ و عدم علمه، كما ان الظاهر ان العقلاء يحكمون بضمان الغار ابتداء من باب قوه السبب على المباشر فى بعض الموارد، كما لا يبعد فى مثال الطعام المتقدم مع ان مورد القاعده ما إذا توجه الضمان ابتداء على المغرور المباشر و استقرّ على

الغار، و مع ذلك فهذا الدليل قوى جداً.

الأمر الخامس – ما يظهر من كلمه الأصحاب من ان الغار سبب فى الإتلاف

و المغرور مباشر ضعيف، و المباشر متى ضعف يصير الضمان على السبب، و قد اختار الشيخ (1) الأعمش (قده) هذا الوجه مدرکاً لرجوع المغرور الى الغار فيما إذا كان المشتري عن الفضولى جاهلاً بأن البائع فضولى و ليس بمالك فتضرّر.

و أورد عليه بوجهين:

الأوّل ان هذا لو تمّ لزم عدم تحقق الضمان على المغرور أصلاً؛ لعدم كونه متلفاً و متصرفاً فى الحقيقه، مع انهم يقولون: ان المغرور يضمن و يرجع بما اغترمه على الغار، و هذا ينافى ضعف المباشرية، و بعبارته اخرى: لو كان السبب هو الإتلاف، فسبب الضمان هنا شىء واحد، فان كان على الغار فلا وجه لضمان المغرور، و إن كان على المغرور، فلا وجه للرجوع الى الغار، و إن كانا مشتركين فلا بد من التبعض، فتعدد الضمان مع وحده السبب لا وجه له.

الثانى ان ضعف المباشر الموجب لضمان السبب أنما هو فيما إذا كان المباشر كالأله كالصبي غير المميز و المجنون و الحيوان و المكره بالفتح الخالى عن الاختيار و نحو ذلك حتى يصدق الإتلاف على السبب و المغرور فى المقام بالغ عاقل شاعر مختار قاصد فكيف يعقل جعله كالأله فلا بد من إثبات سبب آخر غير الإتلاف يوجب ضمان الغار.

و أجيب عن هذا الوجه بان هذا فيما إذا لم يكن الفاعل المختار جاهلاً

ص: ٢٢٣

(١ - ١) المكاسب: ١٤٧.

بالضرر المترتب على فعله، أما لو كان جاهلاً بالمفسده و الضرر المترتب على ذلك الفعل، كما لو وصف شخص دواء سائماً بأنه نافع و له آثار كذا و كذا، و غرّره بشرب ذلك الدواء، فالسبب هاهنا أقوى من المباشر، و إن كان الفعل صادراً عن الفاعل المختار، و لعلّه من هذه الجهه يقال: ان الطبيب ضامن و إن كان حاذقاً، بل يمكن ان يقال: إنه يقاد لو كان عالماً بأنه سائماً، و مع ذلك غرّر المريض بشربه.

أقول: ان هذا الدليل على فرض تماميته لا ينطبق على جميع موارد القاعده؛ فإن الأقوائيه انما تتم مع علم الغاز، و أمّا مع جهله فلا مجال لها أصلاً، كما لا يخفى.

المقام الثاني - في مفاد القاعده و معناها،

فنقول: لا- شبهه في ان الغار و المغرور إذا كان كلاهما عالماً بترتب الضرر على الفعل الصادر من المغرور، لا يكون هناك رجوع، كما انه لا يكون غرور أصلاً؛ فإنه مع علم المغرور بأن المأخوذ مغصوب مثلاً و مع ذلك أخذه و تصرف فيه، لا مجال لتحقق الغرور. كما انه لا- شبهه في انه إذا كان الغار جاهلاً و المغرور عالماً، لا يكون في البين رجوع و لا غرور بطريق اولى من الصوره المتقدمه.

و أمّا صوره العكس، بان كان الغار عالماً و المغرور جاهلاً فهي القدر المتيقن من القاعده على تقدير اعتبارها؛ لوضوح تحقق الغرور و عنوانى الغاز و المغرور.

إنّما الإشكال و الارتباب في صوره جهل كليهما، و منشأ الاشكال ان الجاهل بترتب ضرر على فعل إذا أوقع شخصاً في ارتكاب ذلك الفعل بتشويقه اليه و توصيفه بترتب النفع عليه، هل يصدق عليه عنوان الغار؟

أم لا- يصدق عليه خصوصاً إذا كان معتقداً بترتب النفع عليه؟ كالطبيب الحاذق الذى يصف الدواء للمريض باعتقاد تأثيره فى العلاج و قطع المرض، فاستعمله المريض فتبين الخلف، و إن الدواء كان مضرّاً، و إن الطبيب قد اشتبه عليه ذلك.

ربما يقال: إنه حيث لا يكون التغير من العناوين القصديه التى يتوقف تحققها على قصد عنوانها كالتعظيم مثلاً، بل من العناوين المتحققه بنفس الفعل، كعنوان الضرب؛ إذ لا- يتوقف تحققه على قصد عنوانه، فالظاهر حينئذ تحققه و إن كان الغار جاهلاً، و لازمه عدم قصد إيقاعه فى الضرر المترتب على ذلك الفعل؛ لكونه جاهلاً بالترتب، بل معتقداً بثبوت نفع له مكان الضرر.

أقول: الظاهر ان صدق الغرور الذى هو بمعنى الخدعه فى صوره الجهل مشكل؛ فإنه كيف تتحقق الخدعه من الجاهل مع فرض جهله؟ فهل يكون الطبيب الحاذق فى المثال المتقدم خادعاً و مدلساً، و قد عرفت نفي عنوان التدليس عن الولي الجاهل بعيب المرأه فى بعض الروايات المتقدمه الوارده فى عيوبها؟ نعم لا يلزم ان يكون العالم فى مقام إراءه غير الواقع و إخفائه، بل يكفى مجرد العلم و السكوت و عدم البيان، و منه يظهر ان دعوى مدخلية العلم فى معنى الغرور و التدليس لا تكون مستلزمه لكون هذا العنوان من العناوين القصديه؛ فان دخاله العلم فى المعنى أمر، و لزوم قصد العنوان أمر آخر، و عليه يظهر الخلل فى ما افاده المحقق البجنوردى فى هذا المقام فتدبر.

هذا بالنسبه إلى معنى كلمه «الغرور» المأخوذه فى القاعده، و أمّا كلمه

«يرجع» فظاهرها ان المغرور ايضاً ضامن، و للمضمنون له الرجوع اليه سواء كان له الرجوع الى الغار ايضاً كما في مورد تعاقب الأيدي في العين المغصوبه، أو لم يكن له الرجوع اليه، كما في مورد المرأه المعيوبه المدكسه المدخول بها؛ فان الظاهر انه لا يكون لها الرجوع ابتداء الى وليها الذي أنكحها، بل لها الرجوع الى الزوج فقط، و على اى حال فيستفاد من هذه الكلمه أمران:

أحدهما: كون المغرور ضامناً يجب عليه تدارك الضرر و الخساره التي أوقعها بالغير و الآخر: ان رجوعه الى الغار أتما هو بعد تدارك الضرر، لعدم صدق الرجوع بدونه. هذا كله بالنسبه إلى الكلمات المأخوذه في القاعده.

و أما بلحاظ الحكم، و هو جواز الرجوع، فالظاهر انه يختلف باختلاف الأمور المتقدمه المذكوره في مدرك القاعده و مستندها؛ فإنه ان كان المستند هي الروايه النبويه المعروفه، فإن قلنا بعموم لفظ الغرور لصوره الجهل، فمقتضى عموم الروايه و إطلاقها الشمول لهذه الصوره أيضاً، فالمغرور يرجع حينئذ إلى الغار مطلقاً، سواء كان عالماً أو جاهلاً و إن قلنا باختصاص الغرور بخصوص صوره العلم، فلا مجال حينئذ للحكم بجواز الرجوع الى الغار بمقتضى الروايه الوارده، كما لا يخفى.

و إن كان المستند هو الإجماع، فالقدر المتيقن من معقده خصوص صوره العلم، من دون فرق بين القول بعموم لفظ الغرور لصوره جهل الغار و بين القول باختصاصه بصوره العلم؛ و ذلك لأن الإجماع دليل لئبى يقتصر في مورده على القدر المتيقن، خصوصاً مع وجود الخلاف في صوره الجهل.

و إن كان المستند هو بناء العقلاء، فالظاهر اختصاص مورده بصوره العلم؛ فإنهم لا يرون الجاهل ضامناً بوجه، كما يظهر من مثال الطبيب الحاذق، بل لا يرون مثله غازراً ومدلساً وخادعاً أصلاً.

و إن كان المستند هي الروايات الخاصه الوارده في موارد مختلفه، التي قد تقدم بعضها مثل ما ورد في باب تدليس المرأه المعيوبه، و رجوع شاهد الزور عن شهادته، فالظاهر بل المصرح به في بعضها أنّ موردها صوره العلم، و قد صرّح في روايه (١) ابي عبيده المتقدمه بأنه ان لم يكن وليها عالماً بشيء من ذلك، فلا شيء عليه، و كذا روايه (٢) رفاعه و بعض الروايات الأخرى، و هكذا الروايات الوارده في شاهد الكذب؛ فان موردها صوره العلم بالكذب باعتبار لفظ التوبه الواقع في بعضها، و باعتبار طرح شهادتهم و عدم الحكم على طبقها في ما إذا لم يكن قضى على وفقها، و كذا باعتبار الحكم بأنه يضرب الشاهدان الحدّ، مع انه لا حدّ في صوره الجهل، نعم في مرسله (٣) ابن محبوب ثبوت الحدّ، اي: حدّ القذف، في صوره الوهم و عدم التعمّد، و كذا لزوم غرامه الدّيه، و لكنها من جهه الحدّ معارضه ببعض الروايات الأخرى الداله الدالّ على عدم الثبوت، و من جهه غرامه الديه يكون للمورد خصوصيه و هي خصوصيه القتل؛ إذ تثبت الدّيه بسببه في قتل الخطأ، مع ان مورد هذه الروايات لا يكون من مصاديق قاعده الغرور، لما عرفت من ان موردها ما إذا كان الرجوع أولاً إلى المغرور، غايه الأمر ان المغرور يرجع الى الغار، و مورد هذه الروايات من مصاديق

ص: ٢٢٧

-
- ١- (١) الوسائل ١٤:٥٦٩ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ١ و ٢.
 - ٢- (٢) الوسائل ١٤:٥٦٩ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ١ و ٢.
 - ٣- (٣) الوسائل ١٨:٢٤٠ ب ١٢ من كتاب الشهادات ح ١.

قوة السبب بالنسبة إلى المباشر، إذ يكون الضمان ثابتاً بالنسبة إلى السبب فقط، كما لا يخفى.

و أما روايه (1) جميل بن درّاج المتقدمه الوارده فى الأمه المبيعه المستحقه للغير، فظاهرها و إن كان هو الإطلاق من جهه علم البائع باستحقاق الغير اياها و جهله، خصوصاً مع كونه سوقياً، ألما انه باعتبار كون البائع عالماً بخصوصيات الأمه نوعاً لا مجال للاتكال على هذا الإطلاق فتدبر.

و إن كان المستند هو اقوائيه السبب من المباشر، فالظاهر انه لا فرق بين صوره علم الغارّ و جهله، و يدلُّ عليه الروايات الوارده فى شهود الزور الداله على الضمان مع الجهل ايضاً، كما عرفت، نعم قد مرّ منا المناقشه فى صدق الأقوائيه فى صوره الجهل.

ثم انه ربما يقال: إنّ الأدله الوارده فى باب ضمان الطيب تدل على ضمان الغار و إن كان جاهلاً و لكننا حققنا فى كتاب الإجاره ان المستفاد من مجموع الروايات الوارده فيه هو ثبوت الضمان فى ما إذا كان استناد الإتلاف و الإفساد الى الطيب، و إن لم يتحقق منه المباشره، كما فى التطيب على النحو المتعارف، فإن الإسناد إلى الطيب فيه أمر عرفت، نعم لا يتحقق الاستناد فى توصيف الدواء و مثله، فلا يكون فيه ضمان كما صرح به سيدنا الأستاذ الامام (مد ظله العالى) فى كتاب (2) الإجاره، و عليه فترتبط مسأله الطيب ايضاً بمسأله اقوائيه السبب من المباشر، و لا ترتبط بالقاعده.

ص: ٢٢٨

١- (١) الوسائل ١٤:٥٩٢ ب ٨٨ من أبواب العيوب و التدليس ح ٥.

٢- (٢) تحرير الوسيله ١: كتاب الإجاره ٥٨٤.

المقام الثالث- في تحقق الاشتراك في باب الغرور

أنه كما يتحقق في باب اليد الموجه للضمان التركب و الاشتراك، كما إذا اشتركا في غضب عين بحيث لو لم يكن اشتراك لما كان يتحقق الغصب، و قد عبّرنا عنه في قاعده ضمان اليد باليد المركبه، كذلك يتحقق الاشتراك في باب الغرور ايضاً، كما إذا شهدا على مال بأنه ماله، فأخذه و أتلفه، ثم بان انه ملك للغير، و ان إتلافه إتلاف لمال الغير، فإن شهاده كل واحد جزء سبب في الغرور، و هو قد تحقق بمجموع الشهادتين؛ ضروره عدم كفايه شهاده واحده في جواز التصرف في مال، و في هذه الصوره يتحقق الاشتراك في الضمان، و يمكن فرض الاجتماع على ان يكون فعل كل منهما عله تامه في الغرور، كما لو فرض صدور السبب من كل منهما دفعه، بحيث لو لم يكن أحدهما لكفى الآخر، فيكون كل منهما عله مستقله بهذا المعنى، و لازم ذلك ايضاً الاشتراك في الضمان.

المقام الرابع- في ان قرار الضمان على من تحقق التلف بيده

ظاهر كلام الفقهاء في مسأله تعاقب الأيدي في باب ضمان اليد ان الأيدي و إن كانت كلها ضامنه، و يجوز للمالك الرجوع الى أيه واحده منها شاء، إلا ان قرار الضمان على من تحقق التلف بيده بإتلافه أو بسبب آخر، فاستقرار ضمان الغصب على الغاصب المتلف مثلاً و ظاهر كلماتهم في هذا المقام، أي: قاعده الغرور، ان قرار الضمان على الغارّ، و إن المغرور يرجع اليه، و حينئذ لو فرض غار و مغرور و متلف لم يكن مغروراً، كما إذا أخذ العين المغصوبه من يد المغرور قهراً عليه، ثم أتلفها، فإنه يجوز للمالك الرجوع الى كل واحد منهم، فاذا رجع الى المتلف و أخذ المثل أو قيمه منه، فلا- يجوز له الرجوع الى واحد من الأولين؛ لأن المفروض عدم كونه مغروراً من أحدهما، و كون الثاني مغروراً من قبل الأول،

لا- يستلزم كون الثالث مغروراً بوجه، بعد فرض أخذ العين من يده قهراً عليه، و دعوى انه لو كان يعلم بان المال لغيره ربما لا يقدم على الأخذ كذلك، مدفوعه بأن مثل ذلك لا يوجب تحقق الغرور، مع ان لازمه كون الثاني غاراً بالنسبه الى الثالث، و لا مجال للالتزام به بوجه.

و إذا رجع المالك الى المغرور الذى هو الثانى، فالظاهر ان له الخيار، فيمكنه له الرجوع الى الغار باعتبار قاعده الغرور، و يجوز له الرجوع الى المتلف؛ لأنه أيضاً يستقر الضمان عليه.

و إذا رجع المالك الى الغار و أخذ المثل أو القيمه فالظاهر، انه لا- يجوز له الرجوع الى الآخريين؛ اما المغرور فواضح، و أما المتلف، فلانه لا- وجه للرجوع اليه، و عدم كونه غاراً بالنسبه إليه لا يوجب جواز الرجوع، و لكنه يحتمل بملاحظه ما ذكرنا فى مسأله ضمان الأيدى المتعاقبه، من انه إذا رجع المالك الى السابق يجوز للسابق الرجوع الى اللاحق، ما لم يكن غاراً له، و المفروض فى المقام عدم كونه غاراً بالنسبه إلى اللاحق المتلف، و مع ذلك فجواز الرجوع فى هذه الصوره محل تأمل و إشكال.

المقام الخامس- انه لو كان المدرك للقاعده غير الروايات المتقدمه الوارده فى موارد خاصه، لكانت القاعده جاريه فى جميع أبواب الفقه

مما له ارتباط بها، خصوصاً باب المعاملات و المعاوضات و الضمانات، و أما لو كان المدرك هى الروايات السابقه، فقد عرفت الإشكال فى استفاده العموم منها لغير مواردها، و إن كان فيها اشعار به، و يستفاد من كلماتهم اجراء القاعده فى غير تلك الموارد، و لا بأس بالإشاره الى بعض الموارد فنقول

منها: ما ذكره الشيخ (١) الأعمش الأنصاري (قده) في باب بيع الفضولي من ان المشتري إذا لم يخبره الفضولي بأن هذا مال الغير موهماً أنه ماله، ثم تبين للمشتري بعد ذلك انه مال الغير، و أن المالك الأصلي أخذ العين من يده و غرّمه أيضاً، بأن أخذ منه اجره سكنى الدار سنين مثلاً و قد يتفق في بعض الصور ذهاب العين مع الثمن الذي بذله للبائع الفضولي لهذه الدار مثلاً و هذه الخساره حصلت له من ناحيه البائع الفضولي و تغريبه به؛ بعدم ذكره ان المبيع ليس له.

و قد قال: ان رجوع المشتري الى الفضولي في خسارته التي لم يحصل له نفع في مقابلها إجماعى؛ للغرور فإن البائع مغرر للمشتري و موقع إياه في مخاطر الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور، أى: يضمن كما يضمن شاهد الزور.

و منها: ما ذكره في باب الغصب من انه لو قدم الغاصب طعاماً الى شخص بعنوان ضيافته له، فتبين انه ملك الغير، فالمالك الأصلي إذا رجع الى الأكل نظراً إلى أنه مباشر للإتلاف أو الى وقوع يده على ماله و المفروض كونها يد ضمان، فيجوز للأكل الرجوع الى الغاصب، لقاعده الغرور بل ذكروا ان الغاصب لو قدم مال المالك اليه بعنوان انه مال الغاصب لا المالك، و كان المالك جاهلاً بذلك، يكون الغاصب ضامناً؛ لهذه القاعده.

و منها: ما ذكره في باب الإجاره من انه لو قال للخياط مثلاً:- ان كان يكفى هذا قباء فاقطعه، فقال: يكفى، و قطعه فلم يكف، فسقط عن

ص: ٢٣١

القيمه أو قلت قيمته، فيرجع صاحب الثوب الى الخياط بما نقص، لانه غرّه، و قال: يكفى.

و منها: ما ذكره فى باب العاربه من انه لو اعاره مال الغير بعنوان انه مال نفسه، ثم تبين انه مال الغير، و رجع ذلك الغير الذى هو المالك الى المستعير ببدل ما انتفع من ماله بعنوان العاربه، فللمستعير الرجوع الى المعير؛ لانه غرّه.

و منها: غير ذلك من الموارد التى تظهر للمتبع فى أبواب الفقه.

هذا تمام الكلام فى قاعده الغرور.

ص: ٢٣٢

اشاره

و هي ايضاً من القواعد الفقهيّه المشهوره التي يستند إليها في مختلف أبواب الفقه في فروع كثيره في باب المعاملات و النكاح و الولايات و الإرث و غيرها على ما سنينّه إن شاء الله تعالى في مقام تطبيق القاعده، و الكلام فيها يقع في مقامات:

المقام الأول – في مدرك القاعده و مستندها،

اشاره

و ما قيل في هذا المجال أمور:

الأول الإجماع على انه لم يجعل في الشريعه حكم موجب لوجود السبيل للكافر على المسلم

و ثبوت السبيل له عليه، و لم يظهر من أحد إنكار هذا الأمر، كما يظهر بالتتبع في موارد هذه القاعده كمسأله تزويج المؤمنه من الكافر و بيع العبد المسلم من الكافر، و غيرهما من الموارد، و بالجملة الظاهر تحقق الإجماع، و قد بلغ نقل الإجماع حدّ الاستفاضه بل التواتر،

كما يظهر بمراجعته كلمات الأصحاب (رض).

و لكن مع ذلك كله لا- يكون الإجماع متصفاً بالأصالة و لا- يكون حجه مستقلة؛ لأنه من المحتمل جداً ان يكون مستند المجمعين في هذه القاعده بعض الأدله الآتية، فلا يكون كاشفاً عن رأى المعصوم (عليه السلام) بل اللازم النظر في تلك الأدله من جهه التماميه و عدمها.

الثانى قوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً

(١) و الظاهر من الآيه ان المراد منها انه تعالى لم يجعل و لن يجعل بالجعل التشريعى حكماً موجباً لتحقق السبيل و السلطه للكافر على المؤمن، خصوصاً بعد ملاحظه ان الجعل التكويني بمعنى الغلبه الخارجيه التكوينييه أمر متحقق مشاهد بالوجدان، و قد أخبر به تعالى في بعض الآيات الحاكيه عن ظفر الكفار و مغلوبيه المسلمين، فسبيل الآيه حينئذ سبيل آيه نفي الحرج المشتمله على نفي جعل حكم حرجى في الدين، فكما أن آيه نفي الحرج حاكمه على الأدله الأوليه الظاهره في ثبوت الحكم في مورد الحرج ايضاً، و متصرفه فيها بالحمل على غير صوره الحرج، غايه الأمر بلسان الحكومه لا بلسان التخصيص، كذلك هذه الآيه حاكمه على الأدله الأوليه الداله على ثبوت الحكم في مورد السبيل ايضاً، فهى حاكمه على مثل (أحلّ الله البيع) الدال بإطلاقه على نفوذ بيع العبد المسلم من الكافر، و على أدله النكاح الداله بإطلاقها على مشروعيه تزويج المؤمنه من الكافر، و على أدله ولايه الأب و الجدّ الداله كذلك على ثبوت الولايه لهما إذا كانا كافرين على الولد المسلم، و على غيرها من الأدله الأوليه الأخرى، و يوجب اختصاصها

ص: ٢٣٤

بما إذا لم يتحقق السِّلَطه و السبيل، و إلا لم تجعل مشروعيه البيع و النكاح و الولايه المذكورات، و بالجمله هذه الآيه، و إن لم يقع فيها التعبير بالدين كما فى آيه الحرج، ألما ان الظاهر اتّحاد سبيلهما، و إن المراد من الجعل المنفى هو الجعل التشريعى المرتبط بمقام الاحكام و تشريعها، و على ما ذكرنا فدلاله الآيه على القاعده ظاهره.

و لكن أورد على الاستدلال بالآيه بأمر:

منها: ان قوله تعالى قبل ذلك فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ قرينه على انه ليس المراد بالآيه ما ذكره المستدلّ، بل المراد بها نفى جعل الحجه للكافرين على المؤمنين فى يوم القيامة، بمعنى انه فى ذلك اليوم الذى هو يوم ظهور الحقائق و انكشاف الواقع، لا يبقى حجه بنفع الكافر على ضرر المسلم، بل تكون الحجه للمؤمنين على الكافرين، و يؤيد هذا المعنى ما رواه الطبرى فى محكّي تفسيره عن ابن وكيع بإسناده عن أمير المؤمنين على بن أبى طالب (عليه السلام) قال: قال رجل: يا أمير المؤمنين أ رأيت قول الله وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و هم يقاتلوننا فيظهرون و يقتلون. قال له على (عليه السلام): ادنّه ادنّه ثم قال (عليه السلام): « فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا » يوم القيامة. و عن ابن عباس تفسير الآيه بيوم القيامة، و إن المراد من السبيل فيها هى الحجه (1).

و الجواب: انّ مجرّد المسبوقيه بذلك لا- دلالة له على الاختصاص، و قد اشتهر ان المورد لا- يكون مخصّصاً، غايه الأمر انّ المسبوقيه توجب تعميم

ص: ٢٣٥

مفاد الآيه و الحكم، بان مرادها ان الله لن يجعل الغلبه للكافر على المؤمن، لا فى مقام التشريع و جعل الاحكام، و لا فى يوم القيامه، و هذا المعنى ممّا يساعده و يؤيده تناسب الحكم و الموضوع؛ فان عدم جعل السبيل بهذا النحو الكلى يناسب عدم ثبوت الغلبه فى يوم القيامه، فتدبر، و أمّا الروايه الوارده فى التفسير، فمضافاً الى عدم اعتبارها، فإن الغرض المهمّ فيها نفى جعل السبيل التكويني و الغلبه الخارجيه، الأمر الذى يكذبه الوجدان؛ لثبوتها فى الخارج وجداناً، و لا دلالة لها على نفى الجعل التشريعى بوجه.

و منها: ان المراد بالسبيل هى الحجّه كما عن بعض المفسّرين، و قد ورد فى الخبر ايضاً، و هو ما روى فى العيون (1) عن ابى الحسن (عليه السلام) ردّاً على من زعم ان المراد بها نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العاديه، تسلط الكفار على المؤمنين، حتى أنكروا؛ لهذا المعنى الفاسد الذى لا يتوهمه ذو مسكه، أنّ الحسين بن على (عليه السلام) قتل، بل شبه لهم و رفع كعيسى (عليه السلام)، فيكون مفادها: انه تعالى لن يجعل حجه للكافر على المؤمن، بل الحجّه للثانى على الأول، فيكون سبيل الآيه سبيل قوله تعالى (2) كَتَبَ اللَّهُ لِمَآءِغِلَيْنَ أَنَا وَ رُسُلِي، بناء على ان يكون المراد منه هى الغلبه فى مقام الحجّه و الاحتجاج، فالحجّه فى جميع الموارد بنفع المؤمن و فى جانبه.

و الجواب: ان حمل السبيل على الحجّه ان كان بلحاظ المسبوقيه بيوم القيامه، فقد عرفت الجواب عنه، و إن كان فى نفسه، فلا مجال له، لعدم الدليل عليه أصلاً؛ فإن السبيل له معنى عام يشمل الحجّه و غيرها،

ص: ٢٣٦

١-١) عيون اخبار الرضا (عليه السلام) ٢٠٣: ٢.

٢-٢) سوره المجادله الآيه: ٢١.

و لا- وجه لحمله على خصوصها، مع انه ربما يقال بأنه على هذا التقدير ايضاً يتم الاستدلال بالآيه؛ نظراً الى ان حجه الملك و الزوجيه و الولايه من أعظم الحجج فتأمل.

و منها: ان الكافرين و كذا المؤمنين فى الآيه جمعان محلّيان باللّام مفيدان للعموم، و عليه فمفاد الآيه: انه تعالى لم يجعل لكل فرد من افراد الكافر على كل فرد من افراد المؤمن سبيلاً، فهى تدل على سلب العموم لا عموم السلب، الذى هو المدعى، فلا تنافى الآيه وجود السبيل لبعض افراد الكفار على جميع افراد المسلم فضلاً عن بعضه، كما لا يخفى.

و الجواب وضح كون المراد من الجمعين هو الجنس الذى هو أحد معانى الجمع المحلى باللّام، و مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى ذلك ايضاً، مع ان سلب العموم فى الآيه يدل على عموم السلب؛ بعدم القول بالفصل، و الآيه لا تنفيه بوجه، كما لا يخفى.

الثالث ما رواه الصدوق فى باب ميراث أهل الملل من قوله (صلى الله عليه و آله) : الإسلام يعلو و لا يعلى عليه،

(١)

و الكفار بمنزله الموتى لا- يحجبون و لا- يورثون. و ضعف السند مجبور باشتهار التمسك به بين الفقهاء و استنادهم إليه فى الموارد المختلفه.

و توضيح دلالة على القاعدة ان قوله (صلى الله عليه و آله) : الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، لو لم يكن مذيلاً بالذيل المذكور، لكان يحتمل ان يكون فى مقام الاخبار عن علو الإسلام فى مستقبل الزمان، و انه ينتشر فى أقطار العالم،

ص: ٢٣٧

(١-١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٣٣٤.

و تنحصر مرتبه العلوّ و الحكومه به، و يصير نظير قوله تعالى (١)هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَى وَ دِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَ لَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ بناء على كونه إخباراً بغلبه الدين الحنيف على سائر الأديان فى عهد مولانا صاحب العصر و الزمان (عجل الله تعالى فرجه) .

و لكن الذيل المذكور فى الحديث يرشدنا إلى أمرين، أحدهما: كون الروايه فى مقام الإنشاء و الجعل دون الاخبار، و الآخر: كون مقابل الإسلام هو الكفار دون الكفر، فالمراد بالإسلام هو المسلمون المتدينون به لا نفس الإسلام.

و بعد ذلك يتضح المراد من الحديث الشريف، و إن معناه ان المسلم لم يجعل عليه حكم يوجب علو الكافر عليه، بل الأحكام المجعوله فى الإسلام فى ما يرجع الى الأمور التى بين المسلمين و الكفار كلها مجعوله للمسلمين، و قد روعى فيها جانبهم و لوحظ فيها علوهم، فملكه الكافر للمسلم الموجه لعلوّه عليه غير مجعوله فى الإسلام، من دون فرق بين ان يراد بيعه منه و بين ان يسلم العبد الكافر للمولى الكافر، و هكذا غير الملكيه من الزوجيه و الولايه و غيرهما.

فالإنصاف تماميه دلالة الحديث على القاعده، ألا ان يناقش فيها من إذ السند؛ نظراً الى ان المقدار المجبور بالشهره و الاستناد أنما هو صدر الروايه دون جميعها، و صدرها فى نفسه لا ينطبق على القاعده كما عرفت، ألا ان يقال ان فهم الفقهاء منه ذلك دليل على اعتبارهم لذيل الروايه أيضاً، فتأمل.

ص: ٢٣٨

هذا و لكن لصاحب كتاب «العناوين» (١) تحقيق في هذا المقام يظهر منه دلاله الحديث على القاعده مع قطع النظر عن الذيل أيضاً، فإنه بعد نفى كون المراد بعلو الإسلام هو علو الشرف و الرتبه؛ نظراً الى كونه سبيل النجاه دون سائر الأديان، قال ما ملخصه: «ان كان المراد الاخبار عن ان الإسلام تزيد شوكته و قوته بحيث يعلو على سائر الأديان بكثره المتدينين و الأعوان، فلا ريب ان الاخبار عن هذا المعنى ليس ممياً هو وظيفه للشارع من إذ هو كذلك، مع أننا نرى علو سائر الأديان و كثره الكفر و الشرك و مقهوريه المسلمين، و احتمال إرادته أنه يعلو في أواخر الأزمنه بحيث يضمحل الكفر، فالأخبار عن هذا المعنى مملاً لا ريب في بعده عن الخبر عند الإنصاف، سيما مع التأكيد بقوله: و لا يعلو عليه؛ فان الظاهر من إثبات العلو للإسلام في المستقبل، و إن كان أعم من كونه دائماً أو في زمان من الأزمنه، لكن نفى علو غيره في المستقبل، مع حذف المتعلق و الزمان، ظاهر في النفي دائماً، فالفقره الأولى مجمله في إثبات العلو من هذه الجهه، و المتيقن منه بعض الأزمنه، و لكنه لا ينفي العلو في الجميع، و الفقره الثانيه داله على عدم علو غيره مطلقاً؛ لأن المصدر في ضمن الفعل نكره، فاذا دخل عليه أداه النفي اقتضى العموم المستلزم لنفي جميع افراد العلو في الزمن المستقبل، و هذا مدلول لا معارض له في الفقره الأولى، غايه الأمر دورانه بين علو الإسلام في بعض الأوقات، و مساواته مع للكفر في بعض آخر، أو علوه دائماً، فيدور الأمر بين الاحتمالين، و على اى تقدير يكون مدلول الخبر الاخبار عن عدم علو الكفر على الإسلام في وقت من الأوقات، و لازمه

ص: ٢٣٩

١-١) عناوين الأصول مير فتاح ٢٩٩.

الكذب؛ لأننا نرى بالوجدان قوه الكفار و مقهوريه المسلمين فى بعض الأزمنه، فلا وجه لحمل الخبر على الاخبار، بل ينحصر الطريق فى حمله على الإنشاء» .

ثم انه مما ذكرنا ظهر ان حمل الروايه على ان الإسلام يعلو فى الحجه و البرهان على سائر الأديان فى غايه البعد، و ليس احتمالاه مبطلًا- للاستدلال بها، خصوصاً بعد عدم مساعده معنى العلوّ للغلبه على الخصم فى مقام الاحتجاج؛ لان العلوّ بمعنى التسلط و الغلبه بالحجه ليس تسلطاً على الخصم.

نعم هنا اشكال على الاستدلال بالزوايه و كذا بآيه نفى السبيل المتقدمه، و هو ثبوت السبيل و العلوّ للكافر على المسلم فى الجمله كما إذا اقترض المسلم من الكافر غير الحربى، أو أتلف ماله، فإنه لا شبهه فى ثبوت التسلط و السبيل للكافر على أخذ ماله و ثبوت الضمان للمسلم فى مقابله.

و أجيب عن ذلك تاره بالالتزام بالتخصيص فى مفاد الدليلين، و أخرى بعدم شمولهما لمثل هذه الفروض، حتى يحتاج الى التخصيص؛ لان المتبادر منهما عدم جعل السبيل و كذا عدم ثبوت العلوّ بأصل الشرع، بمعنى ان الشارع لم يسلط الكافر على المسلم ابتداءً، و أمّا إذا فعل المسلم فعلاً سلطه به على نفسه، فلا دخل لذلك بالإسلام و علوه، و أمّا هو شىء خارجى.

و الجواب عن الأوّل وضوح كون الدليلين سيّما الآيه المشتمله على كلمه «لن» آيين عن التخصيص؛ ضروره منافاه لحنهما لعروض اى

تخصيص عليهما.

و عن الثانى مضافاً الى النقص بما إذا أرادت المرأه المؤمنه تزويج نفسها من الكافر، فإنه لا- فرق بينه وبين صورته الاقتراض بوجه، مع انهم لا يقولون بالجواز فى النكاح انّ منشأ التسلط فى هذه الفروض ايضاً جعل الشارع و حكمه بلزوم أداء القرض الى المقرض، و كون الإتلاف سبباً للضمان؛ ضروره انه مع عدم هذا الجعل لم يكن المقترض ملزماً بالأداء و لا المتلف ضامناً لماله أصلاً، فالإشكال لا يندفع بمثل ذلك.

و يمكن الجواب عن النقص بان عدم جواز تزويج المرأه المؤمنه نفسها من الكافر مستند الى الروايات الخاصه الوارده فى مورد، و لم يعلم انّ الوجه فيه هى قاعده نفى السبيل، بل يمكن ان يكون بملاك آخر لا يوجد فى مثل الاقتراض و الضمان.

الزابع دليل الاعتبار أو مناسبة الحكم و الموضوع،

بمعنى ان شرف الإسلام و عزّته يقتضى ان لا يجعل فى أحكامه و شرائعه ما يوجب ذلّ المسلم و هو انه، و قد حصر الله تعالى (١) فى كتابه العزيز العزه بنفسه و برسوله و بالمؤمنين، و عليه فكيف يمكن ان يجعل الله حكماً يكون سبباً لعلو الكفار على المسلمين و منافياً للعزه الموجوده فيهم المنحصره بهم؟ و هذا ليس من باب اعمال الظن فى استخراج الحكم الشرعى، حتى يقال: إن الأصل فى الظن عدم الحجيه و الاعتبار إلا إذا قام دليل عليه، بل من باب تنقيح المناط القطعى، بل يكون استظهاراً من الأدله اللفظيه على ما عرفت.

ص: ٢٤١

قال المحقق البجنوردى (١) (قده) بعد ذكر هذا الدليل: «و عندى ان هذا الوجه أحسن الوجوه للاستدلال على هذه القاعدة، لأنه مما تركن النفس اليه و يطمئن الفقيه به» .

أقول: الظاهر ان هذا الوجه ايضاً لا- ينطبق على جميع موارد القاعدة، فإن مثال التزوج المتقدم من موارد القاعدة على حسب قولهم، مع انه لا- يكون فيه ذلّ بوجه؛ فإن الزوجيه المتقومه بالطرفين المفتقره إلى رضا كليهما، كيف تكون مستلزمه للذل و الهوان إذا أرادت المؤمنه ان تزوج نفسها من الكافر، فهل اراده التزويج من ناحيه المرأه اراده للوقوع فى المذلّه؟ أم هى متاع يشترىها الزوج بأعلى الثمن، كما فى بعض الروايات الوارده فى جواز النظر إليها قبل العقد، و كون الطلاق بيد الزوج الذى هو من أخذ بالساق لا يوجب كون التزويج هواناً و ذللاً.

الخامس ما دلّ على وجوب التعظيم للشعائر

و حرمة الإهانة من العقل و النقل؛ فان الشارع إذا حرّم على الناس اهانة الشعائر و منها المؤمن، فكيف يرضى بتسلط الكافر عليه، مع ان فيه من الإهانة ما لا يخفى.

و يرد على هذا الوجه ما ورد على الوجه السابق.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا فى هذا المقام تماميه بعض الأدله التى استدلت بها على القاعدة، و إن كان بعضها الآخر مخدوشاً كما عرفت، فلا مجال للمناقشه فيها من إذ الدليل.

المقام الثانى- فى مفاد القاعدة،

قد ظهر مما ذكرنا فى المقام الأوّل خصوصاً ما مرّ فى تقريب دلالة آيه نفى السبيل ان مفاد القاعدة انه لم يجعل

ص: ٢٤٢

فى الشرىعه الإسلامىه حكم ىوجب ثبوت السبىل للكافر على المؤمن و علوّه علىه، فكل ما ىرى خلافه من مفاد الأدله الأولىه الداله بعمومها أو إطلاقها على تحقق السبىل و العلوّ فهو غير مجعول لله تبارك و تعالى، فنسبه القاعده إلى تلك الأدله نسبه الدلىل الحاكم الناظر الى الدلىل المحكوم الشارح له و المبىن للمراد منه سعه و ضيقاً، كنسبه قاعده نفى الحرج إلى الأدله الأولىه من دون فرق بينهما أصلاً، فكل ما ىوجب ثبوت السبىل الكافر على المؤمن بأى نحو كان فهو غير مجعول فى الشرىعه، و إن كان مقتضى الأدله الأولىه الثبوت، فأىات الإرث و إن كانت مطلقه من جهه الوارث ألما ان قوله (صلى الله علىه و آله) فى روايه: الإسلام ىعلو و لا- ىعلى علىه، الكفار بمنزله الموتى لا ىحجبون و لا ىورثون، ىوجب تضىيق دائرتها و اختصاص الإرث بالوارث المسلم إذا كان المورث مسلماً.

المقام الثالث- فى موارد تطبيق القاعده،

و هى و إن كانت كثره فى مختلف أبواب الفقه، إلّا أنا نقتصر على إيراد جملة منها، فنقول:

منها: تملك الكافر للعبد المسلم بأى نحو من أنحاء التملك الاختيارى، سواء كان بالبع أو الشراء أو بمثل الصلح و الهبه و غيرهما من النواقل الشرعىه، فإن هذا التملك غير جائز بمقتضى قاعده نفى السبىل؛ لان التملك من أوضح مصاديق السبىل المنفى فى القاعده، و كذا من أظهر أفراد العلوّ، فهو غير مجعول و غير ممضى فى الشرىعه.

و لأجله لو وقع تملكه له قهراً، كما إذا انتقل إليه بالإرث من المورث الكافر، الذى لم ىتحقق البع علىه قهراً بعد، أو أسلم العبد الكافر فى ملك مولاه الكافر، فإنه لا ىقر ىده علىه، بل ىباع علىه قهراً، و إن كان المولى

غير راض به، كما يدل عليه مرسل حماد بن عيسى عن ابي عبد الله (1) (عليه السلام) ان أمير المؤمنين (عليه السلام) أتى بعبد ذمى قد أسلم فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقروه عنده، و هذه الروايه متعرضه لحكم كلا التملكين الاختيارى و القهرى، امّا الأوّل فقوله: فبيعوه من المسلمين، الظاهر فى عدم جواز البيع من الكافر، و أمّا الثانى فهذا القول ايضاً بلحاظ الأمر بالبيع قهراً على مولاه، و قوله: لا تقروه عنده.

و فى هذا المورد من موارد تطبيق القاعده جهات من البحث:

الاولى انه ذكر الشيخ (2) الأعظم الأنصارى (قدس سره) ان هذه القاعده معارضه بعموم أدله صحه البيع، و وجوب الوفاء بالعقود، و حلّ أكل المال بالتجاره عن تراض، و عموم الناس مسيطون على أموالهم.

مع أنّك عرفت فى المقام الثانى ان هذه القاعده كقاعده نفى الحرج حاكمه على الأدله الأوليه الداله بعمومها أو إطلاقها على ثبوت السبيل و العلوّ للكافر على المسلم، فدلّيل صحه البيع و إن كان يشمل بإطلاقه هذا البيع، إلّا ان مقتضى حكومه هذه القاعده الالتزام بعدم كون إطلاقه مراداً للمولى، و إن كان ثابتاً بمقتضى اللفظ، فلا مجال حينئذ لدعوى المعارضه بعد ثبوت الحكومه و وضوح تقدم الدليل الحاكم على الدليل المحكوم كما قد حقّق فى محلّه من علم الأصول.

ص: ٢٤٤

١-١) الوسائل ٢٨٢:١٢ ب ٢٨ من أبواب آداب التجاره ح ١.

٢-٢) المكاسب: ١٥٩.

الثانيه الظاهر ان مرسله حمّاد المتقدمه الداله على لزوم بيع العبد المسلم للذمي من المسلمين بمنزله المفسّر للآيه الداله على انه تعالى لن يجعل سيلاً للكافر على المؤمن، بعد وضوح كونها آييه عن التخصيص، و مقتضى تفسيرها لها ان نفس الملكيه لا تكون سيلاً، بل السبيل هي الملكيه المستقرّه، بمعنى ان الشارع لم يرض ببقاء ملك الكافر للعبد المسلم، و لذا أوجب على الحاكم بيعه من المسلمين و دفع ثمنه اليه، و يدلّ عليه قوله (عليه السلام) : و لا تقرّوه عنده، الظاهر في ان المبعوض هو إقراره عنده، و أمّا حمل السبيل على السلطنه غير المنافيه للملكيه، غايه الأمر كون المالك محجوراً عليه في التصرف مجبوراً على بيعه، كما افاده الشيخ الأعظم (قده) في كتاب (1) المكاسب فمّمّا لا- دليل عليه، مضافاً الى ان الكافر لا- يكون محجوراً عليه في التصرف كالصغير؛ لانه لو أراد بيع عبده بنفسه يكون بيعه صحيحاً، بخلاف الصغير إذا أراد بيع عبده، و إلى ان نفس الملكيه مع الاستقرار سبيل على الظاهر و علوّ قطعاً، نعم يبقى على ما ذكرنا أمران:

أولهما ان لازم ما ذكرنا ان لا يكون تملك الكافر للعبد المسلم غير جائز؛ لأن المفروض ان المنفى هي الملكيه المستقره، لا أصل الملكيه مع انه خلاف الفتاوى.

ثانيهما ان مقتضى الروايه لزوم البيع عليه و النهى عن إقراره عنده، و هذا لا- ينافى ثبوت الملكيه المستقره؛ لأنه لو فرض عدم تحقق البيع عصياناً أو لعدم وجود المشتري مثلاً يكون العبد باقياً على ملك الكافر، و قد عرفت فرض إرث الكافر العبد المسلم من المورث الكافر، فالروايه الداله

ص: ٢٤٥

على الأمر و النهى المتقدمين لا تنفى الملكيه المستقره.

و الجواب عن الأمر الأول: انه لا- ملاءمه بين الحكم بجواز التملك و بين الحكم بلزوم البيع عليه و النهى عن إقراره عنده، فمن ثبوت الثانى كما هو المذكور فى الروايه يستكشف عدم ثبوت الأول، و هذا بخلاف العبد المنعتق على المشتري بمجرد الاشتراء، فان الانعتاق لا- ينافى الحكم بصحة الاشتراء بل هو مترتب عليه و متفرع على تحقيقه، بخلاف المقام الذى لا يجتمع الحكم فيه بصحة البيع من الكافر مع الحكم بلزوم البيع عليه فوراً، كما لا- يخفى، مضافاً الى ظهور الروايه فى اختصاص جواز البيع بالمسلمين.

و قد أجاب المحقق (1) البجنوردى (قده) عن الوجه الثانى بالالتزام بالتخصيص، بمعنى ان الروايه تكون مخصصه للآيه و داله على ان هذا المقدار من الملكيه الموقته، أى: البقاء الى زمان تحقق البيع، قد خرج عن تحت العموم تخصيصاً بالروايه.

مع انك عرفت إباء سياق الآيه عن التخصيص، و إن الروايه بمنزله المفسر لها و المبين للمراد منها، و حينئذ يبقى الإشكال بحاله، و هو انه ان كان المراد من السبيل المنفى هى الملكيه المستقره، فالروايه لا تنافيها، و إلا كان اللازم الانعتاق عليه قهراً، من دون حاجه الى البيع عليه، مضافاً الى عدم ملاءمه حكم الشارع بالملكيه المستقر للحكم بإيجاب البيع عليه و النهى عن إقراره عنده.

فاللزام اما الالتزام بعدم حجيه الروايه؛ لكونها مرسله، و لا فرق فى عدم اعتبارها بين المرسلين كما هو المحقق فى محلّه، و عليه فاصل الملكيه

ص: ٢٤٦

عرفاً من مصاديق السبيل المنفى، فهي غير مجعوله في الشريعة، و أما الالتزام بعدم إباء سياق الآيه عن التخصيص، و دعوى كون الروايه مخصصه لها كما عرفت من بعض، و أمّا الالتزام بعدم كون الملكيه المستقره أيضاً من مصاديق السبيل، بدعوى كون السبيل له معنى لا ينافى الملكيه، كالسلطنه التي أشار إليها الشيخ (قده) على ما مرّ، و أما الالتزام بكون السبيل المنفى هي الملكيه المستقره المتداوله التي لم يجعل في مقابلها الحكم بلزوم البيع و النهى عن الإقرار، فافهم.

الثالثه لو قلنا بدلاله الآيه و الروايه المتقدمه على بطلان بيع العبد المسلم من الكافر، و عدم جواز تملكه له، فلا يبقى مجال لاستصحاب الصحه في ما إذا كان كفر المشتري مسبقاً بالإسلام أو إسلام العبد مسبقاً بالكفر، و التتميم في غيره بعدم القول بالفصل، لا لان الاستصحاب تعليقى و هو غير جار؛ لأنّ الاستصحاب التعليقى في ما إذا كان التعليق شرعياً جار، و المقام و إن لم يكن التعليق فيه شرعياً، ألّا انه ليس بتعليقى أصلاً؛ لأنّ المشتري كان في زمن إسلامه جائز البيع منه منجزاً لا بنحو التعليق، و كذا العبد في زمن كفره كان جائزاً يبيعه كذلك؛ بل لانه لا مجال للاستصحاب مع وجود الدليل اللفظى الذى هو الأماره.

و لو لم نقل بدلالتهما على البطلان فلا يبقى مجال للاستصحاب المذكور أيضاً؛ لأنّ المرجع حينئذ عمومات أدله الصحه، و معها لا تصل النوبه إلى الاستصحاب و إن كان موافقاً لها، فلا مجال على كلا التقديرين للرجوع الى الاستصحاب كما فى كلام الشيخ (1) الأعمظم (قده).

ص: ٢٤٧

ثم انه ظهر من جميع ما ذكرنا ان بيع العبد المسلم من الكافر الذى ينعق عليه بمجرد تحقق الملك لا مانع منه أصلاً؛ لعدم تحقق السبيل المنفى بأى معنى كان فى هذا الفرض، فان الحكم بثبوت الملكيه له انما هو بعنوان المقدمه للانعتاق؛ لانه لا معنى لانعتاقه عليه إذا لم تتحقق ملكيته له كما لا يخفى، و الملكيه بهذا العنوان لا تكون سبيلاً بوجه.

و منها: اجاره المسلم نفسه من الكافر، أو إجاره العبد المسلم من الكافر، و فيه أقوال كثيره: القول بعدم الجواز مطلقاً، و القول بالجواز كذلك، و القول بالتفصيل بين ان تكون الإجاره على الذمه فتصح و بين ان تكون على العين كما إذا استأجره مده من الزمان شهراً أو سنه فلا تصح؛ حكى ذلك عن جامع (١) المقاصد و المسالك (٢)، و القول بالتفصيل بين الحرّ و العبد، فتصح فى الأوّل دون الثانى، حكى ذلك عن الشهيد فى الدروس (٣)، و القول باختلاف الموارد من جهة تحقق السبيل و العلوّ من دون فرق بين الإجاره على الذمه و الإجاره على العمل الخارجى، و من دون فرق بين الحرّ و العبد أصلاً.

و منشأ الاختلاف بعد كون الدليل منحصراً بقاعده (نفى السبيل) هو اختلاف الانظار و الآراء فى تحقق السبيل و عدمه، و كذا فى تحقيقه مطلقاً أو فى بعض الفروض، و اللازم ملاحظه هذه الجبهه.

فنقول: الظاهر عدم تحقق السبيل فى شىء من فروض الإجاره،

ص: ٢٤٨

١- ١) جامع المقاصد ١٥٦:٧.

٢- ٢) سالك الأفهام ٢٥٧:١.

٣- ٣) على ما نقل فى المسالك ٢٥٧:١، و لم نعثر فى الدروس.

حتى في مثل اجاره العبد للخدمه للكافر؛ فإنّ الإجاره المتقومه برضا الطرفين المفيده لملك المنفعه لا تؤثر إلّا في استحقاق المؤجر للأجره و المستأجر للخدمه، و مجرد الاستحقاق لا يوجب تحقق السبيل المنفى، و كذا كون المنفعه خدمه و كون الأجير عبداً؛ لعدم الفرق بين الخياطه مثلاً و عدم الفرق بين الحرّ و العبد من هذه الجهه، فكما ان استيجار الحرّ للخياطه لا يوجب تحقق السبيل و العلوّ، فكذلك استيجار العبد للخدمه.

فالظاهر عندي هو القول الثانى، و هو الجواز مطلقاً؛ لما ذكر، و مما ذكرت يظهر حكم اعاره العبد المسلم للكافر؛ فإنه لا مانع منها؛ لعدم تحقق السبيل بمجرد تأثير العاريه فى ثبوت حق الانتفاع بالعين المعاره؛ لعدم كون مثل هذا الحق موجباً لتحقيق السبيل و العلوّ.

ثمّ انه بعد جواز الإعاره يظهر ان الحكم بالجواز فى الإيداع عنده يكون بطريق أولى؛ لأن مجرد تسليط الكافر على حفظ العبد المسلم من دون ان يكون له حق الانتفاع ايضاً، لا يكون سبباً و علوّاً أصلاً، و كون تشخيص كيفيه الحفظ بيد الكافر، لا يقتضى سبباً له عليه، فلا مانع من الإيداع.

و منها: جعل العبد المسلم رهناً عند الكافر و فيه أقوال: المنع مطلقاً، كما عن القواعد و الإيضاح، و الجواز مطلقاً، و التفصيل بين ان يكون العبد المسلم المرهون عند مسلم حسب رضا الطرفين فيجوز و بين ان يكون تحت يد الكافر فلا يجوز، كما اختاره الشيخ الأعظم (قده) (1).

و الظاهر هو الثانى؛ لأن مجرد كونه وثيقه عند الكافر و تحت يده

ص: ٢٤٩

لغرض استيفاء الدين منه في فرض عدم أدائه من ناحيه الزاهن، لا يوجب كونه سيلاً و علوّاً، و المباشر للبيع في هذا الفرض ليس هو الكافر بنفسه بل المالك أو الحاكم عند امتناعه.

و منها: وقف العبد المسلم على الكافر، و فيه ايضاً أقوال ثلاثه: القول بالمنع مطلقاً، و القول بالجواز مطلقاً، و التفصيل بين ما إذا لم يكن الوقف موجباً لتحقيق السبيل و العلوّ كما إذا وقفه على تعليم أقاربه الكفار أو معالجه مرضاهم فيجوز، و بين ما إذا وقفه على خدمتهم، بان يكون خادماً لهم أو خادمه فلا يجوز.

و الحقّ انه ان قلنا بان الوقف في مثله موجب لتحقيق الملكيه للموقوف عليهم، و إن الوقف فيه من موجبات الانتقال، فالظاهر عدم الجواز مطلقاً؛ لأنّ نفس الملكيه سبيل و علوّ، و إن كان ممنوعاً من بعض التصرفات كالبيع و نحوه.

و لو قلنا بان الوقف لا- يوجب ملكيه الموقوف عليهم، فالظاهر هو الجواز مطلقاً؛ لما ذكرنا في باب الإجاره من عدم اقتضاءها لتحقيق السبيل و العلوّ، و إن كان أجيراً للخدمه.

و منها: انه لا يجوز جعله قيماً على صغار المسلمين و سفهائهم، بل و مجانينهم، و كذا ليس له الولايه على تجهيز الميت المسلم الذي يكون أباه و دفنه و تكفينه، و لا تتوقف هذه الأمور على اذنه، و الوجه في ذلك قاعده نفى السبيل؛ نظراً الى وضوح كون الولايه و مثلها سيلاً منفيّاً.

و منها: انه لو قلنا بتوقف صحه نذر الولد على اذن الوالد، لا يكون هناك توقف إذا كان الولد مسلماً و الوالد كافراً، و كذا لو قلنا: يتمكن الوالد

من حلّ نذره، لا- يكون هناك تمكن فى الصوره المفروضه؛ لوضوح كون التوقف على الاذن و كذا التمكن من الحلّ سيلاً و علوّاً.

و منها: انه لا يجوز جعل الكافر متولياً على الوقف الراجع الى المسلمين كالمدارس الدينيه الموقوفه على طلاب العلوم الدينيه، و المستشفى الذى يكون وقفاً على مرضى المسلمين، و كذا المدارس التى توقف على أولاد المسلمين لتحصيلهم فيها، فلا يجوز فى مثلها جعل الكافر متولياً، بحيث يكون الدخول و الخروج باذنه و اختياره، فإنه سبيل منفى بلا اشكال.

و منها: عدم ثبوت حق الشفعه و الأخذ بها للكافر، إذا كان المشتري مسلماً، سواء كان البائع مسلماً أم كافراً؛ و ذلك لان مرجع ثبوت هذا الحق إلى تسلط الكافر لأخذ حق المشتري بلا- اذن منه بل قهراً عليه، و مقتضى دليل ثبوت الشفعه و إن كان هو الإطلاق، إلا أن حكمه قاعده نفي السبيل عليه تقتضى تقييده بالمسلم.

و منها: ان نكاح الكافر يبطل بإسلام الزوجه ان لم يسلم الزوج الكافر فى العده؛ نظراً الى ان بقاء الزوجيه مع كفر الزوج يرجع الى علوّ الكافر على الزوجه المسلمه، و إن يكون له سبيل عليها؛ لان الرجال قوامون على النساء. و لكنك عرفت انّ مسأله النكاح لا ترتبط بقاعده نفي السبيل، لعدم كون الزوجيه موجهه لتحقيق السبيل و العلوّ بعد تساوى نسبتها الى الزوجين، و وجوب إطاعه الزوج إذا أراد الاستمتاع و الوطى لا يوجب تحقيق السبيل، بعد ثبوت بعض الأحكام الوجوبيه فى ناحيه الزوج أيضاً كلزوم النفقه و السكنى و اللباس و غيرها، و قد عرفت ان الحكم بعدم جواز تزويج المرأه المؤمنه نفسها من الكافر مستند الى الروايات

الخاصه الوارده فى هذا المجال، لا إلى قاعده نفى السبيل، و عليه فيمكن ان يقال باستفاده الحكم بالبطلان فى المقام من تلك الروايات؛ نظراً إلى انه إذا لم يرض الشارع بالحدوث فالظاهر عدم رضائه بالبقاء ايضاً، و أمّا قوله (1) تعالى «الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» فلم يعلم ان المراد بالرجال هم الأزواج و بالنساء هن الزوجات، بل هو فى مقام تفضيل الجنس على الجنس و اللازم الرجوع الى التفسير.

و منها: عدم ثبوت حق القصاص للكافر إذا كان القاتل مسلماً؛ فان ثبوت هذا الحق من أظهر مصاديق السبيل، و مقتضى حكمه القاعده على أدله القصاص عدم ثبوته فى هذا الفرض، و لكن مقتضى ما ذكره فى باب إتلاف المسلم مال الكافر من ثبوت الضمان له عليه لأنّ منشأه فعل نفس المكلف ثبوت القصاص هنا ايضاً؛ لأنّ موجه القتل المتحقق من القاتل فأى فرق بين الإتلاف الموجب للضمان و بين القتل الموجب للقصاص، و العمده فى هذا المقام ايضاً روايات داله على ان المسلم لا يقتص منه بيد الكافر، لا قاعده نفى السبيل.

و منها غير ذلك من الموارد الكثيره التى تظهر بعد التتبع فى مختلف أبواب الفقه.

خاتمه- تشمل على بيان أمرين:

أولهما لا شبهه فى ان المراد بالمؤمنين فى آيه نفى السبيل خصوصاً بقربنه المقابله مع الكافرين هو المسلمون

و هم المظهرون و المعترفون بنبوه نبيّنا محمد (صلى الله عليه و آله) و انه رسول من قبل الله، و إن كلّ ما جاء به من الأحكام

ص: ٢٥٢

فهو حق و من عند الله، و يعترفون بوجوب الصلاه و الزكاه و الصوم و الحج و هو الذى كما فى الروايه الآتيه به حقت الدماء و عليه جرت المواريث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاه و الزكاه و الصوم و الحج، و بالجمله المراد بالايمان ما يوجب الخروج عن حد الكفر و تحقق الإضافه الى الايمان، و عليه فلا شبهه فى عدم اختصاص الآيه بالمؤمن فى مقابل المخالف الذى هو اصطلاح خاص، و لا- فى عدم اختصاصها بالمؤمن الذى يراد به من استقر فى قلبه و ورد الإسلام فيه كما يشعر به قوله (١) تعالى فى الاعراب وَ لَكِنَّ قَوْلُوا أَسْلَمْنَا وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ .

و يدلُّ على عدم الاختصاص روايه (٢) حمران بن أعين عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: سمعته يقول: الايمان ما استقر فى القلب و أفضى به الى الله عزّ و جلّ و صدقه العمل بالطّاعه لله و التسليم لأمره، و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل، و هو الذى عليه جماعه الناس من الفرق كلّها، و به حقت الدماء و عليه جرت المواريث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاه و الزكاه و الصوم و الحج فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا الى الايمان، الى ان قال: فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الأحكام و غير ذلك؟ فقال: لا هما يجريان فى ذلك مجرى واحد.

و بالجمله المراد بالمؤمن فى الآيه مقابل الكافر لا الأخص من المسلم.

ثمّ الظاهر عدم اختصاص الحكم فى ناحيه الكافرين و كذا فى جانب المؤمنين بخصوص البالغين منهم، بل الآيه تعم الأطفال من كلا الطرفين،

ص: ٢٥٣

١-١ (١) سورة الحجرات: ١٤.

٢-٢ (٢) أصول الكافي ٢: ٢٦.

فلا يجوز بيع العبد المسلم من أطفال الكفار، و كذا بيع طفل المسلم إذا كان عبداً من الكفار، و كذا إذا كان كلا الطرفين طفلاً.

و الدليل على عدم الاختصاص وحده الملاك و المناط المستفاد من الآيه، و إن شرف الإسلام و عزّه مانع عن جعل السبيل للكافر على المؤمن، هذا ان لم نقل بصحة استعمال اللفظين في غير البالغين كما ربما يدعى، و أمّا ان قلنا بالصحة فالآيه تدل بالعموم اللفظى على ذلك و هو الظاهر؛ لان ولد المسلم مسلم حقيقه يترتب عليه أحكام الإسلام، و ولد الكافر كافر كذلك يترتب عليه أحكام الكفر، و على كلا التقديرين فالآيه لا تختص بالبالغين كما عرفت.

ثانيهما - في موارد استثنيت من القاعده

انا و إن ذكرنا إباء سياق آيه (١) نفى السبيل عن التخصيص؛ نظراً الى عدم ملاءمه لحنها خصوصاً مع استعمال كلمه «لن» فيها لورود التخصيص عليها، ألّا انه ربما يقال بأنه استثنى من القاعده موارد لا بأس بالتعرض لها:

منها: ما إذا كان الاثراء سبباً للانعقاد، اى كان للبيع مَمّن ينعقد على المشتري؛ لكونه أباً له مثلاً؛ نظراً إلى صحة هذا الاثراء و دخول العبد المسلم في ملك الكافر بسبب الشراء؛ فان هذه الملكيه و إن كانت سبباً، لكنها مستثناه من آيه نفى السبيل.

و قد عرفت ان هذه الملكيه التى يكون الالتزام بها أنّما هو لكى يتحقق موضوع الانعقاد؛ لانه لا معنى لانعقاده عليه إذا لم يدخل في ملكه، لا يكون سبباً بوجه، و عليه فخرج هذا المورد أنّما هو بنحو التخصيص

ص: ٢٥٤

و منها: من أقرّ بحريّته مسلم ثمّ اشتراه و هو كافر، فإنه يؤخذ بمقتضى إقراره، و يحكم عليه بالحرّيّته ظاهراً، و بعبارة اخرى: يصحّ البيع و يحكم بحريّته بعده، و إن كان بحسب الواقع عبداً، و لا- مجال لتوهم العلم بفساد البيع، لأنّه ان كان المبيع عبداً لا يجوز بيعه من الكافر، و إن كان حرّاً لا- يصح بيعه مطلقاً، فالبيع فاسد على اى تقدير، وجه بطلان التوهم. انّ إقراره بالحرية لا يكون نافذاً قبل البيع؛ لأنّه إقرار فى حقّ عبد الغير، فقبل البيع يكون محكوماً بالعبودية، فلا مانع من تحقق البيع من هذه الناحية، و أمّا بعد البيع من المقرّ فحيث يكون إقراره معتبراً، لكونه فى حق عبد نفسه، يترتب عليه آثاره فيصير حرّاً، و من المعلوم انه لا- مانع من صحه بيعه منه و الحال هذه، و لكن ليس ذلك لأجل قيام دليل على التخصيص فى مقابل الآيه، بل لما عرفت من عدم كون مثل ذلك سبيلاً و علوّاً، فالخروج انما هو بنحو التخصّص.

و منها: ما إذا قال الكافر لمولى العبد المسلم: أعتق عبدك عنى، فأعتقه عنه، فإنه إذ لا يمكن العتق عن الغير إلا بعد الدخول فى ملكه، لانه لا- عتق إلا فى ملكك، فالبناء على صحه العتق المزبور كما هو المشهور يوجب الالتزام بالدخول فى ملك الكافر و تحقق العتق عنه.

هذا و لكن ذلك لا- يقتضى الالتزام بالتخصيص فى مفاد الآيه؛ لوضوح ان الالتزام بالملكيه لأجل توقف صحه العتق عليها لا يوجب تحقق السبيل و العلوّ بل خروجه بنحو التخصّص.

و منها: ما إذا اشترط بائع العبد المسلم على الكافر المشتري عتقه،

فإن المحكى عن الدروس و الروضه انه مستثنى عن عموم الآيه و الزوايه.

و الظاهر انه ان كان الشرط بنحو شرط الفعل لا- شرط النتيجة، لا- دليل على الاستثناء، فان مجرد التزام المشتري بأن يعتقه لا يخرج عن السبيل المنفى، و لا دليل على الخروج عن الحكم، نعم إذا كان بنحو شرط النتيجة يصير هذا المورد من قبيل كون المبيع ممن ينعق على المشتري.

فانقدح من جميع ما ذكرنا انه لا- يوجد مورد يكون خروجه عن آيه نفي السبيل بنحو التخصيص، و إن الموارد الخارجه انما يكون خروجها بنحو التخصيص.

هذا تمام الكلام فى قاعده نفي السبيل.

ص: ٢٥٦

و هي أيضاً من القواعد الفقهيّة التي يستند إليها في كثير من أبواب الفقه كقضاء الصلاة و الصوم واصل الحجّ و الزكاه و بعض من أبواب الضمانات و باب الحدود و الديات و غيرها، و التكلم فيها أيضاً في مقامات:

المقام الأوّل - في مدرّكها،

و العمده في هذا المقام الحديث النبوي المعروف الذي رواه العامّة و الخاصّه و هو قوله (صلى الله عليه و آله) : الإسلام يجبّ ما قبله، ففي المحكّي عن سيره (1) ابن هشام في حكاية إسلام المغيرة بن شعبه، أنه وفد مع جماعه من بني مالك على المقوقس ملك مصر، فلما رجعوا قتلهم المغيرة في الطريق، و فرّ إلى المدينه مسلماً، و عرض خمس أموالهم على النبيّ (صلى الله عليه و آله) ، فلم يقبله، و قال لا خير في غدر، فخاف المغيرة

ص: ٢٥٧

١-١) لم نعثر على ذلك في المصدر المذكور و لكن عثرتها عليه في مسند ابن حنبل ٤:١٩٩ و ٢٠٤ و ٢٠٥.

على نفسه و صار يحتمل ما قرب و ما بعد، فقال (صلى الله عليه و آله) : الإسلام يجب ما قبله.

و حكى مثله ابن سعد فى كتابه «الطبقات (١) الكبرى» فى قصه إسلام المغيره.

و فى تفسير على بن إبراهيم (٢) القمى فى تفسير قوله تعالى (٣) وَ قَالُوا لَنْ نُؤْمِنَ لَكَ حَتَّى تَفْجُرَ لَنَا مِنَ الْأَرْضِ يَنْبُوعًا إِلَى آخِرِ
الآيه قال: فإنها نزلت فى عبد الله بن أبى أمية أخى أم سلمه (رحمه الله عليها) و ذلك انه قال هذا لرسول الله (صلى الله عليه و
آله) بمكه قبل الهجره، فلما خرج رسول الله (صلى الله عليه و آله) الى فتح مكه استقبله عبد الله بن أبى أمية فسلم على رسول
الله (صلى الله عليه و آله) فلم يرد عليه السلام فاعرض عنه و لم يجبه بشيء، و كانت أخته أم سلمه مع رسول الله (صلى الله عليه
و آله) فدخل إليها و قال: يا أختى ان رسول الله (صلى الله عليه و آله) قبل إسلام الناس كلهم و ردّ علىّ إسلامى، و ليس يقبلنى
كما قبل غيرى، فلما دخل رسول الله (صلى الله عليه و آله) على أم سلمه قالت: بأبى أنت و أمى يا رسول الله سعد بك جميع
الناس ألما أخى من بين قريش و العرب، رددت إسلامه و قبلت الناس كلهم فقال (صلى الله عليه و آله) : يا أم سلمه ان أخاك
كذبنى تكذيباً لم يكذبنى أحد من الناس هو الذى قال لى: لن تؤمن لك حتى تفجر لنا من الأرض ينبوعاً، الى آخر الآيات،
قالت أم سلمه: بأبى أنت و أمى يا رسول الله أ لم تقل ان الإسلام يجب ما كان قبله؟ قال (صلى الله عليه و آله) : نعم فقبل،
رسول الله (صلى الله عليه و آله)

ص: ٢٥٨

١- ١) لم نعثر على تلك القصه فى الكتاب المذكور.

٢- ٢) تفسير القمى ٢: ٢٦.

٣- ٣) سوره الإسراء: ٩٠.

و فى السيره (١) الحلبيه ان عثمان لما شفّع فى أخيه ابن ابى سرح قال (صلى الله عليه و آله) : اما بايعته و آمنته قال بلى، و لكن يذكر ما جرى منه معك من القبيح و يستحى، قال (صلى الله عليه و آله) : الإسلام يجبّ ما قبله.

و فى السيره المذكوره حكى هذا القول عنه (صلى الله عليه و آله) فى إسلام هبار بن اسود.

و روى ذلك فى كتب اللغه أيضاً، فى مجمع البحرين (٢) رواه هكذا: الإسلام يجبّ ما قبله، و التوبه تجب ما قبلها من الكفر و المعاصى و الذنوب، و فى البحار (٣) نقل ذلك عن عليّ (عليه السلام) إذ روى فى ذكر قضايا أمير المؤمنين (عليه السلام) انه جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال: انى طلقت امرأتى فى الشرك تطليقه و فى الإسلام تطليقتين، فما ترى؟ فسكت عمر فقال له الرجل: ما تقول؟ قال: كما أنت حتى يجىء على بن أبى طالب فجاء عليّ (عليه السلام) فقال: قصّ عليه قصتك، فقص عليه القصه، فقال عليّ (عليه السلام) هدم الإسلام ما كان قبله، هى عندك على واحده.

و بالجمله شهره هذا الحديث و الروايه عن النبى (صلى الله عليه و آله) توجب انجبار ضعف السّند كما صرح به صاحب (٤) الجواهر فى كتاب الزكاه و كذا المحقق

ص: ٢٥٩

١-١) السيره الحلبيه ١٠٥:٣.

٢-٢) مجمع البحرين ٢:٢١ ماده جبب.

٣-٣) البحار ٢٣٠:٤٠.

٤-٤) الجواهر ١٥:٦٢.

الهمداني (١) (قده) في ذلك الكتاب أيضاً في مقام الجواب عن صاحب المدارك؛ لأجل تضعيفه للروايه إذ قال: المناقشه في سند هذه الروايه المتسالم على العمل بها بين الأصحاب فمما لا ينبغي الالتفات إليها، و كذا في دلالتها» بل ذكر صاحب العناوين (٢) أنّ هذا الحديث من الأحاديث المسلمه الصدور.

ثم انه ربما يستدل لهذه القاعده أيضاً بقوله تعالى قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ (٣)، و صرّح صاحب الجواهر في كتاب الزكاه بأنّه موافق لقوله (صلى الله عليه و آله) الإسلام يجب ما قبله، و يظهر منه ذلك في كتاب الصوم (٤) ايضاً، و استدل به في كتر العرفان (٥) على عدم وجوب القضاء، اي قضاء الصلاه على الكافر الأصلي، و استشكل في شموله للمرتد؛ لظهور قوله تعالى لِلَّذِينَ كَفَرُوا فِي الْكَاْفِرِ الْأَصْلِيِّ.

و حكى عن بعض مفسرى المتأخرين من العامه انه ذكر في ذيل هذه الآيه ما رواه (٦) مسلم في صحيحه عن عمرو بن العاص انه قال بعد كلام طويل: لما جعل الله الإسلام في قلبي أتيت النبي (صلى الله عليه و آله) و قلت ابسط يمينك

ص: ٢٦٠

١-١ (١) مصباح الفقيه كتاب الزكاه: ١٧.

٢-٢ (٢) العناوين: ٣٣٧.

٣-٣ (٣) سورة الأنفال آيه: ٣٨.

٤-٤ (٤) الجواهر ١٧: ٢١٠.

٥-٥ (٥) كتر العرفان ١: ١٦٦.

٦-٦ (٦) صحيح مسلم ١: ١٩٢.

لأبايعك، فبسط يمينه، قال: فقبضت يدي، قال: مالك يا عمرو؟ قال: قلت: أردت ان اشترط. قال: تشرط بما ذا؟ قلت ان يغفر لي، قال: اما علمت ان الإسلام يهدم ما قبله، و إن الهجره تهدم ما قبلها، و إن الحج يهدم ما كان قبله؟ فيظهر منه انه جعل الروايه موافقه للآيه فى المفاد و الدلاله.

و لكن الظاهر بلحاظ التعبير بالغفران فى الآيه انحصار مفادها بالمعاصى العمليه و المخالفه الاعتقديه فى الفروع و الأصول، و لازمه عدم ترتب اثر عليها، فلا يترتب عليها الحدود و الديات التى موضوعها المعصيه، و أمّا دلالتها على عدم وجوب قضاء ما فات من عباداته مثل الصلاه و الصوم و غيرهما، و على سقوط الزكاه بالإسلام و إن كان النصاب موجوداً و أمثالهما، فغير ظاهره، و لعلّه لأجل ذلك لم يستدل بها للقاعده كثير من الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

و مما يدل على هذه القاعده سيره النبى (صلى الله عليه و آله) و معاملته لمن أسلم من الكفار، إذ انه لم يكلف أحداً بقضاء العبادات التى فاتت منه فى حال كفره، و لا بأداء الزكاه مع ان العين الزكويه كانت موجوده عندهم و لم يطلب منهم زكاه السنين التى كانوا فيها على الكفر. نعم لو كان حلول الحول بعد إسلامه فلا يسقط، و يجب عليه؛ لتعلق التكليف بعد الإسلام به، فالسيره مع قطع النظر عن الروايه أيضاً دليل على القاعده.

المقام الثانى - فى مفاد القاعده و مدلول الحديث،

فنقول: لا خفاء فى ان الحديث وارد فى مقام الامتنان على من أسلم و التحريض و الترغيب بقبول الإسلام، و إن قبوله يمنع عن بقاء آثار ما فعل أو قال أو اعتقد، و فى الحقيقه تسهيل لطريق قبول الإسلام و تشويق الى ما يترتب على قبوله من

الآثار والبركات، و يظهر ذلك من ملاحظه الموارد المتقدمه التي ورد الحديث فيها كقصه إسلام المغيره و هبار و عمرو بن العاص و عبد الله بن أبي أمية، و شفاعة عثمان في أخيه من الرضاعه، و بالجمله هذه العبارة حاكيه عن منه الإسلام و تفضله على من يقبله و يتشرف به، خصوصاً بعد كثره المعاصي العمليه و الاعتقادات السخيفه في الجاهليه من الشرك في العباده، و قتل النفس، و ارتكاب الفجور و المعاصي، من الزنا و اللواط و السرقة و شرب الخمر و غيرها.

و بعد ذلك نقول: ان مفاد الحديث ان كل فعل أو قول أو تركهما، أو اعتقاد إذا كان يترتب عليه في الإسلام ضرر أو عقوبه، فالإسلام يوجب عدم ترتب ذلك الضرر أو العقوبه، و ينظر بذلك بنظر العدم و يجعله كأنه لم يتحقق و لم يصدر، لكن في ما إذا كان الضرر و العقوبه ثابتاً في الإسلام فقط، بمعنى انه لو كان مسلماً و يصدر منه ذلك العمل لكان يترتب عليه الضرر أو العقوبه، و لكنه لا يكون في الكفر محكوماً بهذا الحكم، فالإسلام يجب و يقطع و يهدم ما قبله و يجعله كأنه لم يصدر أصلاً، فإذا تحقق منه الزنا في حال الكفر فيما انه لا يكون الزنا في الكفر محكوماً بترتب الحد عليه، فالإسلام يهدمه و يجعله كأنه لم يتحقق، و هكذا، و كذلك الترك الصادر منه في حال الكفر إذا ترتب عليه أثر في الإسلام كالقضاء و الكفار، لا يترتب عليه الأثر بعد الإسلام، فلا- يترتب على ترك الصلاه قضاء، و إن كان الكافر مكلفاً بها في حال الكفر بناء على ان الكفار مكلفون بالفروع ايضاً و كذا لا يترتب على ترك الصوم قضاء و لا كفاره، هذا إجمال معنى الروايه، و أمّا التفصيل بلحاظ المسائل الواقعه من الكافر في حال الكفر

فنقول:

منها: الشرك و الكفر الواقع من الكافر، و لا ريب فى ان الإسلام يجبه و يفرضه كالعدم فلا يترتب عليه العذاب الأخرى، فإذا أسلم ثم مات بلا فصل، فكأنه لم يتحقق منه الشرك الذى هو ظلم عظيم و الكفر فى مدّه حياته أصلاً، بل يلقى الله مسلماً طاهراً و إن كان زمان إسلامه بالنسبه إلى زمان كفره فى غايه القلّه.

و منها: المحرمات الشرعيه و المعاصى التى رتب عليها الحدّ أو التعزير، كالأمثله المتقدمه؛ فإنه لا يترتب عليها بعد إسلامه، و لو زنى فى السابق ألف مرّه أو سرق كذلك.

و منها: العبادات و الحقوق المختصه بالله تعالى مع عدم اعتقادهم بها فى حال الكفر، كالصلاه و الصيام بل الحجّ، فتركها لا يترتب عليه بعد الإسلام شىء من القضاء و الكفاره، حتى الحج فى ما إذا كان مستطيعاً حال كفره و استقر عليه و لم يأت به، فصار غير مستطيع ثم أسلم، نعم لو كانت الاستطاعه باقيه بعد الإسلام فالظاهر هو الوجوب؛ لتوجهه اليه بعده، و قد استدل جمع من الفقهاء لسقوط القضاء بهذه القاعده، بل يظهر من صاحب العناوين ان هذا القسم واضح الدخول تحت الخبر، و قد عرفت جريان السيره النبويه القطعيه على عدم تكليف أحد من الكفار الذين أسلموا بقضاء ما فات منه من الصلاه و الصيام و غيرهما.

و منها: حقوق الله مع اعتقادهم باشتغال الذمه بها فى كفرهم، كما لو كان فى دينهم مثلاً- ان قتل الخطأ يجب فيه عتق رقبه، فتحقق منه القتل كذلك، ثم أسلم، فهل الإسلام يجب ذلك ايضاً؟ الظاهر هو الجبّ

ص: ٢٤٣

و عدم وجوب عتق الرّقبه عليه، و دعوى ان الإسلام يجب ما يلزم الإنسان من جهه الإسلام، فإذا أسلم الكافر فالشئ الذى اشتغلت ذمته به من جهه دين الإسلام فهو يسقط عنه، لا ما اشتغلت ذمته به بسبب آخر، مدفوعه بأن اشتغال ذمته به بعد الإسلام لا بد و إن يكون مستنداً الى ما كان عليه من الكفر، و المفروض انه رجع عنه و اعتقد خلافه الذى هو الإسلام، و مجرد اعتقاده فى السابق لا يوجب ثبوته. نعم مقتضى ما ذكرنا فى معنى الحديث إجمالاً عدم السقوط هنا، لأننا ذكرنا ان مفاد القاعده سقوط الآثار المترتبه فى الإسلام فقط، و لم تكن تلك الآثار ثابتة فى حال الكفر، و أما مع ثبوتها فى حال الكفر ايضاً، فالحديث لا يدل على سقوطها كما لا يخفى.

و منها: حقوق الله المشتركه بين الله و بين المخلوقين كالزكاه و الخمس، و الظاهر شمول الحديث لها، و قال فى الجواهر (1) فى باب الزكاه: و منه يستفاد ما صرح به جماعه من سقوطها بالإسلام، و إن كان النصاب موجوداً، لأن الإسلام يجب ما قبله المنجبر سنداً و دلالة بعمل الأصحاب، الى ان قال: بل يمكن القطع به بملاحظه معلوميه عدم أمر النبي (صلى الله عليه و آله) لأحد ممن تجدد إسلامه من أهل البادية و غيرهم بزكاه إبلهم فى السنين الماضيه، بل ربما كان ذلك منفراً لهم عن الإسلام، كما انه لو كان شئ منه لضعاع و شاع، ثم قال: فمن الغريب ما فى المدارك من التوقف فى هذا الحكم؛ لضعف الخبر المزبور سنداً و متناً.

و قد عرفت ان الاشكال فى الحديث من جهه السند ممّا لا مجال له

ص: ٢٤٤

أصلاً، و أما من جهه الدلاله فلا وجه له؛ لظهور شموله لهذه الموارد، و الإشكال فيها من جهات أخرى سيأتى البحث عنه فانتظر.

نعم استشكل فى السقوط فى هذه الحقوق تاره من جهه ما عرفت من مجمع البحرين (١) من العطف على الحديث بقوله: و التوبه تجب ما قبلها من الكفر و المعاصى و الذنوب؛ نظراً الى اتحاد السياق، و ذكر الكفر فى عداد المعاصى و الذنوب مع ان التوبه لا اثر لها إلّا بالنسبه إلى العقوبه، فجب الإسلام أيضاً يكون بهذه الملاحظه فقط، و أخرى من جهه أن الحديث أنّما هو فى مقام الامتنان كحديث الرفع و دليل نفى العسر و الحرج، و هو انما يتم إذا لم يعارض بالامتنان فى مورد آخر، و فى المقام يكون الامتنان على الكافر بإسقاط الزكاه عنه معارضاً لحق مستحقّى الزكاه من الأصناف الثمانيه المذكوره فى الكتاب، و ثالثه بان البعث سبب الى العمل المبعوث اليه، فاذا كان العمل المبعوث اليه مقيداً بالإسلام، و كان الإسلام مسقطاً للتكليف يلزم عليه الشىء لعدم نفسه، و هو مستحيل.

و الجواب: ان عطف التوبه لا يقتضى الاتحاد بعد كونهما حكيمين مستقلين، خصوصاً بعد ملاحظه الموارد المتقدمه التى ورد فيها الحديث و الامتنان فى المقام، إذ أنّه يرجع الى أساس الإسلام فى مقابل الكفر و إلى التحريض و الترغيب فى رفع اليد عن الكفر، فلا يقاس بالامتنان الذى يتضمنه جعل الزكاه للأصناف الثمانيه خروجاً عن الفقر و المسكنه و غيرهما، مع انه ليس بالنسبه الى كل واحد من الأصناف امتناناً، فان الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا انّما يأخذون أجره عملهم، و لو لا الزكاه لكانوا يعملون فى بعض الأمور

ص: ٢٤٥

الأخرى، فالإشكال من هذه الجبهه مندفع.

و أما الاستحالة فربما يجاب عنها بان مقتضى الحديث ان الإسلام يكون علّه لإثبات التكاليف عليه فى المستقبل فقط لا بالنسبه الى الماضى.

و مرجع هذا الجواب الى ان ما اشتهر من كون الكفار مكلفين بالفروع كالأصول، أنّما هو بالنسبه إلى الكافر الذى بقى على كفره الى آخر عمره، و أمّا الكافر الذى أسلم فلا يكون مكلفاً بالفروع فى زمن كفره، و هذا فى غاية الضعف و الوهن؛ فإنه لا دلالة لحديث الجبّ على ذلك بوجه، بل مفاده ان الكافر و إن كان مكلفاً، ألا ان الإسلام رفع اليد عمّا سبق و جعله كالعدم، فالتكليف كان ثابتاً، و لكنه رفع عنه بعد الإسلام، كحديث الرفع بالنسبه إلى الأمور المذكوره فيه.

و الحقّ فى الجواب ان يقال: مضافاً الى النقص بالصلاه و الصيام و الحجّ، فان تركها محبوب بالإسلام، مع أنّها لا تصح فى حال الكفر؛ لمدخله الإسلام فى صحّتها، ان هذه الاستحالة انما تتحقق إذا كان الخطاب متوجّها الى خصوص الكفار، كالخطاب المتوجه الى العاجز، و أمّا لو كان الخطاب متوجّها الى العموم من دون فرق بين المسلم و الكافر، فلا تكون صحه هذا الخطاب متوقفه على صحته بالنسبه الى كل واحد من المخاطبين، ألا ترى انه يصحّ الخطاب إلى جماعه بخطاب واحد ان يعملوا عملاً و لو مع العلم بعدم قدره بعضهم على إيجاد العمل؟ نعم لو كان الجميع أو الأكثر غير قادرين، لما صحّ الخطاب و أمّا مع عجز البعض فلا مانع منه، مع انه لو انحلّ الخطاب الواحد الى خطابات متعدده لما صحّ؛ لاستحاله بعث العاجز مع العلم بعجزه المقام ايضاً كذلك؛ فان قوله تعالى أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ عام يشمل المسلم و الكافر، و لا ينحل الى خطاب خاص بالكافر حتى يقال بالاستحالة؛ نظراً الى علّيته الشىء لعدم نفسه، فالكافر ما دام كافراً يكون مكلفاً بالعبادات المذكوره، و من شرائط صحتها الإسلام، و بعد الإسلام لا يجب عليه إتيان ما فات فى حال الكفر، فتدبر جيّداً.

و الحقّ في الجواب ان يقال: مضافاً الى النقص بالصلاه و الصيام و الحجّ، فان تركها محبوب بالإسلام، مع أنّها لا تصح في حال الكفر؛ لمدخله الإسلام في صحتها، ان هذه الاستحالة انما تتحقق إذا كان الخطاب متوجّها الى خصوص الكفار، كالخطاب المتوجه الى العاجز، و أمّا لو كان الخطاب متوجّها الى العموم من دون فرق بين المسلم و الكافر، فلا تكون صحه هذا الخطاب متوقفه على صحته بالنسبه الى كل واحد من المخاطبين، ألا ترى انه يصحّ الخطاب إلى جماعه بخطاب واحد ان يعملوا عملاً و لو مع العلم بعدم قدره بعضهم على إيجاد العمل؟ نعم لو كان الجميع أو الأكثر غير قادرين، لما صحّ الخطاب و أمّا مع عجز البعض فلا مانع منه، مع انه لو انحلّ الخطاب الواحد الى خطابات متعدده لما صحّ؛ لاستحاله بعث العاجز مع العلم بعجزه المقام ايضاً كذلك؛ فان قوله تعالى أقيموا الصّلاه و آتوا الزّكاه عام يشمل المسلم و الكافر، و لا ينحل الى خطاب خاص بالكافر حتى يقال بالاستحاله؛ نظراً الى عليه الشيء لعدم نفسه، فالكافر ما دام كافراً يكون مكلفاً بالعبادات المذكوره، و من شرائط صحتها الإسلام، و بعد الإسلام لا يجب عليه إتيان ما فات في حال الكفر، فتدبر جيّداً.

و منها: الحقوق المختصه بالمخلوقين مع اعتقادهم بثبوتها في أديانهم، كالدين و ضمان المغضوب و ضمان الإتيان و نحو ذلك، و الظاهر انه لا دلالة للحديث على سقوطها؛ لما ذكرنا من ان مفاده سقوط الآثار المترتب في الإسلام فقط، و أمّا الآثار الثابته في حال الكفر ايضاً بمقتضى الدين أو بمقتضى حكم العقل و قضاء ضرورته، فلا دلالة للحديث على سقوطها، و الحقوق المذكوره من هذا القبيل، فيلزم على الكافر الذي تجدد إسلامه أداء ديونه و الخروج عن عهده الغصب و الإتيان و نحوها، و ظاهر الأصحاب ايضاً عدم السقوط.

و منها: الحقوق المختصه بالمخلوقين مع عدم اعتقادهم بثبوتها في أديانهم، كما لو لم يعتقدوا ان قتل العمد فيه القصاص، أو ان قتل الخطأ فيه الديه على العاقله، فإذا أسلم الكافر و قد ارتكب القتل عمداً أو خطأً فهل يسقط القصاص أو الديه عنه في الإسلام أم لا؟- ظاهر كلمات الأصحاب عدم السقوط؛ لإطلاقهم ان حقّ المخلوق لا يسقط، و لكن الظاهر بمقتضى ما ذكرنا في مفاد الحديث إجمالاً هو السقوط؛ لأنّ المفروض ثبوت القصاص مثلاً في الإسلام، و لم يكن له سابقه في سائر الأديان، و ليس ثبوته بمقتضى حكم العقل و العقلاء، و قوله (1) تعالى وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ يشعر بعدم خضوع اولي الألباب في أنفسهم لهذا الحكم الإلهي بل يحتاج إلى إرشاد الله تبارك و تعالى، خلافاً لما يحكم به العقل البدوي من كون القصاص ضمّ موت الى موت آخر، و إعدام زائد على إعدام آخر، و عليه فمقتضى قوله (صلى الله عليه و آله): الإسلام يجب ما قبله 1، هو السقوط، خصوصاً في مسأله ثبوت الديه على العاقله، الذي لا يتطرق اليه العقل بوجه.

ص:

و منها: الحقوق المختصة بالمخلوقين مع عدم اعتقادهم بثبوتها في أديانهم، كما لو لم يعتقدوا ان قتل العمد فيه القصاص، أو ان قتل الخطأ فيه الدية على العاقله، فإذا أسلم الكافر و قد ارتكب القتل عمداً أو خطأً فهل يسقط القصاص أو الدية عنه في الإسلام أم لا؟- ظاهر كلمات الأصحاب عدم السقوط؛ لإطلاقهم ان حق المخلوق لا يسقط، و لكن الظاهر بمقتضى ما ذكرنا في مفاد الحديث إجمالاً هو السقوط؛ لأن المفروض ثبوت القصاص مثلاً في الإسلام، و لم يكن له سابقه في سائر الأديان، و ليس ثبوته بمقتضى حكم العقل و العقلاء، و قوله تعالى وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ يشعر بعدم خضوع اولى الألباب في أنفسهم لهذا الحكم الإلهي بل يحتاج إلى إرشاد الله تبارك و تعالى، خلافاً لما يحكم به العقل البدوي من كون القصاص ضمّ موت الى موت آخر، و إعدام زائد على إعدام آخر، و عليه فمقتضى قوله (صلى الله عليه و آله) : الإسلام يجب ما قبله (1)، هو السقوط، خصوصاً في مسأله ثبوت الدية على العاقله، الذي لا يتطرق اليه العقل بوجه.

نعم هنا اشكال و هو ان الظاهر ثبوت القصاص في النفس في الأديان السابقة أيضاً، دون القصاص في ما دون النفس؛ فإنه ثابت في الإسلام و من أحكامه، و مقتضى ما ذكرنا في معنى الحديث عدم جب الإسلام ما كان ثابتاً فيه و في الأديان السابقة، بل يختص الجب بخصوص ما ثبت في الإسلام من الآثار و الأحكام، فاللازم حينئذ عدم رفع الإسلام للقصاص الذي هو من حقوق المخلوقين و كان ثابتاً عند الكافر و على حسب اعتقاده ايضاً، مع ان الظاهر انه (صلى الله عليه و آله) لم يحكم بقصاص من أسلم من الكفار القاتلين، بل يظهر من قصة إسلام المغيرة بن شعبه المحكيه في سيره ابن (2) هشام المتقدمه عدم حكمه (صلى الله عليه و آله) بقصاصه مع انه غدر بأصحابه و قتلهم و فرّ إلى المدينة، و دعوى ان عدم الحكم بالقصاص لا يكون مستنداً إلى قاعده الجب بل مستند الى قوله (صلى الله عليه و آله) : كل دم كان في الجاهليه فهو تحت قدمي هاتين، مدفوعه باستناد النبي (صلى الله عليه و آله) : في قصة المغيره الى ان الإسلام يجب ما قبله، و هو ظاهر في دلاله القاعده على سقوط القصاص ايضاً.

ص:

١-١) مسند ابن حنبل ٤:١٩٩ و ٢٠٤ و ٢٠٥.

٢-٢) لم نعثر على تلك القصة.

و اللانزم ان يقال بعدم دلالة الحديث على سقوط القصاص كما ذكرنا في معناه، وقصه المغيره لا- تكون معتبره بجميع خصوصياتها، بل حكايتها انما هي للاشتمال على القاعده، و بعباره اخرى: حجيتها بالنسبه إلى القاعده المذكوره فيها لا تستلزم حجيتها بالنسبه الى جميع الخصوصيات الواقعه فيها، التي منها القتل الموجب للقصاص، كما لا يخفى.

فالحق ان سقوط القصاص كان مستنداً إلى أمر آخر، من دون فرق بين القتل الواقع في القضايا الشخصيه و الموارد الجزئيه، و بين القتل الواقع في الغزوات الواقعه بين المسلمين و الكفار، إذ لم ينقل الحكم بالقصاص في شىء منها، بل المعلوم من عمل النبي (صلى الله عليه و آله) و سيرته الخلاف كما لا يخفى على من رجع الى التاريخ.

و منها: العقود و الإيقاعات كالبيع و النكاح و الطلاق الصادر من الكافر حال كفره، فاذا باع داره في تلك الحال بيع فاقده لبعض شرائط الصحه في الإسلام، كما لو فرض انه باعه بثمن مجهول أو تزوج بنكاح كذلك، أو طلق زوجته بطلاق كذلك، كما إذا كان فاقداً لشرط حضور العدلين مثلاً فمقتضى إطلاق القاعده تاميه تلك العقود و الإيقاعات، لكون الشرائط من خصائص الإسلام، فلا يبطل بيعه و لا نكاحه و لا طلاقه، و ما مرّ في قضايا أمير المؤمنين (عليه السلام) من عدم الاعتبار بالتطبيقه الواحده الواقعه في حال الشرك، فهو ليس بمعنى بطلان ذلك الطلاق بالمره، بل بمعنى عدم عدّه من الطلقات الثلاث المؤثره في الحرمة و الافتقار الى المحلل، و عدم كونه جزءاً للسبب من هذه الجبهه.

ثم ان معنى صحّه النكاح الواقع منه في حال كفره لا يرجع الى

صحته و لو بالنسبه الى ما يمكن رعايته بقاء في حال الإسلام أيضاً، فإذا أسلم المجوسى و قد نكح امّه أو أخته أو بنته، فمعنى القاعده يرجع الى ملاحظه هذا النكاح بالنسبه الى ما مضى كالعدم، و أمّا بقاء فلا مجال لتوهم اقتضاء القاعده صحه النكاح، و كون المجوسى المسلم باقياً على نكاح إحدى محارمه، كما انه إذا أسلم الزوج الكافر دون زوجته و قلنا بعدم صحه هذا النكاح بقاء ايضاً، لا يكون مفاد القاعده الصحه و لو بحسب البقاء كما لا يخفى.

و منها: الأسباب الواقعه في حال الكفر كأسباب الوضوء و الغسل و أسباب الغسل بالفتح و أسباب تحريم النكاح من رضاع أو مصاهره أو وطى في عدّه أو لذات بعل أو لواط بالنسبه إلى أمّ الموطوء و بنته و أخته و تطليقات موجهه للتحريم حتى تنكح زوجاً غيره أو للتحريم المؤبد كما لو كانت الطلقات تسعاً فهل مقتضى القاعده الجبّ في الجميع، أو أنّها لا تقتضى الجبّ في شيء منها، أو اللازم هو التفصيل؟ وجوه و احتمالات.

أمّا الوجه الأوّل فيبتنى على إطلاق القاعده، خصوصاً مع ملاحظه أنّ القاعده كما عرفت أنّها هي لطف و منّه، و الغرض منها التحريض و الترغيب بقبول الإسلام و رفع اليد عن الكفر، و هذا الغرض موجود في هذا المقام، مع ان الشارع إذا أسقط الزكاه و الخمس مع ثبوت حق الفقراء و الساده ترغيباً و تشويقاً إلى الإسلام، فإسقاط هذه الأسباب عن السببيه يكون بطريق اولى، و مع ان روايه البحار (1) المتقدمه قد دلّت على عدم كون التطليقه الواحده الواقعه في حال الشرك جزء سبب للتحريم حتى تنكح

ص: ٢٧٠

١-١) البحار ٢٣٠: ٤٠.

زوجاً غيره، و للتحريم المؤبد، و لا فرق بينها و بين سائر الأسباب خصوصاً مع ذكر القاعده الكليه قبل الحكم بعدم اعتبار التطليقه فى حال الشرك، فمن هذه الروايه يستفاد إسقاط جميع الأسباب عن السبب.

و أما الوجه الثانى فيبنى على عدم ثبوت إطلاق معتد به لهذه القاعده، و لم يعلم العمل بها فى هذه الموارد، بل هذه الموارد تكون كالحقوق المختصه بالمخلوقين كالديون و ضمان الغصب و الإلتلاف و أشباهها، و روايه البحار ضعيفه غير مجبوره حتى بالنسبه إلى صدور القاعده من أمير المؤمنين (عليه السلام)، فلا مجال للاعتماد عليها، فيبقى الحكم فى هذه الموارد على طبق القاعده الأوليه المقتضيه لتأثير هذه الأسباب فى مسبباتها و ترتب أحكامها عليها، كما لا يخفى.

و أما التفصيل فيظهر من المحقق البجنوردى (قده) فى قواعد (1) الفقيهيه؛ إذ اختار فى مثل الوطى فى العده أو لذات البعل و كذا اللواط عدم كونه سبباً لتحقق التحريم لجريان القاعده فيه، و فى مسأله الأحداث الموجهه للغسل أو الوضوء أو التيمم عدم جريانها، نظراً الى ان الشارع جعل الطهاره شرطاً لأشياء كالصلاه و الطواف و مسّ المصحف مثلاً و لأن تلك الأحداث لا ترتفع آثارها إلّا بإحدى الطهارات الثلاث، فبعد إسلامه إذا أراد إيجاد ما هو مشروط بالطهاره، لا بد و إن يتطهر من ذلك الحدث، لعدم إمكان امتثال ما هو مشروط بالطهاره بدونها، و لا وجه لإجراء القاعده هنا؛ لانه لا اثر لها لإثبات الشرط، كما ان الرضاع الحاصل فى حال الكفر يوجب حصول أحد العناوين المحرّمه كالامومه و البننيه و الأختيه، و مع

ص: ٢٧١

حصول أحد هذه العناوين لا- يمكن ان يكون إسلامه رافعاً للحرمة عن أخته الرضاعية مثلاً و كما انه لم يتوهم أحد ان هذه العناوين إذا حصلت في حال الكفر عن النسب فإسلامه لا يوجب التحريم فكذلك الرضاع و السرّ، ان هذه العناوين إضافات تكوينية، قد تحصل بواسطة الولادة، و قد تحصل بواسطة الرضاع، و قد جعلها الشارع موضوعاً لحرمة نكاحهن، و إذا وجد الموضوع و احرز وجوده وجداناً أو تعبداً يترتب عليه الحكم قهراً.

و نقول: أمّا مسأله الأحداث، فيظهر من كثير من الفقهاء عدم ارتفاع آثارها بالإسلام، قال الشيخ في محكيّ الخلاف (١): «الكافر إذا تطهر أو اغتسل عن جنابه ثمّ أسلم لم يعتد بهما، و به قال الشافعي، و قال أبو حنيفة: انه يعتد بهما، دليلنا ما بيناه من ان هاتين الطهارتين تحتاجان إلى نيّة القربة، و الكافر لا يصح منه نيّة القربة في حال كفره؛ لانه غير عارف بالله تعالى، فوجب ان لا يجزيه» فان التعبير بعدم الاعتداد في الصدر، و بعدم الاجزاء في الذيل، يدل على لزوم الوضوء و الغسل عليه بعد الإسلام، كما ان مراده بالتطهر في الصدر هو الوضوء بقريته اعتبار قصد القربة فيه.

و قال الشهيد الثاني في «المسالك» في باب غسل الجنابه: «انه يمكن ان يقال على هذا يحكم عند الإسلام بسقوط وجوب الغسل عنه ان كان في غير عباده مشروطه به؛ لان الوجوب من باب خطاب وضع الشرع، ثمّ إذا دخل وقتها أو كان حاصلًا وقت الإسلام حكم عليه بوجوب الغسل، اعمالاً للسبب المتقدم، كما لو أجنب الصبيّ بالجماع، فإنه يجب عليه الغسل

ص: ٢٧٢

وقال في مفتاح الكرامه في البحث عن سقوط قضاء الصلاه عن الكافر: «و استثنى المحقق الثاني في حاشيته حكم الحدث كالجنابه و حقوق الآدميين قال: و المعلوم ان الذى يسقط ما خرج وقته، و كذلك الشهيد الثاني، و فى الذخيره: ان ذلك محلّ وفاق: و كذا مجمع البرهان، قال: ان حقوق الآدميين مستثنى بالإجماع» .

و قال صاحب الجواهر (٣) فى كتاب الطهاره: «فإذا أسلم وجب عليه الغسل عندنا بلا خلاف أجده، و يصح منه لموافقته للشرائط جميعها؛ إذ الظاهر ان المراد بكونه يجب ما قبله أنما هو بالنسبه إلى الخطابات التكليفية البحثه، لا فيما كان الخطاب فيه وضعياً كما فيما نحن فيه، فان كونه جنباً يحصل بأسبابه، فيلحقه الوصف و إن أسلم» .

و قال صاحب مصباح الفقيه (٤): «لا- ينبغى الاحتياط فى وجوب الغسل عليه بعد ان أسلم، و إن لم نقل بكونه مكلفاً به حال كفره؛ إذ غايته ان يكون كالتائم و المغمى عليه و غيرهما ممن لا- يكون مكلفاً حين حدوث سبب الجنابه، و لكنه يندرج فى موضوع الخطاب بعد اجتماع شرائط التكليف، فيعمه قوله (٥) تعالى وَ إِن كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا و قوله (عليه السلام) : إذا

ص: ٢٧٣

١- ١) المسالك ١: ٨.

٢- ٢) مفتاح الكرامه ٣: ٣٨١.

٣- ٣) الجواهر ٣: ٤٠.

٤- ٤) مصباح الفقيه مبحث الغسل.

٥- ٥) سوره المائده: ٦.

دخل الوقت وجب الصلاه و الطهور، و لا- ينافى ذلك ما ورد من ان الإسلام يجب ما قبله؛ لان وجوب الغسل لصلاته بعد ان أسلم من الأمور اللاحقه فلا يجب الإسلام، و حدوث سببه قبله لا يجدى؛ لأن الإسلام يجعل الافعال و التروك الصادره منه فى زمان كفره فى معصيه الله تعالى كأن لم تكن، لا ان الأشياء الصادره منه حال كفره ترتفع آثارها الوضعيه، خصوصاً إذا لم يكن صدورها على وجه غير محرّم، كما لو بال أو احتلم، فإنه كما لا ترتفع نجاسه ثوبه و بدنه المتلوث بهما بسبب الإسلام، كذلك لا ترتفع الحاله المانع من الصلاه الحادثه بسببهما، و كيف كان فلا مجال لتوهم ارتفاع الحدث بالإسلام، كما لا يتوهم ذلك بالنسبه إلى التوبه التى روى فيها أيضاً انها تجب ما قبلها» .

و هذه العبارات و إن اشتركت فى عدم سقوط الغسل بالإسلام، الّا أنّها مختلفه فى بيان وجهه، فيظهر من بعضها ان عدم السقوط أنّما هو بنحو الاستثناء من القاعده، كعدم سقوط حقوق الأدميين، و من بعضها الآخر ان عدم السقوط لأجل عدم شمول القاعده للآثار و الأحكام الوضعيه، و بعضها غير متعرض للدليل.

أقول: أما الاستثناء، فلا بد له من دليل، و لا مجال للأخذ به بدونه، و الظاهر عدم وجود الإجماع الذى له أصاله عليه، و إن ادعى صاحب الجواهر عدم وجدان الخلاف فيه؛ لأنّ حكمه بعده بعدم شمول دليل القاعده للأحكام الوضعيه ظاهر فى ان الدليل هو قصور دليل القاعده، لا الإجماع.

و أمّا عدم شمول القاعده للأحكام الوضعيه، فيردّه ان لازم ذلك بطلان العقود و الإيقاعات الصادره من الكافر إذا لم تكن واجده لجميع

الشرائط المعتبره فى الإسلام، مع ان مقتضاها جعل السببىه لها و الحكم بترتب الآثار التى هى أحكام وضعيه كالملكيه و الزوجيه و الفراق و أشباهها، كما ان لازم ذلك ترتب الحدّ أو التعزير على ما صدر منه فى حال الكفر، لان شرب الخمر مثلاً سبب لوجوب حدّه، و هكذا سائر الموجبات للحدّ أو التعزير، فلا مجال للمناقشه فى عموم القاعده للأحكام الوضعيه.

نعم يمكن الاستدلال على وجوب الغسل أو الوضوء على الكافر أمّا من طريق ما مرّت الإشارة إليه فى كلام بعض الأجلّه، و هو ان المستفاد من آيه الوضوء و الغسل و التيمم ان هذه الأمور شروط يجب تحصيلها، فمعنى قوله تعالى إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ، انه عند إرادته الصلاه لا بد من الوضوء أو مثله، و إن لم يعلم بكونه محدثاً و لم يثبت ذلك و لو ظاهراً، كما فى مورد تعارض استصحابى الطهاره و الحدث، فإنه لا بد له من تحصيل الطهاره؛ إحراراً للشرط، و كما فى المريض الذى ليس له بول و لا غائط بل يقىء كلّما يأكل، و الكافر ايضاً من هذا القبيل؛ فإنه يجب عليه تحصيل الطهاره بمعنى الوضوء أو الغسل أو التيمم للعبادات المشروطه بها، و إن لم نقل بسببيه ما وقع منه فى حال الكفر لحدوث الحدث، و بعبارة اخرى: الطهاره شرط، لا أنّ الحدث مانع، و يؤيده التعبير عن مثل البول و الغائط بالناقض الذى مرجعه الى رفع ما يكون شرطاً، لا إيجاد ما يكون مانعاً، و عليه فلا يرتبط بالقاعده ايضاً.

و أمّا ما يشعر به كلام الشهيد الثانى (قده) المتقدم من ان السبب لا يكون مؤثراً فى المسبب ما دام كافراً، فاذا زال الكفر باختيار الإسلام فالسبب السابق يؤثر فى مسببه فعلاً، فان الكافر الذى بال أو أجنب يكون

بعد الإسلام محدثاً بالحدث الأصغر أو الأ-كبر، ومثله يجرى فى باب الرضاع أيضاً، بأن يقال: الرضاع الواقع فى حال الكفر لا يترتب عليه اثر ما دام الكفر باقياً، فاذا زال الكفر و أسلم يترتب عليه الأثر، فإذا نكح أخته من الرضاعة فهذا النكاح لا يترتب عليه اثر و عقوبه ما دام كافراً، و بعد زواله يترتب عليه آثاره.

و لا- يتوهم ان ذلك يوجب الالتزام بعدم اشتراك الكفار مع المسلمين فى الاحكام؛ لان ما ذكرنا أنّما هو بالنسبه إلى الكافر الذى أسلم بلسان الجبّ و القطع و الرفع، و أمّا الكافر الذى بقى على كفره، فهو يشترك مع المسلم فى جميع أحكام الإسلام أعم من التكليفيه و الوضعيه، فالحكم بعدم تأثير بوله فى الحدث الأصغر أنّما هو بلحاظ القاعده فى خصوص زمان الكفر ايضاً، و هكذا الرضاع.

و أقياً ما افاده المحقق البجنوردى (1) فى باب الرضاع من ان عناوين الأمومه و الأختيه و البننيه عناوين تكوينيه و لا يمكن ان يكون الحديث رافعاً لها، فلم نعرف له وجهاً؛ فإنه يرد عليه أولاً: ان تحقق هذه العناوين أنّما هو بمعونه التعبد بأن الرضاع لحمه ك لحمه النسب؛ ضروره انه لو لم يكن هذا التعبد لما تحققت هذه العناوين أصلاً.

و ثانياً: ان كون العناوين تكوينيه لا ينافى جريان القاعده لوضوح كون الأحكام المترتب عليها شرعيه تعبديه، و جريان القاعده أنّما هو بلحاظ تلك الاحكام لا بلحاظ العناوين، و قد عرفت فى المجوسى الذى أسلم و قد نكح امه فى زمان الكفر، ان القاعده تجرى بالنسبه الى الماضى،

ص: ٢٧٤

و أما بالنسبه إلى المستقبل فلكون العنوان باقياً لا مجال لصحّحه نكاحه.

و قد ظهر مما ذكرنا حكم التطلّيقه أو التطلّيقات الواقعه فى حال الكفر، فان مقتضى القاعده عدم ترتب الأثر من جزئيه السّبب أو السّببيه التامه للتحريم عليها؛ لعدم اختصاصها بالأحكام التكلّيفيه، و لا حاجه فى ذلك الى روايه البحار، حتى يناقش فيها من إذ السند، كما لا يخفى.

خاتمه- تشتمل على بيان أمور:

الأول الكافر المنتحل للإسلام كالخوارج و الغلاه و النواصب و المجسمه و نحو ذلك، إذا رجع الى الإسلام، فهل يكون مشمولاً للقاعده أم لا؟

نسب الى ظاهر إطلاق الأصحاب أنه ايضاً كالكتابى و الوثنى فى هذا الحكم، و لكنه محلّ تردّد و إشكال؛ لانه ربما يقال: ان المتبادر من حديث الجبّ هو الإسلام المسبوق بكفر صرف لا تدين بالإسلام فيه، و يمكن الإيراد عليه بان المقصود من التدين بالإسلام ان كان هو التدين الواقعى فهو لا يجتمع مع كفرهم، كما هو المفتى به للأصحاب، و إن كان هو التدين الاعتقادى فهو ينكشف خلافه بعد الإسلام؛ لأن المنتحل بعد ما أسلم يرى انه كان غير مسلم، و الاعتقاد السابق لا يجدى، كما ان الكافر لا يرى نفسه كافراً فى زمان كفره، و عليه فلا يبعد ان يقال بالشمول.

الثانى الظاهر عدم شمول القاعده للمخالف

إذا استبصر؛ لما عرفت من أنّها فى مقام التحريض و الترغيب بالإسلام فى مقابل الكفر، فلا دلالة لها على حكم المخالف بوجه، بل لا بد فى استفاده حكمه من الرجوع الى القواعد الأخرى، مثل قاعده (لا تعاد) فى باب الصلاه و غيرها، و قد ورد فى باب زكاته روايات خاصّه.

كما إذا أسلم في نهار شهر رمضان و لم يأت بشيء من المفطرات، فهل يتحقق الجبّ بالنسبه إلى مجموع هذه العباده فلا يجب عليه صوم ما بقى من النهار و لا- قضاؤه، أو لا- يتحقق الجبّ فلا- بد من الإتيان بها أداءً لو كان له فرض أو قضاء كما في مثال الصوم المذكور، أو يتحقق الجبّ بالنسبه الى ما مضى في حال الكفر دون ما بقى، فيأتى بالباقي مؤمناً مسلماً؟ وجوه و احتمالات، و لا يبعد ترجيح الاحتمال الأخير.

الزابع الواجبات الموسعه إذا أسلم الكافر و قد مضى من وقتها مقدار يمكن أدائها فيه

مع الشرائط، و لم يأت بها على ما هو المفروض؛ لكونه كافرًا، فهل يسقط التكليف بها أم لا؟ فيه وجهان:

من تعلق الخطاب به قبل الإسلام؛ لأن المفروض مضى مقدار من الوقت يمكن أدائها فيه، فيكون مشمولاً للقاعده، فلا يجب عليه الإتيان بها فيما بقى من الوقت، و من استمرار الخطاب في آتات الوقت الموسع و استصحاب اشتغال الذمه و الشك في شمول القاعده لهذه الصوره، فيجب عليه الإتيان بها.

و ربما يؤيد الوجه الأول ملاحظه أن الواجبات الموسعه ما دام العمر، كصلاه الزلزله و قضاء الصّيلوات اليوميه، لا- ريب في سقوطها بالإسلام؛ فإن الكافر إذا أسلم في شهر شوال، فلا ريب في عدم وجوب قضاء شهر رمضان عليه، مع ان قضاء رمضان موسّع بحسب الرّخصه إلى رمضان الآتى، و بحسب الاجزاء الى آخر العمر، و لا يرى فرق بين الواجبات الموسعه أصلاً.

أقول: الظاهر هو الفرق؛ فان وجوب القضاء متفرع على الفوت، و بعد اقتضاء الحديث كون الترك كالعدم، لا- يبقى مجال لوجوب القضاء، و وجوب صلاه الزلزله مسبب عنها، و قد مرّ ان الحديث يشمل الأحكام الوضعيه أيضاً، و هذا بخلاف مثل صلاه الظهر التي دخل وقتها ثم أسلم بعد مضيّ مقدار من الوقت يمكن أدائها فيه، فإنه لا مجال للحكم بسقوطها بالقاعده مع فرض سعه الوقت و إمكان الأداء، و هو مسلم فتدبر.

هذا تمام الكلام في قاعده الجبّ.

ص: ٢٧٩

و هي أيضاً من القواعد الفقهيّة المعروفه، و يستند إليها في الفروع المختلفه الفقهيّه التي سيأتي التعرض لبعضها إن شاء الله تعالى، و الكلام فيها يقع في مواقف:

الموقف الأول - في مدرّكها و مستندها،

و ما قيل في هذا المجال أمور:

الأول -

قوله تعالى لَيْسَ عَلَى الضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَ رَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَ لَا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لَا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوْا وَ أَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ حَزَنًا أَلَّا يَجِدُوا مَا يُنْفِقُونَ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَسْتَأْذِنُونَكَ وَ هُمْ أَغْنِيَاءُ رَضُوا بِأَنْ يَكُونُوا مَعَ الْخَوَالِفِ وَ طَبَعَ اللَّهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ فَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ (١).

وقد ذكر المفسر العظيم القدر صاحب مجمع البيان (١) في شأن نزول الآيات: قيل ان الآيه الأولى نزلت في عبد الله بن زائده و هو ابن أم مكتوم و كان ضرير البصر جاء الى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال: يا نبي الله انى شيخ ضرير خفيف الحال نحيف الجسم، و ليس لى قائد فهل لى رخصه فى التخلف عن الجهاد فسكت النبى (صلى الله عليه و آله) ، فانزل الله الآيه عن الضحاك، و قيل: نزلت فى عائد بن عمرو و أصحابه عن قتاده، و الآيه الثانيه نزلت فى البكائين، و هم سبعة نفر منهم عبد الرحمن بن كعب و عليه بن زيد و عمرو بن ثعلبه و ابن غنمه، و هؤلاء من بنى النجار و سالم بن عبيد و هرم بن عبد الله و عبد الله بن عمرو بن عوف و عبد الله بن معقل من مزينه جاءوا الى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقالوا: يا رسول الله احملنا؛ فإنه ليس لنا ما نخرج عليه، فقال: لا أجد ما أحملكم عليه، عن أبى حمزه الثمالى، و قيل: سبعة نفر من قبائل شتى أتوا النبى (صلى الله عليه و آله) فقالوا له: احملنا على الخفاف و البغال، عن محمد بن كعب و ابن إسحاق، و قيل: كانوا جماعه من مزينه عن مجاهد، و قيل: سبعة من فقراء الأنصار، فلما بكوا حمل عثمان منهم رجلين، و العباس بن عبد المطلب رجلين، و يامين بن كعب النضرى ثلاثه، عن الواقدى، قال: و كان الناس يتبوك مع رسول الله (صلى الله عليه و آله) ثلاثين ألفاً منهم عشره آلاف فارس» .

و على ما ذكرنا فالمراد من السبيل المنفى بالنسبه إلى المورد هو العذاب و العقاب الأخرى، كما انه المراد بالسبيل المثبت فى مورد الآيه الثالثه،

ص: ٢٨٢

و لكنّه إذ لا- يكون المورد مخصّصاً، و قوله (١) تعالَى ما عَلى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ منزله ضابطه كليّه و قاعده عامّه، لا بد من الالتزام بعدم اختصاص السبيل بالعقاب، بل له معنى عام شامل لكلّ ما يكون بضرر المحسن و موجِباً لمؤاخذته و الأخذ به، سواء كان عقاباً فى الآخره، أو أمراً ضرورياً عليه فى الدّنيا، كضمانه و تغريمه و تعزيره، فله معنى عام يشمل الجميع، و هذا إجمال معنى القاعده، و سيأتى التفصيل فى الموقف الثانى إن شاء الله تعالى.

الثانى حكم العقل بقبح مؤاخذة المحسن على إحسانه،

و لعلّه اليه يشير قوله تعالى هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ (٢)؛ فإن مرجعه الى ان مكافأه الإحسان لا تلائم الإساءه بل تنحصر فى الإحسان، و بعبارة اخرى: المحسن منعم، و المنعم شكره أنّما هو بالإحسان إليه، و يقبح كفرانه بنظر العقل، فلا معنى للحكم بضمانه فى مورد إحسانه، مثلاً إذا رأى مال الغير فى معرض التلف، كما إذا ذهب به السيل أو أطارته الريح مثلاً فأخذه بقصد حفظه و إيصاله الى مالكه ليتمكن من التصرف فيه و الاستفاده منه، فحفظه فى محلّ معدّ للحفاظ عرفاً، و لكنّه على خلاف الانتظار سرق أو خرب السقف مثلاً فتلف المال، فهل الحكم بضمانه فى هذه الصوره و أخذ المثل أو القيمه منه ملائم لإحسانه أو انه قبيح عند العقل؟ و هكذا سائر الموارد المشابهه مثل الوديعه التى أخذها المستودع إحساناً للمودع فحفظها فى مكان كذلك، ثمّ عرض لها التلف بمثل ما ذكر، فهل يجوز عند العقل الحكم بتغريمه و تضمينه و أخذ المثل أو القيمه منه؟

ص: ٢٨٣

١- ١) سورة التوبه الآيه: ٩٢.

٢- ٢) سورة الرحمن آيه ٦٠.

و ربما يجاب عن هذا الوجه بأنه صرف استحسان، مع ان إثبات الحكم الشرعى على موضوع أو نفيه عنه لا- يجوز بالظنون الاستحسانيه، بل لا بد من قيام دليل و حجه تثبت حجيته بالحجيه القطعيه، فلو وجد سبب الضمان من إتلاف أو يد غير مأذونه أو تعداً أو تفريط من الأمين أو غير ذلك من أسباب الضمان، لا يصح الحكم بعدم الضمان بصرف هذا الاستحسان.

و أنت خبير بأن إتلاف مال الغير لا- يجتمع مع الإحسان، نعم فى ما إذا لم يكن الإتلاف عن عمد و التفات يمكن الاجتماع، و كذلك التعدى و التفريط لا- يجتمعان مع الإحسان، و المراد بالإذن ان كان أعم من إذن المالك و الشارع لم يتحقق مورد من موارد الإحسان يكون خالياً عن اذن واحد منهما، كما لا يخفى.

و على ما ذكرنا يرد على هذا الوجه أنّ الحكم بعدم الضمان فى غير مورد الإتلاف و التعدى و التفريط لا يكون مستنداً إلى قاعده الإحسان، بل الى عدم الدليل على الضمان؛ لاختصاص قاعده ضمان اليد بغير اليد المأذونه من قبل المالك أو الشارع، و لا دليل على الضمان غير هذه القاعده.

نعم لو فرض عنوان موجب للضمان و مجتمع مع عنوان الإحسان كالإتلاف فى حال النوم مثلاً فى الموارد المذكوره، لا مانع من الحكم فيه بعدم الضمان، و إن كان مقتضى قاعده الإتلاف ثبوته، لان حكم العقل بعدم مكافأه الإحسان بالإساءه و التفريرم حكم عقلى قطعى، و لا مجال لدعوى كونه من الظنون الاستحسانيه غير القابله لإثبات الحكم أو نفيه.

الثالث الإجماع على ثبوت هذه القاعده

على ما يظهر من تتبع

كلمات الأصحاب؛ فإن الفقهاء يستدلون بها في كتبهم وفتاويهم في موارد كثيرة، فتراهم يستدلون بها على عدم ضمان المستودع، إذا كان المال عنده في مكان معدّ للحفاظ و مناسب له، ثم غير مكانه الى مكان آخر يعتقد أنه أحفظ من المكان الأول، و لكن انكسرت الوديعة أو تلفت في حال النقل؛ نظراً الى كونه محسناً في هذا النقل، و لا معنى لثبوت الضمان عليه للقاعده، و هكذا الموارد الأخرى الكثيره التي حكم فيها بعدم الضمان معللاً بالقاعده.

و لكن الظاهر عدم اتصاف الإجماع بالأصالة و الكاشفيه عن رأى المعصوم (عليه السلام) بل استناده الى الآيه الشريفه كما يصرحون به كثيراً، و يؤيده تعبيراتهم المقتبسه من الآيه من الإحسان و السبيل و غيرهما، فالإجماع لا يكون حجه برأسه في مقابل الآيه كما لا يخفى.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا في هذا الموقف انه لا مجال للإشكال في القاعده من إذ المدرك و المستند.

الموقف الثاني - في بيان المراد من هذه القاعده و شرح معناها،

إشاره

و العمده في هذا الموقف ايضاً ترجع الى توضيح المراد من الآيه الشريفه، فنقول: التكلم في الآيه من جهتين:

الجهه الاولى في بيان المراد من مفردات الآيه

(١)، و هي عنوان الإحسان و مفهوم السبيل، و كلمتا «ما» و «على» فنقول: لا- إشكال في ان ما نافية، و الغرض منها افاده نفى السبيل و عدم ثبوته على المحسن، كما ان كلمه على للضرر، و مرجعها الى عدم ثبوت سبيل و حكم يوجب تضرر المحسن و الإساءه إليه المقابله للإحسان.

ص: ٢٨٥

و أمّا السبيل فقد عرفت انه بلحاظ موارد الآيات و شأن نزولها يشمل العذاب الأخرى و العقوبه فى عالم الآخرة، و لكنّه لا يختص بها؛ لاین المورد لا يكون مخصّصاً، بل قوله تعالى ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ واقع فى مقام افاده قاعده كلييه و ضابطه عامه، غايه الأمر لا بد و إن يكون شاملاً للمورد و هو العذاب الأخرى؛ لئلا يلزم الاستهجان، فالسبيل له معنى عام يشمل ذلك، و التكاليف الشاقّه، و الأحكام الضرريه الدنيويه، مثل الضمان و التعزير و شبههما.

و أمّا الإحسان فهل المراد منه خصوص جلب المنفعه، أو خصوص دفع المضره، أو يعم كليهما؟ و جوه و احتمالات، و ربما يقال بالثانى كما حكاه صاحب العناوين (1) عن شيخه الأستاذ، و لكنه نفسه اختار الوجه الثالث؛ نظراً الى شمول اللفظ لكليهما، بل ربما يكون صدقه على إيصال النفع أوضح و أظهر من صدقه على منع المضره و دفعها.

و الظاهر انه لا مجال للإشكال فى العموم و الشمول بمقتضى مفهوم اللفظ و معنى الإحسان، و لكن هنا موارد قد حكموا فيها بالضمان، و هى من موارد جلب المنفعه كما إذا أخذ دابّته بغير اذنه و ذهب بها الى المرعى؛ لكى ترعى فيه، أو نقل متاعه كذلك الى مكان للبيع بالثمن الأوفى، أو أخذ ماله كذلك للاسترباح به، و نحو ذلك؛ فإنه يكون مشتملاً على جلب المنفعه، و مع ذلك قد حكموا فيها بالضمان؛ لاین الاستيلاء على مال الغير كان بغير اذنه، فان قلنا بأنّها من موارد قاعده الإحسان يلزم الالتزام بالتخصيص فى مفادها، و سياقها آب عن التخصيص، فاللازم بعد ثبوت الضمان فيها و عدم

ص: ٢٨٦

(١-١) عناوين الأصول ميرفتاح، عنوان ٣٣٢: ٦٤.

جريان المناقشه فيه الالتزام بخروجها عن عنوان الإحسان المذكور فى الآيه الشريفه.

نعم ربما يقال: ان كون وضع اليد على مال الغير إحساناً، انما يكون كذلك فى صورته دفع المضره، اما فى صورته جلب المنفعه فليس إثبات اليد جلب نفع، بل إيصال النفع انما هو بشىء آخر، فيتعلق الضمان بإثبات اليد، و لا- ينفع بعد ذلك الإحسان المتأخر.

و يرد عليه مضافاً الى النقض بدفع المضره، فإن المال قد يؤخذ من يد السارق مثلاً و قد يؤخذ من مكان يجرى فيه احتمال الشَّرِقه بعداً و الفرض الثانى مماثل للامثله المذكوره فى جلب المنفعه ان الإثبات بقصد الإحسان المتأخر نفسه إحسان كما لا يخفى.

ثم انه هل يعتبر فى مفهوم الإحسان مجرد القصد اليه و اعتقاد كون عمله إحساناً، و إن لم يكن فى الواقع كذلك، أو يعتبر الواقع، بان يكون العمل بحسب الواقع دفع مضره و منعها؟ أو يعتبر الأمران معاً، فلا يتحقق الإحسان إلا بعد كونه بحسب الواقع كذلك، و كان اعتقاده مطابقاً للواقع؟ فلو سقى الدابه بلحاظ كونها عطشى و كانت فى الواقع كذلك، يكون هذا السقى متصفاً بالإحسان، فلو تلفت الدابه فى حال السقى مثلاً لا يكون على الساقى المحسن ضمان، و هذا بخلاف ما لو اختل أحد الأمرين من الاعتقاد و الواقع؟ وجوه و احتمالات، يظهر ثالثها من صاحب العناوين (١)، و ثانيها من المحقق البجنوردى (٢)، و قد استدلل الأخير بأن الظاهر من

ص: ٢٨٧

١- ١) كتاب العناوين مير فتاح، عنوان ٣٣٢: ٦٤.

٢- ٢) القواعد الفقيهيه ٩: ٤.

العناوين و المفاهيم التي أخذت موضوعاً للحكم الشرعي هو واقعها و المعنى الحقيقي لها، و لا شك في ان العرف لا يفهم من لفظ الإحسان غير ما هو المعنى الحقيقي له.

أقول: لا- خفاء في كون الظاهر من العناوين هو المعنى الحقيقي لها، انما البحث في ذلك المعنى الحقيقي، و انه هل يعتبر فيه القصد و الاعتقاد كالعناوين القصديه التي تكون معانيها الحقيقيه متقومه بالقصد، أو يعتبر فيه واقع دفع المضره و منعها، و إن لم يكن مقصوداً بل و لا- معتقداً به بوجه، أو يعتبر فيه كلا الأمرين؟ هذا و الظاهر بحسب نظر العرف هو الأخير، أما اعتبار مصادفه الواقع فلا شبهه فيه، غايه الأمر انه مع عدم المصادفه ربما يكون معذوراً، و لا يعدّ محسناً، و أما اعتبار القصد فالظاهر انه ايضاً كذلك؛ لان العرف لا يرى غير القاصد للإحسان، بل القاصد للإساءه محسناً بمجرد مصادفه الواقع، فلو كان السقى في المثال المذكور دفع مضره بحسب الواقع و إساءه بحسب القصد و الاعتقاد، هل يكون الساقى عند العرف محسناً؟ الظاهر لا؛ فالعرف يرى اعتبار كلا الأمرين، و لا يكتفى بوجود واحد منهما كما لا يخفى.

الجهه الثانيه في بيان المراد من مجموع الجمله الواقعه في الآيه،

فقول: الظاهر ان هذه الآيه (١) كآيه (٢) نفى السبيل للكافرين على المؤمنين واقعه في مقام الإنشاء و حاكيه عن عدم جعل السبيل على المحسن في الشريعه، و إن كانت خاليه عن لفظ الجعل، بخلاف آيه نفى السبيل، ألا ان

ص: ٢٨٨

١- (١) سوره التوبه: ٩٢.

٢- (٢) سوره النساء الآيه: ١٤١.

الظاهر اشتراك الآيتين و كون كليهما حاكيتين عن عدم جعل السبيل فى الشريعة، و كون مورد الآيه فى المقام هو العذاب الأخرى كما تقدم لا يقتضى أن تكون الآيه فى مقام الاخبار؛ فان نفى العذاب الأخرى عن المذكورين فى الآيه الأولى و الآيه الثانية مرجعه الى عدم ثبوت التكليف بالجهاد و الشركه فى الحرب بالنسبه إليهم، فمعنى نفى السبيل خروجهم عن دائره التكليف بالجهاد، و لذا سأل ابن أم مكتوم من النبى (صلى الله عليه و آله) انه هل كان لى رخصه فى التخلف عن الجهاد؟ فمعنى نفى السبيل ثبوت الرخصه و الخروج عن دائره التكليف، و لأجله تكون هذه الآيه حاكمه على الأدله الأوليه الظاهره فى ثبوت التكليف بالجهاد، و التكاليف الأخرى و الأحكام الوضعيه كالضمان و نحوه، و داله على عدم كون مفاد الأدله الأوليه شاملاً للمحسن، و إن كان بحسب الدلاله اللفظيه عامّاً، فلا مجال للإشكال فى مفاد الآيه من هذه الجبهه.

و أمّا كلمه «المحسنين» فهى جمع محلّى باللام مفيده للعموم، اى: جميع افراد المحسنين و مصاديقهم كما أنّ «السبيل» نكره واقع فى سياق النّفى، و هى ايضاً تفيد العموم، و ليس السلب الذى تفيده الآيه سلب العموم غير المنافى للإثبات الجزئى، بل عموم السلب الذى لا يجتمع مع الموجهه الجزئيه، و مرجعه الى انتفاء كل فرد أو نوع من افراد السبيل أو أنواعه، عن كل فرد من افراد المحسن، فالاحسان و طبيعته لا يلائم السبيل و طبيعته بوجه، و هذا هو المتفاهم العرفى من مثل تعبير الآيه، لا سلب العموم الذى لا يصلح للاستدلال به، و لو فى مورد بل عموم السلب، و هو صالح للاستدلال به فى جميع الموارد؛ لكونه بمنزله كبرى كليه و قاعده عامّه.

ثم انه فرق بين هذه الآيه وبين آيه نفي السبيل من جهة ان مقتضى تلك الآيه كما ذكرنا في معناها عدم ثبوت السبيل للكافر على المؤمن من ناحيه الشرع، و أما لو فتح المسلم سبيلاً له عليه، كما إذا أتلّف ماله المحترم، فضمامه ثابت عليه، ولا ينافي الآيه بوجه، و السرّ فيه ان نفي السبيل وقع بلسان نفي جعل الله إياه، و هو ظاهر في ما، جانب الشرع ابتداءً و أما هذه الآيه فلسانها نفي ثبوت السبيل مطلقاً، و هو ينافي الضمان في المورد المزبور و مثله، فتدبر.

ثم ان تعليق الحكم على الإحسان ظاهر في ارتباط نفي السبيل بحيثيه الإحسان، فمرجه الى عدم ثبوت السبيل من ناحيه الإحسان، و في مورده المرتبط به، و أما السبيل بلحاظ عنوان آخر موجب للضمان، فلا مانع منه، و إن كان مقروناً بالإحسان، فلو أتلّف الودعي الوديعه اختياراً و عمدًا، يكون ضامناً لها؛ لارتباط الضمان بما هو خارج عن الإحسان، و داخل في عنوان آخر، فلا منافاه بين الأمرين.

الموقف الثالث- في موارد تطبيق هذه القاعده،

فنقول: تاره تلاحظ القاعده بالنسبه إلى الإحسان بمعنى دفع الضرر و منعه عن الغير، و أخرى بالنسبه إلى الإحسان بمعنى جلب المنفعه و إيصالها الى الغير على تقدير كونه إحساناً.

أمّا الأوّل فموارده كثيره مثل ما إذا رأى اشتعال النار في لباس إنسان و توقف طريق حفظه عن الهلاك أو الاحتراق على تمزيق لباسه و قطعه، فإنّ الممزق القاصد للحفظ لا شبهه في كونه محسناً تنطبق عليه القاعده، فيحكم بعدم ضمانه لذلك اللباس، و لو خرج عن الماليه بالمرّه.

و مثل ما إذا رأى توجه السَّيْلِ المخرب و المعدم الى منزل شخص، و توقف حفظه على جعل بعض أثاث ذلك المنزل في مقابله؛ ليتوجه عنه الى غيره، فان هذا الوضع المقرون بقصد حفظ المنزل عن ورود السيل عليه و خرابه، يكون إحساناً تجرى فيه القاعده، فلا يكون ضامناً للأثاث المذكور.

و مثل ما إذا ابتلى شخص بنوبه قلبيه، و كان حفظه متوقفاً على تمزيق بعض ألبسته كذلك، و كذلك لو توقفت نجاه السفينه و من فيها و ما فيها على تخفيفها بإلقاء بعض الأموال في البحر، و فرض كون الأموال لصاحب السفينه، فإن هذا الإلقاء إحسان ينطبق على فاعله قاعده الإحسان.

و مثل ما يكون متداولاً في هذه الأزمنه من توقفت نجاه الطفل الذى فى رحم الأم على إجراء العمليه الجراحيه للأم و قد يترتب عليها موت الأم أحياناً، و الأمثله لهذا القسم كثيره.

و لكن الاشكال فيه من جهه ان عدم الضمان فى هذه الموارد، أنما هو لثبوت الاذن فيها، بل الإيجاب فى بعضها من ناحيه الشارع، كما فى المثال الأول؛ فإن الشارع أوجب الحفظ، و تمزيق اللباس مقدمه منحصره لتحقق الحفظ، و مع الاذن أو الإيجاب لا معنى لثبوت الضمان، و لو لم يكن هناك قاعده الإحسان، فعدم ثبوت الضمان لا يكون مستنداً إلى القاعده، بل الى قصور دليل الضمان عن الشمول له.

الآن ان يقال: ان عدم الشمول أنما هو بلحاظ قاعده ضمان اليد، إذ أنها قاصره عن افاده الضمان فى اليد المأذونه من قبل المالك أو الشارع، و أمّا بلحاظ قاعده الإلتلاف فلا مانع من الشمول و الدلاله على الضمان، و إن

كانت اليد مأذونه، نعم إذا كان الإلتلاف مأذوناً فيه فالظاهر عدم شمول قاعده الإلتلاف كما ذكرنا في البحث عنها، لكن الظاهر أنّ الإلتلاف الخارج عن القاعده هو الإلتلاف المأذون فيه بعنوانه، كما إذا اذن المالك في الإلتلاف، و أمّا الموارد المتقدمه فليس عنوان الإلتلاف مأذوناً فيه و لو من قبل الشارع؛ فان الشارع أنّما أوجب حفظ النفس في المثال الأوّل، و توقف الحفظ على تمزيق الألبسه يوجب عدم كونه متّصفاً بالحرمة مع الانحصار، لانه لا تجتمع حرمة المقدمه المنحصره مع وجوب ذبيها، و أمّا كون المقدمه مأذوناً فيها من قبل الشارع، فلا، إلا ان يقال: ان نفس عدم الحرمة كافٍ في الخروج عن القاعده، فتدبر، و لكنه يندفع بان الشارع أوجب حفظ النفس، و مع ذلك حكم بالضمان في ما إذا توقف حفظها على أكل طعام الغير بدون رضاه.

و أمّا الثاني فموارده أيضاً كثيره، مثل الأفعال الصادره من الأولياء، كالحاكم و الأب و الجدّ له، لغرض إيصال النفع الى المولى عليه، فاتفق ترتب الضرر عليه، فإنه حينئذ لا ضمان على الولي؛ لكونه محسناً، و قد فعل الفعل باعتقاد حصول مصلحه فيه و نفع عائد إلى المولى عليه، كما إذا اشتغل في قناه له بالحفر و الإصلاح لغرض ازدياد الماء، فصار ذلك سبباً لانهدام القناه كلها أو بعضها، فإنه لا يكون فيه ضمان، و كما إذا اعطى الحاكم النقود التي عنده لإجراء العبادات كالصلاه للميت و الحج مطلقاً للأجير الذي يكون ثقّه عنده فاتفق انه لم يأت بتلك العباده، و مات و لم يترك مالاً، فإنه لا ضمان على الحاكم؛ لكونه محسناً.

و كما إذا أجر الأب أو الجد له سفينه المولى عليه أو إبله أو جملة،

فغرقت السفينه و هلكت الإبل أو الجمل، فلا ضمان عليه، و كذا نظائره من الموارد الكثيره.

و لهذا القسم موارد حكموا فيها بالضمان كالأمثله المتقدمه فى معنى الإحسان التى من جملتها ما إذا أخذ دابه الغير فذهب بها الى المرعى لترعى فيه فتلفت، فإنه مع كونه محسناً لكنهم حكموا فيها بالضمان، و الفرق بينها و بين ما لم يحكموا فيه بالضمان هو ثبوت الاذن فى التصرف هناك و عدم ثبوته هنا، و لأجله يشكل الحكم بعدم الضمان فيها مستنداً إلى قاعده الإحسان؛ لعدم الفرق فى جريان القاعده بين الموردین؛ ضروره انه ان كان الإحسان شاملاً لجلب النفع، فأى فرق بين الموردین؟ مع ان الظاهر انه لا- خلاف بينهم فى عدم الضمان فى تلك الموارد، مع ان شمول الإحسان لجلب المنفعه محلّ خلاف، فالإنصاف ان عدم الضمان فى تلك الموارد لا يكون مستنداً إلى القاعده، بل الى عدم شمول قاعده ضمان اليد لها، موردها باليد غير المأذونه أو اليد العاديه، كما أنك عرفت ان الحكم بعدم الضمان فى القسم الأول أيضاً إنما هو لقصور دليل الضمان عن الشمول لمثله، سواء كان هى قاعده ضمان اليد أو قاعده ضمان الإتلاف، فالباقي ان قاعده الإحسان اما تصير بلا مورد، أو يكون لها موارد قليله على ما عرفت فى القسم الأول فتدبر.

تمه-

ربما يستشكل فى القاعده بأن الفقهاء ذكروا فى باب اللقطه ان الملتقط بعد اليأس عن إيصال المال الى صاحبه يتصدق به عنه، و مع ذلك حكموا بأنه ضامن للمالك إذا ظهر بعد التصديق و علم به و لم يرض، مع ان الملتقط لا يكون فى عمله هذا الا محسناً محضاً، فكيف يكون ضامناً؟

ص: ٢٩٣

و أجب عنه بان الشارع حكم بجواز التصدق مع الضمان ان ظهر صاحبه، فالتصدق إحسان مع هذا القيد، فصرف التصدق بدون هذا القيد لا يكون إحساناً؛ إذ لا يمكن أخذ مال الناس و التصدق به عنهم استناداً إلى أنه إحسان، فالتصدق المقيد مصداق للإحسان، و هذا الحكم لا يكون مختصاً باللقطه، بل يجرى في كل ما هو مجهول المالك، كالأموال المسروقه الواقعه في يده التي لا يعلم صاحبها، و الدين المجهول صاحبه، و القراضه في دكان الصائغ و أمثالها.

و ربما يستشكل فيها ايضاً بحكمهم بضمن الطيب مطلقاً، أو في خصوص ما إذا باشر العلاج بنفسه، مع انه لا شبهه في كونه محسناً و غرضه علاج المريض، فكيف يكون ضامناً؟ ألا ان يقال: إن الحكم بالضمنان في مثله مستند الى الروايات المتعدده التي يستفاد منها الضمان، و هذه الروايات تكون بمنزله المخصص لقاعده الإحسان، و فيه تأمل؛ لإبائه سياقها عن التخصيص، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في قاعده الإحسان.

اشاره

و هي ايضاً من القواعد الفقهيہ المعروفه، و يترتب عليها فروع كثيره، بل قلّ ما تخلو مسئلته في الفقه من الحاجه إليها و الابتناء عليها، إذ معظم الأدلّه لم يرد بعنوان قضيه كليّه حتى تشمل الأشخاص و الأزمان و الأحوال، بل وردت في وقائع خاصه دعت الحاجه المكلفين إلى السؤال عنها فلا، عموم فيها، و المقصود منها أنّه إذا ثبت حكم لواحد من المكلفين أو لطائفه منهم، و لم يكن هناك ما يدل على مدخلية خصوصيه لا تنطبق إلا على شخص خاص أو طائفه خاصه أو زمان خاص كزمان حضور الامام (عليه السلام)، فالحكم مشترك بين جميع المكلفين رجالاً و نساءً الى يوم القيامه، سواء كان ثبوته بخطاب لفظي أو دليل لبي من إجماع أو غيره، و الكلام في هذه القاعده أيضاً يقع في مقامات:

المقام الأوّل - في مدرکها و مستندها، و هي أمور متعدده:

اشاره

ص: ٢٩٥

الأول الاتفاق القطعي من الأصحاب على اشتراك الجميع في الحكم المتوجه الى بعض آحاد المكلفين،

و يشهد به استدلالهم بالخطابات الخاصه في إثبات عموم الحكم خلفاً بعد سلف، و كان هذا هو المتداول من الصدر الأول إلى يومنا هذا، فترى مثلاً في صحيحه (1) زرارته المعروفه الوارده في الاستصحاب ان المفروض في موردها اصابه دم الرعاف أو شيء من المنى ثوب زرارته، و الحكم الواقع في الجواب في جميع الفروض المفروضه لزارته انما وقع بصوره الخطاب الشخصى متوجهاً الى زرارته، و هكذا في كثير من الروايات الوارده بهذه المثابه، و مع ذلك يستدلون بها للحكم الكلى، و لم يناقش فيه أحد منهم، و منه يظهر عدم ارتباط ذلك بمسأله عموم الخطابات الشفاهيه و عدمه، التى هى مسأله مختلف فيها، و سكوتهم عن التعرض لمسأله الاشتراك و عدم اقامه الحججه عليه، انما هو للاتكال على كونه من المسلم عندهم، و ربما يقال: انه من ضرورى الدين، و لا أقل من كونه ضرورى الفقه، نعم من الواضح انه لو كان قيد مأخوذاً فى الموضوع كقيد الاستطاعه الوارد فى دليل وجوب الحج، فلا مجال لدعوى اقتضاء الاشتراك لثبوت التكليف لغير المستطيع ايضاً، كما انه لو احتمل اشتراط التكليف بمثل وجود الإمام أو نائبه الخاص، كالتكليف بوجوب صلاه الجمعه، لا مجال لدعوى كون القاعده مقتضيه للاشتراك بالنسبه إلى زمن الغيبه أيضاً.

و الإنصاف تماميه هذا الدليل و ثبوت الاتفاق، بل الضروره على ذلك، و قد بلغ نقل الإجماع فى ذلك مضافاً الى الإجماع المحصل حدّ

ص: ٢٩٦

١- (١) الوسائل ١٠٦٥: ٢ ب ٤٤ من أبواب النجاسات ح ١.

الثانى الاستصحاب،

و تقرّبه ان يقال: إذا توجه حكم الى بعض آحاد المكلفين أو الى طائفه منهم، فلا شبهه فى عدم الاختصاص بذلك البعض أو تلك الطائفه دون غيرهم من الموجودين فى زمان صدور الحكم من الامام (عليه السلام) ، بل يعمّ الموجودين قطعاً، و عليه فالحكم ثابت فى ذلك الزمان بالنسبه إلى الجميع، و مع الشك فى البقاء بالنسبه إلى الموجودين بعد ذلك الزمان، يكون مقتضى الاستصحاب البقاء، و هو معنى قاعده الاشتراك.

و أورد عليه أولاً: بأن الخطاب إذا كان متوجها الى شخص خاص أو طائفه مخصوصه، فمن اين نعلم باتّحاد الموجودين فى زمان صدور الحكم مع المخاطب أو المخاطبين؟ و ثانياً: انه إذا كان الاتّحاد بالنسبه إلى الموجودين فى ذلك الزمان معلوماً، فالاتّحاد بالنسبه إلى الموجودين فى الأزمنه المتأخره أيضاً يكون معلوماً، لانه لا خصوصيه لوجودهم فى ذلك الزمان، و مع العلم لا يبقى مجال للاستصحاب.

و ثالثاً: ان الاستصحاب انما تصل النوبه إليه لو لم تكن الأدله اللفظيه قائمه على البقاء، و مع وجودها تكون حاكمه على الاستصحاب.

و أنت خير بعد وضوح عدم كون الإيراد الثالث وارداً على الدليل؛ لان كل دليل انما يلاحظ مستقلاً و مع قطع النظر عن الدليل الأخر، و إلا فالإجماع القطعى الذى كان دليلاً لا يبقى مجالاً للاستصحاب، مع عدم كونه دليلاً لفظياً بان اشتراك الموجودين فى زمن الخطاب مع المخاطبين، ان كان من مصاديق قاعده الاشتراك يكون الاستناد إليه أوّل الكلام، و إلا

فلو فرض كونه مسلماً في نفسه و خارجاً عن قاعده الاشتراك، لا يبقى مجال للايرادين الأولين.

مع انه يمكن تقرير الاستصحاب بنحو يكون فيه المستصحب هو الحكم الثابت لذلك الشخص أو تلك الطائفة، فإنه يشك في بقائه مع زواله، و مقتضى الاستصحاب البقاء، و لازمه التعلق بجميع الموجودين في الأزمنة المتأخره؛ إذ لا معنى للبقاء مع عدم التعلق، كما انه لا معنى للبقاء مع التعلق بواحد غير معلوم، و لا يجرى فيه إمكان الترجيح فتدبر.

الثالث ثبوت ارتكاز المشرعه حتى العوام منهم على أن حكم الله في هذه الوقعه واحد و ثابت للجميع،

من دون ان يكون مختصاً بالمخاطب، و هذا الارتكاز لا محاله قد نشأ من مبدأ الوحي و الرساله، و قد انتقل من السلف الى الخلف، و لذا لو سأل أحد مقلديهم من المجتهد و استفثاه في حكم موضوع، استفاد منه المقلد الأخر و تعينت وظيفته ايضاً، من دون حاجه الى استفثاء جديد، و السؤال في الروايات أنما كان على هذا المنوال، فاذا قال الامام (عليه السلام) في جواب زراره الذي سألته عن اصابه المنى ثوبه، و قد نسيه فصلى فيه: أعد صلاتك مثلاً يكون المرتكز في ذهن المشرعه ثبوت هذا الحكم بالنسبه الى جميع من كان منطبقاً عليه مفروض السؤال، و إن كان المخاطب بحسب اللفظ و البيان هو زراره، و هذا لا ينافي اختصاص بعض التكاليف ببعض الطوائف أو بعض الأشخاص؛ فإن المراد من الاشتراك عدم اختصاص التكليف بمن توجه الخطاب اليه، و هذا لا ينافي كون موضوع الحكم الملقى الى المكلف مقيداً ببعض القيود أو متصفاً ببعض الصفات، أو كونه من طائفه خاصه أو كونه من الرجال أو من

النساء؛ لانه ليس المراد من قاعده الاشتراك اشتراك جميع المكلفين، سواء كانوا واجدين لقيود موضوع الحكم أم لم يكونوا واجدين لها، فالاشتراك فى تكليف الحج مرجعه الى ثبوت وجوبه لكل مستطيع، لا وجوبه على الكل، مستطيعاً كان أم لم يكن كما مرّ فى الدليل الأوّل.

الزابع انه قد ثبت فى محله بمقتضى الاخبار و تسلّم الأختيار انه لا يخلو شىء من الوقائع المبتلى بها عن حكم من الأحكام الإلهيه،

فإذا ثبت حكم لأحد مثل زراره فى المثال المتقدم، فاللازم الحكم بثبوتة لغيره ممّن هو مثله فى الجهات الراجعه إلى الحكم؛ إذ مع ثبوتة لغيره لا- بدّ أمّا من الالتزام بخلوّ نفس هذه الواقعة بالنسبه إلى غيره عن الحكم، فينافى، ما دلّت عليه الاخبار و التزم به الأختيار، و أمّا من الالتزام بجعل مثله بالنسبه إلى الغير بجعل مستقل جديد، و المفروض انه لا دليل على هذا الجعل؛ إذ الفرض ان الدليل فى المسأله منحصر بما ورد فى قصه (1) زراره مثلاً- و لا- دليل على جعل آخر بنحو العموم كما لا يخفى، و الظاهر أنه الى هذا الدليل ينظر كلام بعض المحققين فى ما حكى عنه: «و القول بان الكون فى زمان النبى (صلى الله عليه و آله) دخيل فى اتّحاد الصنف الذى هو شرط شمول الخطابات هدم لأساس الشريعه؛ و ذلك من جهه ان الاحكام ان كانت مخصوصه بالحاضرين فى مجلس النبى (صلى الله عليه و آله) المخاطبين أو مطلق الموجودين فى ذلك الزمان انتهى أمر الدين العياذ بالله، و يكون الناس بعد ذلك كالبهائم و المجانين، و هذا أمر باطل بالضروره، لأنه يوجب هدم أساس الدين، فادعاء الضروره على اشتراك الجميع فى التكليف لا بعد فيه، بل

ص: ٢٩٩

١- (١) الوسائل ١٠٦٥: ٢ ب ٤٤ من أبواب النجاسات ح ١.

هو كذلك» .

الخامس دلالة نفس الأدلة اللفظية الواردة في موارد خاصة على العموم،

بحسب المتفاهم العرفي و الظهور العقلاني المعتبر في باب دلالة الألفاظ، فإذا سأل سائل عن حكم رجل شك في الصلاه بين الثلاث و الأربع، لا يسبق إلى أذهان العرف الّا كون مورد السؤال نفس الشك بين الثلاث و الأربع من دون ان يكون للرجوليه خصوصيه في ذلك، و لذا يجرى الجواب لبيان الحكم في النساء أيضاً، و في مثال زواره المتقدم، يكون المتفاهم العرفي من سؤال زواره هو اصابه ثوب المكلف و ملاقاه الدم أو شيء من المنى له، لا اصابه شيء من ذلك ثوب زواره، و إن كان الثوب مضافاً إليه، ففي الحقيقه مقتضى هذا الدليل عموم نفس ذلك الدليل اللفظي، و عدم كون الخصوصيه دخيله بنظر العرف و العقلأ أصلاً.

السادس ما ربما يقال من تنقيح المناط القطعي؛ نظراً الى ان الاحكام التابعه للمفاسد و المصالح

نفس الأمرية لا- تختلف بحسب افراد المكلفين؛ للزوم دفع المضره و جلب المنفعه اللانزم على الكل، و دعوى ان المفروض تبعيتها للوجوه و الاعتبارات و لعلّ للخصوصيه مدخليه، مدفوعه بأن المراد بالوجوه و الاعتبار ما عدا خصوصيات المكلفين من حيث هم كذلك؛ لأنها خصوصيات مختلفه لا تدور مدارها الأمور نفس الأمرية، بل مدارها على المفاهيم العامه، كالمريض و الصحيح، و المسافر و الحاضر، و نحو ذلك من الصفات اللاحقه للمكلفين أو العارضه للافعال، و أمّا مع اتحاد ذلك فخصوص زيد و عمرو لا- دخل له في ذلك، و دعوى انتقاضه بخصائص النبي (صلى الله عليه و آله) مدفوعه بعدم كون الخصائص لشخصه، بل أنّما هو لعنوان كلي،

ص: ٣٠٠

غايه الأمر انحصار ذلك العنوان فى فرد واحد و مصداق فأرد، و يؤيد هذا الدليل طريقه العقلاء؛ فإنهم إذا رأوا رجلاً فعل فعلاً فتضرر به، أو فعل فعلاً فانتفع به، يجتنبون الأول و يرتكبون الثانى، و لا يلتفتون الى احتمال خصوصيه أصلاً.

السابع الزوايات الوارده فى المقام الداله على اشتراك أحكام الله تبارك و تعالى بين الكلّ،

و عدم مدخلية خصوصيه الأشخاص و العوارض المشخصه لهم، ككونه أباً لفلان أو ابناً له، أو لونه كذا أو قبيلته الفلانيه، أو سنّه كذا، أو حرفته كذا أو علمه كذا، و أمثال ذلك و هى كثيره:

منها: ما رواه فى الوسائل (١) عن محمد بن يعقوب الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن بكر بن صالح عن القاسم بن يزيد الزبيدى عن ابى عمرو الزهرى عن ابى عبد الله (عليه السلام) فى حديث طويل فى كتاب الجهاد، فى باب من يجوز له جمع العساكر و الخروج بها الى الجهاد، قال (عليه السلام) فيه بعد كلام طويل فى شرائط من يتصدى لجمع العساكر للجهاد: «لان حكم الله عزّ و جلّ فى الأولين و الآخرين و فرائضه عليهم سواء، ألا من عله أو حادث يكون، و الأولون و الآخرون ايضاً فى منع الحوادث شركاء، و الفرائض عليهم واحده، يسأل الآخرون من أداء الفرائض عما يسأل عنه الأولون، و يحاسبون عما به يحاسبون» (٢).

و منها: النبوى (٣) المشهور: حكمى على الواحد حكمى على الجماعه،

ص: ٣٠١

١-١) الوسائل ١١:٢٧ ب ٩ من أبواب الجهاد ح ١.

٢-٢) الوسائل.

٣-٣) عوالى اللئالى ١:٤٥٦. العدى عشرتُ عليه فى المصادر معنى الحديث ما رواه الترمذى فى كتابه ٤:١٥٣ ب ٤٠ من كتاب؟؟؟
؟، قال رسول (صلى الله عليه و آله) إنّما قولى لمائه امرأه قولى لامرأه واحده.

و ظهوره فى الاشتراك بعد كون المراد بالجماعه هو العموم لا جماعه خاصه انما هو بلحاظ ان الظاهر منه: ان حكمى الذى هو حكم الله على احدكم لأجل كونه مخاطباً أو مورداً، لا يختص بذلك المخاطب أو ذلك المورد، بل يعم الجميع، فدلالته على الاشتراك ظاهره.

و منها قوله (١) (عليه السلام) فى الخبر المشهور: حلال محمد (صلى الله عليه و آله) حلال الى يوم القيامة و حرام محمد (صلى الله عليه و آله) حرام الى يوم القيامة، و تقريب دلالته بعد وضوح ان المراد هو حلال الله و حرامه و نسبتة النبى (صلى الله عليه و آله) انما هى بلحاظ كونه واسطه فى الوحي و مبلغاً لأحكام الله تعالى، و بعد وضوح ان المراد ليس خصوص الحلال و الحرام من بين الاحكام بل المقصود جميع الأحكام الإلهيه و القوانين السماويه ان بقاء الاحكام الى يوم القيامة مرجعه الى عدم الاختصاص بزمان و لا بشخص أو طائفه؛ ضروره انه إذا كانت جميع الأزمنه متساويه من حيث الحكم، فلا محاله يشترك جميع المكلفين فيه، و معناه تساوى الأولين و الآخريين فى ذلك، فاذا كان هذا التساوى ثابتاً، فالتساوى فى زمن صدور الحكم بين المخاطب و غيره يكون بطريق اولى، بل يستفاد من الروايه مفروغيته.

و منها: قوله (٢) ص:- فليبلغ الشاهد الغائب، فإن إيجاب تبليغ الشاهد الغائب لا يكون له وجه إلا اشتراكهما فى ثبوت الحكم و تحقق

ص: ٣٠٢

١-١) الكافى ١٧٢ ح ٢. و فى البحار ١٤٨: ٨٩ طبع قديم و أصول كافى ٥٨: ١.

٢-٢) البحار ١٥٠: ٢٢ و ٤٧٨ ح ١٤٢ ح ٢٦

التكليف؛ لأنه لا مجال له مع عدم الاشتراك، وإطلاق الغائب ينفي خصوص جماعه من الغائبين، بل يشمل الغائب المعدوم في زمن الخطاب الموجود بعده أيضاً.

و منها: قوله (صلى الله عليه وآله) اوصى الشاهد من أمتي و الغائب منهم و من فى أصلاب الرجال و أرحام النساء الى يوم القيامة، ان يصلوا الرّحم، و من الواضح انه لا- خصوصيه لصله الرحم من بين الاحكام، و دعوى ان التصريح بالاشتراك فى خصوص صله الرحم لعله كان لأجل خصوصيه فيه دون غيره، مدفوعه بوضوح خلافها.

و منها: غير ذلك من الروايات التى يستفاد منها الاشتراك، كالروايات الواردة فى إرجاع الناس الى جماعه من الرواه و نقله الحديث، كزراره و زكريا بن آدم و يونس بن عبد الرحمن و أمثالهم؛ فان هذا الإرجاع لا يكاد يصحّ الا مع كون الحكم الذى تعلمه الراوى من الامام (عليه السلام) و أخذه منه مشتركاً بين العموم، و إلا فلو كان الحكم فى مثال زواره (١) المتقدم منحصراً به باعتبار كونه المخاطب بالإعاده مثلاً- لما كان وجه لإرجاع الناس اليه، و دعوى كون الإرجاع محدوداً بالأحكام الخاليه عن الخطاب، المتعلقة بالعناوين العامه، مدفوعه بوضوح عدم محدوديه دائره الإرجاع؛ ضروره انه إذا رجع مكلف إلى زواره فى المثال المتقدم لما كان زواره آيياً عن جوابه، نظراً الى كونه المخاطب، كما لا يخفى.

الثامن ما جعله المحقق البجنوردى (قده) وجهاً وجيهاً،

(٢)

و ما هو

ص: ٣٠٣

١- (١) الوسائل ١٠٦٥: ٢ ب ٤٤ من أبواب النجاسات ح ١.

٢- (٢) القواعد الفقهيّه ٢: ٤٨.

التحقيق عنده، و ملخصه: ان جعل الاحكام من الأزل على الموضوعات المقدره الوجود على نحو القضايا الحقيقيه، و ليس من قبيل القضايا الخارجيه، حتى تكون تسريته الى غير الحاضرين في مجلس الخطاب أو غير الموجودين في ذلك الزمان بدليل الاشتراك، بل شموله للحاضرين و الغائبين و المعدومين على نسق واحد، كما هو الشأن في جميع القضايا الحقيقيه الكليه، سواء كان إخباراً أو إنشاء فقول (1) الله تعالى (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا) ، في قوه ان يقال بصوره الجمله الخبريه: كل إنسان مستطيع يجب عليه الحج، يشمل الموجودين و المعدومين في عرض واحد، و بعبارة اخرى: بما ان الله تعالى عالم في الأزل بوجود المصلحه الملزمه في الفعل الفلاني، الصادر من شخص متصف بكذا و كذا، هذا العلم عله لجعل الوجوب متعلقاً به، فلا محاله يحصل الجعل، يصير الفعل واجباً على كل شخص يكون مصداقاً لذلك العنوان مع القيود المأخوذه فيه، و نسبه الحكم الى جميع المصاديق في عرض واحد، و لو كان بين افراد ذلك الموضوع تقدم و تأخر بحسب الوجود، الى ان قال: فلا يبقى محل و مجال لدليل الاشتراك، و في الحقيقيه هذا الوجه يوجب هدم هذه القاعده، و لا يبقى معه احتياج إليها.

أقول: قد مرّت الإشارة الى ان مورد قاعده الاشتراك ما إذا لم يكن بيان الحكم بصوره القضية الحقيقيه، أو بما يرجع إليها مثل، قوله تعالى لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ؛ فان كان مراده ان بيان جميع الاحكام انما يكون بهذه الصوره حتى مثل قوله (عليه السلام) : أعد، مخاطباً

ص: ٣٠٤

زراره فى المبال الملمقم، بلل اللكون مرلله الى ان اللكم فى ملله انما يكون بنحو كللى و بهله الصوره، فىءفه وضوح الللافه، بل اننا نرى اللللاف بلن الرجال و النساء فى كليل من الللكام، و هلا لا ىنافى ما ملقم منا من إلاء الللصولىه فى ملله، فللمبر، و إن كان مراده انه لا- ملال للليل الللشراك فىما إذا كان بلان اللكم بصوره الللصولىه الللقلقه، فهلا لا ىنافى اللول القاعله فى للر هله الصوره، كما فى ملال زراره الملمقم.

الناسع مفهوم ما دلّ على الاختصاص فى بعض المقامات،

كقله تعالى (١) **وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ** ، و النصول فى ان الرجل فىل كذا، و المرأه فىل كذا؛ فإنها داله على ان للر ما نصّ فىه على الللصول شامل للعموم.

فانللم من للملع ما ذكرنا فى هلا الملام اللول الململم بل الملململ للقاعله الللشراك، و انه لا ملال لللللم فىها من للل الملمرك بوجه.

المقام الثانى- فى مفاد قاعده الللشراك

و المرام منها، و قم مرّ الللشاره إلىه مراراً، و لمزىء الللوضىل نقول: ان مللّ الللستفاهه من القاعله ما إذا اللول للكم الى الللشصول أو طائفه بلل كان الململم بلان اللكم و اللول هو ذلك الللشصول أو الطائفه، و لا ىللم لللل الللشصول بلللم اللللاله اللللفظىه للرهما، فلليل الللشراك للول الللعمىم و إللبل اللكم لكل من كان مصءاقاً لما اللل موضوعاً لللك اللكم، ىلنى: كان مللم الصلف مع ذلك الللشصول أو تلك الطائفه، كما فى ملال زراره الللى مرّ الللشاره إلىه مراراً، و أمّا لو كان اللكم مللناً بصوره الللصولىه الللقلقه أو بما للرل إلىها،

ص: ٣٠٥

فلا مجال لقاعده الاشتراك؛ لشمول الدليل بحسب الدلاله اللفظيه للمعدومين، كما يشمل الموجودين فقوله (١) تعالى وَ لِلّٰهِ عَلٰى
النَّاسِ حِجَابٌ مِّنْ اَشْيَاطٍ اِلَيْهِ سَبِيْلًا، كما يدل على وجوب الحج على المستطيع الموجود فى زمان نزول الآيه و صدور
الحكم يدل ايضاً على وجوبه على المستطيع الذى يوجد بعداً، و الدلاله عليه فى عرض الدلاله على الأول، و فى مثله لا حاجه الى
قاعده الاشتراك أصلاً.

المقام الثالث- فى موارد تطبيق هذه القاعده،

و قد ذكرنا ان موارد تطبيقها كثيره جداً، و إن هذه القاعده مورد للحاجه فى جميع أبواب الفقه، من أول كتاب الطهاره إلى آخر
كتاب الديات، فإنه ما من مسأله إلا و قد وردت فيها روايه أو روايات يكون موردها أو المخاطب فيها شخصاً أو طائفه، و تحتاج
تسريه الحكم إلى قاعده الاشتراك، مثل صحيحه زراره الوارده فى باب الاستصحاب المستدل بها على حجه الاستصحاب؛ فان
موردها و المخاطب فيها زراره، و قد وقع فيها التعبير بقوله (٢)(عليه السلام) : لأنك كنت على يقين من طهارتك و لا ينبغي ان
تنقض اليقين بالشك، و ترى مثله فى أكثر أبواب الفقه، و لا يبعد ان يقال بابتناء الفقه على هذه القاعده، لأن بيان الحكم بصوره
القضيه الحقيقيه أو بما يرجع إليها لا- يبلغ من الكثره مقدار موارد قاعده الاشتراك، كما يظهر بمراجعته الكتب الفقهيه
الاستدلاليه، و الأحاديث الوارده فى المسائل الفقهيه، فراجع.

المقام الرابع- فى بيان الموارد التى قيل بانخرا م القاعده فيها،

و هى

ص: ٣٠٦

١- ١) سورة آل عمران الآيه ٩٧.

٢- ٢) الوسائل ١٠٦٥: ٢ ب ٤٤ من أبواب النجاسات ح ١.

منها: مسأله الظهر و البطن فى الوضوء للرجل و المرأة، فإنه يستحب على الرجل صب الماء ابتداء على ظهر اليد، و على المرأة صبه كذلك على بطنها، و قد ورد فيه روايه (1) محمد بن إسماعيل بن بزيع عن ابى الحسن الرضا (عليه السلام) قال: فرض الله على النساء فى الوضوء للصلاه ان يبدأن بباطن أذرعهنّ، و فى الرجال بظاهر الذراع.

و منها مسأله الستر الواجب شرطاً فى الصلاه، فإنه يجب على الرجل ستر العورتين فقط، و على المرأة ستر تمام البدن، ما عدا الوجه و الكفين و القدمين، و قد وردت فيه روايات متعدده يستفاد منها التفصيل بهذه الكيفيه، و هكذا الستر الواجب نفسياً، و إن كان بعض المستثنيات للمرأة محلّ مناقشه و إشكال.

و منها مسأله الجهر و الإخفات، فإنه يتعين على الرجل الجهر فى الصلوات الجهرية، و على المرأة الإخفات فيها، و لا أقل من عدم تعين الجهر عليها.

و منها مسأله لبس الذهب و الحرير، فإنه لا يجوز للرجال مطلقاً لا فى حال الصلاه و لا فى غيرها، بخلاف النساء، فإنه يجوز لبسهن لهما مطلقاً.

و منها: غير ذلك من الموارد الكثيره، مثل كيفيات قيامها و قعودها فى الصلاه، و جواز لبس المخيط فى الإحرام، و عدم وجوب الجهاد ابتداء عليها، و قبول توبتها إذا كانت مرتده عن فطره، و عدم الجز و التغريب

عليها فى باب الزنا، و عدم جواز إمامتها للرجال، و عدم رجحان خروجها الى المسجد، و عدم وجوب الجمعه عليها، و تحريم لبس ما يستر ظهر القدم و التظليل فى الإحرام للرجل دون المرأة، و أفاضتها من المشعر قبل الفجر، و غير ذلك من الموارد.

هذا و الظاهر ان خروج هذا المورد عن قاعده الاشتراك ليس بنحو التخصيص حتى يوجب انخرام القاعده، بل بنحو التخصيص الذى مرجعه الى عدم كونه داخلاً فى القاعده من الأول؛ ضروره ان موردها كما عرفت مراراً ما إذا ورد حكم فى مورد أو خطاب الى شخص أو طائفه، و لم يقد دليل على الاختصاص و لا على عدمه، و كان غير ذلك المورد أو غير ذلك الشخص أو الطائفه متّحداً معه فى الجهات و الخصوصيات، فمقتضى قاعده الاشتراك هو العموم و الشمول، و أما لو كان الدليل بنفسه دالاً على الاختصاص، فلا مجال لقاعده الاشتراك، فاذا دل الدليل على الفرق بين الرجل و المرأة فى الجهر و الإخفات و فى الستر الواجب نفساً أو شرطاً، و كذا فى باب الوضوء و حدّ الزنا و مثلها، فلا يكون مثله مورداً للقاعده حتى يكون خارجاً عنها، أ فهل يمكن ان يقال: إن المسافر و الحاضر خارجان عن القاعده تخصيصاً؟ أو المستطيع و غير المستطيع فى باب الحج أو العناوين التسعه المرفوعه فى حديث الرفع (1) فهل رفع الحرمة عن شرب الخمر الواقع اكرهاً قد خرج عن القاعده كذلك؟ من الواضح خلافه؛ فان قيام الدليل على اختصاص حكم بعنوان يوجب خروجه عن مجرى القاعده تخصّياً، فالظاهر عدم انخرام القاعده فى شىء من الموارد.

ص: ٣٠٨

قال صاحب (١) العناوين: «ان فقهاءنا قد يمنعون اجراء حكم صدر في واقعه في غيرها و يقولون: إنه قضيه في واقعه، و تحقيق القول فيه: ان القضايا الواقعه في مقامات خاصه، ان كانت عناوينها معلومه من لفظ المعصوم أو السائل الذي أجيب فهي متبعه يطرد الحكم في مقاماتها كفاه؛ لما مرّ من القاعده يعنى قاعده الاشتراك إلما إذا عارض ذلك دليل أقوى منه، فيؤوّل بأحد التأويلات، و منها: احتمال الخصوصيه في ذلك و إن كان خلاف الظاهر، و أمّا بدونه فلا وجه لردّه، بأنه قضيه في واقعه، نعم لو نقله ناقل شاهد الواقعه، كما في قضايا أمير المؤمنين (عليه السلام) فهناك محلّ للبحث: فيحتمل ان يقال؛ انه يعمّ الجميع: اتباعاً للفظ الناقل و عنوانه الذي عبّر به، لأصالة عدم مدخله شيء آخر في ذلك، و يحتمل القول بالمنع، لان الناقل لا يتمكن غالباً من الالتفات الى كلّ ما له مدخل في ذلك، الحكم فيتحيل عدم مدخله شيء سوى ما ذكره، و الذي أراه الوجه الأوّل، ما لم يعارضه معارض أقوى؛ لأنّ الثقة لا يعلق الحكم في موضوع الآ مع فهمه كونه المناط في ذلك، و لا يجوز له التعبير بالأعم إذا احتمل إرادته الخصوصيه، فينحلّ في الحقيقه الى الاخبار بنوع الواقعه و حكمها، و خبر الثقة حجه في ذلك، فلعلّ قولهم: انه قضيه في واقعه، أنّما هو مع قوه المعارض، كما يشهد به تتبع كتب الفاضل العلّامه (أعلى الله مقامه) و شيخنا الشهيد (قدّس سرّه السيّد) و إلا فقد تراهم يتمسكون بالوقائع الخاصه لعموم الحكم في الحدود و التعزيرات كثيراً، و في غيرها كذلك و احتمال فهمهم من ذلك عدم الخصوصيه بعيد جداً. و محضله ان حمل الحكم على كونه في

واقعه خاصه أو على ان القضية شخصيه، أنما هو في صوره وجود المعارض الأقوى، و من الواضح ان هذه الصوره خارجه عن مجرى قاعده الاشتراك، كما عرفت.

هذا تمام الكلام في قاعده الاشتراك.

ص: ٣١٠

و هذه القاعده أيضاً من القواعد المعروفة المشهوره، و البحث فيها يستدعى التكلم في مقامات:

المقام الأول – في مستند هذا الاشتراك

الذى يرجع الى عدم شرطيه الايمان المقابل للكفر فى باب التكاليف و الأحكام، و هو أمور:

الأول ثبوت الشهره و تحققها من فقهاءنا قديماً و حديثاً على وفقه،

بل يظهر من عباره كثير من الأصحاب دعوى الإجماع عليه؛ فإنهم يعبرون عنه بلفظ عندنا و عند علمائنا و نحو ذلك، بل ربما يقال: إنه من ضروريات مذهب الإماميه، و الظاهر ان المراد كونه من ضروريات فقههم لا ضروريات مذهبهم، و لكن الظاهر انه لا حجيّه لهذا الإجماع؛ لأنه مضافاً الى وجود المخالف فى المسأله كالمحدث (١) الكاشانى

و الأمين (١) الأسترآبادى و صاحب الحدائق، على ما حكى عنهم، و إلى ان الإجماع المنقول لا حجيه فيه كما بين فى محله لا يكون هذا الإجماع كاشفا، لاحتمال كون مستند المجمعين بعض الوجوه الآتية، فلا يكون للإجماع أصاله و كاشفيه بوجه.

الثانى إطلاق أدله التكليف

و عدم تقييد العناوين المأخوذه فيها بقيد الايمان غالباً، كما فى مثل (٢) قوله تعالى وَ لِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلًا ، و قوله تعالى «يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا» ، و غيرهما مما هو شامل للكافر ايضاً، و أمّا ما وقع فيه عنوان المؤمن كقوله (٣) تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ و قوله (٤) تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ، و غيرهما من الآيات التى وقع فيها بيان التكليف بصوره الخطاب للمؤمنين، فالظاهر انه لا دلالة فيه على الاختصاص، بل توجيه الخطاب إلى المؤمنين انما هو لأجل كونهم متصدين لإطاعه التكليف، الإتيان بالوظائف، و إلا- فربما وقع هذا النحو من التعبير فى باب الأصول الاعتقاديه، مع انه لا شبهه فى اشتراك الكفار مع المؤمنين فى هذه المسائل؛ ضروره ان الكافر يجب عليه ان يرفع اليد عن الكفر و يؤمن بما آمن به المؤمن، كقوله تعالى (٥) يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا آمِنُوا بِاللّٰهِ فَيَسْتَفَادَ مِنْهُ ان تخصيص الخطاب بالمؤمنين ليس لأجل اختصاص الحكم بهم.

ص: ٣١٢

- ١-١) الحدائق الناضره ٣:٣٩ و ٤٠
- ٢-٢) سورة آل عمران الآية: ٩٨.
- ٣-٣) سورة البقره: ١٨٣.
- ٤-٤) سورة المائده الآية ٦.
- ٥-٥) سورة النساء: ٣٦.

و عدم تقييد العناوين المأخوذة فيها بـقيد الايمان غالباً، كما فى مثل ٢ قوله تعالى وَ لِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلًا، و قوله تعالى «يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا»، و غيرهما مما هو شامل للكافر ايضاً، و أمّا ما وقع فيه عنوان المؤمن كقوله ٣ تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ و قوله ٤ تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ، و غيرهما من الآيات التى وقع فيها بيان التكليف بصوره الخطاب للمؤمنين، فالظاهر انه لا دلالة فيه على الاختصاص، بل توجيه الخطاب إلى المؤمنين انما هو لأجل كونهم متصددين لإطاعه التكليف، الإتيان بالوظائف، و إلا- فربما وقع هذا النحو من التعبير فى باب الأصول الاعتقادية، مع انه لا شبهه فى اشتراك الكفار مع المؤمنين فى هذه المسائل؛ ضروره ان الكافر يجب عليه ان يرفع اليد عن الكفر و يؤمن بما آمن به المؤمن، كقوله تعالى ٥ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا آمِنُوا بِاللَّهِ فَيَسْتَفَادَ مِنْهُ ان تخصيص الخطاب بالمؤمنين ليس لأجل اختصاص الحكم بهم.

نعم قد يقع بيان الحكم بصوره الخطاب الى شخص خاص أو طائفة خاصه كزراره مثلاً- و فى مثله تجرى قاعده الاشتراك المتقدمه، و مقتضاها عدم الفرق بين المؤمن و الكافر ايضاً، كما لا يخفى.

الثالث ما ربما يقال من انه لا ريب فى كون الكفار مكلفين بالايمان،

و قد ورد فى بعض الاخبار ان الايمان ليس مجرد الاعتقاد بالعقائد الحقه، بل هو مع العمل بالأركان و إطاعه الوظائف و الأحكام.

و أورد عليه بان الايمان ليس هو المواظبه على جميع الاحكام قطعاً، و الترجيح لبعض الاحكام لا وجه له، و لا ريب ان فاعل المحرّمات و تارك الواجبات مع اعتقاده العقائد الحقه يسمّى مؤمناً مسلماً، فما فى الروايه المتقدمه يكون تعريفاً للايمان الكامل، كقوله تعالى إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ إِذَا ذُكِرَ اللَّهُ وَجِلَتْ قُلُوبُهُمْ (١).

الزابع بعض الآيات الظاهره فى أنهم مكلفون بالفروع

كقوله تعالى حكاية عنهم بعد السؤال عنهم عن انه ما سَلَكَكُمْ فى سَبَقَر: «قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ وَ لَمْ نَكُ نَطْعِمُ الْمَسْكِينِ وَ كُنَّا نَحُوضُ مَعَ الْخَائِضِينَ وَ كُنَّا نَكْذِبُ بِيَوْمِ الدِّينِ» (٢)، و قوله تعالى فَلَا صَدَقَ وَ لَا صَلَّى (٣). و قوله تعالى

ص:

١- ١) سورة الأنفال الآية ٢.

٢- ٢) سورة المدثر، آيات ٤٣-٤٦.

٣- ٣) سورة القيامة، لآيه ٣١.

وَوَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ (١).

وَأورد عليه بان قوله لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ ، لا- دلالة على كونهم مكلفين بالصلاة في حال الكفر، بل لعل المراد انه لو آمنّا وصرنا مكلفين بالصلاة و صلينا لنجونا، و لكن لم نك من المصلين، لعدم كوننا من المسلمين، و كذا قوله تعالى فلا صدق و لا صلى لا- يدل على التكليف بالصلاة في حال عدم التصديق، بل مثل هذه العبارة يقال كثيراً في الأمرين المترتبان أو الأمور المترتبة؛ فإنه إذا قيل لزيد: أضف عمراً، و إذا أضفته فأعطه درهماً، فان وجوب الإعطاء مشروط بالضيافة، بحيث لو لم تكن الضيافة لا يجب الإعطاء، فإذا ترك زيد كليهما يقال: لا أضاف و لا اعطى، و لا يلزم وجوب كل منهما وجوباً مطلقاً.

هذا و الظاهر كون هذا الإيراد مخالفاً لظاهر الآية؛ فإن ذكر ترك الصلاة أولاً بعنوان العلة الموجهة للسلوك في سقر لا يلائم عدم التكليف بها في حال الكفر، و بعبارة أخرى: إذا لم يكن الكافر مكلفاً بالصلاة أصلاً، فلا- وجه لان يقال: إن بان ترك الصلاة صار موجباً لوقوعه في سقر في رديف الخوض مع الخائضين و التكذيب بيوم الدين الذى هو عبارة أخرى عن الكفر، فالظاهر تمامية الاستدلال بالآية، و كذا بالآيتين بعدها، نعم أجاب صاحب الحدائق عن الآية الأولى بأن المراد من قوله تعالى لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ (٢) انه لم نك من اتباع الأئمة، كما فى تفسير على بن إبراهيم، فيكون المصلى بمعنى الذى يلى السابق، و يدفعه وضوح كونه خلاف ظاهر

ص: ٣١٤

١- ١) سورة فصلت، الآيتان ٦ و ٧.

٢- ٢) الحدائق الناضرة ٣: ٤٣

الآية، خصوصاً مع ملاحظه قوله: « وَ لَمْ نَكُ نُطْعِمُ الْمَسْكِينِ وَ لَعَلَّ الرّوايه ناظره إلى كونه من بطون القرآن.

الخامس ما ربما يقال من انه لو لا تكليف الكفار بالفروع، يلزم ان يكون الكافر القاتل للنبي (صلى الله عليه وآله) و المعين له من الكفار متساويين في العقاب؛

لفرض عدم التكليف، مع ان ضروره العقل قاضيه بخلافه، و ليس ذلك ألّا من جهه كونه معاقباً على الفروع و مكلفاً بها كالأصول.

و ربما يجاب بان عدم تساويهما لا يستلزم كونهما مكلفين بفروع شرع الإسلام، لأنه يمكن ان تكون العله هي قبح القتل في شرع الكفر ايضاً.

و ردّ هذا الجواب بان ثبوت الإسلام ناسخ للشرائع السابقيه، فلا دين غيره حتى يكون التفاوت لأجل مخالفه ذلك الدين دون الإسلام، فلا ينافي عدم كونه مكلفاً في شرعنا الذي هو محلّ الخلاف في هذا المقام.

و قال صاحب العناوين (1): «يمكن ان يقال: ان نزاع التكليف بالفروع أنّما هو في الفروع الثابته بالشرع ابتداءً، و أمّا ما يستقل به العقل كالظلم و القتل و نحو ذلك، فلا بحث في كون الكافر مؤاخذاً به و معاقباً عليه، و المثال انما هو من الثاني دون الأول، أو يقال: ان نسخ الإسلام للشرائع السابقيه فيما استقل به العقل ممنوع، بل هو باق على حكم الشرائع السابقيه، فيكون العقاب لقبه في شرعهم كشرعنا، و مجرّد فرض كون العقاب أنّما هو لمخالفه هذا الشرع دون السابق انما ينفع في إثبات كون شرعنا مطاعاً من حيث هو كذلك، فما وافق الشرع السابق ايضاً يؤخذ من حيث كونه من شرعنا، لا من حيث كونه من الشرع السابق، و لا من حيث الاجتماع، و لا ينفع في

ص: ٣١٥

مقامنا هذا؛ إذ الدليل قضى بالتفاوت بين القاتل و المعين، و أمّا ان ذلك لجهه شرعنا أم لا، فلا يقضى به ذلك» .

أقول: عطف القتل على الظلم فيما استقل العقل بقبحه ممنوع؛ لان القتل ربما ينطبق عليه بعض العناوين المحسّنه بل المشتمله على المصلحه الملزمه، فيستدعى وجوبه، و لا أقلّ مشروعيته و جوازه، كالقتل الواقع قصاصاً، و القتل الواقع حدّاً، و ليس شيء مما يستقلّ به العقل خارجاً عن حكمه باعتبار عروض بعض العناوين، فالظلم بعنوانه قبيح مطلقاً، و القتل القبيح أنّما هو الذى انطبق عليه عنوان الظلم، و لا مجال لعطف القتل على الظلم فى الحكم بالقبح مطلقاً.

و على ما ذكرنا فيمكن ان لا- يكون هناك تكليف منجز و لا- عقوبه على قتل الكافر النبى (صلى الله عليه و آله) فيما إذا كان اعتقاده كذبه، و انه مخالف لما هو دين الله، و انه يجب ان يقتل خوفاً من الإضلال، كما هو الغالب فى وجه هذا النحو من القتل، و هذا بخلاف الظلم الذى لا ينفك عن استحقاق العقوبه بوجه، فتدبر.

السادس بعض الروايات التى يستفاد منها ذلك،

كروايه سليمان بن خالد قال: قلت: لأبى عبد الله (عليه السلام): أخبرنى عن الفرائض التى افترض الله على العباد ما هى (1)؟ فقال: شهاده ان لا- إله إلا الله و إن محمّداً رسول الله و أقام، الصّيلوات الخمس، و إيتاء الزكاه، و حج البيت، و صيام شهر رمضان، و الولايه، فمن أقامهنّ و سدّد و قارب و اجتنب كل مسكر، دخل الجنّه؛ فإن مورد السؤال ما افترض الله على عموم العباد؛ لان الجمع

ص: ٣١٦

المحلّي يفيد العموم، و ظاهر الجواب في نفسه ايضاً ذلك؛ لانه جعل الواجبات الفرعيه عطفاً على الشهادتين اللتين تجبان على جميع العباد بلا اشكال، و الاقتصار في الجواب على الأمور الخمسه بلحاظ أهميتها و علوّ شأنها كما يظهر من الروايه (١) المعروفه الداله على ان الإسلام بنى على الخمس، و ليس ذلك لأجل اختصاص العموميه بهذه الخمسه، و يؤيده ذيل الروايه الظاهر في توقف دخول الجنه على اجتناب المسكر و مثله ايضاً، كما لا يخفى.

و صحيحه (٢) البزنطى قال: ذكرت لأبى الحسن الرضا (عليه السلام) الخراج و ما سار به أهل بيته، فقال: العشر و نصف العشر على من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده و أخذ منه العشر في ما عمر منها، و ما لم يعمر منها أخذته الوالى فقبله ممن يعمره، و كان للمسلمين، و ليس في ما كان أقل من خمسه أوساق شىء، و ما أخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول الله بخيبر، قبل أرضها و نخلها، و الناس يقولون: لا تصلح قبالة الأرض و النخل إذا كان البياض أكثر من السواد، و قد قبل رسول الله (صلى الله عليه و آله) خيبر و عليهم في حصصهم العشر و نصف العشر (٣).

و الاستدلال بها مبنى على كون المراد من العشر و نصف العشر هو الزكاه التى مقدارها كذلك، و لكن الظاهر خصوصاً بملاحظه قوله (عليه السلام): يقبله بالذى يرى، و بملاحظه قوله: و الناس يقولون لا تصلح قبالة الأرض، هو

ص: ٣١٧

-
- ١-١) الوسائل ١:٧ ب ١ من كتاب الطهاره ح ٢.
 - ٢-٢) الوسائل ١٢٠:١١ ب ٧٢ من أبواب جهاد العدو ح ٢.
 - ٣-٣) الوسائل أبواب جهاد العدو، الباب الثانى و السبعون، حديث ٢.

ان العشر و نصف العشر جزء من قبالة الأرض المجعوله من قبل الامام لا من باب الزكاه.

السابع قاعده الجبّ

المستفاده من قوله (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#): الإسلام يجبّ ما قبله، و تقريب دلالتها على الاشتراك فى المقام انه على تقدير اختصاص الأحكام الفرعيه بالمؤمنين، يلزم اختصاص مورد قاعده الجبّ و مفادها بخصوص الكفر و الشرك المحقق قبل الإسلام، بحيث يكون مفاد القاعده: ان الإسلام يجبّ ما قبله من الشرك و الكفر و يجعلهما كالعدم، مع ان شأن ورودها كما تقدم فى البحث فيها هو بعض الأحكام الفرعيه، مثل القتل و شبهه، مع ان الفقهاء (رض) يستدلون بها على جبّ مثل ترك الصلاه و الصوم و الزكاه و أشباههما، فهذه القاعده أيضاً دليل على الاشتراك فى المقام.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا تماميه أكثر أدله المشهور القائلين بالاشتراك، و أمّا المنكرون له فقد استدلوا بوجوه تعرض فى الحدائق لخمسه منها:

منها: عدم الدليل على الاشتراك، و هو دليل العدم.

و يدفعه وجود أدله المشهور التى عرفت تماميه أكثرها.

و منها: الروايات الظاهره فى توقف التكليف على الإقرار و التصديق بالشهادتين، كصحيحه [\(٢\)](#) زراره قال: قلت: لأبى جعفر (عليه السلام)

ص: ٣١٨

١-١) عوالى اللئالى ٢:٥٤ الجامع الصغير للسيوطى ١:١٢٣ مسند ابن حنبل ٤:١٩٩ و ٢٠٤ و ٢٠٥.

٢-٢) الكافى ١:١٨٠.

أخبرني عن معرفه الإمام منكم واجبه على جميع الخلق؟ فقال: ان الله عزّ وجلّ بعث محمّداً (صلى الله عليه وآله) الى الناس أجمعين رسولاً و حجه لله على جميع خلقه في أرضه، فمن آمن بالله و بمحمد (صلى الله عليه وآله) رسول الله و اتبعه و صدّقه، فإن معرفه الإمام منا واجبه عليه، و من لم يؤمن بالله و برسوله و لم يتبعه و لم يصدقه و يعرف حقّهما، فكيف يجب عليه معرفه الإمام و هو، لا يؤمن بالله و رسوله و يعرف حقّهما الحديث (١).

قال في الوافي (٢) بعد نقل هذه الروايه: و في هذا الحديث دلالة على ان الكفار ليسوا مكلفين بشرائع الإسلام كما هو الحقّ، خلافاً لما اشتهر بين متأخري أصحابنا. و الظاهر ان وجه الدلالة انه إذا لم تجب معرفه الامام على الكافر بالله و رسوله، فعدم وجوب سائر التكاليف و عدم ثبوتها يكون بطريق اولي، خصوصاً مع ملاحظه أن الوصول و الاطلاع على سائر الأحكام يكون نوعاً من طريق الامام (عليه السلام).

و ما رواه علي بن إبراهيم القمي في تفسيره المعروف (٣)، في تفسير قوله تعالى وَ وَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ (٤) عن أبان بن تغلب قال: قال لي أبو عبد الله (عليه السلام) يا أبان أ ترى أنّ الله (عزّ و جلّ) طلب من المشركين زكاه أموالهم، و هم يشركون به حيث يقول وَ وَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَ هُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ؟ قلت له

ص: ٣١٩

١- ١) أصول الكافي باب معرفه الإمام، حديث ٣.

٢- ٢) الوافي ٨٢: ٢.

٣- ٣) تفسير القمي ٢٦٢: ٢.

٤- ٤) سورة فضلت الآية: ٧.

كيف ذاك جعلت فداك؟ فسّره لى. فقال: ويل للمشركين الذين أشركوا بالإمام الأول و هم بالأئمة الآخرين كافرون، يا أبان إنّما دعا الله العباد الى الايمان به، فاذا آمنوا بالله و برسوله افترض عليهم الفرائض.

و ما رواه فى الاحتجاج (1) فى احتجاج أمير المؤمنين (عليه السلام) على زنديق من قوله (عليه السلام): و أمّا قوله إنّما أعظكم بواحدٍ فإن الله (عزّ و جلّ) نزل عزائم الشرائع و آيات الفرائض فى أوقات مختلفه، كما خلّق السّماواتِ و الأَرْضَ فى سِتَّةِ أَيّامٍ، و لو شاء لخلقها فى أقل من لمح البصر، و لكنه جعل الأناه و المداراه أمثالا لأمنائه، و إيجاباً للحجّه على خلقه، فكان أول ما قيدهم به الإقرار بالوحدانيه و الرّبوبيه و الشهاده بان لا إله إلّا الله، فلمّا أقرّوا بذلك تلاه بالإقرار لنبىّه بالنبوه و الشهاده له بالرّساله، فلما انقادوا لذلك فرض عليهم الصلاه ثم الصوم ثم الحج ثم الجهاد ثم الزكاه ثم الصدقات و ما يجرى مجراها من مال الفىء.

أقول: الظاهر ان الرّوايه الأخيره لا دلالة لها على مرام القائل بالاختصاص، و إن كان فيها اشعار بذلك؛ فان ظاهرها بيان كون نزول الاحكام انما هو بنحو التدرىج، و الكلام أنّما هو بعد التّزول، و لو قيل بثبوت الدلاله، لكان اللازم الالتزام بالترتيب فى مسأله الوحدانيه و الرّساله، مع انه لا ترتيب بينهما من حيث الوجوب، و كذا الالتزام بالترتيب فى الأحكام الفرعيه بين الصلاه و الصوم و بين الصوم و الحج إلخ، مع انه لم يقل به أحد.

و أمّا الرّويتان الأوليان فقد أجاب عنهما الشيخ الأعظم الأنصارى

ص: ٣٢٠

(قده) فى كتاب طهارته (١) فى مسأله وجوب الغسل من الجنابه و غيرها من الاحداث على الكافر بأقسامه عند حصول سببه بما لفظه: «أنا لا- نقول بكون الكفار مخاطبين بالفروع تفصيلاً، كيف و هم جاهلون بها غافلون عنها؟ و كيف يعقل خطاب منكرى الصانع و الأنبياء؟ و على تقدير الالتفات فيستهجن، بل يقبح خطاب من أنكر الرسول بالايان بخليفته و المعرفه بحقه و أخذ الاحكام منه، بل المراد ان المنكر للرسول مثلاً- مخاطب بالايان به و الايتمار بأوامره و الانتهاء بنواهيته، فان آمن و حصل ذلك كله، كان مطيعاً، و إن لم يؤمن ففعل المحرّمات و ترك الواجبات عوقب عليها كما يعاقب على ترك الايمان، لمخاطبته بها إجمالاً، و إن لم يخاطب تفصيلاً بفعل الصلاه و ترك الزنا لغفلته عنها، نظير ذلك ما إذا أمر الملك أهل بلد نصب لهم حاكماً بالإذعان لولايته من قبل الملك، و الانقياد له فى أوامره و نواهيته المسطوره فى طومار بيده، فلم تدعن تلك الرعيه لذلك الحاكم، و لم يلتفتوا الى ذلك الطومار و لم يطلعوا عليه أصلاً، فاتفق وقوعهم من أجل ذلك فى مخالفه كثير من النواهي و ترك الأوامر الموجوده فيه، فإنه لا يقبح عقابهم على كل واحد واحد من تلك المخالفات؛ لكفايه الخطاب الإجمالى مع تمكن المخاطب من المعرفه التفصيليه» .

أقول: تاره تلحظ الروايتان مع قطع النظر عن التعليل الوارد فيهما، و أخرى مع ملاحظته، ففي الأوّل لا- مجال للمناقشه فيهما، لظهورهما فى ان التكليف بمثل الصلاه و الصيام يختص بالمؤمن الذى آمن بالله و برسوله، و القياس بالمورد المذكور فى كلام الشيخ حيثئذ يكون مع الفارق؛ لأن فى

ص: ٣٢١

١- ١) كتاب الطهاره شيخ الأنصارى (ره) باب أحكام غسل الجنابه.

المقيس عليه يكون المفروض توجه تكليفين من ناحيه الملك، أحدهما متعلق بقبول الولاية و الإذعان لها، و الثانى بالايتمار بأوامره و الانتهاء عن نواهيه، و فى المقام لا يكون بحسب ظاهر الروايتين حكم مع عدم الايمان بالله و برسوله، و بعبارة اخرى: ليس الكلام فى المقام بهذا اللحاظ إلا ما يكون مرتبطاً بمقام الإثبات، و هو انه هل الدليل على عدم الاختصاص أو عليه، موجود أم لا؟ و فى هذه المرحلة لا خفاء فى ظهور الروايتين فى الاختصاص.

و فى الثانى و إن جرت المناقشة فى التعليل؛ لظهوره فى الاستحالة، و لا أقل من الاستهجان، إلا ان هذه المناقشة لا تسرى إلى أصل الحكم المذكور فهما الذى هو العمدة فى مقام الاستدلال، فاللازم ان يقال: أما الرواية الثانية الواردة فى تفسير الآيه فهى فى مقام بيان تأويل الآيه؛ لأن حمل الشرك و الكفر على الشرك بالأول و الكفر بالآخرين لا يكون خارجاً عن التأويل بوجه، و لا ينافى الاستناد الى ظاهر الآيه الذى هو عبارته عن كون المراد بالشرك و الكفر هو المعنى الظاهر منهما، و عن كون المشركين مأمورين بالزكاه مضافاً الى ان الشرك الملازم لعدم الإتيان بالزكاه ليس الشرك بالمعنى المذكور فى الرواية، فتدبر. و أما الرواية الأولى فهى داله على عدم كون الكافر مأموراً بالولاية و معرفه الامام، التى هى من الأصول الاعتقادية، مع ان الظاهر انه لا يقول القائل بالاختصاص بذلك أيضاً؛ فإن ظاهرهم التسليم بثبوت التكليف للكافر بالنسبه الى جميع الأصول الاعتقادية، فالروايتان لا تصلحان للاستدلال بهما.

و منها و هو العمده:- ان التكاليف ممتعه الحصول من الكافر حال

كفره؛ إذ لا إشكال في اشتراط الصحة بالإسلام و عدم وقوع العباده من الكافر متصفه بالصحة، و مقتضى قوله (1) (صلى الله عليه و آله) الإسلام يجب ما قبله، ان الإسلام مسقط لما قبله، فاذا كان كذلك فلا يمكن صدور العمل من الكافر على وجه يوافق الأمر، فلا مجال للقول بكون الكافر مكلفاً بالفروع؛ لعدم جواز التكليف بما لا يطاق عندنا و عند أكثر العقلاء، لو لم يكن ممتنعاً على تقدير الإسلام فهو لغو قطعاً؛ إذ طلب الفعل على تقدير لو أريد الإتيان به على ذلك الفرض أسقط الخطاب خال عن الفائدة بالمره.

و الجواب عنه مضافاً الى ان الامتناع بالاختيار لا ينافى الاختيار، و إلى ان قاعده الجبّ كما مرّ البحث فيها سابقاً لا تشمل جميع التكاليف و الأحكام الوضعيه ما مرّ في تلك القاعده أيضاً من ان هذا الاشكال انما يرد على تقدير اختصاص التكليف بالكافر و كونه المخاطب بالخصوص، و أمّا على تقدير عموميه الخطاب و ثبوت التكليف بنحو العموم، فلا مجال لهذا الإشكال، لأنه لا يعتبر في التكاليف و الخطابات العامه ان يكون جميع مصاديقها و أفرادها واجداً للشرائط، فيصح توجيه الخطاب الى العموم و إن كان بعض الافراد عاجزاً غير قادر؛ لانه لا يعتبر في صحته أّا عدم كون الأكثر كذلك، لا كون كل افراده كذلك، و يدلّ عليه الرجوع الى العقلاء الذين هم الملايك في الحكم بصحة الخطاب و عدمها، و بالجمله لو كانت الخطابات العامه منحلّه إلى خطابات جزئيه متكثره حسب تكثر الافراد و تعددها، لكان اللازم ملاحظه حال جميع الافراد؛ لفرض الانحلال، و أمّا مع عدم الانحلال كما هو الحقّ، فلا مجال لملاحظه حال الجميع، فالتكليف

ص: ٣٢٣

يشمل العاجز أيضاً في ضمن العموم، غايه الأمر كون عجزه مانعاً و عذراً له في مقابل المولى و لا يكاد يكون الكفر كذلك؛ لأنه باختياره، و يمكن له رفع اليد عنه، و هذا المعنى الذى ذكرناه لا يرتبط بمسأله القضيه الحقيقيه و كون الأحكام مبنيه بمثلها، بل هو مبنى على كون الخطاب بنحو العموم غير المنحل الى خطابات جزئيه و لو لم تكن القضيه حقيقيه، فإذا قال المولى لعبيده المتعددتين: سافروا غداً، يصح هذا الخطاب إذا كان أكثرهم قادراً على السفر، و إن كان بعضهم غير قادر عليه، و المصحح له كون الخطاب بنحو العموم و عدم الانحلال الى خطابات متعدده بتعدد العبيد مع عدم كون القضيه حقيقيه بلا ريب، فما ذكرناه مبنى على افتراق الخطاب بنحو العموم عن الخطابات الشخصيه، و لا يرتبط بالقضيه الحقيقيه بوجه، و بالجمله فهذا الدليل ايضاً غير وجيه.

و منها: غير ذلك مما يظهر جوابه مما ذكرنا، أو يكون جوابه ظاهراً في نفسه، مثل لزوم التكليف بما لا يطاق لو كان الكافر مكلفاً بالفروع؛ لأنه جاهل بالتكليف و الأمر و النهى، و تكليف الجاهل قبيح، و ما ورد ممّا ظاهره تخصيص الأمر بطلب العلم بالمسلم كقوله (١) (صلى الله عليه و آله) طلب العلم فريضه على كل مسلم، و اختصاص الخطاب فى ظواهر بعض الآيات بالمؤمنين كقوله تعالى يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ (٢)، و هو يوجب تقييد ما ورد بصوره العموم، و عدم أمر النبى (صلى الله عليه و آله) كل من أسلم بال غسل، مع العلم العادى بأنه جنب، و الجواب عن الأخير: منع عدم الأمر، بل الظاهر

ص: ٣٢٤

١- ١) الوسائل ١٨:١٥ ب ٤ من أبواب صفات القاضى ح ٢٧ و ٢٨.

٢- ٢) سورة البقره الآيه: ١٨٣.

ان الاغتسال بعد الإسلام، كان من الأمور المعتاده كما هو المتداول في هذه الأزمنه، و قد مرّ البحث في هذه الجبهه في قاعده الجبّ المتقدمه، و قد انقدح من جميع ما ذكرنا تماميه القاعده من حيث المستند.

المقام الثاني - في مفاد القاعده و ما يراد منها،

و فنقول: المراد منها هو مجرّد اشتراك الكفار مع المؤمنين في التكاليف الإنشائية و الفعلية البالغه مرتبه البعث و الزجر، بمعنى انه كما يكون المسلم مبعوثاً الى مثل الصلاه كذلك يتوجّه البعث الى الكافر ايضاً من دون فرق، و كما يكون المسلم مزجوراً عن مثل شرب الخمر كذلك يتوجّه الزجر الى الكافر ايضاً بنفس ذلك الخطاب، و أمّا مرحله التنجز المتوقفه على الالتفات و العلم أو الاحتمال الذى لا يكون معذوراً فيه، فتتوقف في الكافر على شرائطها كما تتوقف في المسلم، و عليه فالتكليف فى أكثر الكفار لا يبلغ هذه مرحله للغفله أو العلم بالخلاف، باعتبار اعتقادهم بصحه مذهبهم أو بطلان الإسلام بالمرّه، و منه يظهر انه لا مجال لعطف العقاب على التكليف فى أكثر العبارات؛ فإن دائره العقاب محدوده ببلوغ التكليف مرحله التنجز، بخلاف أصل التكليف الذى لا يشترط فيه الإسلام و لا العلم و الالتفات أصلاً، كما لا يخفى.

المقام الثالث - فى انه بعد أن لم يكن الإسلام شرطاً فى أصل التكليف و فعليته، فهل يكون شرطاً فى الصحه

إذا كان العمل عباده، أم لا يكون شرطاً فيها ايضاً؟ ربما يقال: نعم؛ لإجماع الأصحاب عليه فى ما عدا الوقف و الصدقه و العتق، على القول باشتراط نيّة القربه فيها، و لا اشتراط نيّة القربه فى صحه العباده، و هى لا تتحقق من الكافر و لقوله تعالى: **وَ مَا مَنَعَهُمْ أَنْ تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقَاتُهُمْ إِلَّا أَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَ بِرَسُولِهِ ۗ** ١. و لدلاله الآيات الكثيره على كون الكفار معذبين بالنار خالدين فيها، و لو كانت عباداتهم صحيحه لزم وصول الأجر إليهم فى الآخره و هو منفيّ بالآيات المذكوره، و لقوله تعالى **إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ** بضميمه انّ أوّل التقوى الإسلام، و لدلاله الأخبار الكثيره على بطلان عباده المخالف، فضلاً عن الكافر.

إذا كان العمل عباده، أم لا يكون شرطاً فيها أيضاً؟ ربما يقال: نعم؛ لإجماع الأصحاب عليه في ما عدا الوقف و الصدقه و العتق، على القول باشتراط تبه القربه فيها، و لاشتراط تبه القربه في صحه العباده، و هى لا تتحقق من الكافر و لقوله تعالى: **وَ مَا مَنَعَهُمْ أَنْ تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقَاتُهُمْ إِلَّا أَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَ بِرَسُولِهِ (١)**. و لدلاله الآيات الكثيره على كون الكفار معدّين بالنار خالدين فيها، و لو كانت عباداتهم صحيحه لزم وصول الأجر إليهم فى الآخره و هو منفي بالآيات المذكوره، و لقوله تعالى **إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ** بضميمه انّ أوّل التقوى الإسلام، و لدلاله الأخبار الكثيره على بطلان عباده المخالف، فضلاً عن الكافر.

و أجب عن الإجماع بأنه لا أصاله له؛ لاحتمال استناده إلى الأدله الأخرى، و عن مسأله قصد القربه بان عدم إمكانه أنّما هو فى الكافر الجاحد بالربوبيه مطلقاً، و أمّا الكافر المقر بالله المنكر لصفه الوحدانيه أو للنبوه، فيعقل فيه قصد القربه، خصوصاً إذا كان من المنتحلين للإسلام كالغلاه و النواصب، و ترى أهل الكتاب يجتمعون فى معابدهم و يعملون اعمالاً يكون الداعى لهم إليها التقرب الى الله تعالى بالمعنى الشامل للوصول الى الثواب و الفرار عن العقاب.

نعم يمكن ان يقال: إن العمل العبادى الذى يكون فى الإسلام و ليس له سابقه فى الأديان لا يكون الكافر المنكر للنبوه معتقداً بكونه مأموراً به من الله تعالى و مقرباً للعبد اليه، و عليه فكيف يتمشى منه قصد القربه مع هذا الاعتقاد؟ نعم، يمكن فرضه فى الأعمال العباديه المشتركه، و هى قليله؛ إذ الاختلاف موجود و لا أقل فى الكيفيه.

و أجب عن الاستدلال بقوله تعالى **وَ مَا مَنَعَهُمْ أَنْ تُقْبَلَ** . . بان القبول أخص من الصّحّه، و فيه ان المراد بالقبول ان كان ترتب الثواب فهو لا ينفك عن الصحه؛ لأنه إذا كان العمل موافقاً للمأمور به جامعاً لجميع

ص:

الخصوصيات المعتره فيه، فلا محاله يكون صحيحاً و تترتب عليه المثوبه، و إن كان المراد به ما هو أعلى من ترتب الثواب، فهو ممنوع؛ فان القبول الفقهي مساوق للصحة، و دعوى ان ضمير الجمع فى الآيه يرجع الى المنافقين، و البحث أنما هو فى الكافرين، مدفوعه بأن ظاهر الآيه: ان المانع من القبول هو الكفر بالله و الرسول لا عنوان التفاق.

و أجيب عن الآيات الداله على ان الكفار معذبين بالنار بأنه لا ينافى صحه أعمالهم و المثوبه عليها فى الدنيا، و يمكن ان يقال بتأثير عملهم فى تخفيف العذاب، فان للنار مراتب متفاوتة بالشده و الضعف، كما انه يمكن ان يقال: إن التعذيب بالنار انما هو لأجل عدم إتيانهم خارجاً بما هو وظيفه لهم، و البحث أنما هو فى الصحه على تقدير الإتيان، و بعبارة اخرى: ما ذكر فى مقام الاستدلال من انه لو كانت عباداتهم صحيحه لزم وصول الأجر إليهم فى الآخرة، لا بد ان يكون المراد بالعبادات الوارده هى العبادات التى حثّ عليها فى الإسلام، و من الواضح عدم إتيانهم بشيء منها خارجاً، فلا ينافى كونهم معذبين بالنار خالدين فيها، كما هو ظاهر.

و أمّا الأخبار الداله على بطلان عباده المخالف، فظاهر أكثرها مثل الروايه (١) المعروفه الداله من انه بنى الإسلام على خمس، و من جملتها الولايه، و انه لم يناد أحد بشيء مثل ما نودى بالولايه، و إنّ عمل غير القائل بالولايه لئما لم يكن بدلاله الوالى لا يكون من حيث الصحه مورداً للاطمئنان؛ لعدم أخذه علم الاحكام من العالم بها المطلع عليها، و لا دلاله له على البطلان مع الموافقه التامه و اجتماع شرائط الصّحه، لأجل عدم

ص: ٣٢٧

هذا و مع ذلك كله لا يبعد القول ببطلان عباده الكافر و إن كانت مشتمله على نيه القربه؛ لتمايمه بعض الوجوه المذكوره، فتدبر.

و أما الوقف و الصدقه و العتق فقد ذكر صاحب العناوين (١): «ان بعض من اعتبر قصد القربه فيها منع من صحتها من الكافر، و جماعه منهم قالوا بصحتها، منهم الشهيد (ره) في اللمعه (٢)؛ فإنه مع اشتراطه القربه في العتق؛ قال: و الأقرب صحه العتق من الكافر، و خلافهم في هذه الثلاثه مع اتفاقهم على بطلان سائر العبادات منه، أما من جهه ان الدليل دلّ في هذه الأمور على اعتبار اراده وجه الله، و هي ممكنه من الكافر كما في الخبر: انه لا-عتق ألّا ما أريد به وجه الله، و ليس كذلك سائر العبادات، و قد عمل بذلك الشهيد الثاني (قده) و أما من جهه تركب هذه الثلاثه من جهه ماليه و جهه عباده، و يرجح من ذلك جانب المائيه، و أتمّ من جهه ان هذه كلها إخراج عن الملك و ملك الكافر أضعف من ملك المسلم، فهو اولى بالفك، و أما من جهه ان الكافر ليس بمالك في الحقيقه و أنّما هي صوره ملك، لبقاء النّظم، فإذا أخرج و دفعه خرج عن ملكه و إن لم يترتب عليه الآثار من الثواب و نحوه، ثمّ قال: و التحقيق ان هذه الثلاثه ليست صحيحه من جهه كونها عباده، و لذلك لا ثواب فيها، نعم هي صحيحه من جهه كونها معامله و فكّ ملك، غايه ما هناك أنّه يرد أنّ هاتين الجهتين مرتبطتان لا تنفك إحداهما عن الأخرى، و لذلك لو لم ينو المسلم القربه، لم يصح عتقه أصلاً، و نجيب

ص: ٣٢٨

١-١) كتاب العناوين لسيد مير فتاح: ٣٩٦ عنوان ٩٠

٢-٢) اللمعه ٢٤٢:٦ و ٢٤٣.

عن ذلك بان الكافر و المخالف يلزم بمعتقده، فان اعتقاده فيه الصحه، و هذا المقدار يصير حجه عليه فى الخروج عن الملك، و يدخل فى عموم أَلزموهم بما أَلزموا به أنفسهم» .

أقول: على تقدير القول ببطلان عباده الكافر، لا بد من الالتزام بالبطلان فى هذه الثلاثه أيضاً؛ إذ لم يقم دليل على الصحه فيها، حتى يوجه بما ذكر، و قاعده الإلزام على تقدير جريانها فى الكافر مع ان موردها المخالف تقتضى الحكم بصره عباداته أيضاً، إلا ان يقال بالفرق بينها و بين مثل الصلاه فتدبر.

هذا تمام الكلام فى قاعده اشتراك الكفار مع المؤمنين فى التكليف.

و هى أيضاً من القواعد المعروفه المشهوره، و فيها جهات من البحث:

الجهه الاولى - فى مدرکها و مستندها، و هو أمور متعدده:

الأول عموم الأدله الوارده فى هذه الاحكام

مثل قوله (صلى الله عليه و آله) على اليد ما أخذت حتى تؤدى (١) و قوله (صلى الله عليه و آله): أيضاً من أحيا أرضاً مواتاً فهى له (٢) و قوله (عليه السلام): من حاز شيئاً من المباحات فقد ملكه (٣) و قوله (عليه السلام): من أتلف مال الغير فهو له ضامن (٤) و ما ورد فى باب الجنابه و كون الوطى

ص: ٣٣١

-
- ١- ١) سنن البيهقى ٦:٩٥ كتاب الغصب و عوالى اللئالى ٢٢٤:١.
 - ٢- ٢) الوسائل ١٧:٣٢٧ ب ١ من كتاب احياء الموات ح ٥ و ٦. و فى سنن أبى داود ٣: ح ٣٠٧٣ و ٣٠٧٤ كتاب الخراج.
 - ٣- ٣) هذه قاعده معروفه بين العلماء اصطاد و ها من نصوص مختلفه.
 - ٤- ٤) من المحتمل قوياً كونها قاعده مأخوذه من الروايات الوارده.

و الإدخال المتحقق بغيوبه الحشفه سبباً لتحققها، و ما ورد فى باب الملاقاه للنجاسه و انها سبب لتأثر الملاقى بالكسر و حصول النجاسه له، و ما ورد فى باب الالتقاط، و ما ورد فى باب الديات و مثلها من الأدله.

و دعوى انصراف مثل ذلك الى البالغين، لان سياق الأدله الوارده فى الأحكام التكليفيه، مدفوعه بأن أدله التكليف ايضاً لا يجرى فيها الانصراف، و اختصاصها بالبالغين أنما هو لقيام الدليل على الاختصاص، و هو لا يجرى فى الأحكام الوضعيه كما سيأتى، كما ان دعوى ان قيام الدليل على الاختصاص فيها بحيث صار مرتكراً فى أذهان المتشرعه حتى يعبرون عن غير البالغ بغير المكلف و عن البالغ بالمكلف، يوجب تحقق الانصراف فى هذه الأدله، مدفوعه بمنع وجود ملاك الانصراف فى المقام، بل اللفظ عام لغه و عرفاً، مضافاً الى انه يستفاد منه العليه الثابته للعمل، مع قطع النظر عن خصوصيه المباشر، فان قوله (صلى الله عليه و آله) : من أحيا أرضاً . . ظاهر فى ان الاحياء سبب لحصول الملك و الاختصاص، فالسببيه وصف للاحياء، و لا خصوصيه للمحيى بوجه و هكذا سائر الأدله.

الثانى الإجماع المتحقق لكل متبع فى الفقه؛

لانه لم ينقل الخلاف عن أحد فى ثبوت الضمان على الصبى الغاصب، و كذا ثبوته على الصبى الذى أتلّف مال الغير، و هكذا سائر موارد الأحكام الوضعيه، نعم يظهر من عبارته الآتيه من الشيخ الأعظم وجود الخلاف فى سببيه الإلتلاف فى الصبى، و هل لهذا الإجماع أصاله و كاشفيه أم لا كما فى أكثر الإجماعات المحققه فى سائر القواعد الفقهيّه؟ ربما يقال بالأول؛ نظراً الى ان ثبوت

الاتفاق على مثل الضمان في الموردين، و الاختلاف في شمول الأدله اللفظيه المتقدمه لغير البالغين كاشف عن كاشفيه الإجماع و أصالته؛ لانه لو كان نظر المجمعين الى تلك الأدله لكان اللازم الاختلاف لثبوته فيها.

الثالث سيره العقلاء قاطبه على ان الصّبي إذا أنف مال الغير أو غصبه فوقع تلف المغصوب في يده مثلاً يكون ضامناً

للمتلف أو المغصوب، و لم يردع الشارع عن هذه السيره بل أمضاها بالأدله العامه و المطلقه المتقدمه.

و يدفعه مضافاً الى منع تحقق السيره العقلانيه في جميع الموارد، لأنه إذا كان غير مميز و فاقداً للإدراك و الشعور لا يحكمون بضمانه بوجه، و إلى ان الأدله العامه لا مجال لإيرادها بعنوان الإمضاء بعد كونها دليلاً مستقلاً بنفسه ان السيره المتحققه هي سيره المشرعه، و هي ناشئه عن فتاوى مجتهديهم و آراء مقلديهم، و لا تكون دليلاً في مقابل الإجماع.

و قد انقذ مما ذكرنا تماميه القاعده من حيث المستند، و لكن ربما يتخيل ان في مقابل تلك الأدله ما ورد من قول عليّ (عليه السلام): اما علمت رفع القلم عن ثلاثه عن الصّبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ (1) نظراً الى ظهوره في انه لم يكتب على الصّبي قبل الاحتلام شيء، و لم يجعل عليه في الإسلام حكم لا تكليفاً و لا وضعا؛ لانه مقتضى إطلاق رفع القلم، فهذه الروايه بمنزله المخصص لتلك الأدله اللفظيه، كما انها تخصص ما ورد في باب التكاليف مثل قوله تعالى أقيموا الصّلاه ١.

ص: ٣٣٣

١- (١) الوسائل ١:٣٢ ب ٤ من أبواب مقدمه العبادات ح ١١.

وقد انقذ مما ذكرنا تماميه القاعده من حيث المستند، و لكن ربما يتخيل ان فى مقابل تلك الأدله ما ورد من قول عليّ (عليه السلام): اما علمت رفع القلم عن ثلاثه عن الصّيبى حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ انظراً الى ظهوره فى انه لم يكتب على الصبى قبل الاحتلام شىء، و لم يجعل عليه فى الإسلام حكم لا تكليفاً و لا وضعاً؛ لانه مقتضى إطلاق رفع القلم، فهذه الروايه بمنزله المخصص لتلك الأدله اللفظيه، كما انها تخصص ما ورد فى باب التكاليف مثل قوله تعالى أَقِيمُوا الصَّلَاةَ (١).

و يرد عليه مضافاً الى عدم نهوض مثل ذلك فى مقابل الإجماع المحقق، الذى عرفته لكونه؛ دليلاً قطعياً لا يقاومه شىء، و إلى ان الظاهر من رفع القلم فى نفسه هو رفع قلم المؤاخذه المتفرعه على التكاليف الإلزاميه الوجوبيه أو التحريميه؛ لانه مخالفتها توجب استحقاق العقوبه و المؤاخذه، و عليه لا تشمل الروايه حتى التكاليف و الأحكام الاستحبابيه و مثلها، فضلاً عن الأحكام الوضعيه التى هى محل البحث فى المقام، و يؤيده عطف النائم على الصبى مع ثبوت الحكم الوضعى فى حقه. ما افاده الشيخ الأعظم الأنصارى فى مكاسبه (٢) فى مقام استظهار عدم الاعتبار بعقد الصبى و إيقاعه مع وقوعه عن قصد من حديث رفع القلم قال: بل يمكن بملاحظه بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون استظهار المطلب من حديث رفع القلم، و هو ما عن قرب (٣) الاسناد بسنده عن أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) انه كان يقول فى المجنون و المعتوه الذى لا يفيق و الصبى الذى لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقله، و قد رفع عنهما القلم، فان ذكر رفع القلم فى الذيل ليس له وجه ارتباط الآ بان يكون عله لأصل الحكم و هو ثبوت الديه على العاقله، أو بان يكون معلولا لقوله عمدهما خطأ يعنى: انه لما كان قصدهما بمنزله العدم فى نظر الشارع و فى الواقع، رفع القلم عنهما، قال: و لا يخفى ان ارتباطها بالكلام على وجه

ص:

١-١ (١) سورة البقره الآيه: ٤٣.

٢-٢ (٢) المكاسب: ١١٤.

٣-٣ (٣) راجع الوسائل ٣٠٧: ١٩ ب ١١ من أبواب العاقله مع اختلاف يسير.

العليه أو المعلوليه للحكم المذكور في الروايه أعني: عدم مؤاخذه الصبيّ و المجنون بمقتضى جنايه العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد و هو الديه في مالهما، لا يستقيم إلا بان يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعاً من حيث العقوبه الأخرويه و الدنيويه المتعلقه بالنفس كالقصاص، أو المال كغرامه الديه، و عدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصوده المتعمده بما لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتب عليه غرامه أخرويه أو دنيويه، الى ان قال: ثم ان مقتضى عموم هذه الفقره بناء على كونها عله للحكم عدم مؤاخذهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض الأئمه ان يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم و لا يخلو من بعد لكن هذا غير وارد على الاستدلال؛ لانه ليس مبيّناً على كون رفع القلم عله للحكم؛ لما عرفت من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبي و المجنون، فيختص رفع قلم بالمؤاخذه على الأفعال التي يعتبر في المؤاخذه عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الإتلاف، فافهم و اغتنم» .

أقول: محصّل مراده اختصاص حديث رفع القلم بالأفعال التي يعتبر في ترتب الأثر عليها و ثبوت المؤاخذه بها قصد الفاعل، كالقتل بالنسبه إلى القصاص، أو أخذ الديه من ماله، و كالانشائيات في باب العقود و الإيقاعات و أمّا مثل الإتلاف فلا دلالة للحديث على عدم ثبوت المؤاخذه به في ماله؛ لانه لا يعتبر في ترتب الحكم بالضمان عليه صدوره عن قصد و التفات؛ ضروره ان إتلاف النائم موجب لضمانه مع وقوعه عن غير قصد، فيكون إتلاف الصبيّ كذلك.

و لكن يرد اشكال على الشيخ (قده) بناء على ما اختاره في باب

الأحكام الوضعيه من عدم كونها مجعوله مستقله كالأحكام التكليفيه، بل أنّما هي منتزعه عنها و مأخوذه منها، فالزوجيه منتزعه من جواز الوطى و الاستمتاع مثلاً و الملكيه مأخوذه من جواز التصرف المطلق، و الضمان فى باب الإلتلاف مثلاً منتزعه من لزوم أداء المثل أو القيمه عقيبه، و خلاصه الاشكال: انه إذا لم تكن الأحكام الوضعيه مستقله بالجعل، بل كانت منتزعه عن التكليف و متفرعه عليها، فاللزام الإلتزام بعدم ثبوتها فى الصبى؛ لعدم ثبوت التكليف فى حقّه، فاذا لم يكن الصبى مكلفاً بلزوم أداء المثل أو القيمه عقيب الإلتلاف؛ لأنه حكم تكليفى و هو غير ثابت فى حقّه، فكيف يكون إلتافه سبباً للضمان، مع ان الضمان منتزعه عن التكليف على ما هو المفروض؟ بل يمكن توسعه دائره الإشكال بناءً على القول المشهور من استقلال الأحكام الوضعيه فى الجعل كالأحكام التكليفيه أيضاً؛ نظراً الى ان اعتبار الأحكام الوضعيه و جعلها سواء كان جعلاً تأسيسياً أو إمضائياً لما عليه العقلاء و العرف، أنّما هو بلحاظ الأحكام التكليفيه المترتبه عليها، و إلا- يصير لغواً بلا فائده، فإن اعتبار الزوجيه بين الرجل و المرأه أنّما يصح إذا كانت موضوعه لأثر مثل جواز النظر و الاستمتاع و الوطى، و كذا الملكيه فى باب البيع و مثله، و كذا الضمان فى باب الإلتلاف مثلاً-، فان الحكم بثبوت الضمان فيما إذا أتلّف مال الغير أنّما لا يكون لغواً إذا كان الضمان موضوعاً لوجوب أداء المثل أو القيمه، و بدونه يكون لغواً غير ملائم للصدور عن العاقل، فضلاً عن الشارع الحكيم.

و حيثنذ إذا فرض فى مورد عدم ثبوت الحكم التكليفى كما فى الصبى

الذى هو مفروض البحث، فكيف يصح جعل الحكم الوضعى؟ و لو قيل باستقلاله فى الجعل و الاعتبار؟ و قد أجيب عن الاشكال مضافاً الى النقض بالنائم الذى لا شبهه فى ضمانه فى مثل الإلتلاف بوجهين:

أحدهما: ان ثمره جعل الحكم الوضعى فى الصبى هو وجوب تفرغ ذمته على الولى، و لا مانع من ان يكون فعل الصبى موضوعاً للحكم التكليفى الإلزامى على شخص آخر، كما مرّ فى الروايه (1) الواردة فى جنايته العمديه الداله على ان عمد الصبى خطأ و الدّيه تحملها العاقله، و فى المقام لا مانع من ان يكون إلتافه سبباً لضمانه، و أثر الضمان وجوب أداء المثل أو القيمه من مال الصبى على الولى.

و الآخر: ان ثمرته ثبوت الحكم التكليفى عليه بعد بلوغه، مضافاً الى ان من أحكام الضمان جواز الإبراء، و هو ثابت قبل البلوغ، و دعوى انه لم لا يجعل إلتافه سبباً لضمانه بعد البلوغ بحيث يكون الحكم الوضعى ثابتاً بعد البلوغ أيضاً؟ مدفوعه مضافاً الى كونها خلاف ظاهر الدليل إذ ان مقتضاه ترتب الضمان بمجرد الإلتلاف لا الفصل بينهما بان لازم ذلك كون السببيه مجعوله لفعل الصبى، و السببيه أيضاً من الأحكام الوضعيه، فما الفرق بينها و بين الضمان؟ فتدبر، و قد انقدح من جميع ما ذكرنا تماميه القاعده ثبوتاً و إثباتاً.

الجهه الثانيه – فى بيان المراد من القاعده

و هو كما ظهر مما تقدم فى الجهه الأولى الفرق بين الأحكام التكليفيه و الأحكام الوضعيه باختصاص الاولى بالبالغين و شمول الثانيه لغير البالغين أيضاً، فكما ان إلتلاف البالغ لمال

ص: ٣٣٧

١-١) راجع الوسائل ١٩:٣٠٧ ب ١١ من أبواب العاقله.

الغير موجب لضمانه له، كذلك إتلاف الصبي غير البالغ و لو كان فاقداً للتمييز و الشعور، كما انه ظهر مما ذكرنا هناك ان المراد بالأحكام الوضعية الثابته لغير البالغين أيضاً هي الأحكام الوضعية التي لم يؤخذ في موضوعها القصد و الالتفات، كالإتلاف و الحيازه و الغصب و الجنابه و سائر الاحداث، و أمّا ما أخذ في موضوعها القصد كالإنشاء في باب المعاملات و العقود و الإيقاعات كالبيع و العتق و الطلاق، فلا تكون ثابتة في حق الصبي؛ لما ورد من ان عمدته خطأ و قصده كلاً قصد، فلا تترتب الزوجيه على العقد الصادر من الصبي، و لا الملكيه على إنشائه للبيع، و لا الفراق على إنشائه للطلاق، و هكذا، فالمراد من الأحكام الوضعية التي هي محلّ البحث في المقام غير هذا النحو من الاحكام.

الجهه الثالثه - في موارد تطبيق القاعده،

و هي كثيره منتشره في أبواب الفقه؛ لما عرفت من كون المراد عموم الأحكام الوضعية من ناحيه، و خصوصها من جهه اختصاصها بما لم يؤخذ في موضوعها عنوان القصد و الإتلاف، و عليه فمواردها مثل الجنابه الحاصله له بغيوبه الحشفه في أحد الفرجين، و الحدث الحاصل له من أسبابه كالبول و الغائط و النوم و الريح، و الضمان الحاصل في مورد إتلاف مال الغير أو غصبه، و الملكيه الحاصله له بسبب الحيازه أو الإحياء، و الديه الثابته عليه بالإتيان بموجبها المذكور في كتاب الديات، و غير ذلك من الموارد المجعول فيها حكم وضعي مع الشرط المذكور، أو الإضرار بطريق المسلمين أو مثلها، و المناقشه في بعضها كما ربما يتراءى في بعض الكلمات، أمّا هي لأجل المناقشه في ثبوتها بالنسبه إلى البالغ ايضاً، لا لأجل المناقشه في خصوص الصبي كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام فى مسأله عدم شرطيه البلوغ فى الأحكام الوضعيه.

ص: ٣٣٩

اشاره

قد وقع الخلاف بعد الاتفاق على شرطيه البلوغ فى الأحكام التكليفيه الإلزاميه مثل الوجوب و الحرمة، و بعد الاتفاق على اشتراط التمييز فى شرعيه العبادات و صحتها فى شرطيه البلوغ أيضاً فى صحه العباده و مشروعيتها، و محل الخلاف هو ان العبادات هل تكون مشروعه فى حق الصبى فيكون له ان يأتى بها بعنوان الإطاعه و الامتثال، فتتصف العباده بالصحه؛ لكونها واجده لشرطها، أم لا- تكون مشروعه فى حقه، فلا- مجال للإتيان بها بقصد الامتثال و الإطاعه أصلاً، و لو اتى بها مع هذا القصد لا يتحقق إلا التشريع المحرّم فى حق البالغين؟ و فيها جهات من البحث أيضاً:

الجهه الاولى - فى الأقوال و الآراء و الاحتمالات الجاريه فى هذه المسأله و هى كثيره.

اشاره

ص: ٣٤١

بمعنى كونها مندوبه للصبي، و إن كانت واجبه على البالغ، و أثر الندب استحقاق الأجر و الثواب الأخرى على تقدير إتيانها بقصد الامتثال و تبه القربه، كما ان المحرمات فى حقه مكروهه، و لو تركها بقصد الإطاعه و بداعى كونها مكروهه يستحق على تركها، الثواب فالحكم المرفوع عن الصبي خصوص الحكم اللزومى من الوجوبى و التحريمى، و إلا- فأصل العباديه الملازم للزحان باق بحاله، فالأحكام الخمسه التكليفيه الاصطلاحيه ثلاثه فى حق الصبي: الاستحباب و الكراهه و الإباحه، فالأول شامل للمستحبات، الواجبات و الثانى للمحرمات و المكروهات، و هذا لا ينافى توجه الأمر إلى الولى بعنوان التمرين، لان كون ثواب التمرين للولى لا ينافى كون الفعل مما فيه ثواب للطفل الفاعل له، كما لا يخفى، و قد حكى هذا القول عن مشهور الأصحاب (رضوان الله عليهم أجمعين).

الثانى ان هذه العبادات من الأطفال تمرينيه صرفه،

و لا- يترتب عليها أجر و ثواب من الله تعالى بالنسبه إلى الصبي؛ لعدم توجه خطاب اليه و لو بنحو الاستحباب أو الكراهه، و لو كان مراهقاً قريب العهد الى البلوغ، و كان واجداً للإدراك و الشعور كاملاً، غايه ما هناك ترتب الثواب على عمل الولى و تمرينه و تعويده لكونه مأموراً بذلك و لو بالأمر الاستحبابى، و لا تدخل هذه المسأله فى مسأله الأمر بالأمر بالشىء، حتى ملازم للأمر بالشىء فيصير عمل الصبي مأموراً به استحباباً؛ و ذلك لان مورد المسأله ما إذا كانت المصلحه قائمه بنفس ذلك الشىء؛ و المولى حيث لا يكون قادراً على مخاطبه جميع عبيده مثلاً؛ لعدم حضورهم عنده، يأمر

العبد الحاضر بأمر الباقيين بإتيان ما تقوم به المصلحة المنظورة للمولى، و أما في المقام فالمفروض ان الغرض من أمر الولي ليس تحقق الصلاة من الطفل، بل الغرض تحقق التمرين و التعويد، و في الحقيقة يكون المأمور به ذلك، و المصلحة قائمه به، إلا ان يقال بعدم تحقق التمرين و العاده بمجرد أمر الولي الطفل بالصلاه مثلاً فإنه إذا لم تتحقق من الطفل الموافقه لأمر وليه و الصلاه مكرراً لا- تتحقق العاده بوجه، و عليه فالعاده حاصله بفعل الطفل، فاذا فرض قيام المصلحة بها، ففي الحقيقة يكون فعل الطفل مشتملاً على المصلحة، لا بعنوان الصلاة بل بعنوان حصول الاعتياد، لكنه يرجع ايضاً الى عدم كون الصلاة ذات مصلحة، فلا تكون شرعيه، فتدبر.

الثالث ان عبادات الصبي شرعيه تمرينيه لا أنها شرعيه أصليه،

و المراد بذلك ان إتيان الصبي لها مطلوب للشارع لا نفسها، بل لحصول التعود و التمرن على العمل بعد البلوغ، فصلاه الصبي فيها جهتان: جهه كونها صلاه و هذه الجهه ملغاه في الصبي لا- فرق بين كونها صلاه أو قياماً أو نوماً أو نحو ذلك، في انه لا رجحان فيها بالنسبه إليه و لا يترتب عليها أجر من هذه الجهه، و جهه كونها تعوداً على شيء يكون مطلوباً بعد البلوغ، و إن كان لاغياً الآن في حد ذاته، و هذه الجهه مطلوبه للشارع و يترتب عليها الثواب، ففي الحقيقة يكون الطفل مأموراً بالتمرن و التعود و يثاب عليه، لا- على أصل العباده، حكى هذا القول عن جماعه من المتأخرين منهم الشهيد الثاني، و ربما يظهر من المحكى عن بعضهم تنزيل كلام المشهور ايضاً على ذلك لا الشرعيه بالمعنى الأول.

و الثمره بين هذا القول و القول الثاني بعد اشتراكهما في بطلان عباده

الصّبي، و عدم إمكان رعايه قصد الامتثال فيها، لعدم رجحانها بالنسبه إليه أصلاً تظهر في ترتب الثواب و حصول الأجر للصبي و عدمه، فإنه بناء على القول الثاني يكون الصّبي بعيداً عن الثواب بمراحل؛ لعدم تعلق خطاب به بوجه، غايه الأمر كون الولي مستحقاً للثواب إذا أمر الصبي بالعباده و حمله عليها، و أمّا بناء على القول الثالث فالصبي يستحق الثواب باعتبار التمرّن و التعود لكونه مأموراً به و لا- ينافي استحقاق الولي من جهه موافقه الأمر بالتمرين و التعميد، نعم لا يستحق الصبي ثواباً من جهه أصل العباده و تحقق الصلاه و الصيام و نحوهما.

و أما الفرق بين هذا القول و القول الأول المبني على الشرعيه الأصليه بعد اشتراكهما في استحقاق الصبي للثواب و الأجر، غايه الأمر ان استحقاقه له في الأول أنّما هو لأجل تحقق العباده المطلوبه منه و لأجل الإتيان بالصلاه الصحيحه مثلاً و في الثاني أنّما هو لأجل التمرّن و التعود لا- لحصول الصلاه فهو ان العباده بناء على القول الأول تكون متصفه بالصّحّه لاحتوائها جميع الشرائط المعبره فيها، فيجوز ان تقع نيابه عن الغير حيّاً كان أو ميتاً، و سواء كانت في مقابل الأجره أو بدونها، و أمّا بناء على القول الثالث فلا تتصف بالصّحّه أصلاً؛ لعدم كونها ذات مصلحه و مطلوبه للشارع، و الغرض حصول التمرن و التعود، و هو يتحقق بالمباشره و لا- يكون قابلاً- للنيابه بوجه، و لا- يكون في أصل الفعل ثواب قابل للرجوع الى شخص آخر، فلا يمكن ان تقع نيابه عن الغير مطلقاً.

و ربما يقال بظهور الثمره في نيه العبادات الواجبه، فعلى التمرين ينوي الوجوب، و على الشرعيه ينوي الاستحباب؛ لانه بناء عليها يكون جميع

العبادات مستحبه بالنسبه إلى الصّبي.

و لكن الظاهر انه بناء على التمرين لا يلزم نيه الوجوب؛ لانه و إن كان بناء عليه يكون المطلوب حصول صوره العمل بالنحو الذى يقع من البالغ، ألا ان لزوم نيه الوجوب ممنوعه؛ لأن الغرض حصول التمرين العملى ليسهل عليه الإتيان به بعد البلوغ، و لا دخاله للنيه فى ذلك فتدبر.

الزابع ان عبادات الصّبي شرعيه

فيها ثواب أصل العمل مثل ثواب عمل البالغ، لكنه فى الصّبي يرجع الثواب إلى الولي و لا يستحقّه الصغير بوجه.

الخامس التفصيل بين العبادات الواجبه كالفرائض اليوميه و بين العبادات المستحبه

كصلاه الليل، بالقول بالشرعيه فى الثانيه و عدمها فى الأولى.

الجهه الثانيه – فى أدله الأقوال و الاحتمالات المذكوره فى الجهه الأولى،

ف نقول:

أمّا دليل القول الثانى و هو عدم المشروعيه و كون عباداته تمرينيه صرفه لا يترتب عليها ثواب بالنسبه إلى الصغير أصلاً فهو مضافاً الى أصله عدم ترتب الثواب ألبا بالدليل و هو منتف، و انصراف الأدله العامه الوارده فى التكليف مطلقا عن الصّبي و اختصاصها بالبالغ، و وضوح تقييد بعض الاحكام قطعاً بالبلوغ كالواجبات و المحرّمات من جهه الإيجاب و التحريم حديث رفع القلم عن الصّبي المعروف المعتمد عليه عند العامه و الخاصه، و تقريب دلالتة: أنّ ظاهر الحديث رفع قلم مطلق التكليف أعم من الوجوب و الاستحباب و الحرمة و الكراهه بل المباح أيضاً، فالمعنى: ان

ص: ٣٤٥

القلم الجارى الموضوع على المكلفين المتضمن لثبوت التكليف عليهم مرفوع عن الصبى حتى يحتلم، و ليس فيه اشعار فضلاً عن الدلاله بأن المرفوع خصوص قلم التكليف الإلزامى وجوباً أو تحريماً، بل المرفوع جميع الأحكام الخمسه التكليفيه الثابته على البالغ، حتى الإباحه بعنوان انها حكم شرعى جرى به القلم.

و منه يظهر انه لو نوقش فى انصراف الأدله العامه عن الصبى، و قيل: إن مقتضى عمومها الشمول له ايضاً لكان مقتضى قاعده التخصيص حملها على خصوص البالغ، لان حديث رفع القلم بمنزله المخصص لتلك الأدله، و يوجب اختصاصها بالبالغ.

و لو فرض كون النسبه بين بعض تلك الأدله و بين حديث رفع القلم عمومياً من وجه كقوله: من قرأ سورة الفاتحه فله كذا و كذا من الأجر فإن النسبه بينه و بين الحديث عموم من وجه، لا اختصاص هذا القول بقراءه سورة الفاتحه، و عمومه بالنسبه إلى الصبى، و اختصاص حديث الرفع بالصبى و عمومه لغير قراءه سورة الفاتحه، فلا شك فى عدم تحقق التعارض، لان حديث رفع القلم حاكم على ذلك القول، كحكمومه حديث الرفع المعروف على الأدله الأوليه، كما لا يخفى.

فالتنتيجه على جميع التقادير لزوم الأخذ بحديث رفع القلم، و الحكم بعدم ثبوت شىء من التكاليف الخمسه فى حق الصبى، و الثواب الموجود فى البين لا- يرتبط بالصبى أصلاً، بل بالولّى بعنوان كونه مأموراً بتمرينه و تعويده، فعباداته لا تكون شرعيه بل ترمينيه صرفه.

و يظهر الجواب عن دليل هذا القول بما سنذكره من أدله القول

بالمشروعيه الأصلية فنقول:

أما ما يدلّ عليها فأمر متعدّد:

أولها: ما دل من العمومات في الكتاب و السنه على ترتب الثواب على الافعال كقوله تعالى مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا (١) وقوله (عليه السلام): من صام يوم كذا فله من الأجر كذا و كذا؛ فان سياقها مثل سياق من أتلف مال الغير فهو له ضامن، فكما ان الثاني لا يختص بالبالغ؛ لما عرفت من عدم اشتراط الأحكام الوضعيه بالبلوغ، كذلك لا ينبغي دعوى اختصاص الأوّل بالبالغ، و دعوى الانصراف ممنوعه، و على تقديره لا فرق بين المقامين كما هو ظاهر.

ثانيها: عموم الأدله الوارده في التكاليف الشامل للصبى أيضاً، و لا مجال لادعاء الانصراف فيها أصلاً، و القدر المسلم ثبوت التخصيص بالنسبه إلى الأحكام الوجوبيه و التحريميه، من جهه عدم ثبوت إلزام من ناحيه الشارع على الصبى غير البالغ، و أما ثبوت التخصيص في أدله سائر الأحكام فغير حاصل، و في أدله الحكمين أيضاً بالنسبه إلى المشروعيه و الرجحان زائداً على اللزوم.

و أمّا حديث رفع القلم فإن أخذ بمقتضى ظاهره فاللازم الحكم بعدم ثبوت الأحكام الوضعيه في حق الصبى أيضاً، لأن القلم المرفوع أعم من قلم الحكم التكليفى و الحكم و الوضعى؛ لاین الضمان في مورد الإلتلاف مثلاً- مجعول كالوجوب في مورد الصلاه، و لا مجال لدعوى التخصيص فيه؛ لعدم ملاءمه سياقه للتخصيص أصلاً، فاللازم ان يقال: ان المرفوع في الحديث

ص: ٣٤٧

(١-١) سورة الأنعام الآية: ١٦.

هو قلم المؤاخذة و العقوبه الأخرويه و الدنيويه ايضاً، كما مرّ في العبارة المتقدمه عن الشيخ (قده) ، و لازمه عدم ثبوت التكليف اللزومى في حقّه، و عدم ترتب استحقاق العقوبه على ترك الواجب و فعل الحرام، فيقتصر في تخصيص عمومات أدله التكليف على هذا المقدار.

و دعوى ان لازم ذلك عدم تحقق التخصيص في أدله المستحبات و المكروهات فقط، و أمّا أدله الواجبات و المحرمات فبعد عروض التخصيص لها لا محاله كيف يستكشف مشروعيه عباده الصبي مثل الصلاه و رجحانها حتى يحكم بصحتها، لان الدليل الكاشف هو تعلق الأمر بها، و بعد انحصار دائره الأمر بالبالغ، فليس هنا ما يكشف عن رجحانها بالنسبه إلى الصبي، و بعبارة اخرى: مدعى القائل بالمشروعيه كون الواجبات في حق البالغين مستحبات في حق غير البالغين، و كون المحرمات في حق الطائفة الأولى مكروهات في حق الطائفة الثانية، و حينئذ يسأل عنهم: انه مع تخصيص أدله الواجبات و المحرمات بحديث رفع القلم لا- يبقى ما يدل على استحباب الاولى و كراهه الثانية؛ لأن الدليل كان منحصراً بدليل الواجب و المحرم، و المفروض عروض التخصيص لهما، فمن اين يستكشف رجحان الواجب و استحبابه و حرازه الحرام و كراهته بالنسبه إلى الصبي؟ نعم أدله المستحبات و المكروهات لَمّا لم يعرض لها التخصيص كما هو المفروض تكون باقيه بحالها.

هذه الدعوى مدفوعه بما قيل أو يمكن ان يقال في جوابها من أمور متعدده:

الأول ان مقتضى طبع الطلب الصادر من المولى هو الوجوب؛

لحكم العقل بلزوم إطاعته، ألما ان يأذن المولى فى الترك، و الاذن فى الترك كما يحصل بالتصريح به يحصل أيضاً بعناوين أخرى مثل رفع العسر و الحرج، و رفع قلم الإلزام، فحديث رفع القلم بمنزله الاذن فى ترك الواجبات، فقهرأ يكون مفاد الأدله الأوليه فى حق الصبى بعد ورود الاذن فى الترك بلسان رفع القلم هو الاستحباب؛ لأنه لا يرفع الخطاب الوجوبى من رأس، بل يأذن فى الترك، فيتحقق الاستحباب لا محاله.

الثانى انه لا- مانع مع الشك من الرجوع الى استصحاب بقاء الرجحان الذى كان متحققاً فى ضمن الوجوب و شك فى بقاءه لارتفاع الوجوب قطعاً، و لا يرد عليه ان إثبات الاستحباب الذى هو فرد من القدر الجامع باستصحاب بقاء القدر الجامع يكون مثبتاً، و هو لا يجرى على ما هو التحقيق من عدم جريان الأصول المثبتة؛ و ذلك لانه لا حاجه الى إثبات الاستحباب بعنوانه، بل يكفى بقاء القدر الجامع فى المشروعيه و الرجحان الموجب لصحه العباده.

هذا، و لكن هذين الجوابين لا يمكن ان يكونا موردين لنظر المشهور القائل بمشروعيه عباده الصبى؛ لكون الجواب الثانى مبنيأ على جريان الاستصحاب فى القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّى، و لم يعلم ذهاب المشهور الى جريانه، كما ان الجواب الأول مخالف لظاهرهم قطعاً، فإنهم يقولون بانقسام الطلب فى نفسه الى قسمين وجوبى و استحبابى، كما انهم يقولون بدلاله هيئه افعل فى نفسها على الوجوب، لا ان الوجوب مستفاد من حكم العقل و ان الاستحباب مستفاد من الاذن فى الترك، فلا بدّ من الجواب على طبق نظر المشهور.

و الظاهر ان يقال: انه بناء على ما ذكرنا فى معنى حديث رفع القلم من كون المرفوع قلم المؤاخذه و العقوبه و مرجعه الى عدم استحقاق العقوبه على ترك الواجب و فعل الحرام، لا- بد ان يقال بثبوت التكليف فى حق الصبى مطلقاً، و لكنه لا يترتب على المخالفه مؤاخذه و عقوبه، فتصرف الحديث فى الأدله العامه ليس كتصرف المخصّص فى العام، بنحو يوجب قصر مفاده و لو فى عالم الإراده الجديه على غير مورد الخاص، فان المقام ليس من هذا القبيل، بل الحديث يخصّص لازم التكليف لا نفسه، و استلزام تخصيص اللازم لتخصيص الملزوم ممنوع، لأن الملازمه غير دائميّه، و التعبير عن العبادات الواجبه بالاستحبابيه فى حق الصبى، انما هو بلحاظ عدم ترتب ما يترقب من الوجوب؛ لعدم استلزامها لاستحقاق العقوبه و المؤاخذه بوجه، الّا ان يقال: ان الحديث المتضمن للرفع فى مقام التشريع لا يكاد يرفع المؤاخذه أو استحقاقها أصلاً فتدبّر، و هذا الذى ذكرنا من المشروعيه لا يمنع من قيام الدليل على البطلان فى بعض المقامات، مثل ما ورد من عدم أجزاء حج الصبى المستطيع عن حجه الإسلام، مع ان عدم الاجزاء لا يلزم البطلان، كما لا يخفى.

و بهذا يتحقق الفرق بين المقام و بين قاعده نفي الحرج، التى اخترنا فيها بطلان العباده الحرجيه، و وجه الفرق ان لسان قاعده نفي الحرج لسان نفي الجعل رأساً، و مع عدم الجعل لا- مجال للحكم بصحة العباده الحرجيه، و لسان المقام لسان رفع قلم المؤاخذه و العقوبه، لا رفع قلم الجعل و التكليف، فتدبّر.

ثالثها: ان العقل مستقلٌ بحسن بعض الافعال كالا حسان، و ردّ

الأمانه إلى مالكها، و حفظ النفس المحترمه من الهلاك، و غير ذلك من المستقلّات العقليه، و لا ريب عند العقل في استحقاق الثواب و ترتب الجزاء عليها، من دون فرق بين البالغ و الصبى، خصوصاً إذا كان مراهقاً، و قد بقى مقدار شهر أو يوم أو ساعه إلى بلوغه الشرعى، و لا مجال لعروض التخصيص لما يستقل به العقل، و عليه فاللّازم بقاعده الملازمه استحباب هذه الأمور شرعاً، و ترتب ثواب الاستحباب عليها، و بعدم القول بالفصل بين المستقلّات العقليه و غيرها، يتمّ المطلوب و يثبت الاستحباب في سائر الواجبات ايضاً.

و يرد عليه: ان لازم ذلك الالتزام باستحقاق العقوبه في ما يستقل العقل بقبحه كالظلم و منع المالك من وديعته، و قتل النفس المحترمه، و غير ذلك من المستقلات العقليه، و الظاهر انه لا يلتزم به المستدلّ بوجه، لأن الصبى لا يؤاخذ بشيء من ذلك أصلاً من جهه الشرع كما لا يخفى.

رابعها: الاعتبار العقلى؛ فإنه من المستبعد جدّاً ان يكون هناك فرق بين ما قبل البلوغ بساعه و ما بعده؛ فان المراهق المقارب للبلوغ جدّاً، لا ريب في أنّه بمكان من الإخلاص و العبوديه لله تعالى كما بعد البلوغ، بل في الحاله الأولى ربا يكون أشد من الحاله الثانيه، فيبعد كونه مأجوراً على الثانيه دون الاولى.

و يرد عليه: ان ذلك مجرّد استبعاد لا يكاد يصلح لان يكون دليلاً، و يجرى هذا الاستبعاد في جميع التقديرات الشرعيه؛ فإنه من البعيد ان يكون الماء أقل من الكرّ بمقدار قليل و مع ذلك لا يترتب عليه شيء من آثار الماء الكرّ أصلاً، أو يصلّى الإنسان قبل الوقت عمداً بلحظه يدخل

الوقت بعدها، و مع ذلك تكون صلاته باطله، و هكذا سائر التقديرات.

خامسها: ان الأمر بالأمر بالشىء أمر بذلك الشىء، كما قد حقق فى الأصول.

و الجواب عنه: ما مرّ فى الجبهه الاولى فى تشريح القول الثانى من الأقوال الموجوده فى المسأله و لا نعيد.

و هناك وجوه أخرى ترجع الى بعض الوجوه المذكوره، أو استحسانات غير صالحه لأن تكون مدركاً و دليلاً، و قد انقذح تماميه الوجهين الأولين للاستدلال بهما على المشروعيه الأصلية.

و أمّا دليل القول الثالث و هى الشرعيه التمرّيتيه، فهو مركب من أمرين: أولهما عدم شرعيه العبادات بعناوينها التى تعلقت الأوامر بها، لحديث رفع القلم، الذى يدل على رفع قلم جميع التكاليف و الأحكام الخمسه، و يكون مخصّصاً للأدله الأوليه العامه، و ثانيهما الأخبار الكثيره الداله على استحباب التمرن للعبادات و التعمّد عليها، و لا يرتفع هذا الاستحباب بحديث رفع القلم؛ لان مفاده ارتفاع كل ما هو جار على البالغ عن الصّبي، فرجحان أصل العمل مرفوع؛ لثبوتها على البالغ، و أمّا رجحان التمرن فلا يكون فى البالغ حتى يكون مرفوعاً عن الصّبي، فيصلير الحاصل ثبوت ثواب التمرن لا أصل العباده.

و الأمران كلاهما ممنوع و إن كان منع أحدهما كافياً فى إبطال الاستدلال:

أمّا الأول؛ فلما عرفت فى أدله المشروعيه من ان حديث (1) رفع القلم

ص: ٣٥٢

١- (١) الوسائل ١:٣٢ ب ٤ من أبواب مقدمات العبادات ح ١١.

لا يرفع المشروعيه حتى فى الواجبات.

و أما الثانى، فمضافاً الى ان حديث الرفع لو كان مفاده رفع الحكم الاستجابى أيضاً، لكان مقتضاه نفي استحباب التمرن بالنسبه إلى الصبى أيضاً، و الفرق بينه و بين سائر الأحكام الاستجابيه بعدم كونه ثابتاً فى حق البالغ دونها، لا يوجب اختصاص الحديث بالثانيه و عدم الشمول للاول، يرد عليه ان مفاد تلك الاخبار ثبوت الاستحباب بالنسبه إلى الولي و إن المستحب تمرينه و تعويده للصبى، و الثواب إنما يترتب على عمله، فلا يكون فى فعل الصبى ثواب راجع إليه أصلاً، إنما إذا رجع الأمر الى ما قلنا من المشروعيه الأصلية.

و أما دليل القول الرابع فهو أمران:

أولهما: ان الطفل من جهه عدم كمال عقله، انما يكون المحرك و الداعى له الى العمل تمرين الولي و تشويقه و إجباره، و حيث ان المباشر ضعيف يكون السبب هو العمده و هو الولي، و يكون الطفل بمنزله الآله، نظير ما ذكره فى باب المعاملات من جواز كون الطفل كالآله و إن كان عاقلاً قاصداً مختاراً.

ثانيهما: ما ورد فى باب الخبر فى باب الحج فى حج الولي بالطفل المميز، فإنه قال: ان الولي إذا فعل ذلك و تم الاعمال كان له أجر حجّه، و الظاهر منه ان الولي كأنه فعل حجّاً و هذا الفعل فى الحقيقه فعله فيكون، للولي فى كل مقام يأتى الصبى فيه بعمل ثواب ذلك العمل.

و يرد على الأول مضافاً الى كونه أخص من المدعى؛ لانه ربما يأتى الطفل بالعباده و يكون الداعى له إلى إتيانها تشخيص نفسه و درك شخصه

من دون ان يكون هناك وليّ أو تمرين منه أو تأثير لتشويقه أو إجباره كما لا يخفى ان ضعف المباشر انما يكون فيما إذا كان العمل مسنداً الى السبب و كان المباشر بمنزله الآله، و من الواضح عدم كون الصبي في المقام كذلك؛ فان صلاته لا تسند إلّا إليه، و كذا سائر عباداته و أفعاله، و التشويق بل الإجبار لا- يوجب سلب الاستناد، و قد ذكرنا في باب الإكراه: ان الإكراه لا يقتضى عدم استناد العمل الى المكروه بالفتح فشرّب الخمر إذا وقع اكراها يكون المتصف به هو المكروه دون المكروه بالكسر حتى يترتب على عمله الحدّ.

نعم، قد عرفت انه يترتب على عمل الولي ثواب بلحاظ الأخبار الآمره إياه بتمرين الصبي و تعويده على مثل الصلاه و الصوم.

و برد على الثاني: ان ما ورد في الخبر انما هو ثبوت ثواب حجّه للوليّ، و لا- دلالة له على خلو عمل الصبي و حجّه من ثواب و أجر، و عليه فلا يمكن ان يستفاد منه انّ الوليّ كأنه فعل حجّاً بمعنى عدم استناد الحج إلى الصبي و عدم وقوع هذه العباده منه فتدبر.

و أمّا دليل القول الخامس، فهو: ان حديث رفع القلم انما يرفع خصوص الاحكام اللزوميه من رأس، و يحكم بعدم شمول الأدله العامه لها بالنسبه إلى الصبي، فلا يبقى لها مشروعيه، و أمّا سائر الاحكام، فلا دلالة للحديث على رفعها أصلاً، فهي باقيه على عمومها و شمولها للصبي، و هذا القول و إن لم يعرف له قائل، لكنه ليس ببعيد؛ نظراً الى ان الجمع بين كون المرفوع في الحديث هو التكليف لا المؤاخذة، و كون وقوع الحديث في مقام التفضّل و الرأفه و الامتنان، يقتضى عدم كون العبادات الواجبه مشروعه في

حقه، و بقاء العبادات المستحبه على استحبابها، ألّا ان يقال: إن سلب المشروعيه عن العبادات الواجبه لا يلائم التفضل و الرأفه، بل المناسب له سقوط اللزوم و بقاء المشروعيه و هذه أيضاً جهه أخرى موجه لعدم منافاه الحديث للمشروعيه، زائده على الجهات المذكوره فى دليل القول المشهور، و يتحصّل من جميع ما ذكرنا ان الأظهر ما عليه المشهور.

الجهه الثالثه- فى موارد تطبيق قاعده المشروعيه و هى كثيره:

منها: الطّهارات الثلاث؛ فإنها بناء على القول بالمشروعيه تكون مستحبه على الصبى، كما أنّها مستحبه على البالغ أيضاً، غايه الأمر اتصافها فى حق البالغ بالوجوب الغيرى أيضاً، بناء على القول بوجوب المقدمه، و فى حق الصبى لا- تتجاوز عن الاستحباب المتعلق بأنفسها، و تتصف بالاستحباب الغيرى أيضاً، بناء على ذلك القول، فقبل دخول الوقت تكون مستحبه نفساً، و بعده تتصف بالاستحباب الغيرى أيضاً، و لا مانع من الجمع، لكون الحكمين طوليين لا عرضيين، و بعد اختلاف المتعلقين، و التحقيق فى محلّه.

و منها: جميع العبادات الواجبه و المستحبه، فإنها بأجمعها مستحبه على للصبى، فالصلاه مع جميع أذكارها و أورادها و مقدماتها و مؤخراتها مستحبه له و الصوم الواجب و المندوب مستحب له و كذا الحج و غيرها من العبادات و قد عرفت ان المكروهات مكروهه له ايضاً كما ان المحرمات ايضاً مكروهه له.

و منها: ما أشرنا إليه من انه بناء على المشروعيه لا مانع من استيجاره للعباده، فيأتى بها نيابه عن الحى، كما فى باب الحج، أو الميت

كما في مثل الصلاه و الصيام؛ فإنه بناء عليه يكون عمله قابلاً لتحقيق الاستيجار عليه، و شخصه صالحاً لأن يكون نائباً في العباده، و لكن مع ان المشهور قائلون بالمشروعيه، و لازمها صحه نيابه و الاستيجار، حكى عن جمع كثير من أعظم الفقهاء الخلاف و الحكم بعدم صحه نيابته، و لم يعرف له وجه وجيه بعد عدم ورود دليل خاص في المسأله.

و الفرع الذى ينبغى التعرض له فى الختام هو نذر الصبى عباده غير مالىه كصلاه الليل مثلاً و إن هذا النذر هل هو صحيح أم لا؟ الظاهر هو الثانى، لأنه مضافاً الى انعقاد الإجماع ظاهراً على اشتراط البلوغ فى انعقاد النذر و صحته نقول: أن هذا النذر إذا كان لغرض إيجاب العمل على نفسه، نظراً الى ان حكمه وجوب الوفاء به، فهذا الغرض لا يترتب عليه؛ لان الحكم الوجوبى مرفوع عن الصبى أياً ما كان، و إن كان لغرض آخر، فلا يكون هناك غرض آخر متصور، و بالجملة إذا لم يؤثر النذر أثراً زائداً فلا معنى لانعقاده و صحته، ألا ان يقال: ان تعلق النذر به يوجب تأكيد استحبابه و هو يصير داعياً الى العمل به، فان النذر يوجب ان يكون الوفاء به مستحباً بالنسبه إليه، فتصير صلاه الليل بعنوانها مثلاً مستحبه نفساً، و الإتيان بها لكونه وفاء بالنذر مستحباً آخر فيتحقق استحبابان، فيتأكد الداعى إلى الإتيان بها بحيث لو لم يكن هنا نذر لما كان استحباب صلاه الليل بنفسه و بمجرد داعياً له إلى الإتيان بها كما لا يخفى، فالعمده حينئذ هو الإجماع، أو يقال: ان النذر من الإنشائيات و يعتبر فيها القصد، و قد عرفت ان قصد الصبى كلا قصد، فلا يتحقق منه الإنشاء.

هذا تمام الكلام فى قاعده مشروعيه عبادات الصبى.

و هي ايضاً من القواعد الفقيهيه المعروفه، و تحقيق الكلام فيها يقتضى البحث فى جهات:

الجهه الاولى- فى المراد من اليد فى هذه القاعده،

و إن اليد التى تكون موضوعاً للاحكام و الآثار عند العقلاء، و قد وقع التعبير بها فى بعض النصوص الوارده عن العتره الطاهره عليهم آلاف الثناء و التحيّه ما ذا أريد بها؟ فنقول:

الظاهر ان المراد بها هو الاستيلاء الخارجى و السلطه الفعليه على شىء خارجاً، و التعبير عن الاستيلاء باليد لأجل كونه ملازماً لليد بمعنى الجارحه المخصوصه، غايه الأمر اختلاف مناشئ الاستيلاء و تعدّد مباديه باختلاف الموارد و الأشخاص، فالاستيلاء على الخاتم مثلاً انما هو بكونه فى يد المستولى و كونه محيطاً بإصبعه أو كونه فى جيبه أو صندوقه مثلاً-

و الاستيلاء على الدار انما هو بكونه متصرفاً فيها بما شاء من التصرف، كما ان الاستيلاء على الأراضى انما هو بالذرع و الغرس فيها و الاستيلاء على الدكان انما هو بالكسب و التجاره فيه، أو بان يكون بابه مغلقاً و مفتاح فى يده، و هكذا، كما أن الاستيلاء يختلف باختلاف الأشخاص، فاستيلاء أحد الزعيه لا يتجاوز حدود داره و عقاره مثلاً و أمّا السلطان فهو مستول على الدوله بأسرها، فالتصرف فى شىء من أراضيهـا و غيرها و لو كان هى القطعه من السماء المختصه بها المعبر عنها بالحريم الفضائى، تصرف فيما هو تحت يده و استيلائه.

نعم ربما يتزاحم بعض الجهات الموجبه للاستيلاء مع البعض الأخر، كما إذا كان أحد الشخصين راكباً على الدابه و زمامها بيد الأخر، و فرض ادعاء كل منهما ملكيه تامها، و لا بدّ حينئذ من الرجوع الى العرف، و انه هل يحكم بتقدم أحد الاستيلاءين فهو، و إلا يسقط كلاهما عن الاعتبار.

و بالجملة لا شبهه فى ان المراد باليد هو الاستيلاء الفعلى و السلطه الخارجيه الملحوظه عند العرف و العقلاء، و مجرد القدره على تحصيل هذا الاستيلاء لا يوجب تحقق اليد.

و دعوى ان اليد بهذا المعنى تاره تكون مسبيه عن الملكيه، كما فى موارد البيع و الصلح و الإرث الذى هو سبب قهرى، و أخرى تكون سبباً لحصولها، كما فى باب الحيازه، مدفوعه بأنه ان كان المقصود من هذه الدعوى كون اليد عباره أخرى عن الملكيه التى هى أمر اعتبارى، فيرده مضافاً الى منع اقتضاء السببيه و المسببيه لذلك كما هو واضح ان المراد باليد كما عرفت هو الاستيلاء الخارجى المعبر عند العرف المتوقف على

مباد واقعيه و مقدمات خارجيه و هو يغير الملكيه التي هي أمر اعتباري محض؛ فان الاستيلاء و إن كان امرأ اعتبارياً و لا مجال لدعوى كونه من الأمور التكوينية؛ ضروره ان ما يكون في الخارج هو تصرف المستولى على الدار مثلاً بما شاء، ألا ان كون هذا التصرف استيلاء و يداً عليها منوط باعتبار العقلاء، بمعنى ان العرف يعدّ ذلك يداً و استيلاء، فالمقام نظير الفقيه و التحية التي هي من الأمور الاعتباريه غايه الأمر له مباد خارجيه، و إن كان المقصود انحصار دائره اليد بموارد ثبوت الملكيه سبباً أو مسبباً، فمن الواضح ايضاً خلافه؛ لانه ربما يتحقق غصباً أو بصورة التصرف في مال الغير بغير إذنه، غايه الأمر ان اليد التي هي موضوع القاعده كما سيأتي عباره عن اليد المشكوكه التي لم يعلم اقترانها بالملكيه أو الاذن من المالك، و يحتمل كونها غاصبه، فلا مجال للمناقشه في ان المراد باليد نفس الاستيلاء الخارجى المتحقق عند العرف و العقلاء.

ثم انه ربما يتحقق تعدد اليد و الاستيلاء بالنسبه الى مال واحد و شىء فأرد، كالشريكين أو الشركاء في دار واحده، و عليه فمقتضى قاعده أماريه اليد الحكم بثبوت الملكيه لهما أو لهم بنحو الشركه و الإشاعه، و سيأتي الكلام فيه مفصلاً إن شاء الله تعالى.

كما انه لا شك في ان يد الوكيل إذا اعترف بالوكاله تكون يد الموكل، و هكذا غير الوكيل كالودعي و المستأجر و المستعير و المرتهن و أشباههم.

الجهه الثانيه – في مدرک القاعده و مستندها

اشاره

و هو أمور:

الأول بناء العقلاء من جميع الملل و الأمم،

من غير فرق بين المتدينين منهم و غيرهم، على اعتبارها و كونها اماره عندهم لملكيه ذى

ص: ٣٥٩

اليد، ولا شبهه في ثبوت هذا البناء و تحقق هذه السيره؛ فإنهم يرتبون آثار الملكيه على ما في أيدي الناس و لا يتفحصون عن انه هل هو ملك لهم أم لا، بل يجعلون اليد و الاستيلاء الخارجى اماره على الملكيه و لا- يعتنون باحتمال كونها يداً عاديه غير مالكيه.

و ما ذكرنا من الأماريه ليس لأجل استحاله، ان يكون للعقلاء تعبد في أمورهم حتى تمنع الاستحاله بل لأجل ان الأصل و التعبد مرجعه الى البناء على ما هو مقتضى الأصل في محلّ الشك و مورد الشبهه، مع انه من الواضح ان اعتبار اليد عند العقلاء ليس بهذا النحو؛ ضروره انهم لا- يبنون على الملكيه مع الشك فيها، و لا- يتعبدون بالملك و آثاره مع احتمال خلافه، بل احتمال الخلاف ملغى عندهم، لا يعتنون به أصلاً، و بالجمله لا مجال للإشكال في كون اليد فعلاً عند العقلاء من الإمارات، و لا ننكر إمكان ان يكون بحسب الأصل أصلاً تعبدياً مجعولاً لأجل تحقق اختلال في النظام أو عدم حفظ السوق بدون اعتبارها، لكن هذا الإمكان لا ينافى كونه بالفعل يعامل عند العقلاء معامله الاماره الكاشفه الموجهه لإلغاء احتمال الخلاف.

و هذا المقدار الذى هو عبارته عن ثبوت الأماريه عند العقلاء يكفيننا في مقام الاستدلال و الاستناد، و لا يلزم التفحص و التفتيش عن ملاك الطريقيه عندهم، و انه هل هو الغلبه أو شىء آخر، مضافاً الى انه لا- فائده فيه؛ لعدم اقتضاء الفحص للوصول إلى إدراك الواقع و كشف الحقيقه كما لا يخفى.

ثم ان الظاهر عدم تحقق ردع من الشارع عن هذه الطريقيه العقلانيه،

و لو قيل بعدم كفايه عدم ثبوت الردع، بل بالافتقار إلى الإمضاء من ناحيته، نقول: ان الروايات المتكثرة الآتية صالحه للإمضاء، و تأكيد تلك الطريقه و إدخالها في محيط الشرع.

الثانى الإجماع المحقق و الاتفاق على اعتبار ملكيه ذى اليد لما فى يده،

و لا شبهه فى تحقق هذا الإجماع، إلا انه لا يصلح ان يكون حجّه برأسه و دليلاً مستقلاً؛ لانه بعد وجود مدارك متعدده و لا سيما روايات متكثره فى المسأله و احتمال استناد المجمعين إليها، لا يبقى للإجماع أصاله و لا كاشفيه، فلا يكون دليلاً فى مقابلها، كما أشرنا إليه مراراً.

الثالث الروايات المتكثره التى تستفاد منها القاعده

إشاره

و هى على ثلاث طوائف:

الطائفة الأولى ما يدل بظاهره على اعتبار اليد بنحو الأماريه

كموثقه (١) يونس بن يعقوب عن ابي عبد الله (عليه السلام) فى امرأه تموت قبل الرجل، أو رجل قبل المرأه، قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما، و من استولى على شىء منه فهو له (٢).

و الإشكال فى سند الروايه من جهه الزبيرى مدفوع بان الظاهر باعتبار ملاحظه رواياته كونه ثقّه فى نقل الروايه، كما ان دلالتها على اعتبار الاستيلاء و اليد و كونها طريقاً الى ثبوت الملك واضحه؛ فإن الحكم باختصاص متاع النساء بهن، انما هو لأجل كون ذلك اماره على يدها،

ص: ٣٦١

١- (١) الوسائل ١٧:٥٢٥ ب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ح ٣.

٢- (٢) الوسائل أبواب ميراث الأزواج، الباب الثامن، ح ٣.

فهو اماره على الاماره، كما ان اشتراكهما في ما كان مشتركاً بينهما، انما هو لأجل كشف ذلك عن ثبوت اليد لهما معاً، فالجملتان الأوليان في الروايه تدلان على وجود اليد و ثبوتها، غايه الأمر ثبوتها في الأولى للمرأة، و في الثانية للرجل و المرأة معاً، و الجمله الأخيره تدل على أماريه اليد و كون الاستيلاء دليلاً على الملكيه، و ليس المراد الاقتصار على اليد في مقام النزاع، بل الظاهر ان المراد بيان اعتبار اليد بالنسبه إلى ذبيها، حتى يجب على الآخر إقامه البينه، و مع عدمها يكتفى بيمين ذى اليد، و عدم تعرض الروايه لما كان من متاع الرجال فقط، و انه للرجل، لا- يقدر في الاستدلال بها؛ لإمكان ان يكون ذلك لأجل كون التعرض للقسمين الآخرين كافياً و مغنياً، بعد بيان الملاك، و أنه هو اليد، و هى حجه كما لا يخفى.

و روايه (1) عبد الرحمن بن الحجاج عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال: سألتنى: هل يقضى ابن ابى ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه؟ فقلت له: بلغنى انه قضى فى متاع الرجل و المرأة إذا مات أحدهما فادعاه ورثه الحى و ورثه الميت، أو طلقها فادعاه الرجل و ادعته المرأة، بأربع قضايا، فقال: و ما ذاك؟ قلت: أما أولهن فقضى فيه بقول إبراهيم النخعي، كان يجعل متاع المرأة الذى لا يصلح للرجل للمرأة، و متاع الرجل الذى لا يصلح للنساء للرجل، و ما كان للرجال و النساء بينهما نصفين، ثم بلغنى انه قال: انهما مدعيان جميعاً فالذى بأيديهما جميعاً بينهما نصفان، ثم قال: الرجل صاحب البيت و المرأة الداخلة عليه، و هى المدعيه، فالمتاع كله للرجال إلا متاع النساء الذى لا يكون للرجل فهو للمرأة، ثم قضى بعد ذلك بقضاء لو لا ائى

ص: ٣٦٢

شهدته لم اروه عليه، ماتت امرأه منياً و لها زوج و تركت متاعاً، فرفعته اليه فقال: اكتبوا المتاع، فلما قرأه قال للزوج: هذا يكون للرجال و المرأة فقد جعلناه للمرأة إلّا الميزان فإنه من متاع الرجل فهو لك، فقال لى: فعلى أى شىء هو اليوم؟ فقلت: رجع الى ان قال بقول إبراهيم النخعي أن جعل البيت للرجل، ثم سألته عن ذلك فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذى أخبرتنى أنك شهدته، و إن كان قد رجع عنه، فقلت: يكون المتاع للمرأة؟ فقال: أ رأيت إن أقامت بينه الى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سئلت من بين لابتيتها يعنى الجبلين، و نحن يومئذٍ بمكة لأخبروك أن الجهاز و المتاع يهدى علانيه من بيت المرأة إلى بيت زوجها، فهى التى جاءت به، و هذا المدعى، فان زعم انه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البينة.

و الروايه تدل على اختصاص متاع البيت بالمرأة و إن الرجل هو المدعى ان زعم انه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البينه، معللاً بوضوح ان الجهاز و المتاع يهدى علانيه من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به، فمفادها ان المرأة مستولىه على متاع البيت، و الاستيلاء كاشف عن كونها مالكة، فيجب على الزوج إقامة البينه، و المرأة مع عدمها لا يجب عليها إلّا اليمين، فدلالة الروايه واضحه كما ان سندها ايضاً غير قابل للإشكال من جهة محمد بن إسماعيل الرّاوى عن الفضل بن شاذان، فإنه يستفاد من التتبع فى رواياته كونه مورداً للوثوق، مضافاً الى ان اجازة الفضل له نقل كتابه ايضاً تكشف عن الاعتماد عليه.

و روايه (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (عليه السلام) قال سألته عن الدار يوجد فيها الورق، فقال: ان كانت معموره فيها أهلها فهي لهم، و إن كانت خربه قد جلا عنها أهلها، فالذى وجد المال أحقّ به (٢).

و روايه (٣) جميل بن صالح قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل وجد فى منزله ديناراً، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير، قال: هذا لقطه، قلت: فرجل وجد فى صندوقه ديناراً، قال: يدخل أحد يده فى صندوقه غيره أو يصنع فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: فهو له.

و روايه (٤) دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين (عليه السلام) انه سئل عن الورق توجد فى الدار، فقال: ان كانت عامره فهي لأهلها، و إن كانت خراباً فسيلها سبيل اللقطه.

الطائفة الثانية ما يدل على حجّيه اليد و اعتبارها من غير دلالة على كونها اماره

كروايه (٥) محمد بن الحسين قال: كتبت الى ابي محمد (عليه السلام): رجل كانت له رحى على نهر قريه، و القرية لرجل، فأراد صاحب القرية ان يسوق الى قريته الماء فى غير هذا النهر؛ و يعطل هذه الرحى، إله ذلك أم لا؟ فوقع (عليه السلام): يتقى الله و يعمل فى ذلك بالمعروف، و لا يضرّ أخاه المؤمن.

ص: ٣٦٤

- ١- (١) الوسائل ١٧:٣٥٤ ب ٥ من أبواب اللّقط ح ١.
- ٢- (٢) الوسائل أبواب اللقطه، الباب الخامس، حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل ١٧:٣٥٣ ب ٣ من أبواب اللّقطه ح ١.
- ٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٧:١٢٨ ب ٤ من أبواب اللّقطه ح ١.
- ٥- (٥) الوسائل ١٧:٣٤٣ ب ١٥ من أبواب إحياء الموات ح ١.

و روايه (١) العيص بن القاسم عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال سألته عن مملوك ادعى انه حرّ و لم يأت بينه على ذلك اشتره؟ قال: نعم.

و مثلها (٢) روايه حمزه بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ادخل السوق و أريد اشترى جاريه، فتقول: إني حرّه، فقال: اشترها ألّا ان يكون لها بينه.

و ما رواه (٣) علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبيه عن ابن ابي عمير عن عثمان بن عيسى و حمّاد بن عثمان جميعاً عن ابي عبد الله (عليه السلام) في حديث فدك أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) قال لأبي بكر: أ تحكّم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين؟ قال: لا، قال فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعت انا فيه، من تسأل البيئه؟ قال إياك كنت أسأل البيئه على ما تدّعيه على المسلمين، قال: فاذا كان في يدي شيء فادّعي فيه المسلمون تسألني البيئه على ما في يدي و قد ملكته في حياه رسول الله (صلى الله عليه و آله) و بعده، لم تسأل المؤمنين البيئه على ما ادّعوا عليّ، كما سألتني البيئه على ما ادّعت عليهم؟ الى ان قال: و قد قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) البيئه على المدّعي و اليمين على من أنكر. و رواه (٤) الطبرسي في الاحتجاج مرسلًا، و يمكن ان يقال ياشعار هذه الروايه بل دلالتها على أماريه اليد و كاشفيتها؛ نظراً الى قوله (عليه السلام): فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه؛ فان توصيفهم

ص: ٣٤٥

١-٢) الوسائل ٣٩:١٦ ب ٢٩ من أبواب العتق ح ٤.

٢-٣) التهذيب ٧٤:٧ ح ٣١٨.

٣-٤) الوسائل ٢١٥:١٨ ب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

٤-١) الاحتجاج للطبرسي: ٥٩.

بكونهم مالكين ليس ألّا من جهة مجرّد اليد الكاشفه عن الملكيه، لا- انه كان هناك طريق آخر عليها، كما لا يخفى، نعم قوله (عليه السلام) بعده: و قد ملكته في (حيوه) رسول الله (صلى الله عليه و آله) و بعده ربما ينافى ذلك فتدبر.

الطائفه الثالثه ما يدل على اعتبار اليد ايضاً،

و لكن ربما توهم دلالتة ايضاً على كونها أصلاً، كروايه (١) حفص بن غياث عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يد رجل، يجوز لى ان اشهد أنه له؟ قال: نعم، قال الرجل أشهد أنه في يده و لا أشهد أنه له؛ فلعلّه لغيره، فقال أبو عبد الله (عليه السلام) أ فيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد الله (عليه السلام) فلعلّه لغيره، فمن اين جاز لك ان تشريه و يصير ملكاً لك ثمّ تقول بعد الملك: هو لى، و تحلف عليه و لا يجوز ان تنسبه الى من صار من قبله إليك ثمّ قال أبو عبد الله (عليه السلام): لو لم يجر هذا لم يقم للمسلمين سوق (٢).

و هذه الروايه و إن كانت ضعيفه من حيث السند بقاسم بن يحيى ألّا أنّها مجمع على العمل بها، و وجه توهم دلالتها على كون اليد أصلاً لا اماره قوله (عليه السلام) فى الذيل: لو لم يجر هذا لم يقم للمسلمين سوق؛ و ذلك لانه يستفاد منه ان اعتبار اليد و جعلها حجه أنّما هو لأجل اختلال سوق المسلمين بدونه، لا لأجل كونها كاشفه و طريقاً. و لكن يرد عليه مضافاً الى ان قوله (عليه السلام) فمن اين جاز لك ان تشريه و يصير ملكاً لك؟ ظاهر فى ان صيرورته ملكاً له أنّما هو لأجل كونه تحت استيلاء البائع و يده الكاشفه

ص: ٣٦٦

١-١) الوسائل ١٨:٢١٥ ب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم ح ٢.

٢-٢) الوسائل أبواب كيفيه الحكم، الباب الخامس و العشرون، حديث ٢.

عن ملكه ثم انتقله اليه بالبيع، و لو لم تكن اليد اماره على ثبوتها لما جاز الحلف على الملكيه المترتبه على الشراء بعد عدم ثبوتها للبائع ان التعليل فى الذيل لا يدل على الأصلية، لاحتمال ان يكون ذلك حكمه، لعدم ردع الشارع عن اعتبارها، لا لأصل اعتبارها، و بعبارة أوضح حيث ان الأمارات العقلانيه المعتمده عند العقلاء يحتاج اعتبارها شرعاً الى عدم ردع الشارع عنها، و إلا فلا اثر لها بنظر الشرع، و من المعلوم ان الردع و عدمه لا يكون إلا لأجل وجود المصلحه و عدمها؛ ضروره انه لا يكون جزافاً و من غير وجهه، فلا- محاله لا بد ان يكون عدم ردع الشارع فى المقام عن أماريه اليد مسيئاً عن أمر، و قد بين فى الروايه ذلك الأمر، و هو اختلال سوق المسلمين بدونه، فهذه حكمه لعدم الردع عما هو المعروف بين العقلاء، لا بيان لقاعده مخترعه للشارع فى قبال العقلاء، و بالجمله لو كان هذا تعليلاً لأصل اعتبار اليد لكان لتوهم دلالتها على كون اليد أصلاً وجهه، و إلا فمع ظهوره فى كونه تعليلاً لعدم الردع عما هو المعروف بين العقلاء أو مع احتمالها، لا يبقى للتوهم المزبور مجال أصلاً فتدبر.

و روايه (1) مسعده بن صدقه عن ابى عبد الله (عليه السلام) قال: سمعته يقول: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، و المملوك عندك لعله حرّ قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً، أو امرأه تحتك و هى أختك أو رضيعتك، و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك

ص: ٣٦٧

المثاليين الأولين، و عدم تحقق الرضاع أو عدم تحقق الأختية بناء على قول من يقول بجريان الاستصحاب فى مثله، أو عدم تحقق الزوجيه بناء على قول من يقول بخلافه كما هو الحق، و قد حققناه بما لا- مزيد عليه فى استصحاب عدم القرشيه، و كذا استصحاب التذكيه، أى عدم قبولها كما فى المثاليين الأخيرين، و من المعلوم انه لا مجال للأصل المحكوم مع وجود الأصل الحاكم موافقاً كان أو مخالفاً، و حينئذ لا محيص عن حمل الأمثله على بيان التنظير لا الافراد و المصاديق، فلا دلالة للروايه بناء عليه إلا على مجرد اعتبار اليد، من غير دلالة و لا إشعار بأن اعتبارها من باب الأصل.

و قد انقذح من جميع ما ذكرنا انه لا معارض للطائفه الاولى من الاخبار الداله على أماريه اليد و كونها كاشفه، فلا محيص عن الالتزام بها، نعم ذكر المحقق البجنوردى (1) (قده) أنه لا- دلالة لشيء من الاخبار على الأماريه، و إن غايه مفادها ترتيب آثار الملكيه لما تحت يد شخص من دون تعرض الى أنّ اليد طريق إلى الملكيه أم لا. فقولته: من استولى على شيء منه فهو له، لا يدل على ترتيب آثار الملكيه على ما استولى عليه، و هذا المعنى أعم من الأماريه و الأصلية، و يجتمع مع كل واحد منهما، فلا يمكن إثبات خصوص أحدهما بها حتى ان جواز الحلف و الشهاده اللذين أخذ العلم فى موضوعهما على نحو الطريقيه مستنداً إليها، لا ينافى أصليتها، لأن الأصول التنزيليه أيضاً مثل الأمارات تقوم مقام العلم الذى أخذ فى الموضوع على نحو الطريقيه، فمن هذه الجبهه أيضاً لا فرق بينهما.

و لكن يرد عليه أنّ تشخيص المراد من الروايات موكول الى العرف

ص: ٣٦٩

فإنه الحاكم في هذا الباب، و من الواضح انه لو كان شىء عند العقلاء يعامل معاملة الطريقيه فإذا ورد في كلام الشارع ترتيب الأثر عليه فلا محاله يفهم العرف من ذلك الكلام ان الشارع اعتبره على النحو الذى يعتبرونه هم، فإذا كان الاستيلاء على شىء موضوعاً عند العقلاء للحكم بالملكيه و ترتيب آثارها عليه بنحو يكون الاستيلاء كاشفاً عنها و أماره عليها، فإذا وقع موضوعاً للحكم بالملكيه فى كلام الشارع الملقى الى العرف، لا مجال للمناقشه بأن الحكم بالملكيه يمكن ان يكون من سنخ الأصول دون الأمارات، و الكلام يحتمل وجهين بل ظاهر فى الأماريه و الكاشفيه بنحو ما يكون عند العرف، و عليه فدلاله الروايه بهذه الملا حظه ظاهره، و يؤيده جواز الحلف و الشهاده؛ فان الاكتفاء فيه بالأصول التنزيليه على حسب اصطلاحه محلّ كلام و اختلاف كما بيّن فى محله، مع انه لم يختلف أحد فى جواز الحلف و الشهاده فى المقام، و هذا يكشف عن عدم كونه من تلك الأصول بل من الأمارات.

الجهه الثالثه - فى مفاد القاعده،

و قد ظهر من المباحث السابقيه ان مفاد القاعده اعتبار اليد و الاستيلاء على شىء و الحكم بترتب آثار الملكيه على ما تحتها من جواز الاشتراء و الحلف و الشهاده و ساير الآثار فى مورد كون مبدأ الاستيلاء و السيطره مشكوكاً و إن منشأه هو الملكيه الاختياريه أو القهريه كالإيرث أو الاذن من المالك، أو أنه العدوان و قهر المالك، أو مع عدم الاذن منه، ففى صوره الشك تجرى هذه القاعده و تحكم بملكيه المستولى و صاحب اليد، و بهذا يتحقق الفرق بين مورد هذه القاعده و بين مورد قاعده ضمان اليد التى تقدم البحث فيها مفصلاً؛ فان مورد تلك

القاعده صوره العلم بكون الاستيلاء واقعاً عدواناً و بدون اذن المالك و رضاه، و مورد هذه القاعده صوره الشك في ذلك، فتفترق القاعدتان من حيث المورد كافتراقهما من حيث الحكم و المفاد.

الجهه الرابعه- في مقدار حجيه القاعده و موارد جريانها،

اشاره

فإنه قد وقع الخلاف في جملة من الموارد بعد الاتفاق على أصل الاعتبار في الجملة، فنقول: لا شبهه في جريانها في الأعيان المملوكة إذا كانت العين في حدّ نفسها قابله للنقل و الانتقال، و لم تكن من قبيل الأعيان الموقوفه، بل و لا- من الأراضي المفتوحه عنوه العامره حال الفتح حيث؛ إن جواز النقل و الانتقال في الوقف يحتاج الى عروض بعض العناوين المجوزه كالخراب و مثله المذكوره في محلّه، و في الأراضي المفتوحه يحتاج الى ان يرى وليّ المسلمين المصلحه في نقلها، و هذا الذي ذكرنا أنّما هو من جهه كونها عيناً و من جهه القابليه للنقل و الانتقال، و أمّا من الجهات الأخر كعدم كون اليد من أوّل حدوثها مجهوله العنوان، و عدم كون ذي اليد معترفاً بأنها ليست له، و غير ذلك فهو محلّ خلاف كما سيأتي،

و بالجملة فموارد الخلاف كثيره:

الأوّل المنافع،

فإنه وقع الإشكال في جريان قاعده اليد فيها، و لكن الظاهر هو الجريان؛ لإطلاق قوله (١) (عليه السلام) في موثقه يونس المتقدمه: من استولى على شيء منه فهو له؛ لاین المنافع من جملة الأشياء، مضافاً الى ظاهر الروايه المتقدمه الوارده في الرّحى التي كانت لرجل على نهر قريه، فأراد صاحب القريه ان يسوق الى قريته الماء في غير هذا النهر، المستلزم لتعطيل الرّحى؛ إذ حكم (عليه السلام) بوجوب اتقاء الله، و العمل

ص: ٣٧١

بالمعروف و عدم إضرار أخيه المؤمن.

هذا و قد صرّح المحقق النراقي (١) (قده) فى العوائد بعدم الشمول للمنافع، بل مقتضى ذيل كلامه عدم تحقق اليد و الاستيلاء موضوعاً بالنسبة إلى المنافع، فإنه (قده) بعد الاستدلال لعدم الشمول بالأصل، و عدم ثبوت الإجماع فى غير الأعيان، و اختصاص الاخبار بها على اختلافها من حيث ظهورها فى خصوص الأعيان أو إجمالها أو عدم دلالتها على ما هو المطلوب من الأمايه، و بعد دعوى اختصاص صدق اليد حقيقه بالأعيان؛ لأنها المتبادره عرفاً من لفظ اليد و الاستيلاء، قال: و هنا كلام آخر و هو ان اليد و الاستيلاء انما هو فى الأشياء الموجوده فى الخارج القارّه، و أمّا الأمور التدريجيّه غير القارّه كالمنافع، فلو سلّم صدق اليد و الاستيلاء عليها، فإنّما هو فيما تحقّق و مضى لا فى المنافع المستقبليه التى هى المراد هاهنا.

و الجواب عنه أولاً بالنقض بأصل الملكيه؛ فإنه لو لم تكن المنفعه التى وجودها تدريجى قابله لان يتعلّق بها الاستيلاء و تقع مورداً للسّلبه و اليد باعتبار كون وجودها غير قارّ، لم تكن قابله لان تقع مملوكه ايضاً؛ لعدم الفرق بين الملكيه و الاستيلاء من هذه الجهه أصلاً، مع ان تعلق الملك بها مضافاً الى بداهته لا يلتزم القائل باستحاله كما هو ظاهر.

و ثانياً بالحلّ، و هو ان المراد بالاستيلاء المساوق لليد ليس هو الاستيلاء الحقيقى حتى يمنع تعلقه بالأمر غير الموجود، بل الاستيلاء الاعتبارى، الذى يعتبره العقلاء فى موارد، و يستتبعه الاختصاص، و هذا لا مانع من ان يتعلّق بالأمر الذى لا يكون موجوداً بالفعل، كما ان الملكيه

ص: ٣٧٢

المتعلقه به أمر اعتبارى و نسبه معتبره عند العقلاء بين المالك و المملوك، فالظاهر إمكان تحقق الاستيلاء و اليد بالنسبه إلى المنافع، كما فى الملكيه، بل قد عرفت شمول الأدله و عدم اختصاصها بالأعيان، فالإشكال فى هذه الجبهه ممّا لا مجال له، و أمّا ما قيل من ان المراد باليد هى السيطره و الاستيلاء الخارجى، سواء كان هناك معتبر فى العالم أم لا؛ إذ اليد بالمعنى المذكور من الأمور التكوينيّه الخارجيه، و ليست من الأمور الاعتباريه، و لذلك تتحقق اليد من الغاصب مع انه لا اعتبار لا من طرف الشارع و لا من طرف العقلاء، و القول بأنه باعتبار نفسه شطط من الكلام يدفعه ان الاعتبار المفقود فى الغاصب هو اعتبار الملكيه لا اعتبار كونه فى يده و هو مستول عليه، كيف و قد حكم الشارع بضمانه بقوله (١) (صلى الله عليه و آله): على اليد ما أخذت حتى تؤدى؛ فإنه مع عدم اعتبار كونه مأخوذاً لليد و هى آخذته، لا معنى للحكم بضمانه، و الإنصاف انها ليست من الأمور التكوينيّه المتحققه مع قطع النظر عن الاعتبار، بل أمر متحقق به، و لذا يختلف مواردها كما ذكرنا فى أول بحث القاعده، نعم يبقى الإشكال فى ان الاستيلاء المتعلق بالمنافع هل هو استيلاء مستقلّ فى قبال الاستيلاء المتعلق بالأعيان بحيث يكون لمالك العين و المنفعه استيلاءً ان يكشف كل منهما فى عرض واحد، عن ملكيه المستولى بالنسبه إلى المستولى عليه، الذى هو العين فى أحدهما و المنفعه فى الآخر، أو ان يد صاحب المنافع عليها تبعيه فى طول الاستيلاء المتعلق بالأعيان، أو انه لا يكون هنا إلا استيلاء واحد متعلق بالأعيان، غايه

ص: ٣٧٣

١-١) سنن ترمذى ٣: كتاب البيوع ح ١٢٦٦. سنن ابن ماجه ٢: كتاب الصدقات باب العاريه ح ٢٤٠٠ مسند حنبل ٨: ٥ و ١٢ و ١٣.

الأمر أنه يكشف عن ملكيه العين و المنفعه جميعاً، أو انه لا- يكشف ألّا عن ملكيه العين، غاية الأمر ان ملكيه العين تكشف عن ملكيه المنافع، فهي مكشوفه لا بأصل الاستيلاء المتعلق بالعين، بل بالملكيه المتعلقه بالعين المنكشفه بسبب الاستيلاء المتعلق بها؟ وجوه و احتمالات متصوره بحسب التصور الابتدائي و النظر البدوي، و لكن الظاهر هو الاحتمال الثاني؛ لابتناء الأخيرين على عدم تعلق الاستيلاء بالمنافع، و قد عرفت وقوعه فضلاً عن إمكانه، و أمّا الاحتمال الأوّل فهو ايضاً خلاف ما هو المعبر عند العقلاء؛ فإنهم لا يعتبرون الاستيلاء بالنسبه إلى المنافع ألّا تبعاً للاستيلاء المتعلق بالأعيان، كما هو ظاهر.

ثم انه فصل المحقق (1) البجنوردى (قده) فى المنافع من جهه جريان القاعده فيها بما حاصله: أنه تاره يكون المدعى هو المالك باعتراف ذى اليد، بان يقول مثلاً يا زيد المدعى هذه الدار التى الآن فى يدى ملكك، و لكنها فى اجارتى إلى سنه مثلاً و أخرى يكون المدعى أجنبيّاً أى ليس بمالك، مثل ان يدعى شخص آخر و يقول: فى اجارتى لا فى اجارتك، ففى الثانى تكون اليد حجه فى مقابل الأجنبي دون الأوّل، أى فى مقابل المالك؛ نظراً الى ان المدعى لو كان هو المالك، فحيث أنّ ذا اليد معترف بان يده امائيه و من قبل المالك، ففى الحقيقه يده يد المالك، فلا مجال للمخاصمه مع المالك مثل هذه اليد؛ لأنه أسقطها عن الاعتبار بالنسبه إلى المالك، باعترافه ان يده امائيه، و أمّا بالنسبه إلى الأجنبي فلا من جهه ان اليد موجوده على الفرض و لم يصدر عن ذى اليد اعتراف يضرّ بامارتها بالنسبه إلى

ص: ٣٧٤

الأجنبي، نعم يبقى المطالبه بدليل على اعتبار مثل هذه اليد التبعية، ثم اختار انه لو كان المدرك هو الاخبار أو الإجماع فإثبات الاعتبار مشكل في الأول، و معلوم العدم في الثاني، و لو كان المدرك هو بناء العقلاء يتعين التفصيل المذكور.

أقول: قد مرّ ان يد المستأجر أنّما هي يد الموجر، كما انه قد مرّ ان اليد على المنافع و الاستيلاء عليها، أنّما هو بتبع اليد على العين و في طولها، لكن المراد بالأول هو ما إذا كانت اليد ملحوظه بالنسبه إلى أصل ملكيه العين، بمعنى ان يد المستأجر كاشفه عن ملكيه الموجر للعين المستأجره، كما ان يد المؤجر كاشفه عنها، و أمّا بالنسبه إلى المنفعه التي هي ملكك للمستأجر بسبب الإجاره؛ فلا- مجال لتوهم كون يده يده كما هو ظاهر، كما ان المراد بالثاني ما إذا كانت العين تحت يد المالك؛ فإنه حينئذ يكون الاستيلاء على المنافع بتبع الاستيلاء على العين و في طولها، و أمّا إذا كانت العين تحت يد المستأجر فلا تكون هذه التبعية، بل تصير مثل أصل الملكيه؛ فإن تبعيه ملكيه المنافع لملكه العين أنّما هي في مورد المالك للعين، و أمّا بالنسبه إلى المستأجر فالملكيه متحققه من دون ان يكون هناك تبعيه أصلاً، و على ما ذكرنا لا يبقى مجال للتفصيل المذكور؛ فإنّ اليد كاشفه عن ملكيه المنافع سواء كانت المخاصمه مع المالك أو مع الأجنبي، و أمّا الإشكال في شمول الاخبار لليد على المنافع فقد عرفت الجواب عنه، و إن بعض الروايات وارده في خصوص المنفعه، فلا- فرق بين ان يكون المدرك هي الاخبار أو بناء العقلاء، نعم قد عرفت المناقشه في أصل اعتبار الإجماع في القاعده، بأنه لا أصاله له و لا يكشف عن موافقه المعصوم (عليه السلام)

الثانى من موارد الخلاف، جريان القاعده بالنسبه إلى نفس صاحب اليد

إذا شك فى ان ما بيده ملك له أو لغيره، و لم يكن فى مقابله مدّع أصلاً، و الظاهر هو الجريان؛ لإطلاق قوله (عليه السلام) فى موثقه يونس المتقدمه: و من استولى على شىء منه فهو له، و لكنه ربما يناقش فى الاستدلال بها بان الظاهر من هذه الروايه انه (عليه السلام) فى مقام مخاصمه الزوج مع الزوجه حكم بان كل واحد منهما إذا كان مستولياً على شىء من متاع البيت فهو له، فلا إطلاق لها يشمل صورته عدم التنازع و عدم وجود مدّع فى البين.

و يدفع هذه المناقشه مضافاً الى ان المفروض فيها موت أحد الزوجين فلا معنى للمخاصمه بينهما انه على تقدير التصحيح بان المراد مخاصمه ورثه الميت لأحد الزوجين لم يفرض فى الروايه التخاصم و التنازع بوجه، بل قد عرفت أنّ ذيل الروايه أنّما هو فى مقام افاده قاعده كلييه و ضابطه عامه و هى تشمل صاحب اليد ايضاً كما لا يخفى، نعم لا مجال للاستدلال بموثقه مسعده بن صدقه المتقدمه، لا لان مساق تلك الروايه فى بيان قاعده الحلّ و لا ربط لها بباب اليد أصلاً؛ فإنك عرفت تماميّة دلالتها على قاعده اليد، بل لأجل ان موردها اعتبار يد الغير بالنسبه إلى ملكيه ما فى يده، و لا دلالة لها على اعتبار اليد فى حق نفس ذى اليد.

و ربما يستدل على الخلاف بصحيحه (1) جميل بن صالح المتقدمه؛ إذ انه (عليه السلام) حكم فيها فى ما وجده الرجل فى داره من الدينار مع دخول الغير فيها أحياناً، بأنه ليس له، مع ثبوت اليد و الاستيلاء عليه، و أيضاً علل (عليه السلام)

كون ما وجد في الصندوق له بما يفيد العلم بأنه ليس لغيره من عدم إدخال غيره يده فيه أصلاً.

و بموثقه (1) إسحاق بن عمار عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحواً من سبعين درهماً مدفونه، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفه، كيف يصنع؟ قال يسأل عنها أهل المنزل لعلمهم يعرفونها، قلت: فان لم يعرفوها؟ قال يتصدق بها؛ نظراً إلى انه لا شك في ان الدرهم كانت في تصرف أهل المنزل و تحت أيديهم، و لو كانت يدهم حجه بالنسبه إليهم، لكان اللازم مع عدم معرفه الرد إليهم لا يتصدق بالدرهم كما هو ظاهر.

أقول: أما الصحيحه، فالظاهر عدم دلالتها على ما رآه المستدل بوجه؛ فان الظاهر ان سؤال الإمام (عليه السلام) عن انه هل يدخل منزله غيره أم لا؟ كان لأجل افتراق الصورتين في الحكم؛ ضروره انه لا مجال للاستفصال و السؤال مع اشتراك الحكم و عدم الاختصاص، و حينئذ يستفاد من الروايه ان دخول الغير منزل الرجل له دخل في الحكم بكون الدينار الذي وجده الرجل لقطه، و انه لو لم يكن كذلك لا يكون لقطه، بل هو لصاحب المنزل المستولى عليه، و الحكم بكونه لقطه في ذلك المورد أنما هو لأجل انه مع دخول الغير في المنزل، خصوصاً إذا كان كثيراً، لا يكون للرجل استيلاء على الدرهم، خصوصاً مع كون المتعارف في الدرهم و الدينانير ان لهما موضعاً مخصوصاً بعيداً عن أيدي الداخلين و أنظارهم، كما ان التفصيل فيما لو وجد في صندوقه ديناراً بين ما يدخل أحد غيره يده فيه و بين غيره، ليس لأجل انه مع عدم إدخال الغير يده فيه يحصل له

ص: ٣٧٧

العلم بكونه مالكاً له؛ ضروره انه قد يحصل له الشك فيه و لو مع العلم بعدم إدخال الغير يده فيه، كيف و لا مجال مع العلم للسؤال فى الروايه، بل لأجل انه مع انحصار التصرف فى الصندوق به نفسه يكون هو المستولى فقط على ما فيه، و أمّا مع إدخال الغير يده فيه، الذى يكون كناية عن استيلاء الغير ايضاً لا يكون الاستيلاء له فقط.

و أمّا الموثقه فالظاهر ايضاً عدم تماميه الاستدلال بها؛ لانه بيوت مكّه فى الموسم يكون أكثرها منزلاً- للحجاج على ما هو المتعارف فى هذه الأزمنه، مع شدّه و كثره عددها، فكيف بالأزمنه السالفه؟ و من المعلوم انه فى تلك الأيام لا يبقى لصاحب المنزل استيلاء على ما فى منزله، خصوصاً بالنسبه إلى الدراهم التى وجدها الرجل مدفونه، فإن الظاهر انه ليس المراد بالدفن الا كونها مستوره تحت رماد و نحو ٥، مما هو من آثار من دخل فى المنزل قبل هذا الرجل ممّن هو مثله؛ لان الرجل المسافر لا يكون من شأنه الإقدام على حفر منزل غيره، و بالجمله فالحكم بالتصدق مع عدم معرفه أهل تلك البيوت ليس لأجل عدم اعتبار يد المستولى بالنسبه إلى نفسه، بل لأجل عدم تحقق استيلاء فى أمثال مورد الروايه، فتدبر.

الثالث من موارد الخلاف ما لو كان حال اليد فى السابق معلوماً،

و بعبارة اخرى: كان حال حدوثها معلوم العنوان، و فيه صور؛ فإنّه تاره يعلم بأنها كانت فى السابق يداً عاديه و كان ذو اليد غاصباً لما تحت يده، غايه الأمر انه يحتمل فعلاً ان يكون مالكاً له بالانتقال اليه بناقل شرعى اختيارى، أو قهرى كالإرث، و اخرى يعلم بكون اليد السابقه يد عاريه أو إجاره أو وكاله و نحوها، و الآن يحتمل كونه مالكاً للعين كذلك، و ثالثه

يعلم بكون العين التي بيده موقوفه، و الآن يشك في ملكيه ذى اليد باعتبار احتمال عروض بعض الأمور المسوغه لنقلها و تحقق النقل و الانتقال بعده.

أما في الصورة الأولى، فالظاهر عدم اعتبار اليد، لان العقلاء لا يكون بناؤهم في هذه الصورة على معاملة ذى اليد معاملة المالك، و لا تكون يده حينئذ اماره على الملكيه و كاشفه عنها مضافاً، الى بعض ما يجيء في الصورة الثانيه.

و أما في الصورة الثانيه، فقد لا يكون في مقابل ذى اليد مدّع لملكه العين أصلاً، و قد يكون، و على التقدير الثاني قد يكون المدعى هو الذى كان مالكا للعين سابقاً، و كان ذو اليد مستأجراً له أو مستعيراً منه، و قد يكون المدعى أجنبياً، كما انه على هذا التقدير قد يقع الكلام في حكم اليد الكذائيه، و انه كيف يتعامل معها، و قد يقع الكلام في حكم الحاكم و انه كيف يحكم؟ إذا عرفت ذلك، فاعلم ان مقتضى إطلاق كلام المحقق (١) النائينى (قدس سرّه) سقوط اليد في جميع التقادير، و لزوم العمل على ما يقتضيه استصحاب حال اليد؛ نظراً الى ان اليد انما تكون اماره على الملك إذا كانت مجهوله الحال غير معنونه بعنوان الإجاره و العاريه و الغصب و نحوها، و استصحاب حال اليد يوجب تعنونها بعنوان الإجاره أو العاريه، فلا تكون كاشفه عن الملكيه، و لا مجال لدعوى حكومه اليد على الاستصحاب بتوهم ان اليد اماره على الملكيه فيرتفع بها موضوع الاستصحاب؛ لان موضوعه اليد العاديه، و اليد تقتضى الملكيه فلا يبقى موضوع للاستصحاب؛ و ذلك

ص: ٣٧٩

لان اليد انما تكون اماره على الملكيه إذا لم يعلم حالها، و الاستصحاب يرفع موضوع اليد كما هو واضح.

و أورد عليه بوجهين:

أحدهما ما افاده المحقق (١)العراقي (قده) من ان هذا الكلام له وجه لو قلنا بان الجهل بالحاله السابقه مأخوذ فى موضوع دليل اعتبار اليد و حجتيه، لا ان يكون الجهل بالحاله السابقه مورداً للقاعده كما هو كذلك، و إلا لو كان الجهل موضوعاً لها يلزم ان تكون القاعده أصلاً عملياً؛ و ذلك لان الفرق بين الأصل و الأماره هو ان الشك و الجهل مأخوذ فى موضوع الأصل دون الاماره، نعم حجيه الاماره و اعتبارها فى مورد الجهل و استتار الواقع، و إلا فمع العلم بوفاقه أو خلافه لا يبقى مورد لجعل الاماره.

و قد أجاب عنه تلميذهما المحقق (٢)البنجوردى (قده) بأنه يمكن ان يقال: ان بناء العقلاء على أماريه اليد لا يثبت الملكيه شرعاً إلا بإمضاء الشارع لذلك البناء، فاذا قال الشارع: لا تنقض اليقين بكونها يد عاريه أو يد أمانه مالكيه أو شرعيه بالشك فى بقاء تلك الحاله السابقه، و ابن على بقاء تلك الحاله، فهذا ردع عن تلك السيره و ذلك البناء.

ثانيهما ما افاده سيدنا الأستاذ الأعظم الخمينى مدّ ظله العالى من ان اليد المسبوقه بكونها عاريه أو إجاره، اما ان تكون عند العقلاء معتبره و كاشفه عن الملكيه، و أما ان لا تكون كذلك، فعلى الأول لا مجال للاستصحاب بعد اختصاص اعتباره بشريعه الإسلام، و عدم اختصاص بناء

ص: ٣٨٠

١-١) القواعد الفقيهيه ١:١١٨ و ١١٩.

٢-٢) القواعد الفقيهيه ١:١١٨ و ١١٩.

العقلاء في اعتبار اليد بخصوص المتدينين منهم كما، هو ظاهر، و على الثاني لا حاجة الى الاستصحاب؛ لان نفس وجود تلك الحالة السابقه كافٍ في عدم الاعتبار على ما هو المفروض.

ثم قال: و يمكن ان يقال كما هو ظاهر العبارة بأن اليد التي هي مورد بناء العقلاء هي اليد الموصوفه بكونها مجهوله الحال غير معنونه بعنوان الإجاره و غيرها، و عليه فالرجوع الى الاستصحاب أنما هو من باب تشخيص مورد البناء و تمييزه عن غيره، فباستصحاب حال اليد الحاكم بكونها معنونه بعنوان الإجاره أو العاريه يعرف عدم كون اليد المسبوقه بذلك مورداً لبناء العقلاء و حكمهم بالاعتبار، و يرد عليه حينئذ مضافاً الى ما عرفت من عدم جواز تشخيص المورد بالاستصحاب الذي يختص باعتباره بطائفه خاصه من العقلاء و هم المتدينون بدين الإسلام، بعد كون المناط في حجيتها هو بناء العقلاء بما هم عقلاء انه مع قطع النظر عن ذلك نقول: إن هذا الاستصحاب ليس واجداً لشرائط الحجية؛ لأنه يشترط في حجيتها ان يكون المستصحاب حكماً شرعياً أو موضوعاً لأثر شرعي، و استصحاب حال اليد و كونها معنونه بعنوان الإجاره أو العاريه لا يكون واجداً لهذا الشرط؛ لانه لم يرد في دليل شرعي ترتب اثر على اليد المعنونه بغير عنوان الإجاره و العاريه حتى يحرز بالاستصحاب عدم تحقق الموضوع فيترتب عليه نفى ذلك الأثر، كما لا يخفى، هذا كله فيما لو استند في اعتبار اليد الى بناء العقلاء بما هم عقلاء، و أما لو استند فيه الى قوله (عليه السلام) في موثقه يونس بن يعقوب المتقدمه: و من استولى على شيء منه فهو له، فإن أخذ بظاهره فمقتضى إطلاقه اعتبار اليد هنا، و إن ادعى فيه التقييد، فإن كان

القيد هو الملكيه، و كان المراد هو الاستيلاء الملكى، لزم كون القضييه ضروريه بشرط المحمول كما هو ظاهر، و إن كان القيد هو عدم العلم بكونها ملكاً أو إجاره أو عاريه أو غيرها فمقتضاه اعتبار اليد فى المقام؛ لان المفروض الشك فى كون اليد الفعلية بعنوان الإجاره أو العاريه أو غيرهما.

و بعباره اخرى: ان كان القيد هو إحراز كونه استيلاء ملكياً لا إجاره و لا عاريه و لا غيرهما، فالشك فى ذلك يوجب عدم اعتبار اليد، و لا يحتاج الى استصحاب بقائها على الحاله السابقه، و إن كان القيد هو الشك فى ذلك، فمجرد الشك يوجب اعتبار اليد بمقتضى الزوايه و لا- مجال للاستصحاب بعد حكومه الأماره عليه، و منه ظهر الخلل فى ما افاده، و إن قلنا بان المستند هو بناء العقلاء؛ و ذلك لان المراد من قوله فى صدر العبارة: ان اليد انما تكون اماره على الملك إذا كانت مجهوله الحاله، ان كان هو مجرد الجهل بحال اليد و عدم العلم به، فلازمه اعتبار اليد فى المقام؛ لان المفروض جهاله حال اليد و عدم العلم به، و إن كان المراد هو عدم تعنونها بعنوان الإجاره و العاريه و نظائرهما، فاللائزم إحراز ذلك، و لا يكاد يحرز عند العقلاء بما هم عقلاء بالاستصحاب الذى يختص جريانه بشريعه الإسلام كما عرفت.

و الحق ان يقال: انه لا ريب فى اعتبار اليد فيما لو لم يكن فى مقابل ذى اليد مدّع أصلاً، و كان هو المدعى للملكيه لبناء العقلاء على ذلك كما يظهر بالمراجعه إليهم، نعم يحتمل ان يكون الوجه فى بنائهم هو كون ذى اليد فى المقام مدّعياً بلا معارض، فالأخذ بقوله انما هو لهذه الجبهه، لا- لأجل كونه ذا اليد، و يحتمل ان يكون من باب كونه ادعاء من ذى اليد أو من باب اليد المقرونه بالادعاء، و تظهر الثمره بين الاحتمالين فيما لو كان فى

مقابله مدّع آخر أجنبي، فإن قلنا: إن الأخذ بقوله من باب كونه من قبيل المدعى بلا معارض، فلا وجه حينئذ لتقديم دعواه على دعوى الآخر بعد خروجه عن ذلك العنوان و صيرورته مدّعياً مع المعارض.

و إن قلنا: إن الأخذ بقوله من جهة كون ادّعائه دعوى صادرة من ذى اليد، أو كون يده يداً مقرونة بالادّعاء، فالظاهر حينئذ تقديم قوله و لو مع وجود معارض فى مقابله لترجيح دعواه على دعواه؛ لكونه ذا اليد دونه، و لما كان الظاهر ان الأخذ بقوله يكون عند العقلاء من جهة الاحتمال الثانى دون الأوّل كما يظهر بالمراجعة إليهم فيظهر حكم ما لو كان فى مقابله مدّع أجنبي، و انه فى كلتا الصورتين يجب الأخذ بقوله و ترتيب الأثر على يده و التعامل مع ما فى يده معامله الملك.

و أمّا لو كان فى مقابله مدّع هو مالك العين سابقاً، و كان ذو اليد مستأجراً له أو مستعيراً منه، فالظاهر عدم اعتبار اليد هنا عند العقلاء؛ لأنهم لا يعتبرونها فى مقابل ادّعاء المالك للعين، و لا تكون فى نظرهم كاشفه و أماره على ملكية العين بالنسبة إلى ذى اليد الذى كان مستأجراً أو مستعيراً، هذا مع عدم رفع الأمر إلى الحاكم، و أمّا مع رفعه إليه فالظاهر بعد عدم اعتبار يد ذى اليد انه يقدم دعوى المالك؛ لانه بنظر العرف هو المنكر، كما ان قوله موافق للأصل الذى هو استصحاب بقاء ملكيته و عدم حدوث الملكية لذى اليد، فمع عدم البيّنه له على دعواه، يتوجه الحلف الى المالك، و به يرتفع التخاصم.

كما أنّه إذا كان فى مقابل ذى اليد مدّع أجنبي، و رفع الأمر إلى الحاكم، يكون تقديم قول ذى اليد متفرعاً على كون الأخذ بقوله، إذا

لم يكن في مقابله مدّع أصلاً، من باب كون دعواه دعوى صادرة من ذى اليد أو يده يداً مقرونه بالادّعاء، و أمّا لو قلنا هناك: إن الأخذ بقوله أمّا هو من باب كونه مدّعياً بلا معارض، فلا وجه لتقديم قوله هنا مع الترافع ايضاً، كما هو واضح.

هذا كلّه فيما لو كان ذو اليد مدّعياً لملكه العين، مدّعياً و كانت يده مقرونه بالادّعاء، و أمّا مع خلّوها عنه، فلا ريب في عدم اعتبارها؛ لعدم بناء العقلاء على الأخذ بها، كما هو ظاهر.

و أمّا الصورة الثالثه و هي كون العين في السابق موقوفه، و الآن يحتمل كونها ملكاً لذى اليد؛ باعتبار عروض بعض المسوغات لنقلها، فهي على قسمين؛ لأنّه تارة تكون يده عليها في السابق يداً على العين الموقوفه، و الآن يحتمل ان تكون يده يداً على ملك نفسه، و بعبارة اخرى: كان حدوث يده بعنوان اليد على العين الموقوفه و بقاؤها محتملاً. لان يكون بعنوان الملكيه، و اخرى تكون العين في السابق موقوفه، و يحتمل صيرورتها ملكاً لذى اليد عند حدوث يده، بان كان انتقالها اليه و صيرورتها في يده بعنوان الملكيه.

و حكى عن السيّد الطباطبائي (١) (قده) في ملحقات العروه أنّه فصل بين الصّورتين، و حكم باعتبار اليد في الصورة الثانيه دون الاولى؛ نظراً الى ان استصحاب حال اليد و أنّها يد على العين الموقوفه، حاكم عليها، بخلاف ما إذا لم يعلم ذلك، و احتمل ان تكون اليد حدثت بعد بطلان الوقف، فإنّه لا يكون في البين ما يقتضى سقوط اعتبار اليد و أماريتها.

ص: ٣٨٤

و الظاهر عدم اعتبار اليد في الصورتين؛ لعدم بناء العقلاء على ملاحظتها و ترتيب الأثر عليها؛ و ذلك لأنّ الوقف الذي مرجعه الى تحييس المال، و إن كان لا يختص بالمتشرعه، ضروره ثبوته بين العقلاء غير المنتحلين للشريعه، كما نراه بالوجدان، ألا ان المسوغ لنقل العين الموقوفه عند العقلاء اما ان يكون منتفياً رأساً، كما لعله الظاهر، أو يكون على تقدير وجوده نادراً جداً، بحيث لو تصرف ذو اليد في العين الموقوفه تصرفاً كاشفاً عن الملك و تعامل معها معامله الملك لا يرونه ألا عادياً، و لا يخطر ببالهم احتمال عروض المسوغ لنقلها و سيورتها ملكاً له، كما ان الأمر في نظر المتشرعه أيضاً كذلك، مع انه يجوز بيع الوقف في شريعه الإسلام في موارد كثيره على ما قيل، و إن كان بعضها بل جلّها لا يخلو عن نظر و إشكال؛ فإنهم أيضاً ينكرون على من في يده العين الموقوفه إذا تعامل معها معامله الملك، و يتهمونه بالتصرف فيها تصرفاً عدوانياً.

و بالجملة لما كان المناط و الملاك في اعتبار اليد هو بناء العقلاء، و قد عرفت ان المسوغ لبيع الوقف عندهم أمره دائر بين ان يكون منتفياً رأساً، و بين ان يكون ثابتاً مع ندرته جداً، فالظاهر انهم لا يعتبرون اليد في الصورتين؛ لأن الغلبه المورثه للظن بكون ما في اليد ملكاً لذيها لا- تكون ثابتة في العين التي كانت موقوفه، لو لم نقل بأن الغلبه الموجه للظن ببقائها على حاله السابقيه ثابتة، كما هو الظاهر، فالتفصيل المذكور لا وجه له.

ثم انّ ما ذكرنا كله، انما هو فيما لو علم بكون العين في السابق موقوفه، و أمّا لو لم يعلم ذلك، بل احتمال ان تكون العين التي تحت يد المستولى موقوفه، فلا ريب في اعتبار اليد هنا و عدم اعتناء العقلاء بهذا

الاحتمال، و إن كان كلام المحقق النائيني (١) (قده) على ما فى التقريرات يوهى عدم اعتبارها هنا أيضاً؛ إذ انه يستفاد من بعض كلماته فى هذا المقام ان اليد انما تكون اماره بعد الفراغ عن ان المال قابل للنقل و الانتقال، و الوقف ليس كذلك، فان ظاهره انه يعتبر فى أماريه اليد إحراز كونه قابلاً للنقل و الانتقال، و بعبارة اخرى: إحراز عدم كونه وقفاً، مع انه ليس كذلك؛ لما عرفت من ثبوت بناء العقلاء فى موارد الاحتمال كما اعترف به (قدس سره) فى ذيل كلامه فيما لو احتمل كون المبيع حرّاً؛ نظراً إلى ادّعاءه و لم يعلم بكونه حرّاً قبل استيلاء ذى اليد عليه و إن استند فى ذلك الى ما ورد من الروايه، الا ان الظاهر عدم الاحتياج إليها، مضافاً الى عدم دلالتها، لورودها فىمن كان عبداً سابقاً أو جاريه كذلك، و الآن يدعى الحرّيه أو تدعيها كما يظهر لمن راجعها.

ثم انه ربما يمكن ان يقال بابتداء ما ذكر على كون المدرك للقاعده منحصرأ ببناء العقلاء، و أمّا لو قيل بدلاله الروايات مستقله على ذلك، فيمكن الاستدلال بإطلاق بعضها على الأماريه، و لو كانت العين موقوفه فى أول حدوث اليد؛ فان قوله (٢) (عليه السلام) فى موثقه يونس المتقدمه: من استولى على شىء منه فهو له، ظاهر فى ان مجرد الاستيلاء موجب للحكم بملكيه المستولى، و لا- مانع من ان تكون دائره الاعتبار فى الشرع أوسع ممّا عليه بناء العقلاء، كما انه يمكن ان يكون بالعكس، و عليه فمجرد محدوديته بناء العقلاء فى باب اليد لا يستلزم المحدوديه فى الشرع أصلاً.

ص: ٣٨٦

١- ١) فوائد الأصول ٤:٦٠٧.

٢- ٢) الوسائل ١٧:٥٢٥ ب ٨ من كتاب ميراث الزوجين ح ٣.

و لكن يرد عليه: أنّ قوله: على شيء منه، يكون الضمير فيه راجعاً الى متاع البيت، و خصوصيه متاع البيت و إن كانت ملغاه بنظر العرف، إلا انه لا مجال لإلغاء خصوصيته عدم كون متاع البيت وقفاً، فلا مجال لاستفاده الإطلاق أصلاً.

الزابع من موارد الخلاف: ما إذا كان في مقابل ذى اليد مدّع للملكيه لما تحت يده،

و هو ينكره، و فيه صور أيضاً؛ فإنه تاره يكون للمدعى بينه على الملكيه الفعلية، فلا إشكال فى ان الحاكم يحكم له حينئذ، و أخرى لا يكون، و فى هذه الصوره، تاره تكون ملكيته السابقه ثابتة بالبينه أو بعلم الحاكم أو بإقرار ذى اليد، و أخرى غير ثابتة، و لا- إشكال فى الفرض الثانى، و أمّا الفرض الأول فالظاهر ان علم الحاكم بالملكيه السابقه أو قيام البينه لا يسوغ الانتزاع من ذى اليد؛ لأنه لا أثر لشيء منهما بعد احتمال انتقال المال إلى ذى اليد بناقل شرعى، و استصحاب بقائها على الحاله السابقه محكوم لقاعده اليد التى هى أماره كما فى أكثر موارد القاعده، و أمّا لو كان ثبوت الملكيه السابقه بإقرار ذى اليد، فهو على أقسام؛ لأنه تاره يدعى انتقالها من المدعى اليه و أخرى يدعى انتقالها من المدعى عليه الى ثالث و منه اليه، و ثالثه يدعى انتقالها الى الغير من دون ادعاء انتقاله منه اليه، و رابعه يقتصر على مجرد الإقرار بثبوت الملكيه للمدعى سابقاً من دون اضافه ادعاء الانتقال منه اليه أو الى الغير.

و قبل توضيح أحكام الصور الأربع، نمهد مقدمه و هى: انه لا اشكال نصاً و فتوى فى ان البينه على المدعى و اليمين على من أنكر أو المدعى عليه، حسب اختلاف تعبير الروايات الوارده فى هذا المجال، و الظاهر ان

تشخيص المدعى و المنكر أنّما يكون بيد العرف؛ لأنهما من الموضوعات الخارجيه التي لا بدّ في تشخيصها من الرجوع الى العرف، كتشخيص عناوين الدم و الكلب و الخنزير و غيرها من العناوين الموضوعه للاحكام، فتحديدهما بان المدعى هو الذى لو تركت تركت الخصومه، بخلاف المنكر، أو بان المدعى هو الذى كان قوله مخالفاً لحجه شرعيه من أصل أو ظاهر، بخلاف المنكر، فإنه الذى تؤيده حجه شرعيه، ان كان المراد هو التحديد العرفى و بيان معناهما عند العقلاء، فلا بأس به، و لكن لو فرض حينئذ حكم العرف فى مورد بانطباق عنوان المدعى على فلان مثلاً- فاللازم ترتيب الأثر عليه، و لو لم ينطبق عليه شىء من الحدّين، و إن كان المراد به هو بيان معناهما عند الشارع، فيرد عليه انه لم يرد فى آيه و لا روايه التحديد بشىء منهما، بل ليس لبيانه ارتباط بالشارع؛ لأنهما كما عرفت من الموضوعات التي لا بد من الرجوع فى تشخيصها الى العرف، فاللازم الإحاله اليه و لو لم يساعد على شىء من الحدّين.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّه فى الصوره الأولى التي يدعى فيها ذو اليد انتقال المال من المدعى عليه اليه من دون واسطه، ينقلب الإنكار من ذى اليد الى الادّعاء، و يصير المدعى منكرًا مدّعيًا، لو كان الملاك فى تشخيص ذلك هو مصب الدعوى لا النتيجة كما هو الظاهر، فإنه بحسب النتيجة و إن لم يتحقق انقلاب أصلاً ضروره انه بملا-حظه ذلك يكون ذو اليد منكرًا و الطرف مدّعيًا، و أمّا بحسب مصب الدعوى و مورد النزاع فالأمر ينقلب، لان ذا اليد يدعى الانتقال و المدعى عليه ينكره، فيحلف لو لم يكن لذى اليد بينه و هذا ممّا لا ريب فيه ظاهراً.

و أما الصورة الثانية، فالظاهر عدم تحقق الانقلاب فيها أصلاً؛ لأن ادعاء الانتقال من المدعى عليه الى ثالث ليس موضوعاً لحكم الحاكم بعد عدم ترتب الأثر عليه أصلاً، فإن انتقال المال من المدعى عليه الى ثالث و عدمه، ليس له ارتباط بذى اليد، و ليس ادعائه منه موجباً لإقامه البيئه عليه أو الحلف من الآخر مع عدمها كما هو المحقق فى محلّه كما ان ادعاء انتقال المال من الثالث اليه ليس مرتبطاً بالمدعى، فلا- اثر لحلفه على نفيه، و لا- لإقامه ذى اليد البيئه على ثبوته، فبعد عدم ترتب الأثر على شىء من الدّعيين لا بد من ملاحظه النتيجة، و بحسبها يكون ذو اليد منكراً و الآخر مدّعياً، كما هو المفروض، و منه يظهر حكم الصورة الثالثه كما لا يخفى.

و أما الصورة الرابعه، فانقلاب الإنكار فيها ادعاء بعد عدم صدور ادعاء من ذى اليد بالنسبه إلى الانتقال من المدعى عليه اليه أو الى الغير، مبنى على ان تكون اللوازم العرفيه للكلام حجه موجهه لتشخيص المدعى من المنكر، فإنه حينئذ يصير مدّعياً؛ لان لازم الإقرار بثبوت الملكيه للمدعى سابقاً مع دعواه ملكيه نفسه فعلاً هو انتقاله منه اليه مع الواسطه أو بدونها، فان قلنا باعتبار هذا اللازم العرفى، فاللازم تحقق الانقلاب و إلا فالعدم.

تذنيب

ربما يتوهم المنافاه بين ما ذكرنا من انقلاب الدعوى إلى الإقرار فى الصوره الأولى و بين ما ورد فى محاجّه أمير المؤمنين (عليه السلام) مع

ص: ٣٨٩

١-١) الوسائل ١٨:٢١٥ ب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم ح ٣. تفسير على بن إبراهيم القمى ٢:١٥٥. شرح نهج البلاغه لابن أبى الحديد ٤:١٠١.

ابى بكر فى قضيه فدك، و قد تقدم فى ضمن الروايات الداله على اعتبار اليد الروايه الداله على هذه المحاجه و رواها فى الاحتجاج (١) مرسله.

بيان توهم المنافاه أن الصيدينقه (عليها السلام) قد اعترفت بان فدكاً كانت ملكاً لرسول الله (صلى الله عليه و آله) و ادعت أنها نحلها فلو كان الإقرار بانتقالها موجباً لانقلاب الدعوى و صيروره ذى اليد مدعياً، لكان مطالبه ابى بكر البينه منها (عليه السلام) فى محلها و لم يتوجه عليه اعتراض أمير المؤمنين (عليه السلام) بعد البناء على ان ما تركه النبى (صلى الله عليه و آله) لم ينتقل الى وارثه، بل يكون صدقه للمسلمين على ما رووه عنه (صلى الله عليه و آله) .

بيان الدفع على ما افاده بعض المحققين فى تعليقه على الرسائل و تبعه المحقق اليزدى (قده) فى كتاب «الدّرر» (٢) هو: ان الانقلاب و صيروره المنكر مدعياً، انما هو فيما إذا كان مقابل المدعى منكر حتى يتوجه عليه اليمين مع عدم إقامه البينه، و أما إذا كان هنا مدع مع عدم منكر فى مقابله، كما إذا قال الخصم: لا أدري صدق ما تقول أو كذبه و لا اعلم بالحال، فان كانت البينه للمدعى على طبق ما يقول يؤخذ بها، و إلا فلا مانع من الأخذ بسائر القواعد الموجوده، من قبيل الاستصحاب أو اليد، فلو كانت العين فى يد المدعى، و يدعى انتقالها من الميت فى حال حياته اليه، و لا ينكر ذلك الورثه جزماً، يحكم بكونها ملكاً لذى اليد؛ إذ لا منكر فى مقابله، و منه ظهر الوجه فى اعتراض أمير المؤمنين (عليه السلام) على ابى بكر حين طلب منها (عليه السلام)

ص: ٣٩٠

١-١) الاحتجاج ١:١٢٢.

٢-٢) دُررُ الفوائد ٢:٦١٦.

البينه؛ فإنه مع عدم إنكاره لدعواها الانتقال إليها في حياه رسول الله (صلى الله عليه و آله) على سبيل الجزم، بل عدم إنكار غيره كذلك، لا وجه للمطالبه البينه منها (عليه السلام) مع كون يدها ثابتة، فانتزاع فدك منها كان مستنداً الى محض العناد، و لغرض خلو يد صاحب الولاية من الأمور الماليه التي يمكن أن تؤثر في إثباتها و تنفيذها، كما هو ظاهر.

ثم انه أفاد المحقق النائيني (١) (قده) في مقام الجواب عن التوهم المذكور كلاماً طويلاً ملخصه: «ان إقرار الصّديقه (عليها السلام) بان فدكاً كانت لرسول الله (صلى الله عليه و آله) لا يوجب انقلاب الدعوى؛ فإنه على فرض صحه قوله (صلى الله عليه و آله) نحن معاشر الأنبياء لا- نورث. . لا يكون إقرارها كإقرار ذى اليد، بان المال كان لمن يرثه المدعى؛ فان انتقال الملك من النبي (صلى الله عليه و آله) الى المسلمين، ليس كان انتقال المال من المورث الى الوارث؛ لان انتقال الملك الى الوارث انما يكون بتبدل المالك الذى هو أحد طرفى النسبه، و أما انتقاله الى المسلمين فإنما يكون بتبدل أصل النسبه، نظير انتقال الملك من الواهب الى المتهب، و من الوصى الى الموصى له، و توضيحه ان الملكيه عبارته عن النسبه الخاصه، و لها طرفان المالك و المملوك، و تبدل النسبه قد يكون من طرف المملوك كما فى عقود المعاوضات، فان التبدل فى البيع انما يكون من طرف المملوك فقط؛ فإنه قبل البيع كان طرف النسبه هو المثلن، و بعد البيع هو الثمن، و قد يكون من طرف المالك كالإرث، فإن التبدل انما يكون من طرف المالك فقط، و قد يكون بتبدل أصل النسبه كما فى الهبه؛ فإن الانتقال فيها ليس كالانتقال فى الإرث و لا كالانتقال فى البيع، بل انما يكون بإعدام

ص: ٣٩١

النسبه بين الواهب و الموهوب، و إحداهن نسبه اخرى بين المتهب و الموهوب، و انتقال ما كان للنبي (صلى الله عليه و آله) الى المسلمين بناء على الخبر المجهول يكون من هذا القبيل؛ ضروره ان المسلمين لم يرثوا المال من النبي (صلى الله عليه و آله) حتى يكون سيبلهم سبيل الوارث، بل غايته ان أموال النبي (صلى الله عليه و آله) تصرف بعد موته فى مصالحهم، فانتقال المال إليهم يكون اسوأ حالاً من انتقال المال الى الموصى له، و لا أقل من مساواته له، و إقرار ذى اليد انما يوجب انقلاب الدعوى من حيث ان الإقرار للمورث إقرار للوارث؛ لقيامه مقامه فى طرف النسبه و إقرار ذى اليد بأن المال كان للموصى، يكون كإقراره بأن المال كان للثالث الأجنبي، و ليس للموصى له انتزاع المال من يده، بدعوى انه اوصى به اليه، بل تستقر يد ذى اليد على المال الى ان يثبت الموصى له عدم انتقاله إلى ذى اليد فى حياه الموصى، فإقرارها (عليه السلام) بأن فداً كانت ملكاً لرسول الله (صلى الله عليه و آله) لا يوجب انقلاب الدعوى؛ لانه لا يرجع إقرارها بذلك إلى الإقرار بأنها ملك للمسلمين، فإنهم لا يقومون مقام النبي (صلى الله عليه و آله) بل هم اسوأ حالاً من الموصى له، فلم يبق فى مقابل يدها (عليه السلام) إلا الاستصحاب و هو محكوم باليد» .

و يرد عليه أمور:

منها: ان ما افاده من ان التبدل فى الإرث انما يكون من طرف المالك مع بقاء المملوك على ما هو عليه، غايته انه قبل موت المورث يكون طرف النسبه نفس المورث، و بعد موته يقوم الوارث مقامه و يصير هو طرف النسبه، يرد عليه مضافاً الى انه لم يقم دليل على ذلك لو لم نقل بقيام الدليل كظواهر الآيات الوارده فى الإرث على الخلاف، و إن الوارث

ص: ٣٩٢

يملك ما ترك المورث من غير ان يقوم مقامه ان مقتضى ذلك انتقال الأموال إلى الميت لو فرض حياته بعد موته؛ لأن المفروض ان الوارث قائم مقامه، و مع وجود المبدل لا يبقى شأن للمبدل، مع انه من المعلوم خلافه.

و منها: ان ما افاده من ان انتقال المال بالهبة إلى المتهب ليس من قبيل انتقاله بالإرث و لا من قبيل انتقاله بالبيع، بل انما يكون بإعدام نسبه و إحداث نسبه اخرى، كما فى الوصيه، يرد عليه ان إيجاد النسبه الثانيه لا بد ان يكون مسبوقاً و لو رتبته بإعدام النسبه الأولى؛ لأنه ما لم يتحقق هذا الإعدام لا يمكن إيجاد نسبه اخرى؛ لعدم اجتماع اضافتين فى آن واحد؛ لامتناع اجتماع ملكيتين مستقلتين على مال واحد، و من المعلوم انه بعد انعدام النسبه الاولى لا يكون الواهب اولى بالموهوب، بل نسبه إلى كمنسبه المتهب اليه، و لا مرجح لأحدهما على الآخر، فايجاده النسبه بعد عدم قيامها به لا اثر له أصلاً.

و منها: ان ما افاده من ان انتقال ما كان للنبي (صلى الله عليه و آله) الى المسلمين بناء على الخبر المجعول ليس كانتقاله الى الوارث، بل هو أشبه بانتقال المال الى الموصى له، لما افاده، يرد عليه انه لا فرق فى الصورتين إلا فى مجرد دعوى الوارث الملكيه و دعوى المسلمين أو وليهم السلطنه على المال، و إن لم يكن ملكاً لهم، و أمّا كون هذا الفرق موجباً للانقلاب فى الصوره الأولى و عدمه فى الصوره الثانيه فلا وجه له أصلاً؛ لعدم مدخليه هذه الجبهه فى ما يرجع الى المدعى و المنكر و الآثار المترتبه عليهما، و بعبارة اخرى: محلّ النزاع بين المتخاصمين هو تحقق الانتقال ممن كان ملكاً له أولاً و عدمه، و أمّا على انه على تقدير عدم تحقق الانتقال إلى ذى اليد و انتقاله الى

الوارث يكون انتقاله كما في سائر موارد الإرث، أو يكون بنحو خاص، فلا دخاله له في الفرق أصلاً.

هذا وقد ذكر المحقق البجنوردى (1) (قده) انه على تقدير تسليم دعوى الانقلاب فالأحسن ان يقال: ان هاهنا دعويين، إحداهما: دعوى الانتقال، و بالنسبه الى هذه الدعوى هي (سلام الله عليها) مدّعيه، و عليها البيّنه، و الأخرى: دعوى الملكيه، و بالنسبه الى هذه الدعوى فلأنها (عليها السلام) كانت ذات يد، تكون البيّنه على طرفها أى أبى بكر، الذى كان بزعمه وليّ المسلمين فكأن أمير المؤمنين (عليه السلام) احتج على ابى بكر بالنسبه الى هذه الدعوى الأخيره ان كانت الدعوى الاولى مسكوتاً عنها.

و يرد عليه: انه ان كان المراد هاهنا دعويين غير مرتبطتين، وقعت الاولى مسكوتاً عنها و الثانيه مورداً للإنكار، فمن الواضح خلافه؛ ضروره ارتباط الدعويين و ابتناء الثانيه على الاولى، و إن الملكيه أنما هي لأجل تحقق النّحله و الإعطاء من النبى الأكرم (صلى الله عليه و آله).

و إن كان المراد انه مع تحقق الارتباط و ابتناء الثانيه على الاولى يقطع النظر عن الاولى و يتكل على الثانيه، و الاعتراض انما هو مبنى عليها، فالظاهر انه لا وجه للإغماض و قطع النظر عن الأولى التى هي الأصل للثانيه، فالجواب عن التوهم المذكور ما ذكرنا.

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول لا إشكال فى تقدم اليد بناء على كونها اماره على الأصول العمليه،

التى منها الاستصحاب الجارى على خلاف مقتضى اليد فى جل

ص: ٣٩٤

١ - ١) القواعد الفقهيّه ١: ١٢٣.

مواردها لو لم كلها؛ و ذلك لتقدم الاماره على الأصل العملى على ما هو المحقق فى محلّه، و أمّا ما حكى عن المحقق (١)العراقى (قده) فيما إذا ادعى ذو اليد انتقال المال من المدعى عليه اليه، من ان مقتضى اليد هو كون هذا المال ملكاً لذى اليد، و انه انتقل منه اليه، و مقتضى استصحاب عدم الانتقال عدم كونه ملكاً لذى اليد و بقاءه على ملك الطرف، فأما ربه اليد هنا مع حجيه الاستصحاب مما لا يجتمعان، و بناء على حجيه الاستصحاب لا يبقى مجال لأما ربه اليد؛ لأن مؤدى الاستصحاب هو التبعيد بعدم الانتقال، و معه لا يبقى لليد مجال، فيرد عليه: وضح تقدم الاماره على الأصل فى صورته التعارض و عدم الاجتماع، و إن كان مراده عدم حجيه اليد فى خصوص هذا المورد؛ لما عرفت من الانقلاب و صيروره المدعى منكراً و بالعكس، كما ذكرنا، فهو صحيح، و لكنه لا يلائم عبارته أصلاً كما لا يخفى.

و أمّا بناء على كون اليد أصلاً عملياً أو مردداً بين كونه اماره أو أصلاً، فالظاهر ايضاً تقدمها على الاستصحاب، لانه على فرض التعارض أو تقدم الاستصحاب يصير اعتبارها و جعل الحجيه لها تأسيساً أو إمضاء لغواً ففى الحقيقه على هذا التقدير يكون دليل اعتبارها مخصصاً لدليل اعتبار الاستصحاب، و هذا كقاعدي الفراغ و التجاوز؛ إذ أنّهما تقدمان على الاستصحاب الجارى فى موردهما، و إلا تلزم اللغويه كما ذكر.

و أمّا اليد بناء على كونها اماره، فبالنسبه إلى سائر الأمارات لا إشكال فى تقدم البيئه عليها، بل ربما يدعى كونه فى باب الدعاوى من المسلمات عند جميع المسلمين؛ لان توقف ثبوت دعوى المدعى على البيئه

ص: ٣٩٥

و الحكم له استناداً إليها، أنّما هو في مقابل ذى اليد نوعاً، فلا شبهه في هذا التقدّم، و أمّا تقدم الإقرار على اليد فيما إذا أقرّ بان ما في يده لزيد مثلاً فلاجل ان اعتبار اليد عند العقلاء أنّما هو فيما إذا لم ينضمّ إليها الإقرار بعدم كونه ملكاً له، و لذا لو أقر بهذا المقدار و هو عدم كونه ملكاً له، كفى في سقوط اليد عن الحجية و الاعتبار، و لا يلزم الإقرار بكونه ملكاً لفلان مثلاً، بل ربما يقال بعدم اعتبار اليد مع تردد ذى اليد في كونه ملكاً له، و لكن عرفت في ذكر بعض موارد الخلاف شمول أدله اعتبار اليد لهذه الصوره، و لا يلزم اعتقاد ذى اليد الملكيه أو إظهاره لها، كما لا يخفى.

و كيف كان فالظاهر انه لا شبهه في تقدم الإقرار على اليد، و انحصار حجيتها بما إذا لم يكن هناك إقرار على خلافها.

و أمّا بالنسبه إلى سائر الأمارات غير البينه و الإقرار، فكل اماره تكون حجه اليد مقيده بعدمها، فهي متقدمه على اليد، و إلا تكون الأمارتان متعارضتين و لا يبقى ترجيح في البين.

الثاني هل تجرى القاعده في الحقوق أم لا؟

و الظاهر ان الحقوق كالمنافع، من دون فرق بين ما تعلق منها بالأعيان المتموله كحق الرهانه و حق التوليه و نحوهما من الحقوق، و بين ما تعلق منها بالأعيان غير المتموله كحق الاختصاص المتعلق بالعدزه و الخمر و الميته، و قد عرفت في المنافع انه لا فرق بين ما كان في مقابل ذى اليد مالک العين أو الأجنبيّ، و دعوى ان أدله اعتبار اليد لا تشمل الحقوق، و إن كانت شامله للمنافع؛ لانه الحقوق أمور اعتباريه صرفه معتبره عند العقلاء و الشارع، أو خصوص الشارع، بخلاف المنافع؛ فإنها ليست اعتباريه، بل موجوده بتبع وجود العين، غايه

الأمر ان وجود المنافع تدريجي، بخلاف وجود العين، مدفوعه بأن مقتضى إطلاق أدله الاعتبار الشمول للحقوق، بل يمكن ان يقال بورود الروايه الوارده فى الرّحى المتقدمه فى الحقوق دون المنافع، فتدبر.

الثالث هل تجرى قاعده اليد فى النسب و الاعراض أم لا؟

و ذلك كما لو تنازع شخص مع آخر فى امرأه تحت يد أحدهما، أى: فى بيته و يعاملها معاملة الزوجه، و هكذا فى صبى تحت يد أحدهما، فيدعى الآخر كونها زوجته له أو ولدأ له، و ينكره صاحب اليد بالمعنى المذكور، لا يبعد ان يقال بثبوت بناء العقلاء هنا ايضاً، كثبوته فى الاملاك، بل يمكن ان يقال بأقوائيه الاملاك هنا، فان الظن الحاصل من الغلبه هنا أقوى من الظن الحاصل فى الاملاك؛ لشيوع الغصب فيها دون المقام، نعم الظاهر اختصاص الاعتبار فى الفرض الأول بما إذا لم يكن هناك إنكار من ناحيه الزوجه التى فى بيته؛ لانه مع وجود الإنكار لم يثبت بناء العقلاء، لو لم نقل بثبوت العدم، فتدبر. و يؤيد ما ذكرنا حكايه الإجماع على تقديم قول صاحب اليد فيما لو تنازع رجلان فى زوجيه امرأه هى تحت أحدهما، نعم فى مسأله تنازع اثنين على بنوه صبى فى يد أحدهما يظهر من كلماتهم التساوى فى الدعوى، و انه من باب التدعى دون المدعى و المدعى عليه. نعم قال فى محكى القواعد (1): و لو تداعيا صبياً و هو فى يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصه، على اشكال، و يظهر من الفخر (2) فى شرحه وجود القائل به، و إن اختار نفسه العدم، معللاً بان اليد لا تأثير لها فى النسب و لا فى ترجيحه،

ص: ٣٩٧

١- (١) القواعد ٢:٢٣٠ كتاب القضاء.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٤:٣٩٩.

بل ربما يقال بان التقديم لو قيل به انما هو لترجيح أحد الإقرارين باليد لا لتقديم قول ذى اليد، من حيث هو ذو اليد، على من يدعى عليه، هذا و الظاهر ما ذكرنا.

الزابع قد وقع التسالم بين الفقهاء على قبول إقرار ذى اليد لأحد المتنازعين

فيما بيده بحيث يجعله المنكر كنفس ذى اليد و يجعل الطرف الآخر مدعياً و عليه إقامة البينه و أنّما الإشكال فى وجهه و اختلفت الآراء فى ذلك على أقوال:

أحدها ان الوجه فى ذلك هى قاعده إقرار العقلاء على أنفسهم جائز نظراً الى ان مقتضاها نفوذ الإقرار على النفس و بضرره و حيث أنّ ذا اليد فى المقام يقتر لشخص آخر و يعترف أنّه له فهذا إقرار على النفس و اللازم الأخذ به و الحكم بنفوذ و مضيه.

أقول قد مرّ فى البحث عن قاعده الإقرار ان مقتضاها الاقتصار فى النفوذ و المضى على المقدار الذى بضرره و على خصوص الجبهه التى تكون عليه و أمّا الإقرار بنفع الغير فلا يستفاد من القاعده جوازه و نفوذه فالإقرار على ان ما بيده ملك لزيد مثلاً له جهتان إحداهما الجبهه السلبيه و هى عدم كونه له و الأخرى الجبهه الاثباتيه و هى كونه لزيد فى المثال و الذى يستفاد من القاعده نفوذه و مضيه هى الجبهه الأولى فقط و قد تقدم فى البحث عن القاعده ايضاً انه لا فرق فى ذلك بين ان يكون الظرف متعلقاً بالإقرار و بين ان يكون متعلقاً بجائز و انه على التقدير الأول أيضاً لا- دلالة للقاعده على نفوذ الإقرار على النفس مطلقاً و لو بالإضافة إلى الجبهه الاثباتيه فراجع.

ثانيها ان الوجه في ذلك هي قاعده «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» نظراً الى ان ذا اليد مالك لان يملك ما في يده للغير يبيع أو صلح أو نحوهما فيملك الإقرار بأنه له.

و يرد عليه ان الذي يملكه هو تمليك الغير المقر له فيملك الإقرار به، و المفروض في المقام انه لم يقر به، بل أقر بكونه للمقر له، و إن ملكه و المقر لا يكون مالكا لهذه الجهة حتى يملك الإقرار به، ففي هذا الوجه خلط.

ثالثها: ما حكى عن المحقق العراقي (١) (قده) من ان اليد اماره على ملكيه ذي اليد بالدلاله المطابقه، و على نفى كونه للغير بالدلاله الالتزاميه، و هاتان الأمارتان تسقطان بسبب الإقرار للغير، و أما بالنسبه الى ما عداهما فأما ريتها باقيه على حالها، فالنتيجه قيام الحجج على نفى الملكيه عن ذي اليد و عن غيره، ما عدا المقر له، و معلوم ان المال لا يبقى بلا مالك، و بعبارة اخرى: ان هذا المال امراً للمقر له أو لغيره يقيناً، فاذا ثبت بواسطه إقرار ذي اليد انه ليس لغير المقر له، فلا بد و إن يكون له، فيكون هو المنكر و طرفه المدعى بناء على ما هو التحقيق من ان المدعى من يكون قوله مخالفاً للحجج الفعلية، و المنكر من يكون قوله مخالفاً للحجج الفعلية.

و يرد عليه مضافاً الى ما عرفت من ان تمييز المدعى عن المنكر موكول الى العرف كسائر العناوين المأخوذه في الأدله موضوعاً للأحكام انه لا بد في المقام من ملاحظه ان بناء العقلاء على اعتبار إقرار ذي اليد بالنسبه الى المدعى لما تحت يده هل يختص بما إذا لم يكن في مقابل المدعى مدع آخر، أو يعم صورته وجود مدع آخر ايضاً؟ فعلى الأول لا يبقى مجال

ص: ٣٩٩

لما افاده؛ لعدم اعتبار الإقرار بوجه، فيصير الرجلان متداعيين، و على الثانى يكون المقرّ، له كنفس المقر و يقوم مقامه، فعلى الآخر إقامة البينه و لا يبعد ترجيح الثانى.

الخامس لو أقر بما فى يده لزيد، ثم أقر به لعمرو، بان يكون المقرّ به فيهما تمام ما فى يده، ففي المسأله صورتان:

أولاهما: ما إذا كان الإقرار للثانى بعد الإقرار للاول، و فى كلام منفصل،

بل و فى مجلس آخر مثلاً و الظاهر عدم كون هذه الصوره مورداً لتعرض الأصحاب، كما ان الظاهر ان الحكم فيها بطلان الإقرار الثانى و عدم نفوذه على المقرّ بوجه؛ لان نفوذ الإقرار الأول مع كونه واجداً للشرائط يجعل المقرّ أجنبياً عن المقرّ به؛ لانه يحكم بسببه بكون المال للمقرّ له، و يؤخذ من يده و يجعل تحت يد المقرّ له، و لا- مجال لتوهم كون نفوذه معلّقاً على عدم إقرار بخلافه فيما بعد، و إلا تلزم لغويه القاعده، مضافاً الى انه لا دليل عليه؛ لان مقتضى قاعده الإقرار ترتب الحكم بالمضى بمجرد تحقق موضوعه، و هو إقرار العاقل على النفس، كما ان دعوى كون الإقرار الثانى بمنزله التفسير و شرح المراد من الإقرار الأول، فينبغى الاعتماد عليه، مدفوعه مضافاً الى عدم كونه تفسيراً له عرفاً بل مناقضاً و مغايراً له بعدم كون التفسير بهذا النحو فى المحاورات العرفيه مورداً لقبول العقلاء، و قد عرفت فى البحث عن قاعده الإقرار الفرق بين مقام التقنين و جعل القانون و بين المحاورات العرفيه الواقعه فى مقام بيان المقاصد، و عليه فالحكم فى هذه الصوره هو لغويه الإقرار الثانى.

ثانيهما: ما إذا كان الإقرار للثانى عقب الإقرار للاول و فى نفس

ذلك الكلام، غاية الأمر بصوره الإضراب، كما إذا قال: هذا المال لزيد بل لعمر، و المشهور بل ادعى جماعه انه لا خلاف معتد به فيه، بل عن الإيضاح (١) ان ذلك من قواعدهم و لعلّه ظاهر في الإجماع انه يقضى بما فى يده للاوّل و بغرامه بدله مثلاً أو قيمه للثانى؛ لأنه بإقراره الأوّل حال بين المقر له الثانى و بين ماله، فيجب على المقر المثل أو قيمه.

و حكى عن ابن الجنيّد (٢) الرجوع إليه فى مراده ان كان حيّاً، و إلا فهو مال متداعى بينهما، فان انتفت البينه، حلفا و اقتسماه، و نفى عنه البعد فى الدروس (٣)؛ إذ انه بعد حكايته عنه قال: «و ليس ذلك ببعيد، لانه نسب الإقرار إليهما فى كلام متصل و رجوعه عن الأوّل الى الثانى، محتمل لكونه عن تحقق و تخمين، فالمعلوم انحصار الحق فيهما، اما تخصيص أحدهما فلا» .

و احتمال فى المسالك (٤) انه يقضى به للاوّل و لا يغرم للثانى؛ لأنه إقرار بما تعلّق به حق الغير قبله كالصّوره الأولى.

و دليل المشهور انه بالإضراب عدل عن إقراره الأوّل، و لا يسمع منه؛ لأنه إنكار بعد الإقرار، و قد مر فى بحث قاعده الإقرار أنه لا يسمع الإنكار بعد الإقرار، فلا بد من ترتيب آثار الإقرار الأوّل، و لازمه إعطاء العين التى بيد المقر الى المقر له الأوّل، و أمّا نفوذ إقراره الثانى؛ فلان المفروض ان المال بعد فى يده، و الكلام متصل، و له ان يلحق بكلامه

ص: ٤٠١

١- ١) إيضاح الفوائد ٢:٤٥٨.

٢- ٢) على ما نقل فى المختلف ١:٢٦٤ كتاب الإقرار.

٣- ٣) الدروس ٣:١٣٢.

٤- ٤) مسالك الافهام ١:١٧٧.

ما شاء من الإضراب وغيره، و لَمَّا كانت ان العين قد أعطيت إلى الأوّل، فلا بد من أداء المثل أو القيمه الى الثانى.

و قد أورد صاحب (1) الجواهر على الدّروس بان احتمال السهو و غيره لا ينافى التعبّد بظاهر قوله؛ لقاعده الإقرار، فيكون كلا الإقرارين نافذاً، غاية الأمر انه يعطى العين للاوّل، و المثل أو القيمه للثانى، و بمثله أورد على صاحب المسالك ايضاً.

و لكن أجيب عنه بان حال هذين الإقرارين حال سائر الأمارتين المتعارضتين، فيتساقطان؛ للعلم بكذب أحدهما و سقوط اليد عن الاعتبار، فيكون من باب التداعى، و النتيجة، التحالف و التنصيف، ألّا ان يقال بالموضوعيه فى باب الإقرار و هو فى غاية البعد.

و التحقيق ان يقال: انه لو لم يكن فى المسأله إجماع كما هو الظاهر، و يؤيده مخالفه ابن الجنيّد و الشهيدين، لكان اللازم إعطاء العين المقر بها الى المقر له الثانى، من دون غرامه للاوّل بشىء، و ذلك لانه لا مجال للحكم بثبوت إقرارين فى المقام، فإن الإقرار نوع من الاخبار، غاية الأمر ان الإقرار على النفس اخبار بثبوت شىء و قراره و تحقّقه، و كون هذا الاخبار مما يترتب عليه الضرر على نفس المقرّ، و بعبارة اخرى: يكون المخبر به و المحكّي عنه بضرر المخبر، و عليه فلا بد من ملاحظه انه فى موارد الاخبار بشىء نظير المقام المشتمل على بل الاضرايه كقوله: جاءنى زيد بل عمرو، هل يكون هناك خبران أو خبر واحد؟ و على التقدير الثانى، هل يكون المخبر به مجيء زيد أم مجيء عمرو، لا ينبغى الإشكال بمقتضى ما ذكره علماء

ص: ٤٠٢

الأدب و التّحويون ان المخبر به فى الجملة المشتمله على بل الاضرايه شىء واحد هو مجىء عمرو فى المثال، و انه المعيار فى صدق القضييه و كذبها، فاذا كان الجائى فى المثال عمراً، تكون القضييه صادقه، و إذا لم يكن الجائى عمراً تكون القضييه كاذبه، سواء جاء زيد أم لم يجىء.

و اللازم على هذا ان يعامل فى المقام معامله الإقرار مع الإقرار الثانى؛ لأنه بعد ما كان هذا النحو من المحاوره و إفاده المقصود غير باطل، و بعد انه يجوز للمتكلم أن يلحق بكلامه ما شاء، لا مجال لدعوى ثبوت إقرارين، و لا لدعوى صحه الإقرار الأول؛ لعدم الفرق بين المقام و بين المثال أصلاً.

السادس لو اشترك أزيد من واحد فى الاستيلاء على عين، فهل يكون استيلاء كل واحد منهما على المجموع أو على النصف المشاع؟

و على التقديرين فهل تكون يد كل منهما مستقلة تامه، أو لا- تكون إلّا ناقصه؟ وجوه و احتمالات بحسب بادئ النظر، و فى التصور الابتدائى.

قد يقال كما قاله سيد الأساطين فى ملحقات العروه (١): إنه لا مانع من اجتماع اليدين المستقلتين على مال واحد، كما ان الأقوى عنده جواز اجتماع المالكين المستقلين على مال واحد، كما إذا كان ملكاً للنوع كالزكاه و الخمس و الوقف على العلماء و الفقراء مثلاً- و على نحو بيان المصرف؛ فان كل فرد من النوع مالك لذلك المال، بل لا مانع من اجتماع المالكين الشخصيين ايضاً، كما إذا وقف على زيد و عمرو، أو اوصى لهما على نحو بيان المصرف، فإنه يجوز صرفه على كل واحد منهما، فدعوى عدم معقوليه

ص: ٤٠٣

اجتماع المالكين على مال واحد لا وجه لها، مع انه لا اشكال عندهم في جواز كون حق واحد لكل من الشخصين مستقلاً، كخيار الفسخ، و كولاية الأب و الجدّ على مال الصغير، و من المعلوم عدم الفرق بين الحق و الملك.

أقول: الملكية المستقلّة عند العقلاء هي النسبه الخاصّه الحاصله بين المالك و المملوك، المعبره عند العقلاء، المستتبعه للاختصاص الذى هو لازم أعمّ لها؛ ضروره انه قد يوجد بدونها، و لكنه لا يمكن تحققها بدونها، فحصول هذه النسبه بدون الاختصاص غير معقول، و من الواضح ان الاختصاص مغاير للاشتراك تغاير الضدين اللذين لا ثالث لهما، ففي مورد تحقق واحد منهما يمنع حصول الآخر و يستحيل تحققه، و حينئذ نقول: ان فرض جواز اجتماع المالكين المستقلين على مال واحد مرجعه الى فرض وجود الشئ و عدمه فى زمان واحد؛ ضروره ان الملكية المستقله على ما عرفت هي نسبه لازمها الاختصاص المغاير للاشتراك، و فرض الاجتماع مرجعه الى الاشتراك الذى لا يكاد يجتمع مع الاختصاص، فمرجع هذا الفرض الى فرض الاختصاص و عدمه فى زمان واحد، كما هو ظاهر.

و أمّا الموارد المتقدمه التى استشهد بها على جواز اجتماع المالكين المستقلين على مال واحد، فالظاهر عدم كون شئ منها من هذا الباب، و توضيحه:

انّ ما كان ملكاً للنوع لا يكون مالكة متعدداً؛ لان المالك هو النوع و هو غير متعدّد، و الأفراد بما أنّها افراد متعدده و لها خصوصيات متكرره لا تكون مالكة أصلاً، بل ذكر سيدنا الأستاذ الأعظم الخميني (1) (مد ظله

ص: ٤٠٤

العالي) أنه يختلج بالبال في الزكاه و الخمس عدم كونهما ملكاً للنوع ايضاً فضلاً عن الافراد و المصاديق، بل المالك لهما هي الدوله الإسلاميه الشامله للفقيه في زمان الغيبه، يصرفها في المصارف المعينه، كما ان الدّول عند العقلاء مالكة يعتبرون لها الملك و إن كانت غير قائمه بشخص خاص، بل يكون في حال تغيّر و تبدّل.

و دعوى انه لا يعقل كون غير ذوى العقول مالكاً معتبره له النسبه التي هي الملك، مدفوعه بمنع عدم التعقل، بل هو واقع جدّاً؛ ضروره ان الوقف على المساجد لا يكون المالك له الّا نفس المسجد، و وقف بعض الأشياء على الضرائح المقدسه لا يقتضى إلّا صيروره المالك له نفس ذلك الضريح، و غير ذلك من الموارد، فالمالك للزكاه و الخمس هي نفس الدوله الإسلاميه التي هي أمر اعتبارى قائم بأشخاص متعدده، و حينئذ لا يبقى مجال لما ذكره، بل على تقدير كونهما ملكاً للنوع فكما عرفت انه لا يكون المالك لهما إلّا واحداً و هو النوع، و خصوصيات الافراد لا دخل لها أصلاً.

و منه يظهر الجواب عما إذا وقف على العلماء أو الفقراء أو على نحو بيان المصرف؛ فان المالك في هذا المورد ايضاً هو النوع لا الافراد، و أمّا الوقف على خصوص زيد و عمرو، أو الوصيه لهما على نحو بيان المصرف، فعلى هذا التقدير، اي: تقدير ان يكون على نحو بيان المصرف، لا بد من الالتزام بان المالك هو القدر المشترك، الذي ينطبق على زيد و على عمرو لا خصوص كلّ منهما، و على غير هذا التقدير لا بد من القول باشتراكهما في العين الموقوفه أو الموصى بها، بنحو يكون لكل منهما النصف المشاع لا المجموع، كما لا يخفى.

و أما جواز كون حق واحد لكل من الشخصين مستقلاً كخيار الفسخ، فهو و إن كان ممّا لا ينكر، ألا ان الظاهر ثبوت الفرق بين الحق و الملك عند العقلاء الذين هم المرجع في مثل هذا الباب، و يشهد لذلك انه لو قامت بينه على ان المال الفلاني مملوك بتمامه لزيد، و بينه اخرى على انه مملوك بتمامه لعمرو، فالنسبه بين البيتين عند العقلاء هي التعارض و التكاذب، و ليس ذلك إلا لعدم إمكان اجتماع مالكيين مستقلين على ملك واحد، و هذا بخلاف ما لو قامت بينه على ثبوت حق الفسخ لزيد و بينه اخرى على ثبوته لعمرو؛ فإنهم لا يرون تعارضاً بين البيتين؛ بل يحكمون بثبوت الحق لهما بنحو يكون لكل واحد منهما الفسخ مستقلاً و ليس ذلك إلا لجواز اجتماع شخصين على حق واحد، و مع هذا الفرق عند العقلاء لا يبقى مجال لقياس الملك بالحق.

و لعلّ السرّ في الفرق ان الملك كما عرفت مستتبع للاختصاص الذي هو مغاير للاشتراك، و لا- يكاد ينفك الملك عن الاختصاص أصلاً، و أمّا الحقوق فالظاهر اختلافها، فبعضها يكون كالملك كحق التحجير و نحوه، فإنه لو اشترك اثنان في تحجير موضع مباح يكون حقاً مشتركاً بينهما، و لا- يكون كل واحد منهما مستقلاً بالنسبه إليه، و بعضها لا- يكون مستتبعاً للاختصاص كالملك، بل يمكن اجتماع أزيد من واحد بالنسبه إليه، كحق الفسخ على ما عرفت، و هذا لا فرق فيه بين ان يقال بتعلق حق الخيار بالعين، أو بتعلقه بنفس العقد، أو لا بهذا و لا بذلك، بل هو عبارته عن مجرد كون الرجل مختاراً في فعله الذي هو الفسخ، كما اختاره القائل (قده) في حاشيه المكاسب، و بالجمله الحق لا يكون ملازماً للاختصاص، بخلاف الملك، فقياس أحدهما

ثم انه أجاب بعض المحققين في رسالته التي صنفها في قاعده اليد عن هذا القياس بما لفظه: «ان الوحده تاره تنسب الى العقد، و أخرى الى الفسخ، فالأول موضوع حق الخيار، والثاني متعلقه، فيراد تاره قيام حقين لشخصين بعقد واحد، و أخرى يراد قيام سلطنتين على حلّ واحد؛ لأنّ العقد واحد فحلّه ايضاً واحد، و من الواضح ان أحد الطرفين لاعتبار الحقّ هو ذو الحقّ، و طرفه الآخر هو حلّ العقد، فالنسبه الخاصه متقومه بطرفها و هو الحلّ دون العقد الخارجى الوجدانى، و المقوم للحلّ المتعلق به الاعتبار فى أفق الاعتبار هو العقد بوجوده العوانى لا بوجوده العينى، فالنسبه إلى أفق الاعتبار اعتباران متعلقان بحصتين من الحلّ المتقوم كل منهما بوجود عنوانى من العقد، و وحده طبيعى الحلّ لا- توجب ورود حقين على واحد شخصى؛ بداهه ان الحلّ القائم بأحدهما غير الحلّ القائم بالآخر، فمتعلق سلطان كل منهما غير متعلق سلطان الآخر» .

و يرد عليه: ان الحلّ الذى هو أحد الطرفين لاعتبار الحق ليس هو طبيعى الحلّ الذى يتقوم بالعقد بوجوده العوانى؛ ضروره ان السيطنه الثابته لكل منهما انما هى على الحلّ المضاف الى العقد الشخصى الذى وقع فى الخارج، لا حلّ العقد بعنوانه العام، و من المعلوم ان الحلّ المضاف الى الأمر الوجدانى الخارجى لا يكون إلا واحداً لا تعدد فيه أصلاً، فإثبات تغاير متعلقى السلطانيين بذلك ممّا لا مجال له، بل الظاهر ما عرفت من عدم قدح الوحده فى تعدّد ذى الحق؛ لأن مرجع حق الفسخ إلى القدره على ابطال العقد و عدمه، و لا مانع من اتصاف شخصين أو أزيد بوصف القدره

على ذلك، كما ان الأمر كذلك بالنسبة إلى الأمور التكوينية أيضاً، ألا ترى انه يمكن قيام وصف القدره على هدم دار مثلاً بمثل زيد و عمرو و أكثر منهما مع ان هدم الدار لا تعدد فيه أصلاً ضروره انه لا يعقل الهدم بعد الهدم؟ فتدبر، و الحاصل ان تعدد ذى الحق لا يستلزم تعدد الحق كما عرفت.

و أما ولاية الأب و الجد على مال الصغير، فالظاهر ان مرجعها الى جعل حق التصرف لهما بما ان كل واحد منهما مدبر يتصرف فى مال الصيغير عن تدبير، و لو سبق أحدهما بالتصرف لا يبقى موضوع لتدبير الآخر، كما فى الوكلاء المتعددين، فإنه مع اتصاف كل منهم بوصف الوكالة و جواز تصرفه فى ما وكل به، لا يبقى موضوع لوكالة المسبوق بتصرف وكيل آخر أو نفس الموكل، كما هو واضح.

ثم انه (قده) (1) بعد كلامه المتقدم بسطرين قال: «و دعوى ان مقتضى الملكيه المستقله ان يكون للمالك منع الغير، و إذا لم يكن له منع الغير فلا يكون مستقلاً، ممنوعه؛ فإن هذا أيضاً نحو من الملكيه المستقله، و نظيره الوجوب الكفائى و التخييرى فى كونهما نحواً من الوجوب مع كونه جائز الترك» .

و يرد عليه: ان الملكيه المستقله على ما عرفت هى المستتبعه للاختصاص الذى هو ضد الاشتراك، و لا يعقل تحققها مع عدم جواز منع الغير، و ليس النزاع فى إطلاق لفظ الاستقلال، حتى يدعى جواز إطلاقه على بعض افراد غير المستقل أيضاً، بل النزاع فى حقيقته التى قد عرفت أنها مساوقه للاختصاص الموجب لجواز منع الغير، و العجب من التنظير

ص: ٤٠٨

بالوجوب الكفائي والتخييري، فإنه لا إشكال في أنهما نحوان من طبيعته الوجوب الصادقة على العيني والكفائي، وكذا التعيني والتخييري، ولا يكونان من أفراد العيني والتعيني، والغرض من التنظير إثبات كون ما لم يكن للمالك منع الغير، من أفراد الملكية المستقلة، لا طبيعته الملكية الصادقة على المستقلة وغيرها، ولعمري انه اشتباه واضح، وقد انقده من جميع ما ذكرنا بطلان دعوى جواز اجتماع المالكين المستقلين على مال واحد.

وبعد ذلك نرجع إلى أصل المقصود وهو ان استيلاء شخصين أو أزيد على مال واحد، هل يمكن ان يكون على سبيل الاستقلال أم لا؟ والظاهر هو العدم؛ لأن حقيقة الاستقلال ترجع الى عقد إيجابى، وهو جواز التصرف فيه، وعقد سلبى، وهو جواز منع الغير عنه، فاجتماع استيلاءين مستقلين بعد مساوقه الاستقلال للاختصاص الموجب لجواز منع الغير مما لا يمكن، كما يظهر ذلك بالتدبر فى نظائره، ألا ترى ان استقلال الملك بالنسبة إلى مملكته، والحاكم بالنسبة الى بلده، لا يتحقق مع تصرف الغير فيهما ايضاً، فاتصاف كل من اليمين بوصف الاستقلال ممّا لا وجه له أصلاً.

ويبقى الكلام بعد ذلك فى ان استيلاء شخصين أو أزيد على مال واحد هل يكون استيلاء على المجموع، غاية الأمر كونه غير مستقل، أو استيلاء مستقلاً بالنسبة إلى النصف المشاع مثلاً أو غير مستقل بالنسبة إليه؟ وقبل الخوض فى ذلك ينبغى التكلم فى الكسر المشاع وإمكان الإشاعه و بيان حقيقتها، فنقول:

أولاً ان الجهل بحقيقته الإشاعه على تقديره لا يمنع من الالتزام

بوجودها بعد شيوعها بين العقلاء؛ ضروره أن المالكيه بالاشتراك المعتبره بين العقلاء فوق حدّ الإحصاء، و بهذا يجاب عمّا يقال كما عن بعض الأعظم من المعاصرين من ابتناء الإشاعه على القول ببطلان الجزء الذى لا يتجزأ؛ نظراً إلى انه لو انتهت التجزئه إلى حدّ غير قابل لها، لا يبقى للإشاعه فيه بعد عدم قبوله للتجزيه مجال، و أمّا لو قيل: إن كل جزء متصوّر فهو قابل للتجزيه فلا مانع من الإشاعه حينئذ.

و الجواب: انه من الواضح انه لا- تكون الإشاعه مبتنيه على تلك المسأله العقليه التى هى مورد للخلاف بين الفلاسفه و المتكلمين؛ ضروره ان المتكلم القائل بعدم بطلان الجزء غير القابل للتجزى لا- يأبى من الاشتراك فى الملك و نحوه بداهه، فالظاهر انه لا- إشكال فى شيوع الإشاعه بين جميع العقلاء، و الجهل بحقيقتها على تقديره لا يمنع عن التصديق بوجودها بعد تداولها بلا ريب و لا إنكار، مضافاً الى عدم كونها مجهوله؛ لأن الظاهر ان الإشاعه أمر اعتبارى عقلانى تتصف به العين الخارجيه فى الخارج، و إن كان وعاء الاعتبار الذهن.

توضيح ذلك: ان الكسر المشاع لا يعقل ان يكون امراً عيياً خارجياً؛ ضروره ان الموجود فى العين يستحيل ان يكون مبهماً لا معيئاً؛ لان الوجود مساوق للتعيين الذى هو نقيض الإبهام، و تردد الشبح الجائى من بعيد بين زيد و عمرو مثلاً لا يستلزم الإبهام فيه؛ لانه معين بحسب الواقع، غايه الأمر هو مجهول لنا، فالواقع المعين مردّد عندنا بين كونه زيداً أو عمراً لا انه مردّد واقعاً بينهما كما هو واضح، فالكسر المشاع الذى هو أمر غير معين لا يعقل ان يكون امراً خارجياً، كما انه يستحيل ان يكون

منتزعاً منه؛ لان المعين الذى لا تشوبه شائبه الإيهام لا يعقل ان يكون منشأ لانتزاع اللابديه معين الخالى من جميع شئون التعيين.

فلا بد من ان يقال: ان الكسر المشاع هو أمر اعتبارى، يعتبره العقلاء فى وعاء الاعتبار الذى هو الذهن، و إن كان ظرف الاتصاف به هو الخارج، فالموجود الخارجى متصف فى الخارج بأنه له نصفان مثلاً و إن كان ظرف هذا الاعتبار هو الذهن، و لا غرو فى ان يكون العروض فى الذهن و ظرف الاتصاف هو الخارج، و هذا نظير ما قاله الحكماء من ان اتصاف الماهيه بالإمكان فى الخارج، و إن كان العروض فى الذهن، و إلا يلزم التسلسل و نحوه، بل جميع الأمور الاعتباريه العقلانيه التى لها مساس بالخارج كذلك؛ ضروره ان الشئ يتصف فى الخارج بوصف المملوكيه، و الإنسان يتصف فى الخارج بوصف المالكيه، مع ان المالكيه و المملوكيه أمران اعتباريان لا- يكون لهما ما بحداء فى الخارج، كما ان المرأه متصفه فى الخارج بوصف الزوجيه، و كذا الزوج، مع عدم ثبوت شئ زائد على ذاتهما فى الخارج، كما هو ظاهر.

ثم ان بعض المحققين أفاد فى بيان حقيقه الكسر المشاع فى رسالته فى قاعده اليد ما لفظه: «لا ريب فى ان الكسر المشاع يقابل الكلّى فى المعين، و أمّا إرجاعه إليه فإنما هو من باب الإلجاء و عدم الوقوف على حقيقته، بل الكسر المشاع جزئى، و لأجله ربما يشكل بأن الجزئيه و الشيع و السريان لا يجتمعان، و قد غفل عن ان الموجود الخارجى على قسمين: موجود بوجود ما بحدائه، و موجود بوجود منشأ انتزاعه، فما له مطابق بالذات و موجود بالفعل نفس منشأ الانتزاع، و أمّا الأمر الانتزاعى فموجود

بالعرض و القوه بنحو وجود المقبول بوجود القابل، و عليه فمفهوم النصف مثلاً ربما يكون موجوداً بوجود ما بحدائه و هو نصف المعين في المعين، و ربما يكون عنواناً لموجود بالقوه لتساوى نسبه الى جميع الإنصاف المتصوره في العين باختلاف كيفيه التنصيف و التقسيم، فهذا الموجود بالقوه المتساوى النسبه جزئي بجزئيه منشأ انتزاعه، و له شيوع و سريان باعتبار قبوله لكل تعين من التعينات الخارجيه المفروضه، و لأجله تكون القسمة معينه للامعين من دون لزوم معاوضه و مبادله بين أجزاء العين، و عليه فالمملوك لكل واحد من الشريكين أولاً و بالذات هو النصف المشاع، و ليس لكل عين ألما نصفان على الإشاعه، و العين الخارجيه مورد لمملوكين بالذات، فتكون مملوكه بالعرض، على عكس من يملك عيناً واحده بالذات؛ فإنه يملك كسورها المشاعه بالعرض، و مما ذكرنا تعرف ان المملوك بالذات لكل من الشريكين ملك استقلالى اختصاصى، فلذا لا يتوقف التصرف في نصفه المشاع على اذن من شريكه، و ما هو مورد للنصفين المشاعين و هى العين هى المنسوب إليها الاشتراك و عدم الاستقلاليه، و ليست فى الحقيقه مملوكه بالذات لأحد، بل من حيث الموردیه للنصفين منها ينسب إليها الملكيه بالعرض، فلم يلزم قيام فردين من الملكيه الحقيقه الذاتيه بعين واحده، فتدبر؛ فإنه حقيق به» .

و أورد عليه سيدنا الأعظم الخميني (1) (مد ظله العالی) بوجه من الإيرادات:

منها: ان المراد من قوله: «ان مفهوم النصف مثلاً ربما يكون

ص: ٤١٢

موجوداً بوجود ما بحذائه و هو نصف المعين في العين» ان كان هو تحقق ذلك المفهوم و وجوده بوجود ما بحذائه قبل لحوق التقسيم الحقيقي أو الوهمي الاعتباري للعين الخارجي، بحيث يكون الموجود في الخارج واجداً للنصفين حقيقه و فعلاً، و لو لم تلحقه كثره بعد، فيرد عليه: ان لانه وجود الأمور غير المتناهيه فعلاً في شيء محصور بين حاصرين؛ ضروره أن الكسور غير متناهيه، و كما ان النصف موجود يكون نصف النصف ايضاً موجوداً، و هكذا الى ما لا- نهايه له؛ لبطلان الجزء غير القابل للتجزيه، فالأمر المتناهي الذي هو العين الخارجي المحصوره بين الحاصرين يكون حينئذ واجداً حقيقه للأمور غير المتناهيه الموجوده بالوجود الحقيقي الذي له محاذ في الخارج، و من المعلوم استحاله ذلك، فلا بد من ان يكون المراد من ذلك القول هو كون مفهوم النصف موجوداً بوجود ما بحذائه بعد عروض التقسيم للعين الخارجي حقيقه، كما إذا انكسر الحجر الواحد و صار نصفين، أو وهماً كما إذا قسم اعتباراً من دون ان يقع فيه تغيير.

و حينئذ يرد على ذلك ايضاً مضافاً الى انه بعد لحوق التقسيم خصوصاً في التقسيم الحقيقي لا يبقى مجال و محلّ لعنوان النصف ان النصف الموجود في الخارج كما يكون منطبقاً عليه عنوان النصف إذا لوحظ بالنسبه إلى المركب منه و من النصف الأخر، كذلك ينطبق عليه عنوان الثلث ايضاً إذا لوحظ بالنسبه إلى المركب منه و من الأمرين الآخريين؛ فإنّ حبه من الحنطه مثلاً إذا لوحظت بالنسبه إلى حبتين تكون نصفاً منهما، و إذا نسبتاً الى ثلاث حبات تكون ثلثاً منها، و هكذا، و يلزم حينئذ ان تكون الأمور غير المتناهيه التي هي الكسور غير المتناهيه على ما عرفت من بطلان

الجزء الذى لا يتجزأ موجوده حقيقه بوجود حبه من حنطه، و هو محال على ما تقدم.

فالتحقيق: ان الشىء الموجود فى العين قبل لحوق التقسيم الحقيقى بالنسبه إليها لا يكون أآ واحداً كما هو المحقق فى محلّه، من ان الوجود و التشخص مساوق للوحده، و إن الكثره بما هى كثره تستحيل ان تتحقق فى الخارج، فثبوت النصفين لها لا يكون أآ بحسب الاعتبار و الوهم، كما ان الشىء بعد عروض الانقسام عليه لا تكون اجزأؤه أآ بحيث يكون كل واحد منها وجوداً مستقلاً، و اتصافه بالجزئيه للمجموع و كونه نصفاً مثلاً منه لا يكون أآ بحسب الاعتبار؛ ضروره انّ المجموع لا يبقى له وجود مستقل بعد الانقسام أآ اعتباراً، فاجزأؤه بما أنّها اجزأؤه ايضاً كذلك؛ لتضاييف الوصفين، كما هو غير خفى.

و منها: ان ما أفاده فى الكسر المشاع من انه عباره عن موجود بالقوه تتساوى نسبته الى جميع الإنصاف مثلاً المتصوره فى العين، و هو جزئى بجزئيه منشأ انتزاعه، و له شيوع و سريان باعتبار قبوله لكلّ تعين، محل نظر بل منع؛ لان المراد بالموجود بالقوه ان كان هو الهيولى القابله للتصور بصور مختلفه و التشكل بأشكال متعدده، فيرد عليه: ان لازم ذلك ان يصير الموجود بالقوه فعلياً بعد عروض الانقسام له بوجه، مع أنّا نرى بقاء الإشاعه فى بعض الموارد، كما إذا وقع الانقسام بغير رضا الشريكين، فإنّه حينئذ لا يكون الهيولى قابله للتصور بغير تلك الصوره؛ لتبدل القوه إلى الفعلية، مع وضوح بقاء الاشتراك فى المجموع المقتضى للإشاعه.

هذا مضافاً الى انه ربما يكون الاشتراك و الإشاعه بالنسبه إلى

الأشياء المنفصله بالحقيقه، كما إذا كان قفيز من برّ مشتركاً بين شريكين؛ فان كل واحد من حَبّات الحنطه وجود واحد مستقل منفصل عن الحَبّه الأخرى حقيقه، فأين الهيولى القابله للتّصور بصور مختلفه.

و إن كان المراد بالموجود هو الأمر المبهم القابل للانطباق على كل نصف يتصور فى العين، باعتبار اختلاف كيفيه التنصيف و التقسيم، فيرد عليه أنّ انتزاع ما حقيقته الإبهام عن الموجود فى العين الذى هو معين محض، غير معقول، على ما عرفت سابقاً؛ لان المعين الخالى من شوائب الإبهام كيف يمكن ان يصير منشأً لانتزاع ما لم تشم منه رائحه التعين؟ كما هو واضح.

و منها: ان ما أفاده فى ذيل كلامه من ان المملوك لكل واحد من الشريكين أوّلاً و بالذات هو النصف المشاع و العين الخارجيه مورد لمملوكين بالذّات، فهى مملوكه بالعرض على عكس من يملك عيناً واحده، ممنوع أيضاً؛ فإنه لا فرق فى نظر العرف و العقلاء من حيث اتصاف العين بالمملوكيه بين ما كان المالك لها واحداً أو متعدداً، و كما انها فى الصوره الأولى تكون مملوكه بالذات، كذلك فى الصوره الثانيه، و كيف يمكن دعوى عدم كون العين فى الصوره الثانيه مملوكه فيما لو كان مالکها واحداً، ثمّ نقل نصفها المشاع الى غيره، فإنه يسأل حينئذ عن السبب الذى صار موجّباً لخروج العين عن الملكيه رأساً كما هو المفروض، مع ان الناقل لم ينقل الّا نصفها، ثمّ عن السبب الموجب لانتقال النصف المشاع الى الناقل للنصف مع انه لم يكن مالکاً له و لم يتحقق السبب الناقل، كما هو ظاهر.

كما أنّ ما أفاده من ان القسمه مرجعها الى تعيين اللّابديه معين، من دون

لزوم مبادله و معاوضه بين أجزاء العين لا- يستقيم؛ ضروره ان مرجع الإشاعه إلى الاشتراك في كل جزء متصور، فالتقسيم لا محاله يساوق التبادل بين الأجزاء و لا يعقل بدونه.

و قد بان من جميع ذلك انه لا- محيص في تفسير الإشاعه و بيان حقيقتها عما ذكرنا من انها أمر اعتبارى عقلانى ليس له ما بحذاء في الخارج، كما انه لا ينتزع منه بل الاتصاف به أنما هو في الخارج على حذو سائر الأمور الاعتباريه العقلانيه، كالملكيه و الزوجيه و نحوهما، فالعين الخارجيه متصفه في الخارج بأن لها نصفين قابلين لتعلق الملكيه بهما، غايه الأمر ان وعاء الاعتبار أنما هو الذهن، و مع قطع النظر عن اعتبار المعترين لا واقعيه للكسر المشاع أصلاً، بل لا يكون الموجود في الخارج إلّا أمراً وحدائياً شخصياً لا تكثر فيه بوجه من الوجوه.

و الفرق بين الإشاعه و بين الكلى في المعين هو ان الكلى في المعين أمر كلى كسائر الأمور الكليه و الطبائع المتكثره، غايه الأمر ان دائره صدقه صارت بسبب التقييد مضيقه؛ فإن تقييد طبيعه الحنطه مثلاً بالحنطه من هذه الصبره الموجوده في الخارج، ليس إلّا كتقييدها بكونها جيده مثلاً، فكما ان مثل التقييد الثانى لا يخرج الطبيعه المقيده عن كونها كليه، غايه الأمر قله أفرادها بالنسبه إلى الطبيعه المطلقه كذلك، مثل التقييد الأوّل، لا يخرج الطبيعه المقيده عن كونها كليه، فتقييد العالم الذى يجب إكرامه بكونه من أهل البلد الفلانى، كتقييده بكونه عادلاً، بلا فرق بينهما أصلاً.

و أمّا الكسر المشاع فهو أمر جزئى ملحوظ بالنسبه إلى العين الخارجيه، غايه الأمر أنه أمر اعتبارى لا يكون له ما بحذاء في الخارج

و لا منشأ للانتزاع؛ لان حقيقته الإيهام، و التعين ينافيه، فلا يعقل اتّحادهما و لا كون المعين منشأ لانتزاعه، فافهم و اغتنم.

إذا عرفت ذلك، فلنرجع إلى أصل المقصود و نقول بعد الفراغ عن استحاله اجتماع استيلاءين مستقلين على عين واحده، كاستحاله اجتماع ملكيتين مستقلتين عليها: انه يحتمل تصوّراً ان يكون مرجع استيلاء أزيد من واحد على عين واحده إلى ثبوت استيلاءين مثلاً على المجموع، غايه الأمر كونهما ناقصين، و إن يكون مرجعه الى ثبوت استيلاءين تامين بالنسبه إلى النصف المشاع، و إن يكون مرجعه الى ثبوت استيلاءين ناقصين بالنسبه إلى النصف المشاع ايضاً، و على التقدير الأوّل يحتمل ان يكون الاستيلاء الناقص بالنسبه إلى المجموع كاشفاً عن الملكيه الناقصه بالنسبه إليه، و يحتمل ان يكون اماره على الملكيه التامه على النصف المشاع.

و الظاهر من الاحتمالات الثلاثه هو الاحتمال الأوسط، على ما هو المعتبر عند العقلاء الذين هم المرجع في مثل الباب كما عرفت؛ إذ لا معنى لثبوت الاستيلاء على المجموع و إن كان ناقصاً بعد ان لم يكن المجموع ملكاً للمستولى؛ لان مرجعه الى الاستيلاء على مال الغير، و ما هو مستولى عليه له، ثم على فرض صحه هذا الاحتمال، ان قلنا بكون الاستيلاء الناقص يكشف عن الملكيه الناقصه بالنسبه إلى المجموع، فهو لا معنى له؛ لعدم معقوليه اجتماع ملكين على المجموع، و لو كانا ناقصين، و إن قلنا بكونه كاشفاً عن الملكيه بالنسبه إلى الكسر المشاع، يلزم عدم تطابق الكاشف و المكشوف بوجه، و هو باطل؛ لان الاستيلاء على المجموع كيف يمكن ان يكشف عن ملكيه النصف المشاع، فهذا الاحتمال ساقط رأساً.

و أمّا الاحتمال الثالث، فيبيّده انه بعد كون كل منهما مالكاً للنصف المشاع، يكون كل واحد مستقلاً في التصرف في ملكه؛ ضروره انه يجوز لكل من الشريكين نقل حصته الى الغير بالبيع أو الهبه أو غيرهما، و لو لم يطلع الآخر، بل لم يجز، على تقدير اطلاعه، غايه الأمر ثبوت حق الشفعه للآخر في بعض الموارد، و هذا معنى تماميه الاستيلاء و عدم نقصه، نعم لا يجوز لكل منهما مع قطع النظر عن رضا الآخر التصرف في العين بالتصرفات العيّه الخارجيه، و لكن ذلك ليس لأجل نقص في الاستيلاء أو قصور في الملكيه، بل لأجل استلزام التصرف فيه التصرف في مال الغير، و هو حرام بدون اذنه، كما ربما يمكن تصويره في المالين المفروضين اللذين كان أحدهما ملكاً لزيد و الآخر لعمرو، و كان التصرف الخارجى في أحدهما مستلزماً للتصرف في الآخر، كمصراعى باب غير مفتوح، فإنه لا إشكال في استقلال استيلاء كل منهما بالنسبه إلى ماله، بنحو يجوز له النقل و الانتقال و لو مع عدم رضى الآخر، مع ان التصرف الخارجى في أحدهما يستلزم التصرف في مال الغير، فإن حرمة التصرف حينئذ ليس لأجل نقص أو قصور، بل لمجرد الاستلزام المزبور.

فانقدح من ذلك انه لا محيص عن الاحتمال الأوسط، و هو استقلال كل واحد من الاستيلاءين بالنسبه إلى النصف المشاع، و كون كل منهما كاشفاً عن الملكيه بالنسبه إليه، فاشتراك اثنين في الاستيلاء على العين كاشف عن ملكيه كل واحد منهما لواحد من النصفين، و لازمها الاشتراك و الإشاعه، و عليه فلو ادعى كل منهما ملكيه التمام، تكون دعواه بالنسبه إلى النصف مقبوله، فيما إذا لم تكن هناك بينه، و يترتب على ذلك فروع كثيره فى

بقى الكلام فى قاعده اليد فى مباحث، مثل جواز الشهاده و الحلف مستنداً الى اليد الظاهره فى الملكيه، و كذا حجه قول ذى اليد بالنسبه الى الطهاره و النجاسه، و كذا حليه اللحم المأخوذ منه إذا كان مسلماً، و لكنها لا ترتبط بما هو محط البحث فى القاعده و هى الأماريه و الكاشفيه عن الملكيه، فاللازم إرجاع البحث فى تلك المباحث الى محالّها من كتاب الشهادات و كتاب الطهاره و غيرهما فراجع.

هذا تمام الكلام فى قاعده اليد.

اشاره

و هي ايضاً من القواعد الفقيهيه المشهوره التي تترتب عليها ثمرات كثيره، وقد وقع الاشكال و الخلاف في سعه دائرتها و ضيقها، و منشؤه الاشكال فيما يستفاد من الأدله الوارده فيها، و تحقيق البحث في هذه القاعده يستدعى التكلم في مقامات:

المقام الأول - في مدرکها و مستندها،

اشاره

و هو أمور،

الأول: الكتاب، فقد ورد فيه حكاية المساهمه

اشاره

في موردين

أولهما، ما ورد في قصة النبي يونس

من قوله (١) تعالی فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ، و قد ورد في الاخبار الاحتجاج على شرعيه القرعه بهذه الآيه، و المراد بالمساهمه المقارعه، و بكونه من المدحضين صيرورته معلوماً بالقرعه ممتازاً عن غيره، و اصل الدحض: الزلق، و الإدحاض: الإزالة و الإبطال، و اصل المعنى

ص: ٤٢١

كما عن المجمع (١): صار من المقروعين المغلوبين المقهورين، و كيفية الواقعه على ما فى الخبر انه لما وعد قومہ بالعذاب خرج من بينهم قبل ان يأمره الله تعالى به، فركب فى السيفينه فوقفت السيفينه، فقالوا: هنا عبد أبق من مولاه، فافرعوا، فخرجت القرعه على يونس، فرمى بنفسه فى الماء، فالتقمه الحوت، و دعوى انه لا دلاله للآيه على المشروعه؛ فإن غايه مفادها الحكايه، و هى أعم من المشروعه، مدفوعه مضافاً الى ما عرفت من انه ورد فى الاخبار الاحتجاج على شرعيه القرعه بهذه الآيه بأنه لا مجال للمناقشه فى دلاله الآيه على قبول يونس للمقارعه لو لم نقل بان ظاهرها تصدى نفسه لها، و القبول ان كان منشؤه كونه امراً تعبدياً جاء به يونس، فمقتضى الاستصحاب عند الشك فى البقاء بقاؤه فى هذه الشريعه؛ لما تقرر فى محلّه من جريان استصحاب أحكام الشرائع السابقه، و إن كان منشؤه كونه امراً عقلائياً كما هو الظاهر، و قد أمضاه النبى يونس، فاللازم ثبوته فى هذه الشريعه لهذه الجبهه كما لا يخفى.

ثانيهما: ما ورد فى قصه التخاصم فى تكفل مريم و اقتراعهم على ذلك

من قوله (٢) تعالى و ما كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ و كيفية الواقعه إنَّ زكريا (عليه السلام) قال لهم: انا أحقُّ بمريم، اى من جبهه التكفل؛ لان عندى خالتها، قالوا: لا حتى نقرع عليها، فانطلقوا الى نهر الأردن فألقوا فيه أقلامهم التى كانوا يكتبون بها الوحى، على ان من ارتفع قلمه فوق الماء فهو أحقُّ بها، و قيل: ان أقلامهم كانت من الحديد،

ص: ٤٢٢

١-١) مجمع البيان ٤:٤٥٨.

٢-٢) سورة آل عمران: الآيه ٤٠.

فألقوا أقلامهم ثلاث مرّات، و في كل مرّه يرتفع قلم زكريّا و ترسب أقلامهم، و المناقشه في دلاله الآيه على المشروعيه مدفوعه بما عرفت في الآيه الأولى.

الثاني الروايات

اشاره

و هي على ثلاث طوائف:

الطائفة الأولى: ما يستفاد منها العموم في جميع الموارد،

مثل ما رواه الشيخ عن محمد بن حكيم، قال: سألت أبا الحسن (١) (عليه السلام) عن شيء فقال لي: كل مجهول ففيه القرعه، قلت له: ان القرعه تخطى و تصيب، قال: ما حكم الله به فليس بمخطئ. و رواه الصدوق (٢) بطريقتين صحيحين عنه، و يظهر من الشيخ في كتاب (٣) النّهايه الاعتماد على هذه الروايه، بل و صدور مضمونها من غير ابى الحسن (عليه السلام) ايضاً و كذا يظهر منه الاعتماد عليها في كتاب الخلاف، و كذا من الحلي في السرائر و الشهيد (٤) في القواعد مع اختلاف في التعبير، مضافا الى ان الظاهر ان محمد بن حكيم هو الخنعمي الذي لا تبعد دعوى وثاقته؛ لكونه صاحب الأصل، و لكثرة نقل المشايخ بل أصحاب الإجماع عنه، و لو كان في الروايه ضعف، فهو منجر بعمل الأصحاب و اعتمادهم عليها، و ليس في طرقنا ما يستفاد منه العموم غير هذه الروايه، لكن سيأتي التحقيق في مفادها فانتظر.

و كالروايتين العاميتين: القرعه لكل أمر مشكل، و القرعه لكل أمر

ص: ٤٢٣

١- (١) الوسائل ١٨٩:١٨ ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١١.

٢- (٢) الفقيه ٩٢:٣ ح ٣٣٨٩.

٣- (٣) النّهايه: ٣٤٦.

٤- (٤) القواعد و الفوائد ١٨٣:٢.

مشتبه، و عن الحلّي (١) دعوى الإجماع على ان كل مشكل فيه القرعه، و نقل عنه ايضاً انه قال في باب سماع البيئات: «و كل أمر مشكل يشبه فيه الحكم فينبغي ان تستعمل فيه القرعه؛ لما روى عن الأئمة (عليهم السلام) و تواترت به الآثار و أجمعت به الشيعة الإماميّة». .

و ما رواه في المستدرک (٢) عن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين و أبي جعفر و أبي عبد الله (عليهم السلام) أنهم أوجبوا الحكم بالقرعه فيما أشكل، قال أبو عبد الله (عليه السلام): «و أيّ حكم في الملبس اثبت من القرعه، أليس هو التفويض الى الله جلّ ذكره؟ ثمّ ذكر قصه يونس و مريم و عبد المطلب.

و ما رواه فيه ايضاً عن الشيخ المفيد (قده) في الاختصاص (٣) عن احمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد و محمد بن خالد البرقي عن النضر بن سويد عن يحيى بن حمران الحلبي عن عبد الله بن مسكان عن عبد الرحيم قال سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: ان علياً (عليه السلام) كان إذا ورد عليه أمر لم يجيء فيه كتاب و لم تجر فيه سنّه رجم فيه يعني ساهم فأصاب، ثمّ قال: يا عبد الرحيم و تلك من المعضلات.

الطائفة الثانيه – ما استفاد منه العموم في الجمله

ككثير من الروايات الوارده في القرعه التي نقل أكثرها في الوسائل في الباب «١٢» و في الباب «١٣» من أبواب كيفيه الحكم و في المستدرک في الباب «١١» من تلك

ص: ٢٢٤

١-١) السرائر ١٧٠:٢ و ١٧٣.

٢-٢) مستدرک الوسائل ١٧:٣٧٣ ب ١١ من أبواب كيفيه الحكم ح ١.

٣-٣) الاختصاص ٣١٠.

الأبواب، مثل ما ورد في ذيل صحيحه أبي بصير (١) بروايه الصدوق من قول النبي (صلى الله عليه وآله): ليس من قوم تقارعوا ثم فوضوا أمرهم الى الله عزّ وجلّ إلا خرج سهم الحق، وقريب منه ما عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (٢) في ذيل روايه العباس بن هلال (٣) ومرسله (٤) الصدوق عن الصادق (عليه السلام) ومرسله فقه الرضا عنه (عليه السلام) قال اي قضيه أعدل من القرعه إذا فوض الأمر الى الله أليس الله يقول فساهم فكان من المُدْحَضِينَ وكذا روايه (٥) احمد البرقي (٦).

الطائفة الثالثة – الروايات الواردة في موارد خاصة

وهي كثيرة:

منها: ما إذا تعارضت البيّتان وكان المرجح مفقوداً، ففي صحيحه (٧) داود بن سرحان بروايه الصدوق عن ابي عبد الله (عليه السلام) في شاهدين شهدا على أمر واحد، فجاء آخران شهدا على غير الذي شهدا عليه، واختلفوا، قال: يقرع بينهم، فأبهم قرع عليه اليمين وهو اولى بالقضاء. وفي صحيحه (٨) الحلبي قريب منها، ألا ان في آخرها بدل هو اولى بالقضاء: فهو اولى بالحق وفي صحيحه (٩) البصري بروايته ايضاً عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: كان عليّ (عليه السلام) إذا أتاه رجلان

ص: ٤٢٥

- ١-١) الوسائل ١٨:١٨٨ ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ٥.
- ٢-٢) الوسائل ١٧:٥٩٣ ب ٤ من أبواب ميراث الغرض ح ٤.
- ٣-٣) الوسائل أبواب ميراث الغرقى، الباب الرابع، حديث ٣٢.
- ٤-٤) الوسائل ١٨:١٨ ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١٣ و ١٧. من لا يحضره الفقيه ٣:٩٢ ح ٣٣٩١.
- ٥-٥) الوسائل ١٨:١٨ ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١٣ و ١٧.
- ٦-٦) الوسائل أبواب كيفية الحكم، الباب الثالث عشر، حديث ١٣.
- ٧-٧) الوسائل ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ٦.
- ٨-٨) الوسائل ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١١.
- ٩-٩) الوسائل ١٨:١٨٣ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ٥.

بشهود عدلهم سواء و عددهم، أقرع بينهما على أيهما تصير اليمين.

و منها: الأشهاد على الدابة، ففي موثقه سماعه (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: ان رجلين اختصما الى عليّ (عليه السلام) في دابه، فزعم كل واحد منهما أنّها أنتجت على ندوده (معتلف الدواب)، و أقام كل واحد منهما بينه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين.

و منها: الإشهاد بالإيداع على الظاهر، ففي روايه (٢) زراره عن ابي جعفر (عليه السلام) قال: قلت له: رجل شهد له رجلان بانّ له عند رجل خمسين درهماً، و جاء آخران فشهدا بانّ له عنده مائه درهم، كلهم شهدوا في موقف، قال: أقرع بينهم، ثم استحلف الذي أصابهم القرع.

و منها: مورد اشتباه الولد بين العبد و الحرّ و المشرك، ففي صحيحه (٣) الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا وقع الحرّ و العبد و المشرك على امرأه في طهر واحد، و ادّعوا الولد، أقرع بينهم و كان الولد للذي يقرع.

و منها (٤): الأشهاد على الزّوجيه.

و منها (٥): قضيه الشاب الذي خرج أبوه مع جماعه، ثم جاءوا و شهدوا بموته.

ص: ٤٢٦

- ١-١) الوسائل ١٨٥:١٨ ب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم ح ١٢.
- ٢-٢) الوسائل ١٨٣:١٨ ب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم ح ٧.
- ٣-٣) الوسائل ١٨٧:١٨ ب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم ح ١.
- ٤-٤) الوسائل ١٨٤:١٨ ب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم ح ٨.
- ٥-٥) مرآه العقول: ٢٢١.

و منها (١): قضيه الوصيه بعثت ثلث العبيد.

و منها: عتق ثلثهم (٢).

و منها (٣): الاشتباه بين الولد و العبد المحرّر.

و منها (٤): الاشتباه بين صبيّين أحدهما حرّ و الآخر مملوك.

و منها (٥): الخنثى المشكل.

و منها (٦): مورد عتق أوّل مملوك.

و منها (٧): مورد اشتباه المعتق بغيره.

و منها (٨): مورد عتق العبيد فى مرض الموت، و لا مال له سواهم.

و منها (٩): مورد اشتباه الغنم الموطوءه.

و منها (١٠): مورد قسمه أمير المؤمنين (عليه السلام) المال الذى اتى من أصفهان، المذكوره فى كتاب الجهاد.

ص: ٤٢٧

-
- ١-١) الوسائل ١٦:٧٧ ب ٦٥ من أبواب العتق ح ١.
 - ١-٢) الوسائل ١٣:٤٦٤ ب ٧٥ من أبواب الوصايا ح ١.
 - ١-٣) الوسائل ١٣:٤٢٧ ب ٤٣ من أحكام الوصايا ح ١.
 - ١-٤) الوسائل ١٨:١٨٨ ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ٧.
 - ١-٥) الوسائل ١٧:٥٨٠ ب ٤ من أبواب ميراث الخنثى ح ٢.
 - ١-٦) الوسائل ١٦:٦٩ ب ٥٧ من أبواب العتق ح ١ و ٢.
 - ١-٧) الوسائل ١٦:٤٤ ب ٣٤ من أبواب العتق ح ١.
 - ١-٨) لم نعثر على ذلك و لكن أوردنا المحقق النراقى فى فوائده.
 - ١-٩) الوسائل ١٦:٤٣٦ ب ٣٠ من أبواب الأئمة المحرمه ح ١ الى ٤.
 - ١-١٠) الوسائل ١١:٨٧ ب ٤١ من أبواب جهاد العدو ح ١١.

و منها (١): قضيه مساهمه رسول الله (صلى الله عليه و آله) قريشاً في بناء البيت.

و منها (٢): استعلام موسى (عليه السلام) المنام بالقرعه بتعليم الله تعالى.

و منها (٣): مساهمه رسول الله (صلى الله عليه و آله) بين أزواجه إذا أراد سفراً.

و منها (٤): اقتراعه (صلى الله عليه و آله) بين أهل الصّفة للبعث الى غزوه ذات السّلاسل.

و منها (٥): اقتراعه (صلى الله عليه و آله) في غنائم حنين.

و منها (٦): اقتراع بنى يعقوب ليخرج على واحد، فيحبسه يوسف عنده.

هذه هي الموارد التي تتبعها سيدنا الأستاذ الأعظم الخميني (دام ظلّه العالی) (٧) ولعلّ المتتبع أزيد من ذلك يجد موارد أخرى أيضاً.

و قد ظهر من جميع ذلك دلالة الروايات المتكثرة على مشروعيه القرعه في الجملة، و إن كانت مختلفه بحسب الظاهر، من حيث السعه و الضيق، و سيأتي التحقيق في مفادها إن شاء الله تعالى.

الثالث الإجماع المنقول بل المحصل من تتبع الفتاوى و الكلمات؛

فان

ص: ٤٢٨

- ١-١) مستدرک الوسائل ١٧:٣٧٦ ب ١١ من أبواب كيفيه الحكم ح ١٠.
- ٢-٢) مستدرک الوسائل ١٧:٣٧٥ ب ١١ من أبواب كيفيه الحكم ح ١٠.
- ٣-٣) مستدرک الوسائل ١٧:٣٧٧ ب ١١ من أبواب كيفيه الحكم ح ١٣. و في البحار ٥:٥٥١.
- ٤-٤) البحار ٥:٥٩٠.
- ٥-٥) البحار ٦:٦١٥.
- ٦-٦) البحار ٥:١٨٠.
- ٧-٧) الرسائل ١:٣٣٨.

الظاهر انه لم ينقل عن أحد من الأصحاب إنكار مشروعيه القرعه بنحو الإطلاق، و إن وقع بينهم الاختلاف في موارد متعدده، لكن أصل اعتبار القرعه بنحو الإجمال لم يقع مورداً للإنكار و الخلاف بوجه، و لكن الظاهر انه بعد دلاله الكتاب و السنه المستفيضة بل المتواتره إجمالاً- على مشروعيه القرعه، لا- يبقى للإجماع أصاله، و لا يكون دليلاً مستقلاً في عرض الكتاب و السنه؛ لانه من المحتمل بل المقطوع ان يكون مستند المجمعين الكتاب و السنه، فالإجماع حينئذ لا يكون حجّه برأسه.

الزابع بناء العقلاء على الرجوع الى القرعه في بعض الموارد،

و قد أشرنا الى أن المساهمه المحكيه في الكتاب في موردين لعلها كانت هي المساهمه العقلانيه الجاربه في مثل الموردين، من اشتباه العبد الآبق على نقل، أو أشرافهم على الغرق، فأوا طرح واحد منهم لنجاه الباقيين على نقل آخر، و من يتكفل مريم من الأشخاص المتعددين، فالظاهر ثبوت هذا البناء و عدم الردع عنه في الشريعه، بل تحقق الإمضاء بمقتضى الكتاب و السنه، لكن الكلام في ضابط المورد الذي يرجع فيه العقلاء إلى القرعه، و سيأتي بيان الضابط في تحقيق مفاد الروايات.

المقام الثاني- في بيان مقدار دلاله الأدله الوارده في مشروعيتها، سيما مفاد الطوائف الثلاث من الروايات الوارده فيها،

فقول: ان الذي يظهر بعد التتبع و التأمل في غير الطائفه الاولى من الطائفتين الأخيرتين ان مورد القرعه و محل جريانها هو موارد تزامم الحقوق و عدم ثبوت المرجح لأحدها على الآخر، و هذا هو الجامع بين جميع الموارد التي حكم فيها بالقرعه بينهما، نعم مورد التخلف فيما ذكرنا أنما هي مسأله الغنم الموطوءه

التي حكم فيها بالقرعه، مع عدم تحقق الجامع المذكور فيها.

و لكن يمكن الجواب عنه مضافاً الى انه يمكن فرض تراحم الحقوق فيها أيضاً، بأن كان القطيع مركباً من أغنام أزيد من مالك واحد، كما كان هو الشائع في تلك الأزمنة، بل في زماننا هذا أيضاً بأن يقال: ان الروايه الداله على ثبوت القرعه فى المورد المفروض مشعره بكون هذا المورد ايضاً من موارد تراحم الحقوق؛ لانه قد عبّر فيها بعد الحكم بالقرعه و استخراج الموطوءه بها، بأنه قد نجت سائرهما، فان نجاه السائر أنّما هي مع التراحم كما لا يخفى.

نعم لا بد من ملاحظه الطائفه الأولى الداله بظاهاها على ان كل مجهول ففیه القرعه، و نقول: ان عمدہ ما يمكن ان يكون مستنداً للعموم هي روايه محمد بن حكيم المتقدّمه، و بما ان السؤال فيها ناقص، ضروره ان السؤال عن الشيء لا ينطبق عليه الجواب بثبوت القرعه لكل أمر مجهول، بل نفس هذا السؤال لا يكاد يصدر من عاقل، فهذا يكشف عن ان السؤال كان عن أمر لم ينقل لنا، و حينئذ يبقى احتمال أنّه لو كان السؤال مذكوراً لنا لكان من الممكن ان يكون قرينه على عدم شمول الجواب لجميع الموارد، هذا مع انه لو أغمض النظر عن ذلك نقول: قد عرفت ان القرعه ليست امراً شرعياً اخترعه الشارع، بل كانت معمولاً بها عند العقلاء قبل الشرع ايضاً، و قد عرفت ان المساهمه المحكيه فى الكتاب فى موردین كانت هى المساهمه العقلانيه ظاهراً، و من المعلوم ان مورد إجراء القرعه و محلّها عند العقلاء لا يكون عامّاً شاملاً لجميع موارد الاشتباه و الجهل، بل العقلاء يعملون بها فى موارد مخصوصه، و الظاهر ان ضابطها تراحم الحقوق، و بعد

ثبوت هذا البناء لا يكاد يفهم من مثل روايه محمد بن حكيم العموم لغير تلك الموارد.

و يؤيد ما ذكرنا انه مع كون هذه الزوايه بمرأى و مسمع من الأصحاب، بل ادعى الإجماع على صدور مضمونها من الشيخ و الشهيد و غيرهما، و تمسكوا بها فى غير مورد من مسائل القضاء و أشباهها، و لم يظهر من أحد منهم التمسك بها و الفتوى بمضمونها فى غير موارد تراحم الحقوق، نعم حكى عن ابن طاوس الفتوى بالقرعه فى مورد اشتباه القبله، و لكنه من الشذوذ بمكان، مضافاً الى كونه مخالفاً للنص الوارد فى تلك المسأله.

و يؤيد بل يدل على ما ذكرنا ما دلّ على أن أصل القرعه من الكتاب، لانه ليس المراد دلالة الكتاب على شرعيه القرعه، لأنه لم يرد فيه كما عرفت إلّا حكاية المساهمه فى موردين، و الحكاية أعم، بل المراد دلالة الكتاب على وجود هذا الأمر و ثبوته بين العقلاء، فلا بد فى تشخيص مورده و مجراه من الرجوع إليهم كما لا يخفى.

و أمّا قولهم فى مطاوى كتبهم الفقيهيه: القرعه لكل أمر مجهول أو مشتبه، فالظاهر ان المراد بالأمر فيه هو الأمر الذى يرجع الى الحاكم، على ما يشهد به استعمال هذه الكلمه فى باب القضاء، فإنه حيثما يطلق فى كتاب القضاء لا يراد منه إلّا ذلك، كلفظ الحكم المعبر به فى ذلك الكتاب، و من هنا يظهر سرّ تقييد الحلّى فى السرائر (1) مورد القرعه بما إذا كان الأمر المجهول مشتبه الحكم؛ فان مراده من الأمر المجهول هو الأمر الذى يرجع الى الحاكم، و من الحكم المشتبه هو الحكم الذى هو وظيفه القاضى لا الحكم

ص: ٤٣١

و يؤيد ايضاً ما ذكرنا ما ورد مما يدل على عدم جواز استخراج المجهول بالقرعه لغير الإمام، الذى يعنى به من يجوز له التصدى للقضاء، فان تخصيص جواز الاستخراج به لا يلائم ثبوت القرعه فى جميع الأمور المشتبّهه، بل المناسب له هو اختصاص موردها بموارد تراحم الحقوق التى لا- بد فيها من الرجوع الى الحاكم الشرعى لفصل الخصومه، و يؤيد ما ذكرنا ايضاً عدم خروج الموارد الخاصه الوارده فيها القرعه عن الضابطه المذكوره.

و قد انقذ مما حققناه تمييز موارد القرعه عن غيرها، و حينئذ يظهر لك أنّ لا يكون لعمومها بالنسبه إلى موارد تخصيصات كثيره، حتى يلزم الاستهجان، و يحتاج فى العمل بها الى عمل الأصحاب كما هو المشهور بين المعاصرين و غيرهم، بل لا يكون لعمومها تخصيص إلّا فى مسأله درهم الودعى؛ إذ ان مقتضى القاعده القرعه فيها، و لكن النص الخاص قد حكم بالتنصيف.

ثم انه لو أبيت عما ذكرنا من كون المراد بالأمر فى الروايه النبويه و فى قولهم: كل أمر مجهول ففيه القرعه، هو الأمر الذى يرجع فيه الى الحاكم؛ نظراً إلى إطلاق لفظ الأمر فى الروايه و الفتوى، نقول: أنّ المراد بالأمر هل هو الحكم أو الموضوع؟ و توصيفه بكونه مجهولاً- هل يراد به الشبهه الحكميه أو الشبهه الموضوعيه؟ لا مجال للأول؛ لأن الشبهات الحكميه و إن كانت فى بادئ النظر متصفه بالجهل و الاشتباه، ألما أنّها بلحاظ تبين حكمها فى لسان الشارع و بيان الوظيفه الشرعيه فيها، لا تتصف بالجهاله و الاشتباه، فان

شرب التتن الذى يجرى فيه احتمال الحرمة لا يكون مجهولاً؛ لانه قد حكم الشارع بحليته بمقتضى أصله الحليه الجاربه فى مثله، وكذا صلاه الجمعه التى يجرى فيها استصحاب الوجوب فرضاً بمقتضى قوله (عليه السلام) : لا تنقض اليقين بالشك، لا تكون مشتبهه بوجه، وهكذا، وإن شئت قلت: ان الجهل فى المثالين أنما هو بالنسبه إلى الحكم الواقعى، و أمّا بلحاظ الوظيفه الشرعيه، فالحكم معلوم لا يجرى فيه جهاله، ولا مجال لدعوى كون المراد من الجهل فى الروايه النبويّه و فى الفتاوى هو الجهل بالحكم الواقعى بعد إطلاق الجهل و عدم تقييده به، و يؤيد ما ذكرنا التعبير بالأعضال فى بعض الروايات الذى لا يبقى له مجال مع وضوح الوظيفه الشرعيه و لو بحسب الحكم الظاهرى، فالشبهه الحكميه خارجه عن مفاد العبارة.

و أمّا الشبهه الموضوعيه، فإن كانت بدويه، فالحكم فيها معلوم غير مجهول ايضاً، سواء كان هى البراءه أو الاحتياط، و إن كانت مقرونه بالعلم الإجمالى، فهى ايضاً حكمها معلوم، سواء كان الشبهه محصوره أم غير محصوره؛ لأن الحكم فى الأوّل هو الاحتياط على ما هو المشهور، و البراءه على غيره؛ و فى الثانى هو البراءه على المشهور ايضاً، فلم يبق لنا إلا موارد تراحم الحقوق فى الشبهه الموضوعيه التى لم يبين حكمها فى الشريعه، فإذا دار أمر مال بين ان يكون لزيد أو لعمرو، و أقام كل واحد منهما بينه على مدعاه، فهذا هو الأمر المجهول و المشتبه و المعضل، الذى لا محيص فيه عن اعمال القرعه و الرجوع إليها؛ لعدم بيان حكمه فى شىء من أدله الأمارات الشرعيه و الأصول المعتره بوجه.

نعم، لا يختص إعمال القرعه بما كان له واقع، غايه الأمر كونه مجهولاً

عندنا، بل يعم ما لم يكن له واقع أصلاً، غايه الأمر الإعضال لأجل انه لا ترجيح في البين أصلاً.

المقام الثالث- في ان القرعه هل تكون اماره أو أصلاً؟

فيه وجهان، و الظاهر هو الوجه الثانى:

أما أولاً؛ فلان موارد ثبوت القرعه عند العقلاء على قسمين: قسم يكون للمجهول المشتبه واقع معلوم عند الله و غير معلوم عندنا، كالمساهمه فى قصه (١) يونس، بناء على كونها لأجل تشخيص العبد الآبق كما فى أحد النقلين، و قسم لا يكون له واقع معين، كالمساهمه فى قصه تكفل مريم الواقعه فى الكتاب (٢) العزيز، و من المعلوم انه لا- تعقل الأماريه فى القسم الثانى؛ لعدم ثبوت واقع حتى تكون القرعه أماره عليه، و الظاهر انه لا فرق بين هذا القسم و القسم الأول عند العقلاء.

و أمّا ثانياً؛ فلانا لو قلنا: إن الطريقيه و الأماريه قابله لتعلق الجعل بها على خلاف ما حققناه فى محلّه و لكن مورده ما إذا كان المحلّ قابلاً لذلك الجعل، من جهه كونه واجداً لوصف الطريقيه تكويناً؛ ضروره انه لا يعقل جعل الطريقيه للشك مثلاً و من المعلوم ان القرعه بالكيفيه المتداوله لا يكون فيها جهه كشف و إراءه أصلاً؛ ضروره أن اجاله السهام ثم إخراج واحد منها، لا يكون فيها كشف و طريقيه، و ليس مثل خبر الثقه و شهاده عدلين، الذى يكون مشتملاً على الكشف و الإراءه فى نفسه، و حينئذ فكيف يمكن جعل الحجيه لها كما لا يخفى.

ص: ٤٣٤

١-١) سورة الصافات: الآيه ١٤١.

٢-٢) سورة آل عمران: الآيه ٤٠.

و أمّا ثالثاً: فلأنه حيث يكون موضوع القرعه هو المجهول بما انه مجهول، نظير سائر الأصول التي موردها خصوص صورته الشك، كأصالة الحليه و الاستصحاب فلا بد من الالتزام بكونها مثلها في ذلك، أى في عدم كونها اماره.

و دعوى أنّ ظاهر قول أمير المؤمنين (1) (عليه السلام): ما من قوم فوّضوا أمرهم الى الله عزّ و جلّ و ألقوا سهامهم ألّا خرج السّهم الأصب، ان القرعه لا تخطئ أصلاً، بل الخارج سهم المحقّ دائماً، كما في مرسله (2) الفقيه عن الصادق (عليه السلام) ايضاً قال: ما يقارع قوم فوضوا أمرهم الى الله ألّا خرج سهم المحقّ، و هو معنى الأماريّة بل هي الاماره الدائمه المطابقه، مدفوعه بأن غايه ما يدلّ عليه مثل هذا التعبير هو مجرد تطبيق الله تعالى السهم الخارج على الواقع دائماً، لأجل تفويض الأمر إليه و جعله هو الحكم، و هذا يغاير معنى الأماريّة؛ فإنها متقومه بحيثيه الكشف و الإراءه، و القرعه فاقده لها، بل تكون القرعه على هذا نظير الاستخاره التي ليست بأماره قطعاً. و من ذلك يظهر الخلل فيما افاده المحقق (3) البجنوردى من جعل القرعه و الاستخاره من الأمارات؛ نظراً الى وجود جهه الكشف فيهما و الظن بإصابه الواقع و دلالة الدليل على حجيه هذه الجهه، مثل قول ابى الحسن (4) موسى (عليه السلام): كل ما حكم الله به

ص: ٤٣٥

١-١) الوسائل ١٧:٥٩٣ ب ٤ من أبواب ميراث الغرقى ح ٤.

٢-٢) من لا يحضره الفقيه ٣:٩٢ ح ٣٣٩٠.

٣-٣) القواعد الفقيهيه ١:٥٥.

٤-٤) الوسائل ١٨:١٨٩ ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١١.

وجه الخلل ما عرفت من ان جهه الكاشفيه و الطريقيه التى هى أمر تكوينى متقوم بالطريق أمر، و تطبيق الله تعالى السهم الخارج على الواقع غالباً أو دائماً أمر آخر لا ارتباط بينهما، و الدليل انما يدل على الثانى، و أما الأوّل فهو مفقود فى القرعه و الاستخاره كليهما، فالإنصاف انه لا- مجال لدعوى الأمايه فى القرعه، بل هى أصل عند العقلاء و عند الشارع، يرجع إليه فى ما لم يكن مرجح فى البين، و لم يكن هناك أصل أو اماره أصلاً.

المقام الرابع- فى تعارض القرعه مع الاستصحاب، و نقول: ان النسبه بينهما و إن كانت عموماً من وجه؛ لان مورد الاستصحاب هو الشك مع لحاظ الحاله السابقه، سواء كان فى مورد تراحم الحقوق أو غيره، و مورد القرعه هو الشك فى مورد تراحم الحقوق، سواء كان مع لحاظ الحاله السابقه أم لا، إلّا انك عرفت فى المقام الثانى ان دليل الاستصحاب حاكم على دليل القرعه؛ لأن مورد أدله القرعه انما هو الأمر المشكل الذى وقع التعبير به فى كثير من الفتاوى تبعاً لجمله من النصوص، أو مطلق المجهول الذى وقع التعبير به فى روايه محمد بن حكيم المتقدمه، و من المعلوم ان الأمر المشكل معناه هو الأمر الذى أشكل رفع التحير عنه أو الحكم فيه؛ لان مورد استعماله يغير مورد استعمال كلمه المجهول؛ فإنه لا تستعمل كلمه المجهول غالباً إلّا فى ما كان له واقع معين عند الله مجهول عند الناس، و المشكل هو ما يصعب رفع التحير بالنسبه إليه، و الدليل على اختلافهما انه يمكن توصيف الواقع بأنه مجهول و لا- يمكن توصيفه بأنه مشكل، فقد ظهر ان المشكل يتقوم بالتحير، و من المعلوم انه مع جريان الاستصحاب لا تحير فى

و أما ما وقع فيه التعبير بعنوان المجهول، فقد عرفت ان الجواب فيه و إن كان عاماً، الا ان السؤال حيث لا يكون تاماً، بل كان من المعلوم وجود شيء آخر؛ لان السؤال عن نفس الشيء لا معنى له، فلا مجال للاستدلال بعموم الجواب، و ليس ذلك من باب الشك في وجود القرينه الذي يكون بناء العقلاء على عدم الاعتناء به كما لا يخفى.

هذا مضافاً الى ما عرفت من ان المراد بالمجهول المطلق هو ما كان مطلق حكمه مجهولاً، سواء كان واقعياً أو ظاهرياً، و من المعلوم انه مع جريان الاستصحاب لا يبقى حينئذ مجال للرجوع إلى القرعه بعد تبين الحكم الظاهري بالاستصحاب.

ثم انه استظهر المحقق النائيني (قده) (1) انه لا يمكن اجتماع القرعه مع سائر الوظائف المقرره للجاهل حتى تلاحظ النسبه بينهما؛ لان التعبد بالقرعه انما يكون في مورد اشتباه موضوع التكليف و تردده بين الأمور المتباينه، و لا- محل للقرعه في الشبهات البدويه، سواء كانت الشبهه من مجارى أصاله البراءه و الحل أو من مجارى الاستصحاب، لان المستفاد من قوله (صلى الله عليه و آله) : القرعه لكل مشتبه أو مجهول، هو مورد اشتباه الموضوع بين الشئين أو الأشياء، فيقرع بينهما لإخراج موضوع التكليف، و لا- معنى للقرعه في الشبهات البدويه؛ فإنه ليس فيها ألما الاحتمالين و القرعه بين الاحتمالين خارجه عن مورد التعبد بالقرعه، فموارد البراءه و الاستصحاب خارجه عن عموم أخبار القرعه بالتخصيص لا بالتخصيص، كما يظهر من

كلام الشيخ (قده) .

و يرد عليه: انه بعد عدم اختصاص أدله الاستصحاب بالشبهات البدويه تكون موارد اجتماع الاستصحاب و القرعه كثيره جداً، خصوصاً فى موارد الجهل بتاريخ أحد الحادثين، كما لو عقد الوكيلان المرأه لرجلين، و جهل بتاريخ أحدهما، فبناء على تقدم الاستصحاب على القرعه، يحكم بصحة عقد معلوم التاريخ كما افتى به و بنظائره هذا المحقق فى حواشيه على العروه، و أمّا لو قيل بعدم تقدمه عليها، يكون من موارد القرعه، و له أمثال كثيره فى باب التنازع و القضاء.

كما انه ظهر مما ذكرنا انه لا وجه لما افاده الشيخ الأعظم (١) و تبعه المحقق الخراسانى (٢) من خروج الاستصحاب عن عموم أدله القرعه بالتخصيص، و ذلك لما عرفت من عدم شمول أدله القرعه لمورد الاستصحاب بوجه.

المقام الخامس – فى ان القرعه هل هى وظيفه الإمام أو من بحكمه خاصه، أو يعمل بها كل أحد؟

فيه وجهان، قال صاحب العناوين (٣): «و الذى يقوى فى النظر القاصر بعد ملاحظه الروايات اختصاص أمر القرعه بالوالى، فإن كان يمكن الرجوع فيه الى امام الأصل اختص به؛ لانه مورد أكثر الأخبار، و أنّها و إن لم تدل على الاختصاص، لكنها لا تدل على

ص: ٤٣٨

١- ١) فرائد الأصول ٧٣٣:٢.

٢- ٢) كفايه الأصول ٣٦٠:٢.

٣- ٣) العناوين: ١١٨.

العموم، فيقتصر على المتيقن، و لما فى مرسله (١) ثعلبه فى الممسوح قال: يجلس الامام و يجلس عنده ناس، و فى موثقه (٢) ابن مسكان و روايه إسحاق و السكونى كذلك، و ما فى صحيحه (٣) معاويه بن عمّار قال: أقرع الوالى بينهم، و ما فى صريح روايه يونس (٤) و لا يجوز ان يستخرجه أحد إلّا للإمام، فإن له كلاماً وقت القرعه و دعاء لا يعلمه سواه و لا يقتدر عليه غيره، و ما فى صريح مرسله عمّار: القرعه لا تكون إلّا للإمام، مضافا الى ان إطلاق ما مرّ من الروايات يعنى مثل روايه محمد بن حكيم موهون بما مرّ من انه مسوق لبيان المشروعيه و نحوه، و لو فرض فيه إطلاق، تقيّده هذه الروايات، و فيها الصحيح و الموثق و غيره، و دعوى ان الصحيح غير صريح الدلاله، و الموثقه ايضاً، غير ناف لغير الوالى، و الروايات الصريحه خاليه عن الجابر؛ إذ لم يعهد من الأصحاب اشتراط القرعه بالإمام حتى ينجبر، مدفوعه أوّلاً بأن هذه النصوص و إن لم تكن صالحه للتقييد، لكنّها كافيه فى إفاده التشكيك و الوهن فى الإطلاق، و الأصل الاوّل كافي فى المنع عن غير المتيقن، و ثانياً: ان دلالة الصحيح و الموثقه على التقييد و الاختصاص ليست بأضعف من تلك الإطلاقات فى التعميم، و ثالثاً: ان هذه الروايات مرويه فى الكافى و التهذيب معلله بما علل معمول بها فى أصل

ص: ٤٣٩

١-١) الوسائل ١٧:٥٨٠ ب ٤ من أبواب ميراث الخنثى ح ٣.

٢-٢) مستدرک الوسائل ١٧:٣٧٨ ب ١١ من أبواب كيفيه الحكم ح ١٤.

٣-٣) الفقيه ٣:٩٢ ح ٣٣٩٢ الوسائل ١٨:١٩٠ ب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم ح ١٤.

٤-٤) الوسائل ١٦:٤٤ ب ٣٤ من أبواب العتق ح ١.

الحكم، فراجعها، وهذا القدر كاف في الظن بالصدور، و هو المعتمد في العمل، و تحقيق ذلك موكول الى محلّه، مضافاً الى ان القرعه في هذه المقامات مثبتة للموضوع مستلزمه لترتب أحكام مخالفه للأصل، و الأصل عدم لحوقها إلا بالمتيقن، مع ان الغالب في المثبتات كالبينه و اليمين و نحو ذلك من الشيعاء و نحوه، عند الحاكم فكذلك القرعه، و بالجمله من اعطى النظر حقه في هذا المقام لا- يشك في الاختصاص، و الذي أراه ان الظاهر من الأصحاب أيضاً ذلك، إذ لم يعهد منهم تعميم القرعه، نعم كلامهم ايضاً غير مقيد بخصوص الوالى في الموارد التى نقلناها عنهم، و من هنا قد يتوهم الإطلاق، لكنّه غير دالّ على ذلك؛ إذ الغالب في تلك الموارد المذكوره كونها عند الحاكم؛ إذ الغالب أنّها في باب التنازع و التداعى، و لا يحتاج في ذلك الى تقييدهم بكونه عند الامام، و بالجمله التأمل في النص و الفتوى يقضى بالاختصاص» .

أقول: ان قلنا باختصاص مورد القرعه بباب القضاء و الحكومه، غايه الأمر كونها أعم من قضاء القاضى في باب الدعاوى و الخصومات، و حكومه الوالى في المنازعات المرتبطه به، فلا- إشكال في اختصاص القرعه بالقاضى و الوالى، و إن لم نقل به، فالظاهر انه بعد عدم ثبوت إطلاق يعتدّ به ان القدر المتيقن هو الرجوع إليهما؛ للشك في ترتب الآثار مع عدم الرجوع، نعم لا تنبغى المناقشه في جواز التراضى بالقرعه في بعض الموارد، كباب القسمه و التراحم في المشتركات و نحوهما، كما انه لا مجال لتوهم الاختصاص بإمام الأصل، و عدم الجواز للنائب العام، و إن كان بعض التعليقات في الروايات توهم الاختصاص فتدبرّ.

المقام السادس – الظاهر انه ليس للقرعه كيفيه خاصه و طريق مخصوص،

بل هي كلّ تمتاز به الحقوق، و يكشف به عن الواقع، أو يتعين به أحد الأمور، و يدلُّ عليه مضافاً الى الإطلاقات الكثيره انه قد ورد في الكتاب العزيز بإلقاء الأقلام، و في النصوص بأنواع مختلفه، مثل الكتابه على السهم و الخواتيم من الشركاء و من الحاكم، و الكتابه على الرقاع و النوى، و غير ذلك، و هو يكشف عن عدم تعين طريق خاص و كيفيه مخصوصه كما هو ظاهر.

المقام السابع – ربما يستظهر اعتبار تفويض الأمر الى الله تعالى في صحه القرعه،

بمعنى ان يوطن المقترعون أنفسهم على التسليم لما أمر به الله و إطاعته متى ينكشف لهم، فلو اتفق ذلك منهم تجر به أو من دون التفات الى الله تعالى بطلب البيان فلا عبره بذلك.

أقول: الأصل في ذلك صحيحه جميل المرويّه في التهذيب (١) قال: قال الطيار لزراره: ما تقول في المساهمه أ ليس حقاً؟ فقال زراره: بل هي حقّ، فقال الطيار: أ ليس قد ورد أنّه يخرج سهم المحقّ؟ قال: بلى، قال فقال: حتى ادّعى انا و أنت شيئاً ثم نساهم عليه و نظر هكذا هو؟ فقال زراره: انما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا أمرهم الى الله ثم اقترعوا الا يخرج سهم المحقّ، فأما على التجارب فلم يوضع على التجارب، فقال الطيار: أ رأيت ان كانا جميعاً مدعين ادّعى ما ليس لهما من اين يخرج سهم أحدهما؟ فقال زراره: إذا كان كذلك جعل معه سهم مبيع و يحتمل

ص: ٤٤١

ان يكون منيح بالنون و هو أحد سهام المسيره العشره مما لا نصيب له فان كانا ادعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيح.

و هذه الروايه و إن كان فيها اشكال من جهه ظهورها فى التسالم بين زراره و الطيار على ان مورد القرعه ما إذا كان هناك محقّ واقعاً، مع انك قد عرفت عدم الاختصاص به، ألما ان ظهورها فى انه لم توضع القرعه على التجارب بل أنّما هى فى ما فوضوا أمرهم الى الله تعالى، لا ينبغى ان ينكر.

و يستفاد من بعض الروايات المتقدمه اعتبار التفويض قبل القرعه، و من بعضها اعتباره بعدها، و من بعضها ان القرعه هى نفس التفويض الى الله تعالى، و المستفاد من المجموع بعد التأمل ان مورد القرعه ما إذا كان المراد الكشف عن الواقع، أو تعين أحد الأمور، و أمّا إذا كان المراد بها التجربه و نحوها، فلا مجال لها، و الظاهر انه ليس المراد لزوم التوجه الى الله تعالى و طلب البيان منه حتى يكون فيه شائبه العباديه، بل المراد كون اعمالها لغرض جدى و مقصود أصلى و هو ما ذكرنا.

ثم ان الظاهر عدم اعتبار الدعاء، فضلاً عن الدعاء المخصوص المشتمل عليه بعض الروايات فى صحه القرعه، و إن كان ظاهر بعض الروايات اعتباره، بل جعل ذلك عله لعدم اقراع غير الامام كما عرفت، ألما ان الظاهر من اختلاف النصوص فى أصل الدعاء، و فى خصوصيه الحمل على عدم الوجوب كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام فى قاعده القرعه.

إشاره

و هي ايضاً من القواعد الفقهيّه التي يتمسك بها الفقهاء (رض) في جملة من الفروع الفقهيّه، و يستدل بها في مثل مسأله بيع العنب ممّن يعلم انه يجعله خمراً، و الخشب ممّن يعلم انه يجعله صنماً، و الموارد الكثيره الأخرى، و تحقيق الحال فيها يقتضى التكلم في جهات:

الجهه الأولى - مدرکها و مستندها،

إشاره

و هو أمور:

الأول الكتاب،

قال الله تعالى في سورة المائده (1) في ضمن الآيه الثانيه تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ وَ لَوْ لَا كُنَ الْجَمَلَه الثانيه واقعه عقيب الجملة الأولى معطوفه عليها، لكانت دلالتها على حرمه التعاون على الإثم و العدوان ممّا لا مناقشه فيه؛ لظهور النهى في التحريم على ما هو المحقق في الأصول، و لكن لوقوعها عقيبها و عطفها عليها

ص: ٤٤٣

صارت موجبه لتوهم لزوم حمل النهى على الكراهه؛ نظراً إلى انه يعلم من الخارج عدم وجوب مطلق التعاون على البرّ و التقوى، نعم يجب التعاون فى بعض الموارد مما يكون التعاون فيه لأجل حفظ نفس محترمه، كإنقاذ غريق أو حريق، أو يكون من مصاديق الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و أما التعاون فى جميع موارد البرّ و التقوى فليس بواجب، و مقتضى وحده السياق بعد حمل الأمر على الاستحباب حمل النهى على الكراهه أيضاً، فلا دلاله للآيه على حرمة التعاون على الإثم و العدوان.

و لكن الظاهر بعد تسلّم لزوم حمل الأمر على الاستحباب انه لا وجه لحمل النهى على الكراهه، بعد كون الآيه مشتمله على حكمين مستقلين، سيّما بعد كون أحدهما امراً و الآخر نهياً، و مجرد تتابع الجملتين فى الذكر لا يقتضى وحده السياق، و هذا غير ما ذكره فى مثل حديث الرفع من كون وحده السياق مقتضيه لحمل ما الموصوله على الموضوع؛ لكون معناها فى بعض الفقرات ذلك، فيجب ان يكون فى الجميع كذلك، و ذلك مضافاً الى منع الاقتضاء فى الحديث ايضاً، و التحقيق فى محلّه لأجل الفرق بين المقام و بين الحديث، من جهة ان الأشياء و الأمور التسعه المذكوره كلّها مرفوعه بعبارة واحده و برفع واحد، و لم يستعمل فى الجميع ألّا كلمه رفع واحده، فهى مشتركه فى المرفوعيه، و فى اسناد الرفع إليها، و هذا بخلاف المقام الذى يشتمل على حكمين مستقلين غير مرتبطين، أحدهما أمر و الآخر نهى، و لا ارتباط لأحدهما بالآخر أصلاً، فلا مجال فيه لدعوى وحده السياق كما لا يخفى.

نعم يجرى فى الاستدلال بالآيه للقاعده المناقشه من جهة أخرى،

و هي ان المأخوذ في القاعده انما هو عنوان الإعانه، التي مرجعها الى كون أحد الشخصين مباشراً و فاعلاً، و الآخر عوناً له و مساعداً في إيجاد بعض مقدمات فعله، و المأخوذ في الآيه الشريفه انما هو عنوان التعاون الذي هو من باب التفاعل، و معناه اشتراك شخصين و تعاونهما في جهه صدور الفعل عنهما، فلا ينطبق الدليل على المدعى.

و أجيب عن ذلك بان امره تبارك و تعالى بالتعاون على البرّ و التقوى، و كذلك نهيه عن التعاون على الإثم و العدوان، ليس باعتبار فعل واحد و قضيه واحده و في واقعه واحده، بل الخطاب الى عموم المؤمنين و المسلمين بان يكون كل واحد منهم عوناً للآخر في البرّ و التقوى، و لا يكون عوناً لأحد في الإثم و العدوان، فإطلاق لفظ التعاون باعتبار مجموع القضايا لا باعتبار قضيه واحده و فعل واحد، فالمأمور به في الآيه الشريفه اعانه كل مسلم لكل مسلم في ما يصدر عنه من فعل الخير و البرّ و التقوى، و المنهى عنه اعانه كل شخص في فعله الذي هو إثم أو عدوان، فينطبق الدليل على المدعى.

و يؤيد هذا الجواب انه مع وضوح كون حكم الإثم و العدوان متوجهاً بالفاعل الذي يسند اليه الفعل، يكون مفاد الآيه بيان حكم زائد، و هو التحريم المتعلق بالعون من آخر على ذلك، و لو كان مفاد الآيه بيان حكم متعلق بعنوان التعاون، الذي مرجعه إلى إسناد الفعل الى شخصين و صدوره منهما، فلا يكون بياناً لحكم زائد؛ لأن مرجع ثبوت الحكم لعنوان التعاون عدم ثبوت الحرمة للفعل الصادر من واحد منهما، لانه لا يكاد يجتمع ثبوت الحرمة للواحد مع ثبوتها للمشارك، كما لا يخفى، نعم يمكن ثبوت الحكم

للمشترك في بعض الموارد، كما إذا توقف حفظ نفس محترمه على عمل شخصين و اشتراك رجلين مثلاً- لكنه لا يكون في هذه الصورة إلماً حكم واحد، و أمياً في المقام فلا- يجتمع الحكم الذى يتحقق بمخالفته الإثم، مع كون المنهى عنه هو التعاون المتقوم بشخصين مثلاً فتدبر.

ثم ان الظاهر ان الإثم بمعنى مطلق المعصيه، و العدوان بمعنى الظلم، فان كان معناه مطلق الظلم الشامل لظلم النفس، المتحقق فى كل معصيه، كانا مترادفين، و إن كان معناه خصوص ظلم الغير و العدوان عليه، يكون عطفه على الإثم من قبيل عطف الخاص على العام، و لعلّ النكته فيه أهميته و كونه من حقوق الناس، و يظهر من مجمع (1) البيان حاكياً له عن ابن عباس و أبى العالیه و غيرهما من المفسرين، ان الإثم هو ترك ما أمرهم الله تعالى به، و العدوان ارتكاب ما نهاهم عنه؛ لأنه مجاوزه ما حدّ الله لعباده فى دينهم و فرض لهم فى أنفسهم، و عليه فالإثم و العدوان كلاهما بمعنى العصيان، غايه الأمر ان الأوّل عدمى و الثانى وجودى، ثم انه يظهر منه ايضاً ان قوله تعالى وَ تَعَاوَنُوا . و إن كان جزءاً من الآيه الثانيه، الّا انه كلام مستقل و ليس بعطف على ما قبله، و عليه فشأن نزول أصل الآيه أياً ما كان لا يرتبط بهذا الذيل، الذى هو كلام مستأنف، فلا مجال للبحث فى ان شأن نزول الآيه هل يضر بحجّيه عموم مفاد الآيه أم لا، كما لا يخفى.

الثانى الروايات الواردة فى الموارد الخاصه التى تدل على حرمة الإعانه على الإثم فيها،

أو على حرمة مصاديق الإعانه و أفرادها، و لكنه يستظهر من مجموعها أنّ الملاك هى نفس الإعانه على الإثم بعنوانها الكلّيه،

ص: ٤٤٦

سيما بالنسبة إلى المعاصي الكبيره و هي كثيره:

منها قوله (١) (صلى الله عليه و آله) : من أعان على قتل مسلم و لو بشرط كلمه، جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه: آيس من رحمه الله، و لا- شبهه في ان الإيعاد سيما بهذا النحو، يكشف عن الحرمة، إنّما الكلام في ان الاستفادة منه هل هو كون الإعانه على القتل خصوصاً مع أهميته حرام، أو ان الملا-ك مطلق الإعانه على الإ-ثم؟ لا- يبعد الأوّل، و ذلك لانه لو كان المحمول هي الحرمة، لأمكن ان يقال بعدم الخصوصية، و لكن المحمول هو الإيعاد الخاصّ، الذي لا يثبت في غير القتل ظاهراً؛ فان مطلق الإعانه على الحرام لا- يكون موضوعاً لمثل هذا الوعيد، و عليه فالمحمول الكاشف عن الحرمة مختص بالموضوع، و لا يتجاوز عنه، فكيف يمكن استفاده العموم منه؟ و منها: قول النبي (صلى الله عليه و آله) في ما حكاه عنه أبو عبد الله (عليه السلام) على ما رواه في الكافي (٢): من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه، فإنه يستفاد منه مفروغيه حرمة الإعانه على النفس و كونها موجبه لاستحقاق العقوبه، لكنه لا يستفاد منها ان حرمة الإعانه على نفسه هل هي من جهة كون المحرم مطلق الإعانه على الإثم، أو أنّ للإعانه على النفس خصوصيه موجبه لحرمتها؟ و منها: الروايات الكثيره الوارده في معونه الظالمين في ظلمهم، و هي

ص: ٤٤٧

١- ١) الوسائل ٩: ١٩ ب ٢ من أبواب القصاص في النفس ح ٤. سنن ابن ماجه ٢: كتاب الديات ح ٢٦٢٠.

٢- ٢) الكافي ٦: ٢٦٦ ح ٨.

من المكاسب المحرمة المعنونه فيها، وقد تعرض لها الشيخ (١) الأ-عظم (قده) و فصل الكلام فيها، و من جمله الروايات التي أوردها ما عن كتاب الشيخ ورام بن أبي فراس قال (٢) قال (عليه السلام) من مشى الى ظالم ليعينه، و هو يعلم انه ظالم، فقد خرج عن الإسلام، قال: و قال (٣) (عليه السلام) إذا كان يوم القيامة ينادى مناد: أين الظلمه أين أعوان الظلمه أين أشباه الظلمه حتى من يرى لهم قلماً أو لاق لهم دواه، فيجتمعون في تابوت من حديد، ثم يرمى به في جهنم، و في النبوى (٤): من علق سوطاً بين يدي سلطان جائر جعلها الله حيه طولها سبعون ألف ذراع فيسلطها الله عليه في نار جهنم خالداً مخلداً.

و هذه الروايات و إن وردت في إعانه الظالم في ظلمه، و لا- دلالة لها في نفسها على كون حرمه هذه الإعانه لأجل كونه من مصاديق الإعانه على الإثم، حتى يستفاد منها العموم، الّا انه يمكن ان يقال: إن ضم الآيه المتقدمه إليها، لعلّه يوجب دلالتها على التعميم ايضاً، و ذلك لدلاله الآيه على تساوى الإثم و العدوان من هذه الجهه، فإذا كان المراد بالعدوان هو الظلم كما هو المحتمل، يكون مقتضى مساواته مع الإثم ثبوت هذا الحكم في مطلق الإثم أيضاً، فتدبر.

و منها: ما ورد في مورد اجاره داره لان يباع فيها الخمر، مثل خبر

ص: ٤٤٨

١-١) المكاسب: ١٧، ١٨.

٢-٢) كنز العُمال ٣: ٤٩٩ ح ٧٥٩٦.

٣-٣) البحار ٣٧٢: ٧٢.

٤-٤) البحار ٣٦٩: ٧٢.

جابر قال: سألت (١)أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يُؤاجر بيته فيبيع فيه الخمر، قال: حرام أجرته، و لكن حرمه الأجره كاشفه عن بطلان الإجاره، و هو لا يستلزم حرمتها كما لا يخفى، و التحقيق فى محلّه.

و منها: ما رواه (٢)الكلينى بإسناده عن جابر عن ابى جعفر (عليه السلام) قال: لعن رسول الله (صلى الله عليه و آله) فى الخمر عشره: غارسها و حارسها و عاصرها و شاربها و ساقبها و حاملها و المحموله اليه و بايعها و مشتريها و آكل ثمنها، مع ان ما عدا الشارب لا ينطبق عليه الأ عنوان الإعانه و المعين على الإثم و تحقق المعصيه، نعم قد عرفت فى الروايه المتقدمه ان حرمه أكل الثمن أنما هى من أجل بطلان المعامله؛ للإلغاء الشارع ماليه الخمر، فأكل الثمن أكل للمال بالباطل.

و منها: غير ذلك من الروايات التى لا يبعد ان يستفاد من مجموعها حرمه الإعانه على الإثم بعنوانها كما لا يخفى.

الثالث حكم العقل بفتح الإعانه على الإثم،

لأنها مساعده على إتيان ما هو مبغوض للمولى، كحكمه بفتح نفس المخالفه و المعصيه؛ لكونها مبغوضه للمولى و مشتمله على المفسده اللازمه الترك، غايه الأمر ان دائره الإعانه و المساعده لا تشمل ما إذا هيأ له مقدمات بعيده، لا بقصد ترتب المعصيه و صدور ما هو المبغوض، بل كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى معنى الإعانه و مفهومها اختصاص ذلك بالمقدمات القريبه، أو البعيده التى تكون

ص: ٤٤٩

١-١) الوسائل ١٢:١٢٥ ب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به ح ١. الاستبصار ٣:٥٥ ح ١٧٩.

٢-٢) الوسائل ١٢:١٦٥ ب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

مقرونه بقصد ترتب المعصيه و تحققها، فانتظر، و في هذه الدائره لا- مجال لإنكار حكم العقل بالقبح، الكاشف عن الحرمة الشرعيه؛ لقاعده الملازمه، و إن كان حكمه بقبح نفس المعصيه و المخالفه ليس كاشفاً عن ثبوت الحرمة الشرعيه لها، كما لا يخفى وجهه.

الزابع الإجماع و اتفاق الأصحاب على حرمة الإعانه على الإثم،

و هذا الأمر مفروغ عنه عندهم و يرسلونه إرسال المسلّمات، و لكننا قد ذكرنا مراراً انه لا أصاله لمثل هذا الإجماع، بعد دلالة الكتاب و السنه، بل و حكم العقل على ما عرفت، فلا يكون دليلاً مستقلاً في مقابلها.

الجهه الثانيه- في المراد من القاعده

فقول:

أما الإثم فهو في القاعده بمعنى مطلق المخالفه و المعصيه، سواء كان في التكليف الوجوبى أو التحريمى، و إن كان المراد به في الآيه بلحاظ عطف العدوان عليه معصيه خاصه، على ما عرفت من مجمع البيان، إلا انه لا مجال للإشكال في ان المراد به في القاعده هو مطلق المخالفه.

و أمّا الإعانه التي هي العمده، فهي لغه بمعنى المساعد، يقال: أعانه على ذلك، أى: ساعده عليه، و عليه فالمعين للإنسان هو المساعد له في جهه خاصه أو سائر الجهات، و لكن الظاهر عدم اختصاص المساعد بالمساعده العمليه بل تعم المساعده الفكرية، و إراءه الطريق و الإرشاد الى ما هو مطلوبه و مقصده، و عليه فالإعانه على الإثم معناها مساعده الآثم و إعانتة في جهه تحقق الإثم و صدور المعصيه، سواء كانت مساعده عمليه أم مساعده فكرية إرشاديه، و الظاهر انه لا كلام في ذلك، أمّا الكلام في أمرين

ص: ٤٥٠

أحدهما: انه هل يتوقف صدق الإعانه على الإثم على قصد ترتب الإثم و تحقق المعصيه، فإذا لم يكن المعين قاصداً لترتيبها و صدورها من الآثم لم تتحقق الإعانه أصلاً؟ أو لا- يتوقف صدقها على قصد صدور المعصيه منه بوجه؟ ثانيهما: هل يتوقف الصدق المذكور على تحقق الحرام فى الخارج و صدور الإثم من الآثم؟ أم يتحقق و لو لم تصدر المعصيه منه فى الخارج أصلاً؟ قد يقال بلزوم كلا الأمرين من القصد و تحقق الحرام فى الخارج، و قد يقال بعدم لزوم شىء من الأمرين، بل بمحض إيجاد المقدمه تتحقق الإعانه، سواء قصد ترتب الحرام أم لا، و سواء تحقق الحرام فى الخارج أم لا، و قد يقال بالتفصيل بين الأمرين؛ نظراً الى اعتبار الأمر الأول دون الثانى، أو العكس، فيتحصّل أربعة احتمالات، بل أقوال، اللّازم البحث فى كل واحده من الصّور الأربع فنقول:

أمّا الصوره الأولى و هى التى كانت مقرونه بالقصد، و ترتب الحرام عليها خارجاً، فلا إشكال فى صدق الإعانه على الإثم فيها، و إن كان العمل الصّادر من المعين مقدمه بعيده، كالغرس فى الروايه النبويه المتقدمه، فإن غرس شجر العنب ان كان بقصد صناعه الخمر من عنبه، و ترتب هذا القصد عليه فى الخارج، يكون اعانه على الإثم، و يصير الغارس ملعوناً كما فى الروايه.

كما ان الصوره الثانيه و هى عكس الصوره الأولى، تكون فاقده للقصد و الترتب معاً، و لا ينبغى الإشكال فى عدم كونها اعانه، و إن قيل

بالصدق فيها ايضاً، و لعلّ مستنده إطلاق الغارس في الروايه النبويّه؛ إذ لم يقيد بالقصد أو الترتب أصلاً، و لكن الظاهر انه لا مجال للالتزام به، و إلا يلزم ان يكون أكثر الافعال محرّمه بعنوان الإعانه لصلاحيتها لاستفاده المعصيه منها و ترتب الحرام عليها.

و يمكن ان يقال: أنّ نسبة الغارس الى الخمر في الزوايه، مع عدم قابليه الخمر للمغروسيه، و إنما القابل هو النخل و شجر العنب، أنّما تصحح على تقدير كون الغرض من الغرس ذلك، و إلا فمطلق غرس النخل لا يصحح إطلاق غرس الخمر، فالروايه حينئذ لا دلالة لها و لو بظاها على حرمة مطلق الغرس و اللعن عليه، كما لا يخفى.

و أمّا الصورة الثالثه فهي ما إذا كان هناك قصد، و لكنه لا يكون ترتب و صدور اثم و عدوان، و الظاهر انه لا مجال لتوهم صدق الإعانه على الإثم و العدوان هنا، بعد عدم تحقق اثم و معصيه في الخارج، حتى يعان عليها، نعم لو كان المعين قاطعاً بتحقيق الحرام و ترتبه عليه بالقطع الوجداني أو الحكمي، يصدق عليه عنوان المتجرى؛ لقطعه بان عمله اعانه على الإثم مع عدم كونه في الواقع كذلك، كما انه يمكن ان يقال بالحرمة، لا من جهة الإعانه، بل من جهة أخرى غيرها، و أمّا الإعانه فلا مجال لتوهمها بوجه، و العجب من الشيخ الأعظم الأنصاري (١) (قده)؛ فإنه يظهر منه في مسأله بيع العنب ممّن يعلم انه يجعله خمرًا، بل يصرح بتقوم الإعانه بالقصد و الإتيان بالفعل بقصد حصول المعان عليه، سواء حصل أم لم يحصل إذ أنه ذكر في مقام الجواب عن بعض المعاصرين، القائل باعتبار القصد و باعتبار وقوع

ص: ٤٥٢

المعان عليه في تحقق مفهوم الإعانة في الخارج، و تخيله انه لو فعل فعلاً بقصد تحقق الإثم الفلاني من الغير فلم يتحقق منه، لم يحرم من جهه صدق الإعانة، بل من جهه قصدها، بناء على ما حرّره من حرمه الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحقيقه، و انه لو تحقق الفعل كان حراماً من جهه القصد الى المحرم، و من جهه الإعانة، ان فيه تأملاً قال: فإن حقيقه الإعانة على الشيء هو الفعل بقصد حصول الشيء، سواء حصل أم لا، و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر عن الغير بقصد التوصل اليه، فهو داخل في الإعانة على الإثم، و لو تحقق الحرام لم يتعدد العقاب.

وجه التعجب ان كون المعان عليه اثمًا و معصيه لا يوجب التغيير في معنى الإعانة، و من الواضح انه مع عدم تحقق المعان عليه في الخارج كيف يعقل تحقق الإعانة عليه؟ فاذا لم يتحقق التزويج مثلاً لمانع، هل يجوز دعوى ان زيدا أعان عمراً على التزويج، و لو كان هناك إطلاق فهو مبني على التسامح، و إلا فالإطلاق الحقيقي لا يكون له وجه أصلاً.

و أما الصورة الرابعة، فهي عكس الصورة الثالثة، و هي ما إذا كان هناك ترتب و صدور معصيه، و لكنه لم يكن في البين قصد، و الظاهر ان المسألة خلافية، فقد استظهر الشيخ (1) من الأكثر عدم اعتبار القصد، و حكى عن الشيخ في المبسوط الاستدلال على وجوب بذل الطعام لمن يخاف تلفه بقوله (صلى الله عليه و آله): من أعان على قتل مسلم و لو بشرط كلمه جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمه الله، و عن العلامة في التذكرة انه استدلل على حرمه بيع السلاح من أعداء الدين بان فيه اعانه على الظلم، و عن

ص: ٤٥٣

المحقق الثانى انه استدل على حرمه بيع العصير المتنجس ممن يستحلّه، بان فيه اعانه على الإثم، و عن المحكى عن المحقق الأردبيلى أنّه استدل على حرمه بيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمراً بان فيه اعانه على الإثم، و عن الحدائق انه قرره على ذلك، و عن الرياض انه بعد ذكر الأخبار الداله على الجواز فى مسأله بيع العنب قال: و هذه النصوص و إن كثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها بل ربما كان بعضها صريحاً، لكن فى مقابلتها للأصول و النصوص المعتضده بالعقول اشكال، ثم استظهر ان مراده بالأصول قاعده حرمه الإعانه على الإثم، و بالعقول حكم العقل بوجوب التوصل الى دفع المنكر مهما أمكن، ثم أيد الشيخ ما ذكره من صدق الإعانه بدون القصد، بإطلاقها فى غير واحد من الاخبار، مع عدم تحقق القصد فى مواردھا، مثل النبوى المتقدم من أكل الطين فمات، فقد أعان على نفسه و غيره من الزوايات.

و لكن يظهر من المحقق الثانى فى حاشيه الإرشاد (١) اعتبار القصد فى تحقق مفهوم الإعانه، و وافقه جماعه من متأخرى المتأخرين، منهم صاحب الكفايه (٢) و صاحب الجواهر (٣) و هنا قول ثالث و هو التفصيل بين ما إذا كانت تلك المقدمه بعد إرادته الآثم لذلك الإثم و عزمه على ذلك الفعل و لكن يتوقف إيجاده على تلك المقدمه كما إذا أراد ضرب شخص و عزم على ذلك، و لكن يتوقف وقوع الضرب فى الخارج على وجود عصا بيده، فأعطاه

ص: ٤٥٤

١- ١) على ما نُقل فى العوائد الأيام: ٢٧.

٢- ٢) الكفايه، كتاب التجاره.

٣- ٣) جواهر الكلام ٣٣: ٢٢.

العصا بيده في هذه الحالة مع علمه بإرادته و عزمه، فإن إعطاء العصا في هذه الحالة مع العلم المذكور يكون اعانه على الإثم، و إن لم يقصد ترتب الضرب، بل يرجو ان لا- يضر، و بين ما إذا كانت تلك المقدمه من مبادئ الإراده على الإثم، و بعبارة اخرى: التفصيل بين ما إذا كانت المقدمه جزء أخيراً من العله التامه لتحقيق الإثم، و بين ما إذا لم تكن كذلك، ففي الصورة الأولى تتحقق الإعانه و لو لم تكن المقدمه مقرونه بقصد المعين، و في الصورة الثانيه يتوقف تحقق الإعانه على القصد و ترتب المحرّم و المعصيه، أما توقف الصورة الثانيه على القصد فواضح، و قد عرفت ان روايه (1) لعن الغارس ناظره الى هذا الفرض، و أمّا عدم توقف الصورة الأولى على القصد؛ فلان المفروض تماميه مقدمات وقوع الحرام و تحقق الإثم و نقصان هذه المقدمه، فإذا علم انه بإيجادها يتحقق الحرام في الخارج، فهو اعانه لا- محاله، و إن لم يكن قاصداً لتحقيقه، بل كان الغرض من إعطاء العصا في المثال المذكور انه لا- يريد مخالفه الآثم و الآباء عن إيجاد مطلوبه و هو التمكن من العصا، و قد اختار هذا القول جماعه منهم المحقق (2) البجنوردى، و قبله الشيخ (3) الأنصارى في آخر كلامه، و قبله المحقق الأردبيلي في آيات (4) أحكامه، قال في كتاب الحج منه عند بيان آيه وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ : «و الظاهر ان المراد الإعانه على المعاصى مع القصد، أو على الوجه الذى

ص: ٤٥٥

١-١ (١) الوسائل ١٢:١٦٥ ب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

٢-٢ (٢) القواعد الفقيهيه ١:٣١٠ ١:٣١١.

٣-٣ (٣) المكاسب: ١٩.

٤-٤ (٤) لم نعثر فى كتابه و لكن حكى عنه العوائد: ٢٧.

يقال عرفاً انه كذلك، مثل ان يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فيعطيه إيّاها، أو يطلب منه القلم لكتابه ظلم فيعطيه إيّاه، و نحو ذلك مما يعدّ اعانه عرفاً، فلا يصدق على التاجر الذي يتجر لتحصيل غرضه انه معاون للظالم العاشر في أخذ العشور، و لا على الحاجّ الذي يؤخذ منه بعض المال في طريقه ظلماً، و غير ذلك ممّا لا يحصى، فلا يعلم صدقها على شراء من لم يحرم عليه شراء السلعه من الذي يحرم عليه البيع، و لا على بيع العنب ممن يعمل خمراً أو الخشب ممن يعمل صنماً، و لهذا ورد في الروايات الكثيره الصحيحه جوازه، و عليه الأكثر، و نحو ذلك مما لا يخفى» .

قال صاحب العوائد (1) بعد نقل العبارة المذكوره: «و هو جيّد في غايه الجوده» .

و لكن الشيخ (2) الأعظم (قده) أورد على المحقق الأردبيلي بعد جعل مورد الإشكال في بحث الإعانه ما إذا قصد الفاعل بفعله وصول الغير الى مقدمه مشتركه بين المعصيه و غيرها، مع العلم بصرف الغير إيّاها في المعصيه، و بعبارة اخرى: ما إذا كان هناك اعانه على شرط الحرام مع العلم بصرفه في الحرام، بان الفرق بين إعطاء السوط للظالم، و بين بيع العنب لا وجه له؛ فإن إعطاء السوط إذا كان اعانه كما اعترف به في آيات الاحكام، كان بيع العنب كذلك، كما اعترف به في شرح الإرشاد، و يرد عليه ما أفاده في ذيل كلامه من الفرق من جهة انحصار فائده الشرط عرفاً في الحاله الخاصه في الضرب، بخلاف تملك الخمر؛ فإنه لا تنحصر فائدته

ص: ٤٥٦

١-١ (١) عوائد الأيام: ٢٧.

١٧-٢ (٢) المكاسب: ١٧.

عرفاً في التخميم، و لو مع العلم بترتبه عليه، فالانحصار و عدمه هو الفارق بين المسألتين.

فحاصل الكلام يرجع الى ان العرف هو الفارق بين الفرضين، و ملاكه الانحصار العرفي و عدمه، كما ان ثبوت الإعانه مع فرض القصد في غير هذه الصوره أنّما هو لحكم العرف بذلك، فإنه يرى الفرق بين غارس النخل لأجل استفاده الخمر، و بين الغارس لا لذلك، نعم يبقى الكلام في مثل قوله (صلى الله عليه و آله) من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه، و اللازم ان يقال بعد ظهور عدم كونه في مقام الاخبار عن تحقق الإعانه العرفيه بذلك: ان المراد هو تحقق الإعانه تعبداً و ترتب آثارها عليه كذلك، و لا- مانع من الالتزام به بعد دلالة الروايه عليه، و يمكن ان يقال بأنه حيث يترتب الموت غالباً على أكل الطين، فأكل الطين لا يكاد ينفك عن القصد، و الإعانه انما هي بلحاظ القصد فتدبر.

ثم ان الموارد المرتبطه بهذه القاعده في الفقه كثيره، مثل مسأله بيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرًا، و بيع الخشب ممن يعلم أنه يجعله صنمًا، و إجاره الدكان لبيع الخمر، أو الدار لصنعها، و إجاره الدابه أو السفينه لحمل الخمر، و بيع السلاح من أعداء الدين، و إن كان يحتمل فيه ان لا- تكون حرمة من باب الإعانه، بل من حيث نفسه، و الضابط في الموارد الخاليه عن النص جوازاً أو منعاً مراعاة ما ذكرناه في معنى الإعانه من اعتبار أحد أمرين على سبيل منع الخلو، أمّا القصد الى ترتب فعل الحرام عليه، بمعنى كون الغرض من الفعل و إيجاد المقدمه ترتب الحرام عليه و وجوده في الخارج، و أمّا كون الفعل قريباً الى الحرام و جزءاً أخيراً من العله التامه،

الذى يوجب صدق الإعانه بنظر العرف، و إن لم يكن فى البين قصد أصلاً.

الجهه الثالثه- فى انه لا إشكال فى صدق الإعانه فيما إذا كان هناك شخصان أحدهما المعين و الآخر المعان،

و أمّا بالنسبه إلى شخص واحد، فهل تتحقق الإعانه أم لا؟ فالمشترى فى مثال بيع العنب إذا كان قاصداً باشتراؤه تخمير العنب المشترى، و كان غرضه من الشراء ذلك، هل يكون عمله حراماً بعنوان الإعانه أم لا؟ يظهر من الشيخ (1) الأعظم (قده) الثانى، إذ انه ذكر ان محل الكلام ما يعد شرطاً للمعصيه الصادره عن الغير قال: فما تقدم من المبسوط من حرمة ترك بذل الطعام لخائف التلف مستنداً الى قوله (عليه السلام) من أعان على قتل مسلم . . محلّ تأمل ألا ان يريد الفحوى.

و يؤيد التعميم الروايه الوارده فى لعن الغارس؛ فان حملها على كون المراد من الغرس تخمير الغير، و عدم شمولها لما إذا كان المراد تخميره بنفسه، فى غايه البعد، و كذا الروايه الوارده فى أكل الطين، الداله على أنه اعانه على نفسه و لو بالمعنى الذى ذكرناه فى معنى الروايه.

و بالجملة ان كان مراد الشيخ (قده) مدخلية وجود الغير فى معنى الإعانه عرفاً، حتى لا يكاد يتحقق عندهم بدونه، فالظاهر أنه لا دليل عليه، خصوصاً بعد ما عرفت من الإطلاق فى النصوص و بعض الفتاوى، و إن كان مراده مدخليته زائداً على المعنى العرفى، فلا مجال له كما هو ظاهر.

الجهه الرابعه- فى انه إذا صارت معامله محرمة لأجل الإعانه على الإثم،

كبيع العنب لأجل صرفه فى التخمير، لا- يوجب ذلك بطلان المعامله، و إن قلنا بأن النهى و التحريم المتعلق بالمعامله يوجب فسادها، على خلاف

ص: ٤٥٨

ما هو مقتضى التحقيق، كما بين في محلّه؛ و ذلك لان التحريم بمقتضى النصوص و الفتاوى أنّما تعلّق بعنوان الإعانه على الإثم و العدوان، و قد حقق في محلّه انه لا يعقل أن يسرى الحكم من متعلقه إلى شيء آخر، و لو كان بينهما اتّحاد في الخارج، و على هذا المبني قلنا بجواز اجتماع الأمر و النهي في المسأله الأصوليه، و في المقام بيع العنب في المثال المذكور، و إن كان منطبقاً عليه عنوان الإعانه على الإثم، ألّا انه لا يكاد يسرى الحكم من عنوان الإعانه إلى عنوان البيع، فالمحرّم في جميع الحالات و في جميع المقامات هو نفس هذا العنوان، و أمّا عنوان البيع فهو محكوم بحكمه الاوّل و هو الجواز، فلا مجال لان يصير باطلاً لأجل الحرمة، بعد كون متعلقها هو عنوان الإعانه دون المعامله.

هذا تمام الكلام في قاعده حرمة الإعانه على الإثم.

ص: ٤٥٩

اشاره

و هي من القواعد الفقهيّه المعروفه و المبتلى بها فى كثير من أبواب الفقه، و الكلام فيها يقع فى مقامات:

المقام الأول - فى ما يدل أو يستدلّ به على اعتبار البينه،

اشاره

و هو أمور:

الأول دعوى الإجماع على اعتبارها فى الموضوعات الخارجيه التى يترتب عليها حكم أو أحكام فى الشريعه المقدسه

كالنجاسه و الغصبيّه و الملكيه و العداله و القبله و الاجتهاد و أشباهها.

و قد أورد على هذه الدّعوى بان هذا الإجماع على تقدير تحقّقه ليس واجداً لملاك الحجّيه و لا كاشفاً عن موافقه المعصوم؛ لاحتمال ان يكون مستند المجمعين شيئاً من الوجوه الآتيه، و عليه لا يبقى للإجماع أصاله، بل اللازم النظر فى تلك الوجوه و استفاده حكم البينه منها، كما لا يخفى.

و يمكن الجواب عن الإيراد بأنه حيث لا تكون الوجوه الآتيه ظاهره

الدلالة على حجيه البيّنه بل أكثرها أو كلها مخدوشه، فالإجماع على اعتبارها بنحو يكون كإرسال المسلمات لا يبعد ان يقال بكشفه عن موافقه المعصوم، لعدم التلاؤم بين هذا النحو من الإرسال و بين الوجوه التي لا تكون دلالتها على حجيه البيّنه ظاهره، كما هو ظاهر.

الثاني انه لا إشكال في اعتبار البيّنه في مورد الترافع و الخصومه و تقدّمها على غير الإقرار مثل اليمين و نحوها،

فاذا كانت معتبره في ذلك الباب مع وجود المعارض و ثبوت المكذب إذ ان المنكر بإنكاره يكذب البيّنه و يعارضها ففيما إذا لم يكن لها معارض تكون معتبره بطريق اولي، فالدليل على حجيه البيّنه في ذلك الباب يدل بمفهوم الموافقه على الحجيه في غيره مما لا يكون لها فيه معارض.

و أورد عليه بان اعتبار شيء في باب المرافعات و الخصومات، لا دلالة له على اعتباره في غيرها أصلاً، فضلاً عن ان يكون بطريق اولي؛ لأن بقاء التنازع و التخاصم ينجز الى اختلال النظام، و هو مبغوض للشارع، و غرضه رفعه بأيّ نحو كان، فاعتبار شيء في ذلك الباب لا يلزم الاعتبار في غيره، كما أنّ اليمين مع اعتبارها في فصل الخصومه لا تكون معتبره في غيره.

الثالث الروايات الواردة في هذا الباب،

و عمدتها روايه (1) مسعده بن صدقه عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: سمعته يقول: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، و المملوك عندك، و لعله حرّ قد

ص: ٤٦٢

باع نفسه، أو خدع فبيع قهراً، أو امرأه تحتك و هي أختك أو رضيعتك، و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنه.

و الكلام فى هذه الروايه تاره من حيث السند و أخرى من جهه الدلاله:

أمّا من الجبهه الأولى، فقد عبّر عنها الشيخ (1) الأعظم الأنصارى (قده) بالموثقه، و لعلّ هذا الاتصاف مشهور بينهم، مع انه لم يوثّق مسعده راوى الحديث فى شىء من الكتب الرجاليه القديمه التى هى الأساس لسائر الكتب، بل المحكى عن علامه و المجلسى و غيرهما تضعيفه، و غايه ما ذكر فى مدحه ان رواياته غير مضطربه المتن، و إن مضامينها موجوده فى سائر الموثقات.

هذا و لكن توثيق الشيخ الأعظم بضميمه وقوع الرجل فى سند بعض الروايات الواقعه فى كامل الزيارات لابن قولويه مع تصريح مؤلفه فى ديباجته بأنه لم يرد فى ذلك الكتاب إلا الاخبار التى رواها الثقات من الأصحاب، و لا تكون متصفه بالشذوذ، يكفى فى جواز الاعتماد عليها و إن كان الرجل عامياً.

و أمّا من الجبهه الثانيه، فتقريب دلالتها انه (عليه السلام) بعد الحكم بثبوت الحليه الظاهريه للأشياء التى شك فى حليتها و حرمتها، و إيراد أمثله لذلك، حكم بأن الأشياء كلها محكومه بالحليه، إلا مع استبانة الحرمة و العلم بها أو قيام البيّنه و شهاده العدلين عليها، فيستفاد منها اعتبار البيّنه فى موارد الشك فى الحليه و الحرمة، و بضميمه انه لا فرق بين الشبهات الموضوعيه فى

ص: ٤٦٣

باب الحليه و الحرمة، و بينها فى غير ذلك الباب، كموارد الطهاره و النجاسه، و لم يقل أحد بالفصل، يتم المطلوب و هى حجيه البيئه فى جميع الموارد.

و قد استشكل فيها بوجهين:

أولهما و هو العمده: ان الروايه ظاهره بل صريحه فى ان الحكم بالحليه فى الموارد المذكوره فيها مستند إلى أصله الحليه، التى يدل عليها قوله (عليه السلام) فى صدر الروايه: «كل شىء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه» و إن تلك الموارد من أمثله القاعده المذكوره و صغريات هذه الكبرى الكليه، مع ان الحليه فيها لا تستند إلى قاعده الحليه بوجه؛ ضروره ان الحليه فى مثال الثوب مستنده الى اليد التى هى اماره على الملكيه عند العقلاء و فى الشريعه، و فى مثال العبد إلى الإقرار أو اليد أيضاً، و فى مثال المرأه إلى استصحاب عدم تحقق الرضاع، و عدم اتصافها بكونها رضيعه له، و إلى استصحاب عدم الأختيه بناء على جريانه، و على فرض عدم الجريان كما هو الحق لا- يكون هناك حليه أصلاً، بل الثابت هى أصله الفساد، و عدم ترتب الأثر على النكاح.

و من الواضح استهجان إيراد قاعده كلييه، ثم ذكر أمثله خارجه عن تلك القاعده، خصوصاً مع التصريح بالقاعده ثانياً و تكرارها فى الذيل، كما فى الروايه، و خصوصاً مع كون الحكم فى بعضها على خلاف القاعده المذكوره.

و الجواب: ان هذا الاشكال و إن كان ممّا لا سبيل الى حلّه، الّا بأن تحمل الموارد المذكوره فيها غير المرتبطه بالقاعده أصلاً على بيان ذكر النظائر و الأشباه لا المصاديق و الصغريات، الّا انه لا يقدر فى الاستدلال

بالروايه على ما هو المقصود فى المقام من حجيه البيئه؛ فإن عدم انطباق القاعده على الموارد المذكوره لا يستلزم خروج ذيل الروايه الدال على اعتبار البيئه و إن قيامها يوجب سقوط أصاله الحليه عن الاعتبار و الحجيه و عدم جريانها، فتأمل.

ثانيهما: ان كلمه «البيئه» لم تثبت لها حقيقه شرعيه و لا متشريعيه، و إنما استعملت فى الكتاب و الاخبار بمعناها اللغوى، و هو ما به البيان و الظهور، و بعبارة أخرى: هى بمعنى الحجّه، فلا مجال للاستدلال بالروايه على حجّيه البيئه بالمعنى الاصطلاحى.

و الجواب: ان ظهور «البيئه» مع الإطلاق و عدم وجود قرينه على الخلاف فى هذا المعنى الاصطلاحى ممّا لا ينبغى إنكاره، و يدلُّ عليه استعمالها فيه من الصدر الأوّل فى مثل قوله (١) (صلى الله عليه و آله): «البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر» و قوله (٢) (صلى الله عليه و آله): «إنما أفضى بينكم بالبيئات و الإيمان»، و غيرهما من الموارد الكثيره، و لم يعلم استعمالها فى الكتاب و غيره فى غير هذا المعنى الاصطلاحى من دون قرينه، كما فى التعبير المعروف: «دعوى فلان خاليه عن البرهان و البيئه» . نعم قد استعملت فى الكتاب فى خمس عشر موضعاً منه بمعناها اللغوى و هو الظهور و البيان، لكن مع القرينه، فنرى انه قد عبر فيه عن معجزتى موسى (عليه السلام) تاره بالبرهان فى قوله (٣) تعالى فَمَدَانِكَ بُرْهَانَانِ مِنْ رَبِّكَ و أخرى بالبيئه، فى قوله تعالى «قَدْ جِئْتَكُمْ بِبَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ» مع ان توصيف البيئه بكونها من ناحيه الرب ايضاً يدل على كون المراد هى الحجّه الواضحه.

ص: ٤٤٥

-
- ١- (١) المفردات للراغب ٦٧ ماده بين: مستدرک الوسائل ١٧:٣٦٨ ب ٣ من أبواب كيفيه الحكم ح ٥.
 - ٢- (٢) الوسائل ١٨:١٦٩ ب ٢ من أبواب كيفيه الحكم ح ١.
 - ٣- (٣) سوره القصص: الآيه ٢٨.

و الجواب: ان ظهور «البينه» مع الإطلاق و عدم وجود قرينه على الخلاف فى هذا المعنى الاصطلاحى مِمَّا لا ينبغى إنكاره، و يدلُّ عليه استعمالها فيه من الصدر الأوّل فى مثل قوله (صلى الله عليه و آله): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» و قوله ٢(صلى الله عليه و آله): «إنما أفضى بينكم بالبيّنات و الإيمان»، و غيرهما من الموارد الكثيره، و لم يعلم استعمالها فى الكتاب و غيره فى غير هذا المعنى الاصطلاحى من دون قرينه، كما فى التعبير المعروف: «دعوى فلان خاليه عن البرهان و البينه». نعم قد استعملت فى الكتاب فى خمس عشر موضعاً منه بمعناها اللغوى و هو الظهور و البيان، لكن مع القرينه، فنرى انه قد عبر فيه عن معجزتى موسى (عليه السلام) تارة بالبرهان فى قوله ٣تعالى فَذَا نِكَ بُرْهَانَانِ مِنْ رَبِّكَ و أخرى بالبينه، فى قوله (١)تعالى «قَدْ جِئْتَكُمْ بَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ» مع ان توصيف البينه بكونها من ناحيه الرّب ايضاً يدل على كون المراد هى الحجّه الواضحه.

و يدلُّ على كون المراد بالبينه فى الموثقه خصوص المعنى الاصطلاحى، انه لو كان المراد بها هو المعنى اللغوى، يلزم ان تكون الاستنباطه ايضاً من مصاديق البينه، فيكون العطف من قبيل عطف العام على الخاص، و هو خلاف ما هو المتفاهم عرفاً منها، كما لا يخفى.

و دعوى انه يمكن ان يكون المراد بالبينه فى النبويين ايضاً هو المعنى اللغوى لا شهاده عدلين، مدفوعه مضافاً الى كونه خلاف ما فهمه الأصحاب منهما، و قد عبروا بمثلهما فى كتاب القضاء اقتباساً منه (صلى الله عليه و آله) مع وضوح كون مرادهم هو المعنى الاصطلاحى بأنه لو كان المراد بها هو المعنى اللغوى الذى هو الحجّه، لكان المنكر ايضاً واجداً للحجّه، خصوصاً لو كان تعريفه: انه من كان قوله موافقاً للأصل أو الظاهر؛ فان المنكر حينئذ يكون واجداً للحجّه، فلا يبقى فرق بينه و بين المدعى، و لا وجه لترجيحه عليه بعد اشتراكهما فى ثبوت الحجّه لهما، كما هو ظاهر.

فانقدح انه لا مجال لإنكار كون البينه فى الروايه بالمعنى الاصطلاحى الذى هو شهاده عدلين، و إن الروايه ظاهره فى اعتبارها و حجّيتها.

ثم ان فى الروايه اشكالاً ثالثاً؛ و هو انه قد جعلت البينه فيها غايه للحلّ، فكأنه قال (عليه السلام) (٢): كل شىء لك حلال حتى تعلم حرمة

ص:

١-١) سورة الأعراف: الآية ١٠٥.

٢-٢) الوسائل ١٢:٦٠ ب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

أو تقوم البيّنه على حرمته، فغايه مدلول الروايه حجيه البيّنه لإثبات حكم الحرمة لا إثبات الموضوعات كخمرية هذا المائع و كرتيه ذلك الماء و أشباههما، بل لا تدل على حجيتها لإثبات الاحكام الجزئية، كنجاسه هذا الثوب و ملكيه ذلك الشيء لفلان و أمثال ذلك، فالموثقه لا تنطبق على المدعى فى باب حجيه البيّنه.

و الجواب: انه لا- خفاء فى كون الموثقه وارده فى الشبهات الموضوعيه؛ فإن الأمثله المذكوره فيها و إن كانت خارجه عن الصغويه للكبرى المذكوره فيها على ما عرفت، ألما ان التعرض لها و إيرادها و لو بعنوان بيان النظائر و الأشباه، يدلّ على ان المفروض فى الزوايه خصوص الشبهه الموضوعيه التحريميه، و عليه فالمراد بالاستبانه المذكوره فى الزوايه هو استبانه العنوان المحرم، و كون مورد الشبهه مصداقاً للخمر مثلاً- لا استبانه الحكم المتحقق فى الشبهه الحكميه أيضاً، و قيام البيّنه صار معطوفاً على الاستبانه بالمعنى المذكور، فلا بد من ان يكون المراد به هى البيّنه القائمه على تشخيص الموضوع و بيان العنوان المحرّم، لا البيّنه على الحكم كما هو ظاهر، فالإنصاف تماميه دلالة الروايه على اعتبار البيّنه فى الموضوعات الخارجيه.

و من الزوايات: روايه عبد الله بن سليمان المرويه فى الكافى (1) و التهذيب عن الصادق (عليه السلام) فى الجبن: كل شيء حلال حتى يجيئك شاهدان يشهدان عندك ان فيه ميته. و الروايه بلحاظ ورودها فى الجبن الذى يكون منشأ الشك فى حليته وجود الميته فيه، و بعبارة اخرى كون الشبهه موضوعيه، و بلحاظ قوله (عليه السلام): انّ فيه ميته، ظاهره فى انّ مجيء

ص: ٤٤٧

شاهدين يشهدان بذلك حجه شرعيه على ثبوت موضوع الحرمة و وجود الميته فيه، و الزوايه داله على قاعده كليه، و ذكر الميته بلحاظ ورودها فى الجبن، و إلا فمن الواضح انه لا خصوصيه للجبن و الميته، و إلا لا مجال للتعبير بقوله: كل شىء حلال، فإلقاء الضابطه الكليه ناظر إلى انه لا خصوصيه للجبن، و معها لا يبقى مجال لخصوصيه الميته من بين المحرمات؛ لان التعرض لها إنما هو لارتباطها بالجبن كما هو واضح، كما ان حصر الغايه فى البيئه ليس فى مقابل العلم الذى هو حجه ذاتيه، بل إنما هو لإفاده كون البيئه قائمه شرعاً مقام العلم، و قد عرفت انّ عدم الفصل فى الشبهات الموضوعيه بين التحريميه و غيرها من سائر الشبهات، يوجب تماميه دلالة الروايه على اعتبار البيئه فى الموضوعات مطلقاً، فلا يتوهم اختصاص الروايه بالشبهات الموضوعيه التحريميه.

و منها: الزوايات المتعدده الوارده فى رؤيه الهلال الداله على ثبوتها بشهاده عدلين بها، مثل صحيحه (١) الحلبي عن ابى عبد الله (عليه السلام) ان علياً (عليه السلام) كان يقول: لا أجزى فى رؤيه الهلال إلّا شهاده رجلين عدلين (٢). و صحيحه (٣) منصور بن حازم عن ابى عبد الله (عليه السلام) ايضاً قال: صم لرؤيه الهلال و أفطر لرؤيته، فإن شهد عندكم شاهدان مرضيان بأنهما رأياه فاقضه. و غيرهما من الروايات الوارده فى هذا المجال.

و تقريب الاستدلال بها ان يقال: أنه (عليه السلام) بصدده انه لا يثبت الهلال

ص: ٤٤٨

١-١) الوسائل ٢٠٧:٧ ب ١١ من أحكام شهر رمضان ح ١.

٢-٢) الوسائل كتاب الصوم، أبواب أحكام شهر رمضان، الباب الحادى عشر.

٣-٣) الوسائل ٢٠٨:٧ ب ١١ من أحكام شهر رمضان ح ٤.

أما بالرؤية و العلم، أو بما هو بمنزلة العلم في إثبات ما قام عليه، فكأنه (عليه السلام) جعل أماريه البينة و كونها بمنزلة العلم امرأ مفروغاً عنه و من المسلمات، و يؤيده انه في الصدر علق الحكم بوجود الصوم و الإفطار على الرؤية التي هي المشاهدة، ثم فرع عليه مسأله الشهاده و البينه، و لو لا قيام البينه مقام العلم و كونه بمنزلته لا يكاد يتم التفرع، كما لا يخفى.

هذا و لكن مقتضى ما ذكر: كون قيام البينه مقام العلم و اعتبارها و حجيتها مفروغاً عنه في مسأله الرؤية، و أما كونها معتبره في جميع الموارد و الشبهات فلا دلالة للروايات عليه.

و منها: الروايات المتعدده ايضاً الوارده في لزوم تصديق المسلم إذا شهد، و قبول شهاده المؤمن، مثل قوله (1) (عليه السلام): إذا شهد عندك المسلمون فصدّقهم. و قوله (عليه السلام): إذا شهد عندكم المؤمنون فاقبلوا، و غيرهما من الروايات الوارده بهذا المضمون.

و لكن الظاهر انه لا دليل على كون المراد بالشهاده في مثل الروايتين هي شهاده المتعدد من المسلم أو المؤمن، بل يحتمل قوياً ان يكون المراد لزوم قبول قولهم و إن لم يكن متعدداً، بل و إن لم يكن عادلاً، فلا دلالة لها على اعتبار البينه المتقومه بالتعدد و العدالة، إلا ان يتحقق السيلوك من طريق الأولويه، و هي و إن كانت متحققه الا أنّها تجدى فيما إذا كان الأصل مورداً للقبول، مع ان لزوم التصديق بالنحو المذكور الذي هو مفاد الروايتين مما لم يقل به أحد. هذا و قد احتمل في الروايتين ان يكون المراد

ص: ٤٦٩

منهما ما هو المراد من قوله (١) تعالى يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ من ان المراد هو القبول الصورى و عدم تكذيبهم، لا ترتيب الآثار الواقعيه على مجرد اخبارهم و إن كان بضرر غيرهم.

الزابع الكتاب،

و قد وقع التعرض فيه لشهادة العدلين فى موارد، ففى مورد الدين قوله (٢) تعالى وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، و فى مورد الوصيه، قوله (٣) تعالى شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ ، و فى مورد جزاء الصيد فى حال الإحرام، و حكم رجلين عدلين و شهادتهما بالمثلثه للصيد «يَحْكُمُ بِهِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ» (٤)، و فى مورد الطلاق «وَ اسْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ» (٥).

و المستفاد منها بعد دلالتها على اعتبار البينه فى الموارد المذكوره؛ ضروره أن الاستشهاد أنّما هو لغرض الشهاده، فلو لم تكن الشهاده حجه معتبره لما كان وجه للاستشهاد، فلزوم إشهاد عدلين عند الطلاق لا ينفك عن اعتبار شهادتهما به بعداً ان البينه حجه شرعيه قائمه مقام العلم فى جميع الموارد و الموضوعات، من دون ان تكون خصوصيه للموارد المذكوره، هذا و قد ورد فى الكتاب ايضاً آيات داله على وجوب تحمل الشهاده و وجوب أدائها و حرمة كتمانها، كقوله تعالى وَ أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ا قوله تعالى وَ لا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ٢، و قوله تعالى وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَمَا نَهَ آتَمَّ قَلْبُهُ ٣، و ظاهرها بمقتضى الدلاله الالتزاميه الحجيه و الاعتبار كما عرفت، لانه لا معنى للزوم التحمل و الأداء و حرمة الكتمان مع عدم وجوب التصديق و عدم لزوم القبول و ترتيب الأثر.

ص: ٤٧٠

١-١ (١) سورة التوبه: الآيه ٦١.

٢-٢ (٢) سورة البقره: الآيه ٢٨١.

٣-٣ (٣) سورة المائده: الآيه ١٠٥.

٤-٤ (٤) سورة المائده آيه ٩٤.

٥-٥ (٥) سورة الطلاق آيه ٢.

والمستفاد منها بعد دلالتها على اعتبار البيه في الموارد المذكوره؛ ضروره أن الاستشهاد أنّما هو لغرض الشهاده، فلو لم تكن الشهاده حجه معتبره لما كان وجه للاستشهاد، فلزوم إسهاد عدلين عند الطلاق لا ينفك عن اعتبار شهادتهما به بعداً أن البيه حجه شرعيه قائمه مقام العلم في جميع الموارد و الموضوعات، من دون ان تكون خصوصيه للموارد المذكوره، هذا و قد ورد في الكتاب ايضاً آيات داله على وجوب تحمل الشهاده و وجوب أدائها و حرمة كتمانها، كقوله تعالى وَ أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ (١) و قوله تعالى وَ لَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا (٢)، و قوله تعالى وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ (٣)، و ظاهرها بمقتضى الدلاله الالتزاميه الحجيه و الاعتبار كما عرفت، لانه لا معنى للزوم التحمل و الأداء و حرمة الكتمان مع عدم وجوب التصديق و عدم لزوم القبول و ترتيب الأثر.

و بالجمله لا يبقى لمن أمعن النظر في موارد قبول شهاده العدلين ارتياب في انه لا خصوصيه لتلك الموارد، بل حجيتها أنّما هي بنحو العموم و الشمول لجميع الموضوعات الّا ما خرج بالدليل، مثل الزنا و اللواط و غيرهما.

الخامس سيره العقلاء من جميع الملل و إن لم يكونوا متشرعين بشريعه أصلاً؛

فإنهم يرون شهاده شخصين موثقين طريقاً مثبتاً الى الموضوعات التي تترتب عليها الأحكام العرفيه و الآثار العقلائيّه.

و يرد عليه: عدم انطباق هذا الدليل على المدعى؛ فان المدعى كما عرفت يعتبر فيه التعدّد و العدالة، فإنه المراد من البيه بالمعنى الاصطلاحى، و الدليل و هى سيره العقلاء أنّما يكون موردها مطلق الشهاده و لو لم يكن من الشخصين، كما انه لا يعتبر فيه العدالة بل يكفى مجرد الوثاقه، و سيأتى ان السيره بهذا العرض الواسع مردوع عنها فى الشريعه، الّا ان يقال: انّ الردع انما هو بالنسبه إلى قسم من مورد جريان السيره، و أمّا بالنسبه الى ما كان مشتملاً على التعدّد و العدالة فلم يتحقق الردع، بل إنّ

ص:

١-١) سورة الطلاق آيه ٢.

٢-٢) سورة البقره آيه ٢٨١.

٣-٣) سورة البقره آيه ٢٨٢.

الأخبار الكثيره المتقدمه بمنزله الإمضاء له كما لا يخفى.

السادس ان الموضوعات لا ريب فى كون أكثرها خفيه على أكثر الناس،

بمعنى ان كل صنف من الناس و إن كان لهم القدره على مغرقه صنف من الموضوعات، لكن الغالب لا بصيره له فى الغالب، فلو كانت الأحكام معلقه على العلم بالموضوعات، لزم تعطيل الاحكام غالباً و لزم الهرج و المرج، فلا بدّ من كون شىء معتبراً فى الشرع فى الموضوعات غير العلم مما يوجب الوثوق بها، و لا قائل بما هو أزيد من البيئه من شهاده ثلاثه أو أربعه أو خمسسه أو نحو ذلك، نعم فى حجيه شهاده العدل الواحد كلام يأتى البحث عنه إن شاء الله تعالى.

السابع لو دار ثبوت الموضوعات المترتبه عليها الاحكام فى الشريعه مدار حصول العلم لكل أحد،

لزم العسر و الحرج الشديد المنفى بالنص و الإجماع، فكذا المقدم، فتثبت حجيه البيئه بعدم القول بالفصل؛ لان كل من اعتبر ما سوى العلم فقد اعتبر البيئه.

و هنا وجوه أخرى مذكوره لإثبات حجيه البيئه فى الموضوعات، و لكن ملاحظه ما ذكرنا من الأدله و إن كان بعضها لا يخلو من المناقشه و النظر، لا يبقى مجالاً للارتياح فى الحجيه المذكوره، فلا وجه لما نسب إلى القاضى عبد العزيز البرّاج من عدم حجيه البيئه فى إثبات النجاسه، و لا لما نسب الى ظاهر السيد فى الذريعه و المحقق فى المعارج و المحقق الثانى فى الجعفرية و بعض آخر من عدم ثبوت الاجتهاد بشهاده عدلين؛ لعدم الدليل عليه.

و إن كان يمكن ان يكون الوجه فى الأخير هو عدم كون الاجتهاد

من الأمور المحسوسة، و حجيه البيئه مقصوده على الأمور المحسوسة، كما انه يمكن ان يكون الوجه في الأول هو كون النجاسه امرأ مسبباً غير محسوس، و البيئه لا بد و إن تكون في مورد أمر محسوس، و سيأتى البحث عن ذلك في بعض المقامات الآتية إن شاء الله تعالى.

المقام الثانى- فى مورد حجيه البيئه و سعه دائرتها و ضيقها

فنقول: لا ريب فى ان الموضوع الذى تكون البيئه حجه بالنسبه إليه لا بد و إن يكون مترتباً عليه أثر شرعى، حتى يكون اعتبارها لأجل ترتب ذلك الأثر عليه، فكما انه يعتبر فى جريان الاستصحاب فى الموضوعات الخارجيه ترتب الأثر الشرعى عليها، فكذلك يعتبر فى حجيه البيئه ذلك، فلو كان هناك موضوع لم يترتب عليه حكم فى الشريعة، فلا مجال لاحتمال حجيه البيئه فيه أصلاً، و هذا مما لا شبهه فيه، كما انه لا شبهه فى انه إذا كان موضوع الأثر امرأ محسوساً كالماء و الخل و الخمر و الكلب و الخنزير و أشباهها فإنه لا شك فى حجيه البيئه فيه، بعد القول باعتبار البيئه فى تمام الموارد من غير اختصاص بموارد خاصه.

و أمّا إذا لم يكن موضوع الأثر امرأ محسوساً، فتاره تكون له آثار محسوسه بحيث يكون بينها و بين ذلك المشهود به ملازمه عرفيه، أو يكون لها أسباب مخصوصه محسوسه، و أخرى لا يكون كذلك، بمعنى انه لا يكون له اثر محسوس و لا سبب مخصوص محسوس أيضاً.

فإن كان من قبيل الأول كالعده و الاجتهاد و الأعلميّه و نحوها فى الصوره الأولى منه، و النجاسه و الزوجيه و الطلاق فى الصوره الثانيه منه، فالظاهر حجيه البيئه فيه أيضاً؛ لأنه و إن كانت كلمه «الشهاده» ظاهره فى

الحضور و الاخبار عن العين و العلم بإحدى الحواس الخمس، و كذلك كلمه «البينه» ظاهره فى ما كان ظاهراً مشهوداً، لأنه صفة مشببه من بان بمعنى ظهر، و مذكرها بين، أآ انه إذا كان الموضوع الذى قامت عليه البينه له اثر محسوس كالأمثله المذكوره، فحيث يكون بينه و بين أثره المحسوس ملازمه عرفيه ففى الحقيقه يكون كأن المشهود به امراً محسوساً، و كذلك إذا كان له سبب محسوس كالأمثله الأخرى المذكوره أيضاً، مضافاً الى ان الشهاده بالمسبب شهاده بالسبب، بعد عدم انحصار دائره الحجيه فى الأمارات بخصوص المدلول المطابقى منها، بل تسع دائره الحجيه اللوازم و الملزومات و الملازمات ايضاً.

و إن كان من قبيل الثانى، فالظاهر انه لا دليل على حجيه البينه فيه، لا من الآيات و الروايات و لا من السير و الإجماع و غيرهما، أمّا الأولى فلأنه مضافاً الى ان لفظ الشهاده الوارد فى كثير منهما لا ينطبق عليه؛ لأنك عرفت انه من الشهود بمعنى الحضور فى هذا الفرض لا- معنى لتحقق الحضور بعد عدم خلو المشهود به من كونه محسوساً أو ثبوت اثر محسوس أو سبب محسوس له كما هو المفروض، و أمّا الثانى؛ فلان القدر المتيقن من مثل السير و الإجماع غير هذا الفرض، فلا دليل على الحجيه، و من المعلوم افتقارها الى الدليل على ثبوتها.

المقام الثالث كما انه يعتبر فى مفهوم البينه و معناها بحسب الاصطلاح التعدد و العداله،

فهل يعتبر فيه الرجوليه ايضاً، فلا يطلق عنوانها على شهاده النساء أصلاً، و لو مع العداله و التعدد البالغ أربع نساء، و عليه فيحتاج إثبات حجيه شهاده النساء إلى أدله أخرى غير ما ذكرنا،

أو لا- يعتبر فيه الرجولية بل شهادته أربع نساء بينه يشملها ما يدل على اعتبار البيّنه؟ فالثمره تظهر فيما إذا لم يكن هناك دليل خاص على أحد الطرفين من الاعتبار و عدمه، و بعبارة اخرى: لا- شبهه في اعتبار شهادته النساء منفردات في بعض الموارد و منضمات الى الرجال في بعض موارد أخرى، و قد وقع التعرض في كتاب الشهادات للموردين، كما انه لا شبهه في عدم اعتبارها في بعض الموارد لا- منفردات و لا- منضمّات، كثبوت الهلال و الطلاق و غيرهما من الموارد، إنما الإشكال في موارد الخلو من الدليل الخاص، فان قلنا بعموم لفظ البيّنه، فمقتضى أدله حجيتها حجيتها ايضاً، و إن قلنا بالعدم، فلا دليل على اعتبارها مطلقاً، و الظاهر انه لا سبيل الى استكشاف أحد الطرفين، و إن كان ربما يدعى ان المتبادر من لفظ البيّنه في عرف المتشرعه هي الشهاده المقرونة بالتعدّد، من دون فرق بين الرجل و المرأة، كما انه ربما يدعى الانصراف الى خصوص الرّجل، و يؤيد الأوّل عطف الرجل و المرأتين على الرجلين، و إطلاق اسم الشاهد عليهما في مثل قوله (1) تعالى في آيه الدّين المفضّله «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِّنْ رِّجَالِكُمْ فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ»، ألما انه مع ذلك لا- سبيل الى تعيين أحد الاحتمالين، و مع التريديد لا- دليل على اعتبار البيّنه مع عدم الرّجوليه، نعم ربما يستشهد لعموم حجيه شهادته النساء ألما ما خرج بالدليل بروايه (2) عبد الكريم بن ابى يعفور عن الباقر (عليه السلام) قال: تقبل شهادته المرأه و النسوه إذا كنّ مستورات من أهل البيوتات، معروفات

ص: ٤٧٥

١-١) سورة البقره: الآيه ٢٨٢.

٢-٢) الوسائل ١٨:٢٩٤ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ٢٠.

بالستر و العفاف، مطيعات للأزواج، تاركات للبذاء و التبرج الى الرجال فى أنديتهم (١).

و لكن الظاهر ان الروايه فى مقام بيان شروط قبول شهاده المرأه لا- فى مقام بيان أنه فى أى مورد تقبل شهادتهن حتى يؤخذ بإطلاقها، و بعبارة أخرى: هى ناظره إلى العدالة المعتبره فى الشاهد بالنسبه إلى المرأه لا الى الخصوصيات الأخرى كما لا يخفى.

المقام الرابع هل اعتبار البينه يختص بمن تقوم عنده البينه

أو لا يختص به بل يشمل من لم، تقوم عنده أيضاً، إذا أحرز قيامها عند غيره و شهادتهما عند الغير بما له اثر لمن لم تقوم عنده؟ فاذا علم بشهاده عدلين برؤيه الهلال عند عالم فلائنى مثلاً يترتب عليها أثر الرؤيه بالنسبه إليه أيضاً، و إن لم تقوم البينه عنده بخلاف الاحتمال الأول، فى المسأله و جهان، و الظاهر هو الوجه الثانى؛ فإن مقتضى عموم أدله حجيه البينه من الآيات و الروايات و السيره بناء العقلاء على عدم الاختصاص، و أنّ المناط فى الاعتبار مجرد قيام البينه و شهادتها بالموضوع المشهود به، و لا فرق فى ذلك بين من قامت عنده البينه، و بين غيره، غايه الأمر لزوم إحراز القيام و تحقق الشهاده، أما بالعلم، و أمّا بقيام البينه على ذلك أيضاً، كما لا يخفى.

تكملة:

و هى انه هل خبر الواحد العادل كما انه حجه فى باب الروايات التى تحكى الأحكام عن الامام (عليه السلام) حجه فى تشخيص الموضوعات و تبينها أم لا؟ ذهب جماعه إلى الأول، و استدّلوا عليه بأمرين

ص: ٤٧٤

الأول استمرار السير العفلائييه و جريانها على الاعتماد عليه فى الموضوعات الخارجيه، و لم يتحقق ردع فى الشريعه، فلا محيص عن الالتزام بالحجيه كما فى الأحكام العمليه الفرعيه، أما جريان السير فى ذلك فمما لا ريب فيه، و أما عدم الردع فلان ما يتخيل ان يكون رادعاً هو موثقه (1) مسعده بن صدقه المتقدمه؛ نظراً الى أنّ ذيلها و هو قوله (عليه السلام): «و الأشياء كلّها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنه» يدلّ على حصر الميث بالاستبانه و قيام البيّنه، فلو كان خبر الواحد ايضاً ميثاً، لما كان وجه للحصر، و لكان اللازم ذكره مع البيّنه كما هو ظاهر.

و أجب عنه أولاً: بمنع كون الموثقه بصدد الحصر؛ لوضوح عدم اختصاص الميث بالأمرين المذكورين فى الروايه؛ لأن الاستصحاب و الإقرار و حكم الحاكم و أشباهها ايضاً مثبتات للتحريم فى مواردّها، فلو كانت بصدد الحصر يستلزم ذلك تخصيص الأكثر المستهجن.

و ثانياً: بأن البيّنه فى الموثقه بمعنى الحججه و ما به البيان، و لا بد من تشخيص الصغرى من الخارج، و لا دلالة لها على أنّ ما به البيان ما ذا، فاذا أقمنا الدليل على اعتبار الخبر فى الموضوعات الخارجيه، استكشفتنا بذلك انه ايضاً كالبيّنه المصطلحه مصداق للكبرى و من افراد الحججه.

و ثالثاً: بان عدم ذكر الخبر فى قبال العلم و البيّنه، انما هو من جهه خصوصيه فى موردّها، و هى ان الحليه فى مفروضها كانت مستنده الى قاعده اليد فى مسأله الثوب، و من الواضح عدم اعتبار خبر الواحد مع وجود اليد، فكأنه (عليه السلام) كان بصدد بيان ما يعتبر فى جميع الموارد على

ص: ٤٧٧

و الجواب عن هذا الدليل مضافاً الى ما ذكرنا في بيان المراد من الموثقه من عدم كون المراد بالبينه فيها غير البينه المصطلحه ان رادعيه الموثقه لا- تتوقف على دلالة ذيلها على الحصر؛ فان نفس دلالتها على اعتبار البينه مرجعها الى عدم اعتبار خبر الواحد العادل فضلاً عن الثقه المجردّه، فإن البينه إنما تغاير خبر الثقه في أمرين: أحدهما التعدد و الآخر العدالة، و مع اشتمالها على هذه المزيه و النسبه من جهه الكميه و الكيفيه، لو كان خبر الواحد الثقه مثل البينه معتبراً في الموضوعات الخارجيه، لكان ذكر البينه و الحكم عليها بالاعتبار خصوصاً في مقام إلقاء القاعده الكليه و إفاده حكم كلى لغواً، لا يترتب عليه آلا إيهام الخلاف، فذكر البينه في هذا المقام من أقوى الشواهد على دخالتها في الحكم بالاعتبار، و عدم كون ما ينقص عنها من احدى الجهتين مشتركاً معها في الحجّيه، خصوصاً مع ملاحظه ان شهاده الشخصين لا تقع في الخارج نوعاً آلا تدريجاً، بمعنى وقوع احدى الشهادتين متأخره عن الأخرى، و عليه فلو كانت الشهاده الأولى كافيه في مقام ترتيب الأثر و ثبوت الحكم، لكانت الشهاده الثانيه لغواً، و كالحجر في جنب الإنسان، و من قبيل تحصيل الحاصل.

و بالجملة لو لم يكن خبر الواحد الثقه متسانخاً مع البينه أصلاً، بل كان كالاستصحاب و الإقرار و حكم الحاكم، لم يكن اعتبار البينه في الموثقه دالاً على عدم اعتباره من جهه عدم إفادتها للحصر لما ذكر، و أمّا مع وجود التسانخ و ثبوت الاختلاف من جهه الكميه فقط، فلا مناص عن الالتزام بان اعتبارها يدل على مدخلية الكيفيه و الكميه في الحكم به، و هو

يدل على عدم اعتبار الناقص من كلتا الجهتين أو من إحداهما، و من الواضح انه لا يكون من قبيل مفهوم اللقب، و عليه فرادعيه الموثقه لا تتوقف على دلالتها على الحصر بوجه، بل نفس دلالتها على حجيه البيئه تصلح رادعه عن السيره العقلائييه و مانعه عن إعمالها في الشريعه المطهره.

ثم ان استناد الحلييه في مسأله الثوب إلى قاعده اليد التي لا- يكون خبر الواحد معتبراً معها، لا يصلح للإغماض عن ذكر خبر الواحد في مقام افاده القاعده الكليه و إلقاء الضابطه العامه، خصوصاً مع ملاحظه ما تقدم من الاشكال على الروايه من عدم استناد الحلييه في شىء من الأمثله المذكوره فيها الى نفس القاعده الكليه، التي هي محطّ نظر الروايه و الغرض الأصلي لها، كما لا يخفى.

و قد انقدح مما ذكرنا كفايه الموثقه في مقام الردع عن السيره، و عليه فالموارد التي قام الدليل فيها على حجتيه خبر الواحد الثقه لا يمكن ان يتعدى منها الى غيرها من الموضوعات الخارجيه، و تلك الموارد مثل الاخبار بدخول الوقت و الاخبار بعزل الوكيل و اخبار البائع باستبراء الأمه أو بوزن المبيع الموزون أو بكيل المبيع المكيل و أشباهها.

الثاني الروايات المتعدده التي:

منها: حسنه حريز أو صحيحته (1) المرويّه في الكافي، و فيها أنّه بعد أن وبّخ الصادق (عليه السلام) ابنه إسماعيل لدفعه دنائير الى رجل شارب الخمر بضاعه ليتاجر بها و يعطى مقداراً من النفع لإسماعيل، فأتلف ذلك الرجل النقود، قال (عليه السلام) له: لم فعلت ذلك و لا أجر لك؟ فقال إسماعيل: يا

ص: ٤٧٩

أبت انى لم أره يشرب الخمر، انى سمعت الناس يقولون، فقال: يا بنى ان الله (عزّ و جلّ) يقول فى كتابه (١) «يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ
لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول يصدّق الله و يصدق المؤمن، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدّقهم.

بتقريب ان ذيل الروايه يدل على مطلوبيه تصديق شهاده المؤمنين و ترتيب الأثر على اخبارهم، و من المعلوم انه ليس المراد هو
التصديق فيما إذا شهد جميع المؤمنين كما هو مقتضى الجمع المعرف باللام بل المراد هو تصديق شهاده كلّ مؤمن، فالمؤمن بما
أنه مؤمن إذا شهد بشيء يرتب الأثر على شهادته، و هو معنى وجوب قبول خبر الواحد العادل أو الثقه.

و فيه: أولاً- ان النسبه بين الروايه و بين المدعى عموم و خصوص مطلق، أو من وجه؛ لان المدعى اعتبار خبر العادل أو الثقه، و
الروايه داله على اعتبار خبر المؤمن، و النسبه بين العنوانين ما ذكر من العموم المطلق أو من وجه، فلا ينطبق الدليل على المدعى.

و ثانياً: انه ليس المراد من وجوب التصديق فى الروايه وجوب ترتيب الأثر على المخبر به بنحو يكون إخباره بمنزله العلم المتعلق
به فيرتب اثر شرب الخمر فى مورد الروايه، بل المراد هو التحذّر ممّا أخبر به، مع احتمال ان يكون على تقدير الصدق فيه ضرر
عليه، كما يدل عليه التأمل فى الروايه و فى الاستشهاد بالآيه، فتدبّر.

و ثالثاً: انه لو فرض دلالة الروايه على ذلك، تقع المعارضه بينها و بين موثقه مسعده المتقدمه، فينبغى تقييد إطلاقها بها، و الحكم
بالاعتبار مع التعدد و العداله.

ص: ٤٨٠

و منها: مضمرة (١) سماعه قال: سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة، فقال: ان هذه امرأتى و ليس لى بينه، فقال: ان كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه.

و فيه أولاً: انها معارضة ببعض الروايات الأخرى التى أفتى المشهور على طبقها، مثل روايه (٢) يونس قال: سألته عن رجل تزوج امرأه فى بلد من البلدان، فسألها أ لك زوج؟ فقالت: لا. فتزوجها، ثم ان رجلاً أتاه فقال: هى امرأتى، فأنكرت المرأه ذلك، ما يلزم الزوج؟ قال: هى امرأته أا ان يقيم البيئه.

و ثانياً: اعتبار خبر الثقة فى مورد المضمرة لا دلالة فيه على اعتباره فى جميع الموضوعات الخارجيه الذى هو المدعى فى المقام، و من المحتمل ان يكون الوجه فى اعتباره فيه هى شده حسن الاحتياط فى الفروج، و قد مرّ انه قام الدليل على الاعتبار فى موارد متعدده، لكن البحث فى جواز التعدى عن تلك الموارد، و لم يقم دليل الى الحال على عموميه الاعتبار و عدم الاختصاص بتلك الموارد.

خاتمه فى بيان أمرين:

أحدهما أنه ذكر فى «المستمسك» انه يثبت الاجتهاد بخبر الثقة،

(٣)

مستدلاً بعموم ما دلّ على حجّيته فى الأحكام الكلّيه؛ إذ المراد منه ما يؤدّى الى الحكم الكلّى، سواء كان بمدلوله المطابقى أم الالتزامى، و المقام من الثانى فإن مدلول الخبر المطابقى هو وجود الاجتهاد، و من هذه الجهه يكون

ص: ٤٨١

١-١) الوسائل ١٤:٢٢٦ ب ٢٣ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ٢.

٢-٢) الوسائل ١٤:٢٢٦ ب ٢٣ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ٣.

٣-٣) المستمسك ١:٣٨.

اخباراً عن الموضوع، لكن مدلوله الالتزامى هو ثبوت الحكم الواقعى الكلى الذى يؤدى إليه نظر المجتهد، ثم قال:

«فان قلت: أدله حجيه خبر الثقة مختصه بالاخبار عن حسّ، و لا تشمل الاخبار عن حدس، و لذا لا تكون تلك الأدله داله على حجيه فتوى المجتهد مع أنّها اخبار عن الحكم الكلى الا ان مستنده الحدس.

قلت: الاخبار عن الاجتهاد من قبيل الاخبار عن الحسّ، نعم المدلول الالتزامى و هو الحكم الكلى انما كان بتوسط الحدس، لكن هذا المقدار لا يقدر فى الحجيه؛ لأنّ الحس انما يعتبر فى المدلول المطابقى لا فى الملازمه التى يتوقف عليها ثبوت المدلول الالتزامى؛ و إلا فأخبار زراره عن قول الامام (عليه السلام) الذى هو اخبار عن موضوع، يكون اخباراً عن الحكم الكلى، و يكون حجه على المجتهد، و ربما يكون بتوسط حدس المجتهد الذى هو حجه عليه ايضاً.

و بالجملة: الاخبار عن الاجتهاد كالاخبار عن قول الامام (عليه السلام)، و دلالتها على الحكم بالالتزام انما يكون بتوسط الحدس، غايه الأمر ان الحدس فى الثانى من المجتهد و حجه عليه، و الحدس فى الأوّل من المجتهد و حجه على العامى المقلّد له، و على هذا المبنى يكفى توثيق رجال السند بخبر الثقة، و كذا فى إثبات المعنى باخبار اللغوى الثقة» .

و يرد عليه مضافاً الى ان أدله حجيه خبر الواحد لا دلالة لها على حجيه الخبر فى خصوص الأحكام الكليه، حتى تصل النوبه إلى البحث عن ان اخبار الثقة بالاجتهاد هل يكون مشمولاً لعمومها أم لا؟ فإنّ عمدتها هى السيره العقلانيه الجاريه على العمل بخبر الثقة، و من الواضح

كما عرفت انه لا- فرق في جريان السيريه بين ما إذا كان المخبر به حكماً أو موضوعاً، بل مورد آيه النيا هو الاخبار بالموضوع الخارجى و هو ارتداد بنى المصطلق، و عليه فلا- بد من البحث فى ثبوت المانع عن شمول الأدله لخبر الثقه فى الموضوعات الخارجيه، لا فى وجود المقتضى للاعتبار و عدمه، و قد عرفت ثبوت المانع، و هى موثقه مسعده بن صدقه الداله على الردع و عدم الاكتفاء بالواحد بدلاً عن الاثنين، و بالوثاقه بدلاً عن العداله.

أولاً- ان مجرد الاخبار عن الاجتهاد لا يكون اخباراً عن الحكم الكلى الإلهى و لو بنحو المدلول الالتزامى؛ فإن الاجتهاد بمجرد الذى يرجع الى ثبوت الملكه و تحقق القدره لا- يلزم الحكم ما لم يتحقق منه الاستنباط خارجاً، فإنه يمكن ان لا يتحقق من المجتهد استنباط أصلاً، و إن كانت الملكه موجوده فيه، و عليه فكيف يكون مجرد الاخبار عن الاجتهاد اخباراً عن الحكم الإلهى؟ و كيف يمكن دعوى ثبوت الملازمه و تحقق المدلول الالتزامى، كما هو غير خفى.

و ثانياً: يكفى فى الفرق بين الاخبار عن الاجتهاد و اخبار زراه مثلاً عن قول الامام (عليه السلام) ان اخبار زراه يكون اخباراً عن الحكم و حاكياً له بحيث لا يرى الموضوع الخارجى و هو قول الامام (عليه السلام) واسطه أصلاً، و أمّا الاخبار عن الاجتهاد فلا- يتجاوز عن المخبر به و لا- يعدّ اخباراً عن الحكم بوجه، و كيف يكون اخباراً عن الحكم مع انه ربما لا يكون المخبر عالمياً بوجود رساله لمن يخبر عن اجتهاده فضلاً عن الأحكام الموجوده فيها، فالإنصاف ان اقامه الدليل على اعتبار خبر الثقه فى الموضوعات الخارجيه من هذا الطريق مشكله، لو لم تكن ممنوعه كما عرفت.

ثانيهما الظاهر ان حجبه البيئه انما هي بعنوان كونها من الأمارات الشرعيه؛

لأن اعتبارها عند العقلاء انما يكون بهذا العنوان، و الظاهر ان الشارع قد عاملها معامله العقلاء، فاعتبارها في الشرع ايضاً يكون بعنوان الاماره.

و على هذا فلو وقع التعارض بين البيئه و بين الأصول الموضوعيه، كما إذا كان مقتضى الاستصحاب بقاء خمريه المائع المشكوك، و قامت البيئه على كونه خللاً، أو كان مقتضى قاعده الفراغ بناء على كونها من الأصول البناء على الصّحه مع الشك في الإتيان بالجزء أو الشرط أو ترك المانع أو القاطع، و لكن قامت البيئه على الإخلال بما يعتبر وجوده، و على إتيان ما يعتبر عدمه، و لم يكن هناك ما يدل على الصّحه كذلك، مثل قاعده: لا تعاد، في الصلاه، فمقتضى تقدم الأمارات على الأصول و حكومه الاولى على الثانيه كما قد حقق في الأصول، لزوم الأخذ بالبيئه و الحكم بالخليه في المثال الأول، و بالبطلان في الثانيه.

و أما لو وقع التعارض بين البيئه و بين اليد، فلا إشكال في تقديمها على اليد؛ لان عمدته تشريعها في باب التنازع و التخاصم انما هو لإبطال التمسك باليد، فإن العمدته في تشخيص المدعى انما هي لأجل كونه مدّعياً في مقابل ذى اليد و مريداً لأخذ ما في يده منه، و صاحب اليد ينكر و يدعى كونه مال نفسه، فالأخذ بالبيئه ابتداء لقوله (1) (صلى الله عليه و آله) البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر، انما هو لأجل تقدم البيئه على اليد، و إلا- فلو كانت البيئه في عرض اليد أو متأخره عنها، لا يبقى مجال لتقديم البيئه و القضاء بنفع لصالح المدعى

ص: ٤٨٤

١- (١) مستدرک الوسائل ١٧:٣٦٧ ب ٣ من أبواب كيفيه الحكم ح ٥.

إذا كانت له بينه.

و أما تعارضها مع سوق المسلم الذى هو اماره على التذكيه و الحليه، كما إذا اشترى لحماً من سوق المسلمين و قامت البيئه على عدم كونه مذكى و أنه محرم، فربما يقال: ان تقديم البيئه على السوق من الواضحات و المسلمات، و لعلّ الوجه فيه ان ملاحظه أدله اعتبار السوق و أماريته تقتضى بأن موردها ما إذا لم يكن هناك اماره على خلافه، و كانت التذكيه مشكوكه من رأس، و أمّا أدله اعتبار البيئه فلا تكون كذلك فراجع.

و أمّا لو وقع التعارض بين البيئه بين الإقرار، كما إذا أقر بأن ما فى يده لزيد مثلاً- و قامت البيئه على كونه للمقر دون زيد، فمقتضى القاعده تساقط الأمارتين، و لكن الظاهر ان بناء العرف و العقلاء على تقديم الإقرار، و لعلّ الوجه فيه اختصاص كاشفيه البيئه عندهم بصوره عدم الإقرار، و انه مع وجوده لا يرون الكاشف إلّا الإقرار فالإقرار، عندهم بمنزله العلم الذى لا مجال للبيئه مع وجوده على خلافها.

و لكن وردت روايات فى باب القتل فى انه إذا قامت البيئه على ان زيدا مثلاً قاتل، ثمّ أقرّ عمرو بأنه القاتل، يكون للولىّ الأخذ بآيه واحده مع الأمارتين، و قتل اى واحد منهما، و قد عملوا بها و أفتوا على طبقها، و لكن الظاهر انه خلاف القاعده يجب الأخذ به لوجود النص.

و لو وقع التعارض بين البيئتين، فمقتضى القاعده تساقط الأمارتين و عدم ثبوت حجّه فى البين، من دون فرق بين ان تكون هناك مزيه من جهه الكميّه أو الكيفيه، كما إذا كان العدد فى أحد الطرفين زائداً على اثنين، أو كان أحدهما أعدل من الآخر؛ و ذلك لعدم دليل على ثبوت الترجيح،

ص: ٤٨٥

نعم لو احتمل الثبوت، لكان مقتضى القاعده الأخذ بذى الترجيح؛ لدوران الأمر بين التعيين و التخيير، و أمّا مع عدم الاحتمال فالقاعده تقتضى التساقط.

هذا تمام الكلام فى قاعده حجيه البينه.

ص: ٤٨٦

اشاره

و هي ايضاً من القواعد المشهوره المبثلى بها لأكثر الناس، و الكلام فيها يقع فى مقامات:

المقام الأول – فى مدرکها و مستندها،

اشاره

و هو أمور:

الأول استقرار سيره المتشرعه و المؤمنين على دخول السوق و اشتراء اللحوم و الجلود من دون الفحص عن كونها ميتة أو مذكاه،

حتى انّ الأئمه (عليه السلام) و أصحابهم و وكلاءهم كانوا كذلك؛ فإنهم كانوا يستفيدون مما يشتري من السوق من دون تفحص عن كيفيه زهاق روح حيوانه، كما انهم يدخلون السوق و يشترون العبيد و الإماماء من دون سؤال و تفتيش عن كونهم مملوكين أو أحراراً مقهورين، و لا شبهه فى ثبوت هذه السيره و كونها ممضاه عند صاحب الشريعه و العتره الطاهره صلوات الله عليه و عليهم أجمعين، هذا مع قطع النظر عن الروايات المتكثره الآتيه الوارده فى

ص: ٤٨٧

السوق الداله على اعتبارها، و قد وقع فى بعضها التعليل بأنه لو لم يجر هذا لما قام للمسلمين سوق، و إلا فمع ملاحظتها لا مجال للارتباب فى المسأله بوجه.

الثانى الإجماع على اعتبار السوق،

و لا شبهه فى تحقق الاتفاق و الإجماع، و لكنه لا أصاله له بعد ظهور مستند المجمعين و تماميه كما مرّ مراراً.

الثالث الروايات المتعدده

التي:

منها: صحيحه (١)الفضيل و زراره و محمد بن مسلم، أنهم سألوا أبا جعفر (عليه السلام) عن شراء اللحوم من الأسواق و لا يدري ما صنع القصابون، فقال: كل إذا كان ذلك فى سوق المسلمين و لا تسأل عنه.

و منها: صحيحه (٢)الحلبى قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الخفاف التي تباع فى السوق، فقال: اشتر و صل فيها حتى تعلم أنه ميتة بعينه. و الظاهر ان السوق فيها إشارة إلى المعهود و هو سوق المدينة الذى كان سوق المسلمين.

و منها: صحيحه (٣)احمد بن محمد بن أبى نصر قال: سألته عن الرجل يأتى السوق فيشترى جبه فراء لا يدري أ ذكته هي أم غير ذكته أ يصلى فيها؟ فقال: نعم ليس عليكم المسأله ان أبا جعفر (عليه السلام) كان يقول: ان الخوارج ضيقوا على أنفسهم بجهالتهم ان الدين أوسع من ذلك.

ص: ٤٨٨

١-١) الوسائل ٢٩٤:١٦ ب ٢٩ من كتاب الصيد و الذبائح ح ١.

٢-٢) الوسائل ١٠٧١:٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ٢.

٣-٣) الوسائل ١٠٧١:٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ٣.

و منها: صحيحته (١) الأخرى عن الرضا (عليه السلام) قال: سألته عن الخفاف يأتي السوق فيشتري الخف، لا يدري أ ذكى هو أم لا؟ ما تقول في الصلاه فيه و هو لا يدري أ يصلى فيه؟ قال: نعم، انا اشترى الخف من السوق و يصنع لى و أصلى فيه و ليس عليكم المسأله.

و الظاهر اتحاد هذه الروايه مع الرّوايه السابقه و إن جعلهما فى الوسائل متعدّدتين، و الاختلاف فى بعض الأمور لا يضر بالاتحاد كما هو غير خفى.

و منها: مرسله (٢) الحسن بن الجهم قال: قلت لأبى الحسن (عليه السلام): اعترض السوق فاشترى خفًا لا ادري أ ذكى هو أم لا؟ قال: صلّ فيه، قلت: فالنعل؟ قال: مثل ذلك، قلت: انى أضيق من هذا قال: أ ترغب عما كان أبو الحسن يفعل.

و منها: غير ذلك من الروايات الوارده فى هذا الباب، و بملاحظه المجموع لا يبقى ارتياب فى اعتبار السوق فى الجملة.

المقام الثانى - فى مفاد الروايات،

فنتقول: لا إشكال فى ان الاستفادة منها هو اعتبار سوق المسلمين لا مطلق السوق، و يشهد له اضافته السوق إليهم فى روايه الفضلاء الثلاثه المتقدمه الظاهره فى الاختصاص، خصوصاً مع ملاحظه كون مورد السؤال فيها ايضاً ذلك؛ فان الظاهر ان المراد من الأسواق فيها هى الأسواق المعهوده الموجوده فى المدينه، و مثلها من البلاد الإسلاميه، و مع ذلك لم يكتف الامام (عليه السلام) فى الجواب بهذا الظهور، بل

ص: ٤٨٩

١- (١) الوسائل ١٠٧٢: ٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ٦.

٢- (٢) الوسائل ١٠٧٣: ٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ٩.

صرّح بإضافه السوق الى المسلمين، و علق الحكم بجواز الأكل عليه، و أمّا إطلاق السوق في سائر الروايات أو ترك الاستفصال، فمضافاً الى ما عرفت من كونه إشاره إلى الأسواق المعهوده، يلزم تقييده بسبب روايه الفضلاء، فيصير المستفاد من المجموع اعتبار سوق المسلمين، و الظاهر ان المراد من سوق المسلمين هو السوق الذي كان أكثر اهله مسلماً، و إن كان منعقداً في بلد الكفر، لا السوق المنعقد في البلد الذي يكون تحت سلطه الإسلام و حكومه المسلمين، و لو كان جميع أهله أو أكثره مشركاً، فالمراد به هو مركز التجمع للكسب و التجاره، و كان أكثر اهله مسلماً.

المقام الثالث- الظاهر بملاحظه ما ذكرنا من المراد من سوق المسلمين و انه عباره عن السوق الذي يكون أكثر اهله مسلماً،

ان المستفاد من أدلّه اعتبار السوق ان السوق بنفسه لا يكون اماره على التذكيه و كاشفه عن الطهاره و الحليه، بل هو كاشف عن الأماره الأصليه و هي يد المسلم، فالسوق اماره على الاماره؛ نظراً الى ان الغالب في أسواق المسلمين أنّما هم المسلمون، و قد جعل الشارع هذه الغلبه معتبره و حكم بالحاق من شك في إسلامه في أسواقهم بالمسلمين، فالسوق أنّما هو كاشف عن كون البائع مسلماً، و بهذا يظهر ما في كلام بعض من الاكتفاء بمجرد الأخذ من سوق المسلمين، و لو أخذ من يد الكافر، في قبال الأخذ من يد الكافر و بعباره اخرى: الظاهر ان اعتبار السوق انما هو بالنسبه الى من كان مجهول الحال و لا يعلم انه مسلم أو كافر، فإنه يبنى على إسلامه؛ لمكان غلبه المسلمين فيه، و يكون إسلامه اماره على وقوع التذكيه الشرعيه على الحيوان، و إلا فلو علم بكفر البائع و الذابح، أو بكفر الأوّل فقط، مع الشك في كفر الثاني،

فلا يؤثر في حليه اللحم المشتري منه كون أكثر أهل السوق مسلماً، و عليه فيرجع اعتبار السوق الى اعتبار يد المسلم، غاية الأمر انه لا فرق بين ما إذا أحرز إسلامه بالقطع، أو بنى عليه للغلبه و نحوها.

كما انه مما ذكرنا ظهر الخلل فيما أفاده في «المستمسك» (١) من ان الظاهر منه خصوص ما لو كان البائع مسلماً اي كان إسلامه محرزاً و إن الداعي لذكر السوق كونه الموضع المعتاد لوقوع المعامله فيه، لا الخصوصيه فيه في قبال الدار و الصحراء و نحوهما، فالمراد من الشراء من السوق الشراء من المسلم الذي هو أحد التصرفات الداله على التذكيه، و لا خصوصيه له، فهو راجع الى الاستعمال المناسب للتذكيه.

وجه الخلل: ان مقتضى ما افاده خروج عنوان السوق عن المدخليه رأساً، و هو خلاف ظاهر أدله اعتباره جداً.

و ما أبعد ما بينه و بين كلام البعض المتقدم، و أقلّ بعداً منه ما افاده المحقق (٢) البجنوردي، من كون السوق اماره برأسه، و انه أقوى من يد المسلم، قال في وجهه ما ملخصه: «انه بعد العلم بانّ المسلمين يجتنبون عن لحم غير المذكي، فتعاطى اللحم بالبيع و الشراء في أسواق المسلمين يوجب الظن القوي بأنه مذكي، و هذا الظن أقوى بكثير من الظن الحاصل عن كونه في يد مسلم خارج السوق، لأنّ احتمال الخلاف فيه أكثر مما يباع في سوق المسلمين علناً، هذا بناء على كون المستند هي السيره، و أمّا بناء على كون المدرك الاخبار، فلعل الأمر أوضح؛ لأن قوله (عليه السلام): انا اشترى الخف

ص: ٤٩١

١- (١) المستمسك ٣٢٨:١.

٢- (٢) القواعد الفقيهيه ١٥٤:٤.

من السوق و يصنع لى و أصلى فيه و ليس عليكم المسأله، ظاهر فى ان مراده (عليه السلام) من نفى لزوم السؤال نفى السؤال عن كونه مذكى أو غير مذكى، لا- نفى السؤال عن ان البائع مسلم أو لا- و مرجع هذا الى ان كونه فى السوق كاف فى إثبات أنه مذكى، فلا يحتاج إلى السؤال و الفحص، و كون المراد منه ان السوق كاف فى إثبات ان اليد بيد المسلم و انها تثبت ان اللحم مذكى، يكون من قبيل الأكل من القفا، و أمّا قوله (عليه السلام) فى خبر إسماعيل بن عيسى قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن جلود الفراء يشتريها الرجل فى سوق من أسواق الجبل، أ يسأل عن ذكاته إذا كان البائع مسلماً غير عارف؟ قال: عليكم أنتم أن تسألوا عنه إذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك و إذا رأيتم يصلون فيه فلا تسألوا عنه (1)، لا يدل على عدم اعتبار السوق بالنسبة إلى كشفه عن التذكية، نظراً إلى انه لو كان السوق كاشفاً، فلا- معنى للسؤال إذا رأوا و إن المشركين يبيعونه و أيضاً لم يكن معنى لتعليق عدم السؤال على صلاتهم فيه.

و ذلك اى: وجه عدم الدلالة ان كلامه (عليه السلام) ظاهر فى ان السوق اماره على التذكية، فيما كان السوق مخصوصاً بالمسلمين، و أمّا لو كان السوق مشتركاً أو كان مخصوصاً بالمشركين، فعند ذلك يجب عليكم المسأله و الفحص، و لا اثر لكون البائع وحده فى ذلك السوق مسلماً فى عدم وجوب السؤال، و عليه فيمكن ان تعد هذه الروايه شاهده على ان دلالة السوق إذا كان مخصوصاً بالمسلمين أهم من دلالة يد المسلم، خصوصاً إذا كان ذلك المسلم فى السوق المخصوص بالكفار، بل و فى السوق المشترك

ص: ٤٩٢

ايضاً.

و أما قوله (عليه السلام) بعد ذلك: و إذا رأيتم يصلون فيه فلا تسألوا عنه، فمن جهة ان صلاتهم فيه بمنزله شهادتهم عملاً بأنه مذكى، فهو ايضاً طريق إلى انه صار مذكى، الى آخر ما ذكرناه من المؤيدات لكون سوق المسلم بنفسه طريقاً إلى أنه مذكى» .

أقول: الظاهر عدم كون سوق المسلمين اماره على التذكية مستقلاً في قبال يد المسلم، بحيث لو كان البائع في سوق المسلمين محرز الإسلام كان هناك أمارتان على التذكية: السوق و يد المسلم، و ما افاده من الوجه في ذلك غير تام؛ لأن سيره المتدينين على معاملة ما تقع عليه المعاملة في سوق المسلمين معاملة المذكى، لا دليل على ان وجهها كون السوق و التعاطى بالبيع و الشراء فيه اماره على التذكية مستقلاً، بل يحتمل قوياً ان يكون الوجه فيها ما ذكرناه، خصوصاً مع ان الشوق بنفسه لا يكون كاشفاً و أماره عليها، فان المهم في ذلك هو البائع، و إلا فمع قطع النظر عنه، لا يكون مجرد سوق المسلمين كاشفاً عنها بوجه، كما لا يخفى.

و أمّا قوله (1) (عليه السلام): انا اشترى الخف من السوق. فهو و إن كان المراد من المسألة غير اللازمه فيه هي التفحص و التفتيش عن كونه مذكى أو غير مذكى، إلا ان دلالة على هذا التقدير على اعتبار السوق بنفسه ممنوعه؛ فإنه حيث لا دليل على اعتبار إسلام البائع و لا كاشف عنه، جعل الشارع الغلبه معتبره و كاشفه عن إسلام البائع الذي هو الطريق إلى التذكية و الأماره عليها، و لم يعلم وجه كونه أكلاً من القفا.

ص: ٤٩٣

و أمّا خبر إسماعيل، فمع انه مضطرب المتن؛ لانه بعد كون مفروض السؤال هو ما إذا كان البائع مسلماً، غايه الأمر كونه غير عارف، لا يلائم الجواب بأنه إذا رأيتم المشركين. . ألا ان يكون المراد منه بيان المفهوم، و هو اختصاص وجوب السؤال بما إذا كان البائع مشرکاً، فان مفاده ملاحظه حال البائع، و انه إذا كان مشرکاً تجب المسأله، و إذا كان مسلماً و الكاشف عنه هي صلاته فيه لا- تجب المسأله، و بقرينه الروايات الأخرى يستفاد عدم كون السوق المذكور فى السؤال سوق المسلمين، و إلا لا يحتاج إلى الصلاة فيه، سواء كان سوق المسلمين اماره بنفسه أو اماره على الاماره، و بالجمله لم يثبت ان الشارع جعل للتذكيه طريقين: سوق المسلمين و يد المسلم، بل الظاهر ان الثانى أماره عليها، و الأول اماره على الثانى.

المقام الرابع- انه لا فرق فى المسلم الذى يؤخذ من يده و يكون السوق اماره على إسلامه،

بين من كان عارفاً بالإمامه، و من لم يكن؛ لانه مضافاً الى كون أكثر المسلمين فى تلك الأزمنه غير عارفين، و إلى ان الجمع المحلّى بالللام فى «المسلمين» الذى أضيف إليه «السوق» فى روايه الفضلاء المتقدمه يقتضى العموم لكلّ مسلم على ما هو المشهور، يدل عليه روايه (1) إسماعيل بن عيسى قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن جلود الفراء يشتريها الرجل فى سوق من أسواق الجبل (الجبل) أ يسأل عن زكاته إذا كان البائع مسلماً غير عارف؟ قال: عليكم أنتم أن تسألوا عنه إذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك، و إذا رأيتم يصلون فيه فلا تسألوا عنه (2)، و عليه فالحكم

ص: ٤٩٤

١- ١) الوسائل ١٠٧٢: ٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ٧.

٢- ٢) الوسائل أبواب النجاسات، حديث ٧.

باعتبار يد المسلم ليس لكونها أماره شرعيه على كون الحيوان مذكى بالتذكيه المعبره عند العارف؛ و ذلك لاختلافنا معهم فى بعض الأمور المعبره فى التذكيه، كاجترائهم فى الصيد بإرسال غير الكلب المعلم، و كذلك فى بعض الفروع، كحكمهم بطهاره جلد الميتة بالدباغ، و بطهاره ذبائح أهل الكتاب، و غير ذلك من الموارد، فلا- يكون مجرد كونه فى يده أو مع ترتيبه آثار المذكى عليه أماره على وقوع التذكيه المعبره عندنا عليه، فالحكم باعتبار يد المسلم حينئذ ليس لأماريتها، بل لأجل ان الحكم بعدم الاعتبار مع ان الغالب فى تلك الأزمنه هو كون المسلمين غير عارفين، مستلزم للعسر، فلذا جعل الشارع الأصل فى الحيوان التذكيه تعبدًا، فيما إذا لم يكن بايعه مشرًا.

و أمّا ما افاده المحقق البجنوردى (1) (قده) من ان كونه أصلًا غير تنزيلي أمر لا ينبغى ان يحتمل؛ لانه لو كان أصلًا غير تنزيلي لكانت أصله عدم التذكيه حاكمه عليه، و كان لا يبقى مورد لجريانه، كما هو الشأن فى كل أصل حاكم مع محكوم، فيرد عليه مضافًا الى ان جريان أصله عدم التذكيه محل خلاف و إشكال انه على هذا التقدير تكون الحكومه ممنوعه، بل تكون أدله اعتبار السوق مخصصه لدليل اعتبار الاستصحاب، و قاضيه بعدم جريان أصله عدم التذكيه فى مورد جريان أدله اعتبار السوق.

و قد استدللّ هو على الأماريّه بأن قيام السيره على دخول المتدينين فى الأسواق الإسلاميه و شرائهم مشكوك التذكيه، و معاملتهم إياه معامله المذكى مع انهم يرون ان الصلاه فى غير المذكى ليست بجائزه، دليل على

ص: ٤٩٥

انهم يرون أسواق المسلمين طريقاً و كاشفاً عن كونه مذكى؛ لان الأمازيه متقومه بأمرين، أحدهما: كون ذلك الشيء فيه جهه كشف عن مؤداه و لو كان كشفاً ناقصاً، و الآخر: كون نظر الجاعل في مقام جعل الحجيه إلى تلك الجهه من الكشف الموجود فيه في حد نفسه، فالأمازيه متوقفه على ان يكون جعل حجيته بلحاظ تميم ذلك الكشف الناقص الموجود فيه تكويناً في عالم التشريع و الاعتبار، و من المعلوم في المقام وجود كلا الأمرين؛ لأنه لا شك في كون اللحم أو الجلد المشتري في سوق المسلمين فيه جهه كشف عن انه مذكى؛ لأنهم غالباً لا يقدمون على بيع لحم الميتة أو جلدتها، كما انه لا شك في ان سيره المتدينين على دخولهم الأسواق و اشتراهم اللحوم و الجلود باللحاظ المذكور، و سيره المتدينين لا تحتاج إلى الإمضاء؛ فإنها كاشف مثل الإجماع عن موافقته لرأى المعصوم (عليه السلام).

و يظهر الجواب عن هذا الدليل مما ذكرنا من ان شمول أدله اعتبار السوق المسلمين غير العارفين مع وضوح اختلافنا معهم في بعض الأمور المعبره في التذكيه يكشف عن عدم الأمازيه؛ لأن المسلمين غالباً لا يقدمون على بيع لحم ما هو ميتة بنظرهم و لا جلده لا يبيع لحم ما هو ميتة بنظر الإماميه العارفين بالإمامه كما لا يخفى، و عليه فالأمر الأول من الأمرين اللذين تتقوم بهما حجيه الاماره غير متحقق في المقام؛ لعدم وجود الكشف و لو بنحو ناقص على ما عرفت.

و أما الروايات، فسيأتى البحث عنها في المقامات الآتية إن شاء الله تعالى.

المقام الخامس – انه يستفاد من بعض الروايات الواردة في السوق اعتبار ضمان البائع و اخباره بكون مبيعه مذكى،

و هي روايه (١) محمد بن الحسن الأشعري، قال: كتب بعض أصحابنا الى ابي جعفر الثاني (عليه السلام): ما تقول في الفرو يشتري من السوق؟ فقال: إذا كان مضموناً فلا بأس.

و لكن الظاهر انه يتعين حملها على الاستحباب؛ بقرينه روايه (٢) الفضلاء الداله على النهي عن السؤال عنه؛ فان المراد من النهي هو عدم الوجوب؛ لأنه في مقام توهمه، فالمراد عدم وجوب السؤال، و من الواضح ان المراد من السؤال هو السؤال الذي يتعقبه الجواب بوقوع التذكيه، فمرجع ذلك الى عدم اعتبار الاخبار بوقوعها في جواز الأكل من اللحوم، و كذا يدل على عدم اعتبار السؤال صحيحاً البنزطى (٣) و روايه إسماعيل بن عيسى المتقدمه، فلا بد من حمل هذه الروايه على الاستحباب.

المقام السادس – الظاهر ان يد المسلم المبحوث عنها في المقام أخص من اليد التي تكون اماره على الملكيه،

لا من جهه اعتبار إسلام ذى اليد هنا دونه، بل من جهه انه لا يعتبر في الأماريه هناك سوى أصل ثبوت اليد و كون المال تحت استيلاء ذى اليد و سلطنته، و لا يلزم فيه ان يتصرف فيه تصرفاً متوقفاً على الملكيه، و أمّا في المقام فيعتبر في اليد التصرف المتوقف على التذكيه؛ و ذلك لان مورد أخبار الاثراء من السوق وجود هذا التصرف؛ لان نفس المعرضيه للبيع كاشفه عن معاملته معامله المذكي؛

ص: ٤٩٧

-
- ١- (١) الوسائل ١٠٧٣:٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ١٠.
 - ٢- (٢) الوسائل ٢٩٤:١٦ ب ٢٩ من أبواب الذبائح ح ١.
 - ٣- (٣) الوسائل ١٠٧١:٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ٣.

لعدم صدورها من المسلم إذا كانت ميتة، و كذلك روايه إسماعيل ظاهره في تعليق الجواز على رؤيه الصلاه فيه، فمجرد كونه تحت يد المسلم أو استعماله في شيء ما و لو لم يكن مقتضى الدواعى النوعيه طهارته، مثل ان يتخذ ظرفاً للنجاسه، لا دليل على جواز معاملته معامله المذكى، و الظاهر انه لا فرق في هذا المقام بين ما إذا قلنا: إن يد المسلم اماره على التذكيه شرعاً، أو قلنا: إن المجعول في السوق هو الأصل (1)، كما لا يخفى.

المقام السابع – ان اعتبار يد المسلم هل يكون بنحو الإطلاق،

حتى فيما لو علم بمسبوقيتها بيد الكافر، بل و بعدم فحص المسلم؛ لكونه ممن لا يبالي بكونه من ميتة أو مذكى، أو يكون اعتباره في خصوص ما إذا لم يكن كذلك، سواء علم بالمسبوقيه بيد مسلم آخر أم لم تعلم الحاله السابقه، وجهان بل قولان، اختار المحقق النائيني (قده) بعد قوله بالاماريه و جماعه الثانى؛ نظراً الى منع الإطلاق في دليل الاعتبار، لا من جهه اللفظ و لا من ناحيه ترك الاستفصال:

أمّا الأوّل؛ فلكونها قضايا خارجيه وردت في محلّ الحاجه، و هى الجواب عما وقع عنه السؤال من الأيدى و الأسواق الخارجيه في تلك الأزمنه، و ليست من قبيل القضايا الحقيقيه التى حكم فيها على الأفراد مطلقاً و لو كانت مقدره الوجود غير محققه، و من المعلوم ان مثل ذلك لا إطلاق له، و لذا لا تكون متعارفه في العلوم، و لا يكون شأن العلوم هو البحث عنها؛ لكونها في قوه الجزئيه، و إن كانت مسوره بكلمه «كلّ» مثل: كل من في البلد مات.

ص: ٤٩٨

و أمّا الثاني؛ فلان منشأ الشك في كون المأخوذ مذكّي هو غلبه العامه على أسواق المسلمين، لا كون أيديهم مسبوقة بأيدي الكفار، إذ لم يكن جلب الجلود من بلاد الشرك معمولاً به في ذلك الزمان، و أنّما هو أمر حدث في هذه الأعصار، فهذه الجهه مغفول عنها بالكليه عند أذهان السائلين، و في مثله لا مجال لترك الاستفصال و جعله دليلاً على الإطلاق لظهور الحال.

و يمكن الإيراد عليه مضافاً الى منع كون أدله اعتبار السّوق بأجمعها قضايا خارجيه، فإن مثل حكم الامام (عليه السلام) في روايه الفضلاء المتقدمه بجواز الأكل إذا كان ذلك في سوق المسلمين قضيه حقيقته موضوعها سوق المسلمين أعم من الافراد المحققه و المقدره، و لذا لا نحتاج في التمسك به الى دليل الاشتراك من ضروره أو إجماع بأنه لو سلم كون ذلك على نحو القضايا الخارجيه، نقول: منشأ الشك في كون المأخوذ مذكّي لا ينحصر بغلبه العامه على أسواق المسلمين، بل كما اعترف به قبل ذلك، ربما كان المنشأ اختلاط أهل الذمه بالمسلمين من اليهود و النصارى و غيرهما المقيمين في البلاد الإسلاميه، و من الواضح ان هذه الجهه لا تكون بمثابة موجه للغفله عنها، خصوصاً مع التصريح في روايه (1) إسماعيل المتقدمه، بأنه إذا رأيت المشركين يبيعون. فقد فرض كون البائع مشركاً، بل لو بنى على كفر الخوارج و النواصب و الغلاه يتحقق منشأ آخر لتداول ذبحهم للحيوانات و أكلهم لها و بيع جلودها، فاحتمال سبق يد الكافر على يد المسلم من الاحتمالات العقلانيه غير المغفول عنها في مورد الروايات، و عليه فلا مانع

ص: ٤٩٩

١-١) تقدّم في ص ٤٣٦.

من استكشاف الإطلاق من جهة ترك الاستفصال فتدبر.

المقام الثامن – المشهور ان يد المسلم اماره على التذكيه مطلقاً،

حتى مع العلم بكونه مستحلاً للميته بالدباغ، وقيل باختصاص الأماريّه بما إذا علم بكونه غير مستحلّ لها به، و عن جمله من الكتب كالمتهى (١) ونهايه (٢) الاحكام التفصيل بين ما لم يعلم باستحلاله، فتكون يده اماره، و ما علم بكونه مستحلاً، فلا تكون كذلك، و هنا قول رابع، و هو التفصيل بين ما إذا أخبر بالتذكيه و لو كان مستحلاً، و بين ما إذا لم يخبر بها، فتكون يده أماره في الأوّل دون الثاني.

و يدلّ على المشهور المطلقات المتقدمه في السّوق الناظره الى هذه الجبهه و هي كون المسلم غير عارف مستحلاً للميته نوعاً، و هي كالصريحه في الشمول لذلك، خصوصاً بعد ملاحظه كون منشأ الشك للسائل الباعث له على السّؤال ذلك، و مرسله (٣) ابن الجهم المتقدمه ناظره الى هذه الجبهه، و إن الضيق الواقع فيه السائل و حكمه (عليه السلام) بأنه يرغب عما كان يفعله امامه (عليه السلام)، انما هو لأجل ذلك، مضافاً الى التصريح بعدم اعتبار المعرفه بالإمامه في روايه إسماعيل المتقدمه.

فالإنصاف انه مع ملاحظه الروايات و التأمل فيها، لا يبقى ارتياب في ان أماريه يد المسلم أماريه تعبيديه مجعوله لغرض التسهيل و التوسعه، و عمدته النظر فيها كون البائع مسلماً غير عارف، خصوصاً في زمن

ص: ٥٠٠

١- ١) المتهى ٢٢٦:١.

٢- ٢) نهايه الأحكام ٣٧٣:١.

٣- ٣) الوسائل ١٠٧٣:٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ٩.

الصادقين (عليهما السلام) الذي شاع فيه فتوى أبي حنيفة و استحلاله للميته و كثر متابعوه، و مع ذلك حكم فى الروايات بالاماريه و الاعتبار.

هذا و لكن قد عرفت فى بعض المقامات السابقه ان الظاهر جعل الحكم بذلك فى الروايات دليلاً على عدم كون يد المسلم اماره أصلاً؛ لعدم وجود الكشف فيها و لو بالنحو الناقص، بل المجعول أنما هو أصل تعبدى لغرض التسهيل و التوسعه، فجعل ذلك دليلاً على عدم الأماريه أولى من الحكم بثبوت الأماريه بنحو الإطلاق، كما لا يخفى.

و أما القول الثانى، فيدل عليه روايه (1)أبى بصير، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الصلاه فى الفراء، فقال: كان على بن الحسين (عليهما السلام) رجلاً صرداً لا يدفته فراء الحجاز، لان دباغها بالقرظ، فكان يبعث الى العراق، فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه، فاذا حضرت الصلاه ألقاه و ألقى القميص الذى يليه، فكان يسأل عن ذلك فقال: ان أهل العراق يستحلون لباس جلود الميته، و يزعمون ان دباغه زكاته.

و تقريب الاستدلال بها: ان موردها صورته الشك فى كون البائع مستحلاً؛ لظهور عدم اعتماده (عليه السلام) فى هذه الجهه على علم الغيب الثابت له، و من الواضح عدم كون جميع أهل العراق مستحلين، بل كان فيهم من المسلمين العارفين ايضاً، فالروايه ناظره إلى صورته الشك و حاكمه بعدم جواز الاعتماد على يده؛ لانه (عليه السلام) كان يلقى فى حال الصلاه الفراء المأتى اليه به من العراق، و كذا يلقى القميص الذى يليه، فالروايه داله على عدم الأماريه مع الشك.

ص: ٥٠١

و يرد على الاستدلال بها مضافاً الى ضعف السند إجمالها من حيث الدلالة؛ لأنه (عليه السلام) كان يجمع على طبق الروايه بين اللبس و الانتفاع و بين الإلقاء المذكور، مع انه على تقدير عدم الأمايه لا يجوز الانتفاع به أصلاً، و لو فى غير حال الصلاه، و دعوى كون لبسه انما هو لأجل الضروره المسوّغه له كما يشعر به قوله (عليه السلام) : كان رجلاً صرداً، اى: شديد التألم من البرد، و عدم كون فراء الحجاز دافئاً، مدفوعه بوضوح عدم كون الضروره بالغه الى حدّ يجوز معه المحرّم، و دعوى الفرق بين اللبس و بين الصلاه لأجل نفس هذه الرّوايه، كما ربما نسب إلى إشعار بعض الكتب مدفوعه مضافاً الى كونها خلاف الإجماع بأنها توجب عدم انطباق الدليل على المدعى، فالإنصاف إجمال الروايه من حيث الدّلاله، و لا يرفعه احتمال كون الإلقاء احتياطاً من الامام (عليه السلام) فى حال الصلاه و إن كان هذه الاحتمال مخالفاً لمدعى المستدل، الآ انه فى نفسه ليس صحيحاً، لعدم انحصار احتياط الامام (عليه السلام) بالصلاه، كما لا يخفى، هذا كله مضافاً الى مخالفه الروايه للمطلقات المتقدمه الداله على الاعتبار مع العلم بالاستحلال فضلاً عن الشك، كما عرفت.

و أمّا القول الثالث، فعمده الدليل عليه ما رواه (1)عبد الرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) : انى ادخل سوق المسلمين، اعنى هذا الخلق الذين يدعون الإسلام، فاشترى منهم الفراء للتجاره، فأقول لصاحبها: أليس هى ذكيه، فيقول: بلى، فهل يصلح أن أبيعها على انها ذكيه؟ فقال: لا و لكن لا بأس ان تبيعها و تقول: قد شرط لى الذى

ص: ٥٠٢

١-١) الوسائل ١٠٨١: ٢ ب ٦١ من أبواب النجاسات ح ٤.

اشتريتها منه انها ذكيه، قلت: و ما أفسد ذلك؟ قال استحلال أهل العراق للميته، و زعموا أنّ دباغ جلد الميته ذكاته، ثم لم يرضوا ان يكذبوا في ذلك إلا على رسول الله (صلى الله عليه و آله).

فان موردها صوره العلم بكون البائع مستحلاً، و حينئذ فالحكم بعدم جواز البيع بشرط التذكيه دليل على عدم اعتبار يده، و عدم كونها حجه عليها، و إلا فلا وجه لعدم جواز البيع كذلك، كما هو ظاهر.

و يرد عليه انه لو لم تكن يده حجه عليها، فلم كان الاشتراء منه جائزاً كما هو المفروغ عنه عند السائل و قد قرره الامام (عليه السلام) على ذلك؟ فالحكم بالجواز دليل على وجود الحجه، و أما عدم جواز الاشتراط، فليس لأجل عدم ثبوت الحجه، بل انما هو لأجل كون مثلها غير كاف في ذلك؛ لظهور الاشتراط في ثبوت التذكيه وجداناً، و عدم كفايه إحرازها و لو كانت اماره كما في سائر الشرائط، و كما في مثل الشهاده، بناء على عدم جواز الاستناد فيها إلى الاماره، نعم يبقى الإشكال في ان مقتضى ما ذكرنا عدم جواز الاشتراط و لو لم يكن البائع مستحلاً، مع ان مقتضى ذيل الروايه ان الموجب لعدم جواز الاشتراط استحلال البائع الأول للميته، فتدبر.

و أمّا القول الرابع، فقد استدل له بروايه (1) محمد بن الحسين الأشعري قال: كتب بعض أصحابنا الى ابي جعفر الثاني (عليه السلام): ما تقول في الفرو يشتري من السوق؟ فقال: إذا كان مضموناً فلا بأس؛ نظراً الى ان المراد من الضمان هو الاخبار و الإعلام بالتذكيه، لا التعهد المتضمن لقبول الخساره، و الظاهر حينئذ ان عدم البأس مشروط بالإعلام.

ص: ٥٠٣

و الجواب: انه مع ظهور الروايات المتقدمه، بل صراحه بعضها فى عدم لزوم السؤال و الاستعلام من البائع، و من الواضح ان ذلك انما هو لأجل عدم اعتبار الجواب و الإعلام، و إلا فلا بد من الاستعلام، لا يبقى مجال للأخذ بهذه الروايه، فلا بد من الحمل على الاستحباب، و الفرق بين صورتى الاعلام و عدمه من هذه الجبهه كما لا يخفى، و قد مرّ ذلك فى المقام الخامس فراجع.

المقام التاسع – لا شبهه فى تقدّم هذه القاعده على استصحاب عدم التذكيه، بناء على جريانه،

أمّا على تقدير الأمايه فواضح؛ لتقدم الاماره على الاستصحاب، و أمّا على تقدير كونها أصلاً، فلما عرفت من ان لازم عدم التقدم، لغويّه هذه القاعده؛ لثبوت المعارضه الدائميّه بينها و بين الاستصحاب المذكور، و أمّا تقدمها على البيئه إذا كانت على خلافها فممنوع، و لو فرض كونها اماره؛ و ذلك لأن البيئه من أقوى الأمارات، و لذا جعلها الشارع فى باب القضاء مقدمه على اليد التى تكون اماره على ملكيه ذبيها، هذا مضافاً الى وضوح اختصاص مورد الروايات المتقدمه على كثرتها بصوره عدم وجود البيئه، فلا دليل على حجيتها مع وجودها، كما لا يخفى.

المقام العاشر – هل المصنوعيه فى أرض الإسلام اماره على وقوع التذكيه مطلقاً،

و لو مع العلم بكون الصانع غير مسلم، أو أنها اماره عليه مع عدم العلم بكفر الصانع، أو انها ليست اماره فى عرض يد المسلم، بل هى اماره على الاماره، كسوق المسلمين، على ما عرفت من أنه اماره على كون البائع مسلماً، و هو اماره على التذكيه؟ وجوه و احتمالات ناشئه من

الاحتمالات الجارية في الروايات الواردة في هذا الباب، و هي روايه (١) إسحاق بن عمار المعتبره عن العبد الصالح (عليه السلام) انه قال: لا بأس بالصلاه في الفراء اليماني و في ما صنع في أرض الإسلام، قلت: فان كان فيها غير أهل الإسلام؟ قال: إذا كان الغالب عليها المسلمين فلا بأس (٢).

و المراد من الجواب يحتمل ان يكون ما حكى عن الشهيد (٣) الثاني (قده) من غلبه افراد المسلمين و أكثرتهم بالنسبه الى غير أهل الإسلام، و يحتمل ان يكون غلبه المسلمين على الأرض و حكومتهم و سلطنتهم عليها كما رجحه سيدنا العلامة الأستاذ البروجردى (قدس سرّه الشريف) مستظهاً ذلك من تعديه الغلبه بعلى.

فعلى الأوّل الذى مرجعه الى ان الاماره أرض الإسلام، أى ما كان تحت غلبه المسلمين و رياستهم بضميمه كون الغلبه العدديّه لأفراد المسلمين، تكون الاماره هي يد المسلم، و ما ذكر اماره على الاماره؛ لان الأكثرية طريق الى استكشاف مجهول الحال، و إلا لم يترتب عليها ثمره، فعلى ما قاله الشهيد لا تكون أرض الإسلام أماره إلى جانب يد المسلم أصلاً.

و على الثانى ان كان المراد هو كون المصنوعيه فى أرض الإسلام اماره على التذكيه، و لو مع العلم بكون الصانع غير مسلم، تصير المصنوعيه اماره مستقله فى مقابل يد المسلم، و إن كان المراد هو ان المصنوعيه فيها اماره على كون الصانع مسلماً؛ لأنه يبنى على إسلام من كان مجهول الحال

ص: ٥٠٥

١-١) الوسائل ١٠٧٢:٢ ب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ٥.

٢-٢) الوسائل أبواب النجاسات، الباب الخمسون، حديث ٥.

٣-٣) روض الجنان فى شرح إرشاد الأذهان: ٢١٣.

فى أرض الإسلام، فى رجع أيضاً الى اعتبار يد المسلم، و كونها اماره على التذكيه، غايه الأمر ان الاماره على الاماره على هذا مجرد المصنوعيه فى أرض الإسلام، و على ما قاله الشهيد هو ذلك بضميمه كون الغلبه لأفراد المسلمين كما لا يخفى.

هذا و الظاهر ما قاله الشهيد (قده) ؛ لان الظاهر دلالة الجواب على اعتبار أمر زائد على عنوان أرض الإسلام، و إذا فسّرناه بغيره ينطبق على معنى أرض الإسلام، و لا يكون أمراً زائداً عليها؛ لان معناها كما عرفت هو كون الغلبه و السلطنه عليها للمسلمين، فلا يكون الجواب دائماً على أمر آخر بوجه، و بعبارة اخرى: الضمير فى قوله (عليه السلام) : إذا كان الغالب عليها، يرجع الى أرض الإسلام، لا مطلق الأرض، و لا معنى لتقييد أرض الإسلام بما يرجع الى تفسيرها، و حمل الجواب على التوضيح و التفسير مستبعد جداً، بل الظاهر كونه ناظراً الى اعتبار أمر زائد، و هو لا ينطبق ألماً على تفسير الشهيد، و قد عرفت ان مقتضاه انه لا أصله للمصنوعيه فى أرض الإسلام، بل هى بضميمه الغلبه اماره على كون الصانع مسلماً، نعم مقتضى ذلك اعتبار إسلام الصانع من دون فرق بين ان يكون البائع أيضاً مسلماً و بين ان لا يكون كذلك.

المقام الحادى عشر – هل المطروحىه فى أرض الإسلام اماره على وقوع التذكيه على المطروح أو على الاماره عليه،

أو أنّها لا تكون أماره أصلاً إلّا إذا كان عليه اثر استعمال المسلم، و جريان يده عليه؟ و من المعلوم أنّه حينئذ يرجع الى اعتبار يد المسلم و أماريّتها.

و الدليل فى هذا المقام روايه (١)السكونى عن ابى عبد الله (عليه السلام) انّ أمير المؤمنين (عليه السلام) سأل عن سفره وجدت فى الطريق مطروحه كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها، و فيها سكين فقال أمير المؤمنين (عليه السلام) يقوم ما فيها ثم يؤكل؛ لانه يفسد و ليس له بقاء، فاذا جاء طالبها غرموا له الثمن، قيل له: يا أمير المؤمنين (عليه السلام) لا يدرى سفره مسلم أو سفره مجوسى؟ فقال: هم فى سعه حتى يعلموا، و يجرى فى معنى الرّوايه احتمالات:

أولها: ان تكون الرّوايه بصدد بيان أصاله الطهاره عند الشك فى النجاسه، و منشأ الشك عدم العلم بكون السفره لمسلم أو مجوسى من جهه ملاقيه المجوسى، و عليه فالمراد بقوله (عليه السلام): هم فى سعه حتى يعلموا، هى التوسعه من جهه الطهاره إلى حصول العلم بالنجاسه.

ثانيها: ان تكون الرّوايه بصدد افاده أماريه المطروحيه فى أرض الإسلام على وقوع التذكيه على الحيوان المأخوذ منه اللحم الموجود فى السفره، و منشأ الشك احتمال كونها لمجوسى، و هو لا يراعى شرائط التذكيه المعتمره فى الإسلام، و لا يجتمع هذا الاحتمال مع ذكر مثل الخبز و البيض بجانب اللحم؛ لعدم الشك فيه من هذه الجهه، كما هو ظاهر.

ثالثها: ان تكون الروايه بصدد بيان ان الحكم فى مورد الشك فى الحليه مطلقاً هى الحليه و الإباحه، و منشأ الشك احتمال عدم رضا المالك بالتصرف فيها.

إذا ظهر لك هذه الاحتمالات، فاعلم ان الاستدلال بالروايه على

ص: ٥٠٧

الأماريه متوقف على كون المراد بها هو الاحتمال الثاني، و من الواضح عدم ظهور الروايه فيه، لو لم نقل بظهورها في غيره؛ لما مرّ من عدم ملائمته لذكر مثل الخبز و البيض، ألّا ان يقال: إن السؤال الثاني في الروايه لا يرتبط بما هو محطّ النظر في السؤال الأوّل، بل يمكن ان يكون من شخص آخر لا من السائل الأوّل، و عليه فيمكن دعوى كون الثاني ناظراً الى خصوص اللحم من جهه التذكيه و عدمها، فالحكم بالتوسعه الى ان يعلم بكونه من مجوسى دليل على أماريه المطروحيه في أرض الإسلام.

و لكن هذه الدّعوى لا توجب ظهور الرّوايه فيها، و إن كانت تصلح لان يجاب بها عن الاشكال الوارد على الاحتمال الثالث، و هو انه يوجب طرح الرّوايه؛ إذ لم يذهب أحد إلى الإباحه عند الشكّ فيها من هذه الجهه، فإن الإباحه حينئذٍ إنّما هي لأجل وجود الاماره لا لمجرد الشكّ، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام فى بحث حجيه سوق المسلمين.

و هي أيضاً من القواعد المشهوره المبتهلى بها، و نقول:

قد وقع الكلام فى جواز أخذ الأجره على الواجب تعبدياً كان أو توصيئياً، عيتياً كان أو كفايئياً، تخييرياً كان أو تعينياً، و نسب الى المشهور القول بالعدم، بل قد ادعى الإجماع عليه كما فى محكى البرهان (١) و جامع (٢) المقاصد، و لعله يجيء التكم على هذه الجبهه.

و كيف كان فهل يجوز أخذ الأجره على الواجب مطلقاً، أو لا يجوز كذلك، أو يفصل بين التعبدى و التوصيئى، أو بين العينى و الكفايئى، أو فى الكفايئى بين القسمين الأولين، أو فيه بين ما إذا كان وجوبه بعنوانه الخاص و ما إذا كان وجوبه من جهه حفظ النظام؟ وجوه و احتمالات.

ص: ٥٠٩

١-١) مجمع الفائده و البرهان ٨:٨٩.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٥.

و ليعلم ان موضوع المسأله ما إذا كان عقد الإجاره الواقعه على الواجب صحيحاً و واجداً لجميع الأمور المعتره فيه، عدا كون متعلقه واجباً على الأجير و لازماً عليه إتيانه شرعاً، فإنه لذلك وقع الكلام فى ان وجوبه على الأجير هل يوجب بمجرد اختلال بعض الأمور المعتره فى الإجاره من حيث المتعلق أو لا-؟ و أمياً لو فرض بطلانها بسبب أمر آخر، كما إذا لم يكن للمستأجر غرض عقلائى و نفع دنيوى أو أخروى أو غيرهما، فهو خارج عن مفروض البحث، فاستيجار الشخص لفعل صلاه الظهر عن نفسه باطل من حيث انه لا يكون فى ذلك غرض عقلائى للمستأجر، لا لكون الفعل واجباً على الأجير.

نعم لو فرض ثبوت غرض عقلائى فى مثله، كما إذا أراد اعتياد ولده بالصلاه بحصول التمرين عليها، و لو من ناحيه دفع الأجره إليه، فهو يدخل فى محلّ النزاع.

إذا عرفت، ذلك فاعلم ان الكلام تاره يقع فى ثبوت المنافاه بين الوجوب بما هو وجوب و بين أخذ الأجره و عدمه، و أخرى فى ثبوت المنافاه بين الوجوب التعبدى بما هو تعبدى لأخذ الأجره و عدمه، و على هذا التقدير لا فرق بين الواجب و المستحب، و ثالثه فى منافاه الوجوب التعبدى النيابى لأخذ الأجره و عدمه، و على هذا التقدير ايضاً لا يكون فرق بينهما، فالكلام يقع فى مقامات:

المقام الأول – فى منافاه الوجوب بما هو وجوب لأخذ الأجره و عدمه

قد استدلل لها بوجه:

منها: انه يعتبر فى صحه الإجاره ان يكون متعلقها مملوكاً للأجير

ص: ٥١٠

حتى يصح نقله إلى المستأجر، سواء كان اعتبار المملوكيه ثابتاً له قبل العقد، كمنافع الدار المملوكه لصاحبها قبل الإجاره و عمل العبد المملوك لمولاه كذلك، أو كان اعتبار المملوكيه بعد العقد، كعمل الحر؛ فإنه و إن لم يعتبر مملوكاً لعامله قبل العقد، إلا انه بالعقد يعتبر مملوكاً للمستأجر، و تعلق الوجوب به يوجب ان لا- يكون مملوكاً للفاعل حتى يصح نقله الى الغير؛ لانه يصير حينئذ مستحقاً لله تعالى، و المملوك المستحق لا يستحق ثانياً، ألا ترى انه إذا آجر نفسه لدفن الميت لشخص، لم يجر له ان يوجر نفسه ثانياً من شخص آخر لذلك العمل، و ليس ذلك إلا لأن الفعل صار مملوكاً للاول و مستحقاً له، فلا معنى لتمليكه ثانياً.

أقول: هذا الوجه هو أقوى الوجوه التي استدلت بها في جامع المقاصد و كشف الغطاء، و لو تم لكان مقتضاه القول بعدم الجواز مطلقاً، نعم ظاهره الاختصاص بالواجب العيني.

و يمكن تقريره في الواجب الكفائي بأن يقال: ان العمل قبل صدوره من العامل و إن لم يكن مملوكاً له تعالى؛ لان المفروض عدم تعينه عليه، إلا انه بعد الصدور يتصف بكونه مملوكاً له تعالى، بمعنى أنه صدر ما يكون بعد الصدور غير مملوك إلا لله، فلا يمكن ان تتعلق به الإجاره المقتضيه لكون العمل صادراً مملوكاً للمستأجر كما لا يخفى.

و لكن أصل الوجه لا- يخلو عن خدشه بل منع؛ فان الوجوب الذي هو بمعنى مجرد بعث الغير إلى إتيان الفعل، لا يوجب ان يكون ذلك الفعل مملوكاً للباعث و مستحقاً له، حيث ينافي مملوكيه الغير؛ لأن مطلوبه الصدور و تحريك الأمور إلى الإصدار أمر، و مملوكيه الفعل الصادر

و استحقاقه أمر آخر، لا يرتبط أحدهما بالآخر، و لو كان الوجوب مساوياً للملكية لما صحَّ أمر أحد الأبوين بشيء بعد أمر الآخر به؛ لأنه إذا قال الأب مثلاً: أكرم زيداً، فمقتضى وجوب إطاعته الثابت بالشرع و كونه مساوياً للملكية على ما هو المفروض، هي صيروره العمل و هو إكرام زيد مملوكاً للأب و مستحقاً له حينئذ، فكيف يمكن ان يؤثر أمر الأم في الوجوب المساوق لها بعد عدم إمكان ان يصير المملوك المستحق مملوكاً ثانياً، فاللازم هو القول بلغويّه أمرها، مع انه من الواضح خلافه، و ليس ذلك إلا لعدم كون الوجوب موجِباً للملكية الواجب للموجب، كيف و قد حققنا في علم الأصول ان متعلق الاحكام انما هي نفس الطبايع و العناوين لا- الافراد و الوجودات؛ لأنها قبل التحقق ليست بفرد، و بعده يحصل الغرض المطلوب منها، فيسقط الأمر، و الطبايع لا معنى لكونها مملوكه أصلاً.

و منها: ما ذكره كاشف الغطاء و تبعه المحقق (1) النائيني (قده) على ما في التقارير، و تقريره بنحو التلخيص: انه يعتبر في الإجاره و ما يلحق بها من الجعالة ان يكون العمل الذي يأخذ الأجير أو العامل بإجرائه الأجره و الجعل ملكاً له، بان لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعى عليه، لأنه إذا كان واجباً عليه فلا يقدر على تركه، و إذا كان محرماً عليه فلا يقدر على فعله، و يعتبر في صحّه المعامله على العمل كون فعله و تركه تحت سلطنته و اختياره، و من هنا لا- يجوز أخذ الأجره على الواجبات؛ لعدم القدره على تركها، و لا- على المحرّمات؛ لعدم القدره على فعلها؛ فلا يجوز لشاهد الزور أخذ الأجره على شهادته؛ لخروج عمله عن سلطنته

ص: ٥١٢

بنهى الشارع، فلا يقدر على فعله، فأخذ الأجره أكل للمال بالباطل.

و أمّا الواجبات النظامية فيجوز أخذ الأجره عليها ما عدا القضاء؛ لأن الأجير فيها مالك لعمله و قادر عليه؛ لان الواجب عليه هو بذل عمله بالمعنى المصدري، لا- نتيجة عمله التي هي معنى الاسم المصدري و هما و إن لم يكونا أمرين متميزين، إلّا أنهما شيان اعتباراً، فللشارع التفكيك بين وجوب المصدر و ملكيه اسم المصدر، و أمّا التكليف في باب القضاء فقد تعلق بنتيجه عمل القاضي و هو فصله الخصومه، فلا يجوز له أخذ الأجره عليه، بخلاف غيره من الطبيب و الخياط و الصباغ.

و كيف كان لو وجب بذل العمل و حرم احتكاره، فلا- مانع من أخذ الأجره عليه، و لو وجب عليه نتيجة العمل فلا يجوز أخذ الأجره؛ لأن المعنى المصدري آلى و لا يقابل بالمال، و اسم المصدر خارج عن ملكه.

و فيه وجوه من النظر:

الأوّل ان المراد بالقدره المعتبره في صحه الإجاره و الجعالة و نحوهما ان كان هي القدره على فعل العمل و تركه حقيقه و تكويناً، فلا شبهه في عدم منافاتها لتعلق التكليف الوجوبى أو التحريمى، كيف و وجودها شرط في تعلق كل واحد منهما كما هو واضح، و إن كان المراد بها هي القدره شرعاً، بمعنى ان يكون العمل جائز الفعل و الترك عند الشارع، لا ان يكون واجباً أو محرّماً، فيرد عليه: ان الاستدلال بهذا النحو مصادره؛ لان مرجعه إلى انه يعتبر في صحه الإجاره على العمل عدم كونه واجباً، و هذا عين المدعى.

الثانى ان بطلان الإجاره على فعل شىء من المحرّمات ليس لعدم

كونه قادراً عليه شرعاً، و القدره بهذا المعنى معتبره فى صحتها، بل لانه لا يعقل اجتماع الأمر بالوفاء بها مع النهى عن فعلها، فمع ثبوت الثانى كما هو المفروض لا- يبقى مجال للاؤل، و ليعلم ان المراد بالقدره على التسليم التى اعتبرها الفقهاء فى صحه المعامله، ليس هى القدره المبحوث عنها فى الكتب العقليه التى مرجعها إلى صحه الفعل و الترك، كيف و هم يحكمون بصحه المعامله فيما لم يتحقق فيه هذا المعنى؟ أ لا- ترى انهم يحكمون بالصحه فيما لو كان المبيع عند المشتري الغاصب و لم يكن البائع قادراً على أخذه منه بوجه، حتى يصح منه التسليم و عدمه، و كذلك يحكمون بالصحه فيما لم يكن البائع قادراً على التسليم بهذا المعنى، و لكن المشتري بقدر على الوصول اليه، و السرّ ان هذا العنوان لم يكن مأخوذاً فى شىء من النصوص حتى يتبع ما هو ظاهره، بل هو شىء يحكم به العقل؛ لإخراج المعاملات السفهيه الواقعه على مثل السمك فى الماء و الطير فى الهواء، فمرجع اعتباره الى لزوم اشتمال المعامله على غرض عقلاى، و هو موجود فى المقام، فلا وجه للإشكال فى جواز أخذ الأجره على الواجب من هذه الجبهه.

ثم انه لو سلم اعتباره فى صحه المعامله بالمعنى الرّاجع إلى صحه الفعل و الترك، و سلم ايضاً ان تعلق الإيجاب أو التحريم ينافيه، فدعوى ثبوته فى الواجبات النظاميه ما عدا القضاء؛ نظراً الى ان الوجوب تعلق بالمصدر، و الأجره واقعته فى مقابل اسم المصدر، ممنوعه؛ لاعترافه بان التغير بين الأمرين أنّما هو بحسب الاعتبار، و إلا فهما فى الواقع شىء واحد، و حينئذ يقال عليه: انه كيف يمكن ان يكون الشىء الواحد مقدوراً و غير مقدور معاً؟ فمع فرض تعلق الوجوب به المنافى لكونه مقدوراً، كيف

يعقل ان يكون مقدوراً ايضاً.

و إن شئت قلت: انه كيف تجتمع مقدوريه اسم المصدر مع خروج نفس المصدر عن تحت الاختيار بعد تبعيته له، بل عيئته له؟ كما هو ظاهر.

الثالث ان التفصيل بين القضاء و غيره من الواجبات النظاميه بكون الواجب فيه هو اسم المصدر دونها ممنوع؛ لان الواجب فى باب القضاء ايضاً هو فصل الخصومه بالمعنى المصدرى، و هو الحكم و القضاء، لا كون الخصومه مفصوله، و الدليل على ذلك مراجعه كتاب القضاء؛ فإن الأحكام المذكوره فيه انما تكون مترتبه على نفس القضاء.

و منها: ان الظاهر من تعلق الوجوب بشىء كون المطلوب إتيانه مجاناً و بلا عوض، فأخذ الأجره عليه ينافى ذلك.

و يرد عليه: منع ذلك؛ لانه مجرد ادعاء بلا بينه و برهان:

و منها: ان المعهود فى باب الإجاره كون العمل الذى استوجر عليه بيد المستأجر من حيث الاسقاط و الإبراء و التأجيل و التعجيل، و لو قيل بصحه الإجاره فى المقام يلزم نفى تلك الآثار الثابته فى كل اجاره، فيستكشف من ذلك بطلانها.

و يرد عليه: منع انتفاء هذه الآثار فى الإجاره على الواجب، فإنه يمكن للمستأجر الاسقاط و يسقط حقّه بذلك، و لا ينافى ذلك ثبوت حقّ من الله تعالى، و تظهر الثمره فيما لو لم يكن المكلف مريداً لا طاعه أمر الله تعالى؛ فإنه يستحق الأجره مع الاسقاط.

ص: ٥١٥

و منها: ما عن الشيخ (١) الأعمش (قده) فى مكاسبه من ان عمل المسلم مال، لكنه غير محترم مع الوجوب، لكون العامل مقهوراً عليه من دون دخل اذنه و رضاه، فالإيجاب مسقط لاعتبار اذنه و رضاه المقومين لاحترام المال.

و أجاب عنه المحقق (٢) الأصفهاني (قده) بان لمال المسلم حيثيتين من الاحترام: إحداهما حيثيه إضافته إلى المسلم، و هذه حيثيه يقتضى احترامها ان لا يتصرف أحد فيه بغير اذنه و رضاه، و له السلطان على ماله و ليس لأحد مزاحمته فى سلطانه، و هى الثابته بقوله (٣) (عليه السلام): لا يجوز لأحد ان يتصرف فى مال غيره بغير اذنه، و بقوله (٤) (عليه السلام): لا يحلّ مال امرئ الآ عن طيب نفسه.

ثانيتها: حيثيه مائته، و مقتضى حرمتها ان لا يذهب هدراً و بلا تدارك، فلا يجوز ان يعامل مال المسلم معاملة الخمر و الخنزير، ممّا لا مائته له شرعاً، و لا يتدارك بشيء أصلاً.

و من الواضح ان الإيجاب و اللأبديه و المقهوريه و سقوط اذنه و رضاه كلها موجه لسقوط احترام العمل من حيثيه الأولى دون حيثيه الثانية، و لذا جاز أكل مال الغير فى المخصه من دون اذنه، مع بقاء المال على حاله من احترامه و تضمن قيمته بلا اشكال، مع ان هدر المال غير هدر المائته

ص: ٥١٦

١- ١) على ما نقل فى حاشيه المكاسب للأصفهاني ٢:٢١٠.

٢- ٢) حاشيه المكاسب للأصفهاني ٢:٢١١.

٣- ٣) الوسائل ١٧:٣٠٩ ب ١ من أبواب الغصب ح ٤.

٤- ٤) سنن الدارقطني ٣: كتاب البيوع ح ٩١. عوالى اللآلى ٢:١١٣.

كما في مال الكافر الحربى؛ فإنه ساقط الاحترام من الجهتين، فيجوز أخذه منه و تملكه بغير عوض بدون اذنه، و مع ذلك فهو مال و مملوك للحربى، و لذا يجوز إيقاع المعامله عليه و استيجاره على عمله، و ما يضرّ بالإجاره هدر المائيه لا هدر المال.

و منها: غير ذلك من الوجوه الضعيفه غير التّامه، فالمتحصل فى هذا المقام ان الوجوب بما هو وجوب لا- ينافى جواز أخذ الأجره، و لم يقدّم دليل على عدم جواز الاستيجار على الواجب بما هو كذلك.

المقام الثانى – فى منافاه العباديه للإجاره و عدمها،

فبقول:

ربما يقال بالمنافاه؛ نظراً الى أنّ أخذ الأجره على العبادات ينافى القربه المعتبره فيهما، فلا يجوز؛ لانه مع الأخذ لا يقدر على الإتيان بمتعلّق الإجاره، و القدره عليه معتبره فى صحتها بلا اشكال.

و قد تغصّبى عنه بوجهين:

الأوّل ما حكى عن صاحب الجواهر (١) (قده) من ان تضاعف الوجوب بسبب الإجاره لا ينافى الإخلاص بل يؤكّده.

و قد أورد عليه بأنه ان أريد ان تضاعف الوجوب يؤكّد اشتراط الإخلاص، فلا ريب فى ان الأمر الإجارى توصلى لا يشترط فى حصول ما وجب به قصد القربه، و إن أريد أن يؤكّد تحقق الإخلاص من العامل، فهو مخالف للواقع قطعاً؛ لان ما لا يترتب عليه أجر دنيوى أخلص مما يترتب عليه ذلك بحكم الوجدان.

ص: ٥١٧

و لكن السيد الطباطبائي (١) (قده) تصدى في حاشيه مكاسب الشيخ الأعظم (قده) لتوجيه كلام صاحب الجواهر و بيان عدم المنافاه بين قصد القربه و أخذ الأجره، و قد ذكر في تقريره وجهين:

أولهما: هي مسأله الداعى على الداعى التى ستجىء مفصلاً إن شاء الله تعالى.

ثانيهما: ما ملخصه: انه يمكن ان يقال بصحة العمل من جهه امتثال الأمر الإجارى المتحد مع الأمر الصلاتى فإن حاصل قوله: ف باجارتك، صلّ وفاء بالإجاره، و دعوى كونه توصيلاً مدفوعه أولاً بأن غايته انه لا يعتبر فى سقوطه قصد القربه، و إلا فاذا اتى بقصد الامتثال يكون عباده قطعاً، و لذا قالوا: ان العباده قسمان: عباده بالمعنى الأخص و عباده بالمعنى الأعم، و دعوى ان المعتبر قصد الأمر الصلاتى لا الأمر الإجارى مدفوعه بالمنع، غايه الأمر انه يعتبر فيه كون الداعى هو الله من اى وجه كان.

و ثانياً لا نسلم كونه توصيلاً مطلقاً، بل هو تابع لمتعلقه، فان كان توصيلاً فهو توصيلى، و إن كان تعبدياً فتعبدى؛ لأن مرجع قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الى قوله: صلّوا و صوموا و خيطوا و افعلوا كذا و كذا، فالأمر الإجارى عين الأمر الصلاتى أ لا ترى انه لو لم يكن له داع الى امتثال الأمر الندبى بالنافله و نذرهما، و كان داعيه امتثال الأمر النذرى كان كافياً فى الصّحه.

و الحاصل: ان امتثال الأمر المتعلق بالعمل من جهه وجوب الوفاء بالإجاره كاف فى الصّحه.

ص: ٥١٨

١-١) حاشيه السيد على المكاسب: ٢٤.

ان: قلت ان ذلك مستلزم للدور؛ لان الوجوب من حيث الإجاره موقوف على صحتها، و هي موقوفه على صحه العمل، الموقوفه على عدم الوجوب؛ لتوقف قصد القربه المعتبره فيه عليه، قلت: التحقيق في الجواب ان يقال: ان المعتبر في متعلق الإجاره ليس أزيد من إمكان إيجاده في الخارج في زمان الفعل، و في المقام كذلك، غايه الأمر ان تعلق الإجاره و الأمر الإجارى سبب في هذا الإمكان، و هذا ممّا لا مانع منه، و حينئذ نقول: ان الوجوب من حيث الإجاره موقوف على صحتها، و هي موقوفه على القدره على إيجاد الفعل صحيحاً زمان الفعل، و هي حاصله بالفرض، و إن لم تكن حاصله مع قطع النظر عن تعلق الإجاره، و الحاصل: انه لا يلزم في صحه الإجاره إلّا إمكان العمل و لو بسببها، و أمّا الإمكان مع قطع النظر عنها فلا دليل على اعتباره.

أقول: لا يخفى ان الأمر الإجارى لا يعقل ان يكون متّحداً مع الأمر الصلاتى، كيف و عنوان الوفاء بالإجاره مغاير لعنوان الصلاه، و النسبه بينهما العموم من وجه، و لا- يعقل أن يسرى الأمر من متعلقه إلى شىء آخر مغاير له، و مجرد اتّحاد الوفاء مع الصلاه خارجاً لا يوجب اتّحاد الأمرين، بعد وضوح ان متعلق الاحكام و التكاليف هي نفس الطبايع و العناوين كما حققناه في الأصول و حينئذ فكيف يعقل ان يكون الأمر بالوفاء داعياً إلى الصلاه مع ان الأمر لا يدعو إلّا الى متعلقه؟ فتصحیح العباديه بإتيان الصلاه بداعى الأمر المتعلق بالوفاء بالإجاره ممّا لا يتم أصلاً.

و تنظير ذلك بمسأله النذر و إن كان في محلّه، إلّا ان كفايه الإتيان بداعى امتثال الأمر التدرى فيها محلّ نظر، بل منع، بل الظاهر فيها ايضاً

لزوم الإتيان بالنافله بداعى الأمر الاستحبابى المتعلق بها إذ النذر لا يوجب انقلاب النافله فريضه، فلو نذر الإتيان بصلاه الليل مثلاً يصير ذلك موجباً للزوم الإتيان بها بما أنها صلاه الليل، و تكون متعلقه للأمر الاستحبابى، و لذا لو حصل منه خلف النذر يعاقب لا على ترك الليل الليل؛ لأنها مستحبه، بل على عدم الوفاء بالنذر الذى كان واجباً.

و بالجملة: لا وجه لكفايه الإتيان بقصد امتثال الأمر الإجارى بعد وضوح عدم اتّحاده مع الأمر الصلاتى لاختلاف متعلقيهما، و منه ظهر فساد ما ذكره من تبعيه الأمر الإجارى من حيث التعديده و التوصلية لمتعلقه؛ فإنه لا يسرى إليه حتى يكتسب منه ذلك كما عرفت، مضافاً الى ان معنى الوفاء بالإجاره هو الإتيان بالعمل بما انه مستحق للغير و مملوك له، فلا يجتمع مع الإتيان به بداعى القربه، فتأمل، و كيف كان فالإشكال لا يندفع بما ذكره؛ لابتناؤه على اتّحاد الأمرين، و قد عرفت منعه.

الثانى: ما اختاره جمع من المحققين من كون الأجره داعيه، لا- فى عرض داعى القربه، بل فى طوله، و تقريره كما افاده السيد (قده) فى حاشيه (١) المكاسب مع توضيح مّا ان يقال: أنّ ما يضرّ بالإخلاص أنّما هو الداعى الدنيوى الذى هو فى عرض داعى الامتثال، كالرياء و ساير الدواعى النفسانيه، و أمّا إذا كان فى طوله، كما فى مثل المقام، بان كان الداعى لنفس العمل هو امتثال الأمر المتعلق به، و الداعى لإتيان العمل بداعى امتثال امره غرض آخر دنيوى أو أخروى لا يرجع الى الله تعالى، فلا بأس به؛ لانه لا دليل على لزوم ان تكون سلسله العلل كلها راجعه الى

ص: ٥٢٠

اللّٰه، كيف و لازمہ الحکم ببطلان عبادہ جلّ الناس بل کلّهم عدا من عصمہ اللّٰه تعالیٰ منهم؛ لان داعيهم الى امتثال أوامر اللّٰه أنّما هو الخوف من العقاب أو الطمع في الثواب، و هما اي الثواب و العقاب و إن كانا من الأمور الأخرويّ، إلّا أنّهما يشتركان مع المقاصد الدنيويّ في انه لا يرجع شيء منهما الى اللّٰه تعالیٰ.

و دعوى ان قياس الأجره على الغايات المترتبة بجعل الهی مع الفارق؛ لأن سلسله العلل إذا انتهت الى اللّٰه تعالیٰ لا تخرج المعلول عن كونه عباديًّا، و هذا بخلاف ما إذا انتهت الى غيره، فإنه ليس من وظيفته جعل غايه للفعل بقصد الأمر، و بالجمله فرق بين ان يأتي بالصلاه لأمر اللّٰه سبحانه حتى يوسّع في رزقه و إن يأتي لأمر اللّٰه حتى يأخذ الأجره.

مدفوعه بمنع انتهاء سلسله العلل في عبادات العامّه الى اللّٰه تعالیٰ؛ لأن الجنّه مطلوبه لهم بما أنّها جنّه مشتمله على النعم التي لا تعدّ و لا تحصى، لا بما أنّها مخلوقه لله تعالیٰ و لها نسبه اليه، و النار مبغوضه لهم بذاتها، فإتيان الصلاه لأمر اللّٰه لأجل التوسعه في الرزق لا ينتهي الى اللّٰه أصلاً، لأن محبوب النفس هي نفس التوسعه من حيث هي، مع قطع النظر عن كونها بيد اللّٰه تعالیٰ.

و بالجمله الجنّه محبوبه و النار مبغوضه بما إنّهما جنّه و نار، كيف و لو كان المحبوب هي الجنّه بما أنّها من نعم اللّٰه تعالیٰ و لها نسبه اليه بحيث كان مرجعه الى محبوبيته تعالیٰ لكان اللازم الإتيان بالواجبات و لو لم يترتب على فعلها دخول الجنّه، أو ترتب دخول النار، و لا نرى من أنفسنا ذلك أصلاً.

و الحاصل: أن الدّاعى إلى العباده فى أكثر النّاس بل جميعهم ألّا القليل منهم، هو نفس الطمع فى الجنّه بما أنّ فيها جميع المشتهايات، أو الخوف من العقاب بما أنّ فى النّار خلافها، و حينئذ لا يبقى فرق بينهما و بين المقاصد الدنيويه أصلاً، فاللازم هو الالتزام بكفايه توسط الامتثال و إن كان الباعث عليه هو الغرض الدنيوى أو الأخرى، الذى لا يرجع الى الله تعالى، و إلا انحصرت العباده فى ما كان من أمير المؤمنين (عليه السلام) و غيره ممّن لا يرون إلّا أهليه المعبود للعباده.

و دعوى انه مع أخذ الأجره لا يتوسط الامتثال أيضاً مدفوعه بالمنع؛ فان المكلف بعد علمه بأن ملكيه العوض تتوقف على الإتيان بالعمل الصحيح، و هو يتوقف على قصد الامتثال، فلا محاله يقصده، كما انه إذا علم ان الجنّه موقوفه على ذلك يقصده كذلك.

و أمّا ما عن الشهيد الأوّل (قده) فى قواعده (1) من قطع الأصحاب ببطلان العباده إذا أتى بها بداعى الثواب أو دفع العقاب، فالظاهر ان مراده ما إذا كانت الغايه المذكوره غايه لنفس العمل لا للعمل المأتى به بداعى الأمر، كيف و قد عرفت ان الغايه فى عبادات غالب الناس هى ما ذكر، فالمراد ما ذكرنا، و الوجه فى البطلان عدم ترتب الثواب على ذات العمل، و لا يدفع به العقاب.

فالتحقيق فى الجواب عن منافاه العبوديه لأخذ الأجره ما ذكرنا من الوجه الثانى، الذى ملخصه يرجع الى ثبوت الطوليّه و نفى العرضيه فتدبر.

و ربما يقال فى بيان المنافاه ايضاً: ان دليل صحه الإجاره هو عموم

ص: ٥٢٢

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، و يستحيل شموله للمقام؛ لان الوفاء بالشىء هو إتمامه و إنهاءؤه، فالوفاء بعقد الإجاره هو الإتيان بالعمل المستأجر عليه أداءً لحق المستأجر و من الواضح ان هذا لا يجتمع مع الإتيان به أداءً لحق الله و امتثالاً لأمره، فلا يعقل اجتماعهما فى محل واحد.

و فيه مضافاً الى عدم انحصار دليل صحه الإجاره بالآيه المذكوره بل يدل عليها آيه التجاره (1) عَنْ تَرَاضٍ ايضاً ان الوفاء بالعقد لا يتوقف على عنوان خاص، بل يكفى فيه إيجاد متعلق العقد فى الخارج فقط، بأى نحو اتفق، بل لا يلزم ان يكون الأجير مباشراً للإيجاد؛ فإنه يكفى فى حصول الوفاء الموجب لاستحقاق الأجره حصوله من المتبرع بقصد التبرع عن الأجير، كما ثبت فى محله من كتاب الإجاره، فالمراد من الوفاء هو حصول المتعلق فى الخارج من إلى الأجير و لا يتوقف على عنوان خاص أصلاً.

المقام الثالث- فى منافاه الوجوب التعبدى النيابى لأخذ الأجره و عدمها،

فبقول:

التحقيق: ان ما يمكن ان يقع مورداً للبحث فى هذا المقام بعد الفراغ عن المقامين المتقدمين هى صحه النيباه عن الغير فى الأعمال العباديه و لو لم تكن اجره فى البين؛ لانه مع فرض الصحه و المشروعيه لا يبقى مجال للنزاع فى جواز أخذ الأجره، بعد ما ثبت فى المقام الأول ان الوجوب بما هو وجوب لا- ينافى جواز أخذها، و فى المقام الثانى ان العباديه بما هى كذلك لا ينافيها، ضروره ان النيباه ان كانت توصليه و فرض وجوبها

ص: ٥٢٣

لجهه، فلا مانع من الاستيجار عليها، وإن كانت غير توصلية بل تعبدية، فهي أيضاً كذلك، فمدار البحث في هذا المقام هو أصل صحة النيابة و عدمها، ولا وجه للنزاع في ان الأجره فيها في مقابل أى شىء، كما لا يخفى.

إذا عرفت ذلك نقول: النيابة في العبادات الواجبه و المستحبه ممّا دلّ عليه ضروره الفقه نصّاً و فتوى، و قد عقد في الوسائل (١) باباً لاستحباب التطوع بجميع العبادات عن الميت، و قد ورد الأمر الاستحبابى بالنيابه عن الحيّ في بعض الموارد، و ربما يؤيد ذلك ما ورد في شأن بعض الواجبات الإلهيه من انه دين الله، أو من التعبير الظاهر في هذه الجهه كقوله تعالى وَ لِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ ، و غيره بضميمه ان الاعتبار في باب دين الخلق انه كما ان المديون له السلطنه على إفراغ ذمته من الدين، و جعل الكلى المتعلق بعهدته مشخّصاً في فرد يدفعه اليه بعنوان أداء الدين، كذلك هذه السلطنه ثابتة لغير المديون؛ فان له ان يفرّغ ذمته بأداء دينه تبرّعاً، و جعلت له هذه السلطنه أيضاً، فيمكن له ان يجعل الكلى المتعلق بعهدته المديون مشخّصاً في فرد يدفعه بذلك العنوان إلى الدائن، فيقال في العرف: انه قضى عن فلان دينه، و هكذا في باب دين الخالق؛ إذ انه لا فرق بينه و بين دين الخلق من هذه الجهه.

و بالجمله لا إشكال في مشروعيه النيابة في العباده في الجملة في الشريعة، و هذا يكفي لنا في هذا المقام و إن لم نقدر على تصويرها بحيث تنطبق على القواعد، ألما ان يقال بالاستحاله؛ فإنها توجب صرف الأدله الظاهره في المشروعيه عن ظاهرها، و لأجله لا بد من البحث في هذه الجهه

ص: ٥٢٤

فبقول:

ربما يقال بالاستحاله؛ نظراً الى ان التقرب اللازم فى العمل العبادى غير قابل للنيابه، فتقرب النائب يوجب قرب نفسه لا قرب المنوب عنه، فالتقرب المعنوى كالتقرب الحسى، فان تقرب شخص من شخص مكاناً يوجب قربه منه، لا قرب غيره، و إن قصده ألف مره.

كما انه ربما يقال بها؛ نظراً الى ان النائب لا أمر له بذات العمل، فلا يمكنه التقرب، و أوامر النيابه توصّليه، و على فرض تقرب النائب بأمر النيابه فهو تقرب له بالنسبه إلى أمر نفسه، لا بأمر المنوب عنه المتعلق بالمنوب فيه.

و أجيب عن الوجه الثانى بوجه:

منها: ما حكى عن بعض الاعلام فى كتاب القضاء من ان النيابه من الأمور الاعتباريه العقلانيه التى لها آثار عند العقلاء، فاذا كانت ممضاه شرعاً كان مقتضاها ترتب تلك الآثار عليها، و إلا فلا معنى لإمضائها، و كما ان الضمان أمر اعتبارى عقلانى و فائدته صيروره الضامن بمنزله المضمون عنه، و صيروره ما فى ذمه المضمون عنه ديناً على الضامن، كذلك إذا كان المنوب فيه من العبادات، فان معنى ترتب فائده النيابه الاعتباريه عليها شرعاً توجه تكليف المنوب عنه إلى النائب؛ إذ لا معنى للمنزله الآ ثبوت ما كان على المنوب عنه فى حق النائب من الأحكام التكليفيه و آثارها.

و أورد عليه بأنه ان أريد توجه تكليف المنوب عنه إلى النائب حقيقه فهو محال؛ لان تشخّص الإضافات و الاعتباريات بتشخص أطرافها،

ص: ٥٢٥

و يستحيل خروجها من حدّ الى حدّ مع بقائها على شخصيتها، و إن أريد انتساب تكليف المنوب عنه بعد التنزيل إلى النائب بالعرض؛ نظراً الى ان ذات النائب نزلت منزله ذات المنوب عنه، فهو هو بالعناية، فكذا فعله فعله بالعناية، و أمره امره كذلك، ففيه: ان التكليف العرضي لا يجدى في الانبعاث الحقيقي، و هو مضاف للبعث الحقيقي و قصد الامتثال متفرّع عليه.

و إن أريد أنّ مقتضى تنزيل الذات منزله ذات اخرى شرعاً جعل تكليف مماثل جداً لتكليف المنوب عنه، نظير تنزيل المؤدى منزله الواقع في باب الخبر، فالتكليف المماثل و إن كان حقيقياً في حدّ نفسه، ألما انه بعنايه أنه الواقع فهو تكليف حقيقى من حيث ذاته، و واقعى من حيث العنوان عنايه، فكذا هنا، فتكليف النائب حقيقى من حيث نفسه، و تكليف المنوب عنه عيناً بالعناية، فهو معنى صحيح، و لكنّه يحتاج الى الدليل، و ليس مجرد الإمضاء دالاً على هذا المعنى، ألما على تقدير عدم إمكان قصد الامتثال ألما بتوجيه تكليف حقيقى إلى النائب، مع انه ممكن.

و منها: ان مباشره الفاعل قد تكون دخيله في الغرض المترتب من الفعل للمولى، فلا يسقط الأمر بفعل الغير و لو كان توصلياً، و قد لا يكون لها دخل في الغرض، فيمكن ان يكون مثل هذا الأمر محرّكاً للغير نحو هذا الفعل مراعاه لصديقه و استخلاصاً له عن العقاب و عن بعده عن ساحه المولى، فيصحّ تقرب النائب بأمر المنوب عنه.

و أورد عليه بان الغرض ان كان مترتباً على فعل كان منهما بما هما هما، فمثله يجب كفايه لا عيناً، و إن كان مترتباً على فعل المنوب عنه فقط، غايه الأمر انه أعم من المباشري و التسبيبي، بل أعم ممّا بالذات

و ما بالعرض، فمثله يوجب توجه تكليف حقيقى إلى المنوب عنه فيحركه نحو الفعل الأعم، و يستحيل ان يكون المحرك له محرّكاً لغيره، و لو كان الغرض أعمّ، غايه الأمر سقوط التكليف بسقوط غرضه الحاصل بفعل الغير إذا كان توجيهاً، و حيث ان المفروض هي التعديده، فلا يسقط الغرض الا مع قصد الامتثال و هو متوقف على محرّكيه الأمر.

و منها: ان فعل النائب تاره باستنابه من المنوب عنه، و أخرى بمجرد نيابه الغير من دون استنابه، فان كان بالنحو الأوّل فالمنوب عنه كما يتقرب بامرّه بفعله المباشري، كذلك يتقرب بامرّه بفعله التسيبي، فلا حاجة الى تقرب النائب حتى يطالب بالأمر المقرب له، فالتوسعه حينئذ في الآله العامله لا في الأمر المتعلق بالعمل، و إن كان بالنحو الثانى فرضى المنوب عنه بالفعل المنوب فيه كاف فى تقرّبه، و لا حاجة الى تقرب النائب، و مبنى الشقين معاً على عدم لزوم قصد التقرب من النائب أصلاً، بل يأتى بذات العمل القابل للانتساب الى المنوب عنه و التقرب به شأنه.

و أورد عليه بان الشق الأوّل مبنى على إمكان تعلق التكليف بالأعمّ ممّا هو تحت اختياره و ما هو تحت اختيار الغير كما فى المقام؛ إذ انه يتوسط بين الفعل التسيبي و بين ما يتسبب إليه إرادته الفاعل المختار، و هو محلّ الكلام، و الشق الثانى يرجع الى الجواب عن الوجه الأوّل من وجهى الإشكال فتدبر.

و منها: ما افاده المحقق (1) الأصفهاني (قده) فى كتاب الإجاره ممّا حاصله ان دفع الاشكال موقوف على تقديم أمرين

ص: ٥٢٧

الأول ان غايه كل فعل هي فائدته القائمه به، و هي بوجودها الخارجى غايه، و بوجودها العلمى عله غائيه، و الأمر ليس من فوائد الفعل بوجوده الخارجى، كيف و هو متقدم عليه و لا يعقل بقاؤه بعد وجود الفعل؟ فليس بوجوده العلمى عله غائيه حتى يوصف بكونه داعياً و باعثاً.

الثانى ان موافقه المأتى به للمأمور به من عناوين الفعل، و قصد الامتثال مرجعه الى قصد إتيان المماثل للمأمور به من حيث انه كذلك، و قصد موافقه الأمر مرجعه الى قصد ما يوافق المأمور به من حيث انه كذلك، و لا يخفى عليك ان موافقه المأتى به تاره بالإضافه إلى ذات المأمور به و أخرى بالإضافه إلى المأمور به بما هو مأمور به، و مرجع الأول إلى موافقه الفرد للطبيعى و هو أجنبى عن قصد القربه و لا ينطبق عليه عنوان من العناوين الحسنه.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان النائب تاره يأتى بالفعل الموافق لما أمر به المنوب عنه من دون قصد عنوانه، بل يدعوه اليه داع آخر، فالفعل المنسوب الى المنوب عنه غير عبادى، و أخرى يأتى بالفعل بقصد كونه موافقاً لما أمر به المنوب عنه، لا عن المنوب عنه، فالفعل لا يقع عبادياً لا عن المنوب عنه؛ لعدم إتيانه عنه، و لا عن النائب، لعدم المضاييف فيه، إذ لا مأمور به له حتى يقصد كون المأتى به موافقاً للمأمور به، و مجرد كونه موافقاً لذات المأمور به لا يجدى فى العباديه، و ثالثه يأتى بالفعل بقصد كونه موافقاً للمأمور به عن المنوب عنه، فهذا العنوان المقصود لئلا كان عن المنوب عنه فمضاييفه بالإضافه إليه فعلى، و بعد فرض انتسابه الى من كان مضاييفه فعلياً فيه يمكن إتيان الفعل المعنون بهذا العنوان فى ذاته بقصد

عنوانه من اى شخص كان؛ لأنه لا يتفاوت تعنون الفعل بهذا العنوان بتفاوت الأشخاص، و إن صيرورته عبادياً بقصده لا بدّ فيها من انتسابه الى من كان مضاييف العنوان فعلياً فيه.

و مرجع ما أفاده إلى انه لا يلزم فى ثبوت وصف العباديه توجّه الأمر إلى الفاعل و إتيانه المأمور به بداعى الأمر المتوجه اليه، بل يكفى فيه كون العمل المأتى به موافقاً للمأمور به، و الإتيان به، كذلك مع إمكان صحّح الانتساب الى من كان مأموراً بذاك الأمر، فإذا فرض قيام الدليل على صحّح التّيا به، و مرجعه إلى إمكان الانتساب الى المنوب عنه، فلا يبقى من جهه العباديه نقصان و خلل أصلاً، من دون فرق بين ما إذا كان هناك استنابه أم لا، فان ثبوت الأمر و توجهه الى المنوب عنه و صحّح الانتساب اليه على ما هو مقتضى أدلّه مشروعيه التّيا به و الإتيان بقصد الموافقه للمأمور به بما هو كذلك، يكفى فى وقوعه عباديه؛ لثبوت الأمر من ناحيه و صحّح الانتساب من ناحيه أخرى، و الإتيان بها بهذا العنوان من ناحيه ثالثه، و عليه فلا حاجه فى حصول التقرب المقوم للعباديه لتوجّه الأمر إلى الفاعل أصلاً.

و هذا هو الجواب الصحيح عن الوجه الثانى، و به يظهر الجواب عن الوجه الأوّل؛ فإن مقتضى ما ذكرنا هو حصول القرب للمنوب عنه بسبب إتيان النائب المنوب فيه بقصد كونه موافقاً للمأمور به عن المنوب عنه؛ بداهه انه إذا كانت عباديته لأجل الإتيان به بذلك القصد عن المنوب عنه، فلازمه هو حصول القرب للمنوب عنه، و لا وجه لتقرب النائب أصلاً، فالقصد يتحقق من النائب، و القرب يقع للمنوب عنه من دون محذور،

و لا وجه للالتزام بعدم لزوم قصد التقرب على النائب، و أنّ رضا المنوب عنه بما نسب اليه كاف في مقربيته العمل له، كما انه لا وجه للالتجاء إلى إنكار النيابة بالمعنى المعروف و إرجاع النيابة الى ما يساوق إهداء الثواب.

مضافاً الى ما أورد على الأوّل بعد توجيهه بان غرضه ليس تعلق التكليف بالأعم من الفعل و من الرضا بما يؤتى به عنه بحيث يكون الرضا أحد فردى الواجب التخييري، و أيضاً ليس غرضه تعلق التكليف بالأعم من الفعل المباشري و الفعل المرضي به، لاستحاله تعلق التكليف بما ليس من ايجادات المكلف، كما انه ليس المراد ان صدور الفعل مع الرضا به كاف في المقربيته، بل الغرض ان الفعل المنسوب إليه بالنيابة المشروعه، إذا رضى به المنوب عنه بما هو موافق لأمره و بما هو دين الله عليه قربي منه، بحيث لو صدر منه مباشرة من حيث كونه كذلك لكان مقرباً له بلا شبهه.

و محصّل الإيراد: انه لا يتم في النيابة عن الميت، فان المكلف به هو العمل مع قصد الامتثال، فلا بد في سقوط التكليف من حصول هذا المقيد في هذه النشأ فكون العمل في هذه النشأ، و قيده في نشأ الآخرة ليس امتثالاً للتكليف الذي لا موقع له إلا في النشأ الدنيوي.

و إلى ما أورد على الثاني بأنّه مناف لظاهر النصوص و الفتاوى؛ فان الحجّ الذي يستتبع فيه الحيّ العاجز، لا يراد منه إلا إسقاط التكليف المتوجه إليه بالاستنابه، لا مجرد تحصيل ثوابه، مضافاً الى ان تقرب النائب و إيصال الثواب أنّما يتصور فيما كان مستحباً في حق النائب كالحجّ و الزياره المندوبين، و أمّا القضاء عن الميت وجوباً أو تبرّعاً فلا أمر للنائب إلا الأمر الوجوبي أو التديبي بالنيابه لا بالمنوب فيه و أوامر النيابة توصليه.

فانقدح من جميع ما ذكرنا ان الجواب الصحيح عن الوجه الأول ما ذكر فتدبر.

بقى الكلام فى الواجبات النظاميه التى قام الإجماع بل الضروره على جواز أخذ الأجره فيها، فان قلنا بعدم استلزام القول بالجواز فى غيرها لشيء من الإيرادات العقلية المتقدمه كما هو الحقّ وقد عرفته فلا يكون الحكم بالجواز فيها مخالفاً لحكم العقل و للقاعده، و أمّا ان قلنا بالاستلزام فلا بد من ان يكون خروج الواجبات النظاميه و الحكم بالجواز فيها مستنداً الى دليل، و فى الحقيقه يرد على المشهور القائلين بالمنع النقض بالواجبات النظاميه، و لا بدّ لهم من الجواب، و قد أجيب عن ذلك بوجوه:

منها: خروجها بالإجماع و السيره القائمين على الجواز فى خصوصها.

و يرد عليه: انه انما يجدى إذا كان المنع لدليل تعبدى؛ فإنه على هذا التقدير يخصص عمومه بالإجماع و السيره المذكورين، و أمّا إذا كان المنع لأمر عقلى كما عرفت فلا موقع لتخصيصه بما عدا الواجبات النظاميه، كما هو الظاهر.

و منها: ما عن جامع (1) المقاصد من تخصيص الجواز بصوره سبق قيام من به الكفايه بالعمل، و عليه يخرج عن أخذ الأجره على الواجب تخصّصاً.

و يرد عليه: انه مناف لإطلاق كلام الأصحاب؛ فإن ظاهرهم ثبوت الجواز بالنسبه إلى السابق ايضاً، و بعباره اخرى: مرجعه الى تسليم الإشكال؛ لأنه مع سبق قيام من به الكفايه يسقط الوجوب و لا يكون أخذ

ص: ٥٣١

(١-١) لم نعر على ذلك غير هذا ص ٣٥.

الأجره حينئذ في مقابل الواجب كما عرفت.

و منها: ما نسب الى صاحب الرياض (1) (قده) من اختصاص المنع بالواجبات الذاتيه النفسيه، كدفن الميت و تعليم الاحكام، لا الواجبات المقدميه كالصناعات التي هي مقدمه لحفظ النظام الواجب.

و أورد عليه بان المنع ليس لدليل لثبي يؤخذ فيه بالمتيقن، و لا لفظي ليدعى انصرافه عن الواجب الغيرى، بل المانع أمر عقلى ينافى طبيعه الوجوب نفسياً كان أم غيرياً.

و يمكن الجواب عنه بان القدر المسلم من حفظ النظام الواجب هو حفظه بنحو لا يوجب الهرج و المرح، و الأجره لا تقع فى مقابل ما تعلق به التكليف، بل هى واقعه فى مقابل المقدمات؛ ضروره أنها تقع فى مقابل الطبايه و الخياطه و نحوهما، و هذه الأمور مقدمه لتحقق الواجب، و قد حقق فى محلّه انه لا يسرى الوجوب من ذى المقدمه إليها، فلا يستلزم القول بالجواز فيها شيئاً من الإيرادات العقلية المتقدمه، و لكن مقتضاه التصرف فى كلام الرياض؛ لان لازمه جواز أخذ الأجره مع حفظ الوجوب الغيرى و ثبوته كما لا يخفى.

و منه يظهر بطلان ما عن بعض الاعلام فى مقام الجواب عن صاحب الرياض، من ان تلك الصناعات مع انحفاظ النظام متحدان فى الوجود كالإلقاء و الإحراق، و الضرب و التأديب، و المقدمه المتحده الوجود مع ذبيها لا تجب بوجوب مقدمى؛ لاستحاله التوصل بشىء إلى نفسه.

وجه البطلان ان الفعل التوليدى يستحيل ان يكون متحد الوجود مع

ص: ٥٣٢

(١-١) رياض المسائل ٥٠٥:١.

المتولّد منه، و من الواضح مغايره الخياطه و انحفاظ النظام، و كذا غيرها، فهذا الوجه خال عن الاشكال، و إن كان لا يلائم التعبير عن مثل الخياطه بالواجب النظامى؛ فان الواجب هو ذو المقدمه، و الخياطه لا تكون واجبه أصلاً، و فى الحقيقه يخرج ذلك عن محلّ البحث، و هو أخذ الأجره على الواجب كما هو ظاهر.

و منها: غير ذلك من الوجوه المذكوره التى تظهر مع ما يمكن ان يجرى فيها من المناقشه للمتبع المتأمل.

هذا تمام الكلام فى بحث قاعده أخذ الأجره على الواجب.

ص: ٥٣٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

